



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZR 142/12

vom

17. September 2013

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. September 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie den Richter Sunder

einstimmig beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 28. März 2012 durch Beschluss nach § 552a ZPO auf ihre Kosten zurückzuweisen.

Streitwert : 22.100 €

Gründe:

- 1 Zulassungsgründe liegen nicht vor, die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.
- 2 I. Die Frage, ob der Inferent die Beweislast für das Fehlen des sogenannten Hin- und Herzählens trägt, wenn der klagende Insolvenzverwalter lediglich konkrete Anhaltspunkte dafür dartun kann, deretwegen das Berufungsgericht die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen hat, ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt. Weitere Zulassungsgründe sind nicht ersichtlich.
- 3 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (siehe nur BGH, Urteil vom 22. Juni 1992 - II ZR 30/91, ZIP 1992, 1303, 1305; Urteil vom 13. September 2004 - II ZR 137/02, ZIP 2005, 28, 29) ist in einem Rechtsstreit

um die Erfüllung einer Einlageschuld (§ 19 Abs. 1 GmbHG, § 362 BGB) grundsätzlich der Inferent darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Einlage vollständig erbracht ist. Das gilt im Grundsatz auch bei einem längeren Zeitabstand seit der behaupteten Zahlung und späterem Erwerb des Geschäftsanteils durch den nunmehrigen Gesellschafter, wie hier dem Beklagten zu 2 (BGH, Beschluss vom 9. Juli 2007 - II ZR 222/06, ZIP 2007, 1755 Rn. 2). Dabei unterliegt es der - revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar - Entscheidung des Tatrichters, ob der Nachweis geführt worden ist. Steht die Einzahlung - wie hier - fest, dann ist es nach Ansicht des erkennenden Senats aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn der Tatrichter verlangt, dass der Insolvenzverwalter für einen ausnahmsweise nicht zur Tilgung der Einlageschuld führenden Umstand Vortrag hält. Insbesondere nach einem langen Zeitraum wäre es einem Gesellschafter schwerlich möglich, alle denkbaren, der Erfüllungswirkung entgegenstehenden Umstände als nicht vorhanden darzulegen.

- 4           Nichts anderes folgt aus dem Beschluss des erkennenden Senats vom 8. November 2004 (II ZR 202/03, DStR 2005, 297). Dort ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht etwa entschieden, dass der Insolvenzverwalter die Beweislast dafür trägt, dass ein Hin- und Herzahlen tatsächlich stattgefunden hat. Vielmehr äußert sich der Senat in dieser Entscheidung lediglich zur Vortragslast des Insolvenzverwalters, wenn er ausführt, dass bei unstreitiger oder bewiesener Einlageleistung auf ein Konto der Gesellschaft von der Erfüllung der Einlageschuld (als bewiesener Haupttatsache) jedenfalls solange auszugehen sei, als nicht vom Insolvenzverwalter konkrete Anhaltspunkte dafür dargetan sind, dass die Gesellschaft daran gehindert war, über den eingezahlten Betrag zu verfügen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1990 - II ZR 215/89, ZIP 1991, 445, 446 f.; s. auch Goette, DStR 2005, 297 f. sowie Leitzen, RNotZ 2010, 254, 255 mwN). Danach obliegt dem Insolvenzverwalter lediglich eine

gesteigerte Vortragslast. Mit dem Beweis ist der Insolvenzverwalter in diesen Fällen jedoch nicht belastet, vielmehr verbleibt die Beweislast bei dem Inferenten, wenn der Insolvenzverwalter seiner gesteigerten Vortragslast nachgekommen ist.

5            2. Auf den Fall des hier vom Berufungsgericht angenommenen "Hin- und Herzählens" übertragen bedeutet das, dass der Insolvenzverwalter - angesichts der unstreitigen Einzahlung der Stammeinlage auf das Konto der Schuldnerin - Anhaltspunkte dafür aufzeigen muss, dass trotz der Einzahlung der Wert der Stammeinlage nicht in das freie Vermögen der GmbH gelangt ist. Kommt er dem nach, muss der Inferent (und/oder der Erwerber) seinerseits darlegen und beweisen, dass der Betrag im Vermögen der GmbH verblieben und nur für eigene Aufwendungen der GmbH verwendet worden ist.

6            3. Im Übrigen irrt das Berufungsgericht, wenn es meint, hier liege ein Fall des sogenannten Hin- und Herzählens vor, der seit dem 1. Oktober 2008 unter § 19 Abs. 5 GmbHG falle. Die Bestimmung des § 19 Abs. 5 GmbHG betrifft nicht alle Fälle gegenläufiger Zahlungen, sondern nur solche, bei denen die Gesellschaft mit der Rückzahlung einen - dazu noch vollwertigen und liquiden - Anspruch gegen den Gesellschafter erwirbt (siehe hierzu BGH, Beschluss vom 10. Juli 2012 - II ZR 212/10, ZIP 2012, 1857 Rn. 18; Urteil vom 20. Juli 2009 - II ZR 273/07, BGHZ 182, 103 Rn. 11, 26 ff. - Cash-Pool II). Hier liegt hingegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine reine Scheinzahlung vor, bei der die im Voraus abgesprochene Rückzahlung keinen außerhalb dieser Abrede liegenden Rechtsgrund hat (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 18. Februar 1991 - II ZR 104/90, BGHZ 113, 335, 347; Urteil vom 22. März 2004 - II ZR 7/02, ZIP 2004, 1046, 1047).

7           II. Die Revision hat auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den seiner zutreffenden Ansicht nach den Beklagten obliegenden Nachweis der Erfüllung der Stammeinlageverpflichtung gemäß § 362 BGB nicht als geführt angesehen hat.

8           1. Das Berufungsgericht stellt in tatrichterlicher Würdigung fest, dass ohne jeden erkennbaren Anlass innerhalb von nur wenigen Tagen der eingezahlte Betrag in mehreren Teilbeträgen fast vollständig abgehoben worden sei und es jeglicher wirtschaftlicher Vernunft widerspreche, einen Betrag von mehr als 20.000 € über mehr als neun Monate unverzinst in der Barkasse zu verwahren, da dies für den Geschäftsbetrieb weder notwendig noch vorteilhaft sei und die Beklagten hierzu auch keinerlei, ein derart ungewöhnliches Verhalten erklärende Ausführungen gemacht hätten. Zwar hätten die Beklagten geltend gemacht, dass die Schuldnerin auch in der "Startphase" Ausgaben gehabt habe, wofür liquide Mittel benötigt worden seien, da Kreditmittel nicht zur Verfügung gestanden hätten. Aus der Kasse seien diese Mittel aber gerade nicht entnommen worden, da nach den von den Beklagten eingereichten Unterlagen erste Barentnahmen erst neun Monate nach Gründung feststellbar seien. Durch die Aussage der Zeugin B. hätten die Beklagten ebenfalls nicht nachgewiesen, dass die Barabhebungen im März 2002 nicht nur buchungsmäßig im Kassensbuch behandelt, sondern tatsächlich in die Barkasse der Schuldnerin gelangt und dort verblieben bzw. aus der Barkasse nur für Zwecke der Schuldnerin verwandt worden seien. Zum einen sei die Zeugin nur mit der Buchführung und nicht mit der körperlichen Kontrolle der Barkasse selbst befasst gewesen. Zudem habe sie ihre Tätigkeit frühestens in der zweiten Jahreshälfte 2002 aufgenommen und könne daher zu Bareinlagen im März 2002 keine Angaben machen. Die beantragte Vernehmung des Beklagten zu 2 als Partei hat das Beru-

fungungsgericht mit der Begründung abgelehnt, die Voraussetzungen der §§ 447, 448 ZPO lägen nicht vor, insbesondere ergebe sich aus den unstreitigen Tatsachen und der Vernehmung der Zeugin B. keine sogenannte Anfangswahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung der Beklagten.

9                    2. Diese Gesamtwürdigung der festgestellten Umstände durch das Berufungsgericht ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

10                   Die dem Berufungsgericht obliegende tatrichterliche Beurteilung ist gemäß § 559 Abs. 2 ZPO revisionsgerichtlicher Nachprüfung weitgehend entzogen. Nach § 286 ZPO hat der Tatrichter unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Revisionsrechtlich ist lediglich zu überprüfen, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und dem Beweisergebnis umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt. Derartige Rechtsfehler sind vorliegend nicht gegeben. Mit der Behauptung, der Kläger habe der Vernehmung des Beklagten zu 2 zu keinem Zeitpunkt widersprochen, wenden sich die Beklagten in revisionsrechtlich

unbeachtlicher Weise gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe einer Vernehmung nicht zugestimmt.

Bergmann

Strohn

Caliebe

Reichart

Sunder

**Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.**

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 01.07.2011 - 7 O 1947/10 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 28.03.2012 - 13 U 1183/11 -