

21. 1. Können die einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrats einer Gesellschaft mbH. nach außen auch dann selbständig tätig werden, wenn sie dazu nicht von der Gesamtheit der Aufsichtsratsmitglieder ermächtigt und ihnen auch nicht durch Gesetz oder Vertrag selbständig ausübende Rechte und Pflichten übertragen worden sind?

2. Hat die Nichtentstehung des Aufsichtsrats einer Gesellschaft mbH. oder der Verlust seiner Beschlußfähigkeit für die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder die Nichtentstehung oder den Wegfall ihrer Pflichten schlechthin zur Folge?

3. Kann unter den zu 2 genannten Voraussetzungen ein völliges Untätigbleiben der im Aufsichtsrat verbliebenen Mitglieder ihre Haftung für den der Gesellschaft aus der Unterlassung entstehenden Schaden begründen?

GmbHG. § 52. HGB. §§ 246, 249.

II. Zivilsenat. Ur. v. 2. November 1934 i. S. R. als Verwalter im Konkurse über das Vermögen der Molkerei G. GmbH. (N.) w. B. u. Gen. (Weil.). II 186/34.

I. Landgericht Hagen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Am 14. April 1927 wurde in G. die Molkerei N. Gesellschaft mbH. errichtet und alsbald gerichtlich eingetragen. Die Gründung ging von der Molkerei U. Gesellschaft mbH. in U. aus, die auch fast die Hälfte des Stammkapitals von 31000 RM. übernahm. Außer ihr waren an der Gründung die drei Beklagten mit Stammeinlagen beteiligt. Der Beklagte N. war Geschäftsführer, der Beklagte B. Vorsitzender des Aufsichtsrats der Molkerei U. Gesellschaft mbH. Die Satzung der neugegründeten Gesellschaft sah in § 8 vor, daß durch Beschluß der Gesellschafterversammlung ein Aufsichtsrat bestellt werden könne und daß die Zahl seiner Mitglieder und die Dauer ihrer Amtszeit durch die Versammlung der Gesellschafter bestimmt werde, die die Mitglieder des Aufsichtsrats wähle. Die Satzung regelte im übrigen auch die Form der Beschlußfassung des Aufsichtsrats sowie seine Rechte und Pflichten, unter denen die Befugnis erwähnt ist, den Geschäftsführern allgemeine und besondere Dienstanweisungen zu erteilen, die von diesen zu beachten seien. Von der in unmittelbarem Anschluß an den Gründungsvorgang zusammen tretenden ersten Gesellschafterversammlung wurde der Beklagte N. zum Geschäftsführer der neugegründeten Gesellschaft bestellt und die Bildung eines aus drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrats beschlossen, in den sofort außer den Beklagten B. und P. der in der Versammlung nicht anwesende Oberregierungsrat Dr. M. von der Regierung in U. gewählt wurde.

Am 22. Juni 1927 traten die Gesellschafter der Molkerei B. Gesellschaft mbH. zum zweiten und letzten Mal zusammen. Sie beschloßen die Umänderung der Firma in die Bezeichnung „Molkerei G. Gesellschaft mbH.“ und übertrugen dem Geschäftsführer N. die Befugnis, im Namen der Gesellschaft mit sich selbst als Vertreter der Molkerei U. Gesellschaft mbH. Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Schon am 7. Juni 1927 hatte die damals noch Molkerei B. Gesellschaft mbH. firmierende Molkerei G. Gesellschaft mbH. ihren Molkereibetrieb in G., den sie anscheinend kurz vorher von dem Beklagten B. erworben hatte, an die Molkerei U. Gesellschaft mbH. verpachtet. Seit dem letztgenannten Beschlusse der Gesellschafterversammlung scheint sie ein Eigendasein nur noch in einem ganz beschränkten Umfang geführt zu haben. Ihre Verwaltung erfolgte seit jenem Tage allem Anscheine nach nur noch von der Geschäftsstelle der Molkerei U. Gesellschaft mbH. aus. Versammlungen ihrer Gesellschafter fanden anscheinend nicht mehr statt. Ihr Aufsichtsrat trat niemals in Tätigkeit. Als das am Gründungstage erwählte Mitglied Oberregierungsrat Dr. M. im November 1927 starb, wurde keine Ergänzungswahl vorgenommen. Der Geschäftsführer N. stellte noch Bilanzen für die Gesellschaft auf. Jedoch blieben diese ungenehmigt. Wie der Kläger behauptet, belastete N. während der ganzen Folgezeit die Molkerei G. Gesellschaft mbH. mit dem Geschäftsumsatz der Molkerei U. Gesellschaft mbH. und ließ angeblich deren gesamtes Geschäfts- und Verkaufsrisiko über die erstgenannte Gesellschaft laufen, ohne daß diese irgendeinen Nutzen davon gehabt hätte. Im November 1929 wurde über die Vermögen beider Gesellschaften das Konkursverfahren eröffnet. Die von dem Konkursverwalter der Molkerei G. Gesellschaft mbH. für diese gefertigte Vermögensaufstellung ergab ein sehr ungünstiges Bild, das sich später noch verschlechterte.

Mit der Klage nimmt der Konkursverwalter, nachdem der Beklagte N. auf Grund eines Vergleichs aus dem Rechtsstreit ausgeschieden ist, jetzt noch die Beklagten B. und P. in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglieder der Gemeinschuldnerin auf Ersatz des Schadens in Anspruch, der ihr in erster Reihe durch die Verfehlungen des Geschäftsführers N., dann aber auch dadurch entstanden sei, daß die beiden Beklagten ihre Aufsichtspflicht gröblich verletzt hätten. Der Konkursverwalter berechnet den von diesen auf

solche Weise angeblich mitverschuldeten Schaden auf 40000 RM. Er beantragt, die Beklagten gesamtschuldnerisch zunächst zur Zahlung eines Teilbetrags dieser Summe — 7000 RM. mit Nebenleistungen — zu verurteilen.

Die Beklagten wenden zu ihrer Verteidigung insbesondere ein, der Aufsichtsrat der Molkerei G. Gesellschaft mbH. sei niemals beschlußfähig gewesen, weil er zu keiner Zeit die vertraglich vorgeschriebene Mindestzahl von drei Mitgliedern besessen habe. Der Oberregierungsrat Dr. M. habe seine Wahl zum Aufsichtsrat niemals erfahren, geschweige denn angenommen; er sei zur Zeit der Wahl bereits krank gewesen, wenige Monate später gestorben und nicht ersetzt worden. Habe infolgedessen der Aufsichtsrat der Molkerei G. Gesellschaft mbH. als solcher niemals in Tätigkeit treten können, so sei auch für sie — die Beklagten — niemals eine Aufsichtsratspflicht entstanden, die sie hätten verletzen können. Ein Recht oder eine Pflicht, für die Herbeiführung der Beschlußfähigkeit (Handlungsfähigkeit) des Aufsichtsrats als solchen Sorge zu tragen, habe für sie nicht bestanden.

Beide Vorinstanzen haben die Klage des Konkursverwalters abgewiesen. Seine Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob sämtliche in der Gesellschafterversammlung vom 14. April 1927 gewählten Aufsichtsratsmitglieder ihre Wahl erfahren und angenommen haben oder ob dies für den Oberregierungsrat Dr. M. zu verneinen und infolgedessen die Bildung eines beschlußfähigen Aufsichtsrats von vornherein mißlungen ist. Es unterstellt die Annahme der Wahl aller erwähnten Mitglieder und weist die Klage ab, weil der Aufsichtsrat mit dem Tode des M. jedenfalls „funktionsunfähig“ geworden sei und seitdem für die Beklagten keine Möglichkeit mehr bestanden habe, das Amt eines Aufsichtsratsmitglieds auszuüben; die Verpflichtung hierzu sei zum Ruhen gekommen. Zur Begründung dieser Ansicht führt es aus: Der Aufsichtsrat einer Gesellschaft mbH. sei gemäß § 52 GmbHG. in Verbindung mit § 246 HGB. a. F. stets nur als Kollegium tätig. Die ihm übertragenen Kontrollbefugnisse ständen nicht dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, sondern nur allen Mitgliedern in ihrer Gesamtheit zu. Die Unterschreitung der sähungs-

oder beschlußmäßigen Mitgliedermindestzahl durch Wegfall von Mitgliedern habe daher zur Folge, daß ein zur Ausübung der Kontrolle über den Vorstand und zur Wahrnehmung sonstiger Aufgaben fähiger Aufsichtsrat nicht mehr bestehe. Die von Brodmann in Anm. 2 zu § 52 GmbHG. vertretene Ansicht, daß bei Wegfall von Mitgliedern und einer darauf beruhenden Unterschreitung der Mindestzahl der Aufsichtsratsmitglieder zwar kein förmlicher Beschluß mehr gefaßt werden könne, die Rechte und Pflichten des übrig gebliebenen Aufsichtsrats zur Überwachung der Geschäftsführung aber fortbauerten, sei nicht folgerichtig und gerade durch die Einfügung des Satzes 4 in den § 246 Abs. 1 HGB. a. F. durch die Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931 (RGBl. I S. 493) für die hier in Betracht kommende frühere Zeit widerlegt. Im angefochtenen Urteil wird dann weiter ausgeführt: Für die nach dem Wegfall des Dr. M. Mitglieder des Aufsichtsrats gebliebenen Beklagten habe auch keine Verpflichtung bestanden, auf eine Vervollständigung des Aufsichtsrats hinzuwirken. Die von dem Bestehen einer derartigen Verpflichtung ausgehende abweichende Rechtsauffassung des Klägers finde im Gesetz keine Stütze. Ihr widerspreche die Tatsache, daß für die Mitglieder des Aufsichtsrats einer Gesellschaft mbH. eine der Vorschrift des § 315 Abs. 1 Nr. 1 HGB. entsprechende Bestimmung fehle und daß das Gesetz selbst ihnen nicht das Recht einräume, von der Gesellschaft die Ergänzung des Aufsichtsrats zu verlangen.

Die Revision rügt Verletzung des § 52 GmbHG. Sie erblickt den Rechtsgrund der Verpflichtung des Aufsichtsrats und seiner einzelnen Mitglieder in einem Vertragsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern des Aufsichtsrats, das zwar nur durch die Wahl und deren Annahme begründet werde, seinen Inhalt aber vom Gesetz empfangen. Demgemäß will sie im Falle des Ausscheidens eines Aufsichtsratsmitglieds ein gleichzeitiges Erlöschen der Verpflichtung für die übrig bleibenden Mitglieder nur unter der Voraussetzung anerkennen, daß sich diese Folge aus der Satzung oder den besonderen Vertragsbedingungen oder aus der Natur der übernommenen Verpflichtung ergebe. Die beiden ersten Voraussetzungen haben nach ihrer Meinung für den hier zu entscheidenden Fall ohne weiteres auszuscheiden, so daß nur noch zu prüfen sei, ob der Umstand, daß gewisse Aufgaben nur gemeinsam

von dem gesamten satzungsmäßigen Aufsichtsrat erfüllt werden könnten, mit dem Aufhören der Rechte auch den Wegfall aller Pflichten zur Folge habe. Das verneint sie, weil sie der Ansicht ist, daß ebenso, wie jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied das Recht und die Pflicht zur Kontrolle dann habe, wenn ein anderes dabei seine Mitwirkung versage, jedes einzelne Mitglied auch dann haftbar zu machen sei, wenn die anderen ihre Pflicht in gleicher Weise verlegt hätten. Grundsätzlich sei, so meint die Revision, davon auszugehen, daß die Überwachungsspflicht nach dem Sinn von Gesetz und Statut den Aufsichtsratsmitgliedern nicht nur in Gemeinschaft, sondern jedem von ihnen aufgebürdet werde. Die Revision pflichtet daher der vom Berufungsgericht abgelehnten Ansicht Brodmanns bei.

Der Revision ist zuzugeben, daß für den Inhalt und den Umfang der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder im vorliegenden Fall in erster Reihe das Gesetz maßgebend ist.

Der Gesellschaftsvertrag der Molkerei H. Gesellschaft mbH. überläßt die Bestellung eines Aufsichtsrats, die Bestimmung der Zahl und die Auswahl seiner Mitglieder einschließlich der Festsetzung ihrer Amtsdauer der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung. Über die Tätigkeit des Organs bestimmt er nur, daß es seine Beschlüsse mit Stimmenmehrheit faßt und gewisse einzeln aufgeführte Rechte und Pflichten hat. Der Aufzählung dieser Rechte und Pflichten stellt er aber den allgemeinen Satz voran: „Der Aufsichtsrat hat die durch das Handelsgesetzbuch für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft bestimmten Befugnisse“. Der Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 14. April 1927 enthält außer der Festsetzung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder nichts, was für die hier zu entscheidende Frage von Belang wäre. Der vorerwähnte allgemeine Satz verweist seinem Wortlaut nach nur auf die durch das Handelsgesetzbuch für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft bestimmten Befugnisse, und das Berufungsgericht läßt die Frage offen, ob hiermit gesagt werden sollte, der Aufsichtsrat der Gemeinschaftschuldnerin habe nur die Rechte, nicht auch die Pflichten eines aktienrechtlichen Aufsichtsrats. Das Revisionsgericht ist in der Lage, die Sachung einer Gesellschaft mbH. selbst auszulegen. Die Auslegung kann nur dazu führen, daß der Aufsichtsrat der Gemeinschaftschuldnerin

nicht nur die Rechte, sondern auch die Pflichten des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft haben sollte. Die Verleihung von Aufsichtsratsrechten an die Mitglieder eines Aufsichtsrats schließt die Übertragung der Pflicht in sich, die verliehenen Rechte auch auszuüben. Demgemäß spricht auch der § 8 des Gesellschaftsvertrags von weiteren Rechten und Pflichten des Aufsichtsrats. Die Rechtsstellung der Beklagten ist also nach den Vorschriften über den aktienrechtlichen Aufsichtsrat zu beurteilen.

Bei Zugrundelegung dieser Vorschriften in der zur hier in Frage kommenden Zeit geltenden Fassung ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß der Aufsichtsrat als Kollegium handelt, soweit er nicht zu einzelnen Handlungen einzelne Mitglieder oder Ausschüsse bestellt hat (RGZ. Bd. 90 S. 208; Staub-Pinner HGB. Anm. 14a zu § 246). Diese Art des Handelns gilt vor allem für das Recht und die Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft. Dieses Recht und diese Pflicht liegen zwar den einzelnen Mitgliedern ob, die den Aufsichtsrat bilden; das einzelne Mitglied kann aber nur innerhalb des Kollegiums tätig werden, sofern es nicht dessen besondere Vollmacht zu selbständiger Tätigkeit besitzt. Nach außen, insbesondere also dem Vorstand gegenüber, übt mithin nur die Gesamtheit aller Mitglieder des Aufsichtsrats die übertragenen Rechte und Pflichten der Überwachung des Vorstands aus; das Einzelmitglied ist als solches ohne besonderen Auftrag der Gesamtheit des Aufsichtsrats zu solchen Überwachungsmaßnahmen dem Vorstand gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet. Etwas anderes könnte gelten, wenn der Gesellschaftsvertrag dem einzelnen Mitglied derartige Rechte und Pflichten beilegte. Das ist hier aber nicht der Fall; vielmehr bestimmt der Gesellschaftsvertrag gerade, daß der Aufsichtsrat tätig wird auf Grund von Beschlüssen, die er mit Stimmenmehrheit — in der Regel in Sitzungen, ausnahmsweise durch Einholung schriftlicher, telegraphischer oder telephonischer Erklärungen — faßt. Daraus folgt, daß hier ein Tätigwerden des Aufsichtsrats nach der Richtung der Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands ausgeschlossen ist, wenn sein Mitgliederbestand die für seine Beschlussfassung vorgeschriebene Mindestzahl — im vorliegenden Fall die Zahl von drei Mitgliedern — nicht erreicht oder durch Wegfall von Mitgliedern unterschreitet (vgl. RGZ. Bd. 82 S. 388).

Mit Recht lehnt aber die Revision die weitergehende Schlussfolgerung ab, daß das Aufhören des Rechts und der Pflicht des Aufsichtsrats zur Überwachung der Geschäftsführung auch für die verbliebenen Mitglieder des Aufsichtsrats den Wegfall aller Pflichten zur Folge habe. Das Berufungsgericht, das ein völliges Ruhen der Rechte und Pflichten annimmt, übersteht, daß durch das Angebot und die Annahme der Wahl zum Aufsichtsrat zwischen der Gesellschaft und jedem einzelnen Mitgliede des Aufsichtsrats ein Vertragsverhältnis begründet wird, dessen Fortbestand nicht davon abhängt, daß die Vertragserfüllung jedem Teile dauernd in vollem Umfang möglich ist. Die Grundlage der den Mitgliedern eines Aufsichtsrats auferlegten Pflichten bildet weniger die gesellschaftsrechtliche Handlung der Schaffung des Organs als das durch den Erwerb der Aufsichtsratsmitgliedschaft zur Entstehung gelangende Einzelrechtsverhältnis, das die Natur eines Dienstvertrags nach §§ 611, 675 BGB. oder — falls ein Entgelt nicht vereinbart ist — eines Auftragsverhältnisses nach §§ 662 flg. BGB. hat (RGZ. Bd. 81 S. 335, Bd. 123 S. 354; Scholz GmbHG. Anm. I zu § 52; Feine in Ehrenbergs Handbuch Bd. 3 S. 556; Staub-Hachenburg GmbHG. § 52 Anm. 8, 13; Brodmann GmbHG. § 52 Anm. 3; Goldschmit Recht des Aufsichtsrats S. 72). Zu diesen Pflichten gehört aber neben der besonders betonten, im Kollegium des Aufsichtsrats und als dessen Beauftragter auszuübenden Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung auch die Pflicht, ganz allgemein den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden (RGUrt. [1. Straffenat] v. 20. Dezember 1929 1 D 951/29, im Recht 1930 Nr. 823). Für die Erfüllung dieser Pflichten haften die Aufsichtsratsmitglieder im Umfang des § 249 Abs. 1 BGB. (§ 52 GmbHG.), d. h. sie haben bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

Die dargelegte Rechtsgrundlage der Handlungspflicht jedes einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes schließt die Annahme aus, daß seine Pflichten völlig zum Ruhen kommen, wenn der Aufsichtsrat vorübergehend seine Fähigkeit einbüßt, als Organ aufzutreten. Gerade dann kann vielmehr ein Handeln der einzelnen, noch verbliebenen Aufsichtsratsmitglieder notwendig werden, um die Gesellschaft vor Schäden zu bewahren, die ihr aus der Handlungsunfähigkeit ihres Aufsichtsratsorgans erwachsen könnten. Ihre Pflicht wird dann dahin gehen,

für eine baldige Wiederherstellung der verloren gegangenen Beschlußfähigkeit Sorge zu tragen. In § 315 HGB. sind für die Mitglieder des aktienrechtlichen Aufsichtsrats Freiheits- und Vermögensstrafen für den Fall vorgesehen, daß durch ihr Verschulden länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrat geblieben ist oder in diesem die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat. Die Grundlage der Sorgepflicht, deren Verletzung hier mit Strafe bedroht ist, bildet nicht die Strafvorschrift — diese setzt sie vielmehr voraus —, sondern das Anstellungsverhältnis, in dem das einzelne Aufsichtsratsmitglied zu der Gesellschaft steht. Deshalb irrt das Berufungsgericht, wenn es das Fehlen einer dem § 315 HGB. entsprechenden Vorschrift für das Recht der Gesellschaft mbH. als einen Beweis dafür nimmt, daß den Mitgliedern des Aufsichtsrats einer solchen Gesellschaft keine derartige Sorgepflicht obliege.

Die Aufsichtsratsmitglieder haben allerdings kein klagbares Recht auf die Wiederherstellung der Beschlußfähigkeit (für das Recht der Gesellschaft mbH. vgl. hierzu Scholz a. a. O. S. 518; Goldschmit a. a. O. S. 162 Anm. 15). Sie können die Zuwahl neuer Mitglieder nicht erzwingen. Das entbindet sie aber nicht von der Verpflichtung, zur Behebung der Beschlußunfähigkeit alle Maßnahmen zu ergreifen, die ihnen unter den jeweils gegebenen Umständen möglich und zweckdienlich erscheinen. Auch hier ist das Maß der aufzuwendenden Sorgfalt durch § 249 Abs. 1 HGB. (§ 52 GmbHG.) bestimmt. Sofern sie diese Sorgfalt beobachtet haben, sind sie ohne Rücksicht auf den Erfolg entlastet.

Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt noch nicht nach den vorstehend erörterten rechtlichen Gesichtspunkten geprüft. Es ist aber nicht von der Hand zu weisen, daß es bei einer diesen Gesichtspunkten Rechnung tragenden Behandlung des Falles zu einer anderen Entscheidung gelangen kann, wenn nicht etwa andere Mängel des erhobenen Schadenersatzanspruchs, namentlich die hier besonders sorgfältig zu prüfende Frage des ursächlichen Zusammenhanges zwischen einer festgestellten Unterlassung und einem entstandenen Schaden, die Abweisung der Klage rechtfertigen. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an die Berufungsinstanz zurückzuberweisen.

Die Beklagten betonen mit besonderem Nachdruck, die Gesellschafter der Gemeinschuldnerin hätten an der Bestellung eines Auf-

sichtsrats nur ein Interesse gehabt, wenn in ihm das Mitglied der Regierung in A., Dr. M., vertreten gewesen sei; der Aufsichtsrat sei nur als Mittel zu dem Zweck ins Leben gerufen worden, mit Hilfe dieses Beamten die genannte Regierung für die Gesellschaft zu interessieren; M. habe aber seine Wahl nie erfahren, keinesfalls sie angenommen; er sei schon bald nachher gestorben.

Sollte dieses Vorbringen die Behauptung in sich schließen, die Gesellschafter hätten die Einrichtung eines Aufsichtsrats nur unter der nicht eingetretenen Bedingung gewollt, daß ihm der Oberregierungsrat Dr. M. als Mitglied beitrete, so wäre hierzu zu bemerken: Die Bestellung eines Aufsichtsrats ist in dem Gesellschaftsvertrag der Gemeinschuldnerin nur zugelassen und ist dann durch besonderen Beschluß der Gesellschafter in der ersten Gesellschaftsversammlung vorgenommen worden. Der Beschluß enthält nichts von einer Bedingung. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts können zur Auslegung des Beschlusses einer Gesellschafterversammlung keine Umstände herangezogen werden, die sich nicht aus dem Beschluß selbst ergeben. Die Behauptung der Beklagten wäre also, sofern sie den unterstellten Sinn hätte, unbeachtlich.

Sofern sie aber dahin zu verstehen wäre, daß die Beklagten geltend machen wollen — und sie scheinen dies zu tun —, mangels Annahme der Wahl durch den Oberregierungsrat Dr. M. sei überhaupt kein Aufsichtsrat zustande gekommen, die Beklagten hätten also niemals einem solchen angehört und seien daher auch nie in die Lage gekommen, die ihnen zur Last gelegte Pflichtverletzung zu begehen, müßte auf folgendes hingewiesen werden: Die Beklagten stellen nicht in Abrede, daß sie selbst das ihnen angetragene Amt eines Aufsichtsratsmitglieds angenommen haben. Schon durch diese Annahme ist zwischen ihnen und der Gemeinschuldnerin ein Rechtsverhältnis der oben erörterten Art begründet worden, das nicht etwa in dem Sinn als aufschiebend bedingt zu gelten hatte, daß seine Wirksamkeit von der Annahme der Wahl des dritten Mitglieds abhängig gewesen wäre. Die Wirkung des Rechtsverhältnisses trat vielmehr sofort ein. Nur insoweit war die Entstehung der den Beklagten übertragenen Aufsichtsrechte und -pflichten aufschiebend bedingt geblieben, als deren Ausübung das Vorhandensein eines beschlußfähigen Organs voraussetzte, also für die Überwachungsspflicht. Die Rechtslage war für sie bis zur Erfüllung dieser Voraussetzung

grundsätzlich keine andere, als sie nach den obigen Darlegungen in aller Regel gegeben ist, wenn nach Bildung eines dem Gesetz und Gesellschaftsvertrag entsprechenden Aufsichtsrats dessen Beschlussfähigkeit infolge des späteren Ausscheidens von Mitgliedern wegfällt. Daher wird die Frage nicht grundsätzlich zu verneinen sein, ob die Beklagten als Aufsichtsratsmitglieder, welche die auf sie entfallende Wahl angenommen hatten, auf Grund des durch diese Annahme zustande gekommenen Vertragsverhältnisses schon für die Zeit vor dem Eintritt der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft Träger von Pflichten waren, insbesondere der Pflicht, in angemessener Weise für die Herbeiführung der durch den Nichteintritt des dritten Mitgliedes hintangehaltenen Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrats als solchen Sorge zu tragen. Selbstredend wird auch hier für das Maß der von den Beklagten zu vertretenden Sorgfalt und für die Art der von ihnen zu ergreifenden Maßnahmen des § 249 HGB. (§ 52 GmbHG.) die noch festzustellende Lage der Umstände des Falles entscheidend bleiben . . .