



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 297/11

Verkündet am:
24. Juli 2012
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 387, 670, 675 Abs. 1; HGB § 128

In einer Publikumpersonengesellschaft, an der sich die Anleger im Rahmen eines Treuhandverhältnisses beteiligen können, welches so ausgestaltet ist, dass die Treugeber im Innenverhältnis wie - unmittelbare - Gesellschafter gestellt werden, können sie gegen den in einen Zahlungsanspruch übergegangenen Anspruch des Treuhandgesellschafters auf Freistellung von der Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger nicht mit Schadensersatzansprüchen aus Prospekthaftung aufrechnen, die ihnen gegen den Treuhandgesellschaftler zustehen.

BGH, Urteil vom 24. Juli 2012 - II ZR 297/11 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 10. Mai 2011 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin macht als persönlich haftende Gesellschafterin eines geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft gegen die mit ihr durch einen Treuhandvertrag verbundenen Beklagten zu 1 und 2 (im Folgenden: Beklagte; die Beklagten zu 3 und 4 sind am Verfahren nicht mehr beteiligt) Ansprüche auf anteilige Befreiung von Darlehensverbindlichkeiten geltend, die gegenüber Gläubigern der Fondsgesellschaft bestehen.
- 2 Die Beklagten beteiligten sich Ende 1997 mit einer Einlage in Höhe von 150.000 DM zuzüglich 5 % Agio an der A. Zweite Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. K. OHG (im Folgenden: Fondsgesellschaft), deren Ge-

genstand der Erwerb von Grundstücken in B. zum Zwecke der Bebauung mit Wohngebäuden im geförderten freifinanzierten Wohnungsbau war. Gründungsgesellschafterin war unter anderen die A. Zweite Verwaltungsgesellschaft mbH (im Folgenden: A. GmbH), der auch die Geschäftsführung oblag. Die Beklagten machten von der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, sich über die Klägerin als Treuhandgesellschaft an der Fondsgesellschaft zu beteiligen.

3 In ihren Beitrittserklärungen heißt es:

Die Einlage soll - nach Maßgabe der nachgenannten Bestimmungen - treuhänderisch von der (Klägerin) für mich/uns gehalten werden. Einen Treuhandvertrag entsprechend dem mir/uns gemäß Prospekt bekannten Wortlaut schliesse(n) ich/wir mit dieser Gesellschaft ab.

Ich/Wir erkenne(n) den Gesellschaftsvertrag der (Fondsgesellschaft) und den Treuhandvertrag der (Klägerin) als für mich/uns verbindlich an ...

Mir/uns ist bekannt, dass ich/wir über die Verpflichtung zur Leistung der in dieser Beitrittserklärung vereinbarten Zahlungen hinaus mit meinem/unserem sonstigen Vermögen gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft hafte(n). Die geschäftsführende und vertretungsberechtigte Gesellschafterin ist verpflichtet, nur solche Verträge für die Gesellschaft mit Dritten abzuschließen, in denen ausdrücklich vereinbart wird, dass die übrigen Gesellschafter nur quotale entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft haften. ...

4 Der Treuhandvertrag bestimmt in § 2 Nr. 1:

Auch wenn der Treuhänder im eigenen Namen Gesellschafter wird, gebührt die Gesellschaftseinlage allein dem Treugeber. Die vom Treuhänder für Rechnung und im Interesse des Treugebers eingegangenen gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten, auch etwaige Nachschusspflichten, treffen im Innenverhältnis ausschließlich den Treugeber. ...

5 In § 7 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags ist klargestellt, dass die Klägerin die Beteiligung an der Gesellschaft im eigenen Namen für fremde Rechnung als Treuhänderin der Treugeber erwerben und halten sowie sämtliche daraus resultierenden Rechte für die Treugeber wahrnehmen wird und dass die gesell-

schaftsvertraglichen Rechte der Gesellschafter auch von den Treugebern wahrgenommen werden können. Ferner sieht § 8 Nr. 2 vor, dass die Gesellschafter - mit Ausnahme der geschäftsführenden Gesellschafterin - im Innenverhältnis für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur quotaal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung haften.

6 In den Jahren 1995, 1996 und 1998 hatte die Fondsgesellschaft zur Finanzierung des Bauvorhabens mit der B. Hypothekenbank AG (im Folgenden: B. Hyp) jeweils durch Grundschulden gesicherte Darlehensverträge abgeschlossen. Daneben hatte sich die Fondsgesellschaft von der Rechtsvorgängerin der Al. GmbH (im Folgenden: Al.) ein Darlehen gewähren lassen.

7 Die Mieteinnahmen der Fondsgesellschaft blieben hinter den prospektierten Erwartungen zurück; die wirtschaftliche Situation der Fondsgesellschaft verschlechterte sich in den Folgejahren. Am 22. Mai 2006 trat die Klägerin ihre Ansprüche gegen die Treugeber auf Freistellung von der Inanspruchnahme durch die B. Hyp nach § 128 HGB wegen der offenen Darlehensverbindlichkeiten der Fondsgesellschaft sicherungshalber an die B. Hyp ab.

8 Aufgrund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses wurde das Fondsgrundstück am 16. September 2008 veräußert. Am selben Tag schloss die Fondsgesellschaft mit der B. Hyp eine Lasten- und Haftungsfreistellungsvereinbarung, die zur Freigabe der Grundschulden, zur vorzeitigen Kündigung der Darlehensverträge und zur Anerkennung eines mit Schreiben vom 8. Dezember 2008 zum 6. Oktober 2008 berechneten Rückzahlungsanspruchs in Höhe von 8.909.289,08 € durch die Fondsgesellschaft führte. Mit der Al. schloss sie eine Ablösungsvereinbarung, in der das Darlehen mit einer Höhe von 432.041,64 € zum 30. September 2008 einverständlich fällig gestellt wurde.

9 In einer Vereinbarung vom 8. Oktober 2008 einigten sich die Klägerin und die B. Hyp auf die rückwirkende Aufhebung der Abtretungsvereinbarung aus dem Jahr 2006 und vorsorglich auf die Rückabtretung aller abgetretenen Freistellungsansprüche an die Klägerin.

10 Mit Schreiben vom 8. Dezember 2008 nahm die B. Hyp die Klägerin auf Zahlung in Höhe von 8.142.239,58 € in Anspruch. Die - später in Insolvenz gefallene - Al. verlangte von der Klägerin mit Schreiben vom 3. Dezember 2008 Zahlung in Höhe von 432.041,64 €; der Insolvenzverwalter hat an dieser Forderung festgehalten.

11 Mit ihrer Klage hat die Klägerin von den Beklagten verlangt, sie von den anteiligen Verbindlichkeiten gegenüber der B. Hyp in Höhe von 44.178,29 € und gegenüber der Al. in Höhe von 2.142,38 € freizustellen und ihr vorgegerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.379,20 € zu ersetzen. Die Beklagten haben sich unter anderem darauf berufen, dass ihnen gegen die Klägerin ein Schadensersatzanspruch wegen verschiedener Prospektmängel zustehe.

12 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlussberufung der Klägerin nach entsprechender Änderung des Klageantrags die Beklagten verurteilt, an die Klägerin 44.178,29 €, 2.142,36 € und 1.379,80 € jeweils nebst Zinsen zu zahlen, wobei die erstgenannten Beträge mit befreiender Wirkung auch an die B. Hyp bzw. an den jeweiligen Gläubiger oder den Insolvenzverwalter der Al. gezahlt werden können. Mit der vom Senat antragsgemäß nur hinsichtlich der Verurteilung zur Zahlung in Höhe von 44.178,29 € und 2.142,36 € zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Klageabweisungsbegehren im Umfang der Revisionszulassung weiter.

Entscheidungsgründe:

13 Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat der Klage zu
Recht stattgegeben.

14 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie
folgt begründet (OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Mai 2011 - 6 U 44/10, juris):

15 Die Freistellungsverpflichtung der Beklagten folge aus §§ 670, 675 BGB,
die durch den zwischen den Parteien geschlossenen Treuhandvertrag nicht
abbedungen worden seien. Der Klägerin drohe eine Inanspruchnahme durch
die B. Hyp und den Insolvenzverwalter der Al. . Deren Ansprüche bestün-
den in der geltend gemachten Höhe und seien fällig. Im Hinblick auf die quotale
Haftung der Beklagten komme es nicht darauf an, in welcher Höhe andere An-
leger Zahlungen auf die zur Rückzahlung fälligen Ansprüche erbracht hätten.

16 Die Klägerin sei auch insoweit aktivlegitimiert, als den Freistellungsan-
sprüchen die Darlehensforderungen der B. Hyp zugrunde lägen. Dabei kön-
ne offen bleiben, ob die Klägerin diese Ansprüche zunächst wirksam an die
B. Hyp abgetreten habe. Sei die Abtretung unwirksam gewesen, habe die
Klägerin ihre Aktivlegitimation nie verloren. Sei sie wirksam gewesen, so sei die
Klägerin durch die Rückabtretung erneut Inhaberin dieser Ansprüche geworden.
Die Rückabtretung sei weder treuwidrig noch scheitere sie an § 399 BGB. Offen
bleiben könne, ob die Klägerin durch die Rückabtretung der in den Händen der
Darlehensgläubigerin zu Zahlungsansprüchen erstarkten Freistellungsansprü-
che wieder bloße Freistellungsansprüche erworben habe. Denn jedenfalls hät-
ten sich die Freistellungsansprüche gemäß § 280 Abs. 1, § 281 BGB in Zah-

lungsansprüche gewandelt, weil die Beklagten die Erfüllung der Freistellungspflicht ernsthaft und endgültig verweigert hätten.

17 Die Beklagten seien nicht berechtigt, die Leistung zu verweigern. Die Klägerin müsse nicht vorrangig andere Gesellschafter, insbesondere die A. GmbH, in Anspruch nehmen oder bei der Fondsgesellschaft nach § 110 HGB Rückgriff nehmen. Die Verfolgung der Freistellungsansprüche verstoße auch nicht gegen Treu und Glauben. Die Klägerin verfolge vielmehr berechtigte Interessen, indem sie durch das Zusammenwirken mit den Banken ihre eigene Insolvenz abzuwenden versuche. Die Interessen der Beklagten würden dadurch nicht beeinträchtigt.

18 Ob den Beklagten Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin wegen Verletzung von Aufklärungspflichten zustünden, könne offen bleiben. Denn die Beklagten seien nicht berechtigt, gegenüber dem Befreiungsanspruch oder dem daraus folgenden Zahlungsanspruch die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gegen die Klägerin zu erklären oder ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen. Insoweit gelte die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unzulässigkeit einer Aufrechnung bei einer mittelbaren Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft entsprechend für die mittelbare Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft. Entscheidend sei, dass die mittelbaren Gesellschafter nicht schlechter, aber auch nicht besser stehen sollten als die unmittelbaren Gesellschafter. Sowohl ein Kommanditist als auch ein persönlich haftender Gesellschafter könne sich aber gegenüber einer Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger nicht mit dem Einwand verteidigen, er sei im Zuge seines Beitritts nicht ordnungsgemäß über die Risiken der Anlage aufgeklärt worden. Er hafte vielmehr jedenfalls nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft. Nach § 242 BGB dürfe der mittelbare Gesellschafter das

wirtschaftliche Risiko eines schädigenden Verhaltens des Treuhandgesellschafters nicht auf die Gesellschaftsgläubiger abwälzen.

19 II. Diese Ausführungen sind frei von Rechtsfehlern. Die Beklagten sind zu Recht verurteilt worden, an die Klägerin 44.178,29 € und 2.142,36 € zu zahlen.

20 1. Ein Anspruch auf Freistellung der Klägerin von den Ansprüchen, die gegen sie von den Gläubigern der Fondsgesellschaft erhoben werden, ergab sich aus dem Treuhandvertrag in Verbindung mit § 675 Abs. 1, § 670 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 11).

21 Die Klägerin ist im Außenverhältnis Gesellschafterin der Fondsgesellschaft und daher den Ansprüchen der Gläubiger aus § 128 HGB ausgesetzt. Die Beklagten dagegen haften im Außenverhältnis mangels formeller Gesellschafterstellung nicht (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1980 - II ZR 250/78, BGHZ 76, 127, 130; Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rn. 21; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08, NZG 2009, 380 Rn. 35; Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 148/08, ZIP 2009, 1266 Rn. 15; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rn. 10; Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 211/09, ZIP 2012, 1231 Rn. 20; Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 75/10, ZIP 2012, 1342 Rn. 37).

22 Das gilt unabhängig von der Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses und insbesondere von der Klausel in der Beitrittserklärung, den Anlegern sei bekannt, dass sie mit ihrem ganzen Vermögen gegenüber den Gläubigern der Fondsgesellschaft hafteten. Diese Klausel betrifft erkennbar nur den Umstand, dass die Treugeber über die Freistellung der Treuhänderin im wirtschaftlichen Ergebnis doch für die Schulden der Fondsgesellschaft einzustehen haben. Aus ihr ergibt sich aber nicht, dass die Anleger abweichend vom Inhalt des Handels-

registers (unmittelbare) Gesellschafter geworden sind (vgl. dagegen zum "Grundbuch-Treuhänder" bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts BGH, Urteil vom 19. Juli 2010 - II ZR 300/08, ZIP 2011, 1657 Rn. 37).

23 2. Die Klägerin ist berechtigt, die Zahlungsansprüche, die aus der Freistellungsverpflichtung der Beklagten folgen, im eigenen Namen geltend zu machen.

24 a) Hinsichtlich der Inanspruchnahme durch die B. Hyp hatte die Klägerin zwar ihre Befreiungsansprüche gegen die Anleger an die B. Hyp abgetreten. Diese hat die Ansprüche aber an die Klägerin zurückabgetreten. Das verstieß weder gegen § 399 Fall 1 BGB (aa) noch gegen Treu und Glauben (bb), und jedenfalls jetzt sind diese Ansprüche auf Zahlung gerichtet (cc).

25 aa) Die B. Hyp hat die Ansprüche, die ihr im Jahr 2006 von der Klägerin sicherungshalber abgetreten worden waren, mit der Vereinbarung vom 8. Oktober 2008 auf die Kläger zurückübertragen. Diese Rückübertragung ging nicht ins Leere. Denn die Abtretung aus dem Jahr 2006 war ihrerseits wirksam, was die Revision im Hinblick auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5. Mai 2010 (III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 13 ff.) zum vertraglichen Abtretungsverbot nach § 399 Fall 2 BGB nicht in Abrede stellt.

26 Die Rückabtretung verstieß auch nicht gegen den Ausschluss der Abtretung bei Inhaltsänderung nach § 399 Fall 1 BGB. Denn die an die B. Hyp abgetretenen Ansprüche wandelten sich durch die Rückabtretung auf die Klägerin als die ursprüngliche Freistellungsgläubigerin entweder wieder in Freistellungsansprüche um; dann war das zwar eine Inhaltsänderung der Ansprüche, die entgegen der Auffassung der Revision aber von § 399 Fall 1 BGB ebenso wenig erfasst wird wie die ursprüngliche Abtretung (vgl. Dörr, MDR 2011, 333 f.). Oder die Ansprüche blieben auch in der Hand der Klägerin Zahlungsan-

sprüche; dann ist § 399 Fall 1 BGB erst recht nicht anwendbar. Jedenfalls besteht entgegen der Ansicht der Revision kein Grund, die Rückabtretung eines abgetretenen Freistellungsanspruchs an den ursprünglichen Gläubiger als unzulässig anzusehen. Dadurch werden schutzwürdige Interessen des Schuldners nicht beeinträchtigt.

27 bb) Die Rückabtretung des Freistellungsanspruchs von der B. Hyp an die Klägerin ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die Rückabtretungsvereinbarung aufgrund ihrer sonstigen Regelungen gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten verstieße. Vielmehr stellt sich dieser Vertrag, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, insgesamt als Wahrnehmung berechtigter Interessen der Klägerin und der B. Hyp dar.

28 (1) Nicht zu beanstanden ist die Würdigung des Berufungsgerichts, die Rückabtretungsvereinbarung habe in erster Linie sicherstellen sollen, dass die Befreiungsansprüche der Klägerin gegen die mit ihr über die Treuhandverträge verbundenen Anleger überhaupt durchgesetzt werden konnten, weil bis zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 5. Mai 2010 (III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 13 ff.) Streit darüber bestand, ob die Abtretung aus dem Jahr 2006 wirksam war. Aus Wortlaut und Kontext der Vereinbarung vom 8. Oktober 2008 ergibt sich klar, dass auf diese Weise das Scheitern von Klagen gegen Treugeber wegen fehlender Aktivlegitimation der klagenden Partei verhindert werden sollte. Ein solches Scheitern drohte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowohl der B. Hyp als auch der Klägerin: der B. Hyp in den Fällen, in denen das erkennende Gericht die Abtretung aus dem Jahr 2006 für unwirksam erachtete, und der Klägerin in solchen Fällen, in denen das erkennende Gericht die erste Zession als wirksam ansah. Die "Absicherung" der prozessualen Stellung durch eine wie hier vereinbarte Rückabtretung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

29 (2) Die Rüge der Revision, die Klägerin fungiere unter Verstoß gegen die ihr im Verhältnis zu den Treugebern obliegenden Pflichten als "Inkassostelle" der B. Hyp, weil sie die Klageverfahren nach den Weisungen der B. Hyp führe und titulierte Ansprüche wieder an sie abtrete sowie im Falle ihrer eigenen gerichtlichen Inanspruchnahme eine nichtstreitige Erledigung herbeiführen müsse, ist nicht begründet. Gleiches gilt für den Vorwurf, die in der Rückabtretungsvereinbarung geregelte "Schonung" der Klägerin durch die B. Hyp für den Fall der Uneinbringlichkeit einzelner Freistellungsansprüche gegen Anleger zur Verhinderung einer Insolvenz verstoße gegen die Belange der Treugeber. Indem die Klägerin ihre nach § 128 HGB unmittelbar drohende Inanspruchnahme durch die B. Hyp abwendete oder hinauszögerte, bis sie zur Erfüllung der Verbindlichkeiten wirtschaftlich in der Lage war, versuchte sie lediglich eine Annäherung an den Zustand herzustellen, der bestanden haben würde, wenn die Anleger ihre Freistellungspflichten erfüllt hätten. Insofern nahm sie in der Rückabtretungsvereinbarung legitimerweise ihre eigenen Interessen wahr, ohne die Treugeber zu schädigen. Auch soweit sie sich im Falle ihrer eigenen Inanspruchnahme zu einer nicht streitigen Erledigung verpflichtete, stand dies unter dem Vorbehalt, dass sich der betreffende Treugeber auf Streitverkündung durch die Klägerin nicht am Verfahren beteiligte. Die hinter dem gesamten Vorwurf stehende unausgesprochene Vorstellung der Beklagten, mit einer Insolvenz der Klägerin und der gesamten mit ihr verbundenen Unternehmensgruppe seien sie ihrer Verbindlichkeiten entledigt, trifft nicht zu. Im Übrigen bestehen entgegen der Auffassung der Revision keine Anhaltspunkte dafür, dass die B. Hyp ihre Ansprüche nicht mehr ernsthaft weiterverfolgen würde.

30 cc) Ob die ursprünglichen Freistellungsansprüche, die sich durch die Abtretung an die B. Hyp in Zahlungsansprüche gewandelt hatten, durch die Rückabtretung in der Hand der Klägerin wieder zu Freistellungsansprüchen geworden sind, braucht nicht entschieden zu werden. Jedenfalls hat sich der

Befreiungsanspruch der Klägerin aus § 675 Abs. 1, §§ 670, 257 BGB gegen die Beklagten gemäß § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1, 2, § 250 BGB in einen Zahlungsanspruch umgewandelt. Denn durch ihr Verhalten im Prozess haben die Beklagten die Erfüllung des Befreiungsanspruchs im Sinne des § 281 Abs. 2 BGB ernsthaft und endgültig verweigert. Im Übrigen hat die Klägerin den Beklagten während des Prozesses erfolglos eine Frist zur Bewirkung der Freistellung gesetzt.

31 b) Auch der Freistellungsanspruch bezüglich der Inanspruchnahme der Klägerin seitens der Al. , den die Klägerin nicht abgetreten hat, ist aus dem vorgenannten Grund in einen Zahlungsanspruch übergegangen.

32 3. Die Klageforderungen sind durch die Aufrechnungen der Beklagten nicht erloschen. Dabei kann offen bleiben, ob die Klägerin eine Aufklärungspflichtverletzung begangen und sich damit den Beklagten gegenüber Schadensersatzpflichtig gemacht hat. Denn die Beklagten sind - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - jedenfalls nicht berechtigt, mit etwaigen Schadensersatzansprüchen aus Prospekthaftung, die ihnen gegen die Klägerin zustehen mögen, aufzurechnen.

33 a) Wie der Senat für einen an den Insolvenzverwalter abgetretenen Freistellungsanspruch eines Treuhandkommanditisten, der nach §§ 128, 161 Abs. 2, §§ 171, 172 Abs. 4 HGB vom Insolvenzverwalter an Stelle der Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird, entschieden hat, kann in einer Publikums-Kommanditgesellschaft mit einer dem vorliegenden Fall vergleichbaren Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag der Treugeber gegen den abgetretenen Anspruch nicht mit Schadensersatzansprüchen gegen den Treuhandkommanditisten aufrechnen (BGH, Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rn. 27; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 224/08, BB

2011, 1807 Rn. 27; Beschluss vom 18. Oktober 2011 - II ZR 37/10, juris Rn. 11 f.). Der Senat hat dabei an eine Rechtsprechung angeknüpft, nach der über die gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus eine Aufrechnung verboten ist, wenn nach dem besonderen Inhalt des zwischen den Parteien begründeten Schuldverhältnisses der Ausschluss als stillschweigend vereinbart angesehen werden muss (§ 157 BGB) oder wenn die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar (§ 242 BGB) erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1985 - III ZR 219/83, BGHZ 95, 109, 113 mwN; Urteil vom 29. November 1990 - IX ZR 94/90, BGHZ 113, 90, 93; s. auch Urteil vom 2. Februar 2012 - III ZR 60/11, WM 2012, 458 Rn. 25).

34

Diese Voraussetzungen hat er in jenem Fall mit der Erwägung angenommen, dass der Anleger bei einer derartigen Vertragsgestaltung zwar grundsätzlich, soweit sich das nicht aus der Zwischenschaltung des Treuhänders unvermeidbar ergebe, nicht schlechter stehen dürfe, als wenn er selbst Kommanditist wäre, dass er aber auch nicht besser gestellt werden dürfe, als wenn er sich unmittelbar beteiligt hätte; die Einbindung des Anlegers durch das Treuhandverhältnis erfasse auch die Haftung des Treuhandkommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, soweit die Einlage nicht erbracht oder wieder zurückgezahlt worden sei. Daraus hat der Senat gefolgert, dass sich der Anleger der ihn mittelbar über die Inanspruchnahme durch den Treuhandkommanditisten treffenden Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht durch Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Treuhandkommanditisten entziehen dürfe (BGH, Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rn. 27; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 224/08, BB 2011, 1807 Rn. 27; s. auch Urteile vom 17. Dezember 1979 - II ZR 240/78, ZIP 1980, 277, 278 f. und vom 21. März 1988 - II ZR 135/87, BGHZ 104, 50, 55; ebenso Erman/E. Wagner, BGB, 13. Aufl., § 387 Rn. 34; Aderhold in H. P. Westermann/Wertenbruch,

Handbuch Personengesellschaften, Rn. I 2081 f., Stand Februar 2012; Stöber, NZG 2011, 738, 741; Stumpf, BB 2011, 1429, 1433; Gottschalk, GWR 2011, 325; Lieder, WuB II F § 171 HGB 1.11; Wertbruch, EWiR 2011, 387 f.; für den Einlageanspruch auch Henze in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 177a Anh. B Rn. 102; Heymann/Horn, HGB, 2. Aufl., § 161 Rn. 176).

35 b) Diese Grundsätze sind nach der Ausgestaltung des Gesellschafts- und Treuhandvertrags auch auf die hier betroffene Fondsgesellschaft in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft anzuwenden.

36 In einer Fondsgesellschaft der vorliegenden Art in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft haben die Anleger aufgrund der Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag im Innenverhältnis zur Gesellschaft die Stellung unmittelbarer Gesellschafter (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2327, 2299 Rn. 16 ff.; Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 163/86, ZIP 1987, 912, 913). Nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags und unter Berücksichtigung des Treuhandvertrags und der Beitrittserklärung handelt es sich bei dem Verhältnis zwischen der Gesellschaft einerseits und den Treugebern andererseits um eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung. Dementsprechend haben die Beklagten in ihrer Beitrittserklärung erklärt, ihnen sei bekannt, dass sie über die Verpflichtung zur Leistung ihrer Einlage hinaus mit ihrem sonstigen Vermögen gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft hafteten.

37 Diese Pflicht, die auf die persönliche Haftung der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft nach § 128 HGB Bezug nimmt, ist mit der den Kommanditisten treffenden, gegebenenfalls nach § 172 Abs. 4 HGB wiederaufgelebten Haftung nach §§ 128, 161 Abs. 2, § 171 Abs. 1 HGB ohne weiteres zu vergleichen. Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft haften eben-

so wie die Kommanditisten den Gesellschaftsgläubigern persönlich mit ihrem gesamten Vermögen. Die Haftung der Kommanditisten ist - abgesehen von dem Sonderfall des § 176 HGB - lediglich durch die Höhe der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme begrenzt und kann durch Zahlung der Einlage in Höhe der Haftsumme ganz ausgeschlossen werden (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 171 Rn. 2; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., §§ 171, 172 Rn. 4; Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 171 Rn. 1 f.). Dieser Unterschied rechtfertigt es jedoch nicht, nur beim (Treugeber-)Kommanditisten ein Aufrechnungsverbot anzunehmen, nicht dagegen auch bei dem unbegrenzt haftenden (Treugeber-)Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Der tragende Grund für das Aufrechnungsverbot, dass nämlich der Treugeber in Gesellschaften der vorliegenden Art grundsätzlich nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden soll als der unmittelbare Gesellschafter und er deshalb das Anlagerisiko ebenso wie der unmittelbare Gesellschafter tragen soll, trifft auf beide Gesellschaftsformen gleichermaßen zu.

- 38 c) Eine Differenzierung ist auch nicht insoweit geboten, als in den vom Senat entschiedenen Fällen jeweils der Insolvenzverwalter der Fondsgesellschaft die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger nach § 171 Abs. 2 HGB geltend gemacht hat. Es besteht kein Grund, die Treugeber-Anleger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens strenger haften zu lassen als zuvor, indem ihnen nur im Insolvenzverfahren der Fondsgesellschaft die Aufrechnung verwehrt wird. Die gesellschaftsrechtliche Haftung hängt nicht vom Eintritt der Insolvenz ab. Zudem wird in Fallgestaltungen wie der vorliegenden häufig nur deshalb kein Insolvenzantrag gestellt, weil zahlungskräftige Anleger vorhanden sind, von denen erwartet wird, dass sie die Schulden der Gesellschaft begleichen können.

39 Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass nach herrschender Meinung ein Kommanditist gegenüber dem Insolvenzverwalter nicht mit Ansprüchen aufrechnen kann, die ihm nur gegen einzelne Gesellschaftsgläubiger zustehen (BGH, Urteil vom 17. September 1964 - II ZR 162/62, BGHZ 42, 192, 194; Urteil vom 14. Januar 1991 - II ZR 112/90, BGHZ 113, 216, 221; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl., §§ 171, 172 Rn. 102), während das für den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft nicht angenommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2006 - II ZR 193/05, ZIP 2007, 79 Rn. 11 - zur BGB-Gesellschaft; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 93 Rn. 5; Pohlmann in HambKomm zum Insolvenzrecht, 4. Aufl., § 93 Rn. 48; Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 128 Rn. 70; Sander, ZInsO 2012, 1285, 1289). Die Einschränkung der Aufrechnungsmöglichkeit des Kommanditisten beruht auf dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger. Das hier eingreifende Aufrechnungsverbot des Treugebers beruht dagegen auf dem Grundsatz der Gleichstellung von mittelbaren und unmittelbaren Gesellschaftern einer Publikumsgesellschaft mit entsprechender Vertragsgestaltung (Stumpf, BB 2012, 1429, 1433).

40 d) Schließlich ist auch keine Differenzierung geboten zwischen einem Anspruch, den - wie hier - der Treuhänder gegen den Treugeber geltend macht, und einem solchen, den der Gesellschaftsgläubiger oder der Insolvenzverwalter nach einer Abtretung gegen den Treugeber verfolgt. Entscheidend ist in beiden Fällen, dass der Gesellschaftsgläubiger bzw. der Insolvenzverwalter wegen der regelmäßigen Beschränkung des Vermögens des Treuhandgesellschafters auf die Freistellungsansprüche gegen die Treugeber bei mangelnder Liquidität der Anlagegesellschaft nur dann seine Ansprüche ohne den Umweg der Pfändung etwaiger Ansprüche der Gesellschaft gegen die (Treugeber-)Gesellschafter realisieren kann, wenn die Inanspruchnahme der Treugeber aus den Freistellungsansprüchen gelingt. Da der Treugeber in Fällen der vorliegenden Art aber durch

die Zwischenschaltung des Treuhänders nicht besser gestellt werden soll, als wäre er (unmittelbarer) Gesellschafter geworden, muss ihm auch gegenüber dem Treuhänder die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen verwehrt sein. Dem Anleger bleibt die Möglichkeit, den etwaigen Schadensersatzanspruch im Wege eines Aktivprozesses, gegebenenfalls einer Widerklage, zu verfolgen. Er trägt dabei das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Treuhandgesellschafters und damit im Ergebnis das Anlagerisiko.

41 4. Schließlich greift auch die Rüge der Revision nicht durch, das Berufungsgericht hätte die Beklagten jedenfalls nur zur Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung des Aufwendungsersatzanspruchs der Klägerin aus § 110 HGB verurteilen dürfen.

42 Dabei können die Fragen offen bleiben, ob die Beklagten dieses Zurückbehaltungsrecht schon deshalb nicht geltend machen können, weil sie sich erst in der Revisionsinstanz darauf berufen haben (s. dazu BayObLG, RPfleger 1982, 337, 338; MünchKommBGB/Krüger, 5. Aufl., § 274 Rn. 6), und ob der Klägerin, wenn sie die Forderungen der B. Hyp und der Al. mit den Mitteln der Beklagten erfüllt, daraus ein Aufwendungsersatzanspruch gegen die Fondsgesellschaft erwächst. Denn jedenfalls geht das Zurückbehaltungsrecht hier deshalb ins Leere, weil den Beklagten nach einer Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ein eigener Aufwendungsersatzanspruch gegen die Fondsgesellschaft zusteht.

43 Wie bereits erwähnt, haben die Beklagten aufgrund der Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag im Gesellschafts-Innenverhältnis die Stellung unmittelbarer Gesellschafter (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299 Rn. 17 ff.). Damit sind sie auch berechtigt, den aus der Erfüllung von Forderungen der Gesellschaftsgläubiger erwachsenden Aufwen-

dungersatzanspruch aus § 110 HGB unmittelbar gegen die Gesellschaft geltend zu machen.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 29.01.2010 - 26 O 161/09 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 10.05.2011 - 6 U 44/10 -