

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

GmbHG §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2 Satz 1, 19
Abs. 5, 5 Abs. 4; AktG 1965 § 37 Abs. 1 Satz 4

- a) Bei der GmbH ist eine Kapitalerhöhung im Wege des "Ausschüttungs-Rückhol-Verfahrens" nur unter Beachtung der Sacheinlagevorschriften möglich.
- b) An einer Leistung der geschuldeten Bareinlage zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer fehlt es nicht nur bei Scheinzahlungen, sondern u.a. auch dann, wenn der Einleger der GmbH das einzulegende (Bar- oder Buch-)Geld absprachegemäß nur vorübergehend mit der Maßgabe zur Verfügung stellt, es ihm umgehend zur Befriedigung seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung zurückzuzahlen. Eine gleichwohl abgegebene Versicherung dieses Inhalts (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) ist unrichtig. Das gleiche gilt von einer entsprechenden Bestätigung der mit der Abwicklung beider Vorgänge betrauten Bank.
- c) Die Bank, die in Kenntnis der Tatsache, daß die angebliche Bareinlage bereits an den Einleger zurücküberwiesen ist oder absprachegemäß demnächst zurücküberwiesen werden wird, den Geschäftsführern der GmbH zur Vorlage beim Handelsregister eine Bestätigung ausstellt, wonach die Bareinlage geleistet sei und zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer stehe, haftet der Gesellschaft für die ausstehende Bareinlage in entsprechender Anwendung des § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG.

BGH, Urt. v. 18. Februar 1991 - II ZR 104/90 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 104/90

URTEIL

Verkündet am:
18. Februar 1991
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Februar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Dr. Henze und Stodolkowitz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 26. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 29. Januar 1990 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der F. GmbH (Gemeinschuldnerin), die Beklagte deren Hausbank.

Am 17. Juni 1985 hielten die damaligen Gesellschafter der Gemeinschuldnerin Dr. J., Fr. G., P. S. und K. U. eine Gesellschafterversammlung ab, auf der sie u.a. beschlossen, die an die Gesellschafter ausgeschüttete Bardividende im sog. Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren zur Hingabe eines verzinslichen Darlehens an die Gesellschaft zu verwenden. Zugleich beauftragten sie die Geschäftsführer Dr. J. und Fr. G., auf den 1. Juli 1985 eine weitere Gesellschafterversammlung zum Zwecke der Beurkundung einer Stammkapitalerhöhung aus Gesellschaftermitteln von bisher 400.000,-- DM auf 4.000.000,-- DM einzuberufen. Die dabei von den Gesellschaftern zu leistenden Einlagen sollten in der Weise aufgebracht werden, daß "die den Gesellschaftern aus Darlehens- und Gewinnansprüchen zuzurechnenden Beträge durch Überweisung ausbezahlt und anschließend zur Verwendung als Einzahlung auf Stammkapital auf das Konto der Gesellschaft überwiesen" werden sollten. Der Gesellschafter U. erhielt zur Aufbringung seines Anteils von der Gemeinschuldnerin ein Darlehen in Höhe von 544.000,-- DM. Weitere 140.000,-- DM sollte er in bar durch Überweisung auf das Gesellschaftskonto erbringen. Zusätzlich wurde vereinbart, den Sohn der Gesellschafterin P. S., St. S., unter Verringerung des neuen Anteils seiner Mutter (von 940.000,-- DM) auf 840.000,-- DM zur Übernahme eines eigenen Anteils von 240.000,-- DM zuzu-

lassen. Zugleich wurde Frau S. zur teilweisen Aufbringung des von ihr zu übernehmenden Anteils von der Gemeinschuldnerin ein Darlehen über 140.000,-- DM gewährt. Bei der am 1. Juli 1985 wie vereinbart beschlossenen Stammkapitalerhöhung wurden die Gesellschafter Dr. J. und Fr. G. mit je 918.000,-- DM, P. S. mit 840.000,-- DM, St. S. mit 240.000,-- DM und K. U. mit 684.000,-- DM zur Übernahme der neuen Stammeinlagen, die gemäß Ziffer 3 der notariell beurkundeten Niederschrift vor der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister in voller Höhe in bar zu erbringen waren, zugelassen.

Zum Zwecke der Durchführung der beschlossenen Kapitalerhöhung beauftragten die Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin die Beklagte, zu Lasten des Gesellschaftskontos folgende Überweisungen auf die Privatkonten der Gesellschafter auszuführen: zugunsten von Fr. G. und Dr. J. je 918.000,-- DM (Verwendungszweck jeweils "Rückzahlung Darlehen"); zugunsten von P. S. 140.000,-- DM (Verwendungszweck "Darlehen neu") und 940.000,-- DM (Verwendungszweck "Rückzahlung Darlehen"); zugunsten von K. U. 544.000,-- DM (Verwendungszweck "Darlehen neu"). Zum Zeitpunkt der Einreichung der auch von diesem Tage datierenden Überweisungsträger am 28. Juni 1985 wies das Konto der späteren Gemeinschuldnerin bei der Beklagten einen Sollstand von 4,08 Mio. DM bei einer Kreditlinie von 4,5 Mio. DM aus. Die Überweisungen sind von der Beklagten an diesem Tage nicht ausgeführt worden. Zur Ausführung kamen dagegen vom 1. Juli 1985 datierende Überweisungsaufträge der Gesellschafter P. und St. S. über 840.000,-- DM und 240.000,-- DM sowie Fr. G. und

Dr. J. über je 918.000,-- DM zugunsten des Kontos der Gemeinschuldnerin. Die Überweisungsaufträge enthalten sämtlich den Verwendungszweck "Einzahlung auf Stammkapital". Die Beklagte führte diese Aufträge der Gemeinschuldnerin und der Gesellschafter unter Einschluß eines schon vom 28. Juni datierenden Überweisungsbeleges des Gesellschafters K. U. über 684.000,-- DM am 2. Juli 1985 absprachegemäß dergestalt aus, daß sie zunächst der Gemeinschuldnerin die Einzahlungen der Gesellschafter auf das Stammkapital gutschrieb und sodann im Wege der sog. Schnellüberweisung die in den Überweisungsaufträgen der Gemeinschuldnerin vom 28. Juni 1985 genannten Beträge wieder abbuchte und den Privatkonten der Gesellschafter gutbrachte. Diese Gesellschafterkonten sind identisch mit denjenigen, von denen die Gesellschafter vorher ihre Stammeinlagen überwiesen hatten. Vor Ausführung der Überweisungen wies das Konto der späteren Gemeinschuldnerin einen Sollstand von 4.082.583,43 DM, danach von 3.942.583,43 DM aus. Der Wertzuwachs von 140.000,-- DM beruht auf der Zahlung des Gesellschafters U. in dieser Höhe.

Mit Datum ebenfalls vom 2. Juli 1985 stellte die Beklagte der Geschäftsleitung der Gemeinschuldnerin ein Schreiben aus, in dem sie ihr "zur Vorlage beim Registergericht" unter Einzelnennung der Gesellschafter und der von ihnen eingezahlten Beträge bestätigte, daß die Gesellschafter ihre Einlagen auf das Stammkapital geleistet hätten und die genannten Beträge "zu Ihrer freien Verfügung" stünden. Das Bestätigungsschreiben ist von zwei leitenden Angestellten der Beklagten mit Zeichnungsbefugnis unterschrieben. Am 3. Juli 1985 meldeten die Geschäftsführer der Gesellschaft

die Kapitalerhöhung zum Handelsregister an. Dabei versicherten sie, daß die - erneut einzeln aufgeführten - Stammeinlagen erbracht seien und zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung stünden. Das Bestätigungsschreiben der Beklagten wurde über den von der Gemeinschuldnerin eingeschalteten Notar zum Nachweis für die erfolgte Durchführung der Kapitalerhöhung dem Registergericht vorgelegt, die daraufhin am 29. Juli 1985 in das Handelsregister eingetragen wurde. Am 24. Februar 1987 wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt.

Der Kläger begehrt von der Beklagten im Wege der Teilklage die Zahlung eines Betrages von 780.000,-- DM nebst Zinsen. Er ist der Ansicht, die Beklagte habe der Gemeinschuldnerin für den unter Berücksichtigung späterer Zahlungen einzelner Gesellschafter noch verbleibenden Fehlbetrag von insgesamt 2.776.000,-- DM aus dem Gesichtspunkt unrichtiger Bestätigung der Bareinzahlung gegenüber dem Registergericht einzustehen. Bei dem gewählten Vorgehen, das auf einen reinen "Zahlendreher" ohne wirtschaftliche Auswirkungen hinauslaufe, seien der Gesellschaft keinerlei zusätzliche Mittel zugeflossen. Entsprechend habe bei den Gesellschaftern kein Abfluß solcher Mittel stattgefunden. Das rein formale Hin- und Herzahlen sei als unstatthafte Umgehung des gesetzlichen Aufrechnungsverbotes zu werten. Die Beklagte, die Abweisung der Klage beantragt hat, ist der Ansicht, ihr Bestätigungsschreiben sei nicht unrichtig gewesen. Da zwei getrennte Überweisungsvorgänge stattgefunden hätten, liege keine Aufrechnung vor. Davon abgesehen habe im vorliegenden Fall kein Aufrechnungsverbot gegolten, weil die Ausschüt-

tungsansprüche der Gesellschafter vollwertig gewesen seien. Außerdem gebe es keine Anspruchsgrundlage, aus der sich eine Haftung für die von ihr ausgestellte Bestätigung herleiten lasse. Hilfsweise hat die Beklagte die Aufrechnung mit ihren zur Konkurstabelle angemeldeten Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin erklärt.

Die Klage hatte vor dem Berufungsgericht Erfolg. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des klagabweisenden landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat die am 2. Juli 1985 zu Lasten der Privatkonten der Gesellschafter Dr. J., Fr. G. und P. S. erfolgte Gutschrift auf dem Konto der Gemeinschuldnerin rechtlich zutreffend nicht als wirksame Erfüllung der von diesen Gesellschaftern sowie St. S. übernommenen Bareinlagepflichten, sondern als unwirksame Umgehung der gesetzlichen Sacheinlagevorschriften (§ 5 Abs. 4, § 56 Abs. 2 GmbHG) bewertet, weil die der Gemeinschuldnerin gutgeschriebenen Beträge bei wirtschaftlicher Sichtweise noch am selben Tage durch Überweisung entsprechender Summen auf die Privatkonten der einzahlenden Gesellschafter als Rückzahlung der von ihnen der Gesellschaft gewährten Darlehen zurückgefloßen sind.

Zwar verbietet § 19 Abs. 5 GmbHG nach seinem Wortlaut nur die Auf- oder Verrechnung der Bareinlagenschuld des Gesellschafters mit einer Gegenforderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft aus der Überlassung von Gegenständen. Dies stünde einer Wirksamkeit der von den Gesellschaftern vorgenommenen Überweisungen nicht entgegen, weil ihre im Gegenzuge getilgten Forderungen nicht auf Sachüberlassung, sondern auf Darlehen beruhten, bei dem Gegenleistung für die Überlassung der Valuta nicht deren Rückzahlung, sondern die vereinbarten Zinsen sind, und überdies die Tilgung der beiderseitigen Forderungen nicht durch Auf- oder Verrechnung, sondern durch Hin- und Herzahlen entsprechender Geldbeträge geschehen ist.

Es ist jedoch nahezu allgemein anerkannt, daß § 19 Abs. 5 GmbHG über seinen Wortlaut hinaus als - wenn auch in Tatbestand und Rechtsfolge unvollkommener - Ausdruck des das Kapitalaufbringungsrecht der Körperschaften mit beschränktem Haftungsfonds beherrschenden Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung und des aus ihm folgenden Verbots verdeckter Sacheinlagen zu verstehen ist (vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 5 Rdnr. 144 und 7. Aufl. § 19 Rdnr. 47; Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG 7. Aufl. § 19 Rdnr. 97 und 108 ff.; Meyer-Landrut/Miller, GmbHG § 19 Rdnr. 38, 39, alle m.w.N.). Danach sind von den Gründern der Gesellschaft oder den Zeichnern einer Kapitalerhöhung übernommene Einlageverpflichtungen unverkürzt und in der Form zu erfüllen, wie sie der Gesellschaft zugesagt und in der Satzung oder im Kapitalerhöhungsbeschluß verlautbart sind. Dies geschieht regelmäßig durch Einzahlung eines dem Nennwert der

versprochenen Einlage entsprechenden Geldbetrages (Bareinlage). Sollen Einlagen gemacht werden, die nicht in Geld, sondern anderen Vermögenswerten bestehen (Sacheinlagen), so bedarf dies der förmlichen Festsetzung im Gesellschaftsvertrag oder im Kapitalerhöhungsbeschluß (§§ 5 Abs. 4, 56 Abs. 2 GmbHG). Diese Grundsätze liefen leer, wenn es den Gesellschaftern gestattet wäre, ihrer Bareinlagepflicht nachträglich auch durch Leistung eines anderen Vermögenswertes anstelle des versprochenen (Bar- oder Buch-) Geldes zu genügen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Ersetzung der geschuldeten Bareinlage durch einen anderen Gegenstand unmittelbar dadurch geschieht, daß dieser an Erfüllung Statt hingegeben wird, oder ob derselbe Erfolg mittelbar mit Hilfe einer Aufrechnung oder einer anderen ihr wirtschaftlich gleichkommenden Technik herbeigeführt wird. Es entspricht deshalb nahezu allgemeiner Ansicht, daß der Zweck des in § 19 Abs. 5 GmbHG enthaltenen Rechtsgedankens die sinngemäße Anwendung dieser Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus grundsätzlich auch auf solche Forderungen gebietet, die nicht im engeren Sinne Vergütungsansprüche für die Überlassung von Vermögensgegenständen sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die betreffende Forderung zeitlich vor der Einlagepflicht entstanden ist (Scholz/Uwe H. Schneider aaO. § 19 Rdnr. 97 ff., 108 ff. sowie Scholz/Priester aaO. § 56 Rdnr. 41; Hachenburg/Ulmer aaO. § 19 Rdnr. 56 ff.; Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG 12. Aufl. § 19 Rdnr. 26 ff.; Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 19 Rdnr. 27, 28; Meyer-Landrut/Miller aaO. § 19 Rdnr. 32, 39). Solche Forderungen können nur als Sach-, nicht als Bareinlage eingebracht werden. Dieser Regel unterliegen, wie der Senat in seiner grundlegenden Entscheidung vom

15. Januar 1990 (- II ZR 164/88, WM 1990, 222 = ZIP 1990, 156; zum Abdruck in BGHZ 110, 47 vorgesehen) für die Aktiengesellschaft mit eingehender Begründung dargelegt hat, auch Darlehensforderungen, weil der durch Verlautbarung einer Barkapitalerhöhung entstehende Eindruck der Zuführung neuen liquiden Kapitals vermieden und offengelegt werden soll, daß lediglich ein Umschichtungsprozeß in Gestalt der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital stattfindet. Außerdem soll die Vollwertigkeit der eingebrachten Forderung einer präventiven Kontrolle zugänglich gemacht werden. Für die GmbH gilt, auch wenn die Kontrolle der Kapitalaufbringung hier nicht die gleiche Intensität wie im Aktienrecht hat (vgl. dazu §§ 5 Abs. 4 S. 2, 57 Abs. 3 Nr. 3 GmbHG), im Ergebnis nichts anderes. Auch bei ihr hat das Registergericht u.a. zu prüfen, ob Sacheinlagen angemessen bewertet sind (§§ 57 a, 9 c GmbHG). Überdies hat die Bekanntmachung der Eintragung der Kapitalerhöhung die bei einer Sacheinlage erforderlichen Festsetzungen zu enthalten oder auf sie Bezug zu nehmen, § 57 b GmbHG. Die Einhaltung dieser Prüfungs- und Publizitätserfordernisse ist überall dort unverzichtbar, wo die Einlage im wirtschaftlichen Ergebnis durch eine andere Leistung als durch eine Barzahlung aufgebracht werden soll.

Der Weg der Sachkapitalerhöhung muß aus den genannten Gründen auch dann gewählt werden, wenn für die Kapitalerhöhung nicht eine Darlehensforderung, sondern ein vorübergehend stehengelassener Gewinnausschüttungsanspruch des Gesellschafters im Wege des sog. Ausschüttungs-Rückholverfahrens verwendet werden soll (h.M.; vgl. Hachenburg/Ulmer aaO. § 56 Rdnr. 45; Scholz/Priester aaO. § 55 Rdnr. 12 sowie § 56 Rdnr. 39 u. 47; Fischer/Lutter/Hommelhoff aaO.

§ 56 Rdnr. 5 u. 9; Hueck u. Zöllner in Baumbach/Hueck aaO. § 29 Rdnr. 67 u. § 55 Rdnr. 32; ebenso mit ausführlicher Begründung OLG Köln ZIP 1990, 717; a.A. Roth, GmbHG 2. Aufl. § 19 Anm. 6.4; eher kritisch auch Crezelius EWiR § 19 GmbHG 3/90, 693 f.). Die Tatsache, daß dieser Anspruch auf einem Gewinnverwendungsbeschluß der Gesellschafterversammlung (§ 29 GmbHG) und einem von ihr vorher festgestellten Jahresabschluß (§ 42, 42 a GmbHG) beruht, vermag - auch wenn dabei ebenfalls vielfach ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer hinzugezogen werden wird - weder die präventive Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht als dazu berufene unabhängige Institution noch die mit der Anwendung der Sacheinlagebestimmungen verbundene Offenlegung des Mittelaufbringungsvorgangs vollständig zu ersetzen.

Im vorliegenden Fall sind die für die Kapitalerhöhung verwendeten Gesellschafterforderungen bereits mit dem Gewinnverwendungsbeschluß vom 17. Juni 1985 und dem gleichzeitig gefaßten Beschluß, die auszuschüttenden Beträge nicht zu entnehmen, sondern der Gesellschaft vorübergehend als Darlehen zur Verfügung zu stellen, entstanden. Sie bestanden damit bereits im Zeitpunkt der Begründung der Einlagepflicht. Infolgedessen hätten die Gesellschafter ihre gegen die Gemeinschuldnerin gerichteten Gewinnausschüttungsansprüche mit oder ohne vorherige Umwandlung in Darlehensforderungen nur unter Einhaltung der förmlichen Regeln über Sacheinlagen in haftendes Kapital umwandeln können. Da dies nicht geschehen ist, wäre eine Aufrechnung mit diesen Forderungen gegen die in der Folge begründete Bareinlagepflicht aus der Kapitalerhöhung nach § 19 Abs. 5 GmbHG auch dann un-

zulässig gewesen, wenn die Gegenforderungen vollwertig waren und die Aufrechnung von der Gesellschaft erklärt worden wäre.

Dieser rechtliche Befund schließt auch das von den Beteiligten gewählte Verfahren aus, unter Vermeidung einer förmlichen Auf- oder Verrechnung den als Bareinlage geschuldeten Betrag zunächst einzuzahlen und umgehend zur Tilgung der Forderungen der Einleger an diese zurückzuzahlen. Denn im wirtschaftlichen Ergebnis erhält die Gesellschaft auch durch ein solches Hin- und Herzahlen von ihrem Einleger nicht anders als bei der Aufrechnung anstelle des im Kapitalerhöhungsbeschluß verlautbarten neuen liquiden Barkapitals lediglich ein Surrogat in Form der Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber ihrem Gesellschafter (BGHZ 28, 314, 319 f.; h.M., vgl. dazu im einzelnen Hachenburg/Ulmer aaO. § 19 Rdnr. 59; Scholz/Uwe H. Schneider aaO. § 19 Rdnr. 108 ff., 112; Scholz/Priester aaO. § 56 Rdnr. 43 ff.; Hueck in Baumbach/Hueck aaO. § 19 Rdnr. 30; Fischer/Lutter/Hommelhoff aaO. § 19 Rdnr. 12 und 28 jeweils m.w.N.; s. ferner Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1451 f. ebenfalls m.w.N. in FN 54). Dabei macht es für die rechtliche Bewertung in einem Fall wie dem vorliegenden keinen Unterschied, ob man die Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens auf eine Umgehung des Aufrechnungsverbotes und damit, da bereits dieses Verbot seinerseits eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften verhindern soll, eine Umgehung eines Umgehungsverbotes (so etwa BGHZ 28, 314, 319) oder unmittelbar auf das auch in § 19 Abs. 5 GmbHG (wenn auch in unvollkommener Form) zum Ausdruck kommende Verbot verdeckter Sacheinlagen gründet. Des weiteren dahinstehen kann auch hier wie bereits in der

Senatsentscheidung vom 15. Januar 1990 (aaO.) für das Aktienrecht, ob das Hin- und Herzahlen schon dann als Verstoß gegen das Verbot der verdeckten Sacheinlage (und bei der GmbH zusätzlich gegen § 19 Abs. 5 GmbHG) anzusehen ist, wenn zwischen beiden Zahlungsvorgängen objektiv ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht oder ob dazu eine den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfassende Abrede zwischen den Beteiligten, gegebenenfalls in welcher Form und Intensität, erforderlich ist (vgl. dazu im einzelnen die Nachw. zum Meinungsstand in der Senatsentscheidung vom 15. Januar 1990 aaO. sowie neuerdings Ulmer ZHR 154 [1990], 128, 139 f.). Denn im vorliegenden Fall besteht nicht nur ein äußerst enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bareinzahlung und Forderungstilgung, der sowohl durch die Möglichkeit, die zur Zeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses bereits bestehenden Darlehensforderungen als Sacheinlage einzubringen, als auch durch die Identität der in Frage stehenden Beträge und durch den Vollzug beider Buchungsvorgänge am selben Tage auf dem Wege der sog. Schnellüberweisung dokumentiert wird. Darüber hinaus ist das wirtschaftliche Ergebnis, die Verwendung der vorübergehend in Gesellschafterdarlehen umgewandelten Ausschüttungsforderungen der Gesellschafter gegen die Gemeinschuldnerin zur Finanzierung der als Barkapitalerhöhung deklarierten Kapitalerhöhung, wie die am 17. Juni 1985 durch einstimmigen Gesellschafterbeschuß getroffene ausdrückliche Finanzierungsabrede zeigt, von den Beteiligten auch einverständlich gewollt gewesen. Ohne Bedeutung ist es in diesem Zusammenhang, daß die Gesellschafter dabei von der Vorstellung ausgegangen sind, erst die Gesellschafterforderungen durch Überweisung auszahlen zu lassen und sodann entsprechende Be-

träge als Einzahlung auf das erhöhte Stammkapital zurückzuüberweisen, während später die umgekehrte Reihenfolge gewählt worden ist. Das Berufungsgericht durfte es deshalb entgegen der Ansicht der Revision auch dahingestellt lassen, ob die tatsächlich praktizierte Reihenfolge rein zufällig war oder auf einer Weigerung der Beklagten beruhte, eine weitere, wenn auch nur vorübergehende Überziehung des im Debet geführten Gesellschaftskontos zuzulassen. Entscheidend für die rechtliche Betrachtung ist allein der Leistungserfolg, der in beiden Fällen darin besteht, daß die Gesellschaft als wirtschaftliches Ergebnis der als innerlich zusammengehörig zu bewertenden und auch so gewollten Vorgänge des Hin- und Herzahlens am Ende keine Zuführung neuer Liquidität, sondern lediglich die Befreiung von einer Gesellschafterforderung erhielt. Eine verdeckte Sacheinlage liegt sowohl dann vor, wenn erst die Einlage eingezahlt und sodann zur Tilgung der Gesellschafterforderung zurückgezahlt wird als auch dann, wenn in umgekehrter Reihenfolge erst die Gesellschafterforderung getilgt und der erhaltene Betrag sodann ganz oder teilweise als Einlage zurückgezahlt wird. Wenn im vorliegenden Fall die von den Gesellschaftern zunächst ins Auge gefaßte Reihenfolge schließlich vertauscht worden ist, so ist dies rechtlich allenfalls eine unerhebliche Abweichung von dem ursprünglich vorgestellten Kausalverlauf, die an der rechtlichen Bewertung des Gesamtvorgangs nichts zu ändern vermag. Damit erfüllt das Vorgehen der Gesellschafter und der Gesellschaft unter Einschluß ihrer über diese Vorgänge informierten Geschäftsführer unter allen rechtlich in Betracht kommenden Gesichtspunkten die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage mit der Folge, daß die von den Gesellschaftern auf die übernommenen Einlagen

geleisteten Zahlungen, da von vornherein zur sofortigen Rückzahlung an die Gesellschaft bestimmt, keine Tilgungswirkung in bezug auf die übernommenen Bareinlagepflichten entfalten konnten.

Das gilt auch für den Gesellschafter St. S. Zwar hat dieser von der Gesellschaft keine Darlehensrückzahlung erhalten. Als neu eintretendem Gesellschafter stand ihm gegen die Gesellschaft kein als Darlehen stehengelassener Gewinnausschüttungsanspruch zu. Seine Einlage war aber von vornherein nicht von ihm, sondern allein von seiner Mutter, der Gesellschafterin P. S., aufgebracht worden, an die sie auch entsprechend den vorher getroffenen Absprachen in vollem Umfang als Ausschüttung bzw. Darlehensrückzahlung zurückgeflossen ist. Bei dieser Sachlage geht es nicht an, diesen Gesellschafter so zu behandeln, als hätte er - was die Wirksamkeit seiner Leistung in der Tat nicht in Frage gestellt hätte - eine Bareinlage geleistet, die lediglich in der Folge von der Geschäftsführung zur Tilgung einer Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber einem Dritten verwendet worden wäre. Der bezeichnete, zuvor verabredete innere Zusammenhang zwischen der von seiner Mutter für ihn geleisteten Einzahlung und der sofortigen Rückzahlung desselben Betrages an sie zur Erfüllung ihrer Darlehensforderung rechtfertigt es vielmehr, auch in diesem Teilakt des Hin- und Herzählens trotz Zwischenschaltung eines Familienangehörigen eines Gesellschafters einen einheitlichen, als verdeckte Sacheinlage zu wertenden Vorgang zu sehen. In der Sache hat auch der Gesellschafter St. S. damit keine eigene Bareinlage geleistet, sondern eine Sacheinlage in Gestalt der Einbringung der gegen die Gesellschaft gerichteten

Forderung seiner Mutter auf Gewinnausschüttung bzw. Darlehensrückzahlung.

Hat die Gemeinschuldnerin mithin bisher in Höhe der eingeklagten Beträge anstelle der im Kapitalerhöhungsbeschluß sowie im Handelsregister verlautbarten Bareinlagen lediglich Sacheinlagen in Gestalt des Erlasses vorübergehend in Darlehen umgewandelter Gewinnausschüttungsansprüche ihrer Gesellschafter erhalten, so ist ihr Anspruch auf Leistung der Bareinlagen nach wie vor offen.

II. Für die Erfüllung der weiterhin offenstehenden Bareinlageforderungen der Gemeinschuldnerin haftet ihr die Beklagte neben den Gesellschaftern und den Geschäftsführern (§§ 57 Abs. 4, 9 a GmbHG) aus der von ihr abgegebenen Bestätigung über die Einzahlung der Bareinlagen. Dies folgt jedenfalls aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 188 Abs. 2 Satz 1, 37 Abs. 1 S. 4 AktG.

1. Entgegen den Angriffen der Revision ist dem Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis darin zuzustimmen, daß die bei Anmeldung der Kapitalerhöhung beim Registergericht eingereichte Bestätigung der Beklagten, wonach die neuen Stammeinlagen voll eingezahlt seien und zur freien Verfügung der Geschäftsführung der Gemeinschuldnerin stünden, unter den gegebenen Umständen ebenso falsch im Sinne der §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2, 9 a GmbHG war wie die gegenüber demselben Gericht abgegebene inhaltsgleiche Versicherung der Geschäftsführer.

Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob dies, wie das Berufungsgericht annimmt, schon daraus folgt, daß die formal zur Erfüllung der Bareinlagepflicht bestimmten Überweisungen der Gesellschafter absprachegemäß dem debitorischen Konto der Gemeinschuldnerin bei der beklagten Bank gutgeschrieben und dort sofort verrechnet worden sind. Die bei der Handelsregisteranmeldung abgegebene Versicherung der Geschäftsführer und die zum Nachweis ihrer Richtigkeit ausgestellte und eingereichte Bestätigung der Beklagten wären auch dann falsch, wenn man zugunsten der Beklagten annehmen wollte, daß diese Form der Einzahlung im gegebenen Fall unter Kapitalaufbringungsgesichtspunkten unschädlich war, weil die Beklagte, wie die Revision unter Berufung auf das Vorbringen der Beklagten in den Vorinstanzen entgegen den Feststellungen des Berufungsgerichts rügt, ohne weiteres bereit gewesen wäre, der Gemeinschuldnerin die Verfügung über Mittel in entsprechender Höhe zu gestatten (vgl. dazu SenUrt. v. 3. Dezember 1990 - II ZR 215/89, zur Veröffentlichung vorgesehen, sowie vom 24. September 1990 - II ZR 203/89, WM 1990, 1820).

Denn jedenfalls fehlt es an einer Leistung der versprochenen Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer, wenn die Einlage wie im vorliegenden Fall aufgrund dahingehender Absprachen alsbald unmittelbar oder mittelbar wieder an den Einleger zurückfließen soll. Das gilt nicht nur bei reinen Scheinzahlungen, bei denen die im voraus abgesprochene Rückzahlung keinen außerhalb dieser Abrede liegenden Rechtsgrund hat, sondern auch dann, wenn die angebliche Bareinlage der Gesellschaft nur vorübergehend (in Form

von Zahlungsmitteln oder Buchgeld) mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt wird, daß sie umgehend zur Bezahlung einer Forderung des Gesellschafters an diesen zurückfließt (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO. § 7 Rdnr. 54 mit umfangreichen w.N. auch zu abweichenden Ansichten; Scholz/Winter aaO. § 7 Rdnr. 30 und 35; Hueck in Baumbach/Hueck aaO. § 7 Rdnr. 5 i.V.m. § 5 Rdnr. 18; Meyer-Landrut aaO. § 8 Rdnr. 21 i.V.m. § 7 Rdnr. 22; Lutter FS für Stiefel 1987 S. 505, 510; a.A. Scholz/Priester aaO. § 56 Rdnr. 45 i.V.m. § 56 a Rdnr. 10). In diesem Fall mangelt es, da der in Wahrheit angestrebte und herbeigeführte Leistungserfolg nicht die im Kapitalerhöhungsbeschluß verlautbarte Zahlung der Bareinlage, d.h. die Zuführung neuer liquider Mittel in das Gesellschaftsvermögen, sondern eine Sacheinlage in Form einer Forderungseinbringung ist und die geleistete Zahlung deshalb auch nicht als ordnungsgemäße Erfüllung der Barleistungspflicht gelten kann, sowohl an einer Leistung der zugesagten Bareinlage als auch an dem weiteren Merkmal der freien Verfügung der Geschäftsführung über die absprachegemäß umgehend zurückzuzahlenden Mittel.

Diese Auffassung ist zwar in neuerer Zeit mit dem Argument in Frage gestellt worden, das Merkmal der freien Verfügung solle nur die Ernsthaftigkeit der Mittelaufbringung, nicht aber auch die Art der Mittelverwendung sichern (so vor allem K. Schmidt AG 1986, 106 ff. und Hommelhoff/Kleindiek ZIP 1987, 477 ff.). Dieser Ansicht ist zwar im Grundsatz insoweit zuzustimmen, als es ihr darum geht herauszuarbeiten, daß das Merkmal der freien Verfügung allein auf die Erfüllungswirkung der fraglichen Leistung zielt, nicht aber darüber hinaus auf eine zusätzliche zeitliche Komponente des

Inhalts, die Einzahlung müsse auch bei der Anmeldung noch als solche, d.h. unverändert in ihrer ursprünglichen Gestalt, im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein. Dagegen ist daran festzuhalten, daß es jedenfalls dann an einer Leistung einer Bareinlage zur freien Verfügung fehlt, wenn das einzulegende (Bar- oder Buch-) Geld der Gesellschaft von dem Einleger nur vorübergehend mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt wird, es ihm umgehend zur Befriedigung seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung zurückzuzahlen (vgl. auch BGHZ 96, 231, 242: dort allerdings sogar allgemeiner ohne Beschränkung auf den Fall, daß die Mittel gerade an den Einleger zurückzugehen haben). Ungeachtet aller im einzelnen bestehenden Meinungsunterschiede über Zweck und Tragweite der in §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG formulierten Erfordernisse besteht allgemeine Einigkeit darüber, daß sie jedenfalls die effektive und endgültige Zufuhr der Bareinlage, also eine abgeschlossene Mittelaufbringung, sicherstellen sollen (vgl. K. Schmidt aaO. insbesondere S. 109 und 115 f.; ähnlich Hommelhoff/Kleindiek aaO. S. 488). Dafür ist, auch wenn man gewisse vorab getroffene Verwendungsabsprachen für unschädlich erachtet, mindestens erforderlich, daß der Einleger seine Verfügungsmacht über die von ihm zu leistenden Barmittel endgültig und ohne Vorbehalt zugunsten der Gesellschaft aufgibt (so besonders deutlich Hachenburg/Ulmer aaO. § 7 Rdnr. 47 m.w.N.). Davon kann - und dies betrifft bereits die Ebene der Mittelaufbringung und nicht erst diejenige der Mittelverwendung - nicht die Rede sein, wenn der Inferent zwar das von ihm einzulegende Geld für kurze Zeit in die Hände des Geschäftsführers der Gesellschaft legt oder auf deren Konto überweist, diese aber schon vorher - mag diese Verpflichtung rechtlich wirksam sein oder nicht - dergestalt

gebunden hat, daß sie ihm das Geld umgehend zur Befriedigung seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung zurückzuzahlen hat. In einem solchen Fall hat die Gesellschaft weder den ihr zugesagten und im Kapitalerhöhungsbeschluß verlautbarten Liquiditätszufluß, d.h. die an sie zu erbringende Bareinlage, erhalten noch kann die Rede davon sein, daß diese Bareinlage zu irgendeinem Zeitpunkt zur freien Verfügung des Geschäftsführers gestanden habe. Der vorübergehende Zufluß entsprechender Mittel in das Gesellschaftsvermögen kann in einem solchen Falle nicht losgelöst gesehen werden von dem nachfolgenden Mittelrückfluß an den Einleger. Beide stellen vielmehr aufgrund ihrer inneren Verkoppelung - auch und gerade nach dem Willen und in der Vorstellung der Beteiligten - einen wirtschaftlich zusammengehörenden einheitlichen Vorgang dar, der auch rechtlich nur einheitlicher Bewertung zugänglich ist, und zwar unter dem Gesichtspunkt des im wirtschaftlichen Ergebnis allein angestrebten Leistungserfolges. Die in § 8 Abs. 2 GmbHG verlangte Versicherung, daß die in § 7 Abs. 2 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlage bewirkt sind, bezieht sich sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrem Sinn und Zweck nicht auf irgendeine Leistung von Bar- oder Buchgeld, sondern gerade auf die Leistung der versprochenen Bareinlage. Zu versichern ist also nicht eine beliebige Zahlung, sondern allein die Erfüllung der Bareinlagepflicht. Wird der Gesellschaft mithin nach dem von den Gesellschaftern bezweckten Erfolg ihres Handelns nur der Form halber Bargeld, in Wahrheit aber eine Sacheinlage zugeführt, so ist die Versicherung, die Bareinlage sei bewirkt, ebenso falsch wie zwangsläufig auch die (weitere) Versicherung, sie stehe zur freien Verfügung der Geschäftsführung. Nach dem oben Ausgeführten steht aber

außer Zweifel, daß der angestrebte und bewirkte Leistungserfolg gerade nicht in der endgültigen Aufbringung von Barmitteln durch den Einleger zugunsten der Gesellschaft und damit in der Leistung einer Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer, sondern in der Leistung einer Sacheinlage in Gestalt der Einbringung einer Gesellschafterforderung besteht, wenn die Zahlung des Gesellschafters mit der Zweckbestimmung erfolgt, daß sie umgehend zur Tilgung seiner Gegenforderung an ihn zurückzuzahlen ist. Dabei kann es für die rechtliche Betrachtung auch in diesem Zusammenhang keinen Unterschied machen, ob erst die Einlage geleistet und diese dann zur Tilgung einer Gesellschafterforderung zurückgezahlt wird oder ob die Gesellschaft zunächst die Forderung des Gesellschafters tilgt und die entsprechenden Mittel sodann von ihm in Form einer als Einlageleistung deklarierten Zahlung zurück erhält. Diese Bewertung wird auch durch die unmittelbare Nähe solcher Hin- und Herzahlungen von Geld zur Aufrechnung bestätigt. Der vorliegende Fall, in dem die Gutschrift der Einlage auf dem Gesellschaftskonto und die Rückbuchung identischer Beträge auf die Konten der einzahlenden Gesellschaftern nahezu zeitgleich und in einem Akt erfolgt sind, macht dies deutlich.

Der vorstehenden rechtlichen Würdigung kann die Revision auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, nach dem Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen werde die Bankbestätigung über die Einzahlung der Bareinlagen zur freien Verfügung der Geschäftsführung von den oder jedenfalls einigen Registergerichten nur dahin verstanden, daß die Bank an dem eingezahlten Betrag keine Aufrechnungs-, Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte geltend mache. Da die Bestätigung dem

Nachweis der Richtigkeit der von den anmeldenden Geschäftsführern gemäß §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2, 57 Abs. 2 GmbHG abzugebenden Versicherungen dient, hat sie inhaltlich dieselbe Tragweite wie diese. Sie bestätigt mithin die effektive Aufbringung der im Kapitalerhöhungsbeschluß verlautbarten Mittel. Verhielte es sich so, wie die Beklagte vorträgt, würden selbst reine Scheinzahlungen das gesetzliche Gebot der Leistung der Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer erfüllen. Daß dies nicht richtig ist, bedarf keiner näheren Begründung.

2. § 37 Abs. 1 S. 4 AktG ist, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, im Recht der GmbH entsprechend anwendbar, wenn die Beteiligten dem Registergericht von sich aus zum Zwecke der Eintragung einer Kapitalerhöhung eine inhaltlich § 37 Abs. 1 S. 2 AktG entsprechende Bankbestätigung über die Einzahlung der Bareinlagen einreichen und die Kapitalerhöhung daraufhin eingetragen wird. Dies folgt daraus, daß einer solchen ohne gesetzliche Verpflichtung eingereichten Bankbestätigung im Rahmen des Eintragungsverfahrens des Registergerichts eine ganz ähnliche Bedeutung zukommt wie im Aktienrecht der dort gesetzlich vorgeschriebenen Bankbestätigung. Ungeachtet des Fehlens eingehender gesetzlicher Regelungen entspricht es gesichertem Erkenntnisstand, daß sich die Prüfungspflicht, jedenfalls aber das Prüfungsrecht (vgl. Fischer/Lutter/Hommelhoff aaO. § 9 c Rdnr. 8 m.w.N.) des Registergerichts bei Anmeldung der Errichtung einer GmbH oder einer Erhöhung ihres satzungsmäßigen Stammkapitals auf die Legalität der Gründung oder Kapitalerhöhung und damit auf alle gesetzlichen Eintragungsvoraussetzungen erstreckt. Dazu gehört nicht nur die Einhaltung der Formalien. Prüfungsrecht

und Prüfungspflicht des Registergerichtes umfassen darüber hinaus auch alle Fragen der materiellen Gesetzmäßigkeit der Gründung oder Kapitalerhöhung (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO. § 9 c Rdnr. 8 ff.; Scholz/Winter aaO. § 9 c Rdnr. 8 ff.; Fischer/Lutter/Hommelhoff aaO. § 9 c Rdnr. 2 und 4, jeweils m.w.N.). Zu diesen Fragen gehört unzweifelhaft auch die Aufbringung des verlaublichen Stammkapitals und damit auch die inhaltliche Richtigkeit der dazu abgegebenen Versicherungen (Hachenburg/Ulmer aaO. § 9 c Rdnr. 28, 31). Die Sicherstellung der Kapitalaufbringung ist Voraussetzung für die Zulassung von Körperschaften des Wirtschaftslebens, bei denen die Haftung der Korporation und der hinter ihr stehenden natürlichen Personen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf einen ziffernmäßig begrenzten Haftungsfonds beschränkt ist. Da bei einer verdeckten Sacheinlage das verlaubliche Barkapital in Wahrheit nicht aufgebracht wird und die Versicherung, die Bareinlage sei geleistet und stehe zur freien Verfügung der Geschäftsführung, falsch ist, erstreckt sich die Prüfungspflicht auch auf das Vorliegen verdeckter Sacheinlagen (wie hier ausdrücklich Hachenburg/Ulmer aaO. § 9 c Rdnr. 20; Scholz/Winter aaO. § 9 c Rdnr. 16). Des weiteren besteht im Schrifttum trotz im einzelnen unterschiedlicher Formulierung (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO. § 9 c Rdnr. 11 f. und 29; Scholz/Winter aaO. § 9 c Rdnr. 13, 23; Fischer/Lutter/Hommelhoff aaO. § 9 c Rdnr. 2) im großen und ganzen Einigkeit, daß das Registergericht bei der Durchführung dieser Prüfung gehalten ist zu bedenken, daß der Anmeldende einen Anspruch auf Eintragung der GmbH oder der Kapitalerhöhung hat, den das Gericht nicht dadurch praktisch einschränken darf, daß es auch dort Prüfungen vornimmt und ins einzelne gehende Nachweise verlangt, wo keine konkreten An-

haltungspunkte für Mängel bestehen. Unter diesem Gesichtspunkt wird sich das Registergericht regelmäßig mit der Versicherung der Geschäftsführer nach §§ 57 Abs. 2, 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG begnügen, wenn es keinen Anlaß hat, an ihrer inhaltlichen Richtigkeit zu zweifeln (Hachenburg/Ulmer aaO. § 9 c Rdnr. 2, 11 f.; Scholz/Winter aaO. § 9 c Rdnr. 13; Fischer/Lutter/Hommelhoff aaO. § 9 c Rdnr. 6 i.V.m. 16; Hueck in Baumbach/Hueck aaO. § 9 c Rdnr. 2; Scholz/Priester aaO. § 57 a Rdnr. 7). Dies ist schon deshalb geboten, weil der Gesetzgeber der GmbH-Novelle von 1980 ausdrücklich davon abgesehen hat, einen generellen Nachweis über die Leistung der Bareinlagen nach aktienrechtlichem Muster (§ 37 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG) vorzuschreiben (vgl. BT-Drucks. 8/3908 S. 71), um nicht die leichte und zügige Handhabbarkeit der vorwiegend für kleinere und mittlere Unternehmen bestimmten Rechtsform der GmbH durch unnötige Formalitäten zu erschweren (aaO. S. 66). Die auch bei der GmbH erforderliche Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Erfordernisse bei Gründung und Kapitalerhöhung schien ihm durch die von ihm gewählte (vgl. § 9 a, b GmbHG für die Gründung und § 57 Abs. 4 GmbHG für die Kapitalerhöhung), gegenüber dem Aktienrecht flexiblere und damit den Besonderheiten der GmbH besser gerecht werdende Lösung in Gestalt der durchweg angeordneten Haftung der Beteiligten für die Richtigkeit der eingereichten Erklärungen und Versicherungen sowie durch ein materielles, nicht abschließend definiertes, sondern an den Erfordernissen des Einzelfalles ausgerichtetes Prüfungsrecht des Registergerichts (vgl. aaO S. 72) hinreichend gesichert. Die Folge ist, daß das, was das Aktiengesetz generell und zwingend als Eintragungserfordernis vorschreibt, im GmbH-Recht dem pflichtgemäßen Prüfungsermessen des Registergerichts im Einzelfall überlassen bleibt, wobei

es stets zwischen der ihm durch § 9 c GmbHG ausdrücklich auferlegten Pflicht zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Gründung oder Kapitalerhöhung einerseits und dem Anspruch der Beteiligten auf eine zügige Erledigung ihrer Anmeldungen andererseits abzuwägen hat. Es kann vor diesem Hintergrund keinem Zweifel unterliegen, daß damit einer freiwillig abgegebenen und der Anmeldung der Gründung oder Kapitalerhöhung beigefügten schriftlichen Bestätigung des Kreditinstitutes, die zu leistenden Bareinlagen seien bei ihm eingezahlt und stünden zur freien Verfügung der Geschäftsleitung, im GmbH-Recht im Ergebnis dieselbe (Nachweis-) Funktion zukommt wie im Aktienrecht der dort gesetzlich vorgeschriebenen Bestätigung gleichen Inhaltes. Der Unterschied beschränkt sich im wesentlichen nur darauf, daß das Aktiengesetz diese Form des Nachweises, indem es sie ausdrücklich vorschreibt, damit zugleich als im Regelfall ausreichend anerkennt, während das Registergericht im GmbH-Recht einen inhaltlich entsprechenden Nachweis im Rahmen seines pflichtgemäß auszuübenden Prüfungsrechts zu würdigen hat. Mehr als das formstrenge Aktiengesetz für den Nachweis der Aufbringung der Bareinlage verlangt, wird aber das Registergericht auch bei der weniger formstrengen GmbH nicht fordern und unter Beachtung des ungeschriebenen gesetzlichen Gebotes, Eintragungen bei dieser Gesellschaftsform nicht durch übertriebene Anforderungen zu erschweren und zu verzögern, regelmäßig auch nicht fordern dürfen. Damit kommt im GmbH-Recht der freiwillig abgegebenen und zum Handelsregister eingereichten Bankbestätigung mit dem Inhalt des § 37 Abs. 1 S. 2 u. 3 AktG regelmäßig mindestens tatsächlich, wenn nicht sogar auch rechtlich die gleiche Bedeutung und Tragweite zu wie im Aktienrecht der dort gesetzlich vorgeschriebenen Bestätigung. Ihre Vorlage

begrenzt und beendet in der Regel, wenn nicht ausnahmsweise ein konkret begründbarer Anlaß besteht, an ihrer Richtigkeit zu zweifeln, die registergerichtliche Kontrolle der Kapitalaufbringung mit der Folge, daß die Gründung oder Kapitalerhöhung nunmehr ohne weiteres einzutragen ist.

Hat die Vorlage einer Bankbestätigung mit dem Inhalt des § 37 Abs. 1 S. 2 u. 3 AktG hier wie dort im Ergebnis dieselben Auswirkungen eines eigenständigen, das registergerichtliche Prüfungsverfahren begrenzenden und in der Regel beendenden Nachweises der ordnungsgemäßen Buchgeldzahlung, so spricht alles dafür, daß die Bank bei der GmbH für die Richtigkeit ihrer freiwillig abgegebenen Bestätigung in gleicher Weise verantwortlich ist wie bei der Aktiengesellschaft für die dort gesetzlich vorgeschriebene Bestätigung. Wenn das GmbH-Recht anders als das Aktienrecht keine Regelung der Frage enthält, ob und in welcher Form die Bank für eine von ihr zur Vorlage beim Registergericht ausgestellte falsche Bestätigung über die Einzahlung der verlautbarten Bareinlage verantwortlich ist, so kann daraus nicht auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, daß die Abgabe unrichtiger Bankbestätigungen über die Kapitalaufbringung bei der GmbH ohne rechtliche Folgen bleiben soll. Es handelt sich vielmehr um eine Regelungslücke, die darauf beruht, daß der GmbH-Gesetzgeber eine solche Bankbestätigung nicht als Nachweis ordnungsgemäßer Kapitalaufbringung vorschreibt und deshalb auch die rechtlichen Folgen gleichwohl abgegebener inhaltlich falscher Bankbestätigungen überhaupt ungeregelt gelassen hat. Diese Gesetzeslücke kann angesichts der grundsätzlichen Gleichartigkeit der Auswirkungen inhaltlich unrichtiger Bankbestätigungen auf das registergerichtliche

Verfahren und die präventive Kapitalaufbringungskontrolle in sinnvoller Weise nur durch eine grundsätzliche Gleichartigkeit der Rechtsfolge und damit eine entsprechende Anwendung der Haftungssanktion des § 37 Abs. 1 S. 4 AktG geschlossen werden. Dieser Analogieschluß wird in seiner Richtigkeit durch die schon an anderer Stelle getroffene Feststellung bestätigt, daß auch der GmbH-Gesetzgeber für alle von ihm ausdrücklich vorgesehenen zum Zwecke der Eintragung der Errichtung der GmbH oder der Erhöhung ihres Kapitals zu machenden Angaben die Haftung der Beteiligten für deren inhaltliche Richtigkeit vorgesehen hat (vgl. § 9 a, b GmbHG für die Gründung und § 57 Abs. 4 GmbHG für die Kapitalerhöhung) und sich die Gesetzesmaterialien ungeachtet ihrer Vorbehalte gegenüber einer generellen Übertragung aktienrechtlicher Normen in das GmbH-Recht ausdrücklich für gleichgeartete Regelungen bei gleicher Interessenlage aussprechen (aaO. S. 67).

Die in § 37 Abs. 1 S. 4 AktG vorgesehene Verantwortlichkeit der Bank für die Richtigkeit ihrer Bestätigung bedeutet nach der im aktienrechtlichen Schrifttum nahezu allgemein vertretenen Ansicht (vgl. Kraft in Kölner Kommentar z. AktG 2. Aufl. § 37 Rdnr. 20; Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, AktG § 37 Rdnr. 11; Barz in Großkomm. z. AktG § 37 Anm. 3; Godin/Wilhelmi, AktG 4. Aufl. § 37 Anm. 3; K. Schmidt, AG 1986, 106, 114), daß sie, wenn die geschuldete Bareinlage entgegen ihrer Bestätigung ganz oder teilweise nicht aufgebracht worden ist, die fehlende Einlage nach Maßgabe ihrer Bestätigung selber zu leisten hat. Für die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift im GmbH-Recht kann insoweit nichts anderes gelten.

Die Kenntnis der Gesellschafter und Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin von der Unrichtigkeit der Bankbestätigung vermag die Beklagte von dieser Haftung nicht zu entlasten. Die Anwendung des § 254 BGB scheidet schon deshalb aus, weil es sich bei der Verantwortlichkeit der Bank nach § 37 Abs. 1 S. 4 AktG um eine Gewährleistungshaftung für die Richtigkeit der eigenen Erklärung handelt. Außerdem gebietet der mit den Regeln der Kapitalaufbringung beabsichtigte Schutz der Gesellschaftsgläubiger, daß alle für die Einhaltung dieser Regeln Verantwortlichen jeweils eigenständig haften.

Aus diesem Grunde kann die Beklagte den Kläger auch nicht mit Erfolg auf das Fortbestehen der Einlageschuld der Gesellschafter oder auf die Inanspruchnahme der Geschäftsführer nach §§ 57 Abs. 4, 9 a Abs. 1 GmbHG verweisen. Die Haftung der Beklagten für ihre unrichtige Bestätigung tritt vielmehr im Außenverhältnis zu der Gemeinschuldnerin neben die Zahlungspflichten der genannten Personen. Eine Subsidiarität der Haftung der Beklagten ist insoweit ebenso wenig anzuerkennen wie im Verhältnis des haftenden Geschäftsführers zum Einlageschuldner (vgl. dazu Hachenburg/Ulmer aaO. § 9 a Rdnr. 35 ff; Fischer/Lutter/Hommelhoff aaO. § 9 a Rdnr. 7; Scholz/Winter aaO § 9 a Rdnr. 31). Über Art und Umfang des Ausgleichs im Innenverhältnis ist im vorliegenden Rechtsstreit nicht zu befinden.

Ebensowenig bedarf es vorliegend der Entscheidung, inwieweit und unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten eine Eingrenzung der sich aus der entsprechenden Anwendung des § 37 Abs. 1 S. 4 AktG ergebenden Bankenhaftung angebracht

sein kann, wenn eine als solche an sich richtige Erklärung der Bank lediglich durch - insbesondere nachträgliche - Manipulationen der Geschäftsführer und Gesellschafter, die sich außerhalb der Kenntnis und der Kenntnismöglichkeit der Bank an ihr vorbei vollziehen, im Ergebnis unrichtig ist oder wird. Die von der Beklagten zur Vorlage beim Registergericht abgegebene Bestätigung war, wie sie wußte, von vornherein falsch. Die Beklagte hat ihre vom 2. Juli 1985 datierende Bestätigung praktisch zeitgleich mit, tatsächlich aber wohl unmittelbar nach dem von ihr getätigten Vollzug der Hin- und Herzahlung per Schnellüberweisung abgegeben.

Da die Beklagte der Gemeinschuldnerin mithin für die nicht wirksam eingezahlten Bareinlagen bereits in entsprechender Anwendung des § 37 Abs. 1 S. 4 AktG einzustehen hat, bedarf es keiner Entscheidung, ob sich eine solche Haftung, wie das Berufungsgericht annimmt, auch aus den weiteren Gesichtspunkten einer Garantieerklärung oder einer schuldhaft unrichtigen Bankauskunft ergeben kann.

Entgegen der Ansicht der Revision ist die Haftung der Beklagten nicht auf den Betrag der nach §§ 57 Abs. 2, 7 Abs. 2 GmbHG schon vor Eintragung zu leistenden gesetzlichen Mindesteinlagen begrenzt. Es mag zwar sein, daß das Registergericht die Eintragung selbst dann nicht von der Einzahlung darüber hinausgehender Mehrleistungen abhängig machen kann, wenn diese wie im vorliegenden Fall kraft Satzungsbestimmung (Kapitalerhöhungsbeschluß) zu erbringen sind, und sich dementsprechend auch seine Prüfungspflicht auf die Erfüllung der erwähnten gesetzlichen Eintragungser-

fordernisse beschränkt (vgl. dazu Hachenburg/Ulmer aaO. § 9 c Rdnr. 33 und Scholz/Winter aaO. § 9 c Rdnr. 25). Dies ändert jedoch nichts daran, daß die bei Anmeldung der Errichtung der Gesellschaft oder der Erhöhung ihres Stammkapitals gegenüber dem Registergericht abgegebenen Erklärungen der Beteiligten im Interesse des Schutzes außenstehender Dritter vor Falschangaben jedenfalls auch insoweit wahrheitsgemäß zu sein haben, als sie über das gesetzliche Mindestfordernis hinaus wie im vorliegenden Fall die vollständige Einzahlung des gesamten statutarisch vorgeschriebenen Stammkapitals versichern. Für die bei der Anmeldung abgegebenen Erklärungen der Geschäftsführer (bei Errichtung auch der Gesellschafter) und ihre Haftung für Falschangaben nach §§ 57 Abs. 4, 9 a Abs. 1 GmbHG ist dies allgemein anerkannt (vgl. Hachenburg/Ulmer aaO. § 9 a Rdnr. 13 und 36; Scholz/Winter aaO. § 9 a Rdnr. 17; Roth, aaO. § 9 a Anm. 2.2 [b]; ebenso aber mit der vorliegend nicht erheblichen Beschränkung auf statutarisch vorgeschriebene Mehrleistungen Meyer-Landrut aaO. § 9 a Rdnr. 6). Für inhaltsgleiche falsche Bankbestätigungen, die solchen unrichtigen Erklärungen der Geschäftsführer beigelegt werden, und den Umfang der neben die Haftung der Geschäftsführer nach § 9 a Abs. 1 GmbHG tretenden Verantwortlichkeit der Bank hieraus kann insoweit nichts anderes gelten.

III. Ohne Erfolg bleiben müssen schließlich auch die Angriffe der Revision, die sich dagegen richten, daß das Berufungsgericht den Aufrechnungseinwand der Beklagten zurückgewiesen hat.

Für dieses Ergebnis kann es dahinstehen, ob der Ansicht des Berufungsgerichts, die Gegenforderungen der Beklagten seien nicht hinreichend substantiiert, zuzustimmen ist, oder ob das Berufungsgericht der Beklagten, wie die Revision rügt, wenigstens durch einen entsprechenden Hinweis Gelegenheit hätte geben müssen, eine etwa fehlende Substantiierung nachzuholen. Denn das Ergebnis des Berufungsgerichts wird jedenfalls durch seine Hilfsbegründung getragen, wonach die Aufrechnung auch bei hinreichender Substantiierung der Gegenforderungen der Beklagten unzulässig wäre.

Die Verpflichtung der Beklagten gegenüber der Gemeinschaftschuldnerin beruht darauf, daß sie ihr neben den weiterhin zur Erbringung ihrer Bareinlage verpflichteten Gesellschaftern dafür verantwortlich ist, daß sie nicht das ihr im Kapitalerhöhungsbeschluß zugesagte und im Handelsregister verlautbarte Barkapital aus der Kapitalerhöhung, sondern stattdessen auf dem Wege einer unwirksamen verdeckten Sacheinlage eine andere Leistung, nämlich die Befreiung von gegen sie gerichteten Gesellschafterforderungen, erhalten hat. Der Sinn dieser Verpflichtung, der Gemeinschaftschuldnerin das ihr bisher vorenthaltene liquide Kapital nachträglich zuzuführen, der im Konkurs der Gesellschaft ebenso gültig bleibt wie außerhalb desselben, ginge verloren, wenn sich die Beklagte von dieser Verbindlichkeit ihrerseits durch Aufrechnung mit Gegenforderungen befreien könnte, weil die Gemeinschaftschuldnerin dadurch wiederum - und diesmal sogar endgültig - nicht die ihr zustehenden liquiden Mittel erhielte, sondern eine andere nicht in Bargeld bestehende Leistung aufgedrängt bekäme. Unter diesem Gesichtspunkt trifft es zu, daß die Forderung der Gemeinschaftschuldnerin gegen die Beklagte nach den

ihrer Entstehung zugrunde liegenden Wertungen und ihrem Ziel die gleiche rechtliche Qualität besitzt wie die gegen die Gesellschafter gerichteten Einlageansprüche. Die Aufrechenbarkeit unterliegt damit den gleichen Einschränkungen, wie sie das Gesetz für Einlageverpflichtungen von Gesellschaftern vorsieht. Dies gilt sowohl für das Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 5 GmbHG wie für dasjenige des § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG (zu dessen unstreitiger Geltung auch für Einlageforderungen aus Kapitalerhöhungen, vgl. statt aller Scholz/Priester aaO. § 56 Rdnr. 31 m.w.N.), das im vorliegenden Fall zusätzlich eingreift, da die in Frage stehende Aufrechnung nicht von der Gesellschaft, sondern der insoweit Gesellschaftern gleichstehenden Beklagten ausgeht.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhrich

Dr. Henze

Stodolkowitz