

Gesetz: GenGes §§ 36, 70

- Rechtssatz: 1.) Die Amtsdauer der Aufsichtsratsmitglieder einer Genossenschaft endet mit Ablauf der Zeit, für die die Mitglieder gewählt sind. § 87 Abs 1 Satz 2 AktG ist nicht anwendbar.
- 2.) Bei Anwendung einer Satzungsbestimmung, daß zur Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats der Genossenschaft die Hälfte seiner Mitglieder anwesend sein müsse, ist von derjenigen Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder auszugehen, die satzungsgemäss den Aufsichtsrat bilden, nicht von derjenigen Zahl der Aufsichtsratsmitglieder, die zur Zeit der Beschlussfassung dem Aufsichtsrat angehören, falls sich die Sollzahl der Mitglieder nach ihrer Wahl durch die Generalversammlung verringert hat (z.B. durch Tod, Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat, Ausschluss aus der Genossenschaft.)

Aktenzeichen: II ZR 137/51

Urteil vom 15. Dezember 1951

OLG Hamburg

Verkündet

am 15. Dezember 1951

Hirth, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Hermann T [REDACTED],
H [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklag-
ten und Revisionsklägers,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

den Eisenbahnbauverein e.G.m.b.H., H [REDACTED]
R [REDACTED], vertreten durch den Vorstand
R [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

wegen Ausschliessung aus der Genossenschaft

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Sitzung
vom 1. Dezember 1951 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten
Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Selowsky,
Dr. Benkard und Dr. Kuhn für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 3. April 1951 aufgehoben. Die Sache
wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das
Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entschei-
dung über die Kosten des Revisionsverfahrens vorbehalten
bleibt.

Von Rechts wegen

-2-

Tatbestand:

Der Beklagte ist eine eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, und zwar eine Baugenossenschaft. Der Kläger ist Genosse des Beklagten und war seit Sommer 1948 Mitglied des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat bestand aus 9 Mitgliedern. Vor der Zugehörigkeit des Klägers zum Aufsichtsrat, nämlich am 10. April 1946 und 17. April 1947, hatten Vorstand und Aufsichtsrat des Beklagten in gemeinsamer Sitzung beschlossen, die Dachgeschosse in den dem Beklagten gehörenden Häusern zu Wohnungen umzubauen. Am 27. November 1948 wurden diese Beschlüsse erneuert, wiederum in gemeinsamer Sitzung der beiden genannten Körperschaften des Beklagten. Bei der Sitzung war der Kläger anwesend. Er und ein weiteres Aufsichtsratsmitglied, S [REDACTED], stimmten gegen den Beschluss, der indes mit Stimmenmehrheit angenommen wurde (7 gegen 2 Stimmen). Die Durchführung des Beschlusses gab wegen der Inanspruchnahme der Bodenkammern einzelner Mieter (Genossen) zu Einsprüchen und Klagen der Betroffenen Anlass, so auch im Hause Z [REDACTED] str. [REDACTED] in H [REDACTED], wo das Aufsichtsratsmitglied Sassenberg wohnte. S [REDACTED] stellte am 14. Januar 1949 bei Gericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Verhinderung des Umbaues der Dachwohnungen. Er erteilte dem Kläger Vollmacht, über deren Umfang zwischen den Parteien Streit ist. Am 15. Januar 1949, einem Samstag, erging eine einstweilige Verfügung des Amtsgerichts Harburg, die dem Beklagten bei Moidung von Geld- und Haftstrafen verbot, bauliche Veränderungen an den Bodenkammern im Hause Z [REDACTED] str. [REDACTED] vorzunehmen, und zwar den Bodenkammern von vier Mietern, die Antragsteller waren und zu denen S [REDACTED]



gehörte. Am 16. Januar 1949 schrieb S [REDACTED] gemeinsam mit dem Kläger dem Beklagten, das Amtsgericht habe eine einstweilige Verfügung erlassen und dem Beklagten mit sofortiger Wirkung geboten, jegliche Bauarbeiten im Hause Z [REDACTED] str. [REDACTED] einzustellen. Die Absender des Briefes seien vom Gericht zur vorläufigen Benachrichtigung beauftragt, da die Zustellung nicht so schnell erfolgen könnte (der 16. Januar 1949 war Sonntag, die Zustellung konnte erst Montag, den 17. Januar 1949, ausgeführt werden). Auf Widerspruch des Beklagten gegen die einstweilige Verfügung wurde diese durch Urteil des Amtsgerichts vom 8. Februar 1949 aufgehoben. In der mündlichen Verhandlung vom 1. Februar 1949 war der Kläger anwesend und hatte zunächst die Ausführungen der Antragsteller übernommen, später an S [REDACTED] überlassen. Dieses Verhalten des Klägers und S [REDACTED] wurde in gemeinsamer Sitzung des Vorstandes und Aufsichtsrats des Beklagten am 15. April 1949 erörtert. In der Sitzung wurde vom Aufsichtsratsmitglied H [REDACTED] der Antrag gestellt, den Kläger und S [REDACTED] aus der Genossenschaft auszuschliessen. Über diesen Antrag beriet der Vorstand des Beklagten am 30. Juni 1949, die Ausschliessung wurde beschlossen und mit eingehender Begründung den beiden ausgeschlossenen Genossen mitgeteilt. Beide legten gegen den Beschluss Berufung ein, über die entsprechend der Satzungsbestimmung in gemeinsamer Sitzung des Vorstandes und Aufsichtsrats des Beklagten am 25. August 1949 beraten und beschlossen wurde. Der Kläger und S [REDACTED] wurden gehört. Nach getrennter Abstimmung des Vorstandes und Aufsichtsrats bestätigten beide Körperschaften die Ausschliessung. Der Beschluss ist dem Kläger durch Schreiben vom 15. Oktober 1949 mitgeteilt worden. Während

S[REDACTED] sich beruhigte, erhob der Kläger Klage, die am 18. November 1949 dem Beklagten zugestellt ist mit dem Antrag, festzustellen, dass die durch den Vorstand und den Aufsichtsrat des Beklagten vorgenommene Ausschliessung des Klägers nichtig ist. Neben formellen Beanstandungen macht der Kläger eingehende tatsächliche und rechtliche Ausführungen, um die Grundlosigkeit seiner Ausschliessung darzutun. Unter den formellen Beanstandungen steht in erster Reihe, der Aufsichtsrat sei bei der Beschlussfassung über den Ausschliessungsantrag nicht beschlussfähig gewesen, weil nach § 24 Abs 3 der Satzung mehr als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats bei der Beschlussfassung zugegen sein müssten, hier seien zwar von damals 9 Aufsichtsratsmitgliedern 5 zugegen gewesen, das eine Mitglied, N[REDACTED], sei aber schon im Jahre 1945 in den Aufsichtsrat gewählt worden, daher sei seine Amtszeit von drei Jahren (Satzung § 22 Abs 3) abgelaufen gewesen.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt und die einzelnen gegen die Gültigkeit und Wirksamkeit des Ausschliessungsbeschlusses vorgebrachten Gründe des Klägers bekämpft. Das Landgericht hat eine grosse Zahl von Zeugen vernommen, sodann durch Urteil vom 15. Oktober 1950 der Klage entsprochen und den Ausschliessungsbeschluss vom 30. Juni 1949 für unwirksam erklärt. Die formalen Bedenken des Klägers hat das Landgericht als unbegründet angesehen, sachlich auf Grund der Beweisaufnahme eine Reihe von Verfehlungen des Klägers besonders gegen die Treupflicht festgestellt, jedoch verneint, dass diese genügend schwer wogen, um die Ausschliessung zu begründen. Auf Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht zu Hamburg das Urteil

des Landgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es trat hinsichtlich der formalen Bedenken dem Landgericht bei; hinsichtlich der Würdigung des Verhaltens des Klägers missbilligte es das erste Urteil wegen des Maßstabes, den das Landgericht an das Verhalten des Klägers angelegt hatte. Die Gründe zur Ausschliessung des Klägers betrachtete das Oberlandesgericht als ausreichend und erblickte in ihnen ein schädigendes Verhalten des Klägers im Sinne des § 10 Abs 1 b der Satzung. Das Vorgehen des Klägers enthalte, weil er Mitglied des Aufsichtsrats gewesen war, einen Verstoss gegen Treu und Glauben. Die Verfehlungen seien keineswegs unbedeutend, die Art und Weise, wie der Kläger seinen Widerstand gegen die Beschlüsse des Beklagten verwirklicht habe, rechtfertige seine Ausschliessung.

Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er beantragt, unter Aufhebung des Berufungsurteils die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen, hilfsweise die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist vom Berufungsgericht zugelassen, auch in rechter Frist und Form eingelegt und begründet worden, daher zulässig.

II. Die Revision bringt nur noch einzelne der formalen Bedenken vor, die der Kläger in den Vorinstanzen erhoben hatte. Gleichwohl sind sie von Amts wegen zu prüfen.

1.) Über die Ausschliessung des Klägers ist in gemeinsamer Sitzung von Vorstand und Aufsichtsrat des Beklagten am 25. August 1949 beschlossen worden, nachdem der Kläger gegen den Ausschliessungsbeschluss des Vorstandes vom 30. Juni 1949 Berufung eingelegt hatte. Ursprünglich waren im Protokoll die Worte "einstimmig vom Vorstand und einstimmig vom Aufsichtsrat" nicht enthalten. Sie beurkunden, dass die Abstimmung und die Beschlussfassung in beiden Körperschaften getrennt erfolgt war, entsprechend der Satzungsbestimmung (§ 26 Abs 2). Dem Kläger war rechtliches Gehör gewährt, wie das Protokoll ergibt. Das Berufungsgericht stellt im Einklang mit dem Landgericht als Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass die angeführten Worte zwar ursprünglich fehlten, aber vor Vollzug des Protokolls noch am gleichen Abend eingefügt worden seien. Diese Feststellung bindet das Revisionsgericht und erweist die ordnungsmässige Abstimmung und Beschlussfassung.

2.) Der Kläger hat vorgebracht, der Aufsichtsrat sei bei der Beschlussfassung nicht vorschriftsmässig besetzt gewesen, und diese Rüge hält die Revision aufrecht. Sie wird damit begründet, das Aufsichtsratsmitglied Nielebock sei nicht mehr der Satzung entsprechend Mitglied des Aufsichtsrats gewesen. Der Berufungsrichter hat festgestellt, dass Ni[REDACTED] am 9. Dezember 1945 in den Aufsichtsrat gewählt worden war. Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden nach der Satzung (§ 22) auf drei Jahre gewählt. Sitzungsgemäss scheidet jährlich $\frac{1}{3}$ der Mitglieder aus und ist durch Neuwahl zu ersetzen, wobei Wiederwahl zulässig ist (Satzung § 22 Abs 4). Der Berufungsrichter nimmt an, in der Generalversammlung des Jahres 1948 sei eine Wieder-

wahl noch nicht nötig gewesen, weil damals die drei Jahre, gerechnet vom 9. Dezember 1945 an, noch nicht verstrichen waren. Die Generalversammlung für 1949 wäre am 25. August 1949 noch nicht gewesen, daher sei Mi [REDACTED] noch Mitglied des Aufsichtsrats und seine Mitwirkung an der Beschlussfassung sei zulässig gewesen. Dieser Auffassung des Berufungsgerichts kann aus Rechtsgründen nicht beigetreten werden. Im Gesetz und in der Satzung fehlt eine Bestimmung entsprechend § 87 Abs 1 Satz 2 AktG. Die dort vorgesehene Möglichkeit, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft bis zum Ablauf der Hauptversammlung im Amte bleiben kann, die über die Entlastung für das letzte Jahr der Amtsdauer beschliesst, ist eine nur für die Aktengesellschaft geltende Sonderbestimmung. Sie ist bei der GmbH (§ 52 GmbHGes) ausdrücklich dadurch ausgeschlossen, dass von der dort vorgesehenen entsprechenden Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des Aktienrechts der § 243 Abs 3 HGB aF ausgeschlossen wurde; diese ausgeschlossene Bestimmung entspricht dem § 87 Abs 1 Satz 2 des jetzigen Aktengesetzes. Aus dieser Sonderregelung und daraus, dass es für die Genossenschaft überhaupt an Bestimmungen fehlt, die auf die für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften, insbesondere auf § 87 Abs 1 Satz 2 AktG hinweisen, folgt, dass das Amt eines Aufsichtsratsmitgliedes einer Genossenschaft endet, sobald die Zeit, für welche das Mitglied gewählt ist, abgelaufen ist; im vorliegenden Falle also nach 3 Jahren. Hier kann zwar dahingestellt bleiben, ob die Amtszeit von 3 Jahren vom 9. Dezember 1945 bis zum 9. Dezember 1948 zu berechnen ist (so Parisius-Crüger-Crecelius GenG 10. Aufl § 24 Anm 24;

Meyer-Meulenbergh, GenG 7. Aufl § 36 Anm 4), oder die drei Kalenderjahre 1946, 1947 und 1948 umfasst (Koenen-Gertner, Kommentar zur Mustersatzung für Baugenossenschaften [1932] § 22 Anm 7; RGZ 152, 273 [276], auch RGZ 73, 234 [237]). In jedem Fall war die Amtszeit Ni[REDACTED]s am 25. August 1949 verstrichen und er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Mitglied des Aufsichtsrats.

3.) Die Frage, wie sich die Mitwirkung einer nicht zum Aufsichtsrat gehörenden Person bei der Beschlussfassung des Aufsichtsrats auf die Gültigkeit des Beschlusses auswirkt, ob insbesondere etwa der Beschluss vom 25. August 1949 schon allein deshalb nichtig gewesen ist, weil der nicht mehr dem Aufsichtsrat angehörende Ni[REDACTED] an seiner Fassung beteiligt war, kann hier auf sich beruhen. Der Beschluss ist nämlich schon deshalb nichtig, weil der Aufsichtsrat damals nicht beschlussfähig war.

Der Aufsichtsrat des Beklagten besteht nach der Satzung (§ 22) aus drei Mitgliedern, doch kann die Generalversammlung eine höhere Zahl beschliessen, die stets durch drei teilbar sein muss. Ein solcher Beschluss lag zur Zeit der Ausschliessung des Klägers dahin vor, dass der Aufsichtsrat aus neun Mitgliedern bestehen sollte. Der Aufsichtsrat ist nach der Satzung (§ 24 Abs 3) beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder anwesend ist; die Beschlüsse werden dann mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst. Am 25. August 1949 war infolge der Ausschliessung des Klägers und Sassenbergs die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder schon auf sieben herabgesunken (GenG § 68 Abs 4; Parisius-Crüger-Crecelius GenG 10. Aufl

§ 68 Anm 13; Krakenberger GenG § 68 Anm 7 und 8; Lang-Weidenmüller GenG 26. Aufl § 68 Anm 3). Da aber auch die Amtszeit Ni[redacted]s bereits abgelaufen und dieser daher nicht mehr Mitglied des Aufsichtsrats war, bestand der Aufsichtsrat in Wahrheit nur noch aus 6 Mitgliedern. Zur Beschlussfassung würden demnach 4 Mitglieder nur dann genügt haben, wenn die vorher wiedergegebene Bestimmung des § 24 Abs 3 der Satzung dahin zu verstehen wäre, dass zur Beschlussfähigkeit mehr als die Hälfte der tatsächlich noch im Amt befindlichen Aufsichtsratsmitglieder ausreichen würde. Indes ist für die Berechnung der zur Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats erforderlichen Mindestzahl (mehr als die Hälfte) nicht von der Zahl der noch vorhandenen Aufsichtsratsmitglieder auszugehen, die infolge des Ausscheidens einzelner Mitglieder durch Tod oder aus sonstigen Gründen, auch der Ausschlüssung, den zeitigen Aufsichtsrat bilden, sondern diejenige Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist massgebend, die nach der Satzung und den sie ergänzenden Generalversammlungsbeschlüssen in den Aufsichtsrat zu wählen sind (Koenen-Gertner aaO § 22 Anm 14, § 24 Anm 4. Im Ergebnis für die Aktiengesellschaft ebenso Gessler BB 1951, 942 ff; Gadow W. Schmidt, AktG § 86 Anm 15). Die Festlegung einer Mindestzahl zur Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats dient dem Besten der Genossenschaft und der Genossen, um zu verhüten, dass durch eine zu geringe Zahl der an einer Beschlussfassung mitwirkenden Personen eine Zufallsentscheidung ergeht. Sie bezweckt also den Schutz der Genossen und ist daher streng auszulegen (RG JW 1936, 2071¹²). Deshalb muss die zur Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats erforderliche Mindestzahl von der Gesamtzahl der in den Aufsichtsrat bestimmungsgemäss zu wählenden Mit-

glieder berechnet worden (Koenen-Gertner aaO § 22 Anm 14). Nach der bestimmungsgemässen Zahl von 9 Mitgliedern des Aufsichtsrats des Beklagten erforderte die Beschlussfähigkeit die Mitwirkung von 5 Mitgliedern. Da an dem Beschluss vom 25. August 1949 nur 4 im Amte befindliche Mitglieder mitwirkten, war der Aufsichtsrat nicht beschlussfähig. Der Beschluss ist daher nichtig (Parisius-Crüger-Crecelius GenG 10. Aufl § 36 Anm 5; Lang-Weidmüller aaO § 36 Anm 4; für die Aktiengesellschaft: Staub-Pinner HGB 14. Aufl § 246 Anm 19 b; Gedow-Heinichen-W. Schmidt AktG § 87 Anm 27; RGZ 66, 369 371; OGHZ 1, 370 378).

4.) Die Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses vom 25. August 1949 führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, ohne dass es auf andere formelle Gründe, die der Kläger vorgebracht hatte, noch ankommt. Die Revision greift auf diese nicht zurück. Ebensowenig waren die sachlichen Gründe, die der Kläger gegen seine Ausschlussung angeführt hatte, zu prüfen.

III. Die Aufhebung des Berufungsurteils gestattet indes keine Entscheidung in der Sache selbst, denn die Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses vom 25. August 1949 beseitigt nur die Entscheidung dieses Organs des Beklagten über die vom Kläger gegen den Ausschlussbeschluss des Vorstandes am 30. Juni 1949 eingelegte Berufung. Nunmehr muss der Aufsichtsrat erneut und in gesetz- und satzungsgemässer Besetzung über die Berufung des Klägers entscheiden (OGHZ 1, 370 379). Es handelt sich bei dieser Entscheidung des Aufsichtsrats um eine Vorabentscheidung, die ergehen sollte, bevor die Klage im Rechtswege erhoben werden würde. Es

ist aber nicht notwendig, dass sie schon bei Klagerhebung vorlag, sie kann vielmehr im Laufe des Prozesses ergänzt oder neu gefasst werden (ZPO § 148; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 5. Aufl S 393; RG SeuffA 73, 189; OLG Breslau, ROLG 34, 352). Diese Entscheidung muss nunmehr im Rahmen des schwebenden Prozesses nachgeholt werden.

IV. Zunächst wird der Rechtsstreit in die Lage versetzt, in der sich das Ausschliessungsverfahren vor dem Beschluss am 25. August 1949 befand. Der Berufungsrichter wird zweckmässig das Verfahren bis zur Nachholung des Beschlusses des Aufsichtsrats über die Berufung des Klägers aussetzen. Sollte der Beschluss des Aufsichtsrats abermals zur Bestätigung der Ausschliessung des Klägers führen, so mag über die Gründe, die der Kläger gegen die Berechtigung seines Ausschlusses angeführt hat, in dem anhängigen Rechtsstreit erneut entschieden werden. Sollte der Aufsichtsrat indes den Beschluss des Vorstandes auf Ausschliessung des Klägers aufheben, so wird die Klage sich damit erledigen und nur noch über die Kosten des Verfahrens zu befinden sein.

V. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt zweckmässig dem Berufungsgericht vorbehalten.

Dr. Canter	Dr. Drost	Dr. Selowsky
Dr. Benkard	Dr. Kuhn	