



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 392/17

Verkündet am:  
15. Januar 2019  
Stoll  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG § 112

Der Aufsichtsrat vertritt die Aktiengesellschaft nicht nur bei Rechtsgeschäften, die mit einem Vorstandsmitglied selbst geschlossen werden, sondern auch bei Rechtsgeschäften mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied ist.

BGH, Urteil vom 15. Januar 2019 - II ZR 392/17 - OLG Dresden  
LG Dresden

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Sunder und Dr. Bernau, die Richterin B. Grüneberg sowie den Richter Dr. von Selle

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 29. März 2017 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens und des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft, schloss am 18. September 2013 mit der Beklagten und der N. GmbH einen "Geschäftsanteilskauf- und Übertragungsvertrag" über deren Geschäftsanteile an der d. GmbH. Der von der Klägerin zu leistende Kaufpreis setzte sich jeweils aus einem Basiskaufpreis von 200.000 € sowie weiteren, u.a. von betrieblichen Kennzahlen ab-

hängigen Kaufpreiskomponenten I bis III zusammen. Nach der Präambel des Vertrages sollten der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Beklagten D. und der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der N. GmbH T. eine Führungsposition bei der Klägerin oder einem mit ihr verbundenem Unternehmen übernehmen. Die Abtretung der Geschäftsanteile war nach den vertraglichen Vereinbarungen u.a. durch den Abschluss von Vorstandsdienstverträgen der Klägerin mit D. und T. aufschiebend bedingt, die ihrerseits wiederum nur bei fristgemäßer Zahlung des Basiskaufpreises in Kraft treten sollten. Bei Abschluss des Geschäftsanteilskaufvertrages wurde die Klägerin durch einen Bevollmächtigten ihres Vorstands vertreten.

2 Ebenfalls am 18. September 2013 wurde in einer Aufsichtsratssitzung der Klägerin die Bestellung von D. und T. zu Vorständen der Klägerin beschlossen und der Aufsichtsratsvorsitzende Dr. L. ermächtigt, die Vorstandsdienstverträge zu den in vorgelegten Vertragsentwürfen festgehaltenen Konditionen abzuschließen. Die Unterzeichnung der Vorstandsdienstverträge fand noch am selben Tag statt.

3 Nach fristgerechter Leistung des Basiskaufpreises wurde die Klägerin als Gesellschafterin in die Gesellschafterliste der d. GmbH aufgenommen.

4 Die Klägerin nimmt die Beklagte mit der Begründung, der Geschäftsanteilskaufvertrag vom 18. September 2013 sei wegen Verstoßes gegen § 112 Satz 1 AktG nichtig, auf Rückzahlung des Basiskaufpreises von 200.000 € nebst Zinsen in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

5 Mit ihrer vom Senat insoweit zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte  
ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung - soweit für das Revisions-  
verfahren von Interesse - im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Die Beklagte habe den Kaufpreis rechtsgrundlos im Sinne von § 812  
Abs. 1 BGB erlangt und sei daher zu dessen Rückzahlung verpflichtet. Der Ge-  
schäftsanteilskauf- und Übertragungsvertrag sei unter Verstoß gegen § 112  
Satz 1 AktG geschlossen worden, weil die Klägerin dabei nicht durch ihren Auf-  
sichtsrat, sondern durch einen Bevollmächtigten des Vorstands vertreten wor-  
den sei. § 112 Satz 1 AktG sei auch im vorliegenden Fall eines Vertragsschlus-  
ses zwischen der Gesellschaft und der Ein-Personen-Gesellschaft eines künfti-  
gen Vorstandsmitglieds anwendbar. Zwar sei die erweiterte Anwendung der  
Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auf Konstellationen mit Berührungspunk-  
ten zum Vorstand der Aktiengesellschaft im Einzelnen streitig. Jedenfalls bei  
einer wirtschaftlichen Identität zwischen Vorstand und Vertragspartner, wie sie  
insbesondere bei der vorliegenden Ein-Personen-Gesellschaft gegeben sei, sei  
aber eine vergleichbare abstrakte Gefährdung der Gesellschaftsinteressen wie  
beim Vertragsschluss mit dem Vorstandsmitglied selbst gegeben. Ob die Be-  
stellung D. zum Vorstand zeitlich vor oder nach der Beurkundung des  
Geschäftsanteilskaufvertrages erfolgt sei, sei unerheblich, weil § 112 Satz 1  
AktG auch Geschäfte im Vorfeld der Bestellung erfasse. Die umstrittene Frage,

ob ein Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG zur Nichtigkeit gemäß § 134 BGB oder zur Anwendbarkeit von §§ 177 ff. BGB führe, bedürfe keiner Entscheidung, weil jedenfalls auch keine konkludente Genehmigung des Vertragsschlusses durch den Aufsichtsrat vorliege. Schließlich sei der Rückzahlungsanspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB auch nicht nach den Grundsätzen der Saldotheorie eingeschränkt.

## II.

9                    Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

10                   1. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass § 112 Satz 1 AktG im vorliegenden Fall anwendbar ist.

11                   a) Entgegen der Ansicht der Revision ist § 112 Satz 1 AktG nicht nur bei Rechtsgeschäften der Gesellschaft anwendbar, die mit dem Vorstandsmitglied selbst geschlossen werden, sondern auch bei Rechtsgeschäften mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied ist.

12                   aa) Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob § 112 Satz 1 AktG erweiternd dahingehend auszulegen ist, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft auch gegenüber Gesellschaften vertritt, in denen ein Vorstandsmitglied maßgeblichen Einfluss hat, bislang offengelassen (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2013 - II ZR 179/12, BGHZ 196, 312 Rn. 9; Urteil vom 28. April 2015 - II ZR 63/14, ZIP 2015, 1220 Rn. 32).

13                   bb) In Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten.

- 14 Eine Ansicht hält § 112 Satz 1 AktG im Hinblick auf den Schutzzweck der Regelung, eine unbefangene Interessenwahrnehmung der Gesellschaft sicherzustellen, bereits bei einer maßgeblichen Beteiligung oder beherrschendem Einfluss eines Vorstandsmitglieds in der anderen Gesellschaft für anwendbar (Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 112 Rn. 8, anders aber in der 3. Aufl.; Rupietta, NZG 2007, 801, 802 ff.; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 216; weitergehend E. Vetter, Festschrift Günter H. Roth, 2011, S. 855, 860 ff.).
- 15 Nach anderer Meinung ist § 112 Satz 1 AktG dagegen aus Gründen der Klarheit im Rechtsverkehr und der Kompetenzverteilung zwischen Geschäftsführungs- und Kontrollorgan grundsätzlich eng auszulegen und selbst eine maßgebliche Beteiligung oder ein beherrschender Einfluss eines Vorstandsmitglieds an der anderen Gesellschaft für eine Anwendung der Vorschrift nicht ausreichend. Eine Ausnahme soll jedoch nach Sinn und Zweck der Regelung und zur Verhinderung von Umgehungsgeschäften bei einer (restriktiv zu verstehenden) wirtschaftlichen Identität eines Vorstandsmitglieds mit dem Vertragspartner (bzw. vertretenen Dritten) gelten, die insbesondere oder aber jedenfalls bei einer Ein-Personen-Gesellschaft des Vorstandsmitglieds gegeben sei (OLG Saarbrücken, ZIP 2012, 2205, 2206 und ZIP 2014, 822, 824; OLG Brandenburg, AG 2015, 428 Rn. 36; OLG Celle, AG 2012, 41, 42; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG, § 112 Rn. 6; Henssler in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 112 Rn. 3; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 112 Rn. 4; Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 18; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 112 Rn. 9; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 11 f.; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 9; Werner, ZGR 1989, 369, 373; Palzer, JZ 2013, 691; Bayer/Scholz, ZIP 2015, 1853, 1856).
- 16 Eine dritte Auffassung lehnt hingegen jede Ausweitung von § 112 Satz 1 AktG über den Gesetzeswortlaut hinaus insbesondere aus Gründen der

Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie unter Hinweis auf die gesetzliche Kompetenzverteilung ab (OLG München, ZIP 2012, 1024, 1025 f.; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 112 Rn. 43; Fischer, ZNotP 2002, 297, 300 ff., aA aber "aus pragmatischen Gründen" in Gedächtnisschrift Gruson 2009, 131, 154; Witt, ZGR 2013, 668, 679 ff.; Eßwein, AG 2015, 151, 153).

17           cc) Der letztgenannten Ansicht ist nicht zu folgen. § 112 Satz 1 AktG ist jedenfalls dann in erweiternder Auslegung anwendbar, wenn die Gesellschaft ein Rechtsgeschäft mit einer Gesellschaft abschließt, deren Alleingesellschafter ein Vorstandsmitglied ist. Ob die Vorschrift darüber hinaus auch dann eingreift, wenn das Vorstandsmitglied nicht Alleingesellschafter der anderen Gesellschaft ist, sondern nur maßgeblichen Einfluss in ihr hat, bedarf hier keiner Entscheidung.

18           (1) Seinem Wortlaut nach gilt § 112 Satz 1 AktG allerdings nur für die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied selbst.

19           Den Gesetzesmaterialien lassen sich weder Anhaltspunkte für noch gegen eine erweiternde Auslegung des Begriffs des "Vorstandsmitglieds" im Sinne von § 112 AktG entnehmen. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs (abgedruckt bei Kropff, Aktiengesetz 1965, S. 156) sollten mit der Neuregelung des § 112 AktG Zweifel und Auslegungsschwierigkeiten der bisherigen Regelung in § 37 AktG beseitigt werden, nach der bei Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern auch der Vorstand neben dem Aufsichtsrat vertretungsbefugt war und die Gesellschaft bei Passivprozessen mit einem Vorstandsmitglied ebenfalls nicht ausschließlich durch den Aufsichtsrat vertreten wurde. Die Frage, wie weit der Begriff des Vorstandsmitglieds in § 112 Satz 1 AktG zu verstehen sei, war damit nicht Gegenstand der Neuregelung.

20 (2) Dass es sich in systematischer Hinsicht bei § 112 Satz 1 AktG um eine von wenigen gesetzlichen Ausnahmen von der ausschließlichen Vertretungsmacht des Vorstands (§ 78 Abs. 1 AktG) handelt, mag zwar für eine enge Auslegung der Vorschrift sprechen, schließt ihre Erweiterung über den Wortlaut hinaus auf Fälle, die in ihren Schutzbereich fallen, aber nicht grundsätzlich aus (vgl. Rupietta, NZG 2007, 801, 803).

21 Gegen eine erweiterte Anwendung der Vorschrift auf Ein-Personen-Gesellschaften eines Vorstandsmitglieds spricht auch nicht, dass § 112 Satz 1 AktG im Unterschied zu §§ 89, 115 AktG, die eine ausdrückliche Erweiterung des Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats auf verschiedene Umgehungs-sachverhalte enthalten, keine gesonderte Regelung für Umgehungstatbestände enthält. Das allein lässt nicht den Schluss zu, der Gesetzgeber habe bei § 112 AktG bewusst von der Einbeziehung von Umgehungstatbeständen absehen und diesbezüglich mit §§ 89, 115 AktG abschließende Regelungen für mögliche Interessenkollisionen bei Vorstandsmitgliedern treffen wollen. Ein bewusstes Absehen des Gesetzgebers von einem Umgehungsschutz kann regelmäßig nicht angenommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 1990 - II ZR 164/88, BGHZ 110, 47, 55 f.; Urteil vom 3. Juli 2006 - II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 11 zu § 114 ZPO). Gegenteiliges ist auch hier weder der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 112 AktG, noch zu § 89 und § 115 AktG (abgedruckt bei Kropff, Aktiengesetz 1965, S. 112 ff., 156, 159 f.) zu entnehmen.

22 Für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Verträge mit einer Ein-Personen-Gesellschaft eines Vorstandsmitglieds spricht, dass sich auch in zahlreichen anderen Bereichen des Gesellschaftsrechts die Gleichstellung einer besonderen gesellschaftsrechtlichen Bindung unterliegenden Person mit einem Unternehmen, an dem sie maßgeblich beteiligt ist, findet, so z.B. im Rahmen

des § 62 AktG (vgl. z.B. Henze in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 62 Rn. 22), der §§ 30 f. GmbHG sowie des Rechts des Eigenkapitalersatzes (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 1981 - II ZR 104/80, BGHZ 81, 311, 315; Urteil vom 21. Juni 1999 - II ZR 70/98, ZIP 1999, 1315), wobei es nicht entscheidend darauf ankommt, ob es sich um eine Analogie oder um eine an Sinn und Zweck der Norm orientierte Gesetzesauslegung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten handelt (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 - II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 11). Des Weiteren ist im Bereich von § 136 AktG anerkannt, dass ein Stimmrechtsausschluss auch dann anzunehmen ist, wenn die Stimmrechte durch eine Gesellschaft ausgeübt werden, auf die ein Organmitglied maßgeblichen Einfluss ausüben kann (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 1962 - II ZR 1/61, BGHZ 36, 296, 299; RGZ 146, 385, 391), und es gelten die §§ 113, 114 AktG nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann, wenn die Aktiengesellschaft einen Beratungsvertrag mit einem Unternehmen schließt, an dem ein Aufsichtsratsmitglied - nicht einmal notwendig beherrschend - beteiligt ist (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 - II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 11; Urteil vom 20. November 2006 - II ZR 279/05, BGHZ 170, 60 Rn. 8 ff.; Urteil vom 2. April 2007 - II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056 Rn. 11).

- 23           (3) Für eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs spricht insbesondere der Schutzzweck der Norm. § 112 Satz 1 AktG soll Interessenkollisionen vorbeugen und eine unbefangene, von sachfremden Erwägungen unbeeinflusste Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern sicherstellen. Dabei ist es im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ausreichend, dass aufgrund der gebotenen und typisierenden Betrachtung in den von § 112 Satz 1 AktG geregelten Fällen regelmäßig die abstrakte Gefahr einer nicht unbefangenen Vertretung der Gesellschaft vorhanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 1995 - II ZR 122/94, BGHZ 130, 108, 111 f.; Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 282/07, ZIP 2009, 717 Rn. 7 mwN).

- 24            Hierbei kann es keinen entscheidenden Unterschied machen, ob das Vorstandsmitglied einen Vertrag im eigenen Namen mit der Gesellschaft abschließt, oder ob Vertragspartner der Gesellschaft eine Gesellschaft ist, deren alleiniger Gesellschafter das Vorstandsmitglied ist. In diesem Fall wirtschaftlicher Identität sind das Vorstandsmitglied und die ihm gehörende Gesellschaft, die letztlich nur einen organisatorisch verselbständigten Teil seines Vermögens darstellt (vgl. Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 216), gleichzusetzen. Wirtschaftlich unterscheidet sich die Situation nicht von dem von § 112 Satz 1 AktG eindeutig erfassten Fall, dass das Vorstandsmitglied für eine ihm gehörende Einzelfirma auftritt (vgl. Werner, ZGR 1989, 369, 374). In beiden Fällen besteht gleichermaßen die Gefahr der Befangenheit des Vorstands, da jede Entscheidung automatisch ersichtlich direkt auch die persönlichen wirtschaftlichen Interessen eines der Vorstandsmitglieder betrifft. Ohne Einbeziehung der Ein-Personen-Gesellschaft eines Vorstandsmitglieds wäre dagegen einer Umgehung des § 112 Satz 1 AktG und des von ihm bezweckten Schutzes der Interessen der Gesellschaft durch Einschaltung einer solchen Gesellschaft Tür und Tor geöffnet.
- 25            (4) Der Senat verkennt nicht, dass § 112 Satz 1 AktG auch der Sicherheit und Klarheit im Rechtsverkehr dienen soll (so die Begründung des Regierungsentwurfs, Kropff, Aktiengesetz 1965, S. 156). Auch das steht der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift jedenfalls auf Ein-Personen-Gesellschaften nicht entgegen.
- 26            Ob eine Ein-Personen-Gesellschaft gegeben ist, wird sich in der Regel unschwer feststellen lassen (vgl. Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 11). Auch der Aktiengesellschaft dürfte in der Regel bekannt sein, wenn ihr Vertragspartner nur einen Gesellschafter hat und es sich hierbei um eines ihrer Vorstandsmitglieder handelt, zumal das Vorstandsmitglied zum an-

gemessenen Umgang mit Interessenkonflikten verpflichtet ist und im Hinblick auf § 88 Abs. 1 AktG die Gesellschaft über den Betrieb einer Ein-Personen-Gesellschaft ins Bild zu setzen hat (vgl. Bayer/Scholz, ZIP 2015, 1853, 1856).

27           Ob dies aus Gründen der Rechtssicherheit anders zu beurteilen ist, wenn das Vorstandsmitglied nicht Alleingesellschafter, sondern nur maßgeblich oder beherrschend an der anderen Gesellschaft beteiligt ist, bedarf im vorliegenden Fall, in dem das Vorstandsmitglied Alleingesellschafter der anderen Gesellschaft ist, keiner Entscheidung. Gleiches gilt für die weiter von der Revision aufgeworfene Frage, ob ein unter § 112 Satz 1 AktG zu fassender Fall "wirtschaftlicher Identität" auch dann anzunehmen ist, wenn das Vorstandsmitglied nur über sämtliche Vermögens-, nicht aber auch über sämtliche Verwaltungsrechte verfügt oder aber nur eine mittelbare/Treuhandbeteiligung vorliegt.

28           (5) Auch der Einwand, eine Erweiterung des § 112 Satz 1 AktG über seinen Wortlaut hinaus stelle einen ungerechtfertigten Eingriff in das gesetzliche Kompetenzgefüge dar und gehe deutlich über die dem Aufsichtsrat nach § 111 Satz 1 AktG zukommende Überwachungs- und Kontrollfunktion hinaus (vgl. Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 43; Fischer, ZNotP 2002, 297, 301), gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Zutreffend ist, dass bei der Erweiterung des § 112 Satz 1 AktG auf Ein-Personen-Gesellschaften ein Widerspruch zu § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG entsteht, da dem Aufsichtsrat danach keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden können. Dieser Widerspruch ist aber in § 112 Satz 1 AktG angelegt und in Abwägung mit der andernfalls eröffneten Möglichkeit einer Umgehung der Norm und ihres Schutzzwecks hinzunehmen (vgl. Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 11; Bayer/Scholz, ZIP 2015, 1853, 1856).

- 29           (6) Schließlich lässt sich gegen eine Erweiterung des § 112 Satz 1 AktG auch nicht einwenden, der Schutz vor Umgehungen in Fällen wirtschaftlicher Identität lasse sich hinreichend durch eine vertragliche Verpflichtung des einzelnen Vorstandsmitglieds zur Aufklärung über einen Interessenkonflikt und durch einen allgemeinen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG für Geschäfte mit dem Vorstand nahestehenden Personen oder Gesellschaften sicherstellen (so Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 43; Witt, ZGR 2013, 668, 684 f.; ferner Hambloch-Gesinn/Gesinn in Hölters, AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 7). Beide Möglichkeiten haben nicht die gleiche Wirkung wie § 112 Satz 1 AktG, durch den - unabhängig davon, ob ein Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG zur Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts oder nur zur Anwendung der §§ 177 ff. BGB führt - gewährleistet ist, dass das Geschäft jedenfalls nicht ohne Genehmigung des Aufsichtsrats im Außenverhältnis wirksam wird.
- 30           Entsprechendes gilt für den Hinweis auf einen Schutz durch die Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht, durch Schadensersatzansprüche gemäß § 93 AktG oder, in besonders gravierenden Fällen, durch § 138 BGB (vgl. Fischer, ZNotP 2002, 297, 302). Hierbei handelt es sich um lediglich nachträgliche Schutzinstrumente, die bereits deshalb nicht der präventiven Schutzintensität des § 112 Satz 1 AktG gleichkommen (vgl. Rupietta, NZG 2007, 801, 804).
- 31           b) Ebenfalls zutreffend hat es das Berufungsgericht für die Anwendung von § 112 Satz 1 AktG für unerheblich gehalten, ob die Bestellung D. zum Vorstand zeitlich vor oder erst nach der Beurkundung des Geschäftsanteilskaufvertrags erfolgt ist.

- 32           aa) Auch insoweit ist der Wortlaut der Vorschrift zu eng und der Aufsichtsrat nicht nur gegenüber amtierenden Vorstandsmitgliedern zur Vertretung befugt, sondern auch zu Personen, die erst künftig zum Vorstand bestellt werden sollen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 1958 - II ZR 212/56, BGHZ 26, 236 zum AktG 1937). Das gilt jedenfalls dann, wenn es um Rechtsgeschäfte geht, die im Vorfeld der beabsichtigten Bestellung erfolgen und mit dieser in Zusammenhang stehen (vgl. Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 112 Rn. 2; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 112 Rn. 19; Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 15; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 112 Rn. 11; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 112 Rn. 6). Andernfalls wäre auch hier einer Umgehung des von § 112 Satz 1 AktG bezweckten Schutzes der Interessen der Gesellschaft durch die bloße zeitliche Abfolge von Abschluss des Rechtsgeschäfts und Bestellung zum Vorstand Tür und Tor geöffnet. Im Hinblick darauf ist die ggf. im Einzelfall bestehende Unsicherheit, ob ein Rechtsgeschäft vor der Bestellung zum Vorstand bereits unter § 112 Satz 1 AktG zu fassen ist oder nicht, hinzunehmen.
- 33           bb) Danach ist § 112 Satz 1 AktG hier auch dann auf den Geschäftsanteilskaufvertrag der Parteien anwendbar, wenn dieser noch vor der Bestellung D.           zum Vorstand der Klägerin beurkundet wurde. Die Vertragsbeurkundung und die Bestellung standen nicht nur in einem engen zeitlichen Zusammenhang, sondern waren auch inhaltlich miteinander verknüpft, da die Abtretung der Geschäftsanteile durch den Abschluss des Vorstandsdienstvertrags und dieser wiederum durch die Zahlung des Basiskaufpreises aufschiebend bedingt war.
- 34           c) Da die Bestellung D.           zum Vorstand am 18. September 2013 nach den rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen wirksam war und auch keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit sei-

nes Vorstandsdienstvertrages vorliegen, ist nicht entscheidungserheblich, ob § 112 Satz 1 AktG auch dann anwendbar ist, wenn das Vorstandsmitglied fehlerhaft bestellt wurde oder sein Anstellungsvertrag unwirksam ist.

35           Keiner Entscheidung bedarf auch die in Literatur und Rechtsprechung umstrittene Frage, ob ein Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG zur Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB oder zur Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB führt, da das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht angegriffen festgestellt hat, dass der Geschäftsanteilskaufvertrag jedenfalls auch nicht durch den Aufsichtsrat genehmigt worden ist.

36           2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, dass das Berufungsgericht eine Einschränkung des Rückzahlungsanspruchs der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB nach den Grundsätzen der Saldotheorie verneint hat.

37           Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Klägerin keine Gegenleistung erhalten oder aus dem Vertrag Vorteile gemäß § 818 Abs. 1 BGB gezogen hat, die sie sich nach den Grundsätzen der Saldotheorie ggf. auf ihren Rückzahlungsanspruch anrechnen lassen oder der Beklagten zurückgewähren müsste, lässt keine Rechtsfehler erkennen.

38           a) Eine Verpflichtung zur Rückübertragung der vom Geschäftsanteilskaufvertrag erfassten Geschäftsanteile an der d. GmbH scheitert daran, dass die Klägerin bei Abschluss des Geschäftsanteilskaufvertrages und damit auch bei der darin vereinbarten Abtretung der Geschäftsanteile nicht ordnungsgemäß gemäß § 112 Satz 1 AktG vertreten worden und damit materiellrechtlich nicht Inhaberin der Geschäftsanteile geworden ist. Das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend angenommen, dass § 112 Satz 1 AktG nach seinem Sinn und Zweck auch auf die Abtretungsvereinbarung anwendbar ist und

eine entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens von § 181 Halbsatz 2 BGB bereits daran scheitert, dass das Rechtsgeschäft, dessen Erfüllung die Abtretung dienen sollte, ebenfalls wegen des Vertretungsmangels unwirksam ist. Dies wird von der Revision auch nicht in Frage gestellt.

39           b) Entgegen der Revision ist aufgrund der rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts aber auch davon auszugehen, dass die Klägerin aus dem Geschäftsanteilskaufvertrag bzw. als formell legitimierter Listengesellschafter gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG aus den Beteiligungen keine Vorteile gezogen hat, die im Rahmen der Saldotheorie anspruchsmindernd zu berücksichtigen wären.

40           aa) Das Berufungsgericht hat hierzu im Rahmen der Prüfung, ob die Berufung der Klägerin auf den Vertretungsmangel gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt, nicht nur - wie die Revision meint - festgestellt, dass die Klägerin aus dem Vertrag keine Vorteile über einen längeren Zeitraum hinweg gezogen habe. Vielmehr hat das Berufungsgericht damit das Vorliegen jeglicher „nennenswerter“ Vorteile, mithin auch zeitlich punktuell erworbener Vorteile verneint.

41           bb) Hierbei hat das Berufungsgericht auch weder die Anforderungen an die Substantiierung des Beklagtenvortrags überspannt, noch ein erhebliches Beweisangebot der Beklagten übergangen.

42           (1) Auch bei Anwendung der Saldotheorie obliegt dem Bereicherungsschuldner die Darlegungs- und Beweislast für eine die Bereicherung mindernde Position, d.h. auch für etwaige zu verrechnende anspruchsmindernde Nutzungen. Das folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der eine Entreichung geltend macht, auch die Beweislast für deren Voraussetzungen trägt. Kann der Bereicherungsschuldner dieser Beweislast mangels eigener

Wahrnehmungsmöglichkeit nicht entsprechen, muss der Bereicherungsgläubiger - soweit zumutbar - die nur pauschal behauptete Nutzung substantiiert bestreiten (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 105/88, BGHZ 109, 139, 147 f.; Urteil vom 10. Februar 1999 - VIII ZR 314/97, NJW 1999, 1181, 1182; Staudinger/Horn, BGB, Neubearbeitung 2007, § 818 Rn. 48).

43 (2) Der ihr danach obliegenden Darlegungslast hat die Beklagte nicht genügt.

44 Die Beklagte verweist insoweit ohne Erfolg auf ihre erstinstanzliche Behauptung, der von der Klägerin zurückgeforderte Kaufpreis sei in bar auf dem Konto der d. GmbH verfügbar gewesen, so dass die Klägerin für die Zahlung des Kaufpreises keine eigenen liquiden Mittel habe aufwenden müssen, sondern sich hierfür aus dem Vermögen der d. GmbH bedient habe. Auch wenn man diesem Vortrag - der Revision insoweit folgend - die Behauptung einer verdeckten Gewinnausschüttung an die Klägerin in Höhe des gezahlten Barkaufpreises entnimmt, ist die Klägerin diesem Vorbringen jedoch bereits in erster Instanz substantiiert dahingehend entgegengetreten, dass die d. GmbH den Kaufpreis weder gezahlt noch wirtschaftlich getragen habe und weder vor noch bei Abschluss des Vertrages annähernd über ausreichende Mittel verfügt habe, um sie - die Klägerin - bei der Finanzierung des Kaufpreises zu unterstützen. Hierauf hat die Beklagte in erster Instanz nicht mehr reagiert und auch in der Berufungsinstanz lediglich pauschal behauptet, die Klägerin habe über eineinhalb Jahre mit den Anteilen der d. GmbH gewirtschaftet und damit erhebliche Vorteile gezogen, ohne näher anzugeben, um was für Vorteile es sich hierbei handeln sollte.

45 Das reicht für eine substantiierte Darlegung des behaupteten Vorteils der Klägerin nicht aus. Der Beklagten hätte es oblegen, zu den substantiierten Ein-

wänden der Klägerin konkret Stellung zu nehmen. Das gilt insbesondere für den Einwand, die d. GmbH habe zum damaligen Zeitpunkt nicht über genügend Mittel zur Finanzierung des Kaufpreises verfügt und die Klägerin habe dementsprechend auch nicht auf derartige Mittel zugegriffen. Da der Geschäftsführer der Beklagten bis einschließlich März 2015 selbst noch Geschäftsführer der d. GmbH war, müssten ihr nähere Angaben dazu auch noch möglich gewesen sein.

46 Mangels substantiierten Vortrags der Beklagten war das Berufungsgericht daher auch nicht gehalten, ihren Beweisanträgen zu der angeblichen Vorteilsziehung der Klägerin nachzugehen.

Drescher

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

von Selle

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 25.11.2016 - 41 HKO 205/15 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 29.03.2017 - 13 U 1804/16 -



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZR 392/17

vom

19. Februar 2019

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 19. Februar 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Wöstmann und Sunder, die Richterin B. Grüneberg sowie den Richter Dr. von Selle

beschlossen:

Das Urteil vom 15. Januar 2019 wird gemäß § 319 Abs. 1 ZPO wegen offenkundiger Unrichtigkeit dahin berichtigt, dass es in Randnummer 21 der Entscheidungsgründe in Zeile 13 statt "zu § 114 ZPO" richtig "zu § 114 AktG" heißen muss.

Drescher

Wöstmann

Sunder

Grüneberg

von Selle

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 25.11.2016 - 41 HKO 205/15 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 29.03.2017 - 13 U 1804/16 -