BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 127/11

Verkündet am:
18. September 2012
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie den Richter Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 1. Juni 2011 aufgehoben und das Urteil der Kammer für Handelssachen II des Landgerichts Kiel vom 21. Oktober 2010 teilweise abgeändert.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die Westfälische Provinzial-Lebensversicherungsanstalt, Versicherung der Sparkassen, beteiligte sich durch Vertrag vom 18./23. Dezember 1997 (Anlage K 3) als stille Gesellschafte-

rin mit einer Vermögenseinlage von 40 Mio. DM am Handelsgewerbe der Hamburgischen Landesbank - Girozentrale - , einer Anstalt des öffentlichen Rechts.

2 Der Vertrag vom 18./23. Dezember 1997 enthält zur Gewinn- und Verlustbeteiligung folgende Regelungen:

§ 2 Gewinnbeteiligung

(1) Der stille Gesellschafter erhält vorbehaltlich des Absatzes 5 für jedes Geschäftsjahr eine Gewinnbeteiligung auf die in § 1 Absatz 1 Satz 1 genannte Einlage in Höhe von 7,01 von Hundert.

(…)

(5) Der Anspruch auf die Gewinnbeteiligung entfällt, wenn und soweit durch sie ein Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht würde oder die Einlage nach einer Herabsetzung gem. § 3 Abs. 1 noch nicht wieder auf den Nennbetrag aufgefüllt und/oder die für die vorausgegangenen Geschäftsjahre ausgefallenen Vergütungen noch nicht nachgeholt worden sind. Die Bank ist nicht verpflichtet, stille Reserven aufzudecken, um einen Jahresfehlbetrag zu vermeiden.

(…)

§ 3 Verlustteilnahme

(1) Ergibt sich bei der Aufstellung der Bilanz, dass ein Jahresfehlbetrag entstehen würde, ist dieser, soweit bisher noch nicht geschehen, von den gesamten stillen Einlagen im Verhältnis ihres Buchwertes zum gesamten in der Bilanz ausgewiesenen haftenden Eigenkapital der Bank, das am Verlust teilnimmt, abzusetzen. Dies bedeutet, dass alle stillen Gesellschafter, alle Inhaber von Genussrechten und die Kapitaleigner der Bank einen Jahresfehlbetrag mit dem gleichen Prozentsatz des Buchwertes ihrer Einlagen, Rückzahlungsansprüche oder des sonstigen ausgewiesenen Eigenkapitals tragen. Nachrangiges Haftkapital nimmt am Jahresfehlbetrag nicht teil.

(…)

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3 Ein im Wesentlichen gleichlautender Vertrag über eine weitere, mit 7,12 % p.a. verzinsliche Einlage in Höhe von 60 Mio. € wurde am 7./10. November 1997 mit der Landesbank Schleswig-Holstein, Girozentrale geschlossen.

4 Die Hamburgische Landesbank - Girozentrale - ist durch Staatsvertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und der Freien und Hansestadt Hamburg vom 4. Februar 2003 mit der Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, Anstalt des öffentlichen Rechts, unter Auflösung ohne Abwicklung im Wege der Neugründung durch Übertragung der Vermögen beider Anstalten auf die dadurch neu gegründete Beklagte, die HSH Nordbank AG, verschmolzen worden. Nach § 1 Abs. 6 des Staatsvertrags sind die Vermögen der Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale und der Hamburgischen Landesbank - Girozentrale - in dem bei Wirksamwerden der Verschmelzung vorhandenen Umfang mit allen Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens und mit den Arbeitsverhältnissen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die HSH Nordbank AG übergegangen.

5 Neben den beiden Verträgen über die stille Beteiligung der Klägerin, nach deren § 5 Abs. 2 die Einlage von einer Veränderung der Rechtsform oder einer Verschmelzung der Bank unberührt bleibt, bestanden zum 8. August 2008 weitere 122 stille Gesellschaftsverträge; alle Verträge sind als Teilgewinnabführungsverträge im Handelsregister eingetragen worden.

6 Auf der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 19. Dezember 2008 erklärte der Versammlungsleiter, dass die Beklagte im Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2008 vermutlich einen Jahresfehlbetrag ausweisen werde und daher nicht verpflichtet sei, eine Gewinnbeteiligung auf insgesamt 119 der Teilgewinnabführungsverträge zu zahlen; er sehe bei einem

Ausfall der Bedienung der stillen Gesellschafter jedoch die Gefahr eines erheblichen Reputationsverlustes für die Beklagte, der angesichts der Finanzmarktkrise unmittelbar existenzbedrohende Bedeutung erlangen könne. Auf Vorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat ermächtigte die Hauptversammlung daraufhin den Vorstand durch einstimmigen Beschluss, einen Betrag von bis zu 64 Mio. € zur Leistung freiwilliger, auf die nach dem jeweiligen Vertrag geschuldete Vergütung begrenzter Sonderzahlungen an die stillen Gesellschafter zu verwenden und mit diesen entsprechend einem dem Beschluss beigefügten Mustervertrag zu vereinbaren, dass die in den stillen Gesellschaftsverträgen vorgesehenen Verlustzuweisungen unterbleiben.

7 Die Beklagte bestätigte der Klägerin mit Schreiben vom 21. Dezember 2008 (Anlage K 8), dass sie „trotz des derzeit zweifelsohne schwierigen Marktumfeldes“ die Vergütung für die stillen Einlagen für das Geschäftsjahr 2008 in voller Höhe auszahlen und eine Verlustzuweisung nicht vornehmen werde. Die Vergütung werde der Klägerin im Wege einer Sonderzahlung am vertraglich vereinbarten Fälligkeitstag zufließen, sofern die Beklagte für das Geschäftsjahr 2008 einen Jahresfehlbetrag ausweise und eine Vergütungszahlung aus diesem Grunde entsprechend den vertraglichen Vergütungsregelungen ganz oder teilweise entfiele. Weiterhin sicherte die Beklagte zu, dass die stillen Einlagen an einem etwaigen Jahresfehlbetrag für das Geschäftsjahr 2008 nicht teilnehmen würden, und bat darum, die dem Schreiben beigefügten, für die Beklagte bereits unterzeichneten Exemplare eines Änderungsvertrags unterschrieben zurückzusenden.

8 Die von der Klägerin mit Datum vom 8. Januar 2009 unterzeichneten und an die Beklagte zurückgesandten Änderungsverträge („Änderungsvertrag zu einem Teilgewinnabführungsvertrag [Stiller Gesellschaftsvertrag]“) sehen in § 1 Abs. 1 und 2 vor, dass die Regelungen in den Verträgen von 1997 über die Ver-

lustbeteiligung für das Geschäftsjahr 2008 einmalig keine Anwendung finden, die Beklagte vielmehr ausdrücklich einmalig für das Geschäftsjahr 2008 auf die anteilige Anrechnung eines etwaigen Jahresfehlbetrags auf die stille Einlage verzichtet. § 1 Abs. 3 des jeweiligen Änderungsvertrags bestimmt, dass das Entfallen des Anspruchs auf Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 aus dem stillen Gesellschaftsvertrag, sollte nach dessen Regelungen im Geschäftsjahr ein Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht werden, hiervon nicht berührt werde. Die im Schreiben vom 21. Dezember 2008 bestätigte Sonderzahlung wird nicht erwähnt.

9 Die Hauptversammlung der Beklagten stimmte den Änderungsverträgen mit Beschluss vom 2. Februar 2009 zu. Die Vertragsänderungen wurden am 18. Februar 2009 im Handelsregister eingetragen.

10 Der im Frühjahr 2009 aufgestellte Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr 2008 wies einen Jahresfehlbetrag in Höhe von über 3 Mrd. € aus. Mit Schreiben vom 15. Mai 2009 teilte die Beklagte der Klägerin, sie sehe sich nicht mehr in der Lage, die angekündigte Sonderzahlung zu erbringen. Zur Begründung führte sie die Rechtsauffassung der Kommission der Europäischen Union an, die die Rekapitalisierung der Beklagten samt der hierzu erforderlichen Risikoabschirmung als Beihilfe ansehe, die nach den Vorgaben des europäischen Beihilferechts zu genehmigen sei; die Kommission habe zum Ausdruck gebracht, dass die geplante freiwillige Bedienung der stillen Gesellschafter eine schwere Belastung für das anstehende Beihilfeverfahren darstellen würde.

11 Die Klägerin hat mit ihrer Klage unter Bezugnahme auf das Schreiben der Beklagten vom 21. Dezember 2008 für das Geschäftsjahr 2008 die Zahlung der Vergütung für ihre stillen Einlagen verlangt. Das Landgericht hat die Beklag-

te - mit Ausnahme eines Teils des geltend gemachten Zinsanspruchs - antragsgemäß zur Zahlung von 3.617.901,35 € nebst Zinsen verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie die Abweisung der Klage begehrt.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur vollständigen Abweisung der Klage.

13 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

14 Der Klageanspruch gründe sich auf das Sonderzahlungsversprechen der Beklagten im Schreiben vom 21. Dezember 2008. Das Sonderzahlungsversprechen der Beklagten sei nicht als Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB zu qualifizieren und daher nicht wegen Verstoßes gegen § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB formnichtig. Die im Schreiben vom 21. Dezember 2008 enthaltene Zahlungszusage sei vielmehr im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses der Parteien erfolgt und es handele sich insoweit um eine Leistung causa societatis.

15 Das Sonderzahlungsversprechen sei auch nicht wegen Verstoßes gegen § 295 Abs. 1 AktG unwirksam. Es liege kein Änderungsvertrag im Sinne von § 295 Abs. 1 AktG vor, weil die Parteien nach dem im Protokoll über die Hauptversammlung vom 19. Dezember 2008 unmissverständlich zum Ausdruck ge-

kommenen Parteiwillen der Beklagten beabsichtigten, für die Sonderzahlung eine eigenständige vertragliche Grundlage zu schaffen.

16 Der Anspruch auf Auszahlung der von der Beklagten versprochenen Sonderzahlung für das Jahr 2008 verstoße ferner nicht gegen die in § 301 AktG festgelegte Gewinnabführungsobergrenze, weil es sich bei dem Zahlungsversprechen schon nicht um einen Gewinnabführungsvertrag im Sinne des § 301 AktG handele.

17 Der Beklagten stehe auch kein Leistungsverweigerungsrecht wegen unverhältnismäßiger, existenzgefährdender Nachteile im Falle der Erfüllung des Sonderzahlungsversprechens zu. Die Beklagte habe nicht substantiiert dargelegt, dass die Erfüllung ihres Zahlungsversprechens massive Sanktionen der Europäischen Kommission nach sich ziehen würde.

18 II. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision im Ergebnis nicht stand.

19 1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass der Klägerin aus der Zusage der Beklagten im Schreiben vom 21. Dezember 2008 ein Anspruch auf Zahlung der Vergütung für ihre stillen Einlagen für das Geschäftsjahr 2008 zusteht. Durch die Erklärung der Beklagten, die Vergütung auf die Einlage der Klägerin für das Geschäftsjahr 2008 auch dann zu zahlen, wenn wegen eines Jahresfehlbetrags der Beklagten die in den Verträgen von 2000 und 2001 vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen nicht gegeben sind, ist wegen Nichtbeachtung der durch Gesetz vorgeschriebenen Form eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten nicht begründet worden (§ 125 Satz 1 BGB).

20 a) Die Zusage der Beklagten, die Vergütung auch bei Ausweisung eines Jahresfehlbetrags zu zahlen, unterlag allerdings nicht der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB, weil es sich, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, nicht um eine schenkweise versprochene unentgeltliche Leistung handelt. Eine Schenkung setzt gem. § 516 Abs. 1 BGB voraus, dass der Schenker den Beschenkten durch Zuwendung eines Vermögensgegenstandes bereichert und beide sich darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Sonderzahlung für das Geschäftsjahr 2008 sei im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses der Parteien und daher causa societatis erfolgt, ist entgegen der Auffassung der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

21 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Anwendung der Schenkungsregeln ausgeschlossen, wenn ein Gesellschafter, ohne dazu nach dem Gesellschaftsvertrag oder aus einem anderen Rechtsgrund verpflichtet zu sein, eine Leistung an die Gesellschaft im Hinblick auf seine Mitgliedschaft (causa societatis) erbringt oder eine solche zusagt (BGH, Urteil vom 8. Mai 2006 - II ZR 94/05, ZIP 2006, 1199 Rn. 11; Urteil vom 14. Januar 2008 - II ZR 245/06, ZIP 2008, 453 Rn. 17; vgl. auch Grunewald, NZG 2011, 613, 616). Eine solche Verpflichtung wird auch ohne die Vereinbarung einer unmittelbaren Gegenleistung im Rechtssinne regelmäßig vor dem Hintergrund abgegeben, dass sich der Gesellschafter von ihr eine Stärkung der Gesellschaft und damit mittelbar eine Verbesserung seiner durch die Mitgliedschaft vermittelten Vermögenslage oder auch nur immaterielle Vorteile verspricht (BGH, Urteil vom 8. Mai 2006 - II ZR 94/05, ZIP 2006, 1199 Rn. 12; Urteil vom 14. Januar 2008 - II ZR 245/06, ZIP 2008, 453 Rn. 18).

22 Aus demselben Grund fallen Verpflichtungen oder Zuwendungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter gleichfalls nicht in den Anwendungsbereich der §§ 516 ff. BGB, wenn sie im Hinblick auf die Mitgliedschaft erfolgen (vgl. Mühl/Teichmann in Soergel, BGB, 12. Aufl., § 516 Rn. 47; MünchKommBGB/ Koch, 6. Aufl., § 516 Rn. 98; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, BGB, Bearb. 2005, § 516 Rn. 158). Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an einzelne Gesellschafter, die im Hinblick auf die Mitgliedschaft erfolgen, beruhen regelmäßig auch dann, wenn im Leistungszeitpunkt keine rechtliche Verpflichtung zur Erbringung der Leistung besteht, auf der gesellschaftsvertraglich verabredeten gemeinsamen Zweckverfolgung, an deren Erfolg der Gesellschafter teilhaben soll. Der im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Leistungszweck steht der Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB ebenso entgegen wie bei entsprechenden freiwilligen Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft. Für das hier vorliegende stille Gesellschaftsverhältnis (§ 230 Abs. 1 HGB), das gleichfalls die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks voraussetzt (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 32/94, BGHZ 127, 176, 177; Urteil vom 21. Juli 2003 - II ZR 109/02, BGHZ 156, 38, 43) und bei dem die Teilhabe des stillen Gesellschafters am Erfolg des Handelsgewerbes durch Leistungen aus dem Vermögen des Geschäftsinhabers vollzogen wird, ist eine andere Beurteilung nicht geboten.

23 bb) Von diesen Grundsätzen ausgehend hält die Annahme des Berufungsgerichts, es handele sich bei der Sonderzahlung für das Geschäftsjahr 2008 um eine Leistung causa societatis, der rechtlichen Überprüfung stand.

24 Die Auslegung von Erklärungen, die auf das Zustandekommen einer Individualvereinbarung gerichtet sind, ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und revisionsrechtlich nur darauf überprüfbar, ob der Tatrichter gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze

verletzt oder wesentlichen Auslegungsstoff außer Acht gelassen hat (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 8. November 2004 - II ZR 300/02, ZIP 2005, 82, 83; Urteil vom 7. März 2005 - II ZR 194/03, ZIP 2005, 1068, 1069; Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 68/08, ZIP 2009, 880 Rn. 12; Beschluss vom 14. Juni 2010 - II ZR 135/09, ZIP 2010, 1442 Rn. 7; Urteil vom 17. April 2012 - II ZR 152/10, juris Rn. 19). Solche Rechtsfehler sind hier nicht gegeben. Für die Auslegung kommt es darauf an, wie die Erklärungen der Beklagten in ihrem Schreiben vom 21. Dezember 2008 nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für einen objektiven Betrachter in der Lage des Erklärungsgegners zu verstehen sind (§§ 133, 157 BGB). Hierbei sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere auch die dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Lebensverhältnisse, die Interessenlage, der Geschäftsbereich, dem die Erklärung zugehört, sowie die typischen Verhaltensweisen (BGH, Urteil vom 1. März 2011 - II ZR 16/10, ZIP 2011, 957 Rn. 11). Die Auslegung des Berufungsgerichts stellt rechtsfehlerfrei darauf ab, dass die Beklagte die Sonderzahlung ausdrücklich im Rahmen der zwischen den Parteien bestehenden stillen Gesellschaftsverhältnisse zugesagt hat und daher davon auszugehen ist, dass die Zusage auf der gesellschaftsvertraglich vereinbarten gemeinsamen Zweckverfolgung und Erfolgsteilhabe beruht.

25 Die Beklagte hat die auch für den Fall der Ausweisung eines Jahresfehlbetrags bestätigte Zahlung für das Geschäftsjahr 2008 in ihrem Schreiben vom 21. Dezember 2008 unter Bezugnahme auf die Gesellschaftsverträge ausdrücklich als Vergütung auf die stille Einlage bezeichnet, die der Klägerin in der „vertraglich vereinbarten“ Höhe am „vertraglich vereinbarten“ Fälligkeitstag zufließen solle. Der hierdurch begründeten Annahme einer Leistungszusage causa societatis, die aus den oben dargelegten Gründen eine Anwendung der Schenkungsregeln ausschließt, steht nicht entgegen, dass die nach dem jeweiligen stillen Gesellschaftsvertrag vereinbarten Voraussetzungen für eine Vergütungs-

zahlung für das Geschäftsjahr 2008 nicht gegeben waren und die Beklagte dies in ihrem Schreiben vom 21. Dezember 2008 zum Ausdruck gebracht hat. Eine unentgeltliche schenkweise Zuwendung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn die versprochene Leistung (zuvor) rechtlich nicht geschuldet wird. Für die Annahme einer Leistung causa societatis ist es auch unerheblich, ob die Zusage der Zahlung der Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 als selbstständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 Satz 1 BGB zu beurteilen ist, was das Berufungsgericht offen gelassen hat. Auch ein Schuldversprechen wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat, nicht schenkweise erteilt (§ 518 Abs. 1 Satz 2 BGB), sondern hätte seinen Rechtsgrund in dem zwischen den Parteien bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2008 - II ZR 245/06, ZIP 2008, 453 Rn. 17, 20; MünchKommBGB/ Habersack, 5. Aufl., § 780 Rn. 2).

26 Selbst wenn man unterstellt, dass der Klägerin zum Zeitpunkt des Zugangs des Schreibens vom 21. Dezember 2008 das Protokoll der Hauptversammlung der Beklagten vom 19. Dezember 2008 bekannt gewesen sein sollte, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Der Versammlungsleiter hat nach seinen im Protokoll der Hauptversammlung wiedergegebenen Äußerungen ausgeführt, die Zahlung der Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 solle nicht „über eine Änderung der Stillen Gesellschaftsverträge erfolgen, sondern durch eine freiwillige Sonderzahlung der HSH Nordbank AG, die ihre Grundlage nicht in den Stillen Gesellschaftsverträgen findet, sondern diese nur berücksichtigt“. Dem lässt sich nichts anderes entnehmen, als auch in dem Schreiben vom 21. Dezember 2008 erklärt ist, dass nämlich eine rechtliche Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 nach den bisherigen vertraglichen Vereinbarungen nicht bestehe und auch nicht durch eine Änderung der (schriftlichen) stillen Gesellschaftsverträge begründet, sondern (nur) unter

Berücksichtigung der stillen Gesellschaftsverhältnisse eine freiwillige Sonderzahlung vorgenommen werden solle.

27 b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, das Sonderzahlungsversprechen der Beklagten unterfalle nicht dem Formerfordernis nach § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG, hält dagegen der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Bei den nach der Verschmelzung der ursprünglichen Vertragspartnerin auf die Beklagte fortgeltenden Verträgen von 1997 über die Errichtung einer stillen Gesellschaft handelt es sich um Unternehmensverträge in Form von Teilgewinnabführungsverträgen im Sinne von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2003 - II ZR 109/02, BGHZ 156, 38, 43; Urteil vom 8. Mai 2006 - II ZR 123/05, ZIP 2006, 1201 Rn. 20), deren Änderung nach den nach Gründung der Beklagten als Aktiengesellschaft anwendbaren Vorschriften der § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG der schriftlichen Form bedurfte. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts haben die Parteien eine Änderung dieser Teilgewinnabführungsverträge vereinbart und dabei die gesetzliche Form nicht eingehalten.

28 aa) Die Änderung eines Unternehmensvertrags im Sinne von § 295 AktG erfolgt durch eine zweiseitige Vereinbarung der Vertragspartner, durch die der Vertrag noch während seiner Laufzeit inhaltlich abgeändert werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 1979 - II ZR 139/78, WM 1979, 770; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rn. 6). Eine solche Änderungsvereinbarung ist nicht nur dann gegeben, wenn die Vertragsparteien die Änderung des Vertrags ausdrücklich vereinbaren. Eine konkludente Abrede, die aus einer einvernehmlichen Änderung der Vertragspraxis herzuleiten sein kann, wenn diese auf einen rechtsgeschäftlichen Änderungswillen schließen lässt, ist gleichfalls als Änderung im Sinne des § 295 AktG anzusehen (vgl. MünchKommAktG/Altmeppen, 3. Aufl., § 295 Rn. 15; Deilmann in

Hölters, AktG, § 295 Rn. 4; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rn. 9; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 295 Rn. 4; Langenbucher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 295 Rn. 6; Paschos in: Henssler/Strohn, GesR, § 295 AktG Rn. 4; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 295 Rn. 13). Für die Anwendbarkeit des § 295 AktG ist maßgeblich allein darauf abzustellen, ob durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung inhaltlich auf die nach der bisherigen Vertragslage bestehenden Rechte und Pflichten der Parteien eingewirkt wird, ohne dass zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen zu unterscheiden ist (vgl. BFHE 223, 162 Rn. 18; MünchKommAktG/Altmeppen, 3. Aufl., § 295 AktG Rn. 3; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rn. 6; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 295 Rn. 3; Schenk in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 295 Rn. 2).

29 bb) Mit der Vereinbarung einer von den Voraussetzungen nach § 2 Abs. 5 des jeweiligen stillen Gesellschaftsvertrags unabhängigen Vergütung auf die stille Einlage haben die Parteien für das Geschäftsjahr 2008 die sich aus dem stillen Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten abgeändert. Darin liegt eine Änderung im Sinne von § 295 AktG. Dem steht nicht entgegen, dass die Parteien die Zusage der Sonderzahlung nicht in die von der Klägerin am 8. Januar 2009 unterzeichneten Änderungsverträge aufgenommen, sondern über die Sonderzahlung für das Geschäftsjahr 2008 eine, wie das Berufungsgericht angenommen hat, eigenständige Vereinbarung getroffen haben.

30 Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die Vertragsparteien eines Unternehmensvertrags grundsätzlich einen Änderungsvertrag (§ 295 AktG), einen Aufhebungsvertrag (§ 296 AktG), verbunden mit einem neuen Vertrag, oder einen weiteren rechtlich selbständigen Vertrag abschließen können. Soweit sich die von den Vertragsparteien angestrebte Neu-

gestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen auf unterschiedlichen Wegen verwirklichen lässt, steht es ihnen auch offen, mit welchen der ihnen vom Gesetz eingeräumten Möglichkeiten sie das von ihnen verfolgte Ziel erreichen wollen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1992 - II ZR 18/91, BGHZ 119, 1, 6; Urteil vom 5. April 1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 233 f.; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 295 Rn. 11). Die rechtliche Beurteilung der von ihnen im Einzelfall gewählten tatsächlichen Gestaltung steht dagegen nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Eine Vereinbarung, welche die Voraussetzungen einer Änderung im Sinne des § 295 AktG erfüllt, unterfällt daher auch dann dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift, wenn die Vertragsparteien der Ansicht sind, den zwischen ihnen bestehenden Unternehmensvertrag nicht zu ändern.

31 Aus diesem Grunde ist es auch unerheblich, dass die Parteien in § 1 Abs. 3 der zwischen ihnen geschlossenen Änderungsverträge ausdrücklich geregelt haben, dass der Ausschluss des Vergütungsanspruchs im Falle eines Jahresfehlbetrags unberührt bleiben solle. Aus der Vereinbarung der Sonderzahlung ergibt sich, dass dies für das Geschäftsjahr 2008 gerade nicht gelten sollte und insoweit vielmehr die Rechte und Pflichten aus den zwischen den Parteien bestehenden Teilgewinnabführungsverträgen abgeändert werden sollten.

32 cc) Für die Anwendung des § 295 AktG kommt es nicht darauf an, ob es sich bei der Vergütungszusage der Beklagten für das Geschäftsjahr 2008 gemäß dem Schreiben vom 21. Dezember 2008 um - was das Berufungsgericht offen gelassen hat - ein selbstständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 Satz 1 BGB handeln sollte. Auch in diesem Fall liefe die Vereinbarung einer Sonderzahlung auf eine Abänderung der sich aus den bestehenden Teilgewinnabführungsverträgen ergebenden Rechte und Pflichten hinaus und unter-

läge daher den für die Änderung eines Teilgewinnabführungsvertrags geltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 295 AktG.

33 dd) Auf die Frage, ob eine Vertragsänderung im Sinne des § 295 AktG auch dann noch anzunehmen ist, wenn nach den vertragsändernden Absprachen der Vertragsparteien nicht mehr vom ursprünglichen Vertragstypus ausgegangen werden kann (vgl. dazu MünchKommAktG/Altmeppen, § 295 Rn. 7; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rn. 12; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl, § 295 Rn.18; jeweils mwN), kommt es im vorliegenden Fall nicht an, weil mit der (einmaligen) Zusage einer gewinnunabhängigen Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 der Vertragstypus unberührt geblieben ist. Von einer Teilgewinnabführung im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG kann zwar nicht mehr gesprochen werden, wenn auf die Einlage des stillen Gesellschafters eine feste, vom Gewinn unabhängige Vergütung gewährt wird (BayObLG, NZG 2001, 408, Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 292 Rn. 13; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 292 Rn. 54; Langenbucher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 292 Rn. 27; aA OLG Hamburg, NZG 2003, 436, 437). Steht - wie hier nach der Änderung für das Geschäftsjahr 2008 - die Zusage einer festen Vergütung auf die Einlage jedoch neben einer ansonsten vereinbarten Gewinnbeteiligung, handelt es sich gleichwohl um ein einheitliches (Beteiligungs-)Vertragsverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1994 - II ZR 32/94, BGHZ 127, 176, 181; Habersack, Festschrift Happ, 2006, S. 49, 59; Schön, ZGR 1993, 210, 223). Die Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine Änderung des Vertrags gelten im Übrigen unabhängig davon, ob die Änderung den materiellen Gehalt der Teilgewinnabführung als solcher berührt (MünchKommAktG/Altmeppen, 3. Aufl., § 295 AktG Rn. 3; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 295 Rn. 6; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 295 Rn. 3; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 295 Rn. 5; Langenbucher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 295 Rn. 7 f.; Schenk

in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 295 Rn. 2; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 295 Rn. 3).

34 ee) Die gem. § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG erforderliche schriftliche Form ist nicht gewahrt, weil von der Klägerin unterzeichnete Urkunden (§ 126 Abs. 1 und 2 BGB) über die Verpflichtung der Beklagten, die Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 auch bei Ausweisung eines Jahresfehlbetrags zu zahlen, nicht aufgenommen worden sind. Die dem Schreiben der Beklagten vom 21. Dezember 2008 beigefügten und von der Klägerin unterzeichneten Änderungsverträge enthalten diese Verpflichtung gerade nicht.

35 c) Im Übrigen fehlt es nicht nur an der nach § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG vorgeschriebenen Schriftform, sondern auch an der erforderlichen Eintragung im Handelsregister (§ 295 Abs. 1 Satz 2, § 294 Abs. 2 AktG).

36 2. Diese Mängel haben zur Folge, dass die Klägerin aus dem wegen fehlender Form (§ 125 Satz 1 BGB) und wegen fehlender Registereintragung unwirksamen Zahlungsversprechen der Beklagten keine Ansprüche herleiten kann.

37 a) Dies gilt auch dann, wenn es sich dabei um ein selbständiges Schuldversprechen im Sinne von § 780 BGB handeln sollte. Die Beklagte könnte ihrer Inanspruchnahme dann jedenfalls die Einrede der Bereicherung aus § 821 BGB entgegenhalten. Die Einrede aus § 821 BGB kann auch konkludent erhoben werden (vgl. BGH, Urteil vom 16. April 1991 - XI ZR 68/90, NJW 1991, 2140, 2141). Dazu reicht es hier aus, dass die Beklagte, die sich in erster Linie damit verteidigt hat, es liege kein abstraktes Schuldversprechen vor, in ihrer Berufungsbegründung hilfsweise für den Fall, dass ein solches gleichwohl angenommen werde, geltend gemacht hat, ihr stünde auch dann ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

38 b) Der Bereicherungseinwand der Beklagten wäre nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen. Für die Kenntnis von der Nichtschuld genügte es nicht, dass der Beklagten bewusst war, mangels eines Jahresüberschusses im Geschäftsjahr 2008 keine Vergütung auf die stillen Einlagen zu schulden. Da Rechtsgrund des von der Klägerin angenommenen abstrakten Schuldversprechens die die Teilgewinnabführungsverträge ändernden Vereinbarungen wären, könnte die Kenntnis von der Nichtschuld nur angenommen werden, wenn der Beklagten deren Unwirksamkeit bekannt gewesen wäre. Das ist nach dem von der Revisionserwiderung in Bezug genommenen Vorbringen der Parteien aber zu verneinen.

39 3. Die Beklagte kann sich ohne Verstoß gegen § 242 BGB auf die Unwirksamkeit der Sonderzahlungszusage berufen. Die Revisionserwiderung zeigt keinen Parteivortrag der Klägerin dahingehend auf, dass die Nichteinhaltung der Sonderzahlungszusage für sie existenzgefährdend ist oder der Beklagten Arglist oder ein besonders schwerer Treueverstoß vorzuwerfen sind (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1958 - V ZR 28/57, BGHZ 29, 6, 12; Urteil vom 24. April 1998 - V ZR 197/97, BGHZ 138, 339, 348).

40 4. Kann die Klägerin schon wegen der Formnichtigkeit der Änderungsvereinbarung bzw. deren fehlender Eintragung im Handelsregister keine Leistung verlangen, kommt es auf die Frage, ob die Erfüllung der Sonderzahlungszusage gegen § 301 Satz 1 AktG verstoßen würde, nicht mehr an.

Bergmann Strohn Caliebe

Reichart Sunder

Vorinstanzen:
LG Kiel, Entscheidung vom 21.10.2010 - 15 O 71/10 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 01.06.2011 - 9 U 65/10 -