

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 263/87

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

in dem Rechtsstreit

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

Beklagte und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Johannes Bur[REDACTED], J[REDACTED]straße [REDACTED], L[REDACTED],

Kläger und
Revisionsbeklagter,

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

WI

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 zu 1) bis 4) wird unter Zurückweisung der Revision des Beklagten zu 5) das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. September 1987 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 1) bis 4) 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:

Der Kläger nimmt jeweils aus abgetretenem Recht die Beklagten als Teil- und Gesamtschuldner auf Zahlung von 37.544,92 DM in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

- 3 -

Auf Betreiben des Beklagten zu 5) wurde am 17. September 1984 die NE T GmbH (künftig: GmbH) gegründet. Die Beklagten zu 1) bis 4) erwarben durch notariellen Vertrag vom 4. Oktober 1984 die der Stammeinlage entsprechenden Geschäftsanteile in Höhe von jeweils 12.500 DM. Durch notariellen Vertrag vom 31. Oktober 1984 traten sie die Geschäftsanteile an den Beklagten zu 5) ab, der sie aufgrund eines ebenfalls unter dem 31. Oktober 1984 abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrags (s. unten) treuhänderisch für den Treugeber R 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 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 zur 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. ..."

Nr. VI. des Vertrags bestimmt zur Anpassung des Kaufpreises:

Zum 31.10.1984 ist für die ... GmbH eine Zwischenbilanz zu erstellen. Das sich hieraus ergebende steuerliche Ergebnis vermindert oder erhöht den Kaufpreis nachträglich entsprechend

Der Beklagte zu 5) erstellte eine Zwischenbilanz zum 31. Oktober 1984, die einen Bilanzgewinn von 51.080,10 DM auswies. Ein Leasingvertrag (Nr. 1, 2 der oben zu III. zitierten Bedingungen) kam nicht zustande. Unter dem 30. November 1984 richtete der Treugeber folgendes Schreiben an den Beklagten zu 5): "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."

Auf Anweisung des Beklagten zu 5) hat die GmbH den sich aus der Zwischenbilanz ergebenden Betrag von 51.080,10 DM zusätzlich an die Beklagten zu 1) bis 4) ausgezahlt.

Der Kläger macht (ersichtlich in Höhe eines Teilbetrags) Ansprüche aus abgetretenem Recht der GmbH und des Treuhänders (Beklagten zu 5) geltend. Seine Klage gegen die Beklagten zu 1) bis 4) hat er in erster Linie darauf gestützt, daß die an sie geleistete Zahlung von 51.080,10 DM zu Unrecht erfolgt sei, weil die hierzu erforderlichen Bilanzvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten und im übrigen der notarielle Vertrag

vom 31. Oktober 1984 unwirksam sei. Darüber hinaus macht er geltend, daß die Beklagten zu 1) bis 4) den insgesamt erhaltenen Kaufpreis in Höhe von 351.080,10 DM wegen Unwirksamkeit des Vertrags zurückzahlen müßten; hiervon sei nur ein Teilbetrag von 200.000 DM durch eine andere Zessionarin eingeklagt worden (Parallelverfahren VIII ZR 262/87). Dem Beklagten zu 5) hat der Kläger vorgeworfen, er habe die Zahlung des Betrags von 51.080,10 DM durch die GmbH in Schädigungsabsicht veranlaßt.

Das Landgericht hat der Klage gegen die Beklagten zu 1) bis 4) stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Hiergegen haben der Kläger und die Beklagten zu 1) bis 4) Berufung eingelegt. Dem zuletzt vom Kläger gestellten Antrag, den Beklagten zu 5) zur Zahlung von 37.544,92 DM nebst Zinsen zu verurteilen, und zwar in Höhe von jeweils 9.386,23 DM nebst Zinsen gesamtschuldnerisch mit den Beklagten zu 1) bis 4), hat das Berufungsgericht stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten zu 1) bis 4) hat es unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen erkannt, daß sie an den Kläger je 9.386,23 DM nebst Zinsen zu zahlen haben, und zwar gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten zu 5). Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf Klagabweisung weiterverfolgen. Das Berufungsgericht hat die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage zugelassen, welche Auswirkungen der nicht notariell beurkundete Verzicht auf die Bedingungen eines GmbH-Anteilsübertragungsvertrags hat. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten zu 1) bis 4)

I. Das Berufungsgericht hält den aus abgetretenem Recht des Beklagten zu 5) geltend gemachten Anspruch für begründet, ihm stünden auch keine aufrechenbaren Ansprüche - etwa aus Darlehensgewährung an die GmbH - entgegen. Der Kläger stütze seine Klageforderung in erster Linie darauf, daß die Beklagten zu 1) bis 4) ohne Rechtsgrund eine weitere Kaufpreiszahlung in Höhe von 51.080,10 DM aus dem Vermögen der GmbH erhalten haben. Dem unstreitigen Sachvortrag der Parteien zu den Umständen dieser Zahlung seien die Voraussetzungen für einen dem Beklagten zu 5), nicht der GmbH, zustehenden Anspruch aus § 812 BGB zu entnehmen, den der Beklagte dem Kläger abgetreten habe. Zur Entstehung des Bereicherungsanspruchs führt das Berufungsgericht aus, daß Schuldner des restlichen Kaufpreises gemäß VI. des notariellen Vertrags der Beklagte zu 5) als treuhänderischer Erwerber gewesen sei. Er habe auch die GmbH zur Zahlung angewiesen, die im Verhältnis zu den Beklagten zu 1) bis 4) keine eigenen Zwecke verfolgt, sondern sich fremder Zweckbestimmung untergeordnet habe. Demgemäß hätten die Beklagten zu 1) bis 4) eine Leistung des Beklagten zu 5) als Erwerber erhalten (Valutaverhältnis). Die GmbH ihrerseits habe an den Beklagten zu 5) geleistet, und zwar aufgrund des ihr erteilten Auftrags (Deckungsverhältnis). Nach dem Vortrag des Klägers fehle nur im Valutaverhältnis der Rechtsgrund, weil der Veräußerungsvertrag und damit auch Nr. VI. dieses Vertrags unwirksam seien. Dagegen

sei - selbst wenn der Beklagte zu 5) ohne Anweisung des Treugebers gehandelt habe - das Deckungsverhältnis in Ordnung gewesen. Der Beklagte habe möglicherweise gegen den Treuhandvertrag verstoßen. Als nach außen hin unbeschränkter Alleininhaber der Geschäftsanteile habe er jedoch auch ohne Genehmigung des Treugebers den Geschäftsführer der GmbH zur Zahlung anweisen können. Die Leistung des Betrags von 51.080,10 DM seitens des Beklagten zu 5) an die Beklagten zu 1) bis 4) sei ohne Rechtsgrund erfolgt. Als Rechtsgrund komme ausschließlich Nr. VI. des Kaufvertrags in Betracht, der jedoch nicht wirksam geworden sei. Er 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 zu 1) bis 4) 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 IV. Abs. 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 5) als Erwerber und der Beklagten zu 1) bis 4) 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 vorbehaltenene 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 5) 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 höchststrichterlichen 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.

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 1) bis 4) die zusätzliche Zahlung von 51.080,10 DM für den Verkauf sämtlicher Geschäftsanteile ohne rechtlichen Grund erhalten haben, denn der Kaufvertrag ist nach § 15 Abs. 4 GmbHG nichtig, weil ein fester 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).

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 Leasingvertrags, 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 5) auf die Bedingungen verzichtet habe. Wie der
Senat im Parallelverfahren VIII ZR 262/87 ausgeführt hat, ist
die Möglichkeit eines formfreien Verzichts auf die der
A b t r e t u n g als Verfügungsgeschäft beigelegte Be-
dingung anzuerkennen. Das ist aber im vorliegenden Fall ohne
Belang, weil es tatbestandlich an der Kundgabe eines Ver-
zichts durch den Beklagten zu 5) gegenüber den Beklagten
zu 1) bis 4) fehlt, wie ebenfalls im Parallelverfahren ausge-
führt worden ist. 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 jedenfalls die Bedingungen Nr. 1 und 2 (Leasingvertrag)
unstreitig nicht eingetreten sind. Der einseitige Verzicht
auf die dem schuldrechtlichen Vertrag beigelegten Bedingungen
scheidet aus Rechtsgründen aus (vgl. Senatsurteil vom 20. Mai
1958 - VIII ZR 329/56, LM § 127 BGB Nr. 1 unter 2.). Eine
vertragliche Einigung, für die sich schon tatbestandlich aus
dem Prozeßstoff nichts ergibt, hätte als Vertragsänderung

zudem 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 auch mit rechtlich zutreffenden Erwägungen die Fiktion des Bedingungseintritts nach § 162 Abs. 1 BGB verneint.

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 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; offen gelassen 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 deswegen, 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 Treu und Glauben (§ 242 BGB) der Berücksichtigung des Formverstößes 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.

b) Nach alledem ist dem Berufungsgericht darin zu folgen, daß auch die Zahlung des zusätzlichen Kaufpreises nach Bereicherungsrecht auszugleichen ist. Seine Ausführungen dazu, daß der Kläger einen in der Person des Erwerbers (Beklagten zu 5) 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 5) nichts erhalten habe, was im Rahmen des Bereicherungsausgleichs zu berücksichtigen sei, weil die Beklagten zu 1) bis 4) weiterhin Inhaber der Geschäftsanteile seien. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, 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 1) bis 4) abgestellt. Vielmehr hätte es für die Höhe des Bereicherungsanspruchs, der seine Grundlage in der Zahlung von insgesamt 351.080,10 DM auf den nichtigen Kaufvertrag hat, 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 der Zessionar, 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 der Kläger als Zessionar entgegenhalten lassen. Nicht ersichtlich ist allerdings, daß ein ihm zustehender Anspruch durch Aufrechnung mit einer angeblichen Forderung gegen die GmbH in Höhe von 22.000 DM getilgt sein könnte. Es fehlt schon an der Gegenseitigkeit, die auch im Verhältnis vom Beklagten zu 5) als Zedent und Beklagtem zu 1) nicht gegeben war (§ 406 BGB).

Nach alledem kann die Verurteilung der Beklagten zu 1) bis 4) mit der bisherigen Begründung keinen Bestand haben. Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Die Sache ist jedoch zurückzuverweisen, damit die Parteien insbesondere 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. Schließlich kann sich die Notwendigkeit ergeben, im Hinblick auf den bereicherungsrechtlichen Saldo-Ausgleich, für den hier auf seiten des Erwerbers insgesamt 351.080,10 DM zu berücksichtigen sind, die Anträge in den beiden Verfahren aufeinander abzustimmen. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten zu übertragen, die von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

B. Revision des Beklagten zu 5)

I. Der Beklagte zu 5) ist nach Ansicht des Berufungsgerichts gemäß §§ 670, 398 BGB zur Zahlung verpflichtet. Der GmbH sei aufgrund des ihr vom Beklagten wirksam erteilten und von ihr ausgeführten Auftrags (s. oben zu A. I.) ein Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen in Höhe von 51.080,10 DM entstanden, den sie an den Kläger abgetreten habe. Es könne dahingestellt bleiben, ob dem Beklagten seinerseits aus dem Treuhandvertrag ein Erstattungsanspruch gegen den Treugeber zustehe. Dem Kläger, der ebenfalls als Treuhänder für R. fungiere, könne er jedenfalls einen derartigen Anspruch nicht entgegenhalten. Die Verpflichtung des Beklagten zu 5) und diejenige der Beklagten zu 1) bis 4), die untereinander Teilschuldner seien, stünden in rechtlichem Zusammenhang, so daß insoweit Gesamtschuld im Sinn von § 421 BGB bestehe.

Die Verurteilung des Beklagten zu 5) greift die Revision ohne Erfolg an.

II. 1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, daß die GmbH gegen den Beklagten zu 5) einen wirksam an den Kläger abgetretenen Anspruch aus § 670 BGB erlangt habe, weil in seinem Auftrag tätig geworden, lassen im Ergebnis keinen Rechtsfehler erkennen (hieran ändert die Nichtigkeit des Anteilsübertragungsvertrags nichts). Eine Auseinandersetzung mit §§ 398 ff BGB, insbesondere § 404 BGB, vermißt die Revision zu Unrecht. Es ist nicht ersichtlich, daß Ansprüche des Beklagten zu 5) gegen den Treugeber der Durchsetzung des an den Kläger abgetretenen Anspruchs der GmbH entgegenstehen

könnten. Die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit präjudiziert auch etwaige Ansprüche des Beklagten zu 5) gegen den Treugeber nicht. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang Verfahrensrügen vorbringt, erachtet sie der Senat nicht für durchgreifend; von einer Begründung sieht er nach § 565 a ZPO ab.

2. Das Berufungsgericht hat im Zusammenhang seiner Erörterungen, wonach die Beklagten zu 1) bis 4) mittels der GmbH eine Leistung des Beklagten zu 5) erhalten haben, diesen als nach außen hin unbeschränkten Alleininhaber der Geschäftsanteile bezeichnet. Das hätte die Frage nahegelegt, ob die Klage gegen ihn nicht einen Gesellschafterbeschuß nach § 46 Nr. 8 GmbHG erfordert, der eine sachliche Klagevoraussetzung ist (vgl. BGHZ 97, 382, 390). Der Kreis der unter diese Vorschrift fallenden Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter wird weit gezogen (BGH aaO); sie greift auch nach Abtretung der Ansprüche ein (vgl. Fleck, WM 1981 Sonderbeilage 3 S. 8 unter V. 1). Die Frage braucht indessen nicht vertieft zu werden. Denn nach den Ausführungen zu oben A. II. 1 ist der Beklagte zu 5) nicht Gesellschafter geworden, weil keine wirksame Abtretung der Geschäftsanteile an ihn vorliegt; darauf, daß er bei wirksamer Abtretung in seiner Eigenschaft als Treuhänder vollberechtigter Gesellschafter gewesen wäre (vgl. Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 15. Aufl., § 1 Rdn. 41), kommt es hier nicht an. Eine den Beklagten zu 5) (noch) legitimierende Anmeldung nach § 16 GmbHG, die der Gesellschaft gegenüber zur Fiktion der Gesellschaftereigenschaft führt und auch für die Anwendung von § 46 Nr. 8 GmbHG rechtserheblich sein könnte (wofür allerdings wenig spricht), ist weder festgestellt noch ergibt sie sich aus dem unstreitigen Prozeßstoff.

Schließlich steht der Zurückweisung der Revision des Beklagten zu 5) nicht das Verbot der reformatio in peius entgegen (§§ 559, 536 ZPO). Zwar bliebe er allein als Schuldner übrig, wenn die Beklagten zu 1) bis 4) im Endergebnis mit ihrem Antrag auf Klagabweisung Erfolg haben. Das wäre jedoch nur eine Konsequenz des Obsiegens dieser Beklagten und nicht eine für den Beklagten zu 5) aus seiner eigenen Revision folgende Verschlechterung seiner Rechtsstellung. Es kommt hinzu, daß die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit für eine etwaige Ausgleichspflicht zwischen den Beklagten nach § 426 BGB nicht vorgreiflich ist (vgl. RGZ 69, 422, 426; MünchKomm/Selb, BGB, 2. Aufl., § 426 Rdn. 4).

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Zülch

Groß