



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## VERSÄUMNISURTEIL

II ZR 235/01

Verkündet am:  
7. Juli 2003  
Boppel  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

GmbHG §§ 5 Abs. 4, 19 Abs. 5; AktG § 27 Abs. 3

- a) Im GmbH-Recht kann der Inferent einer verdeckten Sacheinlage aus dem Gesichtspunkt der gesellschaftlicher Treuepflicht von seinen Mitgesellschaftern die Mitwirkung an einer "heilenden" Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage jedenfalls dann verlangen, wenn sich die Gesellschafter über die geplante Einlage einig waren, dafür aber - gleich aus welchen Gründen - gemeinsam den rechtlich falschen Weg gewählt haben und das gegen §§ 19 Abs. 5, 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG verstoßende Umgehungsgeschäft einer - wirksamen - Heilung zugänglich ist (Ergänzung zu BGHZ 132, 141).
- b) Die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage bestehen auch bei der GmbH in der Nichtigkeit sowohl des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts als auch des dinglichen Erfüllungsgeschäfts (§ 27 Abs. 3 Satz 1 AktG analog).
- c) Zur Heilung der verdeckten Sacheinlage ist nicht der Anspruch auf Rückgewähr der fehlgeschlagenen Bareinzahlung, sondern der - offenzulegende und auf seine Werthaltigkeit zu prüfende - Sachwert (oder ein an seine Stelle getretener Anspruch) einzubringen.

BGH, Urteil vom 7. Juli 2003 - II ZR 235/01 - OLG Koblenz  
LG Mainz

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly, Münke und Dr. Graf

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen des Streithelfers des Klägers werden das Schlußurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 19. Juli 2001 und dessen Versäumnisergänzungsurteil vom 21. März 2002 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1, eine GmbH, wurde am 26. August 1993 mit einem Stammkapital von 2,5 Mio. DM errichtet; hiervon übernahmen der Kläger eine Bareinlage von 2,3 Mio. DM und die Beklagten zu 2 und 3, die zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft waren, Bareinlagen von jeweils 100.000,00 DM. Alle Gesellschafter hatten unabhängig von der Höhe ihrer Geschäftsanteile gleiches Stimmrecht. Am 2. September 1993 zahlte der Kläger in zwei Teilbe-

trägen insgesamt 575.000,00 DM auf die von ihm übernommene Stammeinlage ein. Am 8. September 1993 gründeten die Beklagten zu 2 und 3 sowie die C. Immobilienverwaltungs GmbH (C. GmbH) die D. Immobiliengesellschaft mbH (D. GmbH) mit einem Stammkapital von 300.000,00 DM; jeder Gesellschafter übernahm einen Gesellschaftsanteil von 100.000,00 DM. An demselben Tage gründeten sodann die D. GmbH (i. Gr.) als Komplementärin (Stimmanteil 25,5 %) sowie die Beklagte zu 1 und die C. Immobilien GmbH & Co. (C. KG) als Kommanditistinnen mit einer Kommanditeinlage von jeweils 3 Mio. DM (Stimmanteil je 37,25 %) die D. Immobilien mbH & Co. (D. KG); seit Dezember 1994 ist die Beklagte zu 1 deren alleinige Kommanditistin mit einer Kommanditeinlage von nominal 6 Mio. DM. Der Kläger war weder an der Gründung der D. GmbH beteiligt noch war er Gesellschafter der C. KG. Durch Vertrag vom 8. September 1993 (UR-Nr. des Notars W., B. K.) veräußerte der Kläger an die Beklagte zu 1 ein Grundstück (nachfolgend: Grundstück Nr. 1) zum Preis von 1 Mio. DM und durch weiteren Vertrag vom selben Tage (UR-Nr. des Notars W.) an die D. KG anderen Grundbesitz (nachfolgend: Grundstück Nr. 2) zum Kaufpreis von 13,4 Mio. DM und gegen Einräumung eines unentgeltlichen Wohnrechts. Beide Verträge sollten eine rechtliche und wirtschaftliche Einheit bilden; die Nichtdurchführung des einen Vertrages sollte für den Kläger ein Rücktrittsrecht auch in Ansehung des anderen Vertrages begründen. Am 26. Oktober und 11. November 1993 zahlte die Beklagte zu 1 an den Kläger den - kreditfinanzierten - Kaufpreis für das Grundstück Nr. 1 in zwei Raten zu je 500.000,00 DM. Die D. KG brachte den Kaufpreis von 13,4 Mio. DM für das Grundstück Nr. 2 in Höhe von 9 Mio. DM durch ein Darlehen der W. L.bank, im übrigen aus den Kommanditeinlagen auf; sie zahlte an den Kläger am 1. Dezember 1993 4,445 Mio. DM und am 2. Dezember 1993 8,955 Mio. DM. Am 1. Dezember

1993 zahlte der Kläger seine restliche Stammeinlage von 1,725 Mio. DM bei der Beklagten zu 1 ein. Mit Schreiben vom 2. Oktober 1996 forderte die Beklagte zu 1 den Kläger zur nochmaligen Zahlung der Stammeinlage von 2,3 Mio. DM auf. Am 15. April 1997 fand eine Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1 statt, in der - jeweils mit der Mehrheit der Stimmen der Beklagten zu 2 und 3 - die Feststellung der Jahresabschlüsse 1994 und 1995, die Einforderung einer Geldeinlage von 2,3 Mio. DM bei dem Kläger und die Bewilligung zur Eintragung einer Grundschuld zugunsten der W. L.bank in Höhe von 1 Mio. DM auf dem Grundbesitz der Beklagten zu 1 beschlossen wurden; ein Antrag des Klägers auf Fassung eines Gesellschafterbeschlusses zur Heilung seiner etwaigen verdeckten Sacheinlage bei der Beklagten zu 1 entsprechend dem Entwurf einer von ihm vorgelegten Urkunde wurde mit der Mehrheit der Stimmen der Beklagten zu 2 und 3 abgelehnt. Gegen alle Beschlüsse erhob der überstimmte Kläger Widerspruch zu Protokoll. Mitte 1998 ermittelte ein vom Kläger und den Beklagten zu 2 und 3 in Vollziehung eines gerichtlichen Vergleichs vom 19. April 1996 (11 HO 28/96 LG Mainz) beauftragter Schiedsgutachter für das Grundstück Nr. 1 einen Verkehrswert von 4,4 Mio. DM und für das Grundstück Nr. 2 einen solchen von 7,53 Mio. DM.

Der Kläger hat zunächst ein Versäumnisurteil des Landgerichts vom 8. August 1997 erwirkt, durch das die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1 über die Feststellung der Jahresabschlüsse für 1994 und 1995, über die Anweisung der Geschäftsführer zur Einziehung einer Bareinlage von 2,3 Mio. DM beim Kläger, über die Anweisung der Geschäftsführer zur Bewilligung einer Grundschuld von 1 Mio. DM auf dem Grundbesitz der Beklagten zu 1 sowie über die Ablehnung der Heilung einer etwaigen verdeckten Sacheinlage des Klägers (Klageantrag zu I.4.) für nichtig erklärt worden sind; ferner sind die Beklagten zu 2 und 3 - gemäß dem Klageantrag zu II. - zur Zu-

stimmung zu einer Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage zum Zwecke der Heilung der möglicherweise verschleierte Sacheinlage des Klägers bei der Beklagten zu 1 entsprechend der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 132, 141) verurteilt worden; zudem wurde - gemäß dem Klageantrag zu III. - die Verpflichtung der Beklagten zu 2 und 3 festgestellt, an allen weiteren, zum Vollzug des Heilungsbeschlusses etwa noch erforderlichen Beschlüssen, Willenserklärungen und sonstigen Handlungen mitzuwirken. Auf den Einspruch der Beklagten hat das Landgericht das Versäumnisurteil nur hinsichtlich der Nichtigerklärung der Jahresabschlüsse für 1994 und 1995 aufrechterhalten und im übrigen die Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers und des auf seiner Seite als Streithelfer beigetretenen Notars W. hat das Berufungsgericht durch Teilversäumnisurteil vom 3. Mai 2001 das Versäumnisurteil des Landgerichts vom 8. August 1997 weitergehend auch hinsichtlich der Nichtigerklärung der Beschlüsse über die erneute Einforderung der Bareinlage beim Kläger und über die Bewilligung einer Grundschuld von 1 Mio. DM auf dem Grundbesitz der Beklagten zu 1 aufrechterhalten. Bei weiterhin bestehender Säumnis der Beklagten in der Berufungsinstanz hat das Berufungsgericht durch Schlußurteil vom 19. Juli 2001 die Berufung im übrigen (Klageanträge zu I.4., II., III.) zurückgewiesen; durch Versäumnisergänzungsurteil vom 21. März 2002 hat es noch über die - zuvor übersehenen - Kosten der Streithilfe entschieden. Gegen die Schlußentscheidung und das Ergänzungsurteil wendet sich der Streithelfer des Klägers mit seinen Revisionen, mit denen er die vorinstanzlich abgewiesenen Klageanträge weiterverfolgt. Der Senat hat beide Rechtsmittel zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Entscheidungsgründe:

Da die Beklagten im Verhandlungstermin trotz dessen ordnungsgemäßer Bekanntgabe nicht erschienen sind, ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung beruht (vgl. BGHZ 37, 79, 82).

Die Revisionen des Streithelfers des Klägers führen zur Aufhebung des Schluß- und des Kostenergänzungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 Satz 1 a.F. ZPO).

A. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Kläger könne nicht - wie mit den Klageanträgen zu II. und III. begehrt - in vollem Umfang der übernommenen Stammeinlage von 2,3 Mio. DM von den Beklagten zu 2 und 3 die Zustimmung zur Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage verlangen. Eine aus der Treuepflicht ableitbare Verpflichtung der übrigen Gesellschafter zur Zustimmung und Mitwirkung bei den zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage des Mitgesellschafters erforderlichen Gesellschafterbeschlüssen bestehe nur insoweit, als ein Heilungserfordernis objektiv gegeben sei. Eine solche heilungsbedürftige verdeckte Sacheinlage habe indessen nur in Höhe von 1 Mio. DM im Zusammenhang mit der Veräußerung des Grundstücks Nr. 1 an die Beklagte zu 1 vorgelegen. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise habe der Kläger nach Abschluß des Hin- und Herzahlens bis zur Höhe von 1 Mio. DM keine Bareinlage erbracht, sondern das Grundstück Nr. 1 als "verdeckte" Sacheinlage eingebracht. Hinsichtlich der weiteren Zahlung von 1,3 Mio. DM liege hingegen eine reguläre Bareinlage vor; ein Umgehungsgeschäft sei nicht deshalb anzunehmen, weil dieser Teil der Einlage aus dem Kaufpreis für das an die D. KG veräußerte Grundstück Nr. 2 aufgebracht

worden sei. Dementsprechend bleibe auch die Anfechtungsklage zu I.4. gegen den Gesellschafterbeschuß vom 15. April 1997 erfolglos, weil der Beschußantrag des Klägers auf Heilung der insgesamt erbrachten Einlage in Höhe von 2,3 Mio. DM in derselben Weise, wie jetzt mit den Klageanträgen zu II. und III. begehrt, zu Recht abgelehnt worden sei. Diese Beurteilung hält in wesentlichen Punkten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

#### B. I. Klageanträge zu II. und III.

Der Inferent einer verdeckten Sacheinlage kann - wovon das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen ist - aus dem Gesichtspunkt der gesellschaftlicher Treuepflicht von seinen Mitgesellschaftern die Mitwirkung an einer grundsätzlich zulässigen "heilenden" Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage (vgl. BGHZ 132, 141, 148 ff.) jedenfalls dann verlangen, wenn sich die Gesellschafter über die geplante Einlage einig waren, dafür aber - gleich aus welchen Gründen - gemeinsam den rechtlich falschen Weg gewählt haben (vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 19 Rdn. 117; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1456; Priester, DB 1990, 1753, 1761) und das gegen §§ 19 Abs. 5, 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG verstoßende Umgehungsgeschäft einer - wirksamen - Heilung zugänglich ist.

Eine derartige Konstellation ist hier - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht nur teilweise, sondern hinsichtlich des ganzen vom Kläger geschuldeten Einlagebetrags von 2,3 Mio. DM gegeben.

1. Die in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang erfolgte Gründung der Beklagten zu 1, der D. GmbH und der D. KG war ebenso wie die aus Anlaß der vom Kläger bei der Beklagten zu 1 zu erbringenden Einlage von ins-

gesamt 2,3 Mio. DM durchzuführenden Transaktionen - Veräußerung der Grundstücke durch den Kläger an die Beklagte zu 1 und die D. KG sowie die Verwendung der daraus erzielten Kaufpreise zur Begleichung u.a. der vereinbarten "Bareinlage" in dem festgestellten Umfang - in allen Einzelheiten von dem Beklagten zu 3 konzipiert und vom Kläger und dem Beklagten zu 2 gebilligt worden.

2. Ein gegen §§ 19 Abs. 5, 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG verstoßendes - heilungsbedürftiges - Umgehungsgeschäft ist in bezug auf die gesamte vom Kläger geschuldete Einlage von 2,3 Mio. DM gegeben. Als verdeckte Sacheinlage wird es angesehen, wenn die gesetzlichen Regeln über Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, daß zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll.

a) Eine solche verdeckte Sacheinlage lag hier - nach den insoweit zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts - hinsichtlich der vom Kläger an die Beklagte zu 1 im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Teileinlage von 1 Mio. DM erfolgten Veräußerung des Grundstücks Nr. 1 zum Preise von 1 Mio. DM vor. Im Zeitraum von nur ca. 3 ½ Monaten nach Übernahme der Bareinlageverpflichtung hat der Kläger zunächst 575.000,00 DM an die Beklagte zu 1 gezahlt, anschließend beglich diese den Grundstückskaufpreis von 1 Mio. DM an ihn, sodann überwies der Kläger - nach Erhalt des Kaufpreises auch aus der Veräußerung des Grundstücks Nr. 2 an die D. KG - vereinbarungsgemäß die "restliche" Einlage von 1,725 Mio. DM an die Beklagte zu 1. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise hat der Kläger in Höhe von 1 Mio. DM mithin keine Bareinlage

geleistet, sondern das an die Beklagte zu 1 veräußerte Grundstück "verdeckt" eingebracht.

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelt es sich bezüglich des weiteren Einlageteilbetrags von 1,3 Mio. DM nicht um eine wirksam geleistete Bareinlage, sondern nach dem Gesamtzusammenhang der zwischen den Gesellschaftern der Beklagten zu 1 getroffenen komplexen Vereinbarungen ebenfalls um ein gegen §§ 19 Abs. 5, 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG verstoßendes Umgehungsgeschäft in der Form eines atypischen Gestaltungsfalles einer verdeckten Sacheinlage. Nach den Absprachen zwischen dem Kläger und den Beklagten zu 2 und 3 sollte die Veräußerung des dem Kläger gehörenden, ursprünglich zusammenhängenden Grundbesitzes Wa. mit Hilfe der nahezu gleichzeitigen Gründung der Beklagten zu 1 einerseits und der D. KG - unter maßgeblicher Beteiligung der Beklagten zu 1 - andererseits realisiert werden: Der sog. untere Teil (Grundstück Nr. 1) war wirtschaftlich im Wege der Einlage an die Beklagte zu 1 zu übertragen, was die Erweiterung der Beteiligung des Klägers an dieser Gesellschaft über die zunächst vorgesehenen 1,3 Mio. DM hinaus mit weiteren 1 Mio. DM erforderlich machte; gleichzeitig sollte - im Wege des Koppelungsgeschäftes - der sog. obere Teil (Grundstück Nr. 2) an die D. KG für 13,4 Mio. DM übertragen werden, wobei zum Zwecke der Teilfinanzierung u.a. die Kommanditeinlage der Beklagten zu 1 bei der D. KG in Höhe von 3 Mio. DM erforderlich wurde und Einigkeit darüber bestand, daß der Kläger seine restliche Kapitalbeteiligung an der Beklagten zu 1 - sowie weitere Beteiligungen an anderen Gesellschaften der Partner - letztlich aus dem von der D. KG für das Grundstück Nr. 2 zu zahlenden Kaufpreis von 13,4 Mio. DM erbringen sollte (vgl. Anl. V 018). Dementsprechend ist tatsächlich die Kommanditeinlage der Beklagten zu 1 von 3 Mio. DM bei der D. KG in den Geldkreislauf - Zahlung des Kaufpreises von 13,4 Mio. DM durch die

D. KG an den Kläger für das Grundstück Nr. 2 - eingeflossen und die restliche Stammeinlagezahlung des Klägers an die Beklagte zu 1 - entsprechend einer Treuhandaufgabe des Klägers an seine Bank - erst nach Eingang der Kaufpreise aus den beiden Grundstücksgeschäften von seinem Bankkonto aus erfolgt. Angesichts der rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit der beiden Grundstücksübertragungen, insbesondere der Koppelung der Veräußerung des Grundstücks Nr. 2 an die D. KG mit der Aufbringung der Resteinlage des Klägers von 1,3 Mio. DM bei der Beklagten zu 1 aus dem erzielten Kaufpreis von 13,4 Mio. DM, wurde mit der Deklaration dieser Resteinlage als Bareinlage verdeckt, daß nach den Abmachungen der Beteiligten die Einlage des Klägers rechtlich und wirtschaftlich in der Einbringung der aus dem Verkauf des Grundstücks Nr. 2 an die D. KG resultierenden Teilkaufpreisforderung von 1,3 Mio. DM bei der Beklagten zu 1 bestand. Bei dieser atypischen Verknüpfung der Kapitalaufbringung des Klägers bei der Beklagten zu 1 mit der nahezu gleichzeitigen Gründung der D. KG als einer Art "Tochtergesellschaft" und einem ebenfalls gleichzeitigen Verkehrsgeschäft des Inferenten mit dieser "Tochtergesellschaft" zur (teilweisen) Finanzierung der Einlage bei der "Obergesellschaft" besteht ohne die gebotene Offenlegung und Werthaltigkeitsprüfung die naheliegende Gefahr der Umgehung der Kapitalaufbringung (vgl. dazu auch Lutter in Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1995 § 183 Rdn. 90 m.N. zur mittelbaren verdeckten Sacheinlage im Konzern). Diese Gefahr realisierte sich hier einerseits durch die teilweise Verwendung der Kommanditeinlage der Beklagten zu 1 - nach Art eines Geldkreislaufs - bei der "Tochter" D. KG für die Kapitalaufbringung des Klägers und andererseits mittelbar über die Entwertung der Kommanditbeteiligung der Beklagten zu 1 an der D. KG im Hinblick auf die Veräußerung des Grundstücks Nr. 2 zu einem um 5,87 Mio. DM und den Wert des unentgeltlichen Wohnrechts überhöhten Kaufpreis.

3. Auch wenn das Berufungsgericht danach rechtsfehlerhaft eine **insgesamt** heilungsbedürftige verdeckte Sacheinlage verneint und mit dieser Erwägung zu Unrecht die Berufung hinsichtlich der Klageanträge zu II. und III. durch unechtes Versäumnisurteil zurückgewiesen hat, so folgt daraus nicht bereits die Begründetheit dieser Klageanträge und damit die Notwendigkeit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (vgl. dazu BGH, Urt. v. 6. Juni 1986 - V ZR 96/85, NJW 1986, 3085, 3086).

Die gesellschaftliche Treuepflicht gebietet eine Mitwirkung der Mitgesellschafter an einem von dem Inferenten der heilungsbedürftigen verdeckten Sacheinlage begehrten Heilungsbeschuß nur dann, wenn das Umgehungsgeschäft heilungsfähig ist und der beantragte Heilungsbeschuß in seiner konkreten Ausgestaltung auch zu einem "sicheren" Heilungserfolg führt. Letzteres ist, was das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft hat, mit dem im Klageantrag zu II. näher konkretisierten Beschußbegehren des Klägers, auch wenn dieses an den Grundsätzen des Senatsbeschlusses vom 4. März 1996 (BGHZ 132, 141) ausgerichtet ist, derzeit zwar nicht gewährleistet. Gleichwohl kommt eine Zurückweisung der Revision (§ 563 a.F. ZPO) nicht in Betracht, weil das Berufungsgericht bei zutreffender Berücksichtigung der - nachfolgend dargelegten - Rechtsauffassung des Senats schon angesichts der rechtlichen Kompliziertheit einer Heilung der vorliegenden verdeckten Sacheinlage im Rahmen des Versäumnisverfahrens Gelegenheit hätte geben müssen, den jetzt noch bestehenden Schlüssigkeitsbedenken durch eine Anpassung der Klageanträge zu II. und III. Rechnung zu tragen. Diese Gelegenheit ist dem Kläger im Rahmen der Zurückverweisung zu eröffnen.

Zur Heilung der verdeckten Sacheinlage ist es nötig, die ursprünglich festgesetzte Bareinlage durch satzungsändernden Gesellschafterbeschuß im Wege der Änderung der Einlagendeckung in eine Sacheinlage umzuwandeln.

a) Der Kläger bezeichnet in seinem Klageantrag zu II. bereits den Gegenstand der neuen Sacheinlage insoweit nicht richtig, als nunmehr zur Heilung u.a. der "etwaige Anspruch auf Rückgewähr des durch den Vertrag UR-Nr. an die Gesellschaft verkauften Grundbesitzes" (Grundstück Nr. 1) eingebracht werden soll. Dieser beabsichtigten Einbringung eines bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruchs liegt ein unzutreffendes Verständnis der Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen zugrunde.

Zwar wird nach bislang herrschender Meinung bei verdeckten Sacheinlagen im GmbH-Recht lediglich das Verpflichtungsgeschäft für unwirksam erachtet, während die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts, mit dem der schuldrechtliche Teil des Veräußerungsgeschäfts dinglich vollzogen wird, davon - anders als im Aktienrecht (vgl. § 27 Abs. 3 AktG) - unberührt bleiben soll (vgl. u.a. Hachenburg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 19 Rdn. 113 f.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl. § 5 Rdn. 48; Scholz/Schneider, GmbHG 9. Aufl. § 19 Rdn. 142; OLG Köln, WM 1995, 488, 489 - jew. m.w.N.). Der Senat hat bislang offen gelassen, ob bei der verdeckten Sacheinlage im GmbH-Recht weitergehend außer dem Verpflichtungsgeschäft zugleich das Erfüllungsgeschäft unwirksam ist (Sen.Urt. v. 16. März 1998 - II ZR 303/96, WM 1998, 925, 926). Diese - im vorliegenden Fall - entscheidungserhebliche Rechtsfrage ist nunmehr dahingehend zu beantworten, daß in entsprechender Anwendung des § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG auch im GmbH-Recht sowohl der schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag über die verdeckte Sacheinlage als auch die "Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung der Gesellschaft gegenüber unwirksam" sind.

Im GmbH-Recht fehlt zwar eine die Unwirksamkeit verdeckter Sacheinlagen anordnende Regelung; sie ist nicht bereits aus §§ 5 Abs. 4 Satz 1, 19 Abs. 5 GmbHG abzuleiten, da diese Vorschriften sich darauf beschränken, Bestimmungen über die Voraussetzungen der Erfüllungswirkung einer Sachleistung zu treffen (Hachenburg/Ulmer aaO, Rdn. 113). Zur Füllung dieser Regelungslücke sah § 5 b Abs. 2 RegE zur GmbH-Novelle 1980 "wegen der gleichen Interessenlage" eine im wesentlichen unveränderte Übernahme des § 27 Abs. 3 AktG in das GmbHG vor (vgl. BT-Drucks. 8/1347, S. 4, 30); die vorgeschlagene Regelung wurde nur deshalb nicht in das Gesetz aufgenommen, weil der Reformgesetzgeber davon ausging, sie entspreche inhaltlich weitgehend geltendem Recht, so daß ein Regelungsbedürfnis nicht bestehe (Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 8/3908, S. 69 f.). Vor diesem Hintergrund erscheint die vollständige Analogie zu § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG für verdeckte Sacheinlagen im GmbH-Recht, d.h. die Nichtigkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des Erfüllungsgeschäftes, geboten. Überzeugende Gründe dafür, warum im GmbH-Recht eine vom Aktienrecht abweichende Rechtslage bestehen sollte, die lediglich zu einer Teilanalogie der aktienrechtlichen Vorschrift führen könnte, sind nicht erkennbar; insbesondere ist eine unterschiedliche Interessenlage der Beteiligten (Gesellschaft und deren Gläubiger einerseits - Einleger andererseits) nicht ersichtlich.

Die Nichtigkeit sowohl des Verpflichtungs- als auch des Erfüllungsgeschäfts bei der verdeckten Sacheinlage hat im vorliegenden Fall zur Folge, daß hinsichtlich des Grundstücks Nr. 1 dem Kläger - neben eventuellen sekundären Nutzungersatzansprüchen - ein Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB sowie ein Besitzherausgabeanspruch nach § 985 BGB zusteht; beide Ansprüche sind jedoch nicht abtretbar und können demnach auch nicht zum Zwecke der Heilung der verdeckten Sacheinlage vom Kläger als "neue"

Sacheinlage eingebracht werden. Insoweit bedarf es außer dem Heilungsbeschluß, der zugleich anstelle des bisher nichtigen Kaufvertrages die causa für die beabsichtigte Grundstücksübertragung darstellt, der (erneuten) Auflassungserklärung gemäß § 925 BGB seitens des Klägers und der Beklagten zu 1, vertreten durch ihren Geschäftsführer; an der (teilweisen) Heilung in dieser Form hätten die Beklagten zu 2 und 3 mitzuwirken, indem sie ihre Zustimmung hierzu nach Maßgabe der gesellschaftsinternen Satzungsregelung zu erteilen hätten.

b) Der Antrag zu II. läßt aber auch bezüglich des weiteren Einlageteils von 1,3 Mio. DM die korrekte Bezeichnung der zur Heilung erforderlichen Maßnahmen vermissen.

Soweit der Kläger danach seinen "etwaigen Anspruch auf Rückgewähr einer rechtsunwirksam geleisteten Geldeinlage" einbringen will, kann eine wirksame Heilung damit nicht erreicht werden. Ihr steht schon entgegen, daß die Heilung der verdeckten Sacheinlage bei dem Vorgang anzusetzen hat, der den Schutzzweck der Sacheinlagevorschriften verletzt hat, und der Zustand hergestellt werden muß, der bei ordnungsgemäßigem Verhalten bestanden hätte. Die mit der verdeckten Sacheinlage verbundene objektive Gesetzesumgehung liegt nicht in der Einzahlung eines Barbetrages auf die Bareinlagepflicht, sondern sie resultiert aus dem Verkehrsgeschäft, welches dazu führt, daß die Gesellschaft letztlich einen Sachwert erhält, der jedoch nicht als Einlage offengelegt und nicht auf seine Vollwertigkeit geprüft worden ist. Bei diesem Verkehrsgeschäft, welches das Gesetz verletzt, muß dementsprechend auch die Heilung ansetzen, indem nunmehr offengelegt wird, daß Gegenstand der Einbringungspflicht nicht die bisher verlautbarte Bareinlage, sondern ein Sachwert (oder ein an sei-

ne Stelle getretener Anspruch) sein soll, und damit die Nachholung der Prüfung auf dessen Werthaltigkeit ermöglicht wird.

Freilich ist es in der vorliegenden besonderen Fallkonstellation nicht hinreichend, daß nunmehr im Gesellschaftsvertrag besonders bestimmt und im Bericht über die Änderung der Einlagendeckung offengelegt wird, daß der Kläger diesen Teil seiner Einlage durch Einbringung des aus dem Verkauf des Grundstücks Nr. 2 an die D. KG Kaufpreisanspruchs in Höhe von 1,3 Mio. DM bei der Beklagten zu 1 leisten soll. Da die Beteiligten die beiden Grundstücksgeschäfte des Klägers mit der Beklagten zu 1 einerseits und der D. KG andererseits zu einer rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit verbunden haben, bewirkte jedenfalls die Nichtigkeit der Veräußerung des Grundstücks Nr. 1 an die Beklagte zu 1 zugleich die Nichtigkeit der Veräußerung des Grundstücks Nr. 2 an die D. KG, so daß insoweit dem Kläger - neben sekundären Nutzungsersatzansprüchen - Ansprüche aus §§ 894, 985 BGB gegen die D. KG zustehen und diese ihrerseits vom Kläger Rückzahlung des Kaufpreises von 13,4 Mio. DM verlangen kann. Eine Heilung der diesbezüglichen verdeckten Sacheinlage bei der Beklagten zu 1 erforderte deshalb zugleich die Neuvernahme des Veräußerungsgeschäfts zwischen dem Kläger und der D. KG, wobei hinsichtlich des der Neuauflassung zugrundeliegenden obligatorischen Geschäfts die Preisgestaltung jedenfalls berücksichtigen müßte, daß der Kläger die Differenz zwischen dem erhaltenen Kaufpreis von 13,4 Mio. DM zugleich des unentgeltlichen Wohnrechts einerseits und dem schiedsgutachterlich ermittelten tatsächlichen Wert dieses Grundbesitzes von 7,53 Mio. DM an die D. KG "zurückzuzahlen" hätte. Nur so wäre sichergestellt, daß die im Rahmen des komplexen Gründungsvorgangs zugleich erfolgte Kommanditbeteiligung der Beklagten zu 1 bei der D. KG vollwertig ist. Zudem müßte der

Kläger der Beklagten zu 1 den bereits geleisteten Teilbetrag von 1,3 Mio. DM belassen.

Allerdings besteht eine Mitwirkungspflicht der Beklagten zu 2 und 3 an einer derartigen Heilung nur im Rahmen des rechtlich Möglichen. Da sie nicht selbst Gesellschafter der D. KG, sondern nur mittelbar - als Gesellschafter der Beklagten zu 1 (Kommanditistin) und der D. GmbH (Komplementärin) - an ihr beteiligt sind, bestünde ihre Mitwirkungspflicht im Rahmen der Treuepflicht gegenüber dem Kläger lediglich darin, auf entsprechende gesellschaftsinterne Beschlüsse bei der D. KG zum Zwecke der Neuvernahme des Grundstücksgeschäfts mit dem Kläger bezüglich des Grundstücks Nr. 2 hinzuwirken. Da im vorliegenden Falle allerdings mittlerweile die Beklagte zu 1 über die Mehrheit des Kommanditkapitals verfügt und die Beklagten zu 2 und 3 auch Mehrheitsgesellschafter der D. GmbH als Komplementärin der KG sind, besteht für sie die rechtliche Möglichkeit, zum Zwecke der Heilung der verdeckten Sacheinlage des Klägers in Höhe von 1,3 Mio. DM die Umdeckung auch in Ansehung des Grundstücksgeschäfts mit der D. KG zu bewirken.

c) Da das vorliegende Revisionsverfahren nicht vom Kläger selbst, sondern von dem beurkundenden Notar der beiden Grundstücksveräußerungsgeschäfte als Streithelfer betrieben worden ist, erhält der Kläger im Rahmen der Zurückverweisung zugleich die Möglichkeit zu entscheiden, ob eine Heilung der verdeckten Sacheinlage nach den oben aufgezeigten Grundsätzen überhaupt (noch) seinem Interesse entspricht, zumal sowohl er als auch die Beklagten zu 2 und 3 ausweislich des gerichtlichen Vergleichs vom 19. April 1996 (11 HO 28/96 LG Mainz) eine Auseinandersetzung und Neustrukturierung ihrer bisherigen Beteiligungen - auch bezüglich der Beklagten zu 1 und der D. KG - anstreben. Auch den um 3,4 Mio. DM höheren Wert des bei der Beklagten

zu 1 einzubringenden Grundstücks kann der Kläger im Rahmen einer Neufassung des von ihm etwa noch erstrebten Gesamtheilungsbeschlusses wertmäßig (zu seinen Gunsten) berücksichtigen.

## II. Klageantrag zu I.4.

Auch die Abweisung der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Anfechtungsklage gemäß dem Klageantrag zu I.4. gegen die Ablehnung des vom Kläger in der Gesellschafterversammlung vom 15. April 1997 beantragten Heilungsbeschlusses hat keinen Bestand. Die kategorische Verweigerung jeglicher Mitwirkung an der grundsätzlich möglichen Heilung der verdeckten Sacheinlage des Klägers war - ungeachtet gewisser Formulierungsmängel des Beschlusssentwurfs - ebenso treuwidrig wie der zuvor von den Beklagten zu 2 und 3 gefaßte - zwischenzeitlich rechtskräftig aufgehobene - Mehrheitsbeschuß über die Einforderung einer Geldeinlage von 2,3 Mio. DM. Die Beklagten zu 2 und 3 waren gehalten, gemeinsam mit dem Kläger die grundsätzlich zu Recht verlangte Heilung auch formal richtig umzusetzen.

Die entsprechende Entscheidung in der Sache bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten (BGH, Urt. v. 6. Juni 1986 - V ZR 96/85 aaO, 3086).

Röhrich

Goette

Kurzwelly

Münke

Graf