

Nachschlagewerk: ja zu A II. 1 der Entscheidungsgründe

BGHZ: nein

BGHR: ja

GmbHG § 15 Abs. 3, 4; BGB § 158

- a) Ist die Abtretung eines Geschäftsanteils aufschiebend bedingt, kann der aus der Bedingung Begünstigte einseitig durch formfreie, empfangsbedürftige Erklärung, die keiner Annahme bedarf, auf die Bedingung verzichten.
- b) Soll der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Verpflichtungsvertrag zur Abtretung eines Geschäftsanteils unabhängig vom Eintritt der Bedingung wirksam werden (Wegfall der Bedingung), erfordert dies eine Vertragsänderung, die grundsätzlich dem Formzwang des § 15 Abs. 4 GmbHG unterliegt.

BGH, Urt. v. 23. November 1988 - VIII ZR 262/87 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 262/87

Verkündet am:
23. November 1988
Kanik
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Rudolf Sch[REDACTED], Scho[REDACTED]straße [REDACTED], N[REDACTED],
2. Wilhelm Josef B[REDACTED], St. A[REDACTED]-Straße [REDACTED], N[REDACTED],
3. Katharina B[REDACTED], ebenda,
4. Jutta B[REDACTED], ebenda,
5. Josef B[REDACTED], ebenda,

Beklagte und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Dr. Anke L[REDACTED]-J[REDACTED], O[REDACTED]straße [REDACTED], K[REDACTED],

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

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

56

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1988 durch die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Treier, Dr. Zülch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. September 1987 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt jeweils aus abgetretenem Recht die Beklagten als Teil- und Gesamtschuldner auf Zahlung von 200.000 DM in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Auf Betreiben des Beklagten zu 1) wurde am 17. September 1984 die NE T GmbH (künftig: GmbH) gegründet. Die Beklagten zu 2) bis 5) erwarben durch notariellen Vertrag vom 4. Oktober 1984 die der Stammeinlage



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



entsprechenden Geschäftsanteile in Höhe von jeweils 12.500 DM. Durch notariellen Vertrag vom 31. Oktober 1984 traten sie die Geschäftsanteile an den Beklagten zu 1) ab, der sie aufgrund eines ebenfalls unter dem 31. Oktober 1984 abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrags (s. unten) treuhänderisch für den Treugeber R. [REDACTED] erwerben sollte. Der hierfür - unstreitig - vereinbarte Kaufpreis von 300.000 DM ist auch gezahlt worden. In dem notariellen Vertrag vom 31. Oktober 1984 ist jedoch lediglich ein fester Kaufpreis von 100.000 DM protokolliert, der sich gem. Nr. VI. des Vertrags nach dem Ergebnis einer Zwischenbilanz vermindern oder erhöhen sollte. Der Vertrag enthält unter anderem noch folgende Vereinbarungen:

"II.

.....

Der Kauf umfaßt das Handelsgeschäft der ... GmbH, die Firma und den gesamten Kundenstamm.

III.

Das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung der Geschäftsanteile (Kaufvertrag) und die Geschäftsanteilsübertragung (Verfügungsgeschäft) werden mit Eintritt der folgenden aufschiebenden Bedingungen wirksam:

1. Zustandekommen eines wirksamen Leasing-Mietvertrages über die Fleischwarenfabrik, ...
2. Vorlage der Zustimmung des Erwerbers zu dem Leasing-Mietvertrag.

3. Vorlage einer ordentlichen Zwischenbilanz, aus der sich ergibt, daß die Gesellschaft zahlungsfähig und nicht überschuldet ist (§ 64 GmbHG).
4. Vorlage der Bürgschaft zur Absicherung der Verpflichtung zur Übernahme des Darlehens über DM 300.000.

IV.

Die Veräußerer und der Erwerber sind sich darüber einig, daß sämtliche Vereinbarungen dieses Geschäftsanteilsübertragungsvertrages keine Wirksamkeit erlangen, falls nicht die vorerwähnten Bedingungen bis zum 31.12.1984 eingetreten sind.

V.

Der Kaufpreis von DM 100.000 wird fällig zu Auszahlung an die Veräußerer mit Eintritt der letzten Bedingung d.h. mit Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages. ...

Die Bedingungen sind dem beurkundenden Notar nachgewiesen mit der Folge der Freigabe der Auszahlung, wenn Veräußerer und Erwerber den Bedingungseintritt schriftlich mitteilen. ..."

Der Beklagte zu 1) und der Treugeber trafen - ebenfalls mit Datum vom 31. Oktober 1984 - eine privatschriftliche Vereinbarung, in der es (auszugsweise) heißt:

"Der Treuhänder hat im Rahmen des Treuhandverhältnisses allen Weisungen des Treugebers Folge zu leisten.

...

Treugeber und Treuhänder sind sich darüber einig, daß der Treugeber erhebliche Vorleistungen erbracht hat. Für den Fall, daß der Geschäftsanteilsübertragungsvertrag bis zum 31. Dezember 1984 nicht wirksam geworden sein sollte, verpflichtet sich der Treuhänder zur Zahlung eines Betrages von 200.000 DM an den Treugeber. Dieser Betrag wird gegebenenfalls per 1. Januar 1985 zur Auszahlung an den Treugeber fällig. Ab diesem Zeitpunkt ist der Betrag mit 8 % zu verzinsen."

Ein Leasingvertrag (Nr. 1, 2 der oben zitierten Bedingungen) kam nicht zustande. Mit Schreiben vom 30. November 1984 erteilte der Treugeber dem Beklagten zu 1) folgende Anweisung: "Ich weise Sie hiermit an, dem Notar ... zu erklären, daß der Geschäftsanteilsübertragungsvertrag laut seiner Urkunde vom 31. Oktober 1984 ... mit dem 30. November 1984 wirksam geworden ist."

Die Klägerin hat von dem Beklagten zu 1) Zahlung des mit dem Treugeber am 31. Oktober 1984 für den Fall, daß der Anteilsübertragungsvertrag nicht wirksam werden sollte, vereinbarten Betrags und - gesamtschuldnerisch - von den Beklagten zu 2) bis 5) Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe eines Teilbetrags von 200.000 DM verlangt.

Das Landgericht hat der Klage gegen den Beklagten zu 1) stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Hiergegen haben die Klägerin und der Beklagte zu 1) Berufung eingelegt. Dem zuletzt von der Klägerin gestellten Antrag, die Beklagten zu 2) bis 5) zur Zahlung von je 50.000 DM nebst Zinsen gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten zu 1) zu verurteilen, hat das Berufungsgericht bis auf einen Teil der Zinsen stattgegeben. Die Berufung des Beklagten zu 1) hat es mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß er zur Zahlung von 200.000 DM nebst Zinsen verurteilt werde, und zwar in Höhe von jeweils 50.000 DM als Gesamtschuldner mit den Beklagten zu 2) bis 5). Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf Klagabweisung weiterverfolgen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten zu 2) bis 5)

I. Das Berufungsgericht hält den aus abgetretenem Recht geltend gemachten Anspruch für begründet. Die Klägerin könne von den Beklagten zu 2) bis 5) als Teilschuldnern Zahlung in Höhe von je 50.000 DM verlangen, weil sie die Kaufpreiszahlung ohne Rechtsgrund erhalten hätten. Der Kaufvertrag über die Geschäftsanteile sei wegen der Unterverbriefung (protokollierter Kaufpreis 100.000 DM, vereinbarter Kaufpreis 300.000 DM) nach § 15 Abs. 4 GmbHG nichtig und auch nicht nach Satz 2 der Vorschrift geheilt. Die sowohl dem Kaufvertrag als auch der Abtretung der Geschäftsanteile beigefügten aufschiebenden Bedingungen seien jedenfalls nicht vollständig eingetreten, so daß die Abtretung nicht wirksam geworden

sei. Ohne Erfolg beriefen sich die Beklagten darauf, daß es auf den Bedingungseintritt mit Rücksicht auf die schriftliche Anweisung des Treugebers vom 30. November 1984 nicht ankomme. Zwar könne zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß die Anweisung, dem beurkundenden Notar zu erklären, der Übertragungsvertrag sei mit Wirkung vom 30. November 1984 wirksam geworden, nicht nur zum Schein erfolgt sei. Die Anweisung habe jedoch bereits aus formellen Gründen den Bedingungseintritt nicht ersetzen oder fingieren können. Nach Nr. IV. Absatz 3 der notariellen Urkunde seien die Bedingungen dem Notar nachgewiesen mit der Folge der Freigabe der Auszahlung, wenn Veräußerer und Erwerber den Bedingungseintritt schriftlich mitteilen. Es seien also schriftliche Erklärungen des Beklagten zu 1) als Erwerber und der Beklagten zu 2) bis 5) als Veräußerer notwendig gewesen. Daß solche schriftlichen Mitteilungen vor dem 31. Dezember 1984 erfolgt seien, werde nicht behauptet. Fehl gehe auch die Auffassung, der in Wahrheit aufgrund der Bedingungen berechnigte Treugeber habe mit dem Schreiben vom 30. November 1984 wirksam auf deren Einhaltung verzichtet. Zwar sei ein solcher einseitiger Verzicht grundsätzlich dann möglich, wenn der Verzichtende allein über das ihm durch die Bedingung vorbehaltene Recht verfügen könne. Der Verzicht stelle jedoch stets eine Abänderung des Rechtsgeschäfts dar, die im Fall eines notariell beurkundeten Vertrags - wie hier - der Einhaltung der notariellen Form bedürfe, weil sonst die Formvorschrift umgangen werden könnte. Diese Form sei nicht eingehalten worden. Gegenüber dem Formerfordernis könne nicht geltend gemacht werden, daß die Erklärung eines vorbehaltenen Rücktritts von der Übertragung eines Geschäftsanteils als formfrei angesehen werde. Denn die Erklärung des Rücktritts stehe in der Sache dem Eintritt einer auflösenden Bedingung gleich, nicht aber deren Vereinbarung.

Die Beklagten haben auch nicht - so meint das Berufungsgericht - die Voraussetzungen einer unzulässigen Einwirkung auf die Bedingung (§ 162 Abs. 1 BGB) dargetan. Ihr Sachvortrag zu dem Vorwurf, der Treugeber habe den Beklagten zu 1) daran gehindert, die Verhandlungen mit der Leasinggesellschaft bis zum 31. Dezember 1984 erfolgreich abzuschließen, ergebe allenfalls, daß der Treugeber den Bedingungseintritt erschwert habe, was für § 162 BGB nicht ausreiche.

Der Treugeber muß sich nach Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht deshalb so behandeln lassen, als seien die Bedingungen eingetreten, weil er - wie die Beklagten behaupten - die GmbH nach seinen Vorstellungen umgestaltet und sich so verhalten habe, als sei er alleiniger Anteilsinhaber. Nach der höchstichterlichen Rechtsprechung könne die Berufung auf einen Formmangel nur ausnahmsweise und zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse versagt werden. Könne dagegen der notwendige Ausgleich unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien mit anderen rechtlichen Mitteln, etwa über Bereicherungsrecht oder Schadensersatzansprüche, erzielt werden, so sei für eine durch Treu und Glauben gebotene Bindung an formnichtige Rechtsgeschäfte kein Raum. Das gleiche habe zu gelten, wenn formgebundene Verträge mangels Eintritts der zulässigerweise in sie aufgenommenen Bedingungen oder infolge formnichtigen Verzichts auf diese Bedingungen nicht wirksam geworden sind. Im vorliegenden Fall könne eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht unter Beachtung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft durchgeführt werden. Darüberhinaus sei in der

Fortführung des Geschäfts durch den Treugeber bereits deshalb keine Treuwidrigkeit zu sehen, weil diese Tätigkeit auch der Erhaltung der Gesellschaft und damit der Verhinderung eines wirtschaftlichen Schadens gedient habe.

Dem Treugeber könne nicht mit § 814 BGB entgegengehalten werden, daß er den vollen Kaufpreis gezahlt habe, denn die Vorschrift setze positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung voraus. Hier habe aber der Treugeber im Zeitpunkt der Zahlung nicht mit dem Ausfall der Bedingung zu rechnen brauchen.

Schließlich stünde den Beklagten zu 2) bis 5) gegenüber dem Zahlungsanspruch kein Zurückbehaltungsrecht zu. Zwar habe bei einem unwirksamen gegenseitigen Vertrag auch der Bereicherungsschuldner gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Herausgabe des Empfangenen. Hier habe jedoch der Treuhänder (Beklagter zu 1) nichts empfangen, denn die Beklagten zu 2) bis 5) seien mangels wirksamer Übertragung ihrer Geschäftsanteile weiterhin deren Inhaber. Nur formell gelte nach § 16 GmbHG gegenüber der GmbH der Beklagte zu 1) und nach der unstreitig erfolgten - formellen - Kettenabtretung (Treuhänder an Kaiser, dieser an Treugeber) der Treugeber als Gesellschafter. Es bedürfe auch keiner Erklärung des Gesellschafters gegenüber dem Registergericht, vielmehr genüge die Anmeldung des Gesellschafterwechsels bei der GmbH. Im übrigen werde selbst bei der OHG und der KG ein auf die Anmeldepflicht zum Handelsregister gestütztes Zurückbehaltungsrecht verneint.

Das hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

II. 1. a) Im Ergebnis zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß die Beklagten zu 2) bis 5) die Zahlung für den Verkauf sämtlicher Geschäftsanteile ohne rechtlichen Grund erhalten haben, denn der Kaufvertrag ist nach § 15 Abs. 4 GmbHG nichtig, weil ein Kaufpreis von 100.000 DM in der notariellen Urkunde protokolliert ist, die Vertragsparteien nach der Feststellung des Berufungsgerichts jedoch einen Kaufpreis von 300.000 DM vereinbart haben (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1983 - IVa ZR 187/81, WM 1983, 565, 566 unter II. 1 a). An der Anwendbarkeit von § 15 Abs. 4 GmbHG ändert sich auch unter dem Gesichtspunkt nichts, daß wirtschaftlich das Handelsgeschäft der GmbH verkauft worden ist, wie aus II. der notariellen Urkunde folgt, wonach der Kauf das "Handelsgeschäft der ... GmbH, die Firma und den gesamten Kundenstamm" umfaßt (s. jedoch unten zu 2 b)).

b) Eine Heilung des formnichtigen Verpflichtungsgeschäfts durch die Abtretung der Geschäftsanteile (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) ist nicht eingetreten, wobei insoweit ohnehin nur die Heilung der Formnichtigkeit in Betracht käme und sich nichts daran ändern würde, daß das Verpflichtungsgeschäft aufschiebend bedingt abgeschlossen worden ist und seine volle Wirksamkeit den Eintritt der Bedingungen erforderte. Andererseits kann hier unterstellt werden, daß die Formnichtigkeit des Kaufvertrags nicht auch über § 139 BGB zur Nichtigkeit der Übertragung geführt hat (zur Heilung durch den in derselben Urkunde enthaltenen Abtretungsvertrag vgl. Scholz/Winter, GmbHG, 7. Aufl., § 15 Rdn. 74).

aa) Die Heilung des Verpflichtungsgeschäfts tritt nur bei **w i r k s a m e r** Abtretung ein (vgl. Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 15. Aufl., § 15 Rdn. 35 m.Nachw.). Erfolgt die Abtretung, wie hier, unter aufschiebenden Bedingungen, wogegen aus Rechtsgründen keine Bedenken bestehen, so tritt eine Heilung des Verpflichtungsgeschäfts erst ein, wenn die Bedingungen erfüllt sind. Fällt auch nur eine Bedingung aus, wie im vorliegenden Fall der Abschluß des Leasingvertrages, so kommt die Heilung des schuldrechtlichen Geschäfts nicht mehr in Betracht. Die Beklagten machen indessen geltend, daß der Treugeber mit seinem Schreiben vom 30. November 1984 an den Beklagten zu 1) auf die Bedingung verzichtet habe. Im Parallelverfahren VIII ZR 263/87 hat das Oberlandesgericht die Revision wegen der Frage zugelassen, "welche Auswirkungen der nicht notariell beurkundete Verzicht auf die Bedingungen eines GmbH-Anteilsübertragungsvertrages hat". Nach Auffassung des Senats ist die Möglichkeit eines formfreien Verzichts auf die der **A b t r e t u n g** beigefügte Bedingung anzuerkennen, weil darin keine der Form des § 15 GmbHG unterliegende Vertragsänderung zu sehen ist und unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit der Nachweis eines Verzichts in der Regel keine größeren Schwierigkeiten bereiten wird als der Nachweis des Eintritts der Bedingung. Die Abtretung als Verfügungsgeschäft läßt sich in dem hier interessierenden Zusammenhang mit der Übereignung beweglicher Sachen vergleichen. Für sie hat der Bundesgerichtshof bejaht, daß der bei der Übereignung vereinbarte Eigentumsvorbehalt durch einseitige Erklärung aufgegeben werden kann (Senatsurteil

vom 20. Mai 1958 - VIII ZR 329/56, LM § 127 BGB Nr. 1 unter 2.). Mit einem solchen einseitigen Verfügungsgeschäft komme die Bedingung in Fortfall, die dem dinglichen Rechtsgeschäft, nämlich der Einigung über den Eigentumsübergang im Sinne des § 929 BGB anhaftete. Beim Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt kann es allerdings keinen Zweifel geben, daß der Vorbehalt im Interesse des bisherigen Eigentümers besteht und nur er als Begünstigter zum Verzicht befugt ist. Bei der Abtretung eines Geschäftsanteils kann die Bedingung hingegen sowohl dem Interesse des Erwerbers als des Veräußerers dienen. Selbst wenn hier davon ausgegangen werden müßte, die Bedingungen seien nur im Interesse des Erwerbers aufgenommen worden, ist aber nicht ersichtlich, daß überhaupt der Tatbestand eines Verzichts vorliegt. Nach dem Senatsurteil vom 20. Mai 1958 (aaO) kann zwar der Verzicht einseitig erklärt werden, die Erklärung bedarf auch keiner Annahme, es genügt "die Kundgabe einer hierauf gerichteten Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer". Hierfür gibt der unstreitige oder festgestellte Sachverhalt nichts her, zumal verlangt werden müßte, daß die Kundgabe vor dem 1. Januar 1985 erfolgt ist, weil nach IV. der notariellen Urkunde die Vertragsparteien sich darüber einig waren, daß die Vereinbarungen keine Wirksamkeit erlangen sollten, falls nicht die Bedingungen bis zum 31. Dezember 1984 eingetreten sind. Selbst wenn die Behauptung der Beklagten als richtig unterstellt wird, der Beklagte zu 1) habe die im Schreiben vom 30. November 1984 wiedergegebene Erklärung an den Notar gerichtet, folgt daraus nicht eine Kundgabe des Verzichts auf die Bedingungen gegenüber den Beklagten zu 2) bis 5).

Nach alledem ist dem Prozeßstoff eine wirksame Abtretung der Geschäftsanteile, die die Formnichtigkeit des Kaufvertrags hätte heilen können, nicht zu entnehmen.

bb) Überdies hätte auch der **K a u f v e r t r a g** selbst bei Heilung der Formnichtigkeit außerdem noch unter den aufschiebenden Bedingungen gestanden, von denen, wie schon erwähnt, jedenfalls die Bedingungen Nr. 1 und 2 (Leasingvertrag) unstreitig nicht eingetreten sind. Der einseitige Verzicht auf die dem schuldrechtlichen Vertrag beigefügten Bedingungen scheidet aus Rechtsgründen aus (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai 1958 aaO). Eine vertragliche Einigung, für die sich schon tatbestandlich aus dem Prozeßstoff nichts ergibt, hätte als Vertragsänderung überdies die Form des § 15 Abs. 4 GmbHG erfordert. Dem Beurkundungszwang unterliegen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Vertragsparteien zu dem schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäft gehören (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 1969 - II ZR 71/68, WM 1969, 1257, 1258 f unter III. a.E.; Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 15. Aufl., § 15 Rdn. 29). Zum schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäft gehörte nicht nur die Schaffung von Bedingungen, sondern auch ihr Wegfall, weil durch den Wegfall der Bedingungen eine stärkere Bindung an den noch nicht vollzogenen Kauf eingetreten wäre (s. zu § 313 BGB Urteil des BGH vom 8. April 1988 - V ZR 260/86, WM 1988, 1026, 1027 unter II. 1, vgl. auch Senatsurteil vom 21. April 1959 - VIII ZR 71/58, WM 1959, 689).

Das Berufungsgericht hat schließlich auch mit rechtlich zutreffenden Erwägungen die Fiktion des Bedingungseintritts nach § 162 Abs. 1 BGB verneint, soweit es hier überhaupt auf das Verhalten des Treugebers ankommen sollte.

2. a) Der nichtige Kaufvertrag ist nach Bereicherungsrecht abzuwickeln. Der Geltendmachung hieraus hergeleiteter Ansprüche stehen weder die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft (vgl. allgemein BGHZ 55, 5, 8) noch Treu und Glauben - auch nicht in der besonderen Ausprägung des § 814 BGB - entgegen.

aa) Der Bundesgerichtshof hat zwar entschieden, daß die fehlerhafte Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH - jedenfalls bei Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung und bei sittenwidriger Übervorteilung - nicht rückwirkend beseitigt werden könne (Urteil vom 13. März 1975 - II ZR 154/73, WM 1975, 512, 513 f. unter I. 1, dazu kritisch m.w.N. Scholz/Winter, GmbHG, 7. Aufl., § 15 Rdn. 109; offengelassen im Urteil vom 29. Juni 1987 - II ZR 198/86, WM 1987, 1207, 1208 unter 1.). Eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Formnichtigkeit (grundsätzlich bejahend Wiesner, NJW 1984, 95, 97 f. unter III. 1 a) verbietet sich hier schon deshalb, weil die Wirksamkeit des Vertrags auch bei Wahrung der Form noch vom Eintritt der aufschiebenden Bedingungen abhängig gewesen wäre, es also unter diesem Gesichtspunkt am gesellschaftsrechtlichen Vollzug gefehlt hätte; die Nichtigkeit des Kaufvertrags und damit der in ihm vereinbarten Bedingungen kann aber nicht zur rechtlichen Anerkennung von vollendeten Tatsachen führen, die durch die vertragliche Regelung gerade verhindert werden sollten. Die von den Beklagten behauptete wirtschaftliche Vereinnahmung des Geschäftsbetriebs der GmbH durch den Treugeber ist im Rahmen des Bereicherungsausgleichs zu berücksichtigen (s. unten zu b).

bb) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, daß der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) der Berücksichtigung des Formverstosses nicht entgegensteht. Gründe dafür, daß das zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führt (vgl. Senatsurteil vom 6. Mai 1985 - VIII ZR 119/84, WM 1985, 1000, 1001 unter II. 2 a), sind nicht ersichtlich. Rechtlich zutreffend hat das Berufungsgericht auch verneint, daß der Betrag von 200.000 DM in Kenntnis der Nichtschuld (§ 814 BGB) gezahlt worden ist.

b) Nach alledem ist dem Berufungsgericht darin zu folgen, daß die als Kaufpreis geleistete Zahlung nach Bereicherungsrecht auszugleichen ist. Seine Ausführungen dazu, daß die Klägerin einen in der Person des Erwerbers (Beklagten zu 1) entstandenen Anspruch durch zulässige Teilabtretung (Inkassozeession) erworben habe, lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision hingenommen.

Sie beanstandet jedoch im Ergebnis mit Recht die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Erwerber (Beklagter zu 1) nichts erhalten habe, was im Rahmen des Bereicherungsausgleichs zu berücksichtigen sei, weil die Beklagten zu 2) bis 5) weiterhin Inhaber der Geschäftsanteile seien. Richtig ist, daß Geschäftsanteile nicht gutgläubig erworben werden können. Das Berufungsgericht hat aber die naheliegende Erwägung außer acht gelassen, ob nicht in der Verteidigung der Beklagten, durch die inzwischen erfolgte Weiterveräußerung der Geschäftsanteile an K [REDACTED] und später an den Treugeber könne deren Rückerwerb vereitelt worden sein, eine stillschweigende Genehmigung der Abtretung durch die Nichtberechtigten liegt

(vgl. allgemein Pleyer, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 2. Dezember 1958 - VIII ZR 167/57, GmbH-Rdsch. 1960, 45), die nach §§ 185 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB nicht der für die Abtretung bestimmten Form bedürfte. Vor allem hat das Berufungsgericht jedoch übersehen, daß nach II. der notariellen Urkunde der Kauf "das Handelsgeschäft der GmbH, die Firma und den gesamten Kundenstamm" umfaßte. Ist der Geschäftsbetrieb auf den Erwerber übergegangen - wovon für die Revisionsinstanz auszugehen ist -, dann hat das Berufungsgericht rechtlich unzutreffend allein auf den rechtlichen Verbleib der Geschäftsanteile bei den Beklagten zu 2) bis 5) abgestellt. Vielmehr hätte es für die Höhe des Bereicherungsanspruchs den Saldo der beiderseitigen Leistungen ansetzen müssen (vgl. im übrigen zur Kondiktion bei Leistungen an den Treuhänder BGH, Urteil vom 27. April 1961 - VII ZR 4/60, NJW 1961, 1461). Der Grundsatz, daß der bei der Nichtigkeit eines Vertrags entstehende Bereicherungsanspruch von vornherein auf Herausgabe des aus den beiderseits erbrachten Leistungen ermittelten Überschusses geht, gilt sinngemäß auch dann, wenn die Leistungen ungleichartig sind. In einem solchen Fall hat der Bereicherungskläger, hier die Zessionarin, die ungleichartige Gegenleistung schon im Klageantrag derart zu berücksichtigen, daß er deren Rückgewähr Zug um Zug anbietet. Der Bereicherungsbeklagte kann deshalb nicht darauf verwiesen werden, insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen (vgl. BGH, Urteile vom 24. Juni 1963 - VII ZR 229/62, WM 1963, 834 unter IV.; vom 18. Februar 1972 - V ZR 23/70, WM 1972, 564 und vom 11. März 1988 - V ZR 27/87, NJW 1988, 3011). Diese Voraussetzungen für die Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs muß sich auch die Klägerin als Zessionarin entgegenhalten lassen.

Nach alledem kann die Verurteilung der Beklagten zu 2) bis 5) mit der bisherigen Begründung keinen Bestand haben. Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Die Sache war zurückzuverweisen, damit die Parteien Gelegenheit haben, unter dem bisher noch nicht beachteten Gesichtspunkt, daß der Erwerber möglicherweise den Geschäftsbetrieb der GmbH zurückzugewähren hat, ihren Vortrag zum Inhalt des Bereicherungsanspruchs zu vertiefen. Dabei kann im Hinblick auf die an Bedingungen geknüpfte Übertragung auch eine verschärfte Haftung nach § 820 BGB zu erörtern sein. Ebenso werden die Parteien Gelegenheit haben, zu der Frage vorzutragen, ob eine kraft Genehmigung durch die Beklagten zu 2) bis 5) wirksame Abtretung durch einen Nichtberechtigten erfolgt ist, die zwar an der fehlenden schuldrechtlichen Grundlage für einen Kaufpreisanspruch der Beklagten zu 2) bis 5) gegen den Beklagten zu 1) nichts ändern könnte, aber möglicherweise für den Bereicherungsausgleich von Belang ist.

B. Revision des Beklagten zu 1)

I. Das Berufungsgericht hält die Klage auf Zahlung von 200.000 DM aufgrund der vom Beklagten in der Treuhandvereinbarung übernommenen Verpflichtung für begründet. Die Vereinbarung stelle einen aufschiebend bedingten Schuldbeitritt dar, wonach der Beklagte zu 1) (künftig: der Beklagte) - neben den Beklagten zu 2) bis 5) - dem Treugeber den als weiteren Kaufpreis geleisteten Betrag von 200.000 DM zurückzahlen sollte, wenn die notariell beurkundeten Bedingungen bis zum 31. Dezember 1984 nicht eingetreten waren. Der Schuldbeitritt sei formlos wirksam, denn das Formerfordernis

des § 15 Abs. 4 GmbHG treffe auf diese Verpflichtung weder unmittelbar noch in entsprechender Anwendung zu. Die Bedingung, unter der der Schuldbeitritt wirksam werden sollte, sei eingetreten, daß nämlich der Anteilsübertragungsvertrag bis zum 31. Dezember 1984 nicht wirksam geworden war. Zumindest die Bedingungen Nr. 1 und 2 (Leasingvertrag) seien ausgefallen. Auf die Bedingungen sei auch nicht verzichtet worden; ein derartiger Verzicht habe mit der Anweisung des Treugebers vom 30. November nicht bewirkt werden können. Die Voraussetzungen einer unzulässigen Einwirkung auf die Bedingung (§ 162 Abs. 1 BGB) habe der Beklagte nicht dargetan. Der Treugeber müsse sich auch nicht so behandeln lassen, als seien die Bedingungen des Anteilsübertragungsvertrags eingetreten, weil er nach Behauptung der Beklagten die GmbH in einer Weise umgestaltet habe, als sei er alleiniger Anteilshaber. Schließlich könne der Beklagte zu 1) auch nicht mit Rücksicht auf das Schreiben vom 30. November 1984 dem Treugeber widersprüchliches Verhalten vorwerfen. Zwar habe dieser in dem Schreiben den Beklagten angewiesen, gegenüber dem beurkundenden Notar die Wirksamkeit des Vertrags zu erklären. Der Beklagte bestreite jedoch nicht, daß der Treugeber ihm auch nach Abgabe der Erklärung mehrfach habe mitteilen lassen, er (Treugeber) gehe weiterhin davon aus, daß der Vertrag erst mit Eintritt der Bedingungen wirksam werde. Ob der Beklagte diese Erklärungen - wie er behaupte - nur als Ausdruck des Wunsches habe auffassen können, daß die Existenz des Schreibens vom 30. November 1984 vor dem Anwalt des Treugebers habe verborgen bleiben sollen, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls sei für den Beklagten durch die Hinweise auf das Fortbestehen der schwebenden Unwirksamkeit die

Rechtslage zumindest unklar gewesen. Er hätte also, um sich Klarheit über die Auffassung des Treugebers zu verschaffen, eine weitere eindeutige Erklärung ihm gegenüber verlangen müssen. Das habe er nicht getan.

Auch das hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

II. 1. Zwar hat das Berufungsgericht die vom Beklagten übernommene Verpflichtung ohne Rechtsverstoß als Schuldbeitritt gewürdigt, der nicht der Form des § 15 Abs. 4 GmbHG unterliegt. Der Beklagte hat sich weder zur Abtretung eines Geschäftsanteils noch zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Ebenso wenig ist ersichtlich, daß nach dem Willen aller Beteiligten - also auch der Beklagten zu 2) bis 5) - das Kaufgeschäft die Verpflichtung des Beklagten zu 1) mitumfassen sollte (vgl. BGH, Urteil vom 13. November 1953 - V ZR 172/52, LM BGB § 313 Nr. 3 Bl. 106). Die tatrichterliche Würdigung des Schreibens vom 30. November 1984 läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

2. Die Bejahung eines wirksamen Schuldbeitritts trägt jedoch die Verurteilung des Beklagten nicht. Es ist schon zweifelhaft, ob die Zahlungsverpflichtung im Treuhandvertrag, die für den Fall übernommen worden ist, "daß der Geschäftsanteilsübertragungsvertrag bis zum 31. Dezember 1984 nicht wirksam geworden sein sollte", hier eingreift. Sie dürfte auf das mit dem Nichteintritt der Bedingungen verbundene Risiko abzielen ("... nicht wirksam geworden ...") und betrifft

nicht ohne weiteres den Fall, daß die Zahlung auf einen form-nichtigen Vertrag geleistet worden ist. Andererseits ist für eine übergreifende Nichtigkeit nach § 139 BGB kein Anhalts-punkt zu erkennen.

Das alles kann indessen für die Revisionsinstanz dahin-gestellt bleiben, zumal dem erkennenden Senat nach dem bis-herigen Prozeßstoff eine abschließende Entscheidung insoweit nicht möglich ist. Jedenfalls führt der Schuldbeitritt, wie ihn das Berufungsgericht annimmt, grundsätzlich zur Gesamt-schuldnerschaft hinsichtlich eines bestimmten Schuldverhält-nisses (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 47. Aufl., Anm. 2 c vor § 414), hier der Pflicht der Beklagten zu 2) bis 5) zur Rück-zahlung des Kaufpreises. Nach dem oben zu A II. 2 b Ausge-führten steht jedoch die Verpflichtung der Beklagten zu 2) bis 5), insgesamt 200.000 DM zu zahlen, bisher nicht fest.

Demgemäß konnte auch die Verurteilung des Beklagten zu 1) keinen Bestand haben; insoweit mußte die Sache ebenfalls zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Zülch

Groß