

## Die Auslegung von § 179a AktG in der Rechtsprechung des BGH

Von Vors. Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ingo Drescher

Mein Thema, die Auslegung des § 179a Aktiengesetz, ist eigentlich schnell erledigt, wenn ich es wörtlich nehme: für die Aktiengesellschaft gibt es nämlich außer einem Beschluss, mit dem eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen wurde, keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die sich richtig mit der Auslegung dieses Paragraphen befasst. Die einzigen ausführlicheren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Aktiengesellschaft sind zur Vorgängervorschrift § 361 AktG ergangen. Die anderen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs betreffen andere Gesellschaftsformen und damit die Frage der analogen Anwendung oder sonst spezielle Fallgestaltungen.

### § 179a AktG bei der Aktiengesellschaft

Dennoch möchte ich zuerst einmal untersuchen, welche Aussagen sich für die Aktiengesellschaft zu den Tatbestandsmerkmalen finden lassen. Die Vorschrift lautet: „Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, ohne dass die Übertragung unter die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes fällt, bedarf auch dann eines Beschlusses der Hauptversammlung nach § 179, wenn damit nicht eine Änderung des Unternehmensgegenstandes verbunden ist.“

#### a) Übertragung des ganzen Vermögens

Erste Voraussetzung ist also ein Verpflichtungsvertrag, mit dem das ganze Gesellschaftsvermögen übertragen werden soll. Das betrifft zunächst einmal die selten vorkommende ausdrückliche Veräußerung des ganzen Vermögens – wie es bei BGHZ 146, 288 der Fall war, wo eine Konzerntochter ihr gesamtes Vermögen samt Geschäftsbetrieb veräußerte. Auf der Ebene der Konzernmutter war das aber kein Gesamtvermögensgeschäft; der Vorstand hatte freiwillig um die Zustimmung nachgesucht. Für die Zustimmung nach § 179a AktG war der Vorstand der Konzernmutter zuständig. Der Entscheidung ist immerhin zu entnehmen, dass im Konzern § 179a AktG auf jeder Ebene gesondert zu prüfen ist.

Wie auch bei vielen anderen Vorschriften, in denen es um die Übertragung des gesamten Vermögens geht, besteht Einigkeit, dass das nicht wörtlich zu verstehen ist und dass die Vorschrift auch eingreift, wenn unwesentliches Vermögen zurückbleibt (BGHZ 83, 122, 128 zu § 361 AktG, so auch schon RGZ 124, 279). Wie das „Wesentlich“ bzw. „Unwesentlich“ zu bestimmen ist, hat der II. Zivilsenat schon entschieden: es gilt ein qualitativer, kein rein quantitativer Maßstab (BGHZ 83, 122, 128 zu § 361 AktG): maßgeblich ist, ob die Gesellschaft ihren bisherigen satzungsgemäßen Unternehmensgegenstand noch weiterverfolgen kann. Ein Substanzwertvergleich ist nicht entscheidend, wie im Holzmüller-Fall bei der Einbringung des Gesamtbetriebs in eine Tochtergesellschaft entschieden wurde. Ob die Gesellschaft noch ein verhältnismäßig beträchtliches Restvermögen behalten hat, lässt sich danach nicht einfach damit beantworten, dass man die Teilwerte des übertragenen mit denen des verbliebenen Anlage- und Umlaufvermögens vergleicht und hierbei weder die Passiva noch die jeweiligen Ertragserwartungen berücksichtigt. „§ 361 AktG hat nicht wie § 419 BGB den Zweck, die Gesellschaftsgläubiger gegen die Verflüchtigung von Vollstreckungsobjekten zu schützen, sondern er will die Gesellschafter dagegen sichern, dass die Gesellschaft ohne ihren Willen das Gesellschaftsvermögen als die Grundlage ihrer satzungsmäßigen Unternehmenstätigkeit völlig aus der Hand gibt (BGHZ 82, 188, 192).“ Ist Gegenstand der Vermögensübertragung ein lebendes Unternehmen, so entfällt daher nach Wortlaut und Zweck der Tatbestand nur, wenn die Gesellschaft mit dem zurückbehaltenen Betriebsvermögen noch ausreichend in der Lage bleibt, ihre in der Satzung festgelegten Unternehmensziele weiterhin, wenn auch in eingeschränktem Umfang, selbst zu verfolgen.

Damit fällt also die Veräußerung des Unternehmens unter die Vorschrift, die Veräußerung von Unternehmensteilen dagegen nicht in jedem Fall. Auch nicht, wenn der verbleibende Teil ein Verlustbringer ist. Im Holzmüller-Fall wurde der Seehafenbetrieb mediatisiert, es blieb das Holzgeschäft (BGHZ 83, 122, 128), das zwar später Verluste einbrachte, im Zeitpunkt der Veräußerung des Hafens aber nicht, und dadurch selbst noch weitergeführt werden konnte. Wie das Beispiel zeigt, sollte es dann, wenn mehrere verschiedene Unternehmensgegenstände in der Satzung definiert sind, genügen, wenn einer noch betrieben werden kann. Im Holzmüller-Fall war Unternehmensgegenstand der Betrieb einer Umschlag- und Lagerungsanlage für Holz und andere Güter sowie die Vermittlung,

Durchführung und Finanzierung von Holzgeschäften. Dass nur noch letzteres blieb, sah der Senat nicht als bedenkliche Satzungsunterschreitung.

Neben der Veräußerung eines Unternehmensteils kommt, wie aus einem Beschluss über eine Nichtzulassungsbeschwerde vom 20. November 2006 – II ZR 226/05, abgedruckt unter anderem in ZIP 2007, 24 zu entnehmen ist, wohl auch die Veräußerung von Beteiligungen in Betracht. Dort war allerdings die Grenze von § 179a AktG nicht erreicht, wobei angesichts der Bezugnahme auf die Gelatine-Rechtsprechung allerdings unklar ist, ob eine qualitative oder quantitative Grenze gemeint ist. Veräußert wurden 50% einer Beteiligung. Wenn man die Formulierungen in diesem Beschluss genau nimmt, ergibt sich daraus allerdings noch nicht einmal, dass die Beteiligungsveräußerung unter die Norm fallen soll.

Aus der Holzmüller-Entscheidung lässt sich nicht schließen, aber auch nicht ausschließen, dass Fälle der Ausgliederung unter § 179a AktG fallen können. Dort wird die Ausgliederung nur insoweit abgehandelt, ob darauf § 179a AktG analog angewandt werden könnte, die analoge Anwendung aber abgelehnt, weil kein das Betriebsvermögen erschöpfender Vermögensteil ausgegliedert wird (BGHZ 83, 122, 129). Das dürfte sich inzwischen durch die Regelungen im Umwandlungsrecht für die Ausgliederung in den meisten Fälle überlebt haben. Ein Mediatisierungseffekt – wie in den Fällen der sog. Gelatine-Rechtsprechung (vgl. BGHZ 83, 122 f. = ZIP 1982, 568 – Holzmüller; BGHZ 159, 30 – Gelatine) – ist bei der Beteiligungsveräußerung nicht gegeben. Die Mediatisierung durch Umstrukturierungen im Konzern allein genügt aber nicht für die Anwendung von § 179a AktG, wie schon aus der Holzmüller-Entscheidung hervorgeht

Ob die Vorschrift auch in der Liquidation gelten soll, ist auch nicht eindeutig geklärt. § 179a Abs. 3 AktG behandelt nur die übertragende Auflösung. Einem Urteil des V. Zivilsenats über eine Grundstücksveräußerung (BGH DNotZ 2003, 336), das häufig dazu zitiert wird, lässt sich die Geltung in der Liquidation nicht entnehmen. Dort wurde entschieden, dass der nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB bestellte Vertreter des Grundstückseigentümers, wenn es sich dabei um eine Aktiengesellschaft handelt – im konkreten Fall um eine Aktiengesellschaft, über deren Vermögen das Konkursverfahren 1936 eröffnet und 1938 nach Abhaltung des Schlusstermins aufgehoben worden war, nicht den Beschränkungen von § 179a AktG unterliegt. Zwar wurde in diesem Zusammenhang Schrifttum zitiert, das die Beschränkungen

auch für den Abwickler annahm. Da die Geltung von § 179a AktG auf den nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB bestellten Vertreter aber abgelehnt wurde, liegt eine Aussage zu seiner Geltung in der Liquidation gerade nicht vor. Das gleiche gilt für die jüngste Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Geltung von § 179a AktG bei der GmbH (BGHZ 220, 354). Zwar handelt es sich um einen Liquidationsfall, doch haben wir eine analoge Anwendung von § 179a AktG bei der GmbH gerade abgelehnt. Ein Rückschluss, dass diese Entscheidung nicht erforderlich gewesen wäre, wenn wir nicht von der Geltung von § 179a AktG in der Liquidation ausgegangen wären, ist nicht zulässig.

#### b) Zustimmung der Hauptversammlung

Mit dem Zweck der Zustimmung der geforderten Hauptversammlung befasst sich eine Entscheidung zur Kommanditgesellschaft auch wieder zu § 361 AktG aF, die in der neueren Entscheidung BGHZ 220, 354 lediglich referiert wird: die Norm schreibe für einen Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichte, das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung vor, weil die Veräußerung des gesamten Unternehmens auch die Einstellung des Geschäftsbetriebs bedeute, und, wenn das nicht zur Auflösung zwingt, zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks führe (BGH NJW 1995, 596 zur KG), also wegen der Nähe zu Liquidation und zur Satzungsänderung und zum Schutz der Aktionäre, nicht etwa von Gläubigern. Die Aktionäre müssten davor geschützt werden, dass die Verwaltung ohne ihren Willen das Vermögen der Aktiengesellschaft, das die Grundlage ihrer satzungsmäßigen Unternehmenstätigkeit bilde, aus der Hand gebe oder fremden Einflüssen unterwerfe (BGHZ 83, 122, 128 - Holzmüller; BGHZ 82, 188, 195 f.).

#### c) Rechtsfolgen

Die Vorschrift beschränkt damit die Vertretungsmacht des Vorstands (BGH DNotZ 2003, 336). Da ohne Hauptversammlungsbeschluss die Vertretungsmacht des Vorstands fehlt, ist der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung Wirksamkeitserfordernis des schuldrechtlichen Übertragungsvertrags (BGHZ 220, 354). Das stand ausdrücklich in § 361 AktG aF, und mit der Verschiebung in § 179a sollte keine sachliche Änderung einhergehen (ebenso BGHZ 159, 30, 42 - Gelatine I; BGHZ 169, 221 Rn. 19). Dagegen wird die dingliche

Übertragung durch das Fehlen der Zustimmung der Hauptversammlung nicht berührt (BGH NJW 1991, 2564).

#### Entsprechende Geltung bei der GmbH

In zwei älteren Entscheidungen, die Kommanditgesellschaften betreffen, wurde Literatur zitiert, die eine entsprechende Anwendung der Vorgängervorschrift § 361 AktG aF auf die GmbH befürwortet (BGH NJW 1995, 596 und NJW 1991, 2564). Das wurde dahin interpretiert, dass der Senat § 179a AktG entsprechend anwenden wolle. Dem haben wir aber mit der schon zitierten Entscheidung BGHZ 220, 354 eine Absage erteilt. Mit dem Durchschlagen der fehlenden Zustimmung auf das Außenverhältnis ist § 179a AktG ein Fremdkörper, weil im Handelsrecht ansonsten der Grundsatz von der Unbeschränktheit der organschaftlichen Vertretungsbefugnis des Geschäftsleitungsorgans gilt.

Die Gesellschafter einer GmbH sind nicht in vergleichbarer Weise schutzbedürftig wie die Aktionäre. Sie verfügen über deutlich stärkere Mitwirkungs-, Kontroll- und Informationsrechte als Aktionäre. Die GmbH-Gesellschafter bestimmen unmittelbar den Geschäftsführer. Sie fassen in der Gesellschafterversammlung die für die Geschicke der Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen, setzen sie durch Weisungen an die Geschäftsführer (§ 37 GmbHG) um und nehmen ein umfassendes Prüfungs- und Überwachungsrecht gegenüber der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 6 GmbHG) wahr. Ihnen obliegt die Bestellung und die (jederzeitige) Abberufung sowie die Anstellung und Kündigung der Geschäftsführer. Demgegenüber enthält das Aktienrecht in den §§ 76 ff. und 111 ff. AktG klare Kompetenzabgrenzungen hinsichtlich der Wahrnehmung der Leitungs- und der Überwachungsaufgaben der Gesellschaft, auf die die Aktionäre in sehr beschränktem Maße Einfluss nehmen können.

Das Anliegen, die gesellschaftsinterne Kontrolle der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu gewährleisten, ist im GmbH-Recht auch ohne entsprechende Anwendung des § 179a AktG verwirklicht. Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH ist ein besonders bedeutsames Geschäft, zu dessen Vornahme der Geschäftsführer einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, selbst wenn

der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält. Der Geschäftsführer ist nach der Rechtsprechung bei besonders bedeutsamen Geschäften verpflichtet, die Zustimmung der Gesellschafterversammlung von sich aus einzuholen, § 49 Abs. 2 GmbHG. Das Beschlusserfordernis sichert nicht nur das Kontrollrecht der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem den Minderheitsgesellschafter vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung oder einer Selbstbedienung des Mehrheitsgesellschafter. Der Minderheitsgesellschafter kann einen vom Mehrheitsgesellschafter dennoch gefassten Beschluss durch Klage gerichtlich überprüfen lassen und versuchen, den Vollzug des Geschäfts zu verhindern.

Mit der Wirkung der Beschränkung der Vertretungsbefugnis nach außen bietet § 179a AktG natürlich ein besonders hohes Schutzniveau, auch gegen das Übergehen der Pflicht zur Befassung der Gesellschafterversammlung. Die im Interesse des Verkehrsschutzes angeordnete rechtliche Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gilt aber auch nicht ausnahmslos. Missachtet der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem Geschäft unter Umständen wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten. Über das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht lässt sich insbesondere die Gefahr der Vermögensverlagerung auf den Mehrheitsgesellschafter im Zusammenwirken mit dem Geschäftsführer zu Lasten der Minderheit bannen. Soweit der Schutz der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht versagt, bleiben Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer möglich. Der Gesellschafter einer GmbH kann zudem eingreifen, wenn er Kenntnis von einem bevorstehenden Geschäft erlangt und versuchen, eine wirksame Vermögensübertragung zu verhindern. Er kann das Vertrauen des Vertragspartners auf die unbeschränkte Vertretungsmacht des Geschäftsführers zerstören, indem er den vorgesehenen Vertragspartner darüber informiert, dass der für die Übertragung erforderliche Gesellschafterbeschluss fehlt.

## Kommanditgesellschaft

In zwei Entscheidungen aus den 90er Jahren (BGH NJW 1991, 2564; NJW 1995, 596) hat der Senat ausgeführt, das Schrifttum sei für die entsprechende Anwendung von 179a AktG auf die GmbH und für die Kommanditgesellschaft gelte das erst recht. Im ersten Fall war das zwar mehr ein obiter dictum, weil es um die Haftung nach § 419 BGB aF ging und dafür die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts keine Bedeutung hatte; im zweiten Fall sind die Erwägungen aber tragend. Damit stellt sich die Frage, ob diese Rechtsprechung weiter gilt oder die Analogie zu § 179a AktG heute ebenfalls abzulehnen ist. Die Entscheidung BGHZ 220, 354 befasst sich damit bewusst nicht, weil der Diskussion nicht voreilig vorgegriffen werden sollte – die häufigen obiter dicta zu § 179a AktG waren Warnung genug.

Ich will dennoch etwas näher auf die Gründe eingehen: maßgebend für die Ablehnung der Analogie war, dass bei der GmbH die Mitwirkungsrechte der Gesellschafter bereits anderweitig gesichert sind und die Gesellschafter einen unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsleitung haben. Ersteres ist bei der Kommanditgesellschaft auch der Fall: die Veräußerung wesentlichen Vermögens dürfte jedenfalls ein außergewöhnliches Geschäft sein, das nach § 164 HGB die Mitwirkung der Gesellschafter verlangt. Regelungen dazu dürften sich auch in den meisten Gesellschaftsverträgen finden. Dagegen ist der unmittelbare Einfluss mit Weisungen und Auskünften bis hin zur Abberufung bei der Kommanditgesellschaft geringer. Zwar können im Gesellschaftsvertrag Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung für den persönlich haftenden Gesellschafter vorgesehen werden, die Regel ist das bei vielen Kommanditgesellschaften jedoch nicht unbedingt. Die Auskunftsrechte sind in der Sache zwar ähnlich; hinsichtlich der Überwachungsintensität durch die Gesellschafter ähnelt aber etwa eine Publikumsgesellschaft eher einer Aktiengesellschaft als der GmbH. Und die Abberufung des Komplementärs ohne wichtigen Grund ist bei der Kommanditgesellschaft ohne entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag nicht möglich. Eine Übertragung der neueren Rechtsprechung auf die Kommanditgesellschaft erfordert also die Bewertung, ob diese Unterschiede so schwer wiegen, dass sie eine unterschiedliche Handhabung erfordern und es rechtfertigen, den Grundsatz von der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht hier wie bei der Aktiengesellschaft einzuschränken.

## Missbrauch der Vertretungsmacht/Satzungsänderung

Dass bei der Ablehnung einer analogen Anwendung von § 179a AktG auf die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht als Ersatz für die Außenwirkung der fehlenden Zustimmung hingewiesen wurde, hat zu Diskussionen geführt, inwieweit in allen bisher für § 179a AktG diskutierten Fällen ein Missbrauch der Vertretungsmacht anzunehmen ist und ob sich ein Erwerber nach dem Gesellschafterbeschluss erkundigen muss. Meines Erachtens führt diese Diskussion etwas an der Sache vorbei. Der Missbrauch der Vertretungsmacht ist eine allgemeine Regel: Das Vertrauen des Geschäftspartners auf den Bestand des Geschäfts ist dann nicht schutzwürdig, wenn er weiß oder es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht. Klar liegt daher ein Missbrauch vor, wo der Geschäftspartner weiß, dass der Geschäftsführer die Zustimmung der Gesellschafterversammlung benötigt und sie nicht hat. Sonst werden nur die Fälle erfasst, in denen sich der Missbrauch aufdrängen muss. Je nach konkretem Geschäft kann sich einem Geschäftspartner auch aufdrängen, dass es so wichtig ist, dass sich die Frage aufdrängt: was sagen eigentlich die Gesellschafter dazu? Das bedeutet keine Erkundigungspflicht, sondern nur, dass der Geschäftspartner nicht den Kopf in den Sand stecken kann – und gleichzeitig ein Hinweis an die Tatrichter, nicht allzu blauäugig Erklärungen mit Nichtwissen durchzuwinken. So sind auch die Ausführungen in BGHZ 220, 354 zu verstehen: „Wird etwa das Unternehmen als Ganzes veräußert, kann den Vertragspartner der Gesellschaft eine Erkundigungsobliegenheit treffen. Bei der Veräußerung eines Einzelgegenstands kann sich der Missbrauch aufdrängen, wenn der Vertragspartner erfährt, dass ein maßgebender Gesellschafter mit dem Geschäft nicht einverstanden ist.“

Ein weiterer „Phantomschmerz“ betrifft die Verweisung in § 179a AktG auf die Vorschriften zur Satzungsänderung. Auch hier sollte man § 179a AktG vergessen und die allgemeinen Regeln anwenden: für die Mehrheit gilt, was der Gesellschaftsvertrag dazu sagt. Wenn in diesem Zusammenhang die Liquidation beschlossen wird, gilt für diesen Beschluss, aber nicht für den Zustimmungsbeschluss § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Wenn der satzungsgemäße Unternehmensgegenstand nach Veräußerung unterschrieben wird (was heute angesichts weiter Unternehmensgegenstände nicht notwendig der Fall sein muss), kommt eine Haftung des Geschäftsführers in Betracht und sollte ggf. die Satzung geändert werden. Der

Zustimmungsbeschluss wird dadurch aber keine Satzungsänderung. Als satzungsdurchbrechender Beschluss ist er möglicherweise anfechtbar, der Anfechtung entzogen werden kann er aber dann auch nur durch eine ordentliche Satzungsänderung.