

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

AktG 1965 §§ 188 Abs. 2, 36 Abs. 2, 37 Abs. 1, 54 Abs. 3

- a) Der Vorstand einer AG kann über den gemäß § 188 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 36 Abs. 2 AktG eingeforderten Betrag unter dem Vorbehalt wertgleicher Deckung bereits vor Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung verfügen. Die Erklärung, die der Vorstand gegenüber dem Registergericht bei der Anmeldung abgibt, enthält die Versicherung, daß der aufgrund der Einforderung eingezahlte Betrag wertmäßig zu seiner freien Verfügung steht.
- b) Ist der Betrag durch Gutschrift auf ein Konto der Gesellschaft bei einem Bankinstitut eingezahlt worden und hat der Vorstand über ihn bereits vor der Anmeldung verfügt, kann der Nachweis, daß der eingezahlte Betrag wertmäßig zur freien Verfügung des Vorstandes steht, regelmäßig nicht durch eine Bestätigung des Bankinstituts erbracht werden.
- c) Der vor der Anmeldung eingeforderte Betrag kann nur in der durch § 54 Abs. 3 AktG vorgeschriebenen Form zur freien Verfügung des Vorstandes geleistet werden. Diese Regelung ist zwingend und schließt jede andere Art der Erfüllung (hier: unmittelbare Zahlung an einen Gesellschaftsgläubiger im Einverständnis des Vorstandes) aus.
- d) Bei der Verantwortlichkeit des Kreditinstituts nach § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG handelt es sich um eine Gewährleistungshaftung für die Richtigkeit der eigenen Erklärung, die eine Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB ausschließt.

BGH, Urt. v. 13. Juli 1992 - II ZR 263/91 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 263/91

Verkündet am:
13. Juli 1992
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Dipl.-Kfm. F. W. M[REDACTED], C[REDACTED]straße [REDACTED],
D[REDACTED], als Konkursverwalter über das Vermögen der A[REDACTED]
H[REDACTED] AG, P[REDACTED]-[REDACTED]straße [REDACTED] D[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

gegen

B[REDACTED] Hermann L[REDACTED] KG, vertreten durch den persönlich haf-
tenden Gesellschafter Rudolf August O[REDACTED], J[REDACTED]straße [REDACTED],
D[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1992 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Röhrich, Dr. Henze, Dr. Goette und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. März 1991 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 30. Juli 1990 wird zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung des Klägers wird, unter Zurückweisung im übrigen, das bezeichnete Urteil dahin abgeändert, daß die Urteilssumme ab 18. Januar 1989 mit 9,5 % zu verzinsen ist.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger, der zum Konkursverwalter über das Vermögen der A■■■■ H■■■■ AG mit Sitz in D■■■■■ (künftig: Gemeinschaftschuldnerin) ernannt worden ist, nimmt die verklagte Bank auf Schadenersatz gemäß § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 17. Februar 1986 meldeten Vorstand und Aufsichtsratsvorsitzender die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals der Gemeinschaftschuldnerin um 1 Mio. DM, das von deren alleinigen Aktionär und Aufsichtsratsvorsitzenden gezeichnet worden war, unter Vorlage je einer schriftlichen Bestätigung der H■■■■ V■■■■bank vom 23. und der Beklagten vom 29. Januar 1986 über die Einzahlung des Zeichnungsbetrages von 1 Mio. DM zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Bescheinigung der Beklagten lautet u.a. wie folgt:

"Bestätigung zur Vorlage beim Handelsregister

... wunschgemäß bestätigen wir Ihnen, daß Herr Peter W. K■■■■ am 31. Dezember 1985 auf Ihr bei uns geführtes Konto Nr. ■■■■■ 150.000,-- DM mit dem Verwendungszweck - Resteinzahlung Kapitalerhöhung - eingezahlt hat und Ihnen damit dieser Betrag zur freien Verfügung stand."

Die Kapitalerhöhung ist am 4. April 1986 eingetragen worden.

Über das genannte Konto hatte die Beklagte der Gemeinschaftschuldnerin einen bis zum 31. Mai 1985 befristeten Betriebsmittelkredit von 200.000,-- DM gewährt, der per 31. Dezember

1985 mit 160.235,19 DM in Anspruch genommen und dessen Tilgung mit Schreiben vom 27. Dezember 1985 angemahnt worden war.

Nachdem der Aktionär K[REDACTED] der Beklagten am 20. Dezember 1985 die Abdeckung des Kredites im wesentlichen durch einen Teilbetrag von 150.000,-- DM aus der Kapitalerhöhungseinlage zugesagt und die Beklagte dies dem Vorstand der Klägerin mit Schreiben vom 27. Dezember 1985 mitgeteilt hatte, überwies er die Summe am 31. Dezember 1985 auf das genannte Konto.

Der Kläger ist der Ansicht, die Zahlung sei keine Leistung zur freien Verfügung des Vorstandes, da dieser in der Verfügung über das Bankguthaben durch die Gegenforderung der Beklagten beschränkt gewesen sei. Ihre Bestätigung vom 29. Januar 1986 sei daher falsch gewesen. Die Beklagte bestreitet das. Der Vorstand der Gemeinschuldnerin und der Aktionär K[REDACTED] hätten sich vor der Zahlung darüber geeinigt, daß die Kapitaleinlage auf das genannte Konto zur Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeit einzuzahlen sei.

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im übrigen in Höhe von 75.000,-- DM nebst 5 % Zinsen seit dem 3. Februar 1986 stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten gänzlich abgewiesen. Die Anschlußberufung des Klägers, mit der er eine höhere Verzinsung begehrt hat, hat es zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Wiederherstellung des Landgerichtsurteils und im übrigen zur Erhöhung der Zinspflicht der Beklagten auf 9,5 % ab Rechtshängigkeit der Klage.

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die nach § 37 Abs. 1 Satz 3 AktG abgegebene Erklärung der Beklagten vom 29. Januar 1986 sei unrichtig gewesen. Gleichgültig, ob man die Bestätigung auf den Zeitpunkt der Anmeldung beziehe, weil der Einlagebetrag noch habe verfügbar sein müssen, oder auf den Zeitpunkt der Überweisung durch den Zeichner, weil es ausreiche, daß die Einlage bei Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung nach ihrem Wert noch vorhanden gewesen sei, habe der Einlagebetrag an keinem der beiden Zeitpunkte zur freien Verfügung des Vorstandes der Gemeinschuldnerin gestanden. Denn daran fehle es dann, wenn der Betrag - wie es vorliegend geschehen sei - auf ein debitorisches Konto überwiesen und von der Bank mit dem zur Rückzahlung fälligen Kredit verrechnet werde. Eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten im Sinne des § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG hat das Berufungsgericht jedoch mit der Begründung verneint, der Vorstand der Gemeinschuldnerin sei durch das Schreiben der Beklagten vom 27. Dezember 1985 darüber unterrichtet worden, daß der Kredit mit dem Einlagebetrag von 150.000,-- DM habe getilgt werden sollen. Er habe das gebilligt, weil er mit Schreiben vom 17. Januar 1986 die Auflösung des Kontos beantragt habe. Dieses Verhalten des Vorstandes, das sich die Gemeinschuldnerin zurechnen lassen müsse, stehe unter dem

Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie des mitwirkenden Verschuldens (§ 254 Abs. 1 BGB) der Geltendmachung eines Anspruches aus § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG durch den Kläger entgegen.

Die Revision nimmt die Ausführungen im Berufungsurteil darüber, daß die Bestätigung vom 29. Januar 1986 unrichtig gewesen sei, als ihr günstig hin. Sie meint jedoch, das Berufungsurteil habe die sich daraus ergebende Haftung der Beklagten im Sinne des § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG nicht mit der angeführten Begründung ablehnen dürfen. Dem ist zu folgen.

Der Bestätigungserklärung, die ein Kreditinstitut mit dem sich aus § 37 Abs. 1 Sätze 2 und 3 AktG ergebenden Inhalt abgibt, kommt eine weitreichende Bedeutung zu: Wird sie dem Registergericht mit dem Antrag auf Eintragung der Gesellschaft bzw. der Durchführung der Kapitalerhöhung und der Erklärung der Anmeldenden über die Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 36 Abs. 2 und 36 a AktG vorgelegt, braucht es keine weiteren Nachforschungen über die Kapitalaufbringung durchzuführen, soweit kein konkreter Anlaß besteht, an ihrer Richtigkeit zu zweifeln, sondern es kann die Eintragung in das Handelsregister vornehmen. Die Richtigkeit der Bestätigung ist entscheidende Voraussetzung für die zutreffende Unterrichtung der auf die Registereintragungen vertrauenden Öffentlichkeit, insbesondere der Gläubiger und künftigen Aktionäre. Folgerichtig wird der in § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG normierten Verantwortlichkeit des Kreditinstituts für die Richtigkeit seiner Bestätigung allgemein die Bedeutung zuerkannt, daß es, wenn die geschuldete Bareinlage entgegen seiner Erklärung ganz oder teilweise nicht aufgebracht worden

ist, den fehlenden Betrag nach Maßgabe seiner Bestätigung selbst zu leisten hat (BGHZ 113, 335, 355; Kraft in KK z. AktG, 2. Aufl., § 37 Rdn. 20; Eckardt in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, AktG, 1973/1984 § 37 Rdn. 11; Barz in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl., § 37 Anm. 3; Godin/Wilhelmi, AktG, 4. Aufl., § 37 Anm. 3; K. Schmidt, AG 1986, 106, 114).

Wie der Senat bereits zum Recht der GmbH, in dem er die Vorschrift des § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG entsprechend anwendet, ausgeführt hat, vermag die Kenntnis der Geschäftsführer einer Gemeinschuldnerin von der Unrichtigkeit der Bankbestätigung die Bank von dieser Haftung nicht zu entlasten. Denn bei der Verantwortlichkeit des Kreditinstituts im Sinne des § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG handelte es sich um eine Gewährleistungshaftung für die Richtigkeit der eigenen Erklärung. Zudem gebietet es der mit den Grundsätzen der Kapitalaufbringung beabsichtigte Schutz der Gesellschaftsgläubiger, daß alle für die Einhaltung dieser Grundsätze Verantwortlichen jeweils eigenständig haften. Eine Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB scheidet daher aus (BGHZ 113, 335, 355).

War, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, die Bestätigung der Beklagten vom 29. Januar 1986 unrichtig, durfte es die Kenntnis des Vorstandes der Gemeinschuldnerin davon nicht zum Anlaß nehmen, eine Haftung der Beklagten gemäß § 254 Abs. 1 BGB auszuschließen. Das verbietet das vorstehend dargelegte Verständnis der Ausgestaltung der in § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG normierten Verantwortlichkeit als eigenständige Gewährleistungshaftung. Bereits aus diesem Grunde kann die Haftung der Beklagten auch nicht mit der Erwägung verneint werden, der Vorstand der Gemeinschuldnerin habe

sich widersprüchlich verhalten, weil er faktisch auf die Leistung zur freien Verfügung verzichtet habe, obwohl er rechtlich dazu nicht in der Lage gewesen sei.

II.

Der Klage war unter diesen Umständen stattzugeben. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht die von der Beklagten erteilte Bankbestätigung als unrichtig beurteilt. Die Gegenrügen, mit denen die Beklagte die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen angegriffen hat, haben keinen Erfolg.

1. Das gilt zunächst für das Vorbringen der Beklagten, mit dem sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht eine Auslegung der Erklärung vom 29. Januar 1986 unterlassen habe, obwohl sie ausdrücklich vorgetragen habe, daß sich diese Erklärung nicht auf den Zeitpunkt des Eintragungsantrages, sondern auf den 31. Dezember 1985, den Tag des Eingangs und der Wertstellung der Zahlung beziehe. Ist auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen davon auszugehen, daß die Erklärung - bezogen auf den 31. Dezember 1985 - unrichtig war, weil mit Rücksicht auf die von der Beklagten vorgenommene Verrechnung des Zahlungsbetrages mit dem auf dem Debetkonto fällig gestellten Kreditbetrag bereits zu diesem Zeitpunkt der Vorstand der Gemeinschuldnerin über den Betrag nicht frei verfügen konnte, bestand die Möglichkeit zur freien Verfügung auch bei der späteren Stellung des Eintragungsantrages nicht. Soweit der Registerrichter aus dieser auf den Leistungszeitpunkt bezogenen Bankbestätigung und der auf den Anmeldungszeitpunkt

bezogenen Erklärungen des Vorstandes im Sinne des § 37 Abs. 1 Satz 1 AktG im Anmeldezeitpunkt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung als gegeben angesehen hat, ist die unrichtige Bestätigung mitursächlich für die Eintragung geworden und löst demgemäß, wie das Berufungsgerecht angenommen hat, die Haftungsfolgen nach § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG aus.

2. Der Revisionserwiderung kann aber auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie darauf hinweist, der Vorstand sei dann nicht in der endgültig freien Verfügung über die Einlageleistung beschränkt gewesen, wenn die Tilgung des auf dem Debetkonto fällig gestellten Kredites durch den Zeichner der Aktien nach vorheriger Absprache mit dem Vorstand der Gemeinschuldnerin vorgenommen worden sei. Eine entsprechende Behauptung habe sie unter Beweisantritt in der Berufungsbeurteilung aufgestellt. Die Entscheidung über das Klagebegehren hänge von der Klärung dieser Frage ab. Dieser Ansicht der Revisionserwiderung vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

a) Nach § 203 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 188 Abs. 2 AktG gelten für die Anmeldung einer Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen, die - wie im vorliegenden Falle - im Wege sogenannten "genehmigten Kapitals" durchgeführt wird, sinngemäß die §§ 36 Abs. 2, 36 a und 37 Abs. 1 AktG. Nach § 36 Abs. 2 AktG darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn der bei Vorliegen einer Bareinlagepflicht eingeforderte Betrag, der nach § 36 a AktG mindestens ein Viertel des Nennbetrages und das Aufgeld umfassen muß, auf jede Aktie ordnungsgemäß eingezahlt worden ist und, soweit er nicht bereits zur Bezah-

lung der bei der Gründung angefallenen Steuern und Gebühren verwandt wurde, endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht. § 54 Abs. 3 AktG, auf den § 36 Abs. 2 AktG verweist, bestimmt, daß der vor der Anmeldung eingeforderte Betrag u.a. durch Gutschrift auf ein bei einem Kreditinstitut geführtes Konto der Gesellschaft zur freien Verfügung des Vorstandes eingezahlt werden muß. Der Nachweis für das Vorliegen dieser Voraussetzung kann durch eine schriftliche Bestätigung des Kreditinstitutes geführt werden (§ 37 Abs. 1 Satz 3 AktG).

Aus dieser Regelung wird für die Kapitalerhöhung gefolgert, daß der vor der Anmeldung eingeforderte und eingezahlte Betrag mit Ausnahme bestimmter für die Bezahlung von Steuern und Gebühren aufgewandter Beträge im Zeitpunkt der Anmeldung noch unangetastet vorhanden sein und zur freien Verfügung des Vorstandes stehen muß (Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, 1989, § 188 Rdn. 16 f., 27 f.; i. d. Sinne wohl auch: Godin/Wilhelmi, aaO § 188 Anm. 3; Wiedemann in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl., § 188 Anm. 2, 3; Baumbach/Hueck, AktG, 13. Aufl., § 188 Anm. 3; Fischer in GroßKomm. z. AktG, 2. Aufl., § 155 Anm. 3; Schlegelberger/Quassowski, AktG, 1937, § 155 Rdn. 4; vgl. auch RGZ 144, 138, 145 ff.).

In gleicher Weise wird für die Gründung der Gesellschaft die Ansicht vertreten, daß der vor der Anmeldung der Eintragung der Aktiengesellschaft eingeforderte und bezahlte Betrag mit Ausnahme der Aufwendungen für die bei der Gründung angefallenen Steuern und Gebühren im Zeitpunkt der Anmeldung vollständig vorhanden sein und zur freien Verfügung

des Vorstandes stehen müsse (Eckardt in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, aaO, § 36 Rdn. 27 f.; Godin/Wilhelmi aaO § 36 Anm. 9, 10, 13; Barz in GroßKomm. z. AktG aaO § 36 Anm. 11, 15; Kraft in KK z. AktG aaO § 36 Rdn. 28 ff., insbes. 33; Baumbach/Hueck aaO § 36 Rdn. 6; Fischer in GroßKomm. aaO § 28 Anm. 15; Schlegelberger/Quassowski aaO § 28 Rdn. 5 f.).

Nach diesen Ansichten kann es nicht als Erfüllung der Einlageforderung angesehen werden, wenn die Tilgung einer gegen die Aktiengesellschaft gerichteten Drittgläubigerforderung im Einverständnis des Vorstandes unmittelbar durch den Einlageschuldner mit Mitteln vorgenommen wird, die er vor der Anmeldung der Eintragung der Gesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung an die Gesellschaft zu zahlen hat (vgl. ausdrücklich Lutter in KK aaO § 54 Rdn. 36; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 54 Rdn. 40; Barz in GroßKomm. z. AktG aaO § 54 Anm. 15). Das ist im Recht der GmbH auch verschiedentlich von der Rechtsprechung ausgesprochen worden (bezügl. einer Kapitalerhöhung OLG Hamburg GmbHR 1982, 157; bezügl. einer Gründung BGH, Urt. v. 25. November 1985 - II ZR 48/85, ZIP 1986, 161, 162 = WM 1986, 129, 130; OLG Köln, ZIP 1989, 238, 239; OLG Düsseldorf, BB 1988, 2126, 2127; OLG Stuttgart, DB 1986, 1514; der Rechtsprechung folgend: Scholz/Winter, 7. Aufl., § 7 Rdn. 28 u. § 5 Rdn. 51; Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 13. Aufl., § 19 Rdn. 21; Hommelhoff/Kleindiek, ZIP 1987, 477, 490; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 37 II 2, Seite 838 betreffend die Aufrechnung). Zur Begründung wird auf den zwingenden Wortlaut des § 54 Abs. 3 AktG verwiesen (Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO; Barz in GroßKomm. z. AktG aaO). Für das Recht der GmbH (§§ 7

Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG) wird zur Begründung ausgeführt, diese Art der Leistung stelle keine Zahlung zur freien Verfügung der Geschäftsführer dar (BGH, Urt. v. 25. November 1985 aaO). Nach anderer Ansicht wird das Ergebnis damit begründet, es müsse die registergerichtliche Überprüfung gewährleistet sein, daß die Drittforderung auch vollwertig sei (OLG Hamburg aaO; Priester, BB 1987, 208, 210 f.; ders. DB 1987, 1473, 1475).

Die Leistung des Einlagebetrages, der den gesetzlich oder von der Gesellschaft festgelegten Mindestbetrag im Sinne des § 36 Abs. 2 AktG überschreitet, soll hingegen wirksam durch die Tilgung einer Drittgläubigerforderung erbracht werden können, da er von der Versicherung des Vorstandes gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht umfaßt wird. Voraussetzung dafür ist, daß der Vorstand der Gesellschaft dazu sein Einverständnis erklärt hat und die Gläubigerforderung vollwertig, fällig und liquide ist. Letzteres ist zur Gewährleistung eines effektiven Gläubigerschutzes erforderlich (BGH aaO; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 66 Rdn. 71 f.; Lutter in KK aaO § 66 Rdn. 48; Barz in GroßKomm. z. AktG aaO § 66 Anm. 26; Priester, DB 1987 aaO; ders. BB 1987 aaO).

Dieser differenzierenden Ansicht wird unter Hinweis auf die Entscheidung des Senats vom 9. März 1981 (BGHZ 80, 129) entgegengehalten, das eingelegte Mindestkapital müsse im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft bzw. der Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister nicht in Geld, sondern nur wertmäßig vorhanden sein. Die Geschäftsführer seien daher nicht gehindert, aus den

Mindesteinlagen schon vor der Anmeldung eine vollwertige und fällige Gesellschaftsverbindlichkeit zu tilgen. Demnach erscheine der generelle Ausschluß einer Direktleistung durch die Gründer bzw. Übernehmer des erhöhten Stammkapitals als zu weitgehend. Den mit § 7 Abs. 2 GmbHG bezweckten Erfordernissen der Mindesteinlageleistung sei vielmehr schon dann genügt, wenn die zu tilgende Gesellschaftsverbindlichkeit vollwertig und fällig sei und der Gründer bzw. Übernehmer die Zahlung an den Dritten aufgrund einer eigenständigen Entscheidung der über die Mittel frei verfügenden Geschäftsführer tätige (so für die GmbH: Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 7 Rdn. 38, 49; § 8 Rdn. 31; § 56 a Rdn. 17; in gleichem Sinne, aber ohne Vollwertigkeitserfordernis sowohl für GmbH als auch AG: Ihrig, Die endgültige freie Verfügung über die Einlagen von Kapitalgesellschaften, 1991, Seite 69 ff., 102 ff., 276 ff., insbesondere 292 ff.; 298 ff.).

b) Dieser Ansicht kann für den vorliegenden Fall der Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft nicht gefolgt werden.

aa) In dem zitierten Urteil vom 9. März 1981 hat der Senat entschieden, daß die Vorgesellschaft einer GmbH durch Geschäfte, die ihr Geschäftsführer mit Ermächtigung aller Gesellschafter im Namen der Gesellschaft abschließt, auch dann verpflichtet wird, wenn nach der Satzung nur Bareinlagen vereinbart sind. Es bestehe kein Vorbelastungsverbot, sondern die Rechte und Pflichten aus derartigen Geschäften gingen mit der Eintragung der GmbH voll auf diese über. Für die Differenz, die sich durch solche Vorbelastungen zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im

Zeitpunkt der Eintragung ergebe, hafteten die Gesellschafter anteilig (sog. Unterbilanzhaftung). Diese Rechtsprechung zur Unterbilanzhaftung hat der Senat in einer weiteren Entscheidung bestätigt, in der über die Frage entschieden worden ist, ob eine über den Mindestbetrag der Einzahlung hinausgehende, vor Eintragung der GmbH auf das Stammkapital geleistete Bareinlage zur Erfüllung der Einlageverpflichtung führt (BGHZ 105, 300). Die Aufgabe des Vorbelastungsverbotes ermöglicht es den Gründern, unter Inanspruchnahme des von ihnen aufgebrauchten Kapitals die später von der Gesellschaft ausgeübte Geschäftstätigkeit bereits im Vorgründungsstadium in die Wege zu leiten und damit den alsbaldigen wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens herbeizuführen. Die Unterbilanzhaftung führt zu einer anteiligen Haftung der Gesellschafter für die Differenz zwischen Stammkapital und den im Zeitpunkt der Eintragung vorhandenen Gesellschaftsvermögen und gewährleistet auf diese Weise, daß den Gläubigern das Stammkapital als Haftungsmasse und Sicherheit bei der Entstehung der Gesellschaft zur Verfügung steht.

bb) Der Senat brauchte bisher zu der Frage, ob das Vorbelastungsverbot im Aktienrecht aufgegeben werden und die Sicherung der Gläubigerinteressen durch eine Unterbilanzhaftung der Gründer erfolgen kann, nicht Stellung zu nehmen. In der Lehre wird die Anwendung dieser Grundsätze (zur Kritik und Weiterentwicklung vgl. Flume, Die juristische Person, 1983, Seite 167 f.) auf die Aktiengesellschaft zunehmend befürwortet (Kraft in KK aaO § 41 Rdn. 118 ff.; Hoffmann-Becking in Münch. Handbuch des Gesellschaftsrechts IV (AG), 1988, § 3 Rdn. 31; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 27 II 4 c, S. 663; Ihrig, aaO Seite 69 ff., Seite 102 ff.;

Lutter, NJW 1989, 2649; Farrenkopf/Cahn, AG 1985, 209; Escher-Weingart, AG 1987, 310). Der vorliegende Fall nötigt jedoch nicht dazu, diese Frage grundsätzlich zu entscheiden.

cc) Auch im Zuge der Kapitalerhöhung einer Kapitalgesellschaft braucht der vor der Eintragung der Maßnahme einzuzahlende und eingezahlte Betrag in dem Zeitpunkt, in dem die Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird, nicht mehr "unversehrt" vorhanden zu sein.

Bei der Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen kommt den Fragen des Vorbelastungsverbotes und der Unterbilanzhaftung keine Bedeutung zu, weil die Gesellschaft im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung bereits besteht. Das GmbH-Gesetz setzt die Unversehrtheit des Stammkapitals für diesen Zeitpunkt auch nicht voraus (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO § 56 a Rdn. 18 i.V.m. 7. Aufl., § 56 a Rdn. 17; Scholz/Priester, GmbH-Gesetz, 7. Aufl., § 56 a Rdn. 9; K. Schmidt, AG 1986, 106, 115; ders. ZGR 1982, 519, 529; abweichend offenbar Ihrig aaO S. 302 ff.). Ebensowenig verlangt dies das Aktiengesetz. Zwar verweist § 188 Abs. 2 AktG auf die Vorschriften der §§ 36 Abs. 2 und 37 Abs. 1 AktG, nach denen aus dem aufgebrachten Mindestkapital Steuern und Gebühren bezahlt werden können (§ 36 Abs. 2 a.E. und § 37 Abs. 1 Satz 5 AktG) - eine Regelung, die als gesetzlicher Niederschlag des Vorbelastungsverbotes verstanden wird (Lutter, NJW 1989, 2649, 2654). Dies betrifft jedoch nur einen Teilaspekt des Verbotes, nämlich die Vorbelastung durch Unkosten, die Folge der Durchführung der Kapitalerhöhung sind. Davon wird jedoch nicht die - hier allein maßgebende - Frage berührt, ob der

Vorstand über die Einlagemittel vor der Eintragung der Kapitalerhöhung allgemein zu dem Zweck verfügen darf, sie den wirtschaftlichen Zielen der Gesellschaft bei Schaffung eines dem aufgewendeten Betrag entsprechenden Gegenwertes dienstbar zu machen. Dieser im Rahmen der Gründung der Gesellschaft bedeutungsvolle Bereich, der in § 41 AktG nur unzulänglich geregelt wird (vgl. dazu Barz aaO § 41 Anm. 2), ist für die Kapitalerhöhung ohne Belang. Auch die strengen Anforderungen, die an einen Erwerb von Vermögensgegenständen geknüpft werden (§ 27 Abs. 1 AktG), übernimmt das Gesetz - sieht man von der zeitlich begrenzten Regelung der Nachgründung ab - für die Kapitalerhöhung nicht.

Die Beantwortung der Frage, ob das im Zuge einer Kapitalerhöhung aufgebrachte Mindestkapital bereits vor der Anmeldung in den Wirtschafts- und Zahlungskreislauf der Kapitalgesellschaft einbezogen werden darf, muß sich demnach daran orientieren, ob die mit den Einlagemitteln getätigte Investition dazu geführt hat, daß der Gesellschaft ein den aufgewandten Mitteln entsprechender Wert zugeflossen ist, der - für sich genommen - im Zeitpunkt der Anmeldung noch vorhanden ist. Der zwischenzeitliche Eintritt anderweitiger Verluste hat darauf keine Auswirkung. Denn es kann keinen Unterschied machen, ob dieser anderweitige Verlust dem - thesaurierten - Vermögen aus der Kapitalerhöhung oder dem durch seine Verwendung der Gesellschaft zugeflossenen Wert gegenübersteht. Soweit daher dem Vorstand eine Verfügungsbe fugnis über das Einlagekapital vor der Anmeldung der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung unter dem Vorbehalt wertgleicher Deckung eingeräumt wird, werden dadurch die Interessen der Gläubiger, deren Schutz das neu aufge-

brachte Kapital dienen soll, nicht beeinträchtigt. Die gemäß §§ 188 Abs. 2, 37 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 2 AktG abzugebende Erklärung beinhaltet demnach die Versicherung, daß der eingeforderte und dementsprechend eingezahlte Betrag wertmäßig endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht. Dabei hat der Vorstand im einzelnen unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen darzulegen, für welche geschäftlichen Maßnahmen der Einlagebetrag verwendet worden ist. Dieser Nachweis wird in der Regel nicht durch die Erklärung eines Kreditinstitutes erbracht werden können, wie ihn § 37 Abs. 1 Satz 3 AktG vorschreibt, soweit der Einlagebetrag im Zeitpunkt der Anmeldung nicht mehr "unversehrt" auf dem bei der Bank geführten Konto vorhanden ist.

dd) Von der Frage, ob der gemäß § 36 Abs. 2 AktG eingeforderte Betrag im Zeitpunkt der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung noch "unversehrt" vorhanden sein muß, ist die weitere Frage zu unterscheiden, auf welche Weise dieser Betrag der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen ist. § 36 Abs. 2 AktG schreibt unter Verweisung auf § 54 Abs. 3 AktG vor, daß der eingeforderte Betrag vor der Anmeldung ordnungsgemäß eingezahlt worden ist. Nach § 188 Abs. 2 i.V.m. § 54 Abs. 3 AktG kann dieser Betrag "nur in gesetzlichen Zahlungsmitteln, in von der D[REKTORENBANK] bank bestätigten Schecks, durch Gutschrift auf ein Konto im Inland bei der D[REKTORENBANK] bank oder einem Kreditinstitut oder auf ein Postscheckkonto der Gesellschaft zur freien Verfügung des Vorstandes eingezahlt werden". Beide Vorschriften schließen eine Tilgung der Einlageforderung dadurch, daß der eingeforderte Betrag im Einverständnis des Vorstandes unmittelbar auf eine Gesellschaftsverbindlichkeit an den Gesell-

schaftsgläubiger gezahlt wird, wie das bei der Anwendung der für das bürgerliche Recht geltenden Vorschrift des § 362 Abs. 2 BGB möglich wäre, aus. Diese für das Aktienrecht getroffene Regelung ist zwingend. Der zwingende Charakter hat sich nicht nur im Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen niedergeschlagen; ihm liegt darüber hinaus auch die Erwägung zugrunde, daß es dem Registergericht ermöglicht werden soll, auf einfache Weise zu überprüfen, ob der eingeforderte Betrag vom Inferenten in einer Weise geleistet worden ist, die den Vorstand in die Lage versetzt, darüber endgültig und frei zu verfügen. Würde man davon abweichen und die unmittelbare Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger zulassen, würde diese Überprüfung durch das Registergericht erschwert, weil Liquidität, Fälligkeit und Vollwertigkeit der gegen die Gesellschaft gerichteten Gläubigerforderung in die Überprüfung einbezogen werden müßten, damit die Erfüllungswirkung der unmittelbar an den Gläubiger vorgenommenen Zahlung festgestellt werden könnte.

c) Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus folgendes:

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist der Betrag von 150.000,-- DM auf das von der Gemeinschaftschuldnerin bei der Beklagten unterhaltene laufende Konto Nr. 55/94332 überwiesen worden. Dieses Konto stand per 31. Dezember 1985 mit 160.235,19 DM im Debet. Wie sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 15. Januar 1986 ergibt, führte die Beklagte dieses Konto der Gemeinschaftschuldnerin zugleich als Kreditkonto, über das der Betriebsmittelkredit von 200.000,-- DM, den die Beklagte der Gemeinschaftschuldnerin

gewährt hatte, abgewickelt wurde. Der Kredit war bis zum 31. Mai 1985 befristet und durch die Beklagte fällig gestellt worden. Wie sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 27. Dezember 1985 ergibt, hat der Alleinaktionär der Gemeinschaftschuldnerin, K., der Beklagten die Abdeckung dieses Kredites mit dem Betrag von 150.000,-- DM zugesagt, der eine Teilzahlung auf die vor der Anmeldung der Kapitalerhöhung eingeforderte Einlageforderung der Gemeinschaftschuldnerin aus der Kapitalerhöhung von 1.000.000,-- DM darstellte. Auf die Zahlung sind demnach nicht die Grundsätze anzuwenden, nach denen ein Einlageschuldner mit befreiender Wirkung Leistungen auf ein debitorisches Konto erbringen kann (vgl. dazu Sen.Urt. v. 3. Dezember 1990 - II ZR 215/89, ZIP 1991, 445 = WM 1991, 454, 455 m.w.N.; Allerkamp, WM 1988, 521 ff.; K. Schmidt, AG 1986, 106, 110; Priester, DB 1987, 1473, 1474 f.; Ihrig aaO Seite 259 ff.). Vielmehr ist hier zur Tilgung einer Gesellschaftsgläubigerforderung gezahlt worden. Aus dem Vortrag der Parteien geht nicht eindeutig hervor, ob das Konto Nr. im Zeitpunkt der Zahlung durch Herrn K. noch als laufendes Konto der Gemeinschaftschuldnerin weitergeführt worden ist oder ob es der Beklagten nur noch zur Abwicklung des Betriebsmittelkredites und damit als Kreditkonto gedient hat. Diese Frage kann jedoch auf sich beruhen, weil in beiden Fällen die Einlageforderung nicht wirksam getilgt worden ist. Kam dem Konto nur noch die Eigenschaft eines Kreditabwicklungskontos zu, finden auf die Zahlung die allgemeinen Regeln über Leistungen an Dritte Anwendung (Lutter in KK aaO § 66 Rdn. 49; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 66 Rdn. 74; Priester, DB 1987, 1475; Schaudwet, Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1967, S. 38). Auch wenn man

für diesen Fall unterstellt, daß der Vorstand der Gemeinschaftschuldnerin, wie die Beklagte behauptet, der Forderungstilgung durch den Inferenten K[REDACTED] zugestimmt hat, konnte auf diese Weise die Einlageforderung nicht getilgt werden. Dem stand die zwingende Regelung der §§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 AktG entgegen, daß eine wirksame Leistung der Einlagegeschuld nur durch Zahlung auf das Gesellschaftskonto zur freien Verfügung des Vorstandes erbracht werden konnte.

Diese Voraussetzungen erfüllt die Zahlung auf ein Kreditkonto nicht. Wurde das Konto noch als Kontokorrentkonto der Beklagten geführt, ist ebenfalls nicht zur freien Verfügung des Vorstandes geleistet worden. Zwar hat der Aktionär Küth den Einlagebetrag auf dieses Konto eingezahlt. Die Beklagte hat die Gutschrift jedoch ohne Einwirkungsmöglichkeit des Vorstandes sofort mit der als Schuldsaldo auf dem Konto gebuchten Kreditforderung verrechnet. Die nach der Behauptung der Beklagten zuvor mit dem Inferenten getroffene Absprache über die Tilgung dieser Gesellschaftsverbindlichkeit ändert daran nichts. Sie vermag die Tatsache nicht aus der Welt zu schaffen, daß der Vorstand entgegen der gesetzlichen Forderung zu keinem Zeitpunkt die freie Verfügung über den auf dem Gesellschaftskonto eingegangenen Betrag gehabt hat (vgl. BGH, Urt. v. 24. September 1990 - II ZR 203/89, ZIP 1990, 1400, 1401 = WM 1990, 1820, 1822). Die zur Vorlage bei dem Registergericht bestimmte Erklärung der Beklagten vom 29. Januar 1986 war somit in jedem Falle unrichtig. Die Beklagte haftet daher gemäß § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG.

III.

Da der Kläger die Beklagte in der Berufungsinstanz nur noch auf Zahlung von 75.000,-- DM in Anspruch genommen hat, war die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages zu verurteilen. Nach § 63 Abs. 1 und 2 AktG war der Betrag ab Fälligkeit, die am 3. Februar 1986 eingetreten ist, mit 5 % zu verzin- sen. Soweit der Kläger gemäß § 63 Abs. 2 Satz 2 AktG einen höheren Zinsbetrag als Schaden geltend macht, hat er die Voraussetzungen des Verzuges nicht substantiiert dargelegt (vgl. dazu BGHZ 110, 47, 75 ff.). Diese Voraussetzung liegt erst ab Zustellung des Mahnbescheides vor (§ 284 Abs. 1 BGB). Die Zinshöhe von 9,5 % ist von der Beklagten nicht bestritten worden.

Boujong

Röhricht

Dr. Henze

Dr. Goette

Gerber