

## **OLG Koblenz, Urteil vom 16. Juni 2009 - 6 U 120/05**

### **Tenor**

1. Auf die Berufung des Klägers wird das am 30.12.2004 verkündete Urteil der 21. Zivilkammer - 2. Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Mainz teilweise abgeändert.

Der Beklagte zu 1. wird verurteilt, an den Kläger 971.500,- Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.06.2003 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit hierüber nicht bereits rechtskräftig entschieden ist.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits - einschließlich derjenigen des Revisionsverfahrens, soweit darüber nicht bereits durch Beschluss des BGH vom 11.10.2007 erkannt worden ist -, tragen die Parteien wie folgt:

Der Kläger trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2., zu 3. und zu 4. sowie 31 % der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1. Die weiteren außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1. trägt dieser selbst.

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen dieser selbst 95 %, der Beklagte zu 1. 5 %.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte zu 1. kann die Vollstreckung durch den Kläger durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet. Der Kläger kann die Vollstreckung durch jeden der Beklagten gleichfalls durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des für diesen Beklagten aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Beklagte vor der Vollstreckung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet.

### **Gründe**

I.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der R... AG, die im Januar 2000 unter dem Namen "C... XIV. Verwaltungs AG" als Vorratsgesellschaft entstanden und später als Auffanggesellschaft für die übertragende Sanierung der R... E... B... GmbH & Co. KG (im folgenden: KG) eingesetzt worden ist.

Die KG betrieb einen Möbelhandel; ihre Betriebsimmobilien wurden von der E... B... GmbH gehalten. Über das Vermögen beider Gesellschaften wurde am 01.09.1999 (KG) bzw. 11.11.1999 (GmbH) das Insolvenzverfahren eröffnet. Als Insolvenzverwalter wurde zunächst der Beklagte zu 2. bestellt; er wurde im Mai 2002 durch den Beklagten zu 1. abgelöst.

Der Beklagte zu 2. konzipierte als Insolvenzverwalter der KG das Modell einer Sanierung des Unternehmens durch Übertragung (des Unternehmens oder wesentlicher von ihm gehaltener Vermögenswerte - streitig) auf die damals noch als Vorratsgesellschaft firmierende R... AG. Deren Stammkapital von zunächst 50.000,- Euro übernahmen die KG zu 57 %, der Beklagte zu 3. zu 43 %. Der Beklagte zu 2. wurde zum Aufsichtsratsvorsitzenden, die Beklagten zu 3. und zu 4. zu Vorständen der AG bestellt. In der Folge zeichneten im Rahmen einer Barkapitalerhöhung vom 14.08.2000 die KG weitere Aktien im Nennwert von 971.500,- Euro und der Beklagte zu 3. weitere Aktien im

Nennwert von 728.000,- Euro; aufgrund Kapitalerhöhung vom 17.05.2001 die KG weitere Aktien im Nennwert von 125.000,- Euro; und im Zuge einer Kapitalerhöhung vom 27.08.2001 der Beklagte zu 4. weitere Aktien im Nennwert von 250.000,- Euro. Zuletzt betrug das Grundkapital der AG mithin 2.125.000,- Euro. Die Beträge wurden jeweils auf ein Bankkonto der AG eingezahlt.

Bereits am 15.08.2000 hatte die AG faktisch den Geschäftsbetrieb der KG übernommen. Am 22.12.2000 schloss die AG mit dem Beklagten zu 2. als damaligem Insolvenzverwalter der KG einen Kaufvertrag (Anlage K5), mit dem sie rückwirkend zum 15.08.2000 das Anlagevermögen der KG einschließlich ihrer sog. "Mieterereinbauten" sowie ihren gesamten ab 18.06.1999 eingegangenen Warenvorrat zum Preis von 1,00 DM erwerben, im Gegenzuge aber Verbindlichkeiten der KG in Höhe von 17.426.064,14 Euro übernehmen sollte. Der Vertrag stand unter aufschiebenden Bedingungen, die sich insbesondere zur Frage einer langfristigen Nutzungsmöglichkeit der Immobilien verhielten, in denen die Geschäftsräume untergebracht waren. Die Parteien behandelten den Kaufvertrag einvernehmlich als Nachgründungsgeschäft der AG (§ 52 AktG). Die im Verfahren nicht mehr beteiligte Beklagte zu 5. billigte als Nachgründungsprüferin die Wertansätze des Kaufvertrages. Daraufhin stimmten am 13.09.2001 der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung der AG dem Abschluss des Kaufvertrages zu; die Beschlüsse wurden ins Handelsregister eingetragen.

In der Folgezeit entwickelten sich die Umsätze der AG negativ. Am 18.01.2002 stellte sie Insolvenzantrag. Am 01.03.2002 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet, im Mai 2002 der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt.

Der Kläger hat im Wege der Teilklage zunächst die Beklagten zu 1. bis 5. auf Zahlung von 1.412.351,78 Euro, die Beklagten zu 2. bis 4. gesamtschuldnerisch auf Zahlung weiterer 3.587.648,22 Euro - diese also insgesamt auf Zahlung von 5 Mio. Euro - in Anspruch genommen. Er war der Auffassung, der Kaufvertrag sei ein unzulässiges Nachgründungsgeschäft gewesen und zudem unwirksam, weil die im Vertrag gesetzten Bedingungen weder eingetreten seien, noch darauf wirksam verzichtet worden sei. Es bestünden daher Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche der AG, die die Verbindlichkeiten der KG übernommen habe, denen jedoch keine entsprechenden Aktiva gegenüberstünden.

In erster Instanz blieb die Klage erfolglos (Urteil des Landgerichts Mainz vom 30.12.2004, Bl. 461 GA). Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers, mit der er seine erstinstanzlichen Klageanträge weiterverfolgt hat, hat der Senat mit Urteil vom 20.04.2006 zurückgewiesen (Bl. 994 GA). Auf Revision des Klägers hat der Bundesgerichtshof das Urteil vom 20.04.2006, soweit es die Klage gegen die Beklagten zu 1. bis 4. betrifft, aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Der BGH hat die Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 hinsichtlich des von der KG übernommenen Einlagebetrages als verdeckte Sacheinlage qualifiziert und die Sache zur erneuten Prüfung, insbesondere etwaiger Bereicherungsansprüche des Klägers, an den Senat zurückverwiesen. Hierzu sei dem Kläger Gelegenheit zu geben, den Gesamtsaldo darzulegen, auf den er glaube Anspruch zu haben. - Für das weitere Verfahren hat das Revisionsgericht dem Senat unter anderem aufgegeben, auf eine Klarstellung des Klägers hinzuwirken, welchen Anspruch er gegenüber welchem Beklagten in welcher Höhe geltend machen wolle und in welchem prozessualen Verhältnis die einzelnen Ansprüche untereinander stehen sollten.

In dem neuerlich durchgeführten Berufungsverfahren hat der Kläger geltend gemacht, ihm stünden Ansprüche zu gegen den Beklagten zu 1. auf Erfüllung der Einlageverpflichtung in Höhe von 971.500,- Euro sowie auf Zahlung des sich aus der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 ergebenden Betrages von 1,7 Mio. DM, der als Folge der verdeckten Sacheinlage einzubeziehen sei, mithin auf Zahlung von 2.671.500,- Euro aus Nichterbringung der geschuldeten Einlageverpflichtung. Zudem hätten die Beklagten zu 3. und zu 4. ihre eigenen Einlagepflichten von 728.000,- Euro bzw. 250.000,- Euro noch nicht erfüllt, weil auch diese Einlagezahlungen unwirksam seien, und hafteten beide auch auf die Erfüllung bzw. aus der Nichterfüllung der Bareinlagepflicht der KG über 971.500,- Euro.

Die Beklagten zu 2. bis 4. als Aufsichtsratsvorsitzende bzw. Vorstände der AG schließlich hafteten dem Kläger auf Schadensersatz: Obwohl die Bareinlageleistung wegen Vorliegens einer verdeckten Sacheinlage keine Erfüllungswirkung gehabt habe, hätten die Genannten eine Erklärung zur endgültigen freien Verfügung über den Einlagebetrag abgegeben und sei die Kapitalerhöhung zum Handelsregister angemeldet worden. Sie hafteten deshalb, wie der Kläger meint, dafür, dass die Einlage der KG wegen deren Insolvenz uneinbringlich sei und die AG die Verbindlichkeiten der KG übernommen habe, ohne dass dem ein adäquater Vermögenswert entgegenstehe. Ein Schaden sei der AG entstanden, soweit sie aufgrund des unwirksamen Kaufvertrages Verbindlichkeiten von 8.909.805,12 Euro übernommen, aus den ihr überlassenen Vermögensgegenständen aber nach Abzug der Verwertungskosten nur 2.261.500,29 Euro erlangt habe. Die Werte, die die Beklagten für die überlassenen Vermögensgüter ansetzten, seien überzogen, weil dem Unternehmen eine positive Fortführungsprognose nicht habe gestellt werden können.

Wegen der weiteren Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf die Schriftsätze des Klägers seit dem Urteil des Bundesgerichtshofs, insbesondere denjenigen vom 17.09.2008 (Bl. 1187 ff. GA).

Der Kläger beantragt zuletzt,

1. das Urteil des Landgerichts Mainz, 12 HK.O 57/03, vom 30.12.2004 aufzuheben und die Beklagten zu 1., 3. und 4. zu verurteilen, an ihn 1.412.351,78 Euro nebst 5 % Zinsen p. a. über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen;

hilfsweise

den Beklagten zu 1. zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 971.000,- Euro zu zahlen,

den Beklagten zu 3. zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 728.000,- Euro zu zahlen, und

den Beklagten zu 4. zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 250.000,- Euro zu zahlen;

höchst vorsorglich

den Beklagten zu 1. zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 750.000,- Euro zu zahlen,

die Beklagten zu 3. und zu 4. zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von je 250.000,- Euro zu zahlen;

2. die Beklagten zu 2., 3. und 4. als Gesamtschuldner darüber hinaus zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 1.259.148,30 Euro nebst 5 % Zinsen p. a. über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen;

3. die Beklagten zu 2., 3. und 4. als Gesamtschuldner des Weiteren zu verurteilen, einen Betrag in Höhe von 2.328.500,- Euro zuzüglich 5 % Zinsen p. a. über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Darüber hinaus habe der Beklagte Ziff. 2. weitere 1.412.351,78 Euro an ihn zu zahlen nebst 5 % Zinsen hieraus p. a. über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit. Hilfsweise hierzu beantragt der Kläger,

den Beklagten zu 2. zu verurteilen, an ihn einen Betrag von 971.000,- Euro zu zahlen,

höchst vorsorglich,

den Beklagten zu 2. zu verurteilen, an ihn einen Betrag von 750.000,- Euro zu zahlen.

Die Beklagten zu 1. bis 4. beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie sind der Auffassung, Erfüllungsansprüche hinsichtlich der Einlageleistungen \_ die sich zudem allenfalls gegen den jeweiligen Inferenten richteten - habe der Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 17.09.2008 geltend gemacht. Die Beklagten widersprechen einer Klageänderung und berufen sich auf Verjährung. Soweit sie die Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 nicht als verdeckte Sacheinlage behandelt hätten, falle ihnen eine schuldhafte Pflichtverletzung nicht zur Last, da für sie nach dem Stand der Rechtsprechung zum maßgeblichen Zeitpunkt das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage nicht erkennbar gewesen sei. Auch zahlreiche andere mit der Sache befasste Personen und Stellen hätten keine verdeckte Sacheinlage angenommen. Die von der KG an die AG übertragenen Vermögenswerte seien im Kaufvertrag zutreffend bewertet, zumal die Fortführungsprognose des Unternehmens damals positiv gewesen sei. Nicht, wie der Kläger meint, an Unterkapitalisierung, sondern an dem Umsatzeinbruch der Branche nach dem 11.09.2001 sei der dauerhafte wirtschaftliche Erfolg der AG gescheitert.

Der Senat hat zu Informationszwecken beigezogen: die Ermittlungsakten 2050 Js 4826/02 StA Koblenz; die Handelsregisterakten HRB 2068 AG Worms (R... AG); die Insolvenzakten 19 IN 7/02 AG Worms (Insolvenzverfahren über das Vermögen der R... AG), 18 IN 31/99 AG Worms (Insolvenzverfahren über das Vermögen der B... Verwaltungs GmbH), 18 IV 30/99 AG Worms (Insolvenzverfahren über das Vermögen der R... E... B... GmbH & Co. KG) und 18 IN 32/99 AG Worms (Insolvenzverfahren über das Vermögen der E... B... GmbH).

Im Termin zur mündlichen Verhandlung ist dem Kläger und dem Beklagten zu 1. Schriftsatznachlass eingeräumt worden. Mit fristgerecht eingegangenem Schriftsatz vom 30.04.2009 stützt der Kläger die Klage gegen den Beklagten zu 1. nunmehr auch auf die angenommene Unwirksamkeit der mit Kapitalerhöhung vom 17.05.2001 übernommenen Bareinlage von 125.000,- Euro.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatbestandlichen Feststellungen der Urteile des Landgerichts Mainz vom 30.12.2004 (Bl. 461 GA) und des Senates vom 20.04.2006 (Bl. 994 GA) und die zu den Akten gereichten Schriftsätze und Schriftstücke Bezug genommen.

II.

Bei erneuter Überprüfung anhand der Vorgaben des Revisionsgerichts und unter Einbeziehung des ergänzten Vortrages der Parteien erweist sich die Berufung des Klägers als nur zum Teil erfolgreich. Er kann vom Beklagten zu 1. Nachentrichtung der Einlage verlangen, die die KG aufgrund der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 übernommen hat; die weitergehende Klage ist unbegründet, die weitergehende Berufung mithin zurückzuweisen.

#### **A. Ansprüche gegen den Beklagten zu 1.**

I.

Der Kläger stützt seine Klage, soweit sie sich gegen den Beklagten zu 1. richtet, mittlerweile in erster Linie auf einen Anspruch auf Erfüllung der mit der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 übernommenen Einlageverpflichtung in Höhe von 971.500,- Euro. Das hat er mit Schriftsatz vom 17.09.2008 (Bl. 1196 GA) klargestellt. Insoweit ist die Klage zulässig und aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG begründet.

1.

Soweit in der Geltendmachung des Erfüllungsanspruches als Hauptbegehren des Klägers eine Klageänderung liegt, weil der Anspruch auf Erfüllung der Einlageverpflichtung bis zu diesem Zeitpunkt nur hilfsweise geltend gemacht worden war, steht das der Zulässigkeit des Klagebegehrens nicht entgegen. Die Klageänderung ist als sachdienlich zuzulassen, weil der Entscheidung über das geänderte Klagebegehren der bisherige Streitstoff zugrunde gelegt werden kann und die bisherigen Prozessergebnisse verwertet werden können.

2.

Die Voraussetzungen des Anspruches nach § 183 Abs. 2 S. 3 AktG liegen vor. Im Zuge der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 hat die KG nur scheinbar eine Bareinlage, rechtlich aber eine verdeckte Sacheinlage übernommen, weil die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen objektiv dadurch unterlaufen wurden, dass ein wirtschaftlich zusammengehöriger Vorgang in eine Barzeichnung und ein Erwerbsgeschäft aufgespalten wurden; auf die Ausführungen im Urteil des Revisionsgerichts (Tz. 10 ff.) wird Bezug genommen. Die Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals wurde am 25.09.2000 ins Handelsregister eingetragen. Für diesen Fall stellt § 183 Abs. 2 S. 2 AktG klar, dass die Gültigkeit der Kapitalerhöhung durch die Unwirksamkeit der Verträge über Sacheinlagen und der Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung (§ 183 Abs. 2 S. 1 AktG) unberührt bleibt, und statuiert § 183 Abs. 2 S. 3 AktG die Verpflichtung des Aktionärs, den Ausgabebetrag der Aktien einzuzahlen.

Das ist vorliegend noch nicht in wirksamer Weise geschehen. Zwar wurde das erhöhte Grundkapital von der KG auf bei der Sparkasse W... geführte Konten der AG einbezahlt. Diese Zahlung hatte aber nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage keine befreiende Wirkung: Die eingelegten Mittel stehen nicht zur endgültig freien Verfügung des Vorstandes, wenn sie, entsprechend einer getroffenen Abrede zur Verknüpfung der vermeintlichen Bareinlage mit einem Verkehrsgeschäft, aufgrund eines solchen Verkehrsgeschäftes an den Inferenten zurückfließen. Der Aktionär ist in einem solchen Fall verpflichtet, den Ausgabebetrag der Aktie ohne Rücksicht auf bereits erbrachte Leistungen ggf. erneut zu erbringen (BGH, Urt. v. 09.07.2007 - II ZR 62/06 -, BGHZ 173, 145, Tz. 16 - "Lurgi"; Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 27 Rn. 9, 13, 30 m. w. N.). So liegt der Fall hier. Der Betrag, den die KG am 16.08.2000 als Bareinlage auf das laufende Konto der AG bei der Sparkasse W... eingezahlt hat, ist durch das bereits zu diesem Zeitpunkt verabredete Gegengeschäft wirtschaftlich an die Inferentin zurückgeflossen (Revisionsurteil, Tz. 13)

3.

Auf den Anspruch des Klägers nach § 183 Abs. 2 S. 3 AktG sind nach den vorstehenden Ausführungen die Leistungen nicht anzurechnen, die die KG zur Erbringung der Bareinlage und zur Erfüllung des Kaufvertrages an die AG erbracht hat. Aus prozessualen Gründen haben insoweit die Änderungen des Aktiengesetzes durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) (Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 29.05.2009, BT-Drs. 512/09) außer Betracht zu bleiben.

Nach Art. 27 Abs. 3 S. 3 AktG in der Fassung des ARUG wird auf die fortbestehende Einlagepflicht des Aktionärs der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft angerechnet. Die Bestimmung soll im Fall der verdeckten Sachkapitalerhöhung entsprechend gelten (§ 183 Abs. 2 AktG i. d. F. des ARUG) und nach seinem Inkrafttreten nach Art. 16 S. 1 ARUG - mithin ab dem ersten Tag des auf die Verkündung folgenden Kalendermonats - auch auf Einlageleistungen Anwendung finden, die unter der alten Rechtslage erbracht worden sind, soweit nicht über die aus der Unwirksamkeit der Einlage folgenden wechselseitigen Ansprüche bereits rechtskräftig entschieden ist (im einzelnen: § 20 EGAktG i. d. F. des ARUG).

Das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie ist erst am 29.05.2009 verabschiedet worden und bis zur Verkündung der vorliegenden Entscheidung auch nicht in Kraft getreten, weil es die Neuregelung nicht vor dem 01.06.2009 im Bundesgesetzblatt verkündet worden ist. Unter diesen Umständen wäre die Neuregelung der §§ 183 Abs. 2, 27 Abs. 3 AktG nur dann zu berücksichtigen, wenn bereits ihre Verabschiedung zwischen dem Schluss der mündlichen Verhandlung und dem Tag der Urteilsverkündung einen Grund gäbe, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Das ist aber nicht der Fall.

Ein Grund, aus dem nach § 156 Abs. 2 ZPO eine Pflicht zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bestünde, besteht ersichtlich nicht. Unter Berücksichtigung der dort im Einzelnen genannten Fallgruppen hält der Senat auch eine Wiedereröffnung nach § 156 Abs. 1 ZPO weder für zulässig noch gar für geboten.

Den zwingenden Wiedereröffnungstatbeständen des § 156 Abs. 2 ZPO liegt der gemeinsame Grundgedanke zugrunde, dass eine mündliche Verhandlung wiederzueröffnen ist, wenn das geboten ist, um eine verfahrensfehlerhafte Entscheidung zu vermeiden (§ 156 Abs. 2 Nr. 1, 3 ZPO; §§ 156 Abs. 2 Nr. 2, 579 ZPO), oder wenn nach Schluss der mündlichen Verhandlung gewichtige Mängel der materiellen Erkenntnisgrundlagen zutage treten, die es um einer materiell richtigen Entscheidung willen sogar rechtfertigen würden, die Rechtskraft eines Urteils zu durchbrechen (§ 156 Abs. 2 Nr. 2 ZPO i. V. m. § 580 ZPO). Keine dieser Erwägungen greift vorliegend durch, insbesondere wird die vorliegende Entscheidung nicht durch den bekundeten und lediglich noch durch formelle Akte in

Kraft zu setzenden Willen des Gesetzgebers unrichtig, die materielle Rechtslage rückwirkend zu ändern. Die in Rede stehende (künftige) Änderung der §§ 27 Abs. 3 S. 3, 183 Abs. 2 AktG betrifft nach der einschlägigen Übergangsvorschrift nur diejenigen Fälle, die bei Inkrafttreten der Gesetzesänderung noch nicht rechtskräftig entschieden sind. Der Senat hat der Entscheidung des Rechtsstreits jedoch die Sach- und Rechtslage bei Schluss der letzten mündlichen Verhandlung zugrunde zu legen. Nach der Sach- und Rechtslage per 19.03.2009 ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif. Darauf, dass dann auch tatsächlich eine abschließende Sachentscheidung auf dieser Grundlage ergeht, hat der Kläger aufgrund der einschlägigen prozessualen Bestimmungen ein prozessrechtlich anerkanntes Recht erworben, als die mündliche Verhandlung am 19.03.2009 verfahrensfehlerfrei geschlossen wurde. Würde der Senat hingegen aufgrund einer erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit Blick auf eine selbst bei Verkündung der Entscheidung noch nicht in Kraft getretene Rechtsänderung die mündliche Verhandlung wiedereröffnen, würde er unter Missachtung jener rechtlich geschützten Position des Klägers materiell rechtsgestaltend in die Rechtsbeziehungen der Parteien eingreifen. Denn durch diese Wiedereröffnung würde der Senat nämlich überhaupt erst die Voraussetzungen schaffen, unter denen das ARUG nach den Übergangsbestimmungen des § 20 EGAktG für den vorliegenden Sachverhalt rückwirkende Kraft entfalten könnte.

4.

Der Erfüllungsanspruch aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG ist auch noch nicht verjährt.

Der Anspruch der AG auf Einzahlung des übernommenen Grundkapitals nach § 183 Abs. 2 S. 3 AktG entstand spätestens mit Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister am 25.09.2000, mithin noch unter der Geltung des am 31.12.2001 außer Kraft getretenen alten Schuldrechts. Er unterlag zunächst der seinerzeitigen 30jährigen regelmäßigen Verjährungsfrist (BGH, Urt. v. 13.04.1992 - II ZR 277/90 -, BGHZ 118, 83).

Mit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes trat an Stelle der noch nicht verstrichenen Frist des alten Rechts zunächst die - kürzere - Verjährungsfrist des neuen Schuldrechts (Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Mangels gesetzlicher Sonderregelung mag insoweit zunächst wiederum die - nunmehr nur noch dreijährige - allgemeine Verjährungsfrist gegolten haben, die, weil der Beklagte zu 1. alle anspruchsbegründenden Umstände kannte (§ 199 Abs. 1 BGB n. F.), am 31.12.2004 abgelaufen wäre.

Dem sind jedoch die Regelungen der §§ 54 Abs. 4 S. 1 AktG, 62 Abs. 3 S. 2 AktG, 9 Abs. 2 GmbHG zugekommen, die jeweils am 15.12.2004 in Kraft getreten sind. Die danach bestimmte 10jährige Verjährungsfrist findet auf den Erfüllungsanspruch aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG entsprechende Anwendung (Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 183 Rn. 14; Pentz, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 27 Rn. 10).

Die Entscheidung des BGH vom 13.04.1992 (- II ZR 277/90 -, BGHZ 118, 83, 101 f.) steht dem nicht entgegen. Zwar hat der BGH seinerzeit auf den Anspruch aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG (wie auch auf den aus § 27 Abs. 3 S. 3 AktG) nicht die Sondervorschriften für die Verjährung des Anspruches aus Differenzhaftung (§ 9 Abs. 2 GmbHG), sondern die allgemeine Verjährungsfrist von damals 30 Jahren für anwendbar erklärt. Die Entscheidung beruht indes gerade auf der Erwägung, dass die Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber bewogen hätten, die Verjährungsfrist aus der Differenzhaftung auf 5 Jahre zu begrenzen (!), auf die Erfüllungsansprüche aus §§ 27 Abs. 3 S. 3, 183 Abs. 2 S. 3 AktG nicht zuträfen. Die Entscheidung hat deshalb nach Abkürzung der regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren auf 3 Jahre keine Grundlage mehr. Die Frist von 3 Jahren nach § 195 BGB n. F. ist weder sachlich ausreichend noch mit dem Grundgedanken der §§ 54 Abs. 4 S. 1, 62 Abs. 3 S. 1 AktG, 9 Abs. 2 GmbHG vereinbar. Die kurze Regelverjährung von drei Jahren entspräche nicht der Bedeutung, die den Einlagenansprüchen zwecks Sicherung der Gläubigerinteressen zukommt (Grundsatz der Kapitalaufbringung). Auch wäre eine Anknüpfung an die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Gesellschaft nicht sachgerecht, soweit es um die berechtigten Belange ihrer Gläubiger geht, denen mit Kenntnis der Gesellschaft nicht unmittelbar geholfen ist (BT-Drucks. 15/3653 S. 11 f., 20, zit. nach Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 54 Rn. 21). Durch die 10jährige Verjährungsfrist und die im Interesse der Insolvenzgläubiger bestimmte gesetzliche Ablaufhemmung nach § 54 Abs. 4 S. 2 AktG erhält demgegenüber der Insolvenzverwalter Gelegenheit, die Einlagenansprüche zu prüfen und ggf. geltend zu machen. All diese Erwägungen treffen auf Einlagenansprüche aus Kapitalerhöhungen in gleichem Maße zu wie auf Einlagenansprüche aus der Gründung einer Aktiengesellschaft, und auf Bareinlagen, die an die Stelle verdeckter Sacheinlagen treten, in gleichem Maße wie auf Bareinlagen, die von vornherein als solche übernommen wurden (Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 54 Rn. 21; Pentz, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 27 Rn. 104).

Die danach bestimmte 10jährige Verjährungsfrist begann frühestens ab dem 01.01.2002 zu laufen. Der Anspruch

verjährt mithin mit Ablauf des 31.12.2001, weil die Verjährung nach der alten dreißigjährigen Verjährungsfrist nicht früher einträte (Pentz, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 27 Rn. 104). Die Verjährungsfrist war deshalb bei Geltendmachung des Einlagenanspruches im Rechtsstreit nicht verstrichen.

5.

Der Anspruch auf Zahlung der Einlage ist schließlich auch nicht untergegangen durch Aufrechnung des Beklagten zu 1. mit etwaigen Gegenansprüchen wegen der vom Kläger verwerteten Kommissionsware. Ob solche Ansprüche bestehen, kann ebenso offen bleiben wie die Frage, ob sie im vorliegenden Fall ungeachtet der Bestimmung des § 66 AktG gegenüber dem Einlagenanspruch zur Aufrechnung gestellt werden könnten, etwa deshalb, weil es sich um Masseansprüche handeln könnte. Auf all dies kommt es nicht an. Denn der Beklagte zu 1. hat die Aufrechnung nicht erklärt.

Mit der Frage, ob dem Beklagten zu 1. eine Forderung gegen den Kläger aus der Verwertung der Kommissionsware zusteht, hat sich in erster Linie der Beklagte zu 2. in seinem Schriftsatz vom 30.09.2008 (Bl. 1236 f. GA) auseinandergesetzt. Unstreitig hat am 28.02.2002 der Beklagte zu 2. als damaliger Insolvenzverwalter über das Vermögen der KG einer Verwertung der bei der AG noch vorhandenen Kommissionsware widersprochen (19 IN 7/02 AG Worms, Bl. 141). Gleichwohl hat der Kläger die Kommissionsware verwertet, wobei der Beklagte zu 2. unter Bezugnahme auf Berichte des Klägers an das Insolvenzgericht deren Wert mit 1,2 Mio Euro, den Veräußerungserlös mit mindestens 600.000,- Euro ansetzt. Der Beklagte zu 2. führt hierzu aus, den Wert der veräußerten Kommissionsware müsse sich der Kläger als Anspruch des Beklagten zu 1. - zumindest im Verhältnis zum Beklagten zu 2. - entgegenhalten lassen, weil insoweit dem Kläger kein Schaden entstanden sei. Selbst wenn der Beklagte zu 1., nachdem er im Mai 2002 das Amt des Insolvenzverwalters der KG übernommen habe, der Verwertung doch noch zugestimmt habe, stehe ihm - dem Beklagten zu 1. - ein Anspruch gegen den Kläger in Höhe von zumindest 600.000,- Euro zu, der einem etwa bestehenden Anspruch des Klägers gegen den Beklagten zu 1. entgegenstehen werde, die Einlage nochmals zu leisten.

Der Beklagte zu 1. hat zu Ansprüchen aus der Verwertung der Kommissionsware keine eigenen tatsächlichen oder rechtlichen Ausführungen gemacht, sondern im Termin vom 19.03.2009 lediglich mitgeteilt, "dass er sich den Vortrag und den Beweisanerbieten des Beklagten zu 2. und der Beklagten zu 3. und 4. in dem neu eröffneten Berufungsverfahren zu eigen macht" (Protokoll vom 19.03.2009, Bl. 1490 GA). Diese pauschale Bezugnahme ist auch in Zusammenschau mit den vorstehend zusammengefassten Erwägungen des Beklagten zu 2. vom 30.09.2008 nicht dahin zu verstehen, dass der Beklagte zu 1. die Aufrechnung mit einer etwaigen Forderung aus der Verwertung der Kommissionsware erkläre oder sich eine solche Aufrechnungserklärung des Beklagten zu 2. zu eigen mache. Letzteres scheidet schon deshalb aus, weil der Beklagte zu 2. - weder Forderungsinhaber noch als Partei kraft Amtes zur Wahrnehmung der Rechte des (angeblichen) Forderungsinhabers (KG) berechtigt - selbst gar keine Aufrechnung erklärt hat. Zudem hat sich der Beklagte zu 1. im Termin lediglich den Vortrag und das Beweisanerbieten des Beklagten zu 2. zu eigen gemacht, nicht aber etwaige Prozessklärungen oder materiell-rechtliche Gestaltungserklärungen. Die Bezugnahme kann aber auch nicht als (konkludente) eigene Aufrechnungserklärung verstanden werden. Denn sie lässt weder erkennen, in welcher Höhe eine angenommene Gegenforderung zur Aufrechnung gestellt werden sollte, noch ist ersichtlich, ob die angenommene Gegenforderung zur Aufrechnung gestellt oder etwa nur (wiederum: in welcher Höhe?) im Wege eines Zurückbehaltungsrechts geltend gemacht werden sollte.

Den Beklagten zu 1. auf die vorstehenden Unklarheiten und eine etwa in Betracht kommende Aufrechnung hinzuweisen, war der Senat weder berechtigt noch gar nach § 139 ZPO gehalten. Denn die richterliche Hinweispflicht besteht nur im Rahmen des Streitverhältnisses und kann sich nicht auf die Möglichkeit erstrecken, etwaige weitere Forderungen überhaupt erst durch rechtsgestaltende Erklärung in den Rechtsstreit einzuführen.

II.

Darüber hinausgehende Erfüllungsansprüche aus der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 hinsichtlich weiterer Einlagen stehen dem Kläger nicht zu.

1.

Zusätzlich zu dem Anspruch auf Einzahlung einer Einlage von 971.500,- Euro verlangt der Kläger vom Beklagten zu 1. Einzahlung des Gesamtbetrages von 1,7 Mio. Euro, um den das Grundkapital der AG am 14.08.2000 erhöht worden ist, mit der Maßgabe, dass der behauptete Anspruch im Wege einer Teilklage nur bis zum Betrag von 1.412.351,78 Euro (Hauptantrag zum Klageantrag zu 1.) geltend gemacht wird.

Dass diese Forderung neben dem vorstehend unter I. erörterten Anspruch auf Einzahlung des von der KG im Wege der Kapitalerhöhung übernommenen weiteren Grundkapitals von 971.500,- Euro und zusätzlich zu diesem geltend gemacht wird, ergibt sich zweifelsfrei daraus, dass der Kläger die beiden von ihm angesetzten Beträge von 971.500,- Euro und 1,7 Mio. Euro addiert zu einer vermeintlichen Gesamtforderung von 2.671.500,- Euro (Schriftsatz vom 17.09.2008, Seite 15, Bl. 1195 GA). Der Senat versteht die Ausführungen des Klägers auch dahin gehend, dass insoweit nicht lediglich Schadensersatzansprüche (dazu später), sondern auch und - wie hinsichtlich der Einlage der KG von 971.500,- Euro - primär Erfüllungsansprüche geltend gemacht werden sollen. Dafür spricht die Formulierung im Schriftsatz vom 17.09.2008 (Seite 7, Bl. 1187 GA), insgesamt schulde "der Beklagte (zu 1.) dem Kläger... einen Betrag von 2.671.000,- Euro aus Nichterbringung der geschuldeten Einlageverpflichtung". Im Übrigen nimmt der Kläger umgekehrt auch den Beklagten zu 3. und zu 4. "als Mitaktionäre" auf Erbringung der Einlage der KG in Anspruch, und zwar ausdrücklich neben ihrer behaupteten Schadensersatzverpflichtung (Schriftsatz vom 17.09.2008, S. 29, Bl. 1209 GA).

2.

Weitere als die unter I. erörterten Erfüllungsansprüche stehen dem Kläger aber aufgrund der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG nicht zu.

Zum einen verkennt der Kläger, dass sich der Gesamtbetrag der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 von 1,7 Mio. Euro bereits zusammensetzt aus der Einlage der KG (971.500,- Euro) und derjenigen des Beklagten zu 3. (728.500,- Euro), mit der oben I. erörterten Forderung also teildentisch ist.

Zum anderen stehen dem Kläger hinsichtlich der Einlage, die der Beklagte zu 3. am 14.08.2000 übernommen hat, Erfüllungsansprüche gegen den Beklagten zu 1. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu, ohne dass es insoweit darauf ankäme, ob der Beklagte zu 3. seine Einlage wirksam erbracht hat. Denn selbst wenn letzteres nicht der Fall sein sollte und deshalb der originäre Erfüllungsanspruch auf Erbringung der Einlage fortbestünde, würde sich dieser Erfüllungsanspruch nur gegen den Beklagten zu 3. als Inferenten richten. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der §§ 27 Abs. 3 S. 3, 183 Abs. 2 S. 3 AktG, die bei unwirksamer Vereinbarung einer Sacheinlage "den Aktionär" verpflichtet, den Ausgabebetrag der Aktie einzuzahlen. Der Sinn und Zweck der §§ 27 Abs. 3 S. 3, 183 Abs. 2 S. 3 AktG gibt keine Veranlassung, über den Wortlaut hinaus abweichend vom Grundsatz des § 54 Abs. 1 AktG auch andere Aktionäre auf Erfüllung einer für sie fremden Einlageverpflichtung in Anspruch zu nehmen. Denn die Bestimmungen der §§ 27 Abs. 3 S. 3, 183 Abs. 2 S. 3 AktG gleichen, um den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung abzusichern, die Verpflichtungen bei unwirksam vereinbarter Sacheinlage denjenigen bei Übernahme einer Bareinlage an; auch im letztgenannten Fall bestehen aber keine Erfüllungsansprüche gegen andere Aktionäre.

III.

Nicht zu entscheiden hat der Senat darüber, ob dem Kläger gegen den Beklagten zu 1. ein Anspruch, insbesondere aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG, darauf zusteht, die weitere von der KG übernommene Einlage in Höhe von 125.000,- Euro (erneut) einzuzahlen. Solche tatsächlichen oder vermeintlichen Ansprüche sind nicht Verfahrensgegenstand.

Die hier in Rede stehende Kapitalerhöhung um 125.000,- Euro ist unstreitig erst am 17.05.2001 beschlossen worden. Bis zu dem - insoweit maßgeblichen - Schluss der mündlichen Verhandlung vom 19.03.2009 hat der Kläger Ansprüche gegen den Beklagten zu 1. indes nur unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 und des damit in Verbindung stehenden Kaufvertrages vom 22.12.2000 geltend gemacht, nicht aber aus der weiteren Kapitalerhöhung vom 17.05.2001. Weder ist ein solches ausdrücklich geltend gemacht worden, noch ist der in Rede stehende Betrag von 125.000,- Euro ins Rechenwerk des Klägers eingeflossen oder mit den an den geltend gemachten Einzelforderungen orientierten Hilfsanträgen aufgegriffen. Der Kläger hat schließlich auch im Verlaufe des Rechtsstreits nicht behauptet, dass - über die Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 hinaus - auch diejenige vom 17.05.2001 von Anfang an konzipiert worden wäre und deshalb in eine Gesamtschau bei Würdigung des Vorliegens einer verdeckten Sacheinlage einzubeziehen wäre. Dementsprechend stellt auch die Entscheidung des Bun-



desgerichtshofs lediglich darauf ab, dass der Abschluss des Kaufvertrages vom 22.12.2000 im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 bereits vor-abgesprochen gewesen sei.

Etwaige Ansprüche aus der Kapitalerhöhung vom 17.05.2001 sind auch nicht durch nachgelassenen Schriftsatz des Klägers vom 30.04.2009 wirksam in den Rechtsstreit eingeführt worden. Der Kläger bezieht nunmehr zwar - erstmals - den Erhöhungsbetrag von 125.000,- Euro in sein Rechenwerk ein und leitet hieraus einen Anspruch aus nicht erbrachter Einlage in Höhe von (971.500,- Euro + 125.000,- Euro =) 1.096.500,- Euro her (Schriftsatz vom 30.03.2009, Seite 2, Bl. 1529 GA). Die Schriftsatzfrist war dem Kläger indes nur eingeräumt worden zur Stellungnahme zu gegnerischen Schriftsätzen und zu den Hinweisen des Senates im Termin, und zwar jeweils innerhalb des Streitgegenstandes, wie er bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung durch die Anträge der Parteien im Termin und den hierzu vorgebrachten Streitgegenstand umrissen worden war. Die Einführung neuer Ansprüche in den Rechtsstreit innerhalb einer Schriftsatzfrist gibt allenfalls Anlass, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen (§156 Abs. 1 ZPO). Auch dazu bestand vorliegend aber kein Anlass, nachdem der Kläger mehrfach - zuletzt durch Urteil des BGH (Tz. 20) in Verbindung mit dem Schreiben des Vorsitzenden des Senates vom 28.05.2008 (Bl. 1106 GA) sowie im Termin vom 19.03.2009 (Bl. 1489 GA) - aufgefordert worden ist, klarzustellen, welchen Anspruch er gegenüber welchem Beklagten in welcher Höhe geltend machen will.

IV.

Der mit der Klage des Weiteren geltend gemachte Anspruch auf Rückerstattung der auf den Kaufvertrag erbrachten Leistungen der AG steht dem Kläger nicht aus § 62 Abs. 1 S. 1 AktG zu.

Neben Ansprüchen auf Zahlung der Einlage verlangt der Kläger vom Beklagten zu 1. Rückerstattung der Leistungen, die die AG auf den - unwirksamen - Kaufvertrag vom 22.12.2000 erbracht hat, bzw. Wertersatz hierfür. Dabei setzt der Kläger als Wert der erbrachten Leistungen der AG den Wert der Verbindlichkeiten der KG an, die die AG aufgrund des Kaufvertrages übernommen hatte bzw. nach dem Vertrag übernehmen sollte. Er lässt sich hierauf Erlöse aus der Verwertung seitens der AG übernommener Vermögensgegenstände abzüglich angesetzter Verwertungskosten anrechnen und errechnet sich eine Forderung von 6.648.304,83 Euro. Hiervon macht der Kläger im Wege der Teilklage zur "Auffüllung" des Klageantrages zu 1. einen Betrag von 440.851,78 Euro für den Fall geltend, dass die Erfüllungsansprüche nur in Höhe von 971.500,- Euro zugesprochen werden. So jedenfalls versteht der Senat die Ausführungen des Klägers in seinem Schriftsatz vom 17.09.2008, S. 19 (Bl. 1199 GA) unter der Überschrift "Berechnung des Rückforderungsanspruches", wo es heißt: "Die Klageforderung bleibt unverändert gemäß Klageantrag 1.412.351,78 Euro. Sie ist vollständig abgedeckt durch die Forderung des Klägers auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 2.671.500,- Euro (971.500,- Euro + 1,7 Mio. Euro...). Selbst wenn lediglich die Einlageforderung von 971.500,- Euro zum Ansatz käme, wäre diese vom Beklagten zu 1. zu entrichten, wobei dann insoweit ein Betrag von 440.851,78 Euro offen bliebe." Dieser Betrag von 440.851,78 Euro soll mithin offenbar derjenige sein, hinsichtlich dessen die Klage gegen den Beklagten zu 1. hilfsweise auf eine Rückerstattung der auf den Kaufvertrag erbrachten Leistungen bzw. entsprechenden Wertausgleich gestützt wird.

Soweit der Kläger diesen Anspruch in rechtlicher Hinsicht auf die Bestimmung des § 62 Abs. 1 AktG gestützt hat, ist seinem Begehren aber bereits durch das Revisionsurteil (Tz. 15, 19) unter Bezugnahme auf die weitere Entscheidung des BGH vom 09.07.2007 (- II ZR 62/06 -, BGHZ 173, 145 – "Lurgi") der Erfolg endgültig versagt worden. Danach käme ein Anspruch aus § 62 Abs. 1 AktG auch dann nicht in Betracht, wenn der von der KG als Nachgründungsgeschäft (§ 52 AktG) gehandhabte Kaufvertrag (auch) wegen Verstoßes gg. § 52 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 AktG unwirksam wäre. Der aktienrechtliche Rückgewähranspruch gem. § 62 AktG betrifft die Kapitalerhaltung; danach verbotene Leistungen sind nur solche, denen keine oder nur eine unangemessen niedrige Gegenleistung gegenübersteht. Das schließt es aus, darin eine allgemeine, von diesen Voraussetzungen unabhängige Anspruchsgrundlage für Rückforderungsansprüche der Gesellschaft aus mit Aktionären geschlossenen, nach aktienrechtlichen Grundsätzen nichtigen Verträgen zu sehen (BGH, Urt. v. 09.07.2007 - II ZR 62/06 -, BGHZ 173, 145, Tz. 18).

V.

Dem Kläger stehen schließlich auch die Bereicherungsansprüche aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 816 Abs. 1, 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB nicht zu, die er gegen den Beklagten zu 1. zur Rückabwicklung des unwirksamen Kaufvertrages vom 22.12.2000 geltend macht. Klagegegenstand ist auch insoweit nach den Darlegungen oben IV. ein Teilbetrag von 440.851,78 Euro aus einem behaupteten Gesamtanspruch von 6.648.304,83 Euro. Weder dieser noch ein

geringerer Bereicherungssaldo zugunsten der AG lässt sich indes feststellen.

1.

Die behaupteten Bereicherungsansprüche sind mittlerweile nachvollziehbar dargetan. Der für den Saldo darlegungspflichtige Bereicherungsgläubiger kann nicht einfach die gesamte eigene Leistung zurückfordern, wenn offenkundig ist, dass ein zu saldierender Bereicherungsgegenstand sich in dem eigenen Vermögen befindet. Er muss vielmehr, gegebenenfalls unter Schätzung des Wertes der eigenen herausgabe- bzw. anrechnungspflichtigen Bereicherung, den Saldo darlegen, auf den er glaubt Anspruch zu haben (Revisionsurteil, Tz. 16). Andererseits bedarf es keiner Darlegung aller denkbaren negativen Rechnungsposten, weil für die Voraussetzungen einer Entreicherung derjenige die Beweislast trägt, der sie geltend macht (BGH, Urt. v. 09.07.2007 - II ZR 62/06 -, BGHZ 173, 146, Tz. 25; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.06.08 - I-18 U 25/08, 18 U 25/08 -, BB 2008, 180, Rn. 116; BGH, Urt. v. 10.02.99 - VIII ZR 314/79 -, NJW 1999, 1181).

Diesen Anforderungen genügen die Darlegungen des Klägers aus seinem Schriftsatz vom 17.09.2008 (Bl. 1181 ff. GA), mit denen er dem Wert der Verbindlichkeiten, von denen die AG die KG befreit hat, den behaupteten Wert seitens der AG übernommener Vermögenswerte abzüglich der angeblichen Kosten ihrer Verwertung gegenüber gestellt hat. Dass er auf einzelne der zuvor oder in der Folge von den Beklagten eingewandten Abzugspositionen eingegangen ist, steht der Schlüssigkeit seines Vorbringens nicht entgegen, sondern wird bei der Würdigung der beiderseits anzusetzenden Positionen des Bereicherungsausgleichs zu berücksichtigen sein.

2.

Im Ergebnis steht dem Kläger ein Bereicherungsanspruch nicht zu, weil der Wert der von der KG auf den Kaufvertrag erbrachten Leistungen den Wert der im Rahmen der Saldotheorie anzusetzenden Gegenleistungen der KG nicht überschreitet.

a. Auf den in Betracht kommenden Bereicherungsanspruch des Klägers gemäß §§ 812, 818 BGB ist im Grundsatz die sog. Saldotheorie anzuwenden, wobei die Unwirksamkeitsfolgen des § 183 Abs. 2 AktG für die dinglichen Vollzugsgeschäfte zu berücksichtigen sind. Soweit ein dinglicher Herausgabeanspruch auf die unwirksam übertragenen Vermögenswerte nicht mehr in Betracht kommt, etwa weil diese nicht mehr vorhanden sind, kommen insbesondere Ansprüche auf Wertersatz, etwa für verbrauchtes Umlaufvermögen (§ 818 Abs. 2 BGB), sowie Ansprüche auf Nutzungersatz gemäß § 818 Abs. 1 BGB in Betracht (Revisionsurteil, Tz. 15). Die Vermögensgegenstände, deren Rückübertragung nicht mehr in Betracht kommt und hinsichtlich deren nur noch ein Wertausgleich in Betracht kommt, sind mithin zum Zwecke der Ermittlung des Bereicherungssaldos einzeln zu bewerten.

Der Kläger macht demgegenüber geltend, der Kaufvertrag habe das Unternehmen in seiner Gesamtheit erfasst. Daher sei auch für die Zwecke der Rückabwicklung die Bereicherung der AG, die diese sich im Rahmen der Saldierung anrechnen lassen müsse, nach dem Wert zu bemessen, den das Unternehmen in seiner Gesamtheit zum Zeitpunkt der Übertragung gehabt habe. Dieser Wert sei in der Übernahmebilanz zum 15.08.2000 nicht zutreffend abgebildet; die dortigen Wertansätze seien willkürlich gewählt worden, wobei man wesentlich von dem Bestreben geleitet gewesen sei, einen rechnerischen Ausgleich zum Betrag der übernommenen Verbindlichkeiten darzustellen. Eine effektive Werthaltigkeitskontrolle durch den Beklagten zu 5., habe gefehlt, weil dieser von unzutreffenden Voraussetzungen ausgegangen, insbesondere nicht über die aufschiebenden Bedingungen des Kaufvertrages und ihren Nichteintritt unterrichtet gewesen sei.

Dem vermag der Senat, soweit es hierauf für den systematischen Ansatz der Berechnung des Bereicherungssaldos ankommt, nicht zu folgen. Bereits die Vorgaben des Revisionsurteils (Tz. 15) gebieten eine auf die einzelnen Vermögenswerte und deren getrennte Bewertung bezogene Rückabwicklung. Ersichtlich nur in Abgrenzung hierzu und als weiterführenden Verweis für den anders gelagerten Sachverhalt eines Unternehmenskaufvertrages hat der Bundesgerichtshof in einem Klammerzusatz am Ende der genannten Entscheidungspassage auf seine Urteile vom 10.02.1999 - VIII ZR 314/97 -, NJW 1999, 1181 und vom 05.07.2006 - VIII ZR 172/05 -, BGHZ 168, 220) verwiesen. Gegenstand des unwirksamen und rückabzuwickelnden Kaufvertrages vom 22.12.2000 war gerade die Übertragung nicht eines Unternehmens als Ganzes, sondern einzelner, enumerativ aufgeführter Vermögensgegenstände. Diese machten auch nicht im Ergebnis das gesamte Vermögen der KG aus. So sollten beispielsweise nur die Neuwaren käuflich von der AG erworben, die Altwaren hingegen nur zum Verkauf auf Kommission auf die AG über-

tragen werden, wobei die Beklagten den Wert der Altwaren unter Bezugnahme auf Berichte des Klägers an das Insolvenzgericht unwidersprochen auf immerhin rund 1,2 Mio. DM beziffert haben.

b. Aufgrund von Rechtshandlungen der AG zur Erfüllung des Kaufvertrages vom 22.12.2000 ist die KG um 16.491.640,17 DM (8.432.041,73 Euro) rechtsgrundlos bereichert.

aa. Zugunsten der AG ist neben dem symbolischen Kaufpreis von 1,- DM der Wert der Verbindlichkeiten anzusetzen, von denen die AG die KG befreit hat, allerdings nicht mit dem vom Kläger behaupteten Wert von 8.909.805,12 Euro, sondern nur in Höhe von 6.282.971,18 Euro (12.228.423,52 DM).

(1) Mit dem Kaufvertrag waren auch die zu seiner Vollziehung vorgenommenen Rechtsgeschäfte unwirksam (§ 183 Abs. 2 AktG). Deshalb stehen dem Kläger Bereicherungsansprüche wegen der (relativ) unwirksamen Schuldübernahme nur zu, soweit die Gläubiger zugestimmt haben (§§ 415 Abs. 1, 417 Abs. 2 BGB) oder diese von der AG tatsächlich befriedigt worden sind (Revisionsurteil, Tz. 15). Letzteres war hinsichtlich all jener Verbindlichkeiten der KG der Fall, die die AG nach dem Kaufvertrag übernehmen sollte. Der Behauptung des Klägers, alle Verbindlichkeiten seien erfüllt worden, ist der Beklagte zu 1. nicht - jedenfalls nicht ausreichend - entgegen getreten. Er hat hierzu keine eigenen Ausführungen gemacht, sondern lediglich im Termin vom 19.03.2009 pauschal Bezug genommen auf Vortrag und Beweisangebote des Beklagten zu 2. sowie der Beklagten zu 3. und 4. in dem neu eröffneten Berufungsverfahren, die er sich zu eigen mache (Bl. 1490 GA). Der Beklagte zu 2. einerseits und die Beklagten zu 3. und zu 4. andererseits haben jedoch zur Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten unterschiedlich vorgetragen: Während der Beklagte zu 2. dem Vortrag des Klägers, alle Verbindlichkeiten seien erfüllt worden, überhaupt nicht entgegen getreten ist, haben die Beklagten zu 3. und zu 4. geltend gemacht, es "müsse bestritten werden", dass die Verbindlichkeiten erfüllt worden seien, ohne dies näher auszuführen. Die nicht näher differenzierende Bezugnahme des Beklagten zu 1. auf den uneinheitlichen Vortrag der übrigen Beklagten enthält mithin keinen hinreichend klaren Vortrag des Beklagten zu 1. dahin gehend, dass die übernommenen Forderungen generell oder einzelne davon nicht durch die AG beglichen worden seien. Im übrigen haben auch die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zu dem Ergebnis geführt, dass die Verbindlichkeiten, die die AG von der KG übernommen hat, vollständig erfüllt worden sind (für den Kontokorrentkredit bei der Sparkasse W...: Bl. 621 der Akte 2050 Js 4826/02 StA Koblenz; für die Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen: Bl. 531 der Akte 2050 Js 4826/02 StA Koblenz).

(2) Die Höhe der übernommenen und beglichenen Verbindlichkeiten beläuft sich indes nicht, wie vom Kläger angesetzt, auf 8.909.805,12 Euro, sondern nur auf 6.282.971,18 Euro (12.228.423,52 DM). Dieser geringere Betrag ergibt sich aus der vom Kläger selbst herangezogenen, dem Kaufvertrag beigefügten Übernahmebilanz (Anlage K5 GA) unter Addition der Positionen "Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen: 3.344.434,34 DM" und der "Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten: 8.943.989,18 DM". Soweit in die ins Rechenwerk des Klägers eingestellte Bilanzsumme von 8.909.805,12 Euro (17.426.064,14 Euro) weitere Positionen eingeflossen sind, sind diese jeweils gesondert auf ihre Relevanz für den Bereicherungsausgleich zu untersuchen.

Zur Begründung seines Wertansatzes für die Verbindlichkeiten, von denen die AG die KG befreit haben soll, bezieht sich der Kläger darüber hinaus auf den Tatbestand des Urteils des Senates vom 20.04.2006 sowie auf die Feststellungen des BGH im Revisionsurteil (Schriftsatz des Klägers vom 17.09.2008, S. 20, Bl. 1200 GA). Der Tatbestand des Urteils des Senates ist insoweit indes unbehelflich, weil dort lediglich die Wertangabe des Klägers im streitigen Tatbestand wiedergegeben ist (vgl. S. 8 des Entscheidungsabdruckes, Bl. 999 GA). Die zitierten Ausführungen im Revisionsurteil (dort Tz. 19) verhalten sich nicht zum Wert der Schuldbefreiung.

bb. Im Rahmen des Bereicherungsausgleichs außer Betracht zu bleiben hatten insbesondere die im Zusammenhang mit den Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen vorgenommenen Rückstellungen in Höhe von 20.000,- DM für ausstehende Eingangsrechnungen. Nach unwidersprochenem Vortrag der Beklagten bedurfte es dieser Rückstellungen nicht, weil keine Eingangsrechnungen ausstehend hatten. Entsprechendes gilt für die Gewährleistungsrückstellungen in Höhe von 360.000,- DM; auch der Vortrag der Beklagten, es seien keine Gewährleistungsansprüche gestellt worden, ist unwidersprochen geblieben.

cc. Im Rahmen des Bereicherungsausgleichs ist zugunsten der AG ein Betrag von 4.203.215,65 DM anzusetzen für die von den Kunden des Unternehmens vor der Betriebsübernahme geleisteten Anzahlungen. Der entsprechende Wertansatz in der Übernahmebilanz ist dahin gehend zu verstehen, dass die AG die KG aufgrund des Kaufvertrages von etwaigen Rückforderungsansprüchen der Kunden befreien wollte. Der im Rahmen des Bereicherungsaus-

gleichs auch von den Beklagten zu 2. bis 4. zugestandene Ansatz findet sein Korrelat im Wert des übernommenen Auftragsbestandes, in den er gleichfalls - als einer von mehreren Rechnungsposten - einfließt. Die Bezugnahme des Klägers auf die Übernahmebilanz und der Umstand, dass er der Darstellung der Beklagten zur Übernahme von Auftragsbestand und Anzahlungen nicht widersprochen hat, rechtfertigen es, den Betrag der Anzahlungen von 4.203.215,65 DM auch an dieser Stelle als auszugleichende Leistung der AG an die KG anzusetzen.

Nach alledem hat die KG durch Leistungen der AG zur Abwicklung des Kaufvertrages vom 22.12.2000 Leistungen im Gesamtwert von 16.491.640,17 DM (8.432.041,73 Euro) erlangt.

c. Dem stehen zu saldierende Leistungen der KG an die AG in einer die Leistungen der AG an die KG übersteigenden Höhe von insgesamt 21.904.525,64 DM (11.199.606,12 Euro) gegenüber.

aa. Der Beklagte zu 1. kann im Rahmen der Saldierung der wechselseitig rückabzuwickelnden Leistungen zunächst einen Betrag von 15.666.892,- DM (= 8.010.354,68 Euro) ansetzen als Verkaufserlös der (Neu-)Waren, die die KG der AG mit dem Vertrag vom 22.12.2000 (unwirksam) veräußert und ihr zum Zwecke der Eigentumsübertragung überlassen hatte. Dabei verstehen die Parteien unter Neuwaren solche, die seit dem 19.06.1999 - also erst im Rahmen der Insolvenzfortführung des Geschäftsbetriebes der KG - gekauft wurden. Nur diese (Neu-)Waren sollten mit Vertrag vom 22.12.2000 von der KG an die AG veräußert werden (§ 1 Abs. 1 Buchst. b) aa) des Kaufvertrages).

Mit dem Kaufvertrag waren auch die Rechtshandlungen zu seiner Ausführung einschließlich der Übereignung der Neuwaren an die AG unwirksam (§ 183 Abs. 2 S. 1 AktG). Eine Rückgabe der Waren scheidet jedoch aus, weil die AG oder der Kläger diese jedenfalls mittlerweile - dies ist unstreitig - sämtlich weiterveräußert haben. Damit ist an Stelle des Herausgabeanspruches ein Anspruch auf Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB) bzw. auf Herausgabe des Veräußerungserlöses (§ 816 Abs. 1 BGB) getreten, wobei es dem Bereicherungsgläubiger freisteht, Herausgabe des Veräußerungserlöses auch dann zu verlangen, wenn dessen Betrag den Wert der veräußerten Waren übersteigt.

Diese Grundsätze führen vorliegend zu einem Ansatz von 15.666.892,- DM, entsprechend der Schätzung des Beklagten zu 2. zur Höhe des Verkaufserlöses (Schriftsatz vom 30.09.2008, Bl. 1227 GA), die sich der Beklagte zu 1. zu eigen gemacht hat (Protokoll vom 19.03.2009, Bl. 1490 GA).

Die Schätzung der Beklagten zu 1. und zu 2. begegnet zunächst insoweit keinen Bedenken, als sie von einem (Einkaufs-)Wert des übernommenen Neuwarenbestandes von 9.153.202,72 DM ausgeht, wie er in der Übernahmebilanz per 15.08.2000 beziffert ist. Der Kläger hat zwar in seiner Klageschrift (Bl. 20, 32 GA) behauptet, hinsichtlich der Warenvorräte, die die AG übernommen habe, habe sich gegenüber der Übernahmebilanz ein Minderbestand von 1,16 Mio. DM ergeben, der sich bei der Datenumstellung auf ein neues Warenwirtschaftssystem im Frühjahr 2001 erneut gezeigt habe. Hierzu hat der Kläger auf das Protokoll der 12. Sitzung des Gläubigeraussschusses der KG vom 07.12.2000 verwiesen, in dem die Inventurdifferenz von 1,16 Mio. DM festgestellt worden ist (Anlage K10 GA). Gerade dieses Protokoll bestätigt indes, dass sich die Inventurdifferenz - deren Existenz die Beklagten nicht in Abrede stellen - nicht auf den hier in Rede stehenden Neuwarenbestand bezog, sondern auf die Altwaren, die Waren also, die die KG ihrerseits schon vor der eigenen Insolvenz angekauft hatte. Denn die Inventurdifferenz wurzelt ausweislich des Protokolls vom 07.12.2000 in einer Fortschreibung der Inventur der KG zum 31.12.1998. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG ist aber erst am 10.06.1999 beantragt und am 01.09.1999 eröffnet worden, weshalb sich eine Inventur zum 31.12.1998 nicht zu den Neuwaren verhalten kann. Allein diese sollten aber durch Vertrag vom 22.12.2000 an die AG veräußert werden (§ 1 Abs. 1 Buchst. b) aa) des Kaufvertrages), während die Altwaren der AG zum Verkauf auf Kommission überlassen wurden (§ 12 des Kaufvertrages).

Auf Basis des Wareneinkaufswertes, wie in der Übernahmebilanz per 15.08.2000 angesetzt, schätzen die Beklagten zu 1. und zu 2. den Verwertungserlös der übernommenen Neuwaren auf mindestens 15.666.892,- DM. Wegen der hierzu angestellten Berechnungen wird auf den Schriftsatz des Beklagten zu 2. vom 30.09.2008, S. 1227 f., Bezug genommen. Den dort angestellten, schlüssigen und nachvollziehbaren Überlegungen und Berechnungen ist der Kläger - abgesehen von dem bereits erörterten, nicht durchgreifenden Einwand einer Inventurdifferenz - weder hinsichtlich des eingestellten Zahlenwerkes noch hinsichtlich der der Schätzung zugrunde liegenden Erwägungen noch hinsichtlich des Ergebnisses substantiell entgegen getreten. Das Ergebnis dieser Berechnungen, einen geschätzten Erlös aus dem Verkauf der Neuwaren in Höhe von 15.666.892,- DM, ist daher auch der Entscheidung des Rechtsstreits zugrunde zu legen.

bb. Die AG ist darüber hinaus zur Kaufvertragserfüllung bereichert worden um Forderungen aus Lieferungen und Leistungen im Wert von 821.003,82 Euro, dem hierfür in der Übernahmebilanz zum 15.08.2000 ausgewiesenen Wert, den auch die Beklagten ihrem Rechenwerk zugrunde legen. Diesem Ansatz ist der Kläger nicht ausreichend entgegen getreten. Er setzt zwar in seinem Schriftsatz vom 17.09.2008 unter dem Stichwort "Forderungseinzug (Altforderungen, Globalzession)" einen Betrag von nur 151.435,09 Euro und unter dem Stichwort "Forderungseinzug (Neuforderungen)" einen Betrag von nur 88.580,47 Euro an. Offen geblieben ist aber, ob damit die "Forderungen aus Lieferungen und Leistungen" gemeint sind, die in der Übernahmebilanz mit einem Wert von 821.003,82 Euro veranschlagt worden waren. Dagegen spricht neben den - nicht näher erläuterten - Begrifflichkeiten und divergierenden Beträgen, dass sich die nachfolgenden Ausführungen des Klägers zu Verwertungskosten ersichtlich nicht - jedenfalls nicht nur - auf die Verwertung derjenigen Vermögensgegenstände beziehen, die der AG von der KG überlassen worden waren, sondern auf die Verwertung der gesamten vom Kläger verwalteten Insolvenzmasse. Besonders deutlich wird das an den verfahrensbezogenen Kostenpositionen (Masseprozesse, Gerichtskosten, Verwaltervergütungen u. v. m.). Es ist auch weder ersichtlich noch dargetan, warum in der Übernahmebilanz ein um den Faktor 3,4 überhöhter Betrag abgetretener Forderungen aus Lieferungen und Leistungen ausgewiesen worden sein soll oder umgekehrt der Kläger nicht in der Lage gewesen sein soll, mehr als 30 % des Nennwertes der abgetretenen Forderungen einzuziehen. Alles in allem geht der Senat daher, entsprechend der Übernahmebilanz, von einem Ansatz von 821.003,82 Euro aus.

cc. Für die Nutzung überlassener Software veranschlagen die Beklagten zu Recht einen Betrag von 82.235,04 DM. Der Wert gezogener Nutzungen ist zu ersetzen (§ 818 Abs. 1 BGB); dem hierzu vorgetragenen Sachverhalt ist der Kläger ebenso wenig entgegen getreten wie dem Wertansatz.

dd. Durch die Überlassung der Geschäftsausstattung einschließlich der geringwertigen Wirtschaftsgüter ist der AG um einen Betrag von 1.256.307,30 DM bereichert, der sich errechnet aus Nutzungersatz und Verkaufserlös.

Den Wert der Nutzungen, die die AG aus der Überlassung der Geschäftsausstattung gezogen hat, beziffert der Beklagte zu 1. durch Bezugnahme auf die Ausführungen der Beklagten zu 3. und zu 4. im Schriftsatz vom 14.10.2008 (Bl. 1267 GA) unwidersprochen auf 650.000,- DM. Sie sind im Rahmen der Saldierung der wechselseitig erbrachten und rückabzuwickelnden Leistungen anzusetzen, § 818 Abs. 2 BGB.

Neben dem Wertersatz für die Nutzung der Geschäftsausstattung hat sich der Kläger den aus ihrer Veräußerung erzielten Erlös anrechnen zu lassen, § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit sind keine Werte zum Nachteil des Klägers doppelt angesetzt, weil sich die rund 1 ½-jährige Nutzung der Geschäftsausstattung durch die AG bis zum Zeitpunkt ihres Verkaufs in einem entsprechend niedrigeren Verkaufserlös niedergeschlagen hat. Diesen Verkaufserlös beziffert der Beklagte zu 1. im Wege der Bezugnahme auf die Ausführungen des Beklagten zu 2. (Schriftsatz vom 30.09.2008, S. 12, Bl. 1236 GA) auf mindestens 310.000,- Euro (606.307,30 DM), entsprechend den Verkaufserlösen aus den Niederlassungen in M... (40.000,- Euro) und W... (200.000,- Euro zzgl. Hochregal 70.000,- Euro), die der Kläger selbst in seinem Bericht vom 01.08.2002 angegeben hat (Bl. 374, 375 der Akte 19 IN 7/2002 AG Worms). Dem ist der Kläger nicht entgegen getreten.

ee. Für die Überlassung der Mietereinbauten hat sich der Kläger im Rahmen des Bereicherungsausgleichs nach der Saldotheorie einen Betrag von 1.023.329,50 DM anrechnen zu lassen. Dieser Betrag entspricht nach Vortrag des Beklagten zu 2., den sich wiederum der Beklagte zu 1. zu eigen gemacht hat und dem der Kläger nicht substantiiert entgegen getreten ist, dem Wert der gezogenen Nutzungen.

Der Kläger betont zwar, die Mietereinbauten seien infolge der negativen Fortführungsprognose des Unternehmens wertlos gewesen. In der Tat ist unstreitig, dass die Mietereinbauten, nachdem die AG insolvenzbedingt keine Verwendung mehr dafür hatte, nicht verkäuflich waren, weil sie bei einem Ausbau zerstört worden wären. Das steht aber der Annahme nicht entgegen, dass die AG, solange sie die Mietereinbauten genutzt hat, hieraus einen wirtschaftlichen Nutzen gezogen hat.

Unbehelflich ist auch der weitere Einwand des Klägers, die Mietereinbauten hätten schon deshalb nicht wirksam übertragen werden können, weil es einerseits an einem Übereignungsakt fehle - der Kaufvertrag sehe keine Abtretung von Wegnahme- oder Bereicherungsansprüchen oder Aneignungsrechten gegenüber dem Grundstückseigentümer oder der KG als Zwischenmieterin vor - und andererseits die Einbauten dem Haftungsverbund der Grundstücke unterlegen hätten, die jeweils wertausschöpfend belastet gewesen seien. Auf all das kommt es nicht an. Eine etwaige Eigentumsübertragung der Mietereinbauten war jedenfalls nach § 183 Abs. 2 S. 1 AktG unwirk-

sam. Gleichwohl hat aufgrund des unwirksamen Kaufvertrages die KG der AG faktisch die Möglichkeit verschafft, die Mietereinbauten zu nutzen. Von dieser Möglichkeit hat die AG bis zu ihrer Insolvenz auch Gebrauch gemacht. Dafür ist nach § 818 Abs. 1 BGB Nutzungsersatz zu leisten.

Einen darüber hinausgehenden Wertersatz für die Mietereinbauten (§ 818 Abs. 2 BGB) - die unstreitig nicht mehr vorhanden sind und deshalb nicht mehr herausgegeben werden können - hat sich der Kläger neben dem Nutzungsersatz im Ergebnis nicht anrechnen zu lassen, weil den Mietereinbauten zum hierfür maßgeblichen Zeitpunkt nach den vorstehenden Ausführungen ein wirtschaftlicher Wert nicht mehr zukam.

Der gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu leistende Wertersatz richtet sich nach ständiger Rechtsprechung nach dem objektiven Verkehrswert des Erlangten. Er entspricht dem Betrag, den ein Dritter am Markt für das in Rede stehende Rechtsgut zu zahlen bereit wäre. Maßgebender Zeitpunkt der Wertermittlung ist zwar grundsätzlich derjenige, zu dem der Anspruch entstanden ist. Wenn aber die Erfüllung der Verpflichtung zur Herausgabe des Erlangten in Natur zeitlich erst nach der Entstehung des Bereicherungsanspruchs unmöglich geworden ist und sich in eine Wertersatzpflicht gewandelt hat, ist für den Umfang der Wertersatzpflicht der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit zugrunde zu legen (BGH, Urt. v. 05.07.06 \_ VIII ZR 172/05 -, NJW 06, 2847, Tz. 36, 39). So liegt der Fall hier. Die AG hat mit Übernahme des Geschäftsbetriebes am 15.08.2000 auch die im Eigentum der E... B... GmbH i. L. als Besitzgesellschaft stehenden Geschäftsräume und die darin befindlichen Mietereinbauten in Besitz genommen. Weil auch die Übernahme der Geschäftsräume im Kaufvertrag geregelt ist (§ 7) und rechtlich von dessen Unwirksamkeit mit umfasst war, hätten zunächst rechtlich wie faktisch sowohl die Mieträume als auch die darin befindlichen Mietereinbauten, letztere also zerstörungsfrei, an die KG zurückgegeben werden können. Erst in der Folge, letztlich im Zuge der Verwertung der Masse der AG, ist die Herausgabe der Mietereinbauten unmöglich geworden. Zu diesem Zeitpunkt war ihr wirtschaftlicher Restwert aber auf den Zerschlagungswert von Null gesunken, weil sie weder für die insolvente AG noch anderweitig nutz- oder verwertbar waren.

Unerheblich ist danach die streitige Frage, welches rechtliche Schicksal die im Kaufvertrag vorgesehenen auf-schiebenden Bedingungen, insbesondere hinsichtlich eines langfristigen Mietverhältnisses, hatten und wie sich diese Bedingungen ggf. auf die Fortführungsprognose des Unternehmens und den Wert der Mietereinbauten zum Zeitpunkt ihrer Überlassung an die AG auswirkten.

ff. Der Wert des Auftragsbestandes von ca. 13 Mio. DM, den die AG ungeachtet der Unwirksamkeit des Kaufvertrages und der zu seiner Erfüllung vorgenommenen Rechtsgeschäfte von der KG übernommen und in der Folge abgewickelt hat, ist mit 5.893.000,- DM anzusetzen. Davon entfallen 4.203.215,65 DM auf die von den Kunden bereits geleisteten Anzahlungen (vgl. dazu bereits den Ansatz oben b. cc.; die Position "Anzahlungen" bleibt im Ergebnis also "bilanzverlängernd" wertneutral), weitere 1.690.000,- DM (13 % des Auftragswertes) auf die branchenübliche Vergütung für die Übertragung eines entsprechenden Auftragsbestandes. Dem dahin gehenden Vortrag der Beklagten zu 3. und zu 4. (Schriftsatz vom 4.10.2008, S. 14, Bl. 1272 GA), den sich der Beklagte zu 1. zu eigen gemacht hat (Bl. 1490 GA), ist der Kläger nicht entgegen getreten.

gg. Die Nutzung des Firmennamens ist mit einem Wert von 34.000,- DM zu veranschlagen. Der Ansatz der Übernahmebilanz per 15.08.2000 von nur 10.000,- DM ist insoweit deutlich zu niedrig. Hinsichtlich des richtigerweise anzusetzenden Betrages ist der Vortrag des Beklagten zu 1. allerdings insoweit widersprüchlich, als er pauschal auf das Vorbringen des Beklagten zu 2. sowie der Beklagten zu 3. und zu 4. Bezug nimmt, diese aber unterschiedliche Wertansätze für angemessen halten, und zwar der Beklagte zu 2. einen Wert von mindestens 34.000,- DM, die Beklagten zu 3. und zu 4. einen Wert von mindestens 50.000,- DM. Auszugehen ist daher im Verhältnis des Klägers zum Beklagten zu 1. von dem niedrigeren Ansatz, dem der Kläger auch nicht widersprochen hat.

hh. Mindestens in Höhe von 215.943,- DM hat sich der Kläger eine rechtsgrundlose Bereicherung der AG durch die Überlassung des Fuhrparks der KG anrechnen zu lassen. Davon entfallen 184.500,- DM auf gezogene Nutzungen, die weiteren 31.443,- DM auf den in der Übernahmebilanz ausgewiesenen Buchwert der dort erfassten 9 Fahrzeuge. Dem Ansatz für Nutzungen ist der Kläger nicht entgegen getreten. Hinsichtlich des Wertes der Fahrzeuge orientiert sich der Senat im Wege einer Schätzung (§ 287 Abs. 1 ZPO) an dem in der Übernahmebilanz per 15.08.2000 genannten Betrag von 31.443,- DM. Zwar ist für den Wertausgleich nach § 818 Abs. 2 BGB für die Fahrzeuge, deren Herausgabe nicht mehr möglich ist, wie bei den Mietereinbauten auf den Wert abzustellen, den die Fahrzeuge bei Eintritt der Unmöglichkeit hatten. Dieser Wert muss gegenüber demjenigen zum 15.08.2000 (Stichtag der Übernahmebilanz) zurückgegangen sein. Andererseits ist aber unstreitig, dass sich der Wertansatz der Übernahmebilanz nur auf 9 von insgesamt 41 überlassenen Fahrzeugen bezieht. Der Wert der gesamten überlassenen Fahrzeugflotte hätte deshalb im Frühjahr 2002 nur dann unter 31.443,- DM gelegen, wenn die Fahrzeuge

in den rund 1 ½ Jahren, in denen sie für den Geschäftsbetrieb der AG genutzt wurden, 80 % ihres Wertes verloren hätten. Das ist weder behauptet noch vorgetragen. Einer genaueren Aufklärung bedarf es angesichts der Höhe der weiteren in den Bereicherungssaldo einfließenden Positionen nicht.

ii. Zu Recht setzen schließlich der Beklagte zu 2. und, hierauf Bezug nehmend, der Beklagte zu 1. eine auszugleichende Bereicherung der AG in Höhe von 394.461,- DM als Finanzierungswert des Altwarenbestandes an, den die AG nach § 12 des Kaufvertrages vom 22.12.2000 zum Verkauf auf Kommission von der KG übernommen hat. Diese Waren verkaufen zu müssen, ohne ihre Anschaffung (vor-)finanzieren zu müssen, verkörperte für die AG einen wirtschaftlichen Wert, weil mit dem Verkauf ein Provisionsanspruch der AG verbunden war (§ 12 Abs. 2, 3 des Kaufvertrages). Ob infolge der Unwirksamkeit des Kaufvertrages auch die Provisionen nach Bereicherungsgrundsätzen an die KG auszukehren wären, bedarf keiner Entscheidung, da sich der Kläger hierauf nicht berufen hat und im übrigen auch zum Betrag der erlangten Provisionen nichts bekannt ist. - Der Höhe nach ist der Kläger dem Wertansatz von 394.461,- DM, wie im einzelnen im Schriftsatz des Beklagten zu 2. vom 30.09.2008, S. 9 (Bl. 1233 GA) erläutert, nicht entgegen getreten.

jj. Nach alledem ist die AG durch Leistungen der KG zur Erfüllung des unwirksamen Kaufvertrages um insgesamt 22.113.757,44 DM (11.306.584,64 Euro) rechtsgrundlos bereichert.

Der Kläger kann hiervon nicht, etwa unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB), die behaupteten Verwertungskosten von 2.261.500,29 Euro in Abzug bringen. Ob ein entsprechender Abzug dem Grunde nach gerechtfertigt wäre, bedarf keiner Entscheidung. Denn jedenfalls die Höhe der Verwertungskosten ist schon vom argumentativen Ansatz her nicht schlüssig dargetan. Die Auflistung im Schriftsatz des Klägers vom 17.09.2008, S. 22 (Bl. 1202 GA), bezieht sich ersichtlich nicht auf die Kosten der Verwertung der aufgrund des Kaufvertrages überlassenen Vermögensgegenstände, sondern auf die Kosten der Insolvenzverwaltung durch den Kläger. Soweit hiermit die Notwendigkeit einer Verwertung der Insolvenzmasse verbunden war, vermag der Senat nicht festzustellen, ob und inwieweit es um genau die Gegenstände ging, die die KG der AG aufgrund des Kaufvertrages vom 22.12.2000 überlassen hatte. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der AG wurde erst aufgrund des Eigeninsolvenzantrages vom 18.01.2002 eingeleitet, mithin knapp 1 ½ Jahre nach Betriebsübernahme durch die AG (15.08.2000). Der Warenbestand des Unternehmens wurde unstreitig durchschnittlich alle 3-4 Monate umgeschlagen. Unter diesen Umständen kann allenfalls noch ein geringer Teil des aufgrund des Kaufvertrages überlassenen Umlaufvermögens vom Kläger verwertet worden sein und dürfte er auch das Anlagevermögen nicht mehr in der ursprünglichen Zusammensetzung vorgefunden und verwertet haben. Zudem gehörte zu den Aufgaben des Klägers im Rahmen des Insolvenzverfahrens, die mit seinen gesetzlichen Gebühren abgegolten sind und für die weitere Verwaltungskosten angefallen sind, weit mehr als nur die Verwertung der Insolvenzmasse. Schließlich enthält die Liste auch eine Vielzahl von Kostenpositionen, die gar nichts mit einer Verwertung - welcher Vermögensgegenstände auch immer - zu tun haben, etwa Steuern, Mieten, Kosten der Betriebsfortführung, Lohnkosten nebst Lohnnebenkosten u.v.m.

Der Kläger ist im Termin vom 19.03.2009 darauf hingewiesen worden, dass der Senat die als Verwertungskosten geltend gemachten Beträge insgesamt nicht für abzugsfähig hält. Von der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme und ggf. Darlegung der tatsächlichen Verwertungskosten hinsichtlich der seitens der KG überlassenen Vermögenswerte hat er insoweit keinen Gebrauch gemacht.

Es bleibt deshalb dabei, dass im Rahmen des Bereicherungsausgleichs zur Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 22.12.2000 die KG 16.491.640,17 DM an die AG, die AG jedoch 22.113.757,44 DM an die KG zu leisten hätte. Ein auszugleichender Bereicherungssaldo zugunsten der AG, den der Kläger im vorliegenden Verfahren mit Erfolg geltend machen könnte, ist deshalb nicht festzustellen. Die zu tenorierende Verpflichtung des Beklagten zu 1. beschränkt sich auf die Pflicht aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG, die Einlage der KG nachzuentrichten.

VI.

Weitergehende Ansprüche gegen den Beklagten zu 1. sind dem Kläger auch aufgrund der Hilfsanträge zum Klageantrag zu 1. nicht zuzusprechen. Der erste Hilfsantrag bezieht sich, soweit das dem geltend gemachten Betrag von 971.000,- Euro zu entnehmen ist, auf den Betrag der Einlage, die die KG am 14.08.2000 übernommen hat (richtigerweise: 971.500,- Euro), der zweite Hilfsantrag von 750.000,- Euro auf den Betrag der Einlage, die der Beklagte zu 3. am 14.08.2000 übernommen hat (richtigerweise: 728.500,- Euro). Diese Forderungsgegenstände sind bereits in die Klagebegründung zum Hauptantrag eingeflossen und im Rahmen der vorstehenden Ausführungen

erörtert worden.

## **B. Ansprüche gegen den Beklagten zu 2.**

I.

Das Begehren des Klägers im Verhältnis zum Beklagten zu 2. ist dahin gehend auszulegen, dass der Kläger den Beklagten zu 2. in erster Linie auf Schadensersatz wegen Unwirksamkeit und Uneinbringlichkeit der Einlage der KG in Höhe von 2.671.500,- Euro, hilfsweise und ergänzend bis zu einem Gesamtbetrag von 5 Mio. Euro auf Schadensersatz wegen der Unwirksamkeit des Kaufvertrages und der Notwendigkeit seiner Rückabwicklung in Anspruch nimmt.

Den Beklagten zu 2., der als seinerzeitiger Insolvenzverwalter der KG und Aufsichtsratsvorsitzender der AG die übertragende Sanierung in die Wege geleitet und maßgeblich daran mitgewirkt hat, nimmt der Kläger wegen des Fehlschlagens dieser Sanierung auf Schadensersatz in Anspruch.

Dabei macht der Kläger zunächst geltend, der Beklagte zu 2. habe als Aufsichtsratsmitglied der AG schuldhaft wahrheitswidrig erklärt, dass die Bareinlage geleistet worden sei und sich die Mittel endgültig in der freien Verfügung des Vorstandes befänden. Da die Einzahlung der Bareinlage aber unwirksam gewesen und die KG insolvenzbedingt zu ihrer Nachentrichtung außerstande sei, hafte der Beklagte zu 2. für die Bareinlageschuld der KG. Entsprechend der Höhe der angenommenen Bareinlageverpflichtung der KG von 2.671.500,- Euro (971.500,- Euro, oben A. I., zzgl. 1,7 Mio. Euro, oben A. II.) errechnet sich der Kläger hieraus eine Schadensersatzforderung gegen den Beklagten zu 2. in Höhe von 2.671.500,- Euro.

Schadensersatz macht der Kläger darüber hinaus im Zusammenhang mit angenommenen Bereicherungsansprüchen geltend, wobei er sich eines Schadensersatzanspruches gegen den Beklagten zu 2. (wie auch gegen die Beklagten zu 3. und 4.) von insgesamt 6.648.304,83 Euro berührt, der im Wege der Teilklage nur partiell geltend gemacht werden soll. Wegen des Gesamtbetrages wird Bezug genommen auf den Schriftsatz des Klägers vom 17.09.2008, S. 27 (Bl. 1207 GA), wo dieser im Anschluss an Ausführungen zum angenommenen Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten zu 1. in Höhe von 6.648.304,83 Euro (Bl. 1204 GA) ausführt: "Die Beklagten Ziff. 2) bis 4) haften für den unstreitigen Ausfall der KG für die Erfüllung der vorstehenden Zahlungsverpflichtung aus Gründen des Schadensersatzes."

In welcher Höhe und in welchem prozessualen Verhältnis die behaupteten Ansprüche gegen den Beklagten zu 2. geltend gemacht werden sollen, hat der Kläger bis zuletzt, trotz mehrfacher Aufforderung durch den Senat und im Revisionsurteil (Tz.20) nicht klar und unmissverständlich mitgeteilt. Auch der dahin gehende erneute Hinweis des Senates im Termin vom 19.03.2009 und die Erörterung der Sach- und Rechtslage in diesem Termin haben insoweit nicht zu einer ausdrücklichen Klarstellung geführt.

Das steht der Zulässigkeit der Klage im Verhältnis zum Beklagten zu 2. indes im Ergebnis nicht entgegen. Den Ausführungen des Klägers im neu eröffneten Berufungsverfahren in ihrer Gesamtschau ist zu entnehmen, dass der Beklagte zu 2. primär deshalb in Anspruch genommen werden soll, weil infolge der ihm angelasteten Mängel der übertragenden Sanierung die KG die übernommene Einlage nicht wirksam geleistet habe. Auf den Gesichtspunkt rechtsgrundlos erbrachter Leistungen der AG auf den Kaufvertrag hat der Kläger die Inanspruchnahme des Beklagten zu 2. bereits in I. Instanz erst in zweiter Linie, und zwar im Wege der Teilklage zur Auffüllung einer Gesamtklagesumme von 5 Mio. Euro, gestützt (Schriftsatz vom 13.01.2004, S. Bl. 206 ff. GA). Hierauf hat der Kläger auch im ersten "Durchgang" des Berufungsverfahrens Bezug genommen (Schriftsatz vom 06.04.2005, Bl. 543 GA) und nimmt er auch im neu eröffneten Berufungsverfahren ausdrücklich Bezug (Schriftsatz vom 17.09.2008, S. 29, Bl. 1209 GA).

Nach wie vor unklar, aber unschädlich ist, nach welchen Kriterien der Kläger die Inanspruchnahme des Beklagten zu 2. auf die Klageanträge, soweit sie sich gegen den Beklagten zu 2. richten, "verteilt". Lediglich die erst im Termin vom 19.03.2009 formulierten Hilfsanträge zum Klageantrag zu 3. dürften sich nach den jeweiligen Beträgen auf eine Inanspruchnahme des Beklagten zu 2. für uneinbringliche Einlagen der KG (971.500,- Euro) und des Beklagten zu 3. (728.500,- Euro) beziehen. Dass die Beträge der Hilfsanträge nicht genau mit den übernommenen Einla-



gen übereinstimmen, steht dieser Bewertung nicht entgegen, da sich der Kläger die Einlagenbeträge wiederholt - auch an anderer Stelle - ungenau wiedergibt. Letztlich kommt es hierauf wie auf die Gründe für die Aufteilung prozessual einheitlicher Forderungen auf mehrere Klageanträge nicht an, weil diese prozessual gleichartig (Leistungsanträge) sind und auch hinsichtlich der Nebenforderungen gleichgestellt werden.

II.

Der Kläger macht Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu 2. zunächst - ohne Erfolg - wegen Uneinbringlichkeit einer angenommenen Einlageverpflichtung des Beklagten zu 1. geltend. Hierzu führt er aus, die vom Beklagten zu 1. gewählte und durchgeführte Form der Kapitalerhöhung unter Einbeziehung einer verdeckten Sacheinlage im Ergebnis habe dazu geführt, dass die KG die von ihr übernommene Einlage nicht wirksam geleistet habe. Insgesamt müsse die KG bzw. der Kläger zu 1. für diese insgesamt 2.671.500,- Euro (nach-)leisten, wozu er aber wegen der Insolvenz der KG nicht in der Lage sei. Der Kläger meint deshalb, für die Uneinbringlichkeit der Einlagen habe der Beklagte zu 2. im Wege des Schadensersatzes einzustehen.

Als Grundlage für eine Haftung des Beklagten zu 2. kommen die §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 4, 48 AktG in Betracht, wenn und soweit der Beklagte zu 2. im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 schuldhaft gegen seine Pflichten als Aufsichtsratsvorsitzender der AG verstoßen hat. Die Bestimmung des § 48 AktG regelt zwar unmittelbar die Haftung der Verwaltungsmitglieder einer AG für die Verletzung von gründungsspezifischen Pflichten. Man wird aber aufgrund des Normzweckes, die reale Kapitalaufbringung zu sichern, annehmen müssen, dass über die Verweisung in § 188 Abs. 2 S. 1 AktG nicht nur die Verhaltenspflichten aus §§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 1 AktG und die für ihre Erfüllung geltenden Sorgfaltsmaßstäbe aus § 116, 93 AktG, sondern bei einem Verstoß auch die Haftungsfolgen nach § 48 AktG zumindest entsprechend anwendbar sind (so bereits Senat, Ur. v. 20.04.2006, S. 29).

Soweit sich die Inanspruchnahme des Beklagten zu 2. auf den Gesichtspunkt der Uneinbringlichkeit von Einlagen der KG stützt, kann er indes von vornherein nicht höher sein als deren offenstehende Einlagepflicht von 971.500,- Euro; zur Erbringung darüber hinaus gehender Einlagen ist der Beklagte zu 1. nach den vorstehenden Darlegungen (oben A.) nicht verpflichtet.

Aber auch wegen der behaupteten Uneinbringlichkeit der vom Beklagten zu 1. für die KG nachzuleistenden Einlage von 971.500,- Euro steht dem Kläger im Ergebnis kein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2. aus §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 4 AktG zu.

1.

Dem Kläger ist zuzugeben, dass der Beklagte zu 2. objektiv pflichtwidrig gehandelt hat, als er im September 2000 die Eintragung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister anmeldete, verbunden mit der Erklärung, das erhöhte Grundkapital sei eingezahlt worden. Denn der Beklagte zu 2. als Aufsichtsratsvorsitzender der AG wäre erst nach wirksamer Einzahlung der übernommenen Einlagen berechtigt (und dann nach § 188 Abs. 1 AktG auch verpflichtet) gewesen, die Durchführung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Wirksam eingezahlt hatte die KG die am 14.08.2000 übernommene Einlage von 971.500,- Euro indes nach den vorstehenden Ausführungen (oben A. I. 2.) nicht. Aus diesem Grunde war auch die mit der Anmeldung verbundene und nach §§ 188 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 37 Abs. 1 AktG gebotene Erklärung objektiv falsch, dass der eingezahlte Betrag der Kapitalerhöhung endgültig zur freien Verfügung des Vorstands stehe.

Der Beklagte zu 2. dürfte bei den vorbezeichneten Rechtshandlungen auch nicht im Rahmen des ihm zuzubilligenden unternehmerischen Ermessensspielraumes gehandelt haben, wie er mit Wirkung vom 01.11.2005 in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normiert ist und bereits zuvor in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt war. Danach muss dem Vorstand - dies gilt entsprechend für die Mitglieder des Aufsichtsrates, soweit sie in unternehmerische Entscheidungen eingebunden sind - bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist. Dazu gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter ausgesetzt ist (BGH, Ur. v. 21.04.1997 - II ZR 175/95 -, BGHZ 135, 244; sog. business judgement rule). Schadensersatzansprüche sind deshalb erst dann gegeben, wenn die Grenzen verantwortungsbewussten unternehmerischen Handelns deutlich überschritten sind. Sind

die Grenzen unternehmerischen Handelns hingegen eingehalten, fehlt es an einer objektiven Pflichtverletzung, auch wenn der Gesellschaft durch das Handeln ein Schaden entstanden ist (Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, 2008, § 2 Rn. 19 f.). Diese Gesichtspunkte entlasten den Beklagten zu 2. indes nicht; denn das beanstandete Verhalten ist das Ergebnis nicht einer unternehmerischen, sondern einer rechtlichen Fehleinschätzung. Hinsichtlich der Auslegung zwingender gesetzlicher Bestimmungen kommt ihm aber ein Beurteilungsspielraum nicht zu.

2.

Die fehlerhafte Behandlung der von ihm nicht als solche erkannten verdeckten Sacheinlage löst indes keine Haftung des Beklagten zu 2. für die Erbringung der Bareinlage der KG aus. Denn dem Beklagten zu 2. fällt, soweit er das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage verkannt hat, kein Verschulden zur Last, weil er nach dem Stand der Rechtsprechung bei Vornahme der beanstandeten Rechtshandlungen nicht davon ausgehen musste, dass es sich bei der Einlage, die die KG mit der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 übernommen hatte, unter Berücksichtigung des bereits konzipierten Kaufvertrages vom 22.12.2000 um eine verdeckte Sacheinlage handelte.

Zwar ist die Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits seit vielen Jahren anerkannt. Auch hat der Bundesgerichtshof bereits in seiner grundlegenden Entscheidung vom 15.01.1990 - mithin vor den hier möglicherweise haftungsbegründenden Rechtshandlungen des Beklagten zu 2. - ausgeführt, die Umgehung der Vorschriften über den präventiven Kapitalaufbringungsschutz sei im Aktienrecht nach den Grundsätzen der Lehre von der "verdeckten Sacheinlage" auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung nicht zulässig; weder die Vorschriften über die Nachgründung (§§ 52 f. AktG) noch die Regelung des § 27 Abs. 1 S. 2 AktG schlossen die Anwendung dieser Grundsätze aus (BGH, Urt. v. 15.01.1990 - II ZR 164/88 -, BGHZ 110, 47). Der vorliegende Fall weist aber die Besonderheit einer großen Diskrepanz zwischen der Einlage und dem Preis des anzuschaffenden Vermögensgegenstandes auf. Diese Sonderproblematik ist, soweit ersichtlich, erstmals vom OLG Hamm in seinem Urteil vom 17.08.2004 (- 27 U 189/03 -, ZIP 2005, 1138) obergerichtlich entschieden worden. Dabei hatte das OLG Hamm eine verdeckte Sacheinlage wegen der großen Diskrepanz zwischen dem Einlagebetrag (128.000,- Euro) und dem Kaufpreis für das anzuschaffende Warenlager (377.000,- Euro) noch verneint und zudem angenommen, es liege - obwohl es sich bei dem verkauften Warenlager um die Grund- bzw. Erstausrüstung des übernehmenden Unternehmens handelte - ein gewöhnliches Umsatzgeschäft vor, das mangels Umgehungsgefahr keine verdeckte Sacheinlage bilde. Erstmals am 20.11.06 hat dann der Bundesgerichtshof (- II ZR 176/05 -, BGHZ 170, 47) erkannt, eine gemischte Sacheinlage in Gestalt der Kombination von Sacheinlage und Sachübernahme sei jedenfalls dann, wenn sie eine unteilbare Leistung betrifft, grundsätzlich als verdeckte gemischte Sacheinlage insgesamt den Regelungen über Sacheinlagen zu unterwerfen; auch große Wertdifferenz hindere nicht die Annahme einer verdeckten Sacheinlage.

Dass der Beklagte zu 2. diese Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht vorhergesehen hat, ist ihm nicht als Verschulden anzulasten. Dies gilt um so mehr, als bis zur Klärung durch das Revisionsurteil eine Vielzahl anderer mit der Sache befasster Juristen bei voller Kenntnis aller relevanten tatsächlichen Umstände seine Einschätzung geteilt hatten, eine verdeckte Sacheinlage liege nicht vor. Im Bereich des Staatshaftungsrechts ist anerkannt, dass ein Verschulden des Amtsträgers zu verneinen ist, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung bejaht hat; Ausnahmen hiervon gelten unter anderem dann, wenn das Kollegialgericht in entscheidenden Punkten von einem unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen ist oder diesen nicht erschöpfend gewürdigt hat. Vergleichbare Erwägungen stehen auch vorliegend einer Bewertung der rechtlichen Fehleinschätzung des Beklagten zu 2. als schuldhaft entgegen. Er kann sich insoweit zwar nicht auf die Billigung des Sanierungskonzeptes durch "öffentliche Stellen", insbesondere die A...verwaltung, die I... bank, die M... Beteiligungsgesellschaft mbH oder durch die Sparkasse W... als Hauptgläubigerin der KG und der Besitzgesellschaft (E... B... GmbH) berufen; zu deren Aufgaben gehörte nicht die Prüfung, ob eine verdeckte Sacheinlage vorlag. Auch die Prüfungspflichten des Insolvenzgerichts im Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG, des Registergerichts und des Notars entbanden und entbinden den Beklagten zu 2. nicht von seiner Verantwortung für die Einhaltung der Kapitalaufbringungsvorschriften der AG. Doch hatten - und dies entlastet den Beklagten zu 2. - nach eingehender Prüfung und in Kenntnis aller wesentlichen Umstände sowohl die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren gegen die Beklagten zu 2. bis 4. (2050 Js 4926/02 StA Koblenz) als auch im vorliegenden Verfahren das erstinstanzliche Gericht und der erkennende Senat angenommen, eine verdeckte Sacheinlage liege nicht vor. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf die Gutachten des Wirtschaftsreferenten der Staatsanwaltschaft vom 29.10.2003 (Bl. 388 der Ermittlungsakte) und vom 08.03.2005 (Bl. 541 der Ermittlungsakte) sowie die darauf Bezug nehmende Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 22.06.2005 (Bl. 620 der Ermittlungsakte), den Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft Koblenz vom 21.10.2005 (Bl. 711 der Ermittlungsakte), das Urteil des Landgerichts Mainz vom 30.12.2004 (Bl. 461 GA) und schließlich das Urteil des erkennenden Senates vom 20.04.2006 (Bl. 994 GA). Bessere Erkenntnisse

konnten auch vom Beklagten zu 2. nicht erwartet werden.

3.

Der Beklagte zu 2. hat auch nicht deshalb im Wege des Schadensersatzes für die ausstehende Einlage der KG in Höhe von 971.500,- Euro einzustehen, weil er dem Registergericht, wie der Kläger behauptet, nur eine unvollständige Fassung des Kaufvertrages vom 22.12.2000 vorgelegt hätte. Ohne Erfolg rügt der Kläger, der Beklagte zu 2. habe das Registergericht nicht darüber unterrichtet, dass der Kaufvertrag unter aufschiebenden Bedingungen stehe, die indes nicht eingetreten seien, und so die Unwirksamkeit des Kaufvertrages verschleierte.

Ob der Darstellung des Klägers zu folgen ist, der Beklagte zu 2. habe im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 und dem Abschluss des Kaufvertrags unter Verletzung seiner Pflichten als Aufsichtsratsvorsitzender nach § 188 Abs. 3 Nr. 3 AktG das Registergericht unzutreffend unterrichtet, mag dahin stehen. Für die Anmeldung zum Handelsregister, dass die Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 vollzogen sei, trifft das jedenfalls nicht zu; denn bereits am 25.09.2000 wurde die AG in ihrer Form nach der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 in das Handelsregister eingetragen. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers hat aber der Gläubigerausschuss der KG erst in seiner Sitzung vom 07.12.2000 gefordert, aufschiebende Bedingungen in den Kaufvertrag aufzunehmen (Anlage KK6 zum Schriftsatz des Klägers vom 06.04.2005).

Falsch gewesen sein kann allerdings die Mitteilung an das Registergericht vom 14.09.2001, mit der unter anderem der Beklagte zu 2. den Kaufvertrag zum Zwecke einer Nachgründungsprüfung zur Eintragung ins Handelsregister anmeldete. Es ist indes nicht ersichtlich, wie sich eine etwaige Unrichtigkeit dieser Mitteilung negativ auf die Wirksamkeit der Einzahlung der Einlage der KG ausgewirkt haben sollte. Deshalb hätte selbst eine insoweit etwa anzunehmende schuldhaftige Pflichtverletzung des Beklagten zu 2. nicht zur Folge, dass er unter Schadensersatzgesichtspunkten für die Einlage der KG aus der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 einzustehen hätte. Die AG hat auch nicht etwa nur deshalb, weil infolge einer unrichtigen Mitteilung an das Registergericht dieses von einer Wirksamkeit der Kapitalerhöhung ausgegangen wäre, die Leistungen an die KG erbracht, die sie - die AG - übernommen hatte. Vielmehr hatte die AG den Geschäftsbetrieb bereits am 15.08.2000 im Vorgriff auf den erst noch abzuschließenden Kaufvertrag übernommen. Einzige Leistung, die die AG aufgrund des Kaufvertrages an die KG zu erbringen hatte, war (abgesehen von dem symbolischen Kaufpreis von 1,- DM) die Übernahme der Verbindlichkeiten. Unstreitig sind diese in der Folge tatsächlich beglichen worden. Bei lebensnaher Betrachtung muss davon ausgegangen werden, dass das hinsichtlich des ganz überwiegenden Teils der Forderungen binnen eines Jahres, also schon (meist wohl: ganz deutlich) vor der Mitteilung des Beklagten zu 2. an das Registergericht vom 14.09.2001 geschah, mit dem der Kaufvertrag zur Eintragung im Handelsregister angemeldet wurde. Dann kann weder diese Anmeldung noch das Ergebnis einer dadurch veranlassten (ggf. fehlerhaften) Prüfung des Registergerichts kausal dafür geworden sein, dass die AG die kaufvertraglich übernommenen Leistungen an die KG erbrachte.

III.

Der Kläger erhebt Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu 2. ferner (unabhängig von der Reichweite einer Einlagepflicht der KG, dazu oben I.) deshalb, weil auch der Beklagte zu 3. die von ihm aufgrund Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 übernommene Einlage nicht wirksam erbracht habe. Auch unter dem Gesichtspunkt einer Nichterfüllung der Einlageverpflichtung des Beklagten zu 3. in Höhe von 728.500,- Euro steht dem Kläger indes unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2. zu. Ein solcher ergibt sich wiederum insbesondere nicht aus §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 4 AktG. Der Beklagte zu 2. hat - soweit das im vorliegenden Rechtsstreit zu beurteilen ist - nicht pflichtwidrig gehandelt, als er die Einlage, die der Beklagte zu 3. aufgrund der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 übernommen hat, als Bareinlage behandelt und gegenüber dem Registergericht ihre Einzahlung bestätigt hat. Der Kläger hat nicht ausreichend dargetan, dass der Beklagte zu 3. aufgrund der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 nur pro forma eine Bareinlage, im wirtschaftlichen Ergebnis aber eine (verdeckte) Sacheinlage übernommen habe.

1.

Soweit sich ein solches nach den Vorstellungen des Klägers aus einem engen inneren Zusammenhang zwischen den Einlagen der KG und des Beklagten zu 3. ergibt, ist das nicht ausreichend begründet. Zwar setzt nach ständiger Rechtsprechung des BGH der Tatbestand der Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln keine Identität zwi-

schen dem Inferenten und dem Auszahlungsempfänger voraus. Es genügt vielmehr, dass der Inferent durch die Leistung an den Dritten mittelbar in gleicher Weise begünstigt wird wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst, was insbesondere der Fall ist, wenn die Leistung an ein vom Inferenten beherrschtes Unternehmen fließt (OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.06.2008 - I-18 U 25/08, 18 U 25/08 -, BB 2008, 180, Rn. 103). Der Kläger hat indes weder Tatsachen vorgetragen, die den Schluss zulassen würden, dass die Einlage des Beklagten zu 3. aufgrund der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 Teil eines Gesamtkonzeptes gewesen wäre, aufgrund dessen der Gegenwert des vom Beklagten zu 3. faktisch eingezahlten Einlagebetrages an ihn oder an die KG zurückfließen sollte, noch hat es sich bei der KG um ein vom Beklagten zu 3. beherrschtes Unternehmen gehandelt. Allein der Hinweis auf die frühere Stellung des Beklagten zu 3. als eines Geschäftsführers der KG genügt nicht für die Annahme, auch hinsichtlich der Beteiligung des Beklagten zu 3. sei ein wirtschaftlich zusammengehöriger Vorgang nur formal in eine Barzeichnung und ein Erwerbsgeschäft aufgespalten worden.

Davon unabhängig scheidet aber auch ein hierauf gestützter Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2. am fehlenden Verschulden des Beklagten zu 2.: Wenn er nicht erkennen musste, dass es sich bei der Einlage der KG um eine verdeckte Sacheinlage handelte, gälte entsprechendes auch und erst recht für die Einlage der Beklagten zu 3, wenn sie wegen sachlichen und/oder zeitlichen Zusammenhangs mit der verdeckten Sacheinlage der KG gleichfalls als verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren wäre.

2.

Ergänzend trägt der Kläger vor, der Beklagte zu 3. habe die Einlage, die er am 14.08.2000 übernommen habe, auch deshalb nicht wirksam eingezahlt, weil er seine Einlage nicht aus eigenen Mitteln aufgebracht, sondern über ein Darlehen finanziert habe, das von der AG bedient worden sei. Die als Einlage gezahlten Beträge hätten - entgegen der Erklärung des Beklagten zu 2. gegenüber dem Registergericht - nicht endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes der AG gestanden, weil sie von vornherein durch die Notwendigkeit gebunden gewesen seien, das zugunsten des Beklagten zu 3. aufgenommene Darlehen zu bedienen.

Dieser Gesichtspunkt, den der Kläger primär zur Begründung der Inanspruchnahme des Beklagten zu 3. geltend macht, kann möglicherweise unter dem Gesichtspunkt eines unzulässigen Hin- und Herzählens auch eine Haftung des Beklagten zu 2. aus §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 4 AktG begründen. Im vorliegenden Rechtsstreit ist das indes nicht in zulässiger Weise geltend gemacht. Zu dem behaupteten Darlehen und seiner Finanzierung hat der Kläger erstmals im wiedereröffneten Berufungsverfahren, und zwar mit Schriftsatz vom 17.09.2008 (Bl. 1193 GA), vorgetragen. Er stützt seine Klage insoweit nunmehr auf einen in wesentlichen Punkten neuen Sachverhalt. Die darin liegende Klageänderung, der der Beklagte zu 2. nicht zugestimmt hat, ist nicht als sachdienlich zuzulassen, weil der neu eingebrachte Sachverhalt streitig und erläuterungsbedürftig ist, mithin nicht ohne Verzögerung des Rechtsstreits durch weitere Sachaufklärung als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden kann.

Zum einen genügt der vom Kläger zu der Kreditfinanzierung der Einlage mitgeteilte Sachverhalt nicht zur abschließenden Beurteilung, ob ein aktienrechtlich unzulässiges Hin- und Herzählen vorliegt. Insbesondere ist nicht mitgeteilt, ob bereits zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung oder der Zeichnung der neuen Aktien durch den Beklagten zu 2. abgesprochen gewesen sein soll, dass die Einlage über ein von der AG zurückzuzahlendes Darlehen zu finanzieren war. Es ist auch nichts dazu vorgetragen, ob die zunächst von der AG aufzubringenden Raten auf das Darlehen auch wirtschaftlich endgültig von ihr getragen werden sollten oder ob sie in irgendeiner Weise mit den Bezügen des Beklagten zu 3. als Vorstandsmitglied verrechnet werden sollten. Wenn im letztgenannten Fall allein der Beklagte zu 3. Darlehensnehmer gewesen sein sollte, könnte ein aktienrechtlich unzulässiges Hin- und Herzählen nicht ohne weiteres angenommen werden. Deshalb bedürfte der Vortrag der Parteien zu den Modalitäten der Kreditaufnahme und -tilgung bzw. zu den einschlägigen Absprachen der Beteiligten näherer Präzisierung.

Zudem haben die Beklagten zu 3. und 4. (Schriftsatz vom 16.03.2009, S. 6, Bl. 1473 GA) und - sich dem im Termin vom 19.03.2009 anschließend - auch der Beklagte zu 2. den Vortrag des Klägers bestritten, der Beklagte zu 3. habe sich seine Einlage durch die AG finanzieren lassen. Deshalb würde eine weitere Sachaufklärung ggf. auch eine Beweisaufnahme erforderlich machen.

Insgesamt sieht der Senat deshalb die Heranziehung eines aktienrechtlich unzulässigen Hin- und Herzählens in Gestalt der angeblich auf Kosten der AG kreditfinanzierten Einlage nicht als sachdienliche Klageänderung an.

#### IV.

Der Kläger macht Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu 2. des weiteren unter dem Gesichtspunkt der Uneinbringlichkeit einer Bereicherungsforderung gegen den Beklagten zu 1. geltend. Auch insoweit ist die Klage indes nicht begründet, insbesondere nicht aus §§ 116 Abs. 1, 93 Abs. 3 Nr. 4, 116, 48 AktG.

Der Kläger argumentiert, die AG habe auf den Kaufvertrag Leistungen erbracht, insbesondere die KG von Verbindlichkeiten in Höhe von 8.909.805,12 Euro befreit. Hierfür habe sie keine gleichwertige Gegenleistung erhalten. Die Vermögensgegenstände, die zum Ausgleich der Schuldbefreiung auf die AG übertragen worden seien, stellten hierfür keinen gleichwertigen Gegenwert dar; die Wertansätze seien willkürlich gewählt worden, wobei man wesentlich von dem Bestreben geleitet gewesen sei, einen rechnerischen Ausgleich zum Betrag der übernommenen Verbindlichkeiten darzustellen (vgl. bereits oben A. V. 2. a.). Eine effektive Werthaltigkeitskontrolle durch den Beklagten zu 5. habe gefehlt, weil dieser von unzutreffenden Voraussetzungen ausgegangen, insbesondere nicht über die aufschiebenden Bedingungen des Kaufvertrages und ihren Nichteintritt unterrichtet gewesen sei. Durch die Überbewertung der im Kaufvertrag vorgesehenen Leistungen der KG habe der Beklagte zu 2., so meint der Kläger, gegen seine Pflichten als Aufsichtsratsvorsitzender der AG verstoßen. Deshalb habe er für die Uneinbringlichkeit der aus der Unwirksamkeit des Kaufvertrages erwachsenden Rückerstattungs- bzw. Wertersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes einzustehen (Schriftsatz vom 17.09.2008, S. 27, Bl. 1207 GA).

Einem mit der Uneinbringlichkeit von Bereicherungsansprüchen gegen die KG bzw. den Beklagten zu 1. als ihren Insolvenzverwalter begründeten Schadensersatzanspruch steht indes entgegen, dass der AG nach den vorstehenden Ausführungen (oben A. V.) gar keine Bereicherungsansprüche gegen den Beklagten zu 1. zustehen, weil sie aufgrund des Kaufvertrages mehr selbst erlangt als ihrerseits rechtsgrundlos an die KG geleistet hat. Der AG ist deshalb durch die beiderseitigen Rechtshandlungen zur Erfüllung des unwirksamen Kaufvertrages kein erstattungsfähiger Schaden entstanden.

In diesem Zusammenhang kommt es auch nicht auf die Behauptung des Klägers an, dass die Mietereinbauten bei Abschluss des Kaufvertrages zu hoch bewertet worden seien und richtigerweise von Anfang an mit dem Zerschlagungswert "Null" anzusetzen gewesen wären, weil das Unternehmen wegen der von den finanzierenden Banken geforderten langfristigen Mietverträge und wegen Nichteintrittes der aufschiebenden Bedingungen nach § 13f des Kaufvertrages schon damals eine negative Fortführungsprognose gehabt habe. Zum einen berechnet sich der Bereicherungssaldo nach dem für den Kläger insoweit günstigeren, weil niedrigeren, Wert der Mietereinbauten zum Zeitpunkt der Insolvenz, d. h. nach dem von den Parteien übereinstimmend mit Null angesetzten Zerschlagungswert (oben A. V.); selbst ein etwa anzunehmender höherer Wert bei Abschluss des Kaufvertrages, wie ihn die Beklagten vertreten, würde mithin nicht auf den Bereicherungssaldo und damit auf die wirtschaftlichen Folgen des Geschäftes für die AG durchschlagen.

#### V.

Ohne Erfolg stützt der Kläger seine Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu 2. schließlich auf die Bestimmung des § 61 S. 1 InsO, weil der Beklagte zu 2. an der fehlgeschlagenen übertragenden Sanierung nicht nur als Aufsichtsratsvorsitzender der AG, sondern auch aus damaliger Insolvenzverwalter der KG mitgewirkt habe. Der Kläger argumentiert, der Beklagte zu 2. habe, indem er die (verdeckte) Sacheinlage der KG fehlerhaft als Bareinlage behandelt habe, über § 183 Abs. 3 S. 1 AktG eine ungerechtfertigte Bereicherung der KG zu Lasten der AG herbeigeführt. Bei den der AG bzw. dem Kläger daraus erwachsenden Bereicherungsansprüchen handele es sich um Masseverbindlichkeiten der KG, die indes aus deren Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden könnten, weshalb der Beklagte zu 2. dafür nach § 61 Abs. 1 InsO hafte.

#### 1.

Erstmals geltend gemacht sind Ansprüche aus § 61 S. 1 InsO mit Schriftsatz des Klägers vom 17.09.2008, S. 27 (Bl. 1207 GA). Soweit hierin über die Einführung eines neuen rechtlichen Aspektes hinaus eine Klageänderung liegen sollte, ist diese jedenfalls als sachdienlich zuzulassen.

#### 2.

Zum Erfolg der gegen den Beklagten zu 2. gerichteten Klage führt die Bestimmung des § 61 S. 1 InsO jedoch nicht. Die Argumentation des Klägers verkennt, dass diesem Bereicherungsansprüche gegen den Beklagten zu 1., für deren Uneinbringlichkeit der Beklagte zu 2. nach § 61 S. 1 InsO könnte einstehen müssen, nicht zustehen (vgl. bereits oben A. V., B. IV.). Zudem bezieht sich die besondere Pflicht des Verwalters, sich zu vergewissern, ob er bei normalem Geschäftsablauf zur Erfüllung der von ihm begründeten Forderungen mit Mitteln der Masse in der Lage sein wird, auf die primären Erfüllungsansprüche und nicht auf Sekundäransprüche, weshalb § 61 S. 1 InsO keine Bereicherungsansprüche erfasst (BGH, Beschl. v. 25.09.2008 - IX ZR 235/07 -, WM 2008, 2174).

Auch für die ausstehende Einlage der KG aus der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 in Höhe von 971.500,- Euro hat der Beklagte zu 2. nicht nach § 61 S. 1 InsO einzustehen. Denn die Haftung greift nicht ein, wenn der Verwalter bei der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen würde (§ 61 S. 2 InsO). So liegt der Fall hier. Dem Beklagten zu 2. war zwar bekannt, dass er mit der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 die Verpflichtung übernahm, eine Bareinlage von 971.500,- Euro zu leisten. Diese Verpflichtung konnte indes nach dem damaligen Kenntnisstand des Beklagten zu 2. aus der Insolvenzmasse der KG voll erfüllt werden; der Betrag wurde in der Tat aufgebracht und am 16.08.2000 auf ein Konto der AG überwiesen. Rechtlich wurde zwar mit dieser Überweisung die Einlageverpflichtung der KG nicht wirksam erfüllt, weshalb nunmehr der Beklagte zu 1. als neuer Insolvenzverwalter der KG zur Nachentrichtung verpflichtet ist (vgl. oben A. I.). Dass wegen Vorliegens einer verdeckten Sacheinlage und Unwirksamkeit der ersten Zahlung nach § 183 Abs. 2 S. 1 AktG der Betrag von 971.500,- Euro ein zweites Mal würde gezahlt werden müssen, war aber für den Beklagten zu 2. nicht vorhersehbar (siehe oben II. 2.). Deshalb konnte er im Sinne des § 61 S. 2 InsO bei Eingehung der Verbindlichkeit nicht erkennen, dass die Masse voraussichtlich zur (wirksamen) Erfüllung nicht ausreichen würde.

3.

Im Übrigen wären Schadensersatzansprüche des Klägers aus § 61 Abs. 1 InsO auch verjährt. Der Beklagte zu 2. hat die Einrede der Verjährung erhoben (Schriftsatz vom 30.09.2008, S. 15, Bl. 1239 GA, und Schriftsatz vom 09.03.2009, S. 12, Bl. 1318 GA). Sie greift auch durch. Ansprüche aus § 61 S. 1 InsO verjähren nach den Regelungen über die regelmäßige Verjährung nach dem BGB (§ 62 S. 1 InsO), mithin in drei Jahren (§ 195 BGB) ab Schluss des Jahres, in dem der Kläger von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hat (§ 199 Abs. 1 BGB). Kenntnis in diesem Sinne hatte der Kläger spätestens mit Erhalt des Rechtsgutachtens der Prof. Dr. F.../Prof. Dr. S... vom 30.12.2003, das er mit Schriftsatz vom 30.01.2004 in den Rechtsstreit eingeführt hat und unter Berufung auf welches er seither selbst die Unwirksamkeit des Kaufvertrages wegen verdeckter Sacheinlage vertreten hat. Begann die Verjährungsfrist mithin spätestens am 01.01.2005 zu laufen, so war sie mit Ablauf des 31.12.2007 verstrichen. Gerichtlich geltend gemacht hat der Kläger den Anspruch aus § 61 S. 1 ZPO aber, wie erwähnt, erst am 17.09.2008. Die pauschale Bezugnahme des Klägers auf das Rechtsgutachten der Prof. Dr. F.../Prof. Dr. S... vom 30.12.2003 (Schriftsatz vom 13.01.2004, S. 209, Bl. 209 GA) und auf deren ergänzende Stellungnahme vom 22.06.2005 (B. 712 GA) genügt hierfür nicht.

### **C. Ansprüche gegen den Beklagten zu 3.**

I.

Gegen den Beklagten zu 3. macht der Kläger zunächst und in erster Linie einen Anspruch auf Erbringung einer Bareinlage von 728.500,- Euro aufgrund der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 - Erfüllungsanspruch nach § 183 Abs. 2 S. 3 AktG - geltend.

1.

Dabei geht der Kläger davon aus, dass die Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 auch hinsichtlich der Einlage des Beklagten zu 3. als verdeckte Sachkapitalerhöhung anzusehen ist und deshalb auch der Beklagte zu 3., als er den Einlagebetrag auf das Konto der AG überwies, deren Einlageforderung nach § 183 Abs. 2 S. 3 AktG gemäß § 183 Abs. 2 S. 1 AktG nicht wirksam erfüllt hat.

Soweit der Kläger allein aus dem zeitlichen und einem angenommenen sachlichen Zusammenhang zwischen den beiden am 14.08.2000 übernommenen Einlagen darauf schließt, auch hinsichtlich derjenigen des Beklagten zu 3.

liege eine verdeckte Sacheinlage vor, fehlt es indes an ausreichendem Sachvortrag (s. o. B. III. 1.).

2.

Ergänzend stützt der Kläger den Erfüllungsanspruch gegen den Beklagten zu 3. darauf, dieser habe seine Einlage nicht aus eigenen Mitteln aufgebracht, sondern über ein Darlehen finanziert habe, das die AG bedient habe. Auch im Verhältnis zum Beklagten zu 3., wie bereits hinsichtlich der daraus abgeleiteten Haftung des Beklagten zu 2. (s. o. B. III. 2.), ist dieser Klagegrund indes nicht in zulässiger Weise geltend gemacht. Auch der Beklagte zu 3. hat der Klageänderung im Berufungsverfahren nicht zugestimmt; zur Frage der Sachdienlichkeit wird auf die vorstehenden Ausführungen (oben B. III. 2.) Bezug genommen.

Der Sachdienlichkeit der Klageänderung steht im Verhältnis zum Beklagten zu 3. zudem ein weiterer Gesichtspunkt entgegen: Einer weiteren Aufklärung bedürfte schon die \_ als Zulässigkeitsvoraussetzung von Amts wegen zu berücksichtigende \_ Frage, ob über den behaupteten Anspruch bereits anderweitig rechtskräftig entschieden ist. Der Beklagte zu 3. hat hierzu mitgeteilt, über einen Anspruch des Klägers auf Erstattung von im Zusammenhang mit einer Finanzierung geleisteten Zahlungen sei durch Urteil des Landgerichts Mainz vom 27.08.2004 - 11 HK.O 16/04 - rechtskräftig entschieden (Schriftsatz vom 16.03.2009, S. 6, Bl. 1479 GA). Zum genauen Gegenstand jenes Verfahrens, auf das auch die Staatsanwaltschaft Koblenz von ihrem Vermerk vom 28.09.2005 (2050 Js 4926/02 StA Koblenz, Bl. 708) hingewiesen hat, ist aber nichts bekannt und hat auch der Beklagte zu 3. im Termin vom 19.03.2009 auf Nachfrage nichts Näheres mitteilen können über seine Angaben aus dem Schriftsatz vom 16.03.09, S. 6 (Bl. 1479 GA) hinaus, Ansprüche des Klägers gegen ihn im Zusammenhang mit Finanzierungsaufwendungen seien rechtskräftig entschieden, die angeforderte Zahlung geleistet. Sollte es sich bei den "Finanzierungsaufwendungen" - entgegen dem Bestreiten des Beklagten zu 3. - um Aufwendungen auf ein Darlehen zur Finanzierung der Einlage handeln, so schlosse sich die Frage an, ob Gegenstand des Verfahrens 11 HK.O 16/04 LG Mainz (nur) die Erstattung der Kreditraten oder die (teilweise) Einforderung der Einlage des Beklagten zu 3. gewesen ist.

II.

Der Kläger begehrt darüber hinaus vom Beklagten zu 3. "als Mitaktionär", und zwar ausdrücklich neben seiner behaupteten Schadensersatzverpflichtung (Schriftsatz vom 17.09.2008, S. 29, Bl. 1209 GA), Einzahlung auch der ausstehenden Einlage der KG von 971.500,- Euro aus der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000.

Insoweit ist die Klage nicht unter dem Gesichtspunkt eines Erfüllungsanspruches aus § 183 Abs. 2 S. 2 AktG begründet. Denn der Erfüllungsanspruch richtet sich, wie dargelegt (oben A. II.), nur gegen den jeweiligen Inferenten, nicht gegen weitere Aktionäre, die zeitgleich ebenfalls die Erbringung einer Bareinlage übernommen haben.

III.

Schließlich begehrt der Kläger vom Beklagten zu 3. Schadensersatz bis zu einer Gesamtforderungshöhe (unter Einbeziehung der Einlageansprüche oben I., II.) von 5,0 Mio. Euro, weil der Beklagte zu 3., indem er an der Kapitalerhöhung und Abschluss und Abwicklung des Kaufvertrages mitgewirkt habe, in gleichem Maße gegen seine Pflichten als Vorstand der AG verstoßen habe, wie der Beklagte zu 2. gegen seine Pflichten als Aufsichtsratsvorsitzender der AG. Wie die Schadensersatzklage gegen den Beklagten zu 2. ist indes auch diejenige gegen den Beklagten zu 3. unbegründet, wobei auf die vorstehenden Ausführungen betreffend den Beklagten zu 2. (oben B. II. -IV) Bezug genommen wird.

#### **D. Ansprüche gegen den Beklagten zu 4.**

I.

Vom Beklagten zu 4., der aufgrund der Kapitalerhöhung vom 27.08.2001 gleichfalls Aktien der AG gezeichnet hat, verlangt der Kläger nunmehr zunächst und in erster Linie Einzahlung des aufgrund jener Kapitalerhöhung übernommenen Grundkapitals von 250.000,- Euro. Dabei geht der Kläger ersichtlich davon aus, das auch insoweit eine

verdeckte Sacheinlage vorliege, mithin die unstreitig zur Erbringung der Einlage geleisteten Zahlungen auf das Konto der AG keine Erfüllung bewirkt hätten (§ 183 Abs. 2 S. 1 AktG) und der Beklagte zu 4. nach § 183 Abs. 2 S. 3 AktG den Betrag der Einlage erneut zahlen müsse. Aus welchem Grunde der Kläger indes auch hinsichtlich der Einlage der Beklagten zu 4. von einer verdeckten Sacheinlage ausgeht, ist nicht ersichtlich. Einen entfernten Sachzusammenhang der Einlage des Beklagten zu 4. mit dem Kaufvertrag vom 22.12.2000 und der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 deutet der Kläger lediglich insoweit an, als er behauptet, der Beklagte zu 4. sei zeitweise (wann?) der Geschäftsführer der KG gewesen. Selbst wenn dieser Vortrag zuträfe - was der Beklagte zu 4. bestreitet -, würde er indes nicht zur Begründung einer verdeckten Sacheinlage ausreichen. Der Senat hat hierauf im Termin vom 19.03.2009 hingewiesen, ohne dass der Kläger seinen Vortrag näher ausgeführt hätte.

Deshalb und weil die Einlagepflicht aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG ohnehin nur den jeweiligen Inferenten trifft, hat der Beklagte zu 4. auch nicht als Mitaktionär die Einlagen der KG oder des Beklagten zu 3. zu entrichten; insoweit gelten die Ausführungen zur Inanspruchnahme der KG und des Beklagten zu 3. für die vom jeweils anderen übernommenen Einlagen entsprechend.

II.

Auch die Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu 4., die der Kläger in gleicher Höhe und unter denselben rechtlichen Gesichtspunkten geltend macht wie im Verhältnis zum Beklagten zu 3., weil der Beklagte zu 4. wie der Beklagte zu 3. bereits am 17.07.2000 Vorstand der AG und damit neben diesem für die Ordnungsgemäßheit der Kapitalerhöhung vom 14.08.2000 verantwortlich war, stehen dem Kläger nicht zu. Auf die Ausführungen betreffend die Schadensersatzforderungen des Klägers gegen den Beklagten zu 3. (oben C. III.) wird verwiesen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Soweit der Sachverhalt Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft, sind diese durch das bereits ergangene Revisionsurteil geklärt.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt:

- im Verhältnis des Klägers zum Beklagten zu 1. auf	1.412.351,78 Euro;
- im Verhältnis des Klägers zu den Beklagten zu 2., zu 3. und zu 4. auf	5.000.000,- Euro;
- insgesamt auf	5.000.000,- Euro.

Die Hilfsanträge waren nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen, weil die damit geltend gemachten Forderungen bereits im jeweiligen Hauptantrag erfasst, der Hauptantrag insoweit mithin mit dem Hilfsantrag teilentwisch war.