

---

**Datum:** 20.11.2000  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 8. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 8 U 22/00  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2000:1120.8U22.00.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Dortmund, 19 O 131/97

---

**Tenor:**

Die Berufung des Klägers gegen das am 12. Oktober 1999 verkündete Urteil der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor in der selben Höhe Sicherheit leistet. Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheit auch durch unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines in der Bundesrepublik Deutschland als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts zu erbringen.

Das Urteil beschwert den Kläger mit mehr als 60.000,00 DM.

---

**Tatbestand**

1

Der Kläger macht als Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin einen Anspruch gemäß § 172 Abs. 4 HGB geltend. Die Beklagte war die Mehrheitskommanditistin der Gemeinschuldnerin.

2

Sie hatte eine Einlage von zunächst 8,7 Millionen DM (= 87 % der Gesamteinlagen), später 8,8 Millionen DM übernommen. Mittelverwendungstreuhänderin für die Kommanditisten der Beklagten, einer P KG, war die W GmbH. Diese unterhielt ein Festgeldkonto bei der Commerzbank AG, Filiale H , auf dem sich ein Guthaben von 6,1 Millionen DM befand. Bei Fälligkeit des Festgeldes Ende 1989 verweigerte die Commerzbank AG jedoch die Überweisung auf ein von der W GmbH bezeichnetes Konto bei einer anderen Bank, weil sie die auf dem Konto befindlichen Gelder als Sicherheit für entsprechende Schulden der Gemeinschuldnerin ansah.

Die W GmbH verklagte daraufhin vor dem Landgericht Hannover die Commerzbank auf Freigabe des einbehaltenen Betrages von 6,1 Millionen DM. In zweiter Instanz ermäßigte sie die Klage auf 4.250.229,58 DM und erklärte den Rechtsstreit im übrigen für erledigt (Schriftsatz Blatt 135 ff. der Beilakte LG H = OLG C ), nachdem die Commerzbank AG den Differenzbetrag freigegeben hatte. Danach schlossen die dortigen Parteien vor dem OLG C am 19.02.1992 einen Vergleich (Blatt 220 ff. BA), dem unter anderem die Gemeinschuldnerin, deren Komplementärin und die hiesige Beklagte beitraten. In diesem Vergleich heißt es auszugsweise wie folgt:

1. Die Beklagte zahlt der Klägerin (als Mittelverwendungstreuhänderin für die Kommanditisten der N GmbH & Co. KG) bis zum 3. März 1992 710.000,00 DM. 4
2. Die K mbH, die K mbH, R KG (K ) und die N GmbH & Co. KG (N ) treten die Ansprüche der K gegen die A GmbH, , H GmbH, , f , und die Firma B -Verwaltungsgesellschaft mbH, bzw. die Fa. C GmbH , auf Zahlung rückständiger Einlagen in Höhe von 710.000,00 DM an die Beklagte ab, die die Abtretung annimmt. Die K erklärt hiermit, daß ihr damit keine Ansprüche auf die abgetretenen Einlagenforderungen gegen die oben benannten Kommanditisten mehr zustehen. Die Einlagen sind mit der Zahlung gemäß Ziffer 1 dieses Vergleichs erbracht, die K verzichtet auf jegliche Inanspruchnahme der Kommanditisten im Zusammenhang mit der Einlagenverpflichtung, gleich aus welchem Rechtsgrund. Insoweit handelt es sich um einen Vertrag zugunsten der oben genannten Kommanditisten der K , aus dem diese unmittelbar berechtigt werden. ...
3. Die Klägerin, die K und die N verzichten gegenüber der Beklagten auf alle Ansprüche hinsichtlich des streitgegenständlichen Betrages von 4.250.229,58 DM. Die Beteiligten sind sich darüber einig, daß dieser Betrag endgültig bei der Beklagten verbleibt. ...
4. Die Beklagte bucht den Sollsaldo auf dem Konto der K bei der Filiale F der Beklagten, Konto-Nr.: aus, verzichtet auf die dort verbuchte Forderung gegen die K und auf Berechnung etwaiger Sollzinsen. ...

In den Erläuterungen zum Jahresabschluß der Gemeinschuldnerin zum 31.12.1992, aufgestellt von dem Steuerberater und Wirtschaftsprüfer J (Anlage K3), über den jedoch keine Beschlußfassung erfolgte, heißt es unter B. Rechtliche und wirt-

schaftliche Grundlagen:

Mit Vergleich vor dem OLG C vom 19.02.1992 ist vereinbart, daß die Commerzbank AG, Filiale H , an den Kommanditisten unter (a) einen Betrag von 710.000,00 DM zahlt. 7

Dabei handelte es sich im Ergebnis um die Summe der noch nicht eingezahlten Kommanditeinlagen der Kommanditisten. 8

Gleichzeitig hat die Commerzbank gegenüber der Gesellschaft den Verzicht auf einen Forderungssaldo auf einem bei ihr für die Gesellschaft geführten Bankkonto erklärt in Höhe 9

von 274.652,00 DM.

Im den Vergleich hat die Gesellschaft sodann erklärt, daß ausstehende Einlagen der Gesellschafter nicht mehr vorhanden seien. 10

Im Abschluß zum 31.12.1991 ist der Verzicht der Commerzbank (DM 274.652,00) ergebnisneutral mit den Einlageforderungen (DM 710.000,00) verrechnet worden, der noch offene Saldo (DM 435.348,00) wurde als verbleibende Einlageforderung aktiviert. 11

Im vorliegenden Abschluß vom 31.12.1992 wird diese Verbuchung korrigiert, wie folgt: 12

- Offene Einlageforderungen werden nicht mehr ausgewiesen. 13
- DM 710.000,00 werden als Forderungen an den Gesellschafter unter (a) aktiviert. Im wirtschaftlichen Ergebnis handelt es sich um eine Vorabausschüttung eines etwaigen Liquidationsüberschusses, der allen Kommanditisten quotall zusteht. 14
- DM 274.652,00 werden als außerordentlicher Ertrag vereinnahmt. Im wirtschaftlichen Ergebnis handelt es sich um die Rückgängigmachung von bis 1991 in gleicher Höhe getätigter Aufwandsbuchungen, vor allem für Zinsen und Prozeßkosten.

Der Kläger hat behauptet, diese Verbuchung sei zwischen den Steuerberatern der Gemeinschuldnerin und der Beklagten übereinstimmend so abgesprochen worden. Er hat gemeint, daß in der Zahlung der 710.000,00 DM seitens der Commerzbank AG die Rückgewähr der Einlage im Sinne von § 172 Abs. 4 HGB zu erblicken sei, und gestützt hierauf die Zahlung dieses Betrages von der Beklagten verlangt. 15

Er hat weiter behauptet, daß dieser Betrag zur Befriedigung der Konkursgläubiger gemäß § 171 Abs. 2 HGB nötig sei. Einer Konkursmasse von 9.603,82 DM stünden Gesamtforderungen von 755.650,00 DM gegenüber. Dazu hat er auf die zur Konkurstabelle festgestellten Ansprüche der R GmbH & Co. KG (im folgenden: R KG) in Höhe von 431.250,00 DM und der F GmbH in Höhe von 224.250,00 DM sowie auf Massekosten von insgesamt 98.500,00 DM verwiesen. 16

Den Forderungen der R KG und der F GmbH liegen dabei folgende Verträge zugrunde: Am 05.06.1990 schloß die Gemeinschuldnerin, vertreten durch Herrn L , mit der F GmbH einen Vertrag über die Übernahme der Geschäftsführungstätigkeit zu einem monatlichen Pauschalhonorar von 13.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer mit fester Laufzeit bis zum 31.12.1991 und Verlängerungsklausel. Zusätzlich schloß sie am 15.06.1990, laut Text wiederum vertreten durch Herrn L , aber für die Gemeinschuldnerin unterschrieben von Herrn F , einen Vertrag mit gleicher Laufzeit mit der R KG, diese vertreten durch Herrn L , über die Beratung der Gesellschaft zu einem monatlichen Pauschalhonorar von 25.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zuzüglich Erstattung von Kosten und Spesen. Diese Honorare sind bis einschließlich September 1993 beglichen. Offen sind die Beträge für Oktober 1993 bis Dezember 1994. 17

Im Handelsregister ist Herr L am 12.06.1990 als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Komplementärin der Gemeinschuldnerin eingetragen worden und Herr F als weiterer alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer am 26.06.1990. Zugleich hiermit wurde eingetragen, daß beide befugt seien, die Gesellschaft bei der Vorname von Rechtsgeschäften mit sich selbst uneingeschränkt zu vertreten. 18

Der Kläger hat beantragt, 19

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| die Beklagte zu verurteilen, an ihn 710.000,00 DM nebst                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 20 |
| 4 % Zinsen seit dem 03.12.1997 zu zahlen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 21 |
| Die Beklagte hat beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 22 |
| die Klage abzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 23 |
| Sie hat eingewandt, daß die Verträge zu Gunsten der F GmbH und der R KG in kollusivem Zusammenwirken zu Lasten der Gemeinschuldnerin geschlossen worden seien. Sie seien zudem mangels Zustimmung des Aufsichtsrats bzw. der Gesellschafter unwirksam. Wegen des Inhalts des Gesellschaftsvertrags der Gemeinschuldnerin wird in diesem Zusammenhang auf die Anlage 4 zum Schriftsatz der Beklagten vom 06.08.1998 verwiesen. Außerdem hätten die Steuerberater keine verbindliche Zweckbestimmung zu Lasten der Beklagten treffen können.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 24 |
| Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 25 |
| Ein Anspruch aus § 812 BGB i.V.m. § 6 KO bestehe nicht, da es an einer übereinstimmenden Zweckbestimmung zwischen Gemeinschuldnerin und Beklagter fehle, weil der Jahresabschluß unstreitig nicht im Sinne des Entwurfs von den Gesellschaftern beschlossen worden sei.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 26 |
| Ein Anspruch gemäß §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 2 HGB i.V.m. § 6 KO bestehe nicht, weil die eingeforderten 710.000,00 DM zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlich seien. Denn die Forderungen der R KG und der F GmbH von mehr als 600.000,00 DM bestünden nicht, da die zugrundeliegenden Verträge mangels Zustimmung des Aufsichtsrats bzw. der Gesellschafterversammlung nicht wirksam zustande gekommen seien.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 27 |
| Schließlich bestehe keine Haftung für die erst durch den Konkurs entstandenen Ansprüche.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 28 |
| Gegen dieses Urteil, auf das wegen der weiteren Einzelheiten seiner Begründung sowie des Vorbringens der Parteien in erster Instanz Bezug genommen wird, richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er den abgewiesenen Anspruch weiter verfolgt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 29 |
| Er stützt sich dabei weiterhin in erster Linie darauf, daß der Beklagten ihre Kommanditeinlage zurückgezahlt worden sei. Der Vergleich vor dem OLG C sei insofern nachteilig für die Gemeinschuldnerin gewesen, als sie ihre Ansprüche auf Einzahlung offener Kommanditeinlagen durch die Abtretung an die Commerzbank AG eingebüßt habe, während die Zahlung der 710.000,00 DM von der Commerzbank AG an die W GmbH dazu führen sollte, daß die Einlagen als erbracht anzusehen seien. Nach der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei das Ergebnis hier genauso, als wenn die 710.000,00 DM von der Commerzbank AG nicht an die Treuhänderin der Kommanditisten der Beklagten, sondern an die Beklagte selbst ausgezahlt worden wären. Das zeige auch die Darstellung im Jahresabschluß der Gemeinschuldnerin zum 31.12.1992. Der Wirtschaftsprüfer J habe zudem mit dem Steuerberater N der Beklagten Einigkeit erzielt, daß die Zahlung der 710.000,00 DM als Vorabentnahme der Beklagten gewertet werden sollte. | 30 |
| Das Landgericht habe sodann zu Unrecht gemeint, daß die Einlage mangels Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin jedenfalls nicht benötigt werde. Unter näheren Ausführungen im einzelnen legt der Kläger dar, daß alle Gesellschafter Kenntnis von dem Abschluß der Verträge mit der R KG und der F GmbH gehabt hätten, und daß der Finanzplan der Gemeinschuldnerin (Blatt 123 GA), der diese Honoraransprüche enthielt, von der                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 31 |

Gesellschafterversammlung genehmigt worden sei. Die Herbeiführung eines Beschlusses über den Finanzplan habe überhaupt nur wegen dieser Verträge einen Sinn gemacht, da anderenfalls ein entsprechender Finanzbedarf gar nicht bestanden hätte. Deshalb sei hierin auch eine Zustimmung zu den abgeschlossenen Verträgen zu sehen. Jedenfalls sei es unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens treuwidrig, wenn die Beklagte als Hauptgesellschafterin zunächst dem Finanzplan zustimme und jahrelang zusehe, daß die sich aus den Verträgen ergebenden Verpflichtungen von der Gemeinschuldnerin erfüllt würden, und sich dann auf die Unwirksamkeit der Verträge berufe. Der Kläger wiederholt ferner sein erstinstanzliches Vorbringen dazu, daß die Verträge auch inhaltlich nicht zu beanstanden, insbesondere nicht nach § 138 BGB unwirksam seien.

Des weiteren meint er, daß sich der Anspruch auch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ergebe. Abzustellen sei nicht auf eine Zweckverfehlung, sondern darauf, daß es sich bei der Zahlung der 710.000,00 DM durch die Commerzbank wegen der gleichzeitigen Abtretung von Ansprüchen der Gemeinschuldnerin gegen die Kommanditisten in identischer Höhe an die Commerzbank praktisch um eine Zahlung der Gemeinschuldnerin gehandelt habe. Wegen des Fehlens eines entsprechenden legitimierenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung habe diese sich jedoch nicht wirksam zur Zahlung (Abtretung) verpflichtet.

Schließlich greift der Kläger die Auffassung des angefochtenen Urteils an, daß sich die Haftung der Kommanditisten auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung begrenze; bei Rückzahlung der Einlage erstrecke sich die Haftung auch auf die Masseschulden unter Einschluß seiner Vergütung.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Beklagte zu verurteilen, an ihn 710.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 03.12.1997 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Es gebe keine Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin, da die vermeintlich einzigen Gläubiger, die R KG und die F GmbH, ihr in Wahrheit hohe Rückzahlungen schuldeten. Die Beklagte legt insoweit mit umfangreichen Ausführungen im einzelnen zunächst dar, daß ihre Gründung auf einem Anlagekonzept der G AG beruhe, mit einem unzureichenden und täuschenden Prospekt initiiert wurde (vgl. dazu Urteil des BGH vom 29.05.2000, Blatt 339 ff. GA), daß nach dem Zusammenbruch dieser AG Herr L auf einer Gesellschafterversammlung im Dezember 1989 als "Retter in der Not" auf den Plan getreten sei und es gemeinsam mit seinem Adlatus F erreicht habe, daß von diesen beiden beherrschte Gesellschaften zu Komplementären der Beklagten gemacht wurden. Spätestens seit 1990 befinde sich die Beklagte in der Liquidation. Gemeinsam hätten dann L und F die Gemeinschuldnerin ausgeblutet und mit Hilfe ihrer Gesellschaften in den Jahren 1990 bis 1993 auf Grund der Geschäftsführungs- bzw. Beratungsverträge 1,52 Millionen DM entnommen. Rückzahlungsansprüche hätten sie zu blockieren verstanden und schließlich mit den erfundenen und unbegründeten Forderungen ihrer Gesellschaften gegen die Gemeinschuldnerin Konkursantrag gestellt und sowohl die Eröffnung des Konkursverfahrens als auch die Anerkennung dieser Forderungen durch den Kläger zur Konkurstabelle erreicht. Somit werde der beanspruchte Betrag nicht gemäß § 171 Abs. 2 HGB zur Befriedigung von Konkursgläubigern benötigt. Hierzu trägt die Beklagte im einzelnen weiter wie folgt vor:

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Sie bestreitet, daß die Verträge, aus denen die Ansprüche hergeleitet werden, tatsächlich - wie datiert - am 05. und 15.06.1990 mit dem behaupteten Inhalt geschlossen worden sind.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 39       |
| Des weiteren fehle es an der nach dem Gesellschaftsvertrag der Gemeinschuldnerin erforderlichen vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Ein solcher Beschluß sei nicht gefaßt worden und auch nicht nur versehentlich unterblieben. Denn die Herren L und F hätten die Gesellschafter bewußt nicht unterrichtet, weil sie gewußt hätten, daß diese sich den Verträgen widersetzen und ihren Vollzug verhindern würden, wenn sie von ihrem Inhalt Kenntnis erhielten. Daran, daß die Gesellschafter den Inhalt der Verträge nicht gekannt hätten, scheitere auch eine konkludente Genehmigung der Verträge durch die Gesellschafterversammlung. Die Behauptungen zur angeblichen Kenntnis der Gesellschafter seien völlig unsubstantiiert. Auf den Gesellschafterversammlungen vom 09.07. und 10.09.1990 sei über diese Dinge nicht einmal andeutungsweise berichtet worden. Dazu verweist die Beklagte auf die Protokolle Blatt 111 ff. GA und Anlage K6. | 40       |
| Auf die Kenntnis von Herrn L könne der Kläger sich nicht berufen, auch wenn dieser damals Geschäftsführer ihrer Komplementärin gewesen sei. Zum einen reiche die Kenntnis eines Mehrheitsgesellschafters nicht aus; zum anderen habe auch sie als Mehrheitskommanditistin keine Kenntnis gehabt. Die Kenntnis der Herren L und F sei insoweit nicht maßgeblich, da sie für den Abschluß der in Rede stehenden Verträge nicht von den Einschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen seien und deshalb auch nicht als ihre Vertreter in der Gesellschafterversammlung der Gemeinschuldnerin diesen Verträgen hätten zustimmen können.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 41       |
| Eine konkludente Genehmigung der Verträge liege des weiteren nicht in der Bestätigung des Finanzplans. Von den vermeintlichen Vereinbarungen und den Zahlungen in Höhe von insgesamt 1,52 Millionen DM habe sie, die Beklagte, erstmals im Jahre 1994 Kenntnis erlangt und danach alles in ihren Kräften stehende unternommen, um eine Rückzahlung zu erreichen. Von einer Duldung der geleisteten Zahlungen könne keine Rede sein.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 42       |
| Außerdem hält die Beklagte die fraglichen Vereinbarungen auch ihres Inhalts wegen für nichtig. Angesichts des geringen Umfangs der Geschäftsführungstätigkeit, die von den Geschäftsführern der Komplementärin der Gemeinschuldnerin persönlich geschuldet worden sei, sei es völlig unangemessen gewesen, zusätzliche Gesellschaften einzuschalten und Verträge mit festen Laufzeiten bis zum 31.12.1991 und monatlichen Pauschalzahlungen von 13.000,00 DM und 25.000,00 DM zu vereinbaren. Es liege ein Mißbrauch der Vertretungsmacht vor, der unter Berücksichtigung des Umstands, daß es sich um ein Insichgeschäft handelte, welches vor den Kommanditisten der Gemeinschuldnerin geheim gehalten wurde, zur Nichtigkeit des Geschäfts nach § 138 BGB führe.                                                                                                                                                                                                    | 43<br>44 |
| Unabhängig davon stehe der R KG und der F GmbH das beanspruchte Honorar auch deshalb nicht zu, weil diese in dem fraglichen Zeitraum ab Oktober 1993 - mehr als zwei Jahre nach dem faktischen Abschluß der Liquidationstätigkeit - nichts mehr für die Gemeinschuldnerin getan hätten. Es habe nichts mehr zu erledigen gegeben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 45       |
| Weiter vertritt die Beklagte unter näherer Darlegung die Ansicht, daß die Klage auch nicht auf die Vergütung des Konkursverwalters und sonstige Kosten des Konkursverfahrens gestützt werden könne.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 46       |
| Darüber hinaus ist sie der Ansicht, daß es auch keine mittelbare oder unmittelbare Einlagenrückgewähr gegeben habe. In dem Vergleich vor dem OLG C habe die W GmbH als                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 47       |

Mittelverwendungstreuhanderin der Kommanditisten der Beklagten der Commerzbank AG gegen Zahlung von 710.000,00 DM den Betrag von 4.250.229,58 DM überlassen und ihr damit unter dem Strich 3.540.229,58 DM zugewandt. Wirtschaftlich habe die Beklagte damit über bereits zuvor gezahlte 2,61 Millionen DM hinaus eine weitere Einlage von etwa 3,5 Millionen DM geleistet. Die 710.000,00 DM, die die W GmbH zurückerhalten hätte, stammten im übrigen aus deren eigenen, als Festgeld bei der Commerzbank AG angelegten Vermögen und nicht aus einer bei der Gemeinschuldnerin bereits eingebrachten Einlage. Auf der anderen Seite seien die offenen Einlageforderungen der Commerzbank AG zur Tilgung einer unstreitig bestehenden Darlehensschuld der Gemeinschuldnerin überlassen worden, so daß dem Gesellschaftsvermögen eine gleichwertige Gegenleistung zugeflossen sei. Auf die behaupteten Äußerungen des Steuerberaters N, die dieser nicht getan habe und zu denen dieser auch nicht bevollmächtigt gewesen wäre, komme es nicht an.

Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens in zweiter Instanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen. 48

### **Entscheidungsgründe** 49

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. 50

I. 51

Dem Kläger steht ein Anspruch gemäß §§ 171 Abs. 1, 2, 172 Abs. 4 HGB nicht zu. 52

1. 53

Dem steht schon entgegen, daß es auf Grund der Durchführung des vor dem OLG C geschlossenen Vergleichs nicht zu einer mittelbaren Einlagenrückgewähr an die Beklagte im Sinne von § 172 Abs. 4 HGB gekommen ist. 54

Erforderlich hierfür wäre eine Zuwendung an die Beklagte, durch die dem Gesellschaftsvermögen Vermögenwerte ohne angemessen Gegenleistung entzogen worden sind (vgl. zu dieser Tatsbestandvoraussetzung K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 54 III 2 a m.w.N. in Fußnote 70). Nichts anderes ergibt sich aus der vom Kläger herangezogenen Entscheidung BGHZ 47, 149, die eine haftungsschädliche mittelbare Rückzahlung an den Kommanditisten bejaht, wenn die Gesellschaft an einen Dritten leistet und dieser Dritte dafür eine Leistung an den Kommanditisten erbringt. Auch sie stellt unter anderem darauf ab, daß durch die Leistung das Gesellschaftsvermögen verkürzt worden sein muß, indem diesem Vermögen keine gleichwertige Gegenleistung zugeflossen ist (a.a.O. Seite 156). 55

Vorliegend hat die Gemeinschuldnerin in dem Vergleich auf die an die Commerzbank abgetretenen Einlageforderungen von 710.000,00 DM verzichtet. Dafür hat sie aber im Gegenzug nicht nur die Befreiung von den Darlehensforderungen der Commerzbank gemäß Ziffer 4 des Vergleichs in Höhe von 274.652,00 DM erlangt, sondern darüber hinaus auch endgültig die Befreiung von weiteren Verbindlichkeiten in Höhe von ca. 4,5 Millionen DM, die die Commerzbank auf Grund der streitigen Einbehaltung der Beträge auf dem Festgeldkonto bereits zuvor verrechnet hatte. Diese Befreiung geschah endgültig ausschließlich dadurch, daß die hiesige Beklagte und die W GmbH in dem Vergleich letztlich zu Gunsten der Gemeinschuldnerin gegenüber der Commerzbank AG auf die Auszahlung der 4,25 Millionen DM verzichteten und sich mit der Zahlung von 710.000,00 DM begnügten. 56

Im Rahmen einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung der Vergleichsregelung ist eine Saldierung dieser einzelnen Zahlungen und Verzichtserklärungen erforderlich. Der wirtschaftliche Regelungsgehalt des Vergleichs bestand darin, daß die W GmbH und damit auch die Beklagte gegen Zahlung von 710.000,00 DM, die sich die Commerzbank durch Abtretung von der Gemeinschuldnerin verschaffte, auf 4,25 Millionen DM zu Gunsten der Gemeinschuldnerin verzichtete. Somit hat die Beklagte eine angemessene wirtschaftliche Gegenleistung erbracht und das Gesellschaftsvermögen insgesamt eben nicht verkürzt.

2. 58

Darüber hinaus benötigt der Kläger den eingeforderten Betrag aber auch nicht zur Befriedigung von Konkursgläubigern. Nur insoweit wie das der Fall wäre, könnte er aber einen Anspruch gemäß § 172 Abs. 4 HGB nach § 171 Abs. 2 HGB geltend machen (so schon RGZ 51, 33, 38; vgl. ferner K. Schmidt, a.a.O., § 54 V 2 a) a.E.). 59

a) 60

Da der Konkursverwalter nach § 171 Abs. 2 HGB nur ein Recht der Konkursgläubiger geltend macht, kann er einen solchen Anspruch nicht allein auf Massekosten gemäß § 58 Nr. 1 und 2 KO stützen. Denn wenn es keine Gläubiger der Gesellschaft gibt, so ist der Tatbestand des § 171 Abs. 1 HGB unabhängig davon nicht gegeben, ob noch Masseschulden zu regulieren sind oder nicht. 61

b) 62

Danach kommt es allein auf die streitigen Ansprüche der R KG und der F GmbH an. Diese Ansprüche bestehen indessen mangels eines wirksamen die Gemeinschuldnerin verpflichtenden Vertragsschlusses nicht. Dies kann die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit geltend machen, da die Feststellung zur Konkurstabelle den Kommanditisten nicht bindet. 63

aa) 64  
65

Dabei ist der Vertrag mit der R KG schon nach § 181 BGB unwirksam, weil ein unzulässiges Insichgeschäft vorliegt. Zwar haben hier auf den beiden Seiten des Vertrages zwei verschiedene Personen Erklärungen abgegeben, nämlich Herr L und Herr F, wobei aber Herr F im Namen des Herrn L, also als dessen Untervertreter gehandelt hat. In einem solchen Fall ist § 181 BGB nach seinem Normzweck analog anwendbar (vgl. Palandt-Heinrichs, § 181 BGB Rn. 12 m.w.N.). Allerdings heißt es in dem Vertrag, daß Herr L von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei. Das ist indes so nicht zutreffend: 66

Nach dem Gesellschaftsvertrag der Gemeinschuldnerin ist deren Komplementärin nur für Geschäfte mit der Gemeinschuldnerin selbst befreit, § 4 Abs. 3. Für Geschäfte mit Dritten wie der R KG bleibt es danach bei der Regelung des § 181 BGB. Und auch als Vertreter der Komplementärin der Gemeinschuldnerin war Herr L im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Der Gesellschaftsvertrag der Komplementärin (in Anlage 3 zum Schriftsatz der Beklagten vom 06.08.1998) enthält selbst in § 10 keine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, sondern nur die Befugnis der Gesellschafterversammlung, eine solche Befreiung zu erteilen. Eine solche nachträgliche Befreiung wird aber erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam (vgl. K. Schmidt, a.a.O., § 10 II 3 d m.w.N. in Fußnote 62). Diese Eintragung ist hier aber erst am 26.06.1990 und damit nach Vertragsschluß erfolgt. 67

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |          |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| bb)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 68       |
| Der Vertrag mit der R KG ist zudem ebenso wie der Vertrag mit der F GmbH deshalb unwirksam, weil die Verträge nach ihrem vorgetragenen Inhalt gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 5 des Gesellschaftsvertrages der Gemeinschuldnerin der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedurft hätten und es einen solchen Beschluß unstreitig nie gegeben hat.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 69       |
| Allerdings ist eine derartige Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis gegenüber Dritten grundsätzlich unwirksam, § 161 Abs. 2, 126 Abs. 2 HGB. Anders ist das jedoch bei einem Mißbrauch der Vertretungsmacht, der auf das Außenverhältnis durchschlägt (vgl. dazu Baumbach/Hopt, § 126 HGB Rdn. 11; K. Schmidt, a.a.O., § 10 II 2 insbesondere zu c). Ein solcher Fall liegt hier vor.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 70       |
| Nach BGH NJW 1968, 1379 (dort zur Prokura) muß sich der Dritte den Mißbrauch dann entgegenhalten lassen, wenn der Vertreter bewußt zum Nachteil des Geschäftsinhabers gehandelt hat und der Dritte dies bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte. Der Mißbrauch muß also aus seiner Perspektive evident gewesen sein.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 71       |
| Auf seiten des Vertreters liegt Mißbrauch unter anderem dann vor, wenn das Geschäft seinem Inhalt nach die Interessen des Vertretenen verletzt oder wenn es unter tatsächlichen Voraussetzungen abgeschlossen wurde, deren Kenntnis den Vertretenen vom Vertragsschluß abgehalten hätte, wobei der BGH in seiner neueren Rechtsprechung das Erfordernis bewußten Handelns zum Nachteil des Vertretenen aufgegeben hat und nur noch auf die objektive Pflichtwidrigkeit abstellt (K. Schmidt a.a.O., mit Nachweisen aus der Rechtsprechung in Fußnote 41).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 72       |
| Daß nach diesen Maßstäben hier ein Mißbrauch der im Innenverhältnis beschränkten Vertretungsmacht vorliegt, ergibt sich zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) aus einer Gesamtschau der nachfolgenden Umstände:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 73       |
| (1)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 74<br>75 |
| Die Höhe der Vergütungen liegt hier insgesamt deutlich über den senatsbekannten üblichen Geschäftsführervergütungen. Immerhin hat die Gemeinschuldnerin, die sich 1990 schon in der Abwicklungsphase befand, damit eine für längere Zeit unkündbare Vergütungspflicht von 38.000,00 DM monatlich übernommen, obwohl der Umfang der durchzuführenden Tätigkeit absehbar begrenzt war.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 76       |
| (2)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 77       |
| Dabei ist weder ersichtlich, warum es der Zwischenschaltung zusätzlicher Gesellschaften bedurfte, die von den Geschäftsführern der Gemeinschuldnerin beherrscht wurden, noch warum zusätzlich zur Geschäftsführung eine Unternehmensberatung mit diesem Aufwand erforderlich sein sollte. Der Tätigkeitsbericht Blatt 124 ff. GA von Herrn F selbst zeigt im Grunde genommen, daß die wesentliche anfallende Tätigkeit auf die ersten Monate nach Übernahme der Geschäftsführung entfiel und es danach fast nur darum ging, Steuererklärungen und Abschlüsse zu erstellen sowie langfristige Verbindlichkeiten zu lösen. Die aktive Firma war bereits am 16.07.1990 verkauft worden. Daneben gab es noch Auseinandersetzungen mit Gesellschaftern, die aber mit dem Vergleich vor dem OLG C ebenfalls ihr Ende fanden. Irgendeine operative Tätigkeit fand nicht mehr statt. Die | 78       |

Kumulation eines schon recht hoch vergüteten Geschäftsführungsvertrags mit einer zusätzlichen Unternehmensberatung ist danach objektiv nicht verständlich.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| (3)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 79 |
| Weiter auffallend ist die wechselseitige Vertretung der Herren L und F beim Abschluß der Verträge, die somit keinen anderen Personen als den Begünstigten zur Kenntnis gebracht wurden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 80 |
| (4)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 81 |
| In dem Vertrag mit der R KG ist ferner unstreitig die Erklärung enthalten, daß der Aufsichtsrat der Gemeinschuldnerin (sofern vorhanden) bzw. die Hauptgesellschafterin der K GmbH dem Abschluß dieses Vertrages "hiermit" zustimme; das deutet auf ein bewußtes Umgehen der Herbeiführung eines entsprechenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung hin.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 82 |
| (5)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 83 |
| Ein weiteres Indiz dafür, daß die Herren L und F den Inhalt der geschlossenen Verträge bewußt vor der Gesellschafterversammlung verheimlichten, ist der Umstand, daß der von Herrn L bevollmächtigte Rechtsanwalt in der Gesellschafterversammlung vom 09.07.1990 auf die Frage eines Minderheitskommanditisten, wieviel Gelder auf Grund des beschlossenen Finanzplans an Gesellschaften der Geschäftsführer geflossen seien, erklärt hat, dies nicht beantworten zu können (Blatt 116 GA). Ebenfalls dazu paßt die Erklärung von Herrn L in der Gesellschafterversammlung vom 10.09.1990, er könne die Liquidationskosten nicht beziffern, wolle aber nach Durcharbeiten der Unterlagen noch eine konkrete Zahl für ein Pauschalhonorar nennen. Außerdem hat er in dieser Versammlung ausweislich Seite 5 des Protokolls (Anlage K6) bei der auf ausdrückliche Frage erfolgten Auflistung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft diese Verträge ebenfalls nicht erwähnt. Dies alles deutet auf ein gezieltes Verheimlichen der vereinbarten Verträge hin. | 84 |
| Zugleich ist damit wegen der Identität der handelnden Personen die Bösgläubigkeit auf Seiten der Vertragspartner gegeben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 85 |
| cc)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 86 |
| Schließlich kann von einer konkludenten Genehmigung der Verträge nicht ausgegangen werden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 87 |
| Sie liegt zunächst nicht in der Genehmigung des Finanzplans Blatt 123 GA. Diesem Plan läßt sich nämlich nicht entnehmen, daß die dort in der Tat betragsmäßig ausgewiesenen Kosten für Geschäftsführung und Unternehmensberatung auf Verträgen beruhen, die die Herren L und F mit von ihnen selbst vertretenen und beherrschten Drittgesellschaften ohne die erforderliche Zustimmung abgeschlossen haben. Schon deshalb kann von einem Willen zur Genehmigung solcher Verträge bei den übrigen Gesellschaftern außer der Beklagten nicht ausgegangen werden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 88 |
| Eine Genehmigung der Gesellschafterversammlung läßt sich aber auch nicht damit begründen, daß jedenfalls die Beklagte als Mehrheitsgesellschafterin dem Finanzplan zugestimmt habe. Denn eine Genehmigung durch schlüssiges Handeln setzt voraus, daß der Genehmigende die mögliche Deutung seines Handelns als Genehmigung hätte erkennen können (BGHZ 109, 177). Dazu gehört die Kenntnis der maßgeblichen tatsächlichen Umstände. Die Kenntnis eines Gesellschafters, auch eines Mehrheitsgesellschafters ist aber                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 89 |

nicht mit der Kenntnis der Gesellschafterversammlung gleichzusetzen. Die durch Zeugnis der Herren L und F unter Beweis gestellte Behauptung des Klägers, alle Gesellschafter hätten Kenntnis von Abschluß und Inhalt dieser Verträge gehabt, ist in dieser pauschalen Form unsubstantiiert. Auch auf Hinweis ist in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht dargelegt worden, auf welche Weise diese Kenntnis verschafft worden bzw. erlangt sein soll.

Danach kann es dahinstehen, ob ein wegen Mißbrauchs der Vertretungsmacht unwirksames Geschäft überhaupt nach § 177 ff. BGB in der Weise genehmigt werden kann, daß wiederum der zunächst rechtsmißbräuchlich handelnde Vertreter irgendwelche Erklärungen für den Vertretenen abgibt und damit letztlich sein eigenes Handeln genehmigt. 90

II. 91

Dem Kläger steht auch kein Anspruch gemäß § 812 BGB i.V.m. § 6 KO zu. Abgesehen davon, daß es bei einer bereicherungsrechtlichen Betrachtung bereits an einer unmittelbaren Leistungsbeziehung im Verhältnis von Gemeinschuldnerin und Beklagter fehlt, trägt der vor dem OLG C geschlossene Vergleich den Rechtsgrund in sich. Der Rechtsgrund für alle in Erfüllung des Vergleichs geschlossenen Zahlungen und sonstigen Leistungen liegt in dem wirksamen Vergleichsvertrag selbst. Dessen Wirksamkeit im Außenverhältnis folgt unabhängig von allen etwaigen internen Beschränkungen und Zustimmungserfordernissen aus der gemäß § 81 ZPO umfassenden Prozeßvollmacht der Rechtsanwälte, die den Vergleich geschlossen haben. Auf das vom Kläger gerügte Fehlen eines legitimierenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung kommt es nicht an. 92

III. 93

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 94

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 95

Die Festsetzung der Beschwer beruht auf § 546 Abs. 2 ZPO. 96