BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 120/07

Verkündet am:
16. Februar 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

"Qivive"

AktG § 27 Abs. 2 Halbs. 2; GmbHG § 19 Abs. 5, §§ 30, 31, 32a jeweils i.d.F. bis 31. Oktober 2008; GmbHG § 19 Abs. 4, 5 i.d.F. des Gesetzes vom 23. Oktober 2008

a) Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG n.F.) finden auf Dienstleistungen, welche ein GmbH-Gesellschafter nach Leistung einer Bareinlage entgeltlich erbringen soll, keine Anwendung.

b) Ebenso wenig liegt in dem o.g. Fall ein der Erfüllung der Einlageschuld entgegenstehendes Hin- und Herzahlen der Einlagemittel (§ 19 Abs. 5 GmbHG n.F.) vor, sofern der Inferent diese nicht für die Vergütung seiner Dienstleistungen "reserviert".

c) Dienstleistungsverpflichtungen eines Gesellschafters können als solche nicht in Eigenkapitalersatz umqualifiziert werden; jedoch können stehen gelassene Vergütungsansprüche eigenkapitalersetzenden Charakter erlangen.

BGH, Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 120/07 - KG Berlin
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 23. April 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist Insolvenzverwalterin des Vermögens der Qivive GmbH (nachfolgend: Schuldnerin), die im Jahr 1991 mit einem Stammkapital von 500.000,00 DM gegründet worden ist. Ihr Geschäftsgegenstand war damals die Entwicklung und der Betrieb eines elektronischen Reservierungs- und Vertriebssystems für Eintrittskarten. Seit 1997 war die L. -Tochter A. G. GmbH (nachfolgend: A-GmbH) Alleingesellschafterin. Diese schloss am 14. November 2000 mit der Beklagten, einem bedeutenden Medienunternehmen, und der D. AG (nachfolgend: D-AG) eine Konsortialvereinbarung, nach der die beiden Vertragspartner sich an der Schuldnerin als einem "Gemeinschaftsunternehmen" beteiligen sollten, das zu

einem umfassenden Internetmarktplatz für Veranstaltungen, Reisen und zugehörige Leistungen ausgebaut und anschließend an die Börse gebracht werden sollte. Zu den genannten Zwecken sollten die A-GmbH und die D-AG der Schuldnerin Rechte an der benötigten Software als Sacheinlage übertragen; die Beklagte sollte eine Bareinlage von 5 Mio. € leisten und gemäß einem zeitgleich abgeschlossenen "Media-Vertrag" entgeltliche Werbeleistungen für die Schuldnerin erbringen sowie deren Internetauftritt erstellen. Der Schuldnerin wurde das Recht eingeräumt, Leistungen der Beklagten im Bereich der Druck- und Onlinewerbung im Wert von insgesamt 82,5 Mio. DM abzurufen, diese aber nur bis zu einer Grenze von 10 Mio. DM bezahlen zu müssen. Am 14. Dezember 2000 wurde eine Kapitalerhöhung der Schuldnerin auf 15 Mio. € beschlossen. Die A-GmbH und die D-AG übernahmen jeweils Sacheinlagen in Höhe von circa 5 Mio. €, die Beklagte eine Bareinlage in Höhe von 5 Mio. €, welche am 22. Dezember 2000 auf ein Konto der Schuldnerin eingezahlt wurde. In der Folgezeit nahm die Schuldnerin Leistungen der Beklagten gemäß dem Media-Vertrag in Anspruch und zahlte hierfür im Zeitraum zwischen März 2001 und Januar 2002 insgesamt u.a. 3.467.627,47 € an die Beklagte. Weitere Zahlungen in Höhe von 789.757,25 € leistete sie an eine Agentur für die Hörfunkwerbung in Sendern, an denen die Beklagte beteiligt ist. Unstreitig handelte es sich um marktübliche Vergütungen.

2 Die Geschäftsentwicklung der Schuldnerin blieb hinter den Erwartungen zurück. Im April 2002 musste sie Insolvenzantrag stellen.

3 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die (nochmalige) Zahlung ihrer Bareinlage von 5 Mio. €. Sie meint, die Beklagte habe ihre Bareinlageverpflichtung nicht erfüllt, weil sie bei wirtschaftlicher Betrachtung anstelle der geschuldeten Bareinlage die in dem Media-Vertrag dargestellten Werbeleis-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

tungen, mithin eine "verdeckte Sacheinlage" erbracht habe. Hilfsweise werde eine Haftung der Beklagten nach Eigenkapitalersatzregeln geltend gemacht.

4 Die Klage blieb in den Vorinstanzen erfolglos. Dagegen richtet sich die - von dem erkennenden Senat zugelassene - Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

6 I. Ansprüche der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung bestehen sowohl nach bisheriger Rechtslage als auch nach der am 1. November 2008 in Kraft getretenen Neufassung des § 19 GmbHG (MoMiG vom 23. Oktober 2008 BGBl. I, S. 2026) nicht, so dass dahinstehen kann, ob die in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordnete Rückwirkung des § 19 Abs. 4, 5 n.F. GmbHG verfassungsgemäß ist (vgl. dazu Bormann, GmbHR 2007, 901).

7 1. Entgegen der Ansicht der Revision geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage im vorliegenden Fall keine Anwendung finden.

8 a) Um eine verdeckte Sacheinlage handelt es sich nach der Rechtsprechung des Senats, 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 (vgl. BGHZ 155, 329, 334; 166, 8 Tz. 11; 170, 46 Tz. 11; 173, 145 Tz. 14). 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 (vgl. BGHZ 113, 335, 341; 132, 133, 144; 152, 36, 42; 166, 8 Tz. 12 "cash-pool"). Die Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG durch das MoMiG ändert daran insoweit nichts (vgl. BegrRegE mit Hinweis auf die Rechtsprechung; abgedruckt bei Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, S. 244). Wollen der oder die Gesellschafter eine Sacheinlage einbringen, sind sie auf die Beachtung der dafür geltenden Sondervorschriften der §§ 5 Abs. 4, 56 GmbHG verwiesen, um dem Registergericht eine Wertdeckungskontrolle gemäß § 9c Abs. 1 Satz 2, § 57a GmbHG zu ermöglichen. Die Umgehung dieser Vorschriften in den Fällen der verdeckten Sacheinlage hat zur Folge, dass der Inferent durch scheinbare Leistung seiner Bareinlage von seiner entsprechenden Einlagepflicht nicht befreit wird (vgl. § 19 Abs. 5 a.F. GmbHG; BGHZ 113, 345). Entsprechendes bestimmt auch § 19 Abs. 4 Satz 1 n.F. GmbHG, wobei allerdings nunmehr der Wert des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes nach Maßgabe des § 19 Abs. 4 Satz 3 bis 5 n.F. GmbHG auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht "anzurechnen" ist (vgl. dazu Pentz, GmbHR 2009, 126 ff.).

9 b) Im vorliegenden Fall ist zwar davon auszugehen, dass die von der Beklagten gemäß dem Media-Vertrag auf Abruf der Schuldnerin entgeltlich zu erbringenden Leistungen bei Begründung der Einlageschuld der Beklagten unter den Beteiligten in Gestalt eines Rahmenvertrages abgesprochen waren und damit ein sukzessiver "faktischer Einlagenrückfluss" an die Beklagte angestrebt war, wie das Berufungsgericht festgestellt hat. Den Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage erfüllt jedoch eine derartige Abrede nur dann, wenn sie dazu führt, dass die Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis eine Sacheinlage erhält (vgl. BGHZ 170, 47 Tz. 12). Wie der Senat mehrfach betont hat, kann Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage - im Unterschied zum Umgehungstatbestand eines Hin- und Herzahlens (vgl. § 19 Abs. 5 GmbHG n.F.; dazu unten 2) - nur eine sacheinlagefähige Leistung sein (vgl. BGHZ 165, 113, 116 f.; 165,

352, 356; ebenso Habersack, Festschrift Priester, S. 157, 163; im Ansatz auch Bayer, GmbHR 2004, 445, 451, 453). Im vorliegenden Fall handelte es sich jedoch - nach den in der Revisionsinstanz unbeanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts - bei den von der Beklagten gemäß dem Media-Vertrag zu erbringenden Leistungen nicht um Sach-, sondern um Dienstleistungen. Gemäß § 27 Abs. 2 AktG können Verpflichtungen zu Dienstleistungen nicht Gegenstand von Sacheinlagen oder Sachübernahmen sein, was nach h.M. im GmbH-Recht entsprechend gilt (vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer § 5 Rdn. 60 f.; Scholz/H. Winter/H. P. Westermann, GmbHG 10. Aufl. § 5 Rdn. 52; Habersack aaO S. 161 f. jew. m.w.Nachw.). Der Grund dafür liegt darin, dass die Durchsetzung von Dienstleistungsverpflichtungen auf Schwierigkeiten stößt (vgl. §§ 887, 888 Abs. 3 ZPO) und sie deshalb als Einlagen nicht geeignet sind (vgl. die vorigen Nachweise).

10 Davon abgesehen sind bloße obligatorische Ansprüche gegen den Einlageschuldner nach bisher nahezu allgemeiner, von dem erkennenden Senat geteilter Auffassung ohnehin per se nicht einlagefähig, weil es in einem derartigen Fall an einer Aussonderung des Einlagegegenstandes aus dem Vermögen des Inferenten fehlt (vgl. Ulmer aaO § 5 Rdn. 78) und mit der Einbringung einer solchen Forderung als "Einlageleistung" lediglich die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung des Inferenten gegen eine schuldrechtliche ausgetauscht würde (vgl. BGHZ 165, 113, 116; Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG 16. Aufl. § 5 Rdn. 14; ebenso zu § 19 Abs. 4 n.F. GmbHG Seibert/Decker, ZIP 2008, 1208, 1210; zweifelnd insoweit Wicke, GmbHG § 5 Rdn. 11; § 19 Rdn. 33, § 56 a Rdn. 2).

11 c) Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich bei der Eingrenzung der verdeckten Sacheinlage auf sacheinlagefähige Gegenstände nicht nur um eine rein begriffliche Unterscheidung. Denn der den Grundsätzen der ver-

deckten Sacheinlage inhärente Vorwurf einer Umgehung der im Interesse des Gläubigerschutzes bestehenden Vorschriften über Sacheinlagen (vgl. oben a) setzt voraus, dass der oder die Gesellschafter den im Ergebnis erstrebten Erfolg einer Sacheinlage rechtmäßig unter Beachtung der dafür geltenden Vorschriften hätten erreichen können (vgl. Habersack aaO S. 164 f.; im Ansatz auch Hoffmann, NZG 2001, 433 f.) und nach der ständigen Rechtsprechung des Senats diesen Weg auch hätten wählen müssen (vgl. BGHZ 113, 335, 341). Das ist aber bei Dienstleistungen nicht der Fall. Der Gesellschafter kann hier auch nicht darauf verwiesen werden, Ansprüche auf Vergütung seiner künftigen Dienstleistungen als Sacheinlage einzubringen, weil erst künftig entstehende und erst recht von einer Dienstleistung abhängige Forderungen - wie z.B. Ansprüche auf künftiges Geschäftsführergehalt - ebenfalls nicht sacheinlagefähig sind (vgl. Habersack aaO S. 165; GroßkommGmbHG/Ulmer § 5 Rdn. 55; Lutter/Bayer aaO § 5 Rdn. 16 jew. m.w.Nachw.) Da eine Umgehungshandlung den Tatbestandsmerkmalen der umgangenen Norm entsprechen muss (vgl. BGHZ 132, 133, 139), Dienstleistungen aber von den Sacheinlagevorschriften nicht erfasst werden, können die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage hier auch nicht entsprechend herangezogen werden (in diesem Sinne aber Lutter/Bayer aaO § 5 Rdn. 54; Bayer, GmbHR 2004, 445, 451, 453). Die Rechtsordnung kann die dem Bareinlageschuldner nachteiligen Folgen des Rechts der verdeckten Sacheinlage nicht an die Nichteinhaltung eines Verfahrens knüpfen, das sie selbst für den betreffenden Vorgang nicht bereitstellt (vgl. insoweit Hoffmann aaO S. 435).

12 d) Aus dem zuletzt genannten Grund lässt sich auch aus der fehlenden Sacheinlagefähigkeit von Dienstleistungen (§ 27 Abs. 2 Halbs. 2 AktG) - jedenfalls für das GmbH-Recht - nicht ein "Verbot" der Verabredung entgeltlicher Dienstleistungen des Inferenten in Zusammenhang mit der Begründung seiner Bareinlageschuld ableiten und darauf eine analoge Anwendung der Rechtsfol-

gen der verdeckten Sacheinlage stützen (so aber im Ansatz Hoffmann aaO S. 435 f.). Anderenfalls hätten z.B. der oder die Gesellschafter, welche sich an einer Barkapitalerhöhung oder Bargründung beteiligen, keine Möglichkeit, anschließend als Geschäftsführer der GmbH entgeltlich tätig zu werden, sondern müssten einen Fremdgeschäftsführer einstellen. Für die Gläubiger der GmbH wäre damit nichts gewonnen, während die Gesellschafter, welche auf ein Geschäftsführergehalt angewiesen sind, dadurch ungerechtfertigt beeinträchtigt würden. Dass ein solches Ergebnis vermieden werden muss, entspricht allgemeiner Auffassung, wobei zum Teil eine teleologische Reduktion der (vermeintlich auf Dienstleistungen zu erstreckenden) Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage (so Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG 4. Aufl. § 19 Rdn. 161), zum Teil auch weitergehend vorgeschlagen wird, gewöhnliche Umsatzgeschäfte zu marktüblichen Preisen im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs aus dem Anwendungsbereich der verdeckten Sacheinlage generell auszuklammern (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 18. Aufl. § 19 Rdn. 40; T. Bezzenberger, JZ 2007, 948 f.; Henze, ZHR 154, 105, 112 f.; Hoffmann aaO S. 436 f.; dagegen für den Bereich der Gründung einer AG BGHZ 170, 47 Tz. 22) oder bei derartigen in zeitlichem Zusammenhang mit der Bareinlageleistung abgeschlossenen Geschäften die Vermutung für eine Vorabsprache (vgl. dazu BGHZ 152, 37, 43) der Beteiligten nicht eingreifen zu lassen (vgl. Habersack aaO S. 165; GroßkommGmbHG/Ulmer § 5 Rdn. 171a; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff aaO § 19 Rdn. 126; Lutter/Bayer aaO § 5 Rdn. 43; offen gelassen in BGHZ 170 aaO Tz. 24 f.). Letzteres würde in den paradigmatisch genannten Geschäftsführerfällen nicht weiterhelfen, weil dort regelmäßig eine derartige Vorabsprache vorliegt und dafür bei einem geschäftsführenden Alleingesellschafter schon sein entsprechendes "Vorhaben" ausreicht (vgl. Sen.Urt. v. 11. Februar 2008 - II ZR 171/06, ZIP 2008, 643 Tz. 12). Richtigerweise kommt es darauf weder in den Geschäftsführerfällen noch im

vorliegenden Fall an, weil eben Dienstleistungen nicht Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage sein können (vgl. auch Habersack aaO S. 167; ebenso Wicke, GmbHG § 19 Rdn. 23).

13 e) Das von der Revision angeführte Senatsurteil vom 21. September 1978 (II ZR 214/77, WM 1978, 1271 = NJW 1979, 216) steht den dargelegten Grundsätzen nicht entgegen, weil es nicht den Tatbestand einer verdeckten Sacheinlage, sondern eine Aufrechnung ohne tatsächliche Bareinlageleistung betraf, wie Habersack (aaO S. 163 f.) mit Recht herausgestellt hat.

14 2. Entgegen der Ansicht der Revision hält das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend auch den Umgehungstatbestand eines Hin- und Herzahlens der von der Beklagten geleisteten Bareinlage nicht für gegeben.

15 a) Der erkennende Senat hat diesen Umgehungstatbestand (jetzt § 19 Abs. 5 n.F. GmbHG) in seiner neueren Rechtsprechung in Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage präzisiert. Danach handelt es sich 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 (BGHZ 165, 113; 174, 370 Tz. 7) oder auch aufgrund einer Treuhandabrede (BGHZ 165, 352), 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 (vgl. BGHZ 165, 113, 116), was der Senat (aaO) für unzulässig erachtet und so behandelt hat, als habe der Inferent bis dahin nichts geleistet. Der Gesetzgeber ist dem bei der Neufassung des § 19 Abs. 5 GmbHG zwar nicht schlechthin, sondern nur für die Fälle einer nicht vollwertigen Gegenleistungsforderung gefolgt, hat aber den Gedanken des Forderungsaustauschs aufgegriffen (BegrRegE

MoMiG bei Goette aaO S. 210 f.; vgl. auch Seibert/Decker aaO S. 1210) und in § 19 Abs. 5 n.F. GmbHG bestimmt, dass ein Hin- und Herzahlen des Einlagebetrages den Inferenten nur dann von seiner Einlageverpflichtung befreit, wenn der dadurch begründete Rückgewähranspruch der Gesellschaft (insbesondere aus Darlehen) vollwertig und jederzeit fällig ist.

16 Insgesamt handelt es sich sonach bei dem Hin- und Herzahlen sowohl nach der dargestellten Rechtsprechung des Senats als auch nach § 19 Abs. 5 n.F. GmbHG um Fälle einer verdeckten Finanzierung der Einlagemittel durch die Gesellschaft (vgl. BGHZ 153, 107, 110; Scholz/Schneider/ H. P. Westermann, GmbHG 10. Aufl. § 19 Rdn. 38; vgl. auch BGHZ 28, 77 f.), deren Offenlegung nunmehr § 19 Abs. 5 Satz 2 n.F. GmbHG ausdrücklich und als Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageschuld verlangt. Mit der Neuregelung des § 19 Abs. 5 GmbHG soll insbesondere auch der darlehensweise Einlagenrückfluss in einem cash-pool erfasst werden, soweit dieser Rückfluss nicht im Sinne einer verdeckten Sacheinlage (dazu BGHZ 166, 8 Tz. 11 f.) zu einer Tilgung bereits vorher bestehender Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber dem Inferenten führt (BegrRegE MoMiG, bei Goette aaO S. 210; vgl. auch Seibert/Decker aaO S. 1210 f.; Wicke, GmbHG § 19 Rdn. 31).

17 b) Im vorliegenden Fall einer späteren Zahlung auf nach der ordnungsgemäß erbrachten Einlagenzahlung geleistete Dienste des Inferenten ist ein derartiges Hin- und Herzahlen nicht gegeben. Hier findet weder eine verdeckte Finanzierung noch ein bloßer Austausch der Einlageforderung gegen eine andere schuldrechtliche Forderung der Gesellschaft statt. Das ist nicht anders als in dem schon erwähnten Paradigma des Gesellschaftergeschäftsführers als Inferenten, dem es nicht verwehrt sein kann, ein Gehalt für seine Tätigkeit zu vereinbaren und zu beziehen, auch wenn dies in zeitlichem Zusammenhang mit der Einlageleistung geschieht. Soweit er oder ein sonstiger Inferent die Einla-

gemittel nicht für seine Zwecke "reserviert", sondern in den Geldkreislauf der Gesellschaft einspeist, ist das - ohnehin nur für den Betrag der Mindesteinzahlung gemäß § 7 Abs. 2, § 56a GmbHG geltende - Erfordernis einer Einzahlung zu "endgültig freier Verfügung der Geschäftsführer" (§ 8 Abs. 2, § 57 Abs. 2 GmbHG) nicht berührt. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn die Leistung aus dem Vermögen des Inferenten ausgeschieden und der GmbH derart zugeflossen ist, dass sie uneingeschränkt für Zwecke der Gesellschaft verwendet werden kann (vgl. Lutter/Bayer aaO § 7 Rdn. 16; Scholz/H. Winter/Veil, GmbHG 10. Aufl. § 7 Rdn. 34). Zu Zwecken der GmbH werden Einlagemittel auch dann verwendet, wenn sie ihr erbrachte Dienstleistungen eines Gesellschafters bezahlt, die sie ansonsten anderweitig hätte einkaufen müssen.

18 c) Zu Unrecht beruft sich die Revision auf das Senatsurteil vom 2. Dezember 2002 (BGHZ 153, 107, 110) als Beleg dafür, dass die im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung in dem Media-Vertrag getroffenen Abreden einer freien Verfügung der Geschäftsführer der Schuldnerin über den auf ihr Geschäftskonto eingezahlten Einlagebetrag entgegengestanden hätten. Nach diesem Urteil sind schuldrechtliche Verwendungsabsprachen, durch welche die Geschäftsführung der Gesellschaft verpflichtet wird, mit den Einlagemitteln in bestimmter Weise zu verfahren, aus der Sicht der Kapitalaufbringung unschädlich, wenn sie allein der Umsetzung von Investitionsentscheidungen der Gesellschafter oder sonstiger ihrer Weisung unterliegender geschäftspolitischer Zwecke dienen (vgl. auch Sen.Urt. v. 22. Juni 1992 - II ZR 30/91, ZIP 1992, 1303, 1305). Anders ist es nur, wenn die Abrede dahin geht, die Einlagemittel **unter Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln** wieder an den Einleger zurückfließen zu lassen. Das betraf im dortigen Fall einen darlehensweisen Rückfluss und betrifft insbesondere auch Rückflüsse im Rahmen einer verdeckten Sacheinlage (vgl. dazu BGHZ 113, 335, 348 f.). Beides liegt hier nicht vor.

19 Ebenso wenig war die Geschäftsführung der Schuldnerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der Verwendung der Einlagemittel derart gebunden, dass sie diese für die Beklagte zu "reservieren" und nur für die Begleichung ihrer Forderungen einzusetzen hatte. Vielmehr konnte die Schuldnerin mit den eingezahlten Mitteln "in jeder Weise arbeiten und über diese verfügen", wie das Berufungsgericht feststellt.

20 Nach den von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts datierte die Rechnung der Beklagten für die Erstellung des Internetauftritts der Schuldnerin (652.408,44 €) vom 30. Dezember 2000 und wurde erst Anfang Juni 2001 bezahlt; die erste Anzeigenrechnung datierte vom 18. Januar 2001 und wurde am 14. März 2001 bezahlt, obwohl gemäß § 3 Ziff. 4 des Media-Vertrages Rechnungen innerhalb von 14 Tagen nach Rechnungsdatum zu bezahlen waren. Den Gesamtbetrag von circa 3,5 Mio. € für Werbung in Medien der Beklagten zahlte die Schuldnerin in der Zeit zwischen 14. März 2001 und 22. Januar 2002. Hinzu kommt, dass der Media-Vertrag keine Abnahmeverpflichtung, sondern nur ein Abrufrecht der Schuldnerin hinsichtlich der Leistungen der Beklagten vorsah. Dass die Schuldnerin aus wirtschaftlichen Erwägungen zwecks Erreichung des von der Beklagten angebotenen Rabatts ab einem Volumen von 10 Mio. DM an die Geschäftsbeziehung mit der Beklagten gebunden war, steht der freien Verfügbarkeit der Einlagemittel auf Seiten der Schuldnerin ebenso wenig entgegen, wie die von der Revision angeführte Äußerung des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten vom 26. Februar 2001, nach der es eine Absprache dahingehend gegeben habe, dass "die Rückzahlung der ASV-Bareinlage von 10 Mio. DM im Jahr 2001 erfolgen müsse". Beides besagt nicht, dass die Einlagemittel ausschließlich für Zwecke der Beklagten verwendet werden durften, zumal die Klägerin, wie das Berufungsgericht ausführt, selbst vorgetragen hat, dass es bei der Schuldnerin im Laufe des

Jahres 2001 ein Liquiditätsproblem bezüglich der noch zu schaltenden Anzeigen gegeben habe.

21 3. Da nach allem im vorliegenden Fall weder eine verdeckte Sacheinlage noch ein Hin- und Herzahlen der Einlagemittel in dem dargelegten Sinne gegeben war, hat die Beklagte ihre Einlageverpflichtung erfüllt (§ 362 BGB).

22 II. Zu Recht rügt die Revision indessen, dass sich das Berufungsgericht in keiner Weise mit den von ihr hilfsweise geltend gemachten Ansprüchen aus Eigenkapitalersatz auseinandergesetzt, sondern ohne Stellungnahme zu ihrem Berufungsvorbringen lediglich ausgeführt hat, das Landgericht habe "die Klage mit zutreffender Begründung abgewiesen".

23 Nach Ansicht des Landgerichts sollen die Dienstleistungen der Beklagten nicht eigenkapitalersetzend gewesen sein, weil die Beklagte aufgrund des Media-Vertrages weder ein Recht zur Ablehnung der Aufträge noch zu vorzeitiger Kündigung gehabt habe. Das greift zu kurz.

24 1. Entgegen der Ansicht der Klägerin können zwar Dienstleistungsverpflichtungen eines Gesellschafters als solche schon mangels Einlagefähigkeit nicht in Eigenkapitalersatz umqualifiziert (vgl. Priester, DB 1993, 1173, 1175 f.) und erst recht nicht entsprechend den Grundsätzen der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung (BGHZ 109, 55 "Lagergrundstück I"; zur Sacheinlagefähigkeit vgl. BGHZ 144, 290, 294; Sen.Urt. v. 14. Juni 2004 - II ZR 121/02, ZIP 2004, 1642) behandelt werden (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 16. Aufl. § 32a Rdn. 36; Lutter/Hommelhoff aaO §§ 32 a/b Rdn. 154; Scholz/K. Schmidt aaO §§ 32 a, b Rdn. 143; Roth/Altmeppen, GmbHG 5. Aufl. § 32 a Rdn. 218; a.A. Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff aaO § 32 a Rdn. 169), zumal dies zu dem inakzeptablen Ergebnis einer Verpflichtung des Gesellschafters zu vertragsgemäßer Fortsetzung seiner Tätigkeit ohne Entgelt-

anspruch führen würde (vgl. Fastrich aaO). Nicht ausgeschlossen ist aber, dass ein stehen gelassener Vergütungsanspruch eigenkapitalersetzenden Charakter erlangen kann (vgl. Fastrich aaO; Scholz/K. Schmidt aaO §§ 32 a, b Rdn. 143 i.V.m. Rdn. 131). Das lässt sich im vorliegenden Fall nicht ausschließen, aber anhand der spärlichen Feststellungen des Landgerichts nicht abschließend beurteilen.

25 2. Nach dem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag der Klägerin soll die Schuldnerin seit Januar 2001 in einer zunehmenden Krise und Ende Juli 2001 in Höhe von 549.000,00 € bilanziell überschuldet gewesen sein. Spätestens ab Mai 2001 sei sie nicht mehr kreditwürdig gewesen. Offenbar wurden Rechnungen der Beklagten von der Schuldnerin schleppend und unter Überschreitung der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, was die Beklagte geschehen ließ. Dadurch können Zahlungsansprüche der Beklagten nach den von dem Senat entwickelten Rechtsprechungsregeln (BGHZ 90, 370, 376) in Eigenkapitalersatz umqualifiziert worden sein, mit der Folge, dass die verspäteten Zahlungen der Schuldnerin gegen § 30 GmbHG in analoger Anwendung verstießen und von der Klägerin entsprechend § 31 GmbHG zurückgefordert werden können. Darüber hinaus übersieht das Landgericht, dass die Beklagte ab Kriseneintritt entsprechend § 321 BGB berechtigt gewesen wäre, ihre Vorleistungen zu verweigern, Sicherheiten zu verlangen oder auf sofortiger Barzahlung zu bestehen, und schon die Unterlassung derartiger Maßnahmen zur Umqualifizierung der Vergütungsansprüche in Eigenkapitalersatz führen kann.

26 3. Der Anwendung der oben genannten Eigenkapitalersatzregeln auf den vorliegenden Fall steht nicht entgegen, dass durch das am 1. November 2008 in Kraft getretene MoMiG vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) die §§ 32 a, b GmbHG a.F. aufgehoben (Art.1 Nr. 22 MoMiG), ihr Regelungsgehalt (teilweise gleichlautend) in das Insolvenzrecht verlagert (Art. 9 Nr. 5, 6, 8, 9 MoMiG)

und die so genannten Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG a.F. analog) durch das neu eingefügte "Nichtanwendungsgesetz" des "§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F. (Art. 1 Nr. 20 MoMiG) ebenfalls aufgehoben worden sind. Diese Neuregelungen finden, wie der Senat jüngst entschieden hat (Urteil vom 26. Januar 2009 - II ZR 260/07, z.V.b.) auf Altfälle wie den vorliegenden keine Anwendung. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

27 III. Da es an den erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen für eine abschließende Beurteilung der Sache fehlt und den Parteien gemäß § 139 Abs. 2 ZPO Gelegenheit gegeben werden muss, zu den auch von ihnen zum Teil verkannten Gesichtspunkten in tatsächlicher Hinsicht vorzutragen, ist die

Sache nicht entscheidungsreif. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die noch erforderlichen Feststellungen, ggf. nach ergänzendem Parteivortrag, zu treffen.

Goette Kraemer Strohn

Caliebe Reichart

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 17.03.2006 - 103 O 29/05 -
KG Berlin, Entscheidung vom 23.04.2007 - 23 U 75/06 -