BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 234/09

Verkündet am:
20. September 2011
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AktG § 93 Abs. 3 Nr. 4, § 116 Satz 1; AktG (i.d.F. des Art. 1 Nr. 4 des StückAG vom 25. März 1998, BGBl. I S. 590) § 205 Abs. 4

a) Eigene Aktien der Gesellschaft können nicht als Sacheinlage eingebracht werden. Der Verzicht auf den Anspruch auf Rückerstattung von darlehensweise an die Gesellschaft überlassenen Aktien steht dem Einbringen als Sacheinlage jedenfalls dann gleich, wenn er in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Darlehensgewährung vereinbart wurde.

b) Der organschaftliche Vertreter einer Gesellschaft, der selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, kann den strengen Anforderungen an eine ihm obliegende Prüfung der Rechtslage und an die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung nur genügen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.

c) Das Aufsichtsratsmitglied, das über beruflich erworbene Spezialkenntnisse verfügt, unterliegt, soweit sein Spezialgebiet betroffen ist, einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab.

BGH, Urteil vom 20. September 2011 - II ZR 234/09 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bergmann, die Richterin Dr. Reichart und die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 11. Zivilsenat, vom 18. September 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der I. AG (im Folgenden: Schuldnerin). Die Beklagten zu 1 und 2 waren Mitglieder des Vorstands, der Beklagte zu 3 war stellvertretender Vorsitzender des Aufsichtsrats der Schuldnerin. Er war zugleich Partner einer Anwaltskanzlei, die ständige Beraterin der Schuldnerin war. Das Grundkapital der Schuldnerin von 31.234.000 DM war in 15.617.150 nennwertlose Stückaktien eingeteilt. Die Aktionäre der Schuldnerin beschlossen am 9. Februar 2000 durch Satzungsände-

rung die Schaffung eines genehmigten Kapitals. Der Vorstand wurde ermächtigt, das Kapital durch Ausgabe bis zu 7,8 Mio. neuer Aktien gegen Bar- oder Sacheinlage bis zum 31. Januar 2005 zu erhöhen. Er wurde außerdem ermächtigt, das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen, um bis zu 1,5 Mio. neue Aktien zum Zweck des Erwerbs von Beteiligungen gegen Überlassung von Aktien der Gesellschaft auszugeben. Außerdem ermächtigte die Hauptversammlung den Vorstand, bis zum 31. Juli 2001 eigene Aktien bis zu 10 % des damaligen Grundkapitals über die Börse oder außerhalb der Börse zu erwerben, von den damaligen Aktionären aber nur zum Kaufpreis von 1 € je Aktie oder unentgeltlich.

2 Die I. S. GmbH & Co. KG, deren einzige Kommanditistin und Alleingesellschafterin der Komplementärin die Schuldnerin war, kaufte am 16. Mai 2000 den einzigen Geschäftsanteil der P. GmbH für 4,8 Mio. DM. Der Kaufpreis sollte in Höhe von 1,6 Mio. DM durch Aktien der Schuldnerin beglichen werden.

3 Die Schuldnerin kaufte am 24. Mai 2000 80 % der Aktien der K. B.V. Am 23. Juni 2000 wurde vereinbart, dass statt der Schuldnerin die I. In. GmbH, deren Alleingesellschafterin die Schuldnerin war, die Aktien erwerben sollte. Als Kaufpreis waren 70,5 Mio. NLG vereinbart, davon sollten 27.924.000 NLG bezahlt werden; der Restkaufpreis sollte durch 250.000 Aktien der Schuldnerin beglichen werden. Eine etwaige Differenz zum vereinbarten Kaufpreis sollte durch weitere Lieferung von Aktien oder Barzahlung ausgeglichen werden.

4 Am 6. Juni 2000 erwarb die I. In. GmbH 80 % der Aktien der französischen T. P. Group, wobei wieder ein Teil des Kaufpreises mit Aktien der Schuldnerin bezahlt werden sollte.

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

5 Der Beklagte zu 2 hatte die Vorstellung, dass die Schuldnerin sich die für den Erwerb der Unternehmensbeteiligungen erforderlichen Aktien über eine Kapitalerhöhung unter Ausnutzung des genehmigten Kapitals beschaffen könne, um mit den ausgegebenen neuen Aktien den Kaufpreis zu begleichen. Der Beklagte zu 3 und der Steuerberater der Schuldnerin wiesen darauf hin, dass der dazu notwendige Erwerb eigener Aktien wegen § 71 AktG nach deutschem Aktienrecht nicht zulässig sei. Der Beklagte zu 2 schlug daraufhin vor, dass sich die Schuldnerin die zur Begleichung des Kaufpreises benötigten Aktien von einem Fonds leihe, die Rückgewähr durch die Ausgabe einer entsprechenden Anzahl von Aktien an diesen aus einer Kapitalerhöhung bewirke, wobei die Einlageleistung des Fonds durch Verzicht auf seine Wertpapierdarlehensrückzahlungsforderung erbracht werden könne.

6 Der Aufsichtsrat der Schuldnerin beschloss am 12. Juli 2000 in Anwesenheit beider Vorstände auf Vorschlag des Beklagten zu 3, die für den Erwerb der Beteiligungen notwendigen 679.133 Aktien durch ein Wertpapierdarlehen der D. AG, der Mehrheitsaktionärin der Schuldnerin, an der der Beklagte zu 1 mittelbar 34 % hielt, zu beschaffen und es mit neuen Aktien aus einer Kapitalerhöhung zurückzuführen. Am 5. September 2000 übereignete die D. AG aufgrund eines Wertpapierdarlehensvertrags der Schuldnerin 679.133 Aktien. Diese schloss Wertpapierdarlehensverträge mit der I. In. GmbH über 465.334 Aktien und mit der I. S. GmbH & Co. KG über 20.452 Aktien ab. Zugleich beschloss der Vorstand unter Mitwirkung der Beklagten zu 1 und 2 eine Sachkapitalerhöhung um 679.133 € durch Ausgabe von 679.133 Aktien an die D. AG zum Ausgabekurs von 43,97 € je Aktie. Die D. AG sollte die Einlage durch Verzicht auf die Rückforderung aus dem Wertpapierdarlehensvertrag erbringen. Der Aufsichtsrat mit dem Beklagten zu 3 stimmte der Kapitalerhöhung am gleichen Tag zu. Die D. AG, für die unter anderem ebenfalls die Beklagten zu 1 und 2 handelten, zeich-

nete die Aktien und verzichtete auf die Rückforderung der darlehensweise überlassenen Aktien. Am 6. Dezember 2000 wurde die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen. In der Folgezeit erhielt die D. AG die neuen Aktien.

7 Insgesamt verwendete die Schuldnerin 582.092 Aktien für den Erwerb der Unternehmensbeteiligungen, die restlichen von der D. AG erhaltenen Aktien verblieben bei ihr und wurden im September 2001 eingezogen.

8 Der Kläger nimmt die Beklagten auf Zahlung eines Teilbetrags von 10.000.000 € aus dem Ausgabebetrag für die mit der Kapitalerhöhung vom 5. September 2000 geschaffenen Aktien (29.861.478,01 €) in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, die Berufung der Beklagten führte zur Klageabweisung. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils sowie zur Zurückverweisung der Sache.

10 I. Das Berufungsgericht (OLG Hamburg, NZG 2010, 309) hat ausgeführt, es liege ein Verstoß gegen § 71 AktG in Verbindung mit § 57 AktG vor. Die gewählte Konstruktion stelle sich als Anwendungsfall des Erwerbs eigener Aktien durch die Gesellschaft dar. Die vereinbarte Sacheinlage sei aus diesem Grunde und im Übrigen auch deshalb unwirksam gewesen, weil von vorneherein nicht beabsichtigt gewesen sei, die von der D. AG gewährten Aktien zurückzugeben (§ 117 BGB). Aufgrund der Unwirksamkeit der Sacheinlageverpflichtung sei die Bareinlageverpflichtung aufgelebt. Die Beklagten treffe auch ein Verschulden. Da den Beklagten nach den unter anderem vom Steuerberater

der Schuldnerin geäußerten Bedenken habe klar sein müssen, dass die Kapitalerhöhung in Verbindung mit dem Anteilserwerb problematisch war, hätte zusätzlich zu der zur Zulässigkeit des beabsichtigten Geschäfts eingeholten Begutachtung der Kanzlei des Beklagten zu 3 eine weitere, vor allem unabhängige Meinung eingeholt werden müssen. Allein der Umstand, dass es denkbar erscheine, dass der Beklagte zu 3 als Mitglied der Kanzlei Einfluss auf die Begutachtung genommen habe, reiche aus, den Vorstandsmitgliedern sehr hohe Sorgfaltspflichten aufzuerlegen. Ein schriftliches Gutachten habe nicht vorgelegen; das behauptete Vertrauen auf die mündlich erteilte Auskunft zeige, dass die Beklagten zu 1 und 2 nicht die erforderliche Sorgfalt beachtet hätten. Allein aufgrund des mündlich Erörterten sei es ihnen unmöglich gewesen, Schwachpunkte der Begutachtung zu erkennen. Eine Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz gemäß § 93 Abs. 2 und 3 Nr. 4 AktG bzw. § 116 Satz 1, § 93 Abs. 2 und 3 Nr. 4 AktG scheitere jedoch am Vorliegen eines erstattungsfähigen Schadens. Ein tatsächlich zugeflossener Vorteil sei nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Der Vorteil der Schuldnerin sei darin zu sehen, dass sie durch die Lieferung der Altaktien in die Lage versetzt worden sei, die vertraglichen Verpflichtungen aus den Erwerbsverträgen mit den Eigentümern der K. B.V., T. P. Group und P. GmbH zu erfüllen. Da der Wert der den Tochtergesellschaften zu liefernden Aktien erheblich über dem Wert des Ausgabebetrags der neuen Aktien gelegen habe, entfalle der Schaden der Schuldnerin in voller Höhe.

11 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht, das die Ersatzpflicht der Beklagten nach § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG rechtsfehlerfrei festgestellt hat, hat die Befreiung von den Lieferverpflichtungen der Altaktien rechtsfehlerhaft im Wege des Vorteilsausgleichs auf diese Ersatzverpflichtung angerechnet.

12 1. Im Ergebnis zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagten zu 1 und 2 der Schuldnerin dem Grunde nach schadensersatzpflichtig sind. Die Beklagten zu 1 und 2 sind der Schuldnerin zum Ersatz verpflichtet, weil sie an die D. AG Aktien ausgegeben haben, obwohl diese ihrer Bareinlageverpflichtung nicht nachgekommen war. Nach § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG sind die Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft zum Ersatz verpflichtet, wenn Aktien vor Leistung des Ausgabebetrags ausgegeben werden. Die Ersatzpflicht tritt auch ein, wenn die Bareinlagepflicht wegen der Unwirksamkeit einer Sacheinlagevereinbarung entsteht (vgl. BGH, Urteil vom 18. Februar 2008 - II ZR 132/06, BGHZ 175, 265 Rn. 17 - Rheinmöve). Die D. AG war verpflichtet, den Ausgabebetrag der Aktien von 29.861.478,01 € einzubezahlen, weil die Festsetzung des Verzichts auf die Rückerstattung des Aktiendarlehens als Sacheinlage unwirksam war.

13 a) Nach § 205 Abs. 4 Satz 4 AktG in der damals geltenden Fassung des Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes über die Zulassung von Stückaktien (Stückaktiengesetz - StückAG) vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 590) war der Aktionär verpflichtet, den Ausgabebetrag der Aktien (§ 9 Abs. 2 AktG) einzuzahlen, wenn die Verträge über Sacheinlagen und die Rechtshandlungen unwirksam waren, weil die in § 205 Abs. 2 Satz 1 AktG vorgeschriebenen Festsetzungen des Vorstands zum Gegenstand der Sacheinlage, der Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag fehlten, die Kapitalerhöhung aber gleichwohl durch Eintragung der Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals wirksam wurde. Die vorgeschriebenen Festsetzungen fehlten auch dann, wenn sie unvollständig, unrichtig oder unklar waren (Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 205 Rn. 7; Hirte in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 205 Rn. 17). Erst recht stand die Festsetzung einer untauglichen Sacheinlage fehlenden Festsetzungen gleich (vgl. Münch-KommAktG/Pentz, 3. Aufl., § 27 Rn. 48; Heidinger/Benz in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 27 Rn. 84).

14 b) Der als Sacheinlage festgesetzte Verzicht auf den Anspruch auf Rückerstattung der darlehensweise an die Schuldnerin überlassenen Aktien war kein tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage. Eigene Aktien der Gesellschaft können nicht als Sacheinlage eingebracht werden, weil der Gesellschaft mit der Überlassung der alten Aktien als Teil des Grundkapitals real kein neues Kapital zugeführt wird und sie wegen der nach § 272 Abs. 4 Satz 1 HGB in der damals geltenden Fassung des Bilanzrichtlinien-Gesetzes vom 19. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2355) notwendigen Sonderrückstellung auch keinen Vermögenszuwachs erhält (Lutter in KK-AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 34; Wiedemann in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 183 Rn. 43; MünchKommAktG/Peifer, 3. Aufl., § 183 Rn. 14). Die D. AG leistete als Sacheinlage Aktien der Schuldnerin. Mit dem vorab verabredeten Verzicht auf die Rückerstattung der erst kurz zuvor darlehensweise überlassenen Aktien wurde nur verschleiert, dass der Schuldnerin die Aktien selbst überlassen wurden. Im Übrigen kann eine zulässige Sacheinlage auch nicht in der Einlage des Anspruchs auf die Leistung von Aktien zur Erfüllung der Rückgewährschuld aus dem Darlehen gesehen werden, weil die Aktien selbst kein tauglicher Einlagegegenstand waren. Zwar konnte die Schuldnerin infolge des in dem Verzicht auf die Rückerstattung von Aktien liegenden Verzichts auf den schuldrechtlichen Belieferungsanspruch Aktien behalten, deren Lieferung sie schuldete. In der Sache wurde ihr aber auch dadurch kein zusätzliches Haftungskapital zugeführt. Dass sie sich einen zur Beschaffung der Aktien erforderlichen Kapitaleinsatz ersparte, steht nicht schon aufgrund des Verzichts fest und wäre gleichfalls keine Zuführung neuen Kapitals.

15 c) Die Bareinlageschuld ist auch nicht durch Verrechnung mit dem Wert der Aktien bzw. der Rückerstattungsforderung, auf die verzichtet wurde, erloschen. Der Wert der eigenen Aktien kann nach § 205 Abs. 3, § 27 Abs. 3 AktG, die nach § 20 Abs. 7 EGAktG auch für Einlageleistungen vor dem 1. September

2009 gelten, nicht auf die Bareinlageschuld angerechnet werden. Die Regeln der verdeckten Sacheinlage können auf untaugliche Sacheinlagegegenstände nicht angewendet werden (BGH, Urteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 173/08, BGHZ 184, 158 Rn. 18 - Eurobike; Heidinger/Benz in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 27 Rn. 85). Abgesehen davon ist der Schuldnerin wegen der notwendigen Bildung von Rückstellungen nach § 272 Abs. 4 Satz 1 HGB a.F. kein anrechenbarer Wert zugeflossen.

16 d) Die Beklagten zu 1 und 2 trifft auch ein Verschulden. Die Beklagten können sich auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht darauf berufen, die Rechtslage falsch eingeschätzt und die Unwirksamkeit der Festsetzung der Sacheinlage nicht erkannt zu haben. Ein Organmitglied muss wie jeder Schuldner für einen Rechtsirrtum einstehen, wenn er schuldhaft gehandelt hat. An das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind strenge Maßstäbe anzulegen. Ein Schuldner muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten (BGH, Urteil vom 11. Januar 1984 - VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296, 303; Urteil vom 14. Juni 1994 - XI ZR 210/93, ZIP 1994, 1350, 1351; Urteil vom 4. Juli 2001 - VIII ZR 279/00, WM 2001, 2012, 2014; Urteil vom 12. Juli 2006 - X ZR 157/05, WM 2006, 2011 Rn. 19; Urteil vom 25. Oktober 2006 - VIII ZR 102/06, NJW 2007, 428 Rn. 13; Beschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, ZIP 2010, 1335 Rn. 3). Dabei trifft grundsätzlich den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 - V ZB 4/94, BGHZ 131, 346, 353; Beschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, ZIP 2010, 1335 Rn. 3).

17 aa) Die Beklagten zu 1 und 2 haben sich allerdings ein Verschulden der Rechtsanwälte der Anwaltskanzlei des Beklagten zu 3 nicht zurechnen zu lassen. Der Schuldner hat zwar für die unrichtige Rechtsauskunft eines Erfüllungs-

gehilfen nach § 278 BGB einzustehen (BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 - X ZR 157/05, WM 2006, 2011 Rn. 20; Urteil vom 25. Oktober 2006 - VIII ZR 102/06, NJW 2007, 428 Rn. 22). Die Rechtsanwälte der Anwaltskanzlei des Beklagten zu 3 waren aber nicht Erfüllungsgehilfen des Vorstands. Der Vorstand haftet grundsätzlich nur für eigenes Verschulden. Eine Zurechnung des Verschuldens beauftragter Dritter nach § 278 BGB kommt nur in Frage, wenn das Vorstandsmitglied eine Hilfsperson in die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten einschaltet (BGH, Urteil vom 31. März 1954 - II ZR 57/53, BGHZ 13, 61, 66 zur GmbH; MünchKommAktG/Spindler, 3. Aufl., § 93 Rn. 161). Wenn ein Vorstand im Namen der Gesellschaft Dritte einschaltet, bedient er sich dieser regelmäßig nicht zur Erfüllung eigener Verbindlichkeiten, vielmehr sollen diese im Pflichtenkreis der Gesellschaft tätig werden. Die Beklagten zu 1 und 2 haben die Anwaltskanzlei des Beklagten zu 3 nicht zur Erfüllung ihrer Geschäftsleiterpflichten im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung und der Beschaffung der Aktien zugezogen.

18 bb) Um den strengen Anforderungen an die dem Vorstand obliegende Prüfung der Rechtslage und die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung zu genügen, reicht eine schlichte Anfrage bei einer von dem organschaftlichen Vertreter für fachkundig gehaltenen Person durch die Gesellschaft nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 16 ff. [zur Prüfung der Insolvenzreife durch einen Wirtschaftsprüfer]; OLG Stuttgart, ZIP 2009, 2386, 2389; Fleischer, NZG 2010, 121 ff.).

19 cc) Diesen Anforderungen sind die Beklagten zu 1 und 2 nicht gerecht geworden.

20 (1) Dass der Beklagte zu 3, der gleichzeitig Rechtsanwalt ist, in der Aufsichtsratssitzung vom 12. Juli 2000 das Transaktionsmodell vorgeschlagen hat, die Aktien durch ein Wertpapierdarlehen der D. AG und dessen „Rückführung“ durch die Kapitalerhöhung aufzubringen, führt nicht zu einer Entlastung der Vorstandsmitglieder und ersetzt eine eigenständige Prüfung nicht. Der Vorstand kann sich nicht unter Berufung auf eine unzutreffende Beratung durch den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Aufsichtsratstätigkeit, die Teil der Überwachungspflicht ist (BGH, Urteil vom 25. März 1991 - II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 129 f.), entlasten. Vorstandsmitglieder können sich nicht darauf berufen, der Aufsichtsrat habe sie ungenügend überwacht oder fehlerhaft beraten. Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats bestehen neben den Pflichten des Vorstands (§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG). Die Beratung zur Beschaffung der Aktien und die Mitwirkung bei der Durchführung der Kapitalerhöhung gehörten zu den Aufgaben des Aufsichtsrats. Die Beschaffung der Aktien für große Unternehmensakquisitionen zählt zu den übergeordneten Fragen der Unternehmenspolitik, mit denen sich der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit zu befassen hat (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1991 - II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 132). Mit der Durchführung der Kapitalerhöhung musste er sich schon wegen der nach § 205 Abs. 2 Satz 2 AktG erforderlichen Zustimmung befassen. Daraus, dass der Beklagte zu 3 bei der Aufsichtsratssitzung das Wertpapierdarlehen und die Rückführung mit neuen Aktien aus der Kapitalerhöhung vorgeschlagen hat, konnten die Vorstandsmitglieder im Übrigen auch noch nicht entnehmen, dass der Vorgang, die Aktien zu leihen und aus einer Kapitalerhöhung zurückzuführen, der erstmals von dem Beklagten zu 2 entwickelt worden war, auf seine rechtliche Zulässigkeit geprüft worden war.

21 (2) Die Beklagten zu 1 und 2 werden auch nicht dadurch entlastet, dass der Beklagte zu 3 mit der Erstellung eines Abwicklungskonzepts beauftragt wurde und die dazu erforderlichen Verträge von der Kanzlei des Beklagten zu 3 ausgearbeitet wurden.

22 Soweit sie keinen Anlass für eine rechtliche Überprüfung sahen, weil das Abwicklungskonzept durch eine Rechtsanwaltskanzlei erstellt wurde, kann sie das schon deshalb nicht entlasten, weil ein Rechtsirrtum nicht entschuldigt ist, wenn eine Überprüfung der Rechtslage unterlassen worden ist. Die bloße Annahme der Beklagten zu 1 und 2, dass bei der Erstellung des Abwicklungskonzepts die rechtlichen Voraussetzungen der Sacheinlage überprüft wurden, ersetzt eine Beratung und gegebenenfalls eine Nachfrage nicht. Die Vertragsgestaltung allein bietet auch keine Grundlage für eine Überprüfung der Plausibilität der Auskunft.

23 (3) Auch die im Berufungsurteil einmal als mündliche Auskunft, das andere Mal als Gutachten bezeichnete Information durch die Kanzlei des Beklagten zu 3 genügt für eine Entlastung der Beklagten zu 1 und 2 nicht. Die darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten zu 1 und 2 haben Inhalt und Umfang dieser Information nicht näher dargelegt und das Berufungsgericht dazu infolgedessen auch keine Feststellungen getroffen. Damit lässt sich schon nicht feststellen, dass die Beratung ihrem Inhalt und Umfang nach den strengen Anforderungen genügte und über eine mündliche Auskunft auf eine schlichte Anfrage hinausging, den Beklagten zur Kenntnis gelangte und einer Plausibilitätskontrolle zugänglich war.

24 Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei eine mündliche Beratung nicht genügen lassen, schon weil sie in diesem Fall, der für die Beklagten zu 1 und 2 erkennbar weder einfach gelagert noch besonders eilbedürftig war, die notwen-

dige Plausibilitätsprüfung nicht erlaubte. Dabei hat es vor dem Hintergrund, dass die ursprünglich vom Beklagten zu 2 vorgesehene Vorgehensweise, sich die Aktien durch eine Kapitalerhöhung unter Ausnutzung des genehmigten Kapitals zu beschaffen, vom Beklagten zu 3 und dem Steuerberater der Schuldnerin als nicht durchführbar bezeichnet worden war, zu Recht erhöhte Anforderungen gestellt. Den Beklagten zu 1 und 2 war damit noch einmal vor Augen geführt worden, dass nach deutschem Recht jeder Erwerb von eigenen Aktien durch die Gesellschaft nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig ist. Dem Beklagten zu 2 mussten diese Voraussetzungen und der aus § 272 Abs. 4 Satz 1 HGB a.F. folgende beschränkte Wert eigener Aktien für die Gesellschaft als Finanzvorstand bekannt sein. Hinzu kommt, dass der in der Satzung der Schuldnerin vorgesehene Weg, als Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung unmittelbar die Beteiligung zu erwerben, ebenso wenig beschritten wurde wie der unentgeltliche Erwerb von Aktien von den Altaktionären bzw. der Erwerb für 1 €. Das legte nahe, dass mit dem gewählten Weg, die Aktien von der D. AG für einen deutlich über 1 € liegenden Wert zu erwerben, Beschränkungen, die nicht grundlos in die Satzung aufgenommen waren, umgangen werden sollten. Ein solches Vorgehen verlangte nicht nur eine gründliche rechtliche Prüfung durch einen für diese Frage fachlich qualifizierten Berufsträger, sondern auch eine besonders kritische Plausibilitätsprüfung.

25 Außerdem haben die Beklagten zu 1 und 2 nicht vorgetragen, dass und gegebenenfalls welche Plausibilitätsprüfungen sie angestellt haben. Das Verschulden entfällt nicht, wenn von einer Plausibilitätsprüfung abgesehen oder sie schuldhaft fehlerhaft vorgenommen wird. Das Vertrauen in die Fachkompetenz der Kanzlei des Beklagten zu 3 ersetzt die Plausibilitätskontrolle nicht.

26 dd) Die Beklagten zu 1 und 2 werden entgegen der Revisionserwiderung auch nicht dadurch entlastet, dass weder der Sacheinlagenprüfer noch das Re-

gistergericht die Untauglichkeit der Sacheinlage erkannt haben. Der Vorstand ist unabhängig von der zeitlich nachfolgenden Prüfung verpflichtet, nur taugliche Sacheinlagen zuzulassen. Die Beklagten zu 1 und 2 konnten sich auch nicht allein aufgrund der Eintragung der Kapitalerhöhung nach Prüfung durch das Registergericht darauf verlassen, dass der Gegenstand der Sacheinlage wirksam festgesetzt war. Nach § 205 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG a.F. entstand die Bareinlageverpflichtung, die Voraussetzung einer Haftung der Beklagten zu 1 und 2 ist (§ 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG), nur, wenn die Kapitalerhöhung trotz der Unwirksamkeit der Festsetzungen eingetragen wurde, weil sie vom Registergericht nicht erkannt wurde.

27 2. Auch der Beklagte zu 3 ist als Aufsichtsrat der Schuldnerin ersatzpflichtig. Schuldhaft handelnde Aufsichtsratsmitglieder haften nach § 116 Satz 1, § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG, wenn Aktien vor Leistung der Bareinlage ausgegeben werden (vgl. BGH, Urteil vom 18. Februar 2008 - II ZR 132/06, BGHZ 175, 265 Rn. 17 - Rheinmöve). Im Rahmen ihrer Überwachungspflichten haben sie auch im Rahmen von Kapitalerhöhungsmaßnahmen dafür zu sorgen, dass der Vorstand seine Aufgaben ordnungsgemäß in Übereinstimmung mit Gesetz und Satzung erfüllt, und haben gegebenenfalls einzugreifen und den Vorstand zu richtigem Verhalten anzuhalten. Der Beklagte zu 3 hat schon dadurch gegen seine Pflichten verstoßen, dass er den Vorstand dahin beraten hat, als Sacheinlage den Verzicht der D. AG auf ihren Anspruch auf Rückgewähr der erst kurz zuvor überlassenen Aktien zuzulassen, und gegen die fehlerhafte Festsetzung einer untauglichen Sacheinlage nicht eingeschritten ist, sondern ihr zugestimmt hat (§ 205 Abs. 2 Satz 2 AktG a.F.).

28 Der Beklagte zu 3 handelte auch schuldhaft. Er kann sich als Rechtsanwalt angesichts der eindeutigen Rechtslage grundsätzlich nicht auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum berufen. Dass er in der Organfunktion als Aufsichts-

rat, nicht in seinem Beruf als Rechtsanwalt tätig war, führt nicht dazu, dass nur ein durchschnittlicher, für alle Aufsichtsratsmitglieder geltender Sorgfaltsmaßstab auf ihn anzulegen ist. Das Aufsichtsratsmitglied, das über beruflich erworbene Spezialkenntnisse verfügt, unterliegt, soweit sein Spezialgebiet betroffen ist, insoweit einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab (MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 116 Rn. 28; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 17; Mertens in KK-AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 57; Heidel/Breuer/Fraune, AktG, 3. Aufl., § 116 Rn. 3; Drygalla in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 116 Rn. 37; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, § 116 Rn. 10; Dreher, Festschrift Boujong, 1996, S. 71, 80; Semler, Festschrift K. Schmidt, 2009, S. 1489, 1505; aA Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 116 Rn. 52; Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 116 Rn. 3). Das Aufsichtsratsmitglied, das über besondere Fachkenntnisse verfügt, ist gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, diese einzusetzen (BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 - II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 17; Urteil vom 2. April 2007 - II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056 Rn. 16; Beschluss vom 27. April 2009 - II ZR 160/08, ZIP 2009, 1661 Rn. 6), und wird nicht selten wegen dieser speziellen Kenntnisse in den Aufsichtsrat gewählt.

29 3. Der Schuldnerin ist auch ein Schaden im Sinn von § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG in Höhe der entgangenen Bareinlage entstanden. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung der Beklagten zu 1 und 2 fehlt es nicht an einem Schaden, weil die Bareinlageforderung gegen die D. AG, die bereits Anfang Dezember 2000 nicht mehr leistungsfähig war, von vorneherein uneinbringlich war. Der Schaden nach § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG besteht darin, dass der Gesellschaft nicht spätestens bei der Ausgabe der Aktien Kapital tatsächlich zufließt. Ein Schaden im Sinn des § 93 Abs. 2 AktG mit einer Vermögensdifferenz muss nicht entstehen (vgl. RGZ 159, 211, 230). Solange der Bareinlageanspruch vollwertig ist, entsteht mit der Ausgabe der Aktien auch kein Schaden im Sinn einer Vermögensdifferenz, weil der Anspruch auf Bareinlageleis-

tung dem Wert des vorenthaltenen Kapitals entspricht. Wie im Fall des § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG (BGH, Urteil vom 20. September 2010 - II ZR 78/09, BGHZ 187, 60 Rn. 14 - Doberlug) ist im Fall von § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG aus diesem Grund keine schadensrechtliche Gesamtsaldierung vorzunehmen. Auf die Durchsetzbarkeit der Bareinlageforderung kommt es ebenfalls nicht an. Das Gebot, Aktien erst nach Leistung der Bareinlage auszugeben, soll gerade vor dem Ausfall der Bareinlageforderung schützen. Mit der Leistungsunfähigkeit der D. AG, die bereits bei Ausgabe der Aktien vorgelegen haben soll, ist der Schaden vielmehr unwiderruflich eingetreten (vgl. RGZ 159, 211, 231).

30 4. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Befreiung von den Lieferverpflichtungen der Altaktien im Wege des Vorteilsausgleichs auf die Ersatzverpflichtung angerechnet.

31 a) Noch zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Kapitalerhöhungsvorgang der Gesellschaft zugeflossene Vermögensvorteile im Weg der Vorteilsausgleichung auf die Ersatzverpflichtung anzurechnen sind (vgl. RGZ 159, 211, 231 f.; Hopt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 240; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. § 93 Rn. 259; Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 134; MünchKommAktG/Spindler, 3. Aufl., § 93 Rn. 205). Auch wenn keine schadensrechtliche Gesamtsaldierung vorzunehmen ist, soll sich die Gesellschaft nicht aufgrund eines Fehlers der Organmitglieder auf deren Kosten bereichern.

32 b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber die Möglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung zur Lieferung von Aktien an ihre Tochtergesellschaften und die Befreiung von dieser Verpflichtung als anrechenbaren Vorteil angesehen. Dass die Schuldnerin durch von der D. AG überlassene Altaktien in die Lage versetzt wurde, die Lieferverpflichtung an die Tochtergesellschaften zu

erfüllen, und sich die Aktien nicht mehr auf dem Markt besorgen musste, ist kein Vermögensvorteil. Die Schuldnerin war verpflichtet, der D. AG die überlassenen Aktien nach § 812 Abs. 1 BGB zurückzugewähren. Die Verträge über die Wertpapierleihe und der nachfolgende Verzicht auf die Rückforderung der Aktien waren nach § 205 Abs. 4 Satz 1 AktG a.F. unwirksam. Mit der Weitergabe der Aktien an die Tochtergesellschaften wurde ihr die Rückgabe unmöglich, so dass sie nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz in der Höhe des Wertes der Aktien und im Wert des vermeintlich erlangten Vorteils schuldete.

33 III. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

34 1. Es sind noch Feststellungen dazu zu treffen, ob der Schuldnerin anrechenbare Vermögensvorteile durch die Verwertung der Aktien zuflossen. Ihre Tochtergesellschaften erwarben mit den überlassenen Aktien Anteile an den verschiedenen Zielgesellschaften. Der Schuldnerin flossen dadurch Vermögensvorteile zu, wenn dies zu einer Werterhöhung der Tochtergesellschaften geführt hat. Soweit diese Vermögensvorteile den Wertersatzanspruch der D. AG nach § 818 Abs. 2 BGB überstiegen, wären sie als unmittelbar aus dem Vorgang entstandene Vermögensvorteile zur Vermeidung einer Bereicherung der Schuldnerin auf den Ersatzanspruch gegen die Beklagten anzurechnen. Die Beklagten, die als Ersatzpflichtige für zugeflossene Vorteile darlegungs- und beweispflichtig sind (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2010 - II ZR 30/09 ZIP 2010, 1397 Rn. 26), haben vorgetragen, dass der Wert der Unternehmensbeteiligungen den Wert der ausstehenden Einlageforderung erheblich übersteige und die erworbenen Anteile mit Buchgewinnen später weiterveräußert worden seien. Es ist nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass der Wert der mit den Altaktien erkauften Gesellschaftsanteile den Wertersatzanspruch und den Wert des Anspruchs auf Rückgabe der nicht verbrauchten

Aktien, der durch die Einziehung unmöglich gemacht wurde, übersteigt. Dabei ist den Beklagten zunächst die Gelegenheit zu geben, zu dem mit den erworbenen Unternehmensbeteiligungen verbundenen Wertzuwachs der Tochtergesellschaften, auf den es nach dem Urteil des Berufungsgerichts bisher nicht ankam, und dem Anteil, der dabei auf die verwendeten Altaktien entfällt, noch vorzutragen.

35 Dagegen ist der Wert der erworbenen Unternehmensanteile bis zur Höhe des Wertersatzanspruches nicht als Vorteil anzurechnen. Insoweit sind der Schuldnerin keine bleibenden Vermögensvorteile entstanden, weil dem Vermögenszuwachs die Verbindlichkeit gegenüber der D. AG gegenüberstand. Dass die D. AG die Verbindlichkeit nicht geltend gemacht hat, führt noch zu keinem dauerhaft bei der Schuldnerin verbleibenden Vorteil. Da der Schaden im Sinn von § 93 Abs. 3 Nr. 4 AktG im Ausbleiben der Bareinlage besteht und gerade keine schadensrechtliche Gesamtsaldierung vorzunehmen ist, kann der infolge der Unwirksamkeit der Sacheinlagefestlegung entstandene Bereicherungsanspruch auch nicht nachträglich auf den Bareinlageanspruch der Schuldnerin angerechnet und insoweit seine unterlassene Durchsetzung als bleibender „Vorteil" angesehen werden. Die D. AG hätte mit dem Wertersatzanspruch auch weder gegen den Anspruch der Schuldnerin auf Leistung der Bareinlage aufrechnen können (§ 66 Abs. 1 AktG) noch die Bareinlage durch Verzicht auf den Wertersatzanspruch erbringen können, weil dann unzulässig eine Sacheinlage an die Stelle der Bareinlage getreten wäre.

36 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat behauptete Prüfung der Frage der Sachkapitalerhöhung durch den Partner B. der Anwaltskanzlei des Beklagten zu 3 und die mündliche Erörterung der Wirksamkeit, bei der er betont haben soll, dass auf diesem Wege eine wirksame Kapitalerhöhung erfolgen

könne, den Anforderungen nicht genügt. Damit wird nicht mehr als die mündliche Antwort auf eine schlichte Anfrage bei einer von dem organschaftlichen Vertreter für fachkundig gehaltenen Person durch die Gesellschaft vorgetragen.

Bergmann Reichart Drescher

Born Sunder

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 08.12.2006 - 404 O 157/05 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 18.09.2009 - 11 U 183/07 -