



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 239/06

Verkündet am:  
17. März 2008  
Vondrasek  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GenG a.F. § 39 Abs. 1, BGB §§ 134, 139, 141 Abs. 1, 177 Abs. 1, 184, 626 Abs. 1

- a) Der Aufsichtsratsvorsitzende kann den Aufsichtsrat einer Genossenschaft in der Willensbildung zum Abschluss oder zur Änderung des Dienstvertrags mit dem Vorstand nicht vertreten.
- b) Die Vereinbarung einer Abfindungszahlung in einem Dienstvertrag mit dem Vorstand für den Fall der außerordentlichen Kündigung durch die Genossenschaft ist unwirksam, weil sie das Recht zur Kündigung aus einem wichtigen Grund unzumutbar erschwert (Anschluss an Sen. Urt. v. 3. Juli 2000 - II ZR 282/98, ZIP 2000, 1442).

BGH, Urteil vom 17. März 2008 - II ZR 239/06 - Kammergericht  
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Strohn, Caliebe, Dr. Reichart und Dr. Drescher

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden unter gleichzeitiger Zurückweisung der Revision des Beklagten das Urteil des 25. Zivilsenats des Kammergerichts vom 15. September 2006 teilweise aufgehoben sowie das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 22. Februar 2005 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 510.366,25 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. Mai 2004 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der durch die Nebenintervention verursachten Kosten, die jeweils die Streithelfer tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine Wohnungsbaugenossenschaft, der Beklagte war ihr hauptamtlicher Vorstandsvorsitzender. In seinem Dienstvertrag war ursprünglich unter anderem vereinbart:

"Herr B. erhält eine Abfindung in Höhe von 18 Monatsgehältern, wenn der Aufsichtsrat auf seine Tätigkeit, entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen zum Widerruf der Bestellung, verzichtet oder Herr B. seinen Dienstvertrag kündigt."

"Für den Fall, dass der Aufsichtsrat auf die Tätigkeit von Herrn B. , entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen zum Widerruf der Bestellungen, verzichtet, erhält Herr B. mit Beginn des Ablaufs des 18. Monats nach Verzicht auf seine Tätigkeit ein Übergangsgeld ...."

2            Nachdem der Aufsichtsrat der Klägerin zunächst beschlossen hatte, den Beklagten nach Beendigung der laufenden Amtszeit nicht wieder zu bestellen und den Dienstvertrag zu kündigen, bestellte ihn ein neu gewählter Aufsichtsrat am 30. November 2000 für die Zeit vom 1. Juni 2001 bis 31. Mai 2006 wieder zum Vorstandsvorsitzenden, beschloss, den bisherigen Dienstvertrag fortzuführen, und bevollmächtigte den Aufsichtsratsvorsitzenden, eine Ergänzungs- und Abänderungsvereinbarung zur Fortführung des Dienstvertrages mit dem Beklagten abzuschließen. Am folgenden Tag vereinbarten der Aufsichtsratsvorsitzende und der Beklagte u.a., dass bei Beendigung des Dienstvertrages entsprechend der bisherigen Regelung eine Abfindung und im Fall vorzeitiger Beendigung ein Übergangsgeld nach Maßgabe der bisherigen Regelung bezahlt werde. Am 9. April 2001 stellten der Aufsichtsratsvorsitzende und der Beklagte fest, sie seien sich einig, vereinbarten aber vorsorglich ergänzend, dass die Abfindung in jeglichem Fall der Beendigung oder des Endes des Dienstvertrages, gleich aus welchem Grund und auch im Falle seines zeitlichen Ablaufs, gezahlt werde. Am 30. Mai 2001 bestätigte der Aufsichtsrat die durch den Aufsichtsratsvorsitzenden abgeschlossene Vereinbarung vom 1. Dezember 2000 einschließlich der Vereinbarung vom 9. April 2001.

3            Am 6. März 2002 stellten der Aufsichtsratsvorsitzende und der Beklagte fest, dass sie sich auch in der Auslegung der Vereinbarung vom 1. Dezember

2000 zum Übergangsgeld darin einig seien, dass es in jedem Fall einer vorzeitigen Beendigung des Dienstvertrages gezahlt werde, und dass die Wartefrist entfalle. Der Aufsichtsrat bestätigte diese Vereinbarung am 8. Mai 2002.

4 Am 27. Mai 2002 schlossen der Aufsichtsratsvorsitzende als Vertreter des Aufsichtsrats und der Beklagte einen Aufhebungsvertrag zum 31. Dezember 2002. Die Klägerin sollte dem Beklagten am 30. August 2002 die Abfindung und das Übergangsgeld zahlen, außerdem war eine Generalbereinigung vereinbart.

5 In der Aufsichtsratssitzung vom 13. Juni 2002 wurde der Beschlussantrag

"Nachdem der Vorstandsvorsitzende ... die Niederlegung des Vorstandsamtes als Vorstandsvorsitzender mit Wirkung zum 31.12.2002 erklärt hat, bestätigt der Aufsichtsrat den dazu mit Herrn B. rechtswirksam abgeschlossenen und durch den Aufsichtsratsvorsitzenden ... am 27.5.2002 unterzeichneten Aufhebungsvertrag zur Beendigung des Dienstvertragsverhältnisses zum 31.12.2002."

zunächst bei Stimmengleichheit in Anwesenheit des Beklagten abgelehnt. Nach einer Unterbrechung der Sitzung bat ein Aufsichtsratsmitglied um erneute Abstimmung der Beschlussvorlage. Der Aufsichtsrat beschloss, die Abstimmung zu wiederholen, und nahm daraufhin mit Mehrheit die Beschlussvorlage an. Die Klägerin zahlte im August 2002 510.366,25 € als Abfindung und Übergangsgeld an den Beklagten.

6 Mit der Klage verlangt die Klägerin die Rückzahlung dieses Betrages. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung des Übergangsgeldes und eines Teils der Abfindung, zusammen 344.770,75 €, verurteilt. Dagegen richten sich die vom Berufungsge-

richt zugelassenen Revisionen der Klägerin, die ihren Rückzahlungsanspruch insgesamt weiterverfolgt, und des Beklagten, der die Abweisung der Klage begehrt.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Klägerin ist im Gegensatz zur Revision des Beklagten begründet. Der Beklagte muss den erhaltenen Betrag zurückzahlen.

8 I. Das Berufungsgericht (NZG 2007, 312) hat ausgeführt: Der Beklagte sei zur Rückzahlung des erhaltenen Übergangsgeldes verpflichtet, weil der Aufhebungsvertrag vom 27. Mai 2002 als Rechtsgrund nicht in Betracht komme. Da die Willensbildung nicht auf den Aufsichtsratsvorsitzenden delegiert werden dürfe, komme nur eine Genehmigung durch den Beschluss vom 13. Juni 2002 in Betracht. Der Beschluss sei bereits formell rechtswidrig, weil mit dem Aufhebungsvertrag in die Rechte der Generalversammlung eingegriffen worden sei. Das Übergangsgeld stehe dem Beklagten auch nicht aufgrund der früheren dienstvertraglichen Vereinbarungen zu. Ein Übergangsgeld sei danach nur zu zahlen gewesen, wenn der Aufsichtsrat einseitig auf die Tätigkeit des Beklagten verzichtete. Die einvernehmliche Aufhebung des Dienstverhältnisses sei kein einseitiger Verzicht. Die Vereinbarung vom 6. März 2002 habe daran nichts geändert, weil sie nicht wirksam genehmigt worden sei. Der Aufsichtsrat habe nur eine Klarstellung und keine Änderung genehmigen wollen. Dagegen könne der Beklagte die Abfindung bis auf einen fehlerhaft berechneten Teil behalten, weil er darauf nach den früheren dienstvertraglichen Vereinbarungen einen Anspruch gehabt habe. Die Regelung sei nicht unwirksam, weil eine fristlose Kündigung dennoch möglich gewesen sei.

9           II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nur teilweise  
stand. Die Klage ist in vollem Umfang begründet.

10           1. Im Ergebnis noch zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausge-  
gangen, dass der Aufhebungsvertrag nicht wirksam abgeschlossen wurde. Ob  
der Aufsichtsrat das für den Abschluss des Aufhebungsvertrags zuständige Or-  
gan der Klägerin war, kann dahinstehen. Der Aufhebungsvertrag ist nicht wirk-  
sam zustande gekommen, weil der Aufsichtsrat den von seinem Vorsitzenden  
geschlossenen Vertrag jedenfalls nicht genehmigt hat.

11           a) Der Aufhebungsvertrag wurde durch den Vorsitzenden des Aufsichts-  
rats am 27. Mai 2002 nicht rechtswirksam abgeschlossen. Der Aufsichtsrat der  
Genossenschaft kann vom seinem Vorsitzenden - wie der Aufsichtsrat einer  
Aktiengesellschaft (Sen. BGHZ 41, 282, 285) - nicht bei der Willensbildung ver-  
treten werden (Schaffland in Lang/Weidmüller, GenG 35. Aufl. § 36 Rdn. 54;  
Fandrich in Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG 3. Aufl. § 36 Rdn. 43; Müller,  
GenG 35. Aufl. § 39 Rdn. 8 a; Beuthien, GenG 14. Aufl. § 38 Rdn. 6). Der Auf-  
sichtsratsvorsitzende kann aufgrund einer besonderen Bevollmächtigung einen  
Aufsichtsratsbeschluss vollziehen und dabei den Aufsichtsrat vertreten, aber  
nicht vor einem Beschluss des Aufsichtsrats Verträge mit dem Vorstand ab-  
schließen. Die Vertretung gegenüber dem Vorstand ist dem Aufsichtsrat als  
Gremium zugewiesen, das seinen Willen dadurch bildet, dass es einen Be-  
schluss fasst. Diese Willensbildung fehlt, wenn statt dessen ein Mitglied allein  
tätig wird. Der Aufsichtsratsvorsitzende der Klägerin war vom Aufsichtsrat nicht  
bevollmächtigt, einen Aufhebungsvertrag mit dem Beklagten abzuschließen.  
Der Aufsichtsrat hatte noch keinen Beschluss über einen Aufhebungsvertrag  
mit dem Vorstandsvorsitzenden gefasst.

- 12            b) Der Aufhebungsvertrag wurde durch die Beschlüsse des Aufsichtsrats in seiner Sitzung vom 13. Juni 2002 nicht wirksam. Ob der von dem Aufsichtsratsvorsitzenden anstelle des Aufsichtsrats abgeschlossene Vertrag nach § 134 BGB nichtig ist (OLG Stuttgart AG 1993, 85) oder als Handeln eines vollmachtlosen Vertreters nach § 177 BGB genehmigt werden kann (OLG Karlsruhe WM 1996, 161; OLG München AG 1986, 234), was der Senat offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt hat (BGHZ 47, 341, 345), bedarf hier keiner Entscheidung, weil der Aufsichtsrat der Klägerin den Abschluss des Aufhebungsvertrages zwischen ihrem Aufsichtsratsvorsitzenden und dem Beklagten nicht genehmigte.
- 13            Schon der Beschlussantrag zielte nicht auf eine Genehmigung des vollmachtlosen Handelns des Aufsichtsratsvorsitzenden ab. Mit der Genehmigung wird einem bis dahin schwebend unwirksamen Vertrag zur Wirksamkeit verholten. Nach dem Beschlussantrag sollte aber ein bereits "rechtswirksam" abgeschlossener Vertrag "bestätigt" werden. Die Aufsichtsratsmitglieder und der Beklagte gingen offensichtlich davon aus, dass der Aufhebungsvertrag bereits durch den Aufsichtsratsvorsitzenden wirksam abgeschlossen war. Der Beklagte hatte - wie er übereinstimmend mit der Klägerin vorgetragen hat - ebenso wie die Mitglieder des Aufsichtsrats auf die Angabe des vermeintlichen Juristen W. vertraut, der Aufhebungsvertrag sei bereits mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden rechtsverbindlich abgeschlossen und ein Beschluss des Aufsichtsrats sei eine bloße Formalie. Der Beklagte hatte aus diesem Grund den Rücktritt vom Vorstandsamt bereits nach Abschluss des Aufhebungsvertrags mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden und vor der Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat erklärt.
- 14            Unabhängig von dem danach fehlenden Genehmigungswillen des Gremiums scheitert die Heilung des Geschäfts auch daran, dass der Aufsichtsrat in

seiner Sitzung vom 13. Juni 2002 den Antrag, den mit dem Beklagten abgeschlossenen Vertrag zu bestätigen, mit Stimmengleichheit abgelehnt hat. Damit wurde eine Genehmigung, sofern sie mit dem Beschlussantrag überhaupt hätte erreicht werden können, verweigert. Die Verweigerung der Genehmigung wurde mit ihrem Zugang unwiderruflich (BGH, Urt. v. 1. Oktober 1999 - V ZR 168/98, NJW 1999, 3704). Da der Beklagte in der Aufsichtsratssitzung anwesend war, ging ihm die Verweigerung der Genehmigung spätestens mit der Feststellung des Ablehnungsbeschlusses zu.

15 Mit dem nach einer Unterbrechung der Sitzung gefassten Beschluss, den Beschlussantrag mehrheitlich anzunehmen, wurde der vom Aufsichtsratsvorsitzenden abgeschlossene, unwirksame Aufhebungsvertrag nicht im Sinne von § 141 Abs. 1 BGB bestätigt. Die Neuvornahme durch Bestätigung setzt den Willen voraus, ein nichtiges Rechtsgeschäft zu bestätigen. Von einem solchen Bestätigungswillen ist nur auszugehen, wenn die Nichtigkeit des Vertrages bekannt ist oder jedenfalls Zweifel an der Rechtsbeständigkeit des Vertrages bestehen (BGHZ 129, 371, 377). Der Beklagte ging aber - wie ausgeführt - ebenso wie die Mitglieder des Aufsichtsrats davon aus, dass der Vertrag bereits rechtswirksam durch den Aufsichtsratsvorsitzenden abgeschlossen war und es sich bei der "Bestätigung" durch den Aufsichtsrat, dessen Zuständigkeit für den Abschluss des Vertrags ihnen gar nicht bekannt war, um eine Formalie im Sinne einer zustimmenden Kenntnisnahme handelte.

16 2. Auch der Dienstvertrag vom 1. Dezember 2000 mit den nachfolgenden Änderungen bzw. Klarstellungen ist kein Rechtsgrund für die geleisteten Zahlungen. Die Vereinbarungen zwischen dem Beklagten und der Klägerin über die Zahlung einer Abfindung und eines Übergangsgeldes sind nach §§ 134, 626 Abs. 1 BGB nichtig. Die Verabredung einer Zahlung für den Fall der außerordentlichen Kündigung ist unwirksam, weil sie das Recht zur Kündigung des



Dienstvertrags aus einem wichtigen Grund unzumutbar einschränkt (Sen. Urt. v. 3. Juli 2000 - II ZR 282/98, ZIP 2000, 1442; vgl. auch BGHZ 164, 107, 113). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Zahlung als Abfindung oder als Übergangsgeld bezeichnet wird.

17 a) Die Abfindung sollte nach dem Vertrag vom 1. Dezember 2000, wie schon das Berufungsgericht festgestellt hat - allerdings ohne die sich aufdrängenden zutreffenden rechtlichen Schlüsse daraus zu ziehen -, auch bei einer außerordentlichen Kündigung des Dienstvertrages gezahlt werden. Sie war immer zu zahlen, wenn der Aufsichtsrat auf die Tätigkeit des Beklagten, entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen zum Widerruf der Bestellung, verzichtet. Die handelnden Personen haben mit der Vereinbarung vom 9. April 2001 dieses Verständnis auch ausdrücklich festgehalten, dass nämlich die Abfindung in jedem Fall der Beendigung des Dienstvertrages gezahlt werden müsse, also auch im Falle einer fristlosen Kündigung. Wollen die Parteien übereinstimmend einer vertraglichen Regelung einen bestimmten Inhalt beimessen, ist dieser übereinstimmende Wille maßgeblich (Sen.Urt. v. 11. September 2000 - II ZR 34/99, ZIP 2000, 2105).

18 Auch zum Übergangsgeld haben die Beteiligten mit dem Vertrag vom 1. Dezember 2000 vereinbart, dass es in jedem Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses zu zahlen sei. Dass von der nicht eindeutigen Formulierung, ein Übergangsgeld werde im Falle der vorzeitigen Beendigung des Dienstvertrages "nach Maßgabe der bisherigen Regelung" gezahlt, jeder Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses erfasst werden sollte, haben der Aufsichtsratsvorsitzende und der Beklagte am 6. März 2002 ausdrücklich als ihr übereinstimmendes Verständnis schriftlich festgehalten. Der Regelungsinhalt ergreift jedenfalls auch den Fall der außerordentlichen fristlosen Kündigung des Dienstverhältnisses durch die Genossenschaft.

19

b) Die unwirksame Vereinbarung zu Abfindung und Übergangsgeld kann nicht auf eine Zahlungsvereinbarung für den Fall der Beendigung des Dienstvertrags durch eine Kündigung des Beklagten beschränkt werden. Nach § 139 BGB ist, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Das lässt auch zu, eine nichtige vertragliche Vereinbarung auf eine andere, auf das zulässige Maß beschränkte zu reduzieren, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht (BGHZ 105, 213, 221; 107, 351, 355; 146, 37, 47). In der Regel ist davon auszugehen, dass die Parteien das objektiv Vernünftige gewollt und eine gesetzeskonforme Regelung angestrebt haben (BGH, Urt. v. 30. Juni 2004 - VIII ZR 243/03, NJW 2004, 3045; Urt. v. 14. Juni 2006 - VIII ZR 257/04, NJW 2006, 2696). Danach scheidet eine Reduktion auf eine Regelung, die Abfindung und das Übergangsgeld bei einer freien Eigenkündigung des Beklagten zu zahlen, aus. Eine solche Zahlungspflicht entspräche schon nach dem von dem Beklagten zum Zweck der Zahlungsvereinbarung gehaltenen Vortrag nicht dem vernünftigerweise Gewollten. Die Klägerin bezweckte, sich seine weitere Tätigkeit zu sichern, und ihm durch eine wirtschaftliche Absicherung für die Zeit nach einer Beendigung seiner Tätigkeit einen Anreiz für den Verbleib zu bieten. Abfindungszahlungen nach einer freien Eigenkündigung des Beklagten widersprechen diesem Ziel, weil sie gerade einen Anreiz für ein vorzeitiges Ausscheiden bieten. Sie ermöglichen es dem Beklagten, sein Vorstandsamt mehrere Jahre vor dem Ablauf des Beststellungszeitraums aufzugeben, ohne auf die Vergütung zu verzichten. Als Belohnung des Vorstandsvorsitzenden ohne Gegenleistung wäre eine solche Vereinbarung auch mit der Verpflichtung des Aufsichtsrats wie auch des Beklagten als Vorstand, mit dem Vermögen der Genossenschaft sorgsam umzugehen, nicht vereinbar. Auch zum Ausgleich eines Verzichts auf den gesetzlichen Kündigungsschutz, den der Beklagte vor seiner Bestellung zum Vor-

standsvorsitzenden als Prokurist genoss, kann eine Abfindung für seine Eigenkündigung nicht dienen. Kündigungsschutz genoss der Beklagte als Arbeitnehmer gegen eine Kündigung der Klägerin, aber nicht für eine Eigenkündigung. Ein Ausgleich für den Verlust des gesetzlichen Kündigungsschutzes läge allenfalls in einem Zahlungsverprechen für den Fall der ordentlichen Beendigung des Dienstverhältnisses durch die Klägerin.

20                    3. Die Klägerin kann nach §§ 286, 288 BGB ab 27. Mai 2004 Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangen. Der Beklagte kam aufgrund der Mahnung in Verzug. Einer Vorlage des Mahnschreibens bedurfte es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht, weil die Mahnung nicht bestritten war.

Goette

Strohn

Richterin am BGH Caliebe  
kann wegen Urlaubs nicht  
unterschreiben.

Goette

Reichart

Drescher

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 22.02.2005 - 3 O 208/04 -

KG Berlin, Entscheidung vom 15.09.2006 - 25 U 16/05 -