



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 220/03

Verkündet am:  
28. Februar 2005  
Vondrasek  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

GenG § 39 Abs. 1; ZPO n.F. §§ 51, 547 Nr. 4, 538 Abs. 2 Satz 1 Nr.1

- a) Die Zuständigkeit für die Vertretung der Genossenschaft in Rechtsstreitigkeiten mit gegenwärtigen oder ehemaligen Vorstandsmitgliedern liegt gemäß § 39 Abs. 1 GenG grundsätzlich allein bei ihrem Aufsichtsrat (st.Rspr., vgl. BGHZ 130, 108, 110).
- b) Die als (vermeintliche) gesetzliche Vertreter einer verklagten Genossenschaft in den Prozeß hineingezogenen Personen und die von ihnen bestellten Prozeßbevollmächtigten sind befugt, den Streit über die gesetzliche Vertretungsmacht zur Herbeiführung einer rechtskräftigen Entscheidung auszutragen (vgl. RGZ 29, 408; BGHZ 143, 122).
- c) Das Berufungsgericht darf die Sache nicht gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO an die Vorinstanz zurückverweisen, wenn der Rechtsstreit ohne weitere Verhandlung zur Endentscheidung - durch Abweisung der Klage als unzulässig - reif ist.

BGH, Urteil vom 28. Februar 2005 - II ZR 220/03 - OLG Brandenburg  
LG Frankfurt/Oder

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly, Münke und Dr. Gehrlein

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 3. Juni 2003 aufgehoben und das Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt/Oder vom 12. Juli 2002, soweit der Klage stattgegeben worden ist, abgeändert.

Die Klage wird in vollem Umfang abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden dem Kläger 42 % und der Beklagten 58 % auferlegt.

Die Kosten der Rechtsmittelzüge trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger wurde auf der Grundlage eines Dienstvertrages vom 18. März 1991 mit Wirkung ab 1. April 1991 - neben dem weiteren Vorstandsmitglied K.-H. - zum hauptamtlichen Mitglied des Vorstandes der Raiffeisenbank

S. e.G., einer Rechtsvorgängerin der Beklagten, bestellt. Durch Bescheid vom 2. Juni 1998 forderte das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen die Raiffeisenbank S. e.G. unter Androhung eines Zwangsgeldes zur unverzüglichen Abberufung des Klägers aus seinem Amt auf, da dieser nicht über die erforderliche fachliche Eignung im Sinne des § 33 Abs. 2 KWG verfüge. Daraufhin beschloß die Generalversammlung der Raiffeisenbank S. e.G. am 9. Juli 1998 die vorläufige Amtsenthebung des Klägers sowie die fristlose Kündigung seines Dienstvertrages. Am 9. September 1998 fusionierte die Raiffeisenbank S. e.G. mit der Volksbank F. e.G. und der Raiffeisenbank W. e.G. zur Beklagten.

Auf die verwaltungsgerichtliche Klage des Klägers hat das VG B. durch Urteil vom 18. September 2001 die Rechtswidrigkeit des Bescheides des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen vom 2. Juni 1998 festgestellt.

Der Kläger hat gegen die Beklagte, "vertreten durch den Vorstand ...", Klage auf Zahlung der Dienstvergütung einschließlich Nebenleistungen in Höhe von 273.799,54 € für die Zeit von Juli 1998 bis 31. Dezember 1999 erhoben; die Beklagte hat im Wege der Widerklage die Feststellung begehrt, daß zwischen den Parteien seit dem 9. Juli 1998 kein Dienstverhältnis mehr bestehe. Das Landgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben und die Widerklage als unzulässig abgewiesen. Mit der nur gegen ihre Verurteilung gerichteten Berufung hat die Beklagte ihre bereits erstinstanzlich erhobene Rüge der fehlenden Vertretungszuständigkeit des Vorstandes aufrechterhalten; auf Anfrage des Berufungsgerichts hat der Aufsichtsrat der Beklagten die Genehmigung der bisherigen Prozeßführung durch Beschluß vom 24. April 2003 verweigert. Daraufhin hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil einschließlich des zugrundeliegenden Verfahrens aufgehoben, soweit der Klage stattgegeben worden ist,

und die Sache insoweit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der - vom Senat zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist begründet und führt unter Aufhebung bzw. Änderung der vorinstanzlichen Entscheidungen - im Umfang der Anfechtung - zur Abweisung der Klage als unzulässig.

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Sache sei, soweit das Landgericht der Klage stattgegeben habe, wegen eines schwerwiegenden erstinstanzlichen Verfahrensfehlers gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO n.F. an das Landgericht zurückzuverweisen. Die gegen die Beklagte, vertreten durch den Vorstand, erhobene Klage sei derzeit unzulässig, da die Beklagte in dem vom Kläger als ehemaligem Vorstandsmitglied gegen sie geführten Verfahren nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht durch den Vorstand, sondern durch den Aufsichtsrat vertreten werde, dieser aber die - mögliche - Genehmigung der bisherigen Prozeßführung verweigert habe. In Ermangelung einer wirksamen gesetzlichen Vertretung seien sowohl die Zustellung der Klage nicht ordnungsgemäß als auch sämtliche erstinstanzlichen Prozeßhandlungen der Beklagten unwirksam. Da das Landgericht die ihm obliegende Aufklärungspflicht verletzt habe, müsse die Sache zum Zwecke der "Herbeiführung der Prozeßfähigkeit" der Beklagten an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Diese Beurteilung hält im entscheidenden Punkt revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

II. 1. Die Beklagte ist - wie das Berufungsgericht im Ansatz noch zutreffend erkannt hat - im vorliegenden Rechtsstreit nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten (vgl. § 551 Abs. 1 Nr. 5 ZPO a.F. sowie § 547 Nr. 4 ZPO n.F.). Die Klage ist gegen die Beklagte, vertreten durch ihren Vorstand, erhoben worden, der ihre Vertretung vor Gericht auch wahrgenommen hat. Nach der ständigen Senatsrechtsprechung liegt jedoch die Zuständigkeit für die Vertretung der Genossenschaft in Rechtsstreitigkeiten mit gegenwärtigen oder ehemaligen Vorstandsmitgliedern gemäß § 39 Abs. 1 GenG grundsätzlich allein bei ihrem Aufsichtsrat (vgl. BGHZ 130, 108, 110 m.w.Nachw.). Das gilt, wie der Senat ebenfalls bereits entschieden hat, bei der gebotenen typisierenden Betrachtung auch in Fällen der Rechtsnachfolge aufgrund von Verschmelzungen, selbst wenn das ausgeschiedene Vorstandsmitglied dem Vorstand der übernehmenden Gesellschaft niemals angehört hat (vgl. Sen.Urt. v. 26. Januar 1998 - II ZR 279/96, ZIP 1998, 508 m.Nachw.). So liegt es auch im vorliegenden Fusionsfall, in dem der Kläger nur Vorstandsmitglied der Raiffeisenbank S. e.G. als einer der fusionierenden Banken, nicht jedoch der Beklagten selbst als neuer Rechtsträgerin war.

2. Der Vertretungsmangel ist nicht geheilt worden. Der zur Vertretung der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit allein berufene Aufsichtsrat hat die Genehmigung der bisherigen Prozeßführung seitens der Geschäftsführung auf Anfrage des Berufungsgerichts mit Beschluß vom 24. April 2003 ausdrücklich verweigert; dies war nicht rechtsmißbräuchlich (Sen.Urt. v. 22. April 1991 - II ZR 151/90, ZIP 1991, 796 m.w.Nachw.).

Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Aufsichtsrat nicht bereits zuvor erstinstanzlich als gesetzlicher Vertreter der Beklagten unter Genehmigung der bisherigen Prozeßführung dadurch eingetreten, daß er mit Beschluß vom

18. Oktober 2001 das vom Vorstand namens der Beklagten betriebene Beschwerdeverfahren gegen einen Aussetzungsbeschluß des Landgerichts "genehmigt" hat. Die punktuelle Befassung mit dem Aussetzungsverfahren diene - wie die Beklagte zutreffend vorgetragen hat - lediglich der "eigenen Rücken- deckung" des Vorstandes für die von diesem bereits vorgenommene Einlegung der Beschwerde und war keineswegs als "Übernahme des Hauptsacheverfahrens" in eigener Zuständigkeit zu verstehen. Dementsprechend wurde der Mangel der gesetzlichen Vertretung von der Beklagten in beiden Instanzen (weiterhin) geltend gemacht.

3. Die Wirksamkeit der Prozeßhandlungen der Beklagten in diesem Verfahren ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht etwa mit Blick auf den Vertretungsmangel in Zweifel zu ziehen. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der Streit über die Frage, ob der Einwand der mangelnden gesetzlichen Vertretung begründet ist, der Natur der Sache nach nur zwischen dem Kläger und der Person ausgetragen werden, die nach der Auffassung des Klägers zur gesetzlichen Vertretung der beklagten Partei befugt ist und gegen die in dieser ihrer angeblichen Eigenschaft die Klage gerichtet und der sie deshalb auch mit Willen des Klägers zugestellt worden ist (vgl. zur Wirksamkeit der Klagezustellung trotz im konkreten Fall fehlender Vertretungszuständigkeit des Leitungsorgans: § 170 Abs. 2 ZPO; dazu RGZ 67, 75, 76; RG Gruchot 1906, 1061 ff.; Hahn, Materialien Reichsjustizgesetze II (ZPO), Abt. 1, S. 225). Die solchermaßen als vermeintliche gesetzliche Vertreter in einen Prozeß hineingezogenen Personen und die von ihnen bestellten Prozeßbevollmächtigten sind daher - auch zum Schutz der beklagten juristischen Person und ihres im betreffenden Fall vertretungsberechtigten Organs - berechtigt, den Streit über die gesetzliche Vertretungsmacht zur Herbeiführung einer rechtskräftigen Entscheidung auszutragen (vgl. grundlegend schon RGZ 29, 408,

410 f.; RGZ 86, 340, 342; dem folgend: BGHZ 40, 197, 198 f.; BGHZ 111, 219, 220 f.; BGHZ 143, 122 - jeweils zur Rechtsmitteleinlegung); demzufolge sind ihre Prozeßhandlungen - gerade im Hinblick auf den umstrittenen Vertretungsmangel - als wirksam anzusehen.

4. Wegen des von Beginn des Rechtsstreits an vorliegenden, von Amts wegen zu berücksichtigenden Vertretungsmangels hätte das Berufungsgericht indessen die Sache nicht gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO n.F. an die Vorinstanz zurückverweisen dürfen, sondern in dem spruchreifen Rechtsstreit selbst - durch Abweisung der Klage als unzulässig - entscheiden müssen.

Nach der im vorliegenden Fall einschlägigen Zurückverweisungsregelung des ZPO-Reformgesetzes hat das Berufungsgericht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung grundsätzlich selbst abschließend in der Sache zu entscheiden und die dazu erforderlichen Beweise zu erheben (vgl. § 538 Abs. 1 ZPO n.F.). Eine Zurückverweisung an das Gericht des ersten Rechtszuges ist nur ausnahmsweise unter den abschließend geregelten Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 ZPO n.F. zulässig (Musielak/Ball, ZPO 4. Aufl. § 538 Rdn. 1, 2; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO 26. Aufl. § 538 Rdn. 2). In allen Fällen der in § 538 Abs. 2 Satz 1 ZPO n.F. enumerativ aufgezählten Zurückverweisungsgründe darf eine Zurückverweisung nur dann erfolgen, wenn die weitere Verhandlung der Sache vor dem Gericht des ersten Rechtszuges erforderlich ist. Daran fehlt es, wenn der Rechtsstreit ohne weitere Verhandlung zur Endentscheidung reif ist (vgl. Musielak/Ball aaO Rdn. 4; Thomas/Putzo/Reichold aaO Rdn. 6; Zöller/Gummer/Heßler, ZPO 25. Aufl. § 538 Rdn. 6). Der vom Berufungsgericht erkannten Aufhebung und Zurückverweisung des Verfahrens an das Landgericht stand daher bereits die Spruchreife des Rechtsstreits - Klageabweisung als unzulässig - entgegen.

III. Aufgrund der unter Nr. II aufgezeigten Rechtsfehler unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung. Der Senat hat in der Sache selbst anstelle des Berufungsgerichts zu entscheiden und die Klage endgültig wegen des Vertretungsmangels als unzulässig abzuweisen.

Röhrich

Goette

Kurzwelly

Münke

Gehrlein