

## Fußnoten

- 1 Etwa v. *Hippel*, Grundprobleme, passim; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 528 ff. Kürzlich *Arnold*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, S. 63 ff. Zum Ganzen Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 44 f.
- 2 Vgl. statt vieler Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 50 ff.; *ders.*, Stiftungsrecht in Europa, S. 301 (311); *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 350, 367 ff.
- 3 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 294. Bezeichnend die Knappheit des Überblicks bei Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 188 ff.
- 4 Einzig *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 ff. und *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 321 ff. haben sich bisher der Frage näher zugewandt. Für die liechtensteinische Stiftung hat *Bösch*, LJZ 2012, 99 ff. das Thema aufgegriffen.
- 5 Zur Unabhängigkeit der zivilrechtlichen Beschlusswirksamkeit vom Handeln der Aufsichtsbehörde sowie zur präjudiziellen Wirkung zivilgerichtlicher Urteile für die Behördenentscheidung unter § 4 IV 3.
- 6 *Baltzer*, Der Beschluß, S. 7 f.; v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II/1, § 53 IV (S. 236); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 176.
- 7 Statt vieler *Zöllner*, FS Lutter, S. 821; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 7.
- 8 *Baltzer*, Der Beschluß, S. 41. *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 11 f. weist zu Recht darauf hin, dass auch bei der Willensbildung in der Einpersonengesellschaft und der Mitgliederversammlung, in der nur ein Mitglied erschienen ist, von einem *Beschluss* gesprochen wird, obwohl hier nicht aus mehreren Einzelwillen ein Gesamtwillen gebildet wird; ähnlich *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 I 1 (S. 435 f.).
- 9 *Otto v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 613, 684 f.
- 10 *Baltzer*, Der Beschluß, S. 43 f., 49; grundlegend dazu *Otto v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 611, 693 ff.
- 11 Statt vieler *Baltzer*, Der Beschluß, S. 8 ff., 97 ff., 103 ff.; *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 358 (Bedeutung des Beschlussantrags).
- 12 *Baltzer*, Der Beschluß, S. 42; ebenso *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 I 1 (S. 434).
- 13 *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 13, 358 mit Verweis auf die Vorarbeit von *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe im System unserer Rechtshandlungen, 1937, S. 1.
- 14 *Baltzer*, Der Beschluß, S. 17 ff.; *Otto v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 613 f.; vgl. auch schon v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II/1, § 53 IV (S. 236) sowie *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 176 f.

- 15 Beispielhaft hierfür noch die Überlegungen von *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293 (302 ff.).
- 16 *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 I 1 (S. 435); im Detail *Baltzer*, Der Beschluß, S. 49 ff.
- 17 Überblick über die Diskussion bei v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II/1, § 53 IV (S. 234 ff.).
- 18 Heute h.M.: BGHZ 14, 264; BGH NJW 2002, 3629; Palandt-Ellenberger, Überblick Vor § 104 Rn. 12, § 32 Rn. 8; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 23. Angedacht schon von v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II/1, § 53 IV (S. 232 ff.); ausführlich *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, (294 ff.); ders., AcP 144 (1938), 287 (292 ff., 329); *Baltzer*, Der Beschluß, S. 142 f., 147, 176 ff.; *Bohn*, Wesen und Rechtsnatur, S. 123 ff.; im Detail *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 15 ff.; mit umfangreichen Nachweisen *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 10 (dort Fn. 29, 30). Anders noch RGZ 122, 367 (369); BGHZ 52, 316 (318) = WM 1969, 1280. Weiterhin kritisch MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 24 und *Ulmer*, FS Niederländer, S. 415 (425 ff.).
- 19 Statt vieler *Baltzer*, Der Beschluß, S. 152 f.; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293 (294 ff.); MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn. 74.
- 20 *Baltzer*, Der Beschluß, S. 176 mit weiteren Nachweisen (dort Fn. 17).
- 21 *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (834 f.); *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 15, 17; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 I 2 (S. 436).
- 22 Deutlich *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 359 ff., 373 f.; vgl. auch *Baltzer*, Der Beschluß, S. 152, 180; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 51; MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn. 104, 111.
- 23 So bereits BGHZ 14, 264, 267 f.; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 51, 44; *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 373 f.
- 24 Gleiches gilt selbstredend für den Gesellschaftsvertrag bzw. das Gesellschaftsstatut, die hier auch im Folgenden nicht eigens genannt werden. Zur Terminologie siehe *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 160.
- 25 *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 (S. 441); MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn. 106.
- 26 Vgl. Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 64 ff., 95 ff.; im Detail *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1987 ff.; Überblick bei MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn. 106.
- 27 Dazu soeben schon unter § 1 I.
- 28 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (31).
- 29 Ob die Beschlussfeststellung konstitutiv wirkt, ist für AG und GmbH umstritten; zum Streitstand etwa Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 26 f. Wird eine konstitutive Wirkung bejaht, ist bei einer nichtigen Stimmabgabe die formelle Fehlerhaftigkeit des Beschlusses anzunehmen. Ausführliche dogmatische Analyse bei *Zöllner*, FS Lutter, S. 821 ff.
- 30 RGZ 104, 413 (415); 122, 367 (369); Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 109; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 99; kritisch MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn.

- 107 im Anschluss an *Ulmer* (Vorauslage).
- 31 Statt aller *MünchKommBGB-Schäfer*, § 709 Rn. 108.
- 32 *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1979; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 104.
- 33 *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1981.
- 34 *MünchKommBGB-Schäfer*, § 709 Rn. 108. Teils wird hierfür eine eigene Kategorie des Verstoßes „gegen Grundsätze des Gesellschaftsrechts“ geführt: *Bamberger/Roth-Schwarz/Schöpflin*, § 32 Rn. 30; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1984 f., 1998.
- 35 Charakteristisch *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 114: „echte“(korporative) Satzungsbestandteile“.
- 36 *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 115.
- 37 *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 148 f.; eingehend *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 318 ff.
- 38 *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 146; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1982, 1999; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 104, 114; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 85, 110.
- 39 Zu diesem in § 86 Satz 1 BGB genannten Sonderfall und seiner Abgrenzung zur öffentlich-rechtlichen Stiftung etwa *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 30, 46 ff.; *MünchKommBGB-Reuter*, § 86 Rn. 2, 29 f.
- 40 Vgl. etwa *BGH NJW* 1994, 184 (186); *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 8 Rn. 193 ff.; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 30; *MünchKommBGB-Reuter*, § 86 Rn. 1 f.
- 41 So beispielsweise in den §§ 47 ff. GmbHG, den §§ 43 ff. GenG oder den §§ 118 ff., 241 ff. AktG.
- 42 *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 6 Rn. 116 f.; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 4; *MünchKommBGB-Reuter*, § 85 Rn. 9; ausführlich *Philip Hahn*, Stiftungssatzung, passim.
- 43 Das Verhältnis der einzelnen Rechtsquellen der Stiftungsverfassung zueinander ist im Einzelnen umstritten. Siehe nur *Reuter*, NZG 2004, 939 sowie *Rawert*, FS Priester, S. 647 (653 f.).
- 44 *BVerfGE* 46, 73 (85) = *NJW* 1978, 581; *BGHZ* 99, 344 (348) = *NJW* 1987, 2364; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 188 ff.; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 4 Rn. 25 f.; *Münch. Handb. des GesR*, Bd. 5-Schwake, § 79 Rn. 13; mit Differenzierungen *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 81 Rn. 13.
- 45 Charakteristisch *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 33.
- 46 *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 2; *MünchKommBGB-Reuter*, § 85 Rn. 1; *ders.*, NZG 2004, 939.
- 47 *BGHZ* 99, 344 (347) = *NJW* 1987, 2364; *BGH NJW* 1994, 184 (186). Aus der Literatur statt vieler *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 7 Rn. 12; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 81 Rn. 12, § 85 Rn. 7; *MünchKommBGB-Reuter*, § 85 Rn. 11, jeweils mit Nachweisen zu abweichenden Ansichten.
- 48 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (31).
- 49 So auch *Muscheler*, GS Walz, S. 451 (462), der sich – soweit ersichtlich – als

- bislang Einziger mit dieser Frage beschäftigt hat.
- 50 Der Begriff wird nicht immer einheitlich verwendet. Zur wohl herrschenden Definition vgl. *Habersack*, ZGR 1994, 354 (356); *Muscheler*, GS Walz, S. 451 (452); grundlegend *Priester*, ZHR 151 (1987), 40 f.; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 53 Rn. 40; ausführlich *Zöllner*, FS *Priester*, S. 879 (881 f.).
- 51 *Habersack*, ZGR 1994, 354 (356 f.) im Anschluss an *Priester*, ZHR 151 (1987), 40 (44 f.).
- 52 BGHZ 123, 15 (19 f.) = NJW 1993, 2246 anknüpfend an *Priester*, ZHR 151 (1987), 40 (51 ff.); *Habersack*, ZGR 1994, 354 (362 ff.). Kritisch *Muscheler*, GS Walz, S. 451 (459) (eigentlich Satzungsänderung) sowie insbesondere Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 53 Rn. 48; *Zöllner*, FS *Priester*, S. 879 (888 ff.) (lediglich Vermeidung der Anfechtung).
- 53 *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 87 ff.; *Muscheler*, GS Walz, S. 451 (462); *Soergel-Neuhoff*, Vor § 80 Rn. 17; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 11; *Rawert*, Stiftungsrecht in Europa, S. 109, 128 f.; MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 1.
- 54 Zur kontroversen Diskussion ein Überblick mit zahlreichen Nachweisen bei *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 9-30 und MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 2-8. Zur Debatte im Detail auch einereits *Rawert*, FS *Priester*, S. 647 (650 ff.) und *Reuter*, AcP 207 (2007), 1 (12 ff.), andererseits *Burgard*, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, passim. Unlängst zum Ganzen *Simon Hahn*, Die organschaftliche Änderung der Stiftungssatzung, S. 119 ff.
- 55 Hauptaufgabe der Stiftungsaufsicht ist es gerade, die Umsetzung des Stifterwillens gegen ein davon abweichendes Organverhalten zu schützen: BGHZ 99, 344 (349) = NJW 1987, 2364; BGHZ 68, 142 (146) = NJW 1977, 1148; BVerwGE 40, 347 (350 ff.) = NJW 1973, 133; BVerwG NJW 1991, 713; Bamberger/Roth-Backert, § 80 Rn. 27; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 10 Rn. 5; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 79.
- 56 § 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 StiftG NRW enthält für „nicht wesentliche“ Satzungsänderungen nur eine Unterrichtungspflicht. Lediglich „wesentliche“ Änderungen bedürfen der behördlichen Genehmigung.
- 57 § 6 Satz 1 StiftG BW; Art. 5 Abs. 4 Satz 1 StiftG Bay.; § 5 Abs. 1 Satz 3 StiftG Bln.; § 10 Abs. 1 Satz 2 StiftG Bbg.; § 8 Abs. 2 Satz 1 StiftG Br.; § 7 Abs. 3 StiftG Hbg.; § 9 Abs. 1 Satz 3 StiftG Hess.; § 9 Abs. 1 Satz 1 StiftG MV; § 7 Abs. 3 Satz 3 StiftG Nds.; § 8 Abs. 3 StiftG RP; § 7 Abs. 3 Satz 2 StiftG Saarl.; § 9 Abs. 1 Satz 2 StiftG Sachs.; § 9 Abs. 3 StiftG SA; § 5 Abs. 2 Satz 1 StiftG SH; § 9 Abs. 3 StiftG Thür. Die nur begrenzte materielle Reichweite dieser Kontrolle durch die Stiftungsaufsicht kritisiert vor allem *Reuter*, NZG 2004, 939 ff.
- 58 § 14 Abs. 2 Satz 1, 2 StiftG BW; § 5 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 StiftG Bln.; § 10 Abs. 1 Satz 2 StiftG Bbg.; § 8 Abs. 2 StiftG Br.; § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3 StiftG Hbg.; § 9 Abs. 1 Satz 3 StiftG Hess.; § 7 Abs. 3 Satz 3 StiftG Nds.; § 5 Abs. 2 Satz 2 StiftG NRW; § 8 Abs. 3 StiftG RP; § 7 Abs. 3 Satz 2 StiftG Saarl.; § 10 Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 2 StiftG Sachs.; § 9 Abs. 3 StiftG SA; § 5 Abs. 2

- Satz 1 StiftG SH. Keine Regelungen dazu enthalten das StiftG Bay., das StiftG MV und das StiftG Thür.
- 59 *BGHZ* 99, 344 (349) = *NJW* 1987, 2364; *BGHZ* 68, 142 (146) = *NJW* 1977, 1148; *BVerwGE* 40, 347 (350 ff.) = *NJW* 1973, 133; *BVerwG* *NJW* 1991, 713; Bamberger/Roth-Backert, § 80 Rn. 27; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 10 Rn. 5; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 79; Schwintek, Vorstandskontrolle, S. 214.
- 60 Diese können statutarisch verankert sein, teils sind sie es landesgesetzlich: § 6 Satz 2 StiftG BW; § 8 Abs. 1 Satz 3 StiftG Br.; § 7 Abs. 2 Satz 2 StiftG Nds.; § 9 Abs. 2 Satz 2 StiftG Sachs.; § 5 Abs. 1 StiftG SH.
- 61 Für Satzungsänderungen etwa vgl. die Nachweise in Fn. 57.
- 62 Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 53; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 20.
- 63 Vgl. etwa für die GmbH Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 53 ff.; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 20 ff.; für die AG statt vieler Hüffer, AktG, § 241 Rn. 6.
- 64 Statt aller Baums, ZHR 142 (1978), 582; Hüffer, AktG, § 241 Rn. 6.
- 65 Hartmann/Atzpodien, FS Rittner, S. 147 (148 f.); Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 73, 75, 99; ausführlich Richter, Rechtsfähige Stiftung, S. 40 ff., 122 ff.
- 66 §§ 80 Abs. 2, 81 Abs. 1 BGB; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 4 Rn. 8 ff.; differenzierend MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 28 ff. Zur Entstehung der herrschenden Meinung und zum Stand der Diskussion Rawert, FS Reuter, S. 1323 mit weiteren Nachweisen.
- 67 Bamberger/Roth-Backert, § 80 Rn. 41 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 80 Rn. 2, 3. Zum früheren „echten Konzessionssystem“ etwa noch Andrick, Stiftungsrecht und Staatsaufsicht, S. 98 ff.
- 68 Hartmann/Atzpodien, FS Rittner, S. 147 (148 f.); Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 10 Rn. 3 ff.; Mestmäcker/Reuter, Stiftungen in Europa, S. 109 (127 ff.); MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 1 ff., 72.
- 69 Richtungsweisend war die Entscheidung *BVerwGE* 40, 347 ff. = *JZ* 1973, 695; aus der Literatur statt vieler Hartmann/Atzpodien, FS Rittner, S. 147 (150); Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 10 Rn. 255.
- 70 Für Genehmigungsvorbehalte resultiert hieraus ein Rechtsanspruch der Stiftung auf Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, sofern alle Voraussetzungen gegeben sind: *BVerwGE* 40, 347 (351 f.) = *JZ* 1973, 695; Hartmann/Atzpodien, FS Rittner, S. 147 (149); Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 10 Rn. 258, 262.
- 71 Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002, BGBl. I, S. 2634; eingehend und mit weiteren Nachweisen zur Reformdiskussion Reuter, Non Profit Law Yearbook 2001, S. 27 ff.; Überblick bei Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 62 ff. und MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 17 ff.
- 72 Zur Notwendigkeit der Anpassung an das veränderte Bundesrecht einerseits Hüttemann/Rawert, ZIP 2002, 2019 sowie Backert/Carstensen, ZIP 2003, 284



- (285) andererseits.
- 73 Heute nur noch in Art. 19 StiftG Bay.; faktisch aber auch noch durch entsprechende Anzeigepflichten mit Wartefristen in § 13 Abs. 2 StiftG BW und § 9 Abs. 1 StiftG SH. MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 11. Die Zulässigkeit dieser Regelungen bezweifeln Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 75, 99.
- 74 Zu der statuarischen Begrenzung der Vertretungsmacht des Vorstands nach § 86 Satz 1 BGB i.V.m. § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB später unter § 4 IV 2 b).
- 75 Siehe schon oben die Nachweise in Fn. 57 f.
- 76 Charakteristisch Reuter zur Dissertation von Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, 1991, auf deren Einbanddeckel: „Ein bisher weißer Fleck auf der Landkarte.“
- 77 Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 75.
- 78 Vgl. nur Jakob, Schutz der Stiftung, S. 510 ff.; Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 75 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 11 ff, 31 ff.; MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 1 ff., 27; anders allerdings Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, S. 450 f.
- 79 § 8 Abs. 2 StiftG Bay.; § 10 Abs. 2 StiftG Bbg.; § 9 Abs. 2 StiftG MV; § 5 Abs. 2 Satz 2 StiftG NRW; § 8 Abs. 2 StiftG RP; § 9 Abs. 2 Satz 1 StiftG Sachs.; § 9 Abs. 2 Satz 1 StiftG SA; § 9 Abs. 2 StiftG Thür.
- 80 § 6 Satz 2 StiftG BW; § 8 Abs. 1 Satz 3 StiftG Br.; § 7 Abs. 2 Satz 2 StiftG Nds.; § 9 Abs. 2 Satz 2 StiftG Sachs.; § 5 Abs. 1 Satz 1 StiftG SH; lediglich narrativ § 7 Abs. 2 Satz 2 StiftG Saarl. Kritisch zu diesem Befund Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 32 und MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 27.
- 81 Dieser Befund kann als allgemeine Ansicht bezeichnet werden. Dass er zutreffend ist, sei hier schon einmal herausgestellt. Die Betrachtung im Nachgang (sogleich unter § 2) wird ihn belegen.
- 82 BGH NJW 1994, 184 (185) mit Anm. Neuhoff, EWiR § 85 BGB 1/94, 223; LG Mainz NZG 2002, 738. Zur – fehlenden – öffentlich-rechtlichen Klagebefugnis von Organmitgliedern gegen Maßnahmen der Stiftungsaufsicht siehe OVG Berlin ZSt 2005, 180 und VwGH Baden-Württemberg ZSt 2007, 88.
- 83 BGHZ 99, 344 (355 ff.) = NJW 1987, 2364; BAG NJW 1991, 514 (515); OLG Hamburg ZIP 1994, 1950 (1951 f.) mit Anm. Rawert; OLG Koblenz NZG 2002, 135 = ZSt 2003, 93.
- 84 BGHZ 59, 369 = NJW 1973, 325 = LM § 32 BGB Nr. 4.
- 85 BGH NJW 1994, 184 (185) mit Anm. Neuhoff, EWiR § 85 BGB 1/94, 223.
- 86 VwGH Baden-Württemberg ZSt 2007, 88 (91).
- 87 OLG Hamburg ZIP 1994, 1950 (1951 f.) mit Anm. Rawert.
- 88 OLG Koblenz NZG 2002, 135 (136) = ZSt 2003, 93.
- 89 LG Mainz NZG 2002, 738 (739).
- 90 Siehe nur RGZ 122, 266 (269); BGHZ 55, 381 = NJW 1971, 879; BGHZ 59, 369 (371 f.) = NJW 1973, 235; BGH NJW 1975, 2101; NJW 2008, 69 (72).
- 91 BGH NJW 1994, 184 (185) mit Anm. Neuhoff, EWiR § 85 BGB 1/94, 223; OLG Hamburg ZIP 1994, 1950 (1952) mit Anm. Rawert; LG Mainz NZG 2002, 738;

- VwGH Baden-Württemberg ZSt 2007, 88 (91).
- 92 Dazu noch sogleich unter § 2 I 3 b).
- 93 Diese Einschätzung teilen auch *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 323 f.; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (33) („Eindruck eines Nichtigkeitsdogmas“); *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 31.
- 94 *Ebersbach*, Handbuch, S. 104 f.; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 8 Rn. 194 („Ungültigkeit“); i.E. auch *Muscheler*, GS Walz, S. 451 (462); *Erman-Werner*, § 86 Rn. 2 („Unwirksamkeit“; anders aber *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426); *Neuhoff*, EWiR § 85 BGB 1/94, 223 f. Unter Vorbehalt *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 323 f. („Arbeitshypothese“). Ebenso grundsätzlich für Nichtigkeit *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 31; *MünchKommBGB-Reuter*, § 86 Rn. 24, § 32 Rn. 72; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (33 ff.).
- 95 *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426.
- 96 *Beckmann*, Änderung der Stiftungssatzung, S. 160 ff.
- 97 Beispielhaft sei auf die Kommentierung *Soergel-Neuhoff*, § 86 sowie auf den 5. Band des Münchener Handbuchs des Gesellschaftsrechts verwiesen, in denen die Fehlerhaftigkeit von Beschlüssen und deren Rechtsfolge gänzlich unerwähnt bleiben.
- 98 *Ebersbach*, Handbuch, S. 104 f.; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 8 Rn. 194; *Neuhoff*, EWiR § 85 BGB 1/94, 223 f. Anders aber *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 321 ff., der sich dem Problemfeld annähert und das Ergebnis insoweit offen hält.
- 99 *Beckmann*, Änderung der Stiftungssatzung, S. 161.
- 100 *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426. Anders wohl *Wernicke*, ZEV 2003, 301 (303), der zwar von Anfechtung spricht, sich aber auf die Nichtigkeit ipso iure bezieht.
- 101 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 ff. Nunmehr für die liechtensteinische Stiftung rezipiert von *Bösch*, LJZ 2012, 99 ff.
- 102 Unterschiede ergäben sich insbesondere wegen des indisponiblen Primats des Stifterwillens und eines starken Bedürfnisses nach informeller Streitlösung anstelle eines streng formellen Verfahrens, *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (34) unter Verweis auf den – nur im Ergebnis – gleichen Befund von *Muscheler*, GS Walz, S. 451 (462). Zustimmung zu *Hoffmann* äußern *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 31. Für die liechtensteinische Stiftung *Bosch*, LJZ 2012, 99 (111 ff.).
- 103 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (36 f.).
- 104 *MünchKommBGB-Reuter*, § 86 Rn. 24, § 32 Rn. 72.
- 105 *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 31.
- 106 Im Überblick *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 3 (S. 447 ff.), § 24 III 3 f) (S. 697 f.), § 47 V 2 c) (S. 1396 f.), § 56 IV 2 a) (S. 1647 f.); eingehend *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 370 ff., 420 ff., 493 ff. Vgl. auch *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 21; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 3 f.; *Reuter*, FS Karsten Schmidt, S. 1357 (1370 ff.); *Karsten Schmidt*, AG 2009, 248 (252 ff.); *ders.*, ZGR 2008, 1 (24 ff.).

- 107 Aus jüngerer Zeit zu nennen sind vor allem das UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts) vom 22. September 2005, BGBl. I, S. 2802 sowie das ARUG (Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie) vom 30. Juli 2009, BGBl. I, S. 2479. Eine weitere Aktienrechtsnovelle (BT-Drucks. 17/8989) ist derzeit im Gesetzgebungsverfahren. Im Überblick und mit umfangreichen Nachweisen zum Reformprozess des Beschlussmängelrechts *Habersack/Stilz*, ZGR 2010, 710 ff. und *Karsten Schmidt*, AG 2009, 248 ff. Zum geflügelten Wort hat sich inzwischen *Zöllners* Aufsatztitel von der „Aktienrechtsreform in Permanenz“, AG 1994, 336 entwickelt.
- 108 Regierungsentwurf zum UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 1 f., 10; Regierungsentwurf zum ARUG, BT-Drucks. 16/11642, S. 1 f., 20 f.; Regierungsentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012) vom 14.03.2012, BT-Drucks. 17/8989, S. 1, 19 ff.
- 109 Regierungsentwurf zum UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 18 ff., 27 ff.; Regierungsentwurf zum ARUG, BT-Drucks. 16/11642, S. 40 ff.; Regierungsentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012) vom 14.03.2012, BT-Drucks. 17/8989, S. 1, 19 ff. Diesen Konflikt suchte bereits der Aktienrechtsreformgesetzgeber von 1884 und 1937 zu lösen, *Karsten Schmidt*, AG 2009, 248 (250 ff.). Zutreffend *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 391: Der Konflikt ist „antinomischer Natur und wird demgemäß nie vollkommen lösbar sein“.
- 110 Beschluss Nr. 16 a) des 67. DJT 2008 in Erfurt, abgedr. in ZIP 2008, 1896; *Seibert/Florstedt*, ZIP 2008, 2145 (2151 ff.); sehr weit gehend die Vorschläge des *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617 (619 ff.). Deutliche Kritik dieser Ansätze bei *Karsten Schmidt*, AG 2009, 248 (250 ff.).
- 111 Auch die umfangreichen Reformvorschläge vom *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht* halten im Ausgangspunkt an dieser Differenzierung fest, AG 2008, 617 (619).
- 112 Vgl. schon die Nachweise in Fn. 106.
- 113 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 466; vgl. auch *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 b) (S. 441), der allerdings auch darauf hinweist, dass der Nichtbeschluss keine eigenständige Kategorie eines fehlerhaften Beschlusses darstellt, sondern nur ein Problem beim Zustandekommen von Beschlüssen beschreibt.
- 114 MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 52; *Hüffer*, AktG, § 241 Rn. 3 mit weiteren Nachweisen.
- 115 So das vielfach zitierte, im Rahmen eines Obiter dictum gebildete Beispiel in BGHZ 11, 231 (236), dass „ein Mann von der Strasse eine Versammlung von Leuten einberuft, die mit der Gesellschaft gar nichts zu tun haben“.
- 116 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 11; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 32; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 b) (S. 441); *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 26.
- 117 *Hüffer*, AktG, § 241 Rn. 3; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 11; *Ulmer-Raiser*,



- Anh. § 47 Rn. 28, 32; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 52; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 25 ff.; mit Einschränkungen (besonderes Problem des Rechtsschutzes) *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 b) (S. 441 f.) und Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 50.
- 118 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 11. In diese Richtung auch MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 52 und *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 b) (S. 441).
- 119 Vgl. nur Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 32. Deutlich *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 11 („nur eine phänomenologische Beschreibung“) mit Zustimmung von MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 52 (dort Fn. 147).
- 120 RGZ 148, 175 (186); BGHZ 15, 177 (181) = WM 1955, 259; BGHZ 48, 141 (143) = WM 1967, 927; *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 72 ff., 93 ff.; *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 29 ff.; MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 16; ders., AktG, § 241 Rn. 6; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 12 f.; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 23; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 53; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 466; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 20. Anders nur *Baums*, ZHR 142 (1978), 582 ff.
- 121 Vgl. zu dieser Terminologie etwa *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 14 m.w.N.
- 122 MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 16; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 12; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 23; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 20.
- 123 Eingehend *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 58 ff., 72 ff.; siehe auch MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 16; ders., AktG, § 241 Rn. 6; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 23; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 53.
- 124 Vgl. MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 17; ders., AktG, § 241 Rn. 6; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 12; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 23; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 54 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 b) (S. 443).
- 125 *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 155 ff.; MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 17; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 12; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 23; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 20. Andere Ansicht Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 57 mit Hinweis auf die Unschädlichkeit der Gegenansicht.
- 126 Dazu schon oben unter § 1 II 3 c).
- 127 MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 18; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 24 f.; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 20.
- 128 *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 170 f.; MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 18; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 12 f.; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 24; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 58.
- 129 *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 51, 227 ff.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 12 f.; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 53; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 21.
- 130 Die Gleichstellung befürwortet vor allem Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 59; *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 174 ff., 234. Dagegen: MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 16; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 25;

- Roth/Altmeppen*, § 47 Rn. 92; wohl auch *Baum-bach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 22. Gänzlich gegen die Unterscheidung von Unwirksamkeit und Nichtigkeit im Aktienrecht *Baums*, ZHR 142 (1978), 582 ff.
- 131 So ausdrücklich die Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 177. Vgl. auch *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 16 mit ausführlichen Nachweisen.
- 132 *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 16; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 53; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 20.
- 133 Vgl. *AlfredHueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 73 f.; *Roth/Altmeppen*, § 47 Rn. 92.
- 134 Dazu bereits oben unter § 1 II 3 c), Nachweise in Fn. 64.
- 135 Vgl. nur den Überblick bei *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 43 ff. und *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 3 f.; grundlegend *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 ff.
- 136 *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 40; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 13 ff.
- 137 *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 40. Im Ergebnis auch *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (835 f.); *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 33 ff.
- 138 *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 33; *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 1; *ders.*, AktG, § 241 Rn. 4; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 10 f.
- 139 *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 93 m.w.N. in Fn. 29; *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 1. Einen Ausnahmefall bilden insoweit die Anwendungsfälle der „Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft“.
- 140 Statt vieler *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 21; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 d) (S. 444).
- 141 RGZ 111, 26 (28); BGHZ 11, 231 (239); *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 93. Für die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 142 f.
- 142 *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 42 f.; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 21.
- 143 Vgl. nur *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, passim.
- 144 *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 233 f.; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 21; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 d) (S. 444).
- 145 BGHZ 76, 154 = NJW 1980, 1527; BGH NJW 1996, 259; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 81 ff.; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 81 f.; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 3.
- 146 *AlfredHueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 234; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 81 f.
- 147 *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 33; *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 24 ff.; *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 6; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 10; *Münch. Handb. des GesR*, Bd. 3-Wolff, § 40 Rn. 11. Treffend auch *Giesen*, Jura 1981, 505: „Nichtigkeit ist das schärfste Unwerturteil der Rechtsordnung“ (wortlautidentisch mit *Heinrich Lange*, AT

- BGB, 15. Auflage 1974, § 49 I 1, S. 307 [Zitat nach *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 10]).
- 148 *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 43; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 40; Baum-bach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 1.
- 149 Siehe dazu bereits oben unter § 1 I (Nachweise in Fn. 18).
- 150 *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. LXXXVI.
- 151 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, S. 125 = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 726.
- 152 Statt vieler Palandt-*Ellenberger*, Überblick vor § 104 Rn. 27; Erman-*Müller*, Einleitung zu § 104 Rn. 33; *Giesen*, Jura 1981, 505 f.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 10 f. Kritisch zum Begriff der Nichtigkeit *Cahn*, JZ 1997, 8 ff.
- 153 So zum Beispiel §§ 111, 174, 344, 388, 925 Abs. 2, 1831, 1950, 2202 Abs. 2 BGB; vgl. dazu *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 27; Palandt-*Ellenberger*, Überblick vor § 104 Rn. 29; Erman-*Müller*, Einleitung zu § 104 Rn. 33.
- 154 Zur Terminologie vgl. statt aller *Faust*, BGB AT, §§ 8-10; *Giesen*, Jura 1981, 561.
- 155 Siehe unten § 4.
- 156 MünchKommBGB-Reuter, §§ 21, 22 Rn. 1.
- 157 In diese Richtung argumentiert mit Recht *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 15. Auf die Zusammenhänge verweisen auch *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 42 f. und *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 35 ff.
- 158 Vgl. dazu abermals oben unter § 1 I (mit Nachweisen in Fn. 18).
- 159 Erhellend zu diesem Umstand ist die Analyse der Genese des § 51 GenG von *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (243 ff., 246 f.) im Zusammenhang mit der Fortentwicklung der aktienrechtlichen Beschlussmängelvorschriften durch die Novellen von 1884, 1937 und 1965. Die Entwicklung der Beschlussmängelregelung im GenG ist daher als unvollständig anzusehen. Vgl. ferner Spind-ler/Stilz-Casper, Vor §§ 241 ff. Rn. 6.
- 160 Zu ihrer Konzeption sogleich unter § 2 II.
- 161 Vgl. *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 33, 35 ff.; *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (835 f.); MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 61; Staudinger-*Weick*, § 32 Rn. 23.
- 162 Inwieweit die Regelung innerhalb des Aktienrechts abschließend ist, ist umstritten, vgl. nur einerseits MünchKommAktG-*Hüffer*, § 241 Rn. 6; *dens.*, AktG, § 241 Rn. 1, andererseits *Geß-ler*, ZGR 1980, 427 (444).
- 163 Dies legt schon ein vergleichender Blick zwischen § 241 Nr. 4 AktG und § 138 Abs. 1 BGB nahe. H.M.; etwa *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 85 ff.; MünchKommAktG-*Hüffer*, § 241 Rn. 6; *ders.*, ZGR 2001, 833 (835 ff.); *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 15 ff.; Groß-kommAktG-*Karsten Schmidt*, § 241 Rn. 9; Spindler/Stilz-*Würthwein*, § 241 Rn. 26. Mit umfangreichen Nachweisen *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 23 f., 35 (dort Fn. 121).

- 164 RGZ 166, 129 (131 f.); BGHZ 11, 231 (236); 18, 334; 36, 207 (210 f.); 101, 113 (116); ständige Rechtsprechung; *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 47; *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 25 ff.; *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (863 ff.); MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 54; *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (226); *ders.*, AG 1977, 243 (246 ff.); *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 3 a) (S. 447 f.); mit ausführlichen Nachweisen *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 370 ff. (dort Fn. 1); *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 23; Münch. Handb. des GesR, Bd. 3-Wolff, § 40 Rn. 4, 11. Kritisch insbesondere *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 117 ff., 133 ff. und *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 3 ff.; *ders./Noack*, ZGR 1989, 525 (532 ff.). *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 3 ff., *ders.*, FS Heinsius, 645 (654 ff.) hat sich der Kritik ebenso angeschlossen wie in Teilen *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (66 ff.).
- 165 BGH WM 1983, 1407 (1408); WM 1988, 23 (24); WM 1995, 701 (706); *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 43; *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 1; mit Hinweisen auf faktische Einschränkungstendenzen MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 420 f.; MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn. 105; Münch. Handb. des GesR, Bd. 1-Weipert, § 57 Rn. 92; Münch. Handb. des GesR, Bd. 2-*ders.*, § 14 Rn. 130; *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Mehrheitsmacht, S. 382. Abweichend *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 24 ff. und *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 15 ff., 40.
- 166 *Baums*, ZGR 1983, 300 (303); *Klein*, GmbHR 2008, 233; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 73; *Schäfer*, Lehre vom fehlerhaften Verband, S. 16 ff.; *Sandhaus*, Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 67 f.; *Staub-Schäfer*, § 119 Rn. 87 (dort Rn. 285) im Anschluss an *Ulmer* (Vorauslage). Überwiegend wird der Begriff im Staats- und Verwaltungsrecht, vgl. nur *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge-Bethge*, BVerfGG, § 31 Rn. 142, sowie in der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, vgl. nur *Flume*, Rechtsgeschäft, § 4 8 (S. 60 ff.), verwandt.
- 167 MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55 mit eingehenden Rechtsprechungsnachweisen (dort Fn. 156-169); *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 43 ff.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 60 ff.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 420 ff.; *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 25. Vgl. auch *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (249 ff.); *ders.*, FS Reuter, S. 345 (353 ff.); *ders.*, ZGR 2008, 1 (24 ff.).
- 168 Dazu später unter § 4 II-IV.
- 169 Vgl. §§ 243 ff. AktG, § 51 GenG. Statt aller *Spindler/Stilz-Casper*, Vor §§ 241 ff. Rn. 8; *Hüffer*, AktG, § 241 Rn. 5; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 2; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 1 b) dd) (S. 443).
- 170 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 10.
- 171 So auch die Allgemeine Begründung zur Aktienrechtsnovelle 1884 anlässlich der Einführung der Anfechtungsfrist: Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom

- 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467. Aus der Literatur statt vieler *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 24 ff.; *Däubler*, GmbHR 1968, 4; Spindler/Stilz-Casper, Vor §§ 241 ff. Rn. 7; MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 15; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 1; *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 385. Auf die mitgliedschaftsrechtliche Betrachtung des Anfechtungsrechts als individualrechtlichem Korrelat zur Mehrheitsmacht wird unter § 3 II 2 a) noch einzugehen sein.
- 172 Entwurf eines Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nebst Begründung vom 27.1.1888, Amtliche Ausgabe, 1888, S. 126 f.
- 173 Vgl. etwa *ROHGE* 11, 118 (120 ff.); 23, 273 (275 f.); *RGZ* 3, 123 (126 f.). Die ADHGB-Novelle von 1870 kannte die Möglichkeit der Beschlussanfechtung allerdings noch nicht, vgl. nur *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 42 f. sowie *Casper*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 9.
- 174 Gutachten über die geeignetsten Mittel zur Abhülfe der nach den Erfahrungen des ReichsOberhandelsgerichts bei der Gründung, der Verwaltung und dem geschäftlichen Betriebe von Aktienunternehmen hervorgetretene Uebelstände, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 255. *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 117 f. weist zu Recht da-rauf hin, dass der Sprachgebrauch des Terminus „Anfechtung“ mit dem heutigen Verständnis nicht übereinstimmt. Siehe sogleich unten § 2 II 2.
- 175 Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467.
- 176 MünchKommBGB-Reuter, §§ 21, 22 Rn. 1; ähnlich *Staudinger-Weick*, Vorbem zu §§ 21 ff. Rn. 44 ff., 58.
- 177 Motive der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 78 ff. = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 395 ff.
- 178 Motive der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 109 = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 412.
- 179 *Staudinger-Weick*, Vorbem zu §§ 21 ff. Rn. 15 ff. mit weiteren Nachweisen.
- 180 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, S. 536 = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 626.
- 181 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, S. 537 f. = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 627.
- 182 Ebenda.
- 183 So gingen etwa *RGZ* 85, 311 (313), *Cosack*, Bürgerliches Recht, Bd. I, S. 103, v. *Tuhr*, DJZ 1901, 445 (447) und *Richert*, NJW 1957, 1543 (1544 f.) von der Anfechtungsklage als verbandsübergreifender Institution aus. Zu beachten ist



- wiederum, dass vor 1900 noch gar nicht zwischen den Beschlussfehlerfolgen differenziert wurde, sondern allgemein das Recht der Verbandsmitglieder zur gerichtlichen Kontrolle von Beschlüssen etabliert wurde. Dazu im Einzelnen sogleich unter § 2 II 2. Siehe auch *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 159 (dort Fn. 251).
- 184 Dafür vor allem *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (249 ff.); ders., FS Stimpel, S. 217 (220 ff.); ders., FS Reuter, S. 345 ff. In Teilen zustimmend *Grunewald*, Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 270 ff. und MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 56 ff.; ders., ZHR 151 (1987), 355 (371 f.); *Terner*, NJW 2008, 16 (18 f.). Anderer Ansicht aber die h.M.: RGZ 122, 266 (269); BGHZ 55, 381; 59, 369 (371 f.); BGH NJW 1975, 2101; NJW 2008, 69 (72); OLG Saarbrücken NZG 2008, 677 (679); *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1973 f.; aus der Kommentarliteratur etwa *Palandt-Ellenberger*, § 32 Rn. 9; *Soergel-Hadding*, § 32 Rn. 14; differenzierend *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 26 ff.
- 185 Dies folgt schon aus dem Verweis auf das Vereinsrecht in § 86 Satz 1 BGB. Siehe dazu im Einzelnen später unter § 3 I.
- 186 Die Kodifizierungsvorschläge von 1912, 1939, 1969 und 1971/1973 haben in die GmbHG- Novelle 1980 allesamt keinen Eingang gefunden, vgl. nur *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (226 f.); *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 127 ff. mit umfangreichen Nachweisen.
- 187 Nachweise in Fn. 183. Der Begriff der „Anfechtung“ wurde 1892 noch allgemein als das Recht der Verbandsmitglieder zur gerichtlichen Kontrolle von Beschlüssen verstanden. Dazu im Einzelnen unter § 2 II 2.
- 188 Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlage, 1891, S. 101. Die Passage wird vielfach zitiert, etwa von *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 116 f.; *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (247); *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 2; *dems.*, FS Heinsius, S. 645.
- 189 Zuerst *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 382; ihm folgend *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 117 sowie *Raiser*, FS Heinsius, S. 645.
- 190 Richtungsweisend RGZ 49, 141 (145); ferner RGZ 64, 14; 80, 330 (335); 85, 311 (313); BGHZ 11, 231 (235); 14, 25 (30); 15, 382 (384); 88, 320 (330 f.); 101, 113 (117); 104, 66 (71 f.); 108, 21 (29). Weitere Rechtsprechungsnachweise u.a. bei *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 117 und *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 2 f. Aus der Literatur statt vieler etwa *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 47; *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 25 ff.; *Däubler*, GmbHR 1968, 4; *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (863 ff.); MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 54; *Reichert*, NJW 1957, 1543 (1544); *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (226); ders., AG 1977, 243 (246 ff.); ders., Gesellschaftsrecht, § 15 II 3 a) (S. 447 f.); *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 23; Münch. Handb. des GesR, Bd. 3-Wolff, § 40 Rn. 4; mit umfangreichen Nachweisen *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 370.
- 191 Schon 1965 *Alfred Hueck*, FS 150 Jahre C. Heymanns Verlag, S. 287 (296);

- Däubler*, GmbHR 1968, 4.
- 192 Grundlegend *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 381 ff.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 133 ff.; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 10 ff.; *ders.*, FS *Heinsius*, S. 645 (647 ff.); nur mit Einschränkungen *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 3 f. und *Zöllner/Noack*, ZGR 1989, 525 (529 ff.).
- 193 Dazu schon oben unter § 2 I 3 a) bb), vgl. insbesondere die Nachweise in Fn. 165.
- 194 Insbesondere *Karsten Schmidt*, FS *Stimpel*, S. 217 (231 f., 242 f.); *ders.*, AG 1977, 243 (251 ff.); *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 3 b) (S. 448); ebenfalls *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 518 ff.; *Grunewald*, Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 274; *Menger*, Zulässigkeit und Grenzen der Lückenausfüllung, S. 183 ff., 201; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 426 ff.; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 60 ff., 145 ff.; *Schröder*, GmbHR 1994, 532 (536 f.); *Timm*, FS *Fleck*, S. 365 (372 f.).
- 195 *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (252).
- 196 Siehe abermals die Nachweise in Fn. 194.
- 197 Für das Vereinsrecht: *RGZ* 122, 266; *BGHZ* 49, 209; *BGH* NJW 2008, 69; *Palandt-Ellenberger*, § 32 Rn. 11; *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 28. Für das Personengesellschaftsrecht: *RGZ* 122, 266 (269); 151, 321 (329); *BGH* WM 1975, 1041 f.; *NJW-RR* 1992, 227; *NJW* 1999, 3113 (3115); *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (839); *MünchKommBGB-Schäfer*, § 709 Rn. 113; *Westermann-Westermann*, Hdb. Personengesellschaften, Bd. I, Rn. I 555; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 421 mit umfangreichen Nachweisen. Im Überblick *Menger*, Zulässigkeit und Grenzen der Lückenausfüllung, S. 167 f.
- 198 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 81 mit Nachweisen zur früher vertretenen einschränkenden Ansicht (dort Fn. 44).
- 199 Vgl. oben unter § 1 I.
- 200 *BGH* *NJW-RR* 1992, 227 folgert dies aus dem überwiegend bejahten Einordnung des Beschlusses als Rechtsgeschäft. Vgl. auch *MünchKommZPO-Becker-Eberhard*; § 256 Rn. 11; *Musielak-Foerste*, § 256 Rn. 2 f.; *Westermann-Westermann*, Hdb. Personengesellschaften, Bd. I, Rn. I 555; ebenso bereits v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. I, S. 518. Zu Recht – zustimmend auch *BGH* *NJW-RR* 1992, 227 – weist *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 82 darauf hin, dass die Annahme, der Beschluss begründe zwar ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 ZPO, sei aber selbst keines, eine unnötig verkomplizierte Differenzierung darstellt.
- 201 Statt aller *MünchKommZPO-Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 37; *Musielak-Foerste*, § 256 Rn. 8.
- 202 Siehe schon *BGHZ* 24, 119 (124) = *NJW* 1957, 951; *BGH* *NZG* 2008, 912 (913).
- 203 So etwa im Fall *BGH* *NJW* 1966, 1458.

- 204 BGHZ 112, 339 (344) = NJW 1991, 691; BGH NJW 1990, 474; NJW 1999, 3113; Baumbach/Hopt-Roth, § 119 Rn. 32.
- 205 Eine Ausnahme hierzu bilden freilich die gesetzlichen Fälle der Rechtskrafterstreckung (etwa §§ 179, 183 InsO), auf die hier aber nicht weiter einzugehen ist. Auch sind die Mitgesellschafter einer Personengesellschaft nach ganz überwiegender Auffassung weder auf Kläger- noch auf Beklagtenseite notwendige Streitgenossen, vgl. nur Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 421 f. und MünchKommBGB-Schä/er, § 709 Rn. 113, jeweils mit weiteren Nachweisen.
- 206 Staudinger-Weick, § 32 Rn. 28; im Überblick auch Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 83 f. und MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55. Auch die Rechtsprechung zeigt mitunter Tendenzen zur Rückbindung des Feststellungsinteresses an das materielle Recht im Sinne einer Klagebefugnis, vgl. BGHZ 99, 119 (122) = NJW 1987, 1811 (Vereinsrecht) und BGHZ 99, 344 (347) = NJW 1987, 2364 (Stiftungsrecht).
- 207 BGHZ 112, 339 (344) = NJW 1991, 691; BGH NJW-RR 1990, 474; NJW 1999, 3113 (3114); Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 75 ff.; Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 420 ff.; Westermann-Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Bd. I, Rn. I 552 f.
- 208 BGH NJW-RR 1992, 1209; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55; Staudinger-Weick, § 32 Rn. 28; Westermann-Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Bd. I, Rn. I 547.
- 209 Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 77 f.; Baumbach/Hopt-Roth, § 119 Rn. 32; Westermann-Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Bd. I, Rn. I 547 f. Zur gerichtlichen Anerkennung solcher Regelungen im Bereich der Klagebefristung vgl. nur einerseits BGHZ 68, 212 (216) = NJW 1977, 1292, andererseits BGH NJW 1995, 1218.
- 210 Umstritten ist allerdings die Wirkung ex tunc gegenüber Dritten sowie für die Wahlen zum Aufsichtsrat der Hauptversammlung, statt aller Hüffer, AktG, § 248 Rn. 6 f.
- 211 Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 194; Becker, Verwaltungskontrolle, S. 471; Spindler/Stilz-Casper, Vor §§ 241 ff. Rn. 8; Karsten Schmidt, AG 1977, 205 ff.; Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 269 mit weiteren Nachweisen (dort Fn. 5).
- 212 Insbesondere Karsten Schmidt, FS Stimpel, S. 217 (223) und Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 88 ff. Vgl. auch Hüffer, AktG, § 246 Rn. 8 („funktionale Betrachtung“).
- 213 In der GmbH wird wegen deren personalistischer Struktur jeder Gesellschafter auch ohne Teilnahme an der Beschlussfassung und Widerspruch gegen die Beschlussfassung als anfechtungsbefugt angesehen: vgl. nur Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 106; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 128, 139.
- 214 Bei der Beschlussanfechtung in der GmbH wird diese Frist nur als Untergrenze und Orientierung angesehen, siehe etwa Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 190; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 141 ff.

- 215 Vgl. *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 195 ff.; *Spindler/Stilz-Dörr*, § 248 Rn. 6; *MünchKommAktG-Hüffer*, § 248 Rn. 5 ff., 12 f.; *ders.*, ZGR 2001, 833 (851); *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 93 f.; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 152, 171 ff.
- 216 Entwurf eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 468; eingehend *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 195 ff.
- 217 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 103 ff., 113 ff.; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 4; *ders.*, FS *Heinsius*, S. 645 ff.; *Timm*, FS *Fleck*, S. 365 (368 ff.); *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 3 ff.; *ders./Noack*, ZGR 1989, 525 (532 ff.).
- 218 Zur intensiven Debatte ab Beginn des 20. Jahrhunderts etwa *Deutscher Anwaltsverein*, Zur Reform des Aktienrechts, S. 170 f., abgedr. bei *Schubert*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik, S. 566 f.; *Ludewig*, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, S. 151 f. Zur neueren Diskussion vgl. schon oben die Nachweise in Fn. 107-110.
- 219 *MünchKommBGB-Reuter*, Bd. I, 3. Aufl. 1993, § 32 Rn. 36.
- 220 Siehe unten § 3.
- 221 Die einzige andere Vorschrift über die Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse, § 51 GenG, wird einhellig als unvollständig angesehen. Siehe dazu schon oben unter § 2 I 3 a) bb), Nachweise in Fn. 159 und 164.
- 222 *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 37, 45; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 2 b) (S. 446); ebenso *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 16 und *Kindl*, ZGR 2000, 166 (173).
- 223 § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG wird hingegen überwiegend so verstanden, dass für die Anfechtung wegen Informationspflichtverletzung ein bestimmter Verletzungsgrad erreicht sein muss; vgl. nur *Hüffer*, AktG, § 243 Rn. 45 und *Spindler/Stilz-Würthwein*, § 243 Rn. 246. *Kersting*, ZGR 2007, 319 (327 ff.) sieht in der Vorschrift einen eigenständigen Anfechtungsgrund neben § 243 Abs. 1 AktG.
- 224 *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 7 mit Angabe der nicht explizit genannten Fälle aus dem besonderen Beschlussmängelrecht: § 250, § 253 und § 256 AktG.
- 225 *MünchKommAktG-Hüffer*, § 242 Rn. 2; *KölnerKomm-Zöllner*, § 249 Rn. 8, § 242 Rn. 3 f.
- 226 Statt vieler *MünchKommZPO-Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 37; *Musielak-Foerste*, § 256 Rn. 8. Siehe auch schon soeben unter § 2 I 3 c) aa).
- 227 Deutlich *MünchKommAktG-Hüffer*, § 249 Rn. 2; *ders.*, AktG, § 249 Rn. 1; i.E. auch *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 88 ff.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 85 ff.
- 228 *Spindler/Stilz-Dörr*, § 249 Rn. 19; *MünchKommAktG-Hüffer*, § 248 Rn. 25; *ders.*, AktG, § 248 Rn. 8; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 89; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 85, 95.
- 229 *BGH NJW* 2009, 230; *Spindler/Stilz-Dörr*, § 249 Rn. 19; *MünchKommAktG-*

- Hüffer, § 249 Rn. 23; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 249 Rn. 31; KölnerKomm-Zöllner, § 249 Rn. 41 ff.; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 95 f.; Schulte, AG 1988, 67 (73 f.), teils mit im Einzelnen unterschiedlichen Begründungen.
- 230 Die Rechtskrafterstreckung auf sämtliche Mitglieder wird im Vereins- und Personengesellschaftsrecht auch für ein Urteil nach § 325 Abs. 1 ZPO diskutiert. BGH NJW-RR 1992, 1209; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55; Staudinger-Weick, § 32 Rn. 28; Westermann-Wester-mann, Hdb. Personengesellschaften, Bd. I, Rn. I 547; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 85 ff. Siehe dazu auch schon oben unter § 2 I 3 b) c) aa).
- 231 Vgl. etwa mit weiteren Nachweisen Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 85 ff.
- 232 Zur praktischen Notwendigkeit gleicher Urteilstwirkungen maßgeblich KölnerKomm-Zöllner, § 249 Rn. 40 ff. Ganz h.M.; siehe nur Spindler/Stilz-Dörr, § 249 Rn. 4; MünchKommAktG-Hüffer, § 249 Rn. 25.
- 233 BGHZ 134, 364 (366 f.) = NJW 1997, 1510; BGH NJW 1999, 1638; BGHZ 152, 1. Richtungsweisend KölnerKomm-Zöllner, § 246 Rn. 47 ff. und Karsten Schmidt, JZ 1977, 769 ff., jeweils mit Verweisen auf die Vorarbeiten in der Literatur.
- 234 Mit umfangreichen Nachweisen Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 271 („Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage verschmelzen damit zu einer einheitlichen Beschlußmängelklage.“); vgl. abermals statt vieler KölnerKomm-Zöllner, § 246 Rn. 47 ff., 82 ff.
- 235 Exemplarisch für die in Fn. 236 Genannten Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 15 II 2 b) (S. 446) sowie Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 91.
- 236 Vor allem GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 241 Rn. 3; ders., FS Stimpel, S. 217 (224); ders., AG 1977, 205 (207); ders., JZ 1977, 769; ders., JZ 1988, 729 (733 f.); ders., Gesellschaftsrecht, § 15 II 2 b) (S. 446 f.). Ebenso Becker, Verwaltungskontrolle, S. 424 ff., 471; Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 88 ff.; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 92 ff.; Kindl, ZGR 2000, 166 (172 f.).
- 237 So die häufig zitierte Formulierung von KölnerKomm-Zöllner, § 249 Rn. 25.
- 238 Spindler/Stilz-Dörr, § 249 Rn. 4; KölnerKomm-Zöllner, § 249 Rn. 25; weitere Nachweise in Fn. 240.
- 239 Deutlich MünchKommAktG-Hüffer, § 249 Rn. 4; vgl. ferner die Nachweise in Fn. 240.
- 240 BGH NJW 1952, 98; BGHZ 32, 318 (322) = NJW 1960, 1447; Spindler/Stilz-Dörr, § 249 Rn. 4; MünchKommAktG-Hüffer, § 249 Rn. 4; ders., AktG, § 249 Rn. 10; KölnerKomm-Zöllner, § 249 Rn. 25; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 464; Schulte, AG 1988, 67 (72). Für eine solche Einordnung auch schon Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 234 ff. vor der Schaffung des § 249 AktG. Letztlich auch Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 274 f. Charakteristisch Zöllner, ZGR 1988, 392 (396):



- „gestaltungsähnlich oder mit Gestaltungselementen durchsetzt“. Für eine Doppelnatur der Nichtigkeitsklage Spindler/Stilz-Casper, Vor §§ 241 ff. Rn. 9.
- 241 Kipp, FS Martitz. S. 211 ff. Dazu etwa Bork, BGB AT, Rn. 927 ff.; Faust, BGB AT, § 23 Rn. 16.
- 242 Nachweise in Fn. 236.
- 243 Karsten Schmidt, AG 2009, 248 (249).
- 244 Zuvörderst von Karsten Schmidt, AG 1977, 205 ff., 243 ff.; ders., FS Stimpel, S. 217 ff.
- 245 Dazu unter § 3 III.
- 246 Die beiden Gesetze waren die ersten allgemeinen deutschen Aktiengesetze. Ihnen voraus gingen allerdings aktienrechtliche Regelungen im französischen Code de Commerce von 1807 sowie im Preußischen Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen von 1838. Vgl. nur Casper, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 9; Großfeld, Aktiengesellschaften, S. 121; Schubert, ZGR 1981, 285 (286 f.); eingehend zu den Vorläufern des preußischen Aktiengesetzes Kießling, Aktienrecht im Wandel, S. 193 (194 ff.) (in dem Sammelband finden sich zudem eigenständige Beiträge von Kießling und Deutsch zu den Regelungen vor 1843).
- 247 Ausführlich dazu insbesondere Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 115 ff., 120 ff. sowie später Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 43 ff. Im Überblick ferner Casper, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 9 und Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 41 ff.
- 248 Diese betrafen neben Auflösungsbeschlüssen und Satzungsänderungen auch alltäglichere Dinge wie etwa die Besetzung von Organen, die Anteilszeichnung, die Rechnungslegung und die Beschlussfassung über die Gewinnverwendung. Zum Ganzen Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 116, 121 ff.; Lehmann, Entwicklung des Aktienrechts, S. 87 f. Siehe auch Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 53.
- 249 Casper, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 9; Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 137, 139.
- 250 Motive zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien und die Aktien-Gesellschaften, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Legislatur-Periode, Session 1870, Bd. 4, Aktenstück Nr. 158, S. 649 (650). Vgl. statt aller Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 43 ff., 47 ff.; Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 117 ff., 122 ff.; Schubert, ZGR 1981, 285 (286 ff.).
- 251 Vgl. schon die Nachweise in Fn. 250. Die Schutzfunktion gegenüber dem Wettbewerb hat maßgeblich Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 113 ff., 120 ff. herausgearbeitet.
- 252 Diese erfolgte zunächst im Code de Commerce von 1807 und später im Preußischen Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen von 1838; vgl. nur Kießling, Aktienrecht im Wandel, S. 193 (194 f., 213 f.) und Großfeld, Aktiengesellschaften, S. 121. Kritisch gegenüber dieser verbreiteten

- Einschätzung aber *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 87 ff.
- 253 Vgl. *Lehmann*, Entwicklung des Aktienrechts, S. 82 ff.; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 45; *Kießling*, Aktienrecht im Wandel, S. 193 (214 f.).
- 254 *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 47 ff. *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 119 ff. belegt anschaulich, wie das Gedankengut der Aufklärung und der französischen Revolution mit der Abschaffung des Oktroisystems als „Demokratisierungsprozess“ in die Aktiengesellschaft Einzug hält. Anders freilich *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 87.
- 255 § 4 des Preußischen Gesetzes über Aktiengesellschaften: „Jede Veränderung oder Verlängerung des Gesellschaftsvertrags bedarf der landesherrlichen Genehmigung“, zitiert nach *Kießling*, Aktienrecht im Wandel, S. 193 (213).
- 256 Art. 184 Abs. 1 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten nebst Motiven, 1857, S. 93.
- 257 *Lieder*, Aktienrecht im Wandel, S. 318 (327 f.); *Martens*, Die Aktiengesellschaft in der Kritik, S. 28; mit umfangreichen Nachweisen zu den statutarischen behördlichen Aufsichtsbefugnissen *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 97-136 sowie *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 47-54.
- 258 Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11.6.1870, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1870, S. 375. Die durch § 1 des Gesetzes geänderten Vorschriften des ADHGB finden sich auch bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 107 ff.
- 259 *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 141 mit weiteren, im Zitat ausgelassenen Nachweisen.
- 260 Zur vorherigen dogmatischen Einordnung vgl. etwa *Martens*, Die Aktiengesellschaft in der Kritik, S. 25 f.; *Pahlow*, Aktienrecht im Wandel, S. 237 ff.
- 261 Nach Artt. 206, 249 ADHGB konnte durch Landesgesetz vom staatlichen Konzessionserfordernis abgesehen werden. Die Norm fand zahlreichen Anklang. Vgl. im Einzelnen dazu die Motive zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien und die Aktien-Gesellschaften, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Legislatur-Periode, Session 1870, Bd. 4, Aktenstück Nr. 158, S. 649 f. Bereits in den Beratungen zum ADHGB hatte man heftig um die Beibehaltung der Staatskonzession gestritten, vgl. *Großfeld*, Aktiengesellschaften, S. 134 mit weiteren Nachweisen.
- 262 § 2 des Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11.6.1870, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1870, S. 375 (385).
- 263 Ausführlich *Lieder*, Aktienrecht im Wandel, S. 318 (329 ff.), *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 284 ff. und *Schubert*, ZGR 1981, 285 ff.
- 264 *Schubert*, ZGR 1981, 285 (287).

- 265 Ausführlich *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 136 f.; vgl. ferner *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 281 ff.; *Schubert*, ZGR 1981, 285 (287 ff., 306 f.).
- 266 *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 55; *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 141; *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 285 f.; *Schubert*, ZGR 1981, 285 (312).
- 267 Motive zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien und die Aktien-Gesellschaften, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Legislatur-Periode, Session 1870, Bd. 4, Aktenstück Nr. 158, S. 649 (650).
- 268 Ebenda.
- 269 Motive zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien und die Aktien-Gesellschaften, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1. Legislatur-Periode, Session 1870, Bd. 4, Aktenstück Nr. 158, S. 649 (650 f.). Die Passage wird vielfach als charakteristisch zitiert, etwa von *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 55, *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 140 und *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 42.
- 270 Ausführlich *Lieder*, Aktienrecht im Wandel, S. 318 (382 ff.); vgl. ferner *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 56; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 42.
- 271 *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 142 f.; *Schubert*, ZGR 1981, 285 (312 f.); *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 282 spricht sogar von einem „durch den völligen Zusammenbruch des Konzessionssystems veranlasste[m] Notgesetz“. Kritisch gegenüber der überstürzten Behandlung *Lieder*, Aktienrecht im Wandel, S. 318 (338, 378 ff.).
- 272 Eingehend *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 143 ff., 146, *Lieder*, Aktienrecht im Wandel, S. 318 (338, 377 ff.) und *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 287 ff., jeweils mit ausführlichen Nachweisen.
- 273 Vgl. die Nachweise in Fn. 272.
- 274 §§ 1, 13 Nr. 3 a) des Gesetzes betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen vom 12.6.1869, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, S. 201 (203). Nach der Reichsgründung wurde das Gericht im April 1871 in Reichsoberhandelsgericht umbenannt; es war bis zur Eröffnung des Reichsgerichts am 1. Oktober 1879 tätig; vgl. *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 291 (weitere Nachweise dort in Fn. 34).
- 275 §§ 1, 13 Nr. 3 a) des Gesetzes betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen vom 12.6.1869, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, S. 201 (203).
- 276 Vgl. *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 9 f.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 42 f.; ausführlich *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 291 ff., 304 ff.
- 277 *ROHGE* 11, 118 (121).
- 278 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 42 Fn. 226 weist auf bereits vorher durch verschiedene lokale Gerichte ergangene Entscheidungen hin. Die Prägekraft, die

- die Entscheidung des ROHG innehatte, kann diesen freilich nicht beigemessen werden. Zu Recht aber verweisen *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 9 Fn. 5 und *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 279 f., 295 auf die Vorarbeiten des Schrifttums.
- 279 *Otto v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 649 f.
- 280 *ROHGE* 14, 354 (356); 17, 107 (112).
- 281 *ROHGE* 23, 273 (275).
- 282 Insbesondere *RGZ* 3, 123 (126 f.).
- 283 Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18.7.1884, *RGBl.* 1884, S. 123; abgedr. auch bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 560.
- 284 So lag schon der Fokus des ROHG in seinem Reformgutachten für die Aktienrechtsnovelle auf dieser Fragestellung: Gutachten über die geeignetsten Mittel zur Abhülfe der nach den Erfahrungen des Reichs-Oberhandelsgerichts bei der Gründung, der Verwaltung und dem geschäftlichen Betriebe von Aktienunternehmen hervorgetretene Uebelstände, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 255. Der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467, verfolgt denselben Schwerpunkt. Vgl. auch schon oben unter § 2 I 3 b) aa).
- 285 Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467.
- 286 Ausführlich *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 41 ff. Ebenso *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 19 ff.
- 287 *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 9; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 58 f.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 43; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 287 ff.
- 288 *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 58 ff. mit dem Verweis auf die Vorarbeit in *ROHGE* 23, 273 (275); vgl. auch *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 345 ff. Dieser Befund wird in zweierlei Richtung bestritten, vgl. nur *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 25, zum einen, sowie *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 287, zum anderen. Zu diesem Streit im Einzelnen später unter § 3 II.
- 289 Treffend *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 345: „Ausdruck eines Konzepts gesetzlich abgesicherten Selbstschutzes“. Die Antwort des Gesetzgebers von 1884 auf die massive Kritik an der Novelle von 1870 und die Krise der 1870er Jahre war also keineswegs die Rückkehr zu Konzession und Staatskontrolle. Sie beinhaltete vielmehr eine Stärkung des eingeschlagenen Weges der Eigenständigkeit, untermauert durch deutlich umfassendere Regeln im Normativsystem. Ausführlich dazu *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 143 ff., *Hofer*, Aktienrecht im Wandel, S. 388 (398 ff.) („Selbsthilfemodell“) sowie *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 327 ff., 363 ff.

- 290 Vgl. nur die bereits zitierten Entscheidungen *ROHGE* 11, 118 (120 ff.); 14, 354 (357 f.); 25, 307 (310 ff.), die selbstverständlich noch nicht im Einzelnen nach den Fehlergründen differenzierten. Deutlich hierfür *RGZ* 3, 123 (126). Vgl. zu diesem Befund *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 4; *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 10; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 34; *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (244).
- 291 *KölnerKomm-Zöllner*, § 241 Rn. 2; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 34 f.
- 292 *KölnerKomm-Zöllner*, § 241 Rn. 2; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 63 mit weiterführenden Nachweisen (dort Fn. 249). Man denke nur an einen Beschluss zur Auszahlung einer Dividende oder Rückführung eines Gesellschafterdarlehens in einer bereits überschuldeten Gesellschaft.
- 293 Dazu schon ausführlich oben unter § 2 II 2 a). Im Überblick, aber mit umfassenden Nachweisen etwa *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 34 (dort Fn. 185); vgl. ferner *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 10.
- 294 *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 4; *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 10; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 34 f.; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 23 ff.; *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (244).
- 295 Soweit ersichtlich, löste sich das RG erstmals in *RGZ* 21, 148 (159) von den Regelungen des ADHGB.
- 296 *RGZ* 21, 148 (159); 36, 134 (135 f.).
- 297 *RGZ* 37, 62 (65).
- 298 Etwa in *RGZ* 72, 33 (36 f.); 107, 161 (167); 114, 202 (204); 115, 378 (383); 120, 28 (31); 120, 363 (365 f.).
- 299 *RGZ* 72, 33 (37); 107, 161 (167); 115, 378 (383).
- 300 *RGZ* 120, 28 (31); 120, 363 (366). In diese Richtung auch schon *RGZ* 37, 62 (65); 49, 77 (79); 114, 202 (204); 115, 378 (383).
- 301 Deutlich vor allem *RGZ* 120, 28 (31) und 120, 363 (365 f.). Im Ergebnis ebenso *RGZ* 36, 134 (136); 107, 161 (170); 114, 202 (204). Ähnlich bereits *RGZ* 21, 148 (159).
- 302 Charakteristisch *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 13: „Die Tatsache, daß trotz des Wortlauts des § 271 HGB Generalversammlungsbeschlüsse nicht nur anfechtbar, sondern absolut nichtig sein können, ist denn auch allgemein anerkannt.“ Siehe ferner *Hugo Horowitz*, Recht der Generalversammlungen, S. 75, 119 ff.; *Ludewig*, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, S. 151; *Staub-Pinner*, § 273 Anm. 15a f.; *Schmölder*, JW 1929, 2090 (2095).
- 303 Vgl. statt aller wiederum *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 12 f. („im Interesse der Allgemeinheit schlechthin verboten, ohne dass es auf den Willen der Gesellschaft irgendwie ankäme“).
- 304 *Ludewig*, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, S. 156; *Staub-Pinner*, § 273 Anm. 17a.
- 305 Bericht der durch den 34. DJT zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission, S. 31, abgedr. bei *Schubert*, Quellen zur



- Aktienrechtsreform der Weimarer Republik, S. 191; Deutscher Anwaltsverein, Zur Reform des Aktienrechts, S. 167 f., abgedr. bei *Schubert*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik, S. 563 f. Eingehend *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 11 ff., 24 ff. sowie *Staub-Pinner*, § 273 Anm. 16 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.
- 306 Siehe zum einen etwa *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 233 ff. (für eine analoge Anwendung der Anfechtungsklage ohne das Fristerfordernis); zum anderen etwa *Ludewig*, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, S. 151 f., 155 ff. (gegen eine von der Anfechtungsklage abweichende Klage zur Geltendmachung der Nichtigkeit). Zum Ganzen Deutscher Anwaltsverein, Zur Reform des Aktienrechts, S. 167 ff., abgedr. bei *Schubert*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik, S. 563 ff.; *Staub-Pinner*, § 273 Anm. 19 ff.; *Schmölder*, JW 1929, 2090 (2095).
- 307 So die treffende Analyse durch die spätere Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 172.
- 308 Gesetz über die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30.1.1937, RGBl. I, S. 107.
- 309 Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897, RGBl., S. 219.
- 310 *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 11; *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (244); *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 25 ff. Kritisch, letztlich aber zustimmend *Pahlow*, Aktienrecht im Wandel, S. 415 (431 ff., 434 f.).
- 311 So ausdrücklich die Denkschrift zum HGB, S. 153 = Hahn/Mugdan, Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. VI, Materialien zum Handelsgesetzbuch, S. 317, abgedr. bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, Halbband 2, S. 1077.
- 312 Stattdessen überlegte man, der öffentlichen Hand ein Anfechtungsrecht als Aufsichtsinstrument einzuräumen, verwarf diesen Gedanken aber, weil man eine registerrechtliche Regelung für vorzugswürdig erachtete. Denkschrift zum HGB, S. 153 = Hahn/Mugdan, Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. VI, Materialien zum Handelsgesetzbuch, S. 317 f., abgedr. bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, Halbband 2, S. 1077 f. Siehe auch die Protokolle über die Beratungen der Kommission zur Begutachtung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs, Sitzungen vom 21. November bis zum 18. Dezember 1895, abgedr. bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, Halbband 1, S. 259 ff., 428.
- 313 Spätestens mit der Einsetzung einer Kommission zur Prüfung der Reform des Aktienrechts durch den 34. DJT 1926 wurde die Diskussion formell geordnet mit dem Ziel einer Aktienrechtsreform geführt.
- 314 Eingehend dazu *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 15 ff.; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 66 ff.; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 31 ff.
- 315 Das AktG 1937 spricht erstmals von der Hauptversammlung anstelle der

- bisherigen Generalversammlung.
- 316 § 197 Abs. 1 AktG 1937, der sich heute unverändert in § 243 Abs. 1 AktG wiederfindet.
- 317 § 195 Abs. 1 AktG 1937, heute leicht abgeändert in § 241 Abs. 1 AktG zu finden.
- 318 Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 172.
- 319 Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 171 f.
- 320 Zu den unterschiedlichen Ansätzen in dieser Diskussion vgl. nur den Bericht der durch den 34. DJT zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission, S. 31, abgedr. bei *Schubert*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik, S. 191; Deutscher Anwaltsverein, Zur Reform des Aktienrechts, S. 167 f., abgedr. bei *Schubert*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik, S. 563 f.; Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 172; *Ludewig*, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, S. 156; *Schmölder*, JW 1929, 2090 (2095). Eingehend zum Ganzen *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 14 ff.
- 321 Die Regelung entspricht weitgehend dem heutigen § 242 Abs. 1 und 2 AktG.
- 322 Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 174. Dieselbe Regelung findet sich heute in § 242 Abs. 2 Satz 3 AktG i.V.m. § 398 FamFG.
- 323 Deutlich RGZ 120, 28 (31) und 120, 363 (365 f.). Siehe auch RGZ 36, 134 (136); 75, 239 (242); 89, 367 (379); 107, 161 (170); 114, 202 (204). Ähnlich bereits RGZ 21, 148 (159).
- 324 So, teils ausdrücklich, teils in der Gesamtschau, die Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 171 f. Die Erhebung der Nichtigkeitsklage war auch 1937 schon nicht der ausschließliche Weg zur Geltendmachung der Beschlussnichtigkeit, § 201 Abs. 1 Satz 2 AktG 1937.
- 325 *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 233 ff., 237 ff. Ebenso Deutscher Anwaltsverein, Zur Reform des Aktienrechts, S. 167 ff., 170, abgedr. bei *Schubert*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik, S. 563 ff., 566. Ähnlich i. E. *Ludewig*, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, S. 156 f.
- 326 *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 234 f., 242.
- 327 Der Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 171 f. ist dies zwar nicht wortwörtlich zu entnehmen. Sie schließt sich jedoch der Praxis der allgemeinen Feststellungsklage durch die Rechtsprechung an und trifft sodann zugunsten der Rechtssicherheit Modifikationen hieran. Auch der Wortlaut des § 201 AktG 1937 „Klage auf Feststellung der Nichtigkeit“ spricht dafür. Fraglich bleibt unterdessen, ob der Gesetzgeber überhaupt bewusst eine bestimmte

- Rechtsnatur wählte.
- 328 Insbesondere *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (224); ders., AG 1977, 205 (207); JZ 1988, 729 (733 f.); ders., Gesellschaftsrecht, § 15 II 2 b) (S. 446 f.); *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 424 ff., 471; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 69, 88 ff.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 92 ff.; *Kindl*, ZGR 2000, 166 (172 f.). Weitere Nachweise in Fn. 236. Zum Ganzen schon eben § 2 I 3, II 1.
- 329 *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 10; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 62, 80; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 42; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 24; *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (244).
- 330 Ausführliche Betrachtung im dogmatischen Kontext bei *Hommelhoff*, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle – rechtsdogmatischer Überblick zur Aktienrechtsreform 1884 –, in: *Schubert/ Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 53 ff.
- 331 Vgl. nur *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 345 ff.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 287 ff.; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 225. Ferner *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2617); *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11 (16); *Noack*, AG 1989, 78 (83 f.); *Karsten Schmidt*, AG 2009, 249 (254 ff.).
- 332 Dazu später unter § 3 II.
- 333 Mit diesem Hinweis hielt die „Kommission Handel“ 1895 ein Anfechtungsrecht des Staatsanwalts im HGB (§ 228 HGB nach dem Ersten Reichsjustizsamts-Entwurf [RJA-E I]) für überflüssig, Protokolle über die Berathungen der Kommission zur Begutachtung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs, Sitzungen vom 21. November bis zum 18. Dezember 1895, abgedr. bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, Halbband 1, S. 259 ff., 428.
- 334 *Giesen*, Jura 1981, 505 (wortlautidentisch mit *Heinrich Lange*, AT BGB, 15. Auflage 1974, § 49 I 1, S. 307 [Zitat nach *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 10]). Vgl. die weiteren Nachweise in Fn. 147.
- 335 *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 1; *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 43; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 40.
- 336 *Abermals MünchKommBGB-Reuter*, Bd. I, 3. Aufl. 1993, § 32 Rn. 36.

- 337 Ausführlich hierzu soeben unter § 2 II.
- 338 Vgl. dazu schon den unter § 2 I 3 b) zu findenden Überblick.
- 339 Beispielfhaft sei auf den Aufsatz von *Richert*, NJW 1957, 1543 (1544 f.) sowie insbesondere auf die Dissertation von *Prior*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, aus dem Jahr 1971 verwiesen. Charakteristisch MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55 zur Lehre von den Beschlussmängeln: „Am umstrittensten ist die Rechtslage im Vereinsrecht.“
- 340 Vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, S. 536 ff. = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 626 f.; Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467. Zum Ganzen bereits unter § 2 I 3 b) bb).
- 341 RGZ 122, 266 (269); BGHZ 55, 381 = NJW 1971, 879; BGHZ 59, 369 (371 f.) = NJW 1973, 235; BGH NJW 1975, 2101; NJW 2008, 69 (72); OLG Saarbrücken NZG 2008, 677 (679); *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1973 f.; Palandt-Ellenberger, § 32 Rn. 9; So-ergel-Hadding, § 32 Rn. 14; Bamberger/Roth-Schöpfli, § 32 Rn. 29. Mit beachtenswerten Differenzierungen schon *Prior*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 69 ff., 85 ff. und Staudinger-Weick, § 32 Rn. 26 ff. Grundsätzlich gegen eine Analogie auch *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 159 ff.
- 342 Im Überblick siehe nur MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55; Staudinger-Weick, § 32 Rn. 25. Im Einzelnen dazu später unter § 4 III sowie § 3 III 3 e) cc).
- 343 *Grunewald*, Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 270.
- 344 Insbesondere *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 24 III 3 f) (S. 697) und MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 56 ff.; ebenfalls *Grunewald*, Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 269 ff. sowie *Säcker/Oetker*, Probleme der Repräsentation, S. 45 f., 81 f. (dort Fn. 337). In Teilen zustimmend *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 166 ff. (Lösung durch Kautelarpraxis).
- 345 *Karsten Schmidt*, AG 2009, S. 248 (252).
- 346 *Karsten Schmidt*, AG 1977, 205 ff., 243 ff.
- 347 Insbesondere *Karsten Schmidt*, JZ 1977, 769 ff. (Weiterführung in JZ 1988, 729 ff.). Ferner *ders.*, NJW 1979, 409 ff.; *ders.*, ZJP 92 (1979), 212 ff.
- 348 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (220).
- 349 *Karsten Schmidt*, AG 1977, 205 (207); *ders.*, JZ 1977, 769 ff.; *ders.*, FS Stimpel, S. 217 (223 f.). Zu diesem Frage schon oben unter § 2 II 1.
- 350 Nochmals *Karsten Schmidt*, AG 1977, 205 (207); *ders.*, JZ 1977, 769 ff.; *ders.*, FS Stimpel, S. 217 (223 f.).
- 351 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (224 f.). Grundlegend zu der Unterwerfung des Verbandsmitglieds unter den „Verbandswillen“ und deren Grenzen *Otto v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 262 ff., 672 f.
- 352 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (221 ff.) mit Verweis auf die Grundlegungen von *Knobbe-Keuk*, FS Ballerstedt, S. 239 (246 ff.).
- 353 Ausführlich für die Aktiengesellschaft *Karsten Schmidt*, AG 1977, 205 (207 ff.);

- zusammenfassend *ders.*, FS Stimpel, S. 217 (225).
- 354 *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (246 ff.); als Fortentwicklung des Gedankens sodann *ders.*, FS Stimpel, S. 217 (232 ff.). Später nochmals nur für das Personengesellschaftsrecht *ders.*, ZGR 2008, 1 (26 ff.).
- 355 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (228 f.).
- 356 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (231 f.).
- 357 So jedenfalls das Resultat der Übertragung der aufgestellten Kriterien auf die verschiedenen Verbände von *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (232 ff.).
- 358 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (233 f., 236) unter Heranziehung der Gesetzeshistorie zum Vereinsrecht (dazu schon oben § 2 I 3 b) bb)) sowie des Meinungsstandes im Schrifttum; ebenso *ders.*, AG 1977, 243 (249).
- 359 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (238 f.) mit Bezugnahme auf die h.M. zur inter omnes-Wirkung des Nichtigkeitsurteils im Feststellungsprozess; zuvor bereits *ders.*, AG 1977, 243 (250).
- 360 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (241 f.) unter Verweis auf die Rechtsprechung und akademische Diskussion zum Kausalitäts- bzw. Relevanzkriterium für Verfahrensverstöße; ausführlich *ders.*, AG 1977, 243 (250 f.).
- 361 *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (242). Siehe dazu im Detail auch *ders.*, FS Reuter, S. 345 (348 ff.) sowie *ders.* Gesellschaftsrecht, § 24 III 3 f) (S. 697 f.).
- 362 Dass es darüber hinaus nach *Karsten Schmidt* dort auch systematisch zu verorten sei, kam schon weiter oben zur Sprache. Zusammenfassend abermals *Karsten Schmidt*, AG 2009, 248 (259).
- 363 Im Abriss schon oben unter § 2 I 3 b) bb). Speziell nochmals für das Vereinsrecht soeben im Einleitungsteil unter § 3 I, Nachweise in Fn. 341.
- 364 *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, insbesondere S. 440 ff. (rechtsformübergreifendes Verständnis der §§ 241 ff. AktG), S. 446 ff. (Verzicht auf Mehrheitsprinzip), S. 276 ff. (objektive Kontrollfunktion des Beschlussmängelrechts); allgemein S. 370 ff. (zum GmbH-Recht), S. 420 ff. (zum Personengesellschaftsrecht).
- 365 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 79 ff., 92 ff., wenn auch mit Differenzierungen zwischen den Verbandsformen (S. 136 ff., 162 ff., 170 ff.).
- 366 Für das Personengesellschaftsrecht etwa *Grunewald*, Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 273 f.; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 37 ff., 173 ff.; *Schröder*, GmbHR 1994, 532 (536 f.).
- 367 *Grunewald*, Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 267 ff., 270.
- 368 *Terner*, NJW 2008, 16 (18 ff.).
- 369 *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 513 ff.
- 370 Explizit *Richert*, NJW 1957, 1543 (1545). Siehe ferner vor allem *Soergel-Siebert*, 9 Aufl., § 32 Rn. 14 f., *Staudinger-Coing*, 11. Aufl., § 32 Rn. 8 ff. sowie später *Soergel-Schultze-v. Lasaulx*, 10. Aufl. § 32 Rn. 11 ff., die allerdings eine Abweichung vom Nichtigkeitsdogma nur für die formale Fehlerhaftigkeit diskutieren und noch nicht den Schritt zu einer Analogie zum Aktienrecht wagen. *Prior*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 69 ff., 80 ff. setzt sich mit ihnen



- eingehend auseinander. Im Überblick *Säcker/Oetker*, Probleme der Repräsentation, S. 45 f.
- 371 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 159, 168.
- 372 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 60.
- 373 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 60 ff.; ders., ZHR 151 (1987), 355 (370 ff.).
- 374 *Säcker/Oetker*, Probleme der Repräsentation, S. 81 f. (dort Fn. 337): „Etablierung repräsentativer Zwischenstufen“.
- 375 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 55 mit ausführlicher Analyse der einschlägigen Rechtsprechung; ders., ZHR 151 (1987), 355 (371). Ebenso *Karsten Schmidt*, Nachweise oben in Fn. 358 360.
- 376 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 56; nachdrücklich ders., ZHR 151 (1987), 355 (372).
- 377 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 58.
- 378 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 59 mit kritischer Bezugnahme auf *BGHZ* 101, 113 = NJW 1987, 2514 (dort Fn. 186).
- 379 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 59 ff., 66 ff.
- 380 Im Ergebnis seien nur die Nichtigkeitsgründe in § 241 Nr. 1, 3, 4 AktG analog anzuwenden (*MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 65), und für die Anfechtungsbefugnis gälten nur § 245 Nr. 1-3 AktG entsprechend (ebenda, Rn. 66). Wie im GmbH-Recht, könne die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG nur als Orientierungshilfe zur Bestimmung einer angemessenen Anfechtungsfrist dienen (ebenda).
- 381 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 55, 67. Ausführlich und mit weiteren Nachweisen zu der Differenzierung *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1990 ff., 1994 ff., 2001 ff. Im Überblick *Palandt-Ellenberger*, § 32 Rn. 10.
- 382 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 67.
- 383 Bezeichnend hierfür sind die Ausführungen von *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1972 ff., der eine Analogie zu den §§ 241 ff. AktG ablehnt und sodann in der Darstellung des geltenden Rechts (wohlgemerkt in einem Praktiker-Handbuch) an die Grenzen des Handhabbaren stößt. Siehe ferner nur etwa *Palandt-Ellenberger*, § 32 Rn. 9 ff.; *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 24 ff. mit umfangreichen Nachweisen.
- 384 *Säcker/Oetker*, Probleme der Repräsentation, S. 81 f., dort Fn. 337.
- 385 So die ganz h.M., vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsbestimmung: *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 710; *Palandt-Ellenberger*, § 26 Rn. 5; *MünchKommBGB-Reuter*, § 26 Rn. 7; ders., ZHR 151 (1987), 355 (367); *Staudinger-Weick*, § 26 Rn. 3.
- 386 Treffend *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 7: „Dieses „Stimmrecht“ der Organmitglieder ist jedoch vom mitgliedschaftlichen Stimmrecht scharf zu unterscheiden. Die besondere, d.h. nicht auf der Mitgliedschaft beruhende Organstellung (...) verleiht eine grundsätzlich altruistische Machtbefugnis, die anders als die bloße mitgliedschaftliche Stellung von vornherein eine Hintansetzung eigener Interessen bei der Ausübung des

- organschaftlichen Stimmrechts verlangt.“ Siehe zu der Unterscheidung in der Stimmrechtsausübung ferner *Bartho-lomeyczik*, AcP 144 (1938), 287 (293); *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung, S. 24. Eingehend zu der Thematik noch unter § 3 II 2.
- 387 Siehe soeben unter § 3 I 1.
- 388 Dies zeigt schon der Verweis in § 28 BGB auf die Beschlussfassung der Mitgliederversammlung und damit auch § 32 Abs. 1 Satz 3 BGB. Siehe ferner etwa *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 2580; *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 71, jeweils mit Hinweis auf mögliche Modifikationen.
- 389 Auch dazu oben unter § 3 I 1, Nachweise insbesondere in Fn. 341 f.
- 390 Siehe abermals schon oben unter § 3 I 1; im Detail *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (221 ff.) mit Verweis auf *Knobbe-Keuk*, FS Ballerstedt, S. 239 (246 ff.).
- 391 So das überzeugende Beispiel von *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 71.
- 392 Ein solcher Geltungsbereich wird von *Karsten Schmidt* in seiner These auch nicht angenommen.
- 393 Vgl. *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 58; dazu auch schon oben unter § 3 I 2.
- 394 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 60.
- 395 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 72. Dass *Reuter* dennoch zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen differenziert, verdient Aufmerksamkeit, für die hier interessierende Analogie zu den §§ 241 ff. AktG ist es aber noch ohne Belang.
- 396 *Säcker/Oetker*, Probleme der Repräsentation, S. 81 f., dort Fn. 337.
- 397 Etwa als Einrede im Leistungsprozess oder im Wege der durch Dritte erhobenen, allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO; vgl. *Spindler/Stilz-Dörr*, § 249 Rn. 23; *KölnerKomm-Zöllner*, § 249 Rn. 4 f. Siehe bereits oben § 2 II 1.
- 398 Charakteristisch *Spindler/Stilz-Casper*, Vor §§ 241 ff. Rn. 7: „Damit sind die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage nichts anderes als ein gesetzlicher Modellfall der allgemeinen auf Abwehr gerichteten Aktionärsklage.“, im Anschluss an *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 V 2 (S. 646): „Die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage als Modellfall der Abwehrklage“.
- 399 Dieser Umstand ist nicht zu bezweifeln. Er darf allerdings nicht verwechselt werden mit der strittigen Frage nach einer einheitlichen Rechtsnatur von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage als Gestaltungsanlagen. Statt vieler etwa *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 270 ff.; *Spindler/Stilz-Casper*, Vor §§ 241 ff. Rn. 8 ff.; *MünchKommAktG-Hüfer*, § 249 Rn. 4 f. Siehe auch schon oben § 2 II 1.
- 400 Ausführlich hierzu unter § 2 II 2.
- 401 Siehe abermals oben § 2 II 2 a) und c).
- 402 So auch *Diekgräff*, Sonderzahlungen, S. 27; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 288; *Lutter*, ZGR 1978, 347 (349); ders., AcP 180 (1980), 84 (143).
- 403 Deutlich *Spindler/Stilz-Dörr*, § 245 Rn. 7, 10; ferner *Diekgräff*,

- Sonderzahlungen, S. 27; *Lutter*, ZGR 1978, 347 (349). Ähnlich bereits *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 156. Eingehend zur Leitungsbefugnis des Vorstands Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-*Wiesner*, § 19 Rn. 12 ff.
- 404 *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 288; *Lutter*, ZGR 1978, 347 (349); Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 41; MünchKommAktG-Hüfer, § 245 Rn. 64; ders., AktG, § 245 Rn. 28; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 32; KölnerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 63.
- 405 Dies ergibt sich schon aus einem Vergleich von § 245 Nr. 1-3 AktG mit § 245 Nr. 4 AktG. Siehe nur *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 157; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 65; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 32; KölnerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 64.
- 406 Allgemeine Ansicht, siehe nur Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 41; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 65; ders., AktG, § 245 Rn. 28; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 32; KölnerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 63. Auch schon *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 157 mit weiteren Nachweisen.
- 407 § 245 Nr. 1 AktG. Anders allerdings im Falle der § 245 Nr. 2 und 3 AktG. Das Erfordernis der Aktionärseigenschaft vor Bekanntmachung der Tagesordnung wurde erst durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl. I, S. 2802, eingeführt. Es soll ausweislich der Regierungsbegründung die missbräuchliche Erhebung von Anfechtungsklagen eindämmen, BT-Drucks. 15/5092, S. 26 f.
- 408 RGZ 77, 255 (257); 145, 336 (338); BGHZ 43, 261 (265 f.) = NJW 1965, 1378; BGHZ 70, 117 (118) = NJW 1978, 540; BGHZ 107, 296 (308 f.) = NJW 1989, 2689; *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 99; *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 151 f.; *Karsten Schmidt*, FS Semler, S. 329 (338); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 288; Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 10; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 7. Mit weiteren Nachweisen *Feltkamp*, Anfechtungsklage und Vergleich, S. 18.
- 409 Beispiel nach *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 151 f. mit Verweis auf RGZ 40, 83.
- 410 *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 100; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 276; KölnerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 77.
- 411 Siehe bereits die Nachweise in Fn. 410.
- 412 *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 99; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 249 Rn. 29; ders., FS Semler, S. 329 (338); KölnerKomm-Zöllner, § 249 Rn. 20 f. Dieser Befund ist unabhängig davon, ob man die Nichtigkeitsklage ihrer Rechtsnatur nach als Gestaltungsklage versteht (etwa *Karsten Schmidt*, FS Semler, S. 329 (331 f.)) oder sie aber, wie herrschend, als besondere Form der Feststellungsklage einordnet und das Feststellungsinteresse per se aus der Aktionärsstellung herleitet (etwa Spindler/Stilz-Dörr, § 249 Rn. 7; KölnerKomm-Zöllner, § 249 Rn. 25, 21 f.). Zur strittigen Frage der Rechtsnatur der Nichtigkeitsklage auch schon oben § 2 II 1.
- 413 *Hugo Horowitz*, Recht der Generalversammlungen, S. 88. Vielfach zitiert, etwa

- von *Diekgräff*, Sonderzahlungen, S. 23; *Schiessl*, VGR II (1999), S. 57 (60); *Vollmann*, Minderheitenschutz, S. 36; *KölnerKomm-Zöllner*, § 245 Rn. 77. Mit weiteren Nachweisen *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 276. Kritisch gegenüber der Terminologie *GroßkommAktG-Karsten Schmidt*, § 245 Rn. 2; zustimmend *Spindler/Stilz-Dörr*, § 245 Rn. 2.
- 414 *Flechtheim*, FS Zitelmann, S. 1 (5). Zustimmend *Bayer*, VGR II (1999), S. 35 (37); *Diekgräff*, Sonderzahlungen, S. 24; *Schiessl*, VGR II (1999), S. 57 (60); *KölnerKomm-Zöllner*, § 245 Rn. 77.
- 415 *MünchKommAktG-Hüfer*, § 245 Rn. 8.
- 416 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (111). Siehe auch *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 16.
- 417 Prägend *Otto v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 650. Später dann *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 101; *Feltkamp*, Anfechtungsklage und Vergleich, S. 17 (dort Fn. 6); *Großkomm-AktG-Karsten Schmidt*, § 245 Rn. 4 („Funktionärsklage“); *ders.*, FS Semler, S. 329 (336); *Vollmann*, Minderheitenschutz, S. 48. Trotz Kritik in der Sache *Mertens*, AG 1990, 49 (54); ebenso *Zöllner*, AG 2000, 145 (146).
- 418 *Schiessl*, VGR II (1999), S. 57 (61); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 291. Ähnlich *Karsten Schmidt*, FS Semler, S. 329 (337): „Wahrer des objektiven Rechts“.
- 419 BGHZ 107, 296 (308) = NJW 1989, 2689 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs.
- 420 Zum Folgenden schon ausführlich oben unter § 2 II 2.
- 421 Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11.6.1870, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1870, S. 375. Die durch § 1 des Gesetzes geänderten Vorschriften des ADHGB finden sich auch bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 107 ff.
- 422 Siehe die Nachweise in Fn. 272.
- 423 Diese hielt man – mit guten Gründen – für unzureichend und nicht zielführend: Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 414 ff.
- 424 Ausführlich vor allem *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 345 ff.
- 425 Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 416. Siehe dazu *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 346.
- 426 Artt. 190a, 190b, 222 ADHGB, eingeführt durch das Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18.7.1884, RGBL. 1884, S. 123; abgedr. auch bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 560.
- 427 Nachweise oben in Fn. 312. Nach heutigem Sprachgebrauch handelte es sich

- freilich nicht um ein „Anfechtungsrecht“, sondern eher um ein „Nichtigkeitsklagerecht“. Zu der Herausbildung der Terminologie ebenfalls schon oben unter § 2 II 2 c).
- 428 Eingehend *Schubel*, Verbandssouveränität, S. 391 ff.; im Anschluss daran *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 290.
- 429 *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 20; *Bayer*, VGR II (1999), S. 35 (36 f.); *ders.*, NJW 2000, 2609 (2617); *Diekgräb*, Sonderzahlungen, S. 27; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 83; *Heinze*, ZGR 1979, 293 (294); *Hommelhoff*, ZHR 158 (1994), 11 (16); *ders./Timm*, AG 1989, 168; *Lutter*, ZGR 1978, 347 (349); *Noack*, AG 1989, 78 (83); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 289 f.; *Vollmann*, Minderheitenschutz, S. 48.
- 430 Häufig wird die Parallele zum US-amerikanischen Recht und zur Securities Exchange Commission (SEC) gezogen, siehe etwa *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 32 ff.; *Lutter*, ZGR 1978, 347 (349). Vgl. auch *Schiessl*, VGR II (1999), S. 57 (68 ff.), der für die Einrichtung einer „Aktienrechtlichen Superbehörde“ nach dem Vorbild der SEC plädiert.
- 431 Regierungsbegründung zum Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BT-Drucks. 15/5092, S. 29. Ausführlich *Bayer*, VGR II (1999), S. 35 (38 f.); *ders.*, NJW 2000, 2609 (2617). Siehe auch *Diekgräb*, Sonderzahlungen, S. 27; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 83; *Hommelhoff/Timm*, AG 1989, 168; *Noack*, AG 1989, 78 (83).
- 432 Daran ändert sich auch nichts, wenn man die Klagebefugnis des Aktionärs ausschließlich subjektiv-rechtlich veranlasst sieht. So etwa *Mertens*, AG 1990, 49 ff.; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 49 ff.; *Zöllner*, AG 2000, 145 ff. Charakteristisch *Karsten Schmidt*, FS Semler, S. 329 (338): „Die Aktionärsklage trägt also – dies mag einem gefallen oder nicht (...) – Züge einer Funktionärsklage.“
- 433 Das Zitat stellt keine Zustimmung zur These *Lutters* vom „Ersatzaufsichtsrecht“ des Aktionärs dar. Siehe dazu *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (140 ff.).
- 434 *Lutter*, ZGR 1978, 347 (350).
- 435 So die Verortung durch die ganz h.M. Siehe etwa *Spindler/Stilz-Dörr*, § 245 Rn. 8; *MünchKomm-AktG-Hüffer*, § 245 Rn. 6 f.; *GroßkommAktG-Karsten Schmidt*, § 245 Rn. 4, 10. Weitere Nachweise sogleich.
- 436 *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 65 ff., 79 ff.; *Roth*, FS Henckel, S. 707 (710 f.); *Karsten Schmidt/Lutter-Schwab*, AktG, § 245 Rn. 1 („Struktur eines abstrakten Normenkontrollverfahrens“); ausführlich *ders.*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 277 ff., 287 ff.
- 437 Zur Ordnung der gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 3 I (S. 45 ff.).
- 438 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (86); *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung, S. 23. Siehe ferner etwa *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 17; *MünchKommBGB-Reuter*, § 38 Rn. 1; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 19 I 1 b) (S. 547);



- Staudinger-Weick, § 35 Rn. 25. Zur Offenheit der Terminologie „sibyllinisch“ Karsten Schmidt, ZGR 2011, 108 (113): „Wo Verband ist, ist Mitgliedschaft.“
- 439 Mit weiteren Nachweisen Lutter, AcP 180 (1980), 84 (86). Ähnlich Becker, Verwaltungskontrolle, S. 17; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 23.
- 440 Statt aller Lutter, AcP 180 (1980), 84 (122 ff.); MünchKommBGB-Reuter, § 38 Rn. 1. Pointiert die vielfach zitierte „Rad-Metapher“ von Wiedemann, WM-Sonderbeilage Nr. 7/1992, 1 (4): „Die Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft sind in Form eines Rades geordnet; die Beziehungen zwischen den Mitgliedern werden ergänzt durch Rechtsverhältnisse zur Zentralgewalt. Es war gewiß nicht förderlich, daß das deutsche Recht im Personengesellschaftsrecht einseitig die Kreisbeziehung, im Kapitalgesellschaftsrecht ebenso einseitig die Sternbindung herausarbeitete. Zwar sind die Rechtsverhältnisse je nach Gesellschaftsform und Realstruktur unterschiedlich ausgeprägt und inhaltlich anders ausgestaltet (...) – an der Existenz von Speichen und Felge besteht jedoch bei allen Verbänden kein Zweifel.“
- 441 BGHZ 110, 323 = NJW 1990, 2877 („Schärenkreuzer“). Wegweisend Lutter, AcP 180 (1980), 84 (101 f.) mit ausführlichen Nachweisen. Siehe ferner Casper, ZHR 163 (1999), 54 (68); pflugradt, Leistungsklagen, S. 44, 81; MünchKommBGB-Reuter, § 38 Rn. 11 ff.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 I 3 (S. 549 f.); ders., ZGR 2011, 108 (114 ff.) mit näherer Streitdarstellung; MünchKommBGB-Ulmer/Schäfer, § 705 Rn. 180; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 39; Zöllner, ZGR 1988, 392 (429 f.). Für eine Kongruenz der Begrifflichkeiten Habersack, Mitgliedschaft, S. 21 ff., 99 ff. Ablehnend etwa Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 19 ff., der nur den subjektiv-rechtlichen Charakter einzelner mitgliedschaftlicher Befugnisse bejaht; ebenso Staudinger-Weick, § 35 Rn. 25 (für das Vereinsrecht). Wohl auch Roth, FS Henckel, S. 707 (712 ff.).
- 442 Der Deliktsschutz gegenüber Verbandsexternen wird schon von RGZ 100, 274 (278) und 158, 248 (255) bejaht. Gegen einen Schutz im Verbandsinnenrecht aus der Literatur ausführlich Reuter, FS Lange, S. 707 ff. Ebenso MünchKommBGB-ders., § 38 Rn. 13 ff., 17 ff.; Roth, FS Henckel, S. 707 (714 f.); MünchKommBGB-Wagner, § 823 Rn. 173; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 39; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 43 Rn. 65. Im Außenverhältnis noch offen gelassen, im Innenrecht aber abgelehnt schon von Zöllner, ZGR 1988, 392 (430).
- 443 BGHZ 110, 323 (327 f., 334) = NJW 1990, 2877 („Schärenkreuzer“). Bayer, NJW 2000, 2609 (2611 f.); Casper, ZHR 163 (1999), 54 (68 f.); Habersack, Mitgliedschaft, S. 117 ff.; Lutter, AcP 180 (1980), 84 (130 f.); Pflugradt, Leistungsklagen, S. 44, 81; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 I 3 (S. 549 f.); ders., ZGR 2011, 108 (115 ff.); MünchKommBGB-Ulmer/Schäfer, § 705 Rn. 180; Vollmann, Minderheitenschutz, S. 132 f. Gänzlich den Deliktsschutz ablehnend wiederum Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 22 ff mit Nachweisen aus dem älteren Schrifttum.
- 444 Dies ist die heute wohl gängige Einteilung, siehe nur Lutter, AcP 180 (1980), 84

- (86); MünchKommBGB-Reuter, § 38 Rn. 26; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19 III 3 c) (S. 557 f.). Etwas pauschaler die herkömmliche Differenzierung nach Verwaltungs- und Vermögensrechten, etwa MünchKommBGB-Ulmer/Schäfer, § 705 Rn. 185; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 29 f.
- 445 So die überzeugende Unterscheidung von MünchKommBGB-Reuter, § 38 Rn. 26, der die Informationsrechte einer eigenen Kategorie zuweist.
- 446 Nach der älteren Terminologie ist es als eigennütziges Verwaltungsrecht (im Gegensatz zu den Vermögensrechten) zu klassifizieren, Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 8; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 6 f.
- 447 ROHGE 25, 307 (310).
- 448 Vgl. ROHGE 25, 307 (313); Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239 (248).
- 449 Schmitt, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 33. Zuvor schon Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239 (248).
- 450 Vgl. zur Entwicklung etwa Pahlow, Aktienrecht im Wandel, S. 237 (250 ff., 256 ff.); Habersack, Mitgliedschaft, S. 52 ff. Richtungsweisend Otto v. Gierke, Genossenschaftstheorie, passim aus dem Jahr 1887.
- 451 Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 16 I 2 b) (S. 451 f.); eingehend zur Rechtfertigung des Mehrheitsbeschlusses Baltzer, Der Beschluß, S. 186 ff.; siehe auch Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 91 ff.
- 452 So die ganz h.M. RGZ 85, 311 (313); BGHZ 43, 261 (265 f.) = NJW 1965, 1378; BGHZ 70, 117 (118) = NJW 1978, 540; BGHZ 99, 119 (122) = NJW 1987, 1811. Aus der Literatur etwa Baums, Gutachten zum 63. DJT, S. F 18 ff., F 99 f.; Bayer., VGR II (1999), S. 35 (40 ff.); ders., NJW 2000, 2609 (2610, 2616 f.); Becker, Verwaltungskontrolle, S. 75 ff., 526; Spindler/Stilz-Casper, Vor §§ 241 ff. Rn. 6; ders., ZHR 163 (1999), 54 (68 f.); Diekgräf, Sonderzahlungen, S. 26; Eber-spächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 83 f.; Feltkamp, Anfechtungsklage und Vergleich, S. 18 f.; Heinze, ZGR 1979, 293 (294); MünchKommAktG-Hüfer, § 245 Rn. 6; Knobbe-Keuk, FS Ballerstedt, S. 239 (246 ff.); Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 45; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 57, § 38 Rn. 35 f.; Slabschi, Anfechtungsklage, S. 87 ff.; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 11; ders., FS Stimpel, S. 217 (222); Schmitt, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 30 ff.; Vollmann, Minderheitenschutz, S. 101; Zöllner, ZGR 1988, 393 (425 f.). Ebenso Habersack, Mitgliedschaft, S. 229 ff., der allerdings im Falle der Anfechtungsbefugnis nach § 245 Nr. 2 AktG noch ein besonderes Recht auf Teilhabe an der Hauptversammlung verletzt sieht. Dies ist letztlich nur eine Unterform des Rechts auf gesetzes- und satzungsmäßige Beschlussfassung. Grundlegend schon Otto v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 637: „Der objektivrechtlichen Begrenzung der körperschaftlichen Lebenssphäre korrespondieren subjektive Rechte auf Innehaltung dieser Grenzen.“
- 453 Auf die strittige Frage, ob und inwieweit dem Aktionär über das Recht auf gesetzes- und satzungsgemäße Beschlussfassung der Hauptversammlung hinaus ein allgemeines subjektives Recht auf gesetzes- und statutenmäßige Betätigung

- der Verwaltungsorgane zusteht, kommt es an dieser Stelle nicht an. Sie wird ausdrücklich ausgeklammert. Dazu grundlegend *Knobbe-Keuk*, FS Ballerstedt, S. 239 (246 ff.) und *BGHZ* 83, 122 (130) = NJW 1982, 1703 („Holzmüller“). Siehe ferner etwa *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2610 ff.); *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 75 ff.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 V 3 (S. 648 f.); ders., FS Stimpel, S. 217 (232 ff.); *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 30 ff., 49 f. Anders statt vieler *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (421 ff.); MünchKommBGB-Reuter, § 38 Rn. 35 f. Weitere Nachweise bei *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 91 ff.
- 454 Siehe bereits oben § 3 II 1 b), Nachweise in Fn. 408-411.
- 455 So die zutreffende Schlussfolgerung von *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 46. Siehe auch *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 230. Die Verortung der Mitgliedschaft mit der ganz überwiegenden Ansicht als subjektives Recht ist für diesen Befund ohne Relevanz. Lehnt man sie ab, ist das subjektive Recht auf gesetzes- und satzungsgemäße Beschlussfassung aus der Mitgliedschaft als bloßem Rechtsverhältnis herzuleiten. Im Ergebnis besteht mithin kein Unterschied. Ebenso *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 94 f.
- 456 *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 84 weist mit Recht auf diesen oft wenig beachteten Zusammenhang hin.
- 457 *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (68 ff.); *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 46 f., 93 f.; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 58.
- 458 Eingehend *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 473 f. Vgl. auch *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (69); *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 96 ff.; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 58.
- 459 Ausdrücklich MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 7; KölnerKomm-Zöllner, § 243 Rn. 13. A maiore ad minus ebenso alle Nachweise in Fn. 460.
- 460 Insbesondere *Knobbe-Keuk*, FS Ballerstedt, S. 239 (246 ff.) sowie später *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 V 2 (S. 646 ff.) unter Bezugnahme auf *BGHZ* 83, 122 (130) = NJW 1982, 1703 („Holzmüller“); ders., FS Stimpel, S. 217 (232 ff.). Zustimmend *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 197 ff.; *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2610 ff.); Spindler/Stilz-Casper, Vor §§ 241 ff. Rn. 7, 15; ders., ZHR 163 (1999), 54 (69); *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 84; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 34. In diese Richtung bereits *Otto v. Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 253 ff., 637 f.
- 461 *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2611 f.); *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (68 ff.); *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 229 ff., 262; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 V 1 (S. 645). Dezidiert dagegen *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (427 ff.).
- 462 So die vielfach zitierte Passage aus der Regierungsbegründung zum Aktiengesetz von 1965, Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, BT-Drucks. IV/171, abgedr. bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 332 f.
- 463 Ausführlich *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 21 ff.; *Bayer*, VGR II (1999), S. 35 (36 ff.); *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 385

- ff. Vgl. ferner *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2617); *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 483; MünchKommAktG-Hüffer, § 243 Rn. 6, § 245 Rn. 54. Ähnlich die Allgemeine Begründung zum Regierungsentwurf zum Aktiengesetz 1965, Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, BT-Drucks. IV/171, abgedr. bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 16.
- 464 Zum historischen Entwicklung weiter oben schon ausführlich unter § 2 II 2.
- 465 ROHGE 11, 118 (123).
- 466 ROHGE 14, 354 (357).
- 467 ROHGE 23, 273 (275).
- 468 Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467.
- 469 *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 65 ff., 79 ff.; *Roth*, FS Henckel, S. 707 (710 f.); *Karsten Schmidt/Lutter-Schwab*, AktG, § 245 Rn. 1; *ders.*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 277 ff., 287 ff.
- 470 *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 88 f., 93; *Roth*, FS Henckel, S. 707 (710); *Karsten Schmidt/Lutter-Schwab*, AktG, § 245 Rn. 1; *ders.*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 288.
- 471 *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 288 („Struktur einer abstrakten Normenkontrolle“).
- 472 Ausführlich *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 74 ff., 83; ähnlich *Roth*, FS Henckel, S. 707 (712 ff.).
- 473 So auch MünchKommBGB-Reuter, § 38 Rn. 35 f.; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 91 ff.; *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (421 ff., 427 ff.).
- 474 Diesem Umstand tragen auch die Befürworter einer verbandsrechtlichen Abwehrklage Rechnung. Siehe *Knobbe-Keuk*, FS Ballerstedt, S. 239 (251 f.); *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 V 3 (648 f.): Beschränkung auf „faktische Satzungsänderungen“; kein allgemeiner Rechtmäßigkeitsanspruch.
- 475 *Roth*, FS Henckel, S. 707 (711).
- 476 Deutlich BGHZ 43, 261 (265 f.) = NJW 1965, 1378. Weitere Nachweise schon oben in Fn. 454, 455.
- 477 *Roth*, FS Henckel, S. 707 (711).
- 478 Wie soeben festgestellt unter § 3 II 1 b).
- 479 *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 83.
- 480 Ebenda.
- 481 *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 83 selbst spricht davon, dass „die gleichen Argumente“ in beiden Punkten zum Tragen kämen.
- 482 Definition nach *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 1 I 1 (S. 3).
- 483 Eingehend dazu *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 58 f., F 98 ff.; *Bayer*, VGR II (1999), S. 35 (40 ff.); *Mertens*, AG 1990, 49 (51 ff.); ferner etwa MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 11.
- 484 *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 279 f.
- 485 *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 278.
- 486 *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 279 f.

- 487 Beispielsweise bei der Kapitalerhöhung zur Vermeidung einer Zwangslöschung (ebenda, S. 280 f.), der sanierenden Kapitalherabsetzung (ebenda, S. 281 ff.), der Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss (ebenda, S. 283 ff.) oder bei Maßnahmen, die das Hinausdrängen von Aktionären ermöglichen sollen (ebenda, S. 285 f.).
- 488 Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 56 f., 59 ff., 279 f., 280 ff.
- 489 Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 279 ff.
- 490 Ausführlich Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 335 ff.; mit Auswertung der Rechtsprechung Henssler/Strohn-Drescher, § 243 AktG Rn. 22; Lutter, AcP 180 (1980), 84 (105 ff., 124 f.); Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 21 II 3 (S. 615 f.).
- 491 BGHZ 98, 276 = NJW 1987, 189; Henssler/Strohn-Drescher, § 243 AktG Rn. 22, § 47 GmbHG Rn. 257 f.; Lutter, AcP 180 (1980), 84 (105 ff., 124 f.); Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 21 II 3 c) (S. 616); mit umfangreichen Nachweisen Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 111.
- 492 Siehe nur die Nachweise bei Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 281, 282 f. (dort Fn. 74, 75). Ob und inwieweit sich Schwab zu Recht in seiner Analyse gegen die Treupflichtenverhältnisse zwischen Aktionär und Mitaktionären wendet, kann an dieser Stelle nicht diskutiert werden.
- 493 Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 283 ff. selbst bejaht dies explizit für die Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss (S. 284 f.) sowie für das Hinausdrängen von Aktionären durch Umgehungsmaßnahmen (S. 285 f.).
- 494 Begriffsbildend („bewegliche Schranken“) Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 287 f. Mit weiteren Nachweisen Baumbach/Hueck-ders., § 47 Rn. 107; Münch-KommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 57.
- 495 Pointiert Becker, Verwaltungskontrolle, S. 76 („Mitglieder als originäre Träger der Verbandsgewalt“; „Bestimmungsrecht als durchgehendes Strukturprinzip des Privatzusammenschlusses“). Die Verbandshoheit der Mitglieder zeigt sich insbesondere in dem Umstand, dass sie den Verband jederzeit einstimmig liquidieren können. Siehe nur BGHZ 76, 354 = NJW 1980, 1278; BGHZ 103, 191 = NJW 1988, 1579 mit Anm. Timm; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 99; Lutter, AcP 180 (1980), 84 (89 ff.). Charakteristisch Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 19 f.: „Der Verband lebt nur in und durch seine Mitglieder, die sich in ihm zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks verbunden haben. Die Mitglieder sind das Substrat, auf dem seine Existenz beruht und von dem er sich nicht völlig loslösen kann. Dem Verband „an sich“ kommt kein zu schützender Wert zu.“
- 496 Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 288.
- 497 Karsten Schmidt/Lutter-Schwab, § 245 Rn. 1.
- 498 Bis hierhin Karsten Schmidt/Lutter-Schwab, § 245 Rn. 1.
- 499 Soeben unter § 3 II 2 d) aa).



- 500 Dass die Anfechtungsbefugnis des Vorstands (§ 245 Nr. 4 AktG) auf einer Verletzung des Mitgliedschaftsrechts der Aktionäre fußt, wird auch – soweit ersichtlich – nicht vertreten. Siehe nur MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 15; Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 10; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 32. Dazu schon oben unter § 3 II 1 a).
- 501 Nicht zu bestreiten ist, dass die Anfechtungsbefugnisse in § 245 AktG unterschiedliche Schutzrichtungen haben. Auf ihr Verhältnis zueinander wird noch einzugehen sein. Dazu sogleich unter § 3 II 3.
- 502 Siehe oben § 3 II 1 a).
- 503 Mitunter wird angenommen, dass das Anfechtungsrecht materiell der Gesellschaft zusteht und vom Vorstand nur als deren organschaftlichem Vertreter ausgeübt werde; so insbesondere Köl-nerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 59. Hiergegen wird zu Recht herrschend eingewandt, dass ein solches Verständnis am Zweiparteienprinzip des Zivilprozesses scheitern muss, denn sonst wären Klägerin und Beklagte identisch; Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 42; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 33; Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 288 f. mit umfangreichen Nachweisen (dort Fn. 118). Eingehend Pflugradt, Leistungsklagen, S. 96 ff.
- 504 Art. 222 ADHGB: „Die Vorschriften im Artikel 190a, 190b über die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung finden mit der Maßgabe Anwendung, daß an die Stelle der persönlich haftenden Gesellschafter der Vorstand tritt.“, geändert durch § 1 des Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18.7.1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 593. Das Anfechtungsrecht des Vorstands folgte aus dem Verweis auf Art. 190a Abs. 1 Satz 3 ADHGB.
- 505 Allgemeine Begründung zur Aktienrechtsnovelle 1884, Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467. Die an selbiger Stelle ebenfalls erwähnte Vermeidung einer Außenhaftung bei der Ausführung rechtswidriger Beschlüsse ist aus heutiger Sicht überholt. Zum „Grundsatz der Haftungskonzentration“ in § 93 AktG statt aller Spindler/Stilz-Fleischer, § 93 Rn. 1 f., 307 ff.; MünchKommAktG-Spindler, § 93 Rn. 1 ff., 234, 285 ff.
- 506 Zum Ganzen siehe abermals schon oben § 3 II 1 a).
- 507 Siehe bereits die Nachweise in Fn. 403.
- 508 Nachweise in Fn. 404. Zur Pflicht- und Interessenbindung des Vorstands statt vieler Spind-ler/Stilz-Fleischer, § 76 Rn. 10; MünchKommAktG-Spindler, § 76 Rn. 15.
- 509 Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 156 f.; Lutter, ZGR 1978, 347 (349); Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 10, 41; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 64; ders., AktG, § 245 Rn. 28; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 31 f.; Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 288; KölnerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 61. Karsten Schmidt, FS Semler, S. 329 (336)

- spricht in diesem Zusammenhang von einer „Funktionärsklage“, von „eine[r] Anfechtungsbefugnis kraft Partizipation (...) [als] unmittelbare [m] Bestandteil der organisationsrechtlichen Teilhabe und Mitverantwortung.“
- 510 Erstmalig vorgesehen in § 201 AktG 1937. Eingeführt durch das Gesetz über die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) vom 30.1.1937, RGBl. I, S. 107.
- 511 § 271 Abs. 4 HGB 1897; eingeführt durch Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897, RGBl., S. 219.
- 512 So die wenig ergiebige Begründung zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1895 (Denkschrift zum RJA-E I), abgedr. bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, Halbband 1, S. 136.
- 513 Nahezu allgemeine Ansicht: Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 9; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 17, 72; *ders.*, AktG, § 245 Rn. 4; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 38; *ders.*, FS Semler, S. 329 (339 f.); KölnerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 70. Ablehnend wohl *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 86 ff.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 289 freilich nur in Bezug auf ein der Klage zugrundeliegendes subjektives Recht. Über einen intendierten Individualschutz besagt dies noch nichts.
- 514 Insoweit zu Recht *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 86 ff.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 289.
- 515 *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 159; *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 86. Extensiv KölnerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 69 f.: auch zur ex-post-Klärung der Durchführungsverweigerung.
- 516 BGHZ 106, 54 (63 f.) = NJW 1989, 979 („Opel“); Spindler/Stilz-Spindler, § 108 Rn. 86.
- 517 Ebenso *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 86.
- 518 Unter der Prämisse der Beschlussnichtigkeit *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 158 ff.; zustimmend *Karsten Schmidt*, FS Semler, S. 329 (340).
- 519 MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 17, 72; *ders.*, AktG, § 245 Rn. 4; *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 86; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 38; *ders.*, FS Semler, S. 329 (340) mit systematischem Verweis auf § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG. Im Ergebnis auch Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 7.
- 520 Regierungsbegründung zum Aktiengesetz von 1965, Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, BT-Drucks. IV/171, abgedr. bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 333. Siehe auch MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 1, 17; *Pflugradt*, Leistungsklagen, S. 86 f.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 289 mit weiteren Nachweisen (dort Fn. 124).
- 521 Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 7, 9, 45; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 17, 72; *ders.*, AktG, § 245 Rn. 4; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 38; *ders.*, FS Semler, S. 329 (340). Anders aber *Pflugradt*, Leistungsklagen S. 86 ff. und *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 289: kein

- Individualschutz.
- 522 Vgl. nur GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 39; ders., FS Semler, S. 329 (340 f.).
- 523 Eingehend dazu soeben § 3 II 2.
- 524 Ebenda.
- 525 Lutter, ZGR 1978, 347 (349); Spindler/Stilz-Dörr, § 245 Rn. 41; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 64; ders., AktG, § 245 Rn. 28; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 32; Köl-nerKomm-Zöllner, § 245 Rn. 63.
- 526 Spindler/Stilz-Fleischer, § 76 Rn. 1, 7; Hüffer, AktG, § 76 Rn. 2; MünchKommAktG-Spindler, § 76 Rn. 1; Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-Wiesner, § 19 Rn. 12 f.
- 527 Vgl. nur Schwab, Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 377; Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-Wiesner, § 19 Rn. 14 ff., 19.
- 528 So explizit Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 177; Schwab, Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 377. Impliziert auch von den in Fn. 525 Genannten.
- 529 Ständige Rechtsprechung. Siehe nur RGZ 49, 141 (145); 64, 14; 80, 330 (335); 85, 311 (313); BGHZ 11, 231 (235); 14, 25 (30). Aus der Literatur statt vieler Berg, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 47; Casper, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 25 ff.; Däubler, GmbHR 1968, 4; Hüffer, ZGR 2001, 833 (863 ff.); Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 117; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 2 f.; Münch. Handb. des GesR, Bd. 3-Wolff, § 40 Rn. 4. Weitere Nachweise bei Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 370.
- 530 BGHZ 76, 154 (159) = NJW 1980, 1527; BGH NJW-RR 2008, 706 (708) = GmbHR 2008, 426. Statt vieler Däubler, GmbHR 1968, 4 (8); Henssler/Strohn-Drescher, § 245 AktG Rn. 22; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 177; Michalski-Römermann, Anh. § 47 Rn. 427 ff.; Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 377 ff.; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 134; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 140. Anders aber Becker, Verwaltungskontrolle, S. 453 ff.
- 531 Gänzlich ablehnend BGHZ 76, 154 (159) = NJW 1980, 1527; BGH NJW-RR 2008, 706 (708) = GmbHR 2008, 426; Henssler/Strohn-Drescher, § 245 AktG Rn. 22. Mit umfassenden Meinungsbild etwa Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 178 ff.; Michalski-Römermann, Anh. § 47 Rn. 419 ff.; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 134 ff.; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 140 f. Ausdrücklich für eine Gesamtanalogie Becker, Verwaltungskontrolle, S. 453 ff.
- 532 Dazu schon oben § 2 I 3 b) cc). Ausführliche Nachweise in Fn. 190 bis 192. Auch die Stimmen, die das Erfordernis der Klageerhebung in der GmbH ablehnen, richten sich nur gegen die Forma-lia der Geltendmachung, nicht aber gegen das System aus Fehlerfolge, Aktionärsberechtigung und Bestandskraft.
- 533 Dies belegen eindrucksvoll etwa das Gutachten von Baums zum 63. Deutschen Juristentag „Empfiehl sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten

- von Aktionären“, 2000 sowie *Noacks* vielbeachtete Dissertation „Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen“ von 1988, die die Organ- und Verwaltungsmitgliederklagerechte gänzlich unbehandelt lassen. Ebenso *Schmitt*, Beschußmängelrecht der Personengesellschaften, 1997.
- 534 MünchKommBGB-*Reuter*, Bd. I, 3. Aufl. 1993, § 32 Rn. 36.
- 535 *Karsten Schmidt*, AG 1977, 205 ff., 241 ff.; ders., FS Stimpel, S. 217 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, § 15 II 3 (S. 447 ff.); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 440 ff.
- 536 Siehe nur MünchKommBGB-*Reuter*, § 32 Rn. 66 für eine beschränkte Analogie zu den §§ 241 ff. AktG im Vereinsrecht: „Denn nur die Mitglieder haben ein Recht auf gesetz- und satzungsgemäße Behandlung: Die Anfechtungsbefugnisse von Vorstand und Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitgliedern nach § 245 Nr. 4, 5 AktG beruhen auf der aktienrechtlichen Eigenständigkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsamt, die im Vereinsrecht keine Parallele hat“.
- 537 *ROHGE* 11, 118 (121); 14, 354 (356); 17, 107 (112). Insbesondere *ROHGE* 23, 273 (275): „Dieses Recht des Einzelaktionärs, gemeinhin gegenüber geschehenen gesetz- oder satzungswidrigen Beschlüssen Anfechtungsrecht genannt, kann im Prinzip als bestehend anerkannt werden.“
- 538 Darauf lag schon der Fokus des ROHG in seinem Reformgutachten für die Aktienrechtsnovelle: Gutachten über die geeignetsten Mittel zur Abhülfe der nach den Erfahrungen des ReichsOberhandelsgerichts bei der Gründung, der Verwaltung und dem geschäftlichen Betriebe von Aktienunternehmen hervorgetretene Uebelstände, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 255. Der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467, verfolgt denselben Schwerpunkt. Siehe schon oben § 2 I 3 b) aa) sowie § 2 II 2 a).
- 539 Siehe die Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 416: „auch während des Geschäftsbetriebes die Organe der Gesellschaft – Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung – in ihren Funktionen gegeneinander sicherer abzugrenzen und von unberechtigten Einflüssen zu befreien“. Mit Nachdruck *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 IV 2 (S. 647): „Die Abwehrklage gegen Beschlüsse – Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage – ist keine Erfindung des Gesetzgebers, sondern dieser fand sie als verbandsrechtliches Institut vor, bevor er eigene Regeln schuf“.
- 540 Für die Parallelsituation im Vereinsrecht siehe abermals MünchKommBGB-*Reuter*, § 32 Rn. 66.
- 541 *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 18 ff.; *Bayer*, NJW 2000, 2609 (2616 f.); *Spindler/Stilz-Casper*, Vor §§ 241 ff. Rn. 7; *Diekgräf*, Sonderzahlungen, S. 25 ff.; *Spindler/Stilz-Dörr*, § 245 Rn. 6 ff.; *Henssler/Strohn-Drescher*, § 245 Rn. 2;

- Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 82 ff.; *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 230 f.; *Heinze*, ZGR 1979, 293 (294 f.); *Hommelhoff/Timm*, AG 1989, 168; MünchKommAktG-Hüffer, § 245 Rn. 5 ff.; ders., AktG, § 245 Rn. 3 f.; *Knobbe-Keuk*, FS Ballerstedt, S. 239 (248 f.); *Lutter*, ZGR 1978, 347 (349); *Noack*, AG 1989, 78 (83); *Schiessl*, VGR II (1999), S. 57 (60 f.); GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 245 Rn. 4; ders., AG 1977, 205 (208); ders., FS Semler, S. 329 (333); ders., AG 2009, 248 (254 f.); *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 32; *Vollmann*, Minderheitenschutz, S. 47 f.; *Zöllner*, AG 2000, 145 (146). Im Ergebnis auch BGHZ 107, 296 (308 ff.) = NJW 1989, 2689.
- 542 *Zöllner*, AG 2000, 145 (146). *Feltkamp*, Anfechtungsklage und Vergleich, S. 16 ff. und *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 87 ff. beschränken das Klagerecht auf diesen Aspekt.
- 543 *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 42.
- 544 *Beckmann*, Änderung der Stiftungssatzung, S. 160 ff. In diese Richtung wohl auch *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426. Zur gesetzlichen Ausgangslage sowie zum Meinungsstand im Stiftungsrecht siehe bereits oben unter § 1 III.
- 545 *BVerwG* NJW 1998, 2545 (2546); *Seifart/v. Campenhausen-v. Campenhausen*, § 1 Rn. 6; *Ebersbach*, Handbuch, S. 15; *Palandt-Ellenberger*, Vor § 80 Rn. 5; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 1; *Rawert*, Stiftungsrecht in Europa, S. 109; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 51; *Erman-Werner*, Vor § 80 Rn. 7. Ebenso Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 11.4.2002, BT-Drucks. 14/8765, S. 10.
- 546 Die funktionale Begriffsbestimmung (sog. „doppelter Stiftungsbegriff“), die zwischen dem dauerhaft gewidmeten Zweckvermögen und dem Rechtsträger differenziert, ist im Kontext der Diskussion um unselbstständige (fiduziarische) Stiftungen und Stiftungskörperschaften zu sehen. Zum funktionalen Stiftungsbegriff insbesondere *Schlüter*, Stiftungsrecht, S. 46 ff., 200 ff., 220 ff.; *Rawert*, FS Hopt, S. 177 (181 ff.); ders., FS Reuter, S. 1323 (1331 ff.); ders., Non Profit Law Yearbook 2012/2013, S. 51 ff.; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 3, 32 ff., 270 ff. Siehe auch *OLG Stuttgart* NJW 1964, 1231 = GmbHR 1964, 116. Ablehnend MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 53 ff.; ders., AcP 207 (2007), 1 (5 f., 8 ff.).
- 547 Ganz h.M. *Seifart/v. Campenhausen-v. Campenhausen*, § 1 Rn. 6, 9 ff., 12, 13 ff.; *Ebersbach*, Handbuch, S. 15 ff.; *Soergel-Neuhof*, Vor § 80 Rn. 10; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 4; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 51 f.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 7 II 1 a) (S. 174); *Erman-Werner*, Vor § 80 Rn. 7. Ausführlich *Rawert*, Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (115 ff.).
- 548 *Seifart/v. Campenhausen-v. Campenhausen*, § 1 Rn. 7; *Ebersbach*, Handbuch, S. 20; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 12; *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 24 ff.; *Soergel-Neuhoff*, Vor § 80 Rn. 17; *Rawert*, Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (110, 129); MünchKommBGB-Reuter,



- Vor § 80 Rn. 51; Erman-Werner, Vor § 80 Rn. 9.
- 549 Seifart/v. Campenhausen-v. *Campenhausen*, § 1 Rn. 9; Ebersbach, Handbuch, S. 20 f.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 1 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 5; Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 22 ff.; Rawert, Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (110, 115 ff.); MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 51.
- 550 Seifart/v. Campenhausen-v. *Campenhausen*, § 1 Rn. 9; Crezelius/Rawert, ZEV 2000, 421 (425); Ebersbach, Handbuch, S. 16, 80 f.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 4 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 5, § 85 Rn. 9 ff., § 86 Rn. 8; Reuter, NZG 2004, 939 (942 f.). Zum Ganzen siehe auch Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 71 ff.
- 551 Dies lässt sich schon aus § 87 BGB ableiten. Siehe nur Seifart/v. Campenhausen-v. *Campenhausen*, § 1 Rn. 9; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 87 Rn. 1 ff.; MünchKommBGB-Reuter, § 87 Rn. 1 ff.; Reuter, NZG 2004, 939 (942 f.); Erman-Werner, § 87 Rn. 1 ff. Eingehend Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 117 ff.
- 552 Charakteristisch Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 4: „Das verleiht der Stiftung eine eigentümliche Starrheit, die einerseits beharrliche Fortgeltung des Stifterwillens gewährleistet, aber andererseits den Spielraum zur Anpassung an veränderte Bedingungen verengt. Die Stiftung gibt ihrem Zweck gleichsam körperliche Gestalt.“ Ebenfalls pointiert Soergel-Neuhoff, § 87 Rn. 4: „Dieses Fehlen von *Property rights*-Inhabern oder Alleinherrschern über die Institution macht sie erneuerungsunfähig, letztendlich starr.“
- 553 Ebersbach, Handbuch, S. 21, 67 f.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 97; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 31 ff.; MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 27 ff. Als Grundsatz anerkennend auch Burgard, Gestaltungsfreiheit, S. 447 ff. Ausführlich zur Rechtsposition des Stifters gegenüber „seiner“ Stiftung Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 28 ff., 42 ff., 67 ff. Siehe ferner Jakob, Schutz der Stiftung, S. 103 ff., 208 ff.
- 554 H.M. Statt vieler Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 35 mit umfangreichen Nachweisen; Soergel-Neuhoff, § 85 Rn. 13 f. Einschränkend MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 29 ff.
- 555 BGHZ 99, 344 = NJW 1987, 2364; Seifart/v. Campenhausen-v. *Campenhausen*, § 1 Rn. 7. Ausführlich Ebersbach, Handbuch, S. 20 f., 111 ff. und Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 6 Rn. 156 ff., § 7 Rn. 147 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 34 ff. Etwas missverständlich Erman-Werner, § 85 Rn. 7, der von „mitgliedschaftlichen Rechten auf Stiftungsleistungen“ spricht.
- 556 Crezelius/Rawert, ZEV 2000, 421 (425). Zustimmend Reuter, NZG 2004, 939 (944) mit weiteren Verweisen.
- 557 Zur Systematisierung siehe nur Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 1 I 1 (S. 3 ff.): Gesellschaftsrecht als das Recht der privatrechtlichen Zweckverbände und der kooperativen Schuldverhältnisse.
- 558 Dafür vor allem Burgard, Gestaltungsfreiheit, S. 349 ff.; ders., Non Profit Law Yearbook 2005, S. 95 ff. In diese Richtung ebenfalls v. Hippel, Grundprobleme,

- S. 421 ff. In Teilen auch Seifart/v. Campenhausen-*Hof*, § 7 Rn. 121 ff., *Kronke*, Stiftungstypus, S. 77 ff. und *Schlüter*, Stiftungsrecht, S. 336 f. (freie Zweckänderung nach Satzungsermächtigung). Für eine körperschaftliche Struktur der Destinatärgemeinschaft spricht sich Soergel-*Neuhoff*, § 85 Rn. 16 aus. Mit teils deutlicher Kritik gegenüber korporativen Strukturen hingegen die herrschende Lehre: Etwa *Annette Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, S. 18 ff., 42 ff.; Staudinger-*Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 9 ff.; *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 21 ff., 86 ff.; *Rawert*, Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (128 ff.); ders., FS *Priester*, S. 647 (652 ff.); ders., ZHR 171 (2007), 105 ff.; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 51 f., § 85 Rn. 2 ff.; ders., NZG 2004, 939 (942 f.); ders., AcP 207 (2007), 1 (6 ff.); *Wiesner*, Korporative Strukturen, S. 13 ff., 47 ff. Weitere Nachweise bei *Burgard*, Non Profit Law Yearbook 2005, S. 95 (98) (dort Fn. 10). Mit rechtspolitischen Reformvorschlägen jüngst *Rawert*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, S. 51 (56 ff.).
- 559 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 367 ff.; ders., Non Profit Law Yearbook 2005, S. 95 (108 ff.) spricht von einem „Paradoxon des Stiftungsrechts“ nach herkömmlichen Verständnis, das darin liege, dass dem Stifter zum Schutz seiner Privatautonomie solch freie Gestaltungen verwehrt blieben. Autonome Entscheidungsbefugnisse seien gerade Ausdruck der Privatautonomie wegen der Maßgeblichkeit des Stifterwillens.
- 560 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 357 ff., 367 f., 370; ders., Non Profit Law Yearbook 2005, S. 95 (109).
- 561 Monographisch dazu insbesondere *Wiesner*, Korporative Strukturen, passim und *Annette Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, S. 25 ff., 48 ff. Siehe ferner *Rawert*, FS *Priester*, S. 647 (648 ff.); ders., ZHR 171 (2007), 105 ff.; *Reuter*, AcP 207 (2007), 1 (6 ff.). Im Überblick *Rawert*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, S. 51 (55 f.); Staudinger-*Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 9 ff.; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 51 f., § 85 Rn. 2 ff. In der Sache ähnlich schon *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 67 ff., 78 ff.
- 562 *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 40 f.; Staudinger-*Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 11; MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 2 ff., 6, §§ 80, 81 Rn. 29 ff., 34; *Wiesner*, Korporative Strukturen, S. 86 ff.
- 563 Deutlich *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 41 und MünchKommBGB-Reuter, §§ 80, 81 Rn. 34. Zustimmend *Wiesner*, Korporative Strukturen, S. 87. Siehe ferner Staudinger-*Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 11; *Rawert*, Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (129).
- 564 BGHZ 68, 142 (148) = NJW 1977, 1148: „Die Bestimmung des Stiftungszwecks soll den Stiftungsorganen einen eindeutigen und klar abgegrenzten Auftrag geben, um Rechtsunsicherheit, Willkür der Stiftungsverwaltung und ein Verzetteln der Stiftungsleistungen zu verhüten“ (*Ebersbach*, Handbuch, S. 81). Ausführlich *Annette Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, S. 48 ff. Statt vieler *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 23; *Rawert*, FS *Priester*, S. 647 (653 f.); MünchKommBGB-Reuter, §§ 80, 81 Rn. 31 f. *Burgard*,

- Gestaltungsfreiheit, S. 120 spricht selbst von der „begrenzenden und maßstabbildenden Funktion der Zwecksetzung“.
- 565 Ausführlich zur historisch gewachsenen Maßgeblichkeit des Stifterwillens *Richter*, Rechtsfähige Stiftung, S. 273 f., 319 ff.; *Annette Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, S. 36 ff. Siehe ferner Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 33 ff.; *Rawert*, FS *Priester*, S. 647 (652 f.).
- 566 Siehe nur *BVerfGE* 46, 73 (85) = NJW 1978, 581 mit Anm. *Mayer-Maly*; *BGHZ* 99, 344 (348) = NJW 1987, 2364; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 4 Rn. 25 f.; Münch. Handb. des GesR, Bd. 5- *Schwake*, § 79 Rn. 13; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 81 Rn. 13. Eingehend *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 188 ff.; Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 31 ff.
- 567 Ähnlich MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 2.
- 568 *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 11. Dass es die Aufgabe der Stiftungsaufsicht ist, den Vollzug des Stifterwillens zu überwachen, ist allgemeine Meinung. Siehe nur *BGHZ* 99, 344 (349) = NJW 1987, 2364; *BGHZ* 68, 142 (146) = NJW 1977, 1148; *BVerwGE* 40, 347 (350 ff.) = NJW 1973, 133; *BVerwG* NJW 1991, 713; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 10 Rn. 5; Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 37 ff. Pointiert *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 214: „Das rechtsformbedingte Defizit an Kontrolle auszugleichen bedeutet deshalb die Gewährleistung des Freiheitsraumes des Stifters wie seines in Stiftungsform verselbständigten Willens.“
- 569 Deutlich zur Alternativität der Rechtsformen etwa *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 25; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 11; *Rawert*, FS *Priester*, S. 647 (652 f.; 659); MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 51; ders., AcP 207 (2007), 1 (15 ff.).
- 570 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 667 ff., 710 ff.
- 571 Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 710 ff. („Mitgliederlosigkeit als Grenze der Gestaltungsfreiheit“). Diese Grenze sieht *Rawert*, ZHR 171 (2007), 105 (109) in *Burgards* Modell allerdings faktisch überschritten („virtuelle Mitgliedschaft“).
- 572 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (88 f.).
- 573 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 217; *Ebersbach*, Handbuch, S. 97; *Seifart/v. Campenhausen-v. Campenhausen*, § 8 Rn. 1, 3; *Hof*, Stiftungsrecht in Europa, S. 301 (309); *Soergel-Neuhoff*, Vor § 80 Rn. 17; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 11; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 62; *Schlüter*, Stiftungsrecht, S. 348; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 36. Ausführlich zum Organhandeln im Verbandsrecht *Schürnbrand*, Organschaft, S. 9 ff.
- 574 Vgl. nur die Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 11.4.2002, BT- Drucks. 14/8765, S. 11; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 83 f.; *Ebersbach*, Handbuch, S. 97; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 6 Rn. 51; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 11. Ausführlich zur Gestaltung der Organisationsverfassung *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 217 ff., 261 ff. Siehe auch *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 44 f. mit umfangreichen Nachweisen zum Schrifttum.

- 575 Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 11.4.2002, BT-Drucks. 14/8765, S. 11.
- 576 Dieser Bestellungsakt erfordert nach herrschender Auffassung die Zustimmung des Organwalters. Denn durch einseitigen Bestellungsakt könnten dem Organwalter nur Rechte übertragen werden. Die Übernahme von Pflichten erfordert allerdings die Zustimmung des Verpflichteten. Statt vieler Spindler/Stilz-Fleischer, § 84 Rn. 5 mit weiteren Nachweisen; Hüffer, AktG, § 84 Rn. 3 f.; Schirnbrand, Organschaft, S. 343.
- 577 Becker, Verwaltungskontrolle, S. 76.
- 578 Schlüter, Stiftungsrecht, S. 349.
- 579 Seifart/v. Campenhausen-v. Campenhausen, § 1 Rn. 9; Ebersbach, Handbuch, S. 20 f.; Seifart/ v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 1 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 5; Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 22 ff.; Rawert, Stiftungsrecht in Europa, S. 109 (110, 115 ff.); MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 51.
- 580 Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 19 f.
- 581 Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 30.
- 582 Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 4.
- 583 Deutlich *Bund-Länder Arbeitsgruppe Stiftungsrecht*, Bericht vom 19.10.2001, S. 42: „Im Übrigen ist das gesamte Stiftungsrecht darauf angelegt, den bei der Errichtung manifestierten Willen des Stifters zu perpetuieren.“ Ausführlich *Annette Happ*, Stifterwille und Zweckänderung, S. 36 ff.; Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 32; Wiesner, Korporative Strukturen, S. 29 ff. Insoweit auch, allerdings mit abweichenden Schlussfolgerungen zu Gestaltungslösungen, *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 188 ff.
- 584 Vgl. statt aller *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 227 f.; Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 34 f.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 202; Wiesner, Korporative Strukturen, S. 44 f.
- 585 Etwas anderes gilt nach § 86 Satz 1 BGB, sofern die Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird. Dieser Sonderfall wird hier allerdings nicht weiter erörtert.
- 586 Dazu vor allem Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 20; MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15; ders., Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 f.; Wiesner, Korporative Strukturen, S. 46. Ähnlich *Ebersbach*, Handbuch, S. 102 f.; ausführlich *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 226 ff.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 28; ders., Stiftungsrecht in Europa, S. 301 (310); wohl auch *Soergel-Neuhoff*, § 86 Rn. 12.
- 587 Deutlich Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 11; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 21; MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15. Vgl. ferner *Ebersbach*, Handbuch, S. 21; Jeß, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 34 f.
- 588 MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15; ders., Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 mit Verweis auf *Martinek*. Zustimmend Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 21; faktisch auch *Wiesner*, Korporative Strukturen, S. 46.

- 589 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 223; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 49.
- 590 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 223 sowie *Reuter*, Non Profit Law Yearbook 2002, S. 158, jeweils mit Verweis auf Seifart/v. Campenhausen-Hof, 2. Aufl. 1999, § 4 Rn. 113. MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15 betont, der Stiftungsvorstand habe gesetzlich eine „Unabhängigkeit, die nicht nur die des Vereinsvorstands, sondern selbst die des Vorstands einer AG übertrifft.“ Zustimmend *Wiesner*, Korporative Strukturen, S. 47.
- 591 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 227; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 48 f.; *ders.*, Stiftungsrecht in Europa, S. 301 (309 f.); *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 25; MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15.
- 592 Siehe §§ 27 Abs. 3, 665 BGB für die Weisungsbefugnis der Mitgliederversammlung gegenüber dem Vereinsvorstand sowie § 37 Abs. 1 GmbHG für die Weisungsgebundenheit der GmbH-Geschäftsführung gegenüber der Gesellschafterversammlung.
- 593 MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15. Im Einzelnen etwa Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 50 ff.; *ders.*, Stiftungsrecht in Europa, S. 301 (311); ausführlich *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 261 ff.
- 594 BGHZ 99, 344 (349) = NJW 1987, 2364; BGHZ 68, 142 (146) = NJW 1977, 1148; BVerwGE 40, 347 (350 ff.) = NJW 1973, 133; BVerwG NJW 1991, 713; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 10 Rn. 5; *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 37 ff.; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 79; Bamberger/Roth-Backert, § 80 Rn. 27; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 214.
- 595 Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 48; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 20; MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15; *ders.*, Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 f.; *Wiesner*, Korporative Strukturen, S. 46.
- 596 Statt vieler nur *Ebersbach*, Handbuch, S. 126 f.; *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 37 ff.; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 213 f.
- 597 Heute allgemeine Ansicht. Siehe nur BVerwGE 40, 347 (352) = NJW 1973, 133; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 48, § 10 Rn. 3; *ders.*, Stiftungsrecht in Europa, S. 301 (311); Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 88; Soergel-Neuhoff, Vor § 80 Rn. 82; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 77 mit einem Überblick zu den entsprechenden Regelungen in den Landesstiftungsgesetzen; Erman-Werner, Vor § 80 Rn. 6. Weiteren Nachweise bei *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 218 ff.
- 598 BVerwGE 40, 347 (352) = NJW 1973, 133; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 48, § 10 Rn. 340; *ders.*, Stiftungsrecht in Europa, S. 301 (311); Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 88; *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 38 f.; Soergel-Neuhoff, Vor § 80 Rn. 82; MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 226; Erman-Werner, Vor § 80 Rn. 30.
- 599 Auf diese Konsequenz weist mit Recht *Wiesner*, Korporative Strukturen, S. 46 hin.



- 600 Ausführlich dazu soeben unter § 3 III 1.
- 601 Zu der klassischen Unterteilung in Willensbildungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane siehe nur *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 14 II 1 (S. 408 f.); *Schürnbrand*, Organschaft, S. 30 f.
- 602 MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 15. Ebenso, wenn auch ohne expliziten Bezug zur Aktiengesellschaft, *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 223; *Hof*, Stiftungsrecht in Europa, S. 301 (310 f.). Vgl. zum Ganzen überdies *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 367 f., 383 ff. Insbesondere ist der AG-Vorstand nach § 90 AktG umfassend berichtspflichtig und der Aufsichtsrat der AG auch zur Zweckmäßigkeitskontrolle von Vorstandsentscheidungen befugt (statt aller nur *Hüffer*, AktG, § 111 Rn. 6; *Spindler/Stilz-Spindler*, § 111 Rn. 14, 19 mit umfangreichen Nachweisen), während die Stiftungsbehörde auf die Ausübung der anlassbezogenen Rechtsaufsicht beschränkt ist.
- 603 Siehe dazu die Ausführungen unter § 3 II.
- 604 Siehe abermals § 3 II, zusammenfassend § 3 II 4.
- 605 Ausführlich –auch zum Folgenden – § 3 II 2.
- 606 Eingehend zur Historie der §§ 241 ff. AktG oben unter § 2 II 2.
- 607 Nochmals sei auf die treffende Charakterisierung von *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 42 verwiesen: „Die Anfechtungsklage ist ein individueller Rechtsbehelf mit positiven externen Effekten.“
- 608 Näher dazu schon soeben unter § 3 III 1.
- 609 Maßgeblich *Karsten Schmidt*, AG 1977, 205 ff. und 243 ff.; *ders.*, FS Stimpel, S. 217 ff.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 3 (S. 447 ff.); *ders.*, ZGR 2008, 1 (26 ff.); *ders.*, AG 2009, 248(252 ff.). Die These ist im Einzelnen unter § 3 I 1 dargestellt.
- 610 Siehe wiederum § 3 III 1, insbesondere § 3 III 1 b).
- 611 Zur Organstellung des Stiftungsvorstands siehe soeben unter § 3 III 2.
- 612 Ähnlich dazu schon oben zur Differenzierung zwischen Beschlüssen des Vorstands und der Mitgliederversammlung des Vereins, § 3 I 3. Zur Unterscheidung der Stimmrechtsausübung siehe abermals *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287 (293); *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 7.
- 613 Von diesen inhaltlichen Schranken der Stimmrechtsausübung (dazu ausführlich *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 287 ff.) ist das Stimmverbot in eigenen Angelegenheiten (§ 34 BGB, § 136 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG, § 43 Abs. 6 GenG) zu unterscheiden. Zur inhaltlichen Beschränkung des Stimmrechts durch die Treubindung im Einzelnen etwa MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 18 ff.; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 47 Rn. 107 ff. Zum Grundsatz der freien Stimmrechtsausübung anschaulich *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 II 3 b) (S. 615): „Stets aber kann die Bindung nur eine im Recht begründete sein. Eine generelle Verpflichtung zu zweckmäßigen Entscheidungen gibt es nicht.“, mit Verweis auf *Flume*, Juristische Person, § 7 II 2 (S. 212): „Die Autonomie der Ausübung des Stimmrechts deckt, wie dies allgemein für die Privatautonomie gilt, auch die

- törichte Entscheidung.“
- 614 *Flume*, Juristische Person, § 7 II 2 (S. 201).
- 615 Für den AG-Vorstand folgt dies schon aus § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Ausführlich die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Aktienrechts (UMAG) vom 14.03.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 11. Vgl. überdies etwa *BGH* NJW-RR 1989, 1255; MünchKommAktG-Habersack, § 111 Rn. 17, § 116 Rn. 11; Spindler/Stilz-Spindler, § 116 Rn. 38; Michalski-Haas/Ziemons, § 43 Rn. 64 ff.; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 43 Rn. 9; MünchKommBGB-Reuter, § 27 Rn. 44; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 22, 34. Eingehend und mit weiteren Nachweisen zur Pflichtenbindung des Stiftungsvorstands *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 150 ff.
- 616 Vgl. (wie auch schon oben in Fn. 495) *BGHZ* 76, 354 = NJW 1980, 1278; *BGHZ* 103, 191 = NJW 1988, 1579 mit Anm. *Timm*; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 99; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (89 ff.).
- 617 Dieser Befund ist nach der *lex lata* nicht zu bestreiten, siehe nur *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 208 ff.; *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 68 ff. Im Überblick zur Diskussion um die Ausweitung der Rechtsposition des noch lebenden Stifters de lege ferenda Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 33. Mit konkreten Reformvorschlägen jüngst *Rawert*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, S. 51 (56 ff.).
- 618 Ausführlicher zur Organstellung des Stiftungsvorstands oben unter § 3 III 2.
- 619 Statt aller *Ebersbach*, Handbuch, S. 88, 141 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 88 Rn. 3; MünchKommBGB-Reuter, § 87 Rn. 4 f., § 88 Rn. 1. Die Auflösung der Stiftung erfolgt grundsätzlich (Ausnahme: im Stiftungsgeschäft befristete Lebensdauer) durch behördlichen Aufhebungsakt (*actus contrarius* zur Rechtsfähigkeitsverleihung), Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 88 Rn. 2; MünchKommBGB-Reuter, § 88 Rn. 1.
- 620 *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung, S. 24.
- 621 MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 72 zum Parallellfall der fehlerhaften Beschlüsse des Vereinsvorstands.
- 622 Eingehend *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 593 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 33 ff. mit umfassenden Literaturnachweisen. Siehe zur Organhaftung des Stiftungsvorstands ferner MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 21 f.; dens., Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 (166 ff.); *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 189 ff. Ehrenamtliche Vorstände sind freilich in der Haftung nach §§ 86 Satz 1, 31a Abs. 1 BGB privilegiert. Eigene Haftungstatbestände finden sich zudem in § 8 StiftG Hess. und § 6 Abs. 3 Satz 2 StiftG Nds. Deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist allerdings ebenso zu bezweifeln wie ihre Sinnhaftigkeit, siehe nur Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 33; *Hüttemann*, npoR 2009, 27 (28); MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 21; Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Roth, Rn. 17.7; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 194 f.
- 623 Die Frage der konkreten Pflichtbindung eines Vorstandsmitglieds bei

rechtswidriger Beschlussfassung ist in der Literatur, soweit ersichtlich, bislang nicht näher behandelt worden. Schon bei vordergründiger Betrachtung ist nicht ersichtlich, wie Sorgfalts- oder Loyalitätspflichten eines Vorstandsmitglieds durch rechtmäßiges Verhalten verletzt werden sollen. Ausführlich zum Pflichtenkanon des Stiftungsvorstands etwa *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 435 ff.; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 210 ff.; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 22 ff.; *MünchKommBGB-Reuter*, § 86 Rn. 16 ff.; ders., *Non Profit Law Yearbook* 2002, S. 157 ff.; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 89 ff., 150 ff. Dass die Verweigerung an der Mitwirkung zu einem rechtswidrigen Beschluss oder dessen Umsetzung aus der Pflichtenbindung des Vorstandsmitglieds geboten ist, legt die Literatur zur Parallelsituation im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft nahe. Siehe dazu vor allem *Münch. Handb. des GesR*, Bd. 4-*Hoffmann-Becking*, § 33 Rn. 68; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 13 Rn. 994 ff. Ferner *Münch-KommAktG-Habersack*, § 116 Rn. 38; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 116 Rn. 64; strenger noch *Spindler/Stilz-Spindler*, § 116 Rn. 41.

- 624 So für fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse *Münch. Handb. des GesR*, Bd. 4-*Hoffmann-Becking*, § 33 Rn. 68; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 13 Rn. 996; *Spindler/Stilz-Spindler*, § 116 Rn. 41.
- 625 Ausführlich dazu bereits unter § 3 II 3.
- 626 Siehe oben § 3 II 3 a).
- 627 Dazu wiederum § 3 II 3 b).
- 628 Im Einzelnen ebenso schon unter § 3 II 3 c).
- 629 Wie hier bereits *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (34); im Ergebnis ebenso *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 321 ff.
- 630 BGHZ 122, 342 = NJW 1993, 2307; BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926; OLG Hamburg DB 1992, 774 ff. Ausführlich jüngst *Fleischer*, DB 2013, 160 ff., 217 ff. Monographisch vor allem *Axhausen*, Anfechtbarkeit, passim und *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, passim. Siehe auch *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 487 ff.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 562 ff. Ferner *Baums*, ZGR 1983, 300 ff.; *Götz*, FS Lücke, S. 167 ff.; *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (869 ff.); *Kindl*, AG 1993, 153 ff.; *Meilicke*, FS Walter Schmidt, S. 71 ff.; *Radtke*, BB 1960, 1045 ff.; *Karsten Schmidt*, FS Semler, S. 329 (343 ff.). Aus der Kommentarliteratur etwa *MünchKommAktG-Hüffer*, § 241 Rn. 97 ff.; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 85 ff.; *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 64 ff.; *GroßkommAktG-Karsten Schmidt*, § 241 Rn. 35 f.
- 631 *Radtke*, BB 1960, 1045 (1046). Ähnlich *Triebel*, ZIP 2004, 156: materiell eine Entscheidung der Aktionäre.
- 632 Siehe §§ 96-98 AktG. *Radtke* ist allerdings zu Gute zu halten, dass das Mitbestimmungsgesetz vom 4.5.1976 (BGBI. I, S. 1153) und das Drittelbeteiligungsgesetz vom 18.5.2004 (BGBI. I, S. 974) erst nach seiner Abhandlung geschaffen wurden. Demgegenüber galt auch 1960 schon das Montanmitbestimmungsgesetz vom 21.5.1951 (BGBI. III, Gliederungsnummer 801-2). Insofern differenzierend *Triebel*, ZIP 2004, 156.

- 633 Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 37, 45; ders., Gesellschaftsrecht, § 15 II 2 b) (S. 446); ebenso Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 16 sowie Kindl, ZGR 2000, 166 (173). Ausführlich zu Konzept und Regelungstechnik der §§ 241 ff. AktG schon oben unter § 2 II, dort insbesondere § 2 II 1.
- 634 Die Motivation wird anschaulich zum Ausdruck gebracht im Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 467. Eine Darstellung im Detail findet sich oben in § 2 I 3 b) aa) und § 2 II 2 a).
- 635 Vgl. hierzu die Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei Klausen, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 171 f. Zur vielfach zitierten „mittleren Linie“ des Gesetzgebers bei der Kodifikation der Beschlussnichtigkeit (explizite Nichtigkeitsgründe, aber keine starre Frist zur Geltendmachung) ausführlich unter § 2 II 2 b).
- 636 Charakteristisch abermals Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 10: Anfechtbarkeit als bloße Möglichkeit, die Beschlussnichtigkeit auf der „Sekundärstufe“ herbeizuführen. Gerade diese Dispositionsmöglichkeit bewog das Reichsgericht ab 1888 und später den Aktiengesetzgeber von 1937 zur Herausbildung der aktienrechtlichen Nichtigkeit, die unabhängig von der Geltendmachung des Beschlussfehlers war. Siehe abermals oben § 2 II 2 b).
- 637 Zur Herleitung des Aktionärsrechts auf gesetzes- und satzungsgemäße Beschlussfassung siehe die Ausführungen unter § 3 II 2.
- 638 Im Einzelnen schon soeben unter § 3 III 3 a).
- 639 § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 86, 27, 664 ff. BGB bzw. dem Anstellungsvertrag. Für ehrenamtliche Vorstände gilt der privilegierte Haftungsmaßstab der §§ 86 Satz 1, 31a BGB. Vgl. allgemein zur Parallelsituation im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft etwa Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-Hoffmann-Becking, § 33 Rn. 68; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 13 Rn. 994 ff.; MünchKommAktG-Habersack, § 116 Rn. 38; KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 116 Rn. 64; Spindler/Stilz-Spindler, § 116 Rn. 41. Zur bislang wenig intensiven Diskussion um die Pflichtenbindung des Stiftungsvorstands bei der Beschlussfassung mit weiteren Nachweisen oben Fn. 623.
- 640 Vgl. etwa Axhausen, Anfechtbarkeit, S. 135, 213 ff. und Baums, ZGR 1983, 300 (306) für eine solche Pflicht für fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse in der AG. Demgegenüber kritisch Götz, FS Lücke, S. 167 (177); Kindl, AG 1993, 153 (156). Ähnlich BGHZ 122, 342 (349) = NJW 1993, 2307. Vgl. überdies Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-Hoffmann-Becking, § 33 Rn. 68; Lemke, Aufsichtsratsbeschluss, S. 31 f.; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 13 Rn. 995 f.; Spindler/Stilz-Spindler, § 116 Rn. 41: Grundsätzliche Verhinderungspflicht hinsichtlich rechtswidriger Beschlüsse, aber Pflicht zur Klageerhebung nur bei erheblichen drohenden Schäden für die Gesellschaft.
- 641 Zu denken ist hier insbesondere an die Problematik des „nützlichen

- Rechtsbruchs“, die allerdings herrschend zugunsten der Legalitätspflicht entschieden wird; siehe nur Spindler/Stilz-*Fleischer*, § 93 Rn. 36 ff. mit weiteren Nachweisen und umfangreicher Darstellung. Ausführlich *ders.*, ZIP 2005, 141 ff.
- 642 Eine Verlagerungsproblematik zu Lasten der Organmitglieder sehen für fehlerhafte Beschlüsse des AG-Aufsichtsrats auch *BGHZ* 122, 342 (349) = *NJW* 1993, 2307; *Götz*, FS Lücke, S. 167 (177); *Kindl*, AG 1993, 153 (156 f.): Überspannung der Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder dadurch, dass derjenige, der an der Rechtmäßigkeit des Beschlusses zweifelt, aus seiner Pflichtenbindung heraus in die Rolle des Anfechtungsklägers gedrängt wird.
- 643 Ebenso in Bezug auf fehlerhafte Beschlüsse des AG-Aufsichtsrats *Götz*, FS Lücke, S. 167 (177 ff.); *Kindl*, AG 1993, 153 (157); Spindler/Stilz-Spindler, § 108 Rn. 73. Im Ergebnis auch *Baums*, ZGR 1983, 300 (308); MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 99, 102; *Meilicke*, FS Walter Schmidt, S. 71 (77 f.); *Radtke*, BB 1960, 1045 (1048). Gleiches gilt für *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 159 ff., der zwar eine Analogie zu den §§ 241, 243 AktG annimmt, die Abgrenzung der Fehlertatbestände allerdings nicht übernimmt (insbesondere S. 183 ff.).
- 644 Eine Ausnahme stellt der Beschluss zum Abschluss eines Ausgliederungsvertrags nach § 163 UmwG dar.
- 645 Diese Feststellung ist nach geltendem Recht nicht zu bestreiten. Die fehlende Registerpublizität der Stiftung wird allerdings auch nach der jüngsten Reform des Stiftungsrechts (vgl. § 83 BGB in der Fassung des Entwurfs des Gesetzes zur Förderung des Stiftungswesens, BT-Drucks. 13/9320, S. 3 f., 11) noch weiter diskutiert, siehe nur *Hüttemann*, ZHR 167 (2003), 35 (44); *Mattheus*, DStR 2003, 254 ff. Mit weitreichenden Reformvorschlägen kürzlich *Vogt*, Publizität im Stiftungsrecht, passim.
- 646 Siehe wiederum Scholz-Karsten *Schmidt*, § 45 Rn. 37, 45; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 2 b) (S. 446); ebenso *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 16; *Kindl*, ZGR 2000, 166 (173).
- 647 Ebenso für den Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft *BGHZ* 122, 342 (349 ff.) = *NJW* 1993, 2307; MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 82; *Götz*, FS Lücke, S. 167 (179); *Kindl*, AG 1993, 153 (157); Spindler/Stilz-Spindler, § 108 Rn. 73. Mit demselben Ergebnis für den fakultativen Aufsichtsrat in der GmbH *Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack*, § 52 Rn. 95.
- 648 *RGZ* 49, 141 (145); 64, 14; 80, 330 (335); 85, 311 (313); *BGHZ* 11, 231 (235); 14, 25 (30); 15, 382 (384); 88, 320 (330 f.); 101, 113 (117); 104, 66 (71 f.); 108, 21 (29). Weitere Rechtsprechungsnachweise u.a. bei *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 117 ff. und *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 2 f. Aus der Literatur statt vieler etwa *Berg*, Schwebend unwirksame Beschlüsse, S. 47; *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 25 ff.; *Däubler*, GmbHR 1968, 4; *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (863 ff.); MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 54; *Richert*, *NJW* 1957, 1543 (1544); *Karsten Schmidt*, FS Stimpel, S. 217 (226); *ders.*, AG 1977, 243 (246 ff.); *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 15 II 3 a) (S. 447 f.); *Staudinger-Weick*, §



- 32 Rn. 23; Münch. Handb. des GesR, Bd. 3-Woff, § 40 Rn. 4; mit umfangreichen Nachweisen *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 370. Demgegenüber kritisch maßgeblich *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 381 ff. Im Anschluss daran *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 133 ff.; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 10 ff.; *ders.*, FS Heinsius, S. 645 (647 ff.); *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 3 ff.; *Zöllner/Noack*, ZGR 1989, 525 (529 ff.).
- 649 RGZ 170, 358 (380); 172, 76 (79); RG DR 1944, 775 (777); BGHZ 11, 231 (240); 104, 66 (70 ff.) = NJW 1988, 1845; BGHZ 111, 224 (225 f.) = NJW 1990, 2625; BGHZ 116, 359 (375) = NJW 1992, 892. Aus der Literatur statt vieler *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, S. F 71 f.; MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 105; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 195; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 142; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 145. Umfangreiche Nachweise bei *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 392 (dort Fn. 125). Auch die im Entwurf zur Einführung eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 5.11.1971 (RegE GmbHG 1971), BT-Drucks. 6/3088 = 7/253 in § 196 noch vorgesehene starre Monatsfrist wurde wieder verworfen. Für eine Analogie zu § 246 Abs. 1 AktG auch heute noch etwa *Michalski-Römermann*, Anh. § 47 Rn. 464 f. und *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 399 f.
- 650 Siehe nur BGHZ 101, 113 (117) = NJW 1987, 2514; BGHZ 104, 66 (70 f.) = NJW 1988, 1845; BGHZ 111, 224 (225 f.) = NJW 1990, 2625; BGHZ 116, 359 (375) = NJW 1992, 892. Ausführliche Nachweise zur Rechtsprechung der Instanzgerichte bei *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 145 (dort Fn. 316) und *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 392 f. (dort Fn. 126). MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 105; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 196 f.; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 142 f. Auch gegen eine Leitbildfunktion im GmbHRecht *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 9, 145.
- 651 Vgl. exemplarisch die ausführliche Herleitung in BGHZ 11, 231 (239 ff.).
- 652 *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 8.
- 653 BGHZ 122, 342 = NJW 1993, 2307; BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926. Aus der Literatur etwa *Götz*, FS Lücke, S. 167 (178 f.); MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 97 ff.; *ders.*, ZGR 2001, 833 (869 f.); *Kindl*, AG 1993, 153 (155 ff.); *Meilicke*, FS Walter Schmidt, S. 71 (77 f.); *Kölner-Komm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 85 ff.; *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 64 ff. Weitere Nachweise wiederum bei *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 562 (dort Fn. 1).
- 654 OLG Hamburg DB 1992, 774 (775); *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 215 ff.; *Baums*, ZGR 1983, 300 (341 ff.); *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 496 f.; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 183 ff. Anders, soweit ersichtlich, nur *Radtke*, BB 1960, 1045 (1048) und *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 576 f.
- 655 Schon nach § 95 Abs. 1 Satz 1 AktG mindestens drei; nach § 7 Abs. 1 Nr. 1

- MitbestG mindestens zwölf.
- 656 Bezeichnend hierfür der Gestaltungsrat, den der Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. in einer Mustersatzung erteilt: „Der Stiftungsvorstand als geschäftsführendes Vertretungsorgan (vgl. §§ 86, 26 BGB) wird – insbesondere wenn auch ein Stiftungsrat vorgesehen ist – im Interesse der Effizienz häufig nur mit zwei oder drei Mitgliedern besetzt; mehr als 5 Mitglieder sollte er möglichst nicht umfassen. Ein Einpersonen-Stiftungsvorstand ist wegen des Vertretungsproblems nicht zu empfehlen.“; einzusehen unter [www.stiftungen.org/fileadmin/bvds/de/Termine und Vernetzung/Deutsche Stift](http://www.stiftungen.org/fileadmin/bvds/de/Termine_und_Vernetzung/Deutsche_Stiftung_zuletzt_abgerufen_am_31.03.2014) zuletzt abgerufen am 31.03.2014.
- 657 So vor allem Axhausen, Anfechtbarkeit, S. 135 ff.; Becker, Verwaltungskontrolle, S. 487 ff.; Lemke, Aufsichtsratsbeschluß, S. 95 ff.
- 658 Vgl. Hoffmann, FG Kreutz, S. 29 (34). Auch aus diesem Grund für eine Analogie zu den §§ 241 ff. AktG für Beschlüsse des AG-Aufsichtsrats Axhausen, Anfechtbarkeit, S. 140 ff. und Lemke, Aufsichtsratsbeschluß, S. 98 ff. Ausführlich zu diesem Kriterium in der GmbH Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 142 ff. sowie Zöllner/Noack, ZGR 1989, 525 (532 ff.).
- 659 § 3 III 3 d).
- 660 Im Einzelnen dazu unter § 4 III.
- 661 Ebenso im GmbH-Recht Zöllner/Noack, ZGR 1989, 525 (534 f.): „erheblich zuviel überflüssiges juristisches Geräusch“.
- 662 Ähnlich Casper, ZHR 163 (1999), 54 (59 f., 75); Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 144 ff.; Raiser, FS Heinsius, S. 645 (656 f.); Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 4 für das GmbH-Recht. Ebenso für das Beschlussrecht des AG-Aufsichtsrats Kindl, AG 1993, 153 (156 f.).
- 663 Vgl. Götz, FS Lücke, S. 167 (176 f.) für fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse in der AG. Etwas zu weitgehend wohl aber die Gefahr der „Bestandskraft-Spekulation“, die Götz ausmacht.
- 664 Götz, FS Lücke, S. 167 (176).
- 665 Wiederum für den Fall fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse Götz, FS Lücke, S. 167 (176): „innerkorporative Heilungsmöglichkeiten“. Siehe auch die ausführlich Begründung von BGHZ 122, 342 (347 f.) = NJW 1993, 2307.
- 666 BGHZ 122, 342 (348) = NJW 1993, 2307. In diese Richtung auch Fleischer, DB 2013, 217(223).
- 667 Dazu schon oben unter § 1 III.
- 668 Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 35 f.; ders., Gesellschaftsrecht, § 36 III 4 a) (S. 1100 f.).
- 669 Ausdrücklich offen gelassen wird an dieser Stelle die Frage nach einem Anfechtungsklageerfordernis im GmbH-Recht, das entgegen der h.M. vor allem Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 103 ff., 113 ff., Raiser, FS Heinsius, S. 645 (655 ff.), Ulmer-ders., Anh. § 47 Rn. 7, 10 ff., Timm, FS Fleck, S. 365 (368 f.), Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 4 f., Zöllner/Noack, ZGR 1989, 525 (532 ff.) sowie in Teilen Casper, ZHR 163 (1999), 54 (72 ff.) verneinen.
- 670 BGHZ 122, 342 (347) = NJW 1993, 2307.

- 671 Insoweit überzeugend die Ausführungen von *Kindl*, AG 1993, 153 (156) gegen ein Anfechtungsklageerfordernis bei fehlerhaften AG-Aufsichtsratsbeschlüssen. Näher zur Anwendung der (erweiterten) Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft und zu der Problematik der Beschlüsse mit (unmittelbarer) Außenwirkung (§ 26 Abs. 1 Satz 3 BGB) unter § 4 IV 2.
- 672 Dieser Umstand ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, ist aber nach einhelliger Ansicht in die Vorschrift hineinzulesen, siehe statt aller Spindler/Stilz-Dörr, § 248 Rn. 7; KölnerKommZöllner, § 248 Rn. 9.
- 673 *Kindl*, AG 1993, 153 (156); Götz, FS Lücke, S. 167 (177). Im Ergebnis ebenso MünchKomm-AktG-Hüffer, § 248 Rn. 14 ff.; KölnerKomm-Zöllner, § 248 Rn. 10 ff.
- 674 MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 102, der u.a. mit diesem Argument eine Analogie zu den §§ 241 ff. AktG für fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse in der AG ablehnt.
- 675 Vgl. statt vieler Spindler/Stilz-Dörr, § 249 Rn. 19; MünchKommAktG-Hüffer, § 248 Rn. 25; ders., AktG, § 248 Rn. 8; Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 89; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 85, 95. Zum Ganzen bereits oben unter § 2 I 3 c) bb).
- 676 Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7.3.1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 468; Spindler/Stilz-Dörr, § 248 Rn. 1; MünchKommAktG-Hüffer, § 248 Rn. 3. Ausführlich Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 195 ff.
- 677 Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 195; Spindler/Stilz-Dörr, § 248 Rn. 1; MünchKommAktG-Hüffer, § 248 Rn. 3; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 86.
- 678 Treffend MünchKommAktG-Hüffer, § 248 Rn. 3 mit Verweis auf RGZ 85, 311 (313): „Ein- und derselbe Beschluss darf nämlich nicht für den einen Teil der Betroffenen nichtig, aber für den anderen Teil nach wie vor die verbindliche Äußerung des Gesellschaftswillens sein; das, würde (...) in der Mehrzahl der Fälle zu unlösbarem Wirrsal führen.“ Mit ausführlichem Blick auf die praktischen Konsequenzen Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 195 f.
- 679 So für Klagen gegen fehlerhafte AG-Aufsichtsratsbeschlüsse *Kindl*, AG 1993, 153 (157).
- 680 Dazu müsste die Klage zum Beispiel offensichtlich unbegründet sein, siehe BGHZ 12, 308 (316) = NJW 1954, 1159; BGH NJW 1978, 2031 (2032).
- 681 Dagegen im Recht fehlerhafter AG-Aufsichtsratsbeschlüsse BGHZ 122, 342 (350 f.) = NJW 1993, 2307; *Kindl*, AG 1993, 153 (157 f.); wohl auch Meilicke, FS Walter Schmidt, S. 71 (112 f.).
- 682 Siehe nur BGH NJW-RR 1992, 1209; BGHZ 122, 342 (350 f.) = NJW 1993, 2307 (als Argument für die Behandlung fehlerhafter AG-Aufsichtsratsbeschlüsse); Palandt-Ellenberger, § 32 Rn. 11; Soergel-Hadding, § 32 Rn. 40 mit weiteren Nachweisen; *Kindl*, AG 1993, 153 (157 f.); Meilicke, FS

- Walter Schmidt, S. 71 (112 f.); Staudinger- Weick, § 32 Rn. 28 unter Verweis auf RGZ 85, 311 (313), konkret allerdings eine Entscheidung zur GmbH; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. I, S. 518 f. Darstellung der h.M. auch bei MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55.
- 683 Vor allem Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 575 f. unter Betonung des besonderen Zusammenhangs mit § 246 Abs. 1 AktG. Ebenso bereits Karsten Schmidt, FS Stim-pel, S. 217 (239). Siehe auch Prior, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 243 ff.; Schmitt, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 165.
- 684 V. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. I, S. 519.
- 685 Palandt-Ellenberger, § 32 Rn. 11 mit Verweis auf BGH NJW-RR 1992, 1209.
- 686 Deutlich v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. I, S. 518: „Rechtsnotwendigkeit“; RGZ 85, 311 (313): andernfalls führte das Urteil zu „unlösbarem Wirrsal“ und wäre ein „nicht zu schlichtender Widerstreit“. Richtungsweisend später Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 195 f., 243 ff. (für das die Nichtigkeit feststellende Urteil bereits vor Einführung des heutigen § 249 Abs. 1 AktG). Für fehlerhafte AG-Aufsichtsratsbeschlüsse Götz, FS Lücke, S. 167 (188); Meilicke, FS Walter Schmidt, S. 71 (112 f.); KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 114; Spindler/Stilz-Spindler, § 108 Rn. 79. Deutlich auch Baums, ZGR 1983, 300 (343): „praktisch unabweisbar geboten“. Zweifelnd noch MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 102. Ablehnend Lemke, Aufsichtsratsbeschluß, S. 176.
- 687 So explizit und mit weiteren Nachweisen Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 86 (dort Fn. 84); ähnlich Fleischer, DB 2013, 217 (223): „verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke (...), dessen teleologische Expansionskraft weit über das Aktienrecht hinausreicht“. Siehe auch Prior, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 246 ff.
- 688 RGZ 85, 311 (313 f.).
- 689 Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 86.
- 690 Ebenso Schmitt, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaft, S. 167 f.; Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 296 f. Dass es richtig ist, die Funktion für und gegen alle Beteiligten aus der Klarstellungsfunktion der gerichtlichen Überprüfung abzuleiten, zeigen überdies Konstellationen der Rechtskrafterstreckung außerhalb von Beschlussmängelfragen, etwa die Entscheidung über eine angemessene Zuzahlung, Abfindung oder Ausgleichszahlung im Spruchverfahren nach § 13 Satz 2 SpruchG, die Bestätigung des Insolvenzplans nach §§ 254 Abs. 1 Satz 1, 254b InsO oder die Erteilung der Restschuldbefreiung im Insolvenzverfahren nach §§ 300, 301 Abs. 1 InsO.
- 691 Ausdrückliche Zustimmung zu Noack für das Recht fehlerhafter AG-Aufsichtsratsbeschlüsse bei Götz, FS Lücke, S. 167 (188). Vgl. auch KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 114.
- 692 Siehe dazu oben § 3 III 3 a).
- 693 Ebenso Hoffmann, FG Kreutz, S. 29 (43). Der prozessuale Vorteil der

- Rechtskrafterstreckung gegenüber der Streitverkündung liegt zum einen darin, dass das Prozedere der §§ 72 ff. ZPO umgangen wird. Vor allem dabei sorgt die Rechtskrafterstreckung auch dann für Einheitlichkeit, wenn sich der Kreis der Stiftungsbeteiligten während des Prozesses verändert. In Publikumsgesellschaften hat dieser Vorzug freilich noch größeres Gewicht.
- 694 H.M. Siehe etwa *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 86; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 321; *Spindler/Stilz-Dörr*, § 249 Rn. 20 f., § 248 Rn. 25 ff.; *MünchKomm-AktG-Hüffer*, § 249 Rn. 26, § 248 Rn. 35; *KölnerKomm-Zöllner*, § 249 Rn. 39, § 248 Rn. 32 ff. Für den AG-Aufsichtsrat *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 114. Für das Vereinsrecht *Pa landt- Ellenberger*, § 32 Rn. 11; *Staudinger- Weick*, § 32 Rn. 28; im Ergebnis auch *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 55.
- 695 Ausführlich *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 243 f.; ähnlich *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 86.
- 696 *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 244.
- 697 *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 28.
- 698 Mit unter anderem diesem Argument gegen eine Analogie zu den §§ 241 ff. AktG im Falle fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse in der Aktiengesellschaft: *BGHZ* 122, 342 (349 ff.) = *NJW* 1993, 2307; *Fleischer*, DB 2013, 217 (217 f., 223 f.); *MünchKommAktG-Habersack*, § 108 Rn. 82; *Götz*, FS Lücke, S. 167 (179); *Kindl*, AG 1993, 153 (157); *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 73.
- 699 Statt vieler etwa *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 33, 35 ff.; *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (835 f.); *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 61; *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 23. Mit umfangreichen Nachweisen *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 23 f., 35 (dort Fn. 121).
- 700 Siehe ein weiteres Mal *MünchKommBGB-Reuter*, Bd. I, 3. Aufl. 1993, § 32 Rn. 36.
- 701 Dazu schon zu Beginn unter § 1 I.
- 702 Im Überblick dazu bereits oben § 2 I 3 a) aa). Selbst die Stimmen aus der älteren Literatur, die den Beschluss nicht als Rechtsgeschäft, sondern als Sozial- oder Gesamttakt einordneten, waren mangels Alternativen zu einer analogen Anwendung der BGB-Vorschriften über Rechtsgeschäfte gezwungen; mit weiteren Nachweisen *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 17.
- 703 So etwa *Baums*, ZGR 1983, 300 (303); *Klein*, GmbHR 2008, 233; *Schäfer*, Lehre vom fehlerhaften Verband, S. 16 ff.; *Sandhaus*, Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 67 f.
- 704 *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 57.
- 705 Dort ist insbesondere die notarielle Beurkundung in § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG für alle Hauptversammlungsbeschlüsse vorgesehen, in § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist sie für satzungsändernde Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vorgeschrieben. Fehlt sie, ist der Beschluss nach § 241 Nr. 2 AktG (als *lex specialis* zu § 125 Satz 1 BGB) nichtig.
- 706 Großzügiger als der Wortlaut (auch in Anbetracht von § 126 Abs. 3 BGB) und entgegen der h.M. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 319 mit Verweis auf die h.M.



- zu § 48 Abs. 2 GmbHG: jegliche schriftliche Abfassung der Erklärung zulässig.
- 707 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 318 f.; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 30.
- 708 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 319. In § 40 Satz 1 BGB wird die Vorschrift eigens für dispositiv erklärt. Siehe ferner *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1947 f., 1959; *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 70.
- 709 *Soergel-Hadding*, § 32 Rn. 42; *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 69; ebenso im Ergebnis *Bamberger/Roth-Schöpflin*, § 32 Rn. 44; *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 16; wohl auch *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1989, allerdings terminologisch unglücklich.
- 710 *MünchKommBGB-Einsele*, § 125 Rn. 69; *Palandt-Ellenberger*, § 125 Rn. 17; *Bamberger/Roth-Wendtland*, § 125 Rn. 13, 17. Vgl. ferner etwa *BGHZ* 49, 364 (367) = *WM* 1968, 646; *BGH NJW* 1964, 1268; *NJW-RR* 1996, 866 (867); *NJW* 2004, 1320.
- 711 *MünchKommBGB-Einsele*, § 125 Rn. 69; *Palandt-Ellenberger*, § 125 Rn. 17; *Bamberger/Roth-Wendtland*, § 125 Rn. 13, 17.
- 712 *BGHZ* 49, 364 (366) = *NJW* 1968, 1378; zitiert auch bei *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 30.
- 713 Gegen die Anwendung von § 125 Satz 2 BGB auf Schriftformklauseln in oHG- und KG-Gesellschaftsverträgen *BGHZ* 49, 364 (365 ff.) = *NJW* 1968, 1378; im Ergebnis, wenn auch nicht explizit, ebenso *BGHZ* 66, 82 (86 f.) = *NJW* 1976, 958; zustimmend *Palandt-Ellenberger*, § 125 Rn. 17; *van Venrooy*, *NJW* 1978, 766 in abl. Anm. zu *OLG Düsseldorf NJW* 1977, 2216. Für die grundsätzliche Anwendung von § 125 Satz 2 BGB, aber ohne faktische Unterschiede zur Gegenansicht *MünchKommBGB-Einsele*, § 125 Rn. 69; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 63; *Baumbach/Hopt-Roth*, § 105 Rn. 63; *MünchKommBGB-Ulmer/Schäfer*, § 705 Rn. 50; *Schmitt*, Beschußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 88 ff. Zusammenfassend *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 30 f. mit weiteren Nachweisen (dort Fn. 171).
- 714 Deutlich *BGHZ* 66, 82 (87) = *NJW* 1976, 958. Ferner etwa *Soergel-Hadding*, § 32 Rn. 34; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 31; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1988 a.E. und 1912 ff., 1915 ff.; *Schmitt*, Beschußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 89; *Bamberger/Roth-Schöpflin*, § 32 Rn. 28; *Münch. Handb. des GesR*, Bd. 5-*Wagner*, § 20 Rn. 39; *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 36. Für diese Einordnung spricht überdies die Regelung in § 107 Abs. 2 Satz 3 AktG, nach der die Wirksamkeit des Aufsichtsratsbeschlusses von der Existenz einer Niederschrift der Beschlussfassung unabhängig ist. Dazu *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 125 f., 204; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 63.
- 715 Zu Recht *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1988 a.E. und 1912 ff., 1915 ff.; *Münch. Handb. des GesR*, Bd. 5-*Wagner*, § 20 Rn. 39; *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 36. Siehe auch *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 31; *Schmitt*, Beschußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 89.
- 716 Für das GmbH-Recht: *BGHZ* 76, 154 = *NJW* 1980, 1527; *BGHZ* 88, 320 (329);

- Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (248); *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 47 Rn. 26 f. mit weiteren Nachweisen (dort Fn. 67). Für das Vereinsrecht *BGH NJW* 1975, 2101; *NJW* 1987, 2430; *OLG München NZG* 2008, 351 (353); *Soergel-Hadding*, § 32 Rn. 34; *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 50; *Bamberger/Roth-Schöpflin*, § 32 Rn. 28; *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 36. Anders aber im Aktien- (§ 130 Abs. 2 Satz 1 AktG) und Genossenschaftsrecht (§ 47 Abs. 1 Satz 2 GenG). Verbandsübergreifend zur Thematik *Zöllner*, FS Lutter, S. 821 ff.
- 717 *RGZ* 122, 369; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 31; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 89.
- 718 Ebenso explizit für Stiftungsorgane *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 318.
- 719 Eine ausführliche Übersicht über mögliche Fehlertatbestände findet sich mit den dazugehörigen Rechtsprechungsnachweisen bei *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1987 f.
- 720 *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (68); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 63; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 31; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 91; *Schröder*, GmbHR 1994, 532 (537). Zustimmend *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 426.
- 721 Ebenda.
- 722 *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (68); *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 37; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 63 f.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 32; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 91 ff.; *Schröder*, GmbHR 1994, 532 (537); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 426.
- 723 So schon deutlich die Motive der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 179 = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 451 f. Siehe ferner etwa *MünchKommBGB-Einsele*, § 125 Rn. 8 f.; *Palandt-Ellenberger*, § 125 Rn. 2 ff.; *Staudinger-Hertel*, § 125 Rn. 35 ff.; *Bamberger/Roth-Wendtland*, § 125 Rn. 1.
- 724 Siehe nur *MünchKommBGB-Einsele*, § 125 Rn. 9; *Staudinger-Hertel*, § 125 Rn. 35; *Bamberger/Roth-Wendtland*, § 125 Rn. 1. Deutlich ferner *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (68) und *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 37. Ähnlich *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 32 und *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 63.
- 725 *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (68); *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 37; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 63 f.; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 91 ff.
- 726 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 32. Ähnlich ebenda, S. 25.
- 727 Statt aller ausführlich *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 92 f.
- 728 *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 96; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 91 ff. Ausführlich zum Ganzen *Baums*, ZGR 1980, 300 (308 ff.).
- 729 *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 95. Siehe ferner *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 208; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 148 a.E.

- 730 Siehe für Verfahrensfehler im AG-Aufsichtsrat etwa KölnerKommMertens/Cahn, § 108 Rn. 96 mit Verweis auf MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 76; Baums, ZGR 1980, 300 (330 f.); Lemke, Aufsichtsratsbeschluß, S. 134 ff.
- 731 Mit Recht Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 32.
- 732 Beater, AcP 197 (1997), 505 (512 f.); Palandt-Ellenberger, § 134 Rn. 2; Erman-Palm/Arnold, § 134 Rn. 8; Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 5. Zweifelnd aber MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 30 f.
- 733 MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 30; Beater, AcP 197 (1997), 505 f.; Palandt-Ellenberger, § 134 Rn. 2; Erman-Palm/Arnold, § 134 Rn. 8; Staudinger-Sack/Seibl, § 134 Rn. 16; Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 5. Inwieweit Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und gewohnheitsrechtliche Regelungen als Rechtsnormen anzusehen sind, ist im Einzelnen umstritten; dazu etwa MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 30 ff.; Staudinger-Sack/Seibl, § 134 Rn. 16 ff.; Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 6 ff. Eingehend Beater, AcP 197 (1997), 505 ff.; Taupitz, JZ 1994, 221 ff.
- 734 Beater, AcP 197 (1997), 505 (506 f.); Palandt-Ellenberger, § 25 Rn. 3; Erman-Palm/Arnold, § 134 Rn. 8 a.E.; Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 6 a.E.; Palandt-Sprau, Einleitung zum BGB Rn. 25; Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 8. Vgl. ferner OLG Hamm NJW 1976, 331 (332); OLG Karlsruhe NJW 1978, 324.
- 735 Ebenso für den AG-Aufsichtsrat Götz, FS Lücke, S. 167 (182, dort Fn. 54); Hüffer, ZGR 2001, 833 (872); i.E. auch Axhausen, Anfechtbarkeit, S. 21 f.; Lemke, Aufsichtsratsbeschluß, S. 64 ff. Für das Personengesellschaftsrecht etwa Schmitt, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 52; Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 426.
- 736 Mit Recht Hoffmann, FG Kreutz, S. 29 (35). Zur Frage der landesgesetzlichen Normierung sogleich.
- 737 Allgemeine Ansicht: BGHZ 143, 283 (288) = NJW 2000, 1186; MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 46; Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 2 f.; Erman-Palm/Arnold, § 134 Rn. 9; Staudinger-Sack/Seibl, § 134 Rn. 32; nur mit Einschränkung Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 9 („grundsätzlich“). Ausführlich für das Beschlussrecht Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 20 ff.
- 738 Axhausen, Anfechtbarkeit, S. 20 ff., 23; Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 40; Lemke, Aufsichtsratsbeschluß, S. 68 ff.; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 24 f.; Schwab, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 426; Anders wohl aber Hüffer, ZGR 2001, 833 (872). Die Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 GenG spricht zudem für diese Wertung.
- 739 Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 18; Erman-Palm/Arnold, § 134 Rn. 11 a.E. Siehe auch BGHZ 37, 363 (366) = NJW 1962, 1671; BGHZ 71, 358 (360 ff.) = NJW 1978, 1970; Flume, Rechtsgeschäft, § 17 3 (S. 345 f.). Anders aber Axhausen, Anfechtbarkeit, S. 20; ähnlich bereits Prior, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 56, 176.
- 740 Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 25; zustimmend Lemke,

- Aufsichtsratsbeschluß, S. 69 f.
- 741 Siehe etwa zum Vereinsrecht *BGHZ* 49, 209 (211) = *NJW* 1968, 543; *BGHZ* 59, 369 (375 f.) = *NJW* 1973, 235; *BGH NJW* 2008, 69 (73); MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55. Näher dazu sogleich unter § 4 IV 1.
- 742 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 24; ebenso *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 70.
- 743 *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 67.
- 744 Den Beschlusstenor sahen noch *Baltzer*, Der Beschluß, S. 179 sowie *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 20, 23 als alleinig maßgeblich an.
- 745 *BGH NJW* 1989, 1928 (1929); MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 13; *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 4; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 67 f., jeweils zum AG-Aufsichtsrat.
- 746 So zum Beispiel der Mangel an Geschäftsfähigkeit (§§ 107 ff. BGB), das Fehlen von Vertretungsmacht (§§ 166 f. BGB, § 35 GmbHG), von Verfügungsbefugnis (§§ 21 ff., 80 InsO; §§ 399 f. BGB, §§ 1984, 2211 BGB) oder auch der Grundsatz der Satzungsstrenge im Aktienrecht (§ 23 Abs. 5 AktG).
- 747 MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 5 f.; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 37 f.; *Flume*, Rechtsgeschäft, § 17 2 (S. 342 f.); *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 18 (dort Fn. 86); *Staudinger-Sack/Seibl*, § 134 Rn. 33; *Bamberger/Roth-Wendtland*, § 134 Rn. 15; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 53 (dort Fn. 212). Siehe auch *BGHZ* 13, 180 (184) = *NJW* 1954, 1155; *BGHZ* 40, 156 (160) = *NJW* 1964, 243. Als überholt kann heute wohl die Darstellung von *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 22 gelten.
- 748 *Flume*, Rechtsgeschäft, § 17 2 (S. 343).
- 749 Formulierungen wie „kann nicht“, „darf nicht“ oder „ist unzulässig“ sollen allgemein auf ein Verbotsgesetz hinweisen, „soll nicht“ regelmäßig nicht. Siehe nur MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 43 f.; *Soergel-Hefermehl*, § 134 Rn. 12 f.; *Erman-Palm/Arnold*, § 134 Rn. 9; *Bamberger/Roth-Wendtland*, § 134 Rn. 9.
- 750 Allerdings ist nicht jede zwingende Vorschrift als Verbotsgesetz zu qualifizieren; Münch-KommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 46; *Soergel-Hefermehl*, § 134 Rn. 2 a.E.; *Erman-Palm/Arnold*, § 134 Rn. 9. Im Verbandsrecht hat man im Anschluss an *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 62 ff. verschiedene Grade (je nach Quorum) der Dispositivität anerkannt. Ein Verbotsgesetz kann hiernach nur eine Vorschrift sein, von der die Mitglieder nicht einmal einverständlich abweichen können, weil sie im öffentlichen Interesse, vor allem im Gläubigerinteresse, besteht. *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 39 f.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 22, 33; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 64 f.; *Schröder*, GmbHR 1994, 532 (536); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 425 f. Im Ergebnis auch *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 54 ff., 56 f. (Kritik aber dort in Fn. 240).
- 751 Heute wird nicht mehr vertreten, dass ein gesetzliches Verbot sich immer an alle

- Beteiligten des Rechtsgeschäfts richten muss (grundlegend dafür die Motive der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 210 = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 468); MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 47 f.; Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 15. Für den Beschluss als mehrseitiges Rechtsgeschäft ist das Kriterium ohnehin kaum von Belang, weil eine Vorschrift sich grundsätzlich an alle Beschließenden richtet.
- 752 Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 14, 16; Staudinger-Sack/Seibl, § 134 Rn. 30; Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 9, 11. Ähnlich MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 41.
- 753 BGHZ 75, 366 (368) = NJW 1980, 775; BGH NJW 1968, 2286. Prominentes Beispiele ist wohl der Verkauf von Waren nach Ladenschluss oder an Sonn- und Feiertagen. Mit umfassender Kasuistik MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 42, 50 ff.; Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 20 ff. Siehe ferner nur Palandt-Ellenberger, § 134 Rn. 8; Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 13.
- 754 MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 3; Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 1, 3; Erman-Palm/Arnold, § 134 Rn. 2; Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 17, jeweils mit Beispielskatalog.
- 755 So ausdrücklich bereits die Motive der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 210 = *Mugdan*, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 468. Ganz h.M.: BGHZ 45, 322 (326) = NJW 1966, 1265; BGH NJW 1974, 1374 (1377); MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 1; Palandt-Ellenberger, § 134 Rn. 7; Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 4; Staudinger-Sack/Seibl, § 134 Rn. 57 ff.; Bamberger/Roth-Wendtland, § 134 Rn. 2: Auslegungsregel zu Gunsten der Nichtigkeit, Verteilung von Argumentationslast. Richtungsweisend *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 17 (zitiert nach *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 66). Anders vor allem *Flume*, Rechtsgeschäft, § 17 1 (S. 341): „§ 134 besagt in Wirklichkeit nichts“.
- 756 Eberspächer, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 39 f.; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 22, 33; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 64 f.; *Schröder*, GmbHR 1994, 532 (536); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 425 f. Im Ergebnis auch *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 54 ff., 56 f. So auch schon soeben in Fn. 750. Ähnlich *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 23.
- 757 Vgl. dazu schon RGZ 72, 33 (37); 120, 28 (32); 120, 363 (366) für die AG; RGZ 80, 330 (335) für die GmbH.
- 758 RGZ 168, 292 (302) zu § 30 GmbH. RGZ 142, 373 (377) zu § 34 GmbH. Soergel-Hefermehl, § 134 Rn. 79; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 68, je mit weiteren Nachweisen zu § 57 AktG. BGH NJW 1983, 1420 zu § 22 Abs. 4 Satz 1 GenG.
- 759 So die h.M. heute zu §§ 30, 31 GmbHG, §§ 57, 62 AktG: BGHZ 136, 125 (130) = NJW 1997, 2599; BGHZ 148, 167 (171) = NJW 2001, 3123; MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 72; Baumbach/Hueck-Fastrich, § 30



- Rn. 67; Staudinger-Sack/Seibl, § 134 Rn. 245. Mit Recht differenziert *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 29 II 2 b) aa) (S. 892 f.).
- 760 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 19; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 56, mit denselben weiteren Nachweisen.
- 761 Umfassende Kataloge finden sich in der Kommentarliteratur, siehe nur MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 50 ff.; *Palandt-Ellenberger*, § 134 Rn. 14 ff.; *Soergel-Hefermehl*, § 134 Rn. 50 ff.
- 762 Vergleichbar steht es um das Verhältnis von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Siehe nur MünchKommBGB-Armbrüster, § 134 Rn. 8 ff.; Staudinger-Sack/Seibl, § 134 Rn. 114 ff. Zur Problematik des „nützlichen Rechtsbruchs“ durch Organe bereits oben, Fn. 641.
- 763 Dazu schon soeben, Nachweise in Fn. 746 ff.
- 764 Beispiel als Parallele zu *OLG München* NZG 2001, 412 f. (Entscheidung zum GmbH-Recht).
- 765 § 7 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StiftG BW; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StiftG Bay.; § 3 Satz 1 StiftG Bln.; §§ 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1, 7 StiftG Br.; § 4 StiftG Hbg.; §§ 5, 6 StiftG Hess.; § 6 StiftG Nds.; § 4 StiftG NRW; § 7 StiftG RP; §§ 5 Abs. 1, 6 StiftG Saarl.; § 4 StiftG Sachs.; § 7 Abs. 1 und 2 StiftG SA; § 4 Abs. 1-4 StiftG SH; § 8 StiftG Thür. Keine Regelung dazu finden sich im StiftG Bbg. sowie im StiftG MV.
- 766 § 6 Abs. 1 Satz 1 StiftG Bay.
- 767 § 4 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 StiftG Hbg.
- 768 § 7 Abs. 1 Satz 1 StiftG BW. Ähnlich § 7 Abs. 1 StiftG SA; § 8 StiftG Thür. Allgemeiner noch § 6 Abs. 1 Satz 2 StiftG Br.; § 6 Abs. 3 Satz 1 StiftG Nds.; § 5 Abs. 1 Satz 2 StiftG Saarl. Vollständige Übersicht bei Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Hüttemann, Rn. 14.4.
- 769 § 3 Satz 1 StiftG Bln. Ähnliche Regelungen finden sich in § 7 Abs. 2 Satz 1 StiftG BW; Art. 6 Abs. 2 StiftG Bay.; § 7 Abs. 1 StiftG Br.; § 4 Abs. 2 Satz 2 StiftG Hbg.; § 6 Abs. 1 Satz 1 StiftG Hess.; § 6 Abs. 1 Satz 1 StiftG Nds.; § 4 Abs. 2 Satz 1 StiftG NRW; § 7 Abs. 2 Satz 1 StiftG RP; § 6 Abs. 1 Satz 1 StiftG Saarl.; § 4 Abs. 3 Satz 1 StiftG Sachs.; § 7 Abs. 2 Satz 1 StiftG SA; § 4 Abs. 2 Satz 1 StiftG SH; § 8 Abs. 2 Satz 1 StiftG Thür. Sog. Gebot der Vermögenserhaltung. Keine Bestimmungen darüber enthalten die Stiftungsgesetze von Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern.
- 770 Dazu schon zu Beginn, insbesondere bei satzungsändernden Beschlüssen § 1 II 3 b) und c).
- 771 Ausführlich zu der Problematik *Hüttemann*, FG Flume, S. 59 ff. Eingehend zudem *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 478 ff., 530 ff. Siehe auch Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Hüttemann, Rz. 14.8 ff., 14.20 ff.; mit weniger Bedenken wohl aber *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 9 Rn. 54 ff.; zum Gebot der Vermögenserhaltung überdies *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 97 ff. Zum Ganzen *Carstensen*, Vermögenserhaltung, passim.
- 772 BGHZ 37, 363 (366) = NJW 1962, 1671; BGHZ 116, 268 (276) = NJW 1992, 737; BGHZ 122, 115 (122) = NJW 1993, 1638; MünchKommBGB-Armbrüster,

- § 134 Rn. 110; Erman-*Palm/Arnold*, § 134 Rn. 10.
- 773 Nachweise in Fn. 749 bis 752.
- 774 Umstritten ist vor allem, wie sich die Vorgaben des Stifters zum Erfordernis der dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks in § 80 Abs. 2 BGB verhalten sollen: Für einen Vorrang der Zweckorientierung vor allem MünchKommBGB-*Reuter*, § 85 Rn. 15 ff., § 86 Rn. 18; *ders.*, Non Profit Law Yearbook 2002, S. 157 (159 ff.); *ders.*, NZG 2005, 649 (650, 652 ff.). Anders vor allem Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Hüttemann, Rn. 14.16 ff., 14.38 ff.; *ders.*, FG Flume, S. 59 (68 ff.); Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 24 ff., 28; zustimmend *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 102 ff. Einigkeit besteht hingegen darüber, dass der Erhalt bestimmter Vermögenswerte nicht Hauptzweck der Stiftung sein kann (Verbot der Selbstzweckstiftung); statt vieler Staudinger-Hüttemann/Rawert, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 150 ff.; MünchKommBGB-*Reuter*, Vor § 80 Rn. 60.
- 775 Bamberger/Roth-Backert, § 85 Rn. 1; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 536; *Henß*, ZSt 2004, 83 (87 f.); Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Hüttemann, Rn. 14.16; *ders.*, FG Flume, S. 59 (75); *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 102 ff.; im Grundsatz ebenso *Reuter*, NZG 2005, 649 (652 ff.).
- 776 Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Hüttemann, Rn. 14.17; *ders.*, FG Flume, S. 59 (76 f.); Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 22, 28; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 104.
- 777 § 7 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 StiftG BW; § 7 Abs. 1 Satz 2 StiftG Br.; § 4 Abs. 2 Satz 2 StiftG Hbg.; § 6 Abs. 1 Satz 2 StiftG Hess.; § 6 Abs. 1 Satz 2 StiftG Nds.; § 4 Abs. 2 Satz 1 StiftG NRW; § 7 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 StiftG RP; § 6 Abs. 1 Satz 2 StiftG Saarl.; § 4 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 StiftG Sachs.; § 4 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 StiftG SH. Im Ergebnis auch § 3 Satz 2 StiftG Bln.
- 778 Art. 6 Abs. 3 StiftG Bay.; § 7 Abs. 3 und 4 StiftG Br.; § 4 Abs. 3 StiftG Hbg.; § 6 Abs. 3 StiftG Hess.; § 6 Abs. 2 StiftG Nds.; § 4 Abs. 3 StiftG NRW; § 7 Abs. 3 StiftG RP; § 6 Abs. 2 StiftG Saarl.; § 7 Abs. 3 StiftG SA; § 4 Abs. 3 und 4 StiftG SH; § 8 Abs. 3 StiftG Thür.
- 779 Besonders deutlich zeigt dies die allgemeine Zulässigkeit der sog. Verbrauchsstiftung, mit deren Funktionsweise – Verbrauch auch des Grundstocks des Vermögens zur Zweckerfüllung – eine zwingende Geltung des Gebots der Vermögenserhaltung unvereinbar wäre. Zur Zulässigkeit der Verbrauchsstiftung statt aller Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 81 Rn. 57; MünchKommBGB- *Reuter*, §§ 80, 81 Rn. 17 ff. Inzwischen auch gesetzlich – unter anderem in den §§ 80, 81 BGB – anerkannt durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts (Ehrenamtsstärkungsgesetz) vom 21.03.2013, BGBl. I, S. 556 (559).
- 780 Siehe soeben unter § 4 I 2 b). Nachweise in Fn. 737.
- 781 Auch dazu schon oben unter § 4 I 2 a). Nachweise in Fn. 734.
- 782 § 2 StiftG BW; Art. 2 Abs. 1 StiftG Bay.; § 3 StiftG Br.; § 2 StiftG Nds.; § 1 Abs. 1 StiftG NRW; § 2 StiftG Sachs.; § 1 StiftG SA; § 1 Abs. 1 StiftG Thür.
- 783 Vgl. zur nur dienenden Funktion der landesrechtlichen Vorschriften ausführlich

- Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Jakob, Rn. 5.9 ff.
- 784 Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Hüttemann, Rn. 14.53. In der Sache auch Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Weitemeyer/Franzius, Rn. 2135.
- 785 So ausdrücklich die Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts, BT-Drucks. 14/8765, S. 7; Regierungsbegründung zum Entwurf eines Stiftungsgesetzes für das Land Brandenburg (StiftGBbg), LT-Drucks. 3/7024, S. 10; Regierungsbegründung zum Entwurf eines Stiftungsgesetzes für das Land Mecklenburg-Vorpommern, LT-Drucks. 4/2047, S. 10. Richtungsweisend Hüttemann/Rawert, ZIP 2002, 2019 f.; Staudinger-dies., Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 16, § 85 Rn. 3; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 47; ausführlich Hüttemann/Richter/Weitemeyer-ders., Rn. 3.12 ff.; vgl. ferner etwa Seifart/v. Campenhausen-v. Campenhausen, § 3 Rn. 9. Kritisch vor allem Backert/Carstensen, ZIP 2003, 284 ff. Im Grundsatz hingegen zustimmend Bamberger/Roth-Backert, § 80 Rn. 25.
- 786 Insoweit anerkennend Bamberger/Roth-Backert, § 80 Rn. 25.
- 787 Dementsprechend bezeichnen Hüttemann/Rawert, ZIP 2002, 2019 (2021) die Vorschriften auch wegen ihres geringen Regelungsgehalts und der falsch gesetzten Anreizwirkung als überflüssig.
- 788 Eingehend dazu oben § 3 III 1 a).
- 789 Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Reuter, Rn. 3.30.
- 790 Insoweit ungenau Hoffmann, FG Kreutz, S. 29 (35 f.), der in diesem Kontext auf § 134 BGB und Art. 2 EGBGB verweist. Landesgesetzliche Vorschriften können aber nach einhelliger Meinung Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB sein: statt aller Staudinger-Sack/Seibl, § 134 Rn. 42, 309 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Richtiger Bezugspunkt sind vielmehr die Vorgaben zur Anwendung und Auslegung des BGB-Stiftungsbegriffs, die nicht durch Landesgesetz erfolgen können.
- 791 Soergel-Hefermehl, § 138 Rn. 1; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 2.
- 792 Die Wertung folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift („insbesondere“). Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 24; Soergel-Hefermehl, § 138 Rn. 73; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 199.
- 793 Einhellige Meinung: MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 4; Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 13; Soergel-Hefermehl, § 138 Rn. 63; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 172 ff.; Bamberger/Roth- Wendtland, § 138 Rn. 6. Vgl. auch BGH NJW 1996, 1954 (1956); NJW 1983, 868 (869 f.).
- 794 Ausdrücklich Flume, Rechtsgeschäft, § 18 I (S. 363).
- 795 Soergel-Hefermehl, § 138 Rn. 4; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 14.
- 796 So schon zu § 826 BGB die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, S. 727 = Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, S. 406. Fortgeführt etwa von RGZ 48, 114 (124); 80, 219 (221); BGHZ 10, 228 (232) = NJW 1953, 1665; BGHZ 20, 71 (74) = NJW 1956, 865; BGHZ 69, 295 (297) = NJW 1977, 2356; BGH NJW 2004, 2668 (2670). Die Formel wird auch heute noch angewandt;

- siehe nur Münch-KommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 14 f.; Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 2; Soergel-Hefermehl, § 138 Rn. 4; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 14 ff.
- 797 BGHZ 34, 169 (176) = NJW 1961, 822; BGHZ 43, 46 (50) = NJW 1965, 580; BGHZ 106, 269 (272) = NJW 1989, 830. MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 30; Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 8; Soergel-Hefermehl, § 138 Rn. 19; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 6; Bam-berger/Roth-Wendtland, § 138 Rn. 21.
- 798 Vgl. etwa Burgard, Gestaltungsfreiheit, S. 127; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 6 Rn. 312; Muscheler, NJW 2003, 3161 (3162, 3164 f.); Volkholz, Geltung und Reichweite, S. 190 ff.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 80 Rn. 35. Ebenso im Ergebnis MünchKommBGB-Reuter, §§ 80, 81 Rn. 63: rechtliche Unmöglichkeit des Stiftungszwecks wegen entgegenstehender Gesetze. Im Überblick zum Stand der Diskussion Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 80 Rn. 30 ff.; eingehend Volkholz, Geltung und Reichweite, S. 184 ff.
- 799 BVerwGE 106, 177 = NJW 1998, 2545; OVG Münster NVwZ 1996, 913. Der Fall ist auch unter dem Namen *Schönhuber-Stiftung* bekannt. Kritisch etwa Burgard, Gestaltungsfreiheit, S. 126 f.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 80 Rn. 35; Muscheler, NJW 2003, 3161 (3163 f.).
- 800 Behördenentscheidung; ausführlich zu deren Umständen und allgemein zum Begriff der Sittenwidrigkeit beim Stiftungsgeschäft Büch, ZEV 2010, 440 ff.
- 801 Zur Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit in den §§ 241, 243 AktG statt vieler Spindler/Stilz-Würthwein, § 241 Rn. 239 ff.; MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 69 f. mit Bezug zur Gesetzeshistorie. Beachte aber auch die weite Auslegung des „Beschlussinhalts“ im Falle der Schädigung Gesellschaftsexterner.
- 802 Danach differenzierend schon RGZ 91, 216 (324); 113, 188 (193); 115, 378 (383); 131, 141 (145).
- 803 MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 9; Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 8; Soergel-Hefermehl, § 138 Rn. 19, siehe aber auch Rn. 65. Kritisch insbesondere Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 9 f.
- 804 Vgl. Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 117; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 26.
- 805 Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 117.
- 806 Lemke, Aufsichtsratsbeschluß, S. 71.
- 807 KG NJW 1957, 1680 (1681).
- 808 RGZ 119, 243 (245 f.).
- 809 Beispiele nach Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 26.
- 810 RGZ 68, 235 (243); 68, 314 (317). Vgl. auch RGZ 107, 72 (74 f.); 108, 41 (43 f.); 112, 14 (16 ff.). Weitere Rechtsprechungsnachweise bei Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 425 (dort Fn. 1).
- 811 Genauer: im Recht der Personengesellschaften und Vereine. Für die AG, GmbH und eG gilt § 241 Nr. 4 AktG (analog; nach herrschender Auffassung, siehe oben unter § 2 I 3 b)).

- 812 *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 41; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 72 f.; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 27 f. Ähnlich *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 425 f.; MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn. 108. Ausführlich zu der Entwicklung *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 288 ff.
- 813 Ausführliche Darstellung bei *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 20 IV (S. 587 ff.); ebenso *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 335 ff.
- 814 Siehe wiederum nur *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 II 4 b) (S. 462 ff.); *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 301 ff.
- 815 So etwa für den Gesellschafterausschluss aus GbR, oHG und KG („Hinauskündigungsrecht“), im Überblick MünchKommBGB-Schäfer, § 737 Rn. 17 ff. Ebenso für den Bezugsrechtsausschluss bei der Kapitalerhöhung in der AG seit BGHZ 71, 40 = NJW 1978, 1316 („Kali & Salz“); Spindler/Stilz-Servatius, § 186 Rn. 40 ff. Dasselbe gilt nach h.M. im GmbH-Recht, siehe nur Baumbach/Hueck-Zöllner/Fastrich, § 55 Rn. 26 ff. mit weiteren Nachweisen (dort Fn. 65).
- 816 *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 97, 287 f. Der Begriff gilt heute als *Terminus technicus*.
- 817 Vgl. die Nachweise in Fn. 812.
- 818 Statt vieler *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 41; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 425 f.
- 819 So überzeugend die Eingrenzung von *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 291 ff. Ebenso *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 41; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 28. In enger Anlehnung an *Noack* schließlich *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 73.
- 820 Im Überblick MünchKommBGB-Ulmer/Schäfer, § 705 Rn. 136 f.: Schranken der autonomen Rechtsausübung. Vgl. insgesamt neben dem Titel der Monographie abermals die Einleitung von *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 7 ff.: Beschränkung auf die Schranken des mitgliedschaftlichen Stimmrechts in Abgrenzung zum Stimmrecht der Mitglieder pflichtengebundener Organe.
- 821 Vgl. nur die Systematisierung bei *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 16 II, III (S. 452 ff., 466 ff.).
- 822 Ausführlich bereits unter § 3 III 1.
- 823 Auch dazu bereits oben § 3 III 3 d).
- 824 Die Beispiele richten sich nach den soeben unter a) genannten Fallgruppen.
- 825 Mit Recht *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (36).
- 826 Zu den einzelnen Fallgruppen etwa MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 27 ff.; Palandt-Ellenberger, § 138 Rn. 24 ff., 40 ff.; Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 266 ff., 419 ff.
- 827 MünchKommBGB-Armbrüster, § 138 Rn. 129 ff.; differenzierend Staudinger-Sack/Fischinger, § 138 Rn. 74 ff.
- 828 Zur ganz überwiegenden Ansicht im Verbandsrecht vgl. etwa *Casper*, ZHR 163



- (1999), 54 (66 ff.); *Hüffer*, ZGR 2001, 833 (869, 872 f.); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 73; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 40; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 56 f.; Staub-Schäfer, § 119 Rn. 78, 86 f. im Anschluss an *Ulmer* (Vorauslage); *Schröder*, GmbHR 1994, 532 (536 f.); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 425 f.
- 829 Ebenso für das Verbandsrecht *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 73; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 33, 40; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 426.
- 830 Siehe dazu sowie zu den Gestaltungsgrenzen in der Stiftung schon oben unter § 3 III 1.
- 831 Im Einzelnen bereits unter § 3 III 2 a).
- 832 Siehe nunmehr § 3 III 2 b) zur Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands.
- 833 § 3 III 3 d).
- 834 Siehe wiederum oben § 2 I 3 b).
- 835 Ausführlich bereits § 3 II 2. Hingewiesen sei überdies auf den unter § 3 II 3 bis 4 herausgearbeiteten Befund, dass das Recht der Verwaltung(-smitglieder) zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen nur eine Reaktion auf das Klagerecht der Aktionäre darstellt.
- 836 Ob man solche Beschlüsse als nichtig, wirkungslos oder endgültig unwirksam bezeichnet, ist im Ergebnis irrelevant. Siehe vor allem *Baums*, ZHR 142 (1978), 582 ff., *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 38 f. und *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 162 f., jeweils mit weiteren Nachweisen. Ferner etwa Scholz-Karsten *Schmidt*, § 45 Rn. 71; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 21, 24.
- 837 Oben unter § 2 II 2.
- 838 Zum Ganzen § 2 II 2 b).
- 839 *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 10; *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S. 62, 80; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 42; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 24; *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (244).
- 840 RGZ 21, 148 (159); 36, 134 (135 f.).
- 841 RGZ 37, 62 (65).
- 842 Insbesondere *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 12 f., 80 ff. Ferner etwa *Ludewig*, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, S. 153; *Staub-Pinner*, § 273 Anm. 17 a.E. mit weiteren Nachweisen.
- 843 RGZ 120, 28 (31). Ähnlich RGZ 120, 363 (366); zuvor bereits RGZ 37, 62 (65); 49, 77 (79); 114, 202 (204); 115, 378 (383).
- 844 Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 172.
- 845 Amtl. Begr. zum AktG 1937, abgedr. bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S. 174.
- 846 Vgl. nur MünchKommAktG-Hüffer, § 241 Rn. 70; GroßkommAktG-Karsten Schmidt, § 241 Rn. 67; Spindler/Stilz-Würthwein, § 241 Rn. 240; KölnerKomm-Zöllner, § 241 Rn. 125. Ausführlich *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 411 ff. Siehe auch *Eberspächer*, Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, S.

- 123 ff.; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 47 ff.
- 847 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 15 ff., 49 ff.
- 848 *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (60 ff.); *Sandhaus*, Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 58 f.; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 135 ff.: keine personell beschränkte Nichtigkeitswirkung möglich. *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 428 ff.: interne Nichtigkeit und Aufhebungsanspruch schließen sich aus; keine Beschlüsse „mit Außenwirkung“ denkbar.
- 849 Insoweit übereinstimmend *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (65); *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 133 f.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 433 f.
- 850 *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 76 ff., 94 ff., 133 f. Vergleichbare Anerkennung der Dispositionsbefugnis auch bei *Staub-Schäfer*, § 119 Rn. 86 und *MünchKommBGB-Schäfer*, § 709 Rn. 107, jeweils im Anschluss an *Ulmer* (Vorauslage).
- 851 *Baums*, ZGR 1983, 300 (303 f., 337 f.); *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 489 ff.; *Fleischer*, DB 2013, 217 (218 f.); *Götz*, FS Lücke, S. 167 (182 ff.); *MünchKommAktG-Habersack*, § 108 Rn. 82; *Kindl*, AG 1993, 153 (155, 158 f.); *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 82 im Anschluss an die wegweisende Kommentierung von *Mertens* in der Vorauslage; *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 69 mit weiteren Nachweisen. Vgl. ferner *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 159 ff.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 566 ff.
- 852 *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 491. Ebenso deutlich *Baums*, ZGR 1983, 300 (337 f.) und *Kindl*, AG 1993, 153 (159).
- 853 *Fleischer*, DB 2013, 217 (218).
- 854 *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 491 (dort Fn. 17).
- 855 Insbesondere *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 27 und *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 77 (Beschlüsse des Vereinsvorstands). Siehe ferner *Palandt-Ellenberger*, § 32 Rn. 10; *Soergel-Hadding*, § 32 Rn. 18; *Bamberger/Roth-Schöpfung*, § 32 Rn. 38. Mit ausführlicher Kasuistik *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1993 ff.
- 856 Dies betrifft zum einen die Mitglieder- bzw. Gesellschafterbeschlüsse in Vereinen und Personengesellschaften (siehe oben § 2 I 3) und ferner – soweit judiziert – die Beschlüsse pflichtengebundener Organe (so etwa in *BGHZ* 122, 342 = *NJW* 1993, 2307 für den Aufsichtsrat einer AG).
- 857 *BGHZ* 122, 342 (351 f.) = *NJW* 1993, 2307.
- 858 *BGHZ* 59, 369 (373) = *NJW* 1973, 235. Angedacht bereits in *BGHZ* 49, 209 (212) = *NJW* 1968, 543. Aufgenommen von *KG OLGZ* 1971, 480 (483 f.); *OLG Frankfurt WM* 1985, 1466 (1472); *OLG München NZG* 2008, 351 (353).
- 859 Deutlich vor allem *Karsten Schmidt*, AG 1977, 243 (251 f.). Siehe ferner *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 54 (zum Vereinsrecht) sowie *Fleischer*, DB 2013, 217 (zum Aufsichtsratsrecht) mit weiteren Nachweisen (dort Fn. 136).
- 860 *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Überschrift zu Rn. 1 f.

- 861 Zur Rechtsstellung der Stiftungsorgane und zur Abgrenzung gegenüber Verbandsmitgliedern siehe wiederum oben unter § 3 III.
- 862 Vollkommen zu Recht – auch im Folgenden – *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (36). Zustimmend aufgenommen für die liechtensteinische Stiftung von *Bösch*, LJZ 2012, 99 (111 ff.).
- 863 Vgl. Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 2 („interne Verbandsordnung“).
- 864 Schon zu Anfang wurde die Möglichkeit satzungsdurchbrechender Beschlüsse in der Stiftung aus diesem Grunde abgelehnt, siehe § 1 II 3 b). Ausführlich dazu *Muscheler*, GS Walz, S. 451 ff.
- 865 Ebenso mag man kompetenzüberschreitende Beschlüsse als „wirkungslos“ oder „unwirksam“ bezeichnen (so etwa Staub-Schäfer, § 119 Rn. 90 im Anschluss an *Ulmer* (Vorauslage)). Im Ergebnis spielt das keine Rolle. Siehe abermals *Baums*, ZHR 142 (1978), 582 ff.; *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 38 f. und *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 162 f.; jeweils mit weiteren Nachweisen. Vgl. ferner Scholz-Karsten *Schmidt*, § 45 Rn. 71; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 21, 24.
- 866 Siehe nur die Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs im Aktienrecht *BGHZ* 83, 122 (126 f.) = NJW 1982, 1703 („Holzmüller“); *BGHZ* 136, 133 (140) = NJW 1997, 2815 („Siemens/Nold“); *BGHZ* 164, 249 (254 ff.) = NJW 2006, 374 („Mangusta/Commerzbank II“).
- 867 Die Situation ist insofern vergleichbar mit der Überschreitung von zwingenden (§ 23 Abs. 5 AktG) Kompetenzgrenzen in § 111 Abs. 4 AktG in Beschlüssen des AG-Aufsichtsrats, die allgemein als nichtig angesehen werden. Ausführlich *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 162 f. sowie *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 569. Vgl. ferner *Baums*, ZGR 1983, 300 (324 f.); MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 76; *Kindl*, AG 1993, 153 (159); *Meili-cke*, FS Walter Schmidt, S. 71 (96); KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 89.
- 868 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (37) spricht zutreffend von einer teleologischen Reduktion. *Bösch*, LJZ 2012, 99 (114) bleibt hingegen für die liechtensteinische Stiftung bei der ausschließlichen Nichtigkeitsfolge stehen und lässt die Frage nach einer Kategorie vernichtbarer Beschlüsse ausdrücklich offen.
- 869 Diese Wertung lässt sich für Hauptversammlungsbeschlüsse § 241 Nr. 1 AktG entnehmen. Einige der dort genannten Anforderungen sind allerdings der Eigenschaft der AG als Publikumsgesellschaft geschuldet. Die Vorschrift kann daher nur begrenzt als „Gradmesser“ herangezogen werden.
- 870 Ebenso für die Beschlüsse des AG-Aufsichtsrats *Kindl*, AG 1993, 153 (158 f.); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 124 f.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 567.
- 871 Siehe § 241 Nr. 1 AktG für die Hauptversammlung der AG. H.M.: *BGHZ* 59, 369 (373) = NJW 1973, 235; MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 78; ausführlich *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 122 ff.; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 567. Andere Ansicht *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 190 ff.; *Baums*, ZGR 1983, 300 (312 f.); *Fleischer*, DB 2013,

- 217 (218) mit umfassendem Meinungsbild; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 736; wohl auch *Götz*, FS Lücke, S. 167 (183).
- 872 Deswegen ging *RGZ* 66, 369 (371 f.) davon aus, dass ein AG-Aufsichtsrat bei Nichtladung eines Mitglieds gar keine Entscheidungen treffen könne, weil es an einem Kollegialbeschluss fehle. Ebenso *Meilicke*, FS Walter Schmidt, S. 71 (81).
- 873 So auch die Wertung in § 121 Abs. 6 AktG. Überzeugend *Götz*, FS Lücke, S. 167 (183). Siehe ferner etwa *Baums*, ZGR 1983, 300 (313 f.); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 125 f.; Kölner-Komm-Zöllner, § 241 Rn. 90. Vgl. ebenso – allerdings schon unter Einbeziehung der Relevanzlehre – *Kindl*, AG 1993, 153 (160); KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 94. Für die Stiftung Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 191; in diese Richtung auch schon *Ebersbach*, Handbuch, S. 104.
- 874 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (37). Wohl auch *Ebersbach*, Handbuch, S. 104; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 191. Zum AG-Aufsichtsrat *Baums*, ZGR 1983, 300 (313 f.); *Fleischer*, DB 2013, 217 (218); *Götz*, FS Lücke, S. 167 (183); MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 78; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 132 f.; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 736. Für das Vereinsrecht *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1987 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.
- 875 *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 193 ff.; *Baums*, ZGR 1983, 300 (314 ff.); *Götz*, FS Lücke, S. 167 (183); MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 78; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 130 ff.; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 736; *Reichert*, Handbuch Vereinsund Verbandsrecht, Rn. 1987 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.
- 876 Man denke zum Beispiel an einen Börsencrash, das plötzliche Ausscheiden eines führenden Mitarbeiters oder Organmitglieds, an einen Wasserschaden oder Brand im Verwaltungsgebäude.
- 877 Vgl. *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (37). Siehe ferner *Fleischer*, DB 2013, 217 (218); MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 78; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 736. Großzügiger *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 133 (nur Ordnungsvorschrift).
- 878 In diesem Fall tritt bereits die Beschlussnichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB ein, siehe schon oben § 4 I 3.
- 879 Ausführlich für die Stiftung *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 300 ff.
- 880 *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 186 f.; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 128 ff.; *Meilicke*, FS Walter Schmidt, S. 71 (81); *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 567. Häufig wird die Parallele zur Wertung in §§ 241 Nr. 1, 121 Abs. 2, 3 Satz 1 AktG gezogen, die allerdings nur überzeugen kann, soweit es nicht um die Bekanntmachung von Einladung und Tagesordnung geht.
- 881 Vgl. zur Parallelbetrachtung im AG-Aufsichtsrat etwa *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 128 f.
- 882 *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 130; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 567. Siehe auch *Reichert*, Handbuch Vereins- und

- Verbandsrecht, Rn. 1987 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.
- 883 Vgl. *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 188; *Baums*, ZGR 1983, 300 (318).
- 884 Vgl. *BGHZ* 4, 224 (228 f.); *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 188; *Baums*, ZGR 1983, 300 (317 f.); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 138.
- 885 Ganz h.M. Explizit für die Stiftung *BGH NJW* 1994, 184 (185): „Unwirksamkeit des Beschlusses“. Siehe ferner etwa *BGHZ* 4, 224 (228 f.); *BGH NJW* 1989, 1928 (1929); *NZG* 2006, 712 (715); *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 187 ff.; *Baums*, ZGR 1983, 300 (317 ff.); *Fleischer*, DB 2013, 217 (218); Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-*Hoffmann-Becking*, § 31 Rn. 110; *Kindl*, AG 1993, 153 (159); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 137 f.; *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1988; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 569; *Kölner-Komm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 89; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 736.
- 886 Zur Anfechtung der Stimmabgabe bereits oben § 1 I.
- 887 Die Vorschrift verkörpert wie die § 136 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG, § 43 Abs. 6 GenG ein allgemeines, im Verbandsrecht wie in der Stiftung anzuerkennendes Prinzip, Sonderinteressen von der Abstimmung über Verbands- bzw. Stiftungsangelegenheiten fernzuhalten. Vgl. ferner MünchKommBGB-Reuter, § 34 Rn. 1 und *Staudinger-Weick*, § 34 Rn. 1 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen. Wie hier für die Stiftung *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 294 f.; *Ebersbach*, Handbuch, S. 104; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 8 Rn. 193. Anders aber für den Fall einer Familienstiftung *LG Mainz NZG* 2002, 738 (739). Ebenso können statutarische oder landesrechtliche Stimmverbote bestehen, siehe nur *OLG Koblenz NZG* 2002, 135 = *ZSt* 2003, 93 und wiederum *LG Mainz NZG* 2002, 738.
- 888 *BGH NJW* 1994, 184 mit Anm. *Neuhoff*, *EWiR* § 85 BGB 1/94, 223.
- 889 Begrenzt wird der Anwendungsbereich freilich durch die Grundsätze fehlerhafter Organbestellung, vgl. *BGHZ* 41, 282 (286 ff.) = *NJW* 1964, 1367; *BGHZ* 168, 188 = *NJW-RR* 2006, 1410 = *NZG* 2006, 712. Dazu noch unter § 4 IV 2.
- 890 Dazu etwa *Meilicke*, FS *Walter Schmidt*, S. 71 (92); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 142 f.
- 891 Siehe abermals unter § 1 I, Nachweise in Fn. 22 f. In Bezug auf die Stiftung insbesondere *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 320 f.; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 8 Rn. 193.
- 892 Deutlich der 2. Leitsatz der Entscheidung *BGHZ* 12, 327 = *NJW* 1954, 797: „Haben bei der Beschlußfassung des Aufsichtsrats fremde Personen oder Aufsichtsratsmitglieder mitgestimmt, die zur Ausübung ihres Amtes nicht befugt waren, so ist der Beschluß rechtlich nicht wirksam, es sei denn, daß derjenige, der sich auf die Gültigkeit des Beschlusses beruft, einwandfrei die Möglichkeit ausräumt, daß der Beschluß durch das Mitstimmen der Unbefugten beeinflusst worden ist.“ Ferner *Meilicke*, FS *Walter Schmidt*, S. 71 (90 f.). Offen gelassen von *BGHZ* 4, 224 (227 f.).
- 893 So bereits die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts: *RGZ* 90, 206 (208);



- 103, 6; 108, 323 (325 f.); 110, 194 (197).
- 894 Richtungsweisend *BGHZ* 47, 341 (345 f.) = *NJW* 1967, 1711; kürzlich bestätigt durch *BGHZ* 196, 195 = *NJW* 2013, 1535 mit Anm. *Cziupka/Pitz; Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 209; *Baums*, *ZGR* 1983, 300 (320, 322 ff.); *Hüffer*, *AktG*, § 108 Rn. 17 f.; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 91 ff.; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 141 f., 143; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 736; *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 69.
- 895 Ebenso *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 320 f.; *Ebersbach*, Handbuch, S. 104; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 8 Rn. 193.
- 896 Ähnlich *Baums*, *ZGR* 1983, 300 (322 ff.); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 140 f. für den AG-Aufsichtsrat.
- 897 Für den AG-Aufsichtsrat etwa *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 202; *Baums*, *ZGR* 1983, 300 (320 ff.); *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 54, 92; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 143 ff.
- 898 Deutlich vor allem *Zöllner*, FS *Lutter*, S. 821 (826 f.); *Baumbach/Hueck-ders.*, § 47 Rn. 26 f., Anh. § 47 Rn. 118 ff. Siehe auch *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 143 ff.; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 53.
- 899 Ähnlich für die Beschlüsse des Aufsichtsrats *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 54; wohl auch *Baums*, *ZGR* 1983, 300 (321 f.). Anders aber *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 145: nur Anfechtbarkeit.
- 900 Insbesondere *Zöllner*, FS *Lutter*, S. 821 (827 f.); *Baumbach/Hueck-ders.*, § 47 Rn. 26 f., Anh. § 47 Rn. 118 ff. Ebenso *Baums*, *ZGR* 1983, 300 (321 f.); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 144 f.; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 92.

- 901 Vgl. wiederum *Zöllner*, FS Lutter, S. 821 (827): „unabhängig von anderen Mängeln, welche die Gültigkeit des Beschlusses affizieren können“. Überdies zur Problematik *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 317.
- 902 Vergleichbar schon oben § 4 I 1 b): Beschlussfeststellung ist nur auf Anordnung Wirksamkeitserfordernis.
- 903 Im Ergebnis ebenso *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 324.
- 904 MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 69; Staudinger-Weick, § 32 Rn. 16.
- 905 Die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form setzt nach wohl h.M. die Zustimmung des Erklärungsempfängers voraus, siehe nur Staudinger-Hertel, § 126a Rn. 167. Für den Beschluss als mehrseitiges Rechtsgeschäft sind alle Beschlussfassenden Erklärungsempfänger. Deutlich die Regierungsbegründung des Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 14.12.2000, BT-Drucks. 14/4987, S. 17: „Die elektronische Form kann im Ergebnis die Schriftform nur dann ersetzen, wenn die Beteiligten ausdrücklich oder nach Maßgabe bisheriger Geschäftsgepflogenheiten die Anwendung der elektronischen Form billigen und deshalb mit dem Zugang einer elektronischen Willenserklärung rechnen müssen.“
- 906 So aber *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 319.
- 907 Dafür wiederum *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 319.
- 908 Soergel-Hadding, § 32 Rn. 42; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 69; ebenso im Ergebnis Bamberger/Roth-Schöpfli, § 32 Rn. 44; Staudinger-Weick, § 32 Rn. 16; wohl auch *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 1989. Siehe schon oben § 4 I 1 a).
- 909 Vgl. *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 189 f.; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluss, S. 133 f.
- 910 Ebenso Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 189.
- 911 MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 47; Baumbach/Hueck-Zöllner, § 47 Rn. 19. Auch für pflichtengebundene Organe ist nach wohl herrschender Meinung die Beschlussfassung in geheimer Abstimmung zulässig; Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-Hoffmann-Becking, § 31 Rn. 55; *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 5; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 720; *Ulmer*, AG 1982, 300 ff. Mit ausführlicher Kritik und Nachweisen zur Gegenansicht *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 52 und *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 18; ähnlich *Baum-bach/Hueck-Zöllner/Noack*, § 52 Rn. 230.
- 912 Vgl. etwa *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 47 Rn. 19.
- 913 Näher zur Relevanzlehre sogleich, § 4 IV 1.
- 914 Statt vieler MünchKommAktG-Habersack, § 107 Rn. 52, § 108 Rn. 19; *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 5a; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 720; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 47. Mit Blick auf die Stiftungsorgane *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 307.
- 915 *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 5a; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 720. Allgemein zu verfahrensleitenden Beschlüssen MünchKommAktG-Habersack, § 107 Rn. 52; eingehend dazu *Lemke*,

- Aufsichtsratsbeschuß, S. 134 ff.
- 916 *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 720. Insoweit auch KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 52; Spindler/Stilz-Spindler, §108 Rn. 18. Anders u.a. MünchKomm-AktG-Hüffer, § 108 Rn. 5a; *Ulmer*, AG 1982, 300 (305). Mit Einschränkungen im mitbestimmten Aufsichtsrat auch MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 19 (qualifizierte Minderheit).
- 917 Mit Recht Karsten Schmidt/Lutter-Drygala, § 108 Rn. 14; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 146; KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 52; Spindler/Stilz-Spindler, § 108 Rn. 18.
- 918 RGZ 104, 413 (415); 122, 367 (369); *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 109; Scholz-Karsten *Schmidt*, § 45 Rn. 99; kritisch MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn. 107 im Anschluss an *Ulmer* (Vorauslage).
- 919 Etwas anderes gilt freilich dort, wo die Satzung die Beschlusswirksamkeit an das Protokoll koppelt. Siehe bereits unter § 4 I 1 b); ausführliche Nachweise in Fn. 714 f.
- 920 Eindeutig bereits der Wortlaut von § 107 Abs. 2 Satz 3 AktG und § 109 Abs. 1 Satz 1 AktG. Vgl. ferner BGHZ 47, 341 (349 f.) = NJW 1967, 1711; *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 205 f.; *Baums*, ZGR 1983, 300 (322 ff.); *Fleischer*, DB 2013, 217 (219); MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 79; KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 94; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 737 mit weiteren Nachweisen.
- 921 Statt vieler *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 203 ff. Schon oben § 1 II.
- 922 Zu Recht MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 79. Erhellend *Fleischer*, DB 2013, 217 (219). Beispielhaft die Einschätzung von *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 133 zu Bestimmungen über Ort und Zeit der Sitzung (entgegen den anderen in Fn. 877 Genannten). Näher zur Relevanzlehre sogleich.
- 923 Ausführlich dazu weiter oben, § 4 II.
- 924 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 296.
- 925 Zum Vereinsrecht: BGHZ 47, 172 (177) = NJW 1967, 1268; Sauter/Schweyer/Waldner-Waldner/Wörle-Himmel, Rn. 152. Zum GmbH-Recht: Michalski-Gliedinghamen, Rn. 320 f.; *Ulmer-Raiser/Heermann*, § 52 Rn. 63; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, § 52 Rn. 84.
- 926 Als unzulässig, weil nicht mehr die eigene Arbeitsweise regelnd, werden insbesondere Vorschriften angesehen, die Organkompetenz oder Beschlussfähigkeit betreffen; siehe nur Michalski-Gliedinghamen, § 52 Rn. 320; MünchKommAktG-Habersack, § 107 Rn. 165; Sauter/Schweyer/ Waldner-Waldner/Wörle-Himmel, Rn. 152.
- 927 Vgl. zum Parallellfall im AG-Aufsichtsrat OLG Hamburg NJW 1989, 1865 (1866); MünchKommAktG-Habersack, § 107 Rn. 166; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 653; Spindler/Stilz-Spindler, § 107 Rn. 16. Zum Vereinsrecht Sauter/Schweyer/Waldner-Waldner/Wörle-Himmel, Rn. 154.
- 928 Statt aller *Hüffer*, AktG, § 107 Rn. 24; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 653.

- 929 Deutlich Michalski-Gliedinghagen, § 52 Rn. 320; MünchKommAktG-Habersack, § 107 Rn. 166; Hüffer, AktG, § 107 Rn. 24.
- 930 Mit vergleichbarer Einschätzung für Beschlüsse des AG-Aufsichtsrats MünchKommAktG-Habersack, § 107 Rn. 166; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 653; Spindler/Stilz-Spindler, § 107 Rn. 16: „Verstoß gegen höherrangiges Recht“.
- 931 Ebenso schon zu den Verfahrensvorschriften unter § 4 III 1 f). Nachweise in Fn. 917-921.
- 932 Vgl. Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 31; Hoffmann, FG Kreutz, S. 29 (44). Im Ergebnis wohl auch Burgard, Gestaltungsfreiheit, S. 324: Fristen zur Geltendmachung von Beschlussmängeln in der Satzung möglich. Abweichend vermutlich Werner/Saenger- Werner, Stiftungsrecht, Rn. 426, der nur von der Beschlussanfechtung spricht.
- 933 Ausführlich dazu unter § 3 III 1.
- 934 Explizit Hoffmann, FG Kreutz, S. 29 (44). Ebenso Bösch, LJZ 2012, 99 (114) für Stiftungen in Liechtenstein.
- 935 Siehe oben § 4 III 1 a), c).
- 936 Vgl. bereits Alfred Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 125; ferner etwa Bayer, VGR II (1999), S. 35 (54).
- 937 RGZ 65, 241 (242 f.); 90, 206 (208); 108, 322 (325 ff.); 115, 345 (350); BGHZ 14, 264 (267 f.) = NJW 1954, 1563; BGHZ 36, 121 (139) = NJW 1962, 104; BGHZ 86, 1 (3) = NJW 1983, 878. Weitere Rechtsprechungsnachweise bei KölnerKomm-Zöllner, § 243 Rn. 77.
- 938 Zutreffend analysiert von KölnerKomm-Zöllner, § 243 Rn. 80; zustimmend etwa MünchKommAktG-Hüffer, § 243 Rn. 28; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 100.
- 939 Zuerst KölnerKomm-Zöllner, Bd. 2, 1. Aufl. 1971, § 243 Rn. 81 ff. Noch heute deutlich Baumbach/Hueck-ders., Anh. § 47 Rn. 126: „Würde man Anfechtbarkeit mangels Kausalität verneinen, käme dies mangels hinreichend starker anderweitiger Sanktionen einem Freibrief für feste Mehrheiten gleich, Verfahrensvorschriften zu missachten.“
- 940 KölnerKomm-Zöllner, Bd. 2, 1. Aufl. 1971, § 243 Rn. 81 ff.; heute KölnerKomm-ders, § 243 Rn. 81 ff.
- 941 KölnerKomm-ders, § 243 Rn. 95 f.
- 942 Verbandsformübergreifend. Statt vieler MünchKommAktG-Hüffer, § 243 Rn. 29 f.; Reichert, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 2019 ff.; Ulmer-Raiser, Anh. § 47 Rn. 110 f.; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 55; Scholz-Karsten Schmidt, § 45 Rn. 100. Mit (im Ergebnis unerheblichen) Einschränkungen Lemke, Aufsichtsratsbeschuß, S. 146 ff. Zusammenfassend Zöllner, AG 2000, 145 (148 f.).
- 943 Für die AG BGHZ 149, 158 (163 ff.) = NJW 2002, 1128 („Sachsenmilch“); BGHZ 153, 32 (36 f.) = NJW 2003, 970; BGHZ 160, 385 (391 f.) = NJW 2005, 828. Übertragung ins Vereinsrecht in BGH NJW 2008, 69 (73). Zöllner, AG 2000, 145 (148) weist überdies darauf hin, dass die Kausalitätslehre bereits „in

- der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts vielfach nicht wirklich beachtet worden“ sei.
- 944 Für Informationspflichtverletzungen § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG, eingeführt durch das UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts) vom 22. September 2005, BGBl. I, S. 2802. Ausdrücklich die Regierungsbegründung zum UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 26.
- 945 Wie selbstverständlich *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 320; ausführlicher *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (38). Für die liechtensteinische Stiftung hingegen offengelassen von *Bösch*, LJZ 2012, 99 (114).
- 946 Im Ergebnis liegt in der Anwendung der Relevanzlehre die konsequente Fortführung des Gedankens, anhand dessen nichtige und vernichtbare Beschlüsse von Stiftungsorganen unter § 4 III 1 voneinander unterschieden wurden.
- 947 MünchKommBGB-Ulmer/Schäfer, § 705 Rn. 323 ff.; ausführlich, auch zur dogmatischen Herleitung *Kort*, Bestandsschutz, S. 5 ff.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 I (S. 136 ff.)
- 948 Vgl. nur RGZ 165, 193 (204 f.); BGHZ 23, 330 (334 f.) = NJW 1958, 668; BGH NJW 1969, 1483; BGHZ 55, 5 (8) = NJW 1971, 375. Im Überblick Henssler/Strohn-Servatius, § 705 BGB Rn. 34 ff. Stand und Entwicklung der Diskussion können an dieser Stelle nicht in der anzutreffenden Tiefe behandelt werden. Siehe dazu etwa die in Fn. 947 Genannten.
- 949 Prägnant *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 I 1 a) (S. 137).
- 950 BGHZ 62, 20 = NJW 1974, 498; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 IV 2 (S. 155 f.); Henssler/Strohn-Servatius, § 705 BGB Rn. 36; MünchKommBGB-Ulmer/Schäfer, § 705 Rn. 362; MünchKommBGB-Schäfer, § 709 Rn. 109. Im Ergebnis ebenso MünchKommBGB-Reuter, § 33 Rn. 9, der mit Verweis auf *Kort*, Bestandsschutz, S. 1 ff. von „Strukturänderungen“ spricht.
- 951 Dafür auch *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 324.
- 952 § 6 Satz 1 StiftG BW; Art. 5 Abs. 4 Satz 1 StiftG Bay.; § 5 Abs. 1 Satz 3 StiftG Bln.; § 10 Abs. 1 Satz 2 StiftG Bbg.; § 8 Abs. 2 Satz 1 StiftG Br.; § 7 Abs. 3 StiftG Hbg.; § 9 Abs. 1 Satz 3 StiftG Hess.; § 9 Abs. 1 Satz 1 StiftG MV; § 7 Abs. 3 Satz 3 StiftG Nds.; § 8 Abs. 3 StiftG RP; § 7 Abs. 3 Satz 2 StiftG Saarl.; § 9 Abs. 1 Satz 2 StiftG Sachs.; § 9 Abs. 3 StiftG SA; § 5 Abs. 2 Satz 1 StiftG SH; § 9 Abs. 3 StiftG Thür. Anders aber das StiftG NRW: § 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 StiftG NRW enthält für einfache Satzungsänderungen nur eine Unterrichtungspflicht, nur Grundlagenänderungen bedürfen der behördlichen Genehmigung. Zur Frage der Heilungswirkung der behördlichen Genehmigung sogleich.
- 953 Statt aller zu den allgemein anerkannten Voraussetzungen Henssler/Strohn-Servatius, § 705 BGB Rn. 35 ff.
- 954 Zutreffend *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (40).
- 955 Dies befürwortet ebenfalls *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 324.
- 956 Siehe nur *Bayer/Lieder*, NZG 2012, 1 (2) mit weiteren Nachweisen.
- 957 BGHZ 47, 341 (343) = NJW 1967, 1711; BGH WM 1981, 138. Ausführlich



*Bayer/Lieder*, NZG 2012, 1 ff.; MünchKommBGB-Reuter, § 27 Rn. 49 ff. Siehe ferner MünchKommAktG-Habersack, § 101 Rn. 69 ff.; Hüffer, AktG, § 101 Rn. 17 f.; Spindler/Stilz-Spindler, § 101 Rn. 110 ff.; Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-Wiesner, § 20 Rn. 34 ff. MünchKommBGB-Reuter, § 27 Rn. 51 und *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 14 III 4 a) (S. 419 f.) weisen mit Recht darauf hin, dass die fehlerhafte Organbestellung von der Tätigkeit faktischer (aber niemals überhaupt bestellter) Organwalter zu unterscheiden ist. Diesen Umstand verkennt *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, Rn. 2228 ff.

Der Bundesgerichtshof ist neuerdings von der Anwendung der Grundsätze vom fehlerhaften Organ abgekehrt und will die Problematik nunmehr über die Grundsätze der Vertrauenshaftung lösen, BGHZ 196, 195 = NJW 2013, 1535 mit ablehnender Anm. *Cziupka/Pitz*. Im Überblick zu Kritik und Diskussion im Schrifttum kürzlich *Buckel/Vogel*, ZIP 2014, 58 ff.

- 958 Im gesellschaftsrechtlichen Kontext etwa BGHZ 41, 282 (286 ff.) = NJW 1964, 1367; BGHZ 65, 190 (194) = NJW 1976, 145; BGHZ 113, 237 (247 ff.) = NJW 1991, 1727; BGH NJW 2000, 2983; Spindler/Stilz-Fleischer, § 84 Rn. 84 ff. Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-Wiesner, § 21 Rn. 26 f. Für die Anwendung im Stiftungsrecht abermals *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 324.
- 959 § 126 HGB; § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG; § 82 Abs. 1 AktG; § 27 Abs. 2 Satz 1 GenG; § 7 Abs. 3 PartGG.
- 960 BGH LM § 85 BGB Nr. 1 = NJW 1957, 708; *Ebersbach*, Handbuch, S. 108. Aus der jüngeren Literatur Palandt-Ellenberger, § 86 Rn. 1; *Luth*, Vertretungsbefugnis, S. 80 ff., 113.
- 961 Deutlich vor allem MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 11: „systemwidrige Rezeption“, § 26 Rn. 14, ausführlich Vor § 21 Rn. 14. Anders aber *Luth*, Vertretungsbefugnis, S. 70 ff., 113, der die Beschränkung der Vertretungsbefugnis durch den Stiftungszweck losgelöst von dem Gedanken der *Ultra vires*-Lehre sieht.
- 962 BGH LM § 26 BGB Nr. 3 = NJW 1980, 2799; NJW-RR 1996, 866 = DStR 1996, 1334; *BayObLG* NJW-RR, 2000, 41 = NZG 2000, 560. Herrschende Literaturmeinung: Bamberger/Roth-Backert, § 86 Rn. 3; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 247 f.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 35; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 14; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 203; *Kronke*, Stiftungstypus, S. 111; MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 11, § 26 Rn. 14; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 181 f.; Staudinger-Weick, § 26 Rn. 11. Auf den Punkt *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 248: „müssen sich Beschränkungen der Vertretungsmacht gleichsam „auf einen Blick“ der Satzung entnehmen lassen“. Ohne Stellungnahme Erman-Werner, § 86 Rn. 2.
- 963 Vgl. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 248; *Ebersbach*, Handbuch, S. 83; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 34; MünchKommBGB-Reuter, § 26 Rn. 13.
- 964 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 248. Ähnlich MünchKommBGB-Reuter, § 26 Rn. 13: „verkehrsuntaugliches Rechtssubjekt“.
- 965 Siehe etwa *BayObLG* NJW-RR, 2000, 41 = NZG 2000, 560:

- „Investitionsmaßnahmen über 50.000 DM“.
- 966 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 246; Seifart/v. Campenhausen-*Hof*, § 8 Rn. 34 (dort Fn. 44); *Luth*, Vertretungsbefugnis, S. 115.
- 967 Für diese wird die Registerpublizität nach §§ 33 Abs. 2 Satz 2, 34 Abs. 1, 15 HGB angenommen: Bamberger/Roth-*Backert*, § 86 Rn. 3; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 248 f.; Seifart/v. Campenhausen-*Hof*, § 8 Rn. 36; Staudinger-*Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 15; Soergel-*Neuhoff*, § 86 Rn. 7. Für andere, die die Beschränkbarkeit der Vertretungsmacht in Gesamtanalogie zu § 126 HGB, § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 82 Abs. 1 AktG, § 27 Abs. 2 Satz 1 GenG, § 7 Abs. 3 PartGG ablehnen, stellt sich die Frage schon nicht. So etwa *Kronke*, Stiftungstypus, S. 111; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 187 f. mit weiteren Nachweisen.
- 968 Für einen Überblick zu dieser langjährigen Streitfrage siehe nur Staudinger-*Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 105 ff.; MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 92 f.
- 969 Ganz h.M.: RG HRR 1936, Nr. 1208; Bamberger/Roth-*Backert*, § 86 Rn. 3; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 249; Palandt-*Ellenberger*, § 86 Rn. 1; Staudinger-*Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 14; *Luth*, Vertretungsbefugnis, S. 92; MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 11; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 185; Staudinger- *Weick*, § 26 Rn. 11. Vgl. ferner BGH NJW 1972, 940 (942). Anders aber Seifart/v. Campenhausen-*Hof*, § 8 Rn. 34; wohl auch Soergel-*Neuhoff*, § 86 Rn. 7.
- 970 § 172 BGB. Bamberger/Roth-*Backert*, § 86 Rn. 3; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 249 mit Verweis auf die entsprechenden Vorschriften der Landesstiftungsgesetze; MünchKommBGB-Reuter, § 86 Rn. 11; Erman-*Werner*, § 86 Rn. 2. Näher zu Vertretungsbescheinigungen MünchKommBGB-Reuter, Vor § 80 Rn. 94 ff.
- 971 Anders freilich bei Dauerschuldverhältnissen, auf die die soeben unter § 4 IV 2 a) herausgearbeiteten Grundsätze Anwendung finden.
- 972 Zutreffend *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 324 f.
- 973 Mit im Ergebnis ähnlichem Ansatz im Beschlussrecht des Aufsichtsrats KölnerKomm-*Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 109.
- 974 § 6 Satz 1 StiftG BW; Art. 5 Abs. 4 Satz 1 StiftG Bay.; § 5 Abs. 1 Satz 3 StiftG Bln.; § 10 Abs. 1 Satz 2 StiftG Bbg.; § 8 Abs. 2 Satz 1 StiftG Br.; § 7 Abs. 3 StiftG Hbg.; § 9 Abs. 1 Satz 3 StiftG Hess.; § 9 Abs. 1 Satz 1 StiftG MV; § 7 Abs. 3 Satz 3 StiftG Nds.; § 8 Abs. 3 StiftG RP; § 7 Abs. 3 Satz 2 StiftG Saarl.; § 9 Abs. 1 Satz 2 StiftG Sachs.; § 9 Abs. 3 StiftG SA; § 5 Abs. 2 Satz 1 StiftG SH; § 9 Abs. 3 StiftG Thür. Anders § 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 StiftG NRW (nur Grundlagenänderungen).
- 975 § 14 Abs. 2 Satz 1, 2 StiftG BW; § 5 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 StiftG Bln.; § 10 Abs. 1 Satz 2 StiftG Bbg.; § 8 Abs. 2 StiftG Br.; § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3 StiftG Hbg.; § 9 Abs. 1 Satz 3 StiftG Hess.; § 7 Abs. 3 Satz 3 StiftG Nds.; § 5 Abs. 2 Satz 2 StiftG NRW; § 8 Abs. 3 StiftG RP; § 7 Abs. 3 Satz 2 StiftG Saarl.; § 10 Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 2 StiftG Sachs.; § 9 Abs. 3 StiftG SA; § 5 Abs. 2

- Satz 1 StiftG SH. Keine entsprechenden Vorschriften enthalten das StiftG Bay., das StiftG MV und das StiftG Thür.
- 976 Ausdrücklich heute nur noch Art. 19 StiftG Bay. Siehe etwa *Hartmann/Atzpodien*, FS Rittner, S 147 ff.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 10 Rn. 248 ff.; *Luth*, Vertretungsbefugnis, S. 175 ff.; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 249 ff. Zu der Problematik der Zulässigkeit solcher Regelungen einerseits *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 241 ff.; andererseits *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 75, § 86 Rn. 17; *dies.*, ZIP 2002, 2019 ff.; *MünchKommBGB-Reuter*, § 86 Rn. 11.
- 977 Dazu schon zu Anfang unter § 1 II 3 c), § 2 I 2.
- 978 Siehe wiederum schon § 2 I 2.
- 979 *BVerwGE* 40, 347 = JZ 1973, 695; *BGH NJW* 1977, 1148; *Hartmann/Atzpodien*, FS Rittner, S. 147 (149); *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 84; *MünchKommBGB-Reuter*, Vor § 80 Rn. 79; *Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Schulte*, Rn. 28.32.
- 980 *Hüttemann/Richter/Weitemeyer-Schulte*, Rn. 28.32. Ähnlich *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 241: „Überwachungsgarant“.
- 981 *BGH WM* 1976, 869 (871) = LM § 86 BGB Nr. 2 in Rezeption von *BVerwGE* 29, 314 (316) = *NJW* 1969, 339. Ebenso deutlich *VGH Baden-Württemberg ZSt* 2007, 88 (91). Zustimmend *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 464. Siehe überdies *OLG Hamburg ZIP* 1994, 1950 mit zustimmender Anm. *Rawert*; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (40); *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 327.
- 982 *Beckmann*, Änderung der Stiftungssatzung, S. 166 f.; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 464; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (40); *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 368 mit weiteren Nachweisen (dort Fn. 1616 f.).
- 983 *RGZ* 170, 22; *BVerwGE* 29, 314 (316) = *NJW* 1969, 339; *BGHZ* 170, 313 (321) = *NJW* 1978, 943; *Bamberger/Roth-Backert*, § 80 Rn. 40; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 156; *Palandt-Ellenberger*, § 80 Rn. 2; *Soergel-Neuhoff*, § 80 Rn. 15; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 6 Rn. 246; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 80 Rn. 6; *MünchKommBGB-Reuter*, §§ 80, 81 Rn. 2; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 259; *Erman-Werner*, § 80 Rn. 6.
- 984 So insbesondere *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 6 Rn. 246 und *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 80 Rn. 6.
- 985 Vor allem das Nebeneinander der Rechtswege (verwaltungsrechtlich und zivilgerichtlich); deutlich *BVerwGE* 29, 314 (316) = *NJW* 1969, 339; *BGHZ* 170, 313 (321) = *NJW* 1978, 943; *VGH Baden-Württemberg ZSt* 2007, 88 (91); *OLG Hamburg ZIP* 1994, 1950 mit zustimmender Anm. *Rawert*; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 43; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 368.
- 986 Zum Stand der Diskussion im Stiftungsrecht oben unter § 1 III. Das hier erarbeitete Ergebnis bestätigt den Befund von *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (37 f.) in weiten Teilen.
- 987 Explizit § 249 Abs. 1 Satz 2 AktG. Im Ergebnis unstreitig, weil der Zustand von Rechts wegen eintritt. Siehe schon *RGZ* 120, 28 (31); *Alfred Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 233 f.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, §

- 15 II 1 d) (S. 444). Für die Beschlüsse des AG-Aufsichtsrats *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 738; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 111; *Lemke*, Aufsichtsratsbeschuß, S. 175 mit umfangreichen Nachweisen (dort Fn. 1). Für die Stiftung *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (39). Enger *Ebersbach*, Handbuch, S. 105 und Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 194, die auch insoweit eine Betroffenheit in eigenen Rechten verlangen, die aber ganz regelmäßig gegeben sein wird.
- 988 Dazu bereits oben § 1 III.
- 989 Vgl. *BGHZ* 99, 344 = *NJW* 1987, 2364; *BGH NJW* 1994, 184 (185) mit Anm. *Neuhoff*, *EWiR* § 85 BGB 1/94, 223; *BAG NJW* 1991, 514; *OLG Hamburg ZIP* 1994, 1950 (1951 f.) mit Anm. *Rawert*; *OLG Koblenz NZG* 2002, 135 = *ZSt* 2003, 93; *VGH Baden-Württemberg ZSt* 2007, 88 (90 f.); *LG Mainz NZG* 2002, 738. Aus der Literatur etwa *Bamberger/Roth-Backert*, § 86 Rn. 4; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 288 ff., 465 f.; *Ebersbach*, Handbuch, S. 105; *Pa-landt-Ellenberger*, § 85 Rn. 3; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 167, § 8 Rn. 195; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 35 ff., § 86 Rn. 32; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 405 ff., 445 f.; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 291 ff.; *Erman-Werner*, § 85 Rn. 4, § 86 Rn. 2; *Wernicke*, *ZEV* 2003, 301 (303).
- 990 Statt aller *MünchKommZPO-Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 37; *Musielak-Foerste*, § 256 Rn. 8.
- 991 *BGHZ* 15, 382 (390) = *NJW* 1955, 221; *BGHZ* 69, 144 (147) = *NJW* 1977, 1881; *BGH NJW* 1986, 2507; *NJW* 1998, 3055 (3056); *NJW* 2001, 221 (222); *NJW* 2009, 751 (752); *NJW-RR* 2010, 750 (751); *NJW* 2010, 1877 (1878); *NJW* 2011, 3657 (3657 f.); *NJW-RR* 2011, 1232 (1232 f.).
- 992 *BGH NJW* 1994, 184 (185) mit zustimmender Anm. *Neuhoff*, *EWiR* § 85 BGB 1/94, 223; *VGH Baden-Württemberg ZSt* 2007, 88 (91); *Bamberger/Roth-Backert*, § 86 Rn. 4; *Ebersbach*, Handbuch, S. 105; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 195; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 86 Rn. 32; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 406, 445; *Soergel-Neuhof*, § 85 Rn. 19; *Erman-Werner*, § 86 Rn. 2; *Wernicke*, *ZEV* 2003, 301 (303).
- 993 *BGH NJW* 1994, 184 (185).
- 994 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 289 f.
- 995 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (40 f.). Unklar hingegen *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426.
- 996 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 289; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (40).
- 997 Explizit *Neuhoff*, *EWiR* § 85 BGB 1/94, 223 (224). Ähnlich wohl *Ebersbach*, Handbuch, S. 105.
- 998 Deutlich *VG Sigmaringen*, Urteil vom 26.02.2009, Az. 6 K 1701/08, Rn. 91, abrufbar unter [www.vghmannheim.de](http://www.vghmannheim.de), zuletzt abgerufen am 31.03.2014. Ferner *BGH NJW* 1994, 184 (186) mit Anm. *Neuhoff*, *EWiR* § 85 1/94, 223. Explizit § 8 Abs. 2 StiftG BW. *Bamberger/Roth-Backert*, § 80 Rn. 28; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 4 Rn. 120, § 10 Rn. 11; *Kronke*, Stiftungstypus, S. 150; *Münch. Handb. des GesR*, Bd. 5-Richter, § 103 Rn. 5; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 220. Zustimmend *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 209,

- 290; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (39). Vgl. auch *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 89 a.E.
- 999 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 209 (dort Fn. 15). Vgl. ebenso die Ausführungen zur fehlenden Heilungswirkung einer staatlichen Genehmigung, soeben unter § 4 IV 3.
- 1000 Das Dilemma zeigt sich anschaulich in *BGHZ* 99, 344 = *NJW* 1987, 2364.
- 1001 So für privatnützige Stiftungen. Art. 10 Abs. 1 Satz 1 StiftG Bay.; § 10 Abs. 2 StiftG Bln.; § 4 Abs. 3 Satz 2 StiftG Bbg.; § 17 Satz 2 StiftG Br.; § 5 Abs. 1 Satz 2 StiftG Hbg.; § 21 Abs. 2 StiftG Hess.; § 10 Abs. 2 StiftG Nds.; § 6 Abs. 3 StiftG NRW; § 9 Abs. 1 Satz 3 StiftG RP; § 10 Abs. 3 StiftG Saarl.; § 19 Satz 2 StiftG SH. Wie hier bereits *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (39, 41).
- 1002 Ausführlich dazu oben § 3 III 2, 3 a).
- 1003 *BGHZ* 135, 244 (248) = *NJW* 1997, 1926. Ebenfalls bereits *BGHZ* 83, 144 (146) = *NJW* 1982, 1528. Siehe ferner *BGHZ* 124, 111 (115) = *NJW* 1994, 520. Siehe zur breiten Zustimmung im Schrifttum *Baums*, *ZGR* 1983, 300 (343 f.); *Fleischer*, *DB* 2013, 217 (219); *MünchKommAktG-Habersack*, § 108 Rn. 85; *Münch. Handb. des GesR*, Bd. 4-*Hoffmann-Becking*, § 33 Rn. 72; *Hüf-fer*, *AktG*, § 108 Rn. 18; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 738; *Köl-nerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 112; *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 75. Ebenso für nichtige Beschlüssen des AG-Vorstands *Spindler/Stilz-Fleischer*, § 77 Rn. 28 ff.; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 77 Rn. 48.
- 1004 Treffend *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 290: „Auf der Strecke bleibt der Stifterwille“. Ähnlich *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (41): „stiftungsspezifische Gefährdungslage.“
- 1005 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 290; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (41).
- 1006 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (41). Vgl. auch *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 291. Gleiches dürfte für den Fall der alleinigen Leitungskompetenz gelten. So wird etwa ein Feststellungsinteresse für Vorstandsmitglieder hinsichtlich der Beschlüsse des Aufsichtsrats einer AG angenommen: *MünchKommAktG-Habersack*, § 108 Rn. 85; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 738; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 112; *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 75.
- 1007 Beispielhaft etwa das Feststellungsinteresse von GmbH-Geschäftsführern hinsichtlich der Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen: *Ulmer-Raiser*, *Anh.* § 47 Rn. 215; *Michalski-Römermann*, *Anh.* § 47 Rn. 418; *Scholz-Karsten Schmidt*, § 45 Rn. 134; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, *Anh.* § 47 Rn. 69.
- 1008 Vgl. *BGH* *NJW* 1979, 1508; *BGHZ* 109, 275, 280 = *NJW* 1990, 834. *MünchKommZPO-Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 57.
- 1009 Abermals *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 290 f.; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (41).
- 1010 Vgl. ein weiteres Mal *MünchKommZPO-Becker-Eberhard*, § 256 Rn. 37; *Musielak-Foerste*, § 256 Rn. 8.
- 1011 Allgemeine Ansicht. Siehe nur *Ebersbach*, *Handbuch*, S. 111 f.; *Palandt-Ellenberger*, § 85 Rn. 4; *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, § 85 Rn. 34 ff. mit



- umfangreichen Nachweisen.
- 1012 Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 156 ff.; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 166 ff.; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 291 ff. Einschränkend MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 30 ff. Leistungsansprüche kommen nur in engen Grenzen in Betracht, wenn den Stiftungsorganen keine Auswahlmöglichkeit mehr verbleibt. Siehe nur BGH LM § 85 BGB Nr. 1 = NJW 1957, 708; BGHZ 99, 344 (355 ff.) = NJW 1987, 2364; *Ebersbach*, Handbuch, S. 112 ff.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 7 Rn. 161; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 37. Zur Einräumung von Leistungsansprüchen durch Vertrag oder einseitige Zuerkennung BGHZ 23, 282 = NJW 1957, 708; BGH NJW 2010, 234 mit Anm. *Muscheler* NJW 2010, 341.
- 1013 BAG NJW 1991, 514; OLG Hamburg ZIP 1994, 1950 mit Anm. *Rawert*; MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 29; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 319 ff.
- 1014 BGHZ 99, 344 (355 ff.) = NJW 1987, 2364; BAG NJW 1991, 514 (515); OLG Hamburg ZIP 1994, 1950 (1951 f.) mit Anm. *Rawert*; OLG Koblenz NZG 2002, 135 = ZSt 2003, 93; *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 466; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 43; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 429, 434 f., 446. Großzügiger *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 316 f., 324 ff.
- 1015 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (42).
- 1016 Statt vieler *Ebersbach*, Handbuch, S. 21, 67 f.; Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 31 ff.; MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 27 ff.; *Erman-Werner*, § 81 Rn. 22; Ausführlich zur Rechtsposition des Stifters gegenüber „seiner“ Stiftung *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 28 ff., 42 ff., 67 ff. Siehe ferner *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 103 ff., 208 ff.
- 1017 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (42); *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 445.
- 1018 Ausführlich *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 142 ff.; *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 76 ff.; Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 97; *Schwintek*, Vorstandskontrolle, S. 348 f.
- 1019 Seifart/v. Campenhausen-Hof, § 8 Rn. 97; *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 147; *Jeß*, Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung, S. 130 f. Vgl. ferner Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 8; MünchKommBGB-Reuter, § 85 Rn. 27 f. Großzügiger *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 455 ff. Siehe schon oben § 3 III 1 b).
- 1020 § 6 Satz 2 StiftG BW; § 8 Abs. 1 Satz 2 StiftG Br.; § 7 Abs. 2 Satz 2 StiftG Nds.; § 9 Abs. 2 Satz 2 StiftG Sachs.; § 5 Abs. 1 StiftG SH. Nur deklaratorisch hingegen § 7 Abs. 2 Satz 2 StiftG Saarl.: Zustimmungsvorbehalt des Stifters kann in der Satzung verankert werden.
- 1021 § 8 Abs. 2 StiftG Bay.; § 10 Abs. 2 StiftG Bbg.; § 9 Abs. 2 StiftG MV; § 5 Abs. 2 Satz 2 StiftG NRW; § 8 Abs. 2 StiftG RP; § 9 Abs. 2 Satz 1 StiftG Sachs.; § 9 Abs. 2 Satz 1 StiftG SA; § 9 Abs. 2 StiftG Thür.
- 1022 Zum Streit um eine hinreichende Gesetzgebungskompetenz der Länder siehe einerseits Staudinger-Hüttemann/Rawert, § 85 Rn. 28 f. sowie andererseits Hüttemann/Richter/Weitemeyer-v. Hippel, Rn. 23.24 ff., 24.18 ff., jeweils mit

- umfangreichen Nachweisen.
- 1023 Zurecht *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 452 f. Die Frage ist weitgehend ungeklärt.
- 1024 Siehe wiederum *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 453 (dort Fn. 31) für Bürgerstiftungen: Grundlagenänderungen würden unmöglich, wenn jeder Stifter die Grundlagenänderung verhindern könnte.
- 1025 Vgl. wiederum *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 454 f.
- 1026 Dafür *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (42) im Anschluss an *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 110 ff.; Münch. Handb. des GesR, Bd. 5-*ders.*, § 119 Rn. 86.
- 1027 Ausführlich *Staudinger-Hüttemann/Rawert*, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 20 ff.; *Rawert*, FS Reuter, S. 1323 ff.
- 1028 So auch die bisherige Judikatur; siehe nur BGHZ 99, 344 = NJW 1987, 2364; BGH NJW 1994, 184 mit Anm. *Neuhoff*, EWiR § 85 BGB 1/94, 223; OLG Hamburg ZIP 1994, 1950 mit Anm. *Rawert*; OLG Koblenz NZG 2002, 135.
- 1029 BGHZ 83, 144 (146) = NJW 1982, 1528; BGHZ 122, 342 (344 f.) = NJW 1993, 2307; BGHZ 135, 244 ff. = NJW 1997, 1926. Aus dem Schrifttum statt vieler *Fleischer*, DB 2013, 217 (222); MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 85; *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 20; *ders.*, ZGR 2001, 833 (869); KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 113; Spindler/Stilz-Spindler, § 108 Rn. 76 mit Nachweisen zur vereinzelt vertretenen Gegenansicht.
- 1030 *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 86 ff. Dazu schon oben unter § 3 III 3 e) cc).
- 1031 Ausführlich oben unter § 3 III 3 e) cc), Nachweise in Fn. 684-688.
- 1032 Wie hier *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (43); *Jakob*, Schutz der Stiftung, S. 432.
- 1033 *AlfredHueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 244.
- 1034 Ausführlich oben, Nachweise in Fn. 694-697.
- 1035 Eingehend dazu unter § 3 III 3 e) bb).
- 1036 BGHZ 59, 369 (373) = NJW 1973, 235; BGHZ 122, 342 (351 f.) = NJW 1993, 2307. In diese Richtung bereits BGHZ 49, 209 (212) = NJW 1968, 543. Siehe auch KG OLGZ 1971, 480 (483 f.); BayObLG NJW-RR 1992, 910; OLG Hamm NJW-RR 1997, 989; OLG München NZG 2008, 351 (353). Zustimmend etwa Palandt-Ellenberger, § 32 Rn. 10; *Fleischer*, DB 2013, 217 (221 f.); *Staudinger-Weick*, § 32 Rn. 26 f.; MünchKommAktG-Habersack, § 108 Rn. 82; *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 20; *Meilicke*, FS Walter Schmidt, S. 71 (78 f.); *Reichert*, Handbuch Vereinsund Verbandsrecht, Rn. 1994 ff. Wohl auch Spindler/Stilz-Spindler, § 108 Rn. 69.
- 1037 Götz, FS Lücke, S. 167 (182 ff.); *Kindl*, AG 1993, 153 (158 ff.); KölnerKomm-Mertens, § 77 Rn. 27; Lutter/Hommelhoff-Lutter, § 52 Rn. 96; KölnerKomm-Mertens/Cahn, § 108 Rn. 116; MünchKommBGB-Reuter, § 32 Rn. 72; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 207. Allgemein *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 71 ff. Für die Beschlüsse der GmbH-Gesellschafterversammlung *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 133 ff.; *Ulmer-Raiser*, Anh. § 47 Rn. 4 ff.; Baumbach/Hueck-Zöllner, Anh. § 47 Rn. 12 ff. und *Zöllner/Noack*, ZGR 1989, 525 (532 ff.). Mit Einschränkungen zustimmend *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (72 ff.).

- 1038 Deutlich: Münch. Handb. des GesR, Bd. 4-*Hoffmann-Becking*, § 31 Rn. 108; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 731 mit weiteren Nachweisen.
- 1039 Götz, FS Lücke, S. 167 (182 ff.); *Kindl*, AG 1993, 153 (160 f.); *Lutter/Hommelhoff-Lutter*, § 52 Rn. 96. Für Stiftungsorganbeschlüsse *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (37); offenbar ebenfalls *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426.
- 1040 Götz, FS Lücke, S. 167 (186); *Kindl*, AG 1993, 153 (161); *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 116; *Lutter/Hommelhoff-Lutter*, § 52 Rn. 96; *ders./Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 738; *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 72. Ähnlich im Hinblick auf das Rügeerfordernis *BGHZ* 122, 342 (352) = *NJW* 1993, 2307; *MünchKommAktG-Habersack*, § 108 Rn. 82.
- 1041 *Anders Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (43), der außerhalb einer Versammlung für die Geltendmachung gegenüber der Stiftung plädiert.
- 1042 Götz, FS Lücke, S. 167 (186); *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (43).
- 1043 *BGHZ* 122, 342 (352) = *NJW* 1993, 2307; Götz, FS Lücke, S. 167 (185 f.); *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 72. Wohl auch *MünchKommAktG-Habersack*, § 108 Rn. 77 f. Für Stiftungsorganbeschlüsse *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (43).
- 1044 *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 219 ff.; *Baums*, ZGR 1983, 300 (339 f.); *Kindl*, AG 1993, 153 (160 f.); *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 179 ff.; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 738; *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 96 (dagegen aber *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 77 Rn. 47); *Radtke*, BB 1960, 1045 (1046); *Spindler/Stilz-Spindler*, § 108 Rn. 69. Im Ergebnis ebenfalls *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 20.
- 1045 Dazu oben unter § 4 II 2, 3.
- 1046 Vgl. etwa *Lemke*, Aufsichtsratsbeschluß, S. 124; *Schwab*, Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 567; jeweils zu Beschlüssen des AG-Aufsichtsrats. Siehe wiederum schon oben § 4 III 1.
- 1047 Eingehend unter § 4 II 1.
- 1048 Ähnlich *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 96 a.E., freilich unter abweichenden Vorzeichen.
- 1049 Vor allen bei Zustimmungsbeschlüssen in den Fällen der beschränkten Vertretungsmacht (§ 86 Satz 1 BGB i.V.m. § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB); dazu schon § 4 IV 2 b).
- 1050 *Fleischer*, DB 2013, 217 (221 f.); *Kindl*, AG 1993, 153 (161).
- 1051 *BGHZ* 122, 342 (352) = *NJW* 1993, 2307. Ebenso verbreitet im GmbH-Recht, vgl. nur *BGHZ* 11, 132 (234); *BGHZ* 101, 113 (117) = *NJW* 1987, 2514; *BGHZ* 111, 224 (226) = *NJW* 1990, 1195.
- 1052 *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 217; *Lutter/Hommelhoff-Lutter*, § 52 Rn. 96; *Meilicke*, FS Walter Schmidt, S. 71 (78). Mit weiteren Nachweisen *Kindl*, AG 1993, 153 (161).
- 1053 Siehe nur Götz, FS Lücke, S. 167 (187), *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn.

- 117: bis zur nächsten Aufsichtsratssitzung. *Axhausen*, Anfechtbarkeit, S. 217 f., *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 496 f.: drei Monate. *BGHZ* 124, 111 (115) = *NJW* 1994, 520: fünf Monate; *BGHZ* 122, 342 = *NJW* 1993, 2307: zwei Jahre und zwei Monate (nach zwischenzeitlichen Verhandlungen).
- 1054 Ausführlich oben § 3 III 3 e) aa). Nachweise zur h.M. für Beschlüsse des AG-Aufsichtsrats in Fn. 653 f.
- 1055 *Fleischer*, DB 2013, 217 (221 f.); *Götz*, FS Lücke, S. 167 (186 f.); *Kindl*, AG 1993, 153 (161).
- 1056 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (43) weist darauf zu Recht hin. Siehe auch § 31a BGB, der diesem Umstand in Haftungsfragen Rechnung trägt.
- 1057 *Fleischer*, DB 2013, 217 (221 f.); *Götz*, FS Lücke, S. 167 (187); *MünchKommAktG-Habersack*, § 108 Rn. 82; *Kindl*, AG 1993, 153 (161); *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 117. Etwas großzügiger *Hüffer*, AktG, § 108 Rn. 20 (innerhalb eines Monats nach der folgenden Aufsichtsratssitzung). Siehe dazu den gesetzlichen Mindestturnus in § 110 Abs. 3 AktG: zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr.
- 1058 *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426; zustimmend *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (44).
- 1059 *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (44). *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426 (Fristbeginn schon mit Absendung des Protokolls) verzichtet entgegen der gesetzlichen Parallelwertung (siehe § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) auf das Erfordernis der Kenntnissnahme.
- 1060 Dazu oben unter § 4 IV 2.
- 1061 Siehe bereits § 4 III 3.
- 1062 *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 291; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (44).
- 1063 *Werner/Saenger-Werner*, Rn. 426; zustimmend *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (44).
- 1064 Zur Zulässigkeit solcher Regelungen für den AG-Aufsichtsrat (trotz Satzungsstrenge) *BayObLG NZG* 2003, 691 (694); *Fleischer*, DB 2013, 217 (222). Für die GmbH-Gesellschafterversammlung *BGHZ* 101, 113 = *NJW* 1987, 2514; *BGHZ* 104, 66 = *NJW* 1988, 844; *BGH NZG* 1998, 679 = *NJW* 1998, 3344; *Baumbach/Hueck-Zöllner*, Anh. § 47 Rn. 158. Für das Personengesellschaftsrecht *BGHZ* 68, 212 (216) = *NJW* 1977, 1292; *BGH NZG* 1995, 1218; *Baumbach/Hopt-Roth*, § 119 Rn. 32; *Westermann-Westermann*, Hdb. Personengesellschaften, Bd. I, Rn. I 547 f.
- 1065 Siehe § 1066 ZPO. *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 291; *Seifart/v. Campenhausen-Hof*, § 11 Rn. 27; *Hoffmann*, FG Kreutz, S. 29 (44); *Soergel-Neuhoff*, § 85 Rn. 20; *Stumpf*, SchiedsVZ 2009, 266 f. mit weiteren Nachweisen.
- 1066 *Stumpf*, SchiedsVZ 2009, 266.
- 1067 *Alfred Hueck*, FS 150 Jahre C. Heymanns Verlag, S. 287 (297 ff.); *KölnerKomm-Mertens/Cahn*, § 108 Rn. 117 a.E.; *Prior*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 46; *MünchKommBGB-Reuter*, § 32 Rn. 60; *Schmitt*, Beschlußmängelrecht der Personengesellschaften, S. 231 ff. Mit Blick auf die Stiftungssatzung *Burgard*, Gestaltungsfreiheit, S. 291; *Hoffmann*, FG Kreutz, S.

29 (44). Andere Ansicht *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 155 f., 168; nicht beanstandet von *OLG Celle* NZG 2006, 225 und *BGH* NZG 2007, 582.

1068 Bereits § 3 III 3 e) bb).

1069 § 4 V.

1070 § 3 I 4.

1071 § 3 II 2, 4.

1072 § 3 II 1.

1073 § 3 II 3.

1074 § 3 III 3.

1075 § 3 III 3 d) und e), IV.

1076 § 3 III 3 e) cc).

1077 § 4 I 1 a).

1078 § 4 I 1 b).

1079 § 4 I 1 c).

1080 § 4 I 2 a).

1081 § 4 I 2 b).

1082 § 4 I 2 c).

1083 § 4 I 3.

1084 § 4 II 1.

1085 § 4 II 2 a).

1086 § 4 II 2 b).

1087 § 4 II 3.

1088 § 4 III.

1089 § 4 III 1.

1090 § 4 III 2.

1091 § 4 IV 1.

1092 § 4 IV 2 a).

1093 § 4 IV 2 b).

1094 § 4 IV 3.

1095 § 5 I 1.

1096 § 5 I 2.

1097 § 5 I 3.

1098 § 5 I 4.

1099 § 5 II 1.

1100 § 5 II 2.

1101 § 5 II 3.

1102 § 4 III 3, § 5 III.