



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 280/07

Verkündet am:
16. März 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AktG §§ 90 Abs. 3, 92 Abs. 2 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Nr. 6, 111 Abs. 1, 2, 112; GmbHG § 64 Satz 1; InsO § 15 a Abs. 1 Satz 1

- a) Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG (entsprechend § 64 Satz 1 GmbHG) gilt ab Eintritt der Insolvenzreife und nicht erst ab dem Ende der Insolvenzantragsfrist.
- b) Stellt der Aufsichtsrat fest, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat er darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind. Verstößt er hiergegen schuldhaft, kann er der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sein.

BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 280/07 - OLG Dresden
LG Dresden

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers und unter Zurückweisung der Anschlussrevision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 11. Dezember 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu Lasten des Klägers entschieden worden ist.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 5. Dezember 2006 wird zurückgewiesen.

Dem Beklagten bleibt vorbehalten, nach der Zahlung der 153.387,56 € nebst den ausgerichteten Zinsen seine Rechte in Höhe des Betrages, um den H. B. durch die Zahlung der E. AG an den Beklagten nach Rang und Höhe begünstigt worden ist, gegen den Kläger zu verfolgen.

Im Übrigen wird die Sache - auch zur Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 15. August 2002 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der E. AG (im Folgenden: Schuldnerin). Die Gesellschaft war am 17. Juli 2001 durch Umwandlung aus der E. GmbH hervorgegangen. Hauptaktionär mit 70,6 % der Aktien und - zunächst alleiniger - Vorstand war H. B. . Dem Aufsichtsrat gehörte der Beklagte, der schon vorher für die GmbH als Unternehmensberater tätig gewesen war, als Vorsitzender an.

- 2 Noch vor der Umwandlung hatte der Beklagte dem damaligen Hauptgesellschafter und Geschäftsführer der E. GmbH, H. B. , ein Darlehen in Höhe von 500.000,00 DM gewährt. B. hatte diese Summe, ebenfalls aufgrund eines Darlehensvertrages, an die GmbH weitergeleitet. Nach beiden Darlehensverträgen sollten 200.000,00 DM zum 31. Dezember 2000 und 300.000,00 DM zum 31. Dezember 2001 zur Rückzahlung fällig sein. In der Zeit vom 14. Januar bis 18. Februar 2002 zahlte die Gesellschaft per Schecks bzw. Überweisungen insgesamt 153.387,56 € an den Beklagten. Als Tilgungszweck war auf den Schecks jeweils "Rückzahlung Gesellschafterdarlehen" vermerkt. Zuvor waren in einer Aufsichtsratssitzung am 31. Oktober 2001 wirtschaftliche Schwierigkeiten der Gesellschaft erörtert worden.

- 3 Weiter zahlte die Gesellschaft am 19. November 2001 an die dem B. gehörende Werbeagentur a. 100.000,00 DM. Weitere Zahlungen an die Werbeagentur bzw. an sonstige Stellen zugunsten des B. erfolgten in der Zeit vom 9. Januar bis 27. Februar 2002.

4 Der Kläger verlangt von dem Beklagten Ersatz der an diesen geflossenen 153.387,56 €. Ferner macht er einen Teilbetrag in Höhe von 50.000,00 € aus der Zahlung an die Werbeagentur des B. vom 19. November 2001, hilfsweise aus den nachfolgenden Zahlungen geltend.

5 Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 153.387,56 € verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage dagegen in Höhe eines Teilbetrages von 50.000,00 € der an ihn zum Zwecke der Darlehenstilgung geflossenen 153.387,56 € und - auf den Hilfsantrag - bezüglich der am 10. und 25. Januar 2002 an die Werbeagentur des B. gezahlten insgesamt 19.500,00 € stattgegeben. Es hat dem Beklagten vorbehalten, die Gegenansprüche, die den befriedigten Gläubigern zugestanden haben, in dem Insolvenzverfahren zu verfolgen, und im Übrigen die Klage abgewiesen. Dagegen wehren sich der Kläger mit der vom Senat zugelassenen Revision und der Beklagte mit der Anschlussrevision.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision des Klägers ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils hinsichtlich des Anspruchs in Höhe von 153.387,56 € zur Zurückweisung der Berufung mit der Maßgabe, dass der Beklagte seine Rechte in dem Insolvenzverfahren geltend machen kann, im Übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Anschlussrevision des Beklagten bleibt dagegen ohne Erfolg.

7 I. 1. Hinsichtlich des Anspruchs auf Rückzahlung der an den Beklagten geflossenen 153.387,56 € hat das Berufungsgericht ausgeführt: Der Anspruch auf Zahlung von 50.000,00 € ergebe sich aus §§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG. Der

Beklagte habe es zugelassen, dass Zahlungen in dieser Höhe nach Ablauf der hier auf drei Wochen anzusetzenden Insolvenzantragsfrist geleistet worden seien. Die Schuldnerin sei am 31. Dezember 2001 überschuldet und zahlungsunfähig gewesen. Dennoch seien am 12., 15. und 18. Februar 2002 insgesamt 50.000,00 € an den Beklagten überwiesen worden. Die Rahmenbedingungen für die bevorstehende Insolvenzreife seien schon in der Aufsichtsratssitzung am 31. Oktober 2001 erkennbar gewesen. Der Beklagte habe in Bezug auf die schuldhaft Verletzung seiner Überwachungspflicht den ihm obliegenden Entlastungsbeweis nicht geführt. Soweit dagegen Zahlungen innerhalb der Insolvenzantragsfrist geleistet oder veranlasst worden seien, bestehe kein Ersatzanspruch.

8 2. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

9 a) Allerdings hat das Berufungsgericht - entgegen der Auffassung der Anschlussrevision - im Ergebnis ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Schuldnerin am 31. Dezember 2001 überschuldet und damit insolvenzreif war. Ob sie auch zahlungsunfähig war, kann damit offen bleiben.

10 Eine Überschuldung i.S. des § 19 Abs. 2 InsO - in der bis zum Inkrafttreten des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes vom 17. Oktober 2008 geltenden Fassung - ergibt sich aus dem vorläufigen Jahresabschluss zum 31. Dezember 2001. Darin ist ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag in Höhe von 12.411.099,80 € - bei einer Bilanzsumme von 45.553.476,89 € - ausgewiesen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Überschuldung zwar grundsätzlich durch Vorlage einer Überschuldungsbilanz darzulegen. Die Handelsbilanz hat dabei aber eine indizielle Bedeutung. Legt der Insolvenzverwalter eine Handelsbilanz vor, aus der sich ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag

ergibt, so hat er die Ansätze dieser Bilanz daraufhin zu überprüfen und zu erläutern, ob und ggf. in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige daraus nicht ersichtliche Veräußerungswerte vorhanden sind (BGHZ 146, 264, 267 f.; Sen.Urt. v. 7. März 2005 - II ZR 138/03, ZIP 2005, 807 m.w.Nachw.). Ist er diesen Anforderungen nachgekommen, ist es Sache des beklagten Organmitglieds, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im einzelnen vorzutragen, in welchen Punkten stille Reserven oder sonstige für eine Überschuldungsbilanz maßgebliche Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind.

11 Nach diesen Grundsätzen hat der Kläger die Überschuldung der Schuldnerin ausreichend dargelegt. Aus der Handelsbilanz ergibt sich eine rechnerische Überschuldung. Der Kläger hat dazu vorgetragen, dass weder stille Reserven noch sonstige aus der Handelsbilanz nicht ersichtliche Veräußerungswerte vorhanden gewesen seien. Die Anschlussrevision macht nicht geltend, der vorläufige Jahresabschluss sei inhaltlich unrichtig. Sie zeigt auch nicht auf, dass der Beklagte konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein stiller Reserven vorgetragen hätte. Soweit sie meint, in dem Abschluss seien Verbindlichkeiten ausgewiesen, die Vorgänge aus der Zeit nach dem 31. Dezember 2001 betreffen und deshalb in einem Überschuldungsstatus zum 31. Dezember 2001 nicht hätten berücksichtigt werden dürfen - wie die Abschreibungen und Rückstellungen wegen der im Jahre 2001 geplanten, aber erst im Folgejahr beschlossenen Schließungen von Filialen -, verkennt sie den Umfang der ausgewiesenen Überschuldung. Während der nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbetrag 12.411.099,80 € ausmacht, sind von dem Einwand der Anschlussrevision nur Abschreibungen in Höhe von 966.000,00 € und Rückstellungen in Höhe von 8.815.000,00 € betroffen.

12 b) Fehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, es sei dem Vorstand nach § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG (= § 92 Abs. 3 Satz 1 AktG in der Fas-

sung vor Inkrafttreten des MoMiG) lediglich untersagt, nach Ablauf der längstens dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen zu leisten. Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG gilt - ebenso wie das gleichartige Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG (= § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.) - bereits ab Eintritt der Insolvenzreife (BGHZ 143, 184, 188; 163, 134, 141; Sen.Urt. v. 18. März 1974 - II ZR 2/72, NJW 1974, 1088, 1089, jeweils zu § 64 GmbHG; MünchKommAktG/Spindler 3. Aufl. § 92 Rdn. 61 m.w.Nachw., anders noch MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler 2. Aufl. Rdn. 44). Das folgt schon aus dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift. Es entspricht auch dem Zweck der Norm. Durch das Zahlungsverbot soll sichergestellt werden, dass das noch vorhandene Gesellschaftsvermögen zur gleichmäßigen und ranggerechten Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erhalten bleibt (BGHZ 143, 184, 186). Dafür kommt es allein auf den Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzreife an. Auch wenn der Vorstand wegen laufender Sanierungsbemühungen innerhalb der längstens dreiwöchigen Frist des § 15 a Abs. 1 Satz 1 InsO (= § 92 Abs. 2 AktG a.F.) noch keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen muss, hat er doch das Gesellschaftsvermögen für den Fall zu sichern, dass die Sanierungsbemühungen fehlschlagen und das Vermögen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu verteilen ist. Verhält sich der Vorstand pflichtgemäß und stellt unverzüglich nach dem Scheitern der Sanierungsbemühungen den Insolvenzantrag, hat das Zahlungsverbot überhaupt nur Bedeutung für den Zeitraum ab Eintritt der Insolvenzreife.

- 13 Danach verstießen nicht nur - wie das Berufungsgericht meint - die Zahlungen ab dem 12. Februar 2002 in Höhe von 50.000,00 €, sondern sämtliche Zahlungen an den Beklagten in Höhe von zusammen 153.387,56 € gegen die Pflicht zur Massesicherung aus § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG, da alle Zahlungen aus diesem Komplex erst nach dem 31. Dezember 2001, dem Eintritt der Insolvenzreife, bewirkt worden sind. Dass diese Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordent-

lichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar gewesen wären, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und wird auch von der Anschlussrevision nicht geltend gemacht.

14 c) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Verstoß des Beklagten gegen die ihm als Aufsichtsratsmitglied in Bezug auf die Beachtung des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG obliegenden Pflichten einen Ersatzanspruch der Gesellschaft und damit des Klägers nach §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG begründet.

15 aa) Das Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG richtet sich zwar nur an den Vorstand als das geschäftsleitende Organ der Aktiengesellschaft. Den Aufsichtsrat treffen aber Informations-, Beratungs- und Überwachungspflichten. Er muss sich ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verschaffen und insbesondere in einer Krisensituation alle ihm nach §§ 90 Abs. 3, 111 Abs. 2 AktG zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen (s. auch Sen.Urt. v. 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, ZIP 2009, 70 Tz. 14 - MPS). Stellt er dabei fest, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat er darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind. Erforderlichenfalls muss er ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied abberufen (Hopt/M. Roth in Großkomm.z.AktG 4. Aufl. § 111 Rdn. 313 ff.; Münch-KommAktG/Habersack 3. Aufl. § 111 Rdn. 44 ff.).

16 Im Streitfall hat die Gesellschaft lediglich darzulegen und zu beweisen, dass ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten - ggf. durch ein Unterlassen - des Organmitglieds ein Schaden oder ein Vermögensverlust i.S. des § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG entstanden ist. Das Aufsichtsratsmitglied muss dagegen

nach §§ 116, 93 Abs. 2 Satz 2 AktG darlegen und beweisen, dass es diese Pflichten erfüllt hat oder dass ihn jedenfalls an der Nichterfüllung kein Verschulden trifft (Sen.Urt. v. 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, ZIP 2009, 70 Tz. 20 - MPS; BGHZ 152, 280, 284).

17 bb) Danach ist der Beklagte zum Schadensersatz in Höhe von 153.387,56 € verpflichtet.

18 Durch die Zahlungen der Schuldnerin an den Beklagten ist die Insolvenzmasse um diesen Betrag geschmälert worden. Das wäre nicht geschehen, wenn der Beklagte als Vorsitzender des Aufsichtsrats wirksame Maßnahmen ergriffen hätte, um die Zahlungen zu verhindern. So hätte er die an ihn begebenen Schecks nicht einlösen und die Überweisungsbeträge sogleich auf das Gesellschaftskonto zurücküberweisen können.

19 Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Beklagte den ihm obliegenden Entlastungsbeweis hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens und hinsichtlich seines Verschuldens nicht geführt hat. Dagegen wehrt sich die Anschlussrevision ohne Erfolg. Ob sich ein Organmitglied nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entlastet hat, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung. Revisionsrechtlich ist nur zu prüfen, ob der Tatrichter alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt und nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstoßen hat. Der Senat hat die Rügen der Anschlussrevision geprüft und dabei keine Rechtsfehler festgestellt. Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass bereits in der Aufsichtsratssitzung am 31. Oktober 2001 die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Schuldnerin eingehend erörtert worden sind. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

20 cc) Soweit die Anschlussrevision behauptet, die Zahlungen an den Beklagten seien einem debitorischen Konto der Schuldnerin belastet worden (vgl.

Sen.Urt. v. 26. März 2007 - II ZR 310/05, ZIP 2007, 1008 Tz. 8), ist dieser Vortrag erstmals im Revisionsverfahren gehalten worden und damit unbeachtlich.

21 d) Ob dem Schadensersatzanspruch der Einwand entgegengesetzt werden kann, die Schuldnerin habe für den Beklagten eine D & O-Versicherung abgeschlossen und deshalb sei der Kläger zumindest nach Treu und Glauben verpflichtet, vorrangig den Versicherer in Anspruch zu nehmen, kann offen bleiben. Denn das Berufungsgericht hat den Abschluss einer solchen Versicherung nicht festzustellen vermocht. Die Anschlussrevision zeigt insoweit keine Rechtsfehler auf.

22 e) Die Anschlussrevision kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der Aufsichtsrat habe den Vorstand beauftragt, eine D & O-Versicherung abzuschließen, und wenn das pflichtwidrig unterblieben sei, treffe die Gesellschaft eine entsprechende Schadensersatzpflicht.

23 Zweifelhaft ist schon, ob der Vorstand für den Abschluss einer D & O-Versicherung zugunsten der Aufsichtsratsmitglieder zuständig ist oder ob die Prämienzahlung einen Vergütungsbestandteil darstellt, was gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG - bei Fehlen einer satzungsmäßigen Regelung - die Zuständigkeit der Hauptversammlung begründen würde (so Hüffer, AktG 8. Aufl. § 113 Rdn. 2 a; a.A. Kort, DStR 2006, 799, 802). Jedenfalls ist die Gesellschaft aber ihren Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber nicht verpflichtet, für diese - ohne eine Regelung in der Satzung - eine Haftpflichtversicherung abzuschließen (Henssler in Henze/Hoffmann-Becking, Gesellschaftsrecht 2001, S. 131, 146; Fleischer, WM 2005, 909, 919; MünchKommAktG/Spindler 3. Aufl. § 84 Rdn. 90).

24 f) Damit ist der Beklagte als Vorsitzender des Aufsichtsrats, neben dem Vorstand B. und ggf. den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern, zum Ersatz der

an ihn gezahlten 153.387,56 € verpflichtet. Diese Pflicht steht unter dem Vorbehalt, dass der Beklagte nach Zahlung des Schadensersatzes den Darlehensrückzahlungsanspruch des Vorstands B. , der mit der Zahlung an ihn, den Beklagten, im Wege der Leistung im Dreipersonenverhältnis getilgt worden ist, in dem Insolvenzverfahren an rangrichtiger Stelle gegen den Kläger geltend machen kann (vgl. BGHZ 146, 264, 278 f.).

25 II. Hinsichtlich der Abweisung des Anspruchs auf Ersatz von 50.000,00 € wegen der Zahlung der Schuldnerin an die Werbeagentur des Vorstands B. in Höhe von 100.000,00 DM am 19. November 2001 führt die Revision zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

26 1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung insoweit wie folgt begründet: Die Zahlung einer Vergütung an die Werbeagentur des Vorstands am 19. November 2001 führe nicht zu einem Ersatzanspruch gegen den Beklagten nach §§ 116, 93 Abs. 2, 3 AktG. Zum einen habe eine Insolvenzzreife zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestanden. Zum anderen ergebe sich, selbst wenn der zugrunde liegende Werbevertrag zwischen der Schuldnerin und B. gemäß § 112 AktG nur vom Aufsichtsrat habe geschlossen werden können, aus dem Verstoß gegen diese Vorschrift allein, dass der Vertrag nichtig bzw. schwebend unwirksam sei. Eine Sorgfaltspflichtverletzung des Aufsichtsrats könne insoweit nur vorliegen, wenn der Aufsichtsrat seine Entscheidungskompetenz erkannt und wahrgenommen habe. Ein etwaiger Anspruch auf Herausgabe einer ungerichtfertigten Bereicherung schließlich stehe nur der Schuldnerin zu.

27 2. Auch diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern.

28 a) Ohne Erfolg wehrt sich die Revision allerdings dagegen, dass das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers, die Schuldnerin sei schon vor dem 31. Dezember 2001 insolvenzreif gewesen, gemäß § 531 ZPO nicht zugelassen

hat. Ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils (s. § 314 ZPO) hatte der Kläger im ersten Rechtszug lediglich vorgetragen, die Schuldnerin sei "bereits am 31. Dezember 2001" insolvenzreif gewesen. Damit war der gegen- teilige zweitinstanzliche Vortrag neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO. Gründe, aus denen dieser neue Vortrag in der Berufungsinstanz hätte zugelassen wer- den müssen, zeigt die Revision nicht auf.

29 b) Nach dem für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden Sachverhalt kommt aber eine Schadensersatzhaftung des Beklagten wegen der Zahlung der 100.000,00 DM an die Werbeagentur des Vorstands B. des- halb in Betracht, weil diese Zahlung ohne Rechtsgrund geleistet worden ist.

30 aa) Wie der Senat schon in seinem Urteil vom 21. April 1997 (BGHZ 135, 244, 252 ff. - ARAG/Garmenbeck; dazu krit. Hopt/M. Roth aaO § 111 Rdn. 352 ff.; Paefgen, AG 2008, 761) ausgeführt hat, ist der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 1, § 112 AktG grundsätzlich gehalten, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen. Ebenso hat er einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 BGB zu verfolgen. Auch insoweit gehört es zu seinen allein am Unter-nehmenswohl orientierten Pflichten, die Rechtslage zu begutachten, die Pro- zessrisiken abzuwägen, die Beitreibbarkeit der Forderung abzuschätzen und zu prüfen, ob ausnahmsweise Gründe vorliegen, die es angezeigt erscheinen las- sen, die Forderung dennoch nicht oder nicht in voller Höhe geltend zu machen. Je nach dem Ergebnis dieser Prüfungen hat er die Pflicht, den Anspruch gegen das Vorstandsmitglied durchzusetzen. Verstößt der Aufsichtsrat gegen diese Pflichten, haftet er seinerseits nach §§ 116, 93 Abs. 2 AktG.

31 bb) Danach kann der Beklagte - gemeinsam mit den beiden anderen Aufsichtsräten - verpflichtet gewesen sein, wegen der Zahlung der 100.000,00 DM einen Bereicherungsanspruch gegen B. geltend zu machen.

32 Der Kläger hat bestritten, dass zwischen B. und der Schuldnerin ein Vertrag über die Erbringung von Werbeleistungen geschlossen worden war. Dazu fehlen Feststellungen des Berufungsgerichts. Damit ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass kein Vertrag bestand. Dann ist das Entgelt am 19. November 2001 ohne Rechtsgrund gezahlt worden. Daraus kann sich - ggf. unter Berücksichtigung einer Saldierung der gegenseitigen Leistungen - ein Bereicherungsanspruch der Schuldnerin ergeben, den der Aufsichtsrat - unter den vorstehend aufgezeigten Voraussetzungen - hätte geltend machen müssen. Ob die Veranlassung einer rechtsgrundlosen Zahlung daneben zu einem Schadensersatzanspruch der Schuldnerin gegen den Vorstand B. geführt hat, kann bei dieser Sachlage offen bleiben.

33 c) Der Rechtsstreit ist damit noch nicht zur Endentscheidung reif. Das Berufungsgericht wird in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung zu prüfen haben, ob ein Zahlungsanspruch gegen B. bestand und ob die übrigen Voraussetzungen einer Pflicht des Aufsichtsrats zur Durchsetzung dieses Anspruchs erfüllt sind.

34 Dabei wird das Berufungsgericht Folgendes zu beachten haben: Sollte mit der Werbeagentur, die nach dem unbestrittenen Vortrag des Beklagten von B. als Einzelkaufmann geführt wurde, ein Vertrag geschlossen worden sein, kann es darauf ankommen, ob der Vertragsschluss vor oder nach der Umwandlung der E. GmbH in die E. AG stattgefunden hat. Im ersteren Fall hätte B. als Geschäftsführer die GmbH bei dem Vertragsschluss mit sich selbst vertreten können, sofern er von

dem Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB befreit war. Ist der Werbevertrag dagegen mit der AG geschlossen worden, konnte die Gesellschaft gemäß § 112 AktG nur vom Aufsichtsrat vertreten werden. Das war hier nicht geschehen. Ob ein Vertrag deshalb nichtig (so Mertens aaO § 112 Rdn. 5 m.w.Nachw.) oder nur schwebend unwirksam ist (so Habersack aaO § 112 Rdn. 32 m.w.Nachw.), hat der Senat bislang offen gelassen (Sen.Urt. v. 29. November 2004 - II ZR 354/02, ZIP 2005, 348, 349). Diese Frage braucht auch hier nicht entschieden zu werden, weil eine Genehmigung nicht erteilt worden ist und nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch nicht mehr in Betracht kommt.

35 III. 1. Sollte das Berufungsgericht in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung zu dem Ergebnis kommen, dass der auf Zahlung von 50.000,00 € gerichtete, auf die Nichtgeltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen B. wegen der Zahlung der Schuldnerin vom 19. November 2001 an die Werbeagentur gestützte Schadensersatzanspruch begründet ist, so hat es von Amts wegen die Verurteilung zur Zahlung von 19.500,00 € gemäß dem Hilfsantrag des Klägers aufzuheben. Die Entscheidung über den Hilfsantrag steht nämlich unter einer auflösenden Bedingung. Ihr Fortbestand hängt davon ab, dass dem Hauptantrag nicht stattgegeben wird (BGHZ 106, 219, 221; 112, 229, 232; BGH, Urt. v. 29. Juni 2000 - I ZR 29/98, NJW-RR 2001, 620, 622).

36 2. Soweit die Anschlussrevision die Verurteilung des Beklagten auf den Hilfsantrag angreift, ist darüber in diesem Revisionsverfahren zu entscheiden. Wäre die Anschlussrevision nämlich begründet, müsste der Senat das angefochtene Urteil hinsichtlich der Verurteilung auf den Hilfsantrag aufheben.

37 Die Anschlussrevision führt aber auch insoweit nicht zum Erfolg.

38 a) Das Berufungsgericht hat die Verurteilung des Beklagten auf den Hilfsantrag wie folgt begründet: In Höhe von 19.500,00 € schulde der Beklagte gemäß §§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG Schadensersatz, weil er es pflichtwidrig unterlassen habe, die weiteren Zahlungen an die Werbeagentur a. am 10. und 25. Januar 2002 in Höhe von 12.000,00 € und 7.500,00 € zu verhindern. Er habe den ihm obliegenden Entlastungsbeweis nicht geführt. Auch wenn er von den konkreten Überweisungen keine Kenntnis gehabt haben sollte, sei ihm jedenfalls bewusst gewesen, dass angesichts der fortlaufenden Werbung Vergütungen an die Werbeagentur gezahlt würden.

39 b) Die Anschlussrevision greift diese Feststellungen mit denselben Rügen an, die sie auch gegen die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 50.000,00 € vorbringt (s. oben unter I 2). Aus den oben dargelegten Gründen greifen diese Rügen auch hier nicht durch.

40 IV. Soweit das Berufungsgericht den Hilfsantrag - in Höhe von 30.500,00 € - abgewiesen hat, reicht es aus, dass der Senat diese Klageabweisung auf die Revision des Klägers aufhebt. Damit hat das Berufungsgericht die Möglichkeit, über den abgewiesenen Teil des Hilfsanspruchs erneut - und nur dann - zu entscheiden, wenn es den Hauptantrag wiederum abweisen sollte. Eine Entscheidung des Senats über den abgewiesenen Teil des Hilfsanspruchs wäre allenfalls veranlasst, wenn die Revision des Klägers insoweit unbegründet wäre (BGHZ 120, 96, 102). Das ist jedoch nicht der Fall.

41 Der Kläger wehrt sich vielmehr zu Recht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, insoweit bestehe kein Schadensersatzanspruch aus §§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, weil der Kläger nicht vorgetragen habe, dass der Beklagte von den übrigen Zahlungen des Vorstands B. an andere Stellen als dessen Werbeagentur - sämtlich nach Eintritt der Insolvenzreife - habe wissen

müssen. Insoweit hat das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast verkannt.

42 Der Kläger hat - ausreichend - vorgetragen, dass der Schuldnerin durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Aufsichtsrats auch im Zusammenhang mit den weiteren von dem Vorstand B. veranlassten Zahlungen ein Schaden entstanden ist. Damit obliegt es dem Beklagten darzulegen und zu beweisen, dass er bezüglich dieser Zahlungen seine Pflichten nicht verletzt hat oder jedenfalls schuldlos war (BGHZ 152, 280, 284; Sen.Urt. v. 1. Dezember 2008 aaO). Dass der Beklagte diesen Entlastungsbeweis erbracht hätte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

43 V. Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 253.387,56 € festgesetzt (153.387,56 € + 50.000,00 € bezüglich der Hauptanträge und 50.000,00 € bezüglich des Hilfsantrags).

Goette

Kraemer

Strohn

Caliebe

Reichart

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 05.12.2006 - 13 O 3202/04 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 11.12.2007 - 2 U 49/07 -