

1. Können die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wenn diese auf Grund rechtsungültiger Vereinbarungen im Innenverhältnis durch besondere gesellschaftliche Einlagen tatsächlich auf eine erweiterte Grundlage gestellt worden ist und sich unter Benutzung dieser Einlagen wirtschaftlich betätigt hat, das von ihnen auf solche Weise Eingebachte schlechthin zurückfordern?

BGB. §§ 730 ff.

II. Zivilsenat. Urt. v. 13. Januar 1941 i. S. Knopffabrik G.
GmbH. (Rl.) w. Du. (Bef.). II 88/40.

I. Landgericht Essen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Klägerin, die in Vo. die Herstellung und den Betrieb von Knöpfen aller Art betreibt, ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital von 20000 RM. Ihr alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer war im Jahre 1938 der Fabrikant G. in N. (Holland). Dieser schloß nach einer vorhergehenden schriftlichen, aber noch lückenhaften Vereinbarung mit dem Beklagten vom 30. November 1938 mit diesem und dem Kaufmann Hei. am 11. Dezember 1938 einen Vertrag, teils mündlich, teils schriftlich. Hei. überließ danach der Klägerin die Firma Ha. & L. in Be., die er für etwa 16000 RM. aus nichtarischem Besitz erworben hatte; die Klägerin übernahm dagegen die Bezahlung des von Hei. noch nicht gezahlten Kaufpreises. Die Firma Ha. & L. sollte zunächst

als Zweigniederlassung der Klägerin fortgeführt werden. Für später war beabsichtigt, den Betrieb der Klägerin in Bo. stillzulegen und den gesamten Fabrikbetrieb und Verkauf nur noch von He. aus zu bewirken. Um für diese Zwecke das Unternehmen auf eine breitere Grundlage zu stellen, sollten sich der Beklagte und Hei. daran als Gesellschafter beteiligen. Jeder der drei Gesellschafter sollte einen Wert von 50000 RM. einbringen, und zwar der Beklagte durch Zahlung des Betrags in bar; Hei. durch Einbringung eines Knopflagers im Einkaufswerte von über 50000 RM., wobei der überschießende Rechnungsbetrag von der Klägerin käuflich übernommen werden sollte; G. in erster Reihe durch Einbringung des Betriebsvermögens der Klägerin ohne Außenstände und Zahlungsverpflichtungen. Dieses Betriebsvermögen, das in einer von G. vorgelegten Aufstellung mit rund 27000 RM. bewertet war, sollte gemäß dem Verlangen G.s mit 20000 RM. angerechnet werden. Ferner verpflichtete er sich zunächst, weitere 30000 RM. in bar einzubringen. Da dies jedoch auf Schwierigkeiten stieß, wurde später vereinbart, daß er statt dessen für 30000 RM. aus Holland einzuführende Ware einbringen sollte. Wie die hiernach geplante Erhöhung des Betriebskapitals rechtlich gestaltet werden sollte, ob eine regelrechte Kapitalerhöhung stattfinden oder nur Darlehen an die Gesellschaft gegeben werden sollten, wurde späterer Vereinbarung vorbehalten, da der Beklagte, der von Beruf Steuerberater ist, erst noch ermitteln sollte, was steuerlich vorteilhafter sei. Im Innenverhältnis sollten auf alle Fälle Gewinn und Verlust zu je $\frac{1}{3}$ geteilt werden. Einstweilen sollte G. je $\frac{1}{3}$ seines Geschäftsanteils, also je 6650 RM., an den Beklagten und an Hei. abtreten. Da jedoch Hei. nicht öffentlich als Gesellschafter der Klägerin in die Erscheinung zu treten wünschte, sollte sein Anteil ebenfalls an den Beklagten, wenn auch nur zu treuen Händen, abgetreten werden. G. und der Beklagte sollten zu Geschäftsführern der Klägerin mit der Maßgabe bestellt werden, daß jeder von ihnen Einzelvertretungsmacht erhalte.

In Ausführung dieser Vereinbarungen trat G. in notariischer Urkunde vom 11. Dezember 1938 einen Teilbetrag seiner Stammeinlage von 13300 RM. an den Beklagten ab; in der Abtretungsurkunde heißt es, der Gegenwert der Abtretung, der 13300 RM. betrage, werde durch Verrechnung beglichen. Ferner wurde im Handelsregister eingetragen, daß G. und der Beklagte zu Geschäfts-

führen der Klägerin mit Einzelvertretungsmacht bestellt seien. Auch die Zweigniederlassung in Be. wurde demnächst als solche im Handelsregister vermerkt.

Auf wiederholtes Drängen von Hei. zahlte der Beklagte im Januar 1939 25000 RM. bei einer Bank in W. für die Klägerin ein. Hei. über sandte der Klägerin Waren im Rechnungsbetrage von 82419 RM., die in Höhe von 50000 RM. zur Tilgung seiner Einlage dienen, im übrigen von der Klägerin käuflich übernommen werden sollten. G. stellte vereinbarungsgemäß das Betriebsvermögen der Klägerin (ohne Außenstände und Verbindlichkeiten) zur Verfügung, unterließ aber eine Zahlung oder Lieferung auf seine weitere Einlage von 30000 RM. Während er nach Amerika verreist war, kamen sowohl dem Beklagten als auch Hei. Bedenken wegen der Durchführbarkeit des Vertrages, da beide an dem Willen und der Fähigkeit G. zweifelten, den Vertrag zu erfüllen, Hei. auch die Zahlungsfähigkeit des Beklagten und dieser den Wert der von Hei. eingebrachten Knöpfe in Zweifel zogen. Sie verhandelten deshalb in Abwesenheit G. über eine stille Abwicklung der Klägerin durch Verkauf der Firma Ha. & L., konnten sich aber hierüber nicht einigen. Obwohl der Beklagte noch unter dem 11. Mai 1939 dem Hei. mitgeteilt hatte, die in Aussicht genommenen Maßnahmen seien nicht möglich ohne eine ordnungsmäßig einberufene Gesellschafterversammlung, verkaufte er dann nach einem vergeblichen Versuch, eine solche einzuberufen, von sich aus in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Klägerin die gesamten Maschinen und den größten Teil des Warenvorrats der Firma Ha. & L. für rund 31000 RM. an die Firma P. & R. in Be. Von diesem Erlöse verwendete er 25000 RM. zur Rückzahlung seiner Einlage an sich selbst, den Rest von rund 6000 RM. zur Begleichung verschiedener Zahlungsverpflichtungen der Klägerin. Durch Schreiben vom 26. Mai 1939 teilte der Beklagte dem Hei. und G. den Verkauf der Maschinen usw. mit; zugleich beanstandete er Hei. gegenüber das von diesem eingebrachte Knopflager und stellte es ihm zur Verfügung, da es unsortiert und lediglich „Ramsch“ sei. Hei. ließ daraufhin die noch vorhandene Ware abholen, widersprach aber ebenso wie G., der inzwischen aus Amerika zurückgekehrt war, dem Verkaufe der Maschinen usw. der Firma Ha. & L. Nunmehr berief G. eine Gesellschafterversammlung zum 6. Juni 1939. In dieser trat zunächst der Beklagte auf Verlangen von Hei. an diesen den ihm nur treuhänderisch über-

lassenen Geschäftsanteil der Klägerin in Höhe von 6650 RM. in notariſcher Form ab. Sodann beriefen G. und Hei. den Beklagten „aus wichtigem Grunde“ als Geschäftsführer ab. Eine demnächst im Auftrage von Hei. vorgenommene Prüfung der Zwischenbilanz der Zweigniederlassung der Klägerin in Be. zum 15. Juli 1939 ergab einen bei dieser eingetretenen Verlust von 20495,53 RM. Während Hei. sich mit G. dahin einigte, daß er gegen Zahlung von 7000 RM. aus allen Verpflichtungen ausschied, und dann seinen Geschäftsanteil an einen Dritten verkaufte, scheiterten die Vergleichsverhandlungen zwischen G. und dem Beklagten. Die Klägerin verlangt nummehr vom Beklagten die Rückerstattung der 25000 RM. nebst 5 v. H. Zinsen seit dem 1. Juni 1939. Sie vertritt den Standpunkt, der Beklagte habe als ihr Geschäftsführer diesen Betrag unterschlagen.

Der Beklagte hat sich gegen den Vorwurf einer Unterschlagung verwahrt und folgendes eingewendet: Sowohl G. als auch Hei. hätten ihn über den Wert ihrer Sacheinlagen arglistig getäuscht. Deshalb habe er mit Schreiben vom 14. Juni 1939 den Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten. Außerdem sei er auch berechtigt gewesen, von dem Gesellschaftsvertrage zurückzutreten, da weder G. noch Hei. den übernommenen Verpflichtungen nachgekommen seien und infolge der langen Abwesenheit G.s, über dessen Verbleib die Mitgesellschafter nicht unterrichtet gewesen seien, unhaltbare Zustände bei der Klägerin geherrscht hätten. Im übrigen sei der zwischen G., Hei. und ihm geschlossene Vertrag über die Beteiligung an der Klägerin überhaupt nichtig, da er nicht gemäß der Vorschrift des § 3 Abs. 2 GmbHG. gerichtlich oder notariſch beurkundet worden sei. Aus allen diesen Gründen habe er einen Anspruch auf Rückerstattung seiner Einlage gehabt; als Geschäftsführer der Klägerin sei er auch berechtigt gewesen, die Maschinen und Vorräte der Firma Ha. & L. zu verkaufen und die Einlage an sich zurückzuzahlen. Da die Klägerin nur noch von seinem Gelde gelebt und der Verlust seiner Einlage gedroht habe, sei die größte Eile nötig gewesen. Ein Versuch, vorher eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, sei an der Abwesenheit G.s gescheitert.

Die Klägerin hat in Abrede gestellt, daß der Beklagte berechtigt gewesen sei, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten oder von ihm zurückzutreten. Den etwaigen Formmangel des ur-

sprüchlichen Vertrages sieht sie als durch die notariſche Beurkundung der Abtretung der Geſchäftsanteile an den Beklagten geheilt an. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin zur Gültigkeit des Vertrages noch geltend gemacht: Durch ihn hätten G., der Beklagte und Hei. nur eine Geſellſchaft bürgerlichen Rechts gegründet und in deren Rahmen Verpflichtungen lediglich untereinander übernommen, ohne der Klägerin einen Anſpruch auf Erfüllung einzuräumen; in Ausführung dieſes formlos gültigen Vertrages habe der Beklagte den Betrag von 25000 RM. als unkündbares Darlehen an die Klägerin gezahlt.

Die beiden Vorbergerichte haben die Klage abgewieſen. Sie haben ſich der Auffaſſung des Beklagten angeſchloſſen, daß der Geſellſchaftsvertrag vom 11. Dezember 1938, durch den ſich die drei Geſellſchafter zu beſtimmten Leiſtungen an die Klägerin verpflichtet hätten, gemäß § 3 Abſ. 2, § 53 GmbHG. wegen Formmangels nichtig und der Beklagte deſhalb gemäß § 181 BGB. befugt geweſen ſei, die Verpflichtung der Klägerin, ſeine Einlage an ihn zurückzuzahlen, durch Leiſtung an ſich ſelbſt zu erfüllen. Die Reviſion der Klägerin führte zur Verurteilung des Beklagten nach dem Klageantrage.

Gründe:

Das Berufungsgericht lehnt zunächſt die von der Klägerin im Berufungsverfahren neu vorgetragene Auffaſſung ab, ihr habe der Betrag von 25000 RM. auf Grund eines zwiſchen ihr und dem Beklagten zuſtande gekommenen Darlehnsvertrages zugeſtanden. Es ſtellt feſt, daß dieſe Rechtsauffaſſung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme unvereinbar ſei. Hierzu führt es aus: Nach den vorliegenden Vertragsurkunden und nach der Ausſage des Zeugen Hei. hätten ſich die drei Geſellſchafter zum Zwecke der Verſtärkung der Betriebsmittel der GmbH. in einem einheitlichen Vertrage zu gleichen Einlagen verpflichtet. Dieſe Abrede über die gleichen Einlagen im Werte von je 50000 RM. gebe zugleich das Maß für die Beteiligung der Geſellſchafter am Verluſt und Gewinn der Geſellſchaft; ſie könne daher nicht als ſelbſtändiger Nebenvertrag rein ſchuldrechtlicher Art angeſehen werden, den die Geſellſchafter der GmbH. unter ſich geſchloſſen hätten, ohne der Klägerin unmittelbar ein Recht auf Erfüllung einzuräumen zu wollen. Hieraus folgert das Berufungsgericht, daß die Vertragſchließenden damit in ihrer Eigenſchaft als Geſellſchafter der

GmbH. (der Klägerin) besondere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft übernommen hätten, wie sie gemäß § 3 Abs. 2 in Verbindung mit § 53 Abs. 1 GmbHG. nur durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages, also gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG. nur in gerichtlicher oder notariischer Form hätten eingegangen werden können. Da diese Form nicht gewahrt und das Abkommen deshalb nichtig sei, habe der Beklagte die 25000 RM. ohne Rechtsgrund geleistet, und er sei in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Klägerin gemäß § 181 BGB. befugt gewesen, die dieser obliegende Rückzahlung an sich selbst zu bewirken. Das Berufungsgericht fügt noch hinzu, daß auch eine Heilung des Formmangels durch die notariische Abtretung von rund $\frac{2}{3}$ der Geschäftsanteile des G. an den Beklagten nicht in Betracht komme, da es sich nicht um die Verletzung der Form des § 15 Abs. 4, sondern der des § 53 Abs. 2 GmbHG. handele.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Vertragsabrede der Gesellschafter wegen Formmangels, sei es gemäß § 3 Abs. 2, sei es gemäß § 53 Abs. 1 und 2 GmbHG., nichtig sei, weil dadurch den Gesellschaftern der GmbH. Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt worden seien, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Nichtigkeit ergibt sich auch schon aus dem Inhalt der getroffenen Vereinbarungen. Hierzu ist folgendes zu sagen: Die Vertragsschließenden sind, wenn man zunächst von der in notariischer Form vorgenommenen Abtretung des Geschäftsanteils von 13300 RM. an den Beklagten absieht, bei der von ihnen am 11. Dezember 1938 getroffenen Regelung offensichtlich davon ausgegangen, daß G. über das in der Rechtsform der GmbH. geführte Unternehmen, dessen sämtliche Geschäftsanteile ihm allein gehörten, in gleicher Weise wie über eine Einzelfirma verfügen könne. Nur so ist es zu erklären, daß vereinbart wurde, ein jeder der künftigen drei Gesellschafter solle in das auf eine breitere Grundlage zu stellende Unternehmen 50000 RM. einbringen und die Einlage des bisherigen Alleininhabers G. solle in Höhe von 20000 RM. darin bestehen, daß er das Betriebsvermögen der Klägerin (Maschinen, Vorräte, Büroeinrichtung usw.) unter Ausschluß der Außenstände und Zahlungsverpflichtungen einbringe. Dies wäre nur möglich gewesen, wenn es sich um ein Einzelunternehmen des G. gehandelt hätte; nur aus einem solchen hätte er ohne weiteres die Außenstände und Zahlungsverpflichtungen, die ihn betrafen, herausnehmen können, wenn er andere Personen als Mitinhaber — sei es als

persönlich haftende Gesellschafter, sei es als Kommanditisten — in sein Geschäft aufnahm (vgl. § 28 HGB.). In diesem Falle wäre der bisherige Alleininhaber — wenn auch unter dem aus § 28 Abs. 2 HGB. ersichtlichen Vorbehalt zum Schutze gutgläubiger Dritter — für die im bisherigen Betriebe des Unternehmens entstandenen Verbindlichkeiten allein haftbar geblieben und ständen auch die Außenstände nicht der neuen Gesellschaft zu. Da aber das Unternehmen in der Rechtsform der GmbH., wenn auch als Einmanggesellschaft, bestand, war G. nicht befugt, über die Außenstände dieser GmbH. zu seinen Gunsten zu verfügen (vgl. § 181 HGB.), und ihr verblieb auch auf alle Fälle die Haftung für ihre bisherigen Verbindlichkeiten. G. hätte nur die Verpflichtung zur Befreiung der GmbH. von ihren Verbindlichkeiten übernehmen können. Die Beteiligten scheinen geglaubt zu haben, das von ihnen neu begründete Gesellschaftsverhältnis in irgendeiner Weise in den Rahmen der bereits bestehenden GmbH. hineinpressen zu können, haben sich aber dabei über die möglichen rechtlichen Wege hierzu nicht ausreichend Rechenschaft abgelegt; sie wollten dies, wie es im Abkommen vom 11. Dezember 1938 heißt, „besonderen Vereinbarungen überlassen“; zu solchen ist es aber überhaupt nicht mehr gekommen. Das, was sie wirtschaftlich gewollt haben, wäre erst nach Umwandlung der bisherigen Einmanggesellschaft mit beschränkter Haftung in ein Einzelunternehmen durchführbar gewesen, sei es in der Form einer offenen Handelsgesellschaft, sei es in der Form einer neu errichteten Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital von 150000 RM. Schon der Gedanke, es möglicherweise bei einem Stammkapital der GmbH. von nur 20000 RM. zu lassen und das darüber hinaus benötigte Kapital von 130000 RM. dieser GmbH. durch Darlehen zur Verfügung zu stellen, hätte sich nur unter Mißbrauch dieser Rechtsform verwirklichen lassen, weil die eigene Kapitalgrundlage der GmbH. für deren Aufgabe von vornherein unzureichend gewesen wäre (vgl. RGUrt. II 70/37 vom 16. November 1937, DZ. 1938 S. 601 mit Anm. = JW. 1938 S. 862 Nr. 16). In Verkennung der rechtlichen Möglichkeiten zur Erreichung des beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolges haben die drei Beteiligten dann ihrem Ziele dadurch näherkommen zu können geglaubt, daß G. rund $\frac{2}{3}$ seiner Geschäftsanteile von 20000 RM., nämlich 13300 RM., an den Beklagten abtrat, wovon dieser die Hälfte als Treuhänder für G. erwerben sollte. Wenn es dabei in

der notariſchen Abtretungsurkunde heißt, der Gegenwert dieſer Abtretung werde „durch Verrechnung beglichen“, ſo iſt wieder nicht erſichtlich, wie die Beteiligten ſich dieſe „Verrechnung“ gedacht haben; denn tatſächlich ſollte G. überhaupt keinen Gegenwert erhalten, ſondern alles, was die drei Geſellſchafter als Einlagen leiſteten, ſollte der GmbH. zufließen, und G. ſelbſt übernahm eine ſolche Einlage, abgesehen von den anderweit aufzubringenden 30000 RM., in Höhe von 20000 RM. in der Weiſe, daß er der GmbH. ihr eigenes Betriebsvermögen ohne Außenſtände und Zahlungsverpflichtungen zur Verfügung ſtellte. Auf dieſe Weiſe wurde alſo die Geſellſchaft, wenn auch unter ſchiefen Gedankengängen, auf eine völlig neue geldliche Grundlage geſtellt, ſo daß geradezu der Eindrud eines neuen, von der GmbH. unabhängigen Geſellſchaftsverhältniſſes erweckt wird, das neben die biſherige GmbH. treten ſollte. Gleichwohl iſt aber für die Annahme, daß die drei Beteiligten neben der beſtehenbleibenden GmbH. eine beſondere Geſellſchaft bürgerlichen Rechts oder auch, da es ſich um den Betrieb eines Handelsgewerbes handelte, eine beſondere offene Handelsgelſchaft hätten errichten wollen, deſhalb kein Raum, weil, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum feſtſtellt, nach dem Willen der Beteiligten ihre Einlagen unmittelbar der GmbH. zufließen und nur für dieſe Rechte begründet werden ſollten. Die Vertragſchließenden haben ſomit zweifach dem Vertrag einen inhaltlich fehlerhaften und rechtlich unmöglichen Inhalt gegeben: Sie haben erſtens die Einmanngeſellſchaft mit beſchränkter Haftung einem Einzelunternehmen gleichgeſtellt und über deren Vermögenswerte (Aktiven und Paſſiven) verfügt, als wenn ſie ein ſolches wäre, und zweitens die Rechtsform der biſherigen GmbH. als Deckmantel für ihr Geſellſchaftsunternehmen benutzt, das durch Abſchluß eines beſonderen Geſellſchaftsvertrages auf eine völlig neue geſellſchaftliche, inbeſondere auch geldliche Grundlage geſtellt werden ſollte. Da dieſe Art der Rechtsgeſtaltung inhaltlich unmöglich iſt und auch durch Umdeutung nicht, zum mindeſten nicht ohne Änderung des Geſellſchaftsvertrages der GmbH. in gehöriger Form, durchführbar gemacht werden kann, iſt ſchon aus dieſem Grunde der Vertrag nichtig.

Jedoch ſind die Folgerungen, die das Berufungsgericht aus der Nichtigkeit der geſellſchaftlichen Vereinbarung vom 11. Dezember 1938 zieht, rechtlich verfehlt. Denn das Geſellſchaftsverhältnis iſt auf der

erweiterten geldlichen Grundlage insofern tatsächlich ins Leben getreten, als jedenfalls der Beklagte seine Einlage in Höhe von 25000 RM. (also zur Hälfte) bar geleistet und auch Frei. das zum Rechnungswerte von 50000 RM. als Einlage bestimmte Knochflager eingebracht hat und als außerdem das Unternehmen auf dieser Grundlage, also unter Benutzung dieser Einlagen, sich wirtschaftlich betätigt hat, insbesondere durch den Betrieb der infolge davon übernommenen und in eine Zweigniederlassung der Klägerin in Be. umgewandelten Firma Ha. & L.; hierbei ist sogar, wie der Prüfungsbericht der Treuhandgesellschaft ergibt, ein Verlust von rund 20500 RM. eingetreten. Wenn auch hierbei nach außen nur die alte Gesellschaft in die Erscheinung getreten ist, so hat sie sich doch mit Mitteln betätigt, die sie auf Grund der zwischen den Gesellschaftern in rechtlich ungünstiger Weise getroffenen besonderen gesellschaftlichen Vereinbarungen erlangt hatte. Dadurch war zwischen den Gesellschaftern in Ansehung der tatsächlich gemachten Einlagen ein gesellschaftliches Innenverhältnis begründet worden, das sich in der angegebenen Weise ausgewirkt hat. Ist aber der richtige Gesellschaftsvertrag auch nur im Innenverhältnis auf diese Weise bereits umfänglich vollzogen worden, dann ist dadurch jedenfalls tatsächlich ein Gemeinschaftsverhältnis unter den Gesellschaftern entstanden, das auf ihre gegenseitigen Beziehungen nicht ohne Wirkung geblieben sein kann. Auch die Lösung eines solchen nur tatsächlichen Gesellschaftsverhältnisses (einer sogenannten *de facto*-Gesellschaft) kann in aller Regel nur im Wege der Auseinandersetzung herbeigeführt werden mit der Folge, daß der einzelne Gesellschafter nicht schlechtthin das von ihm Eingebachte zurückfordern, sondern nur den sich für ihn aus der Auseinandersetzung ergebenden Überschuß verlangen kann (vgl. RG. in JW. 1935 S. 2617 Nr. 1; vgl. auch die Entscheidung des erkennenden Senats II 44/40 vom 13. November 1940 in RGZ. Bd. 165 S. 193). So liegt es auf alle Fälle auch hier, da durchaus ungeklärt ist, inwieweit die Einlage des Beklagten durch den eingetretenen Verlust verbraucht ist.

Das haben die Vorgerichte verkannt. Aus den angegebenen Gründen ist die Auffassung, daß der Beklagte infolge Nichtigkeit der gesellschaftlichen Vereinbarung vom 11. Dezember 1938 ohne weiteres befugt gewesen sei, seine Einlage zurückzuerlangen und deshalb in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Klägerin gemäß § 181 BGB.

den Betrag an sich abzuführen, rechtlich nicht haltbar. Ehe nicht die Auseinandersetzung durchgeführt war, stand dem Beklagten kein fälliger Anspruch auf Rückzahlung auch nur eines Teils seiner Einlage zu, so daß die Voraussetzungen des § 181 BGB. für die Zulässigkeit einer Leistung an sich selbst nicht vorlagen. Hierzu kommt noch folgendes: Die Abtretung der GmbH.-Anteile und die Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer waren zwar nach außen unbedingte und wirksame. Im Innenverhältnis waren sie aber abhängig von dem Zustandekommen der erweiterten Gesellschaft in rechtswirksamer Form. Mit dem Rücktritt des Beklagten von dem neuen Gesellschaftsverhältnis fiel im Innenverhältnis seine Bestellung zum Geschäftsführer der alten GmbH. Er konnte nicht gleichzeitig zurücktreten und von seiner Machtsstellung als gesetzlicher Vertreter der GmbH. Gebrauch machen. Daher ist auch aus diesem Grunde § 181 BGB. hier unanwendbar.

Da die nach den vorstehenden Ausführungen zunächst erforderliche Auseinandersetzung auch jetzt noch aussteht, ist der Beklagte schon aus diesem Grunde zunächst zur Rückzahlung des vollen Betrages an die Klägerin verpflichtet, so daß es nicht darauf ankommt, ob er sich durch die Selbstbefriedigung einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat und ob deshalb eine Aufrechnung mit seiner Forderung auf Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens gemäß § 393 BGB. unzulässig wäre. Im übrigen ergibt auch das unstreitige Schreiben des Beklagten an Sei. vom 11. Mai 1939, daß er sich, wenn auch wohl in der Annahme der Gültigkeit der gesellschaftlichen Vereinbarung vom 11. Dezember 1938, bewußt war, nicht eigenmächtig vorgehen zu dürfen, sondern zunächst die Abwicklung des vermeintlichen Gesellschaftsverhältnisses durch entsprechende Gesellschafterbeschlüsse herbeiführen zu müssen. Wenn er sich gleichwohl später darüber hinweggesetzt hat, so beruht dies nach seinen eigenen Äußerungen nur darauf, daß er sonst das von ihm in die Gesellschaft hineingesteckte Kapital als gefährdet ansah. Dies gab ihm aber kein Recht zur Selbsthilfe unter Mißbrauch seiner Stellung als Geschäftsführer der Klägerin in der Weise, wie er gehandelt hat. Vielmehr hätte er sein Ziel, seinen Anspruch sicherzustellen, höchstens im Wege des dinglichen Arrestes oder der einstweiligen Verfügung erreichen können, wenn eine gültliche Vereinbarung hierüber nicht möglich war.

Es könnte noch in Betracht kommen, ob der Anspruch nicht auch schon aus §§ 30, 31, 43 Abs. 3 GmbHG. gerechtfertigt ist, da die neuen Einträge offenbar dazu dienen sollten, das alte, verloren gegangene Gesellschaftskapital wiederherzustellen, und da auch der Beklagte selbst behauptet hat, daß die Gesellschaft im Jahre 1937 nahezu bankrott gewesen sei. Jedoch erübrigt es sich, hierauf näher einzugehen, zumal da die Klage auf diesen Klagegrund nicht ausdrücklich gestützt und er auch sonst nicht weiter erörtert worden ist.