



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 149/10

Verkündet am:
6. Dezember 2011
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

AktG §§ 9, 36a Abs. 2, § 66 Abs. 1, §§ 183, 188 Abs. 2 Satz 1

- a) Der gesetzliche Differenzhaftungsanspruch besteht bei der Aktiengesellschaft auch, soweit der Wert der Sacheinlage zwar den geringsten Ausgabebetrag (§ 9 Abs. 1 AktG), aber nicht das Aufgeld (§ 9 Abs. 2 AktG) deckt.
- b) Ein Vergleich über den Differenzhaftungsanspruch ist grundsätzlich zulässig und bedarf nicht der Zustimmung der Hauptversammlung.
- c) Eine Aufrechnungsvereinbarung über unter § 66 Abs. 1 AktG fallende Ansprüche ist wirksam, wenn die Forderung des Aktionärs gegen die Gesellschaft vollwertig, fällig und liquide ist.

BGH, Urteil vom 6. Dezember 2011 - II ZR 149/10 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 6. Juli 2010 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die B. AG (im Folgenden: Schuldnerin) und die damals als P. AG firmierende Beklagte vereinbarten im Februar 1999, dass die Schuldnerin von der Beklagten die Geschäftsanteile an deren Tochtergesellschaften P. N. GmbH (im Folgenden: PNG) und P. W.

und R. GmbH (im Folgenden: PWR) sowie 50% der Aktien der H. D. W. AG (im Folgenden: HDW) übernehmen sollte. Der unternehmerischen Führung der PNG, PWR und HDW waren verschiedene Gesellschaften nachgeordnet (im Folgenden als PNG-, PWR- und HDW-Gruppe bezeichnet). Nach einer Due-Diligence-Prüfung der drei Gesellschaften und Unternehmensbewertungen schlossen die Schuldnerin und die Beklagte am 19. Mai 1999 einen Transaktionsvertrag. Danach sollte die Beklagte im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung unter Ausnutzung eines von der Hauptversammlung der Schuldnerin genehmigten Kapitals gegen die Übertragung von 99,9% der Geschäftsanteile an der PNG und an der PWR sowie 25% (35.000 Stück) der Aktien der HDW 3.493.103 neue nennwertlose Aktien der Schuldnerin zum Ausgabebetrag von 60 € je Aktie übernehmen (sogenannte erste Tranche). Der Verkehrswert der von der Beklagten zu erbringenden Einlage wurde auf 409.915.000 DM, „entsprechend 209.586.211,50 €“, festgelegt, davon 325.000.000 DM für die HDW-Aktien. Die Beklagte verkaufte der Schuldnerin unter aufschiebenden Bedingungen weitere 35.000 HDW-Aktien (sogenannte zweite Tranche) gegen Zahlung eines Kaufpreises von 325.000.000 DM, der spätestens am 1. April 2000 zur Zahlung fällig sein sollte, und eine zusätzliche HDW-Aktie zum Preis von 9.286 DM.

2 In der Vorbemerkung des Transaktionsvertrags heißt es:

„Im Zusammenhang mit der vorgesehenen Übertragung auf B. wird P. einen Zuschuss zu den nach heutigem Stand von den Parteien erwarteten Kosten der Restrukturierung und den bis zum Abschluss der von P. bereits eingeleiteten Restrukturierung erwarteten Verlusten der einzubringenden Bereiche leisten. B. übernimmt die Führungsverantwortung für diese Bereiche und die Fortsetzung ihrer Restrukturierung. Die Parteien gehen davon aus, dass sich für B. aus der Durchführung der Transaktion keine Belastung des Ergebnisses oder der Liquidität in den Geschäftsjahren bis 30.09.2001 ergeben soll und P. über die genannten Zuschüsse

hinaus vom Grundsatz her keine Belastungen mit Risiken der eingebrachten Unternehmen aus der Zeit vor dem 1.10.1998 übernimmt“

- 3 Nach § 4 des Transaktionsvertrags gewährleistete die Beklagte unter anderem bezüglich der PNG-Gruppe, der PWR-Gruppe und der HDW-Gruppe lediglich, dass die zu übertragenden Geschäftsanteile und Aktien volleingezahlt sind und die Beklagte darüber verfügungsbefugt ist, dass die testierten Jahresabschlüsse mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erstellt worden sind, dass die Geschäfte seit dem Stichtag der letzten Bilanz nach den Grundsätzen eines ordentlichen Kaufmanns geführt worden sind und bis zum Vollzug der Übertragung geführt werden sowie dass bis auf eine näher bestimmte Entnahme bis zum Vollzug der Übertragung keine Entnahmen oder Ausschüttungen erfolgen. § 11 des Transaktionsvertrags („Auffangregelung“) lautet:

„Für den Fall, dass bei einer der drei Gesellschaften PNG, PWR oder HDW oder der jeweiligen Gruppe ein herausragendes und unvorhersehbares Risiko eintritt, das auf Vorgänge vor dem Stichtag zurückzuführen ist, vereinbaren die Parteien, unverzüglich in Gespräche auf Abänderung der in diesem Vertrag enthaltenen Gewährleistungsregelung einzutreten, um eine einvernehmliche und für beide Parteien angemessene Regelung herbeizuführen. P. wird sich einer Abänderung nicht unbillig widersetzen.“

- 4 Am 16. Juni 1999 beschloss der Vorstand der Schuldnerin eine Kapitalerhöhung um 89.299.758,90 € durch Ausgabe von 3.493.103 neuen Aktien. Die neuen Aktien wurden zum Ausgabebetrag von 60 € je Stück ausgegeben, zur Zeichnung wurde nur die Beklagte zugelassen, die die neuen Aktien durch eine Sacheinlage von 99,9% der Geschäftsanteile der PWR, 99,9% der Geschäftsanteile der PNG und 35.000 Aktien der HDW zu erbringen hatte. Für die Geschäftsanteile der PWR wurde ein Wert von 59.940.000 DM, für diejenigen der PNG von 24.975.000 DM und die 35.000 HDW-Aktien von 325.000.000 DM angenommen. Im Beschluss ist festgehalten, dass die Schuldnerin zusätzlich

zu dem Erwerb von 35.000 Aktien der HDW als Teil der genannten Sacheinlage weitere 35.000 Aktien zum Kaufpreis von 325.000.000 DM sowie eine weitere Aktie zum Kaufpreis von 9.286 DM käuflich erwerben werde. Der Aufsichtsrat der Schuldnerin stimmte der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage und der Übernahme weiterer Geschäftsanteile der HDW am 1. Juli 1999 zu.

5 Die Beklagte zeichnete und übernahm am 7. September 1999 die für das Erhöhungskapital von 89.299.758,90 € auszugebenden neuen 3.493.103 Aktien der Schuldnerin zum Gesamtausgabebetrag von 209.586.180 € zu den Festsetzungen des Kapitalerhöhungsbeschlusses. Sie übertrug entsprechend der vertraglichen Vereinbarung die Geschäftsanteile und Aktien auf die Schuldnerin. Die Kapitalerhöhung wurde am 10. September 1999 in das Handelsregister eingetragen.

6 Den zum 1. April 2000 fälligen Kaufpreis für die zweite Tranche der HDW-Aktien leistete die Schuldnerin nicht. Nach Verhandlungen schlossen die Parteien am 28. Juni 2000 eine Vereinbarung, nach der die Beklagte der Schuldnerin einen Ertragszuschuss in Höhe von 325.000.000 DM gewährte, mit denen die Schuldnerin die für die zweite Tranche der HDW-Aktien bestehende Kaufpreisforderung ausgleichen sollte, und die Schuldnerin durch Wirtschaftsprüfergutachten Verluste aus den übernommenen P. -Gesellschaften in entsprechender Höhe nachweisen sollte. Weiter wurde vereinbart:

„B. erklärt hiermit unwiderruflich, aus der Präambel und der Aufangregelung (§ 11) des Transaktionsvertrages keine Ansprüche mehr geltend zu machen und in diesem Zusammenhang auf jegliche entsprechenden vertraglichen und außervertraglichen Rechte, gleich aus welchem Rechtsgrund, zu verzichten“

7 Am 11. September 2000 wurde diese Vereinbarung dahin abgeändert, dass die Schuldnerin aus den von der Beklagten übernommenen Gesellschaften im Geschäftsjahr 1999/2000 Verluste in Höhe von 325.000.000 DM erwarte, der Kaufpreiszahlungsanspruch der Beklagten für die zweite Tranche der HDW-Aktien durch Verrechnung mit dem Ertragszuschuss als mit Wirkung zum 28. Juni 2000 als erfolgt anzusehen sei und eine Rückzahlungspflicht des Ertragszuschusses nicht bestehen solle, wenn die Schuldnerin durch Wirtschaftsprüfungsgutachten auf der Basis des geprüften Jahresabschlusses zum nächsten Bilanzstichtag nachweise, dass die übernommenen Gesellschaften zumindest einen entsprechend hohen Verlust oder Drohverlust erlitten hätten.

8 Am 1. September 2002 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Kläger meint, der Wert der von der Schuldnerin übernommenen Gesellschaften sei geringer als die vereinbarte Einlage, so dass die Beklagte die Differenz habe bar einzahlen müssen (sogenannte Differenzhaftung). Unter Einbeziehung des Kaufs der HDW-Aktien nach den Grundsätzen einer gemischten Sacheinlage ergebe sich ein Differenzhaftungsanspruch in Höhe von 171.443.837,14 €.

9 Mit der Klage begehrt er Zahlung von 171.443.837 € und die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, eine die Klageforderung überschreitende Differenz zwischen den angesetzten Sachwerten der Gesellschaft abzüglich der am 7. September 1999 bestehenden Werte zu zahlen, und dass sie einen weitergehenden Schaden aus dem Erwerb der Beteiligung an den Gesellschaften zu ersetzen hat. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

11 I. Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt, AG 2010, 793) hat eine Überbewertung der Geschäftsanteile und der Aktien der HDW unterstellt und ausgeführt, ein Differenzhaftungsanspruch der Schuldnerin gegen die Beklagte wegen der zu unterstellenden Überbewertung der Geschäftsanteile der PNG und der PWR sowie der Aktien der HDW habe auch die zweite Tranche der HDW-Aktien erfasst, weil eine im Rechtssinne unteilbare Leistung vorliege. Der Anspruch der Schuldnerin sei aber infolge der Vereinbarungen vom 28. Juni 2000 und 11. September 2000 untergegangen.

12 Darin liege ein Vergleich. Ein Vergleich über den Differenzhaftungsanspruch sei zulässig und hier mit den Vereinbarungen vom 28. Juni 2000 und vom 11. September 2000 abgeschlossen worden. Die Hauptversammlung der Schuldnerin habe dem Vergleich nicht zustimmen müssen. Ob § 66 Abs. 1 Satz 2 AktG darüber hinaus die Aufrechnung gegen eine Forderung der Gesellschaft verbiete, wenn die Forderung auf einem Vergleich über einen Differenzhaftungsanspruch beruhe und für diesen eine neue Rechtsgrundlage schaffe, könne dahinstehen. Die Vereinbarung, den Kaufpreiszahlungsanspruch der Beklagten für die zweite Tranche der HDW-Aktien als durch die Verrechnung mit dem Ertragszuschuss mit Wirkung zum 28. Juni 2000 als erfolgt anzusehen, enthalte eine zulässige Aufrechnungsvereinbarung. Die Aufrechnungsvereinbarung sei grundsätzlich zulässig, wenn die Forderung des Aktionärs vollwertig, fällig und liquide sei. Auf die Vollwertigkeit komme es ausnahmsweise nicht an, wenn der Aktionär für seine Forderung gegen die Gesellschaft in voller Höhe

eine Sicherheit habe. Davon sei hier auszugehen. Da die Beklagte der Schuldnerin die zweite Tranche der HDW-Aktien noch nicht verschafft habe, habe ihr insoweit ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB zugestanden, durch das sie gesichert gewesen sei. Außerdem bestehe kein Aufrechnungsverbot, wenn der damit bezweckte Kapitalschutz in sein Gegenteil verkehrt würde. Das sei hier der Fall, weil die Schuldnerin ohne Vollziehung der Vereinbarungen vom 28. Juni 2000 und vom 11. September 2000 nicht überlebensfähig gewesen sei und sie auf die Übertragung der zweiten Tranche schon mit Rücksicht auf die Einbeziehung der HDW in das Cash Clearing angewiesen gewesen sei.

13 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis nicht stand.

14 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich die Beklagte durch die Vereinbarung vom 28. Juni 2000 mit der Schuldnerin über einen eventuell bestehenden Differenzhaftungsanspruch wegen einer Überbewertung der Sacheinlage dahin vergleichen konnte, dass die Beklagte an die Schuldnerin weitere 325.000.000 DM zahlt.

15 a) Revisionsrechtlich ist zu unterstellen, dass der Schuldnerin jedenfalls hinsichtlich der sogenannten ersten Tranche ein Zahlungsanspruch zustand, weil die an die Schuldnerin übertragenen Geschäftsanteile und Aktien nicht den vereinbarten Wert hatten. Nach dem bestrittenen Vortrag des Klägers blieb der Wert der übertragenen Anteile an PWR und PNG, die er für wertlos hält, sowie den 35.000 HDW-Aktien (Mindestwert 187.300.000 DM = 95.764.969,35 €) zwar nicht hinter dem geringsten Ausgabebetrag (89.299.758,90 €), aber hinter dem Gesamtausgabebetrag von 209.586.180 € zurück, so dass das Aufgeld

(120.286.421,10 € = 209.586.180 € abzgl. 89.299.758,90 €) von dem Wert der Sacheinlage nur zu einem geringen Teil gedeckt ist.

16 Aus § 36a Abs. 2 AktG in Verbindung mit §§ 183, 188 Abs. 2 Satz 1 AktG, der mit der Übernahme bzw. mit der Zeichnung zwangsläufig verbundenen Kapitaldeckungszusage und dem Verbot in § 9 Abs. 1 AktG, Aktien für einen geringeren Betrag als den Nennbetrag oder den auf die einzelne Stückaktie entfallenden anteiligen Betrag des Grundkapitals auszugeben, sowie einer Analogie zu § 9 Abs. 1 GmbHG folgt, dass der Aktionär bei einer Überbewertung von Sacheinlagen den Differenzbetrag zwischen dem Wert der Sacheinlage und dem geringsten Ausgabebetrag in Geld zu leisten hat (BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - II ZR 111/72, BGHZ 64, 52, 62; Urteil vom 14. März 1977 - II ZR 156/75, BGHZ 68, 191, 195; Urteil vom 13. April 1992 - II ZR 277/90, BGHZ 118, 83, 101; Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 302/05, BGHZ 171, 293 Rn. 5). Da diese Analogie allgemein anerkannt ist, hat der Gesetzgeber auf eine Regelung des Differenzhaftungsanspruchs im Aktiengesetz verzichtet (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, BR-Drucks. 436/04 S. 49).

17 Ein gesetzlicher Differenzhaftungsanspruch besteht auch, soweit der Wert der Sacheinlage zwar den geringsten Ausgabebetrag (§ 9 Abs. 1 AktG), aber nicht das Aufgeld (§ 9 Abs. 2 AktG) deckt (OLG Jena ZIP 2006, 1989, 1997; Wiedemann in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 185 Rn. 70; MünchKommAktG/Pentz, 3. Aufl., § 27 Rn. 44; Arnold in KK-AktG, 3. Aufl., § 27 Rn. 74; Heidinger/Benz in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 27 Rn. 48; Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 27 Rn. 26; Veil in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 8; MünchHdbGesR IV/Krieger, 3. Aufl., § 56 Rn. 49; Priester,

FS Lutter, 2000, S. 617, 622; Loges/Zimmermann WM 2005, 349, 350; zur Gründung Röhricht in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 27 Rn. 105; im Ergebnis ebenso - zwingende Kapitaldeckungszusage - Servatius in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 73; aA - allenfalls aufgrund vertraglicher Wertdeckungsgarantie - Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 183 Rn. 21; Lutter in KK-AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 66; MünchKommAktG/Peifer, 3. Aufl., § 183 Rn. 72; Marsch-Barner in Bürgers/Körper, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 31; Habersack, FS Konzen, 2006, S. 179, 183). Das Aufgeld ist bei der Aktiengesellschaft nach § 9 Abs. 2 AktG Teil des Ausgabebetrags und der mitgliedschaftlichen Leistungspflicht der Aktionäre nach § 54 Abs. 1 AktG, von der sie nach § 66 Abs. 1 AktG grundsätzlich nicht befreit werden können. Insoweit unterscheidet es sich vom Agio bei der GmbH, auf das sich der Differenzhaftungsanspruch nach § 9 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nach herrschender Ansicht nicht erstreckt (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen - MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 S. 36; MünchKommGmbHG/Märtens, § 9 Rn. 13; Scholz/Winter/Veil, GmbHG, 10. Aufl., § 9 Rn. 7). Eine bei einer Sacheinlage nur auf eine vertragliche Wertdeckungszusage gestützte Haftung, die - wie die Beklagten meint - zur Disposition in der Zeichnungserklärung oder im Einbringungsvertrag steht, wird dem Charakter der Wertdeckungsverpflichtung als mitgliedschaftliche Leistungspflicht nicht gerecht und steht im Widerspruch zur Verpflichtung zur Kapitalaufbringung bei der Bareinlage, die unstreitig auch das Aufgeld umfasst. Es wäre auch nicht nachvollziehbar, bei der verdeckten Sacheinlage der Geldeinlagepflicht, auf die der Wert der Sacheinlage angerechnet wird, den Ausgabebetrag zu Grunde zu legen (§ 27 Abs. 3, § 37 Abs. 1 Satz 1, § 36a Abs. 1 AktG), bei der offenen Sacheinlage aber nur für den geringsten Ausgabebetrag eine zwingende Wertdeckung vorzuschreiben.

- 18 Dass das Aufgeld nicht im gezeichneten Kapital, sondern in der Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB) auszuweisen ist, ist nicht entscheidend. Zwar wird es damit nicht im verlaublichen Eigenkapital ausgewiesen. Dem Schutz der Gläubiger dient aber nicht nur das verlaubliche, nicht ausschüttungsfähige Eigenkapital, sondern auch die Ausschüttungssperre für die Rücklage in § 150 AktG (Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 150 Rn.1). Eine in das Belieben des Infe-renten gestellte Haftung wäre auch nicht damit vereinbar, dass eine Wertde-ckung im Umfang des Aufgelds auch erforderlich ist, um eine Verwässerung der Anteile der - regelmäßig - von der Sachkapitalerhöhung ausgeschlossenen Ak-tionäre (§ 255 Abs. 2 AktG) zu verhindern.
- 19 Den Vorschriften über die Durchführung der Kapitalerhöhung sowie die Prüfung durch Sachverständige und durch das Registergericht lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen. § 188 Abs. 2 Satz 1 AktG verweist zur Durchführung der Anmeldung der Kapitalerhöhung auf § 36a Abs. 2 Satz 3 AktG, wonach der Wert der Sacheinlage auch das Aufgeld abdecken muss. § 183 Abs. 3 AktG bzw. § 205 Abs. 5 Satz 1 AktG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2479) er-streckt seinem Wortlaut nach die Prüfung durch Sachverständige als Mindest-anforderung durch die Verweisung auf § 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG zwar nur auf den geringsten Ausgabebetrag. Die Beschränkung der Prüfung durch Sachverstän-dige auf den geringsten Ausgabebetrag widerspricht aber Art. 10 Abs. 2 der Kapitalrichtlinie (Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interes-se der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft so-wie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um die-se Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 vom 31. Januar 1977,

S. 1), der verlangt, dass der Sachverständigenbericht auch angibt, ob der Wert auch dem Mehrbetrag entspricht (Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 34 Rn. 7; Arnold in KK-AktG, 3. Aufl., § 34 Rn. 8; Wiedemann in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 183 Rn. 82; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 6 Rn. 30). Dass nach § 183 Abs. 3 Satz 3 AktG bzw. § 205 Abs. 3 Satz 3 AktG in der 1999/2000 geltenden Fassung des Gesetzes über die Zulassung von Stückaktien (Stückaktiengesetz - StückAG) vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 590) - jetzt § 184 Abs. 3 Satz 1 AktG bzw. § 205 Abs. 7 Satz 1 AktG - das Registergericht die Eintragung ablehnen konnte, wenn der Wert der Sacheinlage hinter dem geringsten Ausgabebetrag zurückblieb, beschränkt allenfalls die Anforderungen an die Prüfung durch das Registergericht und trifft keine Aussage über den Umfang der Verpflichtungen des Inferenten.

20 b) Ein Vergleich über den Differenzhaftungsanspruch ist zulässig (Vatter in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 9 Rn. 20; Loges/Zimmermann, WM 2005, 349, 352). Er bedarf nicht der Zustimmung der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft.

21 aa) Für den Differenzhaftungsanspruch gilt das Befreiungs- und Aufrechnungsverbot des § 66 Abs. 1 AktG (Vatter in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 9 Rn. 20; Servatius in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 81; Loges/Zimmermann, WM 2005, 349, 352). Mit dem Befreiungs- und Aufrechnungsverbot sollen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung gesichert werden. Dem Schutz der vollständigen Kapitalaufbringung dient auch der Differenzhaftungsanspruch. Außerdem ordnet § 66 Abs. 2 AktG ausdrücklich die entsprechende Anwendung bei Leistungsstörungen an, die im Ergebnis ebenfalls auf der fehlenden Gleichwertigkeit einer Sacheinlage beruhen. Da sich der Differenzhaf-

tungsanspruch auch auf die fehlende Wertdeckung für das Aufgeld erstreckt, gelten die Beschränkungen des § 66 Abs. 1 AktG auch insoweit.

22 bb) Ein Vergleich über unter § 66 Abs. 1 AktG fallende Ansprüche ist trotz des dort enthaltenen Verbotes, die Aktionäre von ihren Leistungspflichten zu befreien, zulässig, wenn er wegen tatsächlicher oder rechtlicher Ungewissheit über den Bestand oder Umfang des Anspruchs geschlossen wird und sich dahinter nicht nur eine Befreiung in der Form eines Vergleichs versteckt (Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 Rn. 22; Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 6; Cahn in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 16; Westermann in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 4; Hölters/Solveen, AktG, § 66 Rn. 5; vgl. zur GmbH RGZ 79, 271, 274; BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 65/03, BGHZ 160, 127, 133; enger MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 66 Rn. 23; Drygala in KK-AktG, 3. Aufl., § 66 Rn. 14; Hueck/Fastricht in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 19 Rn. 20; Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 19 Rn. 54).

23 Im Gegensatz etwa zu § 50 Abs. 1, § 93 Abs. 4 Satz 3 oder § 117 Abs. 4 AktG ist der Vergleich in § 66 Abs. 1 AktG nicht erwähnt. Dass keine Befreiung möglich ist (§ 66 Abs. 1 Satz 1 AktG), schließt einen Vergleich bei tatsächlicher oder rechtlicher Ungewissheit nicht aus. Zwar kann durch den Abschluss eines Vergleichs objektiv eine Befreiung des Aktionärs von seinen Leistungspflichten eintreten. Wegen der Unklarheit, ob und in welchem Umfang ein Anspruch besteht, steht eine solche Befreiung bei einem Vergleichsschluss, der die durch die Unklarheit gezogenen Grenzen nicht überschreitet, aber gerade nicht fest. Grundsätzlich ist ein Vergleich, durch den die Ungewissheit darüber, was der Gesetzeslage entspricht, durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird, trotz eines Widerspruchs zu zwingendem Recht wirksam, wenn der Vergleichsinhalt

den Bereich nicht verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 2011 - IX ZR 1/11, WM 2011, 2108 Rn. 12; Urteil vom 9. November 2006 - IX ZR 285/03, NJW-RR 2007, 263 Rn. 17; Urteil vom 22. Mai 1975 - KZR 9/74, BGHZ 65, 147, 151 f.).

24 Auch der Grundsatz der effektiven Kapitalaufbringung steht bei Einlageansprüchen oder einlageähnlichen Ansprüchen einem Vergleichsschluss nicht entgegen, wenn gerade die Unsicherheit beseitigt werden soll, ob das Kapital aufgebracht ist. Ein vollständiges Vergleichsverbot würde den Vorstand zwingen, trotz Zweifel am Bestand der Forderung und an den Erfolgsaussichten ein gerichtliches Verfahren einzuleiten und bis zu einem Urteil durchzuführen, oder von vorneherein wegen der die Chancen übersteigenden finanziellen Risiken der Prozessführung auf eine Geltendmachung zu verzichten.

25 cc) Ein Vergleich bedarf nicht in Analogie zu § 50 Satz 1, § 93 Abs. 4 Satz 3, § 117 Abs. 4 AktG der Zustimmung der Hauptversammlung (aA Cahn in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 16). Es fehlt eine planwidrige Regelungslücke. Das Aktiengesetz unterscheidet, wie § 50 Satz 1 und § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG zeigen, zwischen Verzicht und Vergleich einerseits und der Befreiung von Leistungspflichten in § 66 Abs. 1 AktG andererseits. Auch nach ihrem Zweck lassen sich die Zustimmungserfordernisse in § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG in Verbindung mit § 117 Abs. 4 AktG bzw. in § 50 Satz 1 AktG nicht auf Ansprüche nach § 66 Abs. 1 AktG übertragen. Das Zustimmungserfordernis in § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG soll der Gefahr einer kollegialen Verschonung einzelner Vorstandsmitglieder und der wechselseitigen (Selbst-)Befreiung von Haftungsansprüchen vorbeugen (Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 93 Rn. 278). Eine solche Gefahr besteht beim Abschluss eines Vergleichs über einen unter § 66 Abs. 1 AktG fallenden Anspruch nicht, weil sich der Anspruch gegen den

Aktionär richtet und der Vorstand bei pflichtwidrigem Vergleichsschluss seinerseits nach § 93 AktG haftet. Da § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG den verschuldensabhängigen Haftungsanspruch gegen den Vorstand betrifft, ist es keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, dass sich die Aktiengesellschaft mit dem Vorstand nach § 93 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 oder 5 AktG nur mit Zustimmung der Hauptversammlung vergleichen kann, während der Vorstand sich mit dem Aktionär über den Anspruch nach § 66 Abs. 1 AktG ohne Zustimmung der Hauptversammlung vergleichen kann.

26 § 50 Satz 1 AktG bezweckt mit der Hauptversammlungszuständigkeit zwar neben dem Schutz der Minderheit auch - wie § 66 Abs. 1 AktG - die Sicherung der Kapitalaufbringung. Die Vorschrift soll insoweit einen Verzicht oder einen Vergleich über die Ansprüche der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt verhindern, der noch in der zeitlichen Nähe der Gründung liegt und in dem sich die Auswirkungen der schädigenden Handlung noch nicht abschließend übersehen lassen. Die Haftung der Gründer (§ 46 Abs. 3 bis 5 AktG), von Dritten (§ 47 AktG) und des Vorstands (§ 48 AktG) ist verschuldensabhängig. Dagegen betrifft § 66 Abs. 1 AktG unabhängig von einem Verschulden die Einlagepflichten selbst. Ein Vergleich ist im Gegensatz zu § 50 Abs. 2 AktG möglich, soweit ungewiss ist, ob die Leistungspflicht besteht, nicht schon bei Zweifeln an der Durchsetzbarkeit.

27 dd) Ein Vergleich bedarf auch nicht allein wegen einer wesentlichen Bedeutung für die Gesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung (aA OLG Schleswig, ZIP 2006, 421, 424). Nach der Rechtsprechung des Senats kommen Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung außer in den in Gesetz oder Satzung geregelten Fällen dann in Betracht, wenn eine vom Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft an die Kernkompetenz

der Hauptversammlung, über die Verfassung der Aktiengesellschaft zu bestimmen, rührt, weil sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahe kommen, welche allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können (BGH, Urteil vom 26. April 2004 - II ZR 155/02, BGHZ 159, 30, 44 f. - Gelatine I). Derartige Auswirkungen auf die mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre hat ein Vergleich über einen Anspruch im Zusammenhang mit der Einlage nicht.

28 ee) Schließlich ist ein Vergleich auch nicht in entsprechender Anwendung von § 93 Abs. 5 Satz 3, § 117 Abs. 5 Satz 2 AktG den Gläubigern und damit dem Kläger als dem Insolvenzverwalter gegenüber unwirksam, weil diese Vorschriften nicht entsprechend anzuwenden sind. Die relative Unwirksamkeit eines Vergleichs über Haftungsansprüche soll einem kollusiven Zusammenwirken von Organen und Aktionären zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft entgegenwirken. Für Einlageansprüche oder einlageähnliche Ansprüche bedarf es eines solchen Schutzes nicht, weil ein Vergleich von vorneherein nur bei Ungewissheit über das Bestehen oder den Umfang der Schuld in Betracht kommt.

29 c) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die am 28. Juni 2000 abgeschlossene Vereinbarung ein wegen tatsächlicher und rechtlicher Unsicherheit über den Bestand oder den Umfang des Differenzhaftungsanspruchs abgeschlossener „echter“ Vergleich ist und nicht nur angelegentlich des Streits über andere Punkte auch auf eine Einlageforderung verzichtet wurde.

30 Die Angriffe der Revision gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, wonach sich die Vertragsparteien über Differenzhaftungsansprüche ver-

ständig haben und die Schuldnerin nicht lediglich anlässlich der Einigung über andere Ansprüche auf den Differenzhaftungsanspruch verzichtet hat, haben keinen Erfolg. Die Beweiswürdigung ist revisionsrechtlich darauf zu überprüfen, ob das Berufungsgericht sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstößt (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, 152). Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Seine Würdigung, der Zeuge L. habe Begrifflichkeiten keine große Beachtung geschenkt, aber mit der Verhandlung über die Probleme der mit den Beteiligungen übernommenen Projekte, insbesondere die aufgetretenen Verluste, der Sache nach den Minderwert der Beteiligungen in den Verhandlungen thematisiert und damit den Differenzhaftungsanspruch zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht, ist möglich und widerspricht den Angaben des Zeugen nicht, über Unternehmenswerte sei nicht und über die Differenzhaftung nicht in seinem Beisein gesprochen worden. Das Berufungsgericht konnte aufgrund der Aussagen der Zeugen davon ausgehen, dass mit den Verhandlungen wegen der aufgetretenen Verluste, auch wenn sie primär auf der Sprechklausel in § 11 des Transaktionsvertrags beruhten, der Sache nach auch über die Werthaltigkeit der eingelegten Gesellschaftsanteile und den Differenzhaftungsanspruch verhandelt wurde. Mit den Problemen, die bei der Due Diligence nicht erkannt oder übersehen worden sein sollen, ist nach den Aussagen der Zeugen L. und W. gemeint, dass im Anlagenbau, den die übernommenen Gesellschaften und HDW betrieben, in den langen Zeiten der Auftragsausführung immer wieder unerwartete Schwierigkeiten auftreten können, die in der Due Diligence nicht erkannt werden und die Feststellung des Unternehmenswertes erschweren.

31

Entgegen der Auffassung der Revision musste das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu treffen, dass die rechtliche oder tatsächliche Unklarheit so beachtlich war, dass die vergleichsweise Einigung dem streitigen Verfahren vorzuziehen war. Der Vergleich ist wirksam, wenn er wegen tatsächlicher oder rechtlicher Ungewissheit über den Bestand oder Umfang des Anspruchs geschlossen wird und sich dahinter nicht nur eine Befreiung in der Form eines Vergleichs versteckt. Die Beurteilung, ob ein Vergleich ernsthaft gewollt ist und sein Inhalt den Bereich nicht verlässt, der ernstlich zweifelhaft ist, obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Schon mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit der von § 66 Abs. 1 AktG erfassten Ansprüche und der zugrunde liegenden Lebenssachverhalte lassen sich keine abstrakten Grenzen ziehen. Entgegen der Auffassung der Revision müssen vor Abschluss eines Vergleichs über den Differenzhaftungsanspruch auch weder regelmäßig Wertgutachten eingeholt werden oder muss sonst der Wert der Sacheinlage fachlich überprüft werden. Bereits zur Eintragung der Kapitalerhöhung ist regelmäßig eine fachliche Prüfung des Wertes der Sacheinlage vorzulegen (vgl. § 183 Abs. 3, § 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG), die sich im Nachhinein als möglicherweise unzutreffend herausgestellt hat. Wenn wie hier der Wert von Unternehmen zu bewerten ist, können Zweifel an der Richtigkeit der früheren Bewertung auch daraus entstehen, dass die der früheren Bewertung zugrunde gelegten Annahmen sich nachträglich als unzutreffend herausgestellt haben. Eine Überprüfung der Bewertung ist den Leitungsorganen einer Gesellschaft, zu deren Aufgabe bei einer Übernahme oder einem Verkauf die Bewertung von Unternehmen gehört, im Zusammenhang mit Vergleichsverhandlungen über einen möglicherweise bestehenden Differenzhaftungsanspruch auch ohne Einholung eines weiteren Wertgutachtens möglich.

- 32 d) Entgegen der Auffassung der Revision ist der Vergleich nicht unwirksam, weil die Beklagte damit auf den Kaufpreis für die zweite Tranche verzichtet und so auf den Differenzhaftungsanspruch eine Sachleistung erbracht hätte. Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage können auf den Vergleich über einen Differenzhaftungs- oder Nachzahlungsanspruch keine Anwendung finden. Bei einer verdeckten Sacheinlage werden die Regeln über die Kapitalaufbringung durch eine Sacheinlage dadurch umgangen, dass eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung vom Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll. Auf den Differenzhaftungsanspruch können wie auf die anderen unter § 66 Abs. 1 AktG fallenden Geldzahlungsansprüche keine Sacheinlagen erbracht werden (Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 Rn. 18); das Aktiengesetz stellt dafür auch kein Verfahren zur Verfügung. Die Rechtsordnung kann nachteilige Rechtsfolgen nicht an die Nichteinhaltung eines Verfahrens knüpfen, das sie für den betreffenden Vorgang nicht bereitstellt (BGH, Urteil vom 1. Februar 2010 - II ZR 173/08, BGHZ 184, 158 Rn. 17 - Eurobike; Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 120/07, BGHZ 180, 38 Rn. 11 - Qivive).
- 33 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Verrechnung in der Vereinbarung vom 11. September 2000 aber für wirksam erachtet.
- 34 a) Gegen die in der Vereinbarung vom 28. Juni 2000 verabredete Verpflichtung zur Zahlung von 325.000.000 DM konnte die Beklagte grundsätzlich nicht aufrechnen (§ 66 Abs. 1 Satz 2 AktG). Die Aufrechnungsbeschränkung nach § 66 Abs. 1 Satz 2 AktG für den Differenzhaftungsanspruch gilt für die in einem Vergleich über diesen Anspruch vereinbarte Forderung fort. Ein Vergleich im Sinne von § 779 BGB hat grundsätzlich keine schuldumschaffende

Wirkung und ändert das ursprüngliche Schuldverhältnis nur insoweit, als in ihm streitige oder ungewisse Punkte geregelt werden; im Übrigen besteht das ursprüngliche Rechtsverhältnis nach Inhalt und Rechtsnatur unverändert fort (BGH, Urteil vom 23. Juni 2010 - XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 Rn. 15; Urteil vom 7. März 2002 - III ZR 73/01, NJW 2002, 1503; Urteil vom 25. Juni 1987 - VII ZR 214/86, NJW-RR 1987, 1426, 1427). Da der Vergleich in der Vereinbarung vom 28. Juni 2000 die Rechtsnatur der Forderung nicht veränderte, gelten die Beschränkungen des § 66 Abs. 1 AktG fort. Die Vertragsparteien hätten von den Aufrechnungsbeschränkungen des § 66 Abs. 1 AktG auch nicht im Vergleichswege absehen dürfen, ohne die Wirksamkeit des Vergleichs aufs Spiel zu setzen, da der Vergleichsinhalt den Bereich nicht verlassen darf, der ernstlich zweifelhaft ist.

35 b) Das Berufungsgericht hat die Verrechnung der gegenseitigen Forderungen in der Vereinbarung vom 11. September 2000 zu Unrecht für wirksam erachtet.

36 aa) Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass eine solche Verrechnungsvereinbarung wirksam ist, wenn die Forderung des Aktionärs gegen die Gesellschaft vollwertig, fällig und liquide ist. Da der Gesellschaft im Gegensatz zum Aktionär die Aufrechnung nach § 66 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht verboten ist, sind Aufrechnungsvereinbarungen zulässig, wenn die Gesellschaft ihrerseits die Aufrechnung erklären könnte (Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 Rn. 45; MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 66 Rn. 53; Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 14). Um zu verhindern, dass gleichartige, aber nicht gleichwertige Forderungen zur Aufrechnung gestellt werden und so der Sache nach eine Teilbefreiung eintritt, kann die Gesellschaft die Aufrechnung nur erklären, wenn die Forderung des

Aktionärs gegen die Gesellschaft vollwertig, fällig und liquide ist (vgl. RGZ 94, 61, 63; 134, 262, 268; Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 Rn. 35; MünchKommAktG/ Bayer, 3. Aufl., § 66 Rn. 38; zur GmbH BGH, Urteil vom 21. Februar 1994 - II ZR 60/93, BGHZ 125, 141, 143; einschränkend Cahn in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 25). Die Vollwertigkeit ist entgegen dem Berufungsgericht nicht nach den subjektiven Vorstellungen der Parteien bei der Vereinbarung, sondern objektiv zu bestimmen (Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 AktG Rn. 38; Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 9).

37 bb) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht aber offengelassen, ob die Kaufpreisforderung der Beklagten vollwertig war, weil mit dem Zurückbehaltungsrecht eine ausreichende Sicherheit vorhanden gewesen sei. Eine Forderung ist zwar auch vollwertig, wenn sie in voller Höhe durch eine Sicherheit gedeckt ist (vgl. RGZ 94, 61, 63; Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 10; MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 66 AktG Rn. 41; Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 AktG Rn. 37). Das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nach § 320 BGB an den HDW-Aktien war aber keine Sicherung für die Kaufpreisforderung. Eine Sicherheit macht die Forderung vollwertig, weil sie verwertet werden kann, wenn die Forderung nicht durchsetzbar ist. Eine solche Verwertungsbefugnis gibt das Zurückbehaltungsrecht nicht.

38 cc) Rechtsfehlerhaft ist auch die Hilfserwägung des Berufungsgerichts, die Aufrechnung sei zulässig, weil die Schuldnerin die Aktien der HDW dringend benötigte, um sie in den Cash-Pool einbeziehen zu können.

39 Eine Ausnahme von den strengen Voraussetzungen für eine Aufrechnung durch die Gesellschaft wird zugelassen, wenn die Durchsetzung der Auf-

rechnungsbeschränkungen zu einem Schaden der Gesellschaft führen würde, weil der Anspruch der Gesellschaft nach § 66 Abs. 1 AktG gegen den Schuldner gefährdet oder uneinbringlich ist und die Gesellschaft durch die Aufrechnung mit der gegen sie gerichteten Forderung besser steht als mit der Durchsetzung ihres Anspruchs. Es darf dann keine Rückgriffsmöglichkeit nach § 65 Abs. 1 AktG bestehen und auch eine Verwertung nach § 65 Abs. 3 AktG keinen Erfolg versprechen (MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 66 Rn. 48; Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 13; Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 Rn. 41; zur GmbH BGH, Urteil vom 13. Oktober 1954 - II ZR 182/53, BGHZ 15, 52, 57 f.; Urteil vom 21. September 1978 - II ZR 214/77, NJW 1979, 216). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Der Anspruch auf Zahlung des Vergleichsbetrags von 325.000.000 DM war auch ohne Einbeziehung der HDW in den Cash-Pool nicht gefährdet.

40 3. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig. Der Anspruch ist nicht verjährt. Die fünfjährige Verjährungsfrist wurde durch die Erhebung der Klage gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

41 a) Der Differenzhaftungsanspruch verjährt bei der Aktiengesellschaft nicht nach den allgemeinen Verjährungsvorschriften, sondern entsprechend § 9 Abs. 2 GmbHG (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 1992 - II ZR 277/90, BGHZ 118, 83, 101). An der entsprechenden Anwendung von § 9 Abs. 2 GmbHG sollte sich auch durch Einführung einer besonderen Verjährung für Einlageansprüche in § 54 Abs. 4 AktG für die Aktiengesellschaft durch das Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3214) nichts ändern (vgl. BR-Drucks. 436/04 S. 49). Die Verjährung beginnt grundsätzlich mit der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister (Servatius in

Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 81). Da die Durchführung der Kapitalerhöhung am 10. September 1999 in das Handelsregister eingetragen wurde, verjährte der Differenzhaftungsanspruch entsprechend § 9 Abs. 2 GmbHG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4. Juli 1980 (BGBl. I S. 836) in fünf Jahren, so dass die Verjährung ohne Hemmung oder Unterbrechung mit Ablauf des 10. September 2004 eingetreten wäre. Der Kläger hat seine alsbald zugestellte Feststellungsklage am 3. September 2004 und damit vor Ablauf der Fünfjahresfrist eingereicht.

42 b) Die Verjährungsfrist richtete sich nicht nach der Regelung im Transaktionsvertrag, der in seinem § 7 Abs. 2 vorsieht, dass Ansprüche der Schuldnerin aus oder im Zusammenhang mit ihm - von näher bestimmten Ausnahmen abgesehen - innerhalb von zwei Jahren nach dem Vollzugstag verjähren. Aufgrund des zwingenden Charakters des Differenzhaftungsanspruchs konnte seine Verjährungsfrist nicht durch eine Vereinbarung verkürzt werden (vgl. MünchKommGmbHG/Märtens, § 9 Rn. 39; Scholz/Winter/Veil, GmbHG, 10. Aufl., § 9 Rn. 21 zur GmbH). Da der Anspruch auch, soweit die übertragenen Geschäftsanteile das Aufgeld nicht abdecken konnten, auf Gesetz und - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht nur auf einer vertraglichen, der Disposition unterliegenden Wertdeckungszusage beruht, gilt das entgegen der Revisionserwiderung auch für das Agio.

43 III. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Sie ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht zur Vollwertigkeit der Kaufpreisforderung der Beklagten keine Feststellungen getroffen hat. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

- 44 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Aktionär für die Vollwertigkeit grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastet (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1992 - II ZR 229/91, ZIP 1992, 992, 995 zur GmbH; Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 Rn. 43; MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 66 Rn. 54; aA Cahn in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 66 Rn. 33). Bei der Bewertung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wird es die Leistung eines Darlehensbetrags von 250.000.000 DM durch die Beklagte, die ebenfalls am 28. Juni 2000 vereinbart wurde, zu berücksichtigen haben.
- 45 2. Wenn die Verrechnung in der Vereinbarung vom 11. September 2000 unwirksam war, führt das entsprechend § 139 BGB unmittelbar nur zur Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 28. Juni 2000, wenn beide Vereinbarungen ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden sollten und nicht anzunehmen ist, dass die erste Vereinbarung nicht ohne die zweite geschlossen worden wäre.
- 46 Allerdings kommt bei fehlender Vollwertigkeit der Kaufpreisforderung eine Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 28. Juni 2000 aus einem anderen Grund in Betracht. Die Vertragsparteien haben vereinbart, dass der geschuldete Betrag für die Begleichung der Kaufpreisforderung verwendet werden soll. Diese Verwendungsbindung führte zu einem Hin- und Herzahlen der 325.000.000 DM. Das Hin- und Herzahlen steht einer Aufrechnung gleich, soweit - was hier ausscheidet - nicht schon die Grundsätze einer verdeckten Sacheinlage eingreifen (vgl. zur GmbH BGH, Urteil vom 21. Februar 1994 - II ZR 60/93, BGHZ 125, 141, 143; Gehrlein in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 66 Rn. 52; MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 66 Rn. 40). Ob die Unwirksamkeit der Vereinbarung eines Hin- und Herzahlens auch die Unwirksamkeit der Zahlungspflichten in der Vereinbarung vom 28. Juni 2000 zur Folge hat, richtet sich wiederum nach § 139 BGB. Ist ein Teil der in einem Vergleich enthaltenen Ab-

reden nichtig, so bestimmt sich nach § 139 BGB, ob der Vergleich im Ganzen nichtig ist (BGH, Urteil vom 24. April 1987 - V ZR 228/85, NJW 1988, 415, 416).

47 3. Sollte die Vereinbarung vom 28. Juni 2000 unwirksam sein, besteht ein Anspruch aus Differenzhaftung nur für die sogenannte erste Tranche. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die zweite Tranche nicht als zweiter Teil einer gemischten Sacheinlage in den Kapitalaufbringungsverfahren einzubeziehen.

48 a) Eine gemischte Sacheinlage liegt nach der Rechtsprechung des Senats jedenfalls vor, wenn die Sachleistung kraft Parteivereinbarung unteilbar ist (BGH, Urteil vom 20. November 2006 - II ZR 176/05, BGHZ 170, 47 Rn. 17; Urteil vom 9. Juli 2007 - II ZR 62/06, BGHZ 173, 145 Rn. 15 - Lurgi; Urteil vom 18. Februar 2008 - II ZR 132/06, BGHZ 175, 265 Rn. 14 - Rheinmöve). Hier war die Leistung der Beklagten, die Übertragung der Geschäftsanteile und der 70.000 Aktien der HDW, teilbar.

49 Bei einer teilbaren Leistung, bei der ein Teil als offene Sacheinlage eingebracht wird, während ein weiterer Teil in zeitlichem Zusammenhang mit der Sacheinlage gegen Entgelt übertragen wird, liegt im Fall einer Kapitalerhöhung nicht stets, sondern nur bei entsprechender Parteivereinbarung eine gemischte Sacheinlage vor (Servatius in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 9; Veil in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 4; aA Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 183 Rn. 3; Marsch-Barner in Bürgers/Körper, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 2). Soweit dies für die Gründung der Aktiengesellschaft anders beurteilt wird (vgl. Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 27 Rn. 31; Röhrich in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 27 Rn. 107; Heidinger/Benz in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 27 Rn. 65; MünchKommAktG/Pentz, 3. Aufl., § 27 Rn. 31), beruht dies darauf,

dass nach § 27 Abs. 1 AktG Sachübernahmen wegen des Risikos einer überhöhten Vergütung in der Satzung festgesetzt werden müssen. Insoweit liegt es nahe, dass bei der bereits bei der Gründung vereinbarten Sachübernahme eine kraft Parteivereinbarung unteilbare Leistung vorliegt, selbst wenn eine Sachleistung teilbar ist. Bei der Kapitalerhöhung einer bereits längere Zeit existierenden Gesellschaft besteht ein Bedürfnis für diesen besonderen Schutz jedoch nicht mehr. Sofern eine teilbare Leistung vorliegt, genügt hinsichtlich des nicht zur Kapitalerhöhung verwendeten Teils jedenfalls bei der offenen Sacheinlage der durch § 57 AktG gewährleistete Schutz (Servatius in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 183 Rn. 9). Wenn der Senat ausgeführt hat, dass § 183 AktG auch Sachübernahmen erfasse, soweit es sich nicht um Sachübernahmen von Nichtaktionären handelt (BGH, Urteil vom 9. Juli 2007 - II ZR 62/06, BGHZ 173, 145 Rn. 15 - Lurgi), bezog sich dies auf eine verdeckte gemischte Sacheinlage mit einer kraft Parteivereinbarung unteilbaren Leistung.

50

b) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht von einer kraft Parteivereinbarung unteilbaren Sachleistung mit erster und zweiter Tranche ausgegangen werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist nicht maßgebend, ob das gesamte Rechtsgeschäft entsprechend § 139 BGB teilbar ist, sondern ob die Parteien eine einheitliche, nach ihrer Vereinbarung unteilbare Sachleistung verabredet haben. Wenn man wie das Berufungsgericht auf die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts abstellt, würde dies dazu führen, dass alle Leistungen, die in einem Vertrag vereinbart werden, zur Sacheinlage zusammengefasst würden, obwohl die Parteien die Sacheinlage und das Umsatzgeschäft trennen wollten. Das Interesse der Schuldnerin, insgesamt 50% der HDW-Aktien plus eine Aktie zu erwerben, genügt nicht, die Übertragung aller Aktien zu einer Sachleistung zusammen zu fassen, weil ver-

schiedene Wege zur Verfügung standen, auf denen die Vertragsparteien dieses Ziel erreichen konnten.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 07.12.2007 - 3-14 O 141/05 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 06.07.2010 - 5 U 205/07 -