BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 50/11

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

HGB § 230 Abs. 1; BGB § 516 Abs. 1

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; auch bei einer stillen Gesellschaft steht der im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Zweck einer solchen Leistung der Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB ebenso entgegen wie bei entsprechenden freiwilligen Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft.

AktG § 295

Eine Änderung eines Unternehmensvertrags im Sinne des § 295 AktG ist gegeben, wenn 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.

BGH, Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 50/11 - OLG Hamburg
LG Hamburg

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:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 11. Februar 2011 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, die Landessparkasse zu Oldenburg, beteiligte sich durch Vertrag vom 14./23. April 1998 (Anlage K 1) als stille Gesellschafterin mit einer Vermögenseinlage von 35 Mio. DM am Handelsgewerbe der Hamburgischen Landesbank - Girozentrale, einer Anstalt des öffentlichen Rechts.

2 Der Vertrag vom 14./23. April 1998 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 6,32 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.

(…)

3 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 vorhande-

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

nen Umfang mit allen Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens und mit den Arbeitsverhältnissen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die HSH Nordbank AG übergegangen.

4 Neben dem Vertrag vom 14./23. April 1998 über die stille Beteiligung der Klägerin, nach dessen § 5 Abs. 2 die Einlage von einer Veränderung der Rechtsform oder einer Verschmelzung der Bank unberührt bleibt, bestanden zum 8. August 2008 weitere 123 stille Gesellschaftsverträge; alle Verträge sind als Teilgewinnabführungsverträge im Handelsregister eingetragen worden.

5 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.

6 Die Beklagte bestätigte der Klägerin mit Schreiben vom 21. Dezember 2008 (Anlage K 4), dass sie „trotz des derzeit zweifelsohne schwierigen Marktumfeldes“ die Vergütung für die stille Einlage 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 stille Einlage an einem etwaigen Jahresfehlbetrag für das Geschäftsjahr 2008 nicht teilnehme, und bat darum, das dem Schreiben beigefügte, für die Beklagte bereits unterzeichnete Exemplar des Änderungsvertrags unterschrieben zurückzusenden.

7 Der von der Klägerin mit Datum vom 9. Januar 2009 unterzeichnete und an die Beklagte zurückgesandte „Änderungsvertrag zu einem Teilgewinnabführungsvertrag (Stiller Gesellschaftsvertrag)“ sieht in § 1 Abs. 1 und 2 vor, dass die Regelungen im Vertrag vom 14./23. April 1998 über die Verlustbeteiligung 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 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 im Änderungsvertrag nicht erwähnt.

8 Die Hauptversammlung der Beklagten stimmte dem Änderungsvertrag mit Beschluss vom 2. Februar 2009 zu. Die Vertragsänderung wurde am 18. Februar 2009 im Handelsregister eingetragen.

9 Der im Frühjahr 2009 aufgestellte Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr 2008 wies einen Jahresfehlbetrag von über 3 Mrd. € aus. Mit Schreiben vom 15. Mai 2009 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie sehe sich nicht mehr in der Lage, die angekündigte Sonderzahlung zu erbringen. Zur Begründung führte sie die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission 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.

10 Die Klägerin hat mit ihrer im Urkundenprozess erhobenen Klage unter Bezugnahme auf das Schreiben der Beklagten vom 21. Dezember 2008 für das Geschäftsjahr 2008 die Zahlung eines Betrags in Höhe von 6,32 % ihrer Einlage verlangt. Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 1.130.975,64 € nebst Zinsen verurteilt und der Beklagten die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrt.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

12 I. Das Berufungsgericht (OLG Hamburg, ZIP 2011, 430) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

13 Der Klageanspruch ergebe sich nicht aus dem Sonderzahlungsversprechen der Beklagten im Schreiben vom 21. Dezember 2008. Die Beklagte habe sich der Klägerin gegenüber mit diesem Sonderzahlungsversprechen nicht rechtswirksam zur Zinszahlung verpflichten können, weil es gemäß § 518 Abs. 1 BGB, § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 293 Abs. 3 AktG formunwirksam abgegeben worden und damit gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig sowie eine Eintragung im Handelsregister gemäß § 294 Abs. 2, § 295 Abs. 1 AktG nicht erfolgt sei.

14 Die Zusage der Beklagten, die Zinszahlung auf die Einlage der Klägerin auch dann erbringen zu wollen, falls wegen eines Jahresfehlbetrags ein Anspruch hierauf nicht entstehen werde, stelle ein Schenkungsversprechen (§ 516 Abs. 1 BGB) dar und hätte daher gemäß § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung bedurft. Die durch den Änderungsvertrag zustande gekommene Einigung der Parteien darüber, dass die vertraglich nicht geschuldete Vergütung der Klägerin im Falle eines Jahresfehlbetrags als Sonderzahlung gewährt werden solle, beinhalte auch die tatsächliche Verständigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit dieser Sonderzahlung. Der Unentgeltlichkeit des von der Beklagten abgegebenen Sonderzahlungsversprechens könne nicht entgegengehalten werden, dass die Beklagte dieses Sonderzahlungsversprechen in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der zwischen ihr und der Klägerin bestehenden stillen Gesellschaft im Hinblick auf ihre Mitgliedschaft (causa societatis), und insofern gerade nicht ohne rechtlichen Grund, abgegeben habe. Die Voraussetzungen einer Leistungszusage causa societatis lägen nicht vor.

15 Das Sonderzahlungsversprechen der Beklagten mit Schreiben vom 21. Dezember 2008 sei darüber hinaus mangels Einhaltung der gemäß § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 293 Abs. 3, § 295 Abs. 1 AktG vorauszusetzenden Schriftform sowie nach Maßgabe von § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 294 Abs. 2, § 295 Abs. 1 AktG auch deshalb unwirksam, weil das Sonderzahlungsversprechen als ein den Ge-

sellschaftsvertrag vom 14./23. April 1998 ändernder Vertrag nicht im Handelsregister eingetragen worden sei. Bei dem zwischen den Parteien fortbestehenden Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft handele es sich um einen Teilgewinnabführungsvertrag im Sinne von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Dementsprechend habe die mit dem Sonderzahlungsversprechen der Beklagten insofern beabsichtigte Änderung dieses Teilgewinnabführungsvertrags, dass unbeschadet des für das Geschäftsjahr 2008 erwarteten Jahresfehlbetrags der Beklagten gleichwohl eine Zahlung in Höhe der vereinbarten Gewinnbeteiligung an die Klägerin erfolgen sollte, gemäß § 293 Abs. 3, § 295 Abs. 1 AktG der Schriftform und gemäß § 294 Abs. 2, § 295 Abs. 1 AktG der Eintragung ins Handelsregister bedurft. Die Beklagte sei auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert, sich auf die Formunwirksamkeit ihres Sonderzahlungsversprechens zu berufen.

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

17 1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Klägerin aus der Zusage der Beklagten im Schreiben vom 21. Dezember 2008 kein Anspruch auf Zahlung der Vergütung für ihre stille Einlage für das Geschäftsjahr 2008 zusteht, weil 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 im Vertrag vom 14./23. April 1998 vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen nicht gegeben sind, wegen Nichtbeachtung der durch Gesetz vorgeschriebenen Form eine entsprechende Verpflichtung der Beklagten nicht begründet worden ist (§ 125 Satz 1 BGB).

18 a) Die Zusage der Beklagten, die Vergütung auch bei Ausweisung eines Jahresfehlbetrags zu zahlen, unterlag allerdings entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB, weil es sich nicht um eine schenkweise versprochene 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 Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten sich auf eine in diesem Sinne unentgeltliche Zuwendung der Sonderzahlung für das Geschäftsjahr 2008 geeinigt, beruht, wie die Revision im Ergebnis zu Recht rügt, auf Rechtsfehlern.

19 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).

20 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.

21 bb) Von diesen Grundsätzen ausgehend hält die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten sich auf die schenkweise unentgeltliche Zuwendung der Sonderzahlung für das Geschäftsjahr 2008 geeinigt, einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

22 Zwar ist die Auslegung von Erklärungen, die auf das Zustandekommen einer Individualvereinbarung gerichtet sind, 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 aber 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 berücksichtigt nicht ausreichend, dass die Beklagte die Sonderzahlung ausdrücklich im Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden stillen Gesellschaftsverhältnisses zugesagt hat und daher davon auszugehen ist, dass die Zusage auf der gesellschaftsvertraglich vereinbarten gemeinsamen Zweckverfolgung und Erfolgsteilhabe beruht.

23 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 den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich als Vergütung auf die stille Einlage bezeichnet, die der Klägerin in der „vertraglich vereinbarten“ Höhe am „vertraglich vereinbarten“ Fälligkeitstag zuflie-

ßen 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 stillen Gesellschaftsvertrag vereinbarten Voraussetzungen für eine Vergütungszahlung 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 entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts 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).

24 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 des (schriftlichen) stillen Gesellschaftsvertrags begründet, sondern (nur) unter Berücksichtigung des stillen Gesellschaftsverhältnisses eine freiwillige Sonderzahlung vorgenommen werden solle.

25 b) Das Berufungsgericht ist aber rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass eine Änderung des nach der Verschmelzung der ursprünglichen Vertragspartnerin auf die Beklagte fortgeltenden Vertrags vom 14./23. April 1998 über die Errichtung einer stillen Gesellschaft, bei dem es sich um einen Unternehmensvertrag in Form eines Teilgewinnabführungsvertrags im Sinne von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG handelt (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), nach den nach Gründung der Beklagten als Aktiengesellschaft anwendbaren Vorschriften der § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG der schriftlichen Form bedurfte. Es hat ferner im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Parteien eine Änderung des Teilgewinnabführungsvertrags vereinbart haben und dabei die gesetzliche Form nicht eingehalten worden ist.

26 aa) Nach § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG bedarf die Änderung eines Unternehmensvertrags der schriftlichen Form. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Parteien mit dem Versprechen der Beklagten, die Vergütung für das Geschäftsjahr 2008 auch bei Ausweisung eines Jahresfehlbetrags zu zahlen, eine Änderung des stillen Gesellschaftsvertrags im Sinne des § 295 AktG beabsichtigt haben, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

27 (1) 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).

28 (2) Mit der Vereinbarung einer von den Voraussetzungen nach § 2 Abs. 5 des 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 den von der Klägerin am 9. Januar 2009 unterzeichneten Änderungsvertrag aufgenommen haben.

29 Den Vertragsparteien eines Unternehmensvertrags ist es zwar grundsätzlich unbenommen, ob sie einen Änderungsvertrag (§ 295 AktG), einen Aufhebungsvertrag (§ 296 AktG), verbunden mit einem neuen Vertrag, oder einen weiteren rechtlich selbständigen Vertrag abschließen wollen. Soweit sich die von den Vertragsparteien angestrebte Neugestaltung 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.

30 Aus diesem Grunde ist es auch unerheblich, dass die Parteien in § 1 Abs. 3 des zwischen ihnen geschlossenen Änderungsvertrags 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 dem zwischen den Parteien bestehenden Teilgewinnabführungsvertrag abgeändert werden sollten.

31 (3) Entgegen der Auffassung der Revision kommt es für die Anwendung des § 295 AktG 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 dem bestehenden Teilgewinnabführungsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten hinaus und unterläge daher den für die Änderung eines Teilgewinnabführungsvertrags geltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 295 AktG.

32 (4) Der Beklagten war es auch nicht möglich, die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Änderung des Teilgewinnabführungsvertrags dadurch zu umgehen, dass der Versammlungsleiter in der Hauptversammlung am 19. Dezember 2008 erklärte, die Bedienung der stillen Gesellschafter „soll nicht über eine Änderung der betreffenden 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". Dadurch wird der Charakter der Vergütungszusage als einer auf der Grundlage des Schreibens vom 21. Dezember 2008 zustande gekommenen einvernehmlichen Änderungsvereinbarung im Sinne des § 295 AktG nicht berührt. In der Erklärung kommt lediglich eine fehlerhafte Rechtsauffassung über den Anwendungsbereich des § 295 AktG zum Ausdruck.

33 (5) 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 bb) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die gem. § 295 Abs. 1 Satz 2, § 293 Abs. 3 AktG erforderliche schriftliche Form nicht gewahrt ist, weil eine von der Klägerin unterzeichnete Urkunde (§ 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 ist. Der dem Schreiben der Beklagten vom 21. Dezember 2008 beigefügte und von der Klägerin unterzeichnete Änderungsvertrag enthält 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. Dass die Beklagte die Einrede aus § 821 BGB (ausdrücklich) erst im Berufungsverfahren erhoben hat, schadet (schon deswegen) nicht, weil die Erhebung der Einrede und die ihr zu Grunde liegenden Tatsachen unstreitig sind (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2008 - GSZ 1/08, BGHZ 177, 212 Rn. 9).

38 b) Der Bereicherungseinwand der Beklagten wäre nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung der Revision, die ebenfalls ein Schenkungsversprechen verneint und eine Zuwendung causa societatis annimmt, genügte es für die Kenntnis von der Nichtschuld nicht, dass der Beklagten bewusst war, mangels eines Jahresüberschusses im Geschäftsjahr 2008 keine Vergütung auf die stille Einlage zu schulden. Da Rechtsgrund des von der Klägerin angenommenen abstrakten Schuldversprechens die den Teilgewinnabführungsvertrag ändernde Vereinbarung wäre, könnte die Kenntnis von der Nichtschuld nur angenommen werden, wenn der Beklagten deren Unwirksamkeit bekannt gewesen wäre. Das aber hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

39 3. Das Berufungsgericht hat überdies rechtsfehlerfrei angenommen, dass sich die Beklagte ohne Verstoß gegen § 242 BGB auf die Unwirksamkeit der Sonderzahlungszusage berufen kann, weil deren Nichteinhaltung für die Klägerin nicht existenzgefährdend ist und der Beklagten weder Arglist noch ein besonders schwerer Treueverstoß vorzuwerfen sind. Die Revision wendet sich (zu Recht) weder gegen die diese Annahme tragenden Feststellungen des Berufungsgerichts noch gegen dessen rechtliche - mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Einklang stehende (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) - Bewertung.

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 Hamburg, Entscheidung vom 22.12.2009 - 404 O 68/09 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 11.02.2011 - 11 U 12/10 -