BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 12/08

Verkündet am:
22. März 2010
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

ADCOCOM

EGGmbHG § 3 Abs. 4; GmbHG §§ 19 Abs. 4, 30, 31, 56

a) Die in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordnete rückwirkende Anwendung von § 19 Abs. 4 GmbHG i.d.F. des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

b) Die Anrechnung des Wertes der verdeckt eingelegten Sache auf die fortbestehende Bareinlageverpflichtung nach § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG darf im Fall der verdeckten gemischten Sacheinlage nicht zu Lasten des übrigen Gesellschaftsvermögens gehen. Daher ist vor einer Anrechnung von dem tatsächlichen Wert der eingelegten Sache der Betrag abzuziehen, der von der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen über den Nominalbetrag der Bareinlage hinaus als Gegenleistung (hier: Kaufpreis für Lizenzen) aufgewendet worden ist.

c) Bestand oder entsteht im Zeitpunkt einer verdeckten gemischten Sachkapitalerhöhung eine Unterbilanz oder war die Gesellschaft sogar bilanziell überschuldet, können auf den Teil der Gegenleistung der Gesellschaft, der den Nominalbetrag der Bareinlage übersteigt, §§ 30, 31 GmbHG Anwendung finden.

BGH, Urteil vom 22. März 2010 - II ZR 12/08 - OLG Celle
LG Hildesheim

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Strohn, Caliebe, Dr. Reichart und Bender

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 9. Januar 2008 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 Beklagte war die Alleingesellschafterin der damals noch unter H. GmbH firmierenden AdCoCom GmbH (künftig: Schuldnerin). Sie beabsichtigte Anfang des Jahres 2003, ihren Geschäftsanteil im Zuge eines "management buy-out" an die Geschäftsleitung der Schuldnerin zu veräußern, die ihrerseits die Schuldnerin mit Unterstützung der W. mbH (künftig: W.) weiterführen wollte.

2 Am 12. Februar 2003 stellte die W. verschiedene Bedingungen für eine Investition in die Schuldnerin. Am gleichen Tag fasste die Beklagte den Beschluss, 3 Millionen € in die Kapitalrücklage der Schuldnerin einzuzahlen. In einem "Letter of Intent" vom 14. Februar 2003 an die Schuldnerin, dessen Inhalt im Wesentlichen den Forderungen der W. entsprach und den sie zur Grundlage ihres weiteren Vorgehens machte, führte die Beklagte unter anderem aus:

"...

3. Zum Zwecke der Übertragung des Kaufobjektes [gemeint: zur Vorbereitung der Übernahme des Geschäftsanteils an der Schuldnerin durch deren Geschäftsleitung] wird ... [die Beklagte] folgende Maßnahmen treffen:

3.1 Ablösung der Bank-Darlehen der ... [Schuldnerin] bei der D. Bank und der C. bank in H. in Höhe von insgesamt **Euro 2.556.459,40** durch ein von ... [der Beklagten] gewährtes Gesellschaftsdarlehen;

3.2 Aufstockung des Stammkapitals der ... [Schuldnerin] auf 1.000.000,00 Euro (derzeit 260.758,86 Euro) durch ... [die Beklagte];

3.3 Einzahlung von 3.000.000,00 Euro in die Kapitalrücklage durch ... [die Beklagte];

3.4 Verkauf der Rechte an den Produkten für 3.990.000,00 Euro an ... [die Schuldnerin];

3.5 Übernahme der laufenden Kosten der ... [Schuldnerin] für die Monate Januar und Februar 2003 bis zu einer Höhe von 700.000,00 Euro.

Die Verrechnung erfolgt auf der Grundlage des bestehenden Dienstleistungsvertrages. Der Dienstleistungsvertrag wird im gegenseitigen Einvernehmen zum 28.02.2003 beendet. Ab jenem Datum entstehen keinerlei weitere gegenseitige Verpflichtungen aus diesem Dienstleistungsvertrag.

Die Zahlung erfolgt innerhalb von 14 Tagen nach Rechnungslegung;

3.6 Verkauf der Fertig- und Handelswaren, die das H. Label tragen, am 18. Februar 2003 zum Transferpreis von **1.113.092,03 Euro** gemäß der Auflistung in Anlage 1. Die Zahlung erfolgt innerhalb von 14 Tagen nach Lieferung und nach Beurkundung des Kaufvertrages;

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

3.7 ... [die Beklagte] wird unmittelbar nach Inkrafttreten des Kaufvertrages auf folgende Forderungen verzichten:

• Bestehendes Gesellschaftsdarlehen:	700.000,00 Euro
• Gesellschaftsdarlehen gem. Ziff. 3.1:	2.556.459,40 Euro
• Bestehende Forderungen gegenüber ... [der Schuldnerin]:	397.480,04 Euro
• Abzüglich Verbindlichkeiten von ... [der Beklagten] gegenüber ... [der Schuldnerin]:	(459.940,14 Euro)
• TOTAL	3.193.999,30 Euro

Bereits beglichene Forderungen und Verbindlichkeiten werden entsprechend verrechnet ... ."

3 Am 19. Februar 2003 zahlte die Beklagte auf ein debitorisches Konto der Schuldnerin 739.241,14 € mit dem Verwendungszweck "Aufstockung Stammkapital auf 1 Mio." und weitere 3 Millionen € mit dem Verwendungszweck "Einzahlung in die Kapitalrücklage" ein. Am 20./21. Februar 2003 schlossen die Beklagte und die Schuldnerin einen Kaufvertrag über Sachen und Rechte der Beklagten (künftig: "Lizenzen") zu einem Nettokaufpreis von 3,99 Millionen €. Dieser Wert war Ende 2002 in einem Bewertungsgutachten im Auftrag der Beklagten von der P. GmbH auf der Grundlage der Reproduktionskosten ermittelt worden. Am 24. Februar 2003 fasste die Beklagte den Beschluss, das Stammkapital der Schuldnerin um 739.241,14 € auf 1 Million € zu erhöhen. Am gleichen Tag überwies die Schuldnerin der Beklagten 3,99 Millionen € mit dem Verwendungszweck "Kaufpreis Lizenzen". Das Konto der Schuldnerin schloss am 24. Februar 2003 mit einem Minus.

4 Die Beklagte erfüllte auch die übrigen im "Letter of Intent" übernommenen Verpflichtungen gegenüber der Schuldnerin und veräußerte und übertrug sodann am 4. März 2003 ihren Geschäftsanteil von 1 Million € für 1,00 € "mit Wirkung zum 1. Januar 2003" an die Geschäftsleitung der Schuldnerin. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde auf Antrag vom 11. November 2004 am

1. Januar 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt.

5 Der Kläger hat die Beklagte auf nochmalige Leistung ihrer Einlage und auf Erstattung der in die freie Kapitalrücklage geleisteten Zahlung nach §§ 30, 31 GmbHG, hilfsweise aus dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung in Höhe von insgesamt 3.739.241,41 € in Anspruch genommen. Er hat u.a. behauptet, die Schuldnerin sei Ende 2002 überschuldet und die Lizenzen seien wertlos gewesen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision des Klägers hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

7 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

8 Eine (nochmalige) Zahlung von 739.241,14 € könne der Kläger nach den Grundsätzen der Kapitalaufbringung nicht beanspruchen, weil die gegenzurechnenden Leistungen der Beklagten zusammengenommen die Qualifikation der Einlageleistung der Beklagten als verdeckte Sacheinlage ausschlössen. Die

Zahlung von weiteren 3 Millionen € sei keine Umgehung der Vorschriften über die Kapitalaufbringung und auch keine eigenkapitalersetzende Leistung der Beklagten. Ansprüche des Klägers nach §§ 30, 31 GmbHG kämen nicht in Betracht, wobei der Vortrag des Klägers zu einer Überschuldung der Schuldnerin bereits Ende 2002 nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen sei. Ansprüche aus gesellschafterlicher Treuepflichtverletzung und aus Insolvenzanfechtung bestünden nicht.

9 II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10 A. Rechtsfehlerhaft ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe auf die am 24. Februar 2003 beschlossene Kapitalerhöhung die versprochene Bareinlage geleistet. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass die Beklagte mit dem Beschluss und seiner Umsetzung in Gestalt der Einzahlung des beschlossenen Erhöhungsbetrages ihr Vorhaben verdeckt hat, unter Umgehung der Sacheinlagevorschriften die Lizenzen in die Schuldnerin einzubringen.

11 1. Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage beschlossen/vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Verwendungsabsprache einen Sachwert erhalten soll (Senat, BGHZ 182, 103 Tz. 10 - CASH POOL II; BGHZ 180, 38 Tz. 8 - QIVIVE; BGHZ 175, 265 Tz. 10 - RHEINMÖVE; BGHZ 173, 145 Tz. 14 - LURGI I; BGHZ 170, 47 Tz 11; BGHZ 166, 8 Tz. 11 - CASH POOL I; BGHZ 155, 329, 334; Sen.Urt. v. 1. Februar 2010 - II ZR 173/08, ZIP 2010, 423 Tz. 15, z.V.b. in BGHZ - EUROBIKE; v. 11. Februar 2008 - II ZR 171/06, ZIP 2008, 643 Tz. 12).

Diese vom Senat entwickelte Definition der verdeckten Sacheinlage hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) übernommen (Senat, BGHZ 180 aaO - QIVIVE; Sen.Urt. v. 1. Februar 2010 aaO; Bormann/Urlichs in Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG 2008 S. 37, 39; Pentz, GmbHR 2009, 505, 507 f.). Bei einer Ein-Personen-Gesellschaft tritt an die Stelle der Verwendungsabsprache ein entsprechendes Vorhaben des Alleingesellschafters (Sen.Urt. v. 11. Februar 2008 - II ZR 171/06, ZIP 2008, 643 Tz. 12; Pentz in Festschrift K. Schmidt 2009, S. 1265, 1270 f.). Dass der für den eingelegten Gegenstand vereinbarte Preis den Betrag der Einlageverpflichtung wesentlich übersteigt, ändert an der Anwendung der für Sacheinlagen geltenden Regelungen auf das gesamte Rechtsgeschäft nichts, wenn eine kraft Parteivereinbarung unteilbare Leistung in Rede steht (Senat, BGHZ 175 aaO Tz. 14 - RHEINMÖVE; BGHZ 173 aaO Tz. 15 - LURGI I; BGHZ 170 aaO Tz. 17).

12 2. Gemessen daran lag hier eine verdeckte (gemischte) Sacheinlage vor.

13 a) Das Vorhaben der Beklagten im Zuge der Kapitalerhöhung war entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auf das verdeckte Einbringen einer Sacheinlage gerichtet. Die Beklagte hat den wirtschaftlich einheitlichen Vorgang einer Sacheinbringung in zwei rechtlich getrennte Geschäfte aufgeteilt, bei denen der Gesellschaft zwar formal Bargeld als Einlage zugeführt, dieses jedoch im Zusammenhang mit einem zweiten Rechtsgeschäft gegen die Zuführung der Lizenzen zurückgewährt wurde, die ihrerseits von vornherein als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht werden konnten und mussten.

14 Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats sind schuldrechtliche Absprachen zwischen dem Inferenten und der Gesellschaft über die Verwendung der Einlagemittel bei der Kapitalerhöhung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung zwar grundsätzlich nicht verboten, aber dann schädlich, wenn sie dazu bestimmt sind, die eingezahlten Mittel wieder an den Inferenten zurückfließen zu lassen (Senat, BGHZ 171, 113 Tz. 10; BGHZ 153, 107, 110). Die Feststellung eines schädlichen, auf einen Rückfluss gerichteten Vorhabens unterliegt zwar tatrichterlicher Würdigung (Senat, BGHZ 166, 8 Tz. 13 ff. - CASH POOL I; Sen.Urt. v. 11. Februar 2008 - II ZR 171/06, ZIP 2008, 643 Tz. 11; Sen.Beschl. v. 15. Oktober 2007 - II ZR 263/06, ZIP 2008, 1281 Tz. 4). Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, insbesondere seine Auffassung, die Ausführungen der Beklagten im "Letter of Intent" vom 14. Februar 2003 bzw. der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Leistung der Einlage und dem Kaufvertrag über die Lizenzen und der damit verbundenen Rückführung des Einlagebetrages begründeten keinen Anhaltspunkt für eine verdeckte Sacheinlage, diese sei vielmehr im Hinblick auf die "Vorgänge in ihrer aufeinander bezogenen Gesamtheit" ausgeschlossen, beruht jedoch, wie die Revision zu Recht rügt, einerseits auf einer grundlegenden Verkennung der Anforderungen der gefestigten Senatsrechtsprechung und zudem auf einer unvollständigen Würdigung des Sachvortrags des Klägers. Mit seiner Wertung hat sich das Berufungsgericht nicht nur in Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Senats gesetzt, wonach schon der hier gegebene enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Einzahlung des Einlagebetrages und dem Rückfluss des Geldes die Vermutung begründet, die (objektive) Umgehung der Sachkapitalaufbringungsregeln sei von Anfang an in Aussicht genommen worden (Senat, BGHZ 175, 265 Tz. 13 - RHEINMÖVE; BGHZ 166, 8 Tz. 13 - CASH POOL I; BGHZ 153, 107, 109). Das Berufungsgericht hat vor allem verkannt, dass darüber hinaus bereits der Inhalt des "Letter of Intent" (s. hierzu

BGH, Urt. v. 2. Dezember 1999 - IX ZR 415/98, ZIP 2000, 72, 73), vor allem aber der Umstand, dass ausweislich der von der Beklagten in Auftrag gegebenen gutachterlichen Stellungnahme der P.

GmbH vom 9. Dezember 2002 seitens der Beklagten zu diesem Zeitpunkt geplant war, die Lizenzen - damals im Rahmen der Veräußerung der Mehrheitsbeteiligung der Beklagten - im Wege einer Sachkapitalerhöhung in die Schuldnerin einzubringen, ein Vorhaben der Alleingesellschafterin im Sinne einer verdeckten (gemischten) Sacheinlage eindeutig belegen.

15 b) Anders, als das Berufungsgericht gemeint hat, kann die verdeckte (gemischte) Sacheinlage und die daraus folgende Nichterfüllung der Bareinlageverpflichtung durch die Zahlung vom 19. Februar 2003 nicht wegen der weiteren im „Gesamtpaket" versprochenen und zeitlich nach dem 24. Februar 2003 auch tatsächlich geleisteten Zahlungen der Beklagten verneint werden. Das Berufungsgericht hat dabei nicht nur das auf eine verdeckte Sacheinlage gerichtete Vorhaben mit einer nachträglichen Tilgung der Bareinlagepflicht vermischt. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung, auch nicht eine nachträgliche Erfüllung der Bareinlageverpflichtung.

16 Nach der Rechtsprechung des Senats ist zwar die nachträgliche Erfüllung der Einlageverbindlichkeit durch eine spätere Leistung möglich (Senat, BGHZ 165, 113, 117; BGHZ 165, 352, 356 ff.; Sen.Urt. v. 12. Juni 2006 - II ZR 334/04, ZIP 2006, 1633 Tz. 13). Das setzt jedoch voraus, dass spätere Zuflüsse sich objektiv eindeutig, mithin zweifelsfrei der fortbestehenden Einlageverpflichtung zuordnen lassen (Senat, BGHZ 166, 8 Tz. 24 - CASH POOL I; Sen.Beschl. v. 15. Oktober 2007 - II ZR 263/06, ZIP 2008, 1281 Tz. 6; BGHZ 165, 113, 117). Das Gegenteil ist hier der Fall. Die späteren Zahlungen der Be-

klagten dienten aufgrund der mit ihnen verbundenen, vom Berufungsgericht selbst festgestellten Tilgungsbestimmungen vielmehr eindeutig und zweifelsfrei anderen Zwecken als der nachträglichen Erfüllung der Bareinlagepflicht.

17 3. Da das Berufungsgericht zu Unrecht das Vorliegen einer verdeckten (gemischten) Sacheinlage verneint hat, kommt es nicht mehr darauf an, dass das Berufungsurteil selbst bei zutreffender Ablehnung der verdeckten Sacheinlage der Aufhebung unterlegen hätte, weil das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, die von seinem Rechtsstandpunkt aus erforderliche Prüfung der Wirksamkeit der Einzahlung vom 19. Februar 2003 auf ein debitorisches Konto der Schuldnerin vor Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses - ebenfalls - fehlerhaft unterlassen hat.

18 B. Aufgrund des Rechtsfehlers der Verkennung einer verdeckten (gemischten) Sacheinlage unterliegt das Berufungsurteil in Höhe von 739.241,41 € der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO); die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht selbst abschließend in der Sache entscheiden, weil der Erfolg der Klage auf Zahlung der versprochenen Bareinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG i. d. F. des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) von dem - vom Berufungsgericht nicht festgestellten - Wert der verdeckt eingebrachten Lizenzen abhängt.

19 1. Nach § 56 Abs. 2, § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG, § 3 Abs. 4 EGGmbHG in der mit Inkrafttreten des MoMiG maßgeblichen Fassung ist auf die wegen Umgehung der Sacheinlagevorschriften fortbestehende Bareinlagepflicht der Beklagten (§ 19 Abs. 4 Satz 1, 3 GmbHG) der Wert der Lizenzen zu dem in § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG bezeichneten Zeitpunkt anzurechnen. Die in § 3

Abs. 4 EGGmbHG angeordnete rückwirkende Anwendung des § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. (Senat, BGHZ 179, 249 Tz. 21 - GUT BUSCHOW) bezieht sich auch auf Kapitalerhöhungen (Habersack, GWR 2010, 107, 109).

20 2. Der Senat vermag nicht die Überzeugung zu gewinnen, dass die in § 3 Abs. 4 GmbHG angeordnete rückwirkende Anwendung des § 19 Abs. 4 GmbHG gegen Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG und das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot verstößt.

21 a) § 3 Abs. 4 EGGmbHG berührt den Schutzbereich des Artikels 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Eigentum im Sinne des Artikels 14 Abs. 1 GG ist sowohl das dingliche Recht an einer Sache als auch eine Forderung (BVerfGE 112, 93, 107; 83, 201, 208 f.; 68, 193, 222). Unter den Schutz des Eigentumsgrundrechts fallen im Bereich des Privatrechts grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf (BVerfGE 101, 239, 258; 83, 201, 209).

22 aa) In den Schutzbereich einbezogen sind damit Forderungen im Zusammenhang mit einer verdeckten Sacheinlage und das Eigentum bzw. die Inhaberschaft an dem verdeckt eingebrachten Gegenstand.

23 bb) Von § 3 Abs. 4 EGGmbHG nicht berührt wird hingegen der aufschiebend bedingte prozessuale Erstattungsanspruch (§ 91 ZPO) der auf Leistung der Bareinlage klagenden Gesellschaft im Falle der (ursprünglichen) Werthaltigkeit des verdeckt eingebrachten Gegenstands. Denn die Gesellschaft kann in solchen Fällen weiter eine ihr günstige Kostenfolge dadurch erreichen, dass sie

den Rechtsstreit für erledigt erklärt (Bormann/Urlichs in Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 42; Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis Rdn. 103; Nagel/Meder, ZInsO 2009, 944, 951 f.; Pentz, GmbHR 2009, 126, 130; s. zur verfassungsrechtlichen Unbeachtlichkeit dieser "Nebenfolge" auch BVerfGE 72, 302, 327).

24 b) § 3 Abs. 4 EGGmbHG stellt keine Enteignung dar, sondern greift im Sinne einer Inhalts- und Schrankenbestimmung in das Eigentum der Gesellschaft und des Inferenten ein.

25 aa) Aus § 3 Abs. 4 EGGmbHG folgt keine Enteignung nach Artikel 14 Abs. 3 GG, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Artikel 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Enteignung ist der staatliche Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen. Ihrem Zweck nach ist sie auf die vollständige oder partielle Entziehung konkreter subjektiver, durch Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet (BVerfGE 101, 239, 259; 79, 174, 191, 52, 1, 27; Badenhop, ZInsO 2009, 793, 797). Demgegenüber geht es bei der Regelung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG um die rechtliche Korrektur von Erwerbsvorgängen mit dem Ziel, divergierende private Interessen zu einem Ausgleich zu bringen.

26 bb) Die mit § 3 Abs. 4 EGGmbHG verbundene Inhalts- und Schrankenbestimmung wirkt im Verhältnis zur Gesellschaft (1) und zum Inferenten (2).

27 (1) § 3 Abs. 4 EGGmbHG greift einerseits in die Einlageforderung der Gesellschaft ein, indem er anordnet, dass bei verdeckten Sacheinlagen, die vor dem 1. November 2008 vereinbart und durchgeführt worden sind und bei denen über die - nach altem Recht infolge Unwirksamkeit der der Einbringung zugrun-

de liegenden Geschäfte bestehenden - Ansprüche noch nicht rechtskräftig entschieden oder eine wirksame Vereinbarung getroffen worden ist, der Wert der Sacheinlage auf die Einlageforderung der Gesellschaft anzurechnen ist. Das ergibt zwar nicht der Wortlaut des § 3 Abs. 4 EGGmbHG, folgt aber aus dem Umstand, dass § 3 Abs. 4 EGGmbHG auf den gesamten § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. und damit auch auf § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG Bezug nimmt (anders im Sinne einer teleologischen verfassungskonformen Reduktion Badenhop, ZInsO 2009, 793, 802; Heinze, GmbHR 2008, 1065, 1073; im Falle von Zwischenverfügungen zugunsten eines Dritten auch Pentz in Festschrift K. Schmidt 2009 S. 1265, 1284/1286).

28 Damit wird der Gesellschaft die nach altem Recht vor dem 1. November 2008 bestehende, durch Artikel 14 Abs. 1 GG geschützte Bareinlageforderung im Umfang der Werthaltigkeit der eingebrachten Sacheinlage rückwirkend entzogen, wobei dahinstehen kann, wie die von § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. angeordnete Anrechnung dogmatisch einzuordnen ist. Zudem vernichtet § 3 Abs. 4 EGGmbHG im Umfang der Anrechnung eine aus § 20 GmbHG resultierende Zinsforderung (zur Rückwirkung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG Goette, WPg 2008, 231, 234; Bormann/Urlichs in Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008 S. 37, 41; Fuchs, BB 2009, 170, 173; Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009 Rdn. 100).

29 (2) § 3 Abs. 4 EGGmbHG ordnet andererseits auch die Wirksamkeit der auf die Überlassung der verdeckten Sacheinlage gerichteten Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte ex tunc neu. Indem er deren Wirksamkeit anordnet, greift er in bestehende Forderungen der Gesellschaft und (Eigentums-)Rechte des Inferenten aus der Rückabwicklung der nach altem Recht unwirksamen Rechtsgeschäfte ein. Nach seinem Wortlaut regelt § 3 Abs. 4 EGGmbHG zwar

(nur) die Rückwirkung der gesellschaftsrechtlichen Erfüllungswirkung der Einlageleistung. Der untrennbare Zusammenhang zwischen dem Schicksal der Einlageforderung und den die verdeckte Sacheinlage betreffenden Rechtsgeschäften erfordert es aber, § 3 Abs. 4 EGGmbHG entsprechend auszulegen, weil der Gesellschafter sonst die durch Anrechnung "verbrauchte" Sacheinlage nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative, § 985 BGB herausverlangen könnte (ebenso Nagel/Meder, ZInsO 2009, 944, 946 Fn. 18). Dass der Gesetzgeber Anrechnung und Wirksamkeit der auf die verdeckte Sacheinlage bezogenen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfte parallel behandelt sehen wollte, folgt zudem aus der als vom Gesetzgeber übernommen zu behandelnden Begründung des Rechtsausschusses zu dem parallel zu § 3 Abs. 4 EGGmbHG gestalteten § 20 Abs. 7 EGAktG (BT-Drucks. 16/13098, S. 42).

30 c) Die mit § 3 Abs. 4 EGGmbHG verbundene Inhalts- und Schrankenbestimmung ist gerechtfertigt.

31 aa) Allerdings genügt zur Rechtfertigung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG nicht allein die Behauptung, das bis zum Inkrafttreten des MoMiG geltende Recht sei unklar oder verworren gewesen. Davon ging schon der Gesetzgeber des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4. Juli 1980 (BGBl. I S. 836) nicht aus (so richtig Badenhop, ZInsO 2009, 793, 796). Zwar wurde der im damaligen Regierungsentwurf enthaltene § 5 b Abs. 2 GmbHG-E, der im Wesentlichen mit § 27 Abs. 3 AktG in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2479) geltenden Fassung übereinstimmte und der mit dem Hinweis begründet wurde, sein Gehalt entspreche "weitgehend [...] der Auslegung, die schon das GmbH-Gesetz erfahren" habe (BT-Drucks. 8/1347,

S. 30), nicht in das GmbH-Gesetz übernommen. Der Rechtsausschuss des Bundestages, auf den die Streichung zurückging, begründete dies in seiner Beschlussempfehlung und seinem Bericht aber ausdrücklich damit, er sehe "kein gesetzliches Regelungsbedürfnis, da sie [gemeint: die Neuregelungen] inhaltlich bereits weitgehend dem geltenden Recht" entsprächen (BT-Drucks. 8/3908, S. 69 f.). Auf dieses Vorverständnis des Gesetzgebers nahm der Senat in seiner Grundsatzentscheidung vom 7. Juli 2003 zur analogen Anwendung des § 27 Abs. 3 AktG a.F. im GmbH-Recht ausdrücklich Bezug (BGHZ 155, 329, 338). Die Rechtslage war vor und nach der Grundsatzentscheidung des Senats - wie vom Gesetzgeber 1980 richtig gesehen - eindeutig. Der Fall liegt damit wesentlich anders als die Sachlage bei Inkrafttreten der §§ 1 und 2 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften vom 20. Februar 1980 (BGBl. I S. 157), mit dem der Gesetzgeber - vom Bundesverfassungsgericht gebilligt (BVerfGE 72, 302 ff.) - eine von großer Verunsicherung begleitete Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs korrigierte.

32 bb) Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG genügt auch nicht der Hinweis, die Regelung sei am - großzügigeren - Maßstab einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gemessen unbedenklich (so aber Wedemann, GmbHR 2008, 1131, 1133 Fn. 14; mit diesem Ansatz sympathisierend Bormann, GmbHR 2007, 897, 900 f.; Hein/Suchan/Geeb, DStR 2008, 2289, 2296; Nagel/Meder, ZInsO 2009, 944, 949). § 3 Abs. 4 EGGmbHG unterliegt der Prüfung am Maßstab von in das Eigentumsrecht eingreifenden Gesetzen, nicht am Maßstab einer Änderung der Rechtsprechung *(richtig* Badenhop, ZInsO 2009, 793, 796; Felke, GmbH-StB 2009, 17, 19; Pentz, GmbHR 2009, 505, 506*).* Selbst dann, wenn - was nicht der Fall ist - die Prämisse zuträfe, dass die Kernaussagen über die Behandlung verdeckter Sacheinlagen im Recht der GmbH "lediglich" auf der

Entscheidung des Senats vom 7. Juli 2003 (BGHZ 155, 329 ff.) beruhten, käme es doch nicht auf den geänderten Gegenstand (Rechtsprechung des Senats), sondern ausschließlich auf die diese ändernde Maßnahme an (zutreffend Badenhop, ZInsO 2009, 793, 796; Fuchs, BB 2009, 170, 174). Insoweit gilt für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 4 EGGmbHG derselbe Maßstab wie für § 20 Abs. 7 EGAktG, der die identischen Rückwirkungsfolgen für § 27 AktG anordnet. Im Übrigen schließen § 19 Abs. 4 GmbHG n.F. (hier in Verbindung mit § 56 Abs. 2 GmbHG), § 3 Abs. 4 EGGmbHG nicht (lediglich) eine bestimmte Interpretation fortbestehender Vorschriften durch die Rechtsprechung aus, sondern ändern rückwirkend die in § 19 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 5 GmbHG a.F. angeordnete gesetzliche Rechtsfolge in Bezug auf die Bareinlageverpflichtung (Felke, GmbH-StB 2009, 17, 19).

33 cc) § 3 Abs. 4 EGGmbHG entspricht dem Gebot eines gerechten Interessenausgleichs und damit den Kriterien einer zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung sowohl im Verhältnis zur Gesellschaft als auch zum Inferenten.

34 (1) Der Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmende Gesetzgeber genießt keine unbeschränkte Gestaltungsfreiheit (BVerfGE 101, 239, 259; 95, 64, 84). Vielmehr muss er bei der Verwirklichung seines Regelungsauftrags die Anerkennung des Privateigentums in Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG beachten und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten (BVerfGE 101, 239, 259; 74, 203, 214; 14, 263, 278). Er ist, wenn er von der Ermächtigung zur Inhalts- und Schrankenbestimmung Gebrauch macht, insbesondere verpflichtet, die Interessen der Beteiligten zu einem gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen (BVerfGE 101, 239, 259; 95, 48, 58). Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung steht mit der verfassungsrechtlichen

Vorstellung eines sozialgebundenen Privateigentums nicht in Einklang (BVerfGE 101, 239, 259; 52, 1, 29).

35 (2) Diesen Anforderungen wird die Regelung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG gerecht. Indem § 3 Abs. 4 EGGmbHG Rechtsgeschäften Wirksamkeit verleiht, deren fehlende rechtliche Anerkennung aus der Sicht der handelnden Personen nicht ohne weiteres erkennbar war, schafft er Rechtssicherheit (so auch die Begründung zu § 20 Abs. 7 EGAktG n.F., BT-Drucks. 16/13098, S. 42). In dem Umfang, in dem wegen der Werthaltigkeit der vom Inferenten eingebrachten Sache zwar formelle, dem präventiven Gläubigerschutz dienende Vorschriften über die Sachkapitalaufbringung oder -erhöhung verletzt sind, die Gesellschaft aber den ihr versprochenen Vermögenswert zugewandt erhalten hat, musste der Gesetzgeber dem Formverstoß gegen Sachgründungs- oder Sachkapitalerhöhungsvorschriften nicht weiterhin das ihm bis dahin beigelegte Gewicht geben, sondern durfte für maßgeblich erachten, dass die Gesellschaft tatsächlich einen Vermögenswert erhalten hat. Wenn er entgegen der bisherigen Rechtslage dem präventiven Schutz weniger Bedeutung beimessen und an den Formalverstoß nicht mehr die Unwirksamkeitsfolge der der Einbringung zugrunde liegenden Geschäfte knüpfen, sondern - in Gestalt der Anrechnung - die tatsächliche Wertzuführung für entscheidend halten wollte, hat er damit seine Gestaltungsbefugnis nicht überschritten.

36 dd) § 3 Abs. 4 EGGmbHG verletzt auch nicht das im Gewährleistungsbereich des Artikels 14 Abs. 1 GG zu berücksichtigende Vertrauensschutzprinzip. Er enthält insbesondere keine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung.

37 (1) § 3 Abs. 4 EGGmbHG beinhaltet eine verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässige unechte Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung.

38 Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet (BVerfGE 101, 239, 263). § 3 Abs. 4 EGGmbHG greift in gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen ein, indem er die von den Beteiligten gewollte, aber wegen der Unwirksamkeitsfolgen des alten Rechts noch nicht gelungene Kapitalaufbringung oder -erhöhung neu regelt. Bei der Bestimmung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs (Abgrenzung unechte - echte Rückwirkung) ist dabei nicht auf die in der Vergangenheit abgeschlossenen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte abzustellen, deren Wirksamkeit § 3 Abs. 4 EGGmbHG ebenso beeinflusst wie die aus ihnen resultierenden Ansprüche. Abzustellen ist vielmehr im Sinne einer Gesamtbetrachtung auf den einheitlichen Lebenssachverhalt der Kapitalaufbringung bzw. -erhöhung, der bis zur Einführung der Anrechnungslösung in den von § 3 Abs. 4 EGGmbHG erfassten Fällen wegen der fehlenden Erfüllungswirkung der einzelnen Geschäfte nicht abgeschlossen war (so auch Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG 17. Aufl. § 19 Rdn. 110; Seibt in Scholz, GmbHG 10. Aufl. § 3 EGGmbHG Rdn. 8).

39 (2) Der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG als einer Regelung mit unechter Rückwirkung stehen der Grundsatz des Vertrauensschutzes und das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht entgegen.

40 (a) Zwar können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese

Grenzen sind aber erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (BVerfGE 116, 96, 132; 101, 239, 263; 95, 64, 86). Bei Gesetzen mit unechter Rückwirkung bzw. tatbestandlicher Rückanknüpfung wird den allgemeinen Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit kein genereller Vorrang vor dem jeweils verfolgten gesetzgeberischen Anliegen eingeräumt. Denn die Gewährung vollständigen Schutzes zu Gunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten demokratischen Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen (BVerfGE 105, 17, 40). Es muss dem Gesetzgeber möglich sein, Normen, die auch in erheblichem Umfang an in der Vergangenheit liegende Tatbestände anknüpfen, zu erlassen und durch Änderung der künftigen Rechtsfolgen dieser Tatbestände auf veränderte Gegebenheiten zu reagieren (BVerfGE 76, 256, 348).

41 (b) Die dem Gesetzgeber bei der Anordnung einer unechten Rückwirkung gezogenen Grenzen sind hier eingehalten.

42 (aa) Durch die rückwirkende Anrechnung des Wertes der verdeckt eingebrachten Sache auf die Bareinlageforderung und durch die nachträgliche Anerkennung der auf das Einbringen der Sacheinlage bezogenen Rechtsgeschäfte wird keine Vertrauensinvestition nachteilig beeinflusst.

43 In Fällen, in denen die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungs- und des dinglichen Erfüllungsgeschäfts weder von der Gesellschaft noch von dem Inferenten erkannt worden ist, wird durch die rückwirkende Anerken-

nung der Rechtsgeschäfte keine Vertrauensinvestition nachteilig beeinflusst, sondern es werden die von den Beteiligten tatsächlich gewollte Rechtslage bzw. die von ihnen als bereits eingetreten bewerteten Rechtsfolgen hergestellt. Auch unter Geltung der neuen Rechtslage hätten sich die Gesellschafter und der Inferent nicht anders verhalten (siehe zu einer vergleichbaren Konstellation bzw. zu vergleichbaren Überlegungen die Entscheidung BVerfGE 72, 302 ff. zur Verfassungsmäßigkeit der rückwirkenden Heilungsvorschriften im Beurkundungsrecht).

44 Haben hingegen die Gesellschaft und der Inferent um die Unwirksamkeit des von ihnen Gewollten gewusst, sind aber gleichwohl diesen Weg gegangen, verdienen sie erst recht keinen Vertrauensschutz. Es besteht kein schützenswertes Vertrauen in das Scheitern des Gewollten (in diesem Sinne auch Seibt aaO; Bayer aaO).

45 (bb) Die Anrechnungslösung ist auch geeignet und erforderlich, um das vom Gesetzgeber erstrebte Ziel der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit den in der Vergangenheit streitträchtigen und zunehmend als überschießend empfundenen Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage zu erreichen. Das Bestandsinteresse des Inferenten, das Eigentum an einer verdeckt eingebrachten Sache oder die Inhaberschaft an einer verdeckt eingebrachten Forderung zu behalten, ist nach dem Grundsatz widersprüchlichen Verhaltens nicht schutzwürdig. Das Bestandsinteresse der Gesellschaft an einem ungeschmälerten Erhalt der Bareinlageforderung geht dem Interesse des Gesetzgebers an einer Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten über die Werthaltigkeit des Gesellschaftsvermögens bei Gründung oder Kapitalerhöhung nicht vor. Das - schützenswerte - Bestandsinteresse der Gesellschaft am Erhalt ihres Vermögens ist durch die Rechtsänderung nicht berührt, da die verdeckte Leistung nur in dem Umfang angerechnet wird, in dem der Gesellschaft ursprünglich ein werthaltiger

Gegenstand zugeführt wurde. Bei - ganz oder teilweise - fehlender Werthaltigkeit der eingebrachten Sache besteht ihre Bareinlageforderung - ganz oder teilweise - fort. Mehr als den Schutz des Gesamtvermögens der Gesellschaft können auch ein Insolvenzverwalter und die hinter ihm stehende Gläubigergemeinschaft nicht beanspruchen, die keinen von dem der Gesellschaft abgelösten, weiterreichenden Vertrauensschutz genießen. Ein das Bestandsinteresse der Gesellschaft überwiegendes Bestandsinteresse kommt ihnen nicht zu.

46 C. Das Berufungsurteil unterliegt weiter der Aufhebung und Zurückverweisung (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO), soweit das Berufungsgericht die Abweisung der Klage auf Zahlung von weiteren 3 Millionen € durch das Landgericht bestätigt hat. Auch insoweit ist die Sache mangels hinreichender Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zur Endentscheidung reif.

47 1. Noch richtig ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass dem Kläger gegen die Beklagte aus dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung ein Anspruch auf Zahlung eines die übernommene Bareinlagepflicht in Höhe von 739.241,41 € übersteigenden Betrages von weiteren 3 Millionen € nicht zusteht. Bei der Zahlung von 3 Millionen € handelte es sich um eine Zuzahlung der Beklagten im Sinne des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Die Übernahme einer solchen Zuzahlung steht der Übernahme einer Bareinlagepflicht auch dann nicht gleich, wenn die Zuzahlung für die Einbringung einer verdeckten gemischten Sacheinlage verwendet wird, weil ansonsten die Grenze zwischen dem im Handelsregister zu verlautbarenden und deshalb im Interesse der Gesellschaftsgläubiger besonderen Schutzvorschriften unterworfenen Stammkapital und den sonstigen Leistungen der Gesellschafter verwischt würde (OLG München, ZIP 2007, 126, 129; dazu Sen.Beschl. v. 15. Oktober 2007 - II ZR 249/06, ZIP 2008, 26, 27; LG Mainz, ZIP 1986, 1323, 1328; Haberstock, NZG 2008, 220). Die Regelungen

über die Kapitalaufbringung sichern das im Handelsregister verlautbarte Stammkapital. Nur im Umfang dieser Verlautbarung besteht ein schutzwürdiges Interesse der Gläubiger der Gesellschaft an einer realen Kapitalaufbringung. Das gilt, wenn - wie hier - die Leistung als eine solche im Sinne des § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB gekennzeichnet ist, unabhängig davon, auf welchen Konten der Gesellschaft diese Zuzahlungen verbucht werden.

48 2. Auch auf der Grundlage des nunmehr geltenden Rechts hat aber die - schon nach altem Recht rechtsfehlerhaft begründete - Annahme des Berufungsgerichts keinen Bestand, dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Anspruch aus §§ 30, 31 GmbHG auf Zahlung von weiteren 3 Millionen € zu. Vielmehr gebietet der Grundsatz des Kapitalschutzes der Gesellschaft die Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf den den Nominalwert der Kapitalerhöhung übersteigenden Teil des Kaufpreises für die Lizenzen (3,99 Millionen € ./. der auf die Kapitalerhöhung entfallenden 739.241,14 € = 3.250.758,86 €, davon vom Kläger eingeklagt 3 Millionen €), den die Schuldnerin über den Betrag der Einlageleistung hinaus aus ihrem übrigen Vermögen an die Beklagte ausgezahlt hat. Insofern gilt auf der Grundlage des neuen Rechts nichts anderes als bei Austauschgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.

49 a) Da die die Sacheinlage verdeckenden Rechtsgeschäfte nach § 19 Abs. 4 Satz 2 GmbHG nicht mehr unwirksam sind mit der Folge, dass die den Kapitalschutz der Gesellschaft - bislang - gewährleistenden Vorschriften der §§ 812, 818 BGB nicht mehr eingreifen, muss zur Vermeidung einer sonst eintretenden Schutzlücke für das Gesellschaftsvermögen auf die Anwendung der für eine ins Leben getretene GmbH selbstverständlich geltenden §§ 30, 31 GmbHG zurückgegriffen werden. Eine solche Schutzlücke besteht dann, wenn bei einer Unterbilanz oder gar bilanziellen Überschuldung der Gesellschaft das

Gesellschaftsvermögen im Zusammenhang mit der verdeckten Sacheinlage - weiter - dadurch gemindert wird, dass der Wert der eingelegten Sache nicht nur die Bareinlageforderung im Wege der Anrechnung nicht deckt (s. unten III, 1), sondern auch der dafür aus dem Gesellschaftsvermögen zusätzlich erbrachten Gegenleistung (hier: 3.250.758,86 €) wertmäßig (ganz oder teilweise) nicht entspricht. In diesem Fall hat der Inferent durch die an ihn erbrachte Gegenleistung der Gesellschaft zulasten des Gesellschaftsvermögens und damit zulasten der Gesellschaftsgläubiger einen Vorteil erlangt, den er nicht mehr nach §§ 812, 818 BGB - bei Erfüllung der Voraussetzungen dieser Vorschriften - aber nach §§ 30, 31 GmbHG in das Gesellschaftsvermögen zurückerstatten muss (in diesem Sinne schon Senat, BGHZ 68, 191, 198 unter Bezugnahme auf BGHZ 60, 324, 331).

50 b) Der Prüfung eines Anspruchs des Klägers aus §§ 30, 31 GmbHG steht nicht entgegen, dass das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers zu einer Überschuldung der Schuldnerin Ende 2002 nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen hat.

51 aa) Auf den zu Unrecht zurückgewiesenen Vortrag kam es im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts nicht an, weil auf der Grundlage des damals geltenden Rechts Ansprüche aus §§ 30, 31 GmbHG neben Ansprüchen des Klägers aus §§ 812, 818 BGB nicht in Betracht kamen (Senat, BGHZ 174, 370 Tz. 10 f.; BGHZ 173, 145 Tz. 20 - LURGI I; BGHZ 165, 113, 118).

52 bb) Unabhängig davon ist - auch - in diesem Zusammenhang die neue Rechtslage in den Blick zu nehmen. Ist - wie hier - eine während des Revisionsverfahrens eingetretene Rechtsänderung bei der Entscheidung zu berücksichtigen, sind neue Tatsachen, die aufgrund des veränderten Rechts entschei-

dungserheblich geworden sind, sogar im Revisionsrechtszug zu beachten (BGH, Urt. v. 3. Dezember 2009 - III ZR 73/09, juris Tz. 12 m.w.Nachw.). Nichts anderes gilt dann aber für in der Berufungsinstanz vorgetragene Tatsachen, die erst durch die Rechtsänderung erheblich werden.

53 c) Das die Klageabweisung i.H.v. 3 Millionen € bestätigende Berufungsurteil hat keinen Bestand. In der Zahlung des den Nominalwert der Kapitalerhöhung übersteigenden Teils des Kaufpreises an die Beklagte lag, da revisionsrechtlich sowohl von einer bilanziellen Überschuldung der Schuldnerin im Zeitpunkt der Zahlung des Kaufpreises als auch von der Wertlosigkeit der Lizenzen auszugehen ist, eine Leistung, die gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG verstieß. Nach § 30 Abs. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Nach Sinn und Zweck der Kapitalerhaltungsregeln gilt dieses Auszahlungsverbot erst recht, wenn eine Leistung an die Gesellschafter zur bilanziellen Überschuldung führt oder eine bilanzielle Überschuldung vergrößert (Senat, BGHZ 60, 324, 331; Urt. v. 5. Februar 1990 - II ZR 114/89, ZIP 1990, 451, 453; Goette, Die GmbH 2. Aufl. § 3 Rdn. 18).

54 III. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562, 563 Abs. 1 ZPO), damit es - ggf. nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien und Beweiserhebung - die nunmehr noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

55 Für die weitere Behandlung der Sache durch das Berufungsgericht weist der Senat auf Folgendes hin:

56 1. Nach §§ 19 Abs. 4, 56 Abs. 2 GmbHG ist der Wert der verdeckt eingebrachten Sache - hier der Wert der verdeckt eingebrachten Lizenzen - auf die Forderung des Klägers gegen die Beklagte anzurechnen. Das Berufungsgericht wird zum Wert der eingebrachten Lizenzen Feststellungen zu treffen haben, die sich - jedenfalls soweit es um die Anrechnung nach § 19 Abs. 4 GmbHG geht - auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister oder - falls später - auf den Zeitpunkt der Überlassung zu beziehen haben.

57 Sollte das Berufungsgericht nach Beweiserhebung die Überzeugung gewinnen, dass die Lizenzen zwar nicht, wie vom Kläger behauptet, wertlos sind, aber einen dem Kaufpreis entsprechenden Wert von 3,99 Millionen € nicht erreichen, wird es zu berücksichtigen haben, dass die Anrechnung nach §§ 19 Abs. 4, 56 Abs. 2 GmbHG wegen des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung nicht zulasten des übrigen Gesellschaftsvermögens der Schuldnerin gehen darf. Das bedeutet, dass vor einer Anrechnung von dem ermittelten tatsächlichen Wert der Lizenzen der Betrag abzuziehen ist, der von der Schuldnerin über den Nominalwert der Bareinlage hinaus als Kaufpreis für die Lizenzen entrichtet wurde, hier also der Betrag von 3.250.758,86 € (s. dazu Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG 17. Aufl. § 19 Rdn. 77; Veil in Scholz, GmbHG 10. Aufl. § 19 Nachtrag MoMiG Rdn. 33 ff., 45 ff. m.w.Nachw.; Veil/Werner, GmbHR 2009, 729, 735; Bormann/Urlichs in Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008 S. 37, 40; Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht Kap. 4 Rdn. 217 ff.; a.A. Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG 19. Aufl. 2010 § 19 Rdn. 56). Eine Anrechnung auf die Bareinlageforderung findet erst dann statt, wenn und soweit die Lizenzen einen höheren Wert haben als den die Bareinlageforderung übersteigenden Kaufpreisanteil, hier also den Betrag von 3.250.758,86 €.

58 2. Bei der Prüfung von Ansprüchen des Klägers nach §§ 30, 31 GmbHG wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass als verbotene Auszahlung im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG lediglich der den Nominalwert der Kapitalerhöhung übersteigende Teil des Kaufpreises für die Lizenzen von 3.250.758,86 € in Betracht kommt. Der von der Beklagten im Vorgriff auf die verdeckte Sachkapitalerhöhung an die Schuldnerin geleistete Betrag von 739.241,14 € hat insoweit außer Betracht zu bleiben. Würde man dies anders sehen, müsste der Inferent - die übrigen Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG insoweit als erfüllt unterstellt - die Einlageforderung im Ergebnis zweimal leisten. Dieses der früheren Rechtslage wirtschaftlich entsprechende, als unbefriedigend und überschießend empfundene Ergebnis wollte der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG gerade beseitigen. Ansprüche nach §§ 30, 31 GmbHG kommen deshalb nur insoweit in Betracht, als der Kläger weitere 3 Millionen € geltend macht.

59 Ob und in welchem Umfang der Kläger die Beklagte aus §§ 30, 31 GmbHG auf Zahlung in Anspruch nehmen kann, hängt einerseits von dem vom Berufungsgericht zu ermittelnden Wert der Lizenzen und andererseits von dem vom Berufungsgericht aufzuklärenden Ausmaß einer durch die Auszahlung verursachten oder vertieften bilanziellen Überschuldung der Schuldnerin ab.

60 a) Sollte das Berufungsgericht einen Wert der Lizenzen in Höhe von 3,99 Millionen € ermitteln, scheiden Ansprüche des Klägers aus §§ 30, 31 GmbHG aus, weil dann - bezogen auf die unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung potentiell schädliche Teilauszahlung in Höhe von 3.250.758,86 € - lediglich ein bilanzneutraler Aktiventausch vorgelegen hat (Senat, BGHZ 179, 71 Tz. 12 - MPS). Nichts anderes gilt, wenn das Berufungsgericht einen Wert

von weniger als 3,99 Mio. €, aber mehr als 3.250.758,86 € feststellt. Dann besteht in Höhe der Differenz der Bareinlageanspruch fort. Für einen Ausgleich nach §§ 30, 31 GmbHG besteht insoweit kein Bedürfnis.

61 Sollte das Berufungsgericht einen Wert der Lizenzen ermitteln, der den unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung potentiell schädlichen Kaufpreisanteil von 3.250.758,86 € unterschreitet, wird es - den Nachweis der sonstigen Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG als geführt unterstellt - aufgrund der bei Austauschgeschäften grundsätzlich - auch im Umfang der nur teilweisen Wertäquivalenz - gebotenen bilanziellen Betrachtungsweise (in diese Richtung bereits Sen.Urt. v. 15. Juni 1992 - II ZR 88/91, ZIP 1992, 1152, 1154; Goette, Die GmbH 2. Aufl. § 3 Rdn. 31; K. Schmidt, GesR 4. Aufl. § 37 III 2 c a.E. S. 1139 f.; Westermann in Scholz, GmbHG 10. Aufl. § 31 Rdn. 2; anders Roth/Altmeppen, GmbHG 6. Aufl. § 30 Rdn. 84 mit § 31 Rdn. 10) den ermittelten tatsächlichen Wert der Lizenzen von dem Betrag i.H.v. 3.250.758,86 € abzuziehen haben. Nur in Höhe dieser Differenz kann eine schädliche Auszahlung im Sinne von § 30 Abs. 1 GmbHG vorliegen.

62 b) In jedem Fall kann der Kläger von der Beklagten nach §§ 30, 31 GmbHG nicht mehr verlangen als die Beseitigung der bilanziellen Überschuldung zuzüglich eines dem verlautbarten Stammkapital nach dem Stand vor der Kapitalerhöhung entsprechenden Betrages.

63 3. Sollte das Berufungsgericht Ansprüche des Klägers aus Kapitalaufbringung bzw. Kapitalerhaltung erneut verneinen, wird es aufgrund der ergänzend getroffenen Feststellungen die Berechtigung der Klageforderung erneut unter dem vom Kläger weiter geltend gemachten Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung zu prüfen haben.

Goette Strohn Caliebe

Reichart Bender

Vorinstanzen:
LG Hildesheim, Entscheidung vom 29.05.2007 - 10 O 130/06 -
OLG Celle, Entscheidung vom 09.01.2008 - 9 U 117/07 -