
Datum: 28.01.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 213/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0128.8U213.06.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 4 O 425/05

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 10.10.2006 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithelfe-rin hat der Kläger zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte und ihre Streithelferin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 1.101.077,91 €.

Gründe:

A.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der Q GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Die Beklagte, deren Gesellschaftszweck es ist, sich mit Wagniskapital an

1

2

3

jungen Unternehmen zu beteiligen, war Gesellschafterin der Schuldnerin. Der Kläger nimmt die Beklagte aufgrund der Beteiligungsverträge vom 11.08.2000 und 12.10.2001 auf Zahlung restlicher Aufgelder in Anspruch (Restbetrag aus der ersten Tranche: 330.288,11 €; 770.789,80 € aus der zweiten Tranche). Die Beklagte hatte zuvor die Ansprüche auf Einzahlung der Aufgelder mit ihren Forderungen auf Darlehensrückzahlung im Einvernehmen mit der Schuldnerin verrechnet.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Feststellungen, der in erster Instanz gestellten Anträge und der Gründe, die das Landgericht zur Abweisung der Klage veranlasst hat, wird auf das von dem Kläger mit der form- und fristgerechten Berufung angefochtene Urteil Bezug genommen. 4

Mit seinem Rechtsmittel verfolgt der Kläger die von ihm auf gesellschaftsrechtliche und insolvenzanfechtungsrechtliche Grundlagen gestützten Zahlungsansprüche in dem in erster Instanz geltend gemachten Umfang weiter. Zur Begründung trägt er unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens vor: 5

Die Vertragsauslegung des Landgerichts widerspreche dem Vertragsinhalt und dem tatsächlichen Parteiwillen, soweit es ausführt, die Darlehenshingabe stelle keine Überlassung von Drittmitteln in der Krise dar. Dies ergebe sich aus einer korrekten Auslegung der getroffenen vertraglichen Abreden anhand des Wortlautes, der Systematik und der Historie. 6

Weiterhin habe das Landgericht auch die Kapitalersatzvorschriften fehlerhaft ausgelegt und nicht ausreichend von der Vertragsauslegung abgegrenzt. Auch hier handele es sich um eine Finanzierungsform, die den Fortbestand der in der Krise befindlichen Schuldnerin habe sichern sollen. Ein sog. Überbrückungsdarlehen habe wegen der zeitlichen Länge der Geldgewährung nicht vorgelegen. Auch die Rangrücktrittserklärungen der Gesellschafter würden belegen, dass echte Darlehen vorgelegen hätten. Die von den Gesellschaftern vorgenommene eigene bilanzielle Einordnung als Fremdkapital könne nicht in eine Eigenkapitaleinzahlung umgedeutet werden. Der Wille der Gesellschafter sei insoweit unbeachtlich. Die Beklagte könne auch keine Privilegierung aus § 32 a Abs. 3 GmbHG für sich in Anspruch nehmen. 7

Die dauerhafte Krise der Schuldnerin werde durch das in einem Parallelverfahren vor dem Landgericht Bonn eingeholte Gutachten des Sachverständigen Y vom 02.05.2007 bestätigt. Seit dem Einstieg der Y1-Geber sei die Schuldnerin kreditunwürdig und seit Anfang des Jahres 2000 durchgängig bilanziell überschuldet gewesen. Diese Krise sei für die Gesellschafter erkennbar gewesen. Das Stehenlassen der Darlehen bei Eintritt der Krise führe zur Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts. Mit der Aktivierung des mit der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister entstehenden Anspruchs auf das Aufgeld sei kein freies Kapital der Schuldnerin von rd. 1,26 Mio. DM entstanden. Der Gutachter Y habe zutreffend ausgeführt, dass Positionen des Eigenkapitals außer Ansatz zu bleiben hätten. Entgegen der Ansicht der Beklagten scheitere die Aufgeldforderung aus der zweiten Tranche vom 12.10.2001 nicht deshalb, weil wesentliche Entwicklungsschritte nicht erreicht worden seien; auch diese Forderung sei vielmehr fällig. Der Wortlaut von § 1 des Kapitalerhöhungsbeschlusses vom 12.10.2001 sehe alternativ (nicht kumulativ) die Einzahlung in die Kapitalrücklage in mehreren Tranchen nach Entwicklungsschritten oder nach Liquiditätserfordernissen vor. Weiterhin lege der Wortlaut der Klausel selbst fest, dass mit zu leistenden, also fälligen Aufgeldebeträgen verrechnet werden solle. Die Verrechnung indiziere, dass die Aufgelder von der Beklagten und den anderen Y1-Gebern als fällig betrachtet worden seien. Es seien auch keine Vorbehalte bei der Verrechnung im Hinblick auf das Erreichen von Entwicklungsschritten gemacht worden. Zudem bestätige auch der 8

seinerzeitige Schriftverkehr (Schreiben der Schuldnerin vom 27.02.2002 und Schreiben der Beklagten vom 14.02.2002), dass die Aufgeldforderung bei Verrechnung als fällig betrachtet worden sei. Jedenfalls verstoße der Einwand der fehlenden Fälligkeit gegen Treu und Glauben, die Beklagte verhalte sich insoweit widersprüchlich.

Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kläger in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 02.12.2008 beantragt, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Zur Begründung hat er unter Beweisantritt behauptet, im Zeitpunkt der Verrechnung der zweiten Kapitalerhöhung im Frühjahr 2002 seien alle maßgeblichen Meilensteine erfüllt gewesen. Nach dem nunmehr nachweisbaren Übereinkommen der Y1-Gesellschafter, und damit auch der Beklagten, seien diese mit der Schuldnerin einig gewesen, dass der vertragsgemäße Bestand der Aufgelder einbezahlt werden solle unabhängig von erfüllten oder vorgeblich nicht erfüllten Meilensteinen. Sämtliche nunmehr vorgetragenen Tatsachen und Beweismittel seien dem Kläger bislang unzugänglich und erst auf nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgten Hinweis des Gesellschafters Q hin aufgedeckt worden. In einer Gesamtschau sei das Verfahren auch gerade deshalb wiederzueröffnen, weil die Beklagte diese Unterlagen und die der darin enthaltenen Informationen bewusst zurückgehalten und sogar gezielt gegensätzlich vorgetragen habe.

Der Kläger beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.101.077,91 €¹¹ nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.11.2004 zu zahlen.

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Die Berufung könne die tragenden Erwägungen des Landgerichts nicht erschüttern, dass es sich bei den Darlehen für die Schuldnerin nicht um eigenkapitalersetzende Darlehen gehandelt habe. Nach der Intention der Gesellschafter sollten diese der Schuldnerin vielmehr endgültig und ohne jede Rückforderungsabsicht für den Insolvenzfall überlassen werden; ihr buchhalterischer und bilanzieller Ausweis als Eigenkapital hänge nur von der Wirksamkeit ihres der Beklagten Beitritt bzw. der Erhöhung ihrer Beteiligung ab. Nur um auf den Rat der Streithelferin hin keine ungesicherten Vorleistungen zu erbringen, seien die Darlehensverträge zeitlich vor der Wirksamkeit der Kapitalerhöhung und Kapitalrücklagendotierung abgeschlossen worden. Nur weil sich die Eintragung der Kapitalerhöhungen in das Handelsregister unerwartet über den Bilanzstichtag der Schuldnerin hinaus verzögert habe, hätten die Darlehen in der Stichtagsbilanz als Fremdmittel ausgewiesen werden müssen. Auch das Landgericht Berlin (Urteil vom 14.11.2007, Az. 99 O 142/05) und das Kammergericht (Urteil vom 04.07.2008, Az. 7 U 243/07; über die Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof ist noch nicht entschieden) bestätigten die Auffassung im hier angefochtenen Urteil.

Das Landgericht habe Ansprüche aus §§ 30, 31 GmbHG schon deshalb zutreffend verneint, weil im Zeitpunkt der Auszahlungen der Schuldnerin keine Unterbilanz vorgelegen habe. Dies ergebe sich auch aus der gutachterlichen Stellungnahme des Wirtschaftsprüfers Y2 vom 21.04.2006. Ein Zahlungsanspruch des Klägers würde jedenfalls hinsichtlich der zweiten

Kapitalerhöhung vom 12.10.2001 auch deshalb scheitern, weil die Schuldnerin die ihr von den VC-Gesellschaftern gesetzten technischen, organisatorischen und ökonomischen Meilensteine für die Fortsetzung der Finanzierung nie vollständig erreicht habe. Zumindest verkenne der Kläger, dass Rechtsfolge eines Anspruchs nach den Eigenkapitalersatzregeln nicht eine Zahlung, sondern nur Rückgängigmachung des sanktionierten Auszahlungsgeschäftes sei. Die Aufgeldansprüche würden wieder aufleben, wären allerdings nicht fällig. Weiterhin sei die buchhalterische und bilanzielle Behandlung der Darlehensverträge durch die Schuldnerin kein Nachweis dafür, dass eigenkapitalersetzende Darlehen hingegeben worden seien; eine schrittweise Darstellung der bilanziellen Verarbeitung der Finanzierungsvereinbarungen vom 11.08.2000 und 12.10.2001 bei der Schuldnerin zeige, dass sich die bilanzielle Behandlung der auf der (vorläufigen) Grundlage der Darlehensverträge eingezahlten Valuta im Kern nicht von der bilanziellen Behandlung gleicher Einzahlungen der Beklagten unterscheiden hätte, wenn diese ohne Abschluss schriftlicher Darlehensverträge erfolgt wären; Einzahlungen auf Aufgelder wären auch ohne Darlehensverträge bilanzrechtlich vor den jeweiligen Handelsregistereintragungen nicht als Eigenkapital, sondern als Verbindlichkeiten der Schuldnerin zu qualifizieren gewesen. Insbesondere habe der Wirtschaftsprüfer Y2 in seiner Stellungnahme nachgewiesen, dass das positive Eigenkapital der Schuldnerin vor Verrechnung der Darlehen und mit der Aktivierung des mit der Handelsregistereintragung entstehenden Anspruchs auf Aufgeld und Kapitalerhöhung rd. 1,26 Mio. DM betragen habe; daher sei weder das Stammkapital tangiert noch habe Überschuldung vorgelegen. Aus den Rangrücktrittserklärungen sei nicht herzuleiten, dass sie, die Beklagte, selbst davon ausgegangen sei, die Darlehen seien eigenkapitalersetzend.

Das Gutachten Y sei wegen des anderen Sachverhalts im Verfahren vor dem Landgericht Bonn und wegen inhaltlicher Mängel nicht verwertbar. 17

Die Beklagte vertritt die Auffassung, die mündliche Verhandlung sei nicht wiederzueröffnen. Der nicht nachgelassene Sachvortrag des Klägers einschließlich der Beweismittel sei weder neu noch überzeugend, vorsorglich werde zudem dessen Verspätung gerügt. Bereits erstinstanzlich sei bestritten worden, dass sämtliche Meilensteine erfüllt worden seien. Gegenteiliges vermöge der Kläger auch mit seinem nicht nachgelassenen Sachvortrag nicht zu belegen. 18

Auch die Streithelferin meint, das Landgericht habe die Klage zu Recht abgewiesen. Die von dem Beklagten und den anderen Wagniskapitalgebern herausgelegten Darlehen hätten keinen eigenkapitalersetzenden Charakter gehabt. Die Auslegung des Landgerichts sei zutreffend. Die Schuldnerin habe keinen eigenen Anspruch gegen die Wagniskapitalgeber auf Zahlung der Aufgelder erworben. Zudem würden die Kapitalaufbringungsvorschriften für die hier vereinbarten Aufgelder und unter Berücksichtigung der vertraglichen Absprachen nicht gelten. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens wird Bezug genommen auf den Inhalt der zweitinstanzlich zur Akte gereichten Schriftsätze. 20

B. 21

Die zulässige Berufung ist unbegründet, dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. 22

I. 23

24

Die Klage ist erfolglos, soweit der Kläger einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung restlichen Aufgelds in Höhe von 330.288,11 € aus dem ersten Beteiligungsvertrag vom 11.08.2000 geltend macht.

1. 25

Abreden über ein neben der Einlage zu erbringendes Aufgeld sind bei der GmbH sowohl in statuarischer Form gem. § 3 Abs. 2 GmbHG oder aufgrund formwirksamen Kapitalerhöhungsbeschlusses als auch ohne statuarische Grundlage durch rein schuldrechtlich wirkende Vereinbarung zulässig (vgl. BGH, DStR 2008, 60 = NZG 2008, 73). 26

2. 27

Die Voraussetzungen für eine kraft Satzung bestehende Nebenleistungspflicht gem. § 3 Abs. 2 GmbHG hat der Kläger nicht dargelegt. Trotz Erörterung im Senatstermin hat der Kläger die aufgrund des Gesellschafterbeschlusses vom 20. Oktober 2000 nach Ziff. I. 1. (Bl. 457) geänderte Satzung nicht vorgelegt. Bereits in § 2 Ziff. 1 des Beteiligungsvertrages vom 11.08.2000 war geregelt, dass die Gesellschafter anlässlich der Kapitalerhöhung den Gesellschaftsvertrag ändern bzw. vollständig neu fassen. Im Übrigen ist es auch unwahrscheinlich, dass der geänderte Gesellschaftsvertrag eine Nebenleistungspflicht i.S.v. § 3 Abs. 2 GmbHG enthält, weil auch dessen spätere Fassung vom 12.10.2001 (Bl. 716 ff) eine derartige Pflicht nicht enthält. 28

3. 29

Auch die Voraussetzungen eines Anspruchs aus einem formwirksamen Beschluss über eine Kapitalerhöhung und den entsprechenden Übernahmevereinbarungen hat der Kläger nicht dargelegt. In dem Beschluss vom 20.10.2000 (Bl. 454 ff) ist, anders als in dem Beschluss vom 12.10.2001 (Bl. 63 ff, dort Bl. 64 und 64/R), von einem Aufgeld keine Rede. 30

4. Der geltend gemachte Anspruch folgt auch nicht aus einer rein schuldrechtlich wirkenden Vereinbarung. 31

Der Senat lässt offen, ob eine derartige Einigung am 11.08.2000 zustande gekommen ist. § 1 Nr. 3 der Urkunde (Bl. 46/R) formuliert zwar, dass die Gesellschafter für ihre Geschäftsanteile Aufgelder zahlen und diese in die Rücklagen der Gesellschaft einzustellen sind. Das ließe sich als eine Erklärung der Urkundenbeteiligten zu 1) - 7) mit dem Inhalt deuten, dass sie die jeweiligen Leistungen bindend zusagen. Allerdings spricht gegen ein solches Verständnis, dass in der Urkunde vom 11.08.2000 die Kapitalerhöhung, zu der nach Vorstellung der Beteiligten die Aufgeldzahlungen gehörten, nicht schon beschlossen und durchgeführt, sondern nur für die Zukunft verabredet wurde. Bei Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung und Zulassung der Übernahme am 20.10.2000 kam man in dem Beschlussinhalt auf die Aufgelder nicht mehr zurück. Im Übrigen enthält die Urkunde auch nicht die Übernahmeerklärungen der Gesellschafter. Der Senat geht jedoch davon aus, dass diese und die verpflichtende Zusage der Aufgeldzahlungen noch gesondert erklärt wurden. Da die Kapitalerhöhung durchgeführt und eingetragen wurde, ist anzunehmen, dass auch die Versprechen der Aufgeldzahlungen wirksam abgegeben sind. 32

Die Klage ist dennoch unbegründet, weil der Anspruch auf die Aufgeldzahlung untergegangen ist. 33

34

Zwischen den Parteien besteht kein Streit, dass die Aufgeldforderung im Umfang einer Zahlung von 184.348,89 € noch im Januar 2001 erloschen ist. Dementsprechend erstreckt der Kläger seine Klageforderung von 330.288,11 € nur auf diesen Restbetrag.

Insoweit ist der Anspruch durch Verrechnung mit den Darlehensrückzahlungsansprüchen der Beklagten untergegangen, § 389 BGB. Diese Verrechnung oder Aufrechnung ist dokumentiert worden durch entsprechende Verbuchungen bei der Schuldnerin am 15. Januar 2001, und zwar bezüglich einer Forderung aus dem ersten Darlehen in Höhe von 109.927,75 € und bezüglich einer Forderung aus dem zweiten Darlehen in Höhe von 219.855,50 € (vgl. dazu Bl. 21 und Bl. 60/R). Die dagegen gerichteten Einwendungen des Klägers bleiben ohne Erfolg: 35

a) 36

Die Forderung auf die Aufgeldzahlung unterliegt nicht den strengen Regeln des GmbH-Gesetzes über die Kapitalaufbringung (Grundsatz der realen Kapitalaufbringung), weil das Aufgeld nicht zur Bildung des gesetzlichen Garantiefonds der Gesellschaft bestimmt ist. Deshalb gelten die gesetzlichen Einschränkungen für die Zulässigkeit von Aufrechnungen, Erlass und anderem für das Aufgeld nicht. Das hat auch das Landgericht im Hinblick auf die Vorschrift des § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG, der hier nicht entsprechend anwendbar ist, ausgeführt (vgl. ergänzend Scholz/Schneider/ Westermann, GmbHG, 10. Aufl., § 19, Rdn. 6 und 31; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl., § 19, Rdn. 3 jeweils m.w.N. ; ebenso die Beklagte bereits erstinstanzlich in ihrem Schriftsatz vom 29.07.2005, Bl. 130 - 132). 37

b) 38

Die Wirksamkeit der Aufrechnung oder Verrechnung scheitert auch nicht an den Regeln über die insolvenzrechtliche Anfechtung oder über den Kapitalersatz. Soweit solche Regelungen eingreifen, führen sie zu Rückgewähransprüchen, sie lassen aber die Wirksamkeit von verbotenen Handlungen nicht entfallen. Ein Rückgewähranspruch im Falle einer anfechtbaren oder gegen die Eigenkapitalbindung verstoßenden Aufrechnung würde zum Inhalt haben, dass der Verpflichtete zur Wiederherstellung der erloschenen Forderung verpflichtet ist oder sich behandeln lassen muss, als bestünde sie wieder. Die Wirkung der Aufrechnung ist dann außer Betracht zu lassen. Ein solcher Rückgewähranspruch ist hier nicht gegeben. 39

aa) Eine Insolvenzanfechtung gestützt auf § 135 Nr. 2 InsO wegen Befriedigung des Rückzahlungsanspruchs der Beklagten aus einem eigenkapitalersetzenden Darlehen hier das erste und zweite Darlehen scheitert, ohne dass es auf die sonstigen Voraussetzungen noch ankommt, am Fristablauf. Zutreffend hat das Landgericht insoweit ausgeführt, dass die erste Verrechnung nicht im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist. Die Befriedigung der Beklagten erfolgte mit Verrechnung vom 15.01.2001, der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens folgte jedoch nicht innerhalb eines Jahres, sondern erst am 14.08.2002. 40

bb) 41

Es fehlt auch an einem Erstattungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte nach den sog. Rechtsprechungsregeln entsprechend §§ 30, 31 GmbHG. Es kann allerdings dahinstehen, ob die dafür erforderliche Voraussetzung hier vorliegt, dass eine verbotene Rückgewähr eines eigenkapitalersetzenden Darlehens erfolgte, das fehlendes Eigenkapital ersetzt hat. Die in diesem Fall eingetretene Kapitalbindung bedeutet, dass eine Rückzahlung des Darlehens oder eine gleichbedeutende Handlung nicht vorgenommen werden durfte, soweit dies auf 42

Kosten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens geschehen musste oder aus dem Gesellschaftsvermögen nach bereits eingetretener Überschuldung gezahlt wurde. Daran fehlt es hier. Richtig und im Wesentlichen unstreitig ist der Betrag des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages per 31.12.2000, den der Kläger und das Revisionsgutachten (Leitz-Ordner, dort Anlage 1 Zusammenstellung der Bilanzen) mit 2.164.423,00 DM angibt. Die Beklagte gelangt wegen eines zusätzlich aktivierten Anspruchs auf ausstehende Einlagen in Höhe von 5.000,00 DM zu einem in dieser Höhe geringeren Betrag von 2.159.423,00 DM (vgl. Bl. 662). Ohne Erfolg tritt der Kläger dem Vortrag der Beklagten entgegen, mit der Eintragung der Kapitalerhöhung vom 20.10.2000 in das Handelsregister am 09.01.2001 seien zusätzlich auf der Aktivseite der Bilanz die Ansprüche auf das Aufgeld und auf der Passivseite die Kapitalrücklage anzusetzen, so dass ein freies Kapital von 1.263.279,00 DM entstanden sei (vgl. zum Klägervorbringen insbesondere Bl. 777 ff, zum Beklagtenvorbringen insbesondere Bl. 660 ff, 800 ff). Dementsprechend kann der Senat nicht feststellen, dass die Verrechnung der Aufgeldansprüche mit den Darlehensverbindlichkeiten das Stammkapital tangiert oder eine Überschuldung vorgelegen hat, so dass gebundenes Kapital ausgezahlt worden wäre. Entgegen der Ansicht des Klägers ergibt sich Anderes nicht aus dem Gutachten des Sachverständigen Y vom 02.05.2007 (dort insbesondere S. 33, 48, 79 und 118), das rechtlich nicht überzeugend begründet, dass die Positionen des Eigenkapitals außer Ansatz zu bleiben hätten. Die Ausführungen des Klägers in dieser Hinsicht gehen auf den Inhalt des Vortrages der Beklagten und den Hinweis des Senats in seinem Vergleichsvorschlag (Bl. 745) überhaupt nicht ein. Die Beklagte weist vielmehr in ihrem Schriftsatz vom 27.10.2008, wie schon zuvor, zutreffend darauf hin, dass das Gutachten vom 02.05.2007 inhaltliche Mängel aufweist. Der Sachverständige Y lässt die Entstehung des Aufgeldanspruchs mit der Handelsregistereintragung in seinem Gutachten (S. 79) völlig unberücksichtigt, soweit es den Stichtag 31.01.2001 betrifft. Hinsichtlich des von dem Kläger angeführten nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages in Höhe von 2.199.139,33 DM per 31.01.2001, den der Sachverständige Y festgestellt hat, stellt dieser selbst per 28.02.2001 ein positives Eigenkapital der Schuldnerin in Höhe von 1.183.225,26 DM dar. Unstreitig erfolgte allerdings zwischen dem 31.01.2001 und dem 28.02.2001 keine weitere Kapitalzuführung durch die Y1-Gesellschafter oder Dritte. Die unterschiedlichen Zahlen zu den vorgenannten beiden Zeitpunkten erklären sich daraus, dass der Sachverständige zwischen dem 31.01.2001 und dem 28.02.2001 das Darlehen I und das Darlehen II aus dem Posten "Verbindlichkeiten" in der Bilanz der Schuldnerin ausgebucht hat. Die Ausbuchung als solche ist zwar korrekt, der vom Sachverständigen gewählte Zeitpunkt der Ausbuchung allerdings unzutreffend; die Beklagte hat bereits in der Berufungserwiderung korrekt ausgeführt, dass die betreffenden Verbindlichkeiten bereits vor dem 31.01.2001 hätten ausgebucht werden müssen (zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf diese Ausführungen Bezug genommen). Die Ausführungen auf S. 48 des Gutachtens Y betreffen die Überschuldungsbilanz und sind deshalb hier unerheblich, auch darauf hat die Beklagte zutreffend hingewiesen. Da der Kläger die Darstellung der Beklagten nicht weitergehend als mit den Ausführungen in dem Sachverständigengutachten vom 02.05.2007 angreift, ist sein Vortrag unerheblich, soweit er versucht, die Auszahlung gebundenen Kapitals zu begründen.

Die Klage ist daher in erster Instanz in Höhe von 330.288,11 € zu Recht abgewiesen worden, die Berufung bleibt deshalb insoweit erfolglos. 43

II. 44

Die Klage ist auch unbegründet, soweit der Kläger aus dem Beteiligungsvertrag vom 12.10.2001 (Bl. 64 f.) einen Anspruch auf Zahlung des Aufgeldes in Höhe von 770.789,80 € 45

geltend macht.

1. 46
- Wie schon oben unter I. 1. erwähnt, enthält auch die Satzung der Schuldnerin vom 12.10.2001 (Bl. 716 ff) keine Bestimmung, die eine Nebenleistungspflicht i.S.v. § 3 Abs. 2 GmbHG begründet. 47
- Ebenso wie das Kammergericht in seinem Urteil vom 04.07.2008 ist der Senat allerdings der Auffassung, dass die Zahlungspflicht der Beklagten aufgrund eines formwirksamen Beschlusses über eine Kapitalerhöhung und der entsprechenden Übernahmevereinbarungen mit notariellem Protokoll vom 12.10.2001 begründet worden ist. Die Vereinbarung einer Aufgeldzahlungspflicht für die Gesellschafter ist in Ziff. 1. dieser Urkunde enthalten; auf die Beklagte entfällt der jetzt geltend gemachte Betrag. Weiterhin enthält die Urkunde die Zulassung der Gesellschafter, auch der Beklagten, zur Übernahme der neuen Anteile. Die Erklärung der Beklagten bezüglich des Anteils, für den sie zugelassen ist, schließt die Erklärung zur Übernahme der Aufgeldzahlungspflicht ein; dies ergibt sich daraus, dass in der notariellen Urkunde vom 12.10.2001 formuliert ist: "... zu den Bedingungen dieses Erhöhungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung und des Beitrittsvertrages vom 26.01.2001 ..." (Bl. 65/R und Bl. 245 ff). 48
- Die damit entstandene Forderung gegen die Beklagte ist allerdings nicht fällig geworden und kann wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin auch nicht mehr fällig werden. 49
- Bereits die Beklagte hat unter Bezugnahme auf den Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 12.10.2001 unter Ziff. 1. (Bl. 64 f.) zutreffend ausgeführt, dass diese Erklärungen dahingehend auszulegen sind, dass die Fälligkeit der Aufgelder zulässigerweise (vgl. Scholz/Emmerich, a.a.O., § 3 GmbHG, Rdn. 72) abhängig gemacht werden sollte von dem Erreichen bestimmter Entwicklungsschritte im Geschäftsbetrieb der Schuldnerin und dem jeweiligen Kapitalbedarf. Die Beklagte hat dargelegt, dass es am Erreichen wesentlicher Entwicklungsschritte (Milestones) fehlt. 50
- Dem ist der Kläger zunächst nicht mit konkretem Vorbringen entgegengetreten. 51
- Ohne Erfolg wendet sich der Kläger dagegen sodann mit der Argumentation, aus dem Wortlaut des Kapitalerhöhungsbeschlusses vom 12.10.2001 ergebe sich, dass die Einzahlungen in die Kapitalrücklage in mehreren Tranchen alternativ (nicht kumulativ) entweder nach Entwicklungsschritten oder nach Liquiditätserfordernissen erfolgen sollten und zudem sowohl die Formulierungen als auch die ohne Vorbehalt erfolgten Verrechnungen sowie vorprozessuale Korrespondenz zeigen, dass es auf das Erreichen wesentlicher Entwicklungsschritte nicht ankomme. Der Wortlaut von § 1 des Kapitalerhöhungsbeschlusses vom 12.10.2001 gibt die Alternativität nicht zwingend her. Es fehlt eine Oder-Formulierung, dies spricht für eine Kumulation der dort genannten Erfordernisse. In diesem Zusammenhang weist die Beklagte auch zu Recht darauf hin, es sei kaum vorstellbar, dass eine detaillierte Meilensteinplanung und vereinbarung erfolgt wäre, wenn sie dann doch nicht habe gelten sollen. 52
- Der hier vertretenen Vertragsauslegung lässt sich nicht zwingend entgegenhalten, die Verrechnung von Darlehensrückzahlungsansprüchen sei wie auch vereinbart am 31.01.2002 vorgenommen worden, ohne dass man das Verfehlen der Milestones beachtet oder Vorbehalte gemacht habe. Die Verrechnung der Ansprüche im Vereinbarungswege 53

setzte keine Fälligkeit voraus, eine einseitige Aufrechnung oder Verrechnung durch die Beklagte hätte allenfalls Erfüllbarkeit der Ansprüche auf Aufgeldzahlungen vorausgesetzt.

Die Auffassung des Klägers wird auch nicht durch das Schreiben der Beklagten vom 14.02.2002 (Bl. 784) gestützt. Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass ein Anerkenntnis der Erreichung von Meilensteinen oder ein Anerkenntnis des Bestehens eines eigenen Anspruchs der Schuldnerin auf Einzahlung der Aufgelder damit nicht verbunden gewesen ist. Derartiges ist auch dem Schreiben der Schuldnerin an die Y vom 27.02.2002 (Bl. 783) nicht zu entnehmen; zudem betrifft es die Beklagte nicht. 54

III. 55

Dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag des Klägers, die Wiedereröffnung der Verhandlung anzuordnen, war nicht zu entsprechen. 56

Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, können Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden (§§ 525 S. 1, 296 a S. 1 ZPO). 57

Die in § 296 a S. 2 ZPO geregelten Ausnahmen nach §§ 139 Abs. 5, 283 ZPO sowie § 156 Abs. 2 Ziff. 1 und 3 ZPO liegen erkennbar nicht vor. 58

Die Wiedereröffnung der Verhandlung kommt auch nicht nach § 156 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO in Betracht. Dies würde voraussetzen, dass nachträglich Tatsachen vorgetragen und glaubhaft gemacht werden, die einen Wiederaufnahmegrund nach §§ 579, 580 ZPO bilden. Die hier allenfalls in Betracht kommenden Voraussetzungen einer Restitutionsklage nach § 580 Ziff. 4 und Ziff. 7 b ZPO liegen nicht vor. Der Kläger hat nicht nach § 294 ZPO glaubhaft gemacht, dass das Urteil des Senats von der Beklagten bzw. ihrem Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Straftat erwirkt wird oder der Kläger eine Urkunde aufgefunden hat oder zu deren Benutzung in den Stand gesetzt worden ist, die eine ihm günstigere Entscheidung herbeiführen würden. 59

Ohne Erfolg beruft sich der Kläger darauf, die Beklagte habe unter Verletzung ihrer prozessualen Wahrheitspflicht hinsichtlich der Erfüllung der maßgeblichen Meilensteine vorgetragen und nunmehr vorgelegte Unterlagen und die darin enthaltenen Informationen bewusst zurückgehalten. Der Kläger hat diese von der Beklagten bestrittenen Behauptungen nicht mit präsenten Beweismitteln i.S.v. § 294 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht. Die benannten Zeugen und die Parteivernehmung des Klägers sind keine derartigen Beweismittel. Hinsichtlich der nunmehr vorgelegten EMail vom 07.02.2002 und 13.02.2002 ist weder glaubhaft gemacht, dass bei der zweiten Kapitalerhöhung alle maßgeblichen Meilensteine erfüllt waren noch Einigkeit zwischen den Gesellschaftern und der Schuldnerin bestanden hat, dass der vertragsgemäße Bestand der Aufgelder einbezahlt werden solle unabhängig von erfüllten oder nicht erfüllten Meilensteinen. Die Parteien haben im Übrigen bereits erstinstanzlich darüber gestritten, ob die Meilensteine erfüllt worden sind. Die Beklagte hat ferner zutreffend ausgeführt, dass den nunmehr vorgelegten EMail-Schreiben vom 07.02. und 13.02.2002 auch mit dem für die Glaubhaftmachung erforderlichen geringeren Grad an Wahrscheinlichkeit eine Bestätigung des Vorbringens des Klägers nicht entnommen werden kann; zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Schriftsätze der Beklagten vom 11.12.2008 und 09.01.2009 Bezug genommen. 60

Der Senat hat eine Wiedereröffnung der Verhandlung auch nach § 156 Abs. 1 ZPO erwogen, allerdings nach pflichtgemäßem Ermessen unterlassen. Hierbei wurde einerseits die Konzentrationsmaxime, die den raschen Abschluss der Instanz gebietet, andererseits die 61

Chance zur Vermeidung eines Rechtsmittel- oder Wiederaufnahmeverfahrens berücksichtigt. Ferner wurde berücksichtigt, dass über die Vorschrift des § 156 ZPO die Präklusionsregelung des § 296 a ZPO nicht obsolet gemacht werden darf. Insbesondere hat der Senat bei seiner Entscheidung, die Verhandlung nicht wiederzueröffnen, auch berücksichtigt, dass die Frage, ob Voraussetzung des Aufgeldanspruchs aus der zweiten Tranche gewesen sei, dass die entsprechenden Meilensteine erreicht worden seien, bereits zuvor in erster als auch in zweiter Instanz Gegenstand der Verhandlungen waren und es dem Kläger unbenommen gewesen ist, den ehemaligen Geschäftsführer der Schuldnerin Dr. Q als Zeugen zu benennen, auch wenn dieser sich zuvor nicht kooperativ gezeigt haben sollte (was zwischen den Parteien ebenfalls streitig und vom Kläger nicht glaubhaft gemacht ist).

IV. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 62

Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 63
Der Rechtsstreit stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage anerkannter und gefestigter Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.