



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 174/13

Verkündet am:
8. Juli 2014
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

AktG §§ 84, 93 Abs. 4

Wenn das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft durch eine Handlung, die Gegenstand eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist, gleichzeitig seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat, muss die Hauptversammlung einer Übernahme der Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage durch die Gesellschaft zustimmen.

BGH, Urteil vom 8. Juli 2014 - II ZR 174/13 - OLG Celle
LG Stade

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und die Richterin Caliebe sowie die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 4. April 2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte war Vorstandsmitglied der Klägerin, einer Aktiengesellschaft. Am 18./19. Oktober 2005 hoben die Parteien den Anstellungsvertrag auf. § 9 des Aufhebungsvertrags lautet:

1. Den Parteien ist bekannt, dass die Staatsanwaltschaft Stade ... ein Ermittlungsverfahren ... gegen den Vorstand führt. Gegenstand des Ermittlungsverfahrens sind Handlungen, die der Vorstand bei der Ausübung seiner Geschäftstätigkeit als Vorstand für die Gesellschaft vorgenommen hat. Die Parteien vertreten die Auffassung, dass das Ermittlungsverfahren grundlos durchgeführt wird. ...

3. Für den Fall, dass das Verfahren mit Geldsanktionen für den Vorstand verbunden ist (Einstellung gem. § 153a StPO, Strafbefehl, Geldstrafen oder geldwerte Bewährungsauflagen) übernimmt P. AG diese, soweit dies rechtlich zulässig ist und soweit derartige Geldsanktionen von der P. AG bei entsprechendem Anfall auch für die übrigen, von dem Ermittlungsverfahren betroffenen Vorstandsmitglieder übernommen werden (Prinzip der Gleichbehandlung).

2 Mit Vertrag vom 8. Februar 2007 gewährte die Klägerin dem Beklagten ein Darlehen in Höhe von 50.000 €. Nr. 13 des Darlehensvertrages lautet:

13. Abschließende Bestimmungen

13.1. Die vorstehenden Bestimmungen geben die Vereinbarungen zwischen den Parteien im Hinblick auf den Vertragsgegenstand vollständig wieder und ersetzen alle vorangegangenen Vereinbarungen, Übereinkünfte und Verpflichtungen. Nebenabreden, mündlich oder schriftlich, wurden nicht getroffen. ...

3 Mit dem gleichen Text wurde den weiteren Vorstandsmitgliedern Dr. G. und B. ebenfalls ein Darlehen gewährt. Das Darlehen verwendeten der Beklagte und die Vorstandsmitglieder zur Begleichung der ihnen in dem Ermittlungsverfahren nach § 153a StPO auferlegten Geldauflage.

4 Die Klägerin hat das Darlehen gekündigt und im Urkundenprozess Rückzahlung verlangt. Der Beklagte hat eingewandt, dass die Klägerin sich nach dem Aufhebungsvertrag zur Übernahme der Geldauflage verpflichtet habe und das Darlehen der Zahlung der Geldauflage gedient habe.

5 Das Landgericht hat den Beklagten im Urkundenprozess unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte zur Zahlung von 50.000 € nebst Zinsen verurteilt. Im Nachverfahren hat das Landgericht sein Vorbehaltsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht

zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Beschlusses des Berufungsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache.

7 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei nicht unstatthaft gewesen, die Geldauflage aus dem Vermögen der Klägerin zu bezahlen. Es habe keines Verzichtsbeschlusses der Hauptversammlung der Klägerin bedurft, weil es nicht darum gegangen sei, auf einen eigenen Anspruch der Gesellschaft aus einer ihr gegenüber durch den Beklagten verübten Pflichtwidrigkeit zu verzichten. Ein Erst-Recht-Schluss dahingehend, dass die Hauptversammlung einer Übernahme der Geldauflage hätte zustimmen müssen, weil sie einem Verzicht auf einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft aus einer ihr gegenüber vom Beklagten verübten Pflichtwidrigkeit hätte zustimmen müssen, sei nicht gerechtfertigt. Die Einstellung des Strafverfahrens gegen Geldauflage sei unmittelbar für die Klägerin vorteilhaft gewesen, weil sie dadurch habe verhindern können, dass ihr Ansehen in der Öffentlichkeit und bei Geschäftspartnern, insbesondere Kapitalgebern, durch eine Berichterstattung während eines über längere Zeit andauernden Strafverfahrens negativ hätte beeinflusst werden können. Der Entscheidung, die Geldauflage zu übernehmen, komme daher kein Verzichtscharakter zu.

8 Dass der Aufsichtsrat in einem Beschluss vom 31. Januar 2007 gegen die Übernahme der Geldbuße votiert habe, habe die bereits im Jahr 2005 gegenüber dem Beklagten begründete Verpflichtung zur Übernahme der Geldauf-

lage nicht aufgehoben, weil zuvor bereits eine wirksame Bindung der Klägerin eingetreten gewesen sei. Die von der Klägerin damals erteilte Zusage, eine Geldauflage zu übernehmen, sofern die dafür genannten Bedingungen erfüllt seien, sei Voraussetzung dafür gewesen, dass der Beklagte sich mit einer Beendigung des Strafverfahrens gegen die Bezahlung einer Geldauflage einverstanden erklärt habe.

9 Anders als die Klägerin meine, sei auch die weitere in der Vereinbarung vom Oktober 2005 für die Übernahme der Geldauflage aufgestellte Bedingung, dass nämlich eine gegenüber den übrigen betroffenen Vorstandsmitgliedern festgesetzte Geldauflage ebenfalls von der Klägerin übernommen werde, erfüllt. Den Vorstandsmitgliedern G. und B. sei eine Sondertantieme exakt in Höhe der diesen auferlegten Geldauflage gewährt worden und jeweils gegen den Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der Darlehensvaluta, aus der die Geldauflage zuvor bezahlt worden sei, verrechnet worden. Eine Untreue im Sinn von § 266 StGB liege darin schon deshalb nicht, weil die Gegenleistung in allen Fällen in der Zustimmung zur Einstellung des Strafverfahrens gelegen habe. Der Beklagte habe durch seine Zustimmung zur Einstellung darauf verzichtet, dass eine vollständige Aufklärung im Rahmen der Hauptverhandlung stattfinden könne, was auch zu einem Freispruch für den Beklagten hätte führen können.

10 Daraus, dass die Parteien nach der Zusage, eine später festgelegte Geldauflage zu bezahlen, gleichwohl den Darlehensvertrag geschlossen hätten, könne nicht auf eine Aufhebung oder Abänderung der Kostenübernahmezusage geschlossen werden. Alleiniger Zweck des Darlehensvertrages sei es gewesen, Zeit für die Abklärung der aus der Sicht der Organvertreter der Klägerin ungewissen Frage zu gewinnen, ob eine Übernahme der Geldauflage aus dem

Gesellschaftsvermögen rechtlich statthaft sei bzw. einen Weg, durch den dieses unangreifbar würde, zu finden.

- 11 II. Der Beschluss hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Gesellschaft kann die Bezahlung einer Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage, die gegen ein Vorstandsmitglied verhängt wurde, nicht in jedem Fall allein aufgrund eines Beschlusses des Aufsichtsrats übernehmen. Wenn die von dem Vorstandsmitglied begangene Straftat gleichzeitig eine Pflichtverletzung gegenüber der Aktiengesellschaft ist, muss entsprechend § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG die Hauptversammlung einer Übernahme der Sanktion durch die Gesellschaft zustimmen.
- 12 1. Ein Verzicht auf die Darlehensrückzahlung ist nicht schon wegen Begünstigung oder Strafvereitelung nach §§ 257, 258 StGB verboten. Die Zahlung einer Geldstrafe durch die Gesellschaft erfüllt weder den Tatbestand der Begünstigung noch der Strafvereitelung (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 1964 - II ZR 11/62, BGHZ 41, 223, 229; Urteil vom 7. November 1990 - 2 StR 439/90, BGHSt 37, 226, 229). Erst recht gilt dies für die Übernahme einer Geldauflage bei einer Einstellung des Straf- oder Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO.
- 13 2. Aktienrechtlich muss die Hauptversammlung einer Übernahme der Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage durch die Gesellschaft zustimmen, wenn das Vorstandsmitglied durch eine Handlung, die Gegenstand eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist, gleichzeitig seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat.
- 14 a) Im Schrifttum ist umstritten, ob die Übernahme einer Geldsanktion allein vom Aufsichtsrat beschlossen werden kann. Nach einer Ansicht ist § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG auf derartige Übernahmen von Geldbußen nicht anwendbar, da die Vorschrift eine unmittelbare Schädigung des Gesellschaftsvermögens

durch das Handeln eines Organmitglieds voraussetze. Die Übernahme sei vielmehr zulässig, wenn sie nach einer pflichtgemäßen Abwägung des Einflusses der Erstattung auf das Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, auf die Arbeitsmoral sowie die künftige Gesetzestreue der Betroffenen und der Belegschaft mit der Schuld des Betroffenen und dem Schaden für die Gesellschaft unternehmerisch vertretbar sei (Bastuck, Enthftung des Managements, 1986, S. 138 ff.; Fonk in Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl., § 9 Rn. 171).

15 Eine weitere Ansicht hält die Erstattung der einem Vorstandsmitglied auferlegten Geldstrafe oder -auflage entsprechend den Grundsätzen der sogenannten ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 256) ausnahmsweise für zulässig, wenn gewichtige Gründe des Unternehmenswohls wie negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit und das Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, Behinderung der Vorstandsarbeit oder die Beeinträchtigung des Betriebsklimas dies verlangten (Krieger, Festschrift Bezzemberger, 2000, S. 211, 217 ff.; Marsch-Barner in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl., § 12 Rn. 42 f.; Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 84 Rn. 23; Hasselbach/Seibel, AG 2008, 770, 776 f.).

16 Nach der überwiegend vertretenen Meinung ist die Übernahme einer dem Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft auferlegten Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage wegen eines im Verhältnis zur Gesellschaft pflichtwidrigen Verhaltens dagegen nur unter den in § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG genannten Voraussetzungen zulässig. Sie dürfe frühestens drei Jahre nach der zur Last gelegten Vollendung der Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit sowie nach Zustimmung der Hauptversammlung erfolgen, sofern sich die Straftat gegen die Gesellschaft richtete (MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl., § 84 Rn. 97 f.; Kort in

GroßKomm. AktG, 4. Aufl., § 84 Rn. 405; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 68; ders., WM 2005, 909, 917; Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 34; Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 84 Rn. 94; Hölter/Weber, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 51; Wachter/Eckert, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 29; Rehbinder, ZHR 148 [1984], 555, 573; Kapp, NJW 1992, 2796, 2799; Zimmermann, DB 2008, 687, 690 f.; Dreher, Festschrift Konzen, 2006, S. 85, 100 f.). Teilweise wird dem Aufsichtsrat dabei ein Beurteilungsermessen zuerkannt, ob eine Pflichtwidrigkeit vorliegt (vgl. MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl., § 84 Rn. 97 f.).

17 b) Der Aufsichtsrat kann, wenn eine Pflichtwidrigkeit gegenüber der Gesellschaft vorliegt, die Übernahme einer Strafsanktion auf die Gesellschaft nicht wirksam beschließen. Das ist entsprechend § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG vielmehr Sache der Hauptversammlung. Bei der Beurteilung, ob eine Pflichtwidrigkeit vorliegt, steht dem Aufsichtsrat kein Handlungsermessen zu; maßgebend ist vielmehr die objektive Rechtslage.

18 aa) Die Entscheidung über die Übernahme einer Geldstrafe, Geldauflage oder Geldbuße ist entsprechend der Regelung zum Verzicht in § 93 Abs. 4 AktG der Hauptversammlung vorbehalten. Auf die Erstattung einer Strafsanktion durch die Gesellschaft sind die Grundsätze von § 93 AktG anzuwenden. § 93 AktG soll ausschließen, dass der Vorstand durch eine pflichtwidrige Handlung der Gesellschaft dauerhaft einen Nachteil zufügt. Wenn die Gesellschaft dem Vorstand eine strafrechtliche Sanktion ersetzt, die für eine Handlung verhängt wird, die gleichzeitig gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig ist, fügt sie sich einen Nachteil zu, den nach § 93 AktG eigentlich der Vorstand zu tragen hätte (Rehbinder, ZHR 148 [1984], 555, 570; Fleischer, WM 2005, 909, 917). Sie verursacht einen Schaden oder vertieft ihn, wenn er aufgrund der Pflichtverletzung bereits eingetreten ist (vgl. Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 84

Rn. 94). Wenn der Schaden erst durch einen Beschluss des Aufsichtsrats als Organ der Gesellschaft eintritt, der durch die Sorge um die Publizität der Vorwürfe und eine Rufschädigung der Gesellschaft veranlasst wird, schließt dies die Verursachung des Schadens durch die Pflichtverletzung nicht aus (aA Bastuck, Enthftung des Managements, 1986, S. 138; Hasselbach/Seibel, AG 2008, 770, 776 f.). Ein Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden liegt auch vor, wenn eine selbstschädigende Handlung des Verletzten durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert oder wesentlich mitbestimmt worden ist und eine nicht ungewöhnliche Reaktion darauf darstellt (sogenannter „Herausforderungsfall“, st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 2013 - II ZR 293/11, ZIP 2013, 1577 Rn. 12 mwN).

- 19 Einen solchen Vermögensnachteil kann der Aufsichtsrat nicht ohne Zustimmung der Hauptversammlung beschließen. Der Aufsichtsrat ist im Gegenteil in der Regel verpflichtet, Ansprüche wegen einer vom Vorstand begangenen Pflichtverletzung zu verfolgen (BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 256), und darf die Gesellschaft nicht noch zusätzlich schädigen (Krieger, Festschrift Bezenberger, 2000, S. 211, 218). Die in der Übernahme der Sanktion liegende Schädigung der Gesellschaft geht über das einem Aufsichtsrat in Ausnahmefällen zum Wohl der Gesellschaft mögliche Absehen von der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 256) hinaus. Sie beschränkt sich nicht in passivem Verhalten, sondern enthält eine aktive Leistung der Gesellschaft. Sie führt ähnlich einem Verzicht auf Schadensersatzansprüche, zu dem nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist (§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG), zu einer dauerhaften Vermögenseinbuße der Gesellschaft (Dreher, Festschrift Konzen, 2006, S. 85, 101; Zimmermann, DB 2008, 687, 690 f.).

20 Die Einschaltung der Hauptversammlung entspricht auch dem Zweck der Regelung von § 93 Abs. 4 AktG, die dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Minderheitsaktionäre dient. Mit der Zahlung der Geldsanktion fügen die Aufsichtsräte der Gesellschaft bewusst einen Vermögensnachteil zu. Das Vermögen der Gesellschaft steht wirtschaftlich aber nicht dem Aufsichtsrat, sondern den Aktionären zu, so dass diese berufen sind, eine solche Selbstschädigung zu beschließen, soweit der Schutz der Gesellschaftsgläubiger gewahrt bleibt. Durch das Erfordernis einer Zustimmung der Hauptversammlung soll auch der Gefahr einer kollegialen Verschonung des Vorstands oder einer Selbstenthaftung der Organe vorgebeugt werden (Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 161; Hopt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 354; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 93 Rn. 278; MünchKomm AktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 252). Diese Gefahr besteht in besonderem Maße bei der Erleichterung einer stillschweigenden Beendigung von Straf- oder Ermittlungsverfahren für das Vorstandsmitglied durch die Übernahme einer verhängten Sanktion. Der Aufsichtsrat kann daran ein besonderes Interesse haben, um zu vermeiden, dass mit dem Bekanntwerden der dem Vorstand vorgeworfenen Pflichtverletzungen eine unzureichende Kontrolle durch den Aufsichtsrat aufgedeckt wird.

21 bb) Liegt dagegen keine Pflichtverletzung durch den Vorstand vor, kann der Aufsichtsrat beschließen, die Geldstrafe, Geldauflage oder Geldbuße zu übernehmen (Kort in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 84 Rn. 405; Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 84 Rn. 94). Der Aufsichtsrat hat insoweit aber kein Ermessen, eine Pflichtwidrigkeit zu verneinen und sich so die alleinige Kompetenz zur Übernahme der Strafsanktion zu bewilligen. Bei der Beurteilung, ob das Verhalten des Vorstands pflichtwidrig ist, geht es nicht um ein unternehmerisches Handlungsermessen, sondern um Fragen des Erkenntnisbereichs, für die von vorneherein allenfalls die Zubilligung eines begrenzten Beurteilungsspielraums

in Betracht kommen kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 254). Diese Grundsätze gelten auch, wenn die Frage, ob ein Pflichtenverstoß vorliegt, für die Übernahme einer strafrechtlichen Sanktion von Bedeutung ist (Krieger, Festschrift Bezenberger, 2000, S. 211, 218). Zudem ist hier die Zuständigkeitsverteilung zwischen Hauptversammlung und Aufsichtsrat berührt, die nicht in das Ermessen des Aufsichtsrats gestellt ist.

22 Dagegen spricht auch nicht, dass der Aufsichtsrat unter Umständen zu einem Zeitpunkt über die Übernahme einer straf- oder bußgeldrechtlichen Sanktion befinden soll, zu der ihm die zu einer Beurteilung erforderlichen Informationen noch nicht vollständig vorliegen, etwa vor dem Ende des Ermittlungs- oder Strafverfahrens. Er kann in diesem Fall eine vorläufige Regelung treffen, etwa dem Vorstand einen Vorschuss oder ein Darlehen unter dem Vorbehalt der Rückforderung nach abschließender Prüfung gewähren.

23 c) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Beklagte die ihm vorgeworfenen Straftaten begangen hat und ob sie ihrer Art nach gleichzeitig ein pflichtwidriges Verhalten gegenüber der Gesellschaft dargestellt haben, so dass nicht auszuschließen ist, dass die Erstattung nur aufgrund eines Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung möglich ist. Nach dem Vorbringen der Klägerin wurden den Vorständen im Ermittlungsverfahren Straftaten vorgeworfen, die gleichzeitig ein pflichtwidriges Verhalten gegenüber der Gesellschaft sind, nämlich Betrug, Untreue, Bilanzfälschung und Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 InsO), unter anderem durch die Übernahme von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft des früheren Aufsichtsratsvorsitzenden gegen Gewährung von Aktien im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung, bei der der Wert der Anteile überbewertet worden sein soll, und durch die Ausgabe einer Wandelanleihe, deren Erlös zur Tilgung von Altverbindlichkeiten

statt der im Prospekt versprochenen Finanzierung von Windparkprojekten verwendet werden sollte.

24 Entgegen der im Zusammenhang mit der Erörterung einer Strafbarkeit des Aufsichtsrats wegen Untreue (§ 266 StGB) geäußerten Auffassung des Berufungsgerichts entfällt ein Schaden der Gesellschaft durch die Zahlung der Geldsanktion nicht von vorneherein, weil der Beklagte mit der Zustimmung zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens und dem Verzicht auf einen möglichen Freispruch eine Gegenleistung erbracht hat. Die Zustimmung zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens und der Verzicht auf eine öffentliche Erörterung der Vorwürfe in einer Hauptverhandlung sind keine Leistung in das Vermögen der Gesellschaft, die den durch die Zahlung der Strafsanktion eintretenden Vermögensschaden ausgleicht. Dabei lässt das Berufungsgericht zudem außer Acht, dass die Aktionäre und die Gläubiger der Gesellschaft, wenn in der vorgeworfenen Straftat gleichzeitig ein pflichtwidriges Handeln gegenüber der Gesellschaft liegt, das zu einem Schaden geführt haben kann, regelmäßig ein Interesse daran haben, dass die Vorwürfe geklärt werden und gegebenenfalls Ersatzansprüche geltend gemacht werden, und nicht, dass der Aufsichtsrat durch die Übernahme der strafrechtlichen Sanktion eine Aufklärung verhindert.

25 III. Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Der Beklagte kann gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch nicht einwenden, dass anderen Vorstandsmitgliedern über die Auszahlung einer Sondertantieme das ebenfalls zur Zahlung der Geldauflage gewährte Darlehen erlassen wurde. Damit ist lediglich die zweite Bedingung der Vereinbarung über die Übernahme einer strafrechtlich verhängten Geldsanktion, die gleiche Behandlung der anderen Vorstandsmitglieder, erfüllt. Daraus folgt aber noch nicht, dass die Übernahme der Strafsanktion auch beim Beklagten rechtlich zulässig war.

26 Der Beklagte kann der Klägerin diesen Vorgang auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines widersprüchlichen Verhaltens des Aufsichtsrats entgegen halten. Dass der Aufsichtsrat die dem Beklagten vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten für nicht gegeben erachtet hat, folgt aus dem Erlass der Darlehensrückzahlungsverbindlichkeit der anderen Vorstandsmitglieder nicht. Es ist nicht bekannt, ob den anderen Vorstandsmitgliedern dieselben Pflichtwidrigkeiten angelastet wurden. Dagegen, dass der Aufsichtsrat der Klägerin die Pflichtwidrigkeiten nicht für gegeben erachtet hat, spricht auch, dass den anderen Vorstandsmitgliedern die Rückzahlung des Darlehens nicht offen erlassen wurde, sondern der Erlass durch die Gewährung einer Sondertantieme verschleiert wurde. Einen Anspruch darauf, dass der Aufsichtsrat eine rechtswidrige Übernahme von Strafsanktionen fortsetzt, hat der Beklagte nicht.

27 IV. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 ZPO).

28 1. Der Beklagte ist nicht schon wegen des Abschlusses des Darlehensvertrages zur Finanzierung der Geldauflage gehindert, dem Darlehensrückzahlungsanspruch die Verpflichtung der Klägerin aus dem Aufhebungsvertrag zur Übernahme der Geldauflage entgegenzuhalten.

29 a) Der Darlehensvertrag hat entgegen der Revision nicht nach Nr. 13.1 des Darlehensvertrages die Vereinbarung aus dem Aufhebungsvertrag ersetzt. Das Berufungsgericht hat in der Ersetzung aller früheren Vereinbarungen in Nr. 13.1 des Darlehensvertrages rechtsfehlerfrei keine Aufhebung oder Abänderung der Übernahmezusage gesehen, sondern nur die Ersetzung von früheren Vereinbarungen im Hinblick auf die Darlehensabrede. Die Auslegung einer Individualvereinbarung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Auslegungstoff voll-

ständig berücksichtigt ist und gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2009 - II ZR 222/08, ZIP 2009, 2335 Rn. 18 mwN). Die Auslegung des Berufungsgerichts, dass Nr. 13.1 des Darlehensvertrages sich auf frühere Darlehensvereinbarungen beziehen sollte und die Vereinbarung über die Begleichung der Geldbuße durch die Gesellschaft nicht ersetzen soll, ist denkgesetzlich möglich. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Vortrag der Klägerin, dass die Darlehensvereinbarung die Übernahmeverpflichtung aus dem Aufhebungsvertrag ersetzen soll, nicht unbestritten geblieben. Die Klausel ist bei dieser Auslegung entgegen der Auffassung der Revision auch nicht ohne jeden Anwendungsbereich und sinnlos, wenn es mit dem Beklagten keine vorangegangene Darlehensvereinbarung gab. Die Klägerin hat zeitgleich drei gleichartige Verträge über die Darlehensgewährung abgeschlossen, darunter mit zwei noch aktiven Vorstandsmitgliedern, für die es keine § 9 Abs. 3 des Aufhebungsvertrags entsprechende Kostenübernahmevereinbarung gab. Damit liegt es nahe, dass die Ersetzung vorheriger Vereinbarungen vorsorglich vereinbart wurde, um sicher zu gehen, dass keine Abweichungen zu früheren mündlichen oder vorvertraglichen Vereinbarungen über die Darlehensgewährung entstehen. Für ein solches Verständnis spricht auch der Textzusammenhang. Die Klausel beginnt damit, dass die vorangehenden Bestimmungen die Vereinbarung vollständig wiedergeben.

30 b) Aus dem Abschluss eines Darlehensvertrages statt einer Übernahme der Geldauflage folgt nicht, dass die Übernahmevereinbarung aus dem Aufhebungsvertrag einvernehmlich durch das Darlehen ersetzt wurde. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Darlehensgewährung eine vorläufige Regelung bis zu einer endgültigen Klärung der rechtlichen Zulässigkeit der Übernahme herbeiführen sollte. Diese Feststellung ist rechtsfehlerfrei getroffen. Entgegen der Auffassung der Revision steht der Aufsichtsratsbeschluss vom

31. Januar 2007, in dem der Aufsichtsrat eine Übernahme der Geldauflage abgelehnt hat, ihr nicht entgegen. Abgesehen davon, dass sich aus dem Beschluss allein nur entnehmen lässt, dass der Aufsichtsrat zum damaligen Zeitpunkt die Geldauflage nicht unmittelbar übernehmen wollte, konnte er eine Verpflichtung aus der Aufhebungsvereinbarung, die Geldauflage zu übernehmen, soweit sie rechtlich zulässig ist, nicht einseitig aufheben. Dass der Beklagte durch sein Einverständnis mit der Darlehenslösung nicht nur einer vorübergehenden, sondern einer endgültigen Lösung unter Verzicht auf seinen Anspruch aus der Aufhebungsvereinbarung zustimmen wollte, folgt daraus nicht. An die Feststellung des Verzichtswillens und die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Erlassvertrages sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2009 - II ZR 222/08, ZIP 2009, 2335 Rn. 18; Urteil vom 18. September 2012 - II ZR 178/10, ZIP 2012, 2295 Rn. 21). Wenn feststeht, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im Allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgeben wollen.

31 2. Entgegen der Auffassung der Revision entfällt ein Anspruch des Beklagten auf Übernahme der Sanktion nach der Regelung im Aufhebungsvertrag auch nicht deshalb, weil die weitere Voraussetzung in § 9 Abs. 3 des Aufhebungsvertrags nicht eingetreten ist, dass die Geldsanktionen von der Klägerin bei entsprechendem Anfall auch für die übrigen, von dem Ermittlungsverfahren betroffenen Vorstandsmitglieder übernommen werden. Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Klägerin, den anderen beiden Vorständen sei die Sondertantieme zur "Incentivierung" ihrer Tätigkeit gewährt worden, sie hätten das Darlehen aber zurückzahlen müssen und die Verhältnisse seien bei diesen Vorstandsmitgliedern anders gewesen, weil sie noch aktiv für die Klägerin tätig gewesen seien, nicht übergangen. Es hat vielmehr aufgrund der erstinstanzlichen Vernehmung des Zeugen Dr. G. den Zweck der Sondertantieme

darin gesehen, die Geldauflage zu übernehmen und so wirtschaftlich die Rückzahlung des Darlehens zu vermeiden.

32 3. Das Berufungsgericht wird - ggf. nach weiterem Vortrag der Parteien - die erforderlichen Feststellungen dazu zu treffen haben, ob der Beklagte die ihm im Ermittlungsverfahren vorgeworfenen Pflichtverstöße begangen hat. Da sich der Aufsichtsrat in der Aufhebungsvereinbarung zur Übernahme einer Geldauflage verpflichtet hat, soweit sie rechtlich zulässig ist, kann der Beklagte dem Darlehensrückzahlungsanspruch einen Anspruch auf Übernahme der Geldauflage entgegenhalten, wenn er pflichtgemäß gehandelt hat. Nur insoweit kann der Aufsichtsrat ohne Zustimmung der Hauptversammlung die Übernahme zusichern und ist sie allein aufgrund seiner Entscheidung rechtlich zulässig. Dafür, dass der Aufsichtsrat sich darüber hinaus verpflichten wollte, in jedem Fall, also auch bei pflichtwidrigem Verhalten eine verhängte Sanktion zu übernehmen, gibt der Aufhebungsvertrag keinen Anhaltspunkt. Die Parteien gingen vielmehr davon aus, dass das Ermittlungsverfahren grundlos durchgeführt werde. Insoweit könnte der Aufsichtsrat einen Anspruch des Beklagten, den dieser dem Darlehensrückzahlungsanspruch entgegenhalten kann, ohne Zustimmung der Hauptversammlung auch nicht wirksam begründen. Ein Verstoß gegen § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG führt zur Nichtigkeit, weil die Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats insoweit begrenzt ist (vgl. Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 174; Hopt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 380; MünchKomm AktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 254; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 93 Rn. 245).

33 Die Beweislast für pflichtgemäßes Verhalten trifft grundsätzlich den Beklagten, schon weil damit eine Voraussetzung des Anspruchs betroffen ist, aber auch nach den allgemeinen Regeln (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG). Nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG hat das Vorstandsmitglied darzulegen und zu beweisen, dass es

seine Pflichten nicht verletzt oder jedenfalls schuldlos gehandelt hat, wenn die Gesellschaft - wie hier - ein Verhalten des Vorstandsmitglieds in seinem Pflichtenkreis darlegt, das möglicherweise pflichtwidrig war (st. Rspr., BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 - II ZR 90/11, ZIP 2013, 455 Rn. 14). Diese Beweislastverteilung gilt grundsätzlich auch gegenüber ausgeschiedenen Organmitgliedern (BGH, Urteil vom 4. November 2002 - II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 285).

Bergmann

Caliebe

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Stade, Entscheidung vom 11.10.2012 - 3 O 207/10 -

OLG Celle, Entscheidung vom 04.04.2013 - 9 U 137/12 -