
Datum: 11.04.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 18 W 16/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0411.18W16.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 520/11

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Landgerichts Köln vom 30.01.2012 – 22 O 520/11 – aufgehoben. Die Sache wird zur weiteren Sachaufklärung und erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Gründe

1

I.

2

Der Antragsteller beantragt die Gewährung von Prozesskostenhilfe, um die Antragsgegnerin auf Erfüllung ihrer Stammeinlagenverpflichtung in Anspruch nehmen zu können.

3

Die Insolvenzschildnerin wurde am 01.02.2008 mit einem Stammkapital von 25.000 € gegründet, von dem die Antragsgegnerin 20.000 € übernahm. Sie zahlte diesen Betrag am 28.02.2008 auf das Konto der Insolvenzschildnerin ein, die sodann am 12.03.2008 in das Handelsregister eingetragen wurde. Unter dem 20.03.2008 stellte die Antragsgegnerin der Insolvenzschildnerin eine Rechnung über 20.000 €, in der es heißt:

4

„Für die Unterstützung und Vorbereitung der Infrastruktur bzw. der Begutachtung und Planung der Büroräumlichkeiten durch unsere Mitarbeiter B C, M M2 und E N erlauben wir uns, vorab in Rechnung zu stellen.“

5

6

Die Insolvenzschriftnerin glich diese Rechnung am 28.03.2008 aus. Am 15.06.2009 wurde das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet.

Der Antragsteller verlangt von der Antragsgegnerin Zahlung von 20.000 € nebst Zinsen. Er ist der Auffassung, es liege ein Fall des unzulässigen Hin- und Herzählens vor. Er behauptet, die Mitarbeiter C und M2 der Antragsgegnerin hätten auch den Umzug der Antragsgegnerin in die neuen gemeinsamen Büroräume der Insolvenzschriftnerin und der Antragsgegnerin vorbereitet. Das von Herrn N erstellt Ticketsystem für IT-Serviceleistungen habe ebenfalls beiden Gesellschaften gedient. Eine Zuordnung von Leistungen zu einer der Gesellschaften sei nicht möglich gewesen. Die Tätigkeit habe zudem nicht länger als eine Woche gedauert. Die in Ansatz gebrachte Vergütung von 20.000 € sei überzogen. 7

Die Antragsgegnerin behauptet, die erbrachten Leistungen, für die insgesamt 6 Personen abgestellt worden seien, seien für die Tätigkeit der Insolvenzschriftnerin essentiell gewesen. Es seien das vollständige Vertriebs- und Marketingkonzept entwickelt, der Internetauftritt erstellt und eingerichtet sowie ein Ticketsystem entwickelt worden. Auch die Büroräume seien geplant worden. Der Wert dieser Arbeiten übersteige 20.000 € bei weitem. 8

Nach Angaben des Antragstellers ist ein Massebestand von 28,26 € vorhanden. Die voraussichtlichen Kosten des Insolvenzverfahrens belaufen sich auf ca. 14.670 €. Unbedingt festgestellt sind zur Insolvenztabelle angemeldete Forderungen in Höhe von insgesamt 39.525,61 €. 9

Das Landgericht hat Prozesskostenhilfe mit der Begründung verweigert, es liege weder eine verdeckte Sacheinlage noch ein Fall des Hin- und Herzählens vor. Der Antragsteller habe nicht schlüssig dargelegt, dass die von der Antragsgegnerin erbrachten Dienstleistungen nicht adäquat gewesen seien. Auch ein Verstoß gegen § 30 GmbHG scheide aus, weil die Insolvenzschriftnerin die Leistungen, wären sie nicht von der Antragsgegnerin erbracht worden, von einer Drittfirma hätte einkaufen müssen. Zweifelhaft sei zudem, ob § 207 InsO der Gewährung von Prozesskostenhilfe entgegenstehe und ob den Insolvenzgläubigern die Aufbringung des Gerichtskostenvorschusses nicht zumutbar sei. 10

II. 11

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte, sofortige Beschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Angelegenheit an das Landgericht. Das Landgericht hat die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage in der Sache zu Unrecht verneint (1.). Aufzuklären ist noch, ob der Gewährung von Prozesskostenhilfe Massearmut i.S.v. § 207 InsO entgegensteht (2.) und – wenn dies nicht der Fall ist – ob den Insolvenzgläubigern die Aufbringung der Verfahrenskosten zuzumuten (3.). 12

1. Die beabsichtigte Klage hat entgegen der Auffassung des Landgerichts in der Sache Aussicht auf Erfolg. Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Zahlung von 20.000 € nebst Zinsen gegen die Antragsgegnerin schlüssig vorgetragen. 13

a) Der Anspruch ergibt sich aus § 19 Abs. 1 GmbHG. Die Antragsgegnerin hat zwar auf ihre Stammeinlageverpflichtung 20.000 € an die Insolvenzschriftnerin gezahlt. Auf der Grundlage des Antragstellervortrags war diese Zahlung indes nicht geeignet, die Einlageverpflichtung der Antragsgegnerin zu erfüllen, weil ein Fall des unzulässigen Hin- und Herzählens vorlag. 14

- aa) Zu Recht hat das Landgericht allerdings eine verdeckte Sacheinlage i.S.v. § 19 Abs. 4 GmbHG ausgeschlossen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Dienstleistungen nicht sacheinlagenfähig und können daher auch keine verdeckten Sacheinlagen sein (*BGH NZG 2009, 463, 464, „Qivive“, Tz. 9 ff.; BGH NZG 2010, 343, 344 f., „Eurobike“, Tz. 15 ff.; Verse in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 19 GmbHG, Rn. 36*).
- bb) Der Antragsteller hat aber die Voraussetzungen eines unzulässigen Hin- und Herzahlens schlüssig vorgetragen. 16
- (1) Ein Hin- und Herzahlen liegt vor, wenn eine geleistete Bareinlage aufgrund einer vorherigen Absprache wieder an den Gesellschafter zurückfließt. Fehlt es an einem vollwertigen Rückerstattungsanspruch i.S.v. § 19 Abs. 5 GmbHG, steht die Einlage der Gesellschaft in diesen Fällen nicht zur endgültigen freien Verfügung, so dass die Zahlung den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung befreit (*Verse aaO., Rn. 72 f.*). Im Regelfall liegt dem Hin- und Herzahlen ein Darlehensvertrag zwischen Gesellschaft und Inferenten zugrunde. Ein Hin- und Herzahlen kommt aber auch in Betracht, wenn die Einlage als Vergütung für Dienstleistungen an den Gesellschafter zurückerstattet wird. Dann liegt nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Hin- und Herzahlen zum Einen schon vor, wenn die Einlagemittel nicht frei verwendet werden könne, sondern für den Zweck der Vergütung des Inferenten „reserviert“ sind (*BGH NZG 2009, 463, 464, „Qivive“, Tz. 17; BGH NZG 2010, 343, 345, „Eurobike“, Tz. 23; Verse aaO., Rn. 78*). Für eine derartige Reservierung der Einlagemittel der Antragsgegnerin fehlt es hier indes an ausreichendem Vortrag, auch wenn sie angesichts der unstreitig vorab beauftragten Dienstleistungen und des Umstands, dass beide Gesellschaften den gleichen Geschäftsführer hatten, nahe liegt. 17
- Ein Hin- und Herzahlen ist bei der Vergütung von vorab vereinbarten Dienstleistungen aber auch anzunehmen, wenn die Vergütung dem Wert der Dienstleistung für die Gesellschaft nicht entspricht. Dass trotz Rückzahlung der Einlage an den Inferenten dessen Einlageverpflichtung als erfüllt gilt, setzt voraus, dass 18
- „eine tatsächlich erbrachte Leistung entgolten wird, die dafür gezahlte Vergütung einem Drittvergleich standhält und die objektiv werthaltige Leistung nicht aus der Sicht der Gesellschaft für sie unbrauchbar und damit wertlos ist. Wirtschaftlich erbringt die Gesellschaft dann die Einlage nicht aus ihrem Vermögen, weil der Zahlung eine vollwertige Gegenleistung gegenübersteht.“*BGH NZG 2010, 343, 345 f., „Eurobike“, Tz. 24* 19
- Keine Erfüllungswirkung hat die Einzahlung der Einlage dagegen, wenn es sich bei dem Dienstleistungsvertrag um eine verdeckte Finanzierung der Einlage handelt. 20
- „Eine verdeckte Finanzierung liegt nur vor, wenn der Entgeltcharakter der Zahlung vorgeschoben ist und der [Dienstleistungsvertrag] nur zum Schein abgeschlossen wurde, um eine finanzielle Leistung der Gesellschaft zu rechtfertigen, oder der Zahlung keine ihrem Wert entsprechende Gegenleistung gegenübersteht, weil das Honorar in einem Missverhältnis zur vereinbarten oder erbrachten [Dienstleistung] steht, oder etwa die erbrachte Leistung für die Gesellschaft schlechterdings unbrauchbar und damit aus ihrer Sicht wertlos ist.“*BGH aaO.* 21
- (2) Nach diesen Grundsätzen ist auf der Grundlage des Vortrags des Antragstellers von einem unzulässigen Hin- und Herzahlen auszugehen: 22
- Es ist zwar unstreitig, dass die Antragsgegnerin tatsächlich Dienstleistungen erbracht hat, streitig ist nur deren Umfang und die Zuordnung zur Insolvenzschuldnerin. Der Antragsteller trägt indessen vor, dass die Vergütung von 20.000 € weit übersetzt war und dass die 23

Dienstleistungen für die Antragstellerin, weil maßgeblich auch für die Antragsgegnerin bestimmt, wenn nicht wertlos, so doch wenig werthaltig waren.

Soweit das Landgericht diesen Vortrag als nicht schlüssig ansieht, verkennt es die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Fließt die Einlage als Vergütung für eine vorab vereinbarte Dienstleistung an den Inferenten zurück, trägt dieser die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es sich nicht um eine verdeckte Finanzierung der Einlage im Sinne der o.g.

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt. In der Eurobike-Entscheidung äußert sich der Bundesgerichtshof zwar nicht explizit zur Beweislastverteilung, dass der Inferent die Werthaltigkeit der vergüteten Dienstleistung zu beweisen hat, folgt aber aus allgemeinen Grundsätzen. Es handelt sich nämlich um eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass bei vorab vereinbarter Rückzahlung der Einlage an den Gesellschafter die Einlageverpflichtung bestehen bleibt. So trägt der Inferent auch im Falle einer verdeckten Sacheinlage die Beweislast für deren Werthaltigkeit, § 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG, und im Falle des Hin- und Herzählens für die Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG (*Verse aaO., Rn. 88; Bayer/Illhardt, GmbHR 2011, 505, 512*). Gleiches gilt für den vergleichbaren Fall, dass der Gesellschafter sich im Falle des § 30 Abs. 1 GmbHG auf einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch beruft (*Strohn/Fleischer in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 30 GmbHG, Rn. 36; Bayer/Illhardt, GmbHR 2011, 638, 641*).

(3) Die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG ausnahmsweise trotz Hin- und Herzählens eine Erfüllungswirkung eintritt, liegen ersichtlich nicht vor.

b) Der Vortrag der Antragsgegnerin ist demgegenüber nicht erheblich. Selbst wenn man die Angaben zur Art der erbrachten Leistungen für ausreichend hält – was angesichts der Abweichung zwischen Rechnung und Vortrag im Verfahren zweifelhaft erscheint – fehlen nähere Ausführungen zu Umfang und Wert der Leistungen. Dass insgesamt sechs Mitarbeiter mit den Arbeiten betraut waren, reicht nicht aus. Zudem hat die Antragsgegnerin für ihren Vortrag keinen Beweis angetreten.

c) Der Anspruch besteht nach dem Vortrag des Antragstellers in Höhe von 20.000 €. Da die Antragsgegnerin keine hinreichenden Angaben zum Wert der Dienstleistung macht, bedarf keiner Entscheidung, ob der tatsächliche Wert der Dienstleistung auf die Einlageverpflichtung anzurechnen ist (*vgl. Verse in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 19 GmbHG, Rn. 78*).

d) Die Zinsforderung ab Ablauf der gesetzten Zahlungsfrist folgt aus §§ 286, 288 BGB.

2. Es ist aber gleichwohl offen, ob der Antragsteller Anspruch auf Prozesskostenhilfe hat. Die Durchsetzung der Klageforderung gehört nämlich dann nicht mehr zu seinen gesetzlichen Aufgaben, wenn Massearmut im Sinne von § 207 Abs. 1 InsO vorliegt.

a) Das Verbot der *reformatio in peius* im Beschwerdeverfahren steht der Berücksichtigung der Massearmut nicht entgegen. Es hindert das Beschwerdegericht nicht daran, die Begründung auszutauschen (*Motzer in: MüKo, ZPO, § 127, Rn. 32*).

b) Stellt sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens heraus, dass die Masse nicht ausreicht, um die Kosten des Insolvenzverfahrens zu decken, wird das Insolvenzverfahren nach § 207 Abs. 1 InsO eingestellt. Der Insolvenzverwalter ist dann zur Verwertung von Insolvenzgegenständen nicht mehr verpflichtet § 207 Abs. 3 S. 2 InsO.

In diesem Fall kann dem Insolvenzverwalter für die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen keine Prozesskostenhilfe bewilligt werden. Fordert das Gesetz die Einstellung

des Insolvenzverfahrens, besteht kein Anspruch auf Finanzierung eines Rechtsstreits, der die Einstellung des Verfahrens hinauszögern kann und das Risiko mit sich bringt, die Masse mit zusätzlichen Kosten zu belasten (BGH, Beschluss vom 16.07.2009 – IX ZB 221/08 –, *Juris-Tz. 8 f.*; OLG Dresden, Beschluss vom 25.11.2009 – 13 U 1612/09 –, *Juris-Tz. 7*; OLG Celle, Beschluss vom 22.12.2009 – 13 W 94/09 –, *Juris-Tz. 5*; OLG Celle, Beschluss vom 08.04.2010 – 9 W 21/10 –, *Juris-Tz. 3*; OLG München, Beschluss vom 21.07.2011 – 5 W 926/11 –, *Juris-Tz. 4 ff.*; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.08.2011 – 9 W 13/11 –, *Juris-Tz. 38*; OLG Hamm, Beschluss vom 22.09.2011 – 27 W 122/11, *Juris-Tz. 2*; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.02.2012 – 13 W 68/11 –, *BeckRS 2012, 05214*).

c) Das gilt jedenfalls dann, wenn die klageweise geltend gemachten Ansprüche im Falle ihres Bestehens und ihrer Durchsetzbarkeit an der Massearmut nichts ändern können (BGH aaO., *Juris-Tz. 10*). Höchststrichterlich nicht entschieden und in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte umstritten ist dagegen, ob Prozesskostenhilfe zu gewähren ist, wenn die Forderung, die Gegenstand des Verfahrens ist, im Falle ihrer vollen Durchsetzung zur Deckung der Kosten des Insolvenzverfahrens ausreichen würde. 33

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm und des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle ist eine Forderung, durch deren Durchsetzung die Massekostenarmut beseitigt werden könnte, bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 207 Abs. 1 InsO zu berücksichtigen (OLG Celle - 13 W 94/09 -, *Juris-Tz. 6*; OLG Hamm aaO., *Juris-Tz. 5*; ebenso: Fischer in: Musielak, ZPO, § 116, Rn. 5). Die Gegenauffassung geht davon aus, dass die Durchsetzung von Forderungen im Klagewege keine naheliegende und risikolose Verwertungsmaßnahme darstellt, die trotz Massekostenarmut noch durchgeführt werden kann, so dass bei der Prüfung der Einstellungs Voraussetzungen die Forderung, für deren Geltendmachung Prozesskostenhilfe beantragt wird, nicht zu berücksichtigen ist (OLG Celle – 9 W 21/10 -, *Juris-Tz. 5*; OLG München aaO, *Juris-Tz. 9 f.*; OLG Frankfurt aaO.). 34

Für beide Auffassungen sprechen nicht von der Hand zu weisende Argumente: Berücksichtigt man die streitgegenständliche Forderung nicht, könnten zahlreiche Insolvenzverfahren, bei denen die Masse vornehmlich aus bestrittenen Ansprüchen gegen Dritte oder Anfechtungsansprüchen besteht, nicht eröffnet werden oder müssten ohne Erfolg für die Gläubiger wieder eingestellt werden. Das würde Schuldner bevorzugen, welche die Erfüllung berechtigter Forderungen gegenüber dem Insolvenzverwalter verweigern. Andererseits fordert § 207 InsO eine rasche Einstellung des Insolvenzverfahrens, ohne die Masse mit zusätzlichen Risiken und Kosten zu belasten (BGH aaO., *Juris-Tz. 6 f.*; Ries in: Uhlenbruck, InsO, § 207, Rn. 1). Die erstgenannte Auffassung würde letztlich derartige Risiken im Wege der Prozesskostenhilfe auf die Allgemeinheit verlagern, um eine Einstellung des Verfahrens zu verhindern. 35

Der Senat hält daher eine vermittelnde Auffassung für vorzugswürdig. Danach kommt eine Berücksichtigung der Forderung, für die Prozesskostenhilfe beantragt wird, nicht in Betracht, wenn und soweit erhebliche Prozess- und Vollstreckungsrisiken bestehen. Forderungen sind mit ihrem mutmaßlichen Realisationswert anzusetzen (OLG Karlsruhe aaO., *Juris-Tz. 41 f.*; Hefermehl in: MüKo, InsO, § 207, Rn. 22), wie es auch bei der Feststellung der Masselosigkeit im Rahmen von § 26 Abs. 1 InsO erfolgt (Uhlenbruck in: ders., InsO, § 26, Rn. 14). Das ermöglicht es, Insolvenzverfahren, bei denen realistische Aussichten bestehen, die Forderungen, aus denen sich die Masse zusammensetzt, durchzusetzen, zu eröffnen und zu betreiben, während Insolvenzverfahren, deren Masse sich aus stark risikobehafteten Forderungen zusammensetzt, einzustellen bzw. gar nicht erst zu eröffnen sind. 36

d) Danach liegt hier die Annahme von Massearmut auf Grundlage des eigenen Vortrags des Antragstellers nahe: Er geht von Massekosten in Höhe von 14.670 € aus. Auf den Nennwert der Klageforderung, die sich mit Zinsen per 02.04.2012 auf 24.761,56 € beläuft, macht er selbst aufgrund der Prozess- und Vollstreckungsrisiken einen Abschlag von 50%, so dass auch unter Berücksichtigung dieser Forderung Massearmut anzunehmen ist. Allerdings ist derzeit unklar, worauf der Antragsteller seine Bewertung konkret stützt, zumal die Antragsgegnerin selbst seiner Bewertung ausdrücklich nicht folgt.

3. Offen ist auch, ob den Insolvenzgläubigern die Aufbringung der Verfahrenskosten zuzumuten ist. Das ist der Fall, wenn sie die Kosten unschwer aufbringen können und der zu erwartende Nutzen der Prozessführung bei vernünftiger Betrachtungsweise unter Berücksichtigung des Prozessrisikos größer als die Kosten ist (*Reichling in: BeckOK, ZPO, § 166, Rn. 11*). 38

Insoweit hat die Antragsgegnerin – unter Berücksichtigung der Klageforderung in voller Höhe – ausführlich und nachvollziehbar dargelegt, dass die beiden Hauptgläubiger, das Finanzamt und der ehemalige Geschäftsführer der Antragsgegnerin, bei Prozesserfolg mit die von ihnen zu leistenden Vorschüsse um mehr als doppelte übersteigenden Beträgen rechnen könnten. Damit hat sich der Antragsteller bislang nicht im Einzelnen auseinandergesetzt. Insbesondere verweist die Antragsgegnerin zurecht darauf, dass der Grundsatz, dass Arbeitnehmern aufgrund ihrer geringen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die Aufbringung der Prozesskosten im Regelfall nicht zugemutet werden kann, auf einen ehemaligen Geschäftsführer, der ein hohes monatliches Gehalt bezogen hat, nicht ohne Weiteres übertragen werden kann. 39

4. Da über den PKH-Antrag noch nicht abschließend entschieden werden kann, waren dem Landgericht gemäß § 572 Abs. 3 ZPO erforderliche Sachaufklärung und die abschließende Entscheidung über den PKH-Antrag zu übertragen. 40