BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 364/02

Verkündet am:
29. November 2004
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AktG §§ 112, 278; BGB § 177

a) Eine KGaA wird gegenüber ihren Komplementären durch den Aufsichtsrat vertreten. Das gilt auch gegenüber ehemaligen Komplementären, unabhängig davon, ob sie eine andere Funktion in der Gesellschaft übernommen haben, etwa diejenige eines Aufsichtsratsmitglieds.

b) Ein Verhalten kann nur dann als Genehmigung eines Vertragsschlusses ausgelegt werden, wenn sich der Handelnde der Genehmigungsbedürftigkeit bewußt ist.

c) Die Genehmigung eines Vertragsschlusses durch den Aufsichtsrat kann nicht durch einen Beschluß der Hauptversammlung der KGaA ersetzt werden.

BGH, Urteil vom 29. November 2004 - II ZR 364/02 - OLG Braunschweig
LG Göttingen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Prof. Dr. Goette, Kraemer, Dr. Strohn und Caliebe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 4. Dezember 2002 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die beklagte KGaA (Beklagte zu 1) beschäftigt sich - teilweise über Tochtergesellschaften - mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Verwertung von Immobilien, Wertpapieren und Unternehmensbeteiligungen sowie mit sonstigen Dienstleistungen auf dem Kapitalmarkt. Sie geht auf eine Gründung durch den Kläger zurück, der zunächst auch persönlich haftender Gesellschafter war. Da er diese Funktion wegen seines Amtes als Wirtschaftsprüfer nicht ausüben durfte, schied er auf Druck der Wirtschaftsprüferkammer aus der beklagten Gesellschaft aus. Am 4. Juli 1997 wurde er in den Aufsichtsrat berufen und dort zum Vorsitzenden gewählt. Mit Vertrag vom 27. Oktober 1997 gründete er eine stille Gesellschaft mit der Beklagten zu 1. Der Vertrag wurde unter-

schrieben von ihm und von zwei persönlich haftenden Gesellschaftern der Beklagten zu 1, nämlich den Beklagten zu 2 und 3. Nach der Präambel des Vertrages sollte ihm "eine wirtschaftlich gleichwertige Position" eingeräumt werden, entsprechend seiner vorherigen Stellung als persönlich haftender Gesellschafter. Dementsprechend sah der Vertrag eine Mindestlaufzeit von 30 Jahren, eine Beteiligung an Gewinn und Verlust i.H.v. 50,1 %, eine entsprechende persönliche Haftung und Mitwirkungsrechte an der Geschäftsführung wie bei einem persönlich haftenden Gesellschafter vor. Nach § 8 Abs. 5 des Vertrages sollte der Kläger einen Anspruch auf einen ergebnisunabhängigen Vorabgewinn i.H.v. 1.022.040,00 DM pro Jahr haben, zahlbar in zwölf Monatsraten.

Am 28. Januar 1999 stimmte die Hauptversammlung der Beklagten zu 1 auf Vorschlag des Aufsichtsrats einer Reihe von stillen Gesellschaftsverträgen - als Teilgewinnabführungsverträgen - zu, u.a. dem mit dem Kläger geschlossenen. Am 10. März 2000 wurden die Verträge in das Handelsregister eingetragen. Zugleich schieden die bisherigen persönlich haftenden Gesellschafter aus und wurden durch eine GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin ersetzt.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger von der Beklagten zu 1 als seiner Vertragspartnerin - vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin - und den Beklagten zu 2 - 5 als den damaligen persönlich haftenden Gesellschaftern Zahlung der Vorabgewinnrate für Juli 2001 i.H.v. 85.170,00 DM = 43.546,73 €. Das Berufungsgericht hat die Klage in bezug auf die Beklagte zu 1 als unzulässig, im übrigen als unbegründet abgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

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

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat die gegen die Beklagte zu 1, vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin, gerichtete Klage für unzulässig gehalten mit der Begründung, eine KGaA werde gegenüber ihren Komplementären - auch nach deren Ausscheiden - nicht durch die übrigen Komplementäre, sondern durch den Aufsichtsrat vertreten und dieser habe sich an dem Rechtsstreit nicht beteiligt. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Wer zur Vertretung einer KGaA berufen ist, bestimmt sich nach § 278 AktG. Nach dessen Abs. 2 sind grundsätzlich die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die KG anwendbar, so daß nach § 161 Abs. 2, §§ 125, 170 HGB die Komplementäre Vertreter der Gesellschaft sind. Das gilt aber dann nicht, wenn die Gesellschaft gegenüber den Komplementären vertreten werden muß. Dann ist der Aufsichtsrat zur Vertretung berufen (ebenso Hüffer, AktG 6. Aufl. § 278 Rdn. 16; Sethe, AG 1996, 289, 298 f.; Wichert, AG 2000, 268, 273 f.; a.A. Mertens in Kölner Komm.z.AktG 1. Aufl. § 287 Rdn. 11 f.: Vertretungsbefugnis auch der Komplementäre). Das ergibt sich aus § 278 Abs. 3, § 112 AktG. Die für die AG geltende Regelung des § 112 AktG, wonach die Gesellschaft den Vorstandsmitgliedern gegenüber durch den Aufsichtsrat vertreten wird, verfolgt den Zweck, eine unbefangene, von möglichen Interessenkollisionen und darauf beruhenden sachfremden Erwägungen freibleibende Vertretung der Gesellschaft sicherzustellen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschaft im Einzelfall nicht auch von dem Vorstand angemessen vertreten werden könnte. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr auf eine typisierende Betrachtungsweise abzustellen (BGHZ 103, 213, 216; 130, 108, 111 f.;

Sen.Urt. v. 28. April 1997 - II ZR 282/95, ZIP 1997, 1108; v. 14. Juli 1997 - II ZR 168/96, ZIP 1997, 1674; ebenso BAG NZG 2002, 392, 393 f.). Die dieser gesetzlichen Regelung zugrundeliegende Gefahr einer Interessenkollision ist ebenso gegeben, wenn eine KGaA bei einem Geschäft mit einem ihrer Komplementäre vertreten werden soll. Auch dann kann es aufgrund einer falschen Rücksichtnahme zu einer Vernachlässigung der Gesellschaftsinteressen kommen, wenn die übrigen Komplementäre für die Gesellschaft tätig werden. Deshalb erscheint es angemessen, auch bei der KGaA den § 112 AktG - für die Vertretung gegenüber den Komplementären - anzuwenden. Entgegen der Meinung der Revision verstößt das nicht gegen § 278 Abs. 2 AktG. Die danach geltenden Regeln des Handelsgesetzbuchs sehen zwar eine Mitwirkung des Aufsichtsrats nicht vor. Sie werden gemäß § 278 Abs. 3 AktG aber ergänzt durch die Bestimmungen des ersten Buchs des Aktiengesetzes, und damit ist § 112 AktG auch nach der Gesetzessystematik anwendbar.

Die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats besteht auch gegenüber ehemaligen Komplementären, unabhängig davon, ob sie eine andere Funktion in der Gesellschaft übernommen haben, insbesondere diejenige eines Aufsichtsratsmitglieds. Im Recht der AG entspricht es gefestigter Rechtsprechung, die Regelung des § 112 AktG auch in bezug auf die aus dem Amt ausgeschiedenen Vorstandsmitglieder anzuwenden (BGH, Urt. v. 9. Oktober 1986 - II ZR 284/85, ZIP 1986, 1381, 1382; v. 7. Juli 1993 - VIII ZR 2/92, AG 1994, 35; v. 28. April 1997 - II ZR 282/95, ZIP 1997, 1108). Das gilt auch dann, wenn das betreffende Vorstandsmitglied in den Aufsichtsrat gewechselt ist (Mertens in Großkomm.z.AktG 2. Aufl. § 112 Rdn. 10; MünchKommAktG/Semler 2. Aufl. § 112 Rdn. 27). Für die KGaA kann in bezug auf die Komplementäre nichts anderes gelten. Zwar können Interessenkonflikte bei einem Wechsel des Komplementärs in den Aufsichtsrat auch bei den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern

entstehen. Das rechtfertigt aber schon aus Gründen der Rechtsklarheit keine Rückverlagerung der Vertretungskompetenz auf die Komplementäre, an deren möglicher Befangenheit sich im übrigen nichts geändert hat, die durch die Aufsichtsratszugehörigkeit des Vertragspartners sogar noch verstärkt worden sein kann.

2. War somit - nur - der Aufsichtsrat der Beklagten zu 1 für den Abschluß des Vertrages über die stille Gesellschaft zur Vertretung befugt, gilt das auch für die darauf bezogene Prozeßführung. Der Aufsichtsrat ist trotz des Hinweises des Berufungsgerichts nicht in den Rechtsstreit eingetreten (vgl. dazu Sen.Urt. v. 21. Juni 1999 - II ZR 27/98, NJW 1999, 3263). Damit ist die Klage in bezug auf die Beklagte zu 1 unzulässig.

II. Unbegründet ist die Klage, soweit sie sich gegen die Beklagten zu 2 - 5 richtet.

1. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt: Die Beklagten zu 2 - 5 würden zwar nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 161 Abs. 2, §§ 128, 160 Abs. 1 HGB für die etwaige Schuld der Beklagten zu 1 aus dem Vertrag über die stille Gesellschaft persönlich haften, weil sie bei Abschluß des Vertrages Komplementäre der Beklagten zu 1 gewesen seien. Der Vertrag sei aber aus den schon in bezug auf die Prozeßführung gegenüber der Beklagten zu 1 aufgezeigten Gründen unwirksam. Offen bleiben könne, ob der Verstoß gegen § 278 Abs. 3, § 112 AktG gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit des Vertrages führe oder ob der Vertragsschluß gemäß § 177 BGB von dem Aufsichtsrat genehmigt werden könne. Denn jedenfalls habe der Aufsichtsrat eine Genehmigung nicht erteilt. Die Genehmigung des Aufsichtsrats sei auch nicht durch die Zustimmung der Hauptversammlung der Beklagten zu 1 ersetzt worden. Auf den Vertrag über die stille

Gesellschaft seien somit die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anwendbar. Danach habe die Beklagte zu 1 den Gesellschaftsvertrag kündigen können, was sie auch getan habe. Der Gewinnanspruch des Klägers sei damit nur noch ein unselbständiger Rechnungsposten bei der Errechnung des Auseinandersetzungsguthabens, der nicht mehr selbständig geltend gemacht werden könne.

2. Auch dagegen ist aus Rechtsgründen nichts einzuwenden.

a) Ob die Zuweisung des Vertretungsrechts in § 112 AktG gemäß § 134 BGB ein gesetzliches Verbot der entgegen dieser Zuweisung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte darstellt oder ob es sich dabei allein um eine Vertretungsregelung handelt mit der Folge, daß ein dagegen verstoßendes Handeln nach § 177 BGB von dem Aufsichtsrat genehmigt werden kann, ist in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und im Schrifttum umstritten (zum Meinungsstand s. Hüffer, AktG 6. Aufl. § 112 Rdn. 7 und MünchKommAktG/Semler 2. Aufl. § 112 Rdn. 70 ff.). Der Bundesgerichtshof hat die Frage bislang offen gelassen (Urt. v. 7. Juli 1993 - VIII ZR 2/92, AG 1994, 35). Sie bedarf auch hier keiner Entscheidung, weil der Vertragsschluß zwischen der Beklagten zu 1 und dem Kläger - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - nicht wirksam genehmigt worden ist.

aa) Die Revision sieht eine schlüssige Genehmigung des Aufsichtsrats in dessen Vorschlag an die Hauptversammlung der Beklagten zu 1, dem Vertrag gemäß § 293 AktG zuzustimmen. Dem ist nicht zu folgen.

Ein Verhalten kann nur dann als Genehmigung eines Vertragsschlusses ausgelegt werden, wenn sich der Handelnde der Genehmigungsbedürftigkeit

bewußt ist (Sen.Urt. v. 16. November 1987 - II ZR 92/87, NJW 1988, 1199, 1200; v. 19. Dezember 1988 - II ZR 74/88, NJW 1989, 1928, 1929). Daß die Mitglieder des Aufsichtsrats der Beklagten zu 1 hier ein solches Bewußtsein hatten, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Im Gegenteil waren sie offenbar der Meinung, der Vertrag mit dem Kläger sei von dem dafür zuständigen Gesellschaftsorgan geschlossen worden und bedürfe nur noch der Zustimmung der Hauptversammlung.

bb) Die Genehmigung des Aufsichtsrats ist auch nicht durch die Zustimmung der Hauptversammlung ersetzt worden.

Nach § 112 AktG ist der Aufsichtsrat bei Vertragsschlüssen mit den Vorstandsmitgliedern allein zur Vertretung befugt. Deshalb kann auch nur er allein eine Genehmigung nach § 177 BGB erteilen. Nicht dagegen kann diese Genehmigung von der Hauptversammlung ersetzt werden. Entgegen der Ansicht der Revision gilt für die KGaA nichts anderes. Insbesondere ergibt sich nicht aus § 287 Abs. 1 AktG, daß die Hauptversammlung eine dem Aufsichtsrat kraft Gesetzes zustehende Kompetenz an sich ziehen kann. Danach führt der Aufsichtsrat die Beschlüsse der Kommanditaktionäre aus. Das ändert nichts daran, daß er das handelnde Organ ist und sein Handeln nicht durch einen Beschluß der Hauptversammlung ersetzt wird.

Eine andere Frage ist, ob der Aufsichtsrat verpflichtet gewesen wäre, dem Vertragsschluß zuzustimmen, wenn die Hauptversammlung ihn dazu angewiesen hätte. Diese Frage braucht indessen nicht entschieden zu werden. Denn es fehlt schon an einer solchen Anweisung. Der von den Organen der Beklagten zu 1 als Teilgewinnabführungsvertrag qualifizierte Vertrag über die Gründung der stillen Gesellschaft (vgl. BGHZ 156, 38, 43) - ob diese Qualifizie-

rung angesichts des § 292 Abs. 2 AktG zutreffend war, ist nicht zu entscheiden - war der Hauptversammlung lediglich zur Zustimmung nach § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 293 Abs. 1 AktG vorgelegt worden. Die Frage, ob der Vertrag auf einer Willensentschließung des dafür zunächst zuständigen Organs, nämlich des Aufsichtsrats, beruhte, stand nicht zur Debatte. Die in der Hauptversammlung anwesenden oder vertretenen Kommanditaktionäre konnten also davon ausgehen, daß der Vertrag - ebenso wie die zahlreichen anderen zur Zustimmung anstehenden Verträge - bis auf die noch ausstehende Zustimmung und Handelsregistereintragung alle Wirksamkeitserfordernisse erfüllte. Das aber war gerade nicht der Fall. Ob die Hauptversammlung bei dieser Sachlage auch dann einen Beschluß über den Vertrag gefaßt hätte, wenn den Kommanditaktionären bewußt gewesen wäre, daß der Vertrag von einem dafür nicht vertretungsbefugten Organ geschlossen worden war, ist nicht festgestellt und kann auch nicht unterstellt werden.

Damit verhalten sich die Beklagten zu 2 - 5 entgegen der Auffassung der Revision auch nicht treuwidrig im Sinne des § 242 BGB, indem sie sich trotz der Zustimmung der Hauptversammlung auf die Unwirksamkeit des Vertrages berufen.

b) Der Vertrag über die stille Gesellschaft ist somit nicht wirksam zustande gekommen. Dennoch ist er nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft, die auch auf die stille Gesellschaft zur Anwendung kommen (Sen.Urt. v. heutigen Tage - II ZR 6/03 m.w.Nachw.), als wirksam zu behandeln. Er kann nur für die Zukunft beendet werden. Die Voraussetzung dafür hat die Beklagte zu 1 dadurch geschaffen, daß sie die Gesellschaft gekündigt hat. Nach der damit erfolgten Auflösung der Gesellschaft ist der Anspruch des Klägers nicht mehr selbständig durchsetzbar. Er ist als unselbständiger Rech-

nungsposten in die Auseinandersetzungsrechnung der stillen Gesellschaft einzustellen (BGHZ 37, 299, 304).

In dem gegen die Beklagten zu 2 - 5 gerichteten Zahlungsantrag ist im Zweifel nicht auch der Antrag enthalten festzustellen, daß der streitige Anspruch in die Auseinandersetzungsrechnung nach § 235 HGB einzustellen sei. Eine solche Auslegung ist nach der Rechtsprechung des Senats dann geboten, wenn sich die Klage gegen die Gesellschaft - im Falle der stillen Gesellschaft gegen den Inhaber des Handelsgeschäfts - richtet (Sen.Urt. v. 24. Oktober 1994 - II ZR 231/93, NJW 1995, 188, 189; v. 18. März 2002 - II ZR 103/01, NZG 2002, 519). Hier richtet sie sich, soweit sie zulässig ist, nur gegen die früheren Komplementäre des Inhabers des Handelsgeschäfts. Diesen obliegt es nicht, die Auseinandersetzungsrechnung aufzustellen. Im übrigen ist zwischen den Parteien nicht streitig, daß auf den Vertrag die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zur Anwendung kommen und der Gewinnanspruch des Klägers daher in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen ist.

3. Ohne Erfolg meint die Revision schließlich, nach § 179 Abs. 1 BGB würden jedenfalls die Beklagten zu 2 und 3 haften, weil sie den Vertrag als Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen hätten.

Dabei kann offen bleiben, ob die Vorschrift des § 179 BGB auf einen Vertragsschluß, der gegen § 112 AktG verstößt und der nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft für die Vergangenheit als wirksam zu behandeln ist, überhaupt zur Anwendung kommt. Jedenfalls ist eine Vertreterhaftung gemäß § 179 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Danach haftet der Vertreter nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. Hier ist - ohne daß zusätzliche Feststellungen des Berufungsgerichts

erforderlich wären - von einem Kennenmüssen in der Person des Klägers auszugehen. Der Kläger war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Aufsichtsratsmitglied, zuvor war er Komplementär gewesen. In diesen Funktionen mußte ihm die Regelung des § 112 AktG und ihre von der herrschenden Meinung angenommene Anwendbarkeit auch auf die KGaA bekannt sein. Zumindest hätte er sich entsprechend informieren müssen. Insoweit unterscheidet sich der Fall von dem Sachverhalt, den der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit dem Urteil vom 10. Mai 2001 (III ZR 111/99, NJW 2001, 2626) zu entscheiden hatte. Dort ging es um eine verbandsinterne Vertretungsregelung, die einem außenstehenden Dritten nicht bekannt sein mußte. Hier war der Kläger dagegen kein außenstehender Dritter, sondern selbst Organ des Verbandes.

Röhricht Goette Kraemer

Strohn Caliebe