



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 140/04

Verkündet am:  
21. November 2005  
Boppel  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG § 54 Abs. 2, 3, § 66 Abs. 1;  
GmbHG § 8 Abs. 2, § 19 Abs. 1, 2;  
BGB §§ 362, 366

- a) Beim Hin- und Herzahlen eines Bareinlagebetrages leistet der Inferent unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts. Das gilt auch, wenn die "Herzahlung" als "Darlehen" bezeichnet wird; eine entsprechende "Darlehensabrede" ist unwirksam.
- b) Mit der Zahlung auf die vermeintliche "Darlehensschuld" erfüllt der Inferent die offene Einlageschuld (Klarstellung zu BGHZ 153, 107).

BGH, Urteil vom 21. November 2005 - II ZR 140/04 - OLG Naumburg  
LG Dessau

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Münke, Prof. Dr. Gehrlein und Caliebe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 19. Mai 2004 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der P. AG, zu deren Aktionären u.a. die Beklagte gehört. Im Februar 2000 beschloss die Hauptversammlung der P. AG eine Kapitalerhöhung um 9,5 Mio. € gegen Bar-einlagen, wovon 4,845 Mio. € auf die Beklagte entfielen. Sie zahlte hierauf am 29. Februar 2000 einen Teilbetrag von 2.422.500,00 € auf das Bankkonto der P. AG ein. Am selben Tag wurde dieser Betrag von der P. AG unter Angabe des Verwendungszwecks "Darlehen, bitte mit Verrechnung Darlehen alt" an die Beklagte zurücküberwiesen, welche damals ihrerseits über eine Altdarlehensforderung gegenüber der P. AG in Höhe von 684.107,61 € verfügte. Am 27. März 2000 leistete die Beklagte eine "Restzahlung Kapitalerhöhung" von 2.422.500,00 € an die P. AG, welche am selben Tag 2.403.071,84 € als "Darlehen" an die Beklagte zurücküberwies, nachdem sie zwischenzeitlich am

24. März 2000 weitere 511.291,88 € an die Beklagte überwiesen hatte. Insgesamt standen somit Einzahlungen der Beklagten von 4,845 Mio. € Überweisungen der P. AG an die Beklagte von 5.336.863,72 € gegenüber. In der Folgezeit leistete die Beklagte an die P. AG am 9. und 16. Mai 2000 je eine "Teilrückzahlung Darlehen" von 2.045.167,52 € bzw. von 1.533.875,64 € sowie am 27. Juni 2000 eine "Restrückzahlung Darlehen" von 1.073.712,95 €, mithin einen Gesamtbetrag von 4.652.756,11 €.

2 Mit seiner Klage hat der Kläger von der Beklagten erneute Zahlung eines Teilbetrages von 700.000,00 € aus ihrer ersten Einzahlungshälfte vom 29. Februar 2000 sowie Zahlung eines Teilbetrages von 21.000,00 € aus der zweiten Einzahlungshälfte vom 27. März 2000 begehrt. Er meint, beide Einzahlungen der Beklagten hätten wegen des anschließenden Rückflusses als Darlehen insgesamt nicht zur Tilgung der Einlageschuld der Beklagten geführt. Ebenso wenig hätten die "Darlehensrückzahlungen" der Beklagten Tilgungswirkung für die Einlageschuld. Soweit die erste Einzahlung der Beklagten vom 29. Februar 2000 zur Tilgung einer Altverbindlichkeit der P. AG gegenüber der Beklagten verwendet worden sei, handele es sich zudem um eine verdeckte Sacheinlage. Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang, das Berufungsgericht hat ihr in Höhe von 684.107,61 € (nebst Zinsen) entsprochen und sie im Übrigen abgewiesen. Gegen die Teilabweisung richtet sich die - von dem Senat gemäß §§ 543 Abs. 2 Nr. 1, 544 Abs. 4 ZPO zugelassene - Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision bleibt erfolglos.

- 4 I. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe ihre Einlageschuld gemäß § 54 Abs. 2 AktG nur in Höhe von 648.107,61 € nicht erfüllt. Insoweit liege eine verdeckte Sacheinlage vor, weil mit den von der Beklagten eingezahlten und an sie zurückgezahlten Einlagemitteln eine Altforderung der Beklagten gegenüber der P. AG getilgt worden sei, die die Beklagte nach den bestehenden Kapitalaufbringungsregeln als Sacheinlage hätte einbringen können und müssen. Anders liege es hinsichtlich der als "Neudarlehen" an die Beklagte zurückgeflossenen Beträge. Insoweit erweise sich das Vorgehen der Beklagten bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht als Leistung einer verdeckten Sacheinlage, weil von Anfang an klar gewesen sei, dass die Einlagemittel mit Rückzahlung des Darlehens zur freien Verfügung des Vorstandes gelangen sollten, die Bareinlageforderung somit nur kurzfristig gestundet worden sei. Dies habe zwar gegen § 66 Abs. 1 Satz 1 AktG verstoßen. Das ändere aber nichts daran, dass die Einlageschuld mit den im Mai und Juni 2000 geleisteten (Rück-)Zahlungen der Beklagten in Höhe von 4.160.892,39 € getilgt worden sei, weil damit der P. AG die zunächst gestundeten Stammeinlagemittel endgültig zur freien Verfügung überlassen worden seien.
- 5 II. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung - soweit es angefochten ist - im Ergebnis stand. Denn die Beklagte hat ihre Einlageschuld in dem jetzt noch streitigen Umfang wirksam erfüllt; weitere Ansprüche aus dem ursprünglichen Zahlungsvorgang bestehen nicht.
- 6 1. Zutreffend und von den Parteien in der Revisionsinstanz unbeanstandet geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Einlageschuld der Beklagten durch ihre ursprünglichen Einzahlungen vom 29. Februar und 27. März 2000 noch nicht getilgt wurde, weil und soweit die einzuzahlenden Barmittel umgehend als Darlehen an die Beklagte zurückfließen sollten.

- 7 a) Nach der Rechtsprechung des Senats tilgt ein Hin- und Herzahlen des Einlagebetrages in geringem zeitlichem Abstand die Einlageschuld nicht, weil in solchem Fall nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Leistung zur freien Verfügung der Gesellschaft gestanden hat (§ 54 Abs. 3 Satz 1 AktG; § 8 Abs. 2 GmbHG; vgl. Sen.Urt. v. 17. September 2001 - II ZR 275/99, ZIP 2001, 1997). Das gilt auch dann, wenn die Rückzahlung der Einlage - wie hier - als "Darlehensgewährung" deklariert wird (vgl. Senat, BGHZ 153, 107, 109 f.); andernfalls könnte die prinzipiell unverzichtbare Einlageforderung - ohne deren endgültige Erfüllung - durch eine schwächere Darlehensforderung ersetzt werden, was auch dem Sinn und Zweck des § 66 Abs. 1 Satz 1 AktG (§ 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) widerspräche (vgl. BGHZ 153, 107, 110; Lutter in Kölner Komm.z.AktG 2. Aufl. § 66 Rdn. 5). Wegen des Verstoßes gegen die Kapitalaufbringungsvorschriften ist die Darlehensabrede unwirksam.
- 8 b) Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich hier allerdings nicht um eine "verdeckte Sacheinlage". Diese ist dadurch charakterisiert, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung anstelle einer geschuldeten Bareinlage in Wahrheit ein anderer, sacheinlagefähiger Gegenstand eingebracht wird, wie das z.B. bei einer Verrechnung der Einlageschuld mit einer - als Sacheinlage einzubringenden - Forderung des Inferenten gegenüber der Gesellschaft der Fall ist (vgl. BGHZ 110, 47, 65 f.; 113, 335; 152, 37, 42 f.). Demgegenüber bestehen bei der vorliegenden "Darlehenskonstruktion" keine Forderungen, die als Sacheinlage dienen könnten. Ein Anspruch des Inferenten auf die Darlehensgewährung besteht schon wegen Unwirksamkeit der Darlehensabrede nicht und wäre auch nicht sacheinlagefähig; erst recht könnte ein (vermeintlicher) Anspruch der Gesellschaft gegen den Inferenten auf "Darlehensrückzahlung" nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein (vgl. Bayer, GmbHR 2004, 445, 451, 453; missverständlich BGHZ 153, 107, 111). Das ändert aber nichts daran, dass die Einlage-

schuld durch das Hin- und Herzahlen des Einlagebetrages aus den oben (a) genannten Gründen nicht erfüllt worden, sondern weiterhin zu erfüllen ist. Unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung ist die Rechtslage so, dass überhaupt keine Zahlungen hin- und hergegangen sind (vgl. Bayer aaO S. 452).

9           2. Entgegen der Ansicht der Revision ist aber die Einlageschuld der Beklagten - mit Ausnahme des von dem Berufungsgericht mit Recht als verdeckte Sacheinlage qualifizierten Teilbetrages - durch die irrig als "Darlehensrückzahlungen" bezeichneten Leistungen erfüllt worden. Dadurch wurden der P. AG die von ihr als Einlage zu beanspruchenden Barmittel endgültig zugeführt und der Zweck der Kapitalaufbringungsregeln erreicht. Es gilt hier nichts anderes als für einen Gesellschafter, der die von ihm eingezahlte Einlage ohne vereinbarten Rechtsgrund vorübergehend zurückerhält und sie hernach ohne besondere Tilgungsbestimmung wieder einzahlt. Auch er erfüllt damit seine (bis dahin fortbestehende) Einlagepflicht und schuldet danach nicht nochmalige Zahlung (vgl. Sen.Urt. v. 17. September 2001 aaO). Er kann bei unwirksamer Vereinbarung eines Darlehens nicht schlechter stehen (zutreffend OLG Hamburg GmbHR 2005, 164 gegen OLG Schleswig ZIP 2000, 1833; 2004, 1358; GmbHR 2005, 357).

10           Zu Unrecht meint die Revision, die Zahlungen der Beklagten seien entsprechend ihrer Tilgungsbestimmung i.V.m. § 366 Abs. 1 BGB auf die Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag, nicht aber auf die Einlageschuld anzurechnen. Die Parteien der "Darlehensabrede" wollten nicht eine Darlehensschuld neben der Einlageschuld begründen, sondern diese im wirtschaftlichen Ergebnis durch jene ersetzen bzw. ablösen (vgl. oben II 1 a). Da aber der Darlehensvertrag, wie bereits ausgeführt, unwirksam war, bestand ein Anspruch der P. AG auf

"Darlehensrückzahlung" ohnehin nicht. Die Tilgungsbestimmung der Beklagten war damit gegenstandslos und ist dahin auszulegen, dass anstelle der vermeintlichen Darlehensschuld die Einlageschuld erfüllt werden sollte (im Ergebnis ebenso Bayer aaO S. 452; derselbe EWIR 2005, 117 f.; Emde, GmbHR 2005, 361; Simon/Leuering, NJW-Spezial 2005, 219 f.).

11            Ohne Erfolg beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Senats, wonach ein wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften entstandener Erstattungsanspruch gemäß § 31 GmbHG bei anderweitiger Wiederherstellung des Stammkapitals nicht automatisch entfällt (Sen.Urteile v. 29. Mai 2000 - II ZR 118/98 u. II ZR 347/97, ZIP 2000, 1251 ff.). Abgesehen davon, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften im hier zu beurteilenden Stadium der Kapitalaufbringung nicht anzuwenden sind (Sen.Urt. v. 17. September 2001 aaO), betrifft jene Rechtsprechung nicht den dem vorliegenden Sachverhalt entsprechenden Fall, dass der Gesellschafter selbst das unzulässigerweise Entnommene bereits wieder zurückgewährt und damit den Anspruch der Gesellschaft aus § 31 GmbHG erfüllt hat. An dem Erfüllungsausspekt vorbei geht auch der Hinweis der Revision auf das Senatsurteil vom 24. November 2003 (II ZR 171/01, BGHZ 157, 72) zur Unzulässigkeit der Gewährung von Darlehen an einen GmbH-Gesellschafter aus gemäß § 30 GmbHG gebundenem Gesellschaftsvermögen. Auch in diesem Fall wird der - sofort fällige und einer Stundung nicht zugängliche (Senat aaO S. 77) - Erstattungsanspruch gemäß § 31 GmbHG durch Rückzahlung des Darlehens erfüllt. Die Unwirksamkeit der mit der Darlehensgewährung verbundenen Stundung des Erstattungsanspruchs berührt die Erfüllungswirkung nicht. Nichts anderes gilt im vorliegenden Fall, wie auch das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat.

12            3. Auch im rechnerischen Ergebnis hat das Berufungsgericht dem Kläger zu Recht keinen höheren als den auf die verdeckte Sacheinlage entfallenden Betrag von 684.107,61 € zugesprochen. Dieser Betrag entspricht der Differenz zwischen den Auszahlungen der Schuldnerin an die Beklagte (5.336.863,72 €) und den "Darlehensrückzahlungen" der Beklagten (4.652.756,11 €). Per saldo hat die P. AG, wovon das Berufungsgericht ausgeht, durch sämtliche Zahlungsvorgänge seit 29. Februar 2000 insgesamt 4.160.892,39 € mehr erhalten, als sie an die Beklagte gezahlt hat. Die Differenz dieses Betrages gegenüber der Einlageschuld von 4,845 Mio. € beträgt ebenfalls 684.107,61 €.

13            Eine Anrechnung der von der Beklagten verspätet geleisteten Einzahlungen auf Fälligkeitszinsen gemäß §§ 63 Abs. 2 AktG, 367 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, weil den Tilgungsbestimmungen der Beklagten zu entnehmen ist, dass nur auf die Hauptschuld geleistet werden sollte.

Goette

Kraemer

Münke

Gehrlein

Caliebe

Vorinstanzen:

LG Dessau, Entscheidung vom 09.01.2004 - 2 O 1150/03 (243) -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 19.05.2004 - 5 U 14/04 -