

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 328 Abs. 2, 427; AktG §§ 2, 27 Abs. 3, 183 Abs. 2, 186 Abs. 5, 234, 235; GmbHG § 9 Abs. 2

- a) Die "Vorfinanzierung" einer künftigen Bareinlage aus einer in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung ist keine Einzahlung i.S. des § 235 Abs. 1 Satz 2 AktG. Sie erfüllt auch nicht die Anforderungen, die nach weit verbreiteter Ansicht an eine auf eine künftige Bareinlageverpflichtung im Rahmen der Sanierung einer AG geleistete "Voreinzahlung" zu stellen sind.
- b) Zahlt die AG den zur "Vorfinanzierung" einer Bareinlage gezahlten Betrag dem Kreditgeber mit Mitteln zurück, die ihr als Darlehen von einem anderen Kreditinstitut zur Verfügung gestellt worden sind, wird der sachliche Zusammenhang mit der anschließenden Leistung der Einlage aus einer Kapitalerhöhung nicht unterbrochen.
- c) Übernimmt eine Bank Aktien aus einer Kapitalerhöhung mit der Verpflichtung, sie den Aktionären zum Bezug anzubieten (§ 186 Abs. 5 AktG; berechtigender Vertrag zugunsten Dritter i.S. des § 328 Abs. 2 BGB), kommt ihr die Stellung eines fremdnützigen Treuhänders zu, soweit alle Bezugsrechte ausgeübt werden. Tilgt die AG eine Forderung der Bank mit den Einlagemitteln, sind die Grundsätze der

verdeckten Sacheinlage nicht anwendbar. Hat die Bank sog. Spitzen und nicht bezogene Aktien nach Weisung des Vorstandes zu verwerten und gelingt die Plazierung nicht, kann ihr insoweit die Stellung eines fremdnützigen Treuhänders zukommen, wenn im Zeitpunkt der Zeichnung die rasche Plazierung unproblematisch erschien, diese jedoch infolge unvorhersehbarer Entwicklungen auf dem Kapitalmarkt scheitert und die Bank weiterhin um die Unterbringung der Aktien bemüht ist. Nimmt die Bank vor der Plazierung Rechte aus den Aktien wahr oder erwirbt sie Aktien durch Selbsteintritt, kommt ihr insoweit eine Stellung als fremdnütziger Treuhänder nicht zu.

- d) Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Gesellschafter einer AG sein. Die Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts können ihre Haftung für die von ihnen zu leistenden Einlagen weder auf das Gesamthandsvermögen noch einen ihrer Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden Betrag beschränken.
- e) Auch im Aktienrecht unterliegt der Anspruch aus Differenzhaftung (BGHZ 64, 52) der 5-jährigen Verjährung gemäß § 9 Abs. 2 GmbHG. Auf den Erfüllungsanspruch des § 183 Abs. 2 Satz 3 (§ 27 Abs. 3 Satz 3) AktG ist diese Vorschrift nicht anwendbar.

3

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 277/90

URTEIL

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

in dem Rechtsstreit

D. [REDACTED] G. [REDACTED] bank, Am P. [REDACTED] der R. [REDACTED],
F. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch Helmut
Guthardt, Karl Fehrenbach, Roland Bergsträsser, Dr. Armin
H. [REDACTED], Dr. Alfons H. [REDACTED], Dr. Siegfried L. [REDACTED],
Dr. Johann R. [REDACTED], Dr. Wulf von S. [REDACTED], Günter
S. [REDACTED]-W. [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

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

Streithelferin der Beklagten:

W. [REDACTED] I. [REDACTED] bank Girozentrale, R. [REDACTED] straße [REDACTED],
D. [REDACTED], vertreten durch Friedel N. [REDACTED], Dr. Ludwig
T. [REDACTED], Wolfgang A. B. [REDACTED], Dr. Axel K. [REDACTED], Dr. Wolf-
Albrecht P. [REDACTED], Hans-Peter S. [REDACTED], Jürgen S. [REDACTED],
Hans-Peter P. [REDACTED], Dr. Johannes R. [REDACTED], ebenda,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte [REDACTED]
und Partner, [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

Rechtsanwalt Dipl.-Kaufmann Friedrich Wilhelm M. [REDACTED],
C. [REDACTED] straße [REDACTED], D. [REDACTED], als Konkursverwalter über
das Vermögen der B. [REDACTED]- und M. [REDACTED] AG, D. [REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagter und
Revisionskläger,

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

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

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten und des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. November 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der am 1. Juni 1979 in Konkurs gegangenen B- und Aktiengesellschaft D (künftig: BuM-AG). Die Beklagte war Mitglied eines Bankenkonsortiums, das unter Führung ihrer Streithelferin, der Westdeutschen I Girozentrale in D (künftig: W), mit der Durchführung der von der Hauptversammlung der BuM-AG am 4. Oktober 1978 beschlossenen Kapitalerhöhung betraut war. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Erfüllung der von ihr übernommenen Bareinlageverpflichtung unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage in Anspruch.

Die BuM-AG war im Frühjahr 1978 in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, die sich im Juli 1978 zu einer Liquiditätskrise ausweiteten, die ohne sofortige Kapitalzufuhr innerhalb kürzester Zeit zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu führen drohte. Das zur Bewältigung der Krise entworfene Sanierungskonzept sah u.a. vor, der Hauptversammlung eine Erhöhung des Grundkapitals vorzuschlagen und der Gesellschaft den als Einnahme erwarteten Betrag von 88,75 Mio. DM im Wege der Vorfinanzierung sofort zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend wurde verfahren: Die Hauptaktionärin der BuM-AG, das niederländische Unternehmen O H N.V. (künftig: O), stellte einen Betrag von 13,05 Mio. DM zur Verfügung, die Beklagte gewährte einen Überziehungskredit von 30 Mio. DM, die W einen solchen von 45,42 Mio. DM. Die BuM-AG, die Beklagte und die W gewannen jedoch alsbald die Erkenntnis, daß die geplante Kapitalerhöhung unter Einbeziehung der vorgenommenen Vorfinan-

zierung nicht mehr als eine solche gegen Bareinlagen angesehen, sondern wirksam nur noch in der Form der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen durchgeführt werden könne. Um ungeachtet dessen den Weg der Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen beschreiten zu können, bemühte sich die BuM-AG mit Unterstützung der Beklagten und der W[REDACTED] um die Gewährung befristeter Darlehen durch Drittkreditinstitute, um die durch Inanspruchnahme der eingeräumten Überziehungskredite von der Beklagten und der W[REDACTED] vorfinanzierten Beträge ablösen zu können. Das geschah kurz darauf. Den Vorfinanzierungskredit der Beklagten löste die BuM-AG per 1. September 1978 mit Mitteln aus einem Darlehen ab, das ihr von der an der Beklagten beteiligten B[REDACTED] R[REDACTED]-Z[REDACTED]bank M[REDACTED] (künftig: BRZ) gewährt worden war.

Die Hauptversammlung der BuM-AG beschloß am 4. Oktober 1978 entsprechend dem Vorschlag der Verwaltung die Erhöhung des Grundkapitals gegen Bareinlagen bei dessen gleichzeitiger Herabsetzung um einen Betrag von 128.000,-- DM rückwirkend zum 31. Dezember 1977. Die Durchführung der Maßnahme ist am 6. Oktober 1978 in das Handelsregister eingetragen worden. Die W[REDACTED] zeichnete für das unter ihrer Führung stehende Bankenkonsortium die aus der Kapitalerhöhung stammenden Aktien am 3. Oktober 1978 mit der Verpflichtung, sie den Altaktionären zum Bezüge anzubieten - O[REDACTED] hatte sich verpflichtet, Aktien zum Ausgabekurs von 13,05 Mio. DM zu zeichnen und tat das auch bei der W[REDACTED] - und die verbleibenden Spitzen sowie die nicht ausgeübten Bezugsrechte nach Weisung des Vorstandes der BuM-AG zu verwerten. 25 % des Nennwertes einschließlich Aufgeld waren vor der Beschlußfassung der Hauptversammlung, der Restbetrag am letzten Tag der

Bezugsfrist - nach den damaligen Terminvorstellungen am 3. November 1978 - dem bei der W[REDACTED] geführten Sonderkonto Kapitalerhöhung gutzubringen. Am zweiten Bankarbeitstag nach Ablauf der Bezugsfrist sollte der Gesellschaft der Gesamtbetrag von 88,75 Mio. DM auf deren laufenden Konto zur Verfügung gestellt werden. An dem Konsortium waren die Beklagte mit 36,50 %, die W[REDACTED] mit 54,70 % und vier weitere Banken mit insgesamt 8,80 % beteiligt. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten war ausgeschlossen und dies dem Vorstand der BuM-AG im Angebotsschreiben vom 15. September 1978 über die Durchführung der Kapitalerhöhung, die Abwicklung des Bezugsgeschäftes und die Börseneinführung der Aktien bekanntgegeben worden.

Am 7. November 1978 wurde dem bei der W[REDACTED] geführten laufenden Konto der BuM-AG der aus der Kapitalerhöhung erzielte Betrag von 88,75 Mio. DM gutgeschrieben, nachdem die Rückzahlung der Drittkredite und des von O[REDACTED] gezahlten Vorfinanzierungsbetrages veranlaßt worden war.

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte ihrer Verpflichtung aus der Zeichnung der Aktien wirksam nachgekommen ist. Die Beklagte hält im übrigen die geltend gemachte Forderung für verjährt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage unter Zurückweisung der Berufung im übrigen wegen des größten Teils der Zinsen abgewiesen. Gegen das Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Beklagte strebt die vollständige Abweisung der Klage an, der Kläger verlangt den gesamten von ihm geltend gemachten Zinsbetrag.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit der Klage stattgegeben worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit die Klage abgewiesen worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Zur Revision der Beklagten:

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Hauptversammlung der BuM-AG gleichzeitig mit der Herabsetzung des Grundkapitals rückwirkend zum 31. Dezember 1977 eine Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen beschlossen hat und die Beklagte entsprechend der Vereinbarung vom 15. September 1978 und dem Inhalt des Zeichnungsscheines vom 3. Oktober 1978 verpflichtet ist, eine Bareinlage in Höhe von 32.291.550,-- DM zu leisten.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Beklagte dieser Einlageverpflichtung jedoch bisher nicht nachgekommen. Da die der BuM-AG zugeflossenen Einlagemittel dazu verwandt worden seien, die zur Vorfinanzierung der Kapitalerhöhung gewährten Darlehen zu tilgen, seien die Darlehensforderungen eingebracht, nicht aber die geschuldeten Bareinlagen geleistet worden. Die Beklagte sei daher entsprechend

§ 183 Abs. 2 Sätze 2 und 3 AktG weiterhin verpflichtet, die von ihr übernommene Bareinlage zu erbringen. Dem stehe auch nicht entgegen, daß die Beklagte lediglich als Mitglied eines Übernahmekonsortiums mit der sich aus § 186 Abs. 5 AktG ergebenden Verpflichtung gehandelt habe. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben im Ergebnis Erfolg.

I. Einlageverpflichtung in Höhe des Überziehungskredites von 30 Mio. DM:

1. Die Revision wendet sich dagegen, daß der Überziehungskredit, den die Beklagte der BuM-AG im Juli 1978 zur Vorfinanzierung der in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung gewährt hat, sowie das Darlehen der BRZ, mit dem dieser Kredit abgelöst worden ist, vom Berufungsgericht nicht als "Vorauszahlung auf die Kapitalerhöhung", die als zulässig erachtet werden müsse, angesehen worden ist.

Der Revision ist einzuräumen, daß die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage dann nicht vorliegen würden, wenn die Kreditgewährung durch die Beklagte lediglich als Leistung im Sinne des § 235 Abs. 1 Satz 2 AktG oder als sonst zulässige Vorauszahlung auf die aus der späteren Aktienzeichnung hervorgegangene Einzahlungsverpflichtung anzusehen wäre. Denn würde die aufgrund des Kredites gewährte Zahlung eine mit dem Gesetz zu vereinbarende oder dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung zumindest nicht widersprechende im voraus erbrachte Leistung auf eine künftige Bareinlageverpflichtung darstellen, wäre im Falle der Durchführung der Kapitalerhöhung auf jeden Fall eine Bareinlage geleistet worden. Dabei bedürfte die Frage, ob die Rückzah-

lung des Betrages an die Beklagte zulässig war, keiner Erörterung, da die Beklagte den Einlagebetrag nach Rückzahlung durch die BuM-AG am 1. September 1978 erneut am 7. November 1978 gezahlt hat. Als Umgehung der für die Sacheinlage maßgebenden gesetzlichen Vorschriften könnte dieser Vorgang jedoch, legt man die Rechtsansicht der Revision zugrunde, nicht angesehen werden. Das Berufungsgericht hat jedoch das Vorliegen einer "Voreinzahlung" zu Recht verneint.

a) Der von der BuM-AG im Oktober 1978 durchgeführten Sanierungsmaßnahme lag die in §§ 234, 235 AktG getroffene Regelung zugrunde. Nach § 235 Abs. 1 Satz 2 AktG ist eine Beschlußfassung im Sinne des § 234 und des § 235 Abs. 1 Satz 1 AktG, die Kapitalherabsetzung, Feststellung des Jahresabschlusses und Kapitalerhöhung umfaßt, u.a. nur dann zulässig, wenn die aus der Kapitalerhöhung hervorgehenden Aktien gezeichnet sind und auf jede Aktie die Zahlung geleistet ist, die nach § 188 Abs. 2 AktG zur Zeit der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung bewirkt sein muß. Nach § 36 a Abs. 1 AktG, auf den § 188 Abs. 2 AktG verweist, besteht dieser Betrag aus 1/4 des Nennbetrages und dem Agio. Hat der Vorstand der Aktiengesellschaft auch den Restbetrag geltend gemacht (§ 36 Abs. 2 AktG), umfaßt die Einzahlungspflicht auch diesen Betrag (vgl. Schilling in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl. § 235 Anm. 3; Wiedemann in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl. § 188 Anm. 2; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 188 Rdn. 26 f.).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Beklagte aufgrund der zwischen ihr und der BuM-AG getroffenen Vereinbarung dieser einen Vorfinanzierungs-

kredit von 30 Mio. DM zur Verfügung gestellt. Diese Summe bewegte sich in dem dargelegten Rahmen, da der Umfang des Kredites das von der Beklagten nach der Vereinbarung vom 15. September 1978 aufzubringende Zeichnungskapital um 2.393.750,-- DM unterschritt. Allerdings hat die Beklagte diese Zahlung nicht als Vorschuß auf die künftige Einlageverpflichtung, welche die Leistung von Eigenkapital beinhaltet, erbracht, sondern als Vorfinanzierungskredit in der Form verzinslichen Fremdkapitals. Das entspricht nicht den vom Gesetz gestellten Anforderungen, nach denen bereits vor der Beschlußfassung im Sinne des § 235 Abs. 1 Satz 1 AktG auf jede Aktie die Einzahlung zu leisten ist, die bei der - unabhängig von einer Kapitalherabsetzung beschlossenen - Kapitalerhöhung erst zur Zeit der Anmeldung ihrer Durchführung bewirkt sein muß. Auch die Revision geht davon aus, daß die von der Beklagten erbrachte Leistung dieser gesetzlichen Voraussetzung nicht entspricht.

b) Die Revision sieht jedoch den entscheidenden Unterschied zwischen der Vorauszahlung im Sinne des § 235 Abs. 1 Satz 2 AktG und dem Vorfinanzierungskredit lediglich darin, daß die Voreinzahlung auf die Einlageverpflichtung ohne Berechnung von Nebenkosten, der Vorfinanzierungskredit hingegen provisions- und zinspflichtig gewährt wird. Sie zieht daraus den Schluß, daß dem der BuM-AG gewährten Kredit die Erfüllungswirkung als Vorauszahlung auf die Einlageverpflichtung der Beklagten zumindest in Höhe des nach Abzug von Zins und Überziehungsprovision verbleibenden Nettobetrag nicht versagt werden könne. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Die Ausführungen der Revision beruhen auf einer in der Lehre und zum Teil auch in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht, nach der Voreinzahlungen auf künftige Bareinlageverpflichtungen über die Regelung des § 235 Abs. 1 Satz 2 AktG hinaus grundsätzlich als zulässig angesehen werden, wobei jedoch die Zulässigkeit im einzelnen an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen dazu sogleich geknüpft wird (Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 183 Rdn. 31-34; Krieger in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 1988, § 56 Rdn. 86; Scholz/Priester, GmbHG, 7. Aufl. § 56 a Rdn. 14; Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 13. Aufl. § 56 Rdn. 8; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 737, 745; K. Schmidt, ZGR 1982, 519; ders. AG 1986, 115; ders. ZIP 1980, 328, 332; ders. GesR, 2. Aufl. § 29 III 2. a), S. 751 ff.; Priester, FS Fleck, ZGR Sonderheft 7, 1988, S. 231; Fleck, EWiR § 54 AktG 1/86, 537; OLG Düsseldorf, WM 1981, 960, 963 f.; OLG Hamm, WM 1987, 17). Diese Meinung baut auf der weiteren Überlegung auf, daß die aus der Kapitalerhöhung erzielten Bareinlagemittel bei der Anmeldung ihrer Durchführung nicht mehr vorhanden sein müssen (vgl. dazu Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 737, 744 f.; K. Schmidt, ZGR 1982, 519, 528 ff.; ablehnend Schmidt/Verhoeven, ZIP 1982, 644, 647 f.; zur Auslegung der §§ 188 Abs. 2, 36 Abs. 2 AktG vgl. jüngst Lutter, NJW 1989, 2649, 2653 ff.).

Einer Entscheidung dieser Fragen bedarf es jedoch im vorliegenden Falle nicht. Denn auch unter Zugrundelegung der dargelegten Ansichten erfüllt die von der Beklagten vorgenommene Finanzierung nicht die Voraussetzungen einer Voreinzahlung auf eine künftige Bareinlagepflicht.

Die Voreinzahlung auf eine künftige Einlageverpflichtung soll dazu dienen, der Gesellschaft zum Zwecke ihrer Sanierung dringend benötigte Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen. Um den Sanierungserfolg so weit wie möglich sicherzustellen, bedarf es nicht nur der Gewährung eines ausreichend bemessenen Betrages, sondern auch einer verbindlichen Abmachung darüber, daß der Gesellschaft der Vorauszahlungsbetrag bis zur Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister belassen wird (Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 183 Rdn. 33; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 737, 745, 749). Sinn einer derartigen Vorauszahlung ist es ferner, die in ihrer Existenz bedrohte Gesellschaft nicht zusätzlich mit den für eine Fremdfinanzierung anfallenden Kosten, die in einer Krisensituation im Hinblick auf die mit der Finanzierung verbundenen Risiken besonders hoch sind, zu belasten und damit die Sanierung zu erschweren und ihren Erfolg gar in Frage zu stellen. Aus diesem Grunde wird die Zuführung von Mitteln verlangt, die nicht zur Entstehung von Kosten führen (K. Schmidt, ZGR 1982, S. 530; Priester, FS Fleck aaO S. 236; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980 S. 748; ferner Schneider/Verhoeven, ZIP 1982 S. 646 f.). Soll mit der Voreinzahlung die Überschuldung der Gesellschaft abgewendet werden, muß sichergestellt sein, daß die Voreinzahlung nicht als Verbindlichkeit in die Überschuldungsbilanz aufgenommen werden muß. Das kann nur dadurch geschehen, daß die Gesellschaft mit dem Zahlenden einen Rangrücktritt der ihm bei Scheitern der Kapitalerhöhung gemäß § 812 Abs. 1 BGB zustehenden Rückzahlungsforderung vereinbart (Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 183 Rdn. 33; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980 S. 745, 749). Das gilt in

gleicher Weise für die Überlegung, daß eine solche Annäherung des Voreinzahlungsbetrages an das Grundkapital Mindestvoraussetzung dafür ist, Gläubiger zur Gewährung oder Aufstockung von Darlehen zu gewinnen. Die Forderung nach all diesen Voraussetzungen trägt dem Gedanken Rechnung, daß durch die Voreinzahlung materiell in möglichst weitgehendem Umfang die gleichen Wirkungen erreicht werden sollen, die eintreten würden, wenn die Kapitalerhöhung sofort durchgeführt werden könnte. Diese Voraussetzungen, die u.a. - bejaht man die grundsätzliche Zulässigkeit der Voreinzahlung - im Interesse der Aktiengesellschaft sowie zur Gewährleistung eines wirksamen Aktionärs- und Gläubigerschutzes erforderlich sind, erfüllt die Vorfinanzierung der Beklagten nicht: Eine Unkündbarkeit des Überziehungskredites bis zur Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister war nicht vereinbart. Für den Kredit fielen Überziehungszinsen und Provisionskosten an. Ein Rangrücktritt war nicht vereinbart. Vielmehr hatte die Beklagte als Gläubigerin alle Vorteile inne, die einem Aktionär nicht zustehen und mit deren Verlust sich der Voreinzahlende abfinden muß, soll die Sanierung über eine gleichsam vorweggezogene Kapitalerhöhung in hinreichendem Maße erfolgversprechend sein. Behält der Voreinzahlende seine Gläubigerstellung bei, muß er anschließend sich daraus ergebende nachteilige Rechtsfolgen hinnehmen (zur begrifflichen Unterscheidung von Voreinzahlung und Vorfinanzierung vgl. Laub, Die "Vorfinanzierung" von Kapitalerhöhung durch Voreinzahlungen auf eine künftige Einlageverpflichtung, 1991, S. 36 ff.). Die von der Revision geforderte unterschiedliche Behandlung der Hauptforderung als Voreinzahlung und der - davon abhängigen - Nebenforderung als Gläubigerrecht kommt daher nicht in Betracht.

2. Das Berufungsgericht hat eine verdeckte Sacheinlage bejaht. Die Kreditforderung der Beklagten gegen die BuM-AG sei Mitte Juli 1978 entstanden und am 1. September 1978 durch ein von der BRZ gewährtes Darlehen ersetzt worden. Sie habe demnach bei Begründung der Bareinlagepflicht der Beklagten bereits bestanden. Da das Darlehen am 7. November 1978 mit den Einlagemitteln getilgt worden sei, bestehe zwischen dem Darlehen und seiner Tilgung sowie der Erfüllung der Bareinlagepflicht aus der Kapitalerhöhung ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang. Zwar herrsche zwischen der Beklagten als Aktienzeichnerin und der BRZ als Darlehensgläubigerin keine Personenidentität. Die Beklagte müsse sich aber die Zahlung an die BRZ zurechnen lassen, weil beide in dem kreditgenossenschaftlichen System der V- und R-banken untereinander verbunden seien und die Beklagte der BRZ zur Ablösung des Kredites einen Auftrag im Sinne des § 778 BGB erteilt habe. Wenn es für das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage auch nur auf das Vorhandensein objektiver Merkmale ankomme, könne darüber hinaus auch das Bestehen einer den wirtschaftlichen Erfolg des Umgehungsgeschäftes umfassenden Abrede zwischen der Beklagten und dem Vorstand der BuM-AG unter Einbeziehung der BRZ festgestellt werden. Einmal begründeten die objektiven Umgehungsvoraussetzungen eine tatsächliche Vermutung für eine solche Abrede, zum andern ergebe sich diese aus den vorgelegten Urkunden und Unterlagen.

Die Revision ist demgegenüber der Ansicht, die Wertung eines Rechtsgeschäftes als verdeckte Sacheinlage erfordere nicht nur das Merkmal seiner sachlichen und zeitlichen Nähe zur Bareinlageverpflichtung, sondern auch eine Abrede über

diesen Zusammenhang. Die Tilgung des von der BRZ gewährten Darlehens brauche sich die Beklagte nicht zurechnen zu lassen, weil ein Auftragsverhältnis zwischen ihnen nicht bestanden und eine wirtschaftliche Verflechtung beider nicht vorgelegen habe. Zu beiden Fragen habe das Berufungsgericht beweis erhebliches Vorbringen der Beklagten nicht berücksichtigt. Diese Rüge der Revision hat keinen Erfolg.

a) Das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage sieht das Berufungsgericht wegen der sachlichen und zeitlichen Nähe zwischen der Tilgung des Darlehens, das die BRZ der BuM-AG zur Ablösung des von der Beklagten gewährten Überziehungskredites gegeben hat, und der Einlageverpflichtung der Beklagten aus der Kapitalerhöhung der BuM-AG, aus deren Mitteln die Tilgung bewirkt worden ist, als gegeben an. Das setzt allerdings voraus, daß sich die Beklagte die Tilgung des Darlehens der BRZ zurechnen lassen muß. Das Berufungsgericht bejaht diese Frage. Die Revision rügt dazu, die Zugehörigkeit beider zum "kreditgenossenschaftlichen System der Volks- und Raiffeisenbanken" reiche für eine solche Zurechnung nicht aus. Das Bestehen eines Auftragsverhältnisses habe das Berufungsgericht in verfahrensfehlerhafter Weise festgestellt, weil es die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten nicht berücksichtigt habe, sie habe das Ansinnen der BRZ zurückgewiesen, für die Rückführung des der BuM-AG gewährten Darlehens zu garantieren. Sie seien sich einig gewesen, daß zwischen ihnen kein Vertragsverhältnis gegründet werden solle.

Auf diese Einzelheiten kommt es indessen nicht an, weil sich die objektiven Merkmale für eine verdeckte Sacheinlage

aus anderen Umständen ergeben und insoweit die rechtlichen Beziehungen zwischen der Beklagten und der BRZ unerheblich sind.

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die BRZ der BuM-AG gemäß Vertrag vom 28. August 1978 ein Darlehen in Höhe von 30 Mio. DM gewährt. Das Darlehen ist nach Weisung der BuM-AG am 1. September 1978 durch Überweisung auf das bei der Beklagten geführte Girokonto Nummer 3177 ausgezahlt worden. Damit hat die BuM-AG zugleich den ihr von der Beklagten auf diesem Konto ab 14. Juli 1978 eingeräumten Überziehungskredit getilgt. Am 4. Oktober 1978 hat die Hauptversammlung der BuM-AG die Erhöhung des Grundkapitals beschlossen. Die Beklagte hat als Mitglied des Zeichnungskonsortiums entsprechend ihrer prozentualen Beteiligung von 36,50 % Aktien zum Ausgabewert von insgesamt 32.393.750,-- DM übernommen. Dieser Betrag ist - zusammen mit den von den übrigen Konsorten geschuldeten Zeichnungsbeträgen - am 7. November 1978 der BuM-AG durch Überweisung auf das von ihr bei der W[REDACTED] geführte Girokonto Nummer [REDACTED] ausbezahlt worden. An diesem Tage ist auch mit Überweisungsauftrag der BuM-AG vom 27. Oktober 1978, auf dem für die Wertstellung der 7. November 1978 vermerkt war, der Kredit der BRZ zurückgezahlt worden.

Nach der Rechtsprechung des Senats kann die Tilgung einer Darlehensforderung des Inferenten mit Bareinlagemitteln ein verdecktes Sacheinlagengeschäft darstellen (BGHZ 110, 47, 60 ff.). Hierfür kann es keinen Unterschied machen, ob der Tilgungsbetrag mit dem für die Aktien einzuzahlenden Betrag verrechnet wird, die Gesellschaft eine

schon erbrachte Bareinlage abredegemäß zur Tilgung verwendet oder ob sie die Darlehensforderung zunächst tilgt und der Darlehensgläubiger alsdann seine Bareinlageschuld begleicht (Sen.Urt. v. 19. April 1982 - II ZR 55/81, WM 1982, 660, 662 = ZIP 1982, 689, 692 - Holzmann, insoweit in BGHZ 83, 319 nicht abgedruckt; BGHZ 113, 335, 345). Unter diesem Gesichtspunkt sind für die Frage der verdeckten Sacheinlage die Rückzahlung des von der Beklagten gewährten Überziehungskredites durch die BuM-AG am 1. September 1978 und die Zahlung des von der Beklagten geschuldeten Einlagebetrages an die BuM-AG am 7. November 1978 als entscheidend anzusehen. Zwischen beiden Zahlungen besteht ein enger sachlicher Zusammenhang: Der Überziehungskredit diente der Vorfinanzierung der Einlagemittel, die von der Beklagten nach Übernahme der auf sie entfallenden Aktien aus der geplanten Kapitalerhöhung hätte gezahlt werden müssen. Dieser Kredit wurde im Hinblick auf die Bedenken, die sich unter dem Aspekt der verdeckten Sacheinlage nach damaliger Ansicht der Beteiligten gegen die Verrechnung des Vorfinanzierungskredites gegen die Bareinlageverpflichtung ergaben, getilgt und die Einlageverpflichtung durch Barüberweisung vorgenommen. Daß die Kredittilgung mit darlehensweise von einem Drittgläubiger bereitgestellten Mitteln bewirkt wurde, ist unerheblich. Entscheidend ist allein, daß die BuM-AG mit ihr zur Verfügung stehenden Geldern den ihr von der Beklagten eingeräumten Überziehungskredit tilgte (vgl. insoweit bereits Sen.Urt. v. 12. Juli 1982 - II ZR 175/81, WM 1982, 862, 866 = ZIP 1982, 923, 928). Der zeitliche Zusammenhang ergibt sich aus der Nähe der Zeitpunkte, in denen Tilgung des Kredites (1. September 1978) und Zahlung des Einlagebetrages (7. November 1978) vorgenommen worden sind. Dabei ist es,

wie bereits ausgeführt, rechtlich ohne Bedeutung, daß die Kredittilgung vor der Erfüllung der Einlageverpflichtung vorgenommen worden ist.

b) Ob für den Umgehungstatbestand der verdeckten Sacheinlage das Bestehen eines zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen Darlehenstilgung und Leistung der Einlagemittel ausreicht oder zusätzlich eine Abrede zwischen Bareinleger und Vertretungsorgan der Gesellschaft erforderlich ist, die den wirtschaftlichen Erfolg umfaßt, von der die umgangene Norm ausgeht, ist vom Senat bisher offengelassen worden (BGHZ 110, 47). Diese Frage bedarf auch für den vorliegenden Fall keiner Entscheidung, da eine solche Abrede vorliegt. Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, die BuM-AG habe sich am 13. Juli 1978 u.a. mit der Beklagten auf das später realisierte Sanierungskonzept geeinigt, das eine Vorfinanzierung der beabsichtigten Kapitalerhöhung vorgesehen habe. Wie sich aus den Protokollen über die Besprechung vom 20. und 26. Juli 1978 ergebe, habe auch die Beklagte die Vorfinanzierung unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage als problematisch angesehen. Die BuM-AG habe u.a. mit der Beklagten eine Einigung darüber erzielt, daß sie unter Einschaltung einer Drittbank den eingeräumten Vorfinanzierungskredit tilgen und die Beklagte ihre Einlageverpflichtung nicht durch Verrechnung mit diesem Kredit, sondern bar erbringen solle. Dieses Konzept sei zwar zwischen der BuM-AG und der W [REDACTED] ausgehandelt, der Beklagten jedoch anschließend bekannt gegeben und es sei von ihr danach verfahren worden. Aus diesen von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen ergibt sich, daß Beklagte und BuM-AG erkannt hatten, daß der von ihnen ursprünglich einge-

schlagene Weg, den Finanzierungskredit mit den aus der Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen gewonnenen Einlagemitteln zu tilgen, nicht zulässig war, sondern das von ihnen angestrebte Ergebnis nur im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen durch Einbringung der Forderung erreicht werden konnte. Denselben wirtschaftlichen Erfolg haben sie mit den von ihnen vereinbarten, bereits dargelegten Maßnahmen angestrebt. Damit haben sie eine Abrede getroffen, die den wirtschaftlichen Erfolg der umgangenen Norm des § 183 AktG umfaßt (allgemein zum Inhalt einer derartigen Abrede vgl. Mülbert, ZHR 154 (1990), 145, 190 f.; Ulmer, ZHR 154, 128, 140 m.w.N. in Fn. 50; vgl. ferner die Nachw. in BGHZ 110, 65).

3. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage scheitere im vorliegenden Fall nicht daran, daß die Beklagte die Aktien mit der Verpflichtung übernommen habe, sie den Aktionären zum Bezug anzubieten (§ 186 Abs. 5 AktG). Da die Vorfinanzierung der Kapitalerhöhung gegenüber dem Publikum nicht offengelegt worden sei, habe die Beklagte den Eindruck erweckt, der Gesellschaft werde durch die Kapitalerhöhung neues Barkapital zugeführt, während es in Wirklichkeit durch die Kreditgewährung bereits verbraucht gewesen sei. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht damit den Besonderheiten der Aktienzeichnung, die von der Beklagten als Mitglied des von der BuM-AG eingeschalteten Übernahmekonsortiums zwecks Abwicklung des sogenannten mittelbaren Bezugsrechts vorgenommen worden ist, nicht gerecht wird.

a) Die Regelung des § 186 Abs. 5 AktG setzt voraus, daß die eingeschaltete Emissionsbank (Emissionskonsortium; künftig: Bank) die aus der Kapitalerhöhung hervorgehenden Aktien fest übernimmt. Das hat zur Folge, daß die Emission der Aktien rechtlich im Verhältnis der Gesellschaft zur Bank stattfindet (Übernahmekonsortium; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 186 Rdn. 172 f.; Lutter in KK z. AktG, 2. Aufl. § 186 Rdn. 102 ff.; Krieger in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts aaO § 56 Rdn. 74; Godin/Wilhelmi, AktG, 4. Aufl. § 186 Anm. 10; Wiedemann, WM 1979, 990, 991). Gleichzeitig geht die Bank jedoch die Verpflichtung ein, die übernommenen Aktien den Aktionären der Gesellschaft zum Bezug anzubieten. Diese Vereinbarung, die als ein berechtigender Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 2 BGB anzusehen ist (Sen.Urt. BGHZ 114, 203, 208), gewährt den Aktionären einen schuldrechtlichen Anspruch auf den Bezug der neuen Aktien. Zwar stellt § 186 Abs. 5 AktG die Fiktion auf, daß das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre durch eine derartige Regelung nicht ausgeschlossen wird. Sinn dieser Fiktion ist es jedoch nur, das mittelbare Bezugsrecht von den erschwerenden Voraussetzungen des § 186 Abs. 3 und 4 AktG freizustellen (Lutter in KK z. AktG aaO § 186 Rdn. 104; Wiedemann in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl. § 186 Anm. 15; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 186 Rdn. 153 f.; Krieger in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts aaO § 56 Rdn. 75; Wiedemann, WM 1979, 990, 991). Formalrechtlich liegt auch in einer derartigen Regelung der Ausschluß des (originären) Bezugsrechts der Aktionäre. Sie bewirkt aber, daß die Emission der Aktien wirtschaftlich im Verhältnis der Gesellschaft zu den Aktionären

unter Einschaltung der Bank als Abwicklungsstelle durchgeführt wird (Wiedemann, WM 1979, 990, 991). Die Bank hat demnach lediglich die Stellung eines fremdnützigen Treuhänders (Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. Rdn. 2256, 2270; Ulmer, ZHR 154 (1990), 128, 142; Groß, AG 1991, 217, 225). Daraus wird in der Literatur die Schlußfolgerung gezogen, es sei unter diesen Umständen nicht erforderlich, die Bank zur Gewährleistung der mit dem Sacheinlagenrecht verfolgten Schutzzwecke in das Verbot verdeckter Sacheinlagen einzubeziehen, weil sie kein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Gesellschaftsbeteiligung verfolge (Ulmer, ZHR 154 S. 142; im Ergebnis ebenso Lutter in KK z. AktG aaO § 183 Rdn. 72; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1447; Groß aaO S. 225 f.; abweichend Priester, ZIP 1991, 345, 354). Werde daher eine Forderung, die der Bank gegenüber der Gesellschaft zustehe, im Falle des "mittelbaren Bezugsrechtes" mit Einlagemitteln getilgt, stelle das die Erfüllungswirkung der Einlageleistung nicht in Frage. Dieser Ansicht ist grundsätzlich zu folgen. Sie geht allerdings davon aus, daß alle Aktionäre das ihnen zustehende Bezugsrecht ausüben und ihnen dieses Recht unverzüglich, d.h. innerhalb eines Zeitraumes gewährt wird, der höchstens erforderlich ist, um seine Ausübung in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften ordnungsgemäß abwickeln zu können (vgl. Lutter in KK z. AktG aaO § 183 Rdn. 72, § 186 Rdn. 106; Lutter/Gehling, WM 1989, S. 1447). Der Bank darf ferner für ihre Dienstleistung lediglich eine angemessene Vergütung gewährt werden.

b) Nach der zwischen der BuM-AG und der Beklagten als Mitglied des Übernahmekonsortiums getroffenen Vereinbarung war es den Aktionären möglich, ihr mittelbares Bezugsrecht

nach Beschlußfassung über die Kapitalerhöhung am 4. Oktober 1978 und der Eintragung ihrer Durchführung am 6. Oktober 1978 in der Zeit vom 16. bis 31. Oktober 1978 auszuüben, wobei innerhalb einer internen Nachfrist von zwei Wochen nach Ablauf der Bezugsfrist eingehende Bezugsanmeldungen berücksichtigt wurden. Bedenken gegen diesen Zeitraum ergeben sich nicht. Die Vergütung ist ferner auf Provisionsbasis festgelegt worden, die nach der Vereinbarung vom 15. September 1978 den für die Durchführung derartiger Emissionsgeschäfte üblichen Sätzen entsprach. Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, daß alle Bezugsrechte ausgeübt worden sind. Einmal sind nach dem von der Hauptversammlung der BuM-AG festgelegten Bezugsverhältnis Spitzen bei den auszugebenden Stamm- und Vorzugsaktien verblieben. Zum anderen steht nicht fest, ob alle Aktionäre von ihren Bezugsrechten Gebrauch gemacht haben. Kann nicht festgestellt werden, daß alle Aktionäre ihr Bezugsrecht ausgeübt haben, so führt dieser Umstand sowie die Tatsache, daß die Beklagte Spitzen übernommen hat, allerdings nicht ohne weiteres dazu, daß sie ihre Stellung als fremdnütziger Treuhänder nicht realisiert. Dem steht vielmehr entgegen, daß nach der Vereinbarung vom 15. September 1978 die Spitzen und die nicht bezogenen neuen Aktien nach Weisung des Vorstandes der BuM-AG zu verwerten und die durch die Verwertung erzielten Überschußbeträge der Gesellschaft auszuzahlen sind. In einem derartigen Falle wird die Beantwortung der Frage, ob der Bank die Treuhänder-Stellung zuerkannt werden kann, davon abhängig gemacht, daß im Zeitpunkt der Zeichnung die rasche Plazierung der übernommenen Aktien auf dem Kapitalmarkt unproblematisch erscheint (Lutter/Gehling, WM 1989, S. 1447). Dem kann sicher dann gefolgt werden, wenn die Unterbringung der Aktien in-

folge unvorhersehbarer Umstände, wie z.B. bei plötzlichen Einbrüchen auf dem Kapitalmarkt oder im Börsengeschehen, nicht durchführbar ist, die Bank sich aber weiterhin um die Plazierung bemüht.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist auf die tatsächliche Entwicklung abzustellen, welche die Verwertung genommen hat. Hat der Vorstand der BuM-AG eine Weisung zur Verwertung der Spitzen innerhalb der dafür vorgesehenen Frist vom 2. November 1978 und zur Verwertung nicht bezogener neuer Aktien unmittelbar im Anschluß an die nach Ablauf der Bezugsfrist gewährte Nachfrist erteilt und sind die Aktien daraufhin anderweit plazierte worden, bevor die Beklagte Rechte aus diesen Aktien wahrgenommen hat, hat sie ihre fremdnützige Treuhänderstellung bis zur Plazierung realisiert. Hat sie zwischenzeitlich Rechte aus diesen Aktien selbst wahrgenommen oder Aktien durch "Selbsteintritt" erworben, läge eine Treuhänderstellung nicht vor. Unter diesen Umständen würde sie in Höhe des für die maßgebenden Aktien zu entrichtenden Ausgabekurses nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage haften.

Die Voraussetzungen dafür, daß sie die Aktien stets nur als fremdnützige Treuhänderin innegehabt hat und damit eine Haftung unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage ausscheidet, hat die Beklagte darzulegen und zu beweisen. Dazu sind noch die erforderlichen Feststellungen zu treffen.

II. Einlageverpflichtung in Höhe von 2.291.550,-- DM:

Die Revision wendet sich im Ergebnis auch mit Erfolg dagegen, daß die Beklagte zur Zahlung des ihren Vorfinan-

zierungskredit übersteigenden Betrages von 2.291.550,-- DM verurteilt worden ist. Eine Haftung aus gesamtschuldnerischer Verpflichtung (§ 427 BGB) kommt nur dann in Betracht, wenn die WestLB zumindest in dieser Höhe nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage haftet und damit die Einlageverpflichtung aus dem Zeichnungsvertrag insoweit noch nicht erfüllt ist.

1. Entgegen der Ansicht der Revision scheidet die Haftung der Beklagten in Höhe dieses Betrages nicht deswegen aus, weil in dem mit der BuM-AG abgeschlossenen Vertrag vom 15. September 1978 eine gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten ausgeschlossen worden ist. Auf diesen Ausschluß kann sich die Beklagte entsprechend § 185 Abs. 3 AktG nicht berufen.

a) Zeichnung und Übernahme der Aktien hat nicht jeder einzelne Konsorte, sondern die Konsortialführerin "für ein unter unserer Federführung stehendes Bankenkonsortium" erklärt. Dieses Übernahmekonsortium stellt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Form einer Außengesellschaft dar (Ulmer in MüKo, 2. Aufl. vor § 705 Rdn. 31). Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Gesellschafterin einer Aktiengesellschaft sein. Es gelten hier im wesentlichen die gleichen Überlegungen, aus denen der Senat die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und als Mitglied einer Genossenschaft anerkannt hat (vgl. zur GmbH BGHZ 78, 311; zur Genossenschaft Beschl. v. 4. November 1991 - II ZB 10/91, ZIP 1992, 115, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Kraft in KK z. AktG, 2. Aufl. § 2 Rdn. 23).

b) Der Revision ist allerdings einzuräumen, daß in der mit der BuM-AG getroffenen Vereinbarung vom 15. September 1978 die Beteiligung der Mitglieder des Konsortiums prozentual festgelegt und eine gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten ausgeschlossen worden ist. Ob die W[] unter diesen Umständen überhaupt als bevollmächtigt angesehen werden konnte, die Konsorten über diese Beschränkung hinaus zu verpflichten (vgl. dazu BGHZ 74, 240, 242 f.), kann dahingestellt bleiben. Haben die Konsorten in ihrer Gemeinschaft wie im vorliegenden Falle durch die Entgegennahme der Aktien, wenn auch nur in ihrer Treuhänderstellung, Aktionärsrechte ausgeübt, können sie sich, da die Durchführung der Kapitalerhöhung eingetragen worden ist, auf die Unverbindlichkeit des Zeichnungsscheines entsprechend § 185 Abs. 3 AktG nicht mehr berufen. Damit sind sie als Gesamthandsgemeinschaft Mitglied der BuM-AG geworden. Das hat unabdingbar ihre gesamtschuldnerische Haftung entsprechend § 427 BGB zur Folge. Denn es würde dem Zweck der aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften, die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals in der Aktiengesellschaft zu sichern, widersprechen, wenn die Mitglieder einer an der Aktiengesellschaft beteiligten Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihre Haftung für die von ihnen zu leistende Einlage auf das Gesamthandsvermögen beschränken oder ihre persönliche Haftung auf einen ihrer prozentualen Beteiligung entsprechenden Betrag begrenzen dürften (BGHZ 78, 311, 316 f.; Flume in FS Ludwig Raiser 1974, 27, 36; Ulmer in MüKo aaO vor § 705 Rdn. 33; Hohner, NJW 1975, 718, 720; zur Kritik an der Senatsentscheidung vgl. Kraft in KK z. AktG aaO § 2 Rdn. 23; Koch, ZHR 146 (1982), 118, 134 f.; abweichend Canaris, Bankvertragsrecht aaO Rdn. 2265).

2. Kommt eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten im Rahmen des Übernahmekonsortiums generell in Betracht, so hängt ihre Haftung im konkreten Fall jedoch davon ab, ob die W■■■■ als Mitgesellschafterin ihrer Einlageverpflichtung zumindest in Höhe des hier maßgebenden Betrages noch nicht nachgekommen ist. Insoweit ist entscheidend, ob die WestLB als Mitglied des Übernahmekonsortiums noch eine Haftung entsprechend § 183 Abs. 2 Satz 3 AktG unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage trifft. Hier gelten die gleichen Erwägungen, die in bezug auf die Beklagte unter I. 3. der Urteilsgründe angestellt worden sind. Darauf kann Bezug genommen werden. Inwieweit sich der zwischen der W■■■■ und dem Kläger abgeschlossene Vergleich auf die Verpflichtung der Beklagten auswirkt (vgl. §§ 422 ff. BGB), bedarf noch der Prüfung durch das Berufungsgericht auf der Grundlage weiter zu treffender Feststellungen.

III. Zur Frage der Verjährung der Einlageforderung:

Soweit das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beklagte ganz oder teilweise zur Zahlung der Klageforderung verpflichtet ist, kann dieser Forderung nicht mit der Einrede der Verjährung begegnet werden. Denn die Einlageforderung im Sinne des § 183 Abs. 2 Satz 3 AktG unterliegt der 30-jährigen Verjährung des § 195 BGB. Der unter Berufung auf Joost (ZIP 1990, 549 ff., 561) vertretenen Ansicht der Revision, auf diese Forderung müsse § 9 Abs. 2 GmbHG entsprechend angewandt werden, kann nicht gefolgt werden.

a) Der Senat hat eine dem § 9 Abs. 1 GmbHG entsprechende Differenzhaftung auch für das Aktienrecht bejaht

(BGHZ 64, 52, 62). Im Hinblick auf die Erwägungen, die der Verjährungsregelung des § 9 Abs. 2 GmbHG zugrundeliegen (vgl. BGHZ 105, 305) dürften keine Bedenken bestehen, diese Verjährungsfrist auch auf den Differenzhaftungsanspruch im Aktienrecht anzuwenden.

b) Auf den Erfüllungsanspruch aus § 183 Abs. 2 Satz 3 AktG (für die Gründung: § 27 Abs. 3 Satz 3 AktG) treffen die Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber bewogen haben, die Verjährungsfrist für den Anspruch aus der sogenannten Differenzhaftung auf fünf Jahre zu begrenzen, nicht zu. Die Regelung des § 9 Abs. 2 GmbHG beruht auf zwei Gedanken: Einmal wird die Bewertung einer Sacheinlage mit zunehmendem Zeitablauf schwieriger als sie es ohnehin schon im Zeitpunkt ihrer Leistung ist. Zur Vermeidung kaum noch überwindbarer Bewertungsschwierigkeiten erscheint es bereits aus diesem Grunde angebracht, die Verjährungsfrist für die Geltendmachung des zur übernommenen Einlage bestehenden Differenzbetrages auf einen als angemessen zu erachtenden Zeitraum von fünf Jahren zu kürzen. Zum anderen kann davon ausgegangen werden, daß sich spätestens nach Ablauf dieser fünf Jahre gezeigt hat, ob sich die Überbewertung der Sacheinlage zum Nachteil der Gläubiger ausgewirkt hat (vgl. dazu Sen.Urt. BGHZ 105, 300, 305; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. § 9 Rdn. 17). Die Revision hält eine Anwendung dieser Verjährungsfrist auf den Anspruch aus § 183 Abs. 2 Satz 3 (§ 27 Abs. 3 Satz 3) AktG deswegen für geboten, weil in beiden Fällen bereits eine Leistung erbracht worden ist und in beiden Fallgestaltungen dem Erfüllungsanspruch eine gesellschaftsvertraglich übernommene Geldeinlagepflicht zugrunde liege. Dieser Gedanke trägt schon deswegen nicht, weil darauf die Verkürzung der Verjährungsfrist nicht be-

ruht. Ihre weitere Überlegung, sowohl in dem einen als auch dem anderen Falle sei auch der Schutz der übrigen Aktionäre von Bedeutung, trifft zwar zu. Es ist ferner nicht von der Hand zu weisen, daß es sich auch bei Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage häufig, wenn nicht sogar regelmäßig in einem Zeitraum von fünf Jahren gezeigt haben wird, ob sich die Gesetzesumgehung zum Nachteil der Gläubiger - und der übrigen, insbesondere der Minderheitsaktionäre - ausgewirkt hat. Jedoch darf der Gesichtspunkt nicht vernachlässigt werden, daß aufgrund der für das (Sachübernahme- und) Sacheinlagengeschäft in §§ 27 Abs. 3 und 183 Abs. 2 AktG getroffenen Regelung, deren Rechtsgedanke auf das der verdeckten Sacheinlage zugrundeliegende Rechtsgeschäft Anwendung findet, keine Teil-, sondern eine vollständige Nichterfüllung vorliegt. Das ist zwar, wie zutreffend hervorgehoben wird, "nur" auf eine zur Differenzhaftung unterschiedliche gesetzliche Wertung zurückzuführen. Diese beruht jedoch auf unterschiedlichen tatsächlichen Voraussetzungen der Kapitalaufbringung: Im Falle der Überbewertung ist der Sacheinlagevorgang offengelegt, bei dem der Regelung der §§ 27 Abs. 3, 183 Abs. 2 AktG und der verdeckten Sacheinlage zugrundeliegenden Fallgestaltungen fehlt es an der Offenlegung des Gesamtvorganges oder von Teilen davon. Dieser Umstand hat - im Unterschied zur Differenzhaftung - den Gesetzgeber gerade dazu veranlaßt, im Verhältnis Gesellschaft - Sacheinleger die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäftes eintreten zu lassen. Obwohl auch hier eine Lösung im Sinne einer Differenzhaftung hätte gewählt werden können, sieht das Gesetz davon ab, weil es in diesen Fällen die Gläubiger und übrigen Aktionäre einer besonders hohen Gefährdung ausgesetzt sieht. Es läßt deswegen den Anspruch auf

Leistung der Bareinlage nicht nur in Höhe der Differenz zur übernommenen Einlage, sondern in seiner Gesamtheit bestehen. Würde man die Verjährungsfrist für den vollständigen Erfüllungsanspruch von 30 auf fünf Jahre verkürzen, käme das einer Verringerung des Gläubiger- und Aktionärsschutzes gleich. Das würde der vorstehend dargelegten Tendenz des Gesetzes zuwiderlaufen.

Es wird ferner darauf verwiesen, nicht nur die Feststellung der für die Bewertung maßgeblichen Umstände und damit die Bewertung selbst würden mit zunehmendem Zeitablauf schwieriger, sondern auch die Feststellung der für das Sachübernahme- und Sacheinlagengeschäft und die verdeckte Sacheinlage relevanten Tatsachen. Das trifft zwar zu; jedoch wird mit dieser Argumentation verkannt, daß die gesetzliche Regelung des § 9 Abs. 2 GmbHG nur den Gesichtspunkt im Auge hat, daß sich die Feststellung der für die Bewertung der Sacheinlage relevanten Tatsachen und damit deren Bewertung selbst zunehmend schwieriger gestalten können. Das kann zwar auch bei der verdeckten Sacheinlage und den der Regelung der §§ 27 Abs. 3 und 183 Abs. 2 AktG zugrundeliegenden Rechtsgeschäften von Bedeutung sein, stellt aber nur einen Teil der als maßgeblich in Betracht zu ziehenden Umstände dar. Auf die darüber hinausgehenden Umstände bezieht sich der Regelungszweck nicht. Ihre Feststellung kann sich zwar mit zunehmendem Zeitablauf schwieriger gestalten, das ist jedoch nicht so eindeutig wie bei der Bewertung der Sacheinlage.

Unter diesen Umständen erscheint es nicht gerechtfertigt, den geltend gemachten Anspruch einer fünfjährigen Verjährungsregelung entsprechend § 9 Abs. 2 GmbHG zu unterwerfen.

IV. Die Revision der Beklagten hat die Vereinbarkeit der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage mit der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Dezember 1976 (Amtsblatt der Europ. Gemeinschaften 1977 L 26) nicht in Frage gestellt. Insoweit haben sich im Rahmen des Verfahrens nach dem Urteil des Senats vom 15. Januar 1990 (BGHZ 110, 47) keine neuen Gesichtspunkte ergeben, so daß auf die Gründe dieser Entscheidung Bezug genommen werden kann.

B. Zur Revision des Klägers:

Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Zahlung von Zinsen für die Zeit vom 7. November 1978 bis zum 1. Januar 1989 verneint. Es hat dazu ausgeführt, Fälligkeit der Forderung und Verzug der Beklagten seien erst mit der Erhebung der Klage am 2. Januar 1989 eingetreten. Für die davorliegende Zeit seien die Voraussetzungen einer Fälligkeit im Sinne des § 63 Abs. 1 AktG nicht gegeben. Die Revision meint demgegenüber, Fälligkeit und Verzug seien spätestens am 7. November 1978 eingetreten. Einer Aufforderung im Sinne des § 63 Abs. 1 AktG habe es nicht bedurft. Der Revision kann der Erfolg nicht versagt werden.

1. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß die Fälligkeit der Einlageforderung grundsätzlich eine Aufforderung des Vorstandes und deren Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern voraussetzt (§ 63 Abs. 1 AktG). Das hat der Senat auch für eine Aktiengesellschaft bejaht, deren Aktionärskreis überschaubar war (BGHZ 110, 47, 75 ff.). Die

Vorschrift, die nur für Aktionäre, nicht hingegen für Übernehmer von Aktien (§ 29 AktG) oder Zeichner (§ 185 AktG) gilt, dient der Sicherung der Kapitalaufbringung und soll die gleichzeitige und gleichmäßige Fälligestellung der noch offenen Bareinlagebeträge gewährleisten (vgl. Lutter in KK z. AktG aaO § 63 Rdn. 2, 8 und 13; Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 63 Rdn. 1, 8 und 16; Barz in GroßKomm. z. AktG aaO § 63 Anm. 1 und 5; Baumbach/Hueck, AktG 13. Aufl. § 63 Rdn. 4 und 10). Sie ist auch in Fällen anzuwenden, in denen die Zahlung eines Aktionärs deswegen nicht als Erfüllung seiner Barleistungspflicht angesehen werden kann, weil sie zusammen mit der Tilgung eines Darlehens ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellt, das als Sacheinlage gewertet werden muß, so daß die Bareinlage noch zu leisten ist; sie erstreckt sich auf die gemäß § 36 Abs. 2 AktG bis zur Anmeldung der Eintragung in das Handelsregister eingeforderten Beträge, deren Einzahlung gesetzwidrig unterblieben ist (BGHZ 110, 47, 75 f.). Die Aufforderung ist in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen, soweit die Satzung keine andere Mitteilungsform zuläßt (§ 63 Abs. 1 Satz 2 AktG). Diese Ausnahmeregelung, die nur durch Aufnahme in die Satzung wirksam getroffen werden kann, ist vor allem mit Rücksicht auf Einmann-Gesellschaften und Gesellschaften mit wenigen Aktionären vorgesehen worden (Barz in GroßKomm. z. AktG aaO § 63 Anm. 1). Vor der Fälligestellung durch den Vorstand kommt somit eine Verzinsung nach § 63 Abs. 2 AktG nicht in Betracht. Ebenso scheidet die Geltendmachung von Verzugszinsen aus.

2. Der Vorstand der BuM-AG und die Konsortialführerin haben - übereinstimmend mit dem Inhalt des Zeichnungsschei-

nes - in der Vereinbarung vom 15. September 1978 festgelegt, daß 25 % des Nennbetrages und das Aufgeld rechtzeitig vor der Hauptversammlung vom 4. Oktober 1978, also spätestens an diesem Tage, und der Restbetrag am letzten Tag der Bezugsfrist, der nach dem zum Gegenstand der Vereinbarung gemachten Bezugsangebot auf den 31. Oktober 1978 fällt, zu zahlen war. In der Erklärung des Vorstandes ist zugleich eine Aufforderung im Sinne des § 63 Abs. 1 Satz 1 AktG zu sehen. Ferner liegt darin eine kalendermäßige Zeitbestimmung, welche nach § 284 Abs. 2 BGB Verzugsfolgen auslöst. Soweit die Beklagte Rechte aus ihr übertragenen Aktien vor deren Platzierung wahrgenommen oder solche durch "Selbsteintritt" erworben hat, hat sie eine uneigennützige Treuhänderstellung nicht realisiert. Da sie in Höhe des Ausgabekurses der in Betracht zu ziehenden Aktien nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage haftet, ist sie insoweit auch nicht ihrer Einlagepflicht im Sinne des § 183 Abs. 2 Satz 3 AktG zu dem vom Vorstand der BuM-AG festgelegten Zeitpunkt nachgekommen. Die Beklagte wäre dann verpflichtet, für diesen Betrag auf jeden Fall vom Zeitpunkt der Geltendmachung durch den Kläger, dem 7. November 1978 an, Verzugszinsen zu bezahlen. Ihrer Inanspruchnahme steht nicht entgegen, daß die Zahlungsaufforderung des Vorstandes nicht in den Gesellschaftsblättern veröffentlicht worden ist. Zwar ist die Vorschrift des § 63 Abs. 1 Satz 2 AktG im Interesse eines wirksamen Aktionärsschutzes streng zu handhaben. Von der Einhaltung ihrer Voraussetzungen kann nur dann abgesehen werden, wenn die Veröffentlichung in Anbetracht der außergewöhnlichen Umstände des Falles nur deswegen vorgenommen würde, um der vorgeschriebenen Form zu genügen, durch Nichteinhaltung der Form der von der gesetzlichen Bestimmung bezweckte Schutz

der Aktionäre jedoch nicht beeinträchtigt wird. Davon ist das Berufungsgericht zu Recht ausgegangen. Betroffen sind von den Mitgliedern des Konsortiums lediglich die Beklagte und die W■■■■■. Beide waren führend in dem Bemühen um die Sanierung der BuM-AG. Im Rahmen der Sanierung ist die Vereinbarung über die Übernahmeemission geschlossen worden, deren Bestandteil die Frist ist, die beiden Konsortialmitgliedern nicht nur bekannt war, sondern die sie mit dem Vorstand der BuM-AG vereinbart haben. In einem solchen Ausnahmefall kann die Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern zur Wirksamkeit der Zahlungsaufforderung zum Schutze der Aktionäre nicht als erforderlich angesehen werden.

Ob Zinsen für den fraglichen Zeitraum angefallen sind, hängt davon ab, ob die Beklagte noch Einlagebeträge schuldet. Dazu muß das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen noch treffen.

C. Der Rechtsstreit war auf die Revisionen beider Parteien hin an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - die für die Entscheidung des Rechtsstreits weiterhin erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

Dr. Henze

Gerber