

**BGH**

**26.1.2009**

**II ZR 217/07**

**Soweit der Gesellschafter einer GmbH einen Betrag, den ihm die Gesellschaft aus einem eigenkapitalersetzenden Darlehen zur Verfügung gestellt hat, umgehend zur Erfüllung einer "Einlageschuld" aus einer Kapitalerhöhung an die Gesellschaft zurückzahlt, leistet er nicht die geschuldete Einlage, sondern erfüllt seine Erstattungspflicht nach § 31 Abs. 1 GmbHG (Aufgabe von BGHZ 146, 105).**

**GmbHG a.F. §§ 19 Abs. 2, 31 Abs. 1**

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 12.01.2006 - 2 O 118/05  
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 23.08.2007 - 3 U 37/06 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Caliebe, Dr. Reichart und Dr. Drescher für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. August 2007 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

#### **Tatbestand:**

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der T. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), der Beklagte war einer ihrer Gesellschafter. Am 5. Juni 2002 ließen die Gesellschafter der Schuldnerin die Erhöhung des Gesellschaftskapitals mit Wirkung zum 1. Juni 2002 um 75.000,00 € auf 375.000,00 € notariell beurkunden. Von dem Erhöhungsbetrag sollte auf den Beklagten ein Anteil von 27.000,00 € entfallen. Wie zuvor vereinbart, wurde ein der Schuldnerin gewährtes Gesellschafterdarlehen in Höhe von 76.693,78 € anteilig an die Gesellschafter zurückgezahlt, der Beklagte erhielt am 21. Juni 2002 27.609,76 €. Am 24. Juni 2002 zahlte der Beklagte an die Schuldnerin 27.000,00 €; als Verwendungszweck war "V. M. H. Kapital Stammeinlage" angegeben. Auf den Antrag der Schuldnerin vom 30. Oktober 2002 wurde am 14. Februar 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Kapitalerhöhungsbeschluss wurde nicht zur Eintragung im Handelsregister angemeldet und am 7. oder 8. März 2005 aufgehoben.

Mit der Klage verlangt der Insolvenzverwalter Rückzahlung der am 21. Juni 2002 als Darlehensrückzahlung ausgeschütteten 27.609,76 €, weil das zurückgezahlte Darlehen eigenkapitalersetzend gewesen sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr durch Teilanerkennsurteil in Höhe von 609,76 € stattgegeben und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision des Klägers, mit der er den Rückzahlungsanspruch weiterverfolgt.

#### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision hat keinen Erfolg.

##### **I.**

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Da die Zahlung von 27.000,00 € aufgrund des formunwirksamen Kapitalerhöhungsbeschlusses unwirksam gewesen sei, fehle ihr der Rechtsgrund und habe der Beklagte gegen die spätere Insolvenzschuldnerin einen Bereicherungsanspruch nach § 812

BGB gehabt. Da er den Betrag nicht zurückverlangt habe, habe er mit seinem Bereicherungsanspruch konkludent gegen den unterstellten Rückzahlungsanspruch nach §§ 30, 31 Abs. 1 GmbHG aufgerechnet, so dass ein Anspruch der Schuldnerin erloschen sei.

## II.

Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur im Ergebnis stand.

1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft eine konkludente Aufrechnungserklärung des Beklagten darin gesehen, dass er den am 24. Juni 2002 auf den Kapitalerhöhungsbeschluss eingezahlten Betrag nicht zurückverlangt hat. Das Bestehen einer Aufrechnungslage allein genügt nicht, um die Rechtsfolgen einer Aufrechnung herbeizuführen (BGHZ 109, 47, 51). § 388 Abs. 1 BGB verlangt eine Willenserklärung. Auch eine stillschweigende Aufrechnungserklärung setzt ein Verhalten voraus, das einen Aufrechnungswillen erkennen lässt (vgl. BGHZ 26, 241, 244). Das Berufungsgericht hat keine Handlung des Beklagten festgestellt, aus der sich ein Aufrechnungswille entnehmen lässt. Seine Untätigkeit genügt nicht.

2. Das Urteil erweist sich aber aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung über die durch Teilerkenntnisurteil zuerkannten 609,76 € hinaus entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG nach den Rechtsprechungsregeln bzw. nach den §§ 143 Abs. 1 Satz 1, 135 Nr. 2 InsO a.F.

a) Auf den vorliegenden "Altfall" - ausgezahlt worden ist im Juni 2002, das Insolvenzverfahren wurde am 14. Februar 2003 eröffnet - sind die Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG a.F. analog) anzuwenden. Wenn das Insolvenzverfahren vor dem 1. November 2008, dem Inkrafttreten der "Nichtanwendungsvorschrift" (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F.) im Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl I 2026), eröffnet wurde bzw. die Auszahlung im Sinn von § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. vor diesem Zeitpunkt lag, sind weiter die bisherigen Vorschriften anzuwenden, darunter auch die Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG a.F. analog), wie der Senat durch Urteil vom heutigen Tag entschieden hat (Sen.Urt. v. 26. Januar 2009 - II ZR 260/07 z.V.b.). Für die Vorschriften über die Anfechtung nach §§ 143 Abs. 1 Satz 1, 135 Nr. 2 InsO a.F. folgt dies unmittelbar aus Art. 103 d Satz 1 EGIInsO.

b) Der Beklagte hat am 24. Juni 2002 den Rückzahlungsanspruch in Höhe von 27.609,76 € bis auf 609,76 € erfüllt. Nach dem Vortrag des Klägers, von dem in der Revisionsinstanz auszugehen ist, führte die Auszahlung am 21. Juni 2002 zu einem Rückzahlungsanspruch entsprechend § 31 Abs. 1 GmbHG, weil das Gesellschafterdarlehen des Beklagten kapitalersetzend war. Trotz des angegebenen anderen Verwendungszwecks "Kapital Stammeinlage" liegt in der Zahlung von 27.000,00 € am 24. Juni 2002 die Rückzahlung des ausgereichten Kapitals. Die Zahlung ist auf den Rückzahlungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG zu verrechnen, weil die Tilgungsbestimmung unwirksam ist. An der Auffassung, die Bestimmung der Zahlung zur Tilgung der Einlageforderung stehe einer Umdeutung in eine Rückzahlung entgegen (BGHZ 146, 105, 106), hält der Senat nicht fest.

aa) Der angegebene Zahlungszweck konnte nicht erreicht werden. Die Erfüllung einer bei einer Kapitalerhöhung übernommenen Einlageschuld mit Beträgen, die unter Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 GmbHG a.F.) entnommenen worden sind, ist ausgeschlossen. Das Her- und Hinzahlen der Beträge verschleiert hier, dass der Gesellschaft kein Kapital zugeführt, vielmehr versucht wird, mit einem nicht durchsetzbaren Darlehensrückzahlungsanspruch unter Umgehung des Gebots realer Kapitalaufbringung aufzurechnen. Eine solche Aufrechnungserklärung des Gesellschafters kann die Einlageschuld schon deswegen nicht zum Erlöschen bringen, weil der Gesellschaftserforderung auf Darlehensrückzahlung aufgrund der Eigenkapitalersatzfunktion des Darlehens der Einwand aus § 30 Abs. 1 GmbHG a.F. entgegensteht (BGHZ 90, 370, 376). Mit einer Aufrechnung oder Verrechnung durch den Gesellschafter würde außerdem gegen den das Kapitalaufbringungsrecht beherrschenden, in § 19 Abs. 5 GmbHG a.F. zum Ausdruck kommenden Grundsatz der realen Kapitalaufbringung verstoßen, wonach Einlageverpflichtungen un-

verkürzt und in der Form zu erfüllen sind, wie sie der Gesellschaft zugesagt und im Kapitalerhöhungsbeschluss verlautbart sind (Senat, BGHZ 113, 335, 340; 125, 141, 143). Auch eine Aufrechnung durch die Gesellschaft, die § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG grundsätzlich zulässt, ist ausgeschlossen, wenn die Darlehensrückzahlungsforderung des Inferenten eigenkapitalersetzend ist, weil diese Gesellschafterforderung nicht liquide, fällig und vollwertig ist (BGHZ 125, 141, 143).

bb) Mit der Zahlung an die Gesellschaft ist jedoch der Anspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG erfüllt worden. Die Tilgungsbestimmung, die Einlageschuld tilgen zu wollen, war - wie ausgeführt, weil auf Umgehung der Kapitalaufbringungsvorschriften angelegt - unwirksam. Da neben der Einlageschuld nur noch die Forderung nach § 31 Abs. 1 GmbHG bestand, war die Zahlung dieser Schuld zuzuordnen. Die Umdeutung der Tilgungsbestimmung einer Zahlung auf eine im Zusammenhang mit dem Her- und Hinzahlen oder dem Hin- und Herzahlen vermeintlich entstandene Schuld in eine Zahlung auf die Einlagepflicht hat der Senat bereits zugelassen (BGHZ 165, 113, 118; 165, 352, 356; Sen.Urt. v. 12. Juni 2006 - II ZR 334/04, ZIP 2006, 1633) und dies ausdrücklich mit dem hier vorliegenden umgekehrten Fall verglichen, dass ein Gesellschafter das unzulässigerweise Entnommene wieder zurückgewährt und damit den Anspruch der Gesellschaft nach § 31 Abs. 1 GmbHG erfüllt hat (BGHZ 165, 113, 118).

Der Schutz der Gläubiger der Gesellschaft verlangt kein anderes Ergebnis. Der Beklagte hat der Schuldnerin zwar im wirtschaftlichen Ergebnis kein neues Kapital zugeführt, aber ihr und ihren Gläubigern auch kein Kapital entzogen, sobald er den verbotswidrig ausgezahlten Betrag - sei es auch als "Einlage" - zurückgewährt hat. Der Inferent bleibt, sofern der Kapitalerhöhungsbeschluss - anders als im vorliegenden Fall - eingetragen wird, zur Bareinzahlung verpflichtet und wird vor einer Verdoppelung seiner Zahlungspflichten bewahrt.

Soweit die Verrechnung aufgrund der Eigenkapitalersatzfunktion nicht möglich ist, bleiben sowohl der Einlageanspruch als auch das Gesellschafterdarlehen erhalten.

Goette  
Kurzweily  
Caliebe  
Reichart  
Drescher