



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 112/19

Verkündet am:  
29. September 2020  
Stoll  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 242 Cd; HGB analog § 128, § 129

Verhindert eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Vereinigung von Forderung und Schuld einer Gesellschaftsverbindlichkeit bei sich durch Veranlassung einer Inkasso-zession an einen Treuhänder, der für die Gesellschaft Gesellschafter aus der Gesellschaftsverbindlichkeit in Anspruch nehmen soll, können diese gegen ihre Inanspruchnahme einwenden, dass der Inkasso-zessionar die Gesellschaft aus der Forderung nicht in Anspruch nehmen kann, da er die erlangten Beträge an die Gesellschaft auskehren muss.

BGH, Urteil vom 29. September 2020 - II ZR 112/19 - KG  
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 21. August 2020 eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Wöstmann, Sunder, Dr. Bernau und Dr. von Selle

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts vom 2. Mai 2019 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte beteiligte sich an der Grundstücksgesellschaft R. bR (nachfolgend: Fondsgesellschaft), einem geschlossenen Immobilienfonds in Gestalt einer Publikums-GbR mit einem Gesellschaftsanteil von 127.822,97 €, was einer Beteiligungsquote von 1,47 % entspricht. Zweck der Fondsgesellschaft war es, das Erbbaurecht an dem Grundstück in B. von der G.

Aktiengesellschaft (nachfolgend: G. ) zu erwerben, das Grundstück zu bebauen und durch die anschließende Vermietung und Verpachtung langfristig zu bewirtschaften. Nach § 20 Abs. 4 Satz 2 GV ist in der Liquidation der Fondsgesellschaft § 735 BGB ausgeschlossen. Aufgrund finanzieller Schwierigkeiten erhielt die Fondsgesellschaft von der W. mbH, die im Jahr 1998 auf die G. verschmolzen wurde, nach einem entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung zinslose Darlehen in Höhe von 3.900.000 DM (Darlehen I) und 1.352.000 DM (Darlehen II).

2 Auf der Gesellschafterversammlung vom 4. Dezember 2015 wurde der Verkauf des Erbbaurechts an die G. und die Liquidation der Fondsgesellschaft beschlossen. Der Beschlussantrag, § 20 Abs. 4 Satz 2 GV aufzuheben, fand nicht die erforderliche Mehrheit. Der Aufforderung, einen auf seinem Anteil entsprechenden Gesellschafterzuzahlungsbetrag für die Umsetzung der Liquidation und die Ablösung der Darlehen I und II in Höhe von 42.928,34 € zu leisten, kam der Beklagte nicht nach. Durch die freiwilligen Zahlungen anderer Gesellschafter konnten für Darlehensgeber bestellte Grundschulden abgelöst werden.

3 Die Fondsgesellschaft veräußerte am 16. März 2016 ihr Erbbaurecht an die G. zu einem Kaufpreis von 14.109.106,33 €. Nach § 3 Ziffer 3.2.3 des Kaufvertrags sollte der Kaufpreis teilweise, und zwar in Höhe der noch offenen Darlehensforderungen der G. gegen die Fondsgesellschaft in Höhe von 2.192.828,63 € (Darlehen I: 1.743.505,32 €, Darlehen II: 449.323,31 €), entweder durch Übernahme dieser Darlehensforderungen oder durch deren Abtretung an die Fondsgesellschaft oder einen von der Fondsgesellschaft zu benennenden Dritten erbracht werden. Die G. kündigte die Darlehen mit Wirkung zum 5. August 2016.

- 4 In der Abtretungsvereinbarung vom 8./21. September 2016 zwischen der G. und der Klägerin trat die G. ihre Forderungen und Ansprüche aus den Darlehen I und II in Vollzug des Kaufvertrags an die Klägerin ab. Die Fondsgesellschaft erkannte in einer mit Abtretungsanzeige überschriebenen Erklärung zu dieser Abtretungsvereinbarung sämtliche abgetretenen Forderungen und Ansprüche als in der Höhe zutreffend und zur Zahlung fällig an. In einer Zusatzvereinbarung vom selben Tag erklärten die Beteiligten, dass die Fondsgesellschaft als Zessionarin die Klägerin als Abtretungsempfängerin für die Darlehen benannt und die G. als Zedentin zur Abtretung der Darlehen an diese angewiesen habe. Es bestehe Einigkeit, dass die Forderungsabtretung der Kaufpreiserbringung diene und der Kaufpreis insoweit, d.h. in Höhe von 2.192.828,63 €, erfüllt sei. Vorsorglich genehmige die Fondsgesellschaft die Abtretungsvereinbarung zwischen der G. und der Klägerin vollumfänglich.
- 5 Unter dem 22. September 2016 schlossen die Klägerin und die Fondsgesellschaft eine Auftrags- und Verwertungsvereinbarung, wonach die Abtretung zum Zwecke der treuhänderischen Einziehung erfolgt sei und die zur Erbringung von Inkassodienstleistungen behördlich registrierte Klägerin beauftragt werde, die treuhänderisch abgetretenen Forderungen aus den Darlehen gegenüber den von der Fondsgesellschaft gesondert zu benennenden persönlich haftenden Gesellschaftern im eigenen Namen, jedoch für Rechnung der Fondsgesellschaft anteilig geltend zu machen, notfalls gerichtlich durchzusetzen und Beitreibungsüberschüsse an die Fondsgesellschaft auszukehren.
- 6 Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Zahlung eines zweitrangigen Teilbetrages in Höhe von 39.362,43 € nebst Zinsen und Rechtsverfolgungskosten.

7                    Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Be-  
klagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich  
die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

8                    Die Revision hat keinen Erfolg.

9                    I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im We-  
sentlichen ausgeführt:

10                   Die an die Klägerin abgetretenen Darlehensforderungen in Höhe von  
2.192.828,63 € der G.                    seien vor dem Abschluss der Abtretungsverein-  
barung untergegangen, da sie nach § 3 Ziffer 3.2.3 des notariellen Kaufvertrags  
vom 16. März 2016 dem der G.                    von der Fondsgesellschaft geschulde-  
ten Kaufpreis gegengerechnet worden seien. Damit habe die Fondsgesellschaft  
bei dem Verkauf des Erbbaurechts an ihre geschäftsführende Gesellschafterin  
faktisch von der Einforderung eines Teilkaufpreises von 2.192.828,63 € abge-  
sehen, der einen Teil des auch dem Beklagten zustehenden Gesellschaftsver-  
mögen repräsentiere. Die Befreiung der einzelnen Gesellschafter von der Dar-  
lehensschuld im Umfang ihrer Haftungsanteile könne die Geschäftsführung  
nicht dadurch unterlaufen, dass durch die einvernehmliche Abtretung der For-  
derung an die Klägerin als neue Gläubigerin eine Konfusion oder Erlöschen der  
Forderung der äußeren Form nach verhindert werde. Auch wenn die Kaufpreis-  
schuld getilgt, nicht jedoch die Darlehensforderung zum Erlöschen gebracht  
worden sei, habe die Fondsgesellschaft als Gläubigerin der Kaufpreisschuld die  
Abtretung der gegen sie gerichteten Forderung an einen Dritten im Sinne von

§ 364 BGB als Erfüllung angenommen, wodurch die Darlehensschuld untergegangen sei.

11           Wolle man den Fortbestand der Darlehensforderung unterstellen, wäre deren Geltendmachung treupflichtwidrig. Die von der Klägerin als Gläubigermodell verteidigte Konstruktion laufe faktisch darauf hinaus, einen gesellschaftsvertraglich nicht vorgesehenen Nachschuss von denjenigen Gesellschaftern einzufordern, die sich nicht freiwillig an dem Liquidationsfehlbetrag beteiligt hätten. Dies könne auch der Klägerin entgegengehalten werden. Sei mit der Klägerin davon auszugehen, dass die Darlehensforderung aufgrund der Abtretungskonstruktion fortbestehe, sei eine die Fondsgesellschaft und alle ihre Gesellschafter anteilig treffende Verbindlichkeit durch eine Vereinbarung zwischen der Fondsgesellschaft als Gläubigerin der Darlehensverbindlichkeit, der G.           als Schuldnerin der Kaufpreisforderung und Zedentin der Darlehensforderung sowie der Klägerin als Zessionarin auf die Klägerin übergeleitet worden. Zugleich habe die Fondsgesellschaft aber gegenüber der G. bestätigt, dass in Höhe der Darlehensforderung kein Kaufpreisanspruch mehr bestehe. Bei dieser Konstruktion handele es sich bei der abgetretenen Forderung aber nicht mehr um die Darlehensforderung, sondern um deren Aufrechterhalten zum Zwecke der Inanspruchnahme der obstructiven Gesellschafter. Dieses von der Klägerin als Gläubigermodell bezeichnete Vorgehen sei unzulässig. Nicht der sich auf § 20 Abs. 4 GV berufende Beklagte verhalte sich treuwidrig, sondern die Fondsgesellschaft, die ändernd in die gesellschaftsvertraglichen Regelungen eingreife, weil sie diese unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aller Gesellschafter im Liquidationsstadium für angemessener halte. Bei dem deklaratorischen Schuldanerkenntnis in der Abtretungsanzeige zur Abtretungsvereinbarung handele es sich zudem um ein gemäß § 117 BGB nichtiges Scheingeschäft.

- 12                    II. Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass der Klägerin aus den Darlehensforderungen kein durchsetzbarer Anspruch gegen den Beklagten zusteht.
- 13                    1. Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die beiden Darlehensforderungen in Höhe von zusammen 2.192.828,63 € vor Abschluss der Abtretungsvereinbarung vom 8./21. September 2016 nach § 3 Ziffer 3.2.3 des Kaufvertrags vom 16. März 2016 erloschen sind. Die Darlehensforderungen sind weder durch den Kaufvertrag vom 16. März 2016 noch durch die Abtretungsvereinbarung vom 8./21. September 2016 zwischen der G.                    und der Klägerin oder die Zusatzvereinbarung vom 8./21. September 2016 zur vorgenannten Abtretungsvereinbarung zwischen Fondsgesellschaft, G.                    und Klägerin erloschen.
- 14                    a) Nach dem Wortlaut der Ziffer 3.2.3 des Kaufvertrags vom 16. März 2016 sollte ein Teilkaufpreis in Höhe von 2.192.828,63 € durch Übernahme oder durch Abtretung der Darlehensforderungen an die Fondsgesellschaft oder einen von dieser zu benennenden Dritten erbracht werden. Die Revision rügt zu Recht, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Kaufpreis weder durch Übernahme der Darlehensforderungen durch die Fondsgesellschaft noch durch die Abtretung an die Fondsgesellschaft erbracht worden ist. Das Berufungsgericht hat vielmehr selbst festgestellt, dass die Darlehensforderungen an die von der Fondsgesellschaft benannte Klägerin durch die Abtretungsvereinbarung vom 8./21. September 2016 zwischen der Klägerin und der G.                    in Vollzug des notariellen Kaufvertrages vom 16. März 2016 abgetreten worden sind.

- 15            b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, durch die Abtretung sei nicht nur die Teilkaufpreisforderung der Fondsgesellschaft gegen G.            , sondern es seien auch die von der G.            weisungsgemäß an die Klägerin abgetretenen Darlehensforderungen untergegangen. Die Abtretung der Darlehensforderung an die Klägerin als Dritte hat verhindert, dass die Fondsgesellschaft die gegen sie gerichtete Darlehensforderung erwarb, sich Forderung und Schuld in ihrer Person vereinigten und die Forderung durch Konfusion erlosch.
- 16            2. Dem Anspruch der Klägerin aus den an sie abgetretenen Darlehensforderungen steht jedoch der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) der Fondsgesellschaft entgegen, die ihr der Beklagte entgegenhalten kann.
- 17            a) Der Fondsgesellschaft steht gegen eine Inanspruchnahme durch die Klägerin aus den abgetretenen Darlehensforderungen der Einwand des Fehlens eines schutzwürdigen Eigeninteresses (§ 242 BGB) zu.
- 18            aa) Die Klägerin kann die ihr formal zustehenden Darlehensansprüche dauerhaft nicht gegenüber der Fondsgesellschaft durchsetzen. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verbietet die Durchsetzung eines Anspruchs, wenn der Gläubiger das Erlangte wieder an den Schuldner herauszugeben hätte (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1989 - X ZR 30/89, BGHZ 110, 30, 33; Urteil vom 15. Juli 2010 - IX ZR 227/09, NJW 2011, 229 Rn. 13). Durch das von der Klägerin als Gläubigermodell bezeichnete Gesamtmodell (Abtretungsvereinbarung vom 8./21. September 2016 einschließlich der Abtretungsanzeige und Zusatzvereinbarung vom 8./21. September 2016 zwischen Fondsgesellschaft, G.            und Klägerin sowie die Auftrags- und Verwertungsvereinbarung vom 22. September 2016 zwischen der Klägerin und der Fondsgesell-



schaft) sollte allein das konfusionsbedingte rechtliche Erlöschen der wirtschaftlich der Fondsgesellschaft zustehenden Darlehensforderungen in Höhe von 2.192.828,63 € vermieden werden, um sie so zur Haftung der Gesellschafter, die in der Liquidation freiwillig keine Zahlungen geleistet hatten, für die fortbestehenden Darlehensverbindlichkeiten der Fondsgesellschaft zu nutzen. Dazu hat die in das Gesamtmodell als Inkassozeessionarin eingebundene Klägerin die Darlehensforderungen auf Weisung der Fondsgesellschaft durch die Abtretung von der G. erworben. Die Fondsgesellschaft hat durch diese Abtretung aus dem Auftragsverhältnis bzw. dem als Auftrags- und Verwertungsvereinbarung bezeichneten Treuhandverhältnis vom 22. September 2016 einen Herausgabeanspruch aus § 667 BGB gegen die Klägerin erworben, auch wenn die Herausgabe des Erlangten in Form der Abtretung der Darlehensforderungen an die Fondsgesellschaft entgegen dem von den Beteiligten damit verfolgten Zweck zur Konfusion führen würde. Würde die Klägerin als Rechtsinhaberin die Darlehensansprüche gegen die Fondsgesellschaft geltend machen, stände dieser unabhängig von dem in der Auftrags- und Verwertungsvereinbarung vom 22. September 2016 getroffenen Stillhalteabkommen gegen eine solche Inanspruchnahme deshalb der Einwand des Fehlens eines berechtigten Interesses als Anwendungsfall unzulässiger Rechtsausübung zu. Die Klägerin müsste die so erhaltenen Leistungen sofort wieder an die Fondsgesellschaft auskehren.

- 19           bb) Das Schuldanerkenntnis der Fondsgesellschaft in der als "Abtretungsanzeige" bezeichneten Erklärung vom 21. September 2016 steht dieser Einrede nicht entgegen. Es kann deshalb dahinstehen, ob das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen hat, dass es sich bei dem deklaratorischen Schuldanerkenntnis der Fondsgesellschaft in der als bezeichneten "Abtretungsanzeige" Erklärung zur Abtretungsvereinbarung vom 8./21. September 2016, in der sie die Darlehensforderungen nach Grund und Höhe anerkannt hat, um ein Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB handelt.

- 20 Erklärt der Schuldner nach Abtretung der gegen ihn gerichteten Forderung, dass die Forderung zu Recht bestehe oder dass sie anerkannt werde, so liegt darin regelmäßig kein konstitutives, sondern allenfalls ein bestätigendes Anerkenntnis (BGH, Urteil vom 23. März 1983 - VIII ZR 335/81, NJW 1983, 1903, 1904). Die Wirkung eines solchen deklaratorischen Anerkenntnisses hängt vom Inhalt der Vereinbarung ab. Entsprechend seinem Zweck schließt es in der Regel alle Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Natur für die Zukunft aus, die der Schuldner bei der Abgabe kannte oder kennen musste. Bei der insoweit erforderlichen Auslegung ist entscheidend, wie der Empfänger im konkreten Einzelfall die Erklärung unter Berücksichtigung der ihm bekannten Interessen des Schuldners verstehen muss. Das Anerkenntnis kann beschränkt sein auf den Grund oder die Höhe des Anspruchs oder einzelne Einwendungen (BGH, Urteil vom 23. März 1983 - VIII ZR 335/81, NJW 1983, 1903, 1904; Urteil vom 24. März 1976 - IV ZR 222/74, BGHZ 66, 250, 253 f.; jeweils mwN).
- 21 Da das Berufungsgericht eine Auslegung der mit "Abtretungsanzeige" überschriebenen Erklärung der Fondsgesellschaft unterlassen hat und weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der Senat diese selbst vornehmen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 2010 - VIII ZR 280/09, NJW-RR 2010, 1310 NJW 10 mwN; Urteil vom 13. Juni 2007 - VIII ZR 387/04, NJW-RR 2007, 1309 NJW 10 mwN; Urteil vom 7. März 2005 - II ZR 194/03, ZIP 2005, 1068, 1069; Urteil vom 12. Dezember 1997 - V ZR 250/96, NJW 1998, 1219 f.).
- 22 Bereits der Wortlaut der als Abtretungsanzeige bezeichneten Erklärung ("in der Höhe zutreffend und zur Zahlung fällig") spricht dafür, dass die Fondsgesellschaft mit ihrem deklaratorischen Anerkenntnis nur Einwendungen aus dem Darlehensvertrag mit der G. gegen den Bestand der Darlehensforderungen und den Fälligkeitszeitpunkt ausschließen wollte. Die Abtretungsvereinbarung zwischen der G. und der Klägerin, an die sich im selben

Schriftstück die als Abtretungsanzeige bezeichnete Erklärung der Fondsgesellschaft unmittelbar anschließt, verhält sich allein zu den Darlehensverträgen zwischen der G. und der Fondsgesellschaft. Die Einwendung der Fondsgesellschaft aus § 242 BGB ergibt sich aber nicht aus den Darlehensverträgen der Fondsgesellschaft mit der G. als Zedentin der Darlehensforderungen, sondern hat ihre Grundlage in der Einbindung der Klägerin als Inkassozessionarin in die als Gläubigermodell bezeichnete Vertragsgestaltung. Ein Bezug zu den weiteren Vereinbarungen im Rahmen des sogenannten Gläubigermodells (Zusatzvereinbarung vom 8./21. September 2016, zeitlich nachfolgende Auftrags- und Verwertungsvereinbarung vom 22. September 2016) wird in der Abtretungsvereinbarung vom 21. September 2016 gerade nicht hergestellt.

23 Auch Sinn und Zweck der "Abtretungsanzeige" sprechen gegen Verzicht der Fondsgesellschaft auf ihr aus dem Verhältnis gegen die Klägerin zustehende Einwendungen. Erkennbares Ziel dieser Erklärung der Fondsgesellschaft war es im Hinblick auf die als Gläubigermodell bezeichnete Vertragsgestaltung, den formalen Fortbestand der Darlehensforderungen nach deren Abtretung von der G. an die Klägerin in Erfüllung der Teilkaufpreisforderung zu bestätigen, um so dem späteren Einwand der von der Klägerin in Anspruch genommenen Gesellschafter entgegenzutreten zu können, die Darlehensforderungen der G. seien durch eine Verrechnung mit dem Teilkaufpreisanspruch der Fondsgesellschaft oder durch einen Erlass durch die G. oder eine - wie vom Berufungsgericht angenommene - faktische Verrechnung erloschen.

24 Das Ergebnis, wonach das bestätigende Schuldanerkenntnis nicht auch der Fondsgesellschaft gegen die Klägerin zustehende Einwendungen aus dem Auftrags- und Treuhandverhältnis erfassen sollte, fügt sich in die von der Klägerin als "Gläubigermodell" bezeichnete Vertragsgestaltung ein. Danach sollte

zwar durch die "Abtretungsanzeige" der Fondsgesellschaft der Fortbestand der Darlehensforderungen erklärt werden. Es bestand aber zwischen der Fondsgesellschaft und der Klägerin ein Einvernehmen dahin, dass diese Darlehensforderungen nicht gegen die Fondsgesellschaft selbst durchgesetzt werden sollten. Zum einen hatte die Fondsgesellschaft den Forderungserwerb der Klägerin, die keinen Rechtsanspruch auf ihn besaß, durch einen Teil des ihr zustehenden Kaufpreises finanziert, so dass die Fondsgesellschaft bei einer grundsätzlich möglichen Inanspruchnahme durch die Klägerin anderenfalls doppelt auf die Darlehensforderungen leisten würde. Zum anderen haben die Parteien ihr Verständnis von der Reichweite der Erklärung in der "Abtretungsanzeige" in der Auftrags- und Verwertungsvereinbarung vom 22. September 2016 dahin zum Ausdruck gebracht, dass durch das deklaratorische Schuldanerkenntnis der Fondsgesellschaft gerade keine Einwendungen der Fondsgesellschaft gegen die Klägerin aus dem sogenannten "Gläubigermodell" erfasst werden sollten. Denn ausweislich der Auftrags- und Verwertungsvereinbarung vom 22. September 2016 waren sich die Fondsgesellschaft und die Klägerin einig, dass die Abtretung der Darlehensforderungen von der G. an die Klägerin zum Zwecke der treuhänderischen Einziehung erfolgt sei und die zur Erbringung von Inkassodienstleistungen behördlich registrierte Klägerin beauftragt werde, die treuhänderisch abgetretenen Forderungen aus den Darlehen gegenüber den von der Fondsgesellschaft gesondert zu benennenden persönlich haftenden Gesellschaftern im eigenen Namen, jedoch für Rechnung der Fondsgesellschaft anteilig geltend zu machen und notfalls gerichtlich durchzusetzen und diese Beitreibungsüberschüsse anschließend an die Fondsgesellschaft auszukehren.

25                    Etwas Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Fondsgesellschaft bei der Umsetzung des Gläubigermodells im Widerspruch zu ihrer Erklärung in der Abtretungsanzeige keinen vorbehaltlosen, sie und ihre nicht freiwillig zah-

lenden Gesellschafter gleichermaßen umfassenden Fortbestand der Einwendung aus ihrem Verhältnis zur Klägerin gewollt hat. Die Fondsgesellschaft beabsichtigte mit der als "Gläubigermodell" bezeichneten Vertragsgestaltung, dass aus den Darlehensforderungen nur die von ihr der Klägerin benannten Gesellschafter haften sollten, aber nicht mehr die Fondsgesellschaft selbst. Sollte die Fondsgesellschaft deshalb mit ihrer Erklärung in der "Abtretungsanzeige" neben dem Bestand der Darlehensforderung auch erklärt haben wollen, dass die Gesellschafter nicht die ihr, der Fondsgesellschaft, gegen die Klägerin weiter zustehende Einwendung geltend machen können, wäre eine solche Beschränkung des Erhalts der Einwendung gemäß § 242 BGB allein zu ihren Gunsten mangels Zustimmung der in Anspruch genommenen Gesellschafter unwirksam. Das hätte zur Folge, dass ein in der "Abtretungsanzeige" auf die Fondsgesellschaft beschränkter Erhalt der Einwendung gegen die Klägerin insgesamt unwirksam wäre, wie es auch das in der Auftrags- und Verwertungsvereinbarung vom 22. September 2016 zwischen Fondsgesellschaft und Klägerin vereinbarte, nach ihrem Verständnis allein zwischen sich geltende Stillhalteabkommen ist (§ 139 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 20. April 1967 - II ZR 220/65, BGHZ 47, 376, 379 f.; Urteil vom 26. Mai 1975 - III ZR 76/72, WM 1975, 974; Beschluss vom 27. März 2019 - III ZR 156/18, ZInsO 2019, 1176), so dass die der Fondsgesellschaft zustehende Einwendung aus § 242 BGB gegen die Klägerin unbeschränkt fortbestehen würde.

26                    b) Der Beklagte kann sich auf diese Einwendungen der Fondsgesellschaft analog § 129 HGB berufen.

27                    Für die Verbindlichkeiten einer BGB-Gesellschaft haften neben dem Gesellschaftsvermögen die Gesellschafter analog § 128 HGB grundsätzlich akzessorisch, persönlich, primär und unbeschränkt (BGH, Urteil vom 8. Februar 2011 - II ZR 263/09, BGHZ 188, 233 Rn. 23; Urteil vom 19. Juli 2011

- II ZR 300/08, ZIP 2011, 1657 Rn. 34). Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft von einem Gläubiger in Anspruch genommen, so kann er neben den Einwendungen, die in seiner Person begründet sind, analog § 129 Abs. 1 HGB auch alle Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Art in dem Umfang geltend machen, in welchem sie der Gesellschaft selbst zum Zeitpunkt ihrer Erhebung durch den Gesellschafter zustehen. Aus dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 HGB ergibt sich, dass die Gesellschafterhaftung grundsätzlich und gerade auch hinsichtlich aller Einwendungen - zugunsten und zuungunsten des Gesellschafters - mit der jeweiligen Gesellschaftsverbindlichkeit übereinstimmen soll. Der einzelne Gesellschafter hat inhaltlich die gleiche Leistung zu erbringen wie die Gesellschaft selbst; denn die eigentlich geschuldete Leistung ist die Erfüllung der Schuld der Gesellschaft. Der Gesellschafter soll vor einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme für eine Gesellschaftsschuld, die nicht oder nicht so besteht, geschützt werden. Die jeweilige Gesellschaftsschuld bestimmt deshalb den Inhalt der Gesellschafterhaftung und Umstände, welche die Gesellschaftsschuld inhaltlich beeinflussen, verändern zugleich die Verbindlichkeit des Gesellschafters (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1978 - II ZR 235/77, BGHZ 73, 217, 224; Urteil vom 22. März 1988 - X ZR 64/87, BGHZ 104, 76, 77 f.; Urteil vom 9. Juli 1998 - IX ZR 272/96, BGHZ 139, 214, 217 f.). Diese Einwendungen hat der Beklagte auch sinngemäß erhoben, in dem er geltend gemacht hat, dass der Klägerin bereits kein Anspruch aus den an sie abgetretenen Darlehensforderungen zustehe, und sich auf Treu und Glauben berufen hat.

28                   c) Entgegen der Ansicht der Revision schließt die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht des Beklagten nicht aus, dass er sich analog § 129 HGB auf die Einwendungen der Fondsgesellschaft berufen kann.

- 29           aa) Die Gesellschafterversammlung hat am 4. Dezember 2015 keinen Beschluss über das sogenannte Gläubigermodell gefasst. Entgegen der Revision ist dem Beschluss zu Tagesordnungspunkt 3b "Verkauf an G. und Liquidation der Gesellschaft" nicht zu entnehmen, dass die Gesellschafterversammlung damit auch beschlossen hat, dass die Inanspruchnahme der nicht zahlungswilligen Gesellschafter über das sogenannte "Gläubigermodell" erfolgen soll. Die zuvor erfolgte Erörterung in der Gesellschafterversammlung, dass beabsichtigt sei, gegen zahlungsunwillige Gesellschafter mit dem sogenannten "Gläubigermodell" vorzugehen, führt nicht dazu, dass ein solches Vorgehen vom Inhalt des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 3b mitumfasst wird. Die Revision räumt selbst ein, dass die Beteiligung der Gesellschafter an der beschlossenen Liquidation durch Zahlungen nach dem Beschlussinhalt freiwillig war. Wenn es aber schon keine Rechtspflicht für Zahlungen in der Liquidation gab, liegt es fern, dass diese Beschlussfassung ein rechtliches Vorgehen gegen nicht freiwillig zahlende Gesellschafter legitimieren sollte. So hat auch der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 21. März 2019 vor dem Berufungsgericht zu Protokoll gegeben, es ginge bei dem sogenannten Gläubigermodell "um die Fortführung der in der Gesellschafterversammlung nicht beschlossenen Sanierungsmaßnahmen".
- 30           bb) Den Einwendungen des Beklagten analog § 129 Abs. 1 HGB steht auch nicht seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht entgegen.
- 31           Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht schließt gegenüber der Gesellschaft die Pflicht ein, deren Interessen wahrzunehmen und geschäftsschädigende Handlungen zu unterlassen. Gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern gebietet sie, in dem durch den Gesellschaftszweck vorgegebenen mitgliederschaftlichen Bereich bei der Verfolgung der eigenen Interessen an der Beteiligung auf die Belange der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen (BGH, Urteil

vom 19. November 2013 - II ZR 150/12, ZIP 2014, 565 Rn. 16; Versäumnisurteil vom 22. Januar 2019 - II ZR 143/17, ZIP 2019, 1008 Rn. 13). Auch danach war es für den Beklagten durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht weder geboten, in der Liquidation freiwillig Zahlungen an die Fondsgesellschaft zu leisten, noch sich gegenüber der Klägerin nicht analog § 129 Abs. 1 HGB auf die Einwendungen der Fondsgesellschaft zu berufen. Der Gesellschaftsvertrag bildet die Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 2015 - II ZR 420/13, ZIP 2015, 1626 Rn. 23; Beschluss vom 9. Juni 2015 - II ZR 227/14, DNotZ 2016, 139 Rn. 8; Versäumnisurteil vom 22. Januar 2019 - II ZR 143/17, ZIP 2019, 1008 Rn. 13). Zu einer Einschränkung von Einwendungen des Gesellschafters enthält der Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaft keine Regelung. In § 20 Abs. 4 Satz 2 GV schloss er eine Zahlungspflicht der Gesellschafter in der Liquidation aus. Auf der Gesellschafterversammlung vom 4. Dezember 2015, in der der Verkauf des Erbbaurechts an die G. und die Liquidation der Fondsgesellschaft beschlossen wurde, hatte sich für eine Änderung des § 20 Abs. 4 GV auch keine Mehrheit gefunden. In Anbetracht dessen gebietet es die Rücksichtnahmepflicht bei der Verfolgung der eigenen Interessen und die Interessenwahrnehmungspflicht des Beklagten gegenüber seinen Mitgesellschaftern, die freiwillig eine Zahlung in der Liquidation geleistet hatten, nicht, dass er auf die ihm analog § 129 HGB zustehende Einwendung verzichtet, um auf diesem Umweg über das sogenannte "Gläubigermodell" von der Klägerin für die Fondsgesellschaft auf den nicht geleisteten Liquidationsbeitrag in Anspruch genommen werden zu können.

32                    Ebenso wenig ist dieses Verhalten ein geschäftsschädigendes Verhalten gegenüber der Fondsgesellschaft. Denn Grundlage der Treuepflichten eines Gesellschafters kann stets nur die auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechnete Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter sein



(BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 122/09, ZIP 2011, 768 Rn. 21). Erlaubt das eingegangene Gesellschaftsverhältnis insoweit keine berechtigte Erwartungshaltung gegenüber einzelnen Gesellschaftern, besteht auch keine Treuepflicht, diese zu erfüllen (BGH, Beschluss vom 9. Juni 2015 - II ZR 227/14, DNotZ 2016, 139 Rn. 8). Danach durfte weder die Fondsgesellschaft noch einer der freiwillig zahlenden Gesellschafter darauf vertrauen, dass die Gesellschafter, die freiwillig keinen Beitrag in der Liquidation geleistet hatten, sich durch die bereits auf der Gesellschafterversammlung angekündigte Umgehung der gesellschaftsvertraglich ausgeschlossenen Nachschusspflicht durch das sogenannte "Gläubigermodell" in Anspruch nehmen lassen würden. Etwas Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Zahlungen der sich freiwillig beteiligenden Gesellschafter nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag der Klägerin auch zu einer Besserstellung derjenigen Gesellschafter wie dem Beklagten geführt haben, die sich nicht freiwillig an der auch für sie wirtschaftlich sinnvollsten Liquidationslösung beteiligt hatten. Eine solche Besserstellung der nicht freiwillig zahlenden Gesellschafter durch freiwillige Zahlungen von anderen Gesellschaftern in der Liquidation war in der Regelung des § 20 Abs. 4 Satz 2 GV selbst angelegt und daher von allen Gesellschaftern mit ihrer Beitrittsentscheidung in Kauf genommen worden. Den freiwillig zahlenden Gesellschaftern war die Reichweite dieser gesellschaftsvertraglichen Regelung bei ihren Zahlungen auch bewusst, da § 20 Abs. 4 Satz 2 GV und die daraus folgenden Konsequenzen für die Liquidation Gegenstand der Erörterung in der Gesellschafterversammlung am 4. Dezember 2015 waren.

33            Soweit die Revision geltend macht, der Klägerin könne eine treupflichtwidrige Umgehung des § 20 Abs. 4 GV nicht entgegengehalten werden, da ihre Kenntnis vom Inhalt des Gesellschaftsvertrags weder vorgetragen noch festgestellt sei, verkennt sie, dass sich die Einwendung des Beklagten nicht auf eine treuwidrige Umgehung von § 20 Abs. 4 GV durch die Klägerin beschränkt.

Maßgebend ist vielmehr, ob der Beklagte durch ein eigenes treupflichtwidriges Verhalten gegenüber der Gesellschaft bzw. seinen Mitgesellschaftern sein Recht verliert, sich analog § 129 Abs. 1 HGB auf eine Einwendung der Fondsgesellschaft gegen den Gläubiger der Darlehensforderungen zu berufen.

34

Schließlich steht auch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Verhältnis der Gesellschafter untereinander der Geltendmachung der Einwendung nicht entgegen. Es bedarf zum Schutz der Gesellschafter, die die Darlehensgläubiger befriedigt haben, vor einer treuwidrigen Ausnutzung ihres Sanierungsbeitrags durch die Gesellschafter, die sich nicht beteiligt haben, nicht des "Gläubigermodells". Den Gesellschaftern, die einen Gläubiger befriedigt haben, steht gegebenenfalls ein Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 BGB gegen die anderen Gesellschafter zu (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 2015 - II ZR 403/13, BGHZ 207, 54 Rn. 17 für die Publikums-Kommanditgesellschaft; Urteil vom 22. Februar 2011 - II ZR 158/09, ZIP 2011, 809 Rn. 11; Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313 Rn. 14). Dieser Anspruch ist in der Liquidation als unselbständiger Rechnungsposten in die Schlussabrechnung einzustellen (BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 272/09, ZIP 2012, 520 Rn. 20; Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313 Rn. 26). § 20 Abs. 4 Satz 2 GV, der § 735 BGB in der Liquidation der Fondsgesellschaft ausschließt, steht dem nicht entgegen. § 735 BGB betrifft allein das Innenverhältnis und ist deshalb dispositiv. Die Ausgleichspflicht der Gesellschafter untereinander bleibt davon unberührt (Kilian in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 735 BGB Rn. 1; MünchKommBGB/Schäfer, 7. Aufl., § 735 Rn. 2, 4; BeckOK BGB/Schöne, 54. Edition 1. Mai 2020, § 735 Rn. 8). Unabhängig davon, ob der interne Ausgleich unter den Gesellschaftern in der Liquidation bei einer Publikumsgesellschaft bürgerlichen Rechts von Gesetzes wegen Sache des Liquidators ist (vgl. für die Publikums-Kommanditgesellschaft BGH, Urteil vom 30. Januar 2018 - II ZR 95/16, BGHZ 217, 237 Rn. 77 f.; beja-

hend: Schäfer in MünchKommBGB, 7. Aufl., § 735 Rn. 5; Kilian in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 735 BGB, Rn. 3; BeckOGK/Koch, Stand: 1. Juli 2020, BGB § 735 Rn. 7; BeckOK BGB/Schöne, 54. Edition 1. Mai 2020, BGB § 735 Rn. 5; Erman/Westermann, BGB, 15. Aufl., § 735 Rn. 1; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., HGB § 149 Rn. 21, 29; verneinend: Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 149 Rn. 11, 15, § 155 Rn. 23; Oetker/Kamanabrou, HGB, 6. Aufl., § 149 Rn. 7, 11), können die Gesellschafter beschließen, dass der Liquidator diesen Ausgleich unter den Gesellschaftern herbeiführen kann (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2011 - II ZR 266/09, BGHZ 191, 293 Rn. 34).

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

von Selle

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 10.01.2018 - 1 O 32/18 (vormals 31 O 72/17) -

KG, Entscheidung vom 02.05.2019 - 10 U 28/18 -