

Sonderzahlungsversprechen an Eigenkapitalgeber in der Krise – Schenkung an Geschäftspartner oder Leistung „causa societatis“?

- Besprechung von OLG Hamburg, Urteil vom 11. 2. 2011 – 11 U 12/10, DB 2011 S. 811 -

I. Einleitung

Die Finanz- und Wirtschaftskrise des Jahres 2008 hat viele deutsche Landesbanken schwer getroffen. Auch die HSH Nordbank AG befand sich Ende jenes Jahres in einer ernsten Lage. Zur Stabilisierung der Geschäftsbeziehung mit zahlreichen stillen Gesellschaftern versprach sie diesen - ungeachtet eines hohen laufenden Verlustes - eine Sonderzahlung in Höhe der regulären Gewinnbeteiligung. Monate später zog sie dieses Versprechen zurück. Dieser Sinneswandel hat eine Reihe von Klagen der Eigenkapitalgeber nach sich gezogen und zu gegensätzlichen Entscheidungen zweier OLG (Hamburg und Schleswig) geführt. Drei zugelassene Revisionen sind zwischenzeitlich bei dem II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs anhängig. Der Beitrag referiert den Fall und stellt die aufgeworfenen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Probleme dar.

II. Der Fall

Die HSH Nordbank AG (im Folgenden: Beklagte) beschafft sich, wie andere (Landes-) Banken auch, das von ihr benötigte Eigenkapital nicht nur von ihren Aktionären. Sie bedient sich auch des Instruments der stillen Einlage von Nicht-Gesellschaftern. Hierbei handelt es sich typischerweise um Kreditinstitute, Versicherer oder andere institutionelle Kapitalanleger. Die langfristig geschlossenen stillen Gesellschaftsverträge sehen eine Einlage des stillen Gesellschafters in den Geschäftsbetrieb der Beklagten vor. Als Gegenleistung erhält der stille Gesellschafter jährlich eine individuell ausgehandelte, prozentuale „Verzinsung“ seiner Einlage. Diese mindert sich jedoch oder entfällt ganz, wenn die Zahlung zu einem Jahresfehlbetrag der Beklagten führen oder diesen erhöhen würde. Daneben sind die stillen Gesellschafter verpflichtet, einen Jahresfehlbetrag mitzutragen. Der Idee nach tragen alle stillen Gesellschafter, alle Inhaber von Genussrechten und die Aktionäre einen Jahresfehlbetrag mit dem gleichen Prozentsatz des Buchwerts ihrer Einlagen. Die stillen Einlagen werden daher sowohl bilanziell als auch aufsichtsrechtlich als Eigenkapital behandelt.

Soweit das Vereinbarte und die Theorie, die sich über Jahre hinweg mangels Verlust in der Praxis nicht bewähren musste. Die Finanzkrise veränderte auch das. Die Beklagte erwartete Ende des Jahres 2008 einen existenzgefährdenden Jahresfehlbetrag i. H. von rund 3 Mrd. €. Dennoch zögerte sie, mit dem Wegfall der Verzinsung und der Verlustbeteiligung ihrer stillen Gesellschafter Ernst zu machen. Sie fürchtete eine Beeinträchtigung der Geschäftsbeziehung mit ihren stillen Gesellschaftern, für die häufig die stille Einlage nur die Grundlage war und die insgesamt für die Beklagte eine wichtige Finanzierungsquelle darstellten. Zudem sorgte sie sich um ihr Rating und um das negative Signal an den seinerzeit ohnehin weithin zum Erliegen gekommenen Kapitalmarkt, das ein Ausfall ihrer stillen Gesellschafter nach sich gezogen hätte.

Am 19. 12. 2008 beschloss daher eine außerordentliche Hauptversammlung der Beklagten, in der das gesamte stimmberechtigte Aktienkapital vertreten war, eine Ermächtigung des Vorstands zur Leistung einer Sonderzahlung für das Jahr 2008 an bestimmte stille Gesellschafter sowie zum Abschluss von Änderungsverträgen zu den bestehenden stillen Gesellschaftsverträgen. Auf Vorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat ermächtigte die Hauptversammlung einstimmig den Vorstand, mit Zustimmung des Aufsichtsrats einen Betrag i. H. von 64 Mio. € zur Leistung einer freiwilligen Sonderzahlung an die stillen Gesellschafter zu verwenden. Daraufhin versandte die Beklagte an die begünstigten stillen Gesellschafter ein von zwei Vorstandsmitgliedern unterzeichnetes, auf den 21. 12. 2008 datiertes Schreiben. Es hatte, soweit hier von Interesse, den folgenden Wortlaut:

„... unter Bezugnahme auf den/die mit Ihrem Hause bestehenden Vertrag/Verträge zur Begründung einer stillen Gesellschaft/stiller Gesellschaften mit einem Nominalvolumen von insgesamt Euro ... bestätigen wir Ihnen hiermit, dass wir trotz der derzeit zweifelsohne schwierigen Marktumfeldes die Vergütung für Ihre Stille/n Einlage/n für das Geschäftsjahr 2008 in voller Höhe auszahlen und eine Verlustzuweisung für das Geschäftsjahr 2008 nicht vornehmen werden.

Die Vergütung für Stille/n Einlage/n in der vereinbarten Höhe wird Ihnen im Wege einer Sonderzahlung am vertraglich vereinbarten Fälligkeitstag zufließen, sofern die HSH Nordbank AG für das Geschäftsjahr 2008 einen Jahresfehlbetrag ausweist und eine Vergütungszahlung aus diesem Grund entsprechend den vertraglichen Vergütungsregeln ganz oder teilweise entfallen würde.“

Ferner wurde in dem Schreiben eine Änderung der stillen Gesellschaftsverträge mit dem Ziel angeboten, die Verlustbeteiligung der stillen Gesellschafter für das Geschäftsjahr 2008 auszuschließen. Ein entsprechender Änderungsvertrag war dem Schreiben beigelegt. Dessen Gegenzeichnung und Rücksendung an die Beklagte sollte als Verpflichtung zur Vertraulichkeit über den gesamten Vorgang gewertet werden.

Die Änderungsverträge wurden von den stillen Gesellschaftern alsbald unterzeichnet und der Beklagten zurückgesandt. In dem dortigen § 1 Abs. 3 war bestimmt, dass das Entfallen des vertraglichen Vergütungsanspruchs im Verlustfall von dem Ausschluss der Verlustbeteiligung unberührt bleibt. Die außerordentliche Hauptversammlung der Beklagten vom 2. 2. 2009 stimmte den Vertragsänderungen zu. Sie wurden noch im Februar 2009 in das Handelsregister eingetragen. Mit Ad-hoc-Mitteilung vom 25. 3. 2009 teilte die Beklagte mit, dass sie die im Dezember 2008 geplante freiwillige Gewinnbeteiligung nicht vornehmen werde. Die Europäische Kommission habe in einem Beihilfeverfahren, das die existenznotwendige Stützung der Beklagten durch ihre Hauptaktionäre Hamburg und Schleswig-Holstein betraf, Bedenken geäußert. Im Mai 2009 unterrichtete die Beklagte die stillen Gesellschafter auch schriftlich darüber, dass sie von der zugesagten Sonderzahlung Abstand nehme.

Einige stille Gesellschafter haben diese Kehrtwendung nicht hingenommen, sondern die zugesagte Sonderzahlung eingeklagt. Den Klagen ist in erster Instanz durchweg entsprochen worden.

III. Die Berufungsurteile

Zu den Besonderheiten des Falls gehört, dass die Klagen bei verschiedenen Landesgerichten (Hamburg und Kiel) erhoben wurden und daher verschiedene Berufungsgerichte mit ihm befasst worden sind. Die Berufungsurteile könnten unterschiedlicher kaum sein: Das OLG Hamburg hat in zwei praktisch deckungsgleichen Fällen gegen das LG Hamburg entschieden und die Klagen der stillen Gesellschafter abgewiesen. Demgegenüber hat das OLG Schleswig die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

1. Urteil des OLG Hamburg

Das OLG Hamburg ist der Auffassung, der Anspruch auf die Zahlung folge weder aus dem Gesellschaftsvertrag noch aus dem Sonderzahlungsversprechen. Es handle sich um ein Schenkungsversprechen, das nach § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB der – tatsächlich unterbliebenen – notariellen Beurkundung bedürft habe. Durch die Übersendung des Schreibens der Beklagten vom Dezember 2008 und durch die Rücksendung des beigelegten Änderungsvertrags sei eine tatsächliche Verständigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Sonderzahlung erfolgt. Die Entgeltlichkeit lasse sich auch nicht mit der Erwägung annehmen, die Beklagte habe ihr Schreiben mit der

Erwartung verknüpft, die Klägerin werde ihr gegenüber von liquiditätswirksamen Dispositionen absehen. Eine auch nur stillschweigende Einigung über diese Erwartung sei nicht erfolgt. Auch dem von der Beklagten mit dem Sonderzahlungsversprechen unternommene Versuch, ihre Reputation am Markt zu schützen, hätten lediglich ungesicherte Erwartungen zugrunde gelegen. Diese Erwartungen seien keine die Unentgeltlichkeit der Zuwendung im Verhältnis zu der Klägerin ausschließende Gegenleistung.

Der Unentgeltlichkeit des Sonderzahlungsversprechens stehe auch nicht entgegen, dass es die Beklagte im Hinblick auf ihre Mitgliedschaft in den stillen Gesellschaften („*causa societatis*“) abgegeben habe. Die Voraussetzungen einer Leistungszusage „*causa societatis*“ lägen nicht vor. Das Sonderzahlungsversprechen habe der Wahrnehmung unmittelbar eigener wirtschaftlicher Belange der Beklagten (Vermeidung eines Reputationsverlustes; Wahrung des Ratings) gedient. Die Stärkung der zwischen den Parteien bestehenden stillen Gesellschaft sei allenfalls eine mittelbare Folge gewesen. Zudem sei das Versprechen nicht auf eine Zahlung an die Gesellschaft, sondern an die Klägerin gerichtet gewesen.

Schließlich sei auch nicht davon auszugehen, dass die Beklagte das Sonderzahlungsversprechen gerade im Hinblick auf die mit der Klägerin bestehende stille Gesellschaft abgegeben habe. Der Gesellschaftsvertrag sei wegen des drohenden Verlustes im Geschäftsjahr 2008 für die Klägerin nicht ordentlich und wohl auch nicht außerordentlich kündbar gewesen. Für die Beklagte sei es mit Blick auf das angestrebte Stillhalten ihrer stillen Gesellschafter nur darum gegangen, dass diese nicht über ihre zusätzlich bei der Beklagten angelegten Gelder anderweitig disponierten und dadurch das Refinanzierungsvolumen der Beklagten beeinträchtigten. Es könne daher dahinstehen, ob die Grundsätze der Leistung „*causa societatis*“ auf die stille Gesellschaft überhaupt anwendbar seien. Eine Umdeutung (§ 140 BGB) des Schreibens der Beklagten vom Dezember 2008 als Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis i. S. der §§ 780, 781 BGB führe zu keiner abweichenden Beurteilung. § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB knüpfe auch die Wirksamkeit seines schwenkweise erteilten Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens an seine notarielle Beurkundung.

Das Sonderzahlungsversprechen sei auch deshalb unwirksam, weil es die §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 293 Abs. 3, 295 Abs. 1 AktG nicht beachte. Ferner sei es den §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 294 Abs. 2, 295 Abs. 1 AktG zuwider nicht in das Handelsregister eingetragen worden. Bei dem stillen Gesellschaftsvertrag handle es sich um einen Teilgewinnabführungsvertrag, § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Das Sonderzahlungsversprechen sei eine Änderung dieses Vertrags. Dies werde nicht dadurch infrage gestellt, dass die Beklagte möglicherweise der Einschätzung unterlegen habe, das von ihr angestrebte Ergebnis lasse sich auch ohne formelle Vertragsänderung herbeiführen. Unbeschadet einer etwaigen Fehleinschätzung habe das Sonderzahlungsversprechen die bestehenden Teilgewinnabführungsverträge materiell ändern sollen. Der vertragsändernde Charakter des Sonderzahlungsversprechens hänge auch nicht davon ab, ob dieses als selbstständiges Schuldversprechen zu beurteilen oder in ein solches umzudeuten sei. Auch in diesem Fall hätte die Beklagte im Zusammenwirken mit der Klägerin den Vertrag faktisch geändert. Die daran anknüpfenden Anforderungen der §§ 293 Abs. 3, 294 Abs. 2 AktG seien nicht erfüllt. Das gelte sowohl für die fehlende Eintragung der Vertragsänderung in das Handelsregister als auch für die Nichtbeachtung der Schriftform.

Die Beklagte sei schließlich auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert, sich auf die Formunwirksamkeit ihres Sonderzahlungsversprechens zu berufen. Der Nichterhalt der Sonderzahlung habe für die Klägerin keine Existenzgefährdung zur Folge. Auch ein schwerer Treuerverstoß könne der Beklagten nicht vorgeworfen werden. Die Nichteinhaltung der Formvorschriften der §§ 518 BGB, 295 AktG lasse nicht den Schluss zu, die Beklagte sei bereits im Dezember 2008 davon ausgegangen, das Sonderzahlungsversprechen sei formbedürftig. Eine Treuwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten könne auch nicht damit begründet werden, sie habe die Vorteile aus ihrem Sonderzahlungsversprechen gerne wahrgenommen und verweigere nun die Erfüllung unter Hinweis auf die Formnichtigkeit. Es sei nicht festzustellen, dass die Klägerin gerade wegen des Schreibens der Beklagten von liquiditätswirksamen Dispositionen abgesehen habe.

Das OLG Hamburg hat die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zugelassen.

2. Urteil des OLG Schleswig

Das OLG Schleswig hat zu allen wesentlichen, vorstehend referierten Rechtsfragen die gegenteilige Auffassung vertreten: Das Sonderzahlungsversprechen sei nicht als Schenkung zu qualifizieren. Es sei daher nicht wegen eines Verstoßes gegen § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB formnichtig. Ebenso wenig sei das Versprechen wegen der Missachtung des § 295 Abs. 1 AktG unwirksam. Die Erfüllung des Sonderzahlungsversprechens sei auch nicht wegen Verletzung des § 301 AktG unzulässig. Schließlich stünde der Beklagten kein Leistungsverweigerungsrecht wegen unverhältnismäßiger existenzgefährdender Nachteile im Fall der Erfüllung des Versprechens zu.

Das OLG Schleswig hat die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen.

IV. Stellungnahme

Zwei Autoren haben sich bei der Betrachtung der beiden völlig gegensätzlichen Berufungsurteile an die auf das römische Recht zurückreichende Juristenweisheit erinnert, dass man vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand sei. In der Tat schützt auch das (deutsche) Gegenwartsrecht nicht immer davor, dass gerichtliche Entscheidungen an diese Weisheit erinnern. Allerdings ist hier das letzte Wort noch nicht gesprochen. Der BGH kann zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung tätig werden; er muss es hier auch, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 2. Alt., Satz 2 ZPO. Im Folgenden wird zu den wesentlichen Fragen des Falls Stellung genommen. Dabei wird von den Urteilen des OLG Hamburg ausgegangen, da es sich bei diesen um die ersten klageabweisenden und dadurch hervorstechenden Entscheidungen handelt.

1. Grundlage und Formgültigkeit des Sonderzahlungsversprechens

a) Abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB

Richtig ist die Auffassung des OLG Hamburg, der von der Klägerin verfolgte Anspruch ergebe sich nicht aus den Gesellschaftsverträgen. In den Verträgen war auch nach der von der Beklagten angestoßenen Vertragsänderung keine Sonderzahlung vereinbart worden. Nach dem insoweit unveränderten Wortlaut der Verträge wäre die Ausschüttung auf die Einlage für das Jahr 2008 entfallen.

Demgegenüber meint das OLG Hamburg wohl zu Unrecht, die Beklagte habe sich durch ihr Sonderzahlungsversprechen nicht rechtswirksam zur „Zinszahlung“ verpflichtet. Das Gericht hat allerdings noch zutreffend inzident die Verteidigung der Beklagten verworfen, bei dem Schreiben der Beklagten handle es sich, jedenfalls im Hinblick auf die Sonderzahlung, um eine bloße Inaussichtstellung der Sonderzahlung ohne Rechtsbindungswillen. Bereits das LG hatte das Argument des Fehlens eines Rechtsbindungswillens mit der berechtigten Erwägung verworfen, Zweifel an dem Rechtsbindungswillen könnten bei einer von zwei Vorstandsmitgliedern einer Großbank schriftlich abgefassten Erklärung, eine bestimmte Zahlung leisten zu wollen, nicht bestehen. Zudem war das Schreiben von der Beklagten nach Abstimmung mit ihren Anwälten formuliert worden. Ferner hatte diese zwei Tage vor dem Datum des Schreibens eine außerordentliche Hauptversammlung abgehalten, in welcher der Vorstand zur Leistung der „Sonderzahlung 2008“ ausdrücklich ermächtigt wurde. Für die unverbindliche Ankündigung einer Sonderzahlung hätte es dieses Aufwands nicht bedurft. Schließlich spricht auch der Zweck des Schreibens vom Dezember 2008 gegen eine bloße Ankündigung. Der Beklagten ging es mit dem Versprechen der Sonderzahlung darum, das Vertrauen ihrer stillen Gesellschafter und des Kapitalmarkts in ihre Leistungsfähigkeit zu erhalten, ihre Reputation am Markt und ihr Rating zu schützen. Die unverbindliche Ankündigung einer Sonderzahlung hätte diesen Zweck nicht erreichen können.

Das Sonderzahlungsversprechen wurde bewusst nicht durch eine Änderung der stillen Gesellschaftsverträge umgesetzt, sondern „neben“ diesen Rechtsverhältnissen erteilt. Vertreter der Beklagten hatten das in einer Sitzung des Finanzausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags im Januar 2009 betont und näher begründet. Die Verpflichtung zur Leistung sollte, für die Adressaten des

Schreibens ersichtlich, selbstständig begründet werden. Es handelt sich daher um ein abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB. Die nach § 780 Satz 1 BGB vorgeschriebene Schriftform der Versprechenserklärung wurde von der Beklagten eingehalten.

b) Kein Erfordernis einer notariellen Beurkundung gem. § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB

Das (abstrakte) Schuldversprechen der Beklagten sei allerdings, so die Auffassung des OLG Hamburg, schenkweise erteilt worden. Es habe daher nach § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht nur der Schriftform, sondern der notariellen Beurkundung bedurft. Das Gericht hat seinen Standpunkt allerdings von einem unzutreffenden Ausgangspunkt entwickelt: Es meint, eine Schenkung liege dann vor, wenn sich beide Teile darüber einig seien, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolge, wobei die hierfür vorauszusetzende tatsächliche Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit auch stillschweigend erfolgen könne. Die Übersendung des Schreibens vom Dezember 2008 an die stillen Gesellschafter und die Rücksendung der gegengezeichneten Änderungsverträge beinhalte auch die tatsächliche Verständigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Sonderzahlung.

Eine bloße tatsächliche Verständigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung genügt aber nicht. Die Annahme einer Schenkung bedarf der Feststellung einer rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Der Schenker muss die Zuwendung rechtlich als unentgeltlich anbieten und der Beschenkte muss diese mit dem rechtsgeschäftlichen Willen entgegennehmen, dass er sie unentgeltlich, also ohne jede Gegenleistung empfängt. Eine solche rechtsgeschäftliche Einigung der Parteien hat die Beklagte weder vorgetragen noch das OLG Hamburg festgestellt. Insbesondere folgte eine solche Einigung nicht aus der Rücksendung des Änderungsvertrags zu dem Gesellschaftsvertrag. Dieser regelte ausdrücklich nur den Ausschluss der Verlustbeteiligung für das Jahr 2008.

Für die Beklagte konnte es keinen Zweifel geben, dass die stillen Gesellschafter das Sonderzahlungsversprechen annehmen werden. Es liegt daher ein Fall des § 151 Satz 1 BGB vor. Da es um die Annahme eines Schuldversprechens ging, das für die Erklärungsempfänger lediglich vorteilhaft war, ist bereits die 1. Alt. der Vorschrift (Entbehrlichkeit nach der Verkehrssitte) einschlägig. Zudem dürfte auch die 2. Alt. der Vorschrift (Verzicht des Erklärenden) einschlägig sein. Hinsichtlich des Ausschlusses der Verlustbeteiligung erbat die Beklagte nämlich eine Antwort ihrer stillen Gesellschafter, hinsichtlich des Versprechens der Sonderzahlung demgegenüber nicht. Auf eine stillschweigende Annahme des Sonderzahlungsversprechens durch die Rücksendung der Änderungsverträge kommt es daher nicht an. Aus der Rücksendung ließ sich zudem keine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Sonderzahlung ableiten, da die Beklagte, wie bereits erwähnt, die Änderung der Gesellschaftsverträge bewusst auf den zeitweiligen Ausschluss der Verlustbeteiligung beschränkt hatte. Nach § 1 Abs. 3 der Änderungsverträge blieb zudem die vertragliche Regelung über den Wegfall der laufenden Vergütung im Verlustfall von der Änderung des Gesellschaftsvertrags gerade unberührt. Einen solchen Erklärungszusammenhang hat die Beklagte auch in ihrem Schreiben vom Dezember 2008 nicht aufgestellt. Die Beklagte hat dort den stillen Gesellschaftern nicht bedeutet, die Rücksendung des Änderungsvertrags werde als unentgeltliche Annahme des Sonderzahlungsversprechens gewertet.

Dafür gab es auch keinen Anlass. Für die Wirksamkeit des Sonderzahlungsversprechens genügte ein abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB. Der Aufwand und die Publizität (Handelsregistereintragung) einer Änderung des Gesellschaftsvertrags musste insoweit nicht betrieben werden. Für die Wirksamkeit des abstrakten Schuldversprechens genügt nach Satz 1 der Vorschrift die Schriftform des Versprechens. Eine bestimmte Form der Annahmeerklärung schreibt das Gesetz hingegen nicht vor. Der Vertrag über das Sonderzahlungsversprechen kam folglich, wenn man bei für den Erklärungsempfänger lediglich vorteilhaften Geschäften überhaupt eine Kundgabe des Annahmewillens fordern möchte, bereits dadurch zustande, dass das Schreiben der Beklagten von den stillen Gesellschaftern jeweils zur Kenntnis und zu den Akten genommen wurden. Selbst wenn man in der Rücksendung des Änderungsvertrags die stillschweigende Annahme des Sonderzahlungsversprechens sähe, so würde sich hieraus nicht ableiten, dass die Parteien jeweils die Unentgeltlichkeit des Sonderzahlungsversprechens vereinbart hätten. Zum Einen liegt es in dem Wesen der Annahme eines abstrakten Schuldversprechens, dass damit nicht zugleich eine causa vereinbart wird. Sähe man das anders, gäbe es praktisch keine abstrakten Schuldversprechen mehr. Zum Anderen lag es in der für die Beklagte erkennbar prekären Situation fern, dass sie sich anschickte, an ihre Eigenkapitalgeber Geschenke in Millionenhöhe zu verteilen. Es lag für die stillen Gesellschafter vielmehr im Gegenteil auf der Hand, dass sie mit dem Schreiben „bei der Stange“ gehalten werden sollten. Diese evidente Erwartung einer konkreten, wenn auch nicht vertraglich vereinbarten Gegenleistung schließt die Annahme einer konkludenten Vereinbarung der Unentgeltlichkeit der Sonderzahlungen bzw. einer schenkweisen Erteilung der diesbezüglichen Versprechen (§ 518 Abs. 1 Satz 2 BGB) aus.

Die auffällige Trennung des Sonderzahlungsversprechens von der Änderung der Gesellschaftsverträge hatte ferner handfeste Gründe: Die Verträge waren – ungeachtet der Vereinbarung eines Höchstzinses – stille Gesellschaftsverträge i. S. der §§ 230 ff. HGB. Die auf der Grundlage der zahlreichen Einzelverträge geleisteten stillen Einlagen erfüllten ganz überwiegend die Anforderung als Kernkapital nach § 10 Abs. 4 KWG in der seinerzeit geltenden Fassung. Die Einlagen waren somit sowohl bilanziell als auch für die Zwecke der Eigenmittelunterlegung des Bankgeschäfts der Beklagten nach § 10 KWG Eigenkapital der Beklagten. Mit Rücksicht auf § 231 Abs. 2 HGB konnte dieser bilanzielle und aufsichtsrechtliche Status, auch wenn bereits das im Hinblick auf § 10 Abs. 4 KWG gewagt war, trotz der zeitweiligen Aufhebung der Verlustbeteiligung beibehalten werden. Wäre aber darüber hinaus auch die „Zinszahlung“ durch eine Änderung der Gesellschaftsverträge ertragsunabhängig ausgestaltet worden, wäre es wohl nicht mehr möglich gewesen, diesen Status fortzuführen. Die stillen Gesellschaftsverträge wären für die Dauer ihrer Änderung nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich in Darlehen umgewandelt worden. Die Beklagte hätte in ihrem Jahresabschluss 2008 rund 860 Mio. € ihres Eigenkapitals ausbuchen und zugleich als langfristige Verbindlichkeiten einbuchen müssen. Auch für die Zwecke der Darstellung des Eigenkapitals nach § 10 KWG wären diese Mittel weggefallen. Das hätte sich die Beklagte angesichts ihres ohnehin verheerenden Jahresabschlusses 2008 weder leisten wollen noch können. Sie musste daher, um diesen Kollateralschaden zu vermeiden, die Sonderzahlung „neben“ oder „außerhalb“ der Gesellschaftsverträge leisten. Der Gesetzgeber hat diese feinsinnige Strategie der Beklagten gesehen und alsbald zum Anlass für eine Gegenreaktion genommen. Durch das nur Monate später verkündete Gesetz vom 29. 7. 2009 wurde § 45 KWG (Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und der Liquidität) verschärft. Die seinerzeit vorgenommenen Änderungen in Abs. 1 und 4 der Vorschrift machen deutlich, dass der Gesetzgeber den vorliegenden Fall vor Augen hatte. Sonderzahlungsmodelle wie das der Beklagten sollten künftig nicht mehr gegen den Willen der BaFin möglich sein, der entsprechende Untersagungsbefugnisse eingeräumt wurden.

Schließlich gab es auch kein Vorverhalten der stillen Gesellschafter, das die Beklagte dahin hätte verstehen können, die stillen Gesellschafter wollten die Sonderzahlung als Schenkung annehmen. Das OLG Hamburg hat zutreffend festgestellt, es habe in dem Vorfeld des Schreibens der Beklagten vom Dezember 2008 keine Absprache oder auch nur Kontaktaufnahme mit der dortigen Klägerin gegeben. Auch danach hat es keine „begleitenden Absprachen“ der Parteien gegeben. Die weiteren, isoliert betrachtet zutreffenden Erwägungen des OLG Hamburg, es habe keine anderweitige Verständigung der Parteien über eine materielle oder auch nur immaterielle Gegenleistung der stillen Gesellschafter gegeben, ersetzen nicht die Feststellung, die Parteien hätten sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung rechtsgeschäftlich geeinigt. Diese wäre auch kaum möglich gewesen: Dem Sonderzahlungsversprechen lagen konkrete Erwartungen der Beklagten über das Stillhalten der Eigenkapitalgeber zugrunde, die einer Anwendung der §§ 516 ff. BGB entgegenstehen.

c) Leistung „causa societatis“

Das Sonderzahlungsversprechen war daher nicht nach § 518 Abs. 1 BGB notariell formbedürftig. Es kommt folglich in diesem Zusammenhang nicht auf die Frage an, ob die Beklagte das Versprechen im Hinblick auf ihre Mitgliedschaft in den stillen Gesellschaften („causa societatis“) erbracht hat und es aus diesem Grund formfrei war.

2. Keine Formunwirksamkeit aus aktienkonzernrechtlichen Gründen

a) Keine Änderung eines bestehenden Teilgewinnabführungsvertrags

Das Sonderzahlungsversprechen der Beklagten ist auch nicht deshalb formunwirksam, weil die von den §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 293 Abs. 3 und 295 Abs. 1 AktG geforderte Schriftform nicht eingehalten wurde: Richtig ist der Ausgangspunkt des OLG Hamburg, wonach die Änderung eines bestehenden Teilgewinnabführungsvertrags nach den §§ 295 Abs. 1 Satz 2, 293 Abs. 3 BGB ebenso der schriftlichen Form bedarf, wie der Abschluss eines solchen Unternehmensvertrags. Richtig ist weiter, dass damit die Schriftform nach § 126 BGB gemeint ist, die vorliegend auch nicht nach § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB gewahrt wurde. Das OLG Hamburg weist zu Recht darauf hin, in der Rücksendung der unterzeichneten Änderungsverträge sei von der Sonderzahlung keine Rede; der Schriftform sei daher nicht genüge getan. Ferner trifft es zu, dass stille Beteiligungen an Aktiengesellschaften nach der Rechtsprechung des BGH selbst dann als Teilgewinnabführungsverträge zu behandeln sind, wenn der Gewinnanspruch – wie hier – durch eine prozentuale Höchstgrenze beschränkt ist.

Demgegenüber nimmt das OLG Hamburg rechtsirrtümlich an, das Sonderzahlungsversprechen der Beklagten sei eine Änderung der Teilgewinnabführungsverträge. Die Argumentation des Gerichts ist widersprüchlich. In diesem Zusammenhang meint das Gericht, das Sonderzahlungsversprechen greife in das Regelungsgefüge der Gesellschaftsverträge ein. Bei der Ablehnung der Leistungen „causa societatis“ meint es demgegenüber, die Beklagte habe das Sonderzahlungsversprechen nicht im Hinblick auf die stillen Gesellschaftsverträge abgegeben. Ferner trifft seine Auffassung nicht zu, ein einen Teilgewinnabführungsvertrag änderndes Schuldversprechen sei ebenso wenig wie ein nach § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB erteiltes Schuldversprechen formfrei wirksam. Dabei übersieht das Gericht, dass ein abstraktes Schuldversprechen einen kausalen Schuldvertrag weder ändern soll noch überhaupt kann. Es ist gerade der Sinn des Schuldversprechens, dass es selbst, unabhängig von einer etwaigen causa, eine Leistungspflicht begründet. Zudem setzt sich das OLG Hamburg in Widerspruch zu seinen eigenen Feststellungen: Danach hat die Beklagte die Sonderzahlungsversprechen ohne die vorherige Bitte der und ohne Abstimmung mit den stillen Gesellschafter(n) erteilt. Auch nach dem Schreiben hat, von der Rücksendung der unterzeichneten Änderungsverträge abgesehen, in denen jedoch von der Sonderzahlung keine Rede war, keine Kommunikation zwischen den Parteien stattgefunden. Die stillen Gesellschaftsverträge wurden daher weder generell noch nach § 295 Abs. 1 AktG geändert. Ein Verstoß gegen die Schriftform nach den §§ 293 Abs. 3 AktG, 126 BGB liegt nicht vor. In dem Versprechen der Sonderzahlung liegt auch keine Umgehung des Schutzzwecks des § 295 Abs. 1 AktG. Das aktienrechtliche Vertragskonzernrecht ist durch einen numerus clausus von Unternehmensverträgen sowie durch eine detaillierte und formale Struktur gekennzeichnet. Seine Grenzen würden verwischt, würde man es auf Versprechen wie das streitgegenständliche anwenden. Zudem ist kein Bedürfnis nach einem Umgehungsschutz erkennbar. Aus den vorgenannten Gründen bedürfte das Bestehen des Vertrags über das Sonderzahlungsversprechen auch keiner Eintragung nach den §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 294 Abs. 2, 295 Abs. 1 AktG in das Handelsregister.

b) Kein Verstoß gegen § 301 AktG

Dem Anspruch der klagenden Gesellschafter dürfte auch § 301 AktG nicht entgegenstehen. Nach § 301 Satz 1 AktG kann eine Aktiengesellschaft, unabhängig von den konkreten vertraglichen Vereinbarungen, als Gewinn höchstens den ohne die Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuss abführen, abzüglich eines etwaigen Verlustvortrags und einer nach § 300 AktG erforderlichen Rücklagendotierung. Nach § 301 Satz 2 AktG können darüber hinaus in unternehmensvertraglicher Zeit gebildete „andere Gewinnrücklagen“ (§§ 272 Abs. 3, 266 Abs. 3 A. III. 4. HGB) aufgelöst und als Gewinn abgeführt werden. Das OLG Hamburg ist, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, zu der Frage der Vereinbarkeit der Klageforderung mit dieser Vorschrift nicht mehr gekommen, wohl aber das OLG Schleswig.

Das Sonderzahlungsversprechen unterfällt bereits nicht dem § 301 Satz 1 AktG. Der Standort des § 301 AktG in dem dritten Abschnitt des ersten Teils des Aktienkonzernrechts über Unternehmensverträge zeigt, dass die Vorschrift nicht auf jeden Mittelabfluss an Aktionäre Anwendung findet. Zwischen der Aktiengesellschaft und dem Empfänger der Zahlung muss vielmehr ein Unternehmensvertrag i. S. der §§ 291 f. AktG bestehen. Ob Teilgewinnabführungsverträge, obwohl Unternehmensverträge nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG, dazu zählen, wird im Schrifttum nicht einheitlich beurteilt. Mit Rücksicht darauf, dass § 300 Nr. 2 AktG Teilgewinnabführungsverträge ausdrücklich erfasst, mag man auch stille Gesellschaftsverträge, trotz der Deckelung der Zahlung auf einen Prozentsatz der Einlage, zu den Teilgewinnabführungsverträgen i. S. des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG rechnen und dem Grund nach dem § 301 AktG unterwerfen. Von der Gewinnausschüttungsbeschränkung nach § 301 Satz 1 AktG werden aber nur Abführungen erfasst, die durch einen Unternehmensvertrag geregelt werden. Die Sonderzahlung 2008 wurde aber durch die Änderungsverträge gerade nicht in die stillen Gesellschaftsverträge integriert. Es wurde mithin keine laufende Gewinnabführung qua Unternehmensvertrag vereinbart, sondern eine nur einmalige außervertragliche Zahlung.

Hiervon abgesehen ist § 301 Satz 1 AktG auch deshalb nicht einschlägig, weil die Sonderzahlung keine Gewinnabführung i. S. der Vorschrift ist. Der Zweck des § 301 AktG ist es, zum Schutz der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zu verhindern, dass aufgrund eines Unternehmensvertrags mehr Ertrag abgeführt wird, als in dem jeweiligen Geschäftsjahr von der abhängigen Gesellschaft tatsächlich erwirtschaftet wurde. Die Vorschrift dient der Kapitalerhaltung. Aus diesem Grund knüpft die Vorschrift an den Jahresüberschuss als den Saldo aller Erträge und Aufwendungen des Geschäftsjahrs an (§ 275 Abs. 2 Nr. 20 u. Abs. 3 Nr. 19 HGB). Nach den stillen Gesellschaftsverträgen wurden bei der Beklagten die laufenden Zahlungen an die stillen Gesellschafter als Aufwand verbucht. Nur unter dieser Voraussetzung kann sich durch diese Zahlungen der Jahresüberschuss der Beklagten überhaupt vermindern oder ein Jahresfehlbetrag entstehen. Die Zahlungen an die stillen Gesellschafter waren und sind aus diesem Grund keine echte Gewinnverwendung. Eine echte Gewinnverwendung hätte es hingegen dargestellt, wenn die Zahlung an den Jahresüberschuss als Bemessungsgrundlage angeknüpft hätte. Das war aber nicht der Fall.

Gegen die Anwendung des § 301 Satz 1 AktG spricht ferner, dass die Sonderzahlung von der Beklagten gerade für den Fall versprochen wurde, dass von ihr kein Jahresüberschuss erwirtschaftet wurde. Hätte die Beklagte im Geschäftsjahr 2008 wider Erwarten einen ausreichenden Jahresüberschuss erwirtschaftet, wäre das Versprechen gegenstandslos gewesen. Die Zahlungen wären auf der Grundlage der stillen Gesellschaftsverträge geleistet worden. Eine solche Zahlung nur für den Verlustfall entfernt sich so weit von dem Wortlaut der Vorschrift und ihrem Normzweck, dass weder eine unmittelbare Anwendung möglich noch deren entsprechende Anwendung geboten ist. Es kommt daher nicht mehr darauf an, ob der Ausnahmetatbestand des § 301 Satz 2 AktG einschlägig ist. Allerdings weist diese Vorschrift noch auf einen weiteren Gesichtspunkt hin, weshalb § 301 AktG auf „Hybridkapital“ wie stille Einlagen nicht passt. Die Vorschrift geht davon aus, dass ein einziger Unternehmensvertrag vorliegt („... während der Dauer des Vertrags ...“). Im Streitfall hat die Beklagte hingegen eine Vielzahl von Einlagen stiller Gesellschafter hereingenommen. Die Bestimmung einer eindeutigen Referenzperiode, in der die anderen Gewinnrücklagen der Beklagten gebildet wurden, ist daher nicht möglich.

3. Keine Kondizierbarkeit der Sonderzahlungsversprechen

Die Klagen sind auch nicht deshalb unbegründet, weil die Beklagte ihr Sonderzahlungsversprechen wirksam kondiziert oder zu Recht die Einrede der Bereicherung nach § 821 BGB erhoben hätte. Hierzu hat das OLG Hamburg, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, ebenfalls nicht Stellung genommen. Ein abstraktes Schuldversprechen ist eine kondizierbare Leistung, § 812 Abs. 2 BGB. Wird ein solches Versprechen ohne rechtlichen Grund erteilt, unterliegt es grundsätzlich nach § 812 BGB der Rückforderung. Alternativ kann der das rechtsgrundlose Versprechen Erteilende nach § 821 BGB die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung erheben.

a) Keine Kondiktion des Schuldversprechens

Die Beklagte hat ihre Schuldversprechen nicht kondiziert. Davon ist nur dann auszugehen, wenn der Versprechensgeber dem Versprechensempfänger gegenüber deutlich macht, dass das Schuldversprechen deshalb nicht mehr gelten solle, weil es ohne rechtlichen Grund erteilt wurde. Die Beklagte hat sich nicht in diesem Sinne geäußert. In ihren Rückforderungsschreiben macht die Beklagte nicht geltend, sie habe die Schuldversprechen ohne rechtlichen Grund geleistet und die stillen Gesellschafter seien daher ungerechtfertigt bereichert. Sie führt lediglich die von der Europäischen Kommission im Beihilfeverfahren geäußerten Bedenken an.

Rechtlich handelt es sich hierbei um die mit einer Begründung versehene Kundgabe der Leistungsunwilligkeit, nicht aber um eine Kondition des Schuldversprechens.

b) Keine Einrede der Bereicherung

Die Beklagte hat allerdings in den von dem OLG Hamburg entschiedenen Fällen die Einrede der Bereicherung erhoben. Diese kann auch dann erhoben werden, wenn ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ohne rechtlichen Grund eingegangen wird. Das Gericht hat die Einrede zwar nicht ausdrücklich zurückgewiesen, da es nach seiner Auffassung darauf nicht ankam. Es hätte die Bereicherungseinrede aber nicht durchgreifen lassen dürfen, denn die Beklagte hat das Versprechen der Sonderzahlung nicht ohne rechtlichen Grund erteilt. Das Versprechen der Sonderzahlung ist auch mit Rücksicht auf die zwischen den Parteien bestehenden stillen Gesellschaftsverhältnisse („causa societatis“) abgegeben worden.

Das OLG Hamburg hat zwar die Auffassung vertreten, es sei nicht davon auszugehen, die Beklagte habe das Versprechen gerade im Hinblick auf die mit der Klägerin bestehende stille Gesellschaft abgegeben. Daran mag richtig sein, dass das stille Gesellschaftsverhältnis nicht der einzige Grund für das Versprechen war. Wie das Gericht mit Recht darlegt, ging es der Beklagten bei dem Schreiben an die stillen Gesellschafter darum, diese von liquiditätswirksamen Dispositionen abzuhalten. Zugleich ging es ihr um ein Signal an den Kapitalmarkt und an die Rating-Agenturen. Der Grund für das Sonderzahlungsversprechen liegt damit vor allem in dem Versuch der Beklagten, die Geschäftsbeziehung zu ihren stillen Gesellschaftern trotz ihrer damaligen Schieflage zu stabilisieren. Es mag sein, dass dabei dem Gesellschaftsverhältnis nachgeordnete Bedeutung zukam. Die stillen Gesellschaftsverträge waren nicht kurzfristig kündbar. Immerhin hätte jedoch ein Streit über eine Kündigung aus wichtigem Grund wegen nachhaltiger Unrentabilität des Handelsgewerbes der Beklagten oder wegen Vermögensverfalls entstehen können. Die Beklagte war bestrebt, solchen Streit im Keim zu ersticken und jeden Anlass für Unstimmigkeiten mit den stillen Gesellschaftern oder gar deren Aufbegehren zu vermeiden. Die Sonderzahlungsversprechen wurden daher jedenfalls auch mit Rücksicht auf die Gesellschaftsverträge erteilt.

Eine Leistung der Beklagten „causa societatis“ scheidet, anders als das OLG Hamburg meint, auch nicht deshalb aus, weil die Sonderzahlung nicht in das ohnehin nicht vorhandene Gesamthandsvermögen der stillen Gesellschaft fließen sollte, sondern an die stillen Gesellschafter selbst. Die Bewertung einer Leistung als eine solche „causa societatis“ hängt nicht davon ab, ob die Gesellschaft selbst bereichert wird. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Leistung mit Rücksicht auf die Mitgliedschaft erfolgt und ohne diese nicht getätigt oder versprochen worden wäre. Die causa der Mitgliedschaft für das Eingehen einer Verpflichtung schließt die Anwendbarkeit der Schenkungsregeln aus. In diesem Sinn hat es der BGH genügen lassen, dass ein Vereinsvorstand durch eine Leistung an seinen Verein nicht einmal einen mittelbaren Vermögensvorteil, sondern nur einen ideellen Gewinn erhoffte. Daher muss die Hoffnung der Beklagten auf eine Festigung der Geschäftsbeziehung mit den stillen Gesellschaftern erst recht genügen. Aus der Sicht des Bereicherungsrechts genügt es zudem als rechtlicher (Behaltens-)Grund, dass das Leistungsversprechen zur Festigung der gesamten Geschäftsbeziehung mit der Klägerin, also eines „Vertragskollektivs“, erteilt wurde. Denn wenn bereits die Leistung zur Stärkung einer einzigen gesellschaftsvertraglichen Beziehung ausreichend ist, muss eine solche Leistung („causa societatis et negotiaris“) erst recht ein bereicherungsrechtlicher Behaltensgrund sein. Das gilt umso mehr, als es sich bei der Leistung „causa societatis“ nicht um eine spezifisch gesellschaftsrechtliche Bereichsausnahme von den §§ 516 ff. BGB handelt. Jeder, der erkennbar mit seiner Leistung eine Gegenleistung bezweckt, schenkt nicht.

c) Ausschluss der Kondition des Schuldversprechens gem. § 814 BGB

Hiervon abgesehen ist die Bereicherungseinrede auch deshalb unwirksam, weil die Kondition des Sonderzahlungsversprechens durch die Beklagte nach § 814 BGB ausgeschlossen ist. Nach § 814 1. Alt. BGB kann das zur Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Leistung i. S. der Vorschrift kann, wie aus § 812 Abs. 2 BGB folgt, auch die Erteilung eines abstrakten Schuldversprechens sein. Der Beklagten war zu der Zeit der Versprechenserteilung Ende Dezember 2008 klar, dass sie in dem Geschäftsjahr 2008 einen Milliardenverlust machen würde. Ohne dieses sichere Wissen hätten das aktive Herantreten der Beklagten an ihre stillen Gesellschafter und der dabei betriebene Aufwand keinen Sinn gehabt. Der Umstand, dass das dem Kalenderjahr entsprechende Geschäftsjahr der Beklagten zu der Zeit des Versprechens noch wenige Tage andauerte und die daraus resultierende theoretische Möglichkeit, dass der drohende Milliardenverlust sich noch in den letzten Tagen des Geschäftsjahrs in einen zur Bedienung der stillen Gesellschafter ausreichenden Jahresüberschuss wandeln könnte, steht als lediglich theoretischer Restzweifel der Anwendung des § 814 BGB nicht entgegen.

Aber auch dann, wenn man § 814 BGB hinwegdenken oder wegen dieses Restzweifels für unanwendbar halten wollte, scheitert die Bereicherungseinrede der Beklagten daran, dass kein Fall der Zweckverfehlung i. S. des § 812 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. BGB vorliegt. Danach besteht ein bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch auch dann, wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Für die Anwendung der Vorschrift genügt jeder Zweck, der nach dem Willen der Beteiligten für das Behalten der Zuwendung maßgebend sein soll, sofern er nicht gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt. Dieser Zweck darf nicht Gegenstand der vertraglichen Bindung sein. Erforderlich, aber auch genügend ist die tatsächliche Einigung der Parteien über den Zweck der Leistung. Zwischen der Leistung und dem erwarteten Erfolg muss eine Verknüpfung dergestalt bestehen, dass die Leistung nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten von einem bestimmten, mit ihr bezweckten Erfolg abhängig sein soll. Die Übereinstimmung kann sich auch aus schlüssigem Verhalten ergeben.

So liegen die Verhältnisse hier. Die Sonderzahlung und der Ausschluss des Verlustausgleichs bezweckte unter anderem, die stillen Gesellschafter von liquiditätswirksamen Maßnahmen zulasten der Beklagten abzuhalten. Dieser Zweck liegt auf der Hand und wurde von den stillen Gesellschaftern auch erkannt. Der von der Beklagten erstrebte Zweck wurde auch erreicht. Die stillen Gesellschafter haben nach dem Erhalt des Schreibens von liquiditätswirksamen Dispositionen zulasten der Beklagten Abstand genommen. Selbst nach dem Erhalt des Schreibens der Beklagten im Mai 2009 zog die Klägerin in dem von dem OLG Hamburg entschiedenen Fall keine Beträge ab. Damit ist eine Rückforderung nach § 812 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. BGB ausgeschlossen. Aber selbst dann, wenn einzelne stille Gesellschafter nach der Kehrtwendung der Beklagten die laufenden Geschäfte mit ihr zurückgefahren hätten, wäre das Kalkül der Beklagten über rund fünf für sie kritische Monate hinweg aufgegangen.

4. Kein Einwand aus Treu und Glauben

Die Einforderung der versprochenen Sonderzahlung durch die stillen Gesellschafter widerspricht auch nicht Treu und Glauben. Die Beklagte hat zwar in den Berufungsverfahren vor dem OLG Hamburg angeführt, „bei Lichte besehen“ forderten die stillen Gesellschafter praktisch die Umleitung öffentlicher Beihilfegelder an sich, die der Beklagten durch die Rekapitalisierung durch ihre Hauptaktionäre Hamburg und Schleswig-Holstein zugeflossen seien. Das laufe ersichtlich dem öffentlichen Interesse entgegen. Es waren aber nicht die stillen Gesellschafter, welche die Beklagte zu dem Versprechen gedrängt haben. Die Beklagte ist vielmehr aus freien Stücken und aus geschäftlichem Kalkül an diese herantreten. Die Beklagte hat zudem (erst) in der mündlichen Verhandlung vor dem OLG Hamburg offengelegt, dass sie mit der Europäischen Kommission auch den Fall erörtert hat, dass sie aus den von ihr erteilten Sonderzahlungsversprechen rechtskräftig zur Zahlung an die stillen Gesellschafter verurteilt wird. Die Kommission hat diesen Fall als beihilfeunschädlich bewertet. Ein auf § 242 BGB gestütztes Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten wegen existenzgefährdender Nachteile der Versprechenerfüllung besteht daher nicht.

V. Zusammenfassung

Die Urteile des OLG Hamburg und des OLG Schleswig rufen in Erinnerung, wie kritisch es als Folge der Finanzmarktkrise im Jahr 2008 um manche Landesbanken stand. Sie sind aber nicht nur Zeitzeugnisse, sondern werfen auch grundsätzlich bedeutsame Rechtsfragen auf. Es wäre schön, wenn die zu erwartenden Urteile des II. Zivilsenats der „Schenkung im geschäftlichen Verkehr“ klarere Konturen

geben würden. Ebenso dürfte es der Fortbildung des Rechts dienen, wenn sich der Senat zu der Reichweite der Lehre von den Leistungen „causa societatis“ und zu den aufgezeigten aktienkonzernrechtlichen Fragen äußert. Auf die Lektüre der Urteile darf man sich schon heute freuen.

RA(BGH) und StB Dr. Erich Waclawik, Karlsruhe