
Datum: 14.05.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 37/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0514.18U37.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 30 O 329/03

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 24.01.2008 wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an

die Klägerin zu 1) 150.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 25.09.2003,

die Klägerinnen zu 2) und 3) jeweils 300.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 25.09.2003 und

an die Klägerin zu 4) 720.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 15.12.2006 zu zahlen

und zwar jeweils Zug um Zug gegen Abtretung eines Bereicherungsanspruchs der jeweiligen Klägerin in entsprechender Höhe gegen Rechtsanwalt I H K , T 81, 50677 L, als Insolvenzverwalter der J 21 AG aus der erstmaligen Agio-Zahlung.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte mit der Annahme der vorstehend genannten Abtretung in Verzug ist.

Die Beklagte wird darüber hinaus verurteilt, an die Klägerin zu 4) 49.402,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 18.10.2007 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerinnen zu 1) und 3) werden zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt 57 % der Gerichtskosten erster Instanz und 62 % der Gerichtskosten zweiter Instanz und von den außergerichtlichen Kosten diejenigen der Klägerinnen zu 1) bis 4) in beiden Instanzen, diejenigen der Klägerin zu 6) in der Berufungsinstanz sowie 57 % der außergerichtlichen Kosten der Streithelfer in erster Instanz und 62 % derjenigen zweiter Instanz. Die Klägerin zu 5) trägt 35 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Beklagten in erster Instanz und 38 % dieser Kosten in zweiter Instanz. Die Klägerin zu 6) trägt 8 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Beklagten in erster Instanz. Im Übrigen tragen die Parteien und die Streithelfer ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei oder einen Streithelfer gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der die Vollstreckung betreibende Verfahrensbeteiligte zuvor Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerinnen nehmen die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch, weil diese ihre Verpflichtungen aus einem Anwaltsvertrag mit der Klägerin zu 6) (künftig: A) im Zusammenhang mit der Gründung der J 21 AG schuldhaft verletzt habe.

1. Die A befasste sich mit verschiedenen Geschäftsbereichen. Einer dieser Geschäftsbereiche betraf Finanzdienstleistungen ("Beratungsleistungen im Bereich E-Business, IT-Integration & Application, Web Creativity, Communication und Medienconsulting"). Gesellschafter der A waren im Frühjahr 2001 die Klägerin zu 1) (5 %), die Klägerinnen zu 2) – damals noch unter der Firma C-M Krankenversicherung AG - und 3)

1

2

3

4

(je 10 %), die Klägerin zu 4) (24 %) und Herr N B (51 %). Die Gesellschafter hatten der A erhebliche, teilweise mit Rangrücktritten belegte Darlehen zur Verfügung gestellt.

2a) Seit dem Jahr 2000 fanden im Kreis der Gesellschafter der A Überlegungen statt, deren Geschäftsbereiche in neue Gesellschaften einzubringen. Für den Geschäftsbereich "Finanzdienstleistungen" bestand im Juli 2000 der Plan, diesen in eine "J 21 AG" zu überführen. Eine "Absichtserklärung über die Beteiligung an der J 21 AG" vom 18.07.2000 (Anlage K 20; Bl. 200f. d. A.) sieht hierzu Folgendes vor:

"1. Die KSK Kapitalbeteiligung O GmbH verfolgt mit den weiteren Gesellschaftern der B6 Communications GmbH ... das gemeinsame Ziel, sich selbst ... an der J 21 AG zu beteiligen.

2. ... 7

3. Mit dem durch die Gesellschafter der B Communications GmbH einzeln einzuzahlenden Agio sollen die zum Betreiben des operativen Geschäfts der J 21 AG erforderlichen Vermögensgegenstände von der B Communications GmbH erworben werden.

4. ..." 9

Für die Umsetzung dieses Vorhabens wurde unter dem 19.09.2000 ein "Ablaufplan für die einzelnen neuen Gesellschaften bis zur Gründung bzw. Beitritt der A -Gesellschafter" (Anlage K 1) erstellt. Darin heißt es zum Geschäftsbereich "J 21": 10

"? Kauf einer Vorrats-AG durch das Management Anfang Oktober zum Nominalwert 11

? Kapitalerhöhung durch das Management-Team. 12

... 13

? Daraufgehend: Beteiligung der A -Gesellschafter im Wege der Barkapitalerhöhung 14
600.000,- Ff ins Grundkapital und 2,4 Mio. Ff Agio in Kapitalrücklage zum Erwerb des J -
Assets von der A .

? Kaufvertrag zwischen H21 und A bzgl. Erwerb des ,Geschäftsbereichs' H21" 15

Ziel war es, die J 21 AG möglichst kurzfristig an die Börse zu bringen, um so den Finanzaktionären den "Ausstieg" aus ihrem Engagement zu ermöglichen. 16

b) Unter dem 17.04.2000 schlossen die Beklagte, die damals noch als "DP D Q Rechtsanwalts-gesellschaft mbH" firmierte, und die A einen Beratungsvertrag, in der die Beklagte u. a. die Beratung im Hinblick auf die Einlage des "Onlinegeschäfts" der A in die J 21 AG übernahm (Anlage K 33; Bl. 367 ff. d. A.). Zum "Onlinegeschäft" der A gehörte neben dem Bereich "Finanzdienstleistungen" auch der Bereich "GG", der später in die b-R AG eingebracht wurde, was Gegenstand des Parallelverfahrens 18 U 160/06 war. Am 17.01.2001 wurde das Mandatsverhältnis auf die J 21 AG erweitert. 17

3. Am 17.01.2001 erwarb die SX Business Innovation GmbH sämtliche Aktien der E 2007 AG, einer Vorratsgesellschaft mit einem Grundkapital von 50.000 €. In einer außerordentlichen Hauptversammlung am selben Tage wurden u. a. die Umfirmierung der E 2007 AG in "J 21 AG" sowie die Erhöhung des Grundkapitals um 1.350.000 € auf 1.400.000 € beschlossen (Anlage K 4). Zur Zeichnung der neuen Aktien wurden die Mitglieder des Management-Teams (sog. Management-Aktionäre) mit einem Gesamtbetrag in Höhe von 18

750.000 € und die – auch als Finanz-Aktionäre bezeichneten - Gesellschafter der A in Höhe von 600.000 € zugelassen, wobei an Stelle des Herrn B die B AG (Klägerin zu 5)) trat. Die Finanz-Aktionäre sollten zusätzlich zum Nennwert der von ihnen zu erwerbenden Aktien in Höhe von 1 €/Aktie ein Aufgeld in Höhe von 4 €/Aktie, insgesamt also 3 Mio. € zahlen. Die Zeichnung der Aktien erfolgte wie vorgesehen (Anlage K 5). Nach erfolgter Kapitalerhöhung waren die Management-Aktionäre mit 57,14 % und die Finanz-Aktionäre mit 42,86 % an der J 21 AG beteiligt.

Mit Vertrag vom 04./05.04.2001 erwarb die J 21 AG von der A alle materiellen und immateriellen Vermögensgegenstände, die zu deren Geschäftsbereich "Finanzdienstleistungen" gehörten, zum Preis von 2,4 Mio. € zuzüglich Umsatzsteuer. Der Kaufpreis wurde von der J 21 AG an die A gezahlt. Diese verwendete – nach dem mit Schriftsatz vom 30.04.2009 (Bl. 1330 ff. d. A.) von der Beklagten mit Nichtwissen bestrittenen Vortrag der Klägerinnen - die erhaltenen Beträge in Höhe von 2,3 Mio. €, um Darlehensschulden gegenüber ihren Gesellschaftern zu tilgen; die Klägerinnen zu 1) bis 3) erhielten insgesamt 600.000 €, die Klägerin zu 4) 576.000 € und der Gesellschafter B 1.124.000 €. 19

4. Im Sommer 2002 hatte die J 21 AG von den Finanz-Aktionären die erneute Einzahlung des Agios gefordert, weil die erstmalige Zahlung eine verdeckte Sacheinlage dargestellt habe, die nicht zur Erfüllung geführt habe (Anlage K 7). Nachdem die Beklagte hierzu um Stellungnahme gebeten worden war, ließ sie auf die Möglichkeit der Heilung durch die Durchführung einer Nachgründung hinweisen (Anlage K 10). Hierzu kam es jedoch nicht, weil im Rahmen der Bewertung des von der A erworbenen Betriebsvermögens ein positiver Wert zum Zeitpunkt der vorgesehenen Beschlussfassung nicht festgestellt werden konnte. 20

Das Landgericht Köln hat die Klägerin zu 4) durch Urteil vom 26.03.2004 (82 O 168/03) zur Zahlung von 100.000 € an die J 21 AG verurteilt. Der Senat hat die hiergegen gerichtete Berufung durch Urteil vom 20.10.2005 – 18 U 76/04 – (Bl. 119 ff. d. A.) zurückgewiesen und die Klägerin zu 4) zur Zahlung weiterer 620.000 € an den Insolvenzverwalter der J 21 AG – das Insolvenzverfahren ist am 01.09.2004 eröffnet worden - verurteilt. Die erste Einzahlung des Agios habe sich als verdeckte Sacheinlage dargestellt und deshalb den Anspruch nicht zum Erlöschen gebracht. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin zu 4) wurde vom Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 04.12.2006 – II ZR 305/05 – (Bl. 330f. d. A.) zurückgewiesen. An diesem Rechtsstreit war die Beklagte als Streithelferin der jetzigen Klägerin zu 4) beteiligt. Diese hat daraufhin am 14.12.2006 auch das restliche Agio noch einmal gezahlt; dasselbe hatten zuvor am 22.01.2003 bereits die Klägerinnen zu 1) bis 3) getan (Anlagen K 48, 57; Bl. 550, 639 – 642 d. A.). 21

5. Mit ihrer Klage verlangen die Klägerinnen zu 1) bis 5) Ersatz ihrer Aufwendungen, die dadurch entstanden sind, dass sie das Agio zweimal an die J 21 AG gezahlt haben. Wenn die Beklagte die A ordnungsgemäß beraten hätte, hätte sie diese darauf hingewiesen, dass auch das Agio unter die Regelungen über die verdeckte Sachgründung fällt. In diesem Fall hätten sie eine offene Sachgründung vorgenommen, denn der für den Bereich "Finanzdienstleistungen" gezahlte Kaufpreis sei im Rahmen einer Gründungsprüfung "darstellbar" gewesen. Anderenfalls hätten sie von der Ausgliederung dieses Bereiches aus der A Abstand genommen und dieser auch kein weiteres Kapital zur Verfügung gestellt. Sie meinen, dass sie in den Schutzbereich des zwischen der A und der Beklagten geschlossenen Vertrages einbezogen seien. 22

Die Beklagte hat behauptet: Gegenstand des Anwaltsvertrages mit der A sei nicht eine umfassende Beratung bei der Ausgliederung verschiedener Geschäftsbereiche sondern ein 23

"legal service on demand" gewesen. Sie habe nur auf konkrete Fragen hin die jeweilige rechtliche Prüfung vorgenommen. Der Schwerpunkt habe dabei im Bereich "GG" gelegen. In diesem Zusammenhang habe sie auch auf das Problem der verdeckten Sacheinlage hingewiesen, so dass sie dies bei der A als bekannt habe voraussetzen dürfen. Im Hinblick auf die Gründung der J 21 AG habe sie diese Beratung gar nicht vornehmen können, weil ihr nicht bekannt gewesen sei, dass der Kaufpreis für den Geschäftsbereich "Finanzdienstleistungen" von der A zur Rückführung von Darlehen ihrer Gesellschafterinnen verwandt werden würde. Jedenfalls seien die Klägerinnen zu 1) bis 5) nicht in den Schutzbereich des Vertrages zwischen ihr und der A einbezogen gewesen, weil teilweise gegenläufige Interessen verfolgt worden seien. Die Beratung der Klägerinnen zu 1) bis 5) sei durch eigene Rechtsabteilungen oder Dritte, insbesondere den späteren Vorstandsvorsitzenden der J 21 AG, Herrn U Y , erfolgt. Es liege auch kein Schaden vor, denn ohne die in dieser Form erfolgte Gründung der J 21 AG hätten die Klägerinnen, die zugleich KrGggeberinnen der A waren, von dieser keine Darlehensrückzahlungen in Höhe des jeweiligen Agios erhalten, sondern vielmehr ihre Forderungen gegen diese in erheblich größerem Umfang abschreiben müssen.

Das Landgericht Köln hat die Beklagte durch Urteil vom 24.01.2008 im Wesentlichen entsprechend dem Antrag der Klägerinnen zu 1) bis 5) verurteilt. Abgewiesen wurde die Klage lediglich hinsichtlich eines Teils des von den Klägerinnen zu 1) bis 4) geltend gemachten Zinsanspruchs sowie hinsichtlich eines Feststellungsantrages und des Klageantrages der Klägerin zu 6). Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivortrags, der gestellten Anträge sowie der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 739 ff. d. A.) Bezug genommen. 24

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung; die zunächst auch gegen die Beklagte zu 6) eingelegte Berufung wurde zurückgenommen. Soweit in dem landgerichtlichen Urteil festgestellt worden war, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerinnen zu 1) bis 5) von jeglicher weiterer Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter der J 21 AG freizustellen (Punkt 6 des Urteilstenors), haben die Parteien den Rechtsstreit in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend für erledigt erklärt. 25

Die Beklagte vertritt weiterhin unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrages die Auffassung, dass die Klägerinnen zu 1) bis 5) nicht in den Schutzbereich des Vertrages zwischen ihr und der A einbezogen gewesen seien. Sie habe auch keinen Beratungsfehler begangen, denn der Erwerb des Betriebsteils "Finanzdienstleistungen" durch die J 21 AG erfülle nicht die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage, so dass für die Klägerinnen zu 1) bis 5) keine Verpflichtung zur erneuten Aufbringung des Agios bestanden habe. Sie behauptet, sie habe weder gewusst noch erkennen können, dass die A aus den Mitteln des Veräußerungserlöses Darlehen ihrer Gesellschafter zurückführen würde. Letztlich sei durch die erneute Aufbringung des Agios für die Klägerinnen auch kein Nachteil entstanden, weil entsprechende Beträge im Wege der Darlehensrückzahlung von der A an sie zurückgefließen wären. 26

Die Beklagte beantragt, 27

das Urteil des Landgerichts Köln vom 24.01.2008 aufzuheben und die Klagen abzuweisen. 28

Die Beklagten zu 1) bis 5) und ihre Streithelfer beantragen, 29

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 30

Sie verteidigen das angefochtene Urteil.	31
Im Rahmen der Berufungserwiderung haben die Klägerinnen zu 1) bis 3) Anschlussberufung eingelegt, soweit der von ihnen geltend gemachte Zinsanspruch vom Landgericht teilweise abgewiesen worden ist.	32
Sie beantragen,	33
das angefochtene Urteil zu Ziffer 2a) bis c) des Tenors teilweise abzuändern, und die Beklagte zu verurteilen,	34
a. an die Klägerin zu 1) 150.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 22.01.2003, b. an die Klägerin zu 2) 300.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 22.01.2003 und c. an die Klägerin zu 3) 300.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 22.01.2003	35
zu zahlen.	36
Die Beklagte beantragt,	37
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	38
Der Senat hat Beweis erhoben aufgrund des Beweisbeschlusses vom 02.02.2009 (Bl. 1188 ff. d.) durch Vernehmung des Zeugen V W . Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 07.04.2009 (Bl. 1308 ff. d. A.) Bezug genommen.	39
Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat der Streithelfer der Beklagten seinen Beitritt zum Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten erklärt.	40
II.	41
Soweit die Berufung der Beklagten nicht durch Rücknahme (hinsichtlich der Klägerin zu 6)) und die teilweise übereinstimmende Erledigungserklärung erledigt ist, ist sie ebenso zulässig wie die Anschlussberufung der Klägerinnen zu 1) bis 3). Erfolg hat die Berufung jedoch nur teilweise, während die Anschlussberufung insgesamt unbegründet ist.	42
1. Berufung der Beklagten	43
Die Berufung der Beklagten ist nur insoweit begründet, wie das Landgericht die Klägerin auch entsprechend den Anträgen der Klägerin zu 5) verurteilt hat. Die darüber hinaus gehende Berufung ist unbegründet.	44
a) Ansprüche der Klägerinnen zu 1) bis 3)	45
Die Zahlungs- und Feststellungsanträge der Klägerinnen zu 1) bis 3) sind in dem vom Landgericht zugesprochenen Umfang zulässig und begründet, so dass die Beklagte insoweit zu Recht verurteilt worden ist.	46
aa) Die von der Beklagten gegen die Zulässigkeit der Klage erhobenen Einwände sind nicht berechtigt. Sie ist der Auffassung, die Klage sei unzulässig, weil sie von den Klägerinnen alternativ begründet worden sei, indem der Anspruch entweder auf eine Verletzung des	47

Beratungsvertrages mit der A , oder eine Verletzung des Beratungsvertrages mit der J 21 AG gestützt werde. Das trifft jedoch nicht zu. Die Klägerinnen lasten der Beklagten Fehler bei der Vorbereitung der Übernahme des Bereichs "Finanzdienstleistungen" der A an. Diese Vorbereitungsphase war jedoch abgeschlossen, bevor es zu der Kapitalerhöhung bei der J 21 AG am 17.01.2001 gekommen ist, denn dies war bereits Teil der Umsetzung des unter Beratung der Beklagten entwickelten Konzepts. Erst an diesem Tag wurde das Mandatsverhältnis aber auch auf die J 21 AG erstreckt.

bb) Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht dazu verurteilt, den Klägerinnen zu 1) bis 3) Schadensersatz in Höhe des von ihnen bei Gründung der J 21 AG übernommenen Agios von 300.000,00 € (Klägerinnen zu 2) und 3)) bzw. 150.000,00 € (Klägerin zu 1)) zu leisten. Der entsprechende Anspruch ergibt sich aus positiver Vertragsverletzung bzw. § 280 BGB n. F. des zwischen der A und der Beklagten geschlossenen Anwaltsvertrages. 48

(1) Der Anwaltsvertrag zwischen der Beklagten und der A entfaltete auch zugunsten der Klägerinnen zu 1) bis 3) Schutzwirkung. 49

(a) Es bestand "Leistungsnahe" in dem Sinne, dass sich die von der Beklagten gegenüber A zu erbringenden Beratungsleistungen auch auf die Klägerinnen zu 1) bis 3) auswirken mussten. Nach dem Konzept war klar, dass diese sich als Aktionärinnen an der J 21 AG beteiligen und in einem bestimmten Umfang Aktien übernehmen sollten. Dies ergab sich sowohl aus der "Absichtserklärung über die Beteiligung an der J 21 AG" vom 18.07.2000 (Anlage K 20; Bl. 200f. d. A.) als auch aus dem Ablaufplan vom 19.09.2000 (Anlage K 1). Von daher mussten sich Fehler bei der Gründung bzw. Kapitalerhöhung der J 21 AG auf die Klägerinnen zu 1) bis 3) auswirken. Diese stehen mithin aufgrund ihrer Beteiligung sowohl an der A als auch an der J 21 AG im Vertrauen auf die Realisierbarkeit des unter maßgeblicher Beteiligung der Beklagten entwickelten Konzeptes im Gefahrenbereich der beklagtenseits geschuldeten Mandatspflichten. 50

(b) Auch das erforderliche Einbeziehungsinteresse der A als Mandantin der Beklagten ist zu bejahen, da es sich bei den Finanz-Aktionären um eine klar identifizierbare und abgrenzbare Personengruppe handelt, an deren Einbeziehung die A unter verständiger Würdigung ihrer eigenen Belange interessiert war. Dieses Interesse der A folgt daraus, dass ihr selbst an einer erfolgreichen Ausgliederung der Sparte "Finanzdienstleistungen" unter Einbeziehung ihrer Gesellschafter gelegen war, um eine erfolgreiche wirtschaftliche Sanierung durchführen zu können. Diese Ausgliederung konnte aber nur unter Mitwirkung ihrer Gesellschafter erfolgen. 51

Der Einwand der Beklagten, dass die Klägerinnen zu 1) bis 3) andere, gegenläufige Interessen als die Mandantin, die A , vertreten hätten und deshalb von einer Einbeziehung in den Schutzbereich des Mandatsverhältnisses nicht ausgegangen werden könne, trägt nicht. Es ist insoweit jedenfalls zwischen der Ausgliederung des Geschäftsbereichs "Finanzdienstleistungen" einerseits und dem Erwerb dieses Bereichs durch die neugegründete J 21 AG zu unterscheiden. Die Ausgliederung war ein gemeinsames Ziel der A und ihrer Gesellschafterinnen, der späteren Finanz-Aktionäre der J 21 AG. Zur Verwirklichung dieses Ziels gab es verschiedene Wege, z. B. Abspaltung, verdeckte Sachgründung, offene Sachgründung. Ein Interessengegensatz könnte allenfalls bei der Frage bestehen, zu welchen Konditionen die J 21 AG den Bereich "Finanzdienstleistungen" von der A erwirbt. Hier musste A an einem möglichst hohen Preis interessiert sein, während das Interesse der Klägerinnen zu 1) bis 3) zumindest ambivalent war. Insbesondere als Aktionärinnen der J 21 AG konnten sie kein Interesse an einem besonders hohen Preis haben. Dieser Interessengegensatz konnte aber erst auftreten, wenn man sich für eine 52

bestimmte Variante der Verselbständigung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" entschieden hatte. Im Vorfeld dieser Entscheidung, solange es noch darum ging, ob eine Auslagerung rechtlich möglich war und wie dies geschehen konnte, bestand dagegen ein Gleichlauf der Interessen: Alle Beteiligten wollen eine umfassende Information über die rechtlich bestehenden Möglichkeiten. Nur in diesem Rahmen ist die Beklagte aber auch beratend tätig geworden.

(c) Aufgrund der Beratungssituation war es auch offensichtlich, dass die A ein Interesse an der Einbeziehung der Klägerinnen zu 1) bis 3) in den Schutzbereich des Vertrages hatte. Die Ausgliederung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" war ein gemeinsames Projekt, das die A und ihre Gesellschafter einvernehmlich durchführen wollten. Hieraus ergab sich ohne weiteres, dass die von der Beklagten der A erteilten Informationen von dieser mit den Gesellschaftern geteilt werden würden, weil sie Grundlage der gemeinsam zu treffenden Entscheidung sein sollten. Deshalb mussten die Gesellschafterinnen im gleichen Maße wie A auf die Zuverlässigkeit dieser Informationen vertrauen dürfen und deshalb auch in den Schutzbereich des Mandatsverhältnisses einbezogen sein. 53

Der Erkennbarkeit des Interesses der A an der Einbeziehung ihrer Gesellschafterinnen in den Schutzbereich des Vertrages für die Beklagte steht auch nicht entgegen, dass es sich bei diesen – jedenfalls bei den Klägerinnen zu 1) bis 4) - um Unternehmen mit eigenen Rechtsabteilungen handelt. Die Ausgliederung von Unternehmensteilen ist eine komplexe rechtliche Aufgabe, bei der gesellschafts- und steuerrechtliche Fragen ineinander greifen; dies gilt insbesondere, wenn diese Maßnahme im Hinblick auf einen späteren Börsengang erfolgt. Es ist deshalb naheliegend, sich für die Beratung in einem solchen Fall einer hierauf spezialisierten Kanzlei wie der Beklagten zu bedienen, die aufgrund einer größeren Zahl vergleichbarer Mandate über entsprechendes Know-how verfügt. Hinzu kommt, dass es keinerlei greifbare Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Gesellschafterinnen der A sich der Gestaltung der Ausgliederung durch ihre Rechtsabteilungen haben beraten lassen. Die Beklagte hatte deshalb keinen Anlass davon auszugehen, dass die Gesellschafterinnen ihre Rechtsberatung anderweitig wahrnehmen lassen und deshalb kein Interesse an ihrer Einbeziehung in den Schutzbereich des Mandatsvertrages bei der A bestanden hat. 54

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Einbeziehung der Gesellschafterinnen in den Schutzbereich des Vertrages daran scheitere, dass sie diese in V. des Vertrages von ihrer Zustimmung abhängig gemacht habe. Diese Regelung lautet: 55

"Berufliche Äußerungen aller Rechtsanwälte ... von AL dürfen nur mit Zustimmung von AL an Dritte weitergegeben werden. Der Auftraggeber ist verpflichtet, mit dem Dritten eine Ziff. IV entsprechende Vereinbarung über die Beschränkung der Haftung von AL...schriftlich zu vereinbaren und darin festzulegen, dass der Haftungshöchstbetrag eine Gesamtmaximalsumme für alle von der Haftungsbeschränkung erfassten Ansprüche des Auftraggebers und Dritter ist. Im Falle der Verletzung vorstehender Pflichten stellt der Auftraggeber AL ... von allen Ansprüchen Dritter frei, soweit sie von der Haftungsbegrenzung erfasst wären." (Anlage K 33; Bl. 369 d. A.) 56

Aus dieser Regelung ergibt sich, dass die Beklagte selbst damit gerechnet hat, dass Dritte in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen sein könnten, denn nur dann kam überhaupt eine vertragliche Haftung diesen gegenüber in Betracht. Der Beklagten war auch klar, dass ihre Äußerungen gegenüber A aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit auch zur Kenntnis der Gesellschafter der A kommen mussten. Eine daraus resultierende Haftung ließ sich – auch das hat die Beklagte erkannt, wie sich aus Satz 2 der Regelung ergibt – nicht durch eine Vereinbarung zwischen ihr und der Mandantin ausschließen. 57

(2) Die Beklagte hat ihre Pflichten aus dem Anwaltsvertrag mit der A schuldhaft verletzt, weil sie nicht darauf hingewiesen hat, dass eine Verwendung der Agio-Zahlungen der Finanz-Aktionäre zum Erwerb des Unternehmensbereichs "Finanzdienstleistungen" sich jedenfalls dann und insoweit als eine verdeckte Sacheinlage darstellt, wie die A diese Mittel verwendet, um Darlehen ihrer Gesellschafter, die zugleich Aktionäre der J 21 AG sind, zurückzuführen. Hierdurch ist den Klägerinnen zu 1) bis 3) ein Schaden entstanden, weil sie das Agio zweimal aufbringen mussten. 58

(a) Aufgrund des Mandats, das ihr die A erteilt hatte, war die Beklagte mit der umfassenden rechtlichen Beratung bezüglich aller im Zusammenhang mit der Ausgliederung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" auftretenden Fragen beauftragt. Die Auffassung der Beklagten, es habe nur die Verpflichtung zur Beantwortung konkret gestellter Fragen bestanden ("legal service on demand"), teilt der Senat nicht. 59

Ziffer I. des Vereinbarungsschreibens der Beklagten vom 17.04.2000 an die A (Anlage K 33; Bl.367 d. A.) spricht von der "Beratung in allen rechtlichen Angelegenheiten, mit deren Wahrnehmung Sie uns betrauen". Dabei wird ausdrücklich auch die "Einlage des Onlinegeschäfts der B COMMUNICATIONS GmbH in die J 21 AG" erwähnt. Dieses Vorhaben wurde später aufgespalten in die Einbringung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" in die J 21 AG und die Übernahme des Bereichs "GG" durch die b-R AG. Die Beklagte war die gesamte Zeit in die zunächst gemeinsam und dann parallel nebeneinander herlaufenden Ausgliederungsmaßnahmen eingebunden. Dies ergibt sich auch aus der vorgelegten Korrespondenz: 60

- 25.04.2000: Darstellung der Ziele und Aufgaben, u. a. 662
 - "Zusammenstellung der erwarteten Fees und Erarbeitung eines Finanzierungsplanes mit der Gesellschaft (bzw. Beginn der Hauptarbeiten erst mit Sicherstellung der Finanzierung), damit wir nicht nachher auf den Gebühren sitzen bleiben
 - Erarbeitung eines gesamt Zeitplans aller beteiligten Gruppen
 - Wöchentliches Meeting..." (Anlage B 9)
- 25.07.2000: Überlegungen zur Frage der verdeckten Sacheinlage (Anlage B 12)
- 26.07.2000: Stellungnahme zu einem Anspruch der KSK auf Vergütung einer KrGgverlängerung (Anlage K 36; Bl. 511 ff. d. A.)
- 27.07.2000: Entwurf von Anstellungsverträgen für Vorstandsmitglieder der J 21 AG (Anlage B 13)
- August 2000: Rechtliche Prüfung von Einzelfragen im Rahmen des Kaufs der Vorrats AG sowie rechtliche Prüfungen im Hinblick auf die Nachgründungsproblematik und einer verdeckten Sacheinlage
- 10.08.2000: Gespräch über "die Problematik der Wertfindung" (Anlage K 37; Bl. 515 d. A.)
- September 2000: "Rechtliche Prüfung von Einzelfragen, insbesondere zur Frage der Verwendung des Grundkapitals vor Eintragung der AG; zum Darlehen KSK; zum geldwerten Vorteil für die Manager bei der Gründung und späteren Kapitalerhöhung bei der J 21 AG" (Anlage B 11)
- 21.04.2000: Übersendung einer Zusammenstellung der geplanten Schritte (Anlage K 2)
- 02.11.2000: Überlegung zur Nachgründungsproblematik

"J : Für Herrn Y privat ist eine Vorrats-GmbH reserviert, die seine Anteile an der zukünftigen J 21 AG halten wird. Für die J ist eine Vorrats-AG reserviert. Laut Angaben von Herrn Y soll der Erwerb der Vorrats-AG Mitte November erfolgen. Dabei sind noch fast alle Punkte ungeklärt: 66

Wer erwirbt, Höhe der Vergütung für die J -Assets? (Vielleicht noch mal auf die Nachgründung aufmerksam machen), wann sollen die Assets übergehen; soll bei Erwerb der Vorrats-AG direkt eine KapE erfolgen" (Anlage B 10)

- 08.11.2000: Meeting in Z "zur Besprechung der vier Geschäftsbereiche GG, NetMarket, J 64 21 und FuturePoint" (Anlage B 11)
- 19.12.2000: Stellungnahme zur Frage der Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen (Anlage K 44; Bl. 535 d. A.)
- 01.01.2001: Auftrag zur Prüfung einer Reihe von Dokumenten im Zusammenhang mit der Gründung der J 21 AG (Anlage K 68)
- 08.01.2001: Übersendung eines "Fahrplans" zur Gründung der J 21 AG einschließlich Vorschlag zur Satzung
- 31.01.2001: zusammenfassende Darstellung des Gründungsmodells J 21 AG (Anlage B 6; Bl. 48 d. A.)
- 09.02.2001: zusammenfassende Darstellung des Gründungsmodells J 21 AG (Anlage K 3; inhaltlich übereinstimmend mit der Zusammenfassung vom 31.01.2001) sowie Ausführungen zum Problem der verdeckten Einlagenrückgewähr (Anlage B 5; Bl. 46f. d. A.)

Insbesondere das Dokument vom 02.11.2000 belegt, dass die Beklagte keineswegs nur konkrete von A an sie herangetragene rechtliche Fragen "abarbeitete", sondern dass sie selbst ihren Auftrag umfassender verstanden hat. Nur deshalb war es sinnvoll, die dort aufgeworfenen Fragen zu stellen. 65

Auch aus Sicht der A machte es ersichtlich keinen Sinn, die Beklagte nur mit konkreten Fragen zu befassen und nicht etwa eine umfassende Beratung von dieser zu erwarten. Hierzu muss berücksichtigt werden, dass neben der Beklagten auch die Bb D Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft und die Bb D Consulting GmbH in die beabsichtigte Auslagerung der verschiedenen Geschäftsbereiche einbezogen waren. Ersichtlich wollte die A eine umfassende Beratung bei der Neustrukturierung und nicht lediglich eine Beratung zu einzelnen konkreten Fragen. Die hier anstehenden Probleme sind so komplex, dass nur Fachleute überhaupt in der Lage sind, die richtigen Fragen zu stellen. Eine Mandatsbeziehung, bei der nur ganz konkrete Fragen beantwortet werden, wäre für A damit ersichtlich wertlos gewesen, weil für sie die Gefahr bestanden hätte, die wirklich relevanten Probleme zu übersehen und deshalb völlig falsche Fragen an die Beklagte heranzutragen. 66

Dieser umfassende Beratungsauftrag erstreckte sich auch auf die Frage der verdeckten Sachgründung und des damit verbundenen Risikos, das Agio zweimal aufbringen zu müssen, obwohl dieses allein die Finanz-Aktionäre und nicht die A traf. Für die A war diese Frage gleichwohl von Bedeutung, weil das von den Finanz-Aktionären aufzubringende Agio von vorneherein dazu bestimmt war, als Kaufpreis für den Unternehmensbereich "Finanzdienstleistungen" an sie zu fließen; es war also letztlich der Kern des von ihr verfolgten Ausgliederungskonzeptes. Das setzte aber voraus, dass eine solche Vorgehensweise auch rechtlich zulässig war. An einem rechtlich nicht zulässigen Konzept, das für die Finanzaktionäre mit dem Risiko verbunden war, das Agio zweimal aufbringen zu müssen, konnte die A ersichtlich kein Interesse haben, weil sie nicht davon ausgehen konnte, dass die Finanz-Aktionäre sich hierauf einlassen würden. 67

(b) Die Beklagte wäre gehalten gewesen, über die Risiken des gewählten Agio-Modells zu informieren. Dieses Risiko bestand darin, dass die Bestimmungen über die verdeckte Sachgründung nicht nur auf den Nominalbetrag der Kapitalerhöhung, sondern auch auf das 68

Agio Anwendung findet. Dies hat der Senat in seinem – rechtskräftigen – Urteil vom 20.10.2005 (18 U 76/04) betreffend die Verurteilung der Klägerin zu 4) zur erneuten Zahlung des Agios im Einzelnen wie folgt dargelegt:

"Eine verdeckte Sacheinlage liegt nach gängiger Formulierung dann vor, wenn der wirtschaftlich einheitliche Vorgang der Sacheinlage in rechtlich getrennte Geschäfte aufgespalten wird, von denen eines eine Bareinlage zu sein scheint, während das andere dem Abfluss der Geldmittel bei der Gesellschaft und zugleich der Annahme anderer Vermögensgegenstände als Leistung auf die Einlageschuld dient (BGH NJW 1996 S.1286/1287; Trautott BB 2003 S.481). 69

Das Landgericht ist zu Recht von der Anwendbarkeit der Grundsätze der verdeckten Sachaufwendung auf das von der Beklagten gezahlte Agio ausgegangen. Für eine Anwendung der Kapitalaufbringungsvorschriften auch bei Einzahlung des Agios in Form einer verdeckten Sacheinlage spricht zunächst, dass der Bundesgerichtshof in seinen bisherigen Entscheidungen bei der Prüfung der erfolgten Einzahlung keine Differenzierung zwischen dem geringsten Ausgabebetrag und dem Agio vorgenommen hat (BGH NJW 1990 S.982 ff). Der Ausgabebetrag der Aktie, der vom Zeichner einzuzahlen, also durch Geldleistung zu erbringen ist, schließt gem. § 27 Abs.1 S.1 AktG ein festgesetztes Agio ein (Hüffer, AktG, 6. Aufl., § 27 Rn.30 u. 3). Bei Überschreitung des geringsten Ausgabebetrages ist gem. § 36 a Abs.1 i.V.m. 2 AktG neben $\frac{1}{4}$ des geringsten Ausgabebetrages zudem das Agio in voller Höhe einzuzahlen (Hüffer a.a.O. § 36 a Rn.2). Das sog. schuldrechtliche Agio ist eine Zusatzleistung der Aktionäre, die diese neben der Einlage aufgrund einer nicht-korporativen Gesellschaftervereinbarung übernehmen (Hüffer a.a.O. § 36 a Rn.2a). Aus § 54 Abs.1 AktG ergibt sich, dass auch dieses Agio eine Einlage darstellt und am System des Schutzes realer Kapitalaufbringung teilnimmt (Lutter/Kölner Kommentar AktG Band 1, 2. Aufl., § 54 Rn.12 a.E.). Der Verweis der Beklagten auf die Differenzierung in § 36 a Abs.1 und 2 AktG im Hinblick auf die Höhe des zu erbringenden Ausgabebetrages einerseits (nur $\frac{1}{4}$) und des Aufgeldes andererseits (volle Einzahlung) überzeugt nicht. Insbesondere kann aus der geforderten vollen Einzahlung des Aufgeldes im Gegensatz zu dem geringsten Ausgabebetrag nicht gefolgert werden, ersteres unterfalle schon deswegen nicht den Kapitalaufbringungsvorschriften. Gerade weil der Gesetzgeber die volle Einzahlung des Agios in den §§ 54 und 36 a AktG, also in Kapitalaufbringungsvorschriften, fordert, ist von deren Anwendung sowie der Anwendung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage auf das Agio auszugehen. In Rechtsprechung und Literatur werden verdeckte Sacheinlagen wie Sacheinlagen i.S.d. § 36 a Abs.2 AktG behandelt (Lutter/Kölner Komm., a.a.O., § 66 Rn.31; BGH WM 1982 S.660/662), so dass die in § 36 a Abs.1 AktG bei der Bareinlage vorgenommene Differenzierung zwischen der Einzahlungshöhe des Mindestausgabebetrages und des Agios nicht auf die Sacheinlage übertragbar ist und infolge dessen eine Unanwendbarkeit der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage beim Agio nicht rechtfertigt. § 36 a Abs.2 AktG stellt außerdem für die Sacheinlage klar, dass diese vollständig einzuzahlen ist, ohne dass insoweit eine Differenzierung zwischen Mindestausgabebetrag und Agio stattfindet (Hüffer a.a.O. § 27 Rn.30). Hintergrund ist, dass § 36 a Abs.1 AktG für die Beteiligten bei einer Bargründung eine Erleichterung dadurch schaffen soll, dass der aufzubringende Mindestbetrag möglichst gering gehalten wird. Hinsichtlich der Vereinbarung eines den Mindestbetrag übersteigenden Ausgabebetrages sind die Beteiligten frei und soweit sie einen erhöhten Ausgabebetrag nicht entrichten wollen, bleibt es ihnen unbenommen, die Aktien zum geringsten Ausgabebetrag auszugeben, so dass – anders als beim Mindestausgabebetrag – bei der Aufbringung des Agios kein Grund für eine Privilegierung bzw. eine Einzahlungserleichterung besteht. Aus der Pflicht der Beteiligten zur vollständigen Einzahlung des Agios kann somit nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber 70

habe dieses nicht dem Schutz der Kapitalaufbringungsvorschriften unterstellen wollen.

Dass das Aufgeld anders als der Mindestausgabebetrag nicht von der bei einer Sachkapitalerhöhung gem. § 183 Abs.3 AktG erforderlichen Werthaltigkeitsprüfung erfasst wird, ändert daran nichts. Grund für die Werthaltigkeitsprüfung des geringsten Ausgabebetrages ist lediglich, einen Verstoß gegen § 9 Abs.1 AktG auszuschließen, d.h. zu verhindern, dass Aktien für einen geringeren Betrag als den auf die einzelne Stückaktie entfallenden anteiligen Betrag des Grundkapitals (= geringster Ausgabebetrag) ausgegeben werden, nicht aber die Rechte der Altaktionäre zu sichern (Hüffer a.a.O. § 183 Rn.16). Für die vom Landgericht vertretene Ansicht, der der Senat folgt, spricht, dass sich die Grundsätze über die reale Kapitalaufbringung auf das gesamte durch Einlagenleistung zu erbringende Eigenkapital erstrecken (Karsten Schmidt GesellschaftsR § 29 II S.881; Wiesner/Münchener. Hdb. d.GesR. Band 4 AktG § 16 Rn.1; Lutter/Kölner Komm. a.a.O. § 54 Rn.12; Pentz/MK z. AktG Band 1 2. Aufl. § 27 Rn.85), welches – wie bereits dargelegt – neben dem Grundkapital das Agio mit einschließt, während § 183 AktG, der einen engeren Anwendungsbereich hat, nur dem Schutz des Grundkapitals i.S.d. § 1 Abs.2 AktG dient. Zwar wird eine auf die Differenz zum geringsten Ausgabebetrag beschränkte gesetzliche und verschuldensunabhängige Differenzhaftung des Einlegers gem. § 183 AktG – unter Ausschluss des Agios - in der Literatur für den Fall angenommen, dass der Wert der Sacheinlage nicht unwesentlich hinter dem geringsten Ausgabebetrag der dafür ausgegebenen Aktie bei bereits durch Eintragung wirksam gewordener Eintragung einer Kapitalerhöhung gem. § 189 AktG zurückbleibt (Hüffer a.a.O. § 183 Rn.21). Diese Grundsätze sind jedoch nicht auf den Fall einer verdeckten Sacheinlage anwendbar, wo die Beteiligten unter der Abrede einer Umgehung der Kapitalaufbringungsvorschriften tätig werden, die – anders als § 183 AktG - nicht die Ahndung einer mangelnden Wertigkeit bezwecken, sondern die Einhaltung der strengen Sachkapitalerhöhungs- bzw. –gründungsvorschriften sicherstellen sollen und somit eine grundlegend andere Interessenlage verfolgen. Hierfür spricht überdies, dass nach einhelliger Ansicht betroffene Aktionäre im Falle einer verdeckten Sacheinlage behandelt werden, als sei eine Sacheinlagenverpflichtung in der Satzung nicht wirksam vereinbart worden, indem § 27 Abs.3 AktG für anwendbar erklärt wird. D.h. die Haftung des betroffenen Aktionärs beruht auf einer unwirksam vereinbarten Sacheinlage (Hüffer a.a.O. § 27 Rn.9; Pentz/MK AktG § 27 Rn.85; Lutter/Kölner Komm. a.a.O. § 66 Rn.31). Demgegenüber beruht die Differenzhaftung gem. § 183 Abs.3 AktG auf einer wirksam vereinbarten Sacheinlage und der Sacheinlagevorgang ist im Falle einer Überbewertung – anders als bei der verdeckten Sacheinlage - offengelegt (Hüffer a.a.O. § 183 Rn.21, BGH NJW 1992 S.2222/2227), wobei deren Anwendbarkeit das Agio streitig ist (Krieger/Müchn. Hdb. d. GesR. a.a.O. § 56 Rn.46 Bl. 108 Anl.H. m.w.N. in Fußnote 96). Nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Literatur richtet sich bei einer verdeckten Sacheinlage die nochmalige Verpflichtung des betroffenen Aktionärs zur Einlageleistung einschließlich eines Agios jedoch nach den §§ 27 Abs.3, 183 Abs.2 S.3 AktG (BGH NJW 1992 S.2222/2227; Hüffer a.a.O. § 27 Rn.30). Die Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage gelten überdies in gleicher Weise für die Gründung einer Gesellschaft wie für die Kapitalerhöhung (Hüffer AktG 6. Aufl. § 54 Rn.10; Hdb. d. Gesellschaftsrecht/Krieger, Band 4 AktG, § 56 Rn.49)." (S. 19 – 22 der Entscheidungsgründe)

Der Einwand der Beklagten, eine Pflichtverletzung liege nicht vor, weil sie auf die möglichen Konsequenzen einer verdeckten Sacheinlage hingewiesen habe, ist nicht berechtigt. Allerdings hat die Beklagte mit Schreiben vom 27.07.2000 (Anlage B 13) auf die Problematik der verdeckten Sacheinlage hingewiesen. In diesem Schreiben heißt es u. a.:

"Im Gespräch vom 12. Juli 2000 wurden grundsätzlich mehrere Möglichkeiten diskutiert, den Erwerb zu gestalten. Dabei wurde jeweils davon ausgegangen, dass die Ff AG zunächst als Vorratsgesellschaft erworben werden soll und die Assets danach von der A erwirbt. Wie bereits erörtert, ist dieser Vorgang im Hinblick auf eine verdeckte Sacheinlage bzw. verbotene Einlagenrückgewähr äußerst bedenklich."

Ähnlich verhält sich eine Darstellung der "Alternativen zur Gründung der GG-AG" vom 23.11.2000 (Anlage B 16): 74

"Bargründung mit einem Grundkapital in Höhe von 9,5 Mio. €. Kauf der GG-Assets zu einem späteren Zeitpunkt und Zahlung des Kaufpreises für die GG-Assets aus dem Grundkapital und analoge Anwendung aller Sacheinlagevorschriften. 75

Diese Vorgehensweise ist weder gesetzlich geregelt noch finden sich diesbezügliche höchstrichterliche Rechtsprechung oder relevante Literaturmeinungen. Gerade im Hinblick auf das sehr formale Aktiengesetz, der Tatsache, dass die verdeckte Sacheinlage bei der AG unheilbar ist, der Legal Ee Hh im Rahmen eines Börsengangs raten wir von einer solchen Vorgehensweise ab." (so inhaltlich bereits in einem Schreiben vom 16.11.2000; Anlage K 41, Bl. 524 d. A.) 76

Unschädlich erscheint dabei, dass sich die Hinweise auf die Risiken einer verdeckten Sachgründung nicht auf die Ausgliederung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" in die J 21 AG, sondern auf die Ausgliederung des Bereichs GG bezogen haben. Wenn die A als Mandantin und ihre Gesellschafter einmal über die Problematik der verdeckten Sachgründung informiert worden waren, bedurfte es insoweit in Bezug auf die zeitlich nahezu parallel laufende Ausgliederung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" nicht eines erneuten gleich gelagerten Hinweises. Ohne besondere Anhaltspunkte konnte die Beklagte davon ausgehen, dass der A und deren Gesellschaftern das Problem der verdeckten Sacheinlage grundsätzlich vertraut war. 77

Gleichwohl sind diese Hinweise im konkreten Fall nicht ausreichend, weil sie die Besonderheit bei der Ausgliederung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" gegenüber der Ausgliederung des Bereichs "GG" nicht berücksichtigen. Diese lag darin, dass der Erwerb des Bereichs "Finanzdienstleistungen" aus dem Agio finanziert werden sollte. Es hätte deshalb des zusätzlichen Hinweises bedurft, dass das Agio nicht anders als Eigenkapital behandelt wird, damit das finanzielle Risiko für die Mandantin und deren Gesellschafter überschaubar gewesen wäre. Ein solcher Hinweis wurde aber unstreitig nicht erteilt. 78

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie im Zusammenhang mit der Übernahme des Bereichs "Finanzdienstleistungen" auf die Gefahr der verdeckten Einlagenrückgewähr bei einer Überbewertung hingewiesen hat (Schreiben vom 09.02.2001, Anlage B 5; Bl. 46 d. A.). Auch dieser Hinweis ist nicht ausreichend, denn er trifft nicht den Kern des Problems. Zwar wird hierbei angedeutet, dass auch das Agio der Kapitalbindung unterliegt. Aus dem Hinweis ergibt sich aber nicht - jedenfalls nicht mit hinreichender Klarheit -, dass auch der Erwerb richtig bewerteter Vermögensgegenstände problematisch ist – und zwar nicht unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Einlagenrückgewähr, sondern unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sachgründung. 79

(c) Der Schaden der Klägerinnen zu 1) bis 3) liegt darin, dass sie das übernommene Agio zweimal aufbringen mussten. Die Auffassung der Beklagten, dass eine rechtliche Verpflichtung hierzu gar nicht bestanden habe, weil tatsächlich gar kein Fall der verdeckten Sacheinlage gegeben gewesen sei, teilt der Senat nicht. 80

"Wie das Landgericht geht auch der Senat hinsichtlich des von der Beklagten gezahlten Aufgeldes von einer verdeckten Sacheinlage im Drei-Personen-Verhältnis aus.

Für die Beantwortung der Frage, ob der Umgehungstatbestand der verdeckten Sacheinlage vorliegt, ist maßgeblich auf eine objektivierende Betrachtungsweise abzustellen; auf das Vorliegen einer Umgehungsabsicht kommt es nach der inzwischen h.M. in der Literatur und der Rechtsprechung nicht mehr an (OLG Düsseldorf Urt. v. 15.11.1990, Az. 6 U 175/89 zit. in juris m.w.N.). Der objektive Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage setzt voraus, dass die Gesellschaft zugunsten eines Gesellschafters eine Leistung erbringt, die objektiv in zeitlicher und sachlicher Nähe zu einem Vorgang der Leistung auf das Gesellschaftskapital steht (BGH WM 1990 S.222/228; OLG Düsseldorf Urt. v. 15.11.1990 Az. 6 U 175/99 zit. in juris). Vertragsgestaltungen, in denen die Abrede dahin geht, die Einlagemittel unter (objektiver) Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln mittelbar oder unmittelbar wieder an den Einleger zurückfließen zu lassen, stellen sich als unzulässige Gesetzesumgehungen dar (BGH NJW 2003 S.825; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997 S.486 m.w.N.). Eine häufige Konstellation der verdeckten Sacheinlage ist die ausdrückliche oder implicite Einigung, neue Aktien gegen Ware auszugeben. In diesen Fällen einigen sich die Parteien bewusst oder unbewusst wirtschaftlich darauf, dass der Neuaktionär seine Aktien teilweise im Gegenzug für die Überlassung z. B. Maschinen erhalten soll. Dass zunächst Geld an die Gesellschaft fließt, welches dann von ihr als Kaufpreis an den Aktionär zurückgezahlt wird, ändert daran nichts. In solchen Konstellationen ist eine verdeckte Sacheinlage anzunehmen. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung für die Fälle, in denen die wirtschaftliche Einigung der Parteien darin besteht, dass der Zeichner Aktien für ein Unternehmen erhält, welches er der AG überträgt (Traugott BB 2003 S.481/483/484). Eine derartige Konstellation ist auch vorliegend gegeben.

Soweit das von der Beklagten zusätzlich zu der Einlage gezahlte Aufgeld in Höhe von 620.000,- € im Wege einer Geschäftsbereichübernahme durch die Insolvenzschuldnerin von dieser an die A gezahlt und von der A sodann wieder an die Beklagte zurückfließen sollte, während bei der Insolvenzschuldnerin anstelle der Aufgelder der von der A erworbene Geschäftsbereich verbleiben sollte, stellte dies nach den dargelegten Grundsätzen ein Umgehungsgeschäft dar, welches als verdeckte Sacheinlage zu qualifizieren ist. Denn nach dieser Konstruktion war beabsichtigt, dass die Insolvenzschuldnerin die erhaltenen Agios nicht ihrem Vermögen zuführen, sondern diese zum Erwerb von Vermögenswerten in Form des Geschäftsbereich "Finanzdienstleistungen" von der A einsetzen sollte, damit letztere mit Hilfe dieser Mittel ihre Darlehensverbindlichkeiten gegenüber ihren Gesellschaftern, die zugleich auch Aktionäre der Insolvenzschuldnerin waren, tilgen konnte. Die Aktionäre der Insolvenzschuldnerin haben im Rahmen der Abwicklung des Konzepts die von ihnen eingesetzten finanziellen Mittel zurückerhalten und statt dessen mittelbar über die A anstelle einer Bareinlage lediglich einen gegenständlichen Vermögenswert in die Insolvenzschuldnerin eingebracht.

Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung, welcher der Senat sich anschließt, auf eine Beteiligung der Beklagten an der Vereinbarung der Aktionäre über das dargestellte Konzept bejaht.

Der Bundesgerichtshof fordert im Rahmen der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage die Umgehung der Vorschriften über die Leistung von Sacheinlagen eine Abrede des Einlageschuldners mit den Mitgesellschaftern bzw. den Vorständen der AG anlässlich der Gründung oder der Kapitalerhöhung, die den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfasst (BGH WM 1996 S.565/567 Bl. 139 ff Anl.H.; BGH NJW 2000 S.725/726; BGH NJW

1996 S.1286 Bl. 82 ff d.A.; BGH GmbHR 2002 S.1193/1195). Diese Abrede ist jedoch – wie das Landgericht zutreffend ausführt – nicht im Sinne eines wirksamen Vertrages zwischen den Beteiligten zu verstehen; ein solcher wäre gem. § 27 Abs.3 S.1 AktG ohnehin unwirksam. Ausreichend ist eine tatsächliche Einigung über den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage. Auf das Vorliegen einer solchen Abrede deuten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof z.B. Gesprächsprotokolle oder sog. "letter of intents" hin, dagegen muss sich eine rechtliche Verpflichtung daraus nicht ergeben (BGH NJW 2000 S.725/726; BGH NJW 2002 S.3774/3776; Traugott BB 2003 S.481/482).

Dass die Beklagte die Aktionärsvereinbarung nicht unterzeichnet hat, steht der Annahme der vom Bundesgerichtshof geforderten Abrede nicht entgegen. Die Beklagte hat jedenfalls das vorangegangene Schreiben vom 18.07.2000 (Anl. K 2 a, Bl. 35 ff Anl.H.). unterzeichnet, welches mit "Absichtserklärung über die Beteiligung an der J 21 AG" überschrieben ist. Darin ist im einzelnen dargelegt, dass die Beklagte sich mit weiteren Gesellschaftern der A im Rahmen einer Kapitalerhöhung an der Insolvenzschildnerin beteiligen sollte und gem. Ziffer 3. mit dem von den Gesellschaftern, also u.a. der Beklagten, einzuzahlenden Agios die zum Betrieb des operativen Geschäfts der Insolvenzschildnerin erforderlichen Vermögensgegenstände von der A erworben werden sollten. Daraus folgt, dass der Beklagten der Verwendungszweck des von ihr einzuzahlenden Agios bekannt und sie mit dieser Vorgehensweise einverstanden war. Hierin liegt die geforderte Abrede. Dass in der Absichtserklärung noch nicht ausdrücklich festgelegt war, dass die A ihrerseits den Kaufpreis für die an die Insolvenzschildnerin übertragenen Vermögensgegenstände sodann an ihre Gesellschafter, u.a. auch die Beklagte zur Tilgung der Darlehensverbindlichkeiten auszahlen sollte, ändert daran nichts. Die Beklagte bestreitet nicht, auch davon Kenntnis gehabt zu haben. Hierfür spricht im übrigen ihr Vortrag im Parallelrechtsstreit gegen die hiesige Streithelferin vor dem Landgericht Köln, Az. 30 O 329/03, im Schriftsatz vom 29.07.2003. Darin hat sie das geplante Konzept, nämlich ihre Beteiligung an der Insolvenzschildnerin im Rahmen der Kapitalerhöhung sowie die damit verbundene Verpflichtung zur Zahlung eines Aufgeldes für die gezeichneten Aktien, welches sodann im Rahmen eines nachfolgenden Unternehmenskaufes zwischen der Insolvenzschildnerin und der A zum Erwerb der Vermögensgegenstände der A verwendet werden sollte, dargestellt sowie bestätigt, dass das von den Gesellschaftern, u.a. auch von ihr, einzuzahlende Agio mittelbar über die A wieder an diese zurückfließen sollte und dementsprechend verfahren worden sei (Anl. K 37 Bl. 142 ff Anl.H.). Außerdem hat die Beklagte sich trotz fehlender Unterzeichnung der Aktionärsvereinbarung entsprechend dem vorgesehenen Konzept und der Abrede in der Aktionärsvereinbarung verhalten, indem sie im Rahmen der Kapitalerhöhung der Insolvenzschildnerin 180.000 Stückaktien zu je 1,- € zum Ausgabebetrag von 5,- € gezeichnet und den entsprechenden Betrag später gezahlt hat. Weiteres Indizien für die mit der Beklagten getroffene Abrede sind, dass diese entsprechend § 3 der Aktionärsvereinbarung der Insolvenzschildnerin den darin vorgesehenen zusätzlichen KrGg zum "weiteren Aufbau des operativen Geschäfts" im Rahmen der vereinbarten Brückenfinanzierung über 685.714,- € zur Verfügung gestellt und die A aus dem Unternehmenskauf erhaltenen Kaufpreis vereinbarungsgemäß einen Teilbetrag an die Beklagte zur Tilgung ihrer Darlehensforderung gezahlt hat. Aufgrund dessen kann die Beklagte sich nicht darauf berufen, sie sei mit dem Inhalt der Aktionärsvereinbarung nicht einverstanden bzw. daran nicht beteiligt gewesen ist. Soweit aufgrund der dargelegten Umstände die vom Bundesgerichtshof geforderte tatsächliche Einigung auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen und des späteren Verhaltens der Beklagten zustande gekommen ist, bedurfte es keiner Beweisaufnahme darüber, ob die Beklagte sich ausdrücklich mit der Aktionärsvereinbarung einverstanden erklärt hat.

Abgesehen davon spricht für die geforderte Abrede eine widerlegliche Vermutung, die die Rechtsprechung bei Bestehen eines zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes durch die Gesellschaft einerseits und Anteilszeichnung sowie der Erfüllung der Mindesteinlagepflicht durch den Zeichner andererseits annimmt (BGH NJW 1996 S.1286/1288; OLG Koblenz WM 1988 S.1013/1014; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995 S.869/879 m.w.N.).

Ein solcher Zusammenhang ist vorliegend gegeben. Die Zeichnung der Aktien durch die 89 Beklagte erfolgte am 17.01.2001 bzw. in unmittelbarer zeitlicher Nähe zu diesem Datum (vgl. Anl. K 1 Bl. 2 ff Anl.H.). Der Unternehmenskaufvertrag zwischen der Insolvenzschriftnerin und der A wurde am 04./05.04.2001, also nur knapp drei Monate später geschlossen. Das Kriterium des zeitlichen Zusammenhangs liegt vor, wenn Geschäfte aufgrund ihrer zeitlichen Nähe zur Kapitalmaßnahme mit dieser eine wirtschaftliche Einheit bilden, wobei dabei überwiegend die Obergrenze von 6 Monaten genannt wird (Traugott BB 2003 S.481/482 m.w.N. in Fn. 10). Der erforderliche sachliche Zusammenhang liegt ebenfalls vor. Zwar wurde der Unternehmenskaufvertrag zwischen der Insolvenzschriftnerin und der A zeitlich nach der Kapitalerhöhung und der Zeichnung der Aktien durch die Beklagte geschlossen, jedoch ergab sich die erforderliche sachliche Nähe aus dem von der Insolvenzschriftnerin und der A entwickelten Konzept. Danach sollte der Unternehmenskauf mit Hilfe der von den Finanzierungsaktionären im Rahmen der Kapitalerhöhung an die Insolvenzschriftnerin zu zahlenden Aufgeldern finanziert werden, um der A zu ermöglichen, mit Hilfe des Kaufpreises die ihr von ihren Gesellschaftern gewährten Darlehen zu befriedigen. Der Unternehmenskauf hätte auch schon vor der Zeichnung der Aktien unter der Bedingung der Kapitalerhöhung bei der Insolvenzschriftnerin und der Einzahlung der Agios durch deren Gesellschafter geschlossen werden können. Das Tatbestandsmerkmal der sachlichen Nähe ist erfüllt, wenn die Leistung des Gesellschafters bereits zum Zeitpunkt der Barkapitalerhöhung zum Gegenstand einer Sacheinlage hätte gemacht werden können (BGH WM 1990 S.222; OLG Düsseldorf a.a.O. m.w.N.). Unschädlich ist, dass der Unternehmenskauf nicht vor der Kapitalerhöhung, der Zeichnung der Aktien und der Einzahlung des Agios geschlossen worden ist. Denn die Aushöhlung der Bareinlage durch das spätere Verkehrsgeschäft mit dem Einlageschuldner ist unabhängig davon zu beurteilen, ob die Bareinlage von vornherein durch eine Sacheinlage ersetzt oder erst anschließend durch ein Rechtsgeschäft mit dem Einlageschuldner reduziert werden soll (OLG Düsseldorf NJW-RR 1995 S.869/870; Wiedemann ZIP 1992 S.1257/1263).

...

90

Dass bei der A als Empfängerin der Kaufpreiszahlung einerseits und der Beklagten als 91 Zeichnerin, die zur Entrichtung der Einlage einschließlich Aufgeld verpflichtet ist, andererseits **keine Personenidentität** besteht, hindert die Annahme einer verdeckten Sacheinlage nicht. Soweit die Finanzierungsaktionäre der Insolvenzschriftnerin, u.a. auch die Beklagte, entsprechend der getroffenen Abrede das von ihnen gezahlte Aufgeld mittelbar über den Unternehmenskauf zwischen der Insolvenzschriftnerin und der A zurückerhalten haben, indem die A mit Hilfe des Kaufpreises aus dem Unternehmenskauf die Darlehensverbindlichkeiten gegenüber ihren, mit den Finanzaktionären identischen Gesellschaftern getilgt hat, haben diese im Ergebnis keine Bareinlage, sondern den Geschäftsbetrieb der A in die Klägerin eingebracht. Hierin ist entsprechend den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts eine verdeckte Sacheinlage im Drei-Personen-Verhältnis zu sehen.

92

Der Umgehungstatbestand setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht voraus, dass Einlagenschuldner und Gläubiger der getilgten Forderung identisch sind. Eine unzulässige Leistung ist auch für den Fall anzunehmen, dass die Zahlung nicht an den Gesellschafter selbst, sondern an ein Unternehmen bewirkt wird, an dem dieser maßgeblich beteiligt ist (BGH NJW 1994 S.1477/1478 f). Es ist anerkannt, dass die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage nicht nur erfüllt sind, wenn die eingesetzten Mittel absprachegemäß zur Tilgung einer Forderungen des Zeichners verwendet werden, sondern auch dann, wenn in dieser Weise zugunsten einer dem Zeichner nahestehenden Person verfahren wird (BGH NJW 1990 S.982/986). Entscheidend dafür, dass sich der Einlagenschuldner die Leistung an einen Dritten zurechnen lassen muss, ist, dass er dadurch in gleicher Weise begünstigt wird, wie in dem Fall, dass an ihn selbst geleistet wird (BGH NJW 1996 S.1286/1287).

Dies ist vorliegend der Fall. Die Beklagte war zwar nicht allein, wohl aber zusammen mit ~~92~~ anderen Gesellschaftern, die zugleich auch Finanzierungsaktionäre der Insolvenzschnldnerin waren, in der Lage, beherrschenden Einfluss auf die A auszuüben und diese zu dem in der Aktionärsvereinbarung vorgesehenen Abschluss des Unternehmenskaufes mit der Insolvenzschnldnerin zu veranlassen, wie dies tatsächlich geschehen ist. Die Gesellschafter wären in der Gesamtheit berechtigt gewesen, die Geschäftsführung in entsprechender Weise anzuweisen, wobei davon auszugehen ist, dass dies im Hinblick auf die insoweit gleichgerichteten Interessen der beteiligten Gesellschafter erfolgt wäre. Durch den Unternehmensverkauf wurde die Beklagte als Gesellschafterin der A in gleicher Weise begünstigt, als wenn der Kaufpreis unmittelbar an sie geflossen wäre. Denn mit Hilfe des von der Insolvenzschnldnerin gezahlten Kaufpreises war die A in der Lage, die u.a. gegenüber der Beklagten bestehenden Darlehensverbindlichkeiten zu tilgen, wobei deren Rückzahlung durch die A unstreitig erfolgt und die Beklagte insoweit befriedigt worden ist. Durch die Auszahlung eines Teils des Kaufpreises von der A an die Beklagte ist letzterer unmittelbar ein Vorteil zugeflossen.

Des weiteren ist davon auszugehen, dass die Beteiligten beabsichtigten, die gezahlten 94 Aufgelder nicht in der Klägerin zu belassen, sondern mittelbar ihren Finanzierungsaktionären über einen Unternehmenskauf mit der A wieder zufließen zu lassen, wobei die gezahlten Aufgelder ausweislich des Konzepts für den Unternehmenskauf verwendet werden sollten. Dieser Verwendungszweck des Agios für den Unternehmenskauf ergab sich aus Ziffer 3. der Absichtserklärung vom 18.7.2000 (Anl. K 2a Bl. 35 Anlagenheft) sowie aus § 1 der Aktionärsvereinbarung, wonach die Klägerin den Kaufpreis für den von der A erworbenen Geschäftsbereich in Höhe von 2.400.000,- € aus "freien Rücklagen" zahlen sollte, die von ihren Finanzierungsaktionären (u.a. auch der Beklagten) durch Zahlung eines Aufgeldes in entsprechender Höhe übernommen worden sind (Anl. K 2 Bl. 20 ff, insb. 26 Anlagenheft). Ein Nachweis dafür, dass die Zahlung des Kaufpreises tatsächlich mit diesen Geldern erfolgt ist, ist im herkömmlichen Sinne im Hinblick darauf, dass eine Zahlung aus solchen Rücklagen bilanzrechtlich ein reiner Tausch von Aktiva ist, nicht möglich. Entscheidend ist, dass die Abrede über das Konzept das beabsichtigte Ziel hatte, der Klägerin Kapital im Wege einer verdeckten Sacheinlage in Form des Geschäftsbereichs der A zuzuführen, um letzterer mit Hilfe des dafür gezahlten Kaufpreises eine Rückführung ihrer Darlehensverbindlichkeiten bei ihren Gesellschaftern, die mit den Finanzierungsaktionären der Klägerin identisch waren, zu ermöglichen. Im Hinblick auf die Aktionärsvereinbarung war die Entscheidung über den Unternehmenskauf zwischen der Klägerin und der A keine eigenverantwortliche des Vorstands, sondern beruhte auf den vorangegangenen Abreden und diente deren Erfüllung, wobei der Vorstand der Klägerin in dieses Konzept eingebunden war. Ferner ist unstreitig, dass der vereinbarte Kaufpreis in Höhe der eingezahlten Aufgelder geflossen ist und der

Insolvenzschuldnerin diese nicht mehr als Barmittel zur Verfügung gestanden haben. Demgegenüber sollten die von der Beklagten zusätzlich zur Verfügung gestellten KrGgmittel in Höhe von 685.714,- € gem. § 3 der Aktionärsvereinbarung für den "weiteren Aufbau des operativen Geschäfts" verwendet werden, also gerade nicht für den Ankauf des Geschäftsbetriebs von der A ." (S. 22 ff. der Entscheidungsgründe)

Hieran hält der Senat auch unter Berücksichtigung der Argumentation der Beklagten fest. 95
Diese geht dahin, dass kein Fall der verdeckten Sacheinlage vorgelegen habe, weil das Agio nicht an die Inferenten, die Finanz-Aktionäre, zurückgeflossen, sondern der A zugekommen sei, die aber gar nicht Gesellschafterin der J 21 AG gewesen sei.

Richtig ist insoweit lediglich, dass der Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 12.02.2007 (II ZR 272/05) darauf abstellt, dass der Rückfluss an den Inferenten oder ein von ihm beherrschtes Unternehmen erfolgt (Rdnr. 8). Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung stellt ein solches Beherrschungsverhältnis bei der Leistung an einen Dritten jedoch kein zwingendes Erfordernis dar ("insbesondere"). Entscheidend ist vielmehr, bei der Weiterleitung der Einlagemittel an einen Dritten, "dass der Inferent dadurch in gleicher Weise begünstigt wird wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst". Gerade das ist hier hinsichtlich der Klägerinnen zu 1) bis 3) jedoch der Fall. Aus Sicht der Gesellschafter der A war klar, dass diese durch die Veräußerung ihrer verschiedenen Geschäftsfelder abgewickelt werden sollte. Von daher war auch klar, dass die Erlöse zur Tilgung der Schulden und damit zur Weiterleitung an die darlehensgebenden Gesellschafter bestimmt waren. So wurde nicht nur in diesem Fall, sondern auch in dem Parallelfall des Geschäftsbereichs GG, der in die b-R AG eingebracht wurde, verfahren. Auch im Lichte der neueren BGH-Rechtsprechung ist deshalb an der o. a. Auffassung des Senats, dass trotz der Leistung an einen Dritten von einer verdeckten Sacheinlage auszugehen ist, festzuhalten. 96

Soweit die Beklagte in dem – nicht nachgelassenen – Schriftsatz vom 30.04.2009 bestritten hat, dass Darlehensrückzahlungen der A an die Klägerinnen zu 1) bis 3) in dem vorgetragenen Umfang aus dem Veräußerungserlös erfolgt sind, ist dies gemäß § 296a ZPO unbeachtlich. Das Bestreiten erfolgte erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung. In der Berufungsbegründung (Seite 31; Bl. 943 d. A.) hatte sie selbst noch die von ihr nunmehr bestrittenen Zahlungen vorgetragen. Es besteht auch keine Veranlassung, deswegen die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Aus der Aussage des Zeugen W , auf die sich die Beklagte insoweit bezieht, ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken dagegen, dass tatsächlich die bislang unstreitig gewesenen Rückzahlungen erfolgt sind. Der Zeuge hat aufgrund seines Ausscheidens aus der A im Herbst 2001 lediglich nicht bestätigen können, dass bis dahin der gesamte Kaufpreis von der J 21 AG bereits gezahlt worden war. Hieraus ergibt sich aber kein Anhaltspunkt dafür, dass die Zahlungen in dem angegebenen Umfang nicht später erbracht worden sind. Neue Erkenntnisse, aufgrund derer die Zahlung nunmehr erst mit Nichtwissen bestritten werden konnte, ergeben sich daraus nicht. 97

(d) Die bei der Beratung der A eingeschalteten Mitarbeiter der Beklagten haben diesen Schaden durch die von ihnen begangene objektive Pflichtverletzung auch schuldhaft herbeigeführt, denn sie haben entweder gewusst oder doch zumindest wissen können, dass die Kaufpreiszahlung der J 21 AG an die A von dieser zur Ablösung von Darlehen ihrer Gesellschafter verwendet werden würden, so dass sie auch konkret Anlass hatten, auf die Gefahr der Folgen einer verdeckten Sacheinlage hinzuweisen. Dies steht für den Senat aufgrund des Ergebnisses der Vernehmung des Zeugen W fest. Dieser hat ausdrücklich bekundet, dass spätestens im Dezember 2000 klar gewesen sei, dass der von der A bei der Veräußerung des Unternehmensteils "Finanzdienstleistungen" erzielte Erlös zur Ablösung 98

von Darlehen der Gesellschafter verwendet werden würde und dies auch mit Mitarbeitern der Beklagten erörtert worden ist.

Die Aussage des Zeugen W ist glaubhaft. Er war als damaliger Geschäftsführer der A intensiv in die Beratungen einbezogen, so dass nicht zweifelhaft erscheinen kann, dass er Einblick in die Umstände hatte, zu denen er befragt worden ist. Seine Aussage war allerdings hinsichtlich des Zeitpunktes, zu dem festgestanden hat, dass der Veräußerungserlös zur Darlehensrückführung verwendet werden würde, unklar. Während er zunächst davon ausgegangen war, dass dies bereits im September 2000 so besprochen worden sei, meint er später, dass dies – jedenfalls – im Dezember 2000 auch mit dem Vertretern der Beklagten erörtert worden sei. Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass der Zeuge, der schon vor längerer Zeit als Geschäftsführer der A ausgeschieden ist und sich bei seiner Aussage nicht auf Unterlagen stützen konnte, hinsichtlich der zeitlichen Abläufe Unsicherheiten zeigte. Dies gilt insbesondere deshalb, weil ihm bereits vor den Mitarbeitern der Beklagten klar gewesen sein kann, wie der Veräußerungserlös verwendet werden würde.

99

Gleichwohl erscheint angesichts der gesamten Umstände nicht zweifelhaft, dass seine Aussage zutrifft, wonach diese Frage spätestens im Dezember 2000, als die Grundsatzentscheidung zur Ausgliederung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" in die J 21 AG gefallen, diese Entscheidung aber noch nicht vollzogen war, auch mit den Mitarbeitern der Beklagten erörtert worden ist. Dieses Thema war sowohl für die A als auch für die Finanz-Aktionäre von wesentlicher Bedeutung und es ist deshalb fernliegend, dass hierüber mit den Mitarbeitern der Beklagten nicht gesprochen worden sein sollte. Durch den Veräußerungserlös würde der A in erheblichem Umfang Liquidität zufließen. Diese wurde von ihr für ihre weitere Tätigkeit jedenfalls nicht in vollem Umfang benötigt, denn allen Beteiligten war klar, dass diese Gesellschaft durch die Ausgliederung ihrer verschiedenen Unternehmensbereiche liquidiert werden sollte. Schon von daher drängte sich auf, dass der Veräußerungserlös zur Rückführung von Schulden, die im Wesentlichen gegenüber den Gesellschaftern bestanden, verwendet werden würden. Dies mussten auch die Mitarbeiter der Beklagten erkennen. Auch für die Finanzaktionäre war dies – offensichtlich – von erheblicher Bedeutung. Sie wollten sich letztlich aus ihrem Engagement zurückziehen und A kein neues Kapital zuführen. Deshalb mussten sie Wert darauf legen, für ihren zusätzlichen Aufwand in Form der Einlage bei der J 21 AG entsprechende Werte zurück zu erhalten. Schließlich hatten die Geschäftsführer der A zu beachten, dass sie sich bei Zahlungen an die Gesellschafterinnen gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG haftbar machen konnten. Gerade dieses persönliche Risiko des Zeugen W war nach dessen Aussage der nachvollziehbare Anlass für ihn, diese Frage mit den Mitarbeitern der Beklagten zu besprechen. Soweit er anführte, dass jeweils anhand eines Liquiditätsstatus geprüft worden sei, "ob die Rückzahlung zulässig sein würde", kann dies allerdings erst den Zeitpunkt nach der Zahlung des Kaufpreises, also das Jahr 2001 betreffen. Der Zeuge hat jedoch nachvollziehbar geschildert, dass diesen ganz konkreten Auszahlungsüberlegungen seit dem Herbst 2000 Gespräche mit den Mitarbeitern der Beklagten vorausgegangen waren, die diese Frage betrafen. Allein dies erscheint auch nachvollziehbar, denn die Prüfung der Auszahlungsmöglichkeiten anhand jeweils zu erstellender aktueller Liquiditätsübersichten setzt voraus, dass der Zeuge für die Problematik ausreichend "sensibilisiert" worden und ihm deutlich gewesen ist, was er zur Vermeidung eigener Haftungsrisiken zu beachten hatte. Selbst wenn man davon ausgeht, dass ihm diese Problematik grundsätzlich bereits aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer geläufig war – was nach der Erfahrung des Senats keineswegs der Regelfall ist –, liegt es doch nahe, diese Frage möglichst frühzeitig mit den hierauf spezialisierten Rechtsberatern zu erörtern, so wie dies der Zeuge geschildert hat.

100

101

Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen bestehen nicht. Er hat sich erkennbar um eine zutreffende Darstellung des Geschehens bemüht und hierbei auch Erinnerungslücken deutlich gemacht. Ein eigenes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits ist nicht ersichtlich.

(3) Der Beratungsfehler der Beklagten war auch kausal für den eingetretenen Schaden. Bei sachgerechter Beratung hätten die Klägerinnen zu 1) bis 3) die Möglichkeit gehabt, den Schaden zu verhindern. 102

(a) Der Senat folgt allerdings nicht dem Vortrag der Klägerinnen, dass sie bei einem Hinweis auf das Risiko der verdeckten Sachgründung eine offene Sachgründung vorgenommen haben würden. Es bestehen durchgreifende Bedenken dagegen, dass dies mit einem Kaufpreis von 2,4 Mio. € für die Vermögensgegenstände des Bereichs "Finanzdienstleistungen" möglich gewesen wäre, auch wenn die Klägerinnen meinen, dass dieser Wert "darstellbar" gewesen wäre. 103

Grundlage für die Kaufpreisermittlung soll der "Businessplan" vom 05.09.2000 (Anlage K 61) gewesen sein. Dabei handelt es sich jedoch im Wesentlichen um eine Geschäftsidee. Auch der Zeuge W bekundete, dass der Wert des Bereichs "Finanzdienstleistungen" im Wesentlichen durch "die vorhandenen Konzepte, die Kundenbeziehungen und die Marke 'J 21'" bestimmt worden sei; Sachwerte oder andere Vermögenswerte haben danach in nennenswertem Umfang nicht zur Verfügung gestanden. Es fehlte damit weitgehend an bewertbaren Fakten, so dass in diesem "Businessplan" keine Grundlage für die Einholung eines Sachverständigengutachtens gesehen werden kann, wie es bei einer Sachgründung gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 4 AktG durch die Gründungsprüfer hätte erstellt werden müssen. Die Bedenken werden verstärkt dadurch, dass die J 21 AG nachträglich erwogen hat, eine Sachgründung mit einem Kaufpreis von 2,4 Mio. € vorzunehmen. Dies scheiterte jedoch daran, dass der Geschäftsbereich Ende 2002 nach dem Vortrag der Klägerinnen (Seite 9 des Schriftsatzes vom 11.04.2006; Bl. 196 d. A.) "keinen Wert mehr (hatte), der die Neuvernahme des Unternehmenskaufes zwischen der J 21 AG und der Klägerin zu 6) über § 52 Abs. 10 AktG ermöglicht hätte". 104

(b) Eine mögliche Alternative zur Vermeidung des Schadens hätte jedoch darin bestanden, auf die Ausgliederung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" ganz zu verzichten. Dann hätten die Klägerinnen überhaupt keine Einlage an die J 21 AG zu zahlen gehabt, hätten von der A allerdings auch keine Rückzahlungen erhalten. 105

Dafür, dass die Gesellschafterinnen der A diese Variante verfolgt hätten, spricht entscheidend der Gesichtspunkt, dass sie nicht mehr bereit waren, A unbefristet mit weiterem Kapital zu versorgen. Sie wollten sich durch die "Zerlegung" der A mittelfristig aus ihrem Engagement zurückziehen. Eine Weiterführung der A im bisherigen Umfang hätte erhebliche Kapitalzufuhr von den Gesellschafterinnen erfordert. Angesichts des Verlustes der A im Jahre 2000 in Höhe von 14,5 Mio. € errechnet die Beklagte selbst einen monatlichen durch die Erlöse nicht gedeckten Finanzbedarf von 1,2 Mio. €. Diesen Finanzbedarf zu decken, waren die Gesellschafterinnen offensichtlich nicht bereit; bereits im Jahr 2000 verlangte die Kreissparkasse L, die "Mutter" der Klägerin zu 4), für die Gewährung weiterer Darlehen einen "Risikozuschlag". 106

Der Einschätzung, dass die Gesellschafterinnen nicht bereit gewesen wären, der A das weitere Kapital zuzuführen, das für die Fortführung ihrer Geschäfte erforderlich gewesen wäre, steht auch nicht der Umstand entgegen, dass A auch heute noch von den Gesellschafterinnen "am Leben erhalten" wird. A ist nicht mehr werbend tätig, sondern existiert – so jedenfalls der Vortrag der Beklagten – nur noch, um ein in deren Eigentum 107

stehendes Grundstück möglichst gewinnbringend verwerten zu können. Dies erfordert einen deutlich geringeren Finanzbedarf als eine Fortsetzung der werbenden Tätigkeit auch mit dem Bereich "Finanzdienstleistungen".

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Klägerinnen zu 1) bis 3) im Hinblick auf andere Vorteile 108 in Kenntnis der Risiken einer verdeckten Sacheinlage an der Ausgliederung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" in die J 21 AG festgehalten hätten. Durch die teilweise Darlehensrückzahlung aus den Mitteln, die A aus der Veräußerung des Unternehmensbereichs "Finanzdienstleistungen" zugeflossen sind, haben die Klägerinnen zu 1) bis 3) keinen (dauerhaften) Vorteil erzielt. Zum einen haben sie diesen Vorteil damit "bezahlen" müssen, dass sie das Agio ein zweites Mal aufbringen mussten, so dass schon rechnerisch ein Vorteil nicht vorliegt. Darüber hinaus sind sie gemäß §§ 31 analog, 32b GmbHG zur Rückzahlung dieser Beträge an die A verpflichtet. Die sog. Rechtsprechungsregeln zur Rückerstattung von Leistungen auf kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen gelten auch nach dem Inkrafttreten des MoMiG für Vorgänge vor dem 01.11.2008 fort (BGH, Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07 -, Rdnr. 17 ff.). Bei den Darlehen, die die Klägerinnen zu 1) bis 3) der A gewährt hatte, handelte es sich auch insgesamt um solche mit kapitalersetzendem Charakter:

- Die A befand sich im fraglichen Zeitraum in einer Krise, d. h., dass sie zu marktüblichen 109 Konditionen keinen KrGg mehr bekam. Dies ergibt sich bereits daraus, dass ihre Überschuldung i. S. des § 19 InsO a. F. nur dadurch vermieden werden konnte, dass die Gesellschafterinnen bzgl. der von ihnen gewährten Darlehen in erheblichem Umfang Rangrücktrittserklärungen abgegeben hatten. Es bestand damit objektiv die Notwendigkeit der A Eigenkapital zuzuführen. Ein weiterer Anhaltspunkt für die Krise besteht darin, dass die Kreissparkasse L von der A für eine im Jahr 2000 gewährte Darlehenserrhöhung einen Risikozuschlag verlangt und auch erhalten hat (Anlage K 36; Bl. 511 d. A.).
- Dem kapitalersetzenden Charakter der Darlehen steht auch – hinsichtlich der Klägerin zu 110 1) nicht das "Kleinbeteiligungsprivileg" (§ 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG) entgegen. Ihre Beteiligung von 5 % an der A ist mit den Beteiligungen ihrer Schwestergesellschaften, der Klägerinnen zu 2) und 3) aufgrund der zwischen ihnen bestehenden unternehmensrechtlichen Verbundenheit zusammenzurechnen (vgl. Pentz, GmbHR 2004, 529, 534).
- Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung würde sich eine Rückforderung 111 der Darlehensrückzahlungen auch nicht als unzulässige Rechtsausübung darstellen, weil diese die zurückgezählten Beträge sofort wieder als Gewinn entnehmen könnten. Das steht nämlich derzeit noch nicht fest. Es ist unbekannt, in welcher Höhe A welchen Gläubigern verpflichtet ist. Deshalb ist es auch reine Spekulation der Beklagten, dass das noch im Eigentum der A stehende Grundstück zur Befriedigung der außenstehenden Gläubiger ausreiche. Dies gilt vor allem auch deshalb, weil der Verkehrswert dieses Grundstücks und der später einmal zu erzielende Veräußerungserlös noch nicht feststehen.
- Auf die von der Beklagten weiter aufgeworfene Frage, ob die A gegenüber der J 21 AG 112 zur Rückzahlung des Veräußerungserlöses verpflichtet ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Die Beurteilung der Darlehensrückzahlungen der A an ihre Gesellschafter als Rückerstattung kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen ist unabhängig davon, woher die Mittel hierfür stammen und ob der Erwerb dieser Mittel rechtsbeständig ist.

Auch sonstige Vorteile sind nicht erkennbar. Die Verwertung des Bereichs "Print", durch die der A 5 Mio. € zugeflossen sind, hätte auch dann in gleicher Weise erfolgen können, wenn der Bereich "Finanzdienstleistungen" nicht an die J 21 AG veräußert, sondern eingestellt worden wäre. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Zuwendungen an die A bei Einstellung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" höher ausgefallen wären, als dies derzeit der Fall ist, wo die A immer noch durch Zuwendungen ihrer Gesellschafterinnen "am Leben erhalten" wird.

cc) Soweit die Zahlungsklage Erfolg hat, ist auch die Klage auf Feststellung des Annahmeverzugs zulässig und begründet. Die Frage, ob tatsächlich ein bereicherungsrechtlicher Anspruch der Klägerinnen gegen den Insolvenzverwalter der J 21 AG auf Rückerstattung der ersten Agio-Zahlung besteht, bedarf keiner Entscheidung. Eine Abtretung ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung bereits dann geboten, wenn ein Anspruch möglicherweise besteht (vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, 68. Aufl., 2009, § 255 Rdnr. 7 m. w. N.). 114

b) Anspruch der Klägerin zu 4) 115

Für die Klage der Klägerin zu 4) gelten die vorstehenden Erwägungen im Wesentlichen gleichermaßen. Der Umstand, dass diese Darlehensrückzahlungen nur in Höhe von 576.000 € erhalten hat, ist für die Entscheidung bedeutungslos. Aufgrund der Streitverkündung in dem Verfahren 18 U 76/04, in dem die Klägerin zu 4) zur Zahlung von 720.000,00 € an den Insolvenzverwalter der J 21 AG verurteilt worden ist, steht insoweit die Verpflichtung der Klägerin zu 4) zur erneuten Einzahlung des Agios auch im Verhältnis zur Beklagten fest (§§ 68, 74 Abs. 3 ZPO). Ein Anspruch auf Verzugszinsen steht der Klägerin zu 4) allerdings erst seit dem 15.06.2006 zu, denn sie hat die zweite Agio-Zahlung, in der der Schaden zu sehen ist, erst am 14.12.2006 geleistet. 116

Als weiteren Schaden kann die Klägerin zu 4) ihre in dem Vorprozess entstandenen Gerichts- und Anwaltskosten ersetzt verlangen. Die Höhe von 49.402,80 € ist unstreitig. 117

c) Anspruch der Klägerin zu 5) 118

Anders als die Klagen der Klägerinnen zu 1) bis 4) ist die Klage der Klägerin zu 5) unbegründet, so dass die Berufung der Beklagten insoweit Erfolg hat. Dies beruht darauf, dass die Klägerin zu 5) nicht zur erneuten Einzahlung des Agios verpflichtet war und es deshalb an einem Schaden fehlt. 119

Die Verpflichtung der Klägerinnen zu 1) bis 4) zur erneuten Einzahlung des Agios – und damit ihr Schaden – beruht darauf, dass diese über die Veräußerung des Bereichs "Finanzdienstleistungen" und die anschließende Darlehensrückführung durch die A das Agio zurückerhalten haben. Daran fehlt es jedoch im Verhältnis zur Beklagten zu 5). 120

Nach der oben bereits angeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es für eine verdeckte Sacheinlage entscheidend darauf an, "dass der Inferent dadurch in gleicher Weise begünstigt wird wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst" (Urteil vom 12.02.2007 - II ZR 272/05 – Rdnr. 8). An die Klägerin zu 5) ist ihre Einlage jedoch nicht einmal mittelbar über die A zurückgeflossen. Darauf, dass hinter der Klägerin zu 5) – möglicherweise – Herr N B als herrschendes Unternehmen steht, der seinerseits auch wesentlicher Gesellschafter der A war und Zahlungen aus dem Veräußerungserlös erhalten hat, kommt es nicht an. In der zitierten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich klargestellt, dass die Leistung an einen anderen als den Inferenten nur dann genügen soll, 121

wenn der Inferent diesen beherrscht (a. a. O., Rdnr. 12). Das ist aber ersichtlich nicht der Fall, denn die Klägerin zu 5) als Inferentin beherrscht weder die A als unmittelbare Empfängerin noch Herrn B als mittelbaren Empfänger der Mittel aus ihrer Einlage. Nur wenn man Herrn B zugleich über die Beherrschung der Klägerin zu 5) als mittelbaren Inferenten und über die Beherrschung der A als mittelbaren Begünstigten ansehen würde, käme man hier zu einer Einlagenrückgewähr. Eine konzernrechtliche Verbundenheit der beteiligten Unternehmen in diesem Sinne reicht aber nach der o. a. BGH-Entscheidung (Rdnr. 11) gerade nicht aus, weil damit der Kapitalverwendung im Rahmen konzernrechtlicher Verbindungen zu enge Grenzen gesetzt würden.

2. Anschlussberufung

122

Die Klägerinnen zu 1) bis 3) haben keinen Anspruch darauf, dass ihnen Verzugszinsen auf den ihnen zustehenden Zahlungsbetrag bereits ab dem Zeitpunkt der erneuten Zahlung des Agios gewehrt werden. Zu Recht hat ihnen das Landgericht Verzugszinsen erst ab Rechtshängigkeit zugebilligt. Für einen früheren Verzugsseintritt fehlt es an einer Mahnung, die auch nicht ausnahmsweise entbehrlich gewesen ist.

123

Eine verzugsbegründende Mahnung kann in dem Schreiben der Anwälte der Klägerinnen zu 1) bis 3) an die damaligen Anwälte der Beklagten vom 26.11.2002 (Anlage K 29; Bl. 357 d. A.) nicht gesehen werden. Darin wird die Beklagte aufgefordert, bis zum 06.12.2003 2,4 Mio. € zu zahlen. Zu diesem Zeitpunkt bestand mangels erneuter Agio-Zahlung aber noch gar kein Zahlungs-, sondern nur ein Freistellungsanspruch. Selbst wenn man – wozu der Senat neigt – der Auffassung ist, dass die Mehrforderung (Zahlung) die Minderforderung (Freistellung) mit umfasst und insoweit – hinsichtlich der Freistellung - auch verzugsbegründend wirkt, folgt daraus aber nicht, dass der Verzug mit der Erfüllung des Freistellungsanspruchs sich nahtlos in einen Verzug mit der Erfüllung des Zahlungsanspruchs nach Übergang des Freistellungs- in einen Zahlungsanspruch fortsetzt. Dies gilt schon deshalb, weil der Schuldner – jedenfalls vielfach - erst nach erfolgter Zahlung und Bezifferung ihm gegenüber die genaue Höhe des Zahlungsanspruchs feststellen kann. Deshalb hätte es nach erfolgter erneuter Agio-Zahlung einer weiteren Zahlungsaufforderung bedurft, für die jedoch nichts ersichtlich ist. Dies war auch deswegen erforderlich, weil die Beklagte erst durch eine solche Mitteilung Kenntnis davon erlangt hätte, dass sich die Freistellungsverpflichtung in eine Zahlungsverpflichtung gewandelt hat.

124

Soweit die Klägerinnen zu 1) bis 3) außerdem auf ihr Schreiben vom 16.01.2003 (Anlage K 30, Bl. 360 ff. d. A.) abstellen, ergibt sich nichts anderes. Auch dieses Schreiben lag zeitlich vor der Bezahlung und damit vor der Entstehung des Zahlungsanspruchs.

125

III.

126

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 91a, 92, 97, 100 Abs. 2, 101, 516 Abs.3, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Abweisung der Anschlussberufung der Klägerinnen zu 1) bis 3) machte es gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht erforderlich, ihnen insoweit einen Teil der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

127

Soweit die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich eines Feststellungsantrages übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren die Kosten nach billigem Ermessen gemäß § 91a ZPO anteilig der Klägerin zu 5) und der Beklagten aufzuerlegen. Der Feststellungsantrag war zunächst zulässig und begründet, soweit er von den Klägerinnen zu 1) bis 4) gestellt worden war, jedoch unbegründet, soweit es die Klägerin zu 5) betraf. Aus den vorstehend dargestellten Erwägungen befanden sich die Klägerinnen zu 1) bis 4) – nicht

128

aber die Klägerin zu 5) – mit der Einzahlung des Agios in Verzug, weil die erste Zahlung keine Erfüllungswirkung hatte. Ein Anspruch der J 21 AG bzw. des Insolvenzverwalters auf Ersatz des Verzugsschadens ist aber nach Klageerhebung verjährt, wodurch das zunächst bestehende Feststellungsinteresse der Klägerinnen zu 1) bis 4) entfallen ist.

Der Streithelfer der Beklagten wurde in der Kostenentscheidung nicht berücksichtigt, da er sich erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung dem Rechtsstreit beigetreten ist. 129

IV. 130

Die Voraussetzungen, unter denen die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, liegen nicht vor. Der Senat hat diesen Rechtsstreit auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entschieden. Entscheidungserhebliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung oder solche, bei denen eine Fortbildung des Rechts oder eine Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung erforderlich erscheint, wirft der Fall nicht auf. 131

V. 132

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 2.519.402,80 € festgesetzt. Der Wert der Berufung erhöht sich um den in dem Beschluss des Senats vom 02.02.2009 (Bl. 1192 d. A.) noch nicht berücksichtigten Wert der Anschlussberufung, den der Senat mit 20.000 € bemisst. 133