

Karlheinz Muscheler

# Stiftungsrecht

Gesammelte Beiträge II



**Nomos**

Schriftenreihe zum Stiftungswesen  
Band 49

Herausgeber:  
DSZ – Deutsches Stiftungszentrum  
im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft  
Essen

Verantwortlich: Dr. Markus Heuel

Karlheinz Muscheler

# Stiftungsrecht

Gesammelte Beiträge II



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5328-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-9463-6 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Ein erster Sammelband mit stiftungsrechtlichen Beiträgen bis 2005 ist im Jahr 2005 als Band 34 der Schriftenreihe zum Stiftungswesen erschienen. Nachdem der Band vergriffen war, erschien 2011 eine unveränderte zweite Auflage.

Der jetzt vorgelegte zweite Sammelband enthält meine stiftungsrechtlichen Veröffentlichungen von 2005 bis 2018. Keiner der hier veröffentlichten Beiträge handelt von einem Thema, das schon im ersten Sammelband erörtert wurde. Vereinzelt kleine Überschneidungen ließen sich freilich nicht sinnvoll vermeiden.

Ich danke allen aktuellen und früheren Mitarbeitern meines Bochumer Lehrstuhls für ihre Anregungen und Einwendungen. Besonderen Dank verdient Christiane Lobitz für die Herstellung des Typoskripts.

Bochum, im Juli 2019  
Karlheinz Muscheler



# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| A. Errichtung der Stiftung  | 17 |
| § 1 Das unwirksame Stiftungsgeschäft  | 19 |
| I. Einleitung   | 19 |
| II. Unwirksamkeit des Stiftungsgeschäfts im<br>Anerkennungsverfahren                | 20 |
| 1. Vergleich mit § 60 BGB, § 38 AktG, § 9 c GmbHG                                   | 20 |
| 2. Speziell § 60 BGB  | 21 |
| a) Formelle und materielle Prüfung  | 21 |
| b) Prüfung der freiwilligen Satzungsregelungen<br>und der Rechte Dritter            | 23 |
| c) Zusammenfassung  | 25 |
| 3. Speziell § 9 c GmbHG   | 26 |
| a) Ausgangspunkt  | 26 |
| b) Details  | 27 |
| c) Die Vorschrift des § 9 c Abs. 2 GmbHG  | 27 |
| 4. Umfang der stiftungsbehördlichen Prüfungspflicht<br>im Besonderen                | 29 |
| a) Unwirksamkeit zwingender Satzungsinhalte<br>und des Stiftungsgeschäfts im Ganzen | 29 |
| b) Umfang der stiftungsbehördlichen<br>Prüfungspflicht im Allgemeinen               | 30 |
| c) Fakultative Satzungsinhalte  | 32 |
| d) Unechte Satzungsbestandteile   | 33 |
| e) Unzweckmäßigkeit, Unklarheit   | 33 |
| 5. Ergänzung des Stiftungsgeschäfts   | 33 |
| 6. Konkurrenz zwischen § 134 BGB und<br>Gemeinwohlgefährdung                        | 34 |
| III. Unwirksamkeit des Stiftungsgeschäfts bei schon erfolgter<br>Anerkennung        | 34 |
| 1. Unwirksamkeit des gesamten Stiftungsgeschäfts                                    | 34 |
| a) Herrschende Meinung  | 34 |
| b) Rechtslage bei Kapitalgesellschaften und<br>Vereinen                             | 35 |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| c)  | Ablehnung der herrschenden Meinung bei der Stiftung                  | 38 |
| aa) | Wortlaut und Systematik  | 38 |
| bb) | Der Wille des Gesetzgebers und der Gesetzeszweck                     | 40 |
| cc) | Selbstwidersprüche der herrschenden Meinung                          | 41 |
| dd) | Parallele des § 1828 BGB und der Grundstücksübergang                 | 43 |
| ee) | Argumente der herrschenden Meinung                                   | 46 |
| d)  | Rechtsfolgen der herrschenden Meinung                                | 46 |
| aa) | Ausgangspunkt  | 46 |
| bb) | Verwaltungsrechtliche Klagen   | 49 |
| cc) | Misslichkeiten   | 51 |
| dd) | Heilung?   | 53 |
| e)  | Eigene Ansicht   | 54 |
| aa) | Grundsatz  | 54 |
| bb) | Konkrete Rechtsfolgen  | 56 |
| cc) | Insbesondere: Rechtsgeschäfte der „Stiftung“ mit Dritten             | 59 |
| 2.  | Anfechtung des Stiftungsgeschäfts                                    | 64 |
| a)  | Herrschende Meinung  | 64 |
| b)  | Eigene Ansicht   | 66 |
| IV. | Teilunwirksamkeit des Stiftungsgeschäfts                             | 67 |
| 1.  | Ausgangspunkt  | 67 |
| 2.  | Gesamtnichtigkeit  | 68 |
| 3.  | Teilnichtigkeit  | 68 |
| a)  | Nichtzwingende Regelung  | 68 |
| b)  | Zwingende Regelung   | 68 |
| aa) | Ausgangspunkt  | 68 |
| bb) | Ergänzungsrecht der Behörde?   | 69 |
| cc) | Unwirksamkeit des Stiftungsakts                                      | 70 |
| dd) | Unwirksamkeit sonstiger zwingend erforderlicher Satzungsbestimmungen | 71 |
| V.  | Zusammenfassung der Ergebnisse                                       | 72 |
| § 2 | Der Widerruf des Stiftungsgeschäfts                                  | 75 |
| I.  | Einleitung   | 75 |
| II. | Entstehungsgeschichte  | 76 |
| 1.  | Erste BGB-Kommission   | 76 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 2.   | Zweite BGB-Kommission  | 77  |
| III. | Rechtfertigung der Widerruflichkeit  | 80  |
| IV.  | Auslegung des § 81 II BGB  | 81  |
| 1.   | Regelung nur des lebzeitigen Stiftungsgeschäfts  | 81  |
| 2.   | Dauer des Widerrufsrechts  | 81  |
| 3.   | Form des Widerrufs   | 82  |
| 4.   | Widerruf nach Stellung des Antrags auf<br>Anerkennung  | 82  |
| 5.   | Teilweiser Widerruf  | 83  |
| 6.   | Persönliche Voraussetzungen des Widerrufs  | 83  |
| 7.   | Mehrheit von Stiftern  | 84  |
| 8.   | Abdingbarkeit des Widerrufsrechts  | 84  |
| 9.   | Postmortaler Widerruf des lebzeitigen<br>Stiftungsgeschäfts  | 85  |
| 10.  | Rücknahme des Anerkennungsantrags  | 86  |
| V.   | Widerruf des Widerrufs   | 88  |
| 1.   | Problematik  | 88  |
| 2.   | Neuerrichtung  | 90  |
| 3.   | Widerruf des Widerrufs   | 91  |
| a)   | Dilemma  | 91  |
| b)   | Widerruf des Testamentswiderrufs   | 93  |
| c)   | Analogie zu den §§ 2257, 2258 II BGB   | 96  |
| § 3  | Vermögenserwerb der Stiftung und Vermögenshaftung des<br>Stifters  | 99  |
| I.   | Der Wortlaut des § 82 Satz 1 BGB   | 99  |
| II.  | Grundsatz  | 100 |
| III. | Ausnahmen  | 102 |
| IV.  | Die erst nach dem Tod des Stifters anerkannte Stiftung<br>unter Lebenden                                     | 103 |
| V.   | Nutzungen des Widmungsvermögens zwischen<br>Errichtung des Stiftungsgeschäfts und Anerkennung                | 107 |
| VI.  | Haftung des Stifters für die Zeit zwischen Errichtung des<br>Stiftungsgeschäfts und Anerkennung der Stiftung | 107 |
| 1.   | Streitstand  | 107 |
| 2.   | Entstehungsgeschichte  | 109 |
| 3.   | Ablehnung der dritten Ansicht  | 110 |
| 4.   | Ablehnung der Bedingungslösung   | 111 |
| 5.   | Ablehnung der Vermächtnislösung  | 112 |
| 6.   | Eigene Lösung  | 114 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| § 4 | Die Verbrauchsstiftung  | 119 |
|     | I. Einleitung   | 119 |
|     | II. Begriff der Verbrauchsstiftung  | 123 |
|     | 1. Objekt des Verbrauchs  | 123 |
|     | 2. Typische Fälle   | 124 |
|     | 3. Einordnung der Fälle   | 126 |
|     | a) Direkte Befristung   | 126 |
|     | b) Befristung qua Zweck   | 127 |
|     | c) Notlagen   | 128 |
|     | d) Feste Ausschüttungsraten   | 128 |
|     | e) Echte Verbrauchsstiftung   | 129 |
|     | 4. Definition der Verbrauchsstiftung  | 130 |
|     | III. Zulässigkeit von Verbrauchsstiftungen  | 130 |
|     | 1. Landesrechte   | 130 |
|     | 2. Geltung der Landesrechte   | 132 |
|     | 3. Bundesrecht  | 133 |
|     | a) Ergebnis   | 133 |
|     | b) Dauerhaftigkeit  | 133 |
|     | c) Ein Vermögen widmen  | 134 |
|     | d) Umgehung von Schenkungs- und Vermächtnisrecht  | 135 |
|     | e) Umgehung der gläubigerschützenden Liquidationsnormen   | 136 |
|     | IV. Zusammenfassung   | 138 |
| § 5 | Stiftung und Pflichtteil  | 139 |
|     | I. Die Problematik  | 139 |
|     | II. Maßnahmen zur Reduzierung des Pflichtteils  | 140 |
|     | III. Ausschluss des Pflichtteils  | 142 |
| § 6 | Anforderungen an die (Mit-)Errichtung privatrechtlicher Stiftungen durch die öffentliche Hand                                   | 145 |
|     | I. Einleitung   | 145 |
|     | 1. Motive und Zahlen  | 145 |
|     | 2. Zwei Mit-Stiftungen Staat/Privat in der Krise  | 148 |
|     | II. Gibt es aus der Sicht des Zivilrechts Gründe für die generelle Unzulässigkeit von Staatsstiftungen des bürgerlichen Rechts? | 150 |
|     | III. Mittel zur Realisierung von staatlichem Stiftereinfluss  | 154 |

|  |     |
|--|-----|
| IV. Privatrechtliche Beurteilung der wichtigsten Einflussmittel                                  | 157 |
| 1. Privatautonomie der Stiftung  | 157 |
| 2. Organkreation   | 162 |
| 3. Einkommensstiftung / Kontrolle durch den Rechnungshof   | 166 |
| 4. Änderung der Satzung  | 170 |
| a) Gesetzliche Ermächtigung der Stiftungsorgane zu Satzungsänderungen                            | 170 |
| b) Satzungsermächtigung der Stiftungsorgane zu Satzungsänderungen                                | 173 |
| V. Staatsstiftung und öffentliches Recht   | 185 |
| VI. Stiftungsautonomie und Stiftungsgründung durch oder aufgrund eines Gesetzes                  | 191 |
| VII. Zusammenfassung   | 193 |
| § 7 Der Fall Beisheim – rechtliche Überlegungen zur „Prof. Dr. Otto Beisheim Stiftung Tegernsee“ | 195 |
| I. Einleitung  | 195 |
| II. Sachverhalt  | 195 |
| III. Das Problem   | 196 |
| IV. Auslegung des Stiftungsgeschäftes  | 197 |
| V. Konsequenzen anderer Auslegungsergebnisse   | 199 |
| 1. Bedingtes Stiftungsgeschäft   | 199 |
| 2. Zweck   | 204 |
| VI. Causa finita?  | 206 |
| B. Zustiftung  | 207 |
| § 8 Das Wesen der Zustiftung   | 209 |
| C. Die existierende Stiftung   | 215 |
| § 9 Fehlende Vertretungsmacht des Vereins- oder Stiftungsvorstands                               | 217 |
| I. Sachverhalt   | 217 |
| II. Ausgangspunkt  | 217 |
| III. Vereinsregister   | 218 |
| IV. Beschränkung der Vertretungsmacht  | 219 |

|  |     |
|--|-----|
| § 10 Der stellvertretende Vorsitzende eines Vereins- oder<br>Stiftungsorgans | 223 |
| I. Sachverhalt   | 223 |
| II. Frage  | 223 |
| III. Antwort   | 223 |
| 1. Ausgangslage  | 223 |
| 2. Prüfungsreihenfolge   | 224 |
| 3. Automatischer Wegfall des Amtes eines<br>stellvertretenden Vorsitzenden?  | 225 |
| 4. Befugnisse des stellvertretenden Vorsitzenden                             | 227 |
| 5. Wahl eines neuen Vorsitzenden   | 229 |
| 6. Gerichtliche Bestellung eines Vorsitzenden des<br>Präsidiums?             | 230 |
| § 11 Die Haftung des Stiftungsvorstands                                      | 231 |
| I. Einleitung  | 231 |
| II. Außenhaftung   | 231 |
| 1. Rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten der<br>Stiftung           | 231 |
| 2. Haftung aus selbst begangenen Delikt                                      | 232 |
| 3. Deliktische Garantstellung  | 232 |
| 4. Steuerhaftung   | 233 |
| III. Innenhaftung  | 233 |
| 1. Ausgangspunkt   | 233 |
| 2. Möglichkeiten der Haftungsmilderung                                       | 234 |
| a) Landesstiftungsgesetze  | 234 |
| b) Haftungsmilderung qua Satzung?  | 235 |
| c) Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher<br>Haftungsgrundsätze?                   | 235 |
| d) Analoge Anwendung der Business Judgment<br>Rule?                          | 236 |
| e) Beweislast für das Verschulden  | 236 |
| f) Entlastung  | 237 |
| g) Abschluss von D&O-Versicherungen  | 238 |
| IV. Ergebnis   | 238 |
| § 12 Der Notvorstand in Verein und Stiftung                                  | 239 |
| I. Entstehungsgeschichte   | 239 |
| II. Systematische Einordnung des § 29 BGB                                    | 242 |

|   |     |
|---|-----|
| III. Voraussetzungen der Bestellung eines Notvorstands  | 244 |
| 1. Fehlen   | 244 |
| 2. Die erforderlichen Mitglieder  | 246 |
| 3. In dringenden Fällen   | 246 |
| 4. Antrag   | 248 |
| 5. Beteiligte   | 248 |
| IV. Verhältnis des § 29 BGB zu den Landesstiftungsgesetzen  | 250 |
| 1. Die Regelungen der Landesstiftungsgesetze  | 250 |
| 2. Wirksamkeit der Landesstiftungsgesetze   | 253 |
| V. Der Bestellungsbeschluss des Amtsgerichts  | 256 |
| VI. Wirkungen der Notbestellung   | 257 |
| <br>  |     |
| § 13 Satzungsdurchbrechung in der Stiftung  | 263 |
| I. Problem  | 263 |
| II. Satzungsdurchbrechung in GmbH und AG  | 263 |
| 1. Begriff der Satzungsdurchbrechung  | 263 |
| 2. Rechtliche Behandlung der Satzungsdurchbrechung<br>in der Rechtsprechung des BGH                     | 266 |
| 3. Auffassungen in der Literatur  | 272 |
| III. Satzungsdurchbrechung im rechtsfähigen Verein  | 273 |
| 1. Ausgangspunkt: Satzungsänderung  | 273 |
| 2. Satzungsdurchbrechung  | 274 |
| IV. Satzungsdurchbrechung in der Stiftung   | 276 |
| 1. Satzungsänderung   | 276 |
| 2. Satzungsdurchbrechung  | 276 |
| V. Anwendung auf den konkreten Fall   | 277 |
| VI. Ergebnis  | 279 |
| <br>  |     |
| § 14 Die Stiftung im Internationalen Privatrecht; Anmerkung zu<br>OLG München v. 8.4.2009, 31 Wx 121/08 | 281 |
| <br>  |     |
| D. Stiftungsdestinatäre   | 283 |
| <br>  |     |
| § 15 Der Zuwendungsvertrag zwischen Stiftung und Destinatär   | 285 |
| I. Sachverhalt  | 285 |
| II. Die Entscheidung des BGH  | 287 |
| 1. Ansprüche gegen die Stiftung qua Satzung und<br>einseitiger Zuerkennung                              | 287 |
| 2. Schenkung  | 288 |
| 3. Form   | 291 |

|  |     |
|--|-----|
| III. Ergebnis  | 292 |
| E. Die unselbständige Stiftung   | 293 |
| § 16 Die unselbständige Stiftung   | 295 |
| I. Einleitung  | 295 |
| II. Errichtung durch Verfügung von Todes wegen                               | 298 |
| 1. Auflage   | 298 |
| 2. Haftung bei erbrechtlicher Auflage  | 303 |
| 3. Vermächtnis   | 307 |
| III. Errichtung unter Lebenden   | 309 |
| 1. Vertrag   | 309 |
| 2. Vertragstypologische Einordnung   | 311 |
| 3. Treuhandlösung  | 312 |
| 4. Schenkung unter Auflage   | 316 |
| 5. Haftungsordnung   | 322 |
| 6. Auslegung   | 326 |
| § 17 Die unselbständige Stiftung von Todes wegen                             | 329 |
| 1. Errichtung einer unselbständigen Stiftung durch Verfügung von Todes wegen | 329 |
| 1.1 Erster Weg: Direkte Errichtung durch den Erblasser                       | 329 |
| 1.2 Zweiter Weg: Auflage zur Errichtung                                      | 330 |
| 1.3 Dritter Weg: Sukzessive Doppelaufgabe?                                   | 331 |
| 2. Der zweite Weg und seine Verbindung mit Testamentsvollstreckung           | 332 |
| 3. Was die Erblasserin alles offen ließ                                      | 334 |
| 4. § 2065 Abs. 2 und § 2193 BGB  | 334 |
| 5. Unwirksamkeitsgrund § 2065 Abs. 2 BGB wegen Unbestimmtheit des Erben?     | 336 |
| 6. Unwirksamkeitsgrund fehlende Zweckkonkretisierung?                        | 337 |
| 7. Unwirksamkeit wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 2193 BGB    | 337 |
| 7.1 Verfehlung des Tatbestands   | 337 |
| 7.2 Argumente aus der ratio legis  | 340 |
| 7.3 Widerlegung eines möglichen Einwandes                                    | 341 |
| 8. Ergebnis  | 344 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| § 18 | Der Übergang von der unselbständigen Stiftung in die rechtsfähige Stiftung                     | 345 |
| 1.   | Einführung   | 345 |
| 2.   | Formen des Übergangs   | 346 |
| 3.   | Schuldrechtliche Grundlage des Übergangs   | 348 |
|      | 3.1 Einigkeit zwischen Stifter und Träger der unselbständigen Stiftung                         | 348 |
|      | 3.2 Alleingänge  | 351 |
|      | 3.2.1 Allgemeines  | 351 |
|      | 3.2.2 Unselbständige Stiftung in Form der Schenkung unter Auflage                              | 351 |
|      | 3.2.3 Unselbständige Stiftung in Form der Treuhand (Auftrag, Geschäftsbesorgung)               | 353 |
| 4.   | Fazit, Zusammenfassung   | 357 |
| F.   | Rechtspolitik  | 359 |
| § 19 | Nach der Reform ist vor der Reform   | 361 |
| § 20 | Stellungnahme zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ vom 9. September 2016 | 363 |
|      | I. Keine Notwendigkeit einer bundesrechtlichen Reform  | 363 |
|      | II. Definition der Stiftung (§ a)  | 364 |
|      | III. Gemeinwohlgefährdung als Anerkennungshindernis: § 80 Abs. 2 n.F.                          | 365 |
|      | IV. Namensbildung  | 367 |
|      | V. Haftungsmaßstab für Organmitglieder   | 367 |
|      | VI. Notbestellung von Organmitgliedern   | 368 |
|      | VII. Übertragung und Verwaltung des Stiftungsvermögens – § 82 BGB neu                          | 369 |
|      | VIII. Auflösung der Stiftung – § fa  | 371 |
|      | IX. Aufhebung der Stiftung – § ga  | 372 |
|      | X. Vermögensanfall – § 88 BGB neu  | 373 |
|      | XI. Änderung der Satzung – § h und § i   | 373 |
|      | XII. Zulegung und Zusammenlegung – §§ j, k, l  | 375 |
|      | XIII. Änderungsrecht des Stifters – §§ m, n  | 377 |
|      | XIV. Noch einmal: Dauertestamentsvollstreckung und Stiftung                                    | 381 |

*Inhaltsverzeichnis*

|  |     |
|--|-----|
| G. Statt eines Schlusswortes                               | 383 |
| § 21 Stiftung als das Ineins von Vergangenheit und Zukunft | 385 |

## A. Errichtung der Stiftung



## § 1 Das unwirksame Stiftungsgeschäft\*

### I. Einleitung

Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung sind das Stiftungsgeschäft und die Anerkennung durch die zuständige Behörde erforderlich (§ 80 Abs. 1 BGB). Die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 BGB genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stiftungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet (§ 80 Abs. 2 S. 1 BGB).

Die Anerkennung der Stiftung bezieht sich nach dem scheinbar eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und nach einer ganz einhelligen Meinung nicht auf das Stiftungsgeschäft, sondern auf die Erlangung der Rechtsfähigkeit („als rechtsfähig anzuerkennen“). Die erfolgte Anerkennung heilt daher keine Mängel des Stiftungsgeschäfts; das ergibt sich zudem aus § 80 Abs. 1 BGB, der Stiftungsgeschäft und Anerkennung als zwei selbständige und kumulative Voraussetzungen für die Entstehung der Stiftung benennt. Trotz des Anerkennungsobjekts „Rechtsfähigkeit“ statt „Stiftungsgeschäft“ hat die Anerkennungsbehörde vor der Anerkennung auch das Stiftungsgeschäft zu prüfen. Das ergibt sich aus § 80 Abs. 2 S. 1 BGB, der die Feststellung, dass das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 BGB genügt, zu den drei Voraussetzungen der Anerkennung rechnet.

Wenn die Behörde feststellt, dass das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Abs. 1 BGB nicht genügt, darf sie nicht anerkennen.<sup>1</sup> Sie hat dabei kein Ermessen, die Versagung der Anerkennung ist zwingend.

---

\* Zuerst veröffentlicht in: Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, 527-560.

1 Vgl. nur VGH Mannheim StiftRspr. III, 12 (15).

## II. Unwirksamkeit des Stiftungsgeschäfts im Anerkennungsverfahren

### 1. Vergleich mit § 60 BGB, § 38 AktG, § 9 c GmbHG

§ 38 Abs. 1 AktG lautet:

*„Das Gericht (gemeint: das Registergericht) hat zu prüfen, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Ist dies nicht der Fall, so hat es die Eintragung (gemeint: in das Handelsregister) abzulehnen.“*

Im GmbHG wird eine entsprechende Prüfungspflicht des Registergerichts anders als in § 38 Abs. 1 AktG nicht ausdrücklich angeordnet; nach hM ergibt sich die Prüfungspflicht aber mittelbar aus der gesetzlichen Anordnung in § 9 c Abs. 1 S. 1 GmbHG, dass die Eintragung bei Fehlen der Voraussetzungen abzulehnen ist:<sup>2</sup>

*„Ist die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet und angemeldet, so hat das Gericht die Eintragung abzulehnen.“*

Ähnlich formuliert § 60 BGB für den Verein:

*„Die Anmeldung ist, wenn den Erfordernissen der §§ 56 bis 59 nicht genügt ist, von dem Amtsgericht unter Angabe der Gründe zurückzuweisen.“*

In § 80 Abs. 2 S. 1 BGB ist die Prüfungspflicht der Behörde noch mittelbarer ausgedrückt als in den § 9 c Abs. 1 GmbHG, § 60 BGB, weil in ihm nicht von der Zurückweisung des (Anerkennungs-)Antrags die Rede ist, sondern das Ganze positiv als Anerkennungsvoraussetzung formuliert wird. Doch ist natürlich auch hier die entsprechende Prüfungsbefugnis in der Sache zu bejahen.

Sowohl bei § 60 BGB wie im Gesellschaftsrecht (§ 38 Abs. 1 AktG, § 9 c GmbHG) ist man sich darin einig, dass die Prüfungsfunktion des Registergerichts sich nicht nur auf die formellen, sondern auch auf die materiellen Eintragungsvoraussetzungen erstreckt. Damit muss auch die materiellrechtliche Wirksamkeit der Vereinsatzung und des Gesellschaftsvertrags geprüft werden. Das Recht und die Pflicht des Registerrichters zur Prüfung der materiell-rechtlichen Wirksamkeit der Satzung schließt auch ein Urteil über die Erlaubtheit des Vereins nach öffentlichem (zB Vereins-)Recht ein.<sup>3</sup> Wenn der Verein nach öffentlichem Vereinsrecht uner-

---

2 Wicke in MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 9 c Rn. 1 mwN.

3 BayObLGZ 1981, 289 (294); LG Hamburg NJW-RR 1991, 892; Arnold in MüKoBGB, 7. Aufl. 2015, § 60 Rn. 3.

laubt ist, ist der Gründungsvertrag (Satzung) nach § 134 BGB nichtig. Dasselbe gilt für das Gesellschaftsrecht, wenn der Gesellschaftsvertrag gegen öffentliches Recht verstößt.

## 2. Speziell § 60 BGB

### a) Formelle und materielle Prüfung

Beschränken wir uns einmal auf das Prüfungsrecht nach § 60 BGB und stellen es genauer dar. Zunächst hat hier das Registergericht die *formellen* Voraussetzungen der §§ 56-59 BGB zu prüfen, und zwar rein *formell* zu prüfen. Beträgt die Zahl der Mitglieder bei der Eintragung des Vereins mindestens sieben (§ 56 BGB)? Enthält die Satzung den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins und ergibt sich aus ihr, dass der Verein eingetragen werden soll (§ 57 Abs. 1 BGB)? Enthält die Satzung Bestimmungen über Eintritt und Austritt der Mitglieder (§ 58 Nr. 1 BGB); Bestimmungen darüber, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind (§ 58 Nr. 2 BGB); Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliederversammlung zu berufen ist, über die Form der Berufung und über die Beurkundung der Beschlüsse (§ 58 Nr. 4 BGB)? Hat der Vorstand den Verein zur Eintragung angemeldet (§ 59 Abs. 1 BGB)? Sind der Anmeldung die Satzung in Ur- und Abschrift und eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung des Vorstands beigefügt (§ 59 Abs. 2 BGB)? Ist die Satzung von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet und enthält sie die Angabe des Tags der Errichtung (§ 59 Abs. 3 BGB)? In allen diesen Fragen prüft das Gericht das Fehlen oder das Vorhandensein der entsprechenden Voraussetzungen. Fehlt eine von ihnen, lehnt es die Eintragung, zumindest vorläufig, ab.

Eine, wenn auch nur sehr begrenzte materielle Prüfung schreibt schon eine der in §§ 56-59 BGB enthaltenen Bestimmungen vor: Das Gericht muss nach § 57 Abs. 2 BGB prüfen, ob der Name des Vereins sich von den Namen der am selben Ort oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereine deutlich unterscheidet.

Nach ganz hM beschränkt sich die materielle Prüfungscompetenz des Registergerichts nicht auf § 57 Abs. 2 BGB. Es gilt vielmehr der allgemeine Grundsatz der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dass der Richter um materiell richtige Entscheidungen bemüht sein und inhaltlich falsche Eintragungen

ins Register so weit wie möglich verhindern muss.<sup>4</sup> Daraus ergibt sich zunächst die Notwendigkeit einer Prüfung der Frage, ob der Inhalt der beantragten Eintragung mit der Satzung übereinstimmt, sich, notfalls durch Auslegung, aus dieser ergibt.

Auf einer zweiten Ebene der materiell-rechtlichen Prüfung ist zu fragen, ob die (vorhandenen) nach §§ 56-59 BGB erforderlichen Satzungsbestimmungen und Anmeldeakte materiell-rechtlich wirksam oder ob sie unwirksam sind. Dabei kann die Satzung entweder ganz oder in einem (nach §§ 56 ff. BGB relevanten) Teil unwirksam sein. Verstößt der Zweck des Vereins gegen öffentliches Vereinsrecht oder gegen ein sonstiges gesetzliches Verbot, ist die Satzung insgesamt unwirksam (§ 134 BGB),<sup>5</sup> und der Registerrichter muss die Eintragung ablehnen. Dasselbe gilt bei Sittenwidrigkeit des Zwecks (§ 138 BGB).<sup>6</sup> Die Erlaubtheit des Vereins ist allgemein und uneingeschränkt zu überprüfen.<sup>7</sup> Ebenso muss der Richter prüfen, ob überhaupt ein Verein und nicht eine Gesellschaft vorliegt, ob die Gründer die Rechtsform des Vereins nur missbräuchlich für ihre Zwecke verwenden<sup>8</sup> und ob der Verein vorwiegend wirtschaftlich tätig sein soll (§§ 21, 22 BGB);<sup>9</sup> in allen diesen Fällen ist die Eintragung als Ganzes unzulässig.

Ist nur eine der von §§ 56-58 BGB geforderten Regelungen unwirksam, dann bleibt zu prüfen, ob dies zur Gesamtunwirksamkeit der Satzung nach § 139 BGB führt oder nur zur Unwirksamkeit der konkreten Klausel. Unwirksamkeitsgründe können auch allgemeine Grundsätze des Vereinsrechts sein: Satzungsmäßige Beschränkungen der „Vereinsautonomie“ kön-

---

4 BayObLGZ 1981, 289 (294); 1963, 15 (17); RG Recht 1930, Nr. 778; BayObLG MDL 1963, 504; DNotZ 1987, 353 (354); *Arnold* in MüKoBGB § 60 Rn. 1; *Habermann* in Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Bearbeitung 2005, BGB § 60 Rn. 1.

5 BayObLGZ 1963, 15 (16); 1981, 289 (294).

6 BayObLGZ 1981, 289 (295); LG Karlsruhe Rpfleger 1974, 221.

7 BayObLGZ 1981, 289 (295).

8 BayObLGZ 1986, 370 = DNotZ 1987, 252; *Ellenberger* in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, BGB § 60 Rn. 1.

9 Vgl. nur BGHZ 45, 395; 85, 84; BayObLGZ 1985, 283 (284); BayObLG DNotZ 1987, 353; LG Braunschweig NJW-RR 2000, 333: Aus den §§ 21, 22 BGB ergibt sich, dass ein Verein nicht eingetragen werden kann, wenn er vorrangig wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Der nichtwirtschaftliche Verein kann Rechtsfähigkeit nur durch Eintragung in das Vereinsregister erlangen (§§ 21, 64 BGB); die Eintragung wird veröffentlicht (§ 66 Abs. 1 BGB). Damit wird für die Allgemeinheit oder jedenfalls für eine unbestimmte Zahl von Interessenten ein Vertrauensbestand geschaffen, wonach der Eintragung die gerichtliche Prüfung vorangegangen ist, dass dieser Verein sich nicht vorrangig wirtschaftlich betätigt.

## II. Unwirksamkeit des Stiftungsgeschäfts im Anerkennungsverfahren

nen mit dem Wesen des Vereins unvereinbar und deshalb unzulässig sein, wenn sie rechtlich einen so weitgehenden Fremdeinfluss gestatten, dass der Verein nicht mehr vornehmlich von der Willensbildung und Willensbetätigung der Mitglieder getragen wird, sondern als unselbständige Verwaltungsstelle einer anderen organisatorischen Einheit erscheint.<sup>10</sup> Ob dies der Fall ist, ist im Einzelfall aufgrund der Gesamtregelung der Satzung zu beurteilen. Es verstößt auch gegen vereinsrechtliche Prinzipien, wenn die Satzung für den Beitritt Minderjähriger sich auf die Anordnung beschränkt, der gesetzliche Vertreter verpflichte sich durch seine Unterschrift unter den Aufnahmeantrag des beschränkt Geschäftsfähigen zur Zahlung der Mitgliedsbeiträge.<sup>11</sup> Schließlich ist dem Verein die Eintragung auch dann zu versagen, wenn sein Name zur Täuschung iSd entsprechend anwendbaren § 18 Abs. 2 HGB geeignet ist.<sup>12</sup>

### b) Prüfung der freiwilligen Satzungsregelungen und der Rechte Dritter

Wie verhält es sich mit den *freiwilligen*, also nicht durch die §§ 56-59 BGB gebotenen Satzungsregelungen? Da unverzichtbare Eintragungsvoraussetzung die Wirksamkeit der Satzung als solcher und der von §§ 56-59 BGB gebotenen Einzelregelungen in der Satzung ist, obliegt dem Registergericht auch hinsichtlich der nicht zwingend vorgeschriebenen Regelungen der Satzung eine materielle Prüfungsbefugnis insoweit, als die freiwilligen Regelungen nicht in der Weise unwirksam sein dürfen, dass sie die Unwirksamkeit der Satzung insgesamt oder der zwingend erforderlichen Regelungen nach sich ziehen.<sup>13</sup> Sieht zB die Satzung eine Regelung darüber vor, wer Mitglied des Vereins sein und werden kann, dann geht diese über § 58 Nr. 1 BGB hinaus und löst dennoch die besagte Prüfungspflicht aus. Doch wird die entsprechende Regelung nur ausnahmsweise die Satzung insgesamt oder zwingende Satzungsregelungen infizieren. Ein dem Registergericht eingeräumtes und zur Pflicht gemachtes Recht zur materiellen Überprüfung des Inhalts der freiwilligen Regelungen über die genannten

---

10 BayObLGZ 1975, 435 (439 f.); 1979, 303 (309) = NJW 1980, 1756 (1757); OLG Köln NJW 1992, 1048; KG OLGZ 1974, 385 (387 f.); OLG Frankfurt a.M. OLGZ 1979, 6 (7); NJW 1983, 2576.

11 OLG Hamm NJW-RR 2000, 42.

12 KG JFG 3, 259; BayObLGZ 1984, 293 (296); BayObLG DNotZ 1987, 353.

13 OLG Köln Rpfleger 1981, 405; NJW 1989, 173.

Grenzen hinaus würde in den grundgesetzlich geschützten Kernbereich der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) eingreifen, den Grundsatz der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) beeinträchtigen und letztlich zur redaktionellen Überprüfung von Satzungen führen, die dem Registergericht gerade nicht gestattet ist.<sup>14</sup>

*„Auch das Bestreben, rechtliche Fehlleistungen abzufangen, rechtfertigt ein umfassendes Prüfungsrecht nicht. Dies gehört nicht zu den Aufgaben des Registergerichts (Mummenhoff a.a.O. Seite 96), das übermäßig und sachfremd belastet und in die Rolle des Rechtsberaters gedrängt würde, für die jede gesetzliche Grundlage fehlt (Köln a.a.O.). Dies führt auch – wie gerade der vorliegende Fall zeigt – dazu, daß der Registerrichter grundsätzlich andere Funktionen auszuüben hat. Außerdem bringt eine vom Registerrichter durchgeführte materiellrechtliche Überprüfung keinerlei prozeßökonomischen Gewinn, da mangels jeglicher Verbindlichkeitswirkung seine Auffassung über eine bestimmte materiellrechtliche Frage in einem späteren Zivilprozeß völlig unerheblich ist (Köln a.a.O.). Auch wenn der Registerrichter eine bestimmte Regelung der Satzung für wirksam gehalten hat, ist es jedem unbenommen, sie in einem späteren Zivilprozeß in Frage zu stellen und eine abweichende Entscheidung herbeizuführen.“<sup>15</sup>*

Verletzt der vorgesehene Verein *private Rechte Dritter*, kann der Registerrichter die Eintragung grundsätzlich nicht ablehnen, auch dann nicht, wenn die Verletzung offensichtlich ist; es erfolgt auch keine nachträgliche Löschung. Das gilt etwa, wenn § 12 BGB verletzt ist, weil der Name eines schon existierenden nichtrechtsfähigen Vereins benutzt werden soll.<sup>16</sup>

Das Registergericht ist nicht befugt, in den künftigen Streit zweier Privater einzugreifen und dem einen die Erlangung der Rechtsfähigkeit zu versagen. Bei Namensverletzungen steht dem Verletzten ein effizienter Rechtsschutz im Prozessverfahren zur Verfügung. Auch § 57 Abs. 2 BGB ist nur Ordnungsvorschrift, die zwar vom Registergericht zu beachten ist, aber dann, wenn die Eintragung entgegen dieser Vorschrift vorgenommen wurde, das Registergericht nicht dazu ermächtigt, die Eintragung rückgängig zu machen oder den Verein am Gebrauch des Namens zu hindern. Nicht zu prüfen hat das Registergericht auch, ob bei einem Verein, der sich als Sozialeinrichtung eines Unternehmens darstellt, das Mitbestimmungs-

---

14 OLG Köln NJW 1989, 173; BayObLG BB 1983, 83.

15 OLG Köln NJW 1989, 173.

16 RGZ 104, 341 (343); BayObLG NJW-RR 1993, 184 (185); BayObLGZ 1986, 370 = DNotZ 1987, 353 (355); BGHZ 8, 318 (321) = NJW 1953, 577 (578); OLG Jena NJW-RR 1994, 694 (699).

recht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVerfG beachtet worden ist.<sup>17</sup>

c) Zusammenfassung

Eine volle materielle Prüfungspflicht besteht somit nur bei den gesetzlichen Mindestanforderungen an die körperschaftliche Organisation, nämlich beim Zweck des Vereins und bei den in den §§ 56-59 BGB genannten Eintragungsvoraussetzungen. Ist eine der in §§ 56-59 BGB vorgeschriebenen Regelungen zwar wirksam, aber *unzweckmäßig*, *unklar* oder *redaktionell überarbeitungsbedürftig*, besteht, wie bereits oben unter b) allgemein gesagt, kein Zurückweisungsrecht des Registerrichters.<sup>18</sup>

Selbst dort, wo an sich ein volles (materiell-rechtliches) Prüfungsrecht und, dementsprechend, eine volle (materiell-rechtliche) Prüfungspflicht des Gerichts besteht, muss das Gericht nicht ins Blaue hinein Ermittlungen über die Rechtswirksamkeit der Satzung anstellen. Zwar handelt es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und für dieses schreibt § 26 FamFG Amtsermittlung vor. Nach einhelliger Ansicht in Theorie und Praxis sind amtswegige Ermittlungen jedoch nur anzustellen, wenn, sei es aus der Anmeldung und den ihr beigefügten Unterlagen selbst, sei es aus anderen Umständen (etwa Einwendungen von Vereinsmitgliedern), Bedenken gegen die Richtigkeit des Anmeldeinhalts sich ergeben; dann hat ihnen das Registergericht nachzugehen und die Wirksamkeitsfragen für sich selbständig zu entscheiden. Diese selbständige Entscheidung ist dann aber auch geboten.

*„Dem Registergericht neben der formellen Prüfungspflicht auch ein beschränktes sachliches Prüfungsrecht zuzuerkennen, gebietet sich schon deshalb, weil der Inhalt des Vereinsregisters zwar nicht allgemein öffentlichen Glauben besitzt, aber die Sonderbestimmungen der §§ 68, 69, 70 BGB eine gewisse Annäherung daran enthalten und die Eintragungen immerhin die Vermutung der Richtigkeit der eingetragenen Tatsache begründen. Dem Zweck des Vereinsregisters wäre nicht genügt, wenn in dieses ungeprüft Tatsachen eingetragen werden müssten, gegen deren Richtigkeit begründete Zweifel hervorgetreten sind.“<sup>19</sup>*

---

17 LG Augsburg Rpfleger 1975, 87; Arnold in MüKoBGB § 60 Rn. 3; Habermann in Staudinger BGB § 60 Rn. 3.

18 Vgl. nur OLG Köln NJW 1992, 1048; OLG Hamm NJW-RR 1995, 119 ; OLG Köln Rpfleger 1995, 163 (165).

19 BayObLGZ 1963, 15 (17); ebenso KGJ 41, 157 (160); OLG Hamburg OLGE 32, 335; NJF 11, 175.

### 3. Speziell § 9 c GmbHG

#### a) Ausgangspunkt

Für die GmbH (erst recht natürlich für die AG) ist die Prüfungspflicht des Registergerichts im Vergleich zum Verein im Prinzip noch einmal intensiviert. Der Grund dafür liegt in den einschneidenden Folgen, die die Eintragung für die Gesellschaft, die Gesellschafter und für Außenstehende hat. Erst mit Eintragung entsteht die Gesellschaft als solche. Gleichzeitig werden mit ihr die meisten Gründungsmängel entweder geheilt oder sie können nunmehr nur noch nach Maßgabe der restriktiven Verfahrensvorschriften des FamFG geltend gemacht werden, wobei Fehler insoweit regelmäßig nicht zur Vollbeendigung führen, sondern zunächst das Liquidationsverfahren der §§ 60 ff. GmbHG in Gang setzen. Für die Gläubiger zentral ist die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG), die ebenfalls erst mit der Eintragung eintritt. Vorgegeben ist der richterlichen Kontrolle die Belehrung und Beratung durch den Notar bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags gemäß § 2 GmbHG, der regelmäßig ebenfalls bereits das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen und die Einreichung der erforderlichen Unterlagen überwacht.

Die GmbH soll somit einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle unterzogen werden, bevor sie am Rechtsverkehr teilnehmen kann. In diesem sog. *Normativsystem* findet die Prüfung des Registergerichts nach heute vorherrschender Auffassung ihre legitimierende Grundlage und nicht im Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG, der nur als Instrument der Prüfung dient und nicht ihren Umfang definiert.

Die Prüfungspflicht des Registergerichts korrespondiert mit seinem Prüfungsrecht. Anders formuliert: Das Prüfungsrecht geht in seinem Umfang nicht über die Prüfungspflicht hinaus. Vielmehr haben die Gesellschafter bei Erfüllung der Voraussetzungen einen auch grundrechtlich gestützten (Art. 9 Abs. 1 GG) Anspruch auf unverzügliche Eintragung. Auf Zweckmäßigkeit, Klarheit, hinlängliche Kapitaldecke, Risikogeneignetheit, Interessengerechtigkeit und Lebensfähigkeit darf das Gründungsprojekt nicht geprüft werden. Das Gericht ist nicht zur Rechtsberatung der Beteiligten berufen. Es ist auch nicht Aufgabe des Gerichts, als staatliche Stelle zur Vorabverhütung unzulässiger Vertragsklauseln zwischen Privaten zu fungieren.<sup>20</sup>

---

20 Begründung RegE bei Einführung des § 9 c Abs. 2 GmbHG, BT-Drs. 13/8444, 75 ff. = ZIP 1997, 997 (999).

b) Details

Die Kontrolle durch den Richter ist inhaltlich umfassend und erstreckt sich auf sämtliche formellen und materiellen gesetzlichen Eintragungsvoraussetzungen, also nicht nur auf die eintragungs- und veröffentlichungspflichtigen Umstände; nicht nur auf Normen des GmbHG, sondern auf die Einhaltung aller zwingenden Vorschriften in- und außerhalb des GmbHG; nicht nur auf die bei Eintragung nicht geheilten Mängel, sondern auch auf Mängel, die bei Eintragung geheilt würden.

Im Grunde sagt gerade die einschränkende Norm des § 9 c Abs. 2 GmbHG, was an sich alles geprüft und abgelehnt werden darf, nämlich alle fehlenden, nichtigen und fehlerhaften Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags. Ohne diesen Ausgangspunkt bedürfte es der Bestimmung des § 9 c Abs. 2 GmbHG überhaupt nicht. Neben den §§ 104 ff., 145 ff. BGB sind auch sonstige außergesellschaftsrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen des Gesellschaftsvertrags zu überprüfen, wie etwa die spezifischen gesetzlichen Anforderungen für bestimmte Gewerbezweige wie Bank- und Versicherungsgeschäfte; nach richtiger, aber sehr umstrittener Ansicht jedoch nicht die Einhaltung ausländischer Vorschriften.<sup>21</sup>

c) Die Vorschrift des § 9 c Abs. 2 GmbHG

Die durch das Handelsrechtsreformgesetz 1986 eingeführte Norm des § 9 c Abs. 2 GmbHG verfolgt das Ziel, das Registerverfahren durch Reduzierung der richterlichen Inhaltskontrolle auf das gebotene Maß zu beschleunigen und zu vereinheitlichen und das Registergericht zu entlasten.<sup>22</sup> Vor allem können nunmehr Fehler im Hinblick auf *fakultative Satzungsbestimmungen*, solche also, die keine zwingenden Bestandteile des Gesellschaftsvertrags sind, nur noch in dem durch § 9 c Abs. 2 GmbHG beschriebenen Umfang zur Ablehnung der Eintragung führen. Ob das gesetzgeberische Ziel einer Verfahrensbeschleunigung erreicht wurde, wird weithin skeptisch beurteilt, zumal nach dem Verständnis des Reformgesetzgebers selbst aufgrund des § 139 BGB die Unwirksamkeit einzelner (auch fakultativer) Klauseln im Zweifel die Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrags gemäß § 9 c Abs. 2 Nr. 3 GmbHG zur Folge hat. Die Unwirksamkeit fakultativer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags führt somit dann zur Nicht-

---

21 Vgl. zB *Wicke* in *MüKoGmbHG* § 9 c Rn. 16 mwN.

22 BT-Drs. 13/8444, 75 ff. = ZIP 1997, 997 (999).

eintragung und damit zur Nichtentstehung der juristischen Person, wenn sie über § 139 BGB Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags zur Folge hat oder auf einer Norm beruht, die dem Schutz der Allgemeinheit dient.

Eine Eintragung darf nicht erfolgen, wenn der Mindestinhalt des § 3 Abs. 1 GmbHG nicht oder unvollständig oder mangelhaft vereinbart wurde. Zu diesem Mindestinhalt gehören der Zweck der Gesellschaft und der Unternehmensgegenstand, der Sitz, die Festsetzung des Stammkapitals und die Firma. Die Eignung der Firma zur Irreführung wird nach § 18 Abs. 2 S. 2 HGB nur berücksichtigt, wenn sie „ersichtlich“ ist. Die registerrechtliche Prüfung soll auf ein Grobraster beschränkt und damit von umfangreichen Beweisaufnahmen entlastet sein. Die Feinabstimmung soll im Rahmen von firmen- und wettbewerbsrechtlichen Privatklageverfahren erfolgen und damit den betroffenen Privaten überlassen sein.

Die Prüfung erstreckt sich ferner auf Tatsachen und Rechtsverhältnisse, „die in das Handelsregister einzutragen oder von dem Gericht bekanntzumachen sind“ (§ 9 c Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GmbHG). Dazu gehören vor allem die nach § 10 Abs. 1 GmbHG einzutragenden Personen der Geschäftsführer und ihre Vertretungsbefugnis. Der Kontrolle unterliegt ferner eine etwaige gesellschaftsvertragliche Zeitbestimmung (§ 10 Abs. 2 GmbHG).

Nach § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG ist die Eintragung abzulehnen bei Verletzung von Vorschriften, die ausschließlich oder überwiegend dem Schutz der Gläubiger oder sonst dem öffentlichen Interesse dienen. Zur ersten Gruppe gehören namentlich die Bestimmungen zur Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals. Zur zweiten Gruppe (sonstiges öffentliches Interesse) zählen etwa Ordnungswidrigkeiten, Straftatbestände, die Festlegung von Eignungsvoraussetzungen für Geschäftsführer in Abweichung von § 6 Abs. 2 GmbHG, wesentliche Bestimmungen des Mitbestimmungsrechts. § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG ist § 241 Nr. 3 und Nr. 4 AktG nachgebildet, die auf Gesellschafterbeschlüsse der schon existierenden GmbH durch die hM analog angewendet wird. Auffällig ist, dass, anders als in dieser Norm des AktG und anders als (wie oben gezeigt) im Vereinsrecht, im Gründungsstadium eine Unvereinbarkeit „mit dem Wesen der Gesellschaft“ und auch ein Verstoß gegen die guten Sitten bei der GmbH offenbar nicht prüfungsrelevant ist.

Nach § 9 c Abs. 2 Nr. 3 GmbHG hat das Registergericht schließlich zu prüfen, ob das Fehlen oder die Unwirksamkeit einer fakultativen Satzungsregelung die Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags nach sich zieht. Nach hM, die auch der Gesetzgeber des § 9 c Abs. 2 GmbHG vor Augen hatte und als richtig unterstellte, greift die Nichtigkeitsvermutung des § 139 BGB regelmäßig Platz, sofern nicht eine salvatorische Klausel in die Satzung aufgenommen wurde.

Umstritten ist, ob Mängel „*unechter*“ Satzungsbestandteile, insbesondere schuldrechtliche Abreden, zur Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags führen und damit gemäß § 9 c Abs. 2 Nr. 3 GmbHG im Registerverfahren relevant werden. Die Frage dürfte zu verneinen sein.<sup>23</sup> Denn die Beteiligten haben die freie Wahl, ob sie einen Gegenstand als korporative Vereinbarung und damit in der Satzung oder auf schuldrechtlicher Basis außer und neben der Satzung regeln. Wenn das so ist und selbst zentrale Regelungen für die GmbH der schuldrechtlichen Regelung offen stehen, kann die mehr oder weniger zufällige Regelung in der Satzung nicht zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft iSd § 139 BGB führen.

#### 4. Umfang der stiftungsbehördlichen Prüfungspflicht im Besonderen

##### a) Unwirksamkeit zwingender Satzungsinhalte und des Stiftungsgeschäfts im Ganzen

§ 81 Abs. 2 S. 1 BGB gibt der Anerkennungsbehörde nicht nur das Recht zur Überprüfung des Stiftungsgeschäfts, er macht ihr diese Prüfung auch zur Pflicht.<sup>24</sup>

§ 80 Abs. 2 S. 1 BGB spricht von der Prüfung, ob das Stiftungsgeschäft „den Anforderungen des § 81 Abs. 1 genügt“. Diese Formulierung könnte den Eindruck erwecken, als ob die Behörde nur rein formell und äußerlich

---

23 So auch, mwN, *Wicke* in MüKoGmbHG § 9 c Rn. 27.

24 Grundlegend anders wohl BVerwGE 29, 314 = NJW 1969, 339: Im Genehmigungsverfahren (heute: Anerkennungsverfahren) werde geprüft, ob der Stiftung öffentliche Interessen entgegenstehen. „Dagegen ist die Genehmigungsbehörde nach §§ 80 ff. nicht berufen, einen Streit oder gar einen Rechtsstreit über die Gültigkeit des Stiftungsgeschäfts zu entscheiden. Hat das Stiftungsgeschäft Mängel, so wird die Genehmigungsbehörde auf deren Beseitigung hinwirken können. Einen Streit der Beteiligten über die Gültigkeit des Stiftungsgeschäfts hat die Genehmigungsbehörde nicht zu entscheiden. Hierfür ist vielmehr das Zivilgericht zuständig. Die Genehmigungsbehörde hat nur über öffentlich-rechtliche Fragen zu befinden. Gewiß mag der Umstand, daß ein neues Rechtssubjekt entsteht und daß die Genehmigung öffentlich – meist in den Gesetz- oder Amtsblättern – bekanntgemacht wird, Anlaß für die Behörde sein, mit der Genehmigung bis zur Beseitigung von Mängeln des privaten Stiftungsgeschäfts zuzuwarten oder die Genehmigung wegen der Nichtbeseitigung abzulehnen. Doch braucht hierauf nicht abschließend eingegangen zu werden, weil hier nicht um die Genehmigung einer Stiftung ..., sondern deren Widerruf gestritten wird.“

zu prüfen hätte, ob die Schriftform eingehalten, eine Erklärung mit dem Inhalt des § 81 Abs. 1 S. 2 BGB abgegeben und eine Satzung mit einer Regelung der in § 81 Abs. 1 S. 3 BGB genannten Punkte vorgelegt wurde, und als käme es auf die materielle Wirksamkeit des Stiftungsaktes (§ 81 Abs. 1 S. 2 BGB), der Bestimmungen zu den in § 81 Abs. 1 S. 3 BGB genannten Punkten und der sonstigen Inhalte des Stiftungsgeschäfts nicht an. Für eine solche Lösung könnte zudem die Erwägung sprechen, dass die Anerkennungsbehörde in aller Regel vom allgemeinen Zivilrecht (§§ 104 f., 106 ff., 116 ff., 119 ff. BGB) nur geringe Kenntnisse haben wird. Im Ergebnis muss die Behörde jedoch auch die materielle Wirksamkeit der in § 81 Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB angesprochenen Punkte überprüfen. Wenn das Gesetz vom „Stiftungsgeschäft“ (§§ 80 Abs. 1 und Abs. 2, 81 BGB) und von „Regelungen“ (§ 81 Abs. 1 S. 3 BGB) spricht, meint es stets das wirksame Stiftungsgeschäft und wirksame Regelungen. Außerdem wäre mit einem voll oder teilweise unwirksamen Stiftungsgeschäft die „dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks“ (§ 80 Abs. 2 S. 1 BGB) nicht mehr gesichert. Das letztere heißt nun freilich nicht umgekehrt, dass die erste der in § 80 Abs. 2 S. 1 BGB genannten Anerkennungs Voraussetzungen eigentlich überflüssig wäre. Die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungsgeschäfts kann nämlich auch bei einer Teilunwirksamkeit des Stiftungsgeschäfts noch gesichert erscheinen.

Übrigens darf und muss die Behörde nicht nur stiftungsrechtsspezifische Unwirksamkeitsgründe prüfen, sondern sämtliche Gründe, die das Stiftungsgeschäft ganz oder teilweise unwirksam machen können. Dazu gehören neben den zivilrechtlichen auch öffentlich-rechtliche Gründe (zB fehlende Genehmigung für den konkreten Stiftungszweck).

Was die Einzelheiten der behördlichen Prüfungspflicht angeht, so bleiben freilich noch einige Fragen zu klären. Dazu sogleich unter c) - e).

## b) Umfang der stiftungsbehördlichen Prüfungspflicht im Allgemeinen

An welcher Norm soll sich die Bestimmung der aner kennungsbehördlichen Prüfungspflicht bei der Errichtung der Stiftung in den Einzelheiten orientieren? An der des § 60 BGB oder an der des § 9 c GmbHG? Dürfen diese Normen überhaupt zu Rate gezogen werden, obwohl sie doch auf dem Normativsystem beruhen, dessen Kontrolle sich in einem richterlichen Verfahren vollzieht, wenn auch nur in einem solchen der freiwilligen Gerichtsbarkeit? Obwohl es bei ihnen um die Eintragung in ein Register geht, das immer, wenn auch mal mehr (GmbHG), mal weniger (Verein), Publizitätswirkung entfaltet? Obwohl es bei der Stiftung keine Mitglieder