

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

KWG § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 32 Abs. 1, § 37 Abs. 1 Satz 1

Die aus einer Rückabwicklungsanordnung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG folgende öffentlich-rechtliche Verpflichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Rückzahlung gesellschaftsvertraglich begründeter Einlagezahlungen der Gesellschafter ändert nichts an dem gesellschaftsrechtlichen Charakter dieser Zahlungen als haftendes Kapital, hinter dem die öffentlich-rechtliche Verpflichtung jedenfalls in der Insolvenz der Gesellschaft zurückzutreten hat.

BGH, Urteil vom 4. August 2020 - II ZR 174/19 - OLG Stuttgart
LG Ravensburg

Berichtigt durch
Beschluss vom 26. August 2020
Stoll, Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 174/19

Verkündet am:
4. August 2020
Ginter
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren auf die bis zum 21. Juli 2020 eingereichten Schriftsätze durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg und die Richter V. Sander sowie Dr. von Selle

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 1. August 2019 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Klägerin.

Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 20.500 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der I. GbR, einem geschlossenen Immobilienfonds (im Folgenden: Schuldnerin). Er nimmt die Beklagte auf Zahlung einer restlichen Einlageforderung in Anspruch; die Beklagte begehrt widerklagend die Rückzahlung ihrer teilweise geleisteten Einlage nebst Agio.

2 Die Beklagte beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 16. Oktober 2006 mit Wirkung zum 1. November 2006 über eine Treuhänderin an der Schuldnerin. Ihre Beteiligungssumme betrug 20.000 € zuzüglich 600 € Agio und war nach der von ihr gewählten "Ansparvariante" in 192 monatlichen Raten von 107 € ab November 2006 zu zahlen. Außerdem unterzeichnete die Beklagte am 16. Oktober 2006 auf Betreiben des beratenden Anlagevermittlers folgende Vereinbarung:

"Zusatzvereinbarung zum 'I. GbR'-Vertrag vom 16.10.06

F.

Immobilien und Finanzanlagen GmbH

Name: [...]

Über die Höhe der einbezahlten Beiträge kann ab dem 5. Jahr mit einem schriftlichen Antrag bis zu sechs Wochen zum Quartalsende wie folgt verfügt werden, sofern die Beiträge und das Agio wie vereinbart entrichtet wurden.

ab dem beginnenden 5. Jahr: 40% der einbezahlten Beiträge

ab dem beginnenden 10. Jahr: 45% der einbezahlten Beiträge

ab dem beginnenden 15. Jahr: 55% der einbezahlten Beiträge".

3 Von November 2006 bis Mai 2015 zahlte die Beklagte vereinbarungsgemäß monatliche Raten in Höhe von insgesamt 10.421 € sowie das Agio.

4 Am 12. August 2014 richtete die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden: BaFin) an die Geschäftsführerin der Schuldnerin, die F. GmbH (im Folgenden: F. GmbH), eine sofort vollziehbare Anordnung mit folgendem Tenor:

"[...] b) Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG gebe ich Ihnen auf, das auf der Grundlage von Darlehensverträgen und Zusatzvereinbarungen von den durch Sie als Geschäftsführerin vertretenen Gesellschaften bürgerlichen Rechts [...] sowie I. GbR durch die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums betriebene Einlagengeschäft unverzüglich durch vollständige Rückzahlung aller mit Rückzahlungsversprechen angenommener Gelder abzuwickeln."

5 Zur Begründung führte die BaFin aus, dass sowohl die F. GmbH als auch die von ihr vertretenen Gesellschaften bürgerlichen Rechts, darunter die Schuldnerin, ein Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG ohne erforderliche Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG betrieben. Bei den Geldern, über die ein Anleger der Schuldnerin aufgrund seines Beteiligungsvertrages und der Zusatzvereinbarung nach Stellung eines schriftlichen Antrags frei verfügen könne, handele es sich um unbedingt rückzahlbare Gelder des Publikums im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG. Gegen den Bescheid ist Anfechtungsklage erhoben worden; das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist derzeit unterbrochen.

6 Mit Beschluss vom 7. August 2015 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Die vorhandene Insolvenzmasse reicht zur Befriedigung offener Verfahrenskosten und sonstiger Masseverbindlichkeiten nicht aus. Ansprüche der Beklagten sind im Insolvenzverfahren nicht zur Tabelle angemeldet worden. Am 23. September 2015 wurde auch über das Vermögen der F. GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet.

7 Am 12. April 2018 forderte der Kläger die Beklagte vergeblich zur Zahlung eines Teilbetrags ihrer restlichen Einlage auf. Die Beklagte kündigte am 26. April 2018 ihre Beteiligung und verlangte die Rückzahlung ihrer bereits ge-

leisteten Zahlungen. Außerdem hat sie im Rechtsstreit die Anfechtung ihrer Beteiligung wegen arglistiger Täuschung erklärt.

8 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung ihrer noch offenen Einlage in Höhe von 9.479 € an den Kläger verurteilt und ihre Widerklage, gerichtet auf Rückzahlung ihrer geleisteten Einlage nebst Agio in Höhe von insgesamt 11.021 € und Feststellung, dass die Rückzahlungsverpflichtung des Klägers aus unerlaubter Handlung herrühre, abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihre Klageabweisungs- und Widerklageanträge weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision hat in der Sache keinen Erfolg.

10 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

11 Der Kläger habe gegen die Beklagte nach § 3 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrags (im Folgenden: GV) in Verbindung mit der Beitrittserklärung Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten noch offenen Restbetrages der Beteiligungssumme von 20.000 €. Die ratenweise zu leistenden Zahlungen der Beklagten seien mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens insgesamt fällig geworden und nach dem unwidersprochenen Vortrag des Klägers zur Liquidation voraussichtlich erforderlich. Die außerordentliche Kündigung der Beteiligung durch die Beklagte sei in der Liquidation der Gesellschaft unwirksam und ihre Anfechtung der Beteiligungserklärung ausgeschlossen.

- 12 Der Bescheid der BaFin vom 12. August 2014 berühre die Einlageverpflichtung der Beklagten nicht. Entgegen der Rechtsauffassung der BaFin handle es sich bei den von der Zusatzvereinbarung vom 16. Oktober 2006 betroffenen Geldern nicht um "unbedingt rückzahlbare Gelder" und damit um kein erlaubnispflichtiges Einlagegeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG. Die Zusatzvereinbarung enthalte ersichtlich nur die Vereinbarung eines Entnahmerechts, bei dem ein Gesellschafter zu Zwecken der Liquidität Gelder entnehmen könne, gleichzeitig aber sein Gesellschafterkonto mit dem entsprechenden Betrag belastet werde.
- 13 Dem Anspruch des Klägers stehe auch die Verfügung der BaFin gegen die Geschäftsführerin der Schuldnerin zur Rückabwicklung der beanstandeten Geschäfte nicht entgegen. Die Erfüllung der Einlageverpflichtung durch die Beklagte sei dadurch nicht rechtlich unmöglich geworden, weil nach der Verfügung nicht die Bewirkung der Leistung, sondern allenfalls ihr Einfordern rechtlich zu beanstanden sei. Auch das sei aber nicht der Fall, weil die Verfügung nicht gegen die Schuldnerin, sondern nur gegen ihre frühere Geschäftsführerin ergangen sei. Damit könne die Beklagte sich gegenüber dem Kläger auch nicht unter Hinweis auf eine Verpflichtung zur alsbaldigen Rückgewähr der Einlagezahlungen auf den Einwand treuwidrigen Verhaltens berufen.
- 14 Schadensersatzansprüche der Beklagten gegen die Schuldnerin wegen unzureichender Aufklärung über Risiken der Beteiligung bestünden schon deshalb nicht, weil diese sich nicht gegen die Schuldnerin, sondern gegen die Gründungs- bzw. Altgesellschafter richten würden.
- 15 Die Widerklage der Beklagten sei bereits unzulässig, weil sie ihre Gegenforderung nicht zur Tabelle angemeldet habe. Zudem sei ihr Anspruch auf

Rückzahlung ihrer Einlage keine Insolvenzforderung, sondern erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens zu befriedigen.

16 II. Die Entscheidung hält rechtlicher Nachprüfung stand.

17 Entgegen der Ansicht der Revision steht dem Kläger gegen die Beklagte aufgrund ihrer Beitrittserklärung vom 16. Oktober 2006 in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag und § 80 Abs. 1 InsO ein Anspruch auf Zahlung noch nicht geleisteter Einlageraten in Höhe von 9.479 € zu. Die auf Rückzahlung ihrer geleisteten Einlageraten gerichtete Widerklage der Beklagten ist unbegründet.

18 1. Die Beklagte hat sich mit ihrer Beitrittserklärung zur Leistung einer Einlage in Höhe von insgesamt 20.000 € verpflichtet, wovon jedenfalls ein Betrag von 9.479 € noch nicht gezahlt wurde. Durch die Vereinbarung der "Ansparvariante", d.h. einer ratenweisen Einlageleistung, wurde der Beklagten nur eine Stundung des Zeichnungsbetrages gewährt, die als solche nichts am Entstehen der gesamten Einlageverpflichtung in Höhe von 20.000 € im Zeichnungszeitpunkt ändert (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 - II ZR 284/15, ZIP 2017, 1365 Rn. 23; Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, BGHZ 217, 237 Rn. 40). Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind entsprechend dem Insolvenzzweck auch die noch nicht fälligen Einlageraten fällig geworden (vgl. Uhlenbruck/Hirte/Praß, InsO, 15. Aufl., § 35 Rn. 380) und können, da sie zur Liquidation erforderlich sind, vom Kläger eingezogen werden.

19 2. Diese vertragliche Einlageverpflichtung der Beklagten ist durch ihre außerordentliche Kündigung und ihre Anfechtung der Beitrittserklärung nach Insolvenzeröffnung nicht entfallen. In der Liquidation der Gesellschaft ist die Anfechtung der Beteiligung wegen Arglist durch einen Gesellschafter ebenso wie ihre außerordentliche Kündigung ausgeschlossen, da es bei Auflösung der Gesellschaft vor der Anfechtungs- bzw. Kündigungserklärung des Gesellschaf-

ters nicht mehr erforderlich ist, ihm das Ausscheiden auf diesem Wege zu gewähren, und das Interesse an einer reibungslosen und zügigen Liquidation ein gesondertes Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters während des Auseinandersetzungsverfahrens verbietet (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, BGHZ 217, 237 Rn. 55 mwN).

20 3. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Einlageverpflichtung der Beklagten auch nicht wegen Verstoßes gegen § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG gemäß § 134 BGB nichtig.

21 Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Beteiligung der Beklagten kein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG und die gegenteilige Bewertung im Bescheid der BaFin vom 12. August 2014 für das hiesige Verfahren insoweit nicht bindend ist. Ob und inwieweit ein Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG bei einem Einlagegeschäft gemäß § 134 BGB dessen Nichtigkeit zur Folge hätte (offengelassen in BGH, Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 755; BVerwG, BKR 2011, 208 Rn. 26 mwN und Urteil vom 23. November 2011 - 8 C 18/10, BeckRS 2012, 46318 Rn. 18; vgl. dazu Renner in Großkomm. HGB, 5. Aufl., Bankvertragsrecht Rn. 54 ff. mwN), kann hier offenbleiben.

22 a) Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will, einer schriftlichen Erlaubnis der Aufsichtsbehörde. Ein Bankgeschäft ist auch das sog. Einlagengeschäft, das nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG in der Annahme fremder Gelder als Einlagen (Fall 1) oder der Annahme anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums

(Fall 2), sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden, besteht.

23 Beide Fälle liegen hier nicht vor. Die von der Beklagten zu leistenden Einlageraten sind weder fremd noch unbedingt rückzahlbar.

24 aa) Fremd im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 1 KWG sind Gelder, die nicht endgültig bei dem annehmenden Unternehmen verbleiben, sondern aufgrund getroffener Vereinbarungen in gleicher Menge dem Berechtigten zurück zu zahlen sind (vgl. BVerwGE 69, 120, 123 f.; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 1 Rn. 13; Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG mit CRR, Stand: August 2017, § 1 Rn. 93). Hierfür ist erforderlich, dass ein unbedingter Rückzahlungsanspruch besteht, dessen Fälligkeit nicht gemäß § 158 Abs. 1 BGB bedingt ist (vgl. Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 1 Rn. 13). Keine fremden Gelder sind Gesellschafterzahlungen, wenn es sich um durch die Mitgliedschaft veranlasste Beiträge der Gesellschafter handelt, die als haftendes Eigenkapital in das Gesellschaftsvermögen übergehen und mit gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschafts- und Mitspracherechten verbunden sind (Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 1 Rn. 22; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl., § 1 Rn. 44; Brogl in Reischauer/Kleinhans, KWG, Stand: Juli 2019, § 1 Rn. 48). Mit dem Erbringen der Einlage wird diese Gesellschaftsvermögen, womit der Gesellschafter gegen die Gesellschaft keinen Rückzahlungsanspruch hat, sondern nur einen Anteil an der Gesellschaft und ggf. einen Auseinandersetzungsanspruch. Aus Sicht der Gesellschaft handelt es sich bei der entgegengenommenen Einlage daher um eigenes Geld (vgl. Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG mit CRR, Stand: August 2017, § 1 Rn. 94; Merkblatt der BaFin vom 11. März 2014 "Einlagengeschäft" unter I.4.).

- 25 Rückzahlbar im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 KWG sind Gelder, wenn der Betreiber oder ein Dritter im Verbund mit diesem verspricht, die Gelder zurückzuzahlen. Die Rückzahlung muss Teil der Vereinbarung sein, auf deren Basis der Anleger dem Kapitalnehmer das Geld überlässt, kann unter Umständen aber auch nachträglich vereinbart werden (vgl. Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG mit CRR, Stand: August 2017, § 1 Rn. 109, 110a). Unbedingt rückzahlbar sind Gelder, wenn die Rückzahlung unabhängig vom Geschäftserfolg des Betreibers erfolgen soll (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 569/13, WM 2015, 610 Rn. 15 mwN), d.h. eine Verlustteilnahme ausgeschlossen ist. Das ist bei einer gesellschaftsvertraglich begründeten Einlage eines Gesellschafters mit Verlustbeteiligung nicht der Fall (vgl. Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG mit CRR, Stand: August 2017, § 1 Rn. 118 f.; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 1 Rn. 26 f.; Brogl in Reischauer/Kleinhaus, KWG, Stand: Juli 2019, § 1 Rn. 53; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl., § 1 Rn. 46).
- 26 bb) Die Ratenzahlungen der Beklagten waren gesellschaftsrechtliche Einlagezahlungen, die nach den vertraglichen Vereinbarungen mit gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschafts- und Mitspracherechten verbunden waren und am Verlust der Schuldnerin teilnahmen.
- 27 (1) Entgegen der Ansicht der Revision handelte es sich bei der Beteiligung der Beklagten nicht um einen "verdeckten Darlehensvertrag". Die Bezeichnung der ratenweisen Beteiligung als "Ansparvariante" im Prospekt und der zu leistenden Raten als "Sparraten" in der Beitrittserklärung könnte zwar für einen klassischen Sparvertrag sprechen. Maßgeblich für die rechtliche Einordnung der Beteiligung ist aber nicht ihre Bezeichnung, sondern ihr vertraglich vereinbarter Inhalt, der sich aus dem in der Beitrittserklärung in Bezug genom-

menen Gesellschafts- und Treuhandvertrag und der Zusatzvereinbarung vom 16. Oktober 2006 ergibt.

28 (2) Nach § 1 Nr. 1 GV bilden die Gesellschafter der Schuldnerin eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Zweck gemäß § 2 Nr. 1 GV der Erwerb, die Vermietung, Verwaltung und Vorfinanzierung von Immobilien und Immobilienfondsanteilen zwecks Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist. Nach § 3 Nr. 2 und Nr. 3 GV sind die Anleger "weitere Gesellschafter" der Schuldnerin, die "ihre Einlage" entsprechend ihrer Verpflichtung in der Beitrittserklärung zu leisten haben; in § 3 Nr. 4 Satz 2 GV werden sie hinsichtlich der Eintragung im Grundbuch als Innengesellschafter bezeichnet. Nach § 6 Nr. 2 GV können (auch) die über einen Treuhänder an der Gesellschaft beteiligten Anleger "ihre Rechte" in der Gesellschafterversammlung selbst durch einen Bevollmächtigten oder den Treuhänder ausüben.

29 Zur Gewinn- und Verlustbeteiligung der Einlage enthält der Gesellschaftsvertrag zwar keine ausdrückliche Regelung. Aus § 10 Nr. 7 GV ergibt sich jedoch, dass bei der Berechnung des Abfindungsguthabens eines Ausscheidenden "alle Guthaben und Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft" zu berücksichtigen sind. Mangels anderweitiger vertraglicher Regelungen gelten somit die gesetzlichen Vorschriften der §§ 722, 735, 738, 739 BGB, die eine Verlustbeteiligung der Einlage vorsehen. Dem entsprechen die Risikohinweise im Prospekt, dass ein unerwarteter Verlauf der Anlage zu einem "Totalverlust" der Einlage führen kann und die Stellung des Anlegers eine "persönliche Berechtigung und Verpflichtung am Vermögen, Ertrag und Verlust und den Rücklagekonten der Gesellschaft" darstellt.

30 Anderes ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision auch nicht aus § 5 Nr. 2 und Nr. 3 GV. Danach beschränken sich die Geschäftsführungsbefug-

nis und Vertretungsmacht der Geschäftsführerin auf das Gesellschaftsvermögen und ist die Geschäftsführerin verpflichtet, gemäß § 714 BGB "die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter auf ihre Anlage sämtlichen Gläubigern bekannt zu geben". Diese Regelung betrifft die - nach der Senatsrechtsprechung für geschlossene Immobilienfonds in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch nach Aufgabe der Doppelvertretungslehre weiterhin mögliche (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2002 - II ZR 2/00, BGHZ 150, 1, 5 f.) - Haftungsbeschränkung durch eingeschränkte Vertretungsmacht auf das Gesellschaftsvermögen zum Ausschluss der persönlich unbeschränkten Haftung der Anleger. Eine Befreiung der Gesellschafter von ihrer internen Verlustbeteiligung ergibt sich daraus nicht.

31 (3) Die Zusatzvereinbarung vom 16. Oktober 2006 gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Auch daraus folgt nicht, dass die Beklagte mit ihrer Einlage zumindest teilweise nicht an einem Verlust der Schuldnerin beteiligt, sondern berechtigt sein sollte, ihre Einlagezahlungen unbedingt, lediglich abhängig vom Zeitablauf und einer bisherigen vertragsgemäßen Ratenzahlung, zurückzufordern.

32 Ob auch eine gesellschaftsvertraglich bedungene Einlage in unbedingt rückzahlbares Geld "umschlagen" kann, wenn die Gesellschaft, ein Gesellschafter oder ein mit der Gesellschaft im Verbund stehender Dritter in einer - evtl. auch erst später geschlossenen - Zusatzvereinbarung die Rückzahlung der Einlage unabhängig von der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft und damit verlustunabhängig verspricht (so etwa Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG mit CRR, Stand: August 2017, § 1 Rn. 113 ff.), bedarf hier keiner Entscheidung. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die hiesige Zusatzvereinbarung kein solches Rückzahlungsversprechen enthält.

33 Aus der Überschrift "Zusatzvereinbarung zum I. GbR-Vertrag" ergibt sich, dass die Vereinbarung nicht unabhängig von den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen gelten sollte, sondern nur ergänzend zu den dortigen Regelungen. Nach dem Wortlaut der Vereinbarung wurde der Beklagten lediglich das Recht eingeräumt, über "die Höhe der einbezahlten Beiträge" unter bestimmten Voraussetzungen bis zu einem bestimmten Prozentsatz "zu verfügen". Weitergehende Regelungen enthält die Vereinbarung nicht; insbesondere verhält sie sich nicht zu der Frage, ob und ggf. in welcher Weise sich diese Verfügungsberechtigung auf die nach dem Gesellschaftsvertrag bestehende Verlustbeteiligung der Beklagten auswirken sollte. Ihr ist daher auch kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass die Beklagte in Höhe der von ihr entnommenen Beträge sogar von ihrer gesellschaftlichen Verlustbeteiligung befreit sein sollte und derartige Auszahlungen nicht zu Lasten ihres Gesellschafterkontos gebucht würden. In Anbetracht der erheblichen Auswirkungen einer solchen Befreiung wäre diesbezüglich eine ausdrückliche Regelung zu erwarten gewesen. Auch bei objektiver Auslegung aus Sicht eines durchschnittlichen Anlegers konnte die Zusatzvereinbarung daher nur als Einräumung eines Entnahmerechts zu Zwecken der Liquidität verstanden werden, das an der Einbindung der Einlage in das unternehmerische Risiko der Schuldnerin und der Verpflichtung des Anlegers zur vollständigen Einlageleistung mit Verlustbeteiligung nichts änderte.

34 b) Die gegenteilige Bewertung der BaFin im Bescheid vom 12. August 2014 ist für das hiesige Verfahren nicht bindend.

35 aa) Allerdings kommt Verwaltungsakten, sofern sie nicht nichtig sind, grundsätzlich eine sog. Tatbestandswirkung zu, aufgrund derer auch nicht am

Verwaltungsverfahren beteiligte Behörden, Gerichte und öffentlich-rechtliche Rechtsträger die im Verwaltungsakt getroffene Regelung ohne inhaltliche Prüfung der Richtigkeit der darin getroffenen Regelung ihren eigenen Entscheidungen zugrunde zu legen haben (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juli 2003 - IX ZB 4/03, WM 2003, 1800, 1802; Urteil vom 4. Februar 2004 - XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 22; Urteil vom 14. Juni 2007 - I ZR 125/04, WM 2007, 2168 Rn. 14; Urteil vom 14. Januar 2010 - IX ZR 50/07, NVwZ-RR 2010, 372 Rn. 7; Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 26/17, WM 2018, 2054 Rn. 27 ff.; BVerwG, NVwZ 1987, 496; Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 43 Rn. 137 ff.; Ramsauer in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl., § 43 Rn. 18 ff.). Diese Tatbestandswirkung beginnt in der Regel mit dem Erlass des Verwaltungsakts, d.h. nicht erst mit seiner Unanfechtbarkeit oder Bestandskraft (vgl. Ramsauer in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl., § 43 Rn. 23). Der Umstand, dass der Bescheid der BaFin vom 12. August 2014 noch nicht bestandskräftig ist, steht seiner Bindungswirkung daher nicht entgegen.

36 bb) Die Tatbestandswirkung gilt aber grundsätzlich nur für den verfügenden Teil des Verwaltungsakts und nicht für ihm zugrundeliegende Begründungselemente wie tatsächliche Feststellungen oder die Beurteilung vorgreiflicher rechtlicher Inzidentfragen (vgl. BVerwG, NVwZ 1987, 496, 497; Ramsauer in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl., § 43 Rn. 18, 26). Solchen Begründungselementen kommt nur dann und insoweit eine sog. bindende Feststellungswirkung zu, als dies durch besondere gesetzliche Vorschriften bestimmt ist. Allein der Umstand, dass der Erlass eines Verwaltungsakts die Beantwortung bestimmter Vorfragen voraussetzt, reicht dafür nicht aus (vgl. Ramsauer in Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl., § 43 Rn. 27).

37 Der danach für die Tatbestandswirkung maßgebliche Regelungsgehalt ist durch Auslegung des Verwaltungsakts, die der Senat entgegen der Ansicht

der Revisionserwiderung selbst vorzunehmen hat (vgl. etwa BGH, Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 26/17, WM 2018, 2054 Rn. 29 ff.; Urteil vom 11. April 2019 - III ZR 4/18, NJW 2019, 2611 Rn. 32), in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB zu ermitteln (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 26/17, WM 2018, 2054 Rn. 29; Urteil vom 11. April 2019 - III ZR 4/18, NJW 2019, 2611 Rn. 32 f.). Maßgebend ist somit der erklärte Wille der Behörde, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - I ZR 125/04, WM 2007, 2168 Rn. 16; Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 Rn. 35). Hierbei ist in erster Linie auf den Entscheidungssatz und die Begründung des Verwaltungsakts abzustellen; darüber hinaus ist das materielle Recht, auf dem der Verwaltungsakt beruht, heranzuziehen (BGH, Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 Rn. 35).

38 cc) Danach beschränkt sich der Regelungsgehalt des Bescheids der BaFin hier auf die Anordnung der unverzüglichen Rückabwicklung des aufgrund von Zusatzvereinbarungen betriebenen Einlagengeschäfts der Schuldnerin. Die dieser Anordnung zugrundeliegende Feststellung, dass die Entgegennahme von Geldern aufgrund von Zusatzvereinbarungen ein unerlaubtes Bankgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG sei, ist nur ein Begründungselement.

39 Der Tenor des Bescheids ist nicht als Feststellung formuliert, sondern als Anordnung ("... gebe ich Ihnen auf, abzuwickeln."). Dass § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG, der im Tenor als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der einstweiligen Anordnung genannt wird, das Betreiben eines unerlaubten Bankgeschäfts gemäß § 32 KWG voraussetzt, reicht für die Annahme einer bindenden Feststellung der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG nicht aus. Auch die Angabe des "aufgrund der Zusatzvereinbarungen" betriebenen Geschäfts im Tenor des Bescheids dient nur der Konkreti-

sierung und Eingrenzung der von der Rückabwicklungsanordnung erfassten Geschäfte, nicht aber der bindenden Feststellung ihrer Erlaubnispflicht.

40 Anderes ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Bescheids. Die dortigen Ausführungen zur Bewertung der aufgrund der Zusatzvereinbarungen entgegengenommenen Gelder als "unbedingt rückzahlbare Gelder" im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG dienen lediglich der Darlegung der - aus Sicht der BaFin zu bejahenden - Erfüllung der Anordnungsvoraussetzungen des § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG. Dass damit eine eigenständige Feststellung mit entsprechender Bindungswirkung verbunden sein soll, ist dem nicht zu entnehmen.

41 dd) Eine bindende Feststellungswirkung käme den Ausführungen in der Begründung der Anordnung damit nur zu, wenn dies besonders gesetzlich geregelt wäre. Das ist indes nicht der Fall, wie sich insbesondere aus § 4 KWG ergibt.

42 Nach § 4 KWG kann die BaFin in Zweifelsfällen einen Feststellungsbescheid hinsichtlich der Anwendbarkeit des Kreditwesengesetzes auf ein Unternehmen mit Bindungswirkung für andere Verwaltungsbehörden erlassen. Insoweit ist zwar umstritten, ob diese Bindung abweichend von den obigen Grundsätzen nicht nur bei ausdrücklichen Feststellungsbescheiden, sondern auch für die vorgelagerten Feststellungen bei einer Anordnung nach § 37 KWG gilt (so Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG mit CRR, Stand: September 2016, § 4 Rn. 30 ff.; Reischauer/Kleinhans, KWG, Stand: März 2004, § 4 Rn. 5; aA Bähre/Schneider, KWG, 3. Aufl., § 4 Nr. 4; Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, 6. Aufl., § 4 Rn. 9; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl., § 4 Rn. 7 ff., 14 ff.; Süßmann in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 4 Rn. 7). Auch dann greift diese Bindung nach § 4 Satz 2 KWG aber jedenfalls ausdrücklich nur für Verwaltungsbehörden und nicht auch für Gerichte (vgl.

Süßmann in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 4 Rn. 1; Schäfer in Boos/Fischer/ Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO, 5. Aufl., § 4 Rn. 16).

43 4. Die Einlageverpflichtung der Beklagten ist auch nicht wegen Unmöglichkeit der Gegenleistung für die Schuldnerin (§ 326 Abs. 1, § 275 Abs. 1 BGB) entfallen.

44 Die Erbringung der vertraglich vereinbarten Gegenleistung war der Schuldnerin auch nach der Anordnung der BaFin vom 12. August 2014 rechtlich weiterhin möglich, da damit nur die Rückabwicklung der auf der Grundlage der Zusatzvereinbarungen betriebenen Geschäfte der Schuldnerin aufgegeben, nicht aber ihr Anlagegeschäft als solches untersagt wurde. Die Schuldnerin durfte daher ihr Beteiligungsgeschäft außerhalb der Zusatzvereinbarungen fortführen und damit auch weiterhin gesellschaftsrechtlich vereinbarte Einlagen zu den im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Zwecken annehmen und verwenden.

45 Dass die Schuldnerin diese vertraglich zugesagte Anlageleistung seit ihrer Insolvenz nicht mehr erbringen kann, lässt die Leistungspflicht der Beklagten ebenfalls nicht entfallen. Mit der Insolvenzeröffnung hat sich der Gesellschaftszweck von der werbenden Tätigkeit in eine Liquidation geändert, so dass ein Anleger die Leistung seiner Einlage nicht mehr von der Erbringung der für die werbende Tätigkeit zugesagten Gegenleistung abhängig machen kann, sondern seine Einlage zu leisten hat, soweit sie für die Abwicklung erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, BGHZ 217, 237 Rn. 48).

46 5. Schadensersatzansprüche der Beklagten, die sie der Einlageforderung des Klägers entgegenhalten könnte, hat das Berufungsgericht ebenfalls zu Recht verneint.

- 47 a) Ersatzansprüche wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten stehen der Beklagten gegen die Schuldnerin nicht zu. Soweit sich die Beklagte darauf beruft, nicht über eine zumindest teilweise Erlaubnisbedürftigkeit ihrer Beteiligung nach § 32 KWG aufgeklärt worden zu sein, wäre Anspruchsgegner einer solchen Forderung wegen Aufklärungspflichtverletzung - ebenso wie einer Haftung wegen der weiteren von der Beklagten geltend gemachten Informations-, Aufklärungs- und Prospektmängel - nicht die Schuldnerin, sondern deren Gründungsgesellschafter.
- 48 Dagegen macht die Revision ohne Erfolg geltend, aus der Entscheidung des Senats vom 21. März 2005 (II ZR 149/03, NZG 2005, 476, 477) folge, dass der Kläger sich nicht auf den Einwand fehlender Gegenseitigkeit berufen könne. Nach dieser Entscheidung dürfe es demjenigen, der sich aufgrund eines Prospektmangels oder der Verletzung der Aufklärungspflicht schadenersatzpflichtig gemacht habe, nicht zugutekommen, wenn er gleichzeitig an dem mit dem Anleger geschlossenen Gesellschaftsvertrag beteiligt sei. Das müsse hier entsprechend für den Kläger gelten, da es die geschäftsführende Gesellschafterin der Schuldnerin gewesen sei, die für alle Gesellschafter in deren Namen gehandelt habe und zugleich Herausgeberin des Anlageprospekts gewesen sei. Damit verkennt die Revision, dass die Entscheidung des Senats eine Gesellschaft betraf, die selbst mit zahlreichen Kleinanlegern stille Gesellschaften gegründet hatte. Für diesen Fall hat der Senat entschieden, dass die Gesellschaft sich gegenüber auf Rückabwicklung der Beteiligung gerichteten Schadenersatzansprüchen der Anleger wegen Aufklärungspflichtverletzungen nicht auf die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft berufen kann, weil es ihr nicht zugutekommen darf, dass sie selbst an dem geschlossenen Beteiligungsvertrag als Gesellschafterin beteiligt ist. Daraus folgt nicht, dass eine Beteiligungsgesellschaft, die selbst nicht Vertragspartnerin des Beteiligungsvertrages ist, auch

für etwaige Aufklärungspflichtverletzungen ihrer Gründungsgesellschafter einzustehen hat.

49 b) Ein deliktischer Schadensersatzanspruch wegen der Annahme der Einlagezahlungen der Beklagten entgegen § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 KWG besteht ebenfalls nicht. Zwar handelt es sich bei § 32 KWG um ein Schutzgesetz zugunsten der Anleger gemäß § 823 Abs. 2 BGB (hM; vgl. nur BGH, Urteil vom 13. April 1994 - II ZR 16/93, BGHZ 125, 366, 379; Urteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, NJW 2005, 2703; Urteil vom 19. März 2013 - VI ZR 56/12, BGHZ 197, 1 Rn. 11 mwN). Wie oben ausgeführt fehlt es hier aber bereits an einem erlaubnispflichtigen Einlagengeschäft. Ob sich ein solcher Schadensersatzanspruch nur gegen die Geschäftsführerin oder auch gegen die Schuldnerin richten würde, kann daher dahinstehen.

50 6. Ohne Erfolg wendet die Revision sich auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Einforderung der restlichen Einlage durch den Kläger der von der Beklagten unter Verweis auf die Rückabwicklungsanordnung der BaFin erhobene Einwand treuwidrigen Verhaltens nicht entgegensteht.

51 a) Allerdings ist nach dieser Anordnung für das vorliegende Verfahren davon auszugehen, dass die von der Beklagten auf die Einlageforderung erbrachten Zahlungen bis zur Höhe der in der Zusatzvereinbarung genannten Prozentsätze umgehend wieder an sie auszukehren wären.

52 Insoweit ist die Anordnung gemäß den oben dargelegten Grundsätzen aufgrund ihrer Tatbestandswirkung unabhängig von der inhaltlichen Richtigkeit der darin getroffenen Regelung der hiesigen Entscheidung zugrunde zu legen, da sie nicht nichtig und bislang auch nicht aufgehoben ist. Nach dem Regelungsinhalt der Anordnung ist das auf der Grundlage von Zusatzvereinbarungen durch die F. GmbH als Geschäftsführerin der Schuldnerin betriebene Ein-

lagengeschäft unverzüglich durch vollständige Rückzahlung aller mit Rückzahlungsversprechen angenommenen Gelder - worunter nach der insoweit heranzuziehenden Begründung der Anordnung auch die von den Zusatzvereinbarungen erfassten Gelder zu verstehen sind - abzuwickeln.

53 b) Diese öffentlich-rechtliche Rückzahlungsverpflichtung hat jedoch jedenfalls in der Insolvenz der Schuldnerin hinter dem fortbestehenden gesellschaftsrechtlichen Einlagecharakter der Beitragszahlungen der Beklagten als haftendes Kapital zurückzutreten.

54 aa) Die Rückabwicklungsanordnung als solche führt nicht zur Nichtigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen über die Einlageleistung der Beklagten gemäß § 134 BGB.

55 (1) Die Auswirkungen einer Rückabwicklungsanordnung nach § 37 KWG auf zivilrechtliche Vereinbarungen sind in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten.

56 Nach einer Ansicht sind zivilrechtliche Vereinbarungen, die einer Abwicklungsanordnung nach § 37 Abs. 1 KWG entgegenstehen, nach § 134 BGB nichtig, soweit dies der Schutzzweck des § 32 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG verlangt, d.h. soweit die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung danach nicht hingenommen werden kann (VG Frankfurt, ZIP 2009, 213, 215; Urteil vom 21. Februar 2008 - 1 E 5085/06, juris Rn. 73 ff.; Beschluss vom 11. März 2010 - 1 L 271/10.F, juris Rn. 36; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 3. Aufl., § 37 Rn. 13; wohl auch Mai, ZBB 2010, 222, 231; Eyles, WiB 1995, 721 f.; Tettinger, DStR 2006, 903, 910). Nach anderer Auffassung bleiben die zivilrechtlichen Vereinbarungen als solche wirksam; die öffentlich-rechtliche Verpflichtung kann privatrechtlich (nur) zur Folge haben, dass sich das Leistungsverhältnis zwischen dem der Anordnung Unterworfenen und

seinen Geschäftspartnern umgestaltet und sich die ursprünglichen Leistungsansprüche in Sekundäransprüche umwandeln (VGH Kassel, WM 2009, 1889, 1895; Fischer/Müller in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 5. Aufl., § 37 Rn. 13; Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG mit CRR, Stand: Februar 2017, § 37 Rn. 47; Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, 6. Aufl., § 37 Rn. 9; Eckold, ZBB 2016, 102, 120 ff.; v. Livonius/Bernau, EWIR § 37 KWG 1/09, 125).

57 (2) Der Senat schließt sich der zweiten Auffassung an.

58 Sie steht im Einklang mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Zwar haben der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 140/03, ZIP 2005, 753, 755) und das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, BKR 2011, 208 Rn. 26 und Urteil vom 23. November 2011 - 8 C 18/10, BeckRS 2012, 46318 Rn. 18) bislang offengelassen, ob ein Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG bei einem Einlagegeschäft zur Gesamtnichtigkeit des Geschäfts führt, ob eine Teilnichtigkeit (nur hinsichtlich der § 32 KWG widersprechenden Regelungen) anzunehmen ist oder ob die Verträge vollumfänglich wirksam sind. Zu einer Abwicklungsanordnung nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG hat das Bundesverwaltungsgericht jedoch bereits entschieden, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Maßnahme im aufsichtsrechtlichen Verhältnis handele, die unabhängig von den zivilrechtlichen Vereinbarungen des Unternehmens mit den Anlegern ergehen könne und den Bestand dieser Vereinbarungen unberührt lasse (BVerwG, BKR 2011, 208 Rn. 27 und Urteil vom 23. November 2011 - 8 C 18/10, BeckRS 2012, 46318 Rn. 19). Die Anordnung möge zwar zivilrechtlich zur Folge haben, dass sich das Leistungsverhältnis zwischen Unternehmen und Einlegern umgestalte und sich die ursprünglichen Leistungsansprüche in Sekundäransprüche umwandeln; dies ändere aber nichts daran, dass sie die vertraglichen Abreden als solche nicht beseitige (BVerwG, BKR 2011, 208 Rn. 27). Eine entsprechende Un-

terscheidung zwischen aufsichtsrechtlicher Maßnahme und zivilrechtlichen Folgen ergibt sich aus einer Entscheidung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Anordnung eines vorübergehenden Zahlungsverbots nach § 46a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KWG aF (Urteil vom 12. März 2013 - XI ZR 227/12, BGHZ 197, 21 Rn. 52). Danach wirkt dieses Verbot lediglich wie andere behördliche Verbote von außen auf den Inhalt der Schuldverhältnisse ein und löst daher (nur) evtl. zivilrechtlich Sekundäransprüche aus.

59 Gegen die Nichtigkeit von der Anordnung nach § 37 KWG entgegenstehenden Vereinbarungen spricht zudem, dass bestimmte, entgegen § 15 Abs. 1 oder 4 KWG gewährte Organkredite nach § 15 Abs. 5 KWG ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen sofort zurückzuzahlen sind, sofern nicht sämtliche Geschäftsleiter und das Aufsichtsorgan der Kreditgewährung unverzüglich nachträglich zustimmen. Einer solchen ausdrücklichen Regelung zur Unbeachtlichkeit entgegenstehender Vereinbarungen bedürfte es nicht, wenn diese bereits wegen des Verstoßes der Kreditgewährung gegen § 15 Abs. 1 oder Abs. 4 KWG nach § 134 BGB nichtig wären.

60 Schließlich gebietet auch der - neben der Stabilität des Finanzmarktsystems - von §§ 32, 37 KWG verfolgte Zweck des Anlegerschutzes nicht von vorneherein die Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen. Vielmehr kann - wie gerade die von den oben genannten Ansichten erörterten Fälle zeigen - auch der Anleger ein Interesse am Fortbestand der Vereinbarungen haben, weil er im Fall der Nichtigkeit ihm zugesagte Anlagegewinne verlieren würde und die ihm dafür zustehenden Bereicherungsansprüche im Gegensatz zu vertraglichen Schadensersatzansprüchen keinen hinreichenden Ausgleich bieten könnten.

61 (3) Im vorliegenden Fall steht der Annahme einer Nichtigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zudem jedenfalls entgegen, dass das Ein-

lagegeschäft der Schuldnerin als solches nach den obigen Ausführungen nicht gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verstößt und dementsprechend von der BaFin auch nicht insgesamt untersagt worden ist. Der Schuldnerin war es daher unbenommen, ihr Beteiligungsgeschäft außerhalb der Zusatzvereinbarung weiterzuführen und dafür auch die von der Beklagten vertraglich zugesagten Einlagen gemäß den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen weiter einzufordern. Der Schutzzweck des Kreditwesengesetzes steht dem nicht entgegen, weil er nicht darauf gerichtet ist, Anlegern das unternehmerische Risiko abzunehmen, das sie mit einer nicht erlaubnispflichtigen Gesellschaftsbeteiligung unter Verlustbeteiligung eingegangen sind.

62 bb) Vor diesem Hintergrund kann die Rückabwicklungsanordnung auch nicht als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt angesehen werden, durch die die gesellschaftsvertragliche Bindung der Einlage der Beklagten in Höhe der von der Zusatzvereinbarung erfassten Beträge aufgehoben worden sein könnte.

63 Ungeachtet der Frage, ob § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG die BaFin zum Erlass eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts berechtigen würde (offengelassen in BVerwG, BKR 2011, 208 Rn. 26 aE), hätte ein solcher Verwaltungsakt hier bereits formal nicht nur der Schuldnerin/ihrer Geschäftsführerin, sondern auch sämtlichen betroffenen Anlegern bekanntgemacht werden müssen (vgl. VG Frankfurt, Beschluss vom 11. März 2010 - 1 L 271/10.F, juris Rn. 37).

64 Unabhängig davon steht der Annahme einer solchen privatrechtlichen Gestaltungswirkung aber wiederum entgegen, dass die gesellschaftsvertragliche Einbindung der Einlage von der Erlaubnispflicht und dem Schutzzweck des Kreditwesengesetzes nicht erfasst wird. Die BaFin ist daher bereits aufgrund ihrer gesetzlichen Aufgabenzuweisung nicht ermächtigt, privatrechtsgestaltend in diesen Bestandteil der Vertragsbeziehung der Parteien einzugreifen. Für eine

solche kompetenzüberschreitende Regelungsabsicht der BaFin sind der Anordnung vom 12. August 2014 keine Anhaltspunkte zu entnehmen.

65 cc) Die danach fortbestehende gesellschaftsvertragliche Einbindung der Einlage der Beklagten hat jedenfalls in der Insolvenz der Gesellschaft auch nicht hinter der Abwicklungsanordnung zurückzutreten (so aber Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG mit CRR, Stand: Februar 2017, § 37 Rn. 47). Vielmehr kommt in der Insolvenz der - vom Kreditwesengesetz nicht berührte und dagegen nicht verstoßende - gesellschaftsrechtliche Charakter der Einlage als haftendes Kapital zum Tragen, der vorrangig vor der Rückzahlungsanordnung zu berücksichtigen ist und diese insoweit überlagert. Infolgedessen muss die Beklagte ihre restliche Einlage noch erbringen, soweit dies zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, und kann sie nicht anschließend wieder herausverlangen.

66 Ob der Treuwidrigkeitseinwand der Beklagten - wie das Berufungsgericht meint - auch wegen fehlender Gegenseitigkeit nicht greift, bedarf damit keiner Entscheidung.

67 7. Die Beklagte kann dem Kläger auch keine Aufrechnung mit einem Rückzahlungsanspruch wegen der Ratenzahlungen entgegenhalten, die sie in der Zeit zwischen der Abwicklungsanordnung und der Insolvenzeröffnung erbracht hat.

68 Selbst wenn man der Beklagten bis zur Insolvenzeröffnung den Einwand nach § 242 BGB und infolgedessen auch einen Rückzahlungsanspruch nach § 813 BGB (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl., § 813 Rn. 3 mwN) zugestehen wollte, könnte sie sich nach der Insolvenzeröffnung nicht auf eine fortbestehende Aufrechnungslage nach § 94 InsO berufen, weil sie nach den obigen Ausführungen keine Insolvenzgläubigerin wäre. Da die Abwicklungsanordnung nichts

an der gesellschaftsrechtlichen Einbindung ihrer Einlagezahlungen geändert hat, müssen diese im Insolvenzfall weiterhin zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 10. Dezember 1984 - II ZR 28/84, BGHZ 93, 159, 163 f.; Urteil vom 10. Oktober 2017 - II ZR 353/15, ZIP 2018, 18 Rn. 24; Beschluss vom 30. Juni 2009 - IX ZA 21/09, juris Rn. 2; Urteil vom 21. März 2013 - III ZR 260/11, BGHZ 197, 75 Rn. 25; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., § 38 Rn. 8; MünchKommInsO/Ehrlicke/Behme, 4. Aufl., § 38 Rn. 63 mwN). Die Rückforderung der Beklagten unter Berufung auf § 813 BGB wäre damit der Sache nach auf die Rückzahlung ihrer gesellschaftsrechtlichen Einlage gerichtet, wozu sie auf die Verteilung eines evtl. Überschusses bei der Schlussverteilung zu verweisen ist (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 - II ZR 353/15, ZIP 2018, 18 Rn. 23 ff.; Urteil vom 28. Januar 2020 - II ZR 10/19, NZG 2020, 384 Rn. 27).

69 8. Das Berufungsgericht hat auch die Widerklage der Beklagten zu Recht abgewiesen.

70 a) Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Rückzahlung der von ihr geleisteten Einlageraten und des Agios.

71 Ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung besteht nicht. Nach den obigen Ausführungen war die Beklagte vertraglich zur Leistung der Einlagen und des Agios verpflichtet, weil ihr Beitritt nicht gemäß § 134 BGB i.V.m. § 32 KWG nichtig ist und sie sich nicht mehr rückwirkend von dieser Verpflichtung lösen kann. Auch ein auf Rückabwicklung der Beteiligung gerichteter Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 KWG oder wegen Aufklärungspflichtverletzungen steht ihr gegen die Schuldnerin nicht zu. Wie ebenfalls bereits ausgeführt kann die Beklagte ihren Rückzahlungsanspruch auch nicht auf die Abwicklungsanordnung der BaFin stützen, da diese Anord-

nung nichts an der gesellschaftsvertraglichen Qualität der geleisteten Einlage als haftendes Eigenkapital ändert und die Beklagte daher insoweit auf einen etwaigen Überschuss bei der Schlussverteilung nach § 199 InsO zu verweisen ist.

72 b) Da keine zur Tabelle feststellbare Insolvenzforderung der Beklagten besteht, ist auch ihr Antrag auf Feststellung, dass diese Forderung aus einer unerlaubten Handlung resultiert, unbegründet.

73 c) Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend, das Berufungsgericht habe gemäß § 139 ZPO auf seine Auffassung hinweisen müssen, dass die Beklagte nur nach § 199 InsO Befriedigung verlangen könne, worauf sie die Feststellung beantragt hätte, dass sie einen Anspruch auf Zahlung von 10.421 € nebst Zinsen seit Zustellung der Widerklage aus einem nach Abschluss des Insolvenzverfahrens verbleibenden Überschuss hat.

74 Eines entsprechenden Hinweises durch das Berufungsgericht bedurfte es nicht. Der Kläger hat im Verfahren wiederholt nicht nur darauf hingewiesen, dass die Beklagte als Gesellschafterin zur Leistung der Einlage zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung verpflichtet sei. Er hat zudem ausdrücklich und unter Verweis auf entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 30. Juni 2009 - IX ZA 21/09, juris Rn. 2) und Literatur (Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., § 38 Rn. 8) ausgeführt, dass die auf die Beteiligung gezahlten Beiträge der Beklagten als Haftkapital der Schuldnerin keine Insolvenzforderungen darstellen (Klageschrift vom 22. Oktober 2018, Seite 10; Berufungserwiderung vom 23. April 2019, Seite 4). Ein gerichtlicher Hinweis darauf war danach nicht mehr erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2007 - IX ZR 207/05, NJW-RR 2008, 581 Rn. 2; Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06, NJW-RR 2010, 70 Rn. 6 mwN); auch die Anre-

gung des nunmehr von der Revision formulierten Hilfsantrags war in Anbetracht des von der Beklagten mit ihrer Widerklage verfolgten Prozessziels einer vollständigen Rückzahlung der von ihr erbrachten Leistungen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 13. September 2018 - I ZB 70/17, juris Rn. 5 f.; MünchKommZPO/Fritzsche, 5. Aufl., § 139 Rn. 25) nicht geboten.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG Ravensburg, Entscheidung vom 21.02.2019 - 6 O 295/18 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 01.08.2019 - 14 U 59/19 -



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 174/19

vom

26. August 2020

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. August 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg, die Richter V. Sander sowie Dr. von Selle

beschlossen:

Das Urteil vom 4. August 2020 wird auf Antrag der Beklagten im Tenor dahin berichtigt, dass es richtig

„Die Revision der **Beklagten** gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 1. August 2019 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die **Beklagte**.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 20.500 € festgesetzt.“

heißen muss.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle