

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

AktG 1965 §§ 27, 52, 63, 183, 205; KO § 55 Abs. 1

Nr. 1;

EWG-Richtlinie 77/91;

EWG-Vertrag Art. 177 Abs. 3

- a) Die Umgehung der Vorschriften über den präventiven Kapitalaufbringungsschutz ist im Aktienrecht nach den Grundsätzen der Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" auch im Rahmen der Kapitalerhöhung nicht zulässig. Die Vorschriften über die Nachgründung (§§ 52 f AktG) und die Regelung des § 27 Abs. 1 Satz 2 AktG schließen die Anwendung dieser Grundsätze nicht aus.
Der Umgehungstatbestand setzt keine Umgehungsabsicht voraus. Ob das Bestehen eines zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs mit einer Leistung auf das Gesellschaftskapital dafür ausreicht oder ob trotz grundsätzlicher Maßgeblichkeit objektiver Umgehungsvoraussetzungen eine Abrede zwischen dem Bareinleger und dem Vertretungsorgan getroffen werden muß, die den wirtschaftlichen Erfolg der umgangenen Norm umfaßt, bleibt offen.
- b) Der Schutz gegenwärtiger und künftiger Aktionäre sowie potentieller Gläubiger gebietet es grundsätzlich, diese Vorschriften auch auf die Einbringung einer im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung gegenüber der Gesellschaft bestehenden Darlehensforderung anzuwenden.
- c) Die Fälligkeit der Bareinlageverpflichtung setzt eine Zahlungsaufforderung i.S. des § 63 Abs. 1 AktG voraus. Verzugswirkungen treten bei nicht rechtzeitiger Leistung

mit der Zahlungsaufforderung nur dann ein, wenn in ihr ein Zahlungstermin festgesetzt wird und wenn sie entsprechend einer in der Satzung getroffenen Regelung den Aktionären zuzusenden ist und auch zugeht.

- d) Die Zweite Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 13.12.1976 (ABl. 1977 - L 26/1) schließt den Fortbestand nationalen Rechtes, das strengere Voraussetzungen enthält, nicht aus, soweit Vorschriften der Richtlinie keine Höchstmaßregelung treffen. Die Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" ist mit den in Betracht zu ziehenden Vorschriften der Richtlinie unter diesem Gesichtspunkt vereinbar.

Der Bundesgerichtshof braucht diese Rechtsfrage nicht dem Europäischen Gerichtshof zur Einholung einer Vorabentscheidung nach Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag vorzulegen.

- e) Die Aufrechnung gegen eine Forderung aus Verzinsung einer Bareinlageforderung ist dem Konkursgläubiger nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO verwehrt, soweit die Zinsforderung in der Zeit nach Eröffnung des Konkursverfahrens entstanden ist.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 164/88

URTEIL

Verkündet am:
15. Januar 1990
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

A V [REDACTED] GmbH, L [REDACTED] straße,
K [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer
Claus W [REDACTED] und Hans-Josef K [REDACTED],

Beklagte, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang P [REDACTED], als Konkursverwalter
betreffend die I H [REDACTED] AG, K [REDACTED] straße [REDACTED] M [REDACTED]

Kläger, Revisionsbeklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WV



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Bauer, Röhricht, Dr. Henze und Stodolkowitz

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 28. April 1988 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Klägers wird das vorbezeichnete Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage auf Zahlung der für die Bareinlageverpflichtung geltend gemachten Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist seit der Eröffnung des Konkursverfahrens am 13. Dezember 1983 Konkursverwalter über das Vermögen der I H AG (künftig: Gemeinschuldnerin) mit Sitz in M. Er macht gegenüber der Beklagten - soweit jetzt noch von Interesse - eine Einlageforderung aus Kapitalerhöhung (5 Millionen DM) und Schadenersatzforderungen wegen nicht rechtzeitiger Zahlung der Einlage (u.a. einen kapitalisierten Zinsbetrag von 761.622,47 DM) geltend. Dem Klagebegehren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Gemäß Vertrag vom 16./21. Dezember 1979 stellten die L-Werke KGaA (künftig: L-Werke) der Gemeinschuldnerin einen in neun gleichen Jahresraten rückzahlbaren Lieferantenkredit von 5 Millionen DM zur Verfügung. Als die Zahlung der am 20. Januar 1982 fällig gewordenen Tilgungsrate ausblieb, verhandelten die L-Werke und die Gemeinschuldnerin über eine Beendigung des Kreditvertrages einschließlich des von seinem Bestand abhängigen Liefervertrages vom 16./21. Dezember 1979. Die Gemeinschuldnerin brachte im Zuge der Verhandlungen eine Beteiligung der L-Werke an ihrem Grundkapital ins Gespräch und erklärte, sie werde im Falle der Übernahme einer Einlage durch die L-Werke in Höhe von 5 Millionen DM das Darlehen zurückführen. Die L-Werke erklärten sich unter dieser Voraussetzung zu einer Beteiligung in der genannten Höhe bereit. Sie veranlaßten die Gründung der Beklagten und schlossen mit dieser außer einem Ergebnisübernahme- und Organschaftsvertrag einen Treuhandvertrag ab. Nach dessen wesentlichem Inhalt verpflichtete sich die Beklagte zur Zeichnung von Aktien der Gemeinschuldnerin im Nennwert von

1.562.500,-- DM gegen Leistung einer Bareinlage von 5 Millionen DM sowie zu deren Verwaltung für die L-Werke als Treugeber, während diese es übernahm, die Beklagte als Treuhänderin von jeder Haftung freizustellen und ihr die in Ausführung des Auftrages entstehenden Aufwendungen zu erstatten.

Die Beklagte zeichnete am 27. Juli 1982 Aktien der Gemeinschuldnerin in der vorgenannten Höhe im Rahmen einer am 6. August 1982 in das Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital. Sie zahlte am 2. August 1982 mit Wertstellung zum 30. Juli 1982 den von dem Bankhaus S. M. H. & Co. (künftig: SMH-Bank) kreditierten Betrag von 5 Millionen DM auf das bei diesem Bankinstitut geführte Kapitalerhöhungskonto der Gemeinschuldnerin ein. Diese übersandte den L-Werken am 9. August 1982 zur Ablösung des Lieferantenkredites einen Verrechnungsscheck über 5 Millionen DM, der am 13. August 1982 zu Lasten des Geschäftskontos der Gemeinschuldnerin eingelöst wurde. Der Sollbestand dieses Kontos wurde durch Umbuchung eines entsprechenden Betrages vom Kapitalerhöhungskonto auf das Geschäftskonto am 16. August 1982 zurückgeführt. Der Kredit der Beklagten bei der SMH-Bank wurde durch Überweisung des Betrages von 5 Millionen DM seitens der L-Werke vom 11. August 1982 am 13. August 1982 glattgestellt.

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger von der Beklagten die Zahlung der geltend gemachten Beträge fordern kann. Sie sind insbesondere unterschiedlicher Ansicht darüber, ob die Beklagte die Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage erfüllt und die Gemeinschuldnerin das Darlehen der L-Werke wirksam getilgt hat oder ob auf diese Erfüllungshandlungen

einschließlich der ihnen zugrundeliegenden Vereinbarungen die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage mit der Folge angewandt werden müssen, daß die genannten Erfüllungshandlungen und Vereinbarungen gegenüber der Gemeinschuldnerin unwirksam sind.

Das Landgericht (Urteil veröffentl. in WM 1987, 314 = ZIP 1987, 512) hat die Beklagte unter Abweisung der Klage im übrigen zur Zahlung des Betrages von 5 Millionen DM nebst 5 % Zinsen seit dem 10. August 1985 verurteilt. Das Berufungsgericht (Urteil veröffentl. im WM 1988, 1013 = ZIP 1988, 642) hat den Rechtsstreit mit Rücksicht auf eine von dem Kläger im Prozeß erklärte Aufrechnung in Höhe von 90.790,26 DM für erledigt erklärt und die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 4.909.209,74 DM nebst 5 % Zinsen von 5 Millionen DM vom 25. April 1985 bis zum 9. August 1985 sowie von 4.909.209,74 DM seit dem 18. März 1988 verurteilt.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt.

Der erkennende Senat hat die Revision des Klägers angenommen, soweit der Anspruch auf die von ihm geltend gemachte, aus der Einlageforderung von 5 Millionen DM hergeleitete Zinsforderung aberkannt worden ist. Die Revision der Beklagten ist angenommen worden, soweit sie zur Zahlung verurteilt und der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt worden ist. Die Annahme der weitergehenden Revisionen der Parteien hat der Senat abgelehnt. Im Umfange der Annahme verfolgen die Parteien mit ihren Revisionen ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten war zurückzuweisen.

Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils im Umfang der Revisionsannahme und zur Zurückverweisung.

A.

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Beklagte ihre Einlageverpflichtung über 5 Millionen DM aus der Zeichnung von Aktien der Gemeinschuldnerin nicht erfüllt hat. Es hat daher zu Recht dem Kläger als Konkursverwalter (§ 6 Abs. 2 KO) einen Anspruch auf Zahlung von 4.909.209,74 DM zuerkannt und den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, soweit der Kläger mit Schreiben vom 9. und 15. Januar 1987 in Höhe des Restbetrages von 90.790,26 DM mit der Einlageforderung gegen Kostenersatzforderungen der Beklagten aufgerechnet hat.

I.

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Beklagte als Treuhänderin der L-Werke durch Erklärung vom 27. Juli 1982 31.250 Aktien der Gemeinschuldnerin im Nennwert von 1.562.500,-- DM zum Barpreis von 5 Millionen DM gezeichnet, deren Ausgabe gegen Barzahlung der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates aufgrund der von der Hauptversammlung mit Beschluß vom 17. August 1981

ausgesprochenen Ermächtigung am 22. Juli 1982 beschlossen hatte. Den Vortrag der Beklagten und das Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme hat es dahingehend gewürdigt, die Beklagte habe sich zu der Beteiligung am Grundkapital der Gemeinschuldnerin bereitgefunden, weil diese dem alleinvertretungsberechtigten persönlich haftenden Gesellschafter der L-Werke K- L- durch ihren alleinvertretungsberechtigten Vorstandsvorsitzenden E- eine Darlehensrückgewähr in einem Zuge mit einer Aktienbeteiligung angeboten habe. Demnach seien die Abreden der Parteien über die Beteiligung der Beklagten sowie die Tilgung des Darlehens der L-Werke durch die Gemeinschuldnerin und die darauf beruhenden Leistungen nach der Vorstellung der Beteiligten als wirtschaftlich zusammengehörige Einheit gewollt gewesen. Sie seien nur äußerlich in zwei Rechtsgeschäfts- und Leistungsvorgänge aufgespalten worden. Das rechtfertige es, diese Vorgänge so zu werten, daß die Beklagte als Gegenleistung für die Aktien die Darlehensforderung der L-Werke habe einbringen sollen und auch eingebracht habe. Da auch die Einbringung einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung Gegenstand einer Sacheinlage sein könne, hätten die Beklagte und die Gemeinschuldnerin nach den Grundsätzen der Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" nichts anderes als die Leistung einer Sacheinlage vereinbart und durchgeführt. Ein Sacheinlagevorgang sei jedoch weder im Vorstandsbeschluß festgesetzt noch in den Zeichnungsschein aufgenommen worden, obwohl der Beschluß der Hauptversammlung zu einer Kapitalerhöhung sowohl gegen Bar- als auch Sacheinlagen ermächtigt habe. Auch die Handelsregisteranmeldung und -eintragung sowie deren Bekanntmachung hätten keine Sach-, sondern eine Bareinlage verlautbart. Unter diesen Umständen sei der unter

Übernahme einer Sacheinlageverpflichtung abgeschlossene Beitrittsvertrag unwirksam und die Beklagte nach Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister verpflichtet, den Einlagebetrag in bar und losgelöst von der Darlehensrückgewähr durch die Gemeinschuldnerin zu bezahlen.

II.

Die Revision greift die Ausführungen des Berufungsgerichtes mit grundsätzlichen Einwendungen gegen die Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" an.

1. Sie meint, die Vorschriften über die Nachgründung (§§ 52 f. AktG) enthielten eine für die Gründung der Aktiengesellschaft und für die Kapitalerhöhungsmaßnahmen abschließende Regelung der Umgehung der Bestimmungen über den vorbeugenden Kapitalaufbringungsschutz, so daß für die Anwendung der Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" im Aktienrecht kein Raum sei. Diesen Erwägungen vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zwingt nicht zu dem Schluß, daß die Nachgründungsvorschriften eine abschließende Regelung für die Umgehung der Bestimmungen über den vorbeugenden Kapitalaufbringungsschutz bei der Kapitalerhöhung darstellen. Allerdings wird zutreffend darauf hingewiesen, daß die Aktienrechtsnovelle des Jahres 1884 die

Einführung besonderer Schutzvorschriften für die Leistung von Sacheinlagen, wie sie für die Gründung geschaffen worden waren (vgl. Art. 209 b Abs. 2 , 4 und Art. 209 e ADHGB), für die Kapitalerhöhung nicht vorgesehen hat. War der wesentliche Grund für diese Regelung bei der Gesellschaftsgründung, Manipulationen der Gründer im Hinblick auf die Bewertung der Sacheinlagen und damit eine Täuschung der Aktienwerker, insbesondere auch der Zeichner bei der Sukzessivgründung zu verhindern (vgl. Allgemeine Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7. September 1883, Buschs Archiv Band 44 (1883), S. 134 ff., insbesondere S. 148 ff., 168 ff.), wurde eine vergleichbare Regelung für die Kapitalerhöhung nicht für erforderlich gehalten, weil die Gesellschaft bestehe und organisiert sei, so daß die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane und ihre Kontrolle durch ihre Aktionäre sowie die Anwendbarkeit der Nachgründungsvorschriften (Art. 213 f. ADHGB) ausreichend sei, um Fehlentwicklungen zu verhindern (vgl. Allgemeine Begründung aaO S. 209). Der Gesetzgeber des Jahres 1884 ging zwar davon aus, die Leistung von Einlagen könne auch bei der Kapitalerhöhung durch Gegenstände bewirkt werden, war aber der Ansicht, "mit diesen Erwerbungen und Aufwendungen" verhalte es sich "nicht anders als mit solchen, welche die Gesellschaft außer dem Fall einer Erhöhung des Grundkapitals vornimmt" (Allgemeine Begründung aaO S. 207, 209). Folgerichtig unterlag die Art der Aufbringung des erhöhten Grundkapitals nicht der Beschlußfassung durch die Generalversammlung (Gareis/Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetz-

buch, 1891, Bem. 411 Fn. 1 zu Art. 173 - 249 g ADHGB). Der Gesetzgeber hielt eine Festsetzung der Sacheinlage im Kapitalerhöhungsbeschluß ebensowenig für erforderlich wie eine Aufnahme in den Zeichnungsschein (Allgemeine Begründung aaO S. 207, 209). Er sah demnach in der Leistung der Sacheinlage im Gegensatz zur Gründung (vgl. insoweit Art. 209 b Abs. 2 ADHGB) nicht die Übertragung eines Gegenstandes auf die Gesellschaft als Einlage auf übernommene Aktien, also eine körperschaftsrechtliche Regelung (vgl. BGHZ 45, 338, 345), sondern behandelte diesen Vorgang wie eine Barerhöhung mit Übernahme des Gegenstandes gegen Vergütung aus deren Erlös. Unter diesen Voraussetzungen war es daher folgerichtig, die Vorschriften über die Nachgründung uneingeschränkt auf die Kapitalerhöhung anzuwenden und als eine auch für diese abschließende Regelung zu begreifen (vgl. Allgemeine Begründung aaO S. 199 f., 209; Gareis/Fuchsberger aaO Bem. 414 zu Art. 173 - 249 g).

Das in die Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane und in ihre Kontrolle durch die Aktionäre gesetzte Vertrauen des Gesetzgebers erwies sich jedoch ebenso als Fehleinschätzung wie die Wirksamkeit der Vorschriften über die Nachgründung. Deren Beschränkung auf Erwerbsgeschäfte, die innerhalb von zwei Jahren nach Eintragung in das Handelsregister getätigt wurden, reichte zur Verhinderung von Mißbräuchen nicht aus (Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in Schubert/Schmiedel/Krampe, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, 1988, S. 1080). Der Gesetzgeber gab daher die im Jahre 1884 getroffene Regelung, nach Ablauf von zwei Jahren seit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister uneingeschränkt alle Rechtsgeschäfte der

Verantwortung des Vorstandes unter Kontrolle von Aufsichtsrat und Generalversammlung anzuvertrauen, auf und führte für die Sacheinlagegeschäfte einschließlich der Übernahme von Vermögensgegenständen, deren Vergütung auf die Einlage angerechnet wurde, besondere Schutzvorschriften ein (vgl. §§ 279, 281, 284 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897). Zu Recht wurde daher allgemein angenommen, er habe mit der Maßnahme Schutz vor "Heimlichkeit, Verschleierung und Übervorteilung" bieten wollen (Brodmann, AktG, 1928, § 279 HGB Anm. 1; Schlegelberger/Quassowski, AktG, 1937, § 150 Rdn. 2; Heinichen in GroßKomm. zum AktG, 1939, § 150 Anm. 2). Da diese Regelung keiner Befristung unterworfen wurde, kann sie nicht - zumindest nicht allein - wie die Nachgründungsvorschriften als Schutzmaßnahme gegenüber der Einflußnahme der Gründer verstanden werden, sondern ist - auf jeden Fall auch - als Schutz gegenüber Mehrheitsaktionären und Verwaltung anzusehen. Damit ist über den Käufer- und Zeichnerschutz der Gründungs- und Nachgründungsphase hinaus ein substantiell eigenständiger Minderheiten- und Gläubigerschutz in der nach dieser Phase fortbestehenden Aktiengesellschaft geschaffen worden (abweichend offenbar Wilhelm, ZHR 152 (1988), S. 333, 358 Fn. 71). Daß dieser bei teleologischer Betrachtungsweise eines eigenen Umgehungsschutzes bedarf, ist von der Lehre der "verdeckten Sacheinlage" zutreffend erkannt worden.

Dem wird allerdings entgegengehalten, der Gesetzgeber habe bewußt davon abgesehen, die Übernahmegegeschäfte mit Ausnahme des Falles der Anrechnung der Vergütung auf die Einlageforderung in die Regelung bei der Kapitalerhöhung einzubeziehen (Brodmann aaO; Wilhelm aaO S. 350; Meilicke, Die

"verschleierte" Sacheinlage, 1989, S. 43). Brodmann führt dazu aus, bei der Gründung habe die Verlautbarung des Übernahmevertrages im Gesellschaftsvertrag ihren Grund darin, daß die Gesellschaft mit ihm belastet in das Leben treten solle. Da die Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung schon existiere und sie selbst durch ihr Vertretungsorgan den Vertrag abschließe, bestehe keine vergleichbare Gefahrensituation, der entgegengetreten werden müsse. Das vermag deswegen nicht zu überzeugen, weil diese Erwägungen gerade für die im Jahre 1884 getroffene Regelung maßgebend waren, von der der Gesetzgeber im Jahre 1897 abgewichen ist. Näher liegt die Annahme, der Gesetzgeber habe eine Übertragung der für die Gründung getroffenen Globalregelung auf die Kapitalerhöhung nicht für vertretbar gehalten, weil er befürchtet habe, daß dadurch die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft allzu starken Einschränkungen unterworfen werden könnte. Ein für eine gesetzliche Regelung geeignetes Abgrenzungsmerkmal habe er für Sachübernahmen vielmehr in der Anrechnung der Vergütungsforderung auf die Einlageforderung gefunden (Meilicke aaO S. 43). Die Überlegungen führen allerdings nicht notwendigerweise zu der Schlußfolgerung, damit habe zugleich jeglicher Umgehungsschutz für die Kapitalerhöhung ausgeschlossen werden sollen. Ist eine bestimmte Regelung bewußt nicht in das Gesetz aufgenommen worden, kann darin der im Gesetz zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Wille liegen, die getroffene Regelung als abschließend zu betrachten und abweichende Möglichkeiten auszuschließen. Zwingend ist das jedoch nicht (vgl. BGHZ 105, 324, 340). Die genannten Argumente sprechen lediglich dafür, daß der Gesetzgeber des Jahres 1897 eine der Nachgründungsregelung vergleichbare pauschale Regelung für die Kapitalerhöhung im

Interesse der Aktiengesellschaft nicht verantworten zu können glaubte. Damit steht aber nicht fest, daß auch eine im Einzelfall festgestellte Umgehung der Schutzvorschriften sanktionslos bleiben sollte. Diese Folgerung kann aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht hergeleitet werden. Das Bestehen einer Gesetzeslücke, die durch die Lehre von der verdeckten Sacheinlage geschlossen wird, kann daher bereits entwicklungsgeschichtlich angenommen werden.

b) Ein Umgehungsschutz ist aus heutiger Sicht zudem um so dringlicher, als sich die Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen in der modernen Wirtschaft zu einem für die Aktiengesellschaft bedeutenden und unverzichtbaren Finanzierungsinstitut entwickelt hat und im Zuge der allgemeinen wirtschaftlichen sowie betriebswirtschaftlichen Entwicklung um die Institute der bedingten Kapitalerhöhung (§§ 192 ff. AktG), des genehmigten Kapitals (§§ 202 ff. AktG) und der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207 ff. AktG) erweitert worden ist. Diese Entwicklung hat ihren Niederschlag auch in einer Reihe von Ergänzungen der Schutzvorschriften, insbesondere der Ausweitung der Publizitätspflichten und der Einführung einer Kapitalerhöhungsprüfung gefunden (vgl. §§ 183 - 185, 188 AktG), die zu einer weitgehenden Angleichung an die bei der Gründung mit Sacheinlagen bestehenden gesetzlichen Anforderungen (vgl. insoweit §§ 27, 32 - 38 AktG), insbesondere im Zuge der Umsetzung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Dezember 1976 durch das Gesetz vom 13. Dezember 1978 (BGBl. I, 1959), geführt haben. Der in dieser Weise ausgestaltete präventive Kapitalaufbringungsschutz ist unter den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht nur ein Institut, das dem Schutz der Anteilseigner, insbesondere der

Minderheitsaktionäre dient, sondern es umfaßt auch den Schutz gegenwärtiger und künftiger Gläubiger sowie die schützenswerten Belange des allgemeinen Wirtschaftslebens und der Arbeitnehmer (vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980 § 1 V 2 (S. 86 f.); Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, S. 737). Die Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" stellt angesichts der Bedeutung der Kapitalerhöhung in ihren verschiedenen Gestaltungsformen sowie mit Rücksicht auf die Ausgestaltung, die diese Formen bis zum heutigen Zeitpunkt vor allem im Zuge der europäischen Rechtsangleichung erfahren haben, nicht nur einen zweckmäßigen, sondern auch einen notwendigen Bestandteil des Aktienrechts dar, mit dem die Umgehung der Vorschriften über den präventiven Kapitalaufbringungsschutz verhindert werden kann.

c) Die Revision vertritt die Ansicht, der Umfang dieses Schutzes müsse auf den im Wortlaut zum Ausdruck kommenden Regelungsinhalt der Schutznormen beschränkt werden. Dieser erfasse lediglich die Leistung von Sacheinlagen und den ihr als Ausnahmeregelung gleichgestellten Fall, daß eine aus einem Übernahmegeschäft herrührende Forderung auf die Einlage angerechnet werde (§ 183 Abs. 1 Satz 1, § 205 Abs. 1, § 27 Abs. 1 AktG). Dem kann schon aus den vorstehenden Gründen nicht gefolgt werden. Die Ansicht der Revision steht ferner zu dem Gebot der realen Kapitalaufbringung in Widerspruch, dessen Sicherung die genannten Vorschriften dienen. Stünde es demjenigen, der eine Sacheinlage zu erbringen in der Lage ist, nach Absprache mit dem Vorstand der Aktiengesellschaft frei, statt des dafür vorgeschriebenen Weges die Anteilsübernahme gegen Bareinlage zu wählen und für den bar eingezahlten Betrag der Gesellschaft sodann den Gegenstand,

der als Sacheinlage hätte eingebracht werden können, zu veräußern, würde er den gleichen Erfolg erzielen wie bei der Anteilsübernahme gegen Erbringung der Sacheinlage, er brauchte jedoch ebensowenig wie die Gesellschaft die Vorschriften über den Publizitäts- und Prüfungsschutz zu beachten. Würde man ein solches Verfahren als zulässig erachten, müßte befürchtet werden, daß der Weg der Sacheinlage immer seltener beschritten, die entsprechenden Schutzvorschriften unterlaufen würden und ein wirksamer Aktionärsminoritäten- und Gläubigerschutz infolge der Mißachtung dieser Vorschriften nicht mehr gewährleistet wäre. Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß der Weg der Übernahme gegen Entgelt von dem Inferenten bei der Gründung nur deswegen gewählt werden kann, weil das Gesetz (§ 27 Abs. 1 Satz 1 AktG) an ihn die gleichen Anforderungen stellt wie an die Leistung einer Sacheinlage (Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1452). Bei der Kapitalerhöhung verbleibt nur der Weg der Anteilsübernahme gegen Leistung der Sacheinlage (§ 183 Abs. 1 Satz 1, § 205 Abs. 1 AktG), soweit Inferent und Gesellschaft das Sachübernahmengeschäft nicht den für die Sacheinlage geltenden Schutzvorschriften unterwerfen.

Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, daß Abschluß und Abwicklung eines Darlehensvertrages von dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht erfaßt werden, weil keine "Vermögensgegenstände übernommen" werden. Auf den Wortlaut dieser Vorschrift kann jedoch nicht entscheidend abgestellt werden. Vielmehr ist maßgebend, daß diese Bestimmung Ausfluß des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung ist, dessen Sicherung sie dient. Bei Zugrundelegung dieses Gesetzeszweckes erfaßt die Vorschrift nach ihrem Regelungsinhalt jedes eine Sacheinlageleistung umgehende Geschäft. Die Einzelheiten der Abgrenzung sind noch an anderer Stelle darzulegen (vgl. unter II., 2).

d) Entgegen der Ansicht der Revision kommt der Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2 AktG schon unter diesen Voraussetzungen kein Ausnahmecharakter zu. Sie entspricht der bereits erwähnten Teilregelung über die Übernahme bei Anrechnung in der Vorschrift des § 279 Abs. 1 HGB in der Fassung vom 10. Mai 1897, die nur deswegen in das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 (RGBl. I, 107) nicht aufgenommen worden ist, weil die Sachübernahme gegen Anrechnung allgemein materiell einer Sacheinlage gleichgestellt und ihre ausdrückliche Regelung im Gesetz als überflüssig angesehen wurde (vgl. Ritter, AktG, 1939, § 150 Anm. 2 g; Schlegelberger/Quassowski, aaO § 150 Rdn. 2; Heinichen aaO § 150 Anm. 1; abweichend Brodmann aaO § 279 Anm. 1). In das geltende Recht ist die Bestimmung durch Gesetz vom 13. Dezember 1978 (BGBl. I, 1959) mit dem Ziel eingefügt worden, die Bestimmung des § 36 a Abs. 2 AktG über die vor der Anmeldung zum Handelsregister zu bewirkende Leistung von Sacheinlagen auf diesen Fall der Sachübernahme zu erstrecken (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts, BT-Drucks. 8/1678, S. 12; zur verfehlten gesetzgeberischen Konzeption vgl. Hüffer, NJW 1979, 1065, 1066). Es wird also im Hinblick auf den Zeitpunkt der Leistung der Sacheinlage lediglich klargestellt, daß ein "typischer Fall der Umgehung" als Sacheinlage anzusehen ist. Die grundsätzliche Zulässigkeit eines konkreten Umgehungsschutzes wird durch diese Vorschrift nicht in Frage gestellt (Lutter/Gehling aaO S. 1452).

e) Fraglich könnte allerdings sein, ob die in § 52 Abs. 1 AktG getroffene Regelung, die Rechtsgeschäfte im Umfang bis zu 1/10 des Grundkapitals von den Beschränkungen

der Nachgründung ausnimmt, nicht die Überlegung nahelegt, daß bei einer Sachkapitalerhöhung auftretende Umgehungstatbestände, die von der Zweijahresfrist dieser Vorschrift nicht mehr erfaßt werden, nur dann als gesetzwidrig angesehen werden können, wenn sie das genannte Volumen übersteigen. Denn es kann nicht richtig sein, daß die rechtlichen Maßstäbe, nach denen ein derartiger Vorgang beurteilt wird, von der Zufälligkeit des Zeitablaufes abhängen, ohne daß dieser Unterschied auch sachlich gerechtfertigt wäre. Eher müßte es umgekehrt sein, daß an die Beurteilung des Umgehungstatbestandes um so schärfere Anforderungen zu stellen sind, je näher er an den Zeitpunkt der Gründung heranreicht. Denn unter diesen Umständen besteht eine größere Wahrscheinlichkeit dafür, daß zu den bei der Kapitalerhöhung auftretenden Gefahren die aus der Gründung nachwirkenden noch hinzukommen. Indessen greifen diese Zweifel nicht durch. Kann man - das wird noch näher auszuführen sein - nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen davon ausgehen, daß die Beklagte ihre Beteiligung an der Kapitalerhöhung davon abhängig gemacht hat, daß die Gemeinschuldnerin das Darlehen der L-Werke, das zu diesem Zeitpunkt bereits mehrere Jahre bestand, tilgte, liegt für den Zeitpunkt der Durchführung der Kapitalerhöhung ein konkreter Umgehungstatbestand vor. Dieser würde jedoch, wenn er in die Zweijahresfrist des § 52 Abs. 1 AktG fiel, von der in dieser Vorschrift enthaltenen Beschränkung nicht erfaßt. Diese bezieht sich nur auf Sachverhaltsgestaltungen, welche die Voraussetzungen für einen konkreten Umgehungstatbestand nicht erfüllen (Lutter/Gehling aaO S. 1448 ff., insbesondere S. 1450).

2. Nach Ansicht der Revision schließt das Gesetz die Tilgung einer vor der Kapitalerhöhung begründeten Darlehensverbindlichkeit der Gesellschaft mit Bareinlagemitteln des Darlehensgläubigers nicht aus. Der Normzweck der für das Sacheinlagegeschäft maßgebenden Schutzvorschriften gebiete es nicht, die Darlehensforderung als Sacheinlage einzubringen. Die Voraussetzungen eines "verdeckten Sacheinlagegeschäftes" lägen schon aus diesem Grunde nicht vor. Auch darin kann der Revision nicht gefolgt werden.

Es ist allgemein anerkannt, daß eine Darlehensforderung, die ein Aktionär gegen die Aktiengesellschaft hat, als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht werden kann. Gegenstand der Sacheinlage ist die Forderung. Die Verpflichtung zur Leistung der Sacheinlage wird entweder dadurch erfüllt, daß die Forderung auf die Gesellschaft übertragen wird, so daß sie durch Konfusion erlischt, oder dadurch, daß der Aktionär sie erläßt (vgl. u.a. Eckardt in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1984 § 27 Rdn. 10; Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964, S. 239 f., Fn. 90; Priester, DB 1976, 1801 m.w.N.; Flume, DB 1964, 21). In der Lehre wird jedoch verschiedentlich die Ansicht vertreten, für Aktionär und Gesellschaft bestehe keine Verpflichtung, von einem Bareinlagegeschäft mit Forderungstilgung abzusehen und statt dessen ein Sacheinlagegeschäft mit Einbringung der Darlehensforderung unter Beachtung der dafür bestehenden Publizitäts- und Prüfungsvorschriften vorzunehmen (vgl. Geßler in FS Möhring 1975, 173, 189; Priester, DB 1976, S. 1804; Meilicke aaO S. 23 ff.; Heim, DNotZ 1955, 358, 361 ff.; Schnorr von Carolsfeld, DNotZ 1963, 404, 418).

Dem sind die Rechtsprechung und die überwiegende Lehre zu Recht nicht gefolgt (BGHZ 15, 52, 60 f. betr. die GmbH; OLG Köln ZIP 1984, 834, 835; OLG Hamburg GmbHR 1982, 157; LG Berlin BB 1977, 213 f.; Barz in GroßKomm. zum AktG, 3. Aufl., § 27 Anm. 12; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 66 Rdn. 27 ff.; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1989 § 183 Rdn. 25 f.; Lutter in FS Stiefel 1987, 505, 515 ff.; Fischer in Anm. z. BGH LM GmbHG § 19 Nr. 1; Goerdeler in FS Walter Schmidt 1959, S. 138, 152; Möhring in FS Reimer Schmidt 1976, S. 85, 99; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7 II. Aufl., § 5 Rdn. 44, 141, 7. Aufl., § 19 Rdn. 61; Langenfeld, GmbHR 1981, 55; Roth, GmbHG 1983, § 19 Anm. 6; Gustavus, BB 1977, 214 ff.). Zwar vollzieht sich bei der Umwandlung von Verbindlichkeiten in haftendes Kapital die Veränderung nur auf der Passivseite der Bilanz. Das rechtfertigt es aber nicht, die Forderung zu ihrem Nennwert umzuwandeln, "weil sich ihr Wert zunächst einmal aus ihrem Betrag ergibt" (Geßler aaO S. 191). Der Aktionär kann eine Umwandlung seiner Darlehensforderung nur in einer Höhe verlangen, in der die Gesellschaft sie entsprechend ihrem Leistungsvermögen erfüllen kann; denn danach bemißt sich ihre Werthaltigkeit (vgl. die anschaulichen Beispiele bei Gustavus in Anmerkung zu LG Berlin BB 1977, 231, 215; ferner Lutter in FS Stiefel aaO, 505, 517; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 183 Rdn. 26).

Dem wird allerdings entgegengehalten, der Zweck der Vorschriften über den präventiven Kapitalaufbringungsschutz erfordere deren Einhaltung bei der Einbringung der gegenüber

der Gesellschaft bestehenden Darlehensforderung nicht, weil bei Überschuldung der Gesellschaft im Zuge der Forderungseinlage das Kapital herabgesetzt werden müsse, so daß die Kreditforderung vollwertig werde (so Geßler aaO S. 192). Eine solche Verpflichtung besteht jedoch nicht. Zwar wird häufig in dieser Weise verfahren. Das geschieht aber nicht ausnahmslos (vgl. den vom LG Berlin entschiedenen Fall in BB 1977, 213). Auch braucht der Umfang einer Kapitalherabsetzung nicht so bemessen zu sein, daß eine vollständige Sanierung erfolgt und die Kreditforderung damit ihren vollen Wert wiedererlangt. Soweit eingewandt wird, die Umwandlung von Gesellschaftsverbindlichkeiten erfordere nicht die Anwendung der Sacheinlagevorschriften, weil durch sie gegenwärtige und künftige Gesellschafter nicht benachteiligt werden könnten, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Dieser Betrachtung liegt die einseitige Beurteilung des Vorganges als Umschichtung von Posten auf der Passivseite der Bilanz zugrunde. Zwar wird behauptet, die Gesellschafter erlangten dadurch einen Vorteil, daß ihnen die Kreditforderung nicht mehr wie bisher vorgehe, und das wiege den Nachteil auf, daß sie zum Nennwert getilgt werde und der neue Gesellschafter mit Anteilen zum Nennwert der Kreditforderung am Gewinn und am Liquidationserlös der Gesellschaft beteiligt sei (Geßler aaO S. 195; vgl. auch die Argumentation bei Meilicke aaO S. 24 ff.). Das vermag jedoch nicht zu überzeugen. Denn diese Überlegung enthält zuviele unbekannte Faktoren, so daß eine derart sichere Erfolgsbeurteilung unabhängig von der Prüfung des Einzelfalles nicht möglich ist.

Es darf nicht übersehen werden, daß dann, wenn die Aktien dem Nennwert der Kreditforderung entsprächen, die von dem Bezug dieser Aktien ausgeschlossenen Aktionäre um den über die Werthaltigkeit der Forderung hinausgehenden Betrag benachteiligt würden. Allerdings erleiden gegenwärtige Gläubiger keinen Nachteil, weil die Einbringung der Forderung nicht zu einer Liquiditätseinschränkung der Gesellschaft führt. Jedoch werden potentielle Gläubiger in ihrer Erwartung getäuscht, der Gesellschaft werde neues Kapital zugeführt. Denn durch Verlautbarung einer Barkapitalerhöhung wird die in Wirklichkeit vorgenommene Vermögensumschichtung nicht offenbart, sondern es wird der Eindruck der ungeschmälernten Zuführung neuen Barkapitals erweckt. Das hat weiter zur Folge, daß die für den Einbringungszeitpunkt vorzunehmende Forderungsbewertung und deren Überprüfung durch die zu bestellenden Prüfer, die Hauptversammlung sowie im Rahmen der Eintragung durch das Registergericht unterbleibt. Entgegen der Ansicht der Revision geht es insoweit nicht um eine Frage des Verbotes der Befreiung von Einlagen (§ 66 Abs. 1 Satz 1 AktG), sondern um eine solche des präventiven Kapitalaufbringungsschutzes.

III.

Ihren weiteren Rügen legt die Revision zwar im Ausgangspunkt die Ausführungen im Urteil des Senates vom 19. April 1982 (II ZR 55/81, WM 1982, 660, 662 = ZIP 1982, 689, 692, "Holzmann", insoweit in BGHZ 83, 319 nicht abgedruckt) zugrunde, nach denen ein Verstoß gegen die Sacheinlagevorschriften der §§ 183, 184 AktG auch dann vorliegt, wenn gemäß satzungsänderndem Beschluß eine Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen vorgesehen ist, die Gesellschaft andere Gegenstände als Geld gegen Hergabe neuer Aktien erwerben

will und dieser wirtschaftlich zusammengehörige Vorgang in ein Erwerbsgeschäft und eine Barzeichnung aufgespalten wird. Sie unterstellt ferner, daß dies auch dann gelte, wenn sich hinter dem aufgeteilten Geschäft die Einbringung einer gegen die Gesellschaft gerichteten Darlehensforderung verbirgt. Sie meint aber, das Vorgehen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten erfülle nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen einer "verdeckten Sacheinlage". Auch damit kann sie keinen Erfolg haben.

1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, sowohl dem Vorstandsvorsitzenden E. als auch dem persönlich haftenden Gesellschafter K.-L. habe eine Umgehungsabsicht gefehlt, weil beide weder von der Umwandlung des Darlehens in eine Beteiligung noch von der Leistung einer Sacheinlage ausgegangen seien. Darauf kommt es jedoch nicht an. Zwar hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung für Übernahmevereinbarungen verlangt, daß im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung die feste Absicht und aufgrund - wenn auch rechtsunverbindlich - getroffener Abmachungen die sichere Aussicht bestand, daß Gegenstände in die Gesellschaft eingebracht würden (RGZ 121, 99, 102, 157, 213, 224; 167, 99, 108; vgl. auch KG JW 1924, 199; 1932, 2670). Diese Ansicht wird auch heute noch in der Literatur vertreten (vgl. Wiedemann in GroßKomm zum AktG, 3. Aufl., § 138 Anm. 1 a; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 183 Rdn. 25 f.; Godin/Wilhelmi, AktG, 4. Aufl., § 66 Anm. 5; wohl auch Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, § 37 II 4, S. 840). Der Bundesgerichtshof ist der Rechtsprechung des Reichsgerichts bislang gefolgt, ohne sich aller-

dings mit der Frage der Umgehungsabsicht auseinandersetzen zu müssen (BGHZ 28, 314, 319; BGH, Urt. v. 21. September 1978 - II ZR 214/77, NJW 1979, 216; Urt. v. 19. April 1982 - II ZR 55/81 - aaO). Die Absicht, die für die Leistung der Sacheinlage maßgebenden Normen zu umgehen, gehört jedoch nicht zu den Voraussetzungen, unter denen die Erfüllung einer Bareinlagepflicht und die Tilgung einer Darlehensverbindlichkeit der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär als einheitliches, den Vorschriften über den präventiven Kapitalaufbringungsschutz unterliegendes Geschäft der Forderungseinbringung und damit als "verdeckte Sacheinlage" anzusehen sind. Denn die Gesetzesumgehung ist eine Frage der Rechtsanwendung, die an die Rechtsgeltung und die Durchsetzbarkeit des Regelungsinhaltes einer Norm aus eigener Kraft anknüpft (vgl. A. Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 69; ferner BGHZ 37, 363, 366; 51, 255, 262; 56, 285, 289; BAGE 10, 65, 70; Soergel/Hefermehl, BGB, 12. Aufl., § 134 Rdn. 40; Huber, Jura 1970, 784, 797; abweichend Mayer-Maly in MünchKomm, 1978, § 134 Rdn. 18). Sie kann von einem subjektiv vorwerfbareren Verhalten im Sinne einer Absicht nicht berührt werden (Huber, Jura 1970, 784, 797 Fn. 29; A. Teichmann aaO S. 69 f.).

Die Vorschriften, in denen die Einbringung von Sacheinlagen geregelt wird, sind Ausfluß des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung (vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980 § 10 IV 2). Sie sollen durch die Anordnung von Offenlegungs- und Kontrollmechanismen die Aufbringung des Grundkapitals sicherstellen. Sowohl dieses Ziel als auch die für sein Erreichen angeordneten Maßnahmen bestimmen sich allein nach den Vorschriften, die für das "verdeckte" Rechtsge-

schäft gelten. Würde die Durchsetzung dieser Normen davon abhängig gemacht, daß die betroffenen Parteien die Absicht verfolgen, sie zu umgehen, hinge die Verwirklichung des Normzweckes bei Fehlen einer solchen Absicht von normfremden Umständen ab. Unter dieser Voraussetzung könnte das Gesetz daher nicht durchgesetzt werden, selbst wenn sich die Parteien normzweckwidrig verhielten.

Ob im übrigen der Ansicht zu folgen ist, die für die Umgehung der Sacheinlagevorschriften das Vorliegen eines Sachverhaltes ausreichen läßt, nach dem die Gesellschaft zugunsten eines Gesellschafters eine Leistung zu erbringen hat, die objektiv in zeitlicher und sachlicher Nähe zu einem Vorgang der Leistung auf das Gesellschaftskapital steht (so OLG Hamburg WM 1988, 579 = ZIP 1988, 372; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG aaO § 66 Rdn. 31 ff., auch § 183 Rdn. 47; ders. in FS Stiefel aaO S. 511 ff.; Lutter/Gehling aaO S. 1446 f.; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7. II. Aufl., § 5 Rdn. 139 f.; Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 12. Aufl., § 5 Rdn. 34; § 19 Rdn. 28; § 56 Rdn. 11; Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl., § 5 Rdn. 18 f.; § 19 Rdn. 30; Scholz/Priester, GmbHG, 7. Aufl., § 56 Rdn. 9), oder ob man trotz grundsätzlicher Maßgeblichkeit objektiver Umgehungsvoraussetzungen von einer verdeckten Sacheinlage bei der Kapitalerhöhung nur dann ausgehen kann, wenn zwischen dem Bareinleger und dem Vertretungsorgan der Gesellschaft eine den wirtschaftlichen Erfolg der umgangenen Norm umfassende Abrede getroffen worden ist (vgl. Scholz/Winter, GmbHG, 7. Aufl., § 5 Rdn. 77; Scholz/U.H. Schneider, GmbHG, 7. Aufl., § 19 Rdn. 110; auch Fleck, OLG Hamburg EWIR § 5 GmbHG 1/88, 369), kann dahingestellt bleiben. Denn nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen erfüllt das

Vorgehen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten nach beiden Ansichten die Voraussetzung für das Vorliegen einer "verdeckten Sacheinlage". Danach sind die Einlageforderung am 2. und die Darlehensforderung am 9. August 1982 getilgt worden. Am 13. August 1982 haben die L-Werke das Konto der Beklagten glattgestellt. Der zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen den Zahlungen ist demnach unverkennbar. Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß zwischen dem Vorstandsvorsitzenden E. und dem persönlich haftenden Gesellschafter K.-L. eine - wenn auch gegenüber der Gemeinschuldnerin nicht wirksame - Absprache darüber getroffen worden ist, daß das Darlehen mit den von der Beklagten geleisteten Einlagemitteln getilgt werden sollte. Darin liegt eine Abrede, die den von der umgangenen Norm geregelten wirtschaftlichen Erfolg umfaßt. Soweit sich die Revision gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichtes wendet, be-
gibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Tatsachenwürdigung.

Daß auf seiten der Gemeinschuldnerin, wie die Revision geltend macht, die in Aussicht genommene Darlehenstilgung allein dem Vorstandsvorsitzenden E. nicht aber den Aufsichtsrats- und übrigen Vorstandsmitgliedern der Gemeinschuldnerin bekannt gewesen sei und der Zeichnungsschein nur eine Bareinlage beinhaltet habe, ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts. Der zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen den auf die Einlage- und Darlehensforderung vorgenommenen Zahlungen wird dadurch nicht in Frage gestellt. Da der Vorstandsvorsitzende Esch alleinvertretungsberechtigt war, muß sich die Gemeinschuldnerin sein Handeln auch zu-
rechnen lassen.

Soweit sie weiter darlegt, das Darlehen sei vor Begründung der Einlageforderung und damit unabhängig von dieser gegeben worden, verkennt sie, daß entscheidend ist, ob die Darlehensforderung im Zeitpunkt der Begründung der Einlageforderung zum Gegenstand einer Sacheinlage hätte gemacht werden können bzw. eine Absprache getroffen worden ist, nach der die Erfüllung der Einlageforderung und die Tilgung der Darlehensforderung miteinander verknüpft worden sind. Daß letzteres der Fall war, ist bereits dargelegt worden. Da die Darlehensforderung im Zeitpunkt der Begründung der Einlageforderung nicht nur bestand, sondern darüber hinaus nach dem Vortrag der Beklagten seit dem 18. März 1982 fällig gestellt war, hätte sie auch ohne weiteres zum Gegenstand einer Sacheinlage gemacht werden können.

IV.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt, daß zwischen der Darlehensgläubigerin und der Beklagten als Aktienzeichnerin keine Personenidentität bestanden habe. Die Personenverschiedenheit ändert jedoch an dem Charakter der verabredeten Tilgung der Darlehensforderung der L-Werke in Höhe der Einlageforderung und in zeitlicher Nähe mit deren Erfüllung als verdeckte Sacheinlage nichts. Es ist anerkannt, daß ihre Voraussetzungen nicht nur erfüllt sind, wenn die eingesetzten Mittel abredgemäß zur Tilgung einer Forderung des Zeichners verwendet werden, sondern auch dann, wenn in dieser Weise zugunsten einer dem Zeichner nahestehenden Person verfahren

wird (BGHZ 96, 231, 240). Zwischen der Beklagten und den L-Werken ist nicht nur am 22. Juli 1982 ein Ergebnisübernahme- und Organschaftsvertrag (Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 AktG) abgeschlossen und damit ein Konzernverhältnis (§ 18 Abs. 1 Satz 2 AktG) begründet worden, bei dessen Vorliegen trotz der fortgeltenden Personentrennung für bestimmte Fallgestaltungen eine Verletzung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung bejaht wird (Lutter in Kölner Kommentar zum AktG aaO § 66 Rdn. 35 ff.; ders. in FS Stiefel aaO S. 518 ff.; Schneider, ZGR SH 6, 1987, 121, 147; zurückhaltend Marsch-Barner, WuB II A. § 54 AktG 1.88). Diese Frage bedarf jedoch keiner Vertiefung. Denn die Beklagte und die L-Werke haben darüber hinaus am 21. Juli 1982 einen Treuhandvertrag abgeschlossen, nach dessen Inhalt sich die Beklagte gegenüber den L-Werken verpflichtet hat, 31250 Aktien im Nennbetrag von 1.562.500,-- DM gegen Bareinlage von 5 Millionen DM zu zeichnen, nach deren Weisungen zu handeln und die Aktien auf Verlangen an sie abzutreten. Die L-Werke haben die Verpflichtung übernommen, der Beklagten alle aus dem Treuhandauftrag entstehenden Aufwendungen zu erstatten und sie von jeder Haftung freizuhalten. Auf der Grundlage dieser Vereinbarung hat die Gemeinschuldnerin mit den von der Beklagten eingezahlten Mitteln nicht nur die Darlehensforderung der mit ihr durch einen Treuhandauftrag verbundenen L-Werke getilgt, was nach den oben dargelegten Voraussetzungen für die Annahme einer verdeckten Sacheinlage ausreichen würde, sondern diese haben die Mittel darüber hinaus an die Beklagte

zur Abdeckung ihrer Aufwendungen zurückgezahlt. Dieses "Hin- und Herzahlen" im Dreiecksverhältnis hat das Berufungsgericht treffend dahin umschrieben, letztlich habe die einzige Leistung der Beklagten an die Gemeinschuldnerin in der Einbringung der Darlehensforderung unter Mitwirkung der L-Werke bestanden. Auf die Beweggründe, aus denen die Beklagte eingeschaltet worden ist, kommt es unter diesen Umständen nicht an.

V.

Die Revision ist ferner der Ansicht, zur Vereinbarkeit der Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" mit der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Dezember 1976 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1977 L 26/1) und zu der Frage, ob der Erlaß einer Darlehensverbindlichkeit der Aktiengesellschaft durch den Aktionär als eine Sacheinlage im Sinne dieser Richtlinie anzusehen sei, müsse eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes nach Art. 177 Abs. 3 des EWG-Vertrages eingeholt werden. Angesichts der unterschiedlichen Beurteilung dieser Frage in einigen europäischen Rechten und der Entwicklungsgeschichte des Art. 7 der Richtlinie zur Frage der Feststellbarkeit des wirtschaftlichen Wertes von Vermögensgegenständen sei ihre Beantwortung nicht eindeutig. Das gelte auch für die Lehre von der "verdeckten Sacheinlage". Zwar strebe die Richtlinie die Sicherstellung eines Mindestmaßes an Gleichwertigkeit der nationalen gesetzlichen Regelungen an. Das bedeute aber nicht, daß jeder Staat im Hinblick auf jegliche Regelung zusätzliche Anforderungen stellen könne.

Vielmehr sei diese Möglichkeit auf die Vorschriften beschränkt, die ausdrücklich Mindestanforderungen enthielten.

Entgegen der Ansicht der Revision ist der Senat im vorliegenden Fall nicht zur Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes verpflichtet. Zwar ist der Bundesgerichtshof gemäß Art. 177 Abs. 3 des EWG-Vertrages gehalten, zur Frage der Auslegung von Handlungen der Organe der Gemeinschaft (§ 177 Abs. 1 lit. b des EWG-Vertrages) die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes einzuholen. Dazu gehören die von dem Rat erlassenen Richtlinien im Sinne des Art. 189 Abs. 1 des EWG-Vertrages (vgl. Everling, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1986, S. 25; Daig in Groeben/Böckh/Thiesing/Ehlermann, Komm. zum EWG-Vertrag, 3. Aufl., Art. 177 Rdn. 17; Art. 173 Rdn. 3). Der Vorlage bedarf es jedoch dann nicht, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage für den betreffenden Streitfall kein Raum bleibt (EuGH, Urt. v. 6. Oktober 1982, Rs 283/81, Slg. 1982, 3415, 3430 f.). Diese Voraussetzungen sind nach der Überzeugung des Senats im vorliegenden Fall erfüllt.

1. Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage, die bereits in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in der zum Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 (RGBl. I, 107) veröffentlichten Literatur anerkannt war und welcher der Bundesgerichtshof ebenso wie die zum Aktiengesetz vom 6. September 1965 erschienene Literatur gefolgt ist (vgl.

die Nachweise bei Lutter/Gehling aaO S. 1446 Fn. 10 - 14), ist durch die Vorschriften der Zweiten Richtlinie vom 13. Dezember 1976 nicht berührt worden. Diese beruht auf Art. 54 Abs. 3 lit. g in Verbindung mit Art. 58 Abs. 2 des EWG-Vertrages und hat zum Ziel, zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft in einer von mehreren Stufen "soweit erforderlich die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten". Die Bestimmungen sollen so aufeinander abgestimmt werden, "daß die übersiedelnde Gesellschaft sich nicht umwandeln oder erheblich umstellen muß und doch Gesellschaftern und Dritten unter der Rechtsordnung des Gastlandes gleiche rechtliche Sicherheit bietet wie dortige vergleichbare Gesellschaften" (vgl. Troberg in Groeben/Böckh/Thiesing/Ehlermann aaO § 54 Rdn. 12). Diese Rechtsangleichung suchte die Zweite Richtlinie in einer weiteren, auf die Erste Richtlinie vom 9. März 1968 folgenden Stufe durch Herbeiführung eines "Mindestmaßes an Gleichwertigkeit beim Schutz der Aktionäre einerseits und der Gläubiger der Gesellschaft andererseits" zu gewährleisten, um bei Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen die Beachtung der Grundsätze über die Gleichbehandlung der Aktionäre, die sich in denselben Verhältnissen befinden, und den Schutz der Gläubiger von Forderungen, die bereits vor der Entscheidung über die Herabsetzung bestanden, sicherzustellen und für die harmonisierte Durchführung dieser Grundsätze Sorge zu tragen, wie es in ihrer Präambel heißt. Ihr Ziel ist demnach die "Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften über die Gründung der Aktiengesellschaft sowie die Aufrechterhaltung, die Erhöhung und Herabsetzung ihres Kapitals" und die

Möglichkeit der Kenntnisnahme von der "genauen Zusammensetzung des Gesellschaftskapitals". Demgemäß sieht die Richtlinie in bestimmten Vorschriften eine ausdrückliche Mindestregelung vor (vgl. u.a. Art. 2, Art. 3, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 1 und 2, Art. 15 Abs. 1 lit. d, Art. 19, Art. 26, Art. 27 Abs. 1), in anderen Vorschriften trifft sie zwingende Höchstmaß- oder Ausschlußregelungen (vgl. u.a. Art. 7, Art. 11 Abs. 2, Art. 17 Abs. 1). Ein Teil der Vorschriften enthält weder nach ihrem Wortlaut noch Inhalt Beschränkungen im Sinne einer Mindest- oder Höchstmaßregelung (vgl. u.a. Art. 10 Abs. 1, Art. 27 Abs. 2). Für den Bereich der Sacheinlagen und Sachübernahmen sieht das wie folgt aus: Art. 3 lit. h schreibt als Mindestangabe die Bekanntmachung des Nennbetrages oder der Zahl der bei Sacheinlagen auszugebenden Aktien vor, Art. 9 Abs. 2 und Art. 27 Abs. 1 den Zeitraum, innerhalb dessen Einlagen, die nicht Bareinlagen sind, vollständig geleistet sein müssen. Art. 10 Abs. 1 bis 3 und Art. 27 Abs. 2 und 3 enthalten Berichts-, Prüfungs- und Offenlegungspflichten bei der Leistung von Sacheinlagen, Art. 7 schränkt den Kreis der bilanzierungsfähigen Vermögensgegenstände ein, Art. 11 Abs. 3 nimmt den - hier allein interessierenden - Erwerb im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft von der Nachgründungsregelung aus. Nach Art. 11 Abs. 1 muß der Erwerb von Gegenständen für einen Gegenwert von mindestens 1/10 des Grundkapitals zum Gegenstand einer Prüfung und Offenlegung gemacht werden, wie es bei der Gründung für die Leistung von Sacheinlagen vorgeschrieben ist. Er bedarf ferner der Zustimmung der Hauptversammlung, falls der Erwerb vor Ablauf einer Frist erfolgt, die vom nationalen Gesetzgeber mit mindestens zwei Jahren zu bemessen ist. Diese Vorschrift kann durch nationales Recht auf Aktionäre oder andere Personen ausgedehnt werden.

Aus dieser Regelung folgt, daß Art. 11 Abs. 1 zeitlich, sachlich und personell nur eine Mindestregelung enthält. Vermögensgegenstände dürfen nicht solche aus laufenden Geschäften sein, die Vertragspartner können um bestimmte Personenkreise erweitert werden. Eine nach dem nationalen Recht weitergehende Einschränkung der Umgehung von Sacheinlagegeschäften läßt die Richtlinie somit offen. Das betrifft Gründungs- und Kapitalerhöhungsvorgang gleichermaßen. Dem entspricht es, daß der Wortlaut der Richtlinie keine positive Abgrenzung zwischen Bar- und Sacheinlage vornimmt, daß er weder die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Vorschriften der Art. 10 Abs. 1 bis 3 bzw. Art. 27 Abs. 2 (vgl. insoweit § 27 Abs. 3, § 183 Abs. 2, § 205 Abs. 4 AktG) noch die Frage ihrer Umgehung regelt, soweit diese nicht von der Mindestregelung des Art. 11 erfaßt wird. Trotz des Ziels der Richtlinie, zum Schutz der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre sicherzustellen und das Kapital für die Gläubiger zu erhalten, enthält die Richtlinie keine Vorschriften über die Aufrechnung, Kaduzierung, Haftung der Vormänner oder Haftung beim Empfang verbotener Zahlungen. Daraus folgt, daß sie nur bestimmte Grundsätze und Mindeststandards regelt, deren Angleichung in den nationalen Rechten der Europäischen Gemeinschaft dem Richtliniengeber im Rahmen dieser Stufe erforderlich und erreichbar erschienen sind.

2. Die Revision geht davon aus, die Entscheidung der Frage, ob die Einbringung einer Kreditverbindlichkeit der Aktiengesellschaft zum Nominalwert oder zu dem an der Bonität der Gesellschaft orientierten Realwert erfolgen könne,

hänge von der Auslegung der in Art. 7 der Richtlinie normierten Voraussetzung der Feststellbarkeit des wirtschaftlichen Wertes dieses Vermögensgegenstandes ab. Das trifft jedoch nicht zu. Daß der Erlaß von Gesellschaftsverbindlichkeiten als feststellbarer wirtschaftlicher Wert grundsätzlich einlagefähig ist (vgl. Ulmer in Hachenburg aaO § 5 Rdn. 32, 40, 44 m.w.N.; Hüffer, NJW 1979, 1065, 1067), steht außer Zweifel. Die von der Revision dargelegte entstehungsgeschichtliche Entwicklung des Art. 7 der Zweiten Richtlinie zeigt hinreichend deutlich, daß dagegen zum Schluß der Beratungen keine Bedenken mehr bestanden haben. Das kommt auch in der Formulierung der Bestimmung zum Ausdruck. Eine andere Frage ist es, nach welchen Grundsätzen der Forderungswert festgestellt wird. Das betrifft jedoch nicht die Auslegung, sondern die Anwendung der Richtlinie im Einzelfall. Dazu braucht eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes nicht eingeholt zu werden.

3. Die vorstehend dargelegten Grundsätze können ohne weiteres aus Wortlaut und Inhalt der Richtlinienvorschriften hergeleitet werden. Da Schwierigkeiten im Verständnis der Vorschriften und der in ihnen verwendeten Begriffe in den unterschiedlichen sprachlichen Fassungen nicht ersichtlich und auch Abweichungen von der Terminologie des Gemeinschaftsrechts nicht erkennbar sind, kann diese Auslegung der Richtlinie als derart offenkundig angesehen werden, daß für einen vernünftigen Zweifel an ihr kein Raum bleibt. Soweit die Revision auf die abweichende Handhabung der umstrittenen Umgehungsproblematik im englischen, italienischen und französischen Recht verweist, steht das dieser Beurteilung nicht entgegen. Sie beruht nicht darauf, daß in diesen Rechtsordnungen die Richtlinie als zwingendes Recht verstanden wird.

Die Revision meint demgegenüber, in der Literatur sei verschiedentlich die Ansicht vertreten worden, die Zweite Richtlinie strebe eine völlige Rechtsangleichung an. Äußerungen mit dieser Tendenz sind jedoch erst im Rahmen des vorliegenden Verfahrens gemacht worden. Soweit früheren Ausführungen Lutters (EuR 1975, S. 44, 52; FS Ferid, 1978, 599, 617 f.) ein solcher Inhalt beigemessen werden könnte; ist festzustellen, daß er nach seiner neuesten Stellungnahme zu diesem Problembereich einen solchen Standpunkt nicht mehr vertritt (Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1456 ff.).

Die von der Revision vertretene Ansicht berücksichtigt zudem nicht, daß der deutsche Gesetzgeber, der die Zweite Richtlinie durch Gesetz vom 13. Dezember 1978 (BGBl. I S. 1959) in nationales Recht umgesetzt hat, in dem Ziel der Richtlinie, "die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten" der Europäischen Gemeinschaften "über die Gründung der Aktiengesellschaften sowie über die Erhaltung und Änderung des Grundkapitals" zu harmonisieren, "um die Schutzbestimmungen für Gläubiger und Dritte in den Mitgliedstaaten gleichwertig zu gestalten", eine Mindestregelung sieht. Das ergibt sich u.a. aus der durch das Gesetz eingefügten Vorschrift des § 27 Abs. 1 Satz 2 AktG, die den Fall der Sachübernahme bei Anrechnung der dafür zu gewährenden Vergütung auf die Einlageforderung als Sacheinlage fingiert. Diese Vorschrift überschreitet den Regelungsbereich der maßgebenden Bestimmungen der Richtlinie (Art. 9, 10 und 27). Auch Art. 11 der Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber nur als Mindestregelung angesehen, wie die Beibehaltung der Regelung über die Sachübernahme in § 27 Abs. 1 AktG zeigt. In der Begründung des Regierungsentwurfes (BT-Drucks. 8/1678 S. 12 zu

Nr. 4 Buchst. b letzter Absatz) heißt es dazu, die Er-
streckung der Regelung auf Sachübernahmen sei zwar durch die
Richtlinie nicht geboten, entspreche aber der Systematik des
geltenden Rechts. Diese Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers
sind mit der von der Revision vertretenen These unvereinbar,
die Zweite Richtlinie beinhalte eine vollkommene Rechtsan-
gleichung der nationalen Rechtsvorschriften über den Gläubi-
ger- und Drittschutz im Aktienrecht. Soweit ersichtlich, ist
die Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu keinem
Zeitpunkt an ein zuständiges Organ der Bundesrepublik
Deutschland herangetreten, um eine Änderung der Vorschriften
des deutschen Aktienrechts zu veranlassen, die von der Re-
gelung der Bestimmungen der Zweiten Richtlinie abweichen.

Die Erklärung des Abteilungsleiters der Generaldirek-
tion XV der Kommission, Dr. N[REDACTED], vom 30. Juni 1988 ver-
mag die von der Revision vertretene Ansicht nicht zu stüt-
zen. Sie sagt einmal nichts darüber aus, ob die Zweite
Richtlinie für die Umsetzung in nationales Recht nur be-
stimmte Mindestanforderungen aufstellt oder ob sie eine
völlige Rechtsangleichung vorschreibt. Zum anderen stellt
sie lediglich eine Meinungsäußerung gegenüber einer Privat-
person dar, nicht aber eine Erklärung gegenüber einem ver-
antwortlich handelnden Organ der Bundesrepublik Deutschland,
mit der auf einen Verstoß des deutschen Gesetzgebers gegen
die Zweite Richtlinie bei deren Umsetzung durch das Gesetz
vom 13. Dezember 1978 hingewiesen würde. Sie entfaltet keine
verbindliche Wirkung in dem oben dargelegten Sinne.

Unter diesen Umständen sieht der Senat keine Veranlas-
sung, dem Antrag der Revision auf Wiedereröffnung der münd-
lichen Verhandlung stattzugeben.

Einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zur Einholung einer Vorabentscheidung über die aufgeworfenen Fragen bedarf es bei dieser Sachlage nicht (vgl. dazu EuGH aaO 3430 f; Everling aaO S. 47 ff.).

VI.

Soweit das Berufungsgericht im Blick auf die vom Kläger erklärte Aufrechnung den Rechtsstreit in Höhe eines Betrages von 90.790,26 DM in der Hauptsache für erledigt erklärt hat, gelten die vorstehenden Erörterungen über die Einlageforderung. Gegen Bestehen und Höhe der Aufrechnungsforderungen hat die Revision keine Rügen erhoben.

Das Berufungsgericht hat daher die Beklagte zu Recht zur Zahlung der Einlageforderung verurteilt, soweit wegen der wirksam vorgenommenen Aufrechnung des Klägers nicht die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festgestellt worden ist.

B.

Die Revision des Klägers führt im Umfange ihrer Annahme zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Sache.

I.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, soweit der Kläger für die Zeit vom 13. August 1982 bis zum 13. Dezember 1983 eine vom Einlagebetrag errechnete Zinsforderung in Höhe von 761.622,47 DM geltend gemacht hat. Ferner

hat es dem Kläger von den ab 13. Dezember 1983 auf die Einlageforderung geltend gemachten Zinsen von 7 % lediglich 5 % für die Zeit vom 25. April bis zum 9. August 1985 sowie von 4.909.209,74 DM ab 18. März 1988 zuerkannt. Es meint, dem Kläger stehe gemäß § 63 Abs. 2 AktG ein Zinsanspruch lediglich vom Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung in den Gesellschaftsblättern an und nur in dieser Höhe zu, weil er einen Verzugsschaden nicht schlüssig dargelegt habe und die Beklagte auch nicht in Verzug geraten sei. Soweit der Kläger einen Zinsanspruch von 5 % von der Einlageforderung bzw. der um den Erledigungsbetrag von 90.790,26 DM ab 9. und 15. Januar 1987 verminderten Forderung für die Zeit vom 10. August 1985 bis zum 17. März 1988 fordern könne, sei dieser gemäß § 389 BGB erloschen, weil die Beklagte dagegen mit der Darlehensforderung der L-Werke wirksam aufgerechnet habe.

II.

Die Revision meint, dem Kläger stehe ab 12. August 1982, dem Tag der Glattstellung des Kreditkontos mit dem von der Gemeinschuldnerin an die L-Werke zurückgezahlten Einlagebetrag der Beklagten, ein Anspruch auf Ersatz von Verzugschaden zu, weil die Beklagte ihrer nach wie vor bestehenden Einlagepflicht nicht nachgekommen sei. Zudem könne er einen Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung geltend machen, weil der alleinvertretungsberechtigte persönlich haftende Gesellschafter der L-Werke KGaA, die Treugeberin der Beklagten sei, sowie der Vorstandsvorsitzende der Gemeinschuldnerin die Zahlung in kollusivem Zusammenwirken verhindert hätten. Auch habe die Zahlungsaufforderung des

Klägers im Bundesanzeiger vom 25. April 1985 per 10. Mai 1985 den Eintritt des Verzuges gemäß § 63 Abs. 1 und 2 AktG bewirkt. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung greife nicht durch.

III.

Mit diesen Rügen hat die Revision des Klägers im Ergebnis Erfolg.

1. Allerdings kann der Revision nicht gefolgt werden, soweit sie in dem Verhalten der Beklagten, nach Rückzahlung des Einlagebetrages von 5 Millionen DM an die L-Werke und nach der Glattstellung ihres bei der SMH-Bank eröffneten Kreditkontos mit dieser Summe am 13. August 1982 mit Wertstellung per 12. August 1982 den Betrag nicht erneut an die Gemeinschuldnerin bezahlt zu haben, eine Erfüllungsverweigerung mit der Folge des Verzugseintrittes sieht. Verzug setzt Fälligkeit der Leistung voraus. Da im Hinblick auf die zwischen den Parteien getroffene Verwendungsabsprache die Zahlung der Beklagten keine Erfüllung ihrer Barleistungspflicht ist, sondern mit der Darlehenstilgung zusammen ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellt, das als Sacheinlage gewertet werden muß, hätte die Beklagte zur Herbeiführung der Fälligkeit ihrer Verpflichtung gemäß § 63 Abs. 1 AktG durch den Vorstand der Gemeinschuldnerin aufgefordert werden müssen, den Einlagebetrag zu zahlen (Lutter in Kölner Kommentar zum AktG aaO § 63 Rdn. 7; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 63 Rdn. 7). Das bezieht sich auch auf den nach § 36 Abs. 2 AktG bis zur Anmeldung der Eintragung in das Handelsregister gemäß § 36 a Abs. 1 AktG

einzuzahlenden Betrag, wenn dessen Einzahlung gesetzwidrig unterblieben ist (RGZ 94, 61, 65; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG aaO § 63 Rdn. 4; Hefermehl/Bungeroth aaO § 63 Rdn. 3; Barz in GroßKomm zum AktG aaO § 63 Rdn. 2; Baumbach/Hueck, AktG, 13. Aufl. § 63 Anm. 7). Eine solche Aufforderung ist vor dem 25. April 1985 jedoch nicht erfolgt.

Zu Unrecht meint die Revision auch, die allein in den Gesellschaftsblättern bekanntgemachte Aufforderung zur Zahlung der Einlage führe, soweit der Aktionär der Aufforderung nicht innerhalb der gesetzten Frist nachkomme, nach deren Ablauf zum Verzug. Es ist zwar richtig, daß Vertragsparteien die Bestimmung der Leistungszeit durch Vereinbarung einseitig dem Gläubiger übertragen können und diese, wenn sie vorgenommen wird, eine Zeitbestimmung im Sinne der §§ 271 Abs. 2, 284 Abs. 2 Satz 1 BGB darstellt (Keller in MünchKomm, 2. Aufl., § 271 Rdn. 7; Nastelski, JuS 1962, 289, 290). Die Revision weist auch zutreffend darauf hin, daß die Bestimmung der Leistungszeit durch den Gläubiger aufgrund gesetzlicher Ermächtigung diese Wirkungen ebenfalls herbeiführen geeignet ist. Das setzt aber wie im Falle vertraglicher Abmachung den Zugang der einseitigen Bestimmungserklärung beim Schuldner voraus. So ist heute allgemein anerkannt, daß Verzugswirkungen aufgrund der Zahlungsaufforderung mit Terminfestsetzung im Sinne des § 63 Abs. 1 Satz 1 AktG nur dann eintreten, wenn die entsprechende Erklärung nach der in der Satzung getroffenen Regelung (§ 63 Abs. 1 Satz 2 AktG) dem Aktionär zuzusenden ist und sie ihm auch tatsächlich zugeht (Lutter in Kölner Kommentar zum AktG aaO § 63 Rdn. 25; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 63 Rdn. 28; auch Barz in GroßKomm zum

AktG aaO § 63 Anm. 4), nicht aber, wenn die Aufforderung nur in den Gesellschaftsblättern veröffentlicht wird (Barz in GroßKomm zum AktG aaO § 63 Anm. 3 und 8; Godin/Wilhelmi, AktG, 4. Aufl. § 63 Anm. 4; Baumbach/Hueck aaO § 63 Rdn. 8 und 9; auch schon Ritter, AktG, 1939 § 57 Anm. 5; Gadow in GroßKomm zum AktG 1939 § 57 Anm. 8; Schlegelberger/Quassowski aaO § 57 Anm. 7 f.; Brodmann aaO § 218 Anm. 3). Es mag sein, daß der Gesetzgeber der Jahre 1857 und 1884, wie die Revision darlegt, auch der nur in den Gesellschaftsblättern bekanntgemachten Zahlungsaufforderung mit Terminbestimmung die Wirkungen des Verzugseintritts nach Fristablauf beigemessen hat. Eine solche Auffassung entspricht jedoch aus heutiger Sicht nicht mehr den an die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu stellenden Anforderungen. Diese gebietet vielmehr grundsätzlich, daß die Schutzwirkung der Mahnung mit dem Erfordernis ihres individuellen Zugangs die Aktionäre vor dem Eintritt überraschender und ungewollter Schadensersatzforderungen bewahrt. Dem kann dadurch Rechnung getragen werden, daß die Satzung die Bekanntmachung der Aufforderung durch Zusendung an die Aktionäre vorschreibt und in dieser ein Termin für die Leistung festgesetzt wird (Lutter in Kölner Kommentar zum AktG aaO § 63 Rdn. 25; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/ Eckardt/Kropff aaO § 63 Rdn. 28).

2. Die Revision hat aber Erfolg, soweit sie geltend macht, der Vorstandsvorsitzende der Gemeinschuldnerin und der alleinvertretungsberechtigte persönlich haftende Gesellschafter der L-Werke hätten vereinbart, daß weder die L-Werke noch die Beklagte zur Erfüllung der Bareinlageverbindlichkeit oder zu einer Nachforderung auf die Zeichnungs-

schuld herangezogen würden. Der persönlich haftende Gesellschafter der L-Werke sei auf die Problematik der "verdeckten Sacheinlage" und die damit verbundenen Risiken, insbesondere dasjenige der Doppelzahlung, von seinem Rechtsberater Dr. Me [REDACTED] mehrfach ausdrücklich hingewiesen worden. Dennoch habe er veranlaßt, daß im Auftrag der L-Werke die Gründung der Beklagten als Strohmanngesellschaft für die Durchführung der Beteiligung an der Gemeinschuldnerin durch die Rechtsanwälte Dr. Me [REDACTED] und Dr. We [REDACTED] betrieben und durchgeführt worden sei. Sodann sei über die SMH-Bank, mit der schon zuvor alle Einzelheiten geplant und abgesprochen worden seien, der Zahlungskreislauf in Gang gesetzt worden. Auf diese Weise hätten die Beteiligten verhindert, daß der Vorstand der Gemeinschuldnerin die Bareinlage der Beklagten gemäß § 63 Abs. 1 AktG dieser gegenüber fälliggestellt habe. Liegen diese Voraussetzungen vor, könnte sich die Beklagte schadenersatzpflichtig gemacht haben.

Der Kläger hat den von ihm geltend gemachten Schaden hinreichend schlüssig dargelegt. Er behauptet, für die Zeit vom 13. Dezember 1982 bis zum 13. Dezember 1983 habe die Gemeinschuldnerin Zinsaufwendungen von durchschnittlich 10,5 % pro Jahr gehabt. Mit den Einlagemitteln wären die Kredite in entsprechender Höhe zurückgeführt worden.

Da nach dem für die Revisionsinstanz zu unterstellenden Vortrag der Gemeinschuldnerin die Einlageforderung auch schon im Zeitpunkt des Konkurses hätte zur Verfügung stehen müssen, muß nach dem Vortrag des Klägers für die Revisionsinstanz auch davon ausgegangen werden, daß er den Betrag zumindest für den Fall mit 7 % verzinslich hätte anlegen kön-

nen, daß er die Möglichkeit der vorstehend dargelegten Kredittilgung nicht nachweisen kann. Die Erwägungen des Berufungsgerichtes, mit denen es aus konkursrechtlichen Gründen die Möglichkeit der Anlegung der Einlagesumme verneint, berücksichtigen einmal die in § 129 Abs. 2 KO vorgesehenen Anlegemöglichkeiten nicht (vgl. dazu Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl. § 129 Rdn. 10 c, § 137 Rdn. 1 d und e); zum anderen ist ihnen dadurch die Grundlage entzogen, daß in die Entscheidung über die Zinszahlungspflicht nunmehr auch der Zeitraum vom 14. Dezember 1983 bis zum 24. April 1985 einzu beziehen ist.

3. Die Revision rügt ferner zu Recht, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung der Beklagten gegen den Zinsanspruch hat durchgreifen lassen, der dem Kläger in Höhe von 5 % von 5 Millionen DM ab 9. August 1985 und vom 9. und 15. Januar 1987 an von einer Forderung zuerkannt worden ist, die sich um insgesamt 90.790,26 DM ermäßigt hat.

a) Das Berufungsgericht hat der Beklagten die Aufrechnung mit einem Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 2 BGB im Ergebnis zu Recht versagt.

aa) Allerdings steht der Beklagten im Grundsatz ein Anspruch auf Zahlung eines Betrages von 5 Millionen DM aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Sie hat diesen Betrag unstreitig an die Gemeinschuldnerin gezahlt. Diese hat das Geld unmittelbar auf Kosten der Beklagten erlangt. Zwar hat die Beklagte als Treuhänderin der L-Werke gehandelt und damit für fremde Rechnung gezahlt. Der Treuhänder nimmt jedoch Abschluß und Erfüllung von Verträgen im eigenen Namen vor.

Er ist im Verhältnis zum Treugeber Rechtsinhaber. Ihm steht daher regelmäßig auch ein möglicher Anspruch aus Leistungskondiktion zu (BGH, Urt. v. 27. April 1961 - VIII ZR 4/60, WM 1961, 651 f.; Heimann-Trosin, BGB-RGRK, 12. Aufl., § 812 Rdn. 24; zum Strohmanngeschäft vgl. BGH, Urt. v. 20. September 1962 - VII ZR 90/61, WM 1962, 1174, 1175).

Da die Zahlung zur Erfüllung einer - verdeckten - Sacheinlageverpflichtung vorgenommen wurde, die gemäß § 205 Abs. 4 Satz 1 AktG gegenüber der Gemeinschuldnerin unwirksam ist, ist sie ohne Rechtsgrund erfolgt.

Die Gemeinschuldnerin kann sich auch nicht darauf berufen, daß sie um den Betrag von 5 Millionen DM nicht mehr bereichert sei (§ 818 Abs. 3 BGB). Zwar hat sie die Summe dazu verwandt, ihre gegenüber den L-Werken in gleicher Höhe bestehende Darlehensverpflichtung zu tilgen. Bei Wirksamkeit der Tilgung wäre sie gemäß § 818 Abs. 2 BGB jedoch zum Wertersatz verpflichtet, weil die Tilgung eigener Schulden mittels des ohne Rechtsgrund Erlangten nicht zu einem Wegfall der Bereicherung führt (Heimann-Trosin aaO § 818 Rdn. 33; Staudinger/Lorenz, BGB, 12. Aufl., § 818 Rdn. 35). Soweit eine Tilgungswirkung im Hinblick auf § 205 Abs. 4 Satz 1 AktG verneint wird, hätte die Gemeinschuldnerin ihrerseits einen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen die L-Werke erlangt. Auch in diesem Falle besteht die Pflicht zum Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB (BGHZ 72, 9, 13).

Die Verpflichtung zum Wertersatz entfällt nicht etwa deswegen, weil die L-Werke im Anschluß an die Zahlung in Höhe von 5 Millionen DM den Aufwendungsersatzanspruch der

Beklagten aus Ziff. 3 des Treuhandvertrages vom 21. Juli 1982 erfüllt haben. Denn auch die L-Werke können sich nicht auf eine Entreicherung berufen, weil sie im Verhältnis zur Beklagten eine Eigenverbindlichkeit getilgt haben.

bb) Die Beklagte ist jedoch nicht berechtigt, mit dieser Forderung gegen die Zinsschuld aufzurechnen. Zwar scheitert die Aufrechnung nicht an dem Verbot des § 66 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG. Denn die Zinsforderung im Sinne des § 63 Abs. 2 Satz 1 AktG wird davon nicht umfaßt (vgl. Lutter in Kölner Kommentar zum AktG aaO § 66 Rdn. 3; Hueck, AktG, 13. Aufl., § 66 Rdn. 4). Ihr steht aber die Bestimmung des § 55 Nr. 1 KO entgegen. Nach dieser Vorschrift ist eine Aufrechnung im Konkursverfahren unzulässig, wenn jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist. Die Bereicherungsforderung der Beklagten gegen die Gemeinschuldnerin hat bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens bestanden. Die Schuldverpflichtung der Beklagten, gegen die aufgerechnet werden soll, ist nach der Verfahrenseröffnung zwischen dem 10. August 1985 und dem 17. März 1988 entstanden. Allerdings handelt es sich dabei um die Zinsforderung aus einer Bareinlageverpflichtung, die bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens begründet worden ist. Soweit aufgrund dieses Umstandes davon ausgegangen werden könnte, daß die von dem Kläger geltend gemachte Zinsforderung bereits vor Konkurseröffnung betagt entstanden ist, wäre die Aufrechnung nach § 54 Abs. 1 KO zulässig (zum Verhältnis von § 54 und § 55 KO vgl. Sen.Urt. v. 6. November 1989 - II ZR 62/89, WM 1990, 34, 35 f.; Jaeger, KO, 8. Aufl., § 55 Anm. 4; Kuhn/Uhlenbruck,

KO, 10. Aufl., § 55 Rdn. 7). Das ist jedoch nicht der Fall. Wie sich aus § 63 Nr. 1 KO ergibt, können die seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden. Für diese Bestimmung war die Überlegung maßgebend, daß zwar die Ursache der Zinsverpflichtung in die Zeit vor der Konkurseröffnung fallen mag, die Zinsforderung jedoch stets erst mit dem "Ablauf der Zeit für die gehabte oder entzogene Benutzung des geschuldeten Gegenstandes" entsteht. Laufende Zinsen seien daher nicht als bedingte Konkursforderungen im Sinne dieser Bestimmung anzusehen (vgl. Hahn, Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 252; RGZ 52, 49, 52). Es sind keine Umstände erkennbar, die es rechtfertigen würden, die Voraussetzungen für die Entstehung einer Zinsforderung des Gemeinschuldners anders zu bewerten als einer solchen der Konkursgläubiger. Demgemäß hat auch der Bundesgerichtshof entschieden, daß die von einem Mieter oder Pächter nach Konkurseröffnung zu zahlenden Miet- oder Pachtzinsen nicht schon mit Abschluß des Miet- oder Pachtvertrages als betagte Forderungen, sondern für den jeweils maßgebenden Zeitraum stets neu entstehen. Daher greife das Aufrechnungsverbot des § 55 Nr. 1 KO ein, weil der Mieter oder Pächter nach Konkurseröffnung etwas schuldig geworden sei (BGH, Urt. v. 9. Februar 1983 - VIII ZR 305/81, WM 1983, 372, 373 = ZIP 1983, 332, 333; vgl. Kuhn/Uhlenbruck aaO § 55 Rdn. 7 w, x, y). Das gilt gleichermaßen für eine Kapitalzinsforderung.

b) Das Berufungsgericht hat jedoch zu Unrecht die Aufrechnung der Beklagten mit der Darlehensforderung der L-Werke gegen die Zinsforderung durchgreifen lassen. Zutreffend führt die Revision dazu aus, die vorliegende Fallkonstellation

tion, daß der Treuhänder mit einer Forderung des Treugebers gegen eine ihn verpflichtende Forderung aufrechnet, sei mangels Gegenseitigkeit ohne Forderungsabtretung des Treugebers an den Treuhänder nicht zulässig. Soweit das Berufungsgericht eine gegenteilige Ansicht unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vertritt, hat es nicht berücksichtigt, daß von dem formellen Gegenseitigkeitsverhältnis über die Fälle hinaus, in denen bei der Inkassozeption die Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Zedenten (Treugeber) auch über § 406 BGB hinaus zugelassen worden ist, nur für Fallgestaltungen abgesehen worden ist, in denen der Schuldner mit einer ihm gegen den Treugeber zustehenden Forderung gegen eine im Rahmen eines Treuhandverhältnisses begründete Forderung des Treuhänders aufrechnet und nach dem Treuhandvertrag die Abhängigkeit des Treuhänders vom Treugeber besonders stark ausgeprägt ist (BGHZ 17, 19, 23; 25, 360, 367; BGH, Urt. v. 20. September 1962 - VII ZR 90/61, WM 1962, 1174, 1175; Urt. v. 3. November 1967 - Ib ZR 123/65, NJW 1968, 594, 595; Urt. v.

11. Dezember 1974 - VIII ZR 51/73, WM 1975, 79, 80). Diese Rechtsprechung findet ihre Rechtfertigung darin, daß die von dem Treuhänder im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers begründete Forderung in derartigen Fällen dem Treugeber zugerechnet werden muß und aus der formellen Verschiedenheit dieser Rechtspersonen dem Schuldner bei der Verfolgung seiner Ansprüche gegenüber dem Treugeber im Rahmen der Aufrechnung kein Nachteil entstehen darf. Ein derartiger Hintergrund ist im vorliegenden Falle nicht gegeben. Die Darlehensforderung steht den L-Werken zu. Die Beklagte ist lediglich Schuldnerin aus einer im Rahmen des Treuhandvertrages eingegangenen Verpflichtung.

IV.

Damit das Berufungsgericht zum Grund und zur Höhe der Zinsforderung noch die erforderlichen Feststellungen - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - treffen kann, war die Sache im Umfange der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Boujong

Dr. Bauer

Röhricht

Dr. Henze

Stodolkowitz