

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

GmbHG § 5 Abs. 3

- a) Die in den Gründungsvertrag aufgenommene Übernahme der Passiven eines Unternehmens wird mit Abschluß des Gründungsvertrages wirksam und hat unmittelbare Wirkung für die GmbH.
- b) Das Sacheinlageversprechen ist kein Kauf, sondern eine körperschaftsrechtliche Regelung, auf die die Vorschriften über die Kaufgewähr nur insoweit anwendbar sind, als sie mit dem Wesen der Einbringung einer Sacheinlage vereinbar sind.
- c) Die Gründer einer GmbH haben ihre Sacheinlage bereits vor der Registereintragung in voller Höhe zu leisten.
- d) Auch die Einbringung von Grundstücken und Grundstücksrechten ist vor der Eintragung der GmbH ins Handelsregister möglich, da die Gründerorganisation, obwohl nicht rechtsfähig, ins Grundbuch eingetragen werden kann.

BGH, Urt. v. 2. Mai 1966 - II ZR 219/63 - OLG München
LG Kempten

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 219/63

URTEIL

Verkündet am
2. Mai 1966
Schorm,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der P [REDACTED] GmbH, F [REDACTED], T [REDACTED]erstraße [REDACTED],
vertreten durch den Geschäftsführer Alexander N [REDACTED],
F [REDACTED], T [REDACTED]erstraße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Frau Maria R [REDACTED], H [REDACTED]/L [REDACTED], Haus [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Mai 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Dr. Bukow und Stimpel für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 22. Mai 1963 verkündete Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war Kommanditistin, ihr Ehemann (Paul R██████) persönlich haftender Gesellschafter der aus ihnen beiden bestehenden P██████ R██████ KG. Sie haftete für einen Kredit der Raiffeisenbank F██████ auch persönlich. Auf ihrem Grundstück F██████ Band 49 Blatt 1██████ S. ███████ waren zur Sicherung dieses Bankkredits Grundschulden von zusammen 86.000 DM eingetragen. Die KG war überschuldet.

Am 7. Mai 1958 gründeten die Klägerin, ihr Ehemann und drei Gläubiger der KG die verklagte P██████ GmbH mit einem Stammkapital von 20.000 DM. Die Klägerin übernahm davon 2.000 DM, ihr Ehemann 3.000 DM. Beide übertrugen in teilweiser Erfüllung ihrer Einlagepflicht das Vermögen und den Betrieb der KG samt allen Aktiven und Passiven vom Stande des Gründungstages und dem Recht der Firmenfortführung. Vom Übergang der Schulden wurde jedoch von der Bankschuld, die am 7. Mai 1958 97.660,05 DM betrug, ein Teilbetrag von 86.000 DM - das war der durch die Grundschulden



gesicherte Betrag - ausgenommen. Dagegen ging die Zinslast für die ganze Bankschuld ab 7. Mai 1958 auf die neue Gesellschaft über.

"In restlicher Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung" räumte die Klägerin der GmbH für die Dauer des Bestehens dieser Gesellschaft das immerwährende und unentgeltliche Recht ein, a) die unbebauten Flächen ihres Grundstücks beliebig für Zwecke der Gesellschaft zu verwenden, insbesondere zur Errichtung von beliebigen Gebäulichkeiten und sonstigen Anlagen, ohne daß die Gebäulichkeiten und Anlagen in das Eigentum der Grundstückseigentümerin übergehen, b) von den Gebäuden zwei bestimmte Räume des Wohnhauses, die ganze Werkhalle und eine als Verkaufsstand verwendete Holzbaracke zu benutzen. Zugleich bewilligte sie der GmbH zur Sicherung dieser Rechte eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Diese Dienstbarkeit wurde für die "P[REDACTED] GmbH" am 28. Juni 1958 im Grundbuch, die Gesellschaft selbst dagegen erst am 9. März 1959 ins Handelsregister eingetragen.

Gegen Ende 1958 verlangte die Bank die Zurückführung des Kredits auf 86.000 DM. Die Gründergesellschaft lehnte Zahlung ab, da die Handelsregistereintragung noch ausstehe und ihre Mitglieder es ablehnten, für die Forderung der Bank aufzukommen. Zur Vermeidung der angedrohten Zwangsversteigerung des Grundstücks verkaufte die Klägerin von dem Grundstück die Flurstücke [REDACTED] 7 1/2 und [REDACTED] 8 für 16.822,50 DM an die Bank. Hierin waren 1.500 DM für den Verkaufsstand enthalten. Er ist von der KG errichtet worden, stand, weil nicht mit dem Grund und Boden fest verbunden, im Eigentum dieser Gesellschaft und ist durch den

Gründungsvertrag vom 7. Mai 1958 auf die neue Gesellschaft übergegangen. Demgemäß wird nur die Differenz (15.322,50 DM) als von der Klägerin geleistet angesehen. Dieser Betrag ist zur Abdeckung des 86.000 DM übersteigenden Betrages der Bankschuld verwendet worden.

Die Klägerin hat den Standpunkt vertreten, die Beklagte müsse ihr 15.322,50 DM erstatten.

Über das Vermögen der Beklagten wurde das Vergleichsverfahren eröffnet. Es kam zu einem gerichtlich bestätigten Erlaß- und Stundungsvergleich. Danach brauchte die Beklagte die Forderungen der Vergleichsgläubiger nur zu 50 % in bestimmten Raten zu befriedigen.

Die Klägerin hat ihren Anspruch an zwei Gläubiger sicherungshalber abgetreten.

Sie verlangt dem Vergleich und den Abtretungen entsprechend Leistung der Hälfte des reinen Grundstückspreises (7.661,25 DM) an die beiden Abtretungsempfänger zu den im Vergleich festgelegten Raten und Terminen.

Die Beklagte meint:

1. Die Klägerin habe keinen Erstattungsanspruch. Die teilweise Übernahme der Bankschuld im Gründungsvertrage habe erst mit der Entstehung der GmbH am 9. März 1959 für sie, die Beklagte, wirksam werden können. Zu diesem Zeitpunkt habe die übernommene Schuld aber in Höhe der aus dem Vermögen der Klägerin an die Bank geflossenen 15.322,50 DM nicht mehr bestanden. Zu diesem Betrage hätten ihre, der Beklagten, Geschäftsführer auch die Schuldübernahme durch die Beklagte nicht genehmigt.

2. Unstreitig wäre das ganze Grundstück zur Zwangsversteigerung gekommen, wenn die Klägerin die Flurstücke ■7 1/2 und ■8 nicht verkauft hätte. Alsdann wäre die beschränkte persönliche Dienstbarkeit der Beklagten, wie gleichfalls unstreitig ist, ausgefallen, da sie den Grundschulden der Bank im Range nachstand. Unter dem Druck dieser Verhältnisse haben die Mitglieder der Gründergesellschaft auf die Dienstbarkeit an diesen Flurstücken verzichtet. Die Dienstbarkeit blieb demzufolge nur an dem der Klägerin verbliebenen Flurstück ■7/3, auf dem sich das Wohnhaus und die Werkhalle befinden, bestehen. Die Beklagte meint, durch den Verlust der Dienstbarkeit an den Flurstücken ■7 1/2 und ■8 habe die Einlage der Klägerin wesentlich an Wert verloren. Da die Bank auf den erworbenen Flurstücken ein Wohn- und Geschäftshaus errichten wolle, habe sie, die Beklagte, die Möglichkeit eingebüßt, ihren Gewerbebetrieb auf diese Flurstücke auszudehnen. Die Klägerin habe wegen der noch im Gründungsstadium der Beklagten eingetretenen Wertminderung der Dienstbarkeit ihre Einlagepflicht nicht vollständig erfüllt. Mit dieser Begründung erhebt sie die Einrede des nichterfüllten Vertrages und macht ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

3. Außerdem rechnet sie mit zwei angeblichen Gegenforderungen auf.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Beklagte hat Berufung, die Klägerin Anschlußberufung eingelegt.

Die Klägerin macht mit der Anschlußberufung geltend, die Beklagte sei mit der Zahlung der Vergleichsraten in Verzug gekommen und müsse ihr daher die 15.322,50 DM voll erstatten.

Das Berufungsgericht hat die Anschlußberufung in Höhe von 650 DM zurückgewiesen und ihr im übrigen unter Zurückweisung der Berufung stattgegeben. Die Beklagte ist daher von dem Berufungsgericht zur Zahlung von 14.672,50 DM verurteilt worden.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin hat die eine Sicherungsabtretung vor, die andere nach Klageerhebung vorgenommen. Sie hat beiden Abtretungen durch das Verlangen auf Leistung an die Zessionare Rechnung getragen. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Klägerin durch die Abtretungen die Klagebefugnis nicht verloren hat. Das ist richtig.

II. 1. Hätte die Bank die Zurückführung ihres Anspruchs auf 86.000 DM erst verlangt, nachdem die Beklagte im Handelsregister eingetragen und damit als Rechtsperson entstanden war, so hätte die Klägerin einen Ersatzanspruch gehabt. Da die Parteien nicht behauptet haben, daß die Beklagte anstelle der Klägerin Schuldnerin der Bank habe werden sollen und die Bank eine Auswechslung des Schuldners genehmigt habe, kommt nur eine Schuldmitübernahme oder eine Erfüllungsübernahme in Betracht. In beiden Fällen hatte die Klägerin auf Grund des Vertrages vom 7. Mai 1958 gegen die Beklagte den Anspruch, sie von der Verbindlichkeit gegenüber der Bank insoweit freizustellen, als die Beklagte diese Schuld "übernommen" hatte. Erfüllte die Klägerin diesen Teil der Forderung der Bank, so schob sich an die Stelle ihres Freistellungsanspruchs ein Zahlungsan-

spruch, da die Beklagte vertraglich verpflichtet war, für die einen Betrag von 86.000 DM übersteigende Forderung der Bank aufzukommen (vgl. RG HRR 1929 Nr. 1566).

2. Nicht anders verhält es sich bei der gegebenen Sachlage.

a) Es geht nicht um eine vom Geschäftsführer einer Gründergesellschaft eingegangene Verpflichtung, sondern um eine Verbindlichkeit, die die Gründer der Beklagten zu deren Lasten eingegangen sind. Die Beklagte sollte die Passiven der von der Klägerin und ihrem Ehemann einzubringenden KG übernehmen. Ausgenommen war die Bankschuld bis zu einem Betrage von 86.000 DM. Es kam also nicht zu einer vollen, sondern nur zu einer teilweisen Übernahme der Passiven des einzubringenden Geschäftsbetriebes. Soweit die Beklagte die Passiven der KG übernahm, geschah dies mit Wirkung ab 7. Mai 1958. Die diesbezügliche Verpflichtung bildete mit dem Einlageversprechen ein einheitliches Ganzes. Sie gehörte darum gemäß § 5 Abs. 3 GmbHG in den Gesellschaftsvertrag und ist in ihn aufgenommen worden. Wirtschaftlich bildeten die von der Beklagten übernommenen Passiven der KG und die der Klägerin gewährte Beteiligung die Anschaffungskosten für die Vermögenswerte, den Geschäftsbetrieb und die Firma der KG. Verpflichtungen, die sich aus der vollständigen oder teilweisen Übernahme der Passiven eines einzubringenden Handelsgeschäfts ergeben, bedürfen nicht der Genehmigung der Geschäftsführer, um wirksam zu werden. Sie entstehen durch den Gründungsakt. Abreden dieser Art binden die Gesellschaft nach ihrer Eintragung ins Handelsregister kraft des Gesellschaftsvertrages. Für sie kann nichts anderes gelten als für Sacheinlagen, die die Gesellschaft ausschließlich begünstigen und nicht zugleich belasten, oder für Sachübernahmen und gemischte Sacheinlagen. Abreden hierüber haben gegenüber der ent-

standenen GmbH unmittelbare Wirkung. Das folgt aus § 5 Abs. 3 GmbHG. Danach müssen Sacheinlageversprechen und Sachübernahmevereinbarungen im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden. Ohne diese Festsetzung sind sie analog § 186 Abs. 4 HGB, § 20 Abs. 2 Satz 1 AktG 1937, § 27 Abs. 2 Satz 1 AktG 1965 der GmbH gegenüber unwirksam (RGZ 118, 113, 117). Ist dem aber so, so müssen Sacheinlageversprechen und Sachübernahmeabreden, die im Gesellschaftsvertrag festgesetzt sind, auf Grund Umkehrschlusses unmittelbar gegenüber der entstandenen GmbH wirksam sein. Dies führt dazu, daß die teilweise Übernahme der Passiven der KG bereits mit dem Abschluß des Gründungsvertrages wirksam wurde und unmittelbare Wirkung für die Beklagte hatte.

b) Solange die Beklagte noch nicht ins Handelsregister eingetragen und darum noch nicht entstanden war, bestand lediglich die Gründergesellschaft. Insoweit konnte die Beklagte die Schulden der KG, soweit diese auf sie übergehen sollten, nicht erfüllen. Denn vor ihrer Entstehung kann eine GmbH nichts schulden. Das hat nichts damit zu tun, daß die Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer zwar errichteten, aber noch nicht eingetragenen GmbH, wenn ein Handelsgeschäft Gegenstand der Sacheinlage ist, der Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer eingetragenen GmbH gleichkommt und sich, weil der eingebrachte Betrieb fortgesetzt werden muß, nicht auf die Herbeiführung der Handelsregistereintragung beschränkt (BGH LM § 11 GmbHG Nr. 12). Denn bei den übernommenen Passiven des einzubringenden Geschäftsbetriebes geht es nicht um aus der Geschäftsführung entstandene und vom Vertreter der Gründerorganisation begründete, sondern um von den Gründern übernommene, im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Verpflichtungen.

Darauf, daß eine GmbH vor ihrer Entstehung nichts schulden kann, kommt es jedoch nicht an. Die Freistellungspflicht als solche war wirksam, die Klägerin hat die Bank befriedigt, für die Beklagte war es wirtschaftlich gleichgültig, ob sie den von der Klägerin aufgewendeten Betrag ihrerseits der Bank zu zahlen oder der Klägerin zu ersetzen hatte, und sie kann keinen Vorteil daraus ziehen, daß die Bank schon zu einer Zeit auf Zahlung drängte, als die Beklagte noch nicht ins Handelsregister eingetragen war.

III. 1. Wäre es erst nach der Entstehung der Beklagten zur Eintragung der Dienstbarkeit, zur Veräußerung der Flurstücke XXXX 7 1/2 und XXXX 8 und zum Verzicht auf die Dienstbarkeit an diesen Flurstücken gekommen, so hätte die Beklagte weder einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung noch die Einrede des nichterfüllten Vertrages noch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB gehabt.

Denn die Klägerin hätte dann ihr Einbringungsversprechen durch die Überlassung des Grundstücks zur beliebigen Verwendung der unbebauten Flächen und zur ausschließlichen Benutzung der Baulichkeiten und durch die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit erfüllt.

a) Das kann nicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil die Klägerin der Beklagten das Grundstücksverwendungs- und -benutzungsrecht als ein auf die Dauer des Bestehens der Beklagten immer währendes Recht einzuräumen hatte.

Es kann unentschieden bleiben, ob dies für sich allein oder in Verbindung mit der Tatsache, daß die Beklagte die Bankschulden der KG in Höhe der Grundschulden nicht

übernahm, die Klägerin der Beklagten gegenüber verpflichtete, die Grundschulden abzulösen und gegebenenfalls so der Dienstbarkeit den ersten Rang zu verschaffen, obwohl diese nur im Range nach den Grundschulden eingetragen werden sollte und konnte. Oder ob die Beklagte, obwohl sie die Bankschuld in Höhe der eingetragenen 86.000 DM nicht übernommen hatte, notfalls die Grundschulden ausbieten mußte, weil diese durch den Wert des Grundstücks gedeckt waren und der Klägerin nicht zumutbar war, für eine Einlage von 2.000 DM einen Betrag von 86.000 DM oder mehr aufzuwenden, um sich das Grundstück und der Beklagten die Dienstbarkeit zu erhalten. Denn die Bank hat die Zwangsversteigerung des Grundstücks nur wegen des 86.000 DM übersteigenden Teils ihrer Forderung angedroht, und insoweit hatte die Beklagte die Bank zu befriedigen.

Darum kann die Klägerin für den Verlust der Dienstbarkeit an den Flurstücken 7 1/2 und 8 und für die Einbuße des entsprechenden schuldrechtlichen Grundstücksverwendungs- und -benutzungsrechts nicht unter dem Gesichtspunkt der Nichterfüllung verantwortlich gemacht werden.

b) Das ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt mangelhafter Erfüllung möglich.

Die Abrede über die Einbringung einer Sacheinlage ist kein Kauf, sondern eine körperschaftsrechtliche Regelung, weil der Inhalt des Sacheinlagevertrages gemäß § 5 Abs. 3 GmbHG in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden muß, um wirksam zu werden, und weil der Sacheinleger durch den Einbringungsvertrag Mitglied der Gesellschaft wird (Fischer, GmbHG § 5 Anm. 3 c und in Großkomm AktG § 20 Anm. 3; Schilling in Hachenburg, GmbHG § 5 Anm. 27;

Baumbach/Hueck, GmbHG § 5 Anm. 5 A).

Weil der Sacheinleger im Gründungsvertrag erklärt, Mitglied der Gesellschaft werden zu wollen, und nach Maßgabe der eingegangenen Verpflichtung gehalten ist, die Kapitalgrundlage der Gesellschaft mit zu schaffen, muß er sein Einlageversprechen, soweit es als Sacheinlagevertrag unerfüllbar oder der einzubringende Gegenstand mangelhaft ist, bar erfüllen. Eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften des Kaufrechts über Rechts- und Sachmängel ist daher nicht möglich. Vielmehr können einzelne Regeln der Kaufgewähr nur insoweit auf den Einbringungsvertrag übertragen werden, als sie mit dem Wesen der Einbringung einer Sacheinlage vereinbar sind. Das gilt von § 437 BGB, nach dem der Verkäufer eines Rechts, falls nichts anderes vereinbart ist, nur für den rechtlichen Bestand des Rechts haftet.

Zum Bestande der versprochenen Dienstbarkeit gehörte, daß das zu belastende Grundstück im Eigentum der Klägerin stand und die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen wurde. Beide Voraussetzungen sind in diesem Fall gegeben. Die eingetragene Dienstbarkeit war daher mangelfrei. Sie trug jedoch die Möglichkeit ihres Erlöschens in sich, wenn das belastete Grundstück zur Zwangsversteigerung kam. Als dann lief sie als das gegenüber den Grundschulden rangschlechtere Recht Gefahr, zu erlöschen. Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, wäre die Dienstbarkeit ausgefallen, wenn die Klägerin die Flurstücke ■■■ 7 1/2 und ■■■ 8 nicht freiwillig verkauft hätte. Der Verkauf dieser Flurstücke kann daher in seinen rechtlichen Folgen für die Parteien nicht anders beurteilt werden, als wenn das ganze Grundstück der Klägerin auf Betreiben der Bank zwangsversteigert worden wäre. Darum gab die Beklagte durch den teilweisen Verzicht auf die Dienstbarkeit nichts auf, was sie nicht ohnehin

verloren hätte. Aber das lag nicht an einem Fehler der Dienstbarkeit, sondern daran, daß die Beklagte nicht den von ihr übernommenen Teil der Bankschuld bezahlte und die Dienstbarkeit, wie das dem Sacheinlagevertrag entsprach, den Grundschulden im Range nachfolgte.

Es kommt daher nicht erst darauf an, daß allen Gründern der Beklagten bekannt war, daß die Dienstbarkeit erst nach Grundschulden über 86.000 DM zu stehen kam und ob der Rechtsgedanke des § 439 BGB auf den Sacheinlagevertrag anwendbar ist.

Entgegen der Ansicht der Beklagten bedeutete der teilweise Verzicht auf die Dienstbarkeit keine unzulässige Rückgewähr der Einlage (§ 30 GmbHG). Denn er wurde nicht ausgesprochen, um die Klägerin von einer allein sie treffenden Verbindlichkeit zu entlasten, sondern um eine Zwangsversteigerung zu verhindern, die nur deshalb drohte, weil die Beklagte ihrer zur Bankschuld der KG eingegangenen Verpflichtung nicht nachkam und die Klägerin, der im Verhältnis der Parteien zum 86.000 DM übersteigenden Betrage nicht in erster Linie die Befriedigung der Bank oblag, nicht die Mittel besaß, den Bankkredit auf den verlangten Betrag ohne Einsatz von Teilen des Grundstücks zurückzuführen.

2. Der gegebene Fall ist nicht anders als das soeben behandelte Beispiel zu beurteilen.

Die Beklagte war allerdings noch nicht entstanden, als die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen wurde und die Bank darauf bestand, ihre Forderung, soweit sie über die Grundschulden hinausging, abzudecken. Das ist aber unerheblich.

a) Die zwar errichtete, aber mangels Handelsregister-eintragung noch nicht entstandene GmbH ist nicht, wie früher angenommen wurde, eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, sondern eine Organisation, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der eingetragenen GmbH, soweit dieses nicht die Eintragung voraussetzt, besteht (BGHZ 21, 242; BGH LM § 11 GmbHG Nr. 12).

Diese Organisation ist nach § 7 Abs. 2 GmbHG berechtigt und verpflichtet, ein Viertel der in bar geschuldeten Stammeinlage und, wo dies der Gesellschaftsvertrag verlangt, auch mehr entgegenzunehmen (vgl. RGZ 58, 55; 83, 370, 373 - 375; 149, 293, 303/4; RG JW 1922, 94; BGHZ 15, 66, 68; 37, 75). Die Bareinlage kann wie nach § 49 Abs. 3 AktG 1937, § 54 Abs. 3 AktG 1965 auch bei der GmbH auf ein Bank- oder Postscheckkonto der "Gesellschaft" geleistet werden (BGH WM 1962, 644). Die zwar gegründete, aber noch nicht entstandene GmbH ist daher von Gesetzes wegen kontofähig.

Die Gründer einer GmbH haben anders als die Gründer einer Aktiengesellschaft ihre Sacheinlage in voller Höhe vor der Registeranmeldung zu leisten (RGZ 84, 332, 337; 141, 204, 209; Schilling aaO § 7 Anm. 14 m.w.Nachw., 15, 16). Das folgt aus dem Entwurf zum GmbHG (Begr. I S. 34, II S. 44; Schilling aaO § 7 Anm. 14), dem unterschiedlichen Wortlaut von § 7 Abs. 2 GmbHG und § 28 Abs. 2 AktG 1937 (Scholz, GmbHG § 7 Anm. 11) und daraus, daß das GmbH-Gesetz keine Gründungsprüfung vorsieht und die Gesellschaftsgläubiger gefährdet wären, wenn die Sacheinlage nicht schon vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister zu erbringen wäre (Scholz aaO; Baumbach/Hueck, GmbHG § 7 Anm. 4 A). Gegenstand der Sach-

einlage können bewegliche Sachen, Forderungen, Rechte, Handelsgeschäfte, Grundstücke u.a. sein. Alle diese Gegenstände müssen, sollen sie schon vor der Registeranmeldung zu erbringen sein, der durch den Gründungsakt entstandenen Organisation übertragen werden können. Diese Organisation muß daher befähigt sein, alle Gegenstände zu erwerben, die Inhalt einer Einlageverpflichtung sein können.

Volle Leistung vor Anmeldung der Gesellschaft wird bei Grundstücken und Grundstücksrechten für undurchführbar gehalten, weil eine GmbH erst nach ihrer Entstehung als juristische Person im Grundbuch eingetragen werden könne (z.B. Baumbach/Hueck aaO § 7 Anm. 4 A). Es wird jedoch die Auflassung an die künftige Rechtsperson zugelassen (RG JW 1925, 1109; KG DR 1941, 1087 m.w.Nachw.; Fischer, GmbHG § 7 Anm. 5 und Großkomm AktG § 28 Anm. 16; Scholz, GmbHG § 7 Anm. 11 m.w.Nachw.). Wer die Gründergesellschaft als eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft auffaßt, muß auch zulassen, Grundstücke und Rechte an Grundstücken für die Gründergesellschafter unter ihrer Zusammenfassung als Mitglieder einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft im Grundbuch einzutragen (§ 47 GBO). Das ist jedoch nicht empfehlenswert, da nach der Entstehung der Gesellschaft eine weitere Auflassung notwendig wird (so z. B. Gadow in Großkomm AktG § 28 Anm. 14). Ist die gegründete, wenn auch noch nicht eingetragene GmbH eine Organisation, die dem erwähnten Sonderrecht untersteht, so muß diese Organisation, mag sie auch nicht rechtsfähig sein, schon ins Grundbuch eingetragen werden können, da sie mehr ist als eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft und bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft wenigstens die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung als Gesellschaft im Grundbuch eingetragen werden können. Auf diese Weise wird erreicht, daß sich das einzubringende Grundstück oder

Grundstücksrecht, wie dies § 8 Abs. 2 GmbHG verlangt, in der freien Verfügung der Geschäftsführer nicht bloß als Person, sondern als Vertreter der Gründerorganisation befindet. Damit wird weiter erreicht, daß das einzubringende Grundstück oder Grundstücksrecht mit der Eintragung der GmbH ins Handelsregister der neuen Rechtsperson gehört. Der Auflassung und der Umschreibung als rechtsbegründender Akt bedarf es dann nicht mehr, weil die Gründerorganisation nur ein vom Gesetz vorgesehenes, notwendiges Entwicklungsstadium ist, um die juristische Person zur Entstehung zu bringen.

Wäre am 28. Juni 1958, als im Grundbuch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die zwar errichtete, aber noch nicht entstandene Beklagte eingetragen wurde, die Gründerorganisation als Inhaberin einer Dienstbarkeit eingetragen worden, so wäre die Einbringungsverpflichtung der Klägerin erfüllt gewesen, da die Dienstbarkeit in der freien Verfügung der Vertreter der Gründerorganisation gestanden hätte und nichts außer der dann vollzogenen Registereintragung der Beklagten dem Erwerb der Dienstbarkeit durch die juristische Person entgegenstand. Der Umstand, daß das Grundbuchamt die Dienstbarkeit nicht für die Gründerorganisation, sondern unter dem Namen der Beklagten eintrug, kann keine Bedeutung haben, da es sich dabei lediglich um eine ungenaue und unrichtige Bezeichnung handelte.

b) Wenn es auch zu dem die Zwangsversteigerung des ganzen Grundstücks vermeidenden Verkauf der Flurstücke 7 1/2 und 8 kam, als die Beklagte noch nicht entstanden und darum ihrerseits noch nicht Schuldnerin der übernommenen Passiven der KG geworden war, so ging doch der Gründungsvertrag dahin, daß die Passiva der KG im

übernommenen Umfang bereits mit Wirkung vom Gründungstage an auf die Beklagte übergehen sollten. Ist ein Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven Gegenstand einer Sacheinlage und soll es, wie hier, von einem bestimmten Tage ab für Rechnung der GmbH geführt werden, so geht die Verlustgefahr zu Lasten der GmbH (Fischer in Großkomm AktG § 20 Anm. 8). Ein Verlust ist in der Eröffnungsbilanz zu berücksichtigen (RFH JW 1932, 1029 Nr. 4) und begründet keine Gewährleistungspflicht des Einlegers, wie von Godin/Wilhelmi (AktG § 20 Anm. 2) annehmen. Denn die GmbH muß den Gründungsvertrag, soweit er wirksam ist, so, wie er geschlossen ist, hinnehmen und tritt mit unmittelbarer Wirkung in die darin für sie geschaffene Rechtslage ein. von Godin/Wilhelmi berufen sich für ihre Ansicht auf Boesebeck (DR 1939, 435) und RGZ 159, 333. Dort wird aber eine Gewährleistungspflicht des Sacheinlegers nur für den Fall angenommen, daß das einzubringende Handelsgeschäft vor seiner Übertragung ausgehöhlt wird oder höhere Passiven, als angegeben, aufweist. Das sind Fälle, in denen der Sacheinleger Anteilsrechte erhält, die nicht durch entsprechende Wertzuwendungen gedeckt sind. Die Klägerin hat dagegen das geleistet, was sie nach dem Gesellschaftsvertrag zur Erlangung eines Geschäftsanteils von 2.000 DM einzubringen hatte.

Es kommt darum nicht darauf an, ob zur Erfüllung einer Sacheinbringungsverpflichtung schon die Erfüllungshandlung unabhängig vom Erfüllungserfolg genügt und ob bei Nichterfüllung einer solchen Verpflichtung die Grundsätze über den gegenseitigen Vertrag anwendbar sind.

Unerheblich ist auch, ob die Beklagte durch den Verzicht der Gründerorganisation auf die Dienstbarkeit an den Flurstücken 7 1/2 und 8 einen Betrag von 650 DM zum Preis der an die Bank verkauften Flurstücke beigetragen

hat und sich die Klägerin deshalb einen Abstrich in dieser Höhe gefallen lassen muß, wie das Berufungsgericht in Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO meint, oder ob dafür wesentlich mehr in Betracht kommt, wie die Revision für richtig hält. Denn eine Erhöhung dieses Abstrichs ist nicht möglich, da die Beklagte für den Verlust der Dienstbarkeit an den Flurstücken ■■■7 1/2 und ■■■8 nicht einzustehen hat. Und eine Beseitigung des Abstrichs ist ausgeschlossen, da die Klägerin nicht Anschlußrevision eingelegt hat.

IV. Auch die Aufrechnung ist unbegründet.

1. Die Beklagte hat von der einen zur Aufrechnung gestellten Forderung behauptet, sie sei ihr (von Alexander N■■■■■■■■■■) abgetreten worden. Das Berufungsgericht hält das nicht für bewiesen. Diese tatsächliche Würdigung, die von der Revision nicht angegriffen wird, bindet das Revisionsgericht.

2. Am 27. September 1961 ist das der Klägerin von ihrem Grundstück verbliebene Flurstück ■■■7/3 zwangsversteigert worden. Hierzu kam es, weil die Forderung der Bank durch Zinsen und Kosten wiederum erheblich über 86.000 DM angestiegen war und die Beklagte diese Forderung nicht auf den Betrag der Grundschulden zurückführte. Das unterließ sie in der Annahme, die Klägerin habe ihre Einlageverpflichtung mit Rücksicht auf den Verlust der Dienstbarkeit an den Flurstücken ■■■7 1/2 und ■■■8 nicht erbracht. Die Beklagte verlor die Dienstbarkeit infolge der Zwangsversteigerung des Flurstücks ■■■7/3 ganz. Sie will hierdurch einen Schaden von 210.000 DM erlitten haben und rechnet damit gegenüber der Klageforderung auf.

Da die Klägerin ihre Einlageverpflichtung voll und mangelfrei erfüllt hat und für den Verlust der Dienstbar-

keit an den Flurstücken ■■■7 1/2 und ■■■8 nicht verantwortlich gemacht werden kann, durfte die Beklagte nicht die Befriedigung der Bank unterlassen, als diese erneut auf Zurückführung des Kredits auf 86.000 DM drängte. Auf dieser Unterlassung beruht die Zwangsversteigerung des Restgrundstücks. Die Beklagte kann sich daher nicht darüber beschweren, daß sie die Dienstbarkeit auch noch am restlichen Grundstück verloren hat.

V. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß gegenüber der Klägerin die Erlaß- und Stundungswirkung des bestätigten Zwangsvergleichs hinfällig geworden ist. Das entspricht der Regelung von § 9 Abs. 2 mit § 71 Abs. 2 und § 97 Abs. 2 VerglO und wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

Die Revision war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Fischer Dr. Kuhn Dr. Nörr Dr.Bukow Stempel