
Datum: 20.05.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 122/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0520.18U122.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 7 O 16/09

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 25.06.2009 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 7 O 16/09 - wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt vorbehalten, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem am 20.04.2005 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Die Beklagte war deren Alleingesellschafterin. Am 08.02.2000 ließ die Beklagte die Erhöhung des Stammkapitals um 25.000,00 Euro auf 50.000,00 Euro notariell beurkunden. Der Erhöhungsbetrag wurde in vollem Umfang von der Beklagten übernommen. In der notariellen Urkunde versicherte die Beklagte, einen Teilbetrag von 17.000,00 Euro eingezahlt zu haben. Der Rest war erst nach Aufforderung durch die Gesellschaft fällig. Die Kapitalerhöhung wurde in das Handelsregister eingetragen.

Bereits am 25.01.2000 hatte die Schuldnerin der Beklagten von dem Geschäftskonto der Gesellschaft 35.000,00 DM überwiesen. Noch am selben Tag hatte die Beklagte das Geld wieder auf das Gesellschaftskonto eingezahlt. Am 01.02.2000 waren die 35.000,00 DM wieder an die Beklagte zurückgeflossen. Wiederum am selben Tag waren davon 33.249,11 DM (= 17.000,00 Euro) dem Gesellschaftskonto wieder gutgeschrieben worden. Am 20.04.2000 zahlte die Beklagte 20.000,00 DM auf das Geschäftskonto der Schuldnerin ein. Durch Scheckverfügung vom 27.04.2000 floss der Betrag an die T. GmbH, eine Geschäftspartnerin der Schuldnerin, ab.

4

Für die Geschäftsjahre 1999 und 2000 wiesen die Bilanzen der Gesellschaft Verbindlichkeiten in Höhe von 120.283,59 DM (1999) und 2.270.668,77 DM (2000) aus. Dem standen ausgewiesenes Anlagevermögen von 14.029,00 DM (1999) und 179.075,25 DM (2000) sowie Umlaufvermögen von 154.567,04 DM (1999) und 2.246.442,89 DM (2000) gegenüber. Die beiden Geschäftsjahre schloss die Schuldnerin mit Überschüssen in Höhe von 1.053,77 DM (1999) und 23.921,87 DM ab.

5

Der Kläger nimmt die Beklagte aus der Einlageverpflichtung vom 08.02.2000 auf Zahlung von 25.000,00 Euro in Anspruch. Die Beklagte hat den Einwand der Erfüllung erhoben. Sie hat unter Antritt von Zeugenbeweis behauptet, die Schuldnerin habe am 25.01.2000 ein ihr am 15.10.1999 gewährtes Gesellschafterdarlehen in Höhe von 35.000,00 DM zurückgezahlt. Diesen Betrag habe sie zum Zwecke der Erfüllung ihrer künftigen Einlageverpflichtung zunächst wieder dem Gesellschaftskonto gutschreiben lassen. Auf Anraten ihres Steuerberaters C. habe sie die 35.000,00 DM indes am 01.02.2000 wieder abgehoben, um der Gesellschaft mit 33.249,11 DM (= 17.000,00 Euro) exakt die Summe zur Verfügung zu stellen, die dem sofort fälligen Teil des Erhöhungsbetrages entsprochen habe. Mit der Einzahlung vom 20.04.2004 habe sie in Höhe eines Teilbetrages von 8.000,00 Euro die noch ausstehende Resteinlage erbracht. Beide Beträge hätten zur freien Verfügung der Schuldnerin gestanden.

6

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf das Urteil wird wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags, der in erster Instanz gestellten Anträge sowie der Begründung Bezug genommen.

7

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Zahlungen vom 01.02. und 20.04.2000 seien zum Zwecke der Erfüllung der geschuldeten Bareinlage geleistet worden. Da das Landgericht erheblichen, unter Beweis gestellten Vortrag übergangen habe, seien die gegenteiligen erstinstanzlichen Feststellungen verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Die im April 2000 gezahlten 20.000,00 Euro habe die Schuldnerin zum Zwecke der Anzahlung einer mit Schreiben vom 26.02.2000 in Rechnung gestellten Lieferung der T. GmbH verwandt. Ein etwa im Wege der verdeckten Sacheinlage eingebrachter Anspruch auf Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens über 35.000,00 Euro, wie es im Berufungsrechtszug erstmals auch durch Vorlage von Kontoauszügen belegt wird, sei in

8

vollem Umfang werthaltig gewesen. Aus den Bilanzen für die Geschäftsjahre 1999 und 2000 ergebe sich, dass die Schuldnerin in der Lage gewesen sei, aus ihrem Vermögen sämtliche Verbindlichkeiten zu bedienen. Im Übrigen sei die Gesellschaft auch zahlungsfähig gewesen. Ihren Zahlungsverpflichtungen sei die Schuldnerin pünktlich nachgekommen. Die Geschäftsentwicklung für das Jahr 2002 sei, wie die Beklagte mit näherer Begründung geltend macht, ausgesprochen positiv gewesen.

Die Beklagte beantragt, 9

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 10

Der Kläger beantragt, 11

die Berufung zurückzuweisen. 12

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Von der Werthaltigkeit des Anspruchs auf Rückgewähr des Gesellschafterdarlehens könne schon deshalb nicht gesprochen werden, da ausreichende Gewinne zur Schuldtilgung nicht erwirtschaftet worden seien. Da der Gesellschaft seinerzeit nicht einmal ein Dispositionskredit eingeräumt gewesen sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie über genügend flüssige Mittel verfügt habe, sämtliche Gesellschaftsgläubiger alsbald zu befriedigen. Schließlich habe die Einzahlung vom 20.04.2000 allein dazu gedient, für die Einlösung eines bereits am Vortag zugunsten der T. GmbH ausgestellten Schecks über 20.000,00 DM Sorge zu tragen. Deshalb könne zumindest nicht davon ausgegangen werden, dass der angeblich eingelegte Betrag von 8.000,00 Euro zur freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden habe. Das gelte umso mehr, als es Anfang 2000 zu einer Reihe von weiteren Barabhebungen und Scheckverfügungen gekommen sei, deren Rechtsgrund sich ihm, dem Kläger, nicht erschließe. 13

Der Senat hat Beweis erhoben durch schriftliche und mündliche Vernehmung des Steuerberaters C.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Schreiben des Zeugen vom 22.02.2010 (Bl. 226 GA) sowie das Sitzungsprotokoll vom 22.04.2010 (Bl. 338-341 GA) Bezug genommen. 14

II. 15

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg und führt zur Abweisung der Klage. 16

1. Tilgung der Einlageschuld in Höhe eines Teilbetrages von 33.249,11 DM (= 17.000,00 Euro) 17

Die Beklagte hat zwar ihre Einlageverpflichtung aus der am 08.02.2000 beschlossenen Kapitalerhöhung durch die am 01.02.2000 veranlasste Voreinzahlung von 33.249,11 DM (= 17.000,00 Euro) auf das Gesellschaftskonto nicht erfüllt (a), wohl aber ist gemäß § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. in entsprechender Höhe auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht der Wert der Anspruchs auf Rückzahlung des am 15.10.1999 gewährten Gesellschafterdarlehens über 35.000,00 DM als verdeckte Sacheinlage anzurechnen (b). 18

a) Das Landgericht hat gemeint, den Zahlungsvorgängen vom 25.01. und 01.02.2000 keine Erfüllungswirkung beimessen zu können, weil die Beklagte in einer Weise mit Ein- und Auszahlungen "jongliert" habe, die konkrete Feststellungen unmöglich machten. Die Behauptung der Erfüllung sei ganz offensichtlich "ins Blaue hinein" aufgestellt, weshalb es der Vernehmung des Steuerberaters C. nicht bedurft habe. Aufgrund welcher Umstände 19

dieser die Beweisfrage bestätigen könne, sei nicht ersichtlich. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nur im Ergebnis stand.

aa) Die Berufung beanstandet zu Recht, dass das Landgericht - unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung – von der Vernehmung des Zeugen C. nicht hätte absehen dürfen. Die Beklagte hat den Steuerberater der Schuldnerin einerseits zum Beweis dafür benannt, dass dieser ihr geraten habe, die zuvor auf das Geschäftskonto der Schuldnerin transferierten 35.000,00 Euro wieder abzuheben und genau den Teil der Einlageschuld einzuzahlen, der nach den notariellen Erklärungen vom 08.02.2000 sofort fällig sein sollte, und andererseits zum Beweis dafür angeboten, dass die Zahlung vom 01.02.2000 zum Zwecke der Erfüllung der Einlageschuld aus der Kapitalerhöhung geleistet und auch entsprechend verbucht worden sei. Das Vorbringen der Beklagten war ersichtlich dahin zu verstehen, dass der Zeuge den Vorgang einer Kontrolle auf Richtigkeit und Vollständigkeit unterzogen hat. Diesen Beweis hätte das Landgericht, dem Gebot der Erschöpfung der Beweismittel folgend (§ 286 ZPO), erheben müssen. Der Sachaufklärung war es insbesondere nicht deshalb entzogen, weil die Beklagte ihre Behauptung "ins Blaue" aufgestellt hatte. Unzulässig wird ein solches prozessuales Vorgehen erst dort, wo die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte rechtfertigen können (vgl. BGH, Urt. vom 25.04.1995 – VI ZR 178/94, NJW 1995, 2111-2112, zitiert nach juris, dort Rn. 13 mit weiteren Nachweisen). Danach hatte das Landgericht keinen hinreichenden Anlass, das Vorbringen der Beklagten als rechtsmissbräuchlich zu werten. Vielmehr gab es nach den Buchungsvorgängen, wie sie sich aus den erstinstanzlich vorgelegten Kontounterlagen der Schuldnerin ergeben, gewichtige Anhaltspunkte für den Vortrag der Beklagten.

bb) Dessen ungeachtet erweist sich die Annahme des Landgerichts, die Voreinzahlung auf die Kapitalerhöhung habe keine Tilgungswirkung entfaltet, im Ergebnis als zutreffend.

Das folgt freilich nicht aus dem fehlenden Nachweis der Leistung zum Zwecke der Erfüllung der Einlageschuld. Diese Tatsachenbehauptung war nämlich entgegen der Ansicht des Landgerichts überhaupt nicht beweisbedürftig. Eine Tilgungsbestimmung muss nicht ausdrücklich getroffen werden, sondern kann sich auch stillschweigend aus den Umständen des Einzelfalls ergeben, wenn für den Empfänger ersichtlich ist, dass nach dem Willen des Leistenden eine bestimmte Forderung getilgt werden soll (BGH, Urt. vom 13.12.1990 – IX ZR 33/90, NJW-RR 1991, 562-565, zitiert nach juris, dort Rn. 30). Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn gerade der Betrag der Schuldschuld gezahlt wird (BGH, Urt. vom 17.09.2001 – II ZR 275/99, ZIP 2001, 1997-1998, zitiert nach juris, dort Rn 5). Das war hier der Fall. Die Leistung vom 01.02.2000 in Höhe von 33.249,11 DM deckte ersichtlich genau den Teil der Einlageschuld ab, der sofort einzuzahlen war und dessen Einzahlung die Beklagte in der notariellen Erklärung vom 08.02.2000 versichert hat. Dass zu jener Zeit andere Verbindlichkeiten der Gesellschafterin bestanden hätten, die auch nur annähernd diesem Betrag entsprochen hätten, ist weder ersichtlich noch dargetan.

Tilgungswirkung kann die Voreinzahlung – unabhängig davon, ob sie im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung noch im Vermögen der Gesellschaft vorhanden war – schon deshalb nicht entfalten, weil die Leistung mit Mitteln bewirkt wurde, die der Beklagten kurz zuvor von der Gesellschaft zur Verfügung gestellt worden waren. Auf den vorliegenden "Altfall" – hier stehen Einlageleistungen aus dem Jahr 2000 in Frage - sind die §§ 19 Abs. 4 und 5 GmbHG in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-

Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl I 2026) anzuwenden (§ 3 Abs. 4 EGGmbHG). Um eine verdeckte Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG n.F.) handelt es sich dann, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll. Entsprechendes gilt bei verdeckter Einbringung sonstiger Gegenstände, welche als Sacheinlage eingebracht werden könnten, wie z.B. eine vor Begründung der Einlageschuld entstandene Altforderung des Inferenten (BGH; Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 38-50, zitiert nach juris, dort Rn. 8 "Qivive" mit weiteren Nachweisen). Demgegenüber handelt es sich bei dem Umgehungstatbestand des Hin- und Herzählens (jetzt § 19 Abs. 5 n.F. GmbHG) um Fälle, in denen es an einer Bareinlageleistung zu freier Verfügung des Geschäftsführers (§ 8 Abs. 2 GmbHG) fehlt, weil der Einlagebetrag absprachegemäß umgehend wieder an den Einleger, sei es als Darlehen oder auch aufgrund einer Treuhandabrede, zurückfließen soll. Der Sache nach zielt das Vorgehen des Inferenten in solchen Fällen darauf ab, die prinzipiell unverzichtbare Einlageforderung durch eine in dieser Hinsicht schwächere schuldrechtliche Forderung (z.B. aus Darlehen) zu ersetzen, was der Bundesgerichtshof für unzulässig erachtet und so behandelt hat, als habe der Inferent bis dahin nichts geleistet (BGH; Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 120/07, BGHZ 180, 38-50, zitiert nach juris, dort Rn. 15 "Qivive" mit weiteren Nachweisen).

Nach dem im Streitfall gewählten Verfahren, unter Vermeidung einer förmlichen Auf- oder Verrechnung ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen zunächst zurückzuzahlen und umgehend den als Bareinlage geschuldeten Betrag wieder einzuzahlen, hat die Beklagte ihre Einlage verdeckt als Sacheinlage erbracht. Denn im wirtschaftlichen Ergebnis hat die Gesellschaft durch ein solches Her- und Hinzahlen von ihrem Einleger nicht anders als bei der Aufrechnung anstelle des im Kapitalerhöhungsbeschluss versprochenen Barkapitals lediglich ein Surrogat in Form der Befreiung von der Darlehensverbindlichkeit gegenüber der Gesellschafterin, in Anbetracht der Voreinzahlung gegebenenfalls auch von einem gleich hohen Erstattungs- bzw. Wert- oder Schadenersatzanspruch (vgl. dazu BGH, Urt. vom 18.09.2000 – II ZR 365/98, BGHZ 145, 150-158, zitiert nach juris, dort Rn. 22) erhalten. Davon muss der Senat ausgehen, weil der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger für die Behauptung, der Einlageleistung sei keine Rückerstattung des von der Beklagten behaupteten und im Berufungsrechtszug mit Kontoauszügen unterlegten Gesellschafterdarlehens vorausgegangen, beweisfällig geblieben ist. Hinreichende Indiztatsachen, die den Schluss zulassen, die Schuldnerin sei nicht von einem Gesellschafterdarlehen über 35.000,00 DM befreit worden, sind nicht ersichtlich und vom Kläger auch nicht konkret vorgetragen. Dass der Betrag von 35.000,00 DM möglicherweise (zeitweilig) auf einem Konto für sogenannte "Durchlaufende Posten" gebucht war, belegt nicht, dass es ein Gesellschafterdarlehen in entsprechender Höhe nicht gegeben hat. Das geht zu Lasten des Klägers. Dem Gesellschafter obliegt zwar die Beweislast für die Leistung der Bareinlage. Für den erfüllungshindernden Rückfluss im Sinne von § 19 Abs. 5 GmbHG n.F. wie für den Umgehungstatbestand der verdeckten Sacheinlage trägt indes die Gesellschaft die Darlegungs- und Beweislast. Dass die Einbringung des Darlehensrückzahlungsanspruchs aufgrund einer mit der Bareinlageleistung getroffenen Absprache getroffen worden ist, wird aufgrund des vorliegenden sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs vermutet (dazu Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage, § 19 Rn. 57; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage, § 19 Rn. 49 jeweils mit weiteren Nachweisen).

24

b) Nach § 19 Abs. 4 GmbHG n.F., der mit Inkrafttreten des MoMiG die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage mit Rückwirkung (§ 3 Abs. 4 EGGmbHG) neu gestaltet hat, befreit diese den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung, führt aber zur Anrechnung des Wertes der Vermögensgegenstände, die der Gesellschafter aufgrund der nunmehr als schuldrechtlich und dinglich wirksam angesehenen Verträge über die verbotene Sacheinlage tatsächlich erbracht hat. Für die Anrechnung ist der objektive Wert maßgeblich, den die Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister bzw. im Zeitpunkt ihrer Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt ist, gehabt hat (Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage 2009, § 19 Rn. 67). Altforderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft sind unter Berücksichtigung vorhandener oder fehlender Vollwertigkeit, Fälligkeit und Liquidität zu bewerten (Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage, § 19 Rn. 64). Daran gemessen war der Darlehensrückzahlungsanspruch der Beklagten im Streitfall in vollem Umfang anzurechnen.

aa) Der Darlehensrückzahlungsanspruch der Beklagten war fällig, ohne dass es darauf ankäme, ob für die Rückerstattung des Darlehens eine Zeit bestimmt war oder nicht. Denn gemäß § 311 Abs. 1 BGB können die Parteien des Darlehensvertrages bei bestimmter wie unbestimmter Laufzeit jederzeit dessen Aufhebung vereinbaren (vgl. Palandt/Weidenkaff, 69. Auflage 2010, § 488 Rn. 17 mit weiteren Nachweisen). 26

bb) Eine gegen die Gesellschaft bestehende Gläubigerforderung ist dann nicht vollwertig, wenn ihr Vermögen im Zeitpunkt der Befriedigung dieser Forderung nicht ausreicht, um alle fälligen Forderungen ihrer Gläubiger zu erfüllen. In diesem Fall sind alle Gläubigerforderungen in ihrem Wert gemindert; eine einzelne Forderung könnte nur auf Kosten der anderen Gläubigerforderungen vollständig befriedigt werden. Ist die Gesellschaft im maßgeblichen Zeitpunkt überschuldet, fehlt es an der Vollwertigkeit der Gegenforderung. Ob die Gesellschaft in dem maßgebenden Zeitpunkt überschuldet war, ist anhand eines Vermögensstatus der Gesellschaft (Überschuldungsbilanz) festzustellen, in dem ihre Vermögenswerte mit den Verkehrs- oder Liquidationswerten ausgewiesen sind. Etwa vorhandene stille Reserven sind demnach zu berücksichtigen (BGH, Urt. vom 21.02.1994 – II ZR 60/93, BGHZ 125, 141-152, zitiert nach juris, dort Rn. 13). Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte ausreichend dargelegt, dass die Gesellschaft weder am 01.02.2008 überschuldet war noch bis zur Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister Überschuldung eingetreten ist. Eine solche ist den Handelsbilanzen zum 31.12.1999 und 31.12.2000 nicht zu entnehmen. Zu den Bilanzstichtagen überstiegen die Aktiva die Passiva nach Buchwerten um rund 40.000,00 DM (1999) bzw. 155.000,00 DM (2000). Nach dem durch die Jahresabschlüsse zum 31.12.1999 und 31.12.2000 unterlegten Vortrag der Beklagten, dem der Kläger nicht substantiiert entgegen getreten ist, hätte die Schuldnerin jedenfalls bei rechtzeitiger Abwicklung noch alle Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen – vollständig – befriedigen können. Damit kann der Darlehensrückzahlungsanspruch der Beklagten noch als vollwertig und seine Tilgung als zulässig angesehen werden (vgl. BGH, Urt. vom 21.02.1994 – II ZR 60/93, BGHZ 125, 141-152, zitiert nach juris, dort Rn. 13). Darauf, ob die Gesellschaft seinerzeit noch über flüssige Mittel verfügte, aus denen sie sämtliche Gesellschaftergläubiger alsbald hätte befriedigen können, kommt es nicht entscheidend an. Ebenso unerheblich ist, ob die Schuldnerin das Gesellschafterdarlehen aus Gewinnen hätte zurückführen können oder ob sie mit ihren in Januar/Februar 2000 verfügbaren Barmitteln das Gesellschafterdarlehen hätte tilgen und daneben ihren Geschäftsbetrieb aufrechterhalten können. 27

cc) Der Anrechnung der verdeckt eingebrachten Sacheinlage auf den Einlageanspruch steht auch der Gesichtspunkt der Liquidität nicht entgegen. Einwendungen oder Einreden, die der 28

Durchsetzung des Anspruchs auf Rückgewähr des Gesellschafterdarlehens hätten entgegen stehen können, sind nicht erkennbar. Namentlich ist nicht ersichtlich, dass es sich um ein Gesellschafterdarlehen gehandelt hat, das als Ersatz für fehlendes Eigenkapital wie dieses rechtlich gebunden war und dem Anwendungsbereich der §§ 32 a, 32 b GmbHG oder der sogenannten Rechtsprechungsregeln, wie sie der Bundesgerichtshof zum Eigenkapitalersatzrecht entwickelt hat, unterfiel, mit der Folge, dass seine Rückgewähr an die Beklagte unzulässig gewesen wäre.

d) Entgegen einer vereinzelt im Schrifttum vertretenen Ansicht (vgl. dazu Bormann, GmbHR 2007, 897, 901; Heinze, GmbHR 2008, 1065, 1073; Fuchs, BB 2009, 170, 174; Wälzholz, MittBayNot 2008, 431; Pentz, GmbHR 2009, 126, 130) bestehen schließlich auch gegen eine rückwirkende Anwendung von § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. auf "Altfälle" der vorliegenden Art keine verfassungsrechtlichen Bedenken (im Ergebnis wie hier BGH, Urt. vom 22.03.2010 – II ZR 12/08 – "AdCoCom" (bislang n.v.); offen noch Urt. vom 20.07.2009 – II ZR 273/07, GmbHR 2009, 926-930, zitiert nach juris, dort Rn. 38). Die Rückkanknüpfung in § 3 Abs. 4 EGGmbHG ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. 29

aa) Die verfassungsrechtliche Beurteilung der Übergangsvorschrift richtet sich nach den Regeln über die Rückwirkung von Rechtsnormen. Diese enthalten für verschiedene Fallgruppen unterschiedliche Anforderungen. Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet. Sie ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Jedoch können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Das ist dann der Fall, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen. Eine echte Rückwirkung ist dagegen verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig. Sie liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. Auch in diesem Fall tritt das Rückwirkungsverbot, das seinen Grund im Vertrauensschutz hat, aber zurück, wenn sich ausnahmsweise kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte. Davon ist unter anderem dann auszugehen, wenn der Betroffene schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen war, nicht mit dem Fortbestand der Regelung rechnen durfte. Dasselbe gilt, wenn durch die Rückwirkung nur ein ganz unerheblicher Schaden verursacht würde (BVerfG, Beschluss vom 15.10.1996 – 1 BvL 44/92, 1 BvL 48/92, BVerfGE 95, 64-96, zitiert nach juris, dort Rn. 110 mit weiteren Nachweisen). 30

bb) Ob die Vorschrift § 3 Abs. 4 EGGmbHG echte (so Fuchs BB 2009, 170, 174) oder unechte (so Heinze GmbHR 2008, 1065, 1073) Rückwirkung entfaltet, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt. In Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof (vgl. Urt. vom 22.03.2010 – II ZR 12/08 – "AdCoCom" (bislang n.v.)) schließt sich der Senat der zuletzt genannten Auffassung an. 31

Nach altem Recht führte eine verdeckte Sacheinlage dazu, dass die Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage bestehen blieb; denn weder eine Forderungsverrechnung noch eine Verrechnung bzw. ein Hin- und Herzahlen im Rahmen eines angekoppelten Verkehrsgeschäfts führten zur Erfüllung der Bareinlagenschuld (vgl. etwa BGHZ 125, 141, 149ff). Wurde eine Darlehensforderung oder ein Gewinnanspruch verrechnet, so war diese Verrechnung gemäß § 19 Abs. 5, 2. Halbsatz GmbHG a.F., 134 BGB unwirksam, mit der Folge, dass sich die Verpflichtung des Gesellschafters zur Leistung der Bareinlage und sein 32

Anspruch auf Zahlung gegen die Gesellschaft gegenüber standen. Wurde dagegen ein verdecktes Verkehrsgeschäft in unzulässiger Weise mit der Einlagepflicht gekoppelt, so galt: Die an sich versprochene (Bar-)Einlageleistung war nicht dinglich wirksam erbracht; dennoch trat wegen § 19 Abs. 5 GmbHG a.F. keine Erfüllungswirkung ein. Der Gesellschafter blieb zur Leistung der Bareinlage verpflichtet und hatte lediglich einen insolvenzgefährdeten bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch, mit dem er wegen § 19 Abs. 2 GmbHG a.F. nicht aufrechnen konnte. Der schuldrechtliche Teil des (angeblichen) Umsatzgeschäftes war nichtig. In analoger Anwendung von § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG wurde auch das dingliche Erfüllungsgeschäft als nichtig angesehen, so dass sich die Rückabwicklung nach § 985, 987ff BGB richtete (vgl. dazu Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Auflage, § 5 Rn.48 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung). Die Neuregelung modifiziert diese Rechtsfolgen: Der Inferent wird von seiner Einlagepflicht zwar nicht befreit; sämtliche schuldrechtlichen und dinglichen Verträge bleiben aber wirksam; und auf die Einlageverpflichtung wird der Wert des eingebrachten Vermögensgegenstands angerechnet (Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, § 19 Rn. 50 mit weiteren Nachweisen).

Die Anwendung der Vorschrift des § 3 Abs. 4 EGGmbHG mit der Maßgabe, dass die bisher gesperrten Wirkungen auf den Zeitpunkt der Anmeldung bzw. Leistung zurückreichen, wird im Schrifttum als Fall echter Rückwirkung eingestuft, für die im Schrifttum nur vereinzelt rechtfertigende Gründe gesehen werden (Fuchs BB 2009, 170, 174). Dem kann der Senat nicht beitreten. Da die Vorschrift an den Vorgang der verdeckten Sacheinlage anknüpft, ordnet § 3 Abs. 4 EGGmbHG Rechtsfolgen für einen vor ihrer Verkündung liegenden noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt an. Damit entfaltet die Bestimmung nur unechte Rückwirkung und verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. 33

Die Erstreckung der Neuregelung auf Altfälle hat der Gesetzgeber nicht näher begründet (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 117: "Die Übergangsregelung bestimmt den zeitlichen Anwendungsbereich der in § 8 Abs. 2 Satz 2 und § 19 Abs. 4 GmbHG-E enthaltenen Neuregelungen der Einlageschuld"). § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. soll die vielfach als zu hart empfundenen Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen mildern (Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage, § 19 Rn. 47). Nach der Zielsetzung der Neuregelung sollte der Gesellschafter seine Einlage nur einmal aufbringen (Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage, § 19 Rn. 51). Das mit § 3 Abs. 4 EGGmbHG verfolgte Anliegen kann deshalb nicht losgelöst von dem der Grundregelung gesehen werden. 34

Die Rückanknüpfung ist zur Erreichung der der Regelung zugrunde liegenden Zielsetzung geeignet und erforderlich. In der Regelung liegt auch keine unzumutbare Belastung von Gesellschaft und Gesellschaftern. Durch die angeordnete Rückwirkung wird lediglich der Zustand hergestellt, den Gesellschaft und Gesellschafter angestrebt haben (Fuchs BB 2009, 170, 174f). Die Gesellschaft verliert zwar ihren Einlageanspruch; zugleich entfällt aber auch die Pflicht zur Rückabwicklung (Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 19 Rn. 91). 35

2. Tilgung der Resteinlageschuld in Höhe von 8.000,00 Euro durch den Zahlungsvorgang vom 20.04.2000: 36

Die Beklagte hat die Resteinlageschuld aus der Kapitalerhöhung vom 08.02.2008 zwar nicht durch die am 20.04.2000 veranlasste Einzahlung von 20.000,00 DM auf das Gesellschaftskonto erfüllt (a), wohl aber ist der Wert des Anspruchs auf Rückzahlung des der Schuldnerin in entsprechender Höhe gewährten Gesellschafterdarlehens gemäß § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. als verdeckte Sacheinlage auf die noch offene Einlage von 8.000,00 Euro anzurechnen (b). 37

- a) Die am 20.04.2000 dem Konto der Schuldnerin gutgeschriebenen 20.000,00 DM haben nicht unmittelbar zur Tilgung der Einlagenschuld aus der am 08.02.2000 beschlossenen Kapitalerhöhung geführt. Davon muss der Senat ausgehen, weil der insoweit beweispflichtigen Beklagten nicht der Beweis gelungen ist, dass der eingezahlte Betrag zum Zwecke der Erfüllung der Einlageverpflichtung geleistet worden ist. Der Zeuge C. hat nämlich bekundet, den Zahlungseingang mangels anderslautender Anweisungen durch die Beklagte zunächst als Gesellschafterdarlehen verbucht zu haben.
- b) Die Angaben des Steuerberaters der Schuldnerin, an deren Richtigkeit zu zweifeln der Senat keine Veranlassung sieht, verhelfen der Rechtsverteidigung der Beklagten indes aus anderen Gründen zum Erfolg. 39
- aa) Ihnen ist nämlich zu entnehmen, dass die als Gesellschafterdarlehen behandelte Zahlung zum Ende des Jahres 2000 als Einlageleistung verbucht worden ist. Ein solcher – durch die Beklagte spätestens mit der Feststellung des Jahresabschlusses gebilligter Vorgang – stellt sich als verdeckte Sacheinlage dar. Denn danach hat die Gesellschaft auch in Bezug auf die noch offene Resteinlage von 8.000,00 Euro im wirtschaftlichen Ergebnis von der Beklagten anstelle des im Kapitalerhöhungsbeschluss versprochenen Barkapitals lediglich ein Surrogat in Form der Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber ihrer Gesellschafterin erhalten. Dass die Beklagte einen Sachverhalt, wie er sich auf der Grundlage der glaubhaften Bekundungen des Zeugen C. ergibt, nicht ausdrücklich vorgetragen hat, steht der Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme nicht entgegen. Es entspricht nämlich einem allgemeinen Grundsatz, dass sich eine Partei die bei einer Beweisaufnahme zutage tretenden Umstände, soweit sie ihre Rechtsposition zu stützen geeignet sind, hilfsweise zu eigen macht (BGH, Urt. vom 08.01.1991 – VI ZR 102/90, NJW 1991, 1541-1543, zitiert nach juris, dort Rn. 9; Urt. vom 03.01.2001 – VI ZR 203/00, NJW 2001, 2177-2178, zitiert nach juris, dort Rn. 9). 40
- bb) Als verdeckte Sacheinlage hat die Umwidmung des Ende 2000 in Höhe von 8.000,00 Euro valutierenden Gesellschafterdarlehens die Beklagte nach § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. zwar nicht unmittelbar von ihrer Einlageverpflichtung befreit, wohl aber hat sie in vollem Umfang zur Anrechnung des Wertes des Anspruchs auf Darlehensrückzahlung geführt, den die Beklagte tatsächlich eingebracht hat. Aus den oben unter Ziffer 1. lit. b) angeführten Gründen war auch die gegen die Gesellschaft bestehende Forderung der Beklagten auf Rückzahlung der 8.000,00 Euro fällig, vollwertig und liquide. 41
3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 42
4. Die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen ist, liegen nicht vor. Die für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblichen Fragen sind höchstrichterlich geklärt. 43
5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 25.000,00 Euro festgesetzt. 44