
Datum: 17.06.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 99/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0617.8U99.08.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 21 O 465/06

Tenor:

Auf die Anschlussberufung des Klägers wird das am 7. November 2007 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert.

Die Beklagten werden verurteilt, an den Kläger weitere 68,01 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21. November 2006 zu zahlen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufungsinstanz tragen die Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

A.

Der Kläger wurde mit Beschluss des Amtsgerichts München vom 20.04.2006 (Az.: 1506 IN 2327/05) zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der G KG (im Folgenden als G KG bezeichnet) bestellt. Der Unternehmensgegenstand der Insolvenzschuldnerin, einem sog. geschlossenen Immobilienfonds, bestand in der Beteiligung als Kommanditistin an den

1

2

3

Objektgesellschaften des G Fonds 68. Dabei handelte es sich um die "G Büro- und E KG", die "G Einkaufs- und T KG" und die "G T2 KG". Diese Gesellschaften waren Eigentümer einer Immobilie in E, T sowie T2, wobei der Gesellschaftszweck darin bestand, die jeweilige Immobilie zu vermieten und zu verpachten.

Der Gesellschaftsvertrag der G KG sah unter anderem vor, dass sich weitere Personen mittelbar über einen Treuhänder an der Gesellschaft beteiligen sollten, wobei geplant war, der G KG ein Kapital von 57.500.000,00 DM zuzuführen. Aufgrund des großen Zuspruchs hatte das Beteiligungskapital zum 31.12.2000 sogar ein Volumen von 58.750.000 DM erreicht. Nach § 5 des Gesellschaftsvertrages sollte Q (nachfolgende: Q GmbH) als Treuhandkommanditistin fungieren. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages der G KG vom 20.08.1998 verwiesen (Anlage AG 1). Das Verhältnis der Q GmbH zu potenziellen Anlegern wurde in einem sog. Treuhandvertrag (nachfolgend: TV) geregelt; insofern wird auf die "Anlage 3 zum Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaft" Bezug genommen (Anlage AG 1). 4

Am 25.08.1999 unterzeichneten die Beklagten eine "Beitrittserklärung mit Informationsbestätigung", wonach sie sich mit einer Einlage von insgesamt 50.000 DM über Q GmbH an der G KG beteiligten; wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Beitrittserklärung verwiesen (Anlage K 2). 5

Vom 01.07.1999 bis zum 01.01.2004 erhielten sie Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 7.477,64 Euro. Ab dem Jahr 2003 verschlechterte sich die Vermögenssituation der G KG; am 29.07.2005 stellte sie einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit. In der Folgezeit nahm der Kläger die Beklagten aus eigenem sowie aus abgetretenem Recht – nach Zahlungsaufforderung vom 16.10.2006 – auf Rückzahlung der erhaltenen Ausschüttungen in Anspruch. 6

Der Kläger hat behauptet, die Zahlungen, die – unstreitig – halbjährlich stattgefunden hätten, seien aus liquiden Mitteln der G KG erfolgt, obwohl diese in den Jahren 1999 und 2000 nur geringe Gewinne und zumindest ab 2003 Verluste erwirtschaftet habe. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der geschilderte Umstand habe die Kommanditistenhaftung der Beklagten wieder aufleben lassen. Die im Gesellschaftsvertrag der G KG und in der Treuhandabrede getroffenen Vereinbarungen seien so auszulegen, dass die Treugeber – damit auch die Beklagten – selbst als Kommanditisten der G KG anzusehen seien, so dass sich seine Forderung unmittelbar gegen die Beklagten richte. Zumindest aber ergäben sich Rückzahlungsansprüche aus abgetretenem Recht der Q GmbH, die einen aus § 5 des Treuhandvertrages resultierenden Freistellungsanspruch wirksam auf ihn übertragen habe. Hilfsweise ist der Kläger der Ansicht gewesen, die Beklagten seien unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung zur Rückzahlung verpflichtet. 7

Die Beklagten haben die Auffassung vertreten, sie treffe bereits deswegen keine Haftung, weil sie nicht als Kommanditisten der G KG angesehen werden könnten; allein Q GmbH verfüge über eine entsprechende Gesellschafterstellung. Darüber hinaus lägen die Voraussetzungen für das Aufleben der Kommanditistenhaftung ohnehin nicht vor; jedenfalls seien etwaige Forderungen verjährt. Die Beklagten sind ferner der Meinung gewesen, Q GmbH habe keine Ansprüche wirksam an den Kläger abtreten können. Insofern bestünden gesetzliche und vertragliche Abtretungsverbote; außerdem sei der mit der Q geschlossene Treuhandvertrag, der die alleinige Grundlage für das Entstehen etwaiger Ansprüche bilde, wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam. Etwaige Forderungen der Q GmbH seien außerdem durch Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen erloschen, die sich aus der Verletzung von Aufklärungspflichten im Rahmen der Vermittlung der 8

Kapitalanlage ergeben hätten.

Das Landgericht hat der Klage mit am 07.11.2007 verkündetem Urteil in Höhe von 7.409,63 Euro stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Beklagten hafteten unmittelbar aus §§ 172 IV, 171 I HGB. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages führe zu dem Ergebnis, dass sie als Kommanditisten der G KG anzusehen seien. Dass sie im Handelsregister nicht als Kommanditisten eingetragen seien, habe demgegenüber keine Bedeutung. Die Kommanditistenhaftung sei infolge der Ausschüttungen wieder aufgelebt. Nur bei der ersten Auszahlung, die Ende Januar 2000 stattgefunden habe, seien 68,01 Euro durch tatsächlich erzielten Gewinn gedeckt gewesen und demzufolge nicht zu erstatten. Die Klageforderung sei nicht infolge der erklärten Aufrechnung erloschen, da den Beklagten keine Schadensersatzansprüche gegen die G KG oder deren Gläubiger zustünden; auch sei Verjährung nicht eingetreten. Wegen der weiteren Einzelheiten zu den tatsächlichen Feststellungen und zur Begründung des landgerichtlichen Urteils wird auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung verwiesen. 9

Das Urteil ist den Beklagten am 20.03.2008 zugestellt worden. Sie haben gegen die Entscheidung am 21.04.2008 Berufung eingelegt und das Rechtsmittel am 28.04.2008 begründet. Sie nehmen im Wesentlichen auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug, den sie vertiefen und ergänzen. Sie meinen insbesondere, sie seien nicht als Kommanditisten der G KG anzusehen; Gesellschafterin sei allein Q GmbH. Die Inanspruchnahme aus abgetretenem Recht scheitere daran, dass ein Abtretungsverbot bestehe; außerdem sei sie wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unwirksam. Nach wie vor vertreten die Beklagten die Ansicht, etwaige Forderungen, die der Kläger geltend machen könne, seien verjährt. 10

Die Beklagten beantragen, 11

das Urteil des Landgerichts Dortmund aufzuheben und die Klage abzuweisen. 12

Der Kläger beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Außerdem hat er Anschlussberufung eingelegt und beantragt insofern, 15

die Beklagten unter Abänderung des Urteils zur Zahlung weiterer 68,01 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.11.2006 zu zahlen. 16

Die Beklagten beantragen, 17

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 18

Der Kläger verteidigt im Wesentlichen das angefochtene Urteil, wobei er gleichfalls seinen bisherigen Vortrag vertieft und ergänzt. Er meint, die Berufung der Beklagten sei bereits mangels Beschwer unzulässig, da sie (unstreitig) am 23.01.2008 die Klageforderung und am 20.02.2008 (ebenfalls unstreitig) den Zinsanspruch in Höhe von 681,87 Euro beglichen hätten. Der Kläger vertritt ferner die Ansicht, die Beklagten müssten sich so behandeln lassen, als seien sie originäre Gesellschafter der G KG. Wenn ihnen aufgrund entsprechender vertraglicher Vereinbarung sämtliche Rechte aus einer Gesellschafterstellung zustünden, seien sie im Außenverhältnis (gegenüber den Gesellschaftsgläubigern) ebenfalls als Kommanditisten anzusehen. In jedem Fall könne er aber aus wirksam abgetretenem Recht gegen die Beklagten vorgehen, wobei etwaige Ansprüche nicht verjährt seien. 19

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	20
B.	21
Die Berufung der Beklagten ist zwar zulässig, in der Sache allerdings erfolglos; die zulässige Klage ist nämlich in vollem Umfang begründet, weswegen auch die Anschlussberufung des Klägers Erfolg hat. Im Einzelnen:	22
<u>A. Zulässigkeit der Berufung:</u>	23
1.	24
Die Berufung ist zulässig; die Beklagten haben das Rechtsmittel innerhalb der Frist des § 517 ZPO eingelegt. Diese lief erst am 21.04.2008 ab, da der 20.04.2008 auf einen Sonntag fiel (§§ 517, 222 I, II ZPO, 187, 188 I, II, 193 BGB). Darüber hinaus haben sie die Berufung innerhalb der Frist des § 520 II Satz 1 ZPO begründet.	25
2.	26
Die Beklagten verfügen zudem über die gemäß § 511 ZPO erforderliche Beschwer, da sie das vorinstanzliche Begehren der Klageabweisung zumindest noch teilweise weiterverfolgen (Zöller/Heßler, 27. Auflage, vor § 511 ZPO, Rdnr. 10; BGH NJW 2003, 2172 ff., Juris – Rdnr. 17). Die Beschwer ist darüber hinaus im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung gegeben und nicht vor der Entscheidung entfallen (vgl. BGH NJW – RR 2004, 1365; Zöller/Heßler vor § 511 ZPO, Rdnr. 10a).	27
a) Die Beklagten haben am 23.01.2008 die titulierte Klageforderung und am 20.02.2008 den gleichfalls titulierten Zinsanspruch beglichen. Gleichwohl ist durch diese Zahlung die Beschwer nicht entfallen. Sie bleibt bestehen, wenn die Zahlung zur Abwehr der Vollstreckung diene und entfällt lediglich dann, wenn der Schuldner zugleich die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung anerkennen und sie bedingungslos und endgültig tilgen will (Zöller/Heßler vor § 511 ZPO, Rdnr. 27; BGH MDR 1976, 1005).	28
b) Die Beklagten haben erst nach der Verkündung eines vorläufig vollstreckbaren Leistungsurteils gezahlt. Derartige Zahlungen machen regelmäßig nur vorläufige Leistungen aus und stellen grundsätzlich weder eine Erfüllung des von der Klägerseite geltend gemachten Anspruchs dar noch berühren sie diesen in seinem materiell – rechtlichen Bestand (BGH MDR 1976, 1005). Sie führen nicht zur endgültigen Befriedigung des Gläubigers, sondern sind darauf ausgerichtet, die Geltendmachung des Vollstreckungstitels zu hemmen (BGH MDR 1976, 1005; Zöller/Heßler vor § 511 ZPO, Rdnr. 27). Daher sind sie nicht geeignet, den Rechtsstreit zwischen den Parteien in der Hauptsache zu erledigen und eine materielle Beschwer des Beklagten oder sein rechtsschutzwürdiges Interesse an einer Beseitigung dieser Beschwer im Rechtsmittelverfahren auszuschließen (BGH MDR 1976, 1005). Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass die Beklagten nicht ausdrücklich unter Vorbehalt geleistet haben mögen. Lässt sich den Umständen der Zahlung nicht eindeutig entnehmen, ob sie "endgültig" oder nur "vorläufig" erfolgen sollte, so ist für die Rechtsmittelfrage davon auszugehen, dass eine vorbehaltlose Zahlung, die eine Beschwer i. S. d. § 511 ZPO entfallen lassen würde, nicht gegeben ist (BGH MDR 1976, 1005; BGH NJW 1994, 942 ff.; Zöller/Heßler vor § 511 ZPO, Rdnr. 27).	29
<u>B. Begründetheit der Berufung:</u>	30

Die Berufung hat allerdings in der Sache keinen Erfolg, da die Klage zulässig und begründet ist.	31
<u>I. Anspruch aus §§ 171 I, II, 172 IV HGB i. V. m. § 5 Satz 1 TV:</u>	32
Entgegen Auffassung des Landgerichts hat der Kläger gegen die Beklagten aus eigenem Recht keinen Anspruch auf Zahlung von 7.477,64 Euro aus §§ 171 I, II, 172 IV HGB i. V. m. § 5 Satz 1 TV.	33
1.	34
Nach dem Wortlaut der §§ 171 I, II, 172 IV HGB richtet sich die Forderung aus Wiederaufleben der Haftung nur gegen den Kommanditisten einer KG. Die Beklagten sind nicht unmittelbar als Gesellschafter an der G KG beteiligt, sondern haben lediglich als Treugeber eine Kapitalanlage geleistet. Unmittelbar als Kommanditistin fungiert Q GmbH, was sich § 5 des Gesellschaftsvertrages der G KG und § 1 I des Treuhandvertrages entnehmen lässt.	35
2.	36
Die Beklagten können zudem im Außenverhältnis nicht wie Kommanditisten behandelt werden, auch wenn ihnen nach § 1 IV des Treuhandvertrages vermögensrechtliche Ansprüche – insbesondere auf Ausschüttungen und auf Auszahlung von Abfindungsguthaben – unmittelbar selbst zustehen sollen.	37
a) Die Haftung des Treugebers, der nicht selbst Kommanditist einer KG ist, sondern für den ein Gesellschafter treuhänderisch fungiert, ist zu verneinen (BGH NZG 2009, 57 ff.; BGH NZG 2009, 380 ff.; vgl. OLG Nürnberg WM 2009, 942 ff.). Wenngleich anerkannt sein mag, dass dem Treugeber im Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft unmittelbare Rechte und Ansprüche zugebilligt werden können (vgl. BGHZ 10, 44 ff.; BGH WM 2003, 1614 f.), folgt hieraus keine andere Bewertung. Der Treugeber kann z. B. die Stellung eines "Quasi – Gesellschafters" erhalten mit unmittelbarem Stimmrecht, mit Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung und mit Einsichts-, Informations- und Kontrollrechten. Eine solche Gestaltung der Treugeberstellung, wie sie vor allem bei Publikumsgesellschaften der vorliegenden Art verwendet wird (vgl. § 1 IV, V des Treuhandvertrages), führt zu einer Einbeziehung des Anlegers in den Gesellschaftsverband und geht dadurch über die übliche schuldrechtliche Beziehung zum Treuhänder deutlich hinaus (vgl. BGH NZG 2009, 57 ff.; Ulmer/Schäfer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, § 705 BGB, Rdnr. 92). Allerdings betreffen die genannten Regelungen lediglich das Innenverhältnis zwischen dem Treugeber und der Gesellschaft; nur insofern werden die Treugeber – fiktiv – wie Kommanditisten behandelt (vgl. OLG Nürnberg WM 2009, 942 ff.).	38
b) Für die Statuierung einer persönlichen Außenhaftung des so genannten "qualifizierten Treugebers" entsprechend den Regeln der §§ 171 I, II, 172 IV HGB fehlt jedoch die notwendige gesetzliche Grundlage. Zwar mag sich seine Rechtsposition innerhalb der Gesellschaft im Ergebnis nicht wesentlich von der eines "echten" Gesellschafters unterscheiden. Durch die weitreichenden Macht- und Kontrollbefugnisse wird er nicht zum Vollgesellschafter, sondern lediglich in das Innenverhältnis unter den Gesellschaftern einbezogen. Die persönliche Haftung des Personengesellschafters für die Gesellschaftsschulden beruht indes auf dem Außenverhältnis. Die gesetzliche Haftungsverfassung der §§ 171 I, II, 172 IV HGB setzt daher zwingend eine "wirkliche" Gesellschafterstellung voraus (BGH NZG 2009, 57 ff.; BGH NZG 2009, 380 ff.; Ulmer/Schäfer	39

Gesellschaft bürgerlichen Rechts § 705 BGB, Rdnr. 89; Ebenroth u.a./Henze, 2. Auflage, Anhang B. zu § 177a HGB, Rdnr. 100). Für eine analoge Anwendung der §§ 171 I, II, 172 IV HGB auf einen "Treugeber – Gesellschafter" fehlt es schon an einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke, da der Treuhandkommanditist Gesellschaftsgläubigern nach §§ 171 I, II, 172 IV HGB haftet. Zudem gibt es keinen überzeugenden Grund, Gesellschaftsgläubigern das Privileg einzuräumen, nicht nur den Treuhänder – Gesellschafter, sondern daneben auch noch den Treugeber unmittelbar persönlich in Anspruch nehmen zu können. Eine völlige haftungsrechtliche Gleichstellung des Treugebers mit einem "wirklichen" Gesellschafter kann nicht etwa auf eine Korrelation zwischen Einwirkungsmacht und Haftung oder zwischen wirtschaftlichem Interesse an der Gesellschaftsbeteiligung und Haftung gestützt werden (BGH NZG 2009, 57 ff.; BGH NZG 2009, 380 ff.).

II. Anspruch aus §§171 I, II, 172 IV HGB i. V. m. § 5 Satz 1 TV, §§ 398 ff. BGB: 40

Der Kläger hat gegen die Beklagten allerdings Anspruch aus abgetretenem Recht auf Zahlung von 7.477,64 Euro aus §§ 171 I, II, 172 IV HGB i. V. m. § 5 Satz 1 TV, §§ 398 ff. BGB. 41

1) Grundsätzliche Anspruchsvoraussetzungen 42

Die erforderlichen Voraussetzungen sind gegeben. Zunächst haftet Q GmbH den Gesellschaftsgläubigern der G KG nach §§ 171 I, II, 172 IV HGB für die Gesellschaftsschulden in Höhe der Ausschüttungen, die zu Lasten ihres Kapitalkontos erfolgt sind (siehe unter 2)). Die Beklagten sind ferner nach § 5 Satz 1 TV verpflichtet, Q GmbH von dieser Forderung in Höhe der an sie – die Beklagten – geflossenen Ausschüttungen freizustellen (siehe unter 3)). Letztlich hat Q diesen Freistellungsanspruch nach §§ 398 ff. BGB wirksam an den an Stelle der Gesellschaftsgläubiger handelnden Kläger abgetreten (siehe unter 4)). Im Einzelnen: 43

2) Haftung der Q GmbH nach §§ 171 I, II, 172 IV HGB 44

a) Bei der Q GmbH handelt es sich um die Kommanditistin der Insolvenzschuldnerin. Nach § 171 I HGB haftet ein Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist jedoch ausgeschlossen, soweit er die Einlage geleistet hat. Bis zum August 1999 war das vorgesehene Kommanditkapital von 57.500.000 DM in vollem Umfang gezeichnet. Zum 31.12.1999 ergab sich ein Emissionskapital von 58.520.000 DM, das sich zum 31.12.2000 sogar noch auf 58.750.000 DM erhöhte. 45

b) Die Einlage der Q GmbH als Kommanditistin gilt im Umfang der für die Beklagten bestimmten Ausschüttungen gem. § 172 IV HGB als nicht geleistet, so dass ihre Haftung wieder auflebt. 46

aa) Nach § 172 IV Satz 1 HGB gilt die Einlage den Gläubigern gegenüber als nicht erbracht, wenn sie zurückgezahlt wird. Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich aus § 172 IV Satz 2 HGB, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird. 47

bb) §§ 171 I HGB und § 172 IV HGB stehen in einem funktionalen Zusammenhang: Die Haftung des Kommanditisten für Gesellschaftsschulden ist nur dann erloschen, wenn er einen der eingetragenen Haftsumme entsprechenden Wert in das Gesellschaftsvermögen geleistet und ihn dort belassen hat. Der Zweck des § 172 IV HGB liegt einerseits darin, die 48

Fähigkeit der KG zu erhalten, ihre Gläubiger zu befriedigen, und andererseits darin, mit dem Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten im Interesse der Gläubiger einen Ausgleich zu schaffen, sofern das Gesellschaftsvermögen ganz oder teilweise um die Kommanditeinlage zugunsten eines Kommanditisten vermindert wurde (vgl. Ebenroth u. a./Strohn, 2. Auflage, § 172 HGB, Rdnr. 19; Münchener Kommentar/Schmidt, 2. Auflage, §§ 171, 172 HGB, Rdnr. 62; Staub/Schilling, 4. Auflage, § 172 HGB, Rdnr. 8 f.; vgl. Baumbach/Hopt, 33. Auflage, § 172 HGB, Rdnr. 4; vgl. BGH NZG 2008, 506).

cc) Der in § 172 IV Satz 1 HGB statuierte Grundsatz erfährt durch Satz 2 eine Einschränkung: Während nach § 172 IV Satz 1 HGB jede einseitige Zuwendung an den Kommanditisten die Haftung wiederaufleben lässt, macht § 172 IV Satz 2 HGB eine Ausnahme bezüglich der Auszahlung von Gewinnen. Die Gewinnentnahme ist grundsätzlich haftungsunschädlich, es sei denn, der Saldo des Kapitalkontos ist geringer als die Haftsumme des Kommanditisten oder wird durch die Gewinnentnahme geringer (Ebenroth u. a./Strohn § 172 HGB, Rdnr. 20). Die Haftung des Kommanditisten wird letztlich durch jede Zuwendung begründet, durch die dem Gesellschaftsvermögen ein Wert ohne entsprechende Gegenleistung entzogen wird; die persönliche Haftung des Kommanditisten lebt immer dann auf, wenn Gesellschaftsvermögen an ihn fließt und der Stand seines Kapitalkontos geringer ist oder durch die Vermögensübertragung geringer wird als seine Haftsumme (vgl. Ebenroth u. a./Strohn, § 172 HGB, Rdnr. 21 f.; Münchener Kommentar/Schmidt §§ 171, 172 HGB, Rdnr. 67; Staub/Schilling § 172 HGB, Rdnr. 9.; vgl. Baumbach/Hopt § 172 HGB, Rdnr. 6).

dd) Die vorgenommenen Ausschüttungen stellen Zahlungen an Q GmbH als Kommanditistin der G KG dar, obwohl sie nicht ihr, sondern z. B. unmittelbar den Beklagten als ihren Treugebern zugeflossen sind. Der "Zahlungsweg" beruht jedoch allein auf den im Gesellschaftsvertrag zum Innenverhältnis getroffenen Vereinbarungen hinsichtlich der qualifizierten Stellung der Treugeber. Im Außenverhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern muss sich Q GmbH die jeweilige Ausschüttung als Zahlung an sich selbst zurechnen lassen, da nur sie als Kommanditistin angesehen werden kann (vgl. Ebenroth u. a./Strohn § 172 HGB, Rdnr. 36). Vorliegend sind Ausschüttungen in Höhe von 7.477,64 Euro geflossen, die an die Beklagten ausgekehrt wurden; insofern kann auf die in der Anlage K 3 enthaltene Aufstellung des Klägers verwiesen werden. Auch wenn die Beklagten die Richtigkeit dieser Aufstellung ursprünglich bestritten haben, haben sie ihr Bestreiten im weiteren Verlauf fallen gelassen. Außerdem ist der Senat nach § 529 I Nr. 1 ZPO an die insofern getroffenen Feststellungen des Landgerichts gebunden.

ee) Die Ausschüttungen sind unter Berücksichtigung der o. g. Grundsätze nach § 172 IV HGB als Rückzahlung der Einlage anzusehen. Zu den vom Kläger dargelegten Zeitpunkten der Ausschüttungszahlungen (vgl. Anlage K 3) waren jeweils keine ausgewiesenen und den Kommanditisten zugewiesenen Gewinne vorhanden, die eine Ausschüttung ohne Reduzierung der Kapitalkonten unter die Haftsumme ermöglicht hätten. Die Kapitaleinlage der Q GmbH war unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert. Dies ergibt sich aus dem Inhalt der Bilanzen für die Jahre 1999 bis 2004 (vgl. Anlagenkonvolut K 15 bis K 17). Danach hat die Insolvenzschuldnerin folgende Ergebnisse erzielt:

1999: 155.681,94 DM Gewinn 52

2000: 260.304,69 DM Jahresüberschuss 53

2001: 1.462.257,80 DM Jahresüberschuss 54

2002: 1.899.127,50 Euro Jahresüberschuss 55

2003: 190.638,64 Euro Jahresfehlbetrag	56
2004: 781.475,87 Euro Jahresfehlbetrag	57
Wenngleich die Beklagten die dargestellten Jahresergebnisse pauschal bestritten haben, ist ihr Bestreiten unerheblich. Hat – wie hier – eine Partei eine substantiierte Erklärung abgegeben, muss sich auch der Gegner substantiiert äußern; anderenfalls genügt er seiner Darlegungs- und Substantiierungslast nicht mehr (Zöller/Greger §138 ZPO, Rdnr. 8a). Die Beklagten haben nicht schlüssig vorgetragen, weshalb die dargestellten Jahresergebnisse fehlerhaft sein sollen. Der Kläger hat unbestritten dargelegt, dass die Anleger durch Übersendung der jährlich erstellten Geschäftsberichte über die Situation der Insolvenzschuldnerin informiert worden seien. Die Geschäftsberichte hätten in den Anlagen auch die Bilanzen der Gesellschaft enthalten. Die Beklagten hätten die Bilanzen sowie sämtliche Gewinn- und Verlustrechnungen und die Protokolle der Gesellschafterversammlungen gekannt. Angesichts dieser Umstände reicht ein pauschales Bestreiten der Jahresergebnisse nicht aus (vgl. auch OLG Nürnberg WM 2009, 942 ff.). Zudem ist das Bestreiten der Beklagten deswegen unerheblich, weil sie an die Feststellung der Jahresabschlüsse von 1999 bis 2004 gebunden sind. Die Gesellschafterversammlung hat die Bilanzen jeweils gebilligt und deren Inhalt damit verbindlich festgestellt (vgl. dazu Baumbach/Hopt § 245 HGB, Rdnr. 4; Ulmer/Schäfer Gesellschaft bürgerlichen Rechts § 721 BGB, Rdnr. 8).	58
ff) Zwar sind in den Bilanzen für die Jahre 1999 bis 2002 Jahresüberschüsse ausgewiesen. Eine Zuweisung von Gewinnanteilen zugunsten der Kommanditisten und eine Verbuchung auf deren bewegliche Konten oder eine – ggf. auch spätere – Verrechnung auf ihre Kapitalkonten ist aber nicht dargelegt. Hinsichtlich der Darlegungslast im Rahmen des § 172 IV HGB gilt überdies, dass der Gläubiger vortragen muss, dass Ausschüttungen stattgefunden haben. Dass die entsprechenden Zuwendungen haftungsunschädlich waren, weil sie nicht aus dem zur Deckung der Haftsumme des Kommanditisten erforderlichen Vermögen erfolgten, hat hingegen der Anspruchsgegner darzulegen und ggf. zu beweisen (Münchener Kommentar/Schmidt §§ 171, 172 HGB, Rdnr. 74; Ebenroth u. a./Strohn § 172 HGB, Rdnr. 55). Die Beklagten haben hierzu nicht substantiiert vorgetragen. Den vom Kläger vorgelegten Bilanzen – ausgenommen der Bilanz für das Jahr 2002 – ist vielmehr zu entnehmen, dass die Gewinne jeweils als kumulierter Gewinnvortrag fortgeschrieben wurden. Soweit in der Bilanz für 2002 trotz des in der Vorjahresbilanz ausgewiesenen kumulierten Gewinnvortrags von 415.986,64 DM und des dort ebenfalls ausgewiesenen Jahresüberschusses von 1.462,257,80 DM lediglich ein Gewinnvortrag von 282.281,00 Euro ausgewiesen ist, sind keine Informationen über den Verbleib der Restsumme vorhanden. Eine Verrechnung auf die Kapitalkonten der Kommanditisten ist insoweit weder dokumentiert noch dargelegt. Ab dem Jahr 2003 weisen die Bilanzen zudem keine Jahresüberschüsse, sondern Jahresfehlbeträge aus. Auch aus der Dokumentation der Entnahmen in den jeweiligen Jahresabschlüssen ist nicht zu erkennen, dass sie zu Lasten anderer Passivposten als dem Emissionskapital (den Kommanditeinlagen) verbucht wurden, also etwa zu Lasten des Agios oder der weiteren Einlagen. Dass andere Mittel der G KG zur Vornahme der Ausschüttungen zur Verfügung gestanden hätten, haben die Beklagten gleichfalls weder dargelegt noch ist dies aus den Umständen ersichtlich.	59
gg) § 172 IV HGB setzt ferner voraus, dass die Haftsumme zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird (vgl. OLG Nürnberg WM 2009, 942 ff.; vgl. Ebenroth u. a./Strohn § 172 HGB, Rdnr. 21 ff.; Baumbach/Hopt § 172 HGB, Rdnr. 6 f.), was hier deswegen zu bejahen ist, weil sich die Forderungen der Insolvenzgläubiger gegen die Schuldnerin auf etwa 35,8 Millionen	60

Euro belaufen. Zwar haben die Beklagten bestritten, dass die im Insolvenzverfahren vorhandene Masse nicht ausreiche, um die Gläubiger zu befriedigen, doch ist ein derartiges Bestreiten angesichts des substantiierten Vorbringens des Klägers – wie bereits ausgeführt – unerheblich.

c) Die in Höhe von 7.477,64 Euro bestehende Rückzahlungspflicht der Q GmbH ist ferner nicht gem. § 172 V HGB ausgeschlossen. Hiernach wird der gutgläubige Empfänger ungerechtfertigter Ausschüttungen geschützt. § 172 V HGB setzt allerdings voraus, dass ein bilanziell ausgewiesener (Schein-) Gewinn gegeben sein muss; nicht ausreichend für den Schutz nach § 172 V HGB ist lediglich eine Gewinnvorauszahlung (Münchener Kommentar/Schmidt §§ 171, 172 HGB, Rdnr. 83 f.; Baumbach/Hopt § 172 HGB, Rdnr. 10). 61

aa) Es kann dahinstehen, ob § 172 V HGB nach Sinn und Zweck lediglich die Kommanditisten oder auch die Treugeber schützen will, da die Voraussetzungen der Norm ohnehin nicht erfüllt sind. § 172 V HGB verlangt, dass nicht nur der Anleger, sondern auch die Personen, von denen die Bilanz errichtet worden ist, in Bezug auf Unrichtigkeiten der Bilanz oder der Gewinnverteilung gutgläubig gewesen sind (Münchener Kommentar/Schmidt §§ 171, 172 HGB, Rdnr. 87). Die insofern vorausgesetzte unrichtige Feststellung der Bilanz haben die Beklagten allerdings weder vorgetragen noch ergibt sie sich aus den Umständen des Falles. Vielmehr sind in der Bilanz vor allem die Verluste und die Entnahmen / Ausschüttungen zutreffend festgehalten worden. Danach ergibt sich eine Überentnahme der Anleger, welche die Haftung der Treuhandkommanditistin wiederaufleben ließ. 62

bb) Ein nach § 172 V HGB geschützter guter Glaube der Anleger an die Feststellungen in der Bilanz kommt somit mangels eines Fehlers nicht in Betracht. Vielmehr lässt der Inhalt der ordnungsgemäß festgestellten Bilanz nur den Schluss zu, dass die Gewinnentnahmen zulasten der danach nicht mehr gedeckten Kapitalkonten erfolgt sind. Ein "guter Glaube" an die Richtigkeit der Bilanz belegt somit gerade, dass die Anleger die Entnahmen nicht haftungsunschädlich erhalten haben. Ob die Beklagten persönlich der Ansicht waren, sie könnten die zu Lasten des haftenden Kapitals entnommenen Beträge endgültig behalten, ist angesichts des Wortlauts des § 172 V HGB ohne Bedeutung. Alleinige Grundlage des Schutzes des guten Glaubens ist eine falsche Feststellung in der Bilanz (vgl. Münchener Kommentar/Schmidt §§ 171, 172 HGB, Rdnr. 85; Baumbach/Hopt § 172 HGB, Rdnr. 9), die hier nicht gegeben ist. Die erfolgten Zahlungen stellen weder bilanziell ausgewiesenen Scheingewinn dar noch handelte es sich um Zahlungen von Anteilen aus echtem Gewinn, die den Kommanditisten (nicht) zustanden (vgl. Baumbach/Hopt § 172 HGB, Rdnr. 9). Die Ausschüttungen richteten sich vielmehr nach § 12 III des Gesellschaftsvertrages (Bl. 62 der Akte), fanden also halbjährlich aufgrund einer Liquiditätsprognose statt. 63

3) Freistellungsanspruch der Q GmbH gegen die Beklagten 64

a) Da Q GmbH als Kommanditistin der G KG nach §§ 171 I, II, 172 IV HGB auf Rückzahlung der an die Beklagten erfolgten Ausschüttungen in Höhe von 7.477,64 Euro haftet, hat sie gegen die Beklagten einen Anspruch auf Freistellung nach § 5 Satz 1 des Treuhandvertrages. 65

b) Der Treuhandvertrag ist nicht nach § 134 BGB, Art. 1 § 1 I Satz 1 RBerG bzw. §§ 2 I, 3 RDG (Rechtsdienstleistungsgesetz) unwirksam. Nach Art. 1 § 1 I Satz 1 RBerG darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist. § 3 des am 01.07.2008 in Kraft getretenen RDG bestimmt, dass die selbständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig ist, in dem sie durch 66

das RDG oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird. Nach § 2 I RDG sind Rechtsdienstleistungen alle Tätigkeiten in konkreten fremden Angelegenheiten zu subsumieren, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordern. Es kann dahinstehen, ob der vorliegende Fall noch nach den am 30.06.2008 außer Kraft getretenen Normen des RBerG oder bereits nach den ab dem 01.07.2008 geltenden Vorschriften des RDG zu beurteilen ist. Der Treuhandvertrag verstößt nämlich gegen keine der genannten Bestimmungen, deren Zweck darin besteht, den Rechtssuchenden vor den Gefahren einer unzureichenden und nicht sachgemäßen rechtlichen Beratung zu schützen (vgl. § 1 I Satz 2 RDG).

c) Eine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten liegt nämlich nur vor, wenn eine geschäftsmäßige Tätigkeit darauf gerichtet und geeignet ist, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten (BGHZ 145, 265 ff.; BGHZ 153, 214 ff.), was insbesondere durch den Abschluss von Verträgen geschehen kann, die von einem Geschäftsbesorger im Namen eines Dritten abgeschlossen werden. Ob der Geschäftsbesorger dabei einen inhaltlichen Gestaltungsspielraum hat oder ob er allgemein verwendete Vertragsformulare benutzt, ist unerheblich (BGHZ 145, 265 ff.; BGHZ 153, 214 ff.; BGH NJW 2007, 1130 f.). Zur Abgrenzung erlaubnisfreier Geschäftsbesorgungen von erlaubnispflichtiger Rechtsbesorgung ist – weil eine Besorgung fremder Geschäfte außer mit wirtschaftlichen Belangen vielfach auch mit rechtlichen Vorgängen verknüpft ist – auf den Kern und den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen. Es ist danach zu fragen, ob die Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange bezweckt, oder ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht (BGHZ 153, 214 ff.; vgl. BGH NZG 2009, 57 ff.).

d) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze verstößt der Treuhandvertrag weder gegen das RBerG noch gegen das RDG. Den überwiegend in §1 TV beschriebenen Tätigkeiten des Treuhänders ist gemeinsam, dass er sie zwar im Interesse des Treugebers, rechtlich aber in seiner Stellung als Treuhandkommanditist im eigenen Namen ausübt. Ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz setzt aber die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten voraus, also z. B. den Abschluss von Verträgen für einen anderen. Rechtliche Tätigkeiten im eigenen Namen, mögen diese auch im Interesse eines Dritten geschehen, verstoßen nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz. Q GmbH als Treuhänderin hatte vorliegend die Aufgabe, im eigenen Namen für die Beklagten den im Treuhandvertrag festgelegten Kommanditanteil zu erwerben und zu halten; Verträge im Namen der Beklagten, durch die diese selbst verpflichtet werden sollten, hatte sie nicht abzuschließen. Eine solche Vertragsgestaltung unterfällt nicht dem Rechtsberatungsgesetz (vgl. BGH WM 2006, 1154 ff.) bzw. dem RDG. Soweit es der Q GmbH als Treuhänderin oblag, im Einzelfall für eine Eintragung des Treugebers in das Handelsregister Sorge zu tragen (§ 1 I TV), war diese rechtliche Tätigkeit von nur untergeordneter Bedeutung gegenüber der im Vordergrund stehenden Aufgabe, die wirtschaftlichen Belange für ihre Treugeber wahrzunehmen (vgl. OLG Nürnberg WM 2009, 942 ff.).

e) Die in § 5 Satz 1 TV bezüglich des Freistellungsanspruchs enthaltene Regelung ist ferner nicht gem. §§ 307 ff. BGB unwirksam. Da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt (vgl. dazu Palandt/Grüneberg § 314 BGB, Rdnr. 2), sind seit dem 01.01.2003 nicht mehr die Bestimmungen des AGBG, sondern die §§ 305 ff. BGB (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB) einschlägig. Wenngleich die §§ 1 ff. TV für eine Vielzahl von Verträgen formuliert wurden, sind die §§ 307 ff. BGB hier nicht anwendbar, da die Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 310 IV Satz 1 BGB nicht gelten. Dem Gesellschaftsrecht i. S.

d. § 310 IV Satz 1 BGB ist nämlich das gesamte Recht der Handelsgesellschaften einschließlich der Beteiligung als Treugeber an einer Publikums – KG zu subsumieren (vgl. Palandt/Grüneberg § 310 BGB, Rdnr. 50 m. w. N.; Baumbach/Hopt § 132 HGB, Rdnr. 14). Allerdings dürfen die Schutzvorschriften der §§ 305 ff. BGB nicht zu Lasten der genannten Treugeber unterlaufen werden; vielmehr findet eine Inhaltskontrolle der vertraglichen Bestimmungen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Berücksichtigung der Verkehrssitte statt (Palandt/Grüneberg § 310 BGB, Rdnr. 50; Baumbach/Hopt Anhang zu § 177a HGB, Rdnr. 80).

f) Die Regelung in § 5 Satz 1 TV hält allerdings einer derartigen Inhaltskontrolle stand, da sich ein entsprechender Befreiungsanspruch, sofern er nicht vertraglich festgelegt worden wäre, auch aus §§ 683, 670 BGB oder §§ 675, 670 BGB ergeben hätte und sich der Regelungsgehalt des Treuhandvertrages insoweit in der Wiedergabe gesetzlicher Verpflichtungen erschöpft (vgl. vgl. BGH WM 2004, 2441 ff.; Baumbach/Hopt Anhang zu § 177a HGB, Rdnr. 80). Q GmbH hat auf der Grundlage der verabredeten Treuhandvereinbarung im Interesse der Beklagten den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, eine Kommanditbeteiligung erworben und diese gehalten. Nach § 4 V des Gesellschaftsvertrages war der Beteiligungstreuhandner nur im Außenverhältnis (also insbesondere im Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Gläubigern), Kommanditist; im Innenverhältnis – also im Verhältnis der Gesellschafter zueinander und zur Gesellschaft – wurden die Treugeber entsprechend ihren Anteilen an der von der Beteiligungstreuhandnerin gehaltenen Kommanditbeteiligung unmittelbar berechtigt und verpflichtet.

70

aa) Nach §§ 683 Satz 1, 675 BGB könnte Q GmbH ohne ausdrückliche vertragliche Regelung als Treuhandkommanditistin wie ein Beauftragter Ersatz für ihre Aufwendungen (§ 670 BGB) verlangen. Auch die Eingehung einer eigenen Verbindlichkeit zur Ausführung des Auftrags stellt dabei eine Aufwendung dar, die zu einem Befreiungsanspruch des Beauftragten nach § 257 BGB führt (BGH NJW – RR 2005, 887 ff., Juris – Rdnr. 24). Q GmbH hat darüber hinaus nach § 12 IV des Gesellschaftsvertrages die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 172 IV HGB übernommen, soweit die Ausschüttungen der Gesellschaft an die Kommanditisten (Anleger) nach den handelsrechtlichen Vorschriften als Rückzahlung der vom Beteiligungstreuhandner für Rechnung seiner Treugeber geleisteten Kommanditeinlage anzusehen sind. Sie ist damit eine eigene Verbindlichkeit im Interesse ihrer Treugeber eingegangen, die berechtigt waren, die Gewinnausschüttungen der Gesellschaft an sich selbst geltend zu machen.

71

bb) Q GmbH als Treuhandnerin könnte daher – auch ohne die Regelung in § 5 Satz 1 TV – Befreiung von dieser zugunsten der Treugeber eingegangenen Verbindlichkeit verlangen. Die Rechtsstellung der Beklagten unterscheidet sich nämlich von der eines "echten" Kommanditisten nur dadurch, dass sie die gesellschafterlichen Rechte nicht unmittelbar wahrnehmen konnten und sie die Pflichten nicht unmittelbar trafen, sondern insoweit die auf ihre Rechnung handelnde Q GmbH zwischengeschaltet war. Dass die Beklagten nach dem Treuhand- und dem Gesellschaftsvertrag nicht die volle rechtliche Stellung eines Kommanditisten übernommen haben, ist typisch für das gesellschafterliche Treuhandverhältnis und führt nicht dazu, dass den Treuhandner zwar die Folgen der gesetzlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern treffen sollen, ihm insoweit jedoch die Regressmöglichkeiten gegenüber seinem Treugeber genommen werden sollen. Da Treuhand- und Gesellschaftsvertrag keine von den Regelungen der §§ 675, 670 BGB abweichenden Abreden zu entnehmen sind, bleibt es bei den Rechtsfolgen, die sich aus einem Treuhandverhältnis der vorliegenden Art im allgemeinen ergeben. Q GmbH als Treuhandkommanditistin hat gegen die Beklagten zusammenfassend einen Anspruch auf

72

Befreiung von den Verbindlichkeiten, die aus der für diese gehaltenen und verwalteten Kommanditbeteiligung notwendigerweise entstehen (vgl. BGHZ 76, 127 ff.; OLG Nürnberg WM 2009, 942 ff.).

4) Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Kläger

73

a) Q GmbH hat den Freistellungsanspruch wirksam an den Kläger nach §§ 398 ff. BGB abgetreten. Die entsprechende Vereinbarung vom 06.04.2006 (Anlage K 5) genügt den Anforderungen an das sog. Bestimmtheitserfordernis i. S. d. §§ 398 ff. BGB. Bei einer Abtretung von Forderungsmehrheiten muss die Vereinbarung in der Weise bestimmt sein, dass die Ansprüche individualisiert werden können (vgl. BGH NJW 2000, 276 ff.; Palandt/Grüneberg, 68. Auflage, § 398 BGB, Rdnr. 14 ff.). Diese Voraussetzung ist hier deswegen erfüllt, weil in Ziffer I. der Abtretungsvereinbarung sowohl der jeweilige Schuldner als auch der Gegenstand der Forderung ("Freistellungs- und Aufwendungsersatzansprüche") hinreichend konkretisiert ist.

74

b) Die am 06.04.2006 i. S. d. §§ 398 ff. BGB vorgenommene Zession ist nicht gem. § 399, 1. Alt BGB unwirksam. Danach kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne die Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.

75

aa) Die Voraussetzungen des § 399, 1. Alt. BGB liegen nicht vor, wenngleich die Zession des Anspruchs dazu führt, dass sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch umwandelt (BGHZ 71, 167 ff.; Palandt/Heinrichs § 257 BGB, Rdnr. 1). Dies hat jedoch keine inhaltliche Veränderung zur Folge, wenn die Abtretung des Freistellungsanspruchs – wie hier – gerade an den Gläubiger der zu tilgenden Schuld erfolgt (BGHZ 12, 136 ff.; Palandt/Grüneberg § 399 Rdnr. 4). Nur bei der Abtretung an einen Dritten würde der Befreiungsanspruch inhaltlich verändert, weil die Pflicht zur Freistellung allein gegenüber dem Schuldner der Verbindlichkeit besteht. Anders verhält es sich, wenn der Freistellungsanspruch an den Gläubiger der Forderung abgetreten wird. In diesem Fall ändert sich für den (Freistellungs-) Schuldner die letztlich zu erbringende Leistung – Freistellung durch Zahlung eines Geldbetrages an den Gläubiger – nicht (vgl. Palandt/Grüneberg § 399 BGB, Rdnr. 4).

76

bb) Auch der Kläger als Insolvenzverwalter ist als Gläubiger im o. g. Sinn anzusehen. Nach § 171 II HGB wird während der Dauer des Insolvenzverfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Absatz 1 zustehende Recht ausschließlich durch den Insolvenzverwalter im Interesse der Gesellschaftsgläubiger ausgeübt. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Insolvenzverwalter "Gläubiger" im materiell – rechtlichen Sinne ist; jedenfalls ist er aufgrund seiner Stellung als Partei kraft Amtes kein "Dritter", an den eine Abtretung des Freistellungsanspruches nicht erfolgen dürfte. Würde Q GmbH als Treuhänderkommanditistin ihren Freistellungsanspruch gegen die Beklagten als Treugeber realisieren, führte dies ebenfalls dazu, dass sie Zahlungen ausschließlich an den Kläger in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter nach § 171 II HGB zu erbringen hätte. In der Person des Insolvenzverwalters fallen die Zahlungsansprüche der Gesellschaftsgläubiger und die Ansprüche zusammen, hinsichtlich der die Treugeber die Treuhandkommanditistin freizustellen haben, so dass sich der vom Schuldner zu erfüllende Anspruch nach Abtretung des Freistellungsanspruches nicht verändert.

77

c) Ein vertragliches Abtretungsverbot nach § 399, 2. Alt. BGB ist gleichfalls nicht gegeben. Ein derartiges Verbot haben die Parteien weder im Treuhandvertrag vereinbart noch ergibt es sich aus Treu und Glauben (§ 242 BGB). Im Einzelnen:

78

- aa) Ein Abtretungsverbot lässt sich dem Treuhandvertrag nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte entnehmen, §§ 133, 157 BGB. Ein Verbot i. S. d. § 399, 2. Alt. BGB erfordert einen Vertrag, in dem sich die Parteien zumindest konkludent auf den Ausschluss der Abtretung verständigt haben (BGH NJW 2007, 2106 ff.; Palandt/Grüneberg § 399 BGB, Rdnr. 8). Nach der Systematik der §§ 398 BGB ff. BGB stellt die Abtretbarkeit einer Forderung den Regelfall, ihr Ausschluss demzufolge die Ausnahme dar, den die Parteien erkennbar vereinbart haben müssen. Für die Annahme eines stillschweigenden Abschlusses eines derartigen Vertrages und des hierzu erforderlichen übereinstimmenden inneren Willens der Parteien ergeben sich aus den vorliegenden Vertragswerken (Gesellschaftsvertrag, Treuhandvertrag) keine Anhaltspunkte. Insbesondere das von den Beklagten reklamierte "Recht auf Anonymität" steht einer Abtretung nicht entgegen. Ein solches Recht besteht hier schon deswegen nicht, weil nach § 1 IV TV die Treugeber ihre Ansprüche auf Ausschüttungen, auf Auszahlung von Abfindungsguthaben oder von Anteilen an dem Liquiditätserlös selbst unmittelbar gegenüber der Gesellschaft geltend zu machen hatten, so dass der Gesellschaft (bzw. nach Insolvenzeröffnung dem Insolvenzverwalter) bereits aus diesem Grund die Namen der Anleger bekannt waren. 79
- bb) Durch die Abtretung verstößt Q GmbH als Treuhandkommanditistin ferner nicht gegen Treuepflichten aus dem Treuhandvertrag. Eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen Treuhänderin und Treugeber im Rahmen des Treuhandvertrages, die einer Abtretung entgegenstehen könnte, besteht nicht. Insbesondere lässt sich dem Treuhandvertrag nicht entnehmen, dass die Treuhänderin "als Puffer auftritt und die Anleger nach außen hin abschirmt". Vielmehr war das gesamte Vertragswerk (Gesellschaftsvertrag, Treuhandvertrag) darauf ausgelegt, die Treugeber so zu stellen, als seien sie mit Rechten und Pflichten unmittelbar Kommanditisten der Fondsgesellschaft (vgl. § 4 V des Gesellschaftsvertrages). Wenn sich die Anleger entgegen ihrer Verpflichtung aus § 5 Satz 1 TV nunmehr weigern, die Treuhänderin freizustellen, kann es dieser nicht verwehrt werden, ihren Freistellungsanspruch abzutreten, um einer gegen sie selbst gerichteten Klage des Insolvenzverwalters zuvorzukommen. Zudem ist nicht ersichtlich, dass durch die Abtretung des Freistellungsanspruches gegen wirtschaftliche Interessen der Anleger verstoßen wurde. 80
- d) Der Befreiungsanspruch hat sich durch Abtretung an den gem. § 171 II HGB an Stelle der Gläubiger handelnden Kläger nach dem oben Gesagten in einen Zahlungsanspruch in Höhe der Schuld umgewandelt, von der freizustellen war (vgl. Palandt/Heinrichs § 257 BGB, Rdnr. 1 und Palandt/Grüneberg § 399 BGB, Rdnr. 4). Das ist hier die Summe der Ausschüttungen, die an die Beklagten geflossen sind und die sich auf 7.477,64 Euro, mithin die Klageforderung, beläuft. 81
- e) Die Forderung des Klägers ist weder nach §§ 389, 404, 406 BGB durch Aufrechnung erloschen noch steht den Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 320 BGB zu. Im Einzelnen: 82
- aa) Die Beklagten haben keinen Anspruch auf Zahlung von 7.477,64 Euro gegen Q GmbH aus §§ 241 I, 311 I, II BGB, §§ 280 ff., 249 ff. BGB. Zwar gilt der Grundsatz, dass derjenige, der bei den Vertragsverhandlungen als künftiger Vertragspartner, Vertreter, Sachwalter oder Garant gegenüber einem Anleger persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, für die Verletzung von Aufklärungspflichten bei den Verhandlungen über den Beitritt zu einer Anlagegesellschaft haftet (vgl. BGH NJW 1985, 380 f.; BGH NJW 1978, 1625 f.; BGH NJW – RR 1992, 542 f.; BGH NJW 2004, 3420 ff.; BGH NJW 1991, 1608 f.; BGH NJW – RR 2007, 406 ff.; BGH NJW 2006, 2410 f.; BGH NJW – RR 1990, 229 f.; BGH NJW 1993, 2865 ff.; 83

BGH NZG 2008, 661 ff.; BGH NJW 1982, 1514 ff.; Senat, Urteil vom 28.08.2006, Az.: 8 U 55/05; OLGR Hamm 2006, 863 ff.; Senat, Urteil vom 08.09.2008, Az.: 8 U 161/07; OLG München NJW – RR 2000, 624 ff.; vgl. ferner Münchener Kommentar/Emmerich § 311 BGB, Rdnr. 162 ff.; Palandt/ Grüneberg § 311 BGB, Rdnr. 71). Die Aufklärungspflicht im Rahmen von Vertragsverhandlungen erstreckt sich zudem auf alle Umstände, die für den Entschluss des anderen Teils erkennbar von wesentlicher Bedeutung sein können (vgl. Münchener Kommentar/Emmerich a. a. O.).

bb) Jedoch haben die Beklagten die erforderlichen anspruchsbegründenden Tatsachen nicht schlüssig dargelegt. Ihr Vortrag beschränkt sich weitgehend auf rechtliche Ausführungen, denen die tatsächlichen Grundlagen einer etwaigen Haftung nicht entnommen werden können. Der Tatsachenvortrag erschöpft sich im Wesentlichen in der Rüge, es habe im Rahmen der Fondszeichnung keine ausreichende Risikoauflklärung stattgefunden. Im Rahmen einer schlüssigen Sachverhaltsdarstellung hätten die Beklagten aber vortragen müssen, wann sie geschädigt worden sind, welche Personen ihnen gegenüber – ggf. in welcher Weise – gehandelt haben und welche konkreten Vermögenseinbußen ihnen daraus entstanden sind. 84

cc) Letztlich kann allerdings dahinstehen, ob Q GmbH den Beklagten aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen oder positiver Forderungsverletzung auf Schadensersatz haftet, da eine Aufrechnung mit Ansprüchen gegen die Treuhandkommanditistin bzw. die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aus §§ 273, 320 BGB ohnehin nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen ist. Die Aufrechnung scheitert an dem zwingenden Schutz, den das haftende Kapital nach den § 171 I, 172 I, IV HGB genießt (vgl. Ebenroth u. a./Henze Anhang B zu § 177a HGB, Rdnr. 102). 85

dd) Ein Kommanditist einer Publikumsgesellschaft kann – jedenfalls in der Insolvenz der KG – gegen die Verpflichtung zur Leistung der vollständigen Einlage nicht mit Ansprüchen, die ihm gegen die Gesellschaft zustehen könnten, aufrechnen. Dies würde zu einer unzulässigen Rückgewähr der Einlage führen (vgl. BGHZ 93, 159 ff.). Zwar kann die Einlage eines Kommanditisten grundsätzlich auch im Wege der Aufrechnung mit einer werthaltigen Forderung erbracht werden. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht für den Fall der Insolvenz. Dann erweist sich die Forderung des Kommanditisten als wirtschaftlich nicht werthaltig. Es widerspräche dem gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz und würde die Gesellschaftsgläubiger benachteiligen, eine solche nicht werthaltige Forderung zum Nennwert gegen den Einlageanspruch zu verrechnen (vgl. Ebenroth u. a./Henze Anhang B. zu § 177a HGB, Rdnr. 102). Der Kommanditist wird deswegen durch eine Verrechnung mit Ansprüchen, die ihm gegen die Kommanditgesellschaft zustehen, grundsätzlich nur in Höhe eines objektiven wirtschaftlichen Werts der Forderung frei (vgl. BGHZ 95, 188 ff.). Da ein solcher im Fall der Vermögenslosigkeit ersichtlich nicht besteht, erlischt die Einlageschuld durch eine solche Verrechnungserklärung nicht. 86

ee) Dieses Aufrechnungsverbot gilt im Hinblick auf den Kapitalaufbringungsgrundsatz auch für Ansprüche der Anleger gegen die Treuhänderin. Der Vorrang der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger der G KG – diese können die Treugeber nicht aus § 171 I HGB in Anspruch nehmen, weil sie nicht unmittelbar Gesellschafter sind – wird nur gewahrt, wenn die Treugeber gegenüber der Einzahlungsforderung der Q GmbH als Treuhandkommanditistin nicht mit eigenen Schadensersatzansprüchen aufrechnen und so ihre Haftung für die Einlagepflicht entwerten können (Ebenroth u. a./Henze Anhang B. zu § 177a HGB, Rdnr. 102). Es besteht insoweit ein aus § 242 BGB folgendes Aufrechnungsverbot mit Ansprüchen gegen die Treuhänderkommanditistin, weil der Zweck der von den Beklagten geschuldeten 87

Leistung eine Leistungserfüllung im Wege der Aufrechnung ausschließt. Die Beklagten als "Treugeber – Kommanditisten" sollten nämlich durch die Einschaltung des Treuhänders rechtlich nicht besser gestellt werden, als wenn sie eine unmittelbare Kommanditistenstellung erworben hätten (vgl. BGH NJW 1980, 1162 f.; BGH NJW 2001, 2718 ff.).

f) Die Beklagten sind außerdem nicht berechtigt, die Leistung nach § 214 I BGB zu verweigern, da weder der Freistellungsanspruch der Q GmbH im Zeitpunkt der Abtretung an den Kläger (§ 404 BGB) noch der klageweise geltend gemachte Zahlungsanspruch bei Klagezustellung (§§ 253 I, 261 I ZPO) verjährt war. 88

aa) Die Verjährung des durch die Auszahlung von Gewinnen wieder aufgelebten Anspruchs auf Einzahlung des haftenden Kapitals läuft nicht bereits mit dem haftungsbegründenden Auszahlungsvorgang an. Die durch die Auszahlung von Gewinnen entstehende Unterdeckung des Kapitalkontos stellt eine bloße Tatbestandsvoraussetzung für die Haftung des Kommanditisten nach § 172 IV, 171 I, II HGB dar und ist als solche nicht maßgebend für den Verjährungsbeginn. Die Verjährung der Haftung des Kommanditisten regelt sich vielmehr nach den Vorschriften der §§ 159, 160 HGB i. V. m. § 161 II HGB (Ebenroth u. a./Hillmann § 159 HGB, Rdnr. 7; Baumbach/Hopt § 161 HGB, Rdnr. 14). Solange die Gesellschaft außenstehenden Gläubigern unverjährt haftet und diese nach den § 171 I, 172 IV HGB den Kommanditisten in Anspruch nehmen können, besteht auch dessen Innenhaftung auf Einzahlung der geschuldeten Einlage, die im Fall der Insolvenz der Insolvenzverwalter realisieren kann. Bei einer direkten Haftung der Beklagten als Kommanditisten wäre somit der in § 159 II HGB statuierte Verjährungsbeginn, also die Auflösung der Gesellschaft, maßgebend, der frühestens mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 20.04.2006 eintreten konnte. 89

bb) Auch die Verjährungsfrist für den Freistellungsanspruch der Q GmbH als Treuhandkommanditistin nach § 5 Satz 1 TV beginnt nicht vor dem Entstehen des Hauptanspruches zu laufen. Der Beginn der Verjährung muss daher zeitlich nach der Inanspruchnahme der Q GmbH durch den Kläger als Insolvenzverwalter liegen. Die Haftung der Treuhandkommanditistin nach § 172 IV HGB besteht – in ihrer Höhe abhängig von den Forderungen der einzelnen Gläubiger und abhängig von der Unterdeckung des Kapitalanteils – andauernd fort, solange die Gesellschaft existiert (vgl. OLG Nürnberg WM 2009, 942 ff.; Baumbach/Hopt § 128 HGB, Rdnr. 4). Für die Treuhandkommanditistin entsteht daher auch fortlaufend immer wieder ein Befreiungsanspruch nach § 5 Satz 1 TV gegen die Anleger, jeweils bemessen nach der eigenen Haftung und in unterschiedlicher Höhe. Der Freistellungsanspruch kann daher auch nicht vor der Verjährung des Hauptanspruches nach § 172 IV HGB verjähren (OLG Nürnberg a. a. O.). Dieses Ergebnis trägt ferner den Grundsätzen Rechnung, wonach derjenige, der sich nur mittelbar über einen Treuhandkommanditisten an einer Publikumsgesellschaft beteiligt, nicht besser stehen soll, als wenn er sich unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt hätte (vgl. BGH NJW 1980, 1163 f.). Bei dieser rechtlichen Konstruktion dürfen auch die Gläubiger nicht allein deshalb schlechter gestellt werden, weil ihnen ein Treuhänder unmittelbar nach § 172 IV HGB haftet, nicht jedoch die "Treugeber – Kommanditisten", denen letztlich die Gewinnentnahmen zugute gekommen sind. Wollte man den Verjährungsbeginn des Freistellungsanspruchs der Treuhänderin auf den Zeitpunkt der Ausschüttungen festlegen, so würde bei Publikumsgesellschaften mit Zwischenschaltung einer Treuhänderin der Anspruch der Gläubiger nach §§ 171, 172 HGB wirtschaftlich leerlaufen, wenn die Treuhandkommanditistin vermögenslos ist. Der Schutz des haftenden Kapitals kann nur gewährleistet werden, wenn auch der Freistellungsanspruch der Treuhänderin erst mit der Auflösung der Gesellschaft zu verjähren beginnt (OLG Nürnberg a. a. O.). 90

cc) Da die in § 159 I HGB statuierte Verjährungsfrist frühestens am 20.04.2006 zu laufen begann, wurde die Verjährung nach § 204 I Nr. 1 BGB rechtzeitig mit Klageerhebung (§§ 253 I, 261 I ZPO) gehemmt, da die Klagezustellung am 25.07.2007 erfolgte.	91
<u>III. Zinsanspruch:</u>	92
Der Kläger hat gegen die Beklagten zudem Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21.11.006 gem. §§ 280 ff., 286, 288 BGB.	93
<u>C. Anschlussberufung:</u>	94
Die Anschlussberufung ist zulässig und in vollem Umfang begründet.	95
<u>I. Zulässigkeit:</u>	96
Die Anschlussberufung ist nach § 524 ZPO zulässig; insbesondere hat der Kläger die Frist des § 524 II Satz 2 ZPO gewahrt. Da ihm keine Erwidierungsfrist gesetzt wurde, ist eine Anschließung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz möglich (Zöller/Heßler § 524 ZPO, Rdnr. 10). Dass der Kläger lediglich in Höhe eines geltend gemachten Betrages von 68,01 Euro unterlegen war, hat auf die Zulässigkeit der Anschlussberufung – selbst mit Blick auf § 511 II Nr. 1 ZPO – keinen Einfluss, da eine Beschwer als Zulassungsvoraussetzung nicht gegeben sein muss (Zöller/Heßler § 524 ZPO, Rdnr. 31; BGH NJW 1980, 702); insbesondere muss die Berufungssumme nicht erreicht sein (Zöller a. a. O.).	97
<u>II. Begründetheit:</u>	98
Die Anschlussberufung ist darüber hinaus begründet; der Kläger hat gegen die Beklagten Anspruch auf Zahlung von insgesamt 7.477,64 Euro nebst Zinsen aus §§ 171 I, II, 172 IV HGB i. V. m. § 5 Satz 1 TV, §§ 398 ff. BGB und §§ 280 ff., 286, 288 BGB. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann zunächst in vollem Umfang auf die Ausführungen unter B. verwiesen werden. Die Beklagten haben die vom Landgericht nicht zugesprochenen 68,01 Euro an den Kläger zu erstatten. Auch wenn in den Bilanzen für die Jahre 1999 bis 2002 Jahresüberschüsse ausgewiesen sind, ist erneut zu betonen, dass eine Zuweisung von Gewinnanteilen zugunsten der Kommanditisten und eine Verbuchung auf deren bewegliche Konten oder eine – ggf. auch spätere – Verrechnung auf ihre Kapitalkonten nicht schlüssig dargelegt wurde.	99
C.	100
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711, 713 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 8 EGZPO.	101
Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision gem. § 543 II ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache besitzt weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.	102
