



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 208/10

Verkündet am:
5. Juli 2011
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2011 durch den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie die Richter Born und Sunder

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 28. Oktober 2010 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Liquidation. Sie wurde von K. H. und W. K. am 30. Juni 2001 gegründet. Der Gesellschaftsvertrag lautet auszugsweise:

§ 4 Ausgestaltung des Gesellschaftszwecks

Der Gesellschaftszweck besteht ausschließlich in der Beteiligung weiterer Gesellschafter an der S. GbR und dem Halten und Verwalten der eingelegten Beträge. Demzufolge werden die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Anteilseigner der S. GbR keine Verbindlichkeiten zu Lasten des Gesellschaftsvermögens begründen, die das Kapital der Gesellschaft schmälern. Ebensowenig wird die Gesellschaft operativ tätig. ...

§ 5 Beteiligungsdauer, Auseinandersetzung

Nach der Verschmelzung der S. GmbH auf die S. Finanzdienstleistungen AG erwerben die Gesellschafter der S.

GbR Aktien in einer Stückzahl, die den Beteiligungsbedingungen und Risikohinweisen (dort § 4) entspricht. ... Die Auseinandersetzung erfolgt ohne gesonderten Beschluss der Gesellschafter gemäß § 726 BGB (Zweckerreichung).

§ 6 Beendigung der Gesellschaft

Mit der Verschmelzung und anschließenden Übernahme der Aktien in vorbezeichneter Weise ist der Gesellschaftszweck erreicht. Mit Begründung der Aktionärserschaft der Gesellschafter wird die Gesellschaft auseinandergesetzt. ...

§ 7 Geschäftsführungsbefugnis, Vertretungsmacht

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis steht ausschließlich den Gesellschaftern H. und K. einzeln zu.

...

2 Die Beklagte ist eine von ca. 3.400 Gesellschafterinnen und Gesellschaftern. Sie brachte statt einer Bareinlage einen Anspruch gegen die S. GmbH aus der Aufhebung eines Vertrages über den Erwerb von Genussrechten in die Klägerin ein. Sowohl die S. GmbH als auch die S. Finanzdienstleistungen AG wurden in der Folge insolvent. Zahlungen auf die abgetretene Forderung erfolgten nicht.

3 Auf einer Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 18. Dezember 2002, bei der ein Liquidator bestimmt werden sollte, kam es nicht zu einem entsprechenden Beschluss.

4 Die Klägerin, vertreten durch W. K. als „Liquidator“, verlangt von der Beklagten Zahlung des Nominalwerts der eingebrachten Forderung in Höhe von 5.624,21 €, hilfsweise die Feststellung, dass in der Auseinandersetzungsrechnung für die Beklagte lediglich der Betrag anzusetzen sei, der aus der In-

solvenzmasse der S. GmbH an die Klägerin gezahlt werde. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat dagegen Berufung eingelegt und im II. Rechtszug zusätzlich beantragt festzustellen, dass nach Rückabtretung des ihr abgetretenen Anspruchs gegen die S. GmbH der Beklagten keine Ansprüche mehr gegen sie, die Klägerin, zustünden. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und den neu gestellten Feststellungsantrag abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

6 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klage sei unzulässig. Der ehemalige Geschäftsführer W. K. könne die Klägerin in der Liquidation nicht mehr vertreten. Gemäß § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB stehe die Geschäftsführung von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag sei nicht getroffen. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheitere daran, dass auf § 730 BGB zurückgegriffen werden könne. Eine analoge Anwendung von § 265 Abs. 1 AktG, § 66 Abs. 1 GmbHG scheide aus, weil die Klägerin zwar eine Publikumsgesellschaft sei, es aber an einer kapitalgesellschaftsrechtlichen Struktur fehle. Eine Legitimation des ehemaligen Gründungsgesellschafters K. könne auch nicht durch den fehlenden Widerspruch der Gesellschafter fingiert werden. Nach allem sei auch der Prozessbevollmächtigte der Klägerin zur Führung des Rechtsstreits nicht ordnungsgemäß bevollmächtigt.

7 II. Das Urteil hält den Angriffen der Revision stand. Die Klage ist unzulässig, weil die Klägerin durch ihren ehemals einzeln geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter W. K. in der Liquidation nicht mehr vertreten wird. Zur Vertretung berechtigt sind von der Auflösung an alle Gesellschafter gemeinschaftlich (§ 51 Abs. 1 ZPO; § 730 Abs. 2 Satz 2, § 714 BGB).

8 1. Der Mangel in der gesetzlichen Vertretung wirkt sich auf die Zulässigkeit der Revision nicht aus. Für den Streit über die Prozessfähigkeit ist die davon betroffene Partei als prozessfähig anzusehen (BGH, Urteil vom 23. Februar 1990 - V ZR 188/88, BGHZ 110, 294, 295 f.; Beschluss vom 31. Mai 2010 - II ZB 9/09, ZIP 2010, 1514 Rn. 3; Beschluss vom 9. November 2010 - VI ZR 249/09, NJW-RR 2011, 284 Rn. 3).

9 2. Die Klägerin ist aufgelöst, nachdem durch die Insolvenz der S. GmbH und der S. Finanzdienstleistungen AG die Erreichung des in den §§ 4 bis 6 des Gesellschaftsvertrages näher ausgestalteten Gesellschaftszwecks unmöglich geworden ist (§ 726 BGB).

10 Die Auflösung der Gesellschaft hat grundsätzlich zur Folge, dass die einzelnen Gesellschaftern verliehene Einzelgeschäftsführungsbefugnis nach § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB erlischt. Die Geschäftsführung und Vertretung steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu.

11 3. Eine Ausnahme davon ergibt sich weder aus einem Beschluss der Gesellschafter der Klägerin (a) noch aus einer Auslegung des Gesellschaftsvertrages (b). Auch eine analoge Anwendung von § 265 Abs. 1 AktG oder § 66 Abs. 1 GmbHG scheidet aus (c).

12 a) Die Gesellschafter können die Geschäftsführung und Vertretung der Abwicklungsgesellschaft durch Beschluss einzelnen Gesellschaftern übertragen

(Ermann/Westermann, BGB, 12. Aufl., § 730 Rn. 10; Timm/Schöne in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 730 Rn. 23; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn. 47). Das ist hier jedoch nicht geschehen. Auf der Gesellschafterversammlung vom 18. Dezember 2002 kam ein entsprechender Beschluss gerade nicht zustande. Umstände, die auf eine Neubegründung der Einzelgeschäftsführungsbefugnis kraft Rechts Scheins hindeuten würden, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

13 b) Auch die Auslegung des Gesellschaftsvertrages der Klägerin ergibt nicht, dass im Falle der Auflösung durch Zweckverfehlung der bisherige geschäftsführende Gesellschafter K. die Geschäfte der Auseinandersetzungsgesellschaft führen sollte.

14 aa) Bei der auf Kapitalsammlung ausgerichteten Klägerin mit 3.400 Gesellschaftern handelt es sich um eine Publikumsgesellschaft, so dass der Senat den Gesellschaftsvertrag selbst auslegen kann. Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften sind zum Schutz später beitretender Gesellschafter nach dem objektiven Erklärungsbefund nur anhand des schriftlichen Vertrages auszulegen (BGH, Urteil vom 16. November 1981 - II ZR 213/80, ZIP 1982, 54, 55; Urteil vom 7. Juni 1999 - II ZR 278/98, ZIP 1999, 1391, 1393; Urteil vom 4. Juli 2005 - II ZR 354/03, ZIP 2005, 1455, 1456; Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 187/09, ZIP 2011, 322 Rn. 12; Urteil vom 1. März 2011 - II ZR 16/10, ZIP 2011, 957 Rn. 8), wobei der Text der Beitrittserklärung Berücksichtigung findet (BGH, Urteil vom 5. November 2007 - II ZR 230/06, NJW-RR 2008, 419 Rn. 19).

15 bb) Im Gesellschaftsvertrag vom 30. Juni 2001 und auch in der Beitrittserklärung fehlt es an Regeln für die Auflösung durch Zweckverfehlung. Es findet sich vor allem kein Anhaltspunkt dafür, dass einer der beiden geschäftsführen-

den Gesellschafter in diesem Fall der Auflösung Liquidator werden sollte. Dies sieht auch die Revision so.

16 cc) Entgegen der Auffassung der Revision führt auch eine ergänzende Auslegung des Gesellschaftsvertrages zu keinem anderen Ergebnis. Allerdings kann nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, ohne weiteres auf § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB zurückgegriffen werden. Denn soweit irgend möglich, sind Lücken von Gesellschaftsverträgen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in der Weise auszufüllen, dass die Grundzüge des konkreten Vertrages „zu Ende gedacht“ werden. Ein Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht kommt nur als letzter Notbehelf in Betracht (BGH, Urteil vom 20. September 1993 - II ZR 104/92, BGHZ 123, 281, 286; MünchKommBGB/Ulmer, 5. Aufl., § 705 Rn. 174). Der übrige Inhalt des Gesellschaftsvertrages der Klägerin und die sonstigen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Umstände sowie die objektive Abwägung der Interessen der am Vertragsschluss beteiligten Parteien lassen aber keinen hypothetischen Parteiwillen dahin erkennen, dass bei einer Liquidation nach Zweckverfehlung abweichend von § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB die bisherigen einzeln geschäftsführungsberechtigten Gründungsgesellschafter als Liquidatoren auch die Geschäfte der Auseinandersetzungsgesellschaft führen sollten.

17 Aus dem Umstand, dass die Klägerin nur für kurze Zeit bestehen und bei Zweckerreichung nach § 5 des Gesellschaftsvertrages eine Auseinandersetzung ohne gesonderten Beschluss gemäß § 726 BGB erfolgen sollte, kann entgegen der Auffassung der Revision nicht gefolgert werden, die Satzung wäre, wenn man den Fall der Zweckverfehlung mitbedacht hätte, dahin ergänzt worden, dass die Geschäftsführer aus Gründen besserer Praktikabilität sowohl im Fall der Zweckerreichung als auch im Fall der Zweckverfehlung als Liquidatoren hätten fungieren sollen. Diese Auslegung wird den deutlich unterschiedlichen

Interessenlagen der Gesellschafter bei Zweckerreichung und Zweckverfehlung nicht gerecht. Im Falle der Zweckerreichung wäre das von den Gesellschaftern investierte Kapital in eine andere Anlageform überführt worden. Die Gesellschafter, deren Interesse auf die gewinnbringende Anlage ihres Geldes gerichtet war, sollten Aktionäre der S. Finanzdienstleistungen AG werden. Die Klägerin war damit nur Geldsammelstelle und organisatorisches Durchgangsstadium zur angestrebten Aktionärsstellung ihrer Gesellschafter. Die Durchführung der bei Gelingen des Geschäftskonzepts noch verbleibenden, allenfalls begrenzten Auseinandersetzung durch die bisherigen Geschäftsführer mag dem Interesse der Vertragsparteien noch entsprochen haben. Ganz anders ist die Interessenlage aber im Fall der Zweckverfehlung. In diesem Fall können die Gesellschafter nicht Aktionäre der S. Finanzdienstleistungen AG werden. Dies hat zur Folge, dass eine vollständige Auseinandersetzung des gesamten Gesellschaftsvermögens nach den §§ 731 ff. BGB notwendig wird. Dabei tritt das Interesse der Gesellschafter nach Überwachung und Kontrolle in der Liquidationsphase deutlich in den Vordergrund. Dieser Gedanke liegt auch dem § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB zu Grunde (Staudinger/Habermeier, BGB, Neubearbeitung 2003, § 730 Rn. 12; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn. 40). Die Abwicklung durch den Initiator des fehlgeschlagenen Geschäftsmodells, der sowohl die ihren Zweck nicht erreichende Klägerin geleitet hat und zugleich Geschäftsführer der S. GmbH war, deren Insolvenz zur Zweckverfehlung der Klägerin beigetragen hat, entspricht einem solchen objektivierbaren Parteiwillen nicht.

- 18 c) Der ehemalige Geschäftsführer W. K. ist auch nicht in analoger Anwendung von § 265 Abs. 1 AktG, § 66 Abs. 1 GmbHG zur Liquidation der Klägerin berufen.

- 19 aa) Für eine analoge Anwendung fehlt eine Regelungslücke, selbst wenn man berücksichtigt, dass es sich bei der Klägerin um eine Publikumsgesellschaft handelt. Die Gesellschafter der Klägerin können auch ohne Übertragung der Regelungen aus dem Kapitalgesellschaftsrecht die Handlungsfähigkeit der Klägerin in der Liquidation sicherstellen. Ihnen steht es frei, durch einen Beschluss eine von § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB abweichende Anordnung zu treffen und die Abwicklung auf einen bestimmten Gesellschafter zu übertragen. Daneben besteht die Möglichkeit, dass das Gericht auf Antrag eines Gesellschafters analog § 146 Abs. 2 HGB einen Liquidator ernennt, wenn dafür ein wichtiger Grund besteht (MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., § 146 Rn. 2a; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 730 Rn. 40).
- 20 bb) Gegen eine analoge Anwendung der § 265 Abs. 1 AktG, § 66 Abs. 1 GmbHG spricht weiter, dass dies den objektiven und in § 730 Abs. 2 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommenden Interessen der Gesellschafter zuwiderliefe. Ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgelöst oder durch Erreichung oder Unmöglichwerden des vereinbarten Zwecks beendet, so ist ihr Zweck, soweit sie noch als fortbestehend gilt (§ 730 Abs. 2 BGB), ein anderer geworden. Er beschränkt sich nunmehr auf die Auseinandersetzung und die hierzu erforderlichen Maßnahmen bei der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens. Die Entscheidung darüber, ob eine Liquidationsmaßregel erforderlich ist, will das Gesetz ersichtlich nicht in die Hände eines einzelnen Gesellschafters legen, dessen Interesse bei der Auseinandersetzung nicht mehr, wie während des Bestehens der werbenden Gesellschaft, als mit dem Gesellschaftszweck und dem Interesse der übrigen Gesellschafter parallel laufend vermutet wird. Im Liquidationsstadium gehen die Interessen der Gesellschaft stärker auseinander als während des Bestehens der werbenden Gesellschaft. Deshalb sollen sämtliche Gesellschafter über die erforderlichen Liquidationsmaßnahmen entscheiden.

Dieses Recht würde den Gesellschaftern durch eine analoge Anwendung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Normen genommen.

- 21 cc) Eine andere Beurteilung ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht deshalb, weil der erkennende Senat auf die körperschaftlich strukturierte Publikums-Kommanditgesellschaft weithin kapitalgesellschaftsrechtliche Regeln anwendet (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juni 2003 - II ZR 102/02, BGHZ 155, 121, 123 f.; Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 187/09, ZIP 2011, 322 Rn. 16). Eine Übertragung der Regeln des Kapitalgesellschaftsrechts auf eine Personengesellschaft scheidet aus, wenn die konkrete Ausgestaltung des zu beurteilenden Gesellschaftsverhältnisses dem entgegensteht (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 187/09, ZIP 2011, 322 Rn. 16; Henze in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 177a Anh. B Rz. 26). So hat der Senat in seinem die Nachtragsliquidation betreffenden Urteil vom 2. Juni 2003 (II ZR 102/02, BGHZ 155, 121, 123 f.) zwar ausgeführt, für eine Publikums-kommanditgesellschaft könnten die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Liquidation nicht gelten. Maßgeblicher Grund für die Übertragung kapitalgesellschaftsrechtlicher Regeln in dieser Entscheidung war aber - neben der vom Senat aufgrund der Umstände des damaligen Falles für erforderlich gehaltenen gerichtlichen Kontrolle entsprechend § 273 Abs. 4 AktG -, dass der zu beurteilende Gesellschaftsvertrag in vielfältiger Weise kapitalgesellschaftsrechtliche Regelungen enthielt. So bestand etwa ein mit den Befugnissen eines Aufsichtsrates im Sinne des Aktiengesetzes ausgestatteter Verwaltungsrat. Auch in weiteren einschlägigen Entscheidungen des Senats ging es um die konkrete kapitalgesellschaftsrechtliche Ausgestaltung (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2003 - II ZR 4/01, ZIP 2003, 843, 844; Urteil vom 30. März 1998 - II ZR 20/97, ZIP 1998, 859, 860).

- 22 Eine solche kapitalgesellschaftsrechtliche Ausgestaltung liegt im Streitfall nicht vor. Bei der Klägerin handelt es sich zwar um eine Gesellschaft mit vielen Gesellschaftern. Ihr Gesellschaftsvertrag weist aber keine kapitalgesellschaftsrechtlichen Elemente auf.

Strohn

Caliebe

Reichart

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Meiningen, Entscheidung vom 17.02.2010 - 2 O 913/09 -

OLG Jena, Entscheidung vom 28.10.2010 - 1 U 238/10 -