



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

III ZR 384/12

Verkündet am:  
21. Mai 2015  
P e l l o w s k i  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

ZPO §§ 240, 250; InsO §§ 87, 179, 180

- a) Die Aufnahme des Rechtsstreits ist auch möglich, wenn der Rechtsstreit zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Revisionsinstanz anhängig war (Bestätigung von BGH, Beschlüsse vom 31. Oktober 2012 - III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 und vom 29. April 2004 - IX ZR 265/03, BGHR InsO § 180 Abs. 2 - Aufnahme 1).
- b) Zug um Zug-Forderungen können nicht zur Insolvenztabelle angemeldet werden (Bestätigung von BGH, Urteile vom 17. Juli 2014 - III ZR 218/13, WM 2014, 1667; vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, WM 2013, 1597 und vom 1. März 2011 - II ZR 297/08, DStR 2011, 1327).

BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - III ZR 384/12 - OLG München

LG München I

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Mai 2015 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Hucke, Tombrink und Dr. Remmert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Gläubigerin wird das Teilurteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. September 2009 - ausgenommen die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2, 4 und 5 - insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 1 erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Der Kläger macht Ansprüche auf Ersatz des Schadens geltend, der ihm durch seine Beteiligung an der C. & Co. KG (im Folgenden: C. KG) entstanden ist.

- 2 Die Beklagte zu 1, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, ist Treuhandkommanditistin der Kommanditgesellschaft, die auch mit den Aufgaben der Mittelverwendungskontrolle betraut war. Der frühere Beklagte zu 2 ist der Geschäftsführer der Beklagten zu 1. Komplementärin der Kommanditgesellschaft ist die Beklagte zu 3, deren Gesellschafter die früheren Beklagten zu 4 und 5 waren. Die (an Stelle der Beklagten zu 1 in den Rechtsstreit eingetretene) Revisionsklägerin ist der Haftpflichtversicherer der Beklagten zu 1.
- 3 Der Kläger erwarb am 9. Dezember 1999 durch Abschluss einer "Beitrittsvereinbarung" eine Kommanditeinlage in Höhe von 100.000 DM zuzüglich 5 % Agio (insgesamt 53.685,64 €) an der C. KG. Er erhielt Ausschüttungen von 13.446,97 €. Der Beitritt sollte - dem von der Beklagten zu 3 herausgegebenen Prospekt entsprechend - über die Beklagte zu 1 nach einem im Prospekt abgedruckten Vertragsmuster eines Treuhandvertrags vorgenommen werden.
- 4 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Prospekt sei in zahlreichen Punkten fehlerhaft, wofür unter anderem die Beklagte zu 1 einzustehen habe. Einen Prospektmangel und eine Aufklärungspflichtverletzung hat er insbesondere darin gesehen, dass er nicht über Provisionszahlungen in Höhe von 20 % des Zeichnungskapitals für die Eigenkapitalvermittlung an die I. - und T. GmbH (im Folgenden: IT GmbH) unterrichtet worden sei. Er hat erstinstanzlich die Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen der eingezahlten Gesamtsumme und den erhaltenen Ausschüttungen (40.238,67 €) in Anspruch genommen.

5 Das Landgericht hat die Beklagte zu 1 zur Zahlung des vom Kläger begehrten Betrags Zug um Zug gegen Übertragung der vom Kläger gehaltenen Anteile an der C. KG verurteilt und festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1 bezüglich der Übertragung dieses Anteils in Annahmeverzug befindet. Hinsichtlich der weiteren Beklagten hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat, nachdem am 30. März 2009 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 3 eröffnet worden war, mit Teilurteil vom 11. September 2009 die Berufung des Klägers gegenüber den Beklagten zu 2, 4 und 5, die Berufung der Beklagten zu 1 und die - eine Klageerweiterung betreffende - Anschlussberufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

6 Gegen dieses Urteil haben sowohl der Kläger als auch die Beklagte zu 1 Revision eingelegt. Die gegen die Zurückweisung seiner Berufung gerichtete Revision des Klägers hat der Senat - nach Hinweisbeschluss vom 28. Oktober 2010 (BeckRS 2010, 28213) - mit Beschluss vom 16. Dezember 2010 gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückgewiesen. Die Frist zur Begründung der Revision der Beklagten zu 1 ist antragsgemäß bis zum 13. September 2010 verlängert worden. Das Revisionsverfahren ist gemäß § 240 Satz 2 ZPO dadurch unterbrochen worden, dass das Amtsgericht - Insolvenzgericht - München der Beklagten zu 1 durch Beschluss vom 5. August 2010 ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegte. Die auf vollständige Abweisung der Klage gerichtete Revisionsbegründung der Beklagten zu 1 ist am 23. August 2010 eingegangen. Am 10. Dezember 2010 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 1 eröffnet.

7 Die Revisionsklägerin widersprach im Insolvenzverfahren als Gläubigerin der Beklagten zu 1 den vom Kläger zur Tabelle angemeldeten streitgegenständlichen Forderungen. Mit Schriftsatz vom 28. Oktober 2013 hat der Kläger

das unterbrochene Verfahren gegen die Revisionsklägerin als widersprechende Gläubigerin gemäß § 180 Abs. 2 InsO in Höhe von 47.197,21 € aufgenommen. Soweit er einen darüber hinausgehenden Betrag zur Insolvenztabelle angemeldet hatte, hat er die Anmeldung durch Erklärung gegenüber dem Insolvenzverwalter zurückgenommen. Er hat seinen Klageantrag auf Feststellung der Klageforderung in Höhe von 47.197,21 € zur Insolvenztabelle in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 1 umgestellt.

- 8 Die Revisionsklägerin hat innerhalb der bis zum 22. Dezember 2014 verlängerten Revisionsbegründungsfrist in einer weiteren Revisionsbegründung vom 22. Dezember 2014 von den Revisionsrügen der Beklagten zu 1 weitgehend - mit einer Ausnahme - Abstand genommen und bisher streitigen Klägervortrag unstreitig gestellt. Sie nimmt den Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts überwiegend hin, vertritt jedoch die Auffassung, die Forderungsanmeldung des Klägers im Insolvenzverfahren sei unwirksam, weshalb der Widerspruch der Revisionsklägerin gegen die Anmeldung begründet sei. Zugleich sei der vorliegende Rechtsstreit weiterhin unterbrochen, da eine Aufnahme des Rechtsstreits nach § 180 Abs. 2 InsO eine wirksame Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren voraussetze. Im Übrigen seien Forderungsteile Gegenstand des Feststellungsbegehrens des Klägers, die bislang nicht streitgegenständlich gewesen seien.

### Entscheidungsgründe

9 Die zulässige Revision hat in der Sache insoweit Erfolg, als das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

#### I.

10 Nach Auffassung des Berufungsgerichts haftet die Beklagte zu 1 wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Sie habe es als Treuhandkommandistin und Vertragspartnerin des Klägers pflichtwidrig unterlassen, den Kläger über Sondervergütungsvereinbarungen zwischen der Komplementär-GmbH, der Beklagten zu 3, und der IT GmbH in Höhe von 20 % des von ihr eingeworbenen Kapitals zu unterrichten, die mit den Prospektangaben nicht im Einklang stünden. Zudem habe sie Verflechtungen der Beklagten zu 3 mit der IT GmbH in Person des Beklagten zu 5 nicht aufgeklärt, die sich aus dem Prospekt nicht ergäben. Beide Punkte betreffen aufklärungspflichtige regelwidrige Auffälligkeiten, die die Beklagte zu 1 gekannt habe.

11 Die Pflichtverletzung der Beklagten zu 1 sei für die Anlageentscheidung des Klägers kausal gewesen. Hiervon sei das Gericht nach Anhörung des Klägers überzeugt. Steuervorteile müsse sich der Kläger nicht anrechnen lassen. Sein Schadensersatzanspruch sei auch nicht verjährt.

II.

12 Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision in der Sache stand. Die in Anpassung an die Vorschriften der Insolvenzordnung umgestellten Anträge des Klägers führen jedoch zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

13 1. Das Verfahren ist durch die Erklärung des Klägers vom 28. Oktober 2013 wirksam aufgenommen worden.

14 a) Die Aufnahme des Rechtsstreits nach § 180 Abs. 2 InsO durch den Gläubiger der Forderung ist auch möglich, wenn der Rechtsstreit zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Revisionsinstanz anhängig war (Senat, Beschluss vom 31. Oktober 2012 - III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rn. 8 mwN; BGH, Beschluss vom 29. April 2004 - IX ZR 265/03, BGHR InsO § 180 Abs. 2 - Aufnahme 1). Der Umstand, dass das Revisionsgericht in Konstellationen der vorliegenden Art in der Sache nicht abschließend entscheiden kann, sondern das Berufungsurteil aufheben und die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückverweisen muss, führt - entgegen der Auffassung der Revision - zu keiner anderen Sichtweise. Es handelt sich um einen für das Revisionsverfahren typischen Verfahrensausgang (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO), der zu einer Überprüfung der Anwendung des § 180 Abs. 2 InsO im Revisionsverfahren keine Veranlassung gibt.

15 b) Aus den vom Kläger vorgelegten Tabellenauszügen und seiner mit Schriftsatz vom 24. Februar 2015 vorgelegten Forderungsanmeldung vom 28. Februar 2011 ergibt sich, dass er keine Beträge zur Tabelle angemeldet

hat, die ihm von den Vorinstanzen nicht zugesprochen worden sind und die deshalb vorliegend nicht streitgegenständlich sind.

- 16 c) Der Insolvenzverwalter hat der Anmeldung, soweit sie vom Kläger nicht zurückgenommen worden ist, nicht widersprochen und die angemeldeten Forderungen in voller Höhe "für den Ausfall" festgestellt. Einer Aufnahme des Verfahrens auch gegen den Insolvenzverwalter bedurfte es daher nicht (zur Notwendigkeit der Aufnahme des Rechtsstreits gegenüber allen Personen im Sinne von § 178 Abs. 1 Satz 1 InsO, die der Forderung widersprochen haben, vgl. Senat, Beschluss vom 31. Oktober 2012 - III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rn. 24 ff mwN).
- 17 d) Die Aufnahme des Verfahrens ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die streitgegenständlichen Forderungen vom Kläger nicht wirksam zur Insolvenztabelle angemeldet worden sind.
- 18 aa) Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen gegen den Schuldner nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO); dies geschieht durch Anmeldung der Forderungen zur Tabelle (Breitenbücher in Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl., § 87 Rn. 4). Zug-um-Zug-Forderungen können indes nicht zur Tabelle angemeldet werden, da sie sich nicht für die Berechnung der Quote eignen und die Insolvenzordnung in dem Feststellungs- und Verteilungsverfahren nach §§ 174 ff InsO keine den §§ 756, 765 ZPO entsprechende Regelung kennt (vgl. Senat, Urteil vom 17. Juli 2014 - III ZR 218/13, WM 2014, 1667 Rn. 19 mwN; BGH, Urteile vom 1. März 2011 - II ZR 297/08, DStR 2011, 1327 Rn. 4, 23 und vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, NZI 2004, 214, 215). Sie sind nicht "anmeldungsfähig" (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, WM 2013, 1597 Rn. 14, 16).



19 Auf dieser Grundlage ist danach zu differenzieren, ob der Gläubiger die ihm zustehende beziehungsweise bereits zugesprochene (§ 179 Abs. 2 InsO) Zug um Zug-Forderung als solche oder nur mit dem zuerkannten Schadensersatzbetrag ohne die Zug-um-Zug-Einschränkung angemeldet hat. Im ersten Fall ist die Wirksamkeit der - so nicht möglichen - Anmeldung zweifelhaft. Im zweiten Fall mag - abhängig vom Wert der Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung - der angemeldete Betrag zu hoch angesetzt sein. Die Anmeldung selbst ist in diesem Fall jedoch wirksam, da sie den Anforderungen der Insolvenzordnung (Eignung zur Berechnung der Quote) entspricht.

20 bb) Vorliegend hat der Kläger die ihm von den Vorinstanzen zuerkannte Forderung nicht als Zug-um-Zug-Forderung angemeldet. Der Forderungsanmeldung vom 28. Februar 2011 ist eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen. Vielmehr werden dort unter Ziffer I die von den Vorinstanzen zuerkannten Haupt- und Nebenforderungen ohne Zug-um-Zug-Einschränkung zur Tabelle angemeldet. Soweit unter Ziffer IV die "Rückabtretung der Kommanditanteile Zug um Zug mit der Schadensersatzforderung" angeboten wird, ist dies ersichtlich nicht als Einschränkung der Forderungsanmeldung zu verstehen.

21 Dementsprechend ist in der Insolvenztabelle auch keine Zug-um-Zug-Einschränkung der angemeldeten Forderung, sondern nur der zugesprochene Schadensersatzbetrag ohne die Zug-um-Zug-Einschränkung eingetragen worden. Der Insolvenzverwalter, dem im Hinblick auf die Wirksamkeit der Anmeldung eine Vorprüfungspflicht und ein Zurückweisungsrecht zukommt (MüKoInsO/Riedel, 3. Aufl., § 175 Rn. 11 ff; Graf-Schlicker in Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl., § 175 Rn. 5 f), hat offenbar keine Bedenken gegen die Wirksam-

keit der Anmeldung gehabt, sie als uneingeschränkte Anmeldung verstanden und die Forderung - ohne die Zug-um-Zug-Einschränkung - eingetragen.

22 Im Übrigen wären, selbst wenn der Kläger die ihm von den Vorinstanzen zugesprochene Forderung - unzulässig - als Zug-um-Zug-Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet haben sollte, seine zwischenzeitlich im Insolvenzverfahren erfolgten Erklärungen dahingehend auszulegen, dass er die Forderung - korrigierend - allein mit dem Inhalt der in der Insolvenztabelle erfolgten Eintragung, das heißt ohne Zug-um-Zug-Einschränkung anmelden will (zu nachträglichen Änderungen der Anmeldung vgl. § 177 Abs. 1 Satz 3 InsO). Der Kläger hat in Kenntnis der durch den Insolvenzverwalter erfolgten Eintragung der von ihm angemeldeten Forderung in die Insolvenztabelle ohne die Zug-um-Zug-Einschränkung seine Anmeldung - nach Hinweis des Senats vom 18. April 2013 - betragsmäßig teilweise zurückgenommen. Selbst wenn daher seine ursprüngliche Anmeldung - wovon nach den vorstehenden Ausführungen indes nicht ausgegangen werden kann - als Anmeldung einer Zug-um-Zug-Forderung zu verstehen gewesen sein sollte, liegt in der von ihm in Kenntnis der erfolgten Tabelleneintragung vorgenommenen Reduzierung der angemeldeten Forderung konkludent eine geänderte, auf den Schadensersatzbetrag beschränkte Anmeldung seiner Forderung ohne deren Zug-um-Zug-Einschränkung. Diese Anmeldung ist insolvenzrechtlich zulässig und wirksam.

23 e) Aufnahmegegner ist, wenn - wie vorliegend - der Gläubiger die Feststellung seiner Forderung zur Tabelle betreibt, der dieser Feststellung widersprechende Gläubiger. Der Bestreitende tritt an Stelle des Schuldners in den aufgenommenen Rechtsstreit ein (Senat, Beschluss vom 31. Oktober 2012 - III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rn. 10 ff mwN). Die Revisionsklägerin ist somit in Folge der Aufnahme des Verfahrens durch den Kläger gegen sie - als der

Feststellung der streitgegenständlichen Forderung zur Tabelle widersprechende Gläubigerin - in den Rechtsstreit an Stelle der Beklagten zu 1 eingetreten.

24           2.       Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil hinsichtlich der vom Kläger - in verfahrensrechtlicher Anpassung an die insoweit maßgebenden Vorschriften der Insolvenzordnung - umgestellten Anträge auf Feststellung zur Insolvenztabelle (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 31. Oktober 2012 - III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rn. 22 mwN) weitere tatsächliche Feststellungen zu treffen sind.

25           Die streitgegenständliche Forderung zu Ziffer I des Tenors des Landgerichts haben die Vorinstanzen dem Kläger nur Zug um Zug gegen die Abtretung der Rechte an seiner Kommanditbeteiligung zugesprochen. Eine Zug-um-Zug-Forderung kann - wie ausgeführt (s.o. zu 1 d) - weder zur Tabelle angemeldet noch festgestellt werden. Sie kann zwar nach § 45 Satz 1 InsO mit einem unter Berücksichtigung der vom Kläger zu übertragenden Kommanditbeteiligung berechneten Wert geltend gemacht und insoweit - ohne den Zug-um-Zug-Vorbehalt - zur Insolvenztabelle festgestellt werden. Dieser Wert kann für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschätzt werden (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 17. Juli 2014 - III ZR 218/13, WM 2014, 1667 Rn. 19; BGH, Urteile vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, NZI 2004, 214, 215 und vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, WM 2013, 1597 Rn. 17; Rn.19). Tatsächliche Feststellungen dazu, ob die vom Kläger an die Beklagte zu 1 abzutretende Kommanditbeteiligung noch werthaltig ist und welchen Wert sie gegebenenfalls hat, fehlen jedoch. Der Senat ist deshalb daran gehindert, einen bestimmten, bei Werthaltigkeit der vom Kläger zu übertragenden Kommanditbeteiligung gegebenenfalls reduzierten Forderungsbetrag zur Insolvenztabelle festzustellen. Es bedarf mithin der

weiteren Aufklärung durch den Tatrichter (vgl. Senat, Urteil vom 17. Juli 2014 aaO; BGH, Urteil vom 9. Juli 2013 aaO).

26 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

27 Nachdem die Revisionsklägerin in ihrer Revisionsbegründung vom 22. Dezember 2014 umfangreichen, bisher streitigen Klägervortrag unstreitig gestellt hat, dürfte eine Haftung der Beklagten zu 1 nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen dem Grunde nach feststehen.

28 In Bezug auf die Höhe des von der Beklagten zu 1 zu ersetzenden Schadens des Klägers hat das Berufungsgericht zutreffend auf die Differenz zwischen der eingezahlten Gesamtsumme und den erhaltenen Ausschüttungen abgestellt. Eine Anrechnung etwaiger Steuervorteile des Klägers hat es - wie auch die Revision nicht in Frage stellt - zu Recht verneint.

29 Soweit die Revision die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten zu 1 (vgl. §§ 756, 765 Nr. 1 ZPO) durch die Vorinstanzen rügt, kommt eine solche Feststellung angesichts der - in verfahrensrechtlicher Anpassung an die insoweit maßgebenden Vorschriften der Insolvenzordnung - umgestellten Anträge des Klägers und der mangelnden Feststellungsfähigkeit eines Zug-um-Zug-Anspruchs zur Insolvenztabelle ohnehin nicht mehr in Betracht. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger - entgegen den Ausführungen der Revision - im Verfahren vor dem Landgericht die Feststellung des Annahmeverzugs beantragt hat. Das Landgericht hat in dem Tatbestand seines Urteils zwar den Feststellungsantrag des Klägers nicht ausdrücklich erwähnt, aber wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf das Terminprotokoll Bezug genommen. Aus dem Terminprotokoll vom 17. Juli 2008

ergibt sich, dass der Klägervertreter den Antrag aus dem Schriftsatz vom 21. Dezember 2007, das heißt aus der Klageschrift gestellt hat. In der Klageschrift findet sich unter Ziffer 3 der Anträge der auf den Annahmeverzug bezogene Feststellungsantrag des Klägers (dort: Kläger zu 2).

Schlick

Herrmann

Hucke

Tombrink

Remmert

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 18.09.2008 - 22 O 13679/08 -

OLG München, Entscheidung vom 11.09.2009 - 20 U 1551/09 -