

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG § 55

Der Übernahmevertrag kann auf seiten der Gesellschaft nur von den Gesellschaftern oder jemandem abgeschlossen werden, den die Gesellschafter hierzu ermächtigt haben.

BGH, Urt.v.30.November 1967 - II ZR 68/65 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 68/65

URTEIL

Verkündet am

30. November 1967

Heil,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hugh Roger Walter E [REDACTED],
B [REDACTED] (Ch [REDACTED]), C [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hermann von S [REDACTED],
B [REDACTED] (G [REDACTED]), H [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Liesecke und Stimpel für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 12. Januar 1965 verkündete Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund eines im Urkundenprozeß erstrittenen Vorbehaltsurteils hat der Kläger in Höhe von 50.000 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 9. Oktober 1960 den angeblichen Anspruch der E [REDACTED] GmbH gegen den Beklagten auf Leistung einer Einlage von noch 60.000 DM gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen. Durch die Pfändung sind ihm 287,92 DM Kosten erwachsen. Mit der Klage verlangt er, den Beklagten zur Zahlung von 50.287,92 DM nebst den erwähnten Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat eine Reihe von Einwendungen erhoben, von denen für die Revisionsinstanz nur folgende von Bedeutung sind:

1. Durch Beschluß vom 19. Mai 1964 hat das Landgericht Berlin die Zwangsvollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil bis zur Entscheidung des Nachverfahrens gegen Sicherheitsleistung von 51.500 DM einstweilen eingestellt. Die GmbH hat die Sicherheit nicht geleistet; sie ist bereits



am 23. Januar 1962 wegen Vermögenslosigkeit gelöscht worden. Der Beklagte meint, der Kläger könne von ihm nicht Zahlung, sondern bloß Hinterlegung verlangen, weil § 839 ZPO auch den Fall erfasse, daß dem Schuldner erst nach Urteilserlaß gestattet wird, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung abzuwenden.

2. Der Beklagte bestreitet, eine Einlage zu schulden.

Er war der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH, der Kläger war ihr Prokurist. Am 10. Januar 1956 hat der Beklagte eine Gesellschafterversammlung abgehalten und in notarieller Form beschlossen, das Stammkapital (von 20.000 DM) um 80.000 DM zu erhöhen. Zugleich hat er die Stammeinlage auf das erhöhte Stammkapital übernommen. Der Kläger behauptet, von dieser Einlageschuld seien noch 60.000 DM offen.

a) Der Beklagte meint, die Übernahmeerklärung sei nicht wirksam geworden, weil die Gesellschaft diese Erklärung nicht rechtswirksam angenommen habe. Er habe den Übernahmevertrag nicht im eigenen Namen und zugleich im Namen der Gesellschaft schließen können. Der Kläger habe die GmbH nicht vertreten können, da die Übernahme einer neuen Stammeinlage einen Sozialakt erfordere und die Prokura hierzu nicht berechtige. Überdies, so trägt der Beklagte vor, habe der Kläger zum Übernahmeangebot keine ausdrückliche Erklärung abgegeben, und eine stillschweigende Genehmigung komme nicht in Betracht, da sich der Kläger nicht dessen bewußt gewesen sei, eine Erklärung zur Durchführung der Kapitalerhöhung abgeben zu müssen.

b) Auch die Kapitalerhöhung sei nicht wirksam geworden. Sie sei eingetragen worden, obwohl sie unter einer dann nicht eingetretenen Bedingung beschlossen worden und die Handelsregisteranmeldung überdies zurückgenommen gewesen sei. Außerdem sei er bei Vornahme der Eintragung wegen der Länge der seitdem verstrichenen Zeit nicht mehr an die Übernahmeerklärung gebunden gewesen.

3. Der Beklagte hält eine etwaige Einlageschuld mit Rücksicht auf § 19 GmbHG für unpfändbar. Er beruft sich hierzu darauf, daß gegen die GmbH kein Konkursantrag gestellt worden ist und sie noch Steuerschulden und damit außer dem Kläger mindestens noch einen weiteren Gläubiger, das Finanzamt, hat.

4. Schließlich vertritt der Beklagte den Standpunkt, seine etwaige Einlageschuld sei erloschen.

a) Er behauptet: Der Gesellschaft habe schon bei Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses keine Forderung mehr gegen ihn zugestanden. Er habe ihr Darlehen in Höhe von mehr als 80.000 DM gegeben. Hierbei sei die GmbH von seiner Ehefrau vertreten worden, die er früher bevollmächtigt habe, die Gesellschaft in jeder Beziehung zu vertreten. Im Einverständnis mit seiner Ehefrau seien seine Darlehensansprüche gegen seine Einlageschuld verrechnet worden.

b) Der Kläger beruft sich auch auf einseitige Aufrechnung. Er meint: Wenn die Einlageforderung pfändbar sei, müsse auch er berechtigt sein, mit seinen Darlehensansprüchen gegen die Einlageschuld aufzurechnen. Er hat daher hilfsweise die Aufrechnung gegen die gepfändete Einlageforderung erklärt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Der Einstellungsbeschluß steht dem Zahlungsbegehren des Klägers nicht entgegen.

Wird ein Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt, so kann auf Antrag dem Schuldner im Urteil nachgelassen werden, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung abzuwenden (§ 713 Abs. 2 ZPO). Diese Anordnung hat zur Folge, daß gepfändetes Geld oder der Erlös gepfändeter Gegenstände zu hinterlegen ist (§ 720 ZPO) und daß die Überweisung gepfändeter Geldforderungen nur zur Einziehung und nur mit der Wirkung stattfindet, daß der Drittschuldner den Betrag hinterlegt (§ 839 ZPO).

Im vorliegenden Fall ist nicht Vollstreckungsnachlaß gewährt, sondern die Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil gemäß §§ 719, 707 ZPO gegen Sicherheitsleistung eingestellt worden. Dies bedeutet, daß der titulierte Anspruch uneingeschränkt durchgesetzt werden darf, wenn es nicht zur Sicherheitsleistung kommt. Da die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt wird, kann anders als beim Vollstreckungsnachlaß nicht schon die Anordnung als solche Rechtswirkungen zeitigen. Es ist daher auch nicht gerechtfertigt, die ausdrücklich nur auf den Fall des § 713

Abs. 2 ZPO zugeschnittene Regelung des § 839 ZPO auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden (LG Hamburg MDR 1952, 45; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO § 839 II; a.A. Wieczorek, ZPO § 839 A I).

II. Der Beklagte hat eine Einlageschuld von 80.000 DM rechtswirksam übernommen.

1. In dem Kapitalerhöhungsbeschuß vom 10. Januar 1956 ist nicht zum Ausdruck gebracht worden, daß er nur unter einer Bedingung gelten soll. Darum ist die Vornahme der Kapitalerhöhung unter einer Bedingung auch nicht mit beurkundet worden. Das hat zur Folge, daß die Bedingung nicht rechtswirksam Bestandteil der Kapitalerhöhung und diese unbedingt wirksam geworden ist.

2. Die Gesellschafter einer GmbH haben es in der Hand, ob und wann sie eine beschlossene Kapitalerhöhung zur Eintragung ins Handelsregister anmelden wollen. Das folgt aus § 79 GmbHG und erklärt sich aus dem konstitutiven Charakter der Eintragung einer Satzungsänderung. Der Beklagte hätte daher mit der Anmeldung der Kapitalerhöhung warten können, bis sich der Eintritt oder Ausfall der Bedingung geklärt hatte. Von dieser Möglichkeit hat er jedoch keinen Gebrauch gemacht, sondern vielmehr die Anmeldung unter dem 23. Januar 1956 vorgenommen (Bl. 28 des Sonderbandes der Registerakten).

Als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH konnte der Beklagte die Anmeldung vor der Eintragung wieder zurücknehmen. Das hat er mit Brief vom 1. Dezember 1958 getan (Bl. 79 der Registerakten). Diese Erklärung hat er aber unter dem 15. Dezember 1959 in notariell beglaubigter Form widerrufen und zugleich erklärt, daß die Anmeldung vom 23. Januar 1956 wieder volle Gültigkeit habe (Bl. 34 des Sonderbandes der Registerakten).

3. Die Übernahme einer Stammeinlage auf das erhöhte Stammkapital bedarf der Annahme durch die Gesellschaft (vgl. BGHZ 45, 338, 345; BGH WM 1966, 1262, 1263). Wie der Senat in seinem Urteil vom 6. Oktober 1960 - II ZR 215/58 - (BGHZ 33, 189, 194) angenommen hat, kann der alleinige Gesellschafter einer GmbH, der zugleich ihr Geschäftsführer ist, zwar eine Kapitalerhöhung beschließen, aber wegen des Verbots des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) nicht die auf das erhöhte Kapital zu leistende Stammeinlage übernehmen. Das Berufungsgericht meint, der Kläger, dem der Beklagte am 10. Januar 1956 Prokura für die GmbH erteilt habe, habe an diesem Tage stillschweigend der Übernahmeerklärung des Beklagten zugestimmt.

a) Die Übernahmeerklärung des Beklagten konnte der Kläger für die Gesellschaft nur dann annehmen, wenn er eine Vollmacht besaß, die ihn hierzu berechtigte.

a 1) Hierzu reichte seine Prokura nicht aus.

Die Vereinbarung über die Übernahme einer auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage ist ein Vertrag, der körperschaftsrechtlichen Charakter hat (BGH WM 1966, 1262, 1263). Denn durch einen solchen Vertrag werden auf der Grundlage des gefaßten Kapitalerhöhungsbeschlusses neue Mitgliedschaftsrechte und neue Geschäftsanteile geschaffen. Da der Übernahmevertrag der Durchführung des Kapitalerhöhungsbeschlusses dient und entweder die Aufnahme des Übernehmers in die Gesellschaft oder die Vermehrung seiner Mitgliedschaftsrechte zum Gegenstand hat, kommen für die Vertretung der Gesellschaft nur die Gesellschafter in Betracht. Grundsätzlich wird die Gesellschaft Dritten gegenüber allerdings durch die Geschäftsführer und niemals durch die Gesellschafter vertreten (vgl. Walter Schmidt in Hachenburg, GmbHG § 45 Anm. 6 m.w.Nachw.). Aber beim Übernahmevertrag geht es nicht um einen rechtsgeschäftlichen Außenakt, sondern um

die Schaffung neuer Mitgliedschaftsrechte, um einen Akt gesellschaftlicher Betätigung.

Die Gesellschafter bilden ihren Willen durch Beschlüsse. Falls auch die Ausführung eines Gesellschafterbeschlusses die Vornahme eines Sozialakts erfordert, müssen die Gesellschafter diesen Akt selbst vornehmen; sie können aber auch einen von ihnen, einen Geschäftsführer oder einen Dritten zur Vornahme ermächtigen. Das letztere folgt aus § 45 Abs. 2 GmbHG, der der Selbstverwaltung der Gesellschafter weithin freien Spielraum läßt (RGZ 137, 305, 308; anders bei Satzungsänderung: RGZ 169, 65, 80).

Wenn die Gesellschafter eine bestimmte Person zur Übernahme einer Stammeinlage auf das erhöhte Kapital zu-lassen, so ermächtigen sie, falls sie sich den Abschluß der Übernahmevereinbarung nicht selbst vorbehalten, den Geschäftsführer, den Übernahmevertrag nach Maßgabe des Zulassungsbeschlusses abzuschließen. Auf diese Weise und nur durch sie wird der Geschäftsführer, der durch § 35 GmbHG nicht zur Vornahme von Sozialakten befugt wird, berechtigt, den Übernahmevertrag abzuschließen. Damit ist zugleich gesagt und erklärt, daß und warum sich der Geschäftsführer im Rahmen des Erhöhungs- und Zulassungsbeschlusses der Gesellschafter halten muß.

Weil der Übernahmevertrag Sozialakt ist, berechtigt die Prokura so wenig wie das Amt des Geschäftsführers zum Abschluß eines solchen Vertrages.

a 2) Aber so, wie die Gesellschafter einen Geschäftsführer zum Abschluß des Übernahmevertrages ermächtigen können, können sie auch einen Prokuristen hierzu bevollmächtigen. Das kann sowohl ausdrücklich als auch schlüssig geschehen. Der Prokurist wird dann nicht auf Grund der Prokura, sondern auf Grund einer über den gesetzlichen Rahmen der Prokura (§ 49 HGB) hinausgehenden Sondervollmacht tätig.

So liegt es hier. Der Beklagte hat die Prokura am Tage des Kapitalerhöhungsbeschlusses erteilt. Ihre Erteilung diente dazu, den Abschluß des Übernahmevertrages zu ermöglichen. Hierzu war die Prokura ungeeignet. Der Beklagte wollte in Höhe eines Betrages von 80.000 DM weitere Mitgliedschaftsrechte erwerben. Das konnte er nur durch einen wirksamen Übernahmevertrag erreichen. Er hat den Kläger bei Abschluß des Übernahmevertrages als Vertreter der Gesellschaft auftreten lassen. Aus diesen feststehenden Tatsachen ergibt sich, daß der Beklagte dem Kläger nicht bloß Prokura erteilt, sondern ihn auch ermächtigt hat, den Kapitalerhöhungsbeschluß durch Abschluß eines Übernahmevertrages mit ihm auszuführen.

b) Auf die Ansicht der Revision, daß eine Übernahmeerklärung nicht durch Schweigen angenommen werden kann (so Schilling in Hachenburg, GmbHG § 51 Anm. 11 im Gegensatz zu Scholz, GmbHG § 55 Anm. 10), kommt es nicht an. Denn der Kläger hat (gemeinsam mit dem Beklagten) die Kapitalerhöhung zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet und dabei versichert, daß auf die neue Stammeinlage die Hälfte eingezahlt sei. Damit hat er namens der Gesellschaft die Übernahmeerklärung des Beklagten durch eine schlüssige Handlung angenommen. Eine schlüssige Annahmeerklärung hält aber auch Schilling aaO für statthaft.

4. Die Kapitalerhöhung ist am 4. März 1960 ins Handelsregister eingetragen worden. Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, daß zwischen seiner Übernahmeerklärung und der Registereintragung mehr als vier Jahre liegen und er deshalb nicht mehr an seine Übernahmeerklärung gebunden sei. Denn er hat am 15. Dezember 1959 die Anmeldung der Kapitalerhöhung auf der Grundlage des Erhöhungsbeschlusses und seiner Übernahmeerklärung vom 10. Januar 1956

erneuert und hat damit zum Ausdruck gebracht, daß er sich an seine Übernahmeerklärung halten wolle. Nach dem Hin und Her seiner Anmeldungen konnte er nicht damit rechnen, daß das Registergericht nun sofort die Eintragung vornähme. Es kommt daher nicht erst darauf an, ob der Beklagte, wie das Berufungsgericht meint, wegen Zeitablaufs das Recht erlangt hatte, das Übernahmerechtsverhältnis zu kündigen, und daß er von diesem Recht bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung keinen Gebrauch gemacht hat.

III. Die Einlageforderung ist dem Kläger rechtswirksam zur Einziehung überwiesen worden.

Grundsätzlich ist eine Einlageforderung allerdings nur pfändbar, wenn entweder die Forderung, deretwegen gepfändet wird, vollwertig ist oder die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat, außer der gepfändeten Forderung keine Vermögensgegenstände mehr besitzt und der pfändende Gläubiger der einzige Gläubiger der Gesellschaft ist (RGZ 156, 23, 25; 149, 293, 295 m.w.Nachw.). Denn nur unter diesen Voraussetzungen kann bei der Pfändung einer Einlageforderung das in einer Reihe von Vorschriften des GmbH-Gesetzes verankerte Prinzip der Sicherung der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals gewahrt werden.

Der Senat hat aber für den Fall eine Ausnahme gemacht (LM § 19 GmbHG Nr. 4), daß die Erhaltung der Kapitalgrundlage zugunsten der Gesellschaft oder der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr erforderlich ist. Dieser Gesichtspunkt trifft auch vorliegend zu. Die Gesellschaft ist wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht worden. Außer dem Kläger ist nur noch ein Gläubiger, das

Finanzamt, vorhanden. Das Finanzamt hat seine Ansprüche im Unterschied zum Kläger nicht weiterverfolgt. Wollte man die Pfändung des Klägers für unzulässig halten, so würde dies darauf hinauslaufen, daß der Beklagte seine Einlagenschuld nicht zu erfüllen brauchte. Das kann nicht rechtens sein. Der Beklagte kann sich unmöglich auf die Einhaltung des Prinzips der Sicherung der Erhaltung des Stammkapitals zu dem Zweck berufen, einen noch geschuldeten Einlagebetrag nicht leisten zu brauchen.

IV. Schließlich ist auch der Einwand des Beklagten unbegründet, er habe seine Einlagenschuld erfüllt.

1. Es kann unterstellt werden, daß der Beklagte der Gesellschaft Darlehen von mehr als 80.000 DM gegeben hat. Er mag auch mit der GmbH, diese hierbei vertreten durch seine Ehefrau, die Verrechnung des Darlehensrückzahlungsanspruchs mit seiner Einlagenschuld vereinbart haben. Aber ein Aufrechnungsvertrag ist wegen des Zwecks des § 19 Abs. 2 GmbHG nur zulässig, wenn die Forderung des Gesellschafters fällig, liquide und vollwertig ist (BGHZ 42, 89, 93). Das hat der Beklagte aber für seine Darlehensforderung nicht dargetan.

2. Die einseitige Aufrechnung des Beklagten scheitert an dem Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Teilsatz 2 GmbHG.

Diese Bestimmung ist nicht dadurch unanwendbar geworden, daß die GmbH auf Grund des § 2 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934 wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht worden ist. Die Löschung hat nicht die Wirkung, daß die Gesellschaft erlischt (BGH WM 1967,

1225, 1226 m.w.Nachw.). Wenn die gelöschte Gesellschaft noch Vermögen hat, so findet die Liquidation statt (§ 2 Abs. 3 dieses Gesetzes). Die Ellermann GmbH hatte noch Vermögen, da sie gegen den Beklagten eine Einlageforderung von 60.000 DM besaß. Darum bestand sie auch nach ihrer Löschung im Handelsregister als Liquidationsgesellschaft fort.

§ 19 Abs. 2 GmbH kommt im Liquidationsstadium zur Anwendung, da § 69 GmbHG bestimmt, daß die Vorschriften des zweiten Abschnitts des GmbH-Gesetzes, in dem § 19 GmbHG steht, bis zur Beendigung der Liquidation weitergilt, soweit sich aus den Bestimmungen über die Auflösung der Gesellschaft und dem Wesen der Gesellschaft nicht ein anderes ergibt. Das aber ist nicht der Fall (RGZ 149, 293, 297/98). § 19 Abs. 2 GmbHG ist im Liquidationsstadium dagegen nicht anwendbar, wenn der Zweck dieser Vorschrift, die Kapitalgrundlage der Gesellschaft im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zu erhalten, das Aufrechnungsverbot nicht mehr erfordert. Das hat das Reichsgericht (RGZ 149, 293, 298) für den Fall angenommen, daß alle Gesellschaftsgläubiger bereits befriedigt, die Vermögensstücke im wesentlichen versilbert sind, jeder Geschäftsbetrieb aufgehört hat und die Entstehung neuer Verbindlichkeiten, die nicht aus den vorhandenen Barbeständen befriedigt werden könnten, nicht zu erwarten ist.

Dem steht der vorliegende Fall nicht gleich. Die Ellermann GmbH hat noch drei Gläubiger: den Kläger, das Finanzamt und den Beklagten mit seinen angeblichen Darlehensansprüchen. Der Beklagte würde sich bei Zulässigkeit seiner Aufrechnung eine vorzugsweise Befriedigung vor den beiden anderen Gesellschaftsgläubigern verschaffen. Das widerspricht dem Zweck des § 19 Abs. 2 GmbHG und ist darum ausgeschlossen. Der Beklagte kann aber auch nicht mit

dem Anteil aufrechnen, der bei gleichmäßiger Berücksichtigung seiner Forderung und der Forderungen des Klägers und des Finanzamts von dem Einlagebetrag von 60.000 DM auf ihn entfallen würde. Denn, wenn das Vermögen einer GmbH, wie hier, nicht zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, müssen die Liquidatoren das Vergleichsverfahren oder das Konkursverfahren beantragen (Schmidt-Goerdeler in Hachenberg, GmbHG § 73 Anm. 11), und das hat der Beklagte unterlassen. Denselben Erfolg kann er nicht durch eine Aufrechnungserklärung erreichen. In seine Aufrechnungserklärung hat er auch Forderungen einbezogen, die keineswegs feststehen; außerdem hat er nicht dargelegt, welcher Betrag von seiner Einlageschuld bei verhältnismäßiger Befriedigung auf ihn, den Kläger, und das Finanzamt entfallen soll. Seine Aufrechnungserklärung läßt vielmehr offen, zu welchem Betrage sie zur Tilgung der Einlageschuld geführt haben soll. Das zeigt, daß seine einseitige Aufrechnung dazu ungeeignet ist, die Klage auch nur teilweise abzuweisen.

Die Revision ist daher in allen Punkten unbegründet und war darum zurückzuweisen.

Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Nörr Liesecke Stimpel