

VOLLTEXTSERVICE

Wer kann gegen Maßnahmen von Stiftungsorganen vorgehen?

OLG Frankfurt, Urteil vom 25.09.2018, Az. 5 U 130/18

Gründe

(abgekürzt gemäß §§ 313a Abs. 1 Satz 1, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO)

I.

Die Verfügungskläger (künftig Kläger) begehren den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Verfügungsbeklagten (künftig: Beklagten) aufgegeben werden soll, einen beim Regierungspräsidium Stadt1 als Stiftungsaufsicht eingereichten Antrag auf Genehmigung einer Verfassungsänderung der Klägerin zu 1) zurückzunehmen und keine sonstigen Schritte zur Umsetzung der Verfassungsänderung vorzunehmen.

Die Klägerin zu 1) ist eine 1877 als "Krankenhaus2" gegründete rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts mit Sitz in Stadt2 und Trägerin des Krankenhauses1 in Stadt2 mit den dazugehörigen Nebenbetrieben und Einrichtungen.

Wegen der aktuellen Verfassung [Satzung i. S. v. § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB] der Klägerin zu 1) vom 20.5.2015 wird auf die Anlage AG 1 Bezug genommen.

Der Kläger zu 2) ist der Stiftungsvorstand, der verfassungsgemäß die Stiftung nach Maßgabe der Gesetze, der Stiftungsverfassung und der Beschlüsse des Stiftungsrates in eigener Verantwortung leitet und die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich vertritt (§ 11 Nr. 1 Satz 1, Nr. 2 Satz 1 der Verfassung).

Der Kläger zu 3) war bis zu seinem altersbedingten Ausscheiden im September 2018 Mitglied, die Kläger zu 4. und 5) sind die verbliebenen Mitglieder des Stiftungsvorstandes. Der Verfügungsbeklagte (künftig: Beklagter) ist der Stiftungsrat. Ende November 2016 erfuhr der Stiftungsvorstand, dass sich der Stiftungsrat mit dem Gedanken trägt, die Verfassung der Stiftung zu ändern und u. a. den Vorstand "zu professionalisieren", zu welchem Zweck der derzeitige Vorstand abberufen und ein neuer Vorstand bestehend aus Angestellten der Stiftung berufen werden soll.

Über die Zulässigkeit der angestrebten Verfassungsänderung bestehen zwischen dem Stiftungsvorstand und dem Stiftungsrat unterschiedliche Auffassungen.

Das Regierungspräsidium Stadt1 als zuständige Stiftungsaufsicht vertrat im Schreiben vom 7.3.2017 (Anl. AG 2) die Auffassung, dass der vom Stiftungsrat geplanten Satzungsänderung, insbesondere der Abberufung des bisherigen Stiftungsvorstands und der Einsetzung eines neuen hauptamtlichen Vorstands gemäß § 16 der geänderten Verfassung keine Bedenken entgegenstehen.

WINHELLER
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Tower 185
Friedrich-Ebert-Anlage 35-37
60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80
Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-Mail: info@winheller.com
Internet: www.winheller.com

Frankfurt | Karlsruhe | Berlin
Hamburg | München

Unter dem 12.6.2018 lud der Vorsitzende des Stiftungsrates zur "nächsten Sitzung des Stiftungsrates" am 27.6.2018 ein. Gegenstände der Tagesordnung waren unter anderem der Bericht des Vorstandsvorsitzenden, der Quartalsbericht 1/2018 und Verschiedenes.

Am 14.6.2018 lud der Stiftungsratsvorsitzende mit einer E-Mail, die nur an die drei Vorstandsmitglieder gerichtet war, zu einer Stiftungsratssitzung am 21.6.2018 ein. Er übersandte zwar keine Tagesordnung, teilte jedoch mit, dass in dieser Sitzung eine Verfassungsänderung beabsichtigt sei und fügte einen Entwurf einer geänderten Verfassung mit Datum 4.6.2018 sowie eine Vergleichsversion bei (Anl. AG 6).

Den Vorstandsmitgliedern, die am 21.06.2018 nicht zur Sitzung des Stiftungsrates erschienen, wurde eine Niederschrift über die Sitzung des Stiftungsrates am 21.6.2018 (Anl. AG 7) zugeleitet, auf die verwiesen wird.

Die Antragsteller haben die Auffassung vertreten, der am 21.6.2018 gefasste Beschluss des Stiftungsrates, die Verfassung der Stiftung dahingehend zu ändern, dass der im Sinne des Stifterwillens ehrenamtlich tätige Vorstand durch einen aus Angestellten der Stiftung bestehenden Vorstand ersetzt wird und die bisherigen, ehrenamtlich tätigen Vorstandsmitglieder abberufen werden, leide an wesentlichen Mängeln der Form und sei auch inhaltlich unzulässig.

Die Vorschriften der Stiftungsverfassung zur Einladung des Stiftungsvorstandes zur Sitzung des Stiftungsrates seien nicht beachtet worden.

Die geplante Änderung der Stiftungsverfassung sei nichtig, weil sie gegen die Stiftungsverfassung und das Gesetz verstoße. Dies sei namentlich hinsichtlich der Einsetzung eines hauptamtlichen Vorstandes anstelle eines ehrenamtlich tätigen, der Zuweisung des Vertreters der Stadt3 ausschließlich zum Stiftungsrat sowie wegen der Altersgrenze der Fall.

Der Verfügungsbeklagte sei zur Vorlage der Verfassungsänderung an das Regierungspräsidium Stadt1 als Stiftungsaufsicht schon gar nicht befugt gewesen.

Der Beklagte ist dem Antrag entgegen getreten.

Er hat geltend gemacht, der Kläger zu 2) und er selbst - der Beklagte - seien nicht parteifähig. Er sei zu der beschlossenen Verfassungsänderung befugt gewesen, die Ehrenamtlichkeit der Stiftungsorgane sei nie Wesensmerkmal der Stiftung gewesen, ein Recht der Stadt3 nicht verletzt worden. Ein Verfügungsgrund bestehe nicht, weil die Kläger zu 3) bis 5) bereits seit Jahren wüssten, dass der Stiftungsrat eine Professionalisierung des Stiftungsvorstandes anstrebe und hierzu auch eine Änderung der Verfassung beabsichtige.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, auf das verwiesen wird, den Antrag für - insgesamt - zulässig, aber unbegründet gehalten. Ein Verfügungsanspruch bestehe nicht. Der Antrag müsse vom Antragsgegner nicht zurückgenommen werden, weil das HStiftG ihm die Befugnis verleihe, nachdem er gemäß Verfassung zu (einfachen) Verfassungsänderungen berufen sei.

Die Verfassungsänderungen seien unter keinem von den Klägern gerügten Aspekt unwirksam.

Nach Einlegung der Berufung hat das VerwG, das die Kläger zu 1. und 2. ebenfalls um einstweiligen Rechtsschutz - Erlass einer einstweiligen Anordnung - ersucht haben, mit Beschluss vom 27.08.2018 den Antrag, dem Regierungs-

präsidium Stadt 1 als Stiftungsaufsicht aufzugeben, vorläufig nicht gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3. HStiftG über die "Satzungsänderung" zu entscheiden - als unzulässig zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss haben ausweislich ihrer Angabe im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Antragssteller Rechtsmittel eingelegt.

Die Kläger suchen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung zu erreichen mit dem Antrag,

auf die Berufung der Verfügungsgläubiger das Urteil des Landgerichts Gießen vom 11.07.2018 zu 3 0 250/18 abzuändern und

1.

dem Berufungsbeklagten aufzugeben, den mit Schreiben vom 25.06.2018 beim Regierungspräsidium Stadt 1 als Stiftungsaufsicht angebrachten Antrag auf Genehmigung der in seiner Sitzung am 21.06.2018 beschlossenen Verfassungsänderungen zurückzunehmen,

2.

dem Berufungsbeklagten zu verbieten, vor rechtskräftigem Abschluss des Feststellungsrechtsstreits zwischen Verfügungsgläubiger und Verfügungsschuldner Schritte zur Umsetzung der von ihm in seiner Sitzung am 21.06.2018 beschlossenen Verfassungsänderung zu unternehmen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen, der gegenüber er die angefochtene Entscheidung verteidigt.

II.

Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und auch sonst zulässig, aber nicht begründet, die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO), wie auch keine nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen vorliegen, die eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO).

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung (§§ 935, 940 ZPO) liegen nicht vor.

Das Berufungsvorbringen gemäß der in der Berufungsschrift vom 10. August 2018 (Bl. 74 bis 90 d. A.) gegebenen Berufungsbegründung sowie im Schriftsatz vom 21.09.2018 (Bl. 179 ff d. A.), auf den verwiesen wird, rechtfertigt eine abweichende Beurteilung gegenüber der Entscheidung des Landgerichts letztlich nicht.

Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist eröffnet, § 13 GVG. Die Verfügungsklageanträge betreffen eine Streitigkeit auf dem Gebiet des Privatrechts, die vor den ordentlichen Gerichten auszutragen ist. Über die zivilrechtliche Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Änderungen einer Stiftungssatzung und der sich hieraus für die Stiftung und ihre Organe bzw. deren Mitglieder resultierenden Folgen, wie sie zwischen Privatrechtssubjekten (vorbehaltlich Fragen der Parteifähigkeit) hier im Streit ist, haben die ordentlichen Gerichte zu befinden (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1987 - III ZR 26/85 -, BGHZ 99, 344-358, Rn. 19, Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 31. August 1994 - 13 U 33/93 -, Rn. 34, juris).

Das Begehren der Klägerin zu 1. ist zulässig ungeachtet des Umstands, dass während des Berufungsverfahrens am 9. September 2018 unstreitig der Kläger zu 3. mit Vollendung des 67. Lebensjahres gemäß § 10 Ziffer 2. der Verfassung der Klägerin zu 1. in der bisherigen Fassung vom 20. Mai 2015 (Anlage K 1) aus dem Vorstand, der gemäß § 11 Nr. 2 der bisherigen Verfassung die Stiftung auch gerichtlich vertritt, ausgeschieden ist. Zwar besteht der Vorstand deshalb nicht mehr aus drei, wie nach § 10 Nr. 1 der Satzung in der bisherigen Fassung vorgeschrieben, sondern lediglich noch aus zwei Personen.

Ungeachtet der Frage, ob der Beklagte entsprechend seiner verfassungsgemäßen Pflicht, die Mitglieder des Vorstands zu berufen (§ 9 Nr. 2. lit. a) der bisherigen Verfassung) ein weiteres (Ersatz-)Mitglied zu bestellen hat - was, wie auf entsprechende Frage im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom Beklagten mitgeteilt wurde, noch nicht geschehen ist -, oder welche Konsequenzen sich in Ansehung der Vorschriften der §§ 29, 86 BGB ergeben könnten, ist ein etwaiger Mangel der Vertretungsbefugnis des nun unterbesetzten Vorstands, also der Prozessfähigkeit der Klägerin zu 1. vorliegend mit Rücksicht darauf verfahrensrechtlich irrelevant, dass die Klägerin zu 1. bei Eintritt des Mangels bereits durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war und dieser einen Aussetzungsantrag nicht gestellt hat (§ 246 Abs. 1 ZPO).

Auf die Frage des Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung hat der Prozessbevollmächtigte erklärt, dass aus dem Ausscheiden des Klägers zu 3. aus dem Vorstand prozessuale Konsequenzen nicht gezogen werden sollen.

Der Antrag des Klägers zu 3. ist mit Rücksicht auf sein Ausscheiden jedenfalls unzulässig, ohne dass dies klägerseitig zum Anlass genommen worden ist, insoweit einseitig das Eilverfahren für erledigt zu erklären (vgl. § 91 a ZPO). Dem Kläger zu 3. fehlt nunmehr bereits das Rechtsschutzbedürfnis für das Verfügungsklagebegehren. Der Kläger zu 3. ist in eigener Person durch die vom Beklagten beschlossene Verfassungsänderung nicht mehr in eigenen Rechten betroffen, seine hieraus folgende etwaige Beschwer ist entfallen. Die Gültigkeit der Satzung in der bisherigen Fassung ist nicht im Streit, weshalb mit Verweis auf den Streit um die in der beabsichtigten Neufassung diesbezüglich vorgesehene Regelung die Fortdauer des Rechtsschutzbedürfnisses nicht gerechtfertigt werden kann.

Der Antrag des Klägers zu 2., des Stiftungsvorstands, ist ebenfalls unzulässig. Er scheidet bereits daran, dass ihm, nicht hingegen dem Beklagten die Parteifähigkeit (§ 50 Abs. 1 ZPO) fehlt.

Organe juristischer Personen können im Zivilprozess nur die Stellung von gesetzlichen Vertretern haben und nicht selbst Partei sein. Partei ist allein der Vertretene (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 14. September 2017 - 16 U 1/17 -, Rn. 34, juris). Der Kläger zu 2. und der Beklagte sind gemäß § 6 Nr. 1. lit a) und b) der Verfassung Organe der Stiftung, der Klägerin zu 1.

Im Verhältnis zwischen Kläger zu 2. und Beklagtem liegt folglich ein sog. Inter-Organstreit vor. Aus dem zivilprozessualen Erfordernis des Parteiengegensatzes folgt die zwingende Notwendigkeit einer Personenverschiedenheit von Kläger und Beklagtem, so dass Organstreitverfahren innerhalb eines Rechtsträgers nur ausnahmsweise aufgrund einer besonderen Ermächtigung zuzulassen sind (vgl. BGH, Urteil vom 02. Juli 2007 - II ZR 111/05 -, Rn. 57, juris).

Allerdings bedingt die Mitgliederlosigkeit der Stiftung die besondere Gefahr eines Kontrolldefizits und damit die Schutzlosigkeit der Stiftung vor rechtswidrigem Verhalten der Stiftungsbeteiligten, insbesondere der Stiftungsorgane (vgl. Roth in MHdB GesR VII, 5. Aufl. 2016, § 103, Rn. 28), weshalb dem vom Stifter durch entsprechende Satzungs-gestaltung entgegengewirkt werden kann (vgl. Roth in MHdB GesR aaO., § 103, Rn. 28).

Dem Vorstand wird von der Verfassung der Klägerin zu 1. eine Klagebefugnis als Organ jedoch nicht eingeräumt.

In der stiftungsrechtlichen Literatur wird anders als im Aktienrecht nicht näher erörtert, ob und wie ggf. die Stiftungsorgane selbst einen Beschlussmangel (Das Vorliegen eines solchen Mangels ist Vorfrage der Verfügungsanträge) geltend machen können. Hier wie dort sind die Grundsatzfragen eines Inter-Organstreits allerdings identisch (vgl. Roth in MHdB GesR VII, § 106, Rn. 14).

Im Recht der Aktiengesellschaft wird von der lange Zeit herrschenden und auch heute noch weit verbreiteten Auffassung verneint, dass es eine rechtliche Grundlage oder ein praktisches Bedürfnis für Interorganklagen gebe (vgl. Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018; § 90, Rn. 18).

Dort wird die Auseinandersetzung um Organklagen (konkret: für die Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat gem. § 90 AktG) aber dadurch entschärft, dass auch die Interorganklagen ablehnende Auffassung zumindest der Aktiengesellschaft selbst das Recht einräumt, die Berichtspflicht des Vorstands einzuklagen (vgl. Hüffer/Koch, aaO., § 90 Rn. 19), wobei nach ganz h. M. die Erfüllung der Berichtspflicht direkt mit einer Klage der AG, gem. § 112 vertreten durch den Aufsichtsrat, gegen die Mitglieder des Vorstands als notwendige Streitgenossen durchzusetzen sei (vgl. Hüffer/Koch AktG, 13. Aufl. 2018, § 90 Rn. 15).

Burgard (Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, § 11 C., III. 1, S. 283) verneint demgemäß die Frage, ob sich Organe als Parteien in einem Zivilprozess gegenüber stehen können, sie können zufolge dieser Auffassung grundsätzlich nicht Kläger und Beklagter sein (ders., S. 284).

Allerdings - insoweit wieder in Übereinstimmung mit der aktienrechtlichen Beurteilung - kann das Organ im Namen der juristischen Person klagen (Burgard, S. 284), wobei es nicht darauf ankommt, ob dem Organ generell Vertretungsmacht eingeräumt ist (entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des § 30 Satz 2 BGB, wie vor).

Daher muss es im Stiftungsrecht Organklagen in dem Sinne geben, dass jedes Organ innerhalb des zugewiesenen Geschäftskreises befugt ist, namens der Stiftung gegen seiner Meinung nach pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen der Mitglieder eines anderen oder auch desselben des Organs gerichtlich vorzugehen (aaO; S. 286). Die Stiftung, vertreten durch ihr verfassungsgemäßes Vertretungsorgan, ist allerdings in allen stiftungsrechtlichen Streitigkeiten klagebefugt (vgl. Roth in MHdB GesR VII, § 103 Rn. 21).

Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass eine Parteifähigkeit des Klägers zu 2. mit Rücksicht darauf nicht anzuerkennen ist, dass der Vorstand hier zugleich namens der Stiftung gegen den Stiftungsrat, den Beklagten, vorgeht.

Nicht zweifelhaft ist, dass der Vorstand hierbei innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises handelt. Er hat nach § 11 Nr. 1. Satz 2 der Satzung im Einvernehmen mit dem Stiftungsrat dafür zu sorgen, dass der in § 2 der Satzung genannte Zweck der Stiftung und der Charakter der Stiftung erhalten bleiben.

Mit der Rüge, dass vorliegend beabsichtigte Verfassungsänderungen einer Zweckänderung gleichstehen und nicht ohne Mitwirkung des Stiftungsvorstandes gemäß § 14 Abs. 1 der Stiftungsverfassung hätten getroffen werden können (Bl. 82 d. A.), machen die Kläger gerade geltend, vorliegend sei ein Einschreiten zur Verteidigung des dem Stifterwillen, der den Änderungen, namentlich der Umwandlung des Ehrenamtes in einen hauptamtlich tätigen, besoldeten Vorstand, entgegenstehe (Bl. 84), entsprechenden Stiftungszwecks, geboten.

Damit fehlt die prozessuale Rechtfertigung für die Anerkennung der Parteifähigkeit des Klägers zu 2., der daher nicht neben der Stiftung, der Klägerin zu 1., als Klagepartei agieren kann.

Demgegenüber steht die Parteifähigkeit der Klägerin zu 1. als rechtsfähiger Stiftung des Privatrechts (§ 80 BGB) und der Kläger zu 4. bis 5. als natürliche Personen nicht in Zweifel.

Das gilt hier auch für den Beklagten. Da die Stiftung auf Klägerseite agiert, kommt als Gegner schon logisch nur der Stiftungsrat, der Beklagte, als Partei in Betracht, auch wenn er selbst als Organ der Stiftung gehandelt hat.

Wenn auch im zivilgerichtlichen Beschlussmängelprozess - der so hier auch nicht vorliegt - wie vorstehend ausgeführt im Grundsatz die Stiftung richtiger Klagegegner ist, ist ebenfalls anerkannt, dass, sollte die Nichtigkeit von einem anderen als dem beschlussfassenden Stiftungsorgan geltend gemacht werden, nicht die Stiftung, sondern das andere Organ richtiger Klagegegner ist (vgl. Roth in MHdB GesR VII, § 106, Rn. 12).

Das muss erst recht gelten, wenn der Beschlussmangel bzw. - wie hier - die sich aus dessen vermeintlichem Vorliegen ergebenden Rechtsfolgen von der juristischen Person, der Stiftung, selbst geltend gemacht werden.

Anders als der Klägerin zu 1., bei der das Vorliegen dieser Prozessvoraussetzung (vgl. dazu Zöller/Althammer, ZPO, 32. Aufl. 2018, vor § 50, Rn. 16, 17) nicht zweifelhaft ist, fehlt den Klägern zu 4. und 5. die Prozessführungsbefugnis (vgl. dazu Zöller/Althammer, ZPO, 32. Aufl. 2018, vor § 50, Rn. 16, 17).

Die Kläger zu 4. und 5. sind die verbliebenen Mitglieder des Vorstands der Klägerin zu 1.

Die Frage, ob neben der juristischen Person unter Beteiligung sämtlicher (verbliebener) Vorstandsmitglieder als Angehörigen des Vertretungsorgans auch den Vorstandsmitgliedern selbst individuell ein eigenes Recht zuzubilligen ist, Rechte der Stiftung wahrzunehmen, ist zu verneinen.

Für einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft hat der BGH die Befugnis, gegen - nach ihrer Darlegung rechtswidrige - Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstandes im Wege der Klage vorzugehen, verneint, weil die Kontrolle des Vorstandshandelns dem Aufsichtsrat als Kollegialorgan zugewiesen sei (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 1988 - II ZR 57/88 -, BGHZ 106, 54-67, Rn. 35).

Die Mitglieder von Stiftungsorganen sollen als solche nur klagebefugt sein, wenn durch das streitgegenständliche Tun oder Unterlassen in ihre Rechte als Mitglied eines Stiftungsorgans eingegriffen wird, daher vornehmlich bei Kompetenzstreitigkeiten, wenn die Verletzung ihrer mit der Organstellung verbundenen Informations- und Mitwirkungsrechte streitig ist oder Streit über die wirksame Beschlussfassung besteht. Das nehmen die Kläger zu 3. bis 5. zwar für sich in Anspruch (Bl. 6 d. A.).

Die Ausweitung des Kreises der Klagebefugten wird aber mit der aus der Mitgliederlosigkeit resultierenden besonderen Gefährdungslage der Stiftung begründet, die es erfordern soll, das Feststellungsinteresse des einzelnen Organmitglieds wie im Verbandsrecht bereits aus seiner Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit des Organhandels herzuleiten, der Stifterwille soll nicht mangels einer Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung gegen den Willen der handelnden Mehrheit der Organmitglieder "auf der Strecke" bleiben. Deshalb soll das einzelne Organmitglied befugt sein, die Nichtigkeit von Beschlüssen des Organs feststellen zu lassen, dem es angehört (vgl. (Roth in MHdB GesR VII, § 106 Rn. 18).

Darum geht es hier nicht, weil die Kläger zu 4. und 5. das andere Organ der Stiftung, den Beklagten, in Anspruch nehmen.

Eine andere Frage ist, ob das einzelne Organmitglied auch befugt ist, gem. § 256 ZPO die Nichtigkeit - insoweit ist neuerlich anzumerken, dass es vorliegend noch nicht unmittelbar darum, sondern um Ansprüche geht, deren Vorfrage die vom Vorstand behauptete Nichtigkeit des Beschlusses des Stiftungsrates ist - des Beschlusses eines anderen Stiftungsorgans feststellen zu lassen. Das sei zu bejahen, wenn der Einzelne einem Kontrollorgan angehört und zu seinem Pflichtenkreis damit gerade die Rechtmäßigkeitskontrolle des Handelns des anderen Organs gehört, wie umgekehrt aber auch die Mitglieder eines Organs klagebefugt seien, das Beschlüsse anderer Organe ausführen muss (vgl. Roth in MHdB GesR VII, § 106 Rn. 19).

Kontrollbefugnisse hat der Vorstand in Bezug auf den Stiftungsrat nicht, es verhält sich nach § 9 Nr. 1 der Verfassung der Klägerin umgekehrt.

Da die Vorstandsmitglieder durch die Satzungsänderung nicht unmittelbar in ihrer Rechtsstellung betroffen sind, nachdem die nunmehr beschlossene Neufassung der Satzung in § 16 ebenso wenig wie in anderen Bestimmungen keinen Automatismus des Ausscheidens mehr enthält, was ausweislich der im Jahr 2017 diskutierten Fassung vom 22.02.2017 (Anl. AS 9, Bl. 204 ff d. A.) in § 16 [Übergangsregelung] noch der Fall war, die Vorstände also - wie schon bisher - vom Stiftungsrat abberufen werden müssen (§ 9 Nr. 2 lit a) der noch gültigen Satzung wie auch der beschlossenen Neufassung), fehlt es an einem unmittelbaren Eingriff in die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder. Dies konzedieren die Kläger auch, wenn sie vortragen, dass nach Schaffung vollendeter Tatsachen - Genehmigung der Stiftungsaufsicht - die derzeit amtierenden Mitglieder des Stiftungsvorstandes entlassen und ein neuer Vorstand eingesetzt würde (Bl. 2, 87 d. A.), wobei sie bezweifeln (Bl. 87 d. A.), ob der neu berufene Vorstand die Interessen der Stiftung genauso einschätzen werde, wie der derzeitige Vorstand, es müsse vielmehr bezweifelt werden, dass ein neu berufener Vorstand sich bereitfände, gegen die ihn begünstigende Verfassungsänderung (verwaltungs-)gerichtlich vorzugehen (Bl. 87 d. A.).

Da die Vorstände die Verfassungsänderung in der Sache, über etwaige formelle Mängel hinaus, wegen des entgegenstehenden Stifterwillens für nichtig halten, ist eine Beeinträchtigung von Rechtspositionen, die es erforderte und sie berechtigte, neben der Stiftung gegen die beschlossene Verfassungsänderung vorzugehen, nicht ersichtlich. Es besteht kein Bedürfnis hierfür, weil die Interessen der Stiftung vom Vorstand namens der Stiftung als Klägerin zu 1. gewahrt werden.

Das gilt im Ergebnis auch in Bezug auf die behauptete Beeinträchtigung der Position der Stadt B, deren angeblich in der bisherigen Verfassung verankertes Wahlrecht (vgl. § 6 Nr. 3: "Einem der beiden Organe der Stiftung muss der jeweilige Bürgermeister der Stadt B oder ein von diesem ernannter Vertreter <...> angehören", künftig soll er nach § 6 Nr. 3 als stimmberechtigtes Mitglied zeitlich unbefristet in den Stiftungsrat entsandt werden dürfe [vgl. Anl. AG 6, Entwurf vom 4. Juni 2018]) künftig beeinträchtigt werde.

Unbeschadet des Ausscheidens des derzeitigen Bürgermeisters der Stadt³, Kläger zu 3., aus dem Vorstand, war der Kläger zu 3. nicht prozessführungsbefugt.

Die Berufung macht insoweit zu Unrecht geltend, die bisherige Satzung begründe nicht nur ein Recht der Stadt 3, sondern des gegenwärtigen Amtsinhabers persönlich, sich einem der Organe anzuschließen.

Das ist der Entscheidung nicht zugrunde zu legen. Selbst wenn ungeachtet der Regelung in § 70 HessGemO, die für die diesbezügliche Entscheidung eine dahingehende Beschlussfassung des Gemeindevorstands erfordern dürfte, nachdem es sich bei der die Zugehörigkeit zum Vorstand der Stiftung / der Entsendung in den Vorstand nicht um eine laufende Verwaltungsangelegenheit handeln, sondern der Entscheidung besondere Bedeutung zuzumessen sein dürfte, die womöglich sogar in die Zuständigkeit der Gemeindevertretung fallen könnte (§ 9 HessGemO), dem Bürgermeister als solchem das Wahlrecht unabhängig von einer Entschließung der Gemeindevertretung und des Gemeindevorstands zustehen sollte, steht bzw. stand dieses Recht nicht dem aktuellen Amtsträger als persönliches Recht zu, sondern nur in seiner Eigenschaft als Bürgermeister der Stadt³, die er vertritt.

Die Berufung sagt denn auch, das auf den Bürgermeister bezogene Wahlrecht der Stadt 3 sei mit Verfassungsrang für die Stiftung festgelegt (Bl. 85 d. A.). Dieses Recht zu wahren, ist gerade nicht seine persönliche Angelegenheit, sondern eben eine solche der Stadt³, die indessen nicht Partei des Rechtsstreits ist, der derzeitige Bürgermeister ist es nur in seiner Eigenschaft als (ehemaliges) Organmitglied - wie auch die beiden anderen Vorstandsmitglieder.

Das zulässige Begehren der Klägerin zu 1. ist aber in der Sache nicht begründet.

Das Landgericht hat die Frage nach dem Bestehen eines Verfügungsanspruchs geprüft, was dahin zu deuten sein könnte, es habe ihm habe der Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO vorgeschwebt. Das kann dahinstehen, vorliegend begehrt die Klägerin zu 1. eine Verfügungsverfügung (§ 940 ZPO).

Nach § 940 ZPO sind einstweilige Verfügungen zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

Streitiges Rechtsverhältnis ist hier der verfassungsändernde Beschluss des Stiftungsrats vom 21.06.2018. Für den Bereich des Gesellschaftsrechts ist von der h. M. anerkannt, dass Beschlüsse der Gesellschafter (mehrseitige) Rechtsgeschäfte (vgl. Palandt/Sprau, aaO. Vorb. vor § 709-715, Rn. 10) und zugleich Rechtsverhältnisse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO darstellen, denn es wäre gekünstelt anzunehmen, der Beschluss begründe zwar ein Rechtsverhältnis im Sinne dieser Vorschrift, sei aber selber kein solches (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 1991 - II ZR 211/90 -, Rn. 9, juris). Dies wird im Stiftungsrecht genauso beurteilt (vgl. Burgard, aaO, S. 301), satzungsändernde Beschlüsse einer Stiftung können Gegenstand einer Feststellungsklage sein (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1987 - III ZR 26/85 -, BGHZ 99, 344-358, Rn. 43).

Danach ergibt sich, dass das Antragsziel, die Genehmigung der vom Beklagten beschlossenen Satzungsänderung durch die Stiftungsaufsicht und damit das Wirksamwerden im Sinne des Existenzwerdens der Satzungsänderung zu verhindern, und damit das Begehren, den Antrag auf Genehmigung zurückzunehmen [oder ihn (einstweilen) nicht aufrechterhalten] die (einstweilige) Regelung in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis darzustellen geeignet ist (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 17. Dezember 2001 - 12 U 1334/01 -, Rn. 27, juris), während es nicht um den Erlass einer Verfügungsverfügung (§ 935 ZPO) zur Sicherung eines Individualanspruchs der Klägerin zu 1. geht. Ein materiellrechtlicher Anspruch der Stiftung gegen den Stiftungsrat, Satzungsänderungen, jedenfalls stiftungszweckwidrige oder sonst formell oder materiell rechtswidrige bzw. - nach Beschlussfassung - deren Umsetzung zu unterlassen, ist nicht denkbar, weil der Stiftungsrat als Organ der Stiftung nicht von dieser personenverschiedener Schuldner eines Anspruchs sein kann, deren Gläubiger die Stiftung ist.

Ein Verfügungsgrund iSd. § 940 ZPO liegt indessen nicht vor.

Denn es kann nicht festgestellt werden, dass der Stiftung wesentliche Nachteile drohten, die unter Abwägung der beiderseitigen Belange die geforderte Eilmaßnahme nötig erscheinen lassen.

Dabei ist nicht zu verkennen, dass im Falle der Genehmigung der Stiftungsrat von seinen satzungsmäßigen Befugnissen Gebrauch machen könnte, die jetzigen Vorstandsmitglieder, soweit erforderlich, abzurufen, während der Genehmigungsakt als solcher diese Rechtsfolgen noch nicht eintreten lassen kann, weil die geänderte Satzung diesen Automatismus nicht vorsieht.

Dies genügt aber nicht, um eine einstweilige Verfügung zu erlassen, weil anderenfalls bereits der Streit um die Wirksamkeit einer Satzungsänderung als solcher dazu führen müsste, deren Wirksamwerden durch einstweilige Maßnahmen zu verhindern.

Zu fordern ist, nachdem es sich vorliegend um eine Leistungsverfügung handelt und die beantragte einstweilige Verfügung die Hauptsache jedenfalls zeitweilig vorweg nehmen würde, dass aufgrund des glaubhaft gemachten Vorbringens der Klägerin zu 1. zumindest mit einiger Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, die beschlossene Satzungsänderung sei unwirksam und ohne die Suspendierung des Beschlusses drohten ihr konkrete und nicht wiedergutzumachende Nachteile (vgl. OLG Jena, NJW-RR 2017, 233 [OLG Jena 24.08.2016 - 2 U 168/16], Rn. 34, juris bezüglich des Ausschließungsbeschlusses einer Gesellschafterversammlung).

Diese Annahme ist vorliegend nicht gerechtfertigt.

Es ist nicht mit Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass in einem Rechtsstreit - dem anhängigen bzw. womöglich bereits rechtshängigen Feststellungsrechtstreit, nachdem die Kläger im Berufungsrechtszug geltend machen, insofern die erstinstanzlich geforderten Gerichtsgebühren eingezahlt zu haben - die Nichtigkeit des satzungsändernden Beschlusses oder, der Stiftungsrat sei nicht befugt, die Satzungsänderung der Stiftungsaufsicht vorzulegen, rechtskräftig festgestellt werden wird (§ 256 ZPO). Vielmehr bestehen aus Sicht des Senats gegen die geplanten Satzungsänderungen keine durchgreifenden Bedenken.

Die Kläger machen geltend, aus § 9 Abs. 1 HessStiftG ergebe sich kein Recht des Stiftungsrates zur Vorlage der Verfassungsänderung beim Regierungspräsidium Stadt1, weil schon aus der Stellung des Wortes "hierzu" im Satzgefüge der Norm folge, dass sich die Wendung "die sonstigen hierzu berufenen Organe" auf das unmittelbar nachfolgende Verb "beantragen" beziehe, weshalb das Antragsrecht voraussetze, dass die Stiftungsverfassung das sonstige Organ zur Antragstellung ausdrücklich berufe, woran es vorliegend bereits fehle, weil in der Stiftungsverfassung zur Vertretung ausschließlich der Vorstand berufen sei.

Das greift nicht durch.

Der Senat teilt die Ansicht des Landgerichts, die auch derjenigen der Stiftungsaufsicht entsprechen muss, anderenfalls sich ihr die Frage der Genehmigung auf Antrag des hiesigen Beklagten nicht stellen könnte, dass nach § 9 Abs. 1 HessStiftG auch der Beklagte zur Antragstellung berechtigt ist, weil "hierzu berufen" auf die Änderung der Verfassung zu beziehen ist und den hierzu berufenen Organen das Antragsrecht eingeräumt ist. Denn u. a. in Hessen ist mit der Regelung in § 9 HessStiftG unmittelbar eine Änderungsbefugnis der zuständigen Stiftungsorgane kraft Ge-

setzes vorgesehen (vgl. Suerbaum in Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2015, Teil C V2. Rn. 89, S. 174).

Zwar wird gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 26 Abs. 2 Satz 1 BGB die Stiftung durch ihren Vorstand vertreten, wobei in der Satzung gemäß § 86 Abs. 1 Satz 2, § 26 Abs. 2 Satz 2 und § 30 BGB Abweichendes bestimmt werden kann.

Ausdrücklich ist in der Satzung der Klägerin zu 1. nicht geregelt, dass die Änderung der Satzung auch von einem anderen Organ der Stiftungsaufsicht zur Genehmigung vorgelegt werden kann.

Vor dem Hintergrund der vom BGB als gegeben vorausgesetzten Stiftungsaufsicht (Hof in Seifahrt/v. Camphausen, Stiftungsrechtshandbuch, 3. Aufl. 2009, § 10, Rn. 21), die in § 16 der Verfassung der Klägerin zu 1. anerkannt ist, und der in allen Stiftungsgesetzen vorgesehenen Genehmigung von Satzungsänderungen (die in § 9 Abs. 1 HStiftG getroffene Unterscheidung von Antragsrecht der Stiftungsorgane und behördlicher Entscheidung bedeutet sachlich nichts anderes [vgl. Hof, aaO., § 10, Rn. 280 und Fn. 527])), kann schon die Satzung ergänzend dahingehend ausgelegt werden (vgl. Oberverwaltungsgericht Berlin, Beschluss vom 01. November 2002 - 2 S 29.02 -, Rn. 20, juris), dass, sofern der Stiftungsrat "Herr" der Satzungsänderung ist, also in dem Bereich der "sonstigen" Verfassungsänderungen (§ 14 Nr. 1. Satz 4 der Verfassung), ihm auch stillschweigend die Befugnis zusteht, die landesrechtlich vorgesehene Genehmigung selbst zu beantragen.

Denn der Stiftungsrat greift unbeschadet seiner Zuständigkeit für Grundsatzentscheidungen und seiner Aufsicht über den Vorstand zwar nicht in die unmittelbare Führung der laufenden Geschäfte ein (§ 9 Ziffer 1. der Satzung), aber schon vor dem Hintergrund von grundsätzlich möglichen Meinungsverschiedenheiten der Organe bei Satzungsänderungen bzw. eines - wie hier klaren - Konflikts der Organe muss der Stiftungsrat als der dem Vorstand letztlich übergeordnete Entscheidungsträger auch die Rechtsmacht haben, ohne zeitraubende (gerichtliche) Auseinandersetzungen oder einschneidendere Maßnahmen wie beispielsweise die Abberufung des widerstrebenden Vorstands die Stiftungsaufsicht um eine dieser zugewiesene Entscheidung zu ersuchen und hierzu die Änderungen vorzulegen.

Unerheblich ist vor diesem Hintergrund, dass die gemäß § 17a Abs. 5 Satz 1 HStiftG ("Die Aufsichtsbehörde stellt auf Antrag eine Bescheinigung darüber aus, wer nach Maßgabe der Satzung und der von der Stiftung mitgeteilten Angaben zur Vertretung der Stiftung berechtigt ist.") erteilte Bescheinigung den Stiftungsrat nicht als vertretungsberechtigt ausweist, weil die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht und die Berechtigung, im Rahmen der Stiftungsaufsicht der Behörde eine Satzungsänderung zur Genehmigung vorzulegen, zu unterscheiden sind.

Keine Relevanz kommt dem weiteren Einwand der Kläger zu, § 9 Abs. 1 HStiftG erweitere in verfassungswidriger Weise die in §§ 86, 26 BGB iVm. Art 72 Abs. 1 GG (iVm. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) den Kreis der zur Antragstellung Berechtigten oder der hierfür Zuständigen.

Bei ergänzender Auslegung der Satzung stellt sich die Frage so schon nicht.

Außerdem hat der Senat, wenn im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung dem Landesgesetzgeber die Befugnis zur Gesetzgebung mit Rücksicht darauf fehlt, dass der Bund mit dem BGB von seiner Zuständigkeit abschließenden Gebrauch gemacht haben sollte, keine Verwerfungskompetenz. Er müsste die Frage unter Aussetzung des Verfahrens dem Bundesverfassungsgericht vorlegen (Art 100 Abs. 1 GG), so er der Meinung wäre, § 9 Abs. 1 Satz HStiftG

normiere im Bereich der konkurrierenden Bundesgesetzgebung ein im Bundesrecht nicht vorgesehenes Antragsrecht des Stiftungsrats.

Das kommt aber im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht in Betracht. Der Zwang, eine Entscheidung zu treffen, führt dazu, dass das Gesetz als verfassungsgemäß zu erachten ist, denn eine sehr erhebliche, unzumutbare Schadensauswirkung der für verfassungswidrig gehaltenen Norm steht hier ersichtlich nicht in Rede (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. August 1998 - U (Kart) 19/98 -, Rn. 52, juris).

Zu Unrecht machen die Kläger eine formelle und zugleich materielle Satzungs-/Verfassungswidrigkeit in Bezug auf die Nichtbeteiligung des Vorstandes bei der Beschlussfassung geltend.

Wenn der Beschluss unter notwendiger Beteiligung des Vorstandes (§ 14 Nr. 1 Satz 1 bis 3 der Satzung) hätte gefasst werden müssen, wäre er nach der im Stiftungsrecht herrschenden Auffassung grundsätzlich - wenn auch nicht ausnahmslos - als nichtig zu qualifizieren (vgl. Burgard, aaO, S. 322 f), die Sondervorschriften der §§ 241 ff AktG, § 51 GenG finden insoweit keine Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1993 - III ZR 157/91 -, Rn. 13, juris).

Die Voraussetzungen der notwendigen Beteiligung des Vorstandes liegen indessen im Streitfall nicht vor, weshalb unter diesem Gesichtspunkt die Nichtigkeit des Beschlusses nicht in Betracht kommt. Der Beklagte war vorliegend ohne Beteiligung des Vorstands bei der Beschlussfassung befugt, die streitgegenständlichen Änderungen zu beschließen, weil es sich um eine "sonstige Verfassungsänderung" handelt (§ 14 Nr. 1 Satz 4 der Verfassung).

Zu Unrecht postulieren die Kläger, die vom Stiftungsrat beabsichtigten Verfassungsänderungen erreichten eine Qualität, die einer Zweckänderung gleich zu erachten seien, weil sie der Stiftung mit der geplanten Installation eines hauptamtlich tätigen gewissermaßen "professionellen" statt eines ehrenamtlich tätigen Vorstands ein (gänzlich) neues Gepräge gäben, womit es sich nicht um eine "sonstige Verfassungsänderung" (§ 14 Nr. 1 Satz 4 der Verfassung), die der Mitwirkung des Vorstandes nicht bedürfe, handele.

Satzungsänderungen müssen in jedem Fall mit dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Stifters in Einklang stehen, bei in das Ermessen eines Organs - hier Stiftungsrat - gestellten Änderungen kann es sich nur um ein an Stifterwille und Stiftungszweck gebundenes, pflichtgemäßes Ermessen handeln. Zugleich müssen Satzungsänderungen geeignet sein, die weitere Verfolgung der vom Stifter gesetzten Zwecke den geänderten Verhältnissen anzupassen, ohne dass durch eine/die zeitgemäße Modifikation die Identität der Stiftung verloren geht (Hof, aaO., § 6, Rn. 198 ff).

Die Kläger behaupten, Teil des Stifterwillens sei "schon seit jeher das Ehrenamt", seit Stiftungsbeginn seien alle Vorstandsmitglieder der Stiftung ehrenamtlich tätig, das Ehrenamt der Vorstände sei Teil der organisatorischen Struktur der Stiftung und zähle, wie das Gutachten des A belege (Anl. AG 8), zum "Geist" der Krankenhaus1 Stiftung (Bl. 9 d. A.).

Selbst wenn, nachdem die in § 14 Nr. 1 Satz der Satzung geregelten Änderungen von § 1 (Name, Rechtsform., Sitz, Geschäftsjahr), § 2 (Zweck und Aufgaben) und § 3 (Steuerbegünstigte Zwecke) nicht Gegenstand der Beschlussfassung sind, diese Bestimmung analogiefähig wäre, wogegen Bedenken schon deshalb bestehen, weil unbeschadet weiterer Voraussetzungen bereits nicht ersichtlich ist, der Verfasser der Satzung von 2015 könnte schlicht vergessen haben, die angeblich essentielle Bedeutung des Ehrenamts für Vorstandsmitglieder als Änderungsgegenstand mit-

aufzuführen, betrifft der geplante Wechsel nicht ein identitätsbestimmendes Merkmal, sondern lediglich einen sonstigen Satzungsbestandteil. Denn die §§ 1 bis 3 der Satzung erwähnen die Ehrenamtlichkeit nicht.

Fragen der Vergütung der Organe betreffen aber nicht den Stiftungszweck, sondern vielmehr grundsätzlich den organisationsstrukturellen Bereich außerhalb dessen (vgl. Staudinger/Hüttemann/Rawert (2017) BGB § 85, Rn. 24).

Deshalb verfängt auch nicht das Argument der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, die beschlossene Änderung des § 10 der Verfassung, zu den eine Abberufung des Vorstands künftig rechtfertigenden sachlichen Gründen (§ 10 Nr. 1 Satz 1) gehöre nach § 10 Nr. 1 Satz 2. u. a. eine wesentliche Änderung der Organisationsstruktur der Stiftung. Denn damit sind Änderungen des Stiftungszwecks schon nicht gemeint.

Wenn indessen künftig der Stiftungszweck, dem bei Verfassungsänderungen, die unter bisheriger (§ 14 Nr. 1) wie streitgegenständlicher Fassung (§ 13 Nr. 1) nur bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse zulässig sind, jeweils weitestgehend Rechnung zu tragen ist, im Rahmen des rechtlich Zulässigen geändert werden und dies Änderungen auch der Organisationsstruktur zur Folge haben sollte, wäre eine dem dann womöglich Rechnung tragende Abberufung des Vorstands lediglich Reflex der (künftigen) Verfassungsänderung unter Verletzung des Zwecks bzw. des Stifterwillens, nicht aber selbst Zweckänderung.

Die Vereinbarkeit der Vergütung des Vorstands mit dem Stifterwillen positiv festzustellen, ist daher vorliegend nicht geboten. Nicht ersichtlich ist, was denn aber auch ausreicht, dass eine Vergütung des Vorstands dem Stifterwillen widerspricht.

Das Gutachten des A ist in dieser Hinsicht nicht belastbar, weil dieser sich auf nicht näher beschriebene und angeblich durchgesehene "[öffentliche] Unterlagen zur Geschichte und Verfassung" der "Krankenhaus2" des Krankenhauses1 stützt, die den Schluss aus sachlich systematischer Sicht erlauben sollen, dass die ehrenamtliche Struktur Geist und Intention der ursprünglichen Gründung entspreche. Denn diese Würdigung ist als inhaltsleer ohne Substanz. Der Umstand, dass seit Stiftungsbeginn alle Vorstandsmitglieder, insbesondere, soweit sie der Familie B angehören, ehrenamtlich tätig waren, lässt den Schluss darauf, die Besoldung des Vorstands widerspreche dem "Geist" der Stiftung nicht zu. Die These ist nicht durch darüberhinausgehenden Tatsachenvortrag belegt und zirkelschlüssig.

Zutreffend macht demgegenüber der Beklagte darauf aufmerksam, die Vorstände vereinnahmten gegenwärtig bereits Aufwandsentschädigungen in erheblicher Höhe (40.000,00 €, Bl. 24 d. A.), was durchaus bereits unter der bisherigen Satzung als ein Entgelt begriffen werden kann. Das von den nunmehrigen Prozessbevollmächtigten des Beklagten vorprozessual erstattete Gutachten (Anlage AG 4) verweist denn auch zu Recht darauf, mit Aufwandsentschädigungen dieser Größenordnung dürfte die in § 31a Abs. 1 BGB normierte Grenze überschritten sein, bei der noch eine Haftungsbeschränkung Platz greifen könnte, ferner darauf, der größte Teil der Stiftungszweckverwirklichung (Krankenhaus und sonstige Einrichtungen) erfolge ohnehin durch die Tätigkeit von besoldeten hauptamtlich Verpflichteten und der Vorstand werde in erheblichem Umfang durch externe hauptamtliche Berater bei seiner Tätigkeit unterstützt. Das rechtfertigt den Schluss darauf, dass eine rein ehrenamtliche Tätigkeit aus eigener Kraft des Vorstands unter heutigen Bedingungen gar nicht möglich ist.

Die geplante Änderung der Verfassung begegnet weiter keinen durchgreifenden Bedenken in Bezug auf die Nichtwahrung der Ladungsfrist im Vorfeld bzw. die Schriftlichkeit der Niederschrift der Beschlussfassung.

Dem Landgericht ist jedenfalls im Ergebnis darin zu folgen, dass ein formeller Verstoß in Bezug auf die gegenüber den Mitgliedern des Vorstands zu wahrenen Frist nicht vorliegt.

Eine ausdrückliche Regelung für die gegenüber dem Vorstand einzuhaltende Frist, wenn die Satzungsänderung seine Mitwirkung bei der Beschlussfassung nicht erfordert, existiert nicht.

Eine Analogie zu der für die Mitglieder des Stiftungsrats getroffenen Bestimmung in § 8 Nr. 1 der Satzung ist nicht zwingend und vorliegend nicht geboten.

Zwar mag sein, dass § 8 Ziffer 6 der bisherigen Verfassung, wonach der Vorstand regelmäßig zu den Sitzungen eingeladen werden soll, um daran mit beratender Stimme teilzunehmen, so zu verstehen ist, dass die Einladung des Vorstands obligatorisch sei.

Das bedeutet aber nicht, dass der Vorstand zu Sitzungen, bei denen er nur beratend gehört wird, den gleichen zeitlichen Vorlauf benötigt, wie die zur Beschlussfassung berufenen Mitglieder des Stiftungsrats.

Selbst wenn auch das zugunsten des Vorstands grundsätzlich anders zu beurteilen sein sollte, kann hieraus im Streitfall ein Mangel nicht abgeleitet werden.

Im Streitfall waren die widerstreitenden Positionen der Organe seit Monaten klar, man hatte einander jeweils den eigenen Standpunkt angeblich stützende Rechtsgutachten vorgelegt. Die Einhaltung der vollen Frist - zwei Wochen vor der Sitzung - unter Angabe der Tagesordnung zu verlangen, bedeutete, auf einer im Streitfall sinnlosen Förmerei zu bestehen.

Zwar war die nunmehr angekündigte Änderung der Satzung nicht (voll)identisch mit den seit dem Sommer vergangenen Jahres umstrittenen Vorschlägen, mit Rücksicht auf den nunmehr nicht mehr vorgesehenen Automatismus bzgl. der Beendigung der Vorstandstätigkeit fiel die aktuelle beschlossene Änderung aber sogar für den Vorstand günstiger aus, weshalb ein Bedürfnis für eine intensive Prüfung der geplanten Änderungen nicht bestand, zumal der Entwurf vom 04.06.2018 mit Ausnahme der gestrichenen Übergangsregelung des § 16, die den Automatismus des Ausscheidens enthielt, dem Entwurf von 2017 im Übrigen entspricht, von den Klägern sind andere Divergenzen nicht aufgezeigt.

Da nicht jeder Verstoß gegen formelle Beschlussvorschriften zwangsläufig zur Nichtigkeit des Beschlusses führen soll, z. B. bei Verstößen gegen bloße Ordnungsvorschriften, die zwar formal Verfahrensregeln aufstellen, deren Missachtung aber nach Sinn und Zweck die formelle Rechtmäßigkeit des Beschlusses nicht in Frage stellen (vgl. Roth in MHdB GesR VII, § 106 Rn. 6), und auch im Kapitalgesellschaftsrecht ein Verfahrensmangel wie ein Ladungsmangel regelmäßig nur zur Anfechtbarkeit führt, wobei die Relevanz im Aktienrecht in der Regel zu bejahen ist, ist vorliegend die Nichtigkeitsfolge unangemessen.

Denn es besteht schon im Anwendungsbereich des § 243 Abs. 1 AktG Einigkeit, dass Fehler ausscheiden, die ohne Relevanz sind, die auf Ergebnis der Beschlussfassung keinerlei Einfluss gehabt haben (vgl. Hüffer/Koch AktG, 13. Aufl. 2018, § 243 Rn. 12).

Nicht ersichtlich ist, für die Bewertung von Beschlüssen des Stiftungsrats könnte Anderes gelten. Mit der fehlenden Analogiefähigkeit der Vorschriften der aktienrechtlichen Beschlussmängelklage lässt sich das nicht begründen. Denn

wenn im Gesellschaftsrecht ein Beschluss wirksam, aber anfechtbar ist, gleichwohl im Einzelfall ein Anfechtungsgrund wegen fehlender Relevanz eines Verstoßes gegen eine Verfahrensvorschrift verneint wird, ist nicht einzusehen, warum ein irrelevanter Verfahrensverstoß zur Nichtigkeit des Beschlusses des Stiftungsrats führen sollte (Nichtigkeit nur bei Relevanz annehmend auch Burgard, aaO., S. 320 und Fn. 119).

Relevanz ist vorliegend aber gerade nicht gegeben. Der Vorstand hätte - rechtzeitig geladen - argumentiert, wie in der Vergangenheit und nunmehr auch, der Stiftungsrat hätte das nicht für durchgreifend erachtet und die Satzungsänderung beschlossen.

Die Kläger bezweifeln ferner zu Unrecht die Richtigkeit der in der Niederschrift der Sitzung des Stiftungsrats vom 21. Juni 2018 (Anl. AG 7) enthaltenen Feststellung des Vorsitzenden des Stiftungsrats, der Stiftungsrat sei form- und fristgerecht eingeladen worden.

Dieser Vortrag trägt schon die Annahme eines Formfehlers nicht.

Nach der bisherigen Satzung besteht der Stiftungsrat derzeit aus mindestens sieben, höchstens neun Personen (§ 7 Nr. 1 Satz 1). Ausweislich der Niederschrift ist die Vollzähligkeit [Hervorhebung nur hier] des Stiftungsrats mit sieben stimmberechtigten Mitgliedern festgestellt worden.

Verstöße gegen verzichtbare, der Sicherung der Teilhaberechte des einzelnen Mitglieds dienende Bestimmungen, darunter insbesondere diejenigen über die Förmlichkeiten der Einberufung, führen im Übrigen nicht zur Nichtigkeit eines Beschlusses, wenn sie von (betroffenen) Mitgliedern nicht gerügt worden sind (vgl. MüKoAktG/Habersack AktG, 4. Aufl. 2014, § 108 Rn. 78 für Beschlussfassung des Aufsichtsrats der AG), wofür vorliegend nichts ersichtlich und nicht vorgetragen ist.

Im Ergebnis das Gleiche gilt, soweit der Stiftungsrat den Vorstand per E-Mail eingeladen hat, wiewohl schriftlich einzuladen ist.

Obwohl Vereinssatzungen hinsichtlich Auslegung und Revisibilität ähnlich wie Rechtsnormen behandelt werden, handelt es sich bei ihnen nicht um gesetzliche, sondern um privatautonome Rechtssetzungen, die in Vereinssatzungen häufig vorgeschriebene Schriftform ist damit grundsätzlich als gewillkürte Schriftform im Sinne des § 127 BGB und nicht wie eine durch das Gesetz vorgeschriebene Schriftform im Sinne des § 126 BGB zu behandeln (BGH, Urteil vom 22. April 1996 - II ZR 65/95 -, Rn. 8, juris für Austrittserklärung).

Der Gedanke kann sowohl auf die Satzung einer Stiftung wie auch auf die Einladung zur Stiftungsratssitzung übertragen werden, weshalb bei vorgesehener Schriftform die Einladung per E-Mail genügt (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 06. Mai 2013 - 2 W 35/13 -, Rn. 18 ff, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 24. September 2015 - I-27 W 104/15 -, Rn. 15, juris, beide für Einladung zur Mitgliederversammlung des Vereins).

Soweit die Kläger bemängeln, die Niederschrift der Sitzung des Stiftungsrats vom 21. Juni 2018 genüge nicht § 8 Nr. 7 der Stiftungsverfassung, weil die Niederschrift keine Mitteilung der Beschlüsse enthalte, greift auch das nicht durch.

Die Niederschrift enthält, was grundsätzlich ausreicht, den eindeutigen Verweis auf zwei Anlagen zur Niederschrift, wobei Anlage 1 die beschlossenen Änderungen in einer Vergleichsversion, Anlage 2 die - vorbehaltlich der Geneh-

migung der Stiftungsaufsicht - zukünftige Verfassung in vollständiger Fassung enthält (vgl. zu Schriftformerfordernis und Einheitlichkeit der Urkunde auch Palandt/Ellenberger, aaO., § 126, Rn. 4).

Die Rüge, es sei nicht klar, was beschlossen worden sei, weil die Anlage 1 im Anschluss dem Vorstand nicht mitübersandt worden sei, greift ebenfalls nicht durch. Dieser etwaige nachträgliche Informationsmangel berührt schon nicht die Wirksamkeit des zuvor gefassten Beschlusses. Der Mangel besteht aber auch in der Sache letztlich nicht. Dem Vorstand ist bei der Einladung der Entwurf der geänderten Verfassung mit Datum vom 4.06.2018 sowie eine Vergleichsversion übermittelt worden. Gegenstand der Beschlussfassung war der vorliegende Entwurf vom 04.06.2018. Dass dieser (Anlage 2 zur Niederschrift) mit dem dem Vorstand übersandten Entwurf nicht übereinstimme, ist nicht aufgezeigt, ebenso wenig, dass die Vergleichsversionen mit den hervorgehobenen Änderungen nicht übereingestimmt hätten.

Erstinstanzlich haben die Kläger gerügt, der Beschluss sei materiell rechtswidrig, weil in § 10 Ziffer 2. das Ausscheiden mit Erreichen einer Altersgrenze geregelt worden sei, was diskriminierend und europarechtswidrig sei.

Im Vereinsrecht wird für den Vorstand eine Altersgrenze für zulässig gehalten (vgl. Otto in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 26 BGB, Rn. 10). Im Recht der Aktiengesellschaft ist für den Vorstand eine Altersgrenze bislang nicht vorgesehen, nach Ziff. 5.1.2. Abs. 2 S. 3 DCGK wird aber deutschen börsennotierten Aktiengesellschaften empfohlen, eine Altersgrenze festzulegen (vgl. MüKoAktG/Spindler AktG § 76 Rn. 109). Die entsprechende Praxis ist nach h. M. zulässig und verbreitet (i. d. R. bei 60 oder 62 Jahren), allerdings analog § 10 S. 3 Nr. 5 AGG nur dann, wenn von da ab die für das Vorstandsmitglied maßgebende Versorgungszusage der Aktiengesellschaft greift oder überbrückungsweise Übergangsgeld gewährt wird (vgl. Hüffer/Koch, aaO., § 76 Rn. 65). Genau hieran knüpft die Altersgrenze "für den frühest möglichen Anspruch auf erstmaligen Bezug der ungekürzten Altersrente" u. ä. in der vorliegend beschlossenen geänderten Fassung des § 10 Ziffer 2. an.

Die Bestimmung einer Altersgrenze verstößt insbesondere nicht gegen das - einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellende und durch die Richtlinie 2000/78 EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf konkretisierte - Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juli 2012 - NotZ (Bfng) 15/11 -, Rn. 8, juris). Eine Ungleichbehandlung wegen des Alters ist nicht diskriminierend, wenn sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie), was mit Rücksicht schon auf die zu verallgemeinernde Belastung in Führungspositionen einerseits, das Nachlassen der Leistungsfähigkeit andererseits nicht zu leugnen ist.

Abgesehen davon, dass schon die derzeit gültige Altfassung die beibehaltene Grenze spätestens mit Vollendung des 67. Lebensjahres vorsah, kommt die Berufung auf diesen Aspekt aber auch nicht zurück.

Letztlich wenden die Kläger zu Unrecht gegen die Verfassungsänderung ein, die vorgesehene Änderung beseitige das Recht der Stadt3, ihren Bürgermeister oder einen Vertreter in eines der beiden Organe (Vorstand oder Stiftungsrat) zu entsenden, während er nunmehr nur mit Sitz im Stiftungsrat vorgesehen sei.

Abgesehen davon, dass der Satzung selbst ein Wahlrecht nicht unmittelbar zu entnehmen ist, weil es in § 6 Ziffer 2. heißt, der Bürgermeister/Vertreter der Stadt3 müsse einem der beiden Organe angehören, und zwar gemäß vertraglicher Vereinbarungen mit der Stiftung X bzw. der Stadt3 vom 14.09. bzw. 12.12. 2005, ist eine Unvereinbarkeit der Einengung der Entsendemöglichkeit mit Stiftungszweck und Stifterwillen nicht ersichtlich und nicht dargelegt.

Aus § 35 BGB, der die Beeinträchtigung von mitgliedschaftlichen Sonderrechten ohne dessen Zustimmung durch Beschluss der Mitgliederversammlung nicht zulässt, können die Kläger daher schon deshalb nichts herleiten. Die Vorschrift ist im Übrigen im Recht der Stiftung gar nicht anwendbar, weil § 86 BGB auf diese nicht verweist. Eine Analogie kommt nicht in Betracht, weil die Stiftung definitionsgemäß anders als der Verein nicht mitgliedschaftlich bzw. korporationsrechtlich organisiert ist.

Überdies kann die einem Dritten gewährte Bestellungskompetenz, das wäre einem Entsendewahlrecht der Stadt³ vergleichbar, im Vereinsrecht durch Satzungsänderung qua Beschluss der Mitglieder beseitigt werden (vgl. MüKoBGB/ Weitemeyer BGB, 7. Aufl. 2015, § 81 Rn. 40). Schon deshalb ist bei der Stiftung ein auch durch Satzungsänderung unentziehbares Entsenderecht nicht anzuerkennen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, weil die Kläger unterlegen sind.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 53 Abs. 1 Nr. 1, 63 Abs. 2, 3 GKG, 3 ZPO, wobei sich der Senat bei seiner Schätzung daran orientiert, dass es den Klägern namentlich um den Erhalt der Vorstandsmitgliedschaft der Kläger zu 3. bis 5. geht und bei der Bemessung insoweit die aktuell vereinnahmten Aufwandsentschädigungen berücksichtigt hat; eine weitergehende Herabsetzung hatte wegen der begehrten Befriedigungsfunktion der geforderten Maßnahmen nicht zu erfolgen.

Weitere Nebenentscheidungen waren nicht zu treffen, weil die Entscheidung einer Anfechtung nicht unterliegt (§ 542 Abs. 2 ZPO).