
Datum: 04.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 32/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0304.8U32.19.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 44 O 79/15

Schlagworte: Aufsichtsrat, Vertragsschluss mit Aufsichtsratsmitgliedern, Rückgewähr von Vergütungen, fehlerhafte Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes, Spaltungsplan

Normen: AktG §§ 113, 114 Abs. 1, Abs. 2, 115 Abs. 3; BGB §§ 133, 157, 195, 199; UmwG §§ 123 Abs. 3, 131 Abs. 1 Nr. 1, 202 Abs. 1 Nr. 1

Leitsätze:

1.

§ 114 Abs. 2 AktG findet auch auf Aufsichtsratsmitglieder Anwendung, deren Bestellung fehlerhaft erfolgt war. Erfasst werden auch Verträge mit dem Aufsichtsratsmitglied, die vor Beginn seiner Amtstätigkeit geschlossen wurden.
2.

Die Zustimmung des Aufsichtsrats zu Verträgen i.S. v. § 114 Abs. 1 AktG mit einem Aufsichtsratsmitglied ist nicht deswegen entbehrlich, weil an dem Vertragsschluss ein Vertretungsorgan der Alleingesellschafterin mitgewirkt hat.
3.

§ 114 AktG ist auch auf einem Aufsichtsratsmitglied nahestehende Personen anwendbar. Hierzu zählen in entsprechender Anwendung von § 115 Abs. 3 AktG auch juristische Personen, deren gesetzlicher Vertreter das Aufsichtsratsmitglied ist. Sind einer von dem Aufsichtsratsmitglied vertretenen Gesellschaft unter

Verstoß gegen § 114 Abs. 1 AktG Vergütungen gewährt worden, ist ungeachtet eines evtl. Anspruchs der Aktiengesellschaft gegen die juristische Person aus ungerechtfertigter Bereicherung auch das Aufsichtsratsmitglied zur Rückzahlung verpflichtet.

4.

Sieht der im Rahmen einer Ausgliederung und Übertragung nach §§ 123, 131 UmwG erstellte Spaltungsplan vor, dass der gesamte Geschäftsbetrieb mit allen Aktiva und Passiva auf die neu gegründete Gesellschaft übertragen wird, während lediglich die von der übertragenden Gesellschaft gehaltenen eigenen Aktien bei dieser verbleiben, ist der Plan dahin auszulegen, dass von der Übertragung auch – seinerzeit nicht bedachte – Ansprüche nach § 114 Abs. 2 AktG erfasst werden. Das gilt auch dann, wenn der Spaltungsplan die auszugliedernden Vermögensteile nach einzelnen Kategorien näher benennt und der in Rede stehende Anspruch dabei nicht aufgeführt wird.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 10.04.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Essen abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 423.033,55 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 19.01.2016 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

A)

I.

1.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten Rückgewähr von Vergütungen, die dieser als Mitglied des Aufsichtsrats der und aufgrund von Verträgen mit der E H AG (im Folgenden: E AG „alt“) und der E H AG (im Folgenden: E AG „neu“) erhalten hat, nach § 114 Abs. 2 S. 2 AktG aus übergegangenem Recht.	2
Nach ihrem – vom Beklagten bestrittenen Vortrag – ist die Klägerin in folgenden Schritten aus der E AG „alt“ hervorgegangen. Mit notarieller Urkunde vom 13.12.2007 hat die E AG „alt“ ihr gesamtes Vermögen mit Ausnahme nur eines Pakets von 10 % eigener Aktien im Wege der Ausgliederung durch Neugründung gem. § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG auf die Zweite E C GmbH (im Folgenden: 2. E GmbH) übertragen. Diese wurde am 17.4.2008 umgewandelt in die E H AG (im Folgenden: E AG „neu“). Die E AG „neu“ wurde am 5.12.2012 umfirmiert in I H AG (im Folgenden: I AG), die schließlich 2014 umgewandelt wurde in die I H GmbH (im Folgenden: I GmbH oder Klägerin).	3
Die nach der Ausgliederung zunächst fortbestehende E AG „alt“ wurde 2008 formwechselnd in die G GmbH (G GmbH) umgewandelt.	4
Im Spaltungsplan der E AG „alt“ vom 13.12.2007 (eBl. 528) ist u.a. Folgendes vorgesehen:	5
„Die E H Aktiengesellschaft beabsichtigt, im Wege der Ausgliederung zur Neugründung gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG Teile ihres Vermögens, nämlich den gesamten Geschäftsbetrieb mit allen Aktiva und Passiva, auf die von ihr neu zu gründende Zweite E C GmbH zu übertragen, jedoch mit Ausnahme der vorerwähnten [sc. 31.000] eigenen Aktien. Diese sind mithin nicht Gegenstand des nachfolgend übertragenen Vermögens.	6
1. Ausgliederung und Vermögensübertragung	7
§ 1 Ausgliederung gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG	8
Die E H Aktiengesellschaft gliedert aus ihrem Vermögen Teile, nämlich	9
- die sich aus der als Anlage 1 beigefügten Ausgliederungsbilanz (zugleich Eröffnungsbilanz vom 01.12.2007) ergebenden Aktiva und Passiva, insbesondere	10
- Versicherungsverträge gemäß der als Anlage 2 beigefügten Vertragsübersicht,	11
- Anlagegüter gemäß des als Anlage beigefügten Inventarverzeichnisses,	12
- Miet- und Leasingverträge gemäß der als Anlage 4 beigefügten Aufstellung,	13
- Mitarbeiterverträge gemäß Anlage 5,	14
- Gewerbliche Schutzrechte/Patente gemäß Anlage 6,	15
- Haftungsverhältnisse gemäß Anlage 7,	16
- Sonstige Vertragsbeziehungen gemäß Anlagen 8 und 9,	17
- Sonstiges zum Geschäftsbetrieb gehörendes, nicht bilanziertes Anlagevermögen,	18
gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG aus, und zwar durch Übertragung dieser Teile ihres Vermögens als Gesamtheit auf die von ihr durch die Ausgliederung neu zu gründende Zweite E C GmbH. Die E H Aktiengesellschaft wird nachfolgend auch 'übertragende Gesellschaft', die Zweite E C GmbH nachfolgend auch 'übernehmende Gesellschaft' genannt.	19

(...)	20
§ 4 Sonstige Regelungen zur Übertragung von Vermögensteilen	21
(...)	22
Soweit einzelne auszugliedernde Vermögensteile nicht kraft Gesetzes auf die übernehmende Gesellschaft übergehen sollten, überträgt die übertragende Gesellschaft diese Vermögensteile hiermit auf die übernehmende Gesellschaft, die diese Übertragung annimmt.“	23
Der Beklagte war von November 1999 bis Ende 2003 Mitglied des Aufsichtsrats der E AG „alt“. 2004 bis Mitte 2006 war er Vorstandsvorsitzender der E AG „alt“. Vom 1.7.2006 bis 31.12.2007 übte der Beklagte das Amt des Vorsitzenden des Aufsichtsrats der E AG „alt“ aus. Der Beklagte übte das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden der E AG „neu“ aus bis zu seiner Abberufung am 10.3.2011.	24
Der Dienstvertrag der E AG „alt“ mit dem Beklagten vom 17.12.2004 enthält u.a. folgende Vereinbarungen:	25
„§ 3 Bezüge	26
1. Herr T erhält als Vergütung ein Jahresfestgehalt in Höhe von € 199.980,00 (in Worten: Euro einhundertneunundneunzigtausendneunhundertachtzig) brutto, das in zwölf gleichen Monatsraten in Höhe von je € 16.665,00 bis zum Ende eines jeden Monats gezahlt wird. Die Gehaltszahlung erfolgt letztmalig für den Monat, in dem der Dienstvertrag endet.	27
2. Herr T erhält ferner bis zur Beendigung der Vorstandsbestellung in Jahren mit operativen Gewinnen eine Tantieme, deren Höhe von der Hauptversammlung beschlossen wird.	28
(...)	29
5. Sollten Herrn T bei Beendigung oder bei vorzeitiger Beendigung des Dienstvertrages noch Ansprüche gleich welcher Art zustehen, so sind diese Ansprüche, sofern sie einen höheren Betrag ausmachen sollten, auf einen Betrag von max. € 100.000,00 begrenzt. Mit Zahlung des Betrages sind alle Ansprüche von Herrn T, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund, abgegolten.	30
(...)	31
§ 6 Dienstwagen, Dienstreisen, Telefon	32
1. Die Gesellschaft stellt Herrn T bis zur Beendigung seiner Vorstandsbestellung einen angemessenen Personenkraftwagen, Fabrikat Daimler-Benz, S-Klasse bis 500, zur dienstlichen und privaten Nutzung zur Verfügung. Die Versteuerung des geldwerten Vorteils für die private Nutzung übernimmt Herr T.“	33
2.	
Die E AG „alt“ zahlte an den Kläger in der Zeit vom 1.7.2006 bis zum 30.9.2007 (15 Monate) eine monatliche Vergütung i.H.v. 16.665,00 €,	34
	35

insgesamt 249.975,00 €.

In dieser Zeit stellte die Klägerin dem Beklagten zudem einen Dienstwagen zur Verfügung, dessen geldwerter Vorteil für den Beklagten 18.334,20 € 36

betrug. Das ergibt eine Summe von 268.309,20 €. 37

Weiterhin zahlt die E AG „alt“ an den Kläger im August 2006 100.000,00 €. 38

Die E AG „neu“ zahlte an die N AG, deren Vorstandsvorsitzender der Beklagte war, für Beratungsleistungen des Beklagten Vergütungen i.H.v. 33.914,00 € 39

(auf Rechnung v. 27.5.2009, Anlage K6) und i.H.v. 27.485,23 € 40

(auf Rechnung vom 18.7.2010, Anlage K5), insgesamt 61.399,23 €. 41

Von der Summe dieser drei Posten i.H.v. 429.708,43 € 42

macht die Klägerin mit der vorliegenden Klage einen Teilbetrag von 423.033,55 € 43

geltend. 44

3.

Der monatlichen Vergütung i.H.v. 16.665,00 €, der Zurverfügungstellung des Dienstwagens und der Einmalzahlung von 100.000,00 € lag eine Vereinbarung vom 8.6.2006 (Anlage K4) zugrunde, die die E AG „alt“, vertreten durch ihr Vorstandsmitglied K, und der Beklagte geschlossen haben. Diese lautet auszugsweise: 45

„1. Herr T scheidet mit Wirkung zum 30.06.2006 aus dem Vorstand der E aus. Insoweit legt er sein Amt nieder. Gleichzeitig tritt Herr T in den Aufsichtsrat der E ein und übernimmt dessen Vorsitz. Für die Zeit seiner Berufung in den Vorstand der E bis zu seinem Ausscheiden zum 30.06.2006 erhält Herr T entsprechend § 3 Abs. 2. eine Tantieme von € 100.000,00, zahlbar bis 30.08.2006. 46

2. Die E bestellt Herrn T mit Wirkung zum 01.07.2006 bis zum 30.09.2007 zum Generalbevollmächtigten der E gemäß § 14 Abs. 2 Teil-zeitbefristungsgesetz. In seiner Eigenschaft als Generalbevollmächtigter der E erhält Herr T entsprechend dem Dienstvertrag vom 17.12.2004 ein monatliches Gehalt in Höhe von € 16.665,00. Im Übrigen werden die in der Anlage 1 aufgeführten Positionen aus dem Dienstvertrag vom 17.12.2004 erhalten und werden übertragen. Die Tätigkeit als Generalbevollmächtigter erlischt automatisch ohne Kündigung am 30.09.2007. 47

3. Während seiner Tätigkeit als Generalbevollmächtigter erhält Herr T einen von der E zugewiesenen Büroraum mit Zuordnung einer Schreibkraft für die schreibtechnischen Arbeiten und Betreuung der Termine. Der ihm von der E zugeteilte PKW DaimlerChrysler bleibt weiterhin bis zu seinem Ausscheiden in seiner Nutzung. Die E räumt Herrn T das Optionsrecht ein, bei seinem Ausscheiden am 30.09.2007 das Fahrzeug zu erwerben.“ 48

Ein Beschluss der Hauptversammlung der E AG „alt“, der Beklagte erhalte eine Tantieme i.H.v. 100.000,00 €, liegt nicht vor. Auch die monatlichen Zahlungen von 16.665,00 € in der 49

Zeit vom 1.7.2006 bis zum 30.9.2007 oder die Zurverfügungstellung des Dienstwagens haben Aufsichtsrat oder Hauptversammlung der E AG „alt“ nicht beschlossen.

Welche vertraglichen Vereinbarungen den Rechnungen vom 27.5.2009 und vom 18.7.2010 im Einzelnen zugrunde liegen, ist unklar. Allerdings ist zwischen den Parteien unstreitig, dass es zwischen der E AG „neu“ und der N AG eine Vereinbarung gibt, die den Rechnungen zugrunde liegt. Die N AG rechnete jeweils „die von Herrn T in unserem Auftrag für Sie erbrachten Beratungsleistungen“ ab. Vorstandsvorsitzender der N AG ist der Beklagte, Inhaber war zur Zeit der Rechnungstellung Herr A als Alleinaktionär. Der Beklagte hat die Anteile an der Gesellschaft erst „sechs Jahre nach den hier streitigen Vorgängen“ von Herrn A übernommen, wobei die Konditionen der Übernahme unbekannt sind. 50

Die Vereinbarung vom 8.6.2005 war der Geschäftsführung der Klägerin bzw. Vorstand oder Geschäftsführung ihrer Rechtsvorgängerinnen bis Frühjahr 2015 nicht bekannt. Erst nach seinem Eintritt in die Leitung der Klägerin im Herbst 2014 stieß der jetzige Geschäftsführer im Zuge einer Einarbeitung in die Akten des Unternehmens auf diesen Vertrag und auf die Rechnungen vom 27.5.2009 und vom 18.7.2010. 51

4.

Die G G GmbH trat der Klägerin mit Vereinbarung vom 29.12.2015 Ansprüche gegen den Beklagten ab. Diese Vereinbarung lautet: 52

„Hiermit tritt die G G GmbH, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts F unter HRB 00004, an die dies annehmende I J-GmbH, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts F unter HRB 00005, alle Regress-, Zahlungs- und Schadensersatzansprüche gegen ihr ehemaliges Aufsichtsratsmitglied T, die zur Zeit des Bestehens der G G GmbH in der Rechtsform der E H AG (Amtsgericht F HRB 00008) begründet wurden, insbesondere wenn sie auf einer Verletzung der §§ 113, 114 AktG beruhen.“ 53

II.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Zahlung i.H.v. 268.309,20 € sowie weiterer 100.000,00 € auf der Grundlage der Vereinbarung vom 8.6.2006 sowie die Beratungsvergütungen i.H.v. insgesamt 61.399,23 € seien zu Unrecht erfolgt, da die zugrundeliegenden Vereinbarungen gegen §§ 113, 114 AktG verstießen. Der Vorstandsvorsitzende K habe den Vertrag vom 8.6.2006 (Anlage K4) nicht wirksam schließen können. Die vereinbarte Tantiemenzahlung i.H.v. 100.000,00 € habe nach § 3 Abs. 2 des Anstellungsvertrags des Beklagten als Vorstandsmitglied zu ihrer Wirksamkeit eines Beschlusses der Hauptversammlung bedurft. 54

Die daraus resultierenden Rückzahlungsansprüche seien auf sie als Rechtsnachfolgerin kraft Umwandlung übergegangen. Sollte das nicht der Fall sein, habe sie diese jedenfalls im Wege der Abtretung von der G GmbH erworben. 55

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantrag, 56

den Beklagten zu verurteilen, an sie - die Klägerin - EUR 423.033,55 nebst Zinsen in Höhe von 8 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz für einen Betrag in Höhe von EUR 361.654,32 seit dem 30.09.2007, für einen Betrag in Höhe von EUR 33.914,-- seit dem 57

27.05.2009 und für einen Betrag in Höhe von EUR 27.485,23 seit dem 18.07.2010 zu zahlen.	
Der Beklagte hat beantragt,	58
die Klage abzuweisen.	59
Er ist der Ansicht, die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert. Es sei nicht zu erkennen, wie etwaige Forderungen von der E AG „alt“ auf die 2. E GmbH und von dort weiter auf die Klägerin übertragen worden seien. Die Abtretung vom 29.12.2015 beziehe sich ausweislich der darin genannten Handelsregisternummer nur auf einen kurzen, vorliegend nicht relevanten Zeitraum, in dem die E AG „alt“ unter dieser Nummer eingetragen gewesen sei; zur Zeit der Abtretung seien die Ansprüche bereits verjährt gewesen.	60
Der Beklagte sei durch die Hauptversammlung der E AG „alt“ v. 9.6.2006 (eBl. 109 ff.) nicht wirksam zum Aufsichtsratsmitglied bestellt worden. Als Ersatzmitglied sei der Beklagte nur für die Restlaufzeit des scheidenden Aufsichtsrats L berufen gewesen, der indessen sein Amt zum 30.6.2006 niedergelegt habe; zu diesem Zeitpunkt habe mithin auch das Mandat des Klägers wieder geendet. Für die E AG „neu“ sei er als Gründungs-Aufsichtsrat lediglich bis zur ersten Hauptversammlung vom 11.5.2009 wirksam bestellt gewesen (eBl. 83 f.).	61
Hilfsweise trägt der Beklagte vor, die beiden anderen Aufsichtsratsmitglieder der E AG „alt“ hätten der Vereinbarung mit dem Beklagten v. 8.6.2006 zugestimmt (eBl. 83). Zudem hätten die Gesellschafter der E AG „alt“ zugestimmt. Die Anteile habe nämlich die G GmbH gehalten, deren Alleingeschäftsführer Herr K gewesen sei (eBl. 213 f., 284). Die Vereinbarung vom 8.6.2006 begründe zudem ein von § 114 Abs. 1 AktG nicht erfasstes Arbeitsverhältnis. Der Beklagte hat deshalb auch die Unzulässigkeit des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten gerügt.	62
Die Beratungsleistungen habe im Übrigen nicht er selbst, sondern die N AG in Rechnung gestellt, deren Vorstand der Beklagte und deren Alleineigner Herr A gewesen sei (eBl. 84, 214 f.). Die Vergütungen seien dem Beklagten auch nicht wirtschaftlich zugeflossen.	63
Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Insbesondere sei die Vereinbarung vom 8.6.2006 dem damaligen Vorstandsmitglied und späteren Vorstandsvorsitzenden K, der sie selbst unterschrieben habe, bereits seit 2006 bekannt gewesen. Zudem hätten Mitarbeiter der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen davon Kenntnis gehabt, da die Zahlungen an den Beklagten durch die Buchhaltung der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen gegangen seien.	64
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin habe ihre Aktivlegitimation nicht dargelegt. Dazu reiche die Verweisung auf andere vor dem Landgericht Essen anhängige Verfahren nicht aus, da diese naturgemäß andere Forderungen betreffen. Das von der Klägerin angebotene Zeugnis des beurkundenden Notars sei unzulässiger Ausforschungsbeweis. Die Klägerin habe den Abspaltungsvertrag vom 13.12.2007 nicht vorgelegt. Soweit sein Inhalt unstreitig sei, ergebe sich daraus keine umfassende Übertragung aller Vermögenswerte, sondern nur die Übertragung einzelner, enumerativ aufgezählter Gegenstände. Die Aktivlegitimation ergebe sich auch nicht aus der Abtretung, da die Klägerin nicht dargelegt habe, wie die Forderungen	65

von der E AG „alt“ auf die G GmbH übergegangen seien.

IV.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihre erstinstanzlichen Ausführungen, insbesondere zur Aktivlegitimation. 66

Sie beantragt, 67

den Beklagten unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Essen vom 12.4.2019 (Az. 44 O 79/15) zu verurteilen, an sie - die Klägerin - EUR 423.033,55 nebst Zinsen in Höhe von 8% Punkten über den jeweiligen Basiszinssatz für eine Betrag in Höhe von 161.654,32 € seit dem 30.9.2007, für einen Betrag in Höhe von 33.914,00 € seit dem 27.5.2009 und für einen Betrag in Höhe von 27.485,43 seit dem 18.7.2010 zu zahlen, 68

hilfsweise : 69

das Urteil des Landgerichts Essen vom 12.4.2019 (Az. 44 O 79/15) aufzuheben und das Verfahren an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen. 70

Der Beklagte beantragt, 71

die Berufung zurückzuweisen. 72

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und leugnet die Aktivlegitimation der Klägerin. Die in dieser Form erstmals in der Berufungsinstanz vorgelegte notarielle Verhandlung vom 13.12.2007 sei ein nach § 531 ZPO zurückzuweisendes neues Angriffsmittel. 73

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze Bezug genommen. 74

B)

I.

Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Berufung ist begründet. 75

II.

1. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist eröffnet. 76

Entgegen § 17a Abs. 5 GVG ist die Zulässigkeit des Rechtswegs vorliegend auch in der Berufungsinstanz zu prüfen. Die Bindungswirkung nach dieser Vorschrift setzt voraus, dass die Verfahrensgrundsätze von § 17a GVG eingehalten sind und die Vorinstanz nicht – unter Verletzung der Vorabentscheidungspflicht von § 17a Abs. 3 S. 2 GVG trotz Rüge - durch Urteil über die Zulässigkeit des Rechtswegs entschieden hat; BGH, NJW 93, 1799; Zöller/Lückemann, ZPO Kommentar, 33. Aufl. 2020, § 17a GVG Rn. 18. Vorliegend hat das 77

Landgericht jedoch ungeachtet der Rüge des Beklagten nicht durch Beschluss über den Rechtsweg entschieden. Ein Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 17a Abs. 4 S. 5 GVG besteht nicht.

Das Landgericht hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten im Ergebnis zu Recht bejaht. Unabhängig davon, ob die Vereinbarung vom 8.6.2006 einen Arbeitsvertrag begründet, geht es im vorliegenden Rechtsstreit um den aktienrechtlichen Rückzahlungsanspruch aus § 114 Abs. 2 AktG. Dieser hat zudem zur Voraussetzung, dass der Vertrag nach Absatz 1 der Vorschrift kein Arbeitsvertrag ist. Daher handelt es sich nicht um eine Rechtsstreitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) ArbGG. 78

2. Die Klage ist als Teilklage hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung klargestellt hat, dass sie ihre Ansprüche in der Reihenfolge des Schriftsatzes vom 27.10.2017, S. 4 (eBl. 296) geltend macht, nämlich zuerst den Anspruch auf Rückgewähr von 268.309,20 € aus dem Vertrag vom 8.6.2006, dann den Anspruch auf Rückgewähr von 100.000,00 € aus diesem Vertrag und schließlich den Anspruch auf Rückgewähr von 61.339,23 € aus Beratungsvertrag. 79

III.

Die Klage ist begründet. Die E „alt“ hatte Anspruch auf Zahlung von 268.309,20 € und 100.000,00 €, die E „neu“ Anspruch auf Zahlung von 61.339,23 € gegen den Beklagten (nachfolgend 1.), die auf die Klägerin übergegangen sind (nachfolgend 2.) 80

1. Rückzahlungsansprüche

a) *Anspruch auf Rückzahlung der Barvergütung von 249.975,00 €*

Die E AG „alt“ hatte Anspruch auf Zahlung von 249.975,00 € aus § 114 Abs. 2 AktG. 81

aa) Aufsichtsratsmitglied

Der Beklagte ist unstreitig zum 1.7.2006 zum Mitglied des Aufsichtsrats der E AG „alt“ bestellt worden und hat dieses Amt auch bis zum 30.9.2007 ausgeübt. Aus der Tatsache, dass er als Ersatzmitglied dem Aufsichtsrat L gefolgt ist, ergibt sich nichts anderes. Der Beklagte trägt zwar zutreffend vor, dass die Amtszeit eines Ersatzmitglieds begrenzt ist auf die Restmandatszeit des scheidenden Mitglieds. Es ist aber nicht ersichtlich, dass das Mandat von Aufsichtsrat L am 30.6.2006 geendet hätte. Im Übrigen findet § 114 AktG auch auf den fehlerhaften Aufsichtsrat Anwendung. Für seine Organpflichten unter Einschluss der Kautelen der §§ 113, 114 AktG kommt es auf die tatsächlich ausgeübte Funktion an (BGH, NZG 2006, 712 Rn. 14; BGH, NJW 1967, 1711; BGH, NJW 1964, 1367; MünchKommAktG/Habersack, § 114 AktG Rn. 8), die der Beklagte unstreitig ausgeübt hat. Nichts anderes ergibt sich aus der vom Beklagten angeführten Entscheidung BGH, NJW 2013, 1535. Im Gegenteil bestätigt der Gerichtshof – unter Berufung auf die hier zitierte Rechtsprechung – in Rn. 19 des Urteils: „Für Pflichten, Haftung und Vergütung ist anerkannt, dass die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung auf den Aufsichtsrat anwendbar sind (...).“ 82

bb) Erfasster „Altvertrag“

Die E AG „alt“ und der Beklagte haben den Vertrag vom 8.6.2006 allerdings geschlossen, bevor der Beklagte am 1.7.2006 in den Aufsichtsrat eintrat (und als er noch Vorstandsmitglied der E AG „alt“ war). Indessen erfasst § 114 AktG seinem Zweck nach auch Altverträge, da einerseits die Gefahr einer sachwidrigen Beeinflussung und andererseits die Zuständigkeit der Hauptversammlung gem. § 113 AktG unabhängig davon besteht, wann der Vertrag geschlossen wurde. Nach einhelliger Meinung fallen daher auch Altverträge ab Erlangung der Organstellung unter § 114 AktG. Ein vor Bestellung zum Aufsichtsrat geschlossener Vertrag verliert für die Dauer des Mandats seine Wirkung; BGH, BB 2007, 1185; BGH, NJW 2006, 712 Rn. 19; NJW 1991, 1830; MünchKommAktG/Habersack, 5. Aufl. 2019, § 114 AktG Rn. 10. 83

cc) Dienst- oder Werkvertrag, kein Arbeitsvertrag

Durch den Vertrag vom 8.6.2006 hat sich der Beklagte nicht zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, sondern zu Dienstleistungen verpflichtet. Die ihm übertragenen Aufgaben, zu denen u.a. die Publikation von Fachaufsätzen gehören, setzen ein hohes Maß an Fachkompetenz und wissenschaftlicher Bildung voraus und stellen daher Dienstleistungen höherer Art dar; MünchKommAktG/Habersack, § 114 AktG Rn. 19; Erman/Belling/Riesenhuber, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017, § 627 BGB Rn. 5. 84

Allerdings könnte es sich bei dem Dienstvertrag vom 8.6.2006 um einen Arbeitsvertrag i.S.v. § 611a BGB handeln. Für diese Einordnung sprechen die Bezugnahme auf das Teilzeit- und Befristungsgesetz in Ziff. 2 sowie die Praxis der Parteien, die als „Gehalt“ bezeichnete Vergütung im Rahmen der Lohnbuchhaltung der E AG „alt“ unter Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen vorzunehmen. Keine Aussagekraft hat hingegen die Bezeichnung der Aufgabe als „Generalbevollmächtigter“, da damit lediglich auf die Vertretungsmacht hingewiesen wird, die sowohl in selbständiger als auch in unselbständiger Tätigkeit ausgeübt werden kann. Gegen die Annahme eines Arbeitsvertrags spricht jedoch, dass die Vereinbarung zwar „Aufgabenbereiche“ des Beklagten definiert, die Ausführung nach Zeit, Ort, Priorisierung und Inhalt indessen in keiner Weise vorgibt. Es ist daher nicht erkennbar, dass der Beklagte – der zuvor als Vorstandsvorsitzender tätig war – die übertragenen Aufgaben in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen oder erbracht (vgl. § 611a Abs. 1 S. 6 BGB) hätte. 85

Im Übrigen beansprucht die Ausnahme für Arbeitsverträge vorliegend auch ihrem Zweck nach keine Anwendung, so dass die überschießend weite Formulierung von § 114 Abs. 1 AktG insoweit teleologisch zu reduzieren wäre. Die Ausnahme von Arbeitsverträgen sollen die Interessen von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat schützen; MünchKommAktG/Habersack, § 114 AktG Rn. 19. Dazu gehört der Beklagte jedoch nicht. 86

dd) Tätigkeiten außerhalb der Aufsichtsrats Tätigkeit

Der Vertrag vom 8.6.2006 betrifft Tätigkeiten „außerhalb der Tätigkeit im Aufsichtsrat“ (Abgrenzung zu § 113 AktG). Die in Nr. 4 des Vertrags aufgeführten Einzelprojekte sind solche des operativen Geschäfts und betreffen nicht die Überwachung der Geschäftsführung. Es handelt sich schwerpunktmäßig um Tätigkeiten, die offenbar dem besonderen Fachgebiet 87

des Beklagten zuzuordnen sind (insbesondere die Publikation von Fachaufsätzen, die Zusammenarbeit mit Universitäten usf.); zur Abgrenzung GroßkommAktG/Hopt/Roth, 5. Aufl. 2019, § 114 AktG Rn. 26 ff.

ee) Vergütung gewährt

Die E AG „alt“ hat dem Beklagten die vereinbarte Vergütung i.H.v. von 249.975,00 € unstreitig (in 15 monatlichen Raten) ausgezahlt, mithin – sowohl im verpflichtenden wie im verfügenden Sinne – gewährt. 88

ff) Keine Zustimmung des Aufsichtsrats

Eine Zustimmung des Aufsichtsrats hat der Beklagte nicht, jedenfalls nicht substantiiert dargelegt. Dieser Vortrag ist schon nicht näher – etwa nach Ort und Zeit der Sitzung – konkretisiert oder durch ein Protokoll belegt (ausdrücklicher Beschluss erforderlich; Spindler/Stilz/Spindler, § 114 AktG Rn. 21) und daher unsubstantiiert. Darüber hinaus hat der Beklagte schon nicht vorgetragen, dass der – als Gremium zuständige (Spindler/Stilz/Spindler, § 114 AktG Rn. 21: „Zustimmung des Plenums“; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, 1. Aufl. 2013, § 114 AktG Rn. 14) – Aufsichtsrat zugestimmt hätte, er behauptet lediglich die Zustimmung der beiden anderen Aufsichtsratsmitglieder der E AG „alt“. 89

Die Zustimmung des Aufsichtsrats ist auch nicht deswegen entbehrlich, weil der Beklagte die Vereinbarung vom 8.6.2006 mit dem damaligen Vorstandsvorsitzenden und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Alleinanteilseignerin der E AG „alt“, Herrn K, geschlossen hat. Ein Hauptversammlungsbeschluss reicht zur Zustimmung von vornherein nicht aus; Spindler/Stilz/Spindler, § 114 AktG Rn. 25. Und die – insoweit unterstellte – faktische Möglichkeit, einen Beschluss des Aufsichtsrats zu veranlassen, ersetzt den Beschluss nicht. 90

gg) Fälligkeit

Der Anspruch ist sofort fällig, also mit erfolgter Zahlung als letztem Tatbestandsmerkmal; OLG Frankfurt a.M., NJW 2011, 1231, 1232; MünchKommAktG/Habersack, § 114 AktG Rn. 35. Mit Auszahlung des letzten Teilbetrags, die mangels abweichender Regelung am 30.9.2007 fällig war (§ 614 S. 1 BGB), ist damit der von der Klägerin geltend gemachte gesamte Rückzahlungsanspruch fällig. 91

hh) Verjährung

Die von dem Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greift nicht durch. Die Verjährung des Rückzahlungsanspruchs nach § 114 Abs. 2 AktG richtet sich nach §§ 195, 199 BGB, BGH, NZG 2006, 712 Rn. 21; MünchKommAktG/Habersack, § 114 AktG Rn. 35; a.M. Spindler/Stilz/Spindler, AktG Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 114 AktG Rn. 28. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Bei juristischen Personen 92

ist grundsätzlich die Kenntnis des Organs maßgeblich, dem die Vertretung im Prozess obliegt (MünchKommBGB/Grothe, 8. Aufl. 2018, § 199 BGB Rn. 36), vorliegend des Vorstands (MünchKommAktG/Habersack, § 114 AktG Rn. 34). Zudem wird dem Gläubiger auch die Kenntnis von Wissensvertretern zugerechnet; Palandt/Ellenberger, BGB Kommentar, 79. Aufl. 2020, § 199 BGB Rn. 24.

Vorliegend hatten der Beklagte, der zu der Zeit Vorstandsvorsitzender war, und das Vorstandsmitglied K, der die Vereinbarung vom 8.6.2006 mit dem Beklagten getroffen hat, bereits anfänglich Kenntnis. Nach dem Schutzzweck des § 199 BGB bleibt aber die Kenntnis der Personen außer Betracht, gegen die sich der konkrete Anspruch der Gesellschaft oder ein damit in engem Zusammenhang stehender Anspruch richtet, weil und soweit wegen der daraus resultierenden Interessenkollision zu besorgen ist, diese Personen werden nicht zu einer sachgerechten Verfolgung des Anspruchs beitragen; BGH, NJW 2014, 1294 Rn. 21; BGH, NJW-RR 2013, 1321 Rn. 25; s. bereits RG JW 1936, 3111. In diesem Fall kommt es für die Verjährung weder auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des gesetzlichen Vertreters an noch auf die sonstiger Angestellter, sondern allein auf die der anderen gesetzlichen Vertreter; BGH, NJW-RR 1989, 1255, 1258 f.; MünchKommBGB/Grothe, § 199 BGB Rn. 37. Eine maßgebliche Interessenkollision lag sowohl bei Herrn K als auch bei dem Beklagten vor. Da sie selbst die Vereinbarung geschlossen hatten, waren sie nicht an der Aufdeckung des Verstoßes gegen §§ 114, 93 Abs. 2 Nr. 7 AktG (vgl. MünchKommAktG/Habersack, § 114 AktG Rn. 33) interessiert. Das gilt für den Beklagten auch in der Zeit, in der er in den Aufsichtsrat wechselte, da er mit der – hier geltend gemachten – Rückzahlungspflicht rechnen musste.

93

Der Gegeneinwand des Beklagten, Mitarbeiter der Klägerin hätten von den Zahlungen schon deswegen Kenntnis gehabt, weil sie durch die Buchhaltung gegangen seien, die Klägerin habe auch durch die Bilanzen und Jahresabschlüsse von den Zahlungen Kenntnis gehabt, verfährt demgegenüber nicht. Auf die Kenntnis der Buchhaltungsmitarbeiter kommt es nicht an. Schon in tatsächlicher Hinsicht hat der Beklagte nicht dargelegt, dass diese die maßgebliche Kenntnis sämtlicher anspruchsbegründender Tatsachen hatten, also nicht bloß der Zahlung sondern auch von der fehlenden Zustimmung des Aufsichtsrats. Im Übrigen sind die Buchhaltungsmitarbeiter oder Wirtschaftsprüfer weder zur Durchsetzung befugte Vertreter der Gesellschaft noch deren Wissensvertreter.

94

Der Vortrag des Beklagten in der mündlichen Verhandlung, schon angesichts der Höhe der Zahlungen von insgesamt fast 500.000 €, aber auch von Einzelbeträgen von bis zu 100.000 € hätten die Zahlungen dem Vorstand der E „alt“ (oder Vorstand bzw. Geschäftsführung ihrer Rechtsnachfolger) nicht verborgen bleiben können, schließlich habe jedes Unternehmen für Zahlungen ab einer bestimmten Größenordnung eine Vier-Augen-Regel, greift nicht durch. Der Beklagte war zum maßgeblichen Zeitraum der hier fraglichen Vereinbarung vom 8.6.2006 Vorstandsvorsitzender, zur Zeit der Auszahlungen Aufsichtsratsvorsitzender der E „alt“ und kannte daher die entsprechenden Zuständigkeitsregeln. Eine Zuständigkeitsordnung, wie sie der Beklagte jetzt vorträgt, hat er jedoch – ungeachtet des Vortrags der Klägerin, Herr K habe die Gesellschaften der E-Gruppe geführt „wie ein[en] Kiosk“ – nicht substantiiert dargelegt. Im Übrigen sieht die Vereinbarung vom 8.6.2006 ausdrücklich vor, dass „das Vorstandsmitglied K“ „Ansprechpartner des Beklagten im Vorstand der E“ ist. Angesichts der umfassenden Kenntnis des Beklagten von den Verfahrensabläufen und Zuständigkeiten aus seiner langjährigen Tätigkeit als Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied besteht auch keine sekundäre Darlegungslast der Klägerin.

95

96

Kenntnis hatten die Vorstands- oder Geschäftsführungsmitglieder der Klägerin oder ihrer Rechtsvorgängerin jedoch erst im Frühjahr 2015, so dass die Verjährungsfrist mit dem Schluss dieses Jahres zu laufen begann. Die am 18.1.2016 zugestellte Klage hat die Verjährung daher gehemmt, 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

ii) Fehlende Vertretungsmacht des Vorstandsmitglieds K

Der Anspruch der E AG „alt“ dürfte zudem auch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB begründet sein. Der Vertrag vom 8.6.2006 stellte nicht nur wegen § 114 AktG keinen Rechtsgrund für die Zahlung dar. Er dürfte außerdem nach § 177 Abs. 1 BGB (schwebend) unwirksam sein, da für die E „alt“ allein das Vorstandsmitglied K gehandelt hat, satzungsmäßig aber Gesamtvertretung vorgesehen war. Darauf kommt es indessen vorliegend nicht an. 97

b) Anspruch auf Rückgewähr des Geldwerts des Dienstwagens i.H.v 18.334,20 €

Die E AG „alt“ hatte Anspruch auf Rückgewähr der Sachvergütung in Form des Dienstwagens, die mit 18.334,20 € zu bemessen ist. Insoweit sind die Voraussetzungen von § 114 Abs. 2 S. 1 AktG ebenso erfüllt wie im Hinblick auf die Barvergütung (oben, a)). 98

§ 114 Abs. 2 S. 1 AktG begründet einen Anspruch auf Rückgewähr der „Vergütung“. Der Begriff der Vergütung ist offen dafür, nicht nur Barvergütungen zu erfassen, sondern auch Sachvergütungen. Die Einbeziehung von Sachvergütungen ist nach dem Zweck der Vorschrift auch geboten, da die Gefahr einer unsachgemäßen Beeinflussung der Amtstätigkeit unabhängig davon besteht, in welcher Form dem Aufsichtsratsmitglied ein Vorteil gewährt wird. Für die Rückgewähr ist auf restitutionsrechtliche Grundsätze abzustellen. Die Rückgewähr umfasst daher auch gezogene Nutzungen (§§ 346 Abs. 1, 818 Abs. 1 BGB). Soweit die Herausgabe nicht möglich ist, ist Wertersatz zu leisten (§§ 346 Abs. 2, 818 Abs. 2 BGB). Die Klägerin hat den Wert des Dienstwagens vorliegend entsprechend steuerrechtlichen Grundsätzen mit 1 % vom Neuwert zuzüglich 0,3 % für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte angesetzt, so wie dies auch in den Verdienstabrechnungen erfolgte. Dem ist der Beklagte nicht entgegengetreten. Die Berechnung erscheint auch in der Sache gerechtfertigt. 99

c) Anspruch auf Rückzahlung der Vorstandstantieme 100.000 € aus § 114 Abs. 2 S. 1 AktG

Die E AG „alt“ hatte Anspruch auf Rückgewähr der Tantiemenzahlung i.H.v. 100.000,00 €. Grundlage dieser Zahlung ist – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht der Vorstands-Dienstvertrag vom 17.12.2004, sondern die Vereinbarung vom 8.6.2006. Daher gelten für die Anspruchsvoraussetzungen die oben (a)) dargelegten Erwägungen. 100

Grundlage für die Zahlung des Betrags von 100.000,00 € ist die Vereinbarung vom 8.6.2006 und nicht der Dienstvertrag vom 17.12.2004. Auf § 3 Abs. 2 des Dienstvertrags kann die Zahlung nicht gestützt werden, da der dort vorausgesetzte Beschluss der Hauptversammlung fehlt. § 3 Abs. 5 des Dienstvertrags begründet von vornherein keinen Anspruch, sondern begrenzt nur etwaige Ansprüche des Beklagten auf einen Höchstbetrag von 100.000,00 €. 101

d) Anspruch auf Rückzahlung Beratervergütung i.H.v. 61.399,23 € (33.914,00 € und 27.485,23 €) aus Rechnungen vom 27.5.2009 und vom 18.7.2010

Die E AG „neu“ hatte Anspruch auf Rückgewähr von 61.399,23 € Beratervergütung aus den 102
Rechnungen vom 27.5.2009 und 18.7.2010.

aa) Aufsichtsratsmitglied

Insoweit macht der Beklagte geltend, er sei ab der ersten Hauptversammlung der E AG „neu“ 103
nach ihrer Umwandlung (von der 2. E GmbH) vom 11.5.2009 nicht mehr wirksam
Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft gewesen. Da er nämlich im Zuge der Umwandlung
Mitglied im ersten Aufsichtsrat der neuen AG gewesen sei, habe sein Amt gem. § 30 AktG mit
der ersten Hauptversammlung geendet. Der Beklagte hat das Amt des
Aufsichtsratsvorsitzenden aber unstreitig auch in der Folgezeit tatsächlich ausgeübt. § 114
AktG gilt, wie bereits dargelegt (oben, a) aa)), auch im Falle fehlerhafter Bestellung.

bb) Dienstvertrag mit dem Beklagten – analoge Anwendung auf nahestehende Personen

Der Beklagte wendet weiterhin ein, ausweislich der Rechnungen vom 27.5.2009 und 104
18.7.2010 sei nicht er, sondern die N AG Partner des Beratungsvertrags gewesen, deren
Vorstandsvorsitzender, aber nicht Inhaber er gewesen sei.

Nach allgemeiner Meinung ist § 114 AktG indessen auch auf „nahestehende Personen“ 105
anwendbar, MünchKommAktG/Habersack, § 114 AktG Rn. 12 ff. Das ist zwar hier anders als
bei § 115 AktG nicht ausdrücklich angeordnet. Doch ist die Vorschrift insoweit planwidrig
unvollständig und die Lücke dem Zweck von § 114 AktG entsprechend im Wege der Analogie
zu schließen; BGH, NZG 2006, 712 Rn. 11. Daher hat die Rechtsprechung § 114 AktG auch
auf Verträge mit einer Aktiengesellschaft erstreckt, die im Alleineigentum des
Aufsichtsratsmitglieds steht; BGH, NZG 2006, 712 Rn. 11; OLG Frankfurt a.M., NZG 2006, 29
. Darüber hinaus wird die Vorschrift aber auch auf eine juristische Person angewandt, deren
gesetzlicher Vertreter das Aufsichtsratsmitglied ist; KG, AG 1997, 42, 44; LG Köln, ZIP 2002,
1296 = AG 2003, 167. LG Stuttgart, BB 1998, 1549 wendet § 114 AktG auf den
Beratungsvertrag der AG mit einer Anwaltssozietät in Form einer BGB-Gesellschaft an, der
das Aufsichtsratsmitglied angehört. Dieser Rechtsprechung schließt sich der Senat an.

Im vorliegenden Fall hat die N AG der E AG „neu“ „die von Herrn T in unserem Auftrag für Sie 106
erbrachten Beratungsleistungen“ in Rechnung gestellt. Der Beklagte war mithin nicht nur
Vorstandsvorsitzender der N AG, sondern auch der Berater, dessen persönliche Leistungen
die Gesellschaft hier abgerechnet hat. Demgegenüber verfängt der Einwand des Beklagten
nicht, er sei nicht Anteilseigner der Gesellschaft und ihm kämen die Vergütungen auch
wirtschaftlich nicht zugute. Dem Schutzzweck von § 114 AktG entsprechend kann es nicht
auf die rechtliche Konstruktion ankommen, ob das Aufsichtsratsmitglied rechtlich
Begünstigter der Vergütungsgewährung ist. Maßgeblich muss eine wirtschaftliche
Betrachtung sein. Diese legt die Rechtsprechung des BGH schon jetzt an, wenn sie die
Vorschrift auf eine Gesellschaft im Alleineigentum des Aufsichtsratsmitglieds anwendet.
Jedenfalls im vorliegenden Fall kommt es aber auf die Inhaberschaft der begünstigten
Gesellschaft nicht an. Entscheidend ist, dass eine Vergütung für die vereinbarten
persönlichen Dienstleistungen des Aufsichtsratsmitglieds entsprechend § 115 Abs. 3 S. 1
AktG einem von diesem vertretenen Dritten (der N AG) gewährt wird; KG, AG 1997, 42, 44;

vgl. auch LG Köln, AG 2003, 167.

Allerdings hat der Beklagte eingewandt, da er nicht Anteilseigner der N AG gewesen sei, 107
seien ihm die Vergütungen nicht wirtschaftlich zugute gekommen. Darauf kommt es indessen
nach der gesetzgeberischen Wertung von § 115 Abs. 3 S. 1 AktG, die auch bei der
entsprechenden Anwendung im Rahmen von § 114 AktG zu beachten ist, nicht an. Diese
gesetzgeberische Wertung hat ihren guten Grund darin, dass der gesetzliche Vertreter einer
juristischen Person oder Personenhandelsgesellschaft bereits wegen seiner
treuhänderischen Bindung der Gesellschaft gegenüber stets ein auch wirtschaftliches
Interesse an deren Vorteilen hat. Im Übrigen besteht die Gefahr einer sachwidrigen
Beeinflussung auch dann, wenn (wie z.B. bei einer Zahlung an eine gemeinnützige Stiftung)
„lediglich“ nicht-wirtschaftliche oder immaterielle Interessen des Vorstandsmitglieds gefördert
werden. Bereits in der Möglichkeit, den Adressaten der Zahlung zu bestimmen, ist ein
relevanter Vorteil zu sehen.

Im Übrigen hat der Beklagte seine Behauptung, die Zahlungen seien ihm wirtschaftlich nicht 108
zugeflossen, nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Angesichts der Tatsache, dass die von
ihm vertretene N AG eine Vergütung für die von ihm persönlich erbrachten
Beratungsleistungen erhalten hat, reicht die bloße Behauptung, diese seien ihm nicht
zugeflossen, für einen substantiierten Vortrag nicht aus. Da der Beklagte die Verwendung der
Zahlungen als Vorstandsvorsitzender der Zahlungsempfängerin selbst kontrollierte und da es
wirtschaftlich vollkommen fernliegend ist, dass sie ihn in keiner Weise begünstigt haben,
hätte der Beklagte zu dem Vorgang näher vortragen müssen.

cc) Passivlegitimation

Ungeachtet der Tatsache, dass die Zahlung nicht an den Beklagten erfolgte, sondern an die 109
N AG (als dem Beklagten „nahestehende Person“), ist der Beklagte selbst und nicht die
Empfängerin passivlegitimiert. Allerdings erfolgt auch die Zahlung an die „nahestehende
Person“ (Dritten) mangels Zustimmung des Aufsichtsrats ohne rechtlichen Grund, so dass
auch ein Anspruch gegen den Dritten aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht kommt
(§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB). Die analoge Anwendung von § 114 Abs. 2 S. 1 AktG auf
Zahlungen an nahestehende Dritte bedeutet indessen, dass der Pflichtenkreis des
Aufsichtsratsmitglieds entsprechend erweitert und ihm der Empfang zugerechnet wird. Daher
ist ungeachtet des Zahlungsflusses auch das Aufsichtsratsmitglied selbst zur Rückgewähr
verpflichtet; vgl. BGH, NZG 2006, 712 Rn. 9 ff. KG AG 1997, 42, 45 (mit
Nichtannahmebeschluss des BGH, AG 1997, 45).

e) Anspruch auf Zinszahlung

Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Zinsen ist nicht ab Fälligkeit begründet. 110
Auch § 286 Abs. 3 BGB findet keine Anwendung, da es sich nicht um eine Entgeltforderung
handelt. Nach § 291 S. 1 BGB kann die Klägerin Verzinsung ihrer Forderungen ab
Rechtshängigkeit i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangen. Anspruch auf
Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. § 288 II BGB ist nicht
begründet, da es sich nicht um eine Entgeltforderung handelt.

2. Übergang

Die Forderungen der E AG „alt“ und der E AG „neu“ sind auf die Klägerin übergegangen. 111

a) Gesamtrechtsnachfolgen

Die Klägerin hat die Forderungen der E AG „alt“ und der E AG „neu“ im Wege einer Reihe von Gesamtrechtsnachfolgen durch Umwandlung erworben. 112

aa) Entstehung der Klägerin durch Umstrukturierung der E AG „alt“ und der E AG „neu“

Die Klägerin ist durch Ausgliederung aus der E AG „alt“ auf die 2. E GmbH, deren Umwandlung in die E AG „neu“, anschließende Umfirmierung in I AG und erneute Umwandlung in die I GmbH entstanden. Das hat die Klägerin hinreichend substantiiert vorgetragen und der Beklagte nicht substantiiert bestritten. 113

Zweifel daran, dass die Klägerin durch formwechselnde Umwandlung der I AG entstanden ist und dass diese – mit geänderter Firma – identisch ist mit der E AG „neu“ bestehen nicht. Diese Vorgänge hat die Klägerin durch Vorlage von Handelsregisterauszügen (eBl. 21 und 22 ff.) belegt. Demgegenüber reicht das schlichte Bestreiten des Beklagten (eBl. 78) nicht aus. 114

Unbegründet ist die Mutmaßung des Beklagten, Herr K habe die 2. E GmbH nicht wirksam in eine AG umwandeln können, da diese Tochter der 3. E GmbH gewesen sei (eBl. 78). Herr K handelte bei der Umwandlung ausdrücklich als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der 3. E GmbH, die Alleingesellschafterin der 2. E GmbH war. Im Übrigen beruft sich der Beklagte selbst auf diese Umwandlung (eBl. 83). 115

Unsubstantiiert ist der Vortrag des Beklagten zu einer im Handelsregister F zu HRB 00003 eingetragenen Gesellschaft. Da der Beklagte dazu keinen Handelsregisterauszug vorgelegt hat, kann dieser Vortrag nicht nachvollzogen werden. Im Übrigen hat der Kläger aber etwaige Zweifel in seiner Stellungnahme zu diesem Vortrag des Beklagten (eBl. 195 f.) ausgeräumt und umfassend die maßgeblichen Handelsregisterbezeichnungen dargelegt. 116

bb) Forderungsübergang durch Gesamtrechtsnachfolge

Die Forderungen der E AG „alt“ sind infolge der Ausgliederung ihres gesamten Geschäftsbetriebs gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die 2. E GmbH übergegangen. Nach dieser Vorschrift gehen bei Ausgliederung die ausgegliederten Teile des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers (E AG „neu“), entsprechend der im Spaltungs- und Übernahmevertrag (bzw., bei der Ausgliederung, im Spaltungsplan, § 136 UmwG) vorgesehenen Aufteilung als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger (2. E GmbH) über. 117

(1) Berücksichtigung des in der Berufungsinstanz vorgelegten Spaltungsplans vom 13.12.2007

Für den Umfang der Übertragung kommt es vorliegend auf den Spaltungsplan vom 13.12.2007 an. Diesen hat die Klägerin in dieser Form erstmals als Anlage (BK1, eBl. 528 ff.) zur Berufungsbegründung vorgelegt. Ungeachtet dessen ist der darin liegende Klägervortrag zu berücksichtigen. Der Spaltungsplan war bereits Gegenstand des Vortrags beider Parteien in der ersten Instanz. Beide Parteien haben sich dabei sowohl auf die hier maßgeblichen Erwägungen der Präambel als auch auf die Regelung von § 1 des Spaltungsplans über die Ausgliederung bezogen (z.B. Schriftsatz der Klägerin vom 27.10.2017, eBl. 294; Schriftsatz des Beklagten vom 24.11.2016, eBl. 209). Die Beklagte hat zudem selbst das Protokoll der Hauptversammlung der E AG „alt“ – an der der Beklagte als Aufsichtsratsvorsitzender mitgewirkt hat – in den Prozess eingeführt, die sich auf den Spaltungsplan vom 13.12.2007 bezieht (Anlage B15, eBl. 115 ff.). Überdies hat sie wiederholt und eingehend zu der – aus ihrer Warte maßgeblichen – Auslegung von Anlage 9 des Spaltungsplans vorgetragen. Der Spaltungsplan war mithin beiden Parteien bekannt und der Sache nach bereits in den Prozess einbezogen.

Allerdings lag der Spaltungsplan dem Landgericht nicht vor und hat es sich damit auch nicht auseinandergesetzt. Soweit der Vortrag der Klägerin insoweit als neu anzusehen ist, ist er gleichwohl nach §§ 529, 531 ZPO zuzulassen. Der Spaltungsplan und sein Inhalt sind zwischen den Parteien unstreitig und daher unabhängig von Zulassungsgründen i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen. 119

(2) Auslegung des Spaltungsplans vom 13.12.2007

Nach dem Spaltungsplan vom 13.12.2007 übertrug die E AG „alt“ „den gesamten Geschäftsbetrieb mit allen Aktiva und Passiva“ auf die 2. E GmbH. Der E AG „alt“ sollten als einziger Vermögenswert die von ihr gehaltenen eigenen Aktien verbleiben. Die Auslegung des Spaltungsplans gem. §§ 133, 157 BGB (dazu BGH, NZG 2003, 1172, 1174) ergibt, dass auch die Ansprüche der E AG „alt“ gegen den Beklagten von der Übertragung erfasst sein sollten. Dagegen spricht allerdings, worauf der Beklagte hinweist, dass der Spaltungsplan in § 1 die auszugliedernden Vermögensteile nach einzelnen Kategorien näher benennt und ergänzend in weiteren Anlagen spezifiziert. Weder in der Gruppe der „Mitarbeiterverträge“ noch in der Gruppe der „sonstigen Verträge“ und der zugehörigen Anlagen wird jedoch der Vertrag mit dem Beklagten aufgeführt. Auch wenn der Spaltungsplan indessen einzelne übertragene Gegenstände benennt, kann die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ergeben, dass die Übertragung auch weitere, nicht aufgeführte Gegenstände umfassen soll; BGH, NZG 2003, 1172, 1174; zust. jetzt auch Lutter/Priester, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 126 UmwG Rn. 58. Vorliegend sprechen die überwiegenden Gründe dafür, auch die Forderungen der E AG „alt“ gegen den Beklagten in die Übertragung einzubeziehen. Dass die Ansprüche gegen den Beklagten in den Aufstellungen zu § 1 Spaltungsplan nebst Anlagen nicht genannt sind, dürfte durch mehrere Umstände zu erklären sein. Zum einen ist das Aufsichtsratsmitglied nicht i.e.S. Mitarbeiter der AG. Zum anderen handelt es sich bei den hier fraglichen Ansprüchen nicht um vertragliche Ansprüche, sondern um gesetzliche. Außerdem waren die in Rede stehenden Ansprüche seinerzeit noch nicht bekannt. Für deren Übertragung spricht der ausdrückliche Zweck, „den gesamten Geschäftsbetrieb mit allen Aktiva und Passiva“ zu übertragen. Auch wenn dies im Spaltungsplan nicht so bezeichnet ist, steht die Formulierung doch – entgegen der Auffassung des Beklagten – einer sogenannten „All-Klausel“ (dazu Lutter/Priester, § 126 UmwG Rn. 55) gleich. Bei der übertragenden Gesellschaft sollten ausdrücklich allein die eigenen Aktien verbleiben. Allerdings bestand die übertragende Gesellschaft auch nach der Ausgliederung fort und hatte auch weiterhin Rechtsbeziehungen 120

zu ihren Organmitgliedern. Dieser Umstand könnte dafür sprechen, dass auch bestehende Forderungen aus diesen Rechtsbeziehungen bei der E AG „alt“ verbleiben sollten. Indessen beziehen sich solche bestehenden Ansprüche auf die Zeit der vorherigen Amtsführung, die einen engen Bezug zu dem zu übertragenden „gesamten Geschäftsbetrieb“ aufweisen. Das spricht dafür, dass sie auch mit dem Geschäftsbetrieb übertragen werden sollten.

(3) **Umwandlung auf die E „neu“**

Infolge der anschließenden Umwandlung der 2. E GmbH in die E AG „neu“ gingen die Ansprüche aus § 114 Abs. 2 S. 1 AktG auf diese über, § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. 121

Die anschließende Umfirmierung der E AG „neu“ in I AG ließ deren Rechtspersönlichkeit und damit auch die Ansprüche der E AG „neu“ gegen den Beklagten aus § 114 Abs. 2 S. 1 AktG unberührt. 122

(4) **Umwandlung in die I GmbH**

Die schließlich erfolgende erneute Umwandlung der I AG in die Klägerin ließ die Ansprüche gegen den Beklagten aus § 114 Abs. 2 S. 1 AktG auf diese übergehen, § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. 123

Die Rückgewähransprüche wegen der Barvergütung, der Sachvergütung sowie der Tantieme aus der Vereinbarung vom 8.6.2006 sind mithin im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zunächst auf die 2. E GmbH, von dieser auf die E AG „neu“ und schließlich auf die I GmbH übergegangen. Die Rückgewähransprüche der E AG „neu“ sind auf die I GmbH übergegangen. 124

b) *Hilfsweise Forderungsübergang durch Abtretung im Zuge der Ausgliederung*

Aber auch wenn man der Auslegung des Spaltungsplans nicht folgen würde, hätte die Klägerin die Ansprüche der E AG „alt“ doch im Wege der Abtretung von der G GmbH erworben. Hat die E AG „alt“ die Ansprüche nicht im Wege der Ausgliederung auf die 2. E GmbH übertragen, so sind sie bei ihr verblieben und im Zuge ihrer Umwandlung auf die G GmbH übergegangen, § 202 UmwG. Die G GmbH hat sie sodann durch Vereinbarung vom 29.12.2015 an die Klägerin abgetreten. 125

Allerdings ist der Wortlaut der Abtretung nicht vollkommen eindeutig, da sich diese bezieht auf „die zur Zeit des Bestehens der G G GmbH in der Rechtsform der E H AG (Amtsgericht F HRB 19108)“ begründeten Ansprüche bezieht. Mit dem Beklagten könnte man den Bezug auf die Handelsregisternummer dahin verstehen, dass sich die Abtretung nur auf Ansprüche bezöge, die entstanden sind in der Zeit, als die E AG „alt“ zu dieser Nummer im Handelsregister eingetragen war, also ab dem 15.3.2007. Indessen gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, warum die Parteien eine solche zeitliche Beschränkung der Ansprüche gewollt haben könnten. Im Hinblick auf ihr Ziel, der Klägerin die Verfolgung von Ansprüchen gegen den Beklagten zu ermöglichen, ist die Sitzverlegung (und die damit verbundene Änderung der Handelsregistereintragung) rein zufällig. Der Bezug auf die Handelsregisternummer ist daher so zu verstehen, dass die Parteien damit lediglich die Identifizierung der Zedentin beabsichtigten. 126

Soweit der Beklagte rügt, die Forderungen der E „alt“ seien zum Zeitpunkt der Abtretung bereits verjährt gewesen, stünde dies einer Abtretung nicht entgegen; MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 398 BGB Rn. 62. Im Übrigen ist auf die obigen Ausführungen zur Verjährung (1.a) hh)) zu verweisen. 127

IV.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 92 Abs. 2 Nr. 1; 708 Nr. 10, 711 ZPO. 128

Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 129