

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 256/86

URTEIL

Verkündet am:
19. Oktober 1987
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Bank C [REDACTED] Aktiengesellschaft, B [REDACTED] Weg [REDACTED],
Z [REDACTED], vertreten durch die Mitglieder ihres
Verwaltungsrats Gerrit van R [REDACTED]
und Harry A. S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

W [REDACTED] L [REDACTED] bank G [REDACTED], Niederlassung
K [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED] K [REDACTED], vertreten durch ihre
Vorstandsmitglieder Friedel N [REDACTED] und
Dr. Axel K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Bundschuh, Brandes, Röhricht und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 18. September 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die klagende schweizerische Bank unterhielt und unterhält zur Erleichterung des internationalen Zahlungsverkehrs bei der verklagten inländischen Bank ein sogenanntes Interbank-Konto. Beide Banken standen wiederum in Geschäftsbeziehung zu E. W. R., der Vorstandsmitglied und Mehrheitsaktionär der B.-F.-AG war. Im Jahre 1982 beabsichtigte der Vorstand dieser Gesellschaft, entsprechend einer von den Gesellschaftern am 30. Juli 1979 beschlossenen Ermächtigung das Grundkapital von 12 Mio DM auf 18 Mio DM zu erhöhen. Die neuen Aktien sollten für 110 DM und damit um 60 DM über ihren Nennbetrag von 50 DM ausgegeben werden. R., dem daran lag, seine Mehrheitsbeteiligung zu halten, wollte 72.720 Aktien übernehmen, besaß aber vor 1984 nicht die hierfür erforderlichen Geldmittel. Er wollte sich deshalb die sofort benötigten Gelder dadurch verschaffen, daß er die neuen Aktien verkaufte und gleichzeitig ein Rückkaufsrecht für 1984 vereinbarte. Am 30. April 1982 fragte er die Beklagte, ob diese bereit sei, gegenüber dem Käufer der Aktien eine Rückkaufsverpflichtung zum Ausgabebetrag einzugehen, wobei er ihr zum selben Wert alte Aktien als zusätzliche Sicherheit anbot. Am 26. August 1982 räumte die Beklagte R. einen Avalkredit über 8 Mio DM ein und erklärte sich bereit, gegenüber den Käufern der Aktien die Verpflichtung zu übernehmen, die Aktien für den genannten Betrag bis zum 31. März 1984 zurückzukaufen. Nachdem die Klägerin grundsätzlich bereit war, die Aktien gegen Zahlung von 8 Mio DM



zum Pfand zu nehmen, wurde am 25. September 1982 die Kapitalerhöhung vom Vorstand beschlossen und vom Aufsichtsrat genehmigt. In den Beschlüssen heißt es, daß die Aktien von der W [REDACTED] L [REDACTED] bank übernommen und den Aktionären im Verhältnis von 2:1 zum Bezuge angeboten werden. Am 28. September 1982 legte R [REDACTED] der Klägerin diese beiden Beschlüsse, eine Globalaktie über 3.636.000 DM (Wertpapier-Kenn-Nr. [REDACTED]) sowie eine Garantieerklärung nebst Begleitschreiben von seiten der Beklagten vor, die beide an die Klägerin adressiert waren. Die Garantieerklärung vom 27. September 1982 hatte folgenden Wortlaut:

"Wir verpflichten uns hierdurch Ihnen gegenüber unwiderruflich und unter Verzicht auf Einreden, auf erstes Anfordern in der Zeit vom 15. März bis 31. März 1984 junge Aktien der B [REDACTED]-F [REDACTED]-[REDACTED]gesellschaft-AG, K [REDACTED]/Ts., aus der Emission 1982 zum Preis von DM 110 pro Stück à DM 50,- von Ihnen zu erwerben, zuzüglich einem Agio von 8 % p.a. auf den Kurswert von DM 110 pro Stück.

Unsere diesbezügliche Bereitschaft gilt bis zu 72.720 Stück Aktien à DM 50,- Nominalwert."

Im Begleitschreiben vom 28. September 1982 bat die Beklagte, über die Garantieerklärung nur gegen Überweisung von 8 Mio DM auf das Konto R [REDACTED] bei ihr zu verfügen. Auf einer Durchschrift dieses Begleitschreibens ließ sich R [REDACTED] vom Bankdirektor G [REDACTED] der Klägerin den folgenden von ihm handschriftlich angebrachten Vermerk unterzeichnen:

"Brief nebst Anlage und Globalaktie über DM 3.636.000
- Wertpapier-Kenn-Nr. [REDACTED] - empfangen. Weisen
Valuta per 1.10.1982 telegrafisch an."

Am 29. September 1982 ließ R [REDACTED] der Beklagten
diese Bestätigung durch Boten überbringen.

In dem Darlehensvertrag, den die Klägerin und R [REDACTED]
am 28. September 1982 schlossen, ist als Deckung für das
Darlehen über 8 Mio DM die pfandrechtliche Hinterlegung
von 72.720 Stück Aktien à nom. DM 50,- aus der Emission
1982 mit schriftlicher Abnahme-Verpflichtung der W [REDACTED]
[REDACTED] L [REDACTED] bank aufgeführt. Die Klägerin überwies am
1. Oktober 1982 die 8 Mio DM auf das Konto R [REDACTED] bei
der Beklagten, das zu dieser Zeit einen Debetsaldo von
5.279.912,35 DM aufwies.

Die beschlossene Kapitalerhöhung ist nicht durchge-
führt worden, eine Eintragung im Handelsregister nicht er-
folgt. Am 19. Juli 1983 wurde über das Vermögen R [REDACTED],
am 25. Juli 1983 über das der B [REDACTED]-F [REDACTED]-AG das
Konkursverfahren eröffnet. Die Beklagte verweigert den
Rückkauf der Globalaktie unter Hinweis auf deren Nich-
tigkeit, die in den Risikobereich der Klägerin falle.

Die Klägerin klagt auf Erfüllung, hilfsweise auf
Schadensersatz wegen Verschuldens beim Vertragsschluß oder
positiver Forderungsverletzung; sie verlangt Zahlung von

8.943.105,60 DM, hilfsweise von 8.870.952,96 DM, jeweils nebst Zinsen und Zug um Zug gegen Abtretung ihrer Darlehensforderung gegen R. [REDACTED] in Höhe von 8.487.955,98 DM. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Zurückverweisung sowohl hinsichtlich des Erfüllungs- wie des hilfsweise geltend gemachten Ersatzanspruchs wegen Verschuldens beim Vertrags-schluß.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist Ende September 1982 zwischen den Parteien ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag oder ein Vorvertrag zustandegekommen, den die Beklagte nach § 323 BGB nicht zu erfüllen brauche, weil es der Klägerin unmöglich ist, ihr als Gegenleistung die geschuldeten Aktien zu verschaffen; diese gebe es weder jetzt noch künftig, weil die Kapitalerhöhung der B. [REDACTED]-AG gescheitert sei. Der Klägerin sei trotz ihres Unvermögens, die Aktien übertragen zu können, der Anspruch auf den Kaufpreis auch nicht nach § 324 BGB erhalten geblieben. Weder habe die Beklagte die Unmöglichkeit zu vertreten, noch folge aus dem Text ihrer Erwerbsverpflichtung, daß sie den rechtlichen Bestand der jungen Aktien garantiere. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht bei

dieser Auslegung wesentlichen Prozeßstoff nicht berücksichtigt hat.

Ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung auszu-
legen, kommt es auf deren objektiven Erklärungswert, also
darauf an, wie sich die Erklärung nach Treu und Glauben
für den Empfänger darstellt (vgl. BGHZ 36, 30, 33; 47, 75,
78; BGH, Urt. v. 23. Januar 1986 - IX ZR 46/85, WM 1986,
520). Dabei ist nicht allein auf den Wortlaut der Erklä-
rung abzustellen; vielmehr sind auch die außerhalb des Er-
klärungsaktes liegenden, dem Empfänger erkennbaren Be-
gleitumstände in die Auslegung einzubeziehen, soweit sie
einen Schluß auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen
(vgl. BGH, Urt. v. 8. Juli 1964 - V ZR 178/63, WM 1964,
906, 907; v. 26. April 1968 - V ZR 67/65, WM 1968, 755,
756; v. 30. Oktober 1970 - V ZR 4/86, WM 1971, 39, 42; v.
20. Dezember 1974 - V ZR 132/73, WM 1975, 158, 159). Die-
sen Anforderungen ist das Berufungsgericht nicht gerecht
geworden. Es hat, als es die Garantieerklärung auslegte,
nicht berücksichtigt, daß R. der Klägerin außer der
Garantieerklärung das Begleitschreiben der Beklagten, die
Globalaktie und die Urkunden über den Inhalt der Beschlüs-
se von Vorstand und Aufsichtsrat vorgelegt hat. Diese Un-
terlagen hätte es in die Auslegung einbeziehen und dann
prüfen müssen, ob nicht in Verbindung mit ihnen die Ga-
rantieerklärung für den Empfänger einen Erklärungswert
erhielt, der sich allein an Hand von deren Wortlaut nicht
hätte gewinnen lassen. Es spricht viel für die Richtigkeit
der Ansicht der Klägerin, daß das Berufungsgericht dann zu

dem Ergebnis hätte kommen müssen, daß die Beklagte auch den rechtlichen Bestand der Aktie garantiert hat, wenn man zunächst die in anderem Zusammenhang getroffene Feststellung des Berufungsgerichts unberücksichtigt läßt, R[REDACTED] habe die Klägerin mündlich insbesondere darüber aufgeklärt, daß die Kapitalerhöhung noch ausstand.

Die Klägerin wurde durch die Beschlüsse, die Vorstand und Aufsichtsrat am 25. September 1982 gefaßt hatten, davon in Kenntnis gesetzt, daß die neuen Aktien von der W[REDACTED] I[REDACTED]bank übernommen und den Aktionären zum Bezuge angeboten würden. Gleichzeitig wurde ihr die Globalaktie vorgelegt und von der Beklagten im Begleitschreiben deren Rückkaufsverpflichtung von der Bedingung abhängig gemacht, daß die Klägerin die 8 Mio. DM auf ein Konto R[REDACTED] bei der Beklagten überwies. Vor diesem Verständnishorizont mußte die Klägerin annehmen, die Beklagte wolle durch die Überweisung auf das von ihr geführte Konto das Geld zurückerlangen, das sie R[REDACTED] vorschoß, als sie - wie von den Organen der B[REDACTED]-AG beschlossen - für diesen die Aktien übernahm; folgerichtig mußte die Klägerin ferner die ihr übergebene Globalaktie für eine solche der Beklagten halten, die diese R[REDACTED] überlassen hatte, damit er sie unter gleichzeitiger Übergabe der Garantieerklärung der Klägerin verpfänden und so der Beklagten das Geld zurückzahlen konnte, das diese bei Übernahme der Aktien für seine Rechnung vorgeschossen hatte. Unter diesen Umständen bezog sich die Garantieerklärung der Beklagten nicht auf Aktien, die R[REDACTED] oder einem beliebigen

7

Dritten begeben waren oder erst noch würden, sondern auf eigene, bereits bestehende Aktien, nämlich die Globalaktie, die R[REDACTED] der Klägerin am 28. September 1982 verpfändete und die diesem nach Überweisung der 8 Mio. DM auf sein Konto bei der Beklagten - wenn auch belastet mit dem Pfandrecht der Klägerin - gehören sollten. Für eigene Aktien, die die Beklagte der Klägerin überließ, übernahm sie ohne weiteres auch die Garantie, daß sie ordnungsgemäß begeben waren. Demgemäß konnte die Klägerin die Garantieerklärung in Verbindung mit den genannten Begleitumständen dahin auslegen, daß die Beklagte nicht nur für den Wert, sondern auch für den rechtlichen Bestand ihrer Globalaktie einstand, die sie der Klägerin durch R[REDACTED] verpfänden ließ.

Der Beklagten wäre die Erklärung, wie die Klägerin sie verstehen mußte, ohne weiteres zuzurechnen, falls richtig ist, was das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin unterstellt hat, daß nämlich R[REDACTED] die Beklagte, ohne daß diese widersprach, davon in Kenntnis gesetzt hat, daß er außer deren Garantieerklärung und Begleitschreiben der Klägerin auch die Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat sowie eine Globalaktie vorlegen werde. Unter diesen Voraussetzungen schiede eine unrichtige Übermittlung dessen aus, was die Beklagte erklärt hat. Sollte jedoch der Vortrag der Klägerin in diesem Punkt nicht zutreffen, käme es darauf an, ob R[REDACTED] als Bote die Erklärung unbewußt oder bewußt unrichtig übermittelt hat. Von einer unrichtigen Übermittlung wäre jedenfalls auszugehen; denn eine solche ist auch anzunehmen, wenn der Bote

zwar den schriftlich festgehaltenen Wortlaut der Erklärung unverändert überbringt, dieser aber zusätzlich durch begleitende Äußerungen oder Schriftstücke einen objektiven Erklärungswert verschafft, der vom Erklärenden nicht gewollt ist. Auch eine solche Erklärung wäre der Beklagten zuzurechnen, falls R. sie unbewußt falsch übermittelte, so daß es darauf ankäme, ob die Beklagte nach §§ 119, 120 BGB ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten rechtzeitig angefochten hat. Die Klägerin hätte dann zwar keinen Erfüllungs-, wohl aber einen Ersatzanspruch nach § 122 BGB. Sollte R. dagegen bewußt eine andere als die aufgetragene Erklärung abgegeben haben, wäre diese ohne Anfechtung für die Beklagte unverbindlich (vgl. BGH, Urt. v. 19. November 1962 - VIII ZR 229/61, WM 1963, 165, 166). Es entfielen damit die Garantie für den rechtlichen Bestand der Aktie und in Frage käme allenfalls eine Ersatzverpflichtung unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß, weil die Beklagte nach § 278 BGB für R. bewußt falsche Angaben anlässlich der ihm aufgetragenen Übermittlung der Willenserklärung einzustehen hätte.

Auf die vorstehenden Ausführungen kommt es nicht an, falls zutrifft, was die Beklagte behauptet und das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang festgestellt hat, daß nämlich R. am 28. September 1982 die Klägerin darüber aufgeklärt hat, daß die Kapitalerhöhung noch nicht durchgeführt war. Da aber - wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden - die Feststellung in diesem Punkt keinen Bestand hat und das Berufungsgericht der Behauptung der

Beklagten nochmals wird nachgehen müssen, hat es sich auch mit dem in erster Linie geltend gemachten Erfüllungsanspruch nochmals auseinanderzusetzen.

2. Die Revision hat ferner Erfolg, soweit das Berufungsgericht annimmt, die Beklagte sei der Klägerin nicht wegen Verschuldens beim Vertragsschluß ersatzpflichtig. Das Berufungsgericht hat zugunsten der Klägerin unterstellt, daß R■■■■■, als er am 28. September 1982 die Garantieerklärung von der Beklagten abholte, deren Direktor H■■■■■ davon in Kenntnis gesetzt hat, daß Vorstand und Aufsichtsrat am 25. September 1982 die Kapitalerhöhung beschlossen hatten und er der Klägerin zusammen mit der Garantieerklärung und den Beschlußurkunden eine Globalaktie übergeben werde. Weder dieses Wissen H■■■■■ noch der diesem am 29. September 1982 zugegangene handschriftliche Vermerk des Direktors G■■■■ der Klägerin, daß diese die Aktie erhalten habe und die 8 Mio DM anweisen werde, sollen für die Beklagte die Verpflichtung begründet haben, die Klägerin spätestens am 29. September 1982 und damit noch vor Anweisung des Geldes darauf hinzuweisen, daß die Kapitalerhöhung bisher nicht durchgeführt und deshalb die Aktie nichtig sei. Gegen diese Ansicht wendet sich die Revision mit Recht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sind Vertragspartner bei sich anbahnenden Vertragsverhandlungen verpflichtet, alle Tatsachen zu offenbaren, die zur Vereitelung des Vertragszwecks geeignet sind und daher - für den einen Teil erkennbar - für den Willensentschluß des anderen von wesentlicher Bedeutung sein können (vgl.

Sen.Urt. v. 17. März 1954 - II ZR 248/53, LM BGB § 276 (FB) Nr. 1; v. 20. März 1978 - II ZR 159/76, WM 1978, 873, 874; BGHZ 60, 221, 224; BGH, Urt. v. 4. Juli 1956
- V ZR 228/54, WM 1956, 1326, 1329; v. 27. Februar 1974
- V ZR 85/72, WM 1974, 512, 514; v. 23. Oktober 1975
- III ZR 95/73, WM 1976, 50; v. 16. Januar 1985
- VIII ZR 317/83, WM 1985, 463, 465). Nach den Unterstellungen und Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Voraussetzungen einer solchen Pflicht gegeben. Danach bestand der Vertragszweck für die Klägerin in der Erlangung einer Sicherheit für die Hingabe der 8 Mio DM. Wegen der Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin Aktien aus der Emission 1982 gegen ein Entgelt in Höhe des gewährten Kredits zuzüglich Zinsen abzunehmen, ging die Klägerin mit der Überweisung der 8 Mio DM kein Risiko ein, sofern sie rechtlich wirksam begebene Aktien aus der Emission 1982 in Händen hatte. Nahm die Klägerin eine Globalaktie entgegen und hielt sie diesen Umstand rechtlich für so bedeutsam, daß sie ihn der Beklagten bestätigte, mußte sich jeder unbefangene Leser dieser Bestätigung sagen, daß die Klägerin davon ausging, die Aktie sei echt und sie habe damit die gewünschte Sicherheit. Demgegenüber wußten die Vertreter der Beklagten, daß diese Vorstellung nicht den Tatsachen entsprach. Ihnen war bekannt, daß die Kapitalerhöhung bisher nicht durchgeführt war und es deshalb keine Gesellschaftsanteile aus der Emission 1982 geben konnte, die durch die genannte Globalaktie hätten verbrieft sein können. Sie mußten deshalb befürchten, daß die

Klägerin von R. nicht aufgeklärt, sondern durch Verpfändung einer in Wahrheit nichtigen Aktie getäuscht worden war. Selbst wenn Direktor H. - wie das Berufungsgericht annimmt - von Emissionen nichts verstanden haben sollte, würde das der Beklagten nichts helfen. Denn daß es ohne Kapitalerhöhung keine neuen Aktien gibt, muß sich einem Bankdirektor, selbst wenn er nur mit Krediten und nicht mit Emissionen befaßt ist, geradezu aufdrängen. Um die Hinweispflicht zu begründen, reicht es aber schon aus, daß H. erkennen konnte, daß die Globalaktie nichtig war und die Klägerin mit ihr die gewünschte Sicherheit nicht erlangen konnte. Die Klägerin konnte nach Treu und Glauben von der Beklagten erwarten, darüber aufgeklärt zu werden, daß deren Sicherheit wertlos war, solange der Klägerin nicht anstelle der vermeintlich echten eine andere, wirksam begebene Aktie verpfändet wurde. Hat die Beklagte diesen Hinweis nicht geben können, bevor das Geld der Klägerin bei ihr einging, hätte sie dieses zunächst treuhänderisch vereinnahmen und dann die Entscheidung der Klägerin einholen oder zumindest sicherstellen müssen, daß es ausschließlich verwandt wurde, um die Kapitalerhöhung durchzuführen.

Die Verletzung der Aufklärungspflicht begründet eine tatsächliche Vermutung, daß der Schaden des Verhandlungspartners auf ihr beruht. Deshalb trifft in solchen Fällen den zur Aufklärung Verpflichteten die Beweislast und damit auch die Darlegungslast dafür, daß der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, weil sich der Geschädigte über den Rat oder den Hinweis hinweggesetzt

hätte (vgl. BGHZ 61, 118, 120; Sen.Urt. v. 6. April 1981 - II ZR 84/80, WM 1981, 552, 553). Es war danach Sache der Beklagten zu beweisen, daß die Klägerin R[REDACTED] die 8 Mio DM auch dann überlassen hätte, wenn sie darüber aufgeklärt worden wäre, daß die Kapitalerhöhung noch nicht durchgeführt und die übergebene Globalaktie nichtig war. Diesen Beweis hält das Berufungsgericht aufgrund der Aussage R[REDACTED] für erbracht, wonach dieser den Direktor G[REDACTED] von der Klägerin am 28. September 1982 darüber aufgeklärt haben will, daß die Kapitalerhöhung noch nicht durchgeführt sei. Die Revision beanstandet mit Recht die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Glaubwürdigkeit dieses Zeugen; diese sind in sich widersprüchlich, weichen vom unstreitigen Sachverhalt ab und setzen teilweise voraus, worüber sich das Gericht erst eine Überzeugung bilden sollte.

Das Berufungsgericht hat die Glaubwürdigkeit R[REDACTED] nicht einheitlich beurteilt. Soweit es um die Frage geht, worüber R[REDACTED] die Beklagte aufgeklärt hat, als er am 28. September 1982 von ihr die Garantieerklärung abholte, hat das Berufungsgericht R[REDACTED] nicht geglaubt, weil seine Aussage der des Zeugen H[REDACTED] widersprach und R[REDACTED] - wie es heißt - geneigt sein werde, mit seiner Aussage den Verdacht einer Täuschung der Klägerin von sich abzuwenden (BU 25). Von dieser Neigung R[REDACTED] und den darauf beruhenden Zweifeln des Berufungsgerichts ist nicht mehr die Rede, soweit es um die - nach Darstellung der Klägerin - eigentliche Täuschungshandlung geht, nämlich darum, was R[REDACTED] am 28. September 1982 dem Vertreter der

7

Klägerin erklärt hat, als er dieser die nichtige Globalaktie verpfändete. Das Berufungsgericht verliert kein Wort darüber, weshalb R. bei diesem die eigentliche Betrugshandlung betreffenden Teil seiner Aussage nicht geneigt gewesen sein soll, den Verdacht einer Täuschung von sich abzuwenden; es setzt vielmehr voraus, was es angesichts der in anderem Zusammenhang geäußerten Zweifel erst feststellen müßte, daß nämlich R. keine Täuschungsabsicht hatte; hiervon ausgehend vermag das Berufungsgericht dann auch nicht festzustellen, daß R. der Klägerin vorspiegeln wollte, die Kapitalerhöhung sei bereits durchgeführt, als er ihr die "Globalaktie" verpfändete. In Wahrheit war die Verpfändung der nichtigen Aktie ein starkes Indiz für eine Täuschung und das Berufungsgericht hätte erst aus sonstigen Umständen die Überzeugung gewinnen können, R. habe gleichwohl die Wahrheit gesagt.

Nach § 405 Abs. 1 Nr. 2 AktG ist die Ausgabe von Aktien in einem Zeitpunkt, in dem die Durchführung der Kapitalerhöhung noch nicht im Handelsregister vermerkt ist, also der sogenannte Emissionsschwindel, eine Ordnungswidrigkeit. Durch dieses Emissionsverbot sollen die Erwerber von Aktien geschützt werden, deren Interesse der Gesetzgeber schon im Hinblick auf die hier ausnahmslos konstitutive Bedeutung der Eintragung durch eine vor dieser Zäsur erfolgte Emission gefährdet sieht (vgl. Geilen in KK, § 405 Rdnr. 31). Diese Gefahr verwirklicht sich, wenn die nichtige Aktie - wie im vorliegenden Falle - in den Verkehr gebracht wird; der Erwerber erlangt anstelle des Anteilsrechts ein wertloses Papier. Auch das Berufungsgericht sieht, daß die Klägerin der Beklagten weder den

Empfang der Globalaktie bestätigt, noch diese zusammen mit der Abnahmeverpflichtung der Beklagten als Sicherheit in den am 28. September 1982 mit R[REDACTED] geschlossenen Darlehensvertrag aufgenommen hätte, sofern die Klägerin gewußt hat, daß die Aktie nichtig war und selbst dann blieb, falls die Kapitalerhöhung nachträglich noch durchgeführt wurde; ferner hätte - auch nach Ansicht des Berufungsgerichts - der die Verhandlungen für die Klägerin führende Direktor G[REDACTED] die Frage eines Mitglieds des Verwaltungsrats der Klägerin, ob der Kredit in Ordnung gehe, nicht unter Hinweis auf die übergebene Aktie und die Abnahmeverpflichtung der Beklagten bejaht, falls er die wahre Rechtslage gekannt hat. Wenn das Berufungsgericht ein solches Verhalten trotz des von R[REDACTED] bezeugten Hinweises auf die noch ausstehende Kapitalerhöhung gleichwohl für möglich hält, so nur deshalb, weil es davon ausgeht, daß R[REDACTED] und der Vertreter der Klägerin irrtümlich der Ansicht gewesen seien, die Nichtigkeit der Aktie werde geheilt, sobald mit dem Kredit von 8 Mio DM die Kapitalerhöhung durchgeführt sei. Hierbei handelt es sich um eine Mutmaßung, die im Widerspruch zur Behauptung der Klägerin steht, ihrem Direktor G[REDACTED] sei als schweizerischem Notar bekannt gewesen, daß eine Aktie erst wirksam emittiert werden könne, wenn die Kapitalerhöhung durchgeführt sei. Derartige Mutmaßungen oder Zweifel mögen zu Lasten der beweisbelasteten Partei zulässig sein, wenn es dieser nicht gelingt, sie zu entkräften oder auszuräumen. Es stellt aber einen Verstoß gegen § 286 ZPO dar, wenn das Gericht sich seine Überzeugung ohne Beweisaufnahme über

einen umstrittenen, entscheidungserheblichen Tatumstand in der Weise bildet, daß es ihn zugunsten der beweisbelasteten Partei und zum Nachteil der Gegenseite als richtig unterstellt. Da die Beweismwürdigung auf dieser Unterstellung beruht, kann das Urteil keinen Bestand haben.

Nichts anderes gilt dann, wenn man davon ausgeht, daß die Ansicht des Berufungsgerichts zutrifft, R. [REDACTED] und G. [REDACTED] hätten übereinstimmend angenommen, daß die Aktie durch die nachfolgende Kapitalerhöhung geheilt werden könne. Auch unter der Voraussetzung späterer Heilung war die Aktie nichtig und hatte die Klägerin für ihre Forderung auf Rückzahlung der 8 Mio DM nicht die gewünschte Sicherheit, solange die Kapitalerhöhung ausstand. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ausführt, R. [REDACTED] sei damals in jeder Weise solvent gewesen, habe insbesondere über erhebliche Guthaben bei der Klägerin verfügt und keinen Anlaß gehabt, der Klägerin den wahren Sachverhalt zu verbergen, so will es damit sagen, die Klägerin habe kein Risiko darin zu sehen brauchen und auch nicht gesehen, daß die 8 Mio DM zeitweise ungesichert blieben. Das Berufungsgericht hat dabei aber übersehen, daß seine Prämisse, R. [REDACTED] sei solvent gewesen und habe über erhebliche Guthaben bei der Klägerin verfügt, im Widerspruch zum Inhalt des vom Berufungsgericht im Tatbestand wiedergegebenen Schreibens R. [REDACTED] vom 30. April 1982 steht, in dem dieser der Beklagten mitteilt, er könne wegen eines Liquiditätsengpasses die Aktien nicht gleich übernehmen, verfüge vielmehr erst im Frühjahr 1984 über das dafür erforderliche Geld und werde die Aktien bis dahin zwischenfinan-

zieren. Aus der Tatsache, daß R. in demselben Schreiben die Beklagte darum bat, als Sicherheit für den Zwischenkäufer die Rückkaufsverpflichtung zu übernehmen, folgt ferner, daß auch R. annahm, die Tatsache, daß er allgemein als seriös galt und Guthaben bei der Klägerin unterhielt, werde allein nicht ausreichen, ihm den gewünschten Kredit zu verschaffen. Das danach unstreitige Fehlen des für die Übernahme der Aktien erforderlichen Geldes, könnte der vom Berufungsgericht vermißte Anlaß gewesen sein, die Klägerin zu täuschen. Als weiteres - vom Berufungsgericht ebenfalls nicht berücksichtigtes - Indiz kommt hinzu, daß R. als Vorstandsmitglied am 25. September 1982 mit beschlossen und in die für die Klägerin bestimmte Urkunde aufgenommen hat, daß die Aktien von der Beklagten übernommen und von dieser den Aktionären zum Bezuge angeboten würden. In Wahrheit kam schon damals eine Übernahme der Aktien durch die Beklagte nicht in Betracht; vielmehr hatte diese R. bereits am 26. August 1982 einen Avalkredit eingeräumt, damit die auf ihn entfallenden Aktien am 31. März 1984 von Interessenten, die sie bis dahin übernehmen sollten, zurückgekauft werden konnten. Möglich ist immerhin, daß die wahrheitswidrige Angabe in der Beschlusßurkunde beim Leser, der um einen Kredit angegangen wurde, den Eindruck erwecken sollte, die Aktie sei bereits begeben und jener werde nicht dazu benötigt, um die Einlage zu finanzieren und damit die Voraussetzung für die Eintragung ins Handelsregister erst zu schaffen.

7

Ferner hat die Klägerin sich unstreitig um die Angelegenheit erst wieder gekümmert, als sie im Laufe des Jahres 1983 von den Konkursen Kenntnis erhielt. Sollte die Klägerin davon ausgegangen sein, daß ihre 8 Mio DM bis zur Durchführung der Kapitalerhöhung allenfalls durch Guthaben gesichert waren, die R [REDACTED] bei ihr unterhielt, hätte es nahegelegen, von diesem den Nachweis der Eintragung ins Handelsregister zu verlangen, bevor sie ihn über die Guthaben verfügen ließ. Auch auf diesen Umstand ist das Berufungsgericht bei seiner Beweiswürdigung nicht eingegangen.

Damit die Parteien Gelegenheit haben, ihren Vertrag zu ergänzen und die Beweise unter Vermeidung der vorstehend aufgezeigten Fehler sowie unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und der Beweisaufnahme von Grund auf neu gewürdigt werden können, wird das Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dabei macht der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch.

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes

Röhricht

Dr. Henze