BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 173/08

Verkündet am:
1. Februar 2010
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

"EUROBIKE"

AktG §§ 27, 205

a) Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage finden auf Dienstleistungen, die der Bezieher neuer Aktien im zeitlichen Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung entgeltlich für die Aktiengesellschaft erbracht hat oder durch eine von ihm abhängige Gesellschaft hat erbringen lassen, keine Anwendung (Fortführung von BGHZ 180, 38 - "Qivive"). Entgeltliche Dienstverträge zwischen der Gesellschaft und dem Inferenten sind im Aktienrecht nicht verboten.

b) Die Bezahlung von Beratungsleistungen vor Leistung der Einlage ist keine verdeckte Finanzierung durch die Gesellschaft im Sinn eines rechtlich dem Hin- und Herzahlen gleichstehenden Her- und Hinzahlens, wenn eine tatsächlich erbrachte Leistung entgolten wird, die dafür gezahlte Vergütung einem Drittvergleich standhält und die objektiv werthaltige Leistung nicht aus der Sicht der Gesellschaft für sie unbrauchbar und damit wertlos ist.

BGH, Urteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 173/08 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Reichart, Dr. Drescher, Dr. Löffler und Bender

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1 wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. Juni 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 2.655.570,60 € nebst Zinsen an den Kläger verurteilt wurde, und wie folgt neu gefasst:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 30. Juli 2007 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der EUROBIKE AG (im Folgenden: Schuldnerin). Die Schuldnerin geriet im Mai 2001 in finanzielle Schwierigkeiten und beauftragte die Beklagte zu 2, eine hundertprozentige Tochter der Beklagten zu 1, gegen ein anfangs abschnittsweises, später

monatliches Pauschalhonorar mit der Beratung einer strategischen und operativen Restrukturierung des Unternehmens. Der Beratungsauftrag wurde mehrfach verlängert, zuletzt am 16. September 2002 bis zum 30. September 2003. Am 30. November 2002 beschloss der Aufsichtsrat der Schuldnerin nach einer Kündigung des Beratungsvertrags durch den Vorstand, mit der Beklagten zu 2 für das Geschäftsjahr 2002/2003 keinen weiteren Beratungsvertrag abzuschließen. Die Schuldnerin zahlte zu Beginn eines jeden Monats, letztmals am 13. Dezember 2002, das vereinbarte Honorar an die Beklagte zu 2, im Jahr 2002 insgesamt 2.655.570,71 €.

2 Im Zuge der Beratung kamen die Beklagte zu 2 und der die Schuldnerin finanzierende Bankenpool zu dem Ergebnis, dass zur Sanierung der Schuldnerin eine Kapitalerhöhung notwendig sei. Zur Fortsetzung der gewährten Finanzierung verlangten die Banken von der Schuldnerin, das Kapital kurzfristig zu erhöhen und das Beratungsverhältnis mit der Beklagten zu 2 bei Eingrenzung der damit verbundenen Kosten fortzusetzen. Die Hauptversammlung der Schuldnerin fasste am 16. April 2002 den Beschluss, ein genehmigtes Kapital zu schaffen. Ihr Vorstand beschloss erstmals am 21. Mai 2002, endgültig mit Zustimmung des Aufsichtsrats am 27. September 2002, das Grundkapital durch Ausgabe von 2.800.000 neuen Aktien gegen Bareinlagen um 7.158.086,34 € auf insgesamt 21.474.259,01 € zu erhöhen. Als Emissionsbank sollte die WestLB AG, die dem finanzierenden Bankenpool angehörte, die neuen Aktien unter Wahrung des Bezugsrechts der Aktionäre zeichnen.

3 Die Beklagte zu 1, der die WestLB AG im Februar 2002 eine Schuldverschreibung in Höhe von 103.000.000,00 € zur Verfügung gestellt hatte, um Mandanten "kapitalmäßig begleiten" zu können, und die im Sommer 2002 mit etwa 1 % am Grundkapital der Schuldnerin beteiligt war, verpflichtete sich am 2. Juli 2002 gegenüber der WestLB AG, alle während der Bezugsfrist nicht von

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Aktionären bezogenen Aktien der Schuldnerin gegen Zahlung des Bezugspreises zu übernehmen. Die Übernahmeverpflichtung der Beklagten zu 1 ist auch in einer Mandatsvereinbarung zwischen dem Vorstand der Schuldnerin und der WestLB AG zur Durchführung der Kapitalerhöhung vom 9. Juli 2002 festgehalten worden. Mit Schreiben vom 24. September 2002 widerrief die Beklagte zu 1 ihre Übernahmeverpflichtung aus dem Vertrag vom 2. Juli 2002, was am 30. September 2002 zu einer Modifizierung der Vereinbarung unter Beibehaltung der Übernahmeverpflichtung führte.

4 Am 9. Oktober 2002 verpflichtete sich die WestLB AG gegenüber der Schuldnerin zur Zeichnung sämtlicher jungen Aktien unter Wahrung des Bezugsrechts der Aktionäre und zahlte den Einlagebetrag. Am 11. Oktober 2002 wurde die Durchführung der Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen. Nach Ablauf der Bezugsfrist am 4. November 2002 erwarb die Beklagte zu 1 1.340.640 neue Aktien zum Bezugspreis von 2,72 € je Aktie und zahlte hierfür 3.646.540,80 €, die sie durch Abruf der ersten Tranche aus der Schuldverschreibung der WestLB AG finanzierte.

5 Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte zu 1 habe ihre Verpflichtung zur Leistung einer Bareinlage in Höhe von jedenfalls 2.655.570,60 € nicht erfüllt. Es bestehe ein wirtschaftlicher Zusammenhang zu den Beratungsleistungen, die die Beklagte zu 2 im Zeitraum vom 8. Januar 2002 bis zum 13. Dezember 2002 erbracht habe und für die sie ein Beratungshonorar von der Schuldnerin erhalten habe. Dadurch sei das Kapital beschafft worden, mit dem sich die Beklagte zu 1 an der Schuldnerin beteiligt habe, so dass eine verdeckte Sacheinlage vorliege. Die Beratungsverträge seien gemäß §§ 138, 242 BGB nichtig, weil die vereinbarten Honorare der Höhe nach völlig unverhältnismäßig seien.

6 Der Kläger hat von beiden Beklagten als Gesamtschuldner 2.655.570,60 € verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr gegen die Beklagte zu 1 stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten zu 1, mit der sie die Abweisung der Klage begehrt. Die gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat der Senat kostenpflichtig zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat Erfolg und führt zur Abweisung auch der Klage gegen die Beklagte zu 1.

8 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger könne von der Beklagten zu 1 gemäß §§ 27 Abs. 3, 54 und 183 Abs. 2 AktG a.F. in der geltend gemachten Höhe noch einmal Zahlung der durch die Barkapitalerhöhung begründeten Einlage verlangen. Die Einlageverpflichtung sei nicht durch die bereits geleistete Zahlung erloschen, weil sich diese Leistung als eine verdeckte Sacheinlage darstelle. Bei wirtschaftlicher Betrachtung sei es zu einem Leistungsaustausch von Beratungsleistungen gegen neue Aktien gekommen. Eine entsprechende Absprache zwischen der Beklagten und der Schuldnerin lasse sich zwar nicht feststellen. Doch genüge es, wenn einer der Beteiligten den Plan verfolge und umsetze, für die neuen Aktien Dienstleistungen zu erbringen, wenn der andere Beteiligte diesen Plan erkenne und ihm tatenlos zusehe.

9 II. Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Dem Kläger stehen unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung keine Ansprüche gegen die Beklagte zu 1 zu.

10 1. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage (§§ 205 Abs. 4, 27 Abs. 3 AktG a.F. bzw. §§ 205 Abs. 3, 27 Abs. 3 AktG i.d.F. des ARUG vom 4. August 2009, BGBl. I S. 2479) finden entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Anwendung.

11 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings entgegen dem Landgericht davon ausgegangen, dass die Verpflichtung der WestLB AG zur Übernahme der Aktien der Annahme einer verdeckten Sacheinlage nicht entgegensteht. Dass als Erstübernehmer der neuen Aktien mit der WestLB eine Emissionsbank auftrat, die die Aktien auftragsgemäß platzierte, widerspricht einer Beurteilung des Vorgangs als verdeckte Sacheinlage oder als Hin- und Herzahlen durch die Beklagte zu 1 als mittelbarer Erwerberin der Aktien nicht. Die Zwischenschaltung der Emissionsbank, die die Aktien ohne eigenes Interesse am Erwerb zur Weiterveräußerung an Altaktionäre oder Dritte übernimmt, hat rein technische Gründe und führt dazu, dass sich die Vorgänge in der Kette des Kapitalaufbringungsgeschehens um ein Glied nach hinten verschieben, wirtschaftlich aber derjenige Ersterwerber der Aktien bleibt, der die Aktien von der Emissionsbank erwirbt (vgl. BGHZ 122, 180, 185 f.).

12 Die Beklagte zu 1 scheidet entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten auch insoweit nicht als Übernehmerin der Aktien aus, als sie Aktien nicht auf Grund des mittelbaren Bezugsrechts als Altaktionärin, sondern auf Grund einer schuldrechtlichen Vereinbarung mit der Emissionsbank erwarb. Die Übernahmevereinbarung mit der Emissionsbank steht einer solchen Abrede mit der Gesellschaft gleich, jedenfalls wenn - wie hier - die Übernahme auch zwischen

der Emissionsbank und der Gesellschaft vereinbart ist. Die Beklagte zu 1 hatte sich gegenüber der WestLB AG verpflichtet, die nicht bezogenen Aktien zu erwerben. Die Schuldnerin hatte ihrerseits im Übernahmevertrag vom 9. Oktober 2002 die WestLB AG angewiesen, alle nicht im Rahmen des Bezugsangebots bezogenen neuen Aktien an die Beklagte zu verkaufen.

13 b) Ebenfalls noch zutreffend hat das Berufungsgericht die Anwendung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage nicht daran scheitern lassen, dass nicht die Beklagte zu 1, sondern ihre hundertprozentige Tochter die Beratungsleistungen erbrachte und das Beratungshonorar erhielt. Die Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln setzt keine personelle Identität zwischen dem Inferenten und dem Auszahlungsempfänger voraus. Ausreichend, aber auch erforderlich ist bei der Weiterleitung der Einlagemittel an einen Dritten, dass der Inferent durch die Leistung der Gesellschaft in gleicher Weise begünstigt wird wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst, insbesondere bei der Leistung an ein vom Gesellschafter beherrschtes Unternehmen (Senat, BGHZ 153, 107, 111; 166, 8 Tz. 18 - "Cash-Pool I"; 171, 113 Tz. 8; 174, 370 Tz. 6; Urt. v. 20. Juli 2009 - II ZR 273/07, ZIP 2009, 1561 Tz. 32, z.V.b. in BGHZ - "Cash-Pool II").

14 c) Die Beklagte zu 1 hat nicht anstelle der Bareinlage unter Umgehung der Sacheinlagevorschriften die Dienstleistungen ihrer hundertprozentigen Tochter, der Beklagten zu 2, eingebracht. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage finden auf entgeltliche Dienstleistungen keine Anwendung, wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils zur Kapitalaufbringung bei der GmbH entschieden hat (BGHZ 180, 38 Tz. 9 f.- "Qivive").

15 Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage kann nur eine sacheinlagefähige Leistung sein (BGHZ 165, 113, 116; 165, 352, 356; 180, 38 Tz. 9 - "Qivi-

ve"). Voraussetzung des Tatbestands einer verdeckten Sacheinlage ist nach der inzwischen auch in den Gesetzestext (§ 19 Abs. 4 GmbHG, § 27 Abs. 3 AktG) aufgenommenen Rechtsprechung des Senats, dass das Umgehungsgeschäft dazu führt, dass die Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis eine Sacheinlage erhält (BGHZ 180, 38 Tz. 9 - "Qivive"). Bei einer verdeckten Sacheinlage werden die Regeln über die Kapitalaufbringung durch eine Sacheinlage dadurch umgangen, dass eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung vom Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll (vgl. BGHZ 155, 329, 334; 166, 8 Tz. 11; 170, 47 Tz. 11; 173, 145 Tz. 14; 180, 38 Tz. 8 - "Qivive"; Sen.Urt. v. 20. Juli 2009 - II ZR 273/07, ZIP 2009, 1561 Tz. 10, z.V.b. in BGHZ - "Cash-Pool II"). Entsprechendes gilt bei verdeckter Einbringung sonstiger Gegenstände, die als Sacheinlage eingebracht werden können, wie z.B. einer Forderung des Inferenten (vgl. BGHZ 113, 335, 341; 132, 133, 144; 152, 36, 42; 166, 8 Tz. 12 - "Cash-Pool I"; 180, 38 Tz. 8 - "Qivive"; v. 20. Juli 2009 - II ZR 273/07, ZIP 2009, 1561 Tz. 10, z.V.b. in BGHZ - "Cash-Pool II"). Die Neufassung von § 27 Abs. 3 AktG durch das ARUG hat daran nichts geändert; der Gesetzgeber wollte damit vielmehr wie mit der entsprechenden Regelung in § 19 Abs. 4 GmbHG (i.d.F. des MoMiG vom 23. Oktober 2008, BGBl. I S. 2026) an die Rechtsprechung des Senats anknüpfen (vgl. BT-Drucks. 16/13098 S. 55).

16 Dienstleistungsverpflichtungen sind nicht sacheinlagefähig (§ 27 Abs. 2 Halbs. 2 AktG). Bei den Beratungsleistungen der Beklagten zu 2 handelt es sich nach den in der Revisionsinstanz unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts um Dienstleistungen.

17 Der Zweck der besonderen Vorschriften über die Sacheinlage, Gläubiger und später hinzukommende Aktionäre vor einer Überbewertung der Einlagen zu

schützen, gibt keine Veranlassung, die Umgehungsvorschriften auf Dienstleistungen zu erstrecken oder sie auf Dienstleistungen entsprechend anzuwenden. Die Rechtsordnung kann dem Einlageschuldner nachteilige Rechtsfolgen nicht an die Nichteinhaltung eines Verfahrens knüpfen, das sie für den betreffenden Vorgang nicht bereitstellt (BGHZ 180, 38 Tz. 11 - "Qivive"). Entgeltliche Dienstverträge mit einem Inferenten sind im Aktienrecht nicht verboten. § 27 Abs. 2 Halbs. 2 AktG bezeichnet zwar Dienstleistungen als nicht sacheinlagefähig, spricht damit aber kein Verbot für Dienstverträge mit Gründern oder - bei der Kapitalerhöhung - mit Alt- oder Neuaktionären aus. Bei einem Missverhältnis zwischen dem Wert einer im zeitlichen Zusammenhang mit dem originären Erwerb von Aktien erbrachten Dienstleistung und ihrer Honorierung durch die Gesellschaft oder bei Wertlosigkeit der Leistung für die Gesellschaft wird sie durch die Regelungen über die Unwirksamkeit der Einlageleistung bei einem Her- und Hinzahlen oder Hin- und Herzahlen bzw. das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 Abs. 1 AktG) ausreichend geschützt (a.A. Pentz, GmbHR 2009, 505, 508 f.).

18 Gegen eine Anwendung der Regeln über die verdeckte Sacheinlage auf nicht sacheinlagefähige Dienstleistungen spricht seit der Neufassung von § 27 Abs. 3 AktG durch das ARUG ferner, dass § 27 Abs. 2 Halbs. 2 AktG über den Umweg einer verdeckten Sacheinlage ausgehebelt werden (A. Arnold in Kölner Komm.z.AktG 3. Aufl. § 27 Rdn. 92) und entgegen Art. 7 der Kapitalrichtlinie (Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976, ABl. L 26 vom 31. Januar 1977, S. 1) gezeichnetes Kapital aus Dienstleistungen gebildet werden könnte. Nach § 27 Abs. 3 AktG i.d.F. des ARUG sind die Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht mehr unwirksam, und der Wert von vorabgesprochenen Dienstleistungen müsste auf die Einlageverpflichtung angerechnet werden, wenn die Regeln über die verdeckte Sacheinlage auf Dienstleistungen erstreckt würden.

19 d) Die Beklagte zu 1 hat auch nicht anstelle der Bareinlage die Vergütungsforderungen ihrer hundertprozentigen Tochter, der Beklagten zu 2, unter Umgehung der Sacheinlagevorschriften eingebracht.

20 Altforderungen, d.h. vor Begründung der verabredeten Einlageschuld entstandene Ansprüche auf Bezahlung des Beraterhonorars, kann die Beklagte zu 1 schon deshalb nicht eingebracht haben, weil offene Forderungen der Beklagten zu 2 nicht bestanden. Das Beraterhonorar wurde jeweils zu Monatsbeginn in Rechnung gestellt und bezahlt, Reisekostenrechnungen wurden unverzüglich nach Rechnungsstellung beglichen.

21 Auch die Honorarforderungen aus dem Beratervertrag, die erst nach Begründung der Einlageschuld entstanden sind (Neuforderungen), wurden nicht verdeckt als Sacheinlage eingebracht. In der Verrechnung von Neuforderungen oder dem eine solche Verrechnung verschleiernden Bezahlen von Einlage einerseits und Honorar andererseits liegt nur dann eine verdeckte Sacheinlage, wenn dieses Vorgehen bereits vor oder bei der Fassung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses bzw. dem Beschluss des Vorstands, vom genehmigten Kapital Gebrauch zu machen, definitiv abgesprochen war (vgl. BGHZ 152, 37, 43; Urt. v. 20. Juli 2009 - II ZR 273/07, ZIP 2009, 1561 Tz. 10, z.V.b. in BGHZ - "Cash-Pool II"). Einer Absprache steht hier schon entgegen, dass erst künftig entstehende und von einer Dienstleistung abhängige Forderungen nicht sacheinlagefähig sind (BGHZ 180, 38 Tz. 11 - "Qivive") und somit auch nicht offen als Sacheinlage eingebracht werden könnten. Der Beratervertrag konnte jederzeit - wie das später auch geschah - gekündigt und beendet werden. Das Honorar wurde zwar zu Beginn eines jeden Monats vorschüssig bezahlt, war aber nur verdient, wenn die Beratungsleistung auch erbracht wurde. Eine Absprache liegt auch nicht darin, dass der Bankenpool die weitere Kreditgewährung von einer Kapitalerhöhung und der Fortsetzung des Beratungsverhältnis-

ses mit der Beklagten zu 2 abhängig machte. Weder wird die Absprache, die erst in Zukunft entstehenden Honorarforderungen zur Einlageleistung zu verwenden, durch die nach Meinung des Berufungsgerichts in Gang gesetzte Kausalkette zwischen diesem Verlangen der Banken und der Fortsetzung des Beratungsverhältnisses ersetzt, noch führt eine in Gang gesetzte Kausalkette zur Sacheinlagefähigkeit der künftigen Honorarforderungen. Das Verlangen der Banken lag zeitlich sowohl vor dem Kapitalerhöhungsbeschluss als auch vor der erstmaligen Verpflichtung der Beklagten Anfang Juli 2002 zur Übernahme der nicht platzierten Aktien und wurde im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer Sanierung durch Kapitalerhöhung gestellt, ohne dass ein Bezug zur Übernahme von Aktien durch die Beklagte zu 1 bestand oder hergestellt wurde. Dass dem Verlangen ein gemeinsamer Plan oder eine Absprache der Banken mit der Beklagten zu 1 zugrunde lag, mit den Beratungshonoraren den Aktienerwerb und damit die Kapitalerhöhung zu finanzieren, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dass sich die Schuldnerin dem Begehren des Bankenpools, das Beratungsverhältnis zu verlängern, angesichts der Sanierungsbedürftigkeit nicht widersetzte, macht die künftig bezahlten Honorare nicht von der Beratungsleistung unabhängig und zum tauglichen Gegenstand einer Sacheinlage.

22 2. Auch der Umgehungstatbestand eines Hin- und Herzahlens oder eines Her- und Hinzahlens der von der Beklagten zu 1 geleisteten Einlage ist nicht gegeben.

23 Ein Hin- und Herzahlen liegt vor, wenn es an einer Bareinlageleistung zur freien Verfügung des Vorstands (§ 54 Abs. 3 AktG) fehlt, weil der Einlagebetrag absprachegemäß umgehend wieder an den Einleger, z.B. als Darlehen oder aufgrund einer Treuhandabrede, zurückfließen soll (BGHZ 180, 38 Tz. 15 - "Qivive"; v. 20. Juli 2009 - II ZR 273/07, ZIP 2009, 1561 Tz. 11, z.V.b. in BGHZ - "Cash-Pool II"). Dem ist der Gesetzgeber in § 27 Abs. 4 Satz 1 AktG

i.d.F. des ARUG insoweit gefolgt, als ein Hin- und Herzahlen nur vorliegt, wenn es wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und der Vorgang nicht als verdeckte Sacheinlage zu beurteilen ist. Im vorliegenden Fall scheidet ein Hin- und Herzahlen aus, weil die Einlageforderung nicht gegen eine andere schuldrechtliche Forderung der Gesellschaft ausgetauscht worden ist. Mit der Vergütung von Beratungsleistungen wird keine Forderung der Gesellschaft gegen die Beklagte als Inferentin begründet, die die Einlageschuld ersetzt. Die Einlage wird auch zur freien Verfügung der Gesellschaft geleistet, solange sie nicht für die Bezahlung der Dienstleistungen reserviert wird (vgl. BGHZ 180, 38 Tz. 15 - "Qivive"), was hier ohnehin nur für das Anfang Dezember 2002 als einziges nach Übernahme der Aktien im November 2002 gezahlte Beratungshonorar in Frage kommt. Eine solche Bindung der eingezahlten Mittel hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und der Kläger nicht behauptet.

24 Die Schuldnerin hat auch nicht die Einlage im Sinn eines Her- und Hinzahlens finanziert. Dem Hin- und Herzahlen steht zwar auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung (§ 27 Abs. 4 AktG i.d.F. des ARUG) wegen der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit, für die die Reihenfolge der Leistungen ohne Belang ist, das Her- und Hinzahlen gleich, bei dem die Einlagemittel nicht an den Gesellschafter zurückfließen, sondern die Gesellschaft dem Inferenten die Einlagemittel schon vor Zahlung der Einlage aus ihrem Vermögen zur Verfügung stellt (vgl. Sen.Urt. v. 22. März 2004 - II ZR 7/02, ZIP 2004, 1046; Urt. v. 12. Juni 2006 - II ZR 334/04, ZIP 2006, 1633). Um eine solche verdeckte Finanzierung durch die Gesellschaft handelt es sich aber nicht, wenn eine tatsächlich erbrachte Leistung entgolten wird, die dafür gezahlte Vergütung einem Drittvergleich standhält und die objektiv werthaltige Leistung nicht aus der Sicht der Gesellschaft für sie unbrauchbar und damit wertlos ist. Wirtschaftlich erbringt die Gesellschaft dann die Einlage nicht aus ihrem Vermögen, weil der Zahlung eine vollwertige Gegenleistung gegenübersteht. Eine verdeckte Finan-

zierung liegt nur vor, wenn der Entgeltcharakter der Zahlung vorgeschoben ist und der Beratungsvertrag nur zum Schein abgeschlossen wurde, um eine finanzielle Leistung der Gesellschaft zu rechtfertigen, oder der Zahlung keine ihrem Wert entsprechende Gegenleistung gegenübersteht, weil das Honorar in einem Missverhältnis zur vereinbarten oder erbrachten Beratungsleistung steht, oder etwa die erbrachte Leistung für die Gesellschaft schlechterdings unbrauchbar und damit aus ihrer Sicht wertlos ist. Ein solches Missverhältnis hat das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der gegen die Beklagte zu 2 u.a. auf Nichtigkeit des Beratungsvertrags wegen Wuchers gestützten Klage rechtsfehlerfrei verneint. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die von der Beklagten zu 1 entfaltete und bezahlte Tätigkeit für die Schuldnerin wertlos war.

Goette Reichart Drescher

Löffler Bender

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.07.2007 - 36 O 138/06 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 25.06.2008 - I-18 U 25/08 -