

---

**Datum:** 22.03.2001  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 18. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 18 U 69/00  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2001:0322.18U69.00.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Aachen, 8 O 249/99

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Kläger wird das am 08.12.1999 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 8 O 249/99 - abgeändert und wie folgt neu gefasst: Es wird festgestellt, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat. Es wird festgestellt, dass die Kläger durch mündlichen Vertrag vom 01.06.1987, bestätigt in der handschriftlichen Urkunde vom 22.09.1998, Anlage K 1, den Beklagten rechtswirksam beauftragten, Geschäftsanteile der Firma E. & Co. GmbH zu 35 % für den Kläger zu 1) und zu 20 % für den Kläger zu 2) zu erwerben. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch die Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung in der selben Höhe Sicherheit leisten. Die Sicherheitsleistungen können jeweils auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbracht werden.

---

**Tatbestand:**

Die Kläger trafen am 01.06.1987 mündlich mit dem Beklagten in D. eine Vereinbarung über eine Beteiligung an der Firma E. & Co. GmbH, HRB 423, Amtsgericht H..

Danach sollte sich der Beklagte im Zuge einer Kapitalerhöhung von 100.000,00 DM auf 600.000,00 DM durch Beitritt an der Gesellschaft beteiligen und einen Geschäftsanteil in Höhe von 306.000,00 DM erwerben. Die Kläger sollten an diesem Geschäftsanteil wie folgt

1

2

3

beteiligt sein:

Der Kläger zu 1) sollte 20 % des Kapitalanteils halten, das heißt einen Anteil von 120.000,00 DM. 4

Der Kläger zu 2) sollte 11 % halten, das heißt einen Anteil von 66.000,00 DM. 5

Der Beklagte sollte ebenfalls 20 %, das heißt einen Anteil von 120.000,00 DM erhalten. 6

Weitere Einzelheiten der Vereinbarung vom 01.06.1987 sind zwischen den Parteien streitig. 7

In Erfüllung der Vereinbarung vom 01.06.1987 zahlten die Kläger Anfang Juni 1987 ca. 1,4 Mio. DM an den Beklagten, und zwar der Kläger zu 2) 258.823,52 DM und der Kläger zu 1) 470.588,22 DM. Einen Betrag in Höhe von 470.588,22 DM überließen beide Kläger dem Beklagten darlehensweise. Weiterhin wurde ein Darlehen von 200.000,00 DM der Firma E. & Co. GmbH zur Verfügung gestellt. 8

Der Beklagte erwarb den Geschäftsanteil von 306.000,00 DM nach der Kapitalerhöhung der Fa. E. & Co. GmbH durch notariellen Vertrag vom 22.06.1987. Den weiteren nach der Kapitalerhöhung bestehenden Geschäftsanteil von 294.000,00 DM behielt Herr E.. Auf die Verträge K 2 (Bl. 13 - 15 d.A.) und K 3 (Bl. 16 - 24 d. A.) wird Bezug genommen. 9

In § 10 a des Gesellschaftsvertrages (Bl. 23 d. A.) war vereinbart, dass beim Tode des Gesellschafters E. dessen Anteil auf den Beklagten übergehen sollte. Hierbei sollte es sich um eine Gegenleistung des Herrn E. für die vom Beklagten an ihn gezahlten Beträge handeln. 10

Der Gesellschafter E. übertrug später 10 % der gesamten Geschäftsanteile, das heißt einen Geschäftsanteil in Höhe von 60.000,00 DM, an Herrn M.. 11

Am 10.03.1988 verstarb Herr E.. Sein Geschäftsanteil in Höhe von 234.000,00 DM ging auf den Beklagten über. 12

Durch schriftliche Niederschrift vom 22.09.1988 fixierten die Parteien in D. eine vertragliche Vereinbarung. Dort heißt es in Art. 2: 13

"Der Prozentsatz von 39 %, den Herr F. R. von Herrn W. E. vor dem Tod des letzteren, zugunsten der Gruppe erworben hat, wird auf die Teilnehmer im Verhältnis zu den jeweiligen Anteilen geteilt, nämlich: 14

An Herrn M. A. AT. 15

$39 \times 11 = 8,4$  % einvernehmlich aufgerundet auf 9 % = neun 16

51 Prozent 17

An Herrn Ma. NO. 18

$39 \times 20 = 15,3$  % einvernehmlich abgerundet auf 15 % = fünf- 19

51 zehn 20

Prozent 21

22

An Herrn F. R.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 39 x 20 = 15,3 % einvernehmlich abgerundet auf 15 % = fünf-                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 23 |
| 51 zehn                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 24 |
| Prozent                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 25 |
| Somit belaufen sich die Anteile nach Teilung des Prozentsatzes von 39 % auf (Dies in der Annahme, dass Herr M. keinen Einspruch dagegen erhebt bzw. keinen Prozentsatz für sich verlangt. Andernfalls wird die Teilung des 39 %-Satzes revidiert):                                                                                                                                                                                           | 26 |
| M. A. AT. 20 % Zwanzig Prozent                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 27 |
| Ma. NO. 35 % Fünfunddreißig Prozent                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 28 |
| F. R. 35 % Fünfunddreißig Prozent                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 29 |
| 90 %"                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 30 |
| In Art. 9 der Niederschrift wurde festgehalten:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 31 |
| "Herr F. R. wird damit beauftragt, den Inhalt dieser Niederschrift durch den Rechtsanwalt bestätigen zu lassen und die bestgeeignete und angebrachte Methode für die entsprechende Eintragung der Anteile auf die Teilnehmer zu überprüfen."                                                                                                                                                                                                 | 32 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten der Vereinbarung vom 22.09.1998 wird auf die Übersetzung Bl. 7 - 9 d. A. Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 33 |
| Durch notariellen Vertrag vom 23.02.1994 trat der Beklagte einen Geschäftsanteil von 120.000,00 DM an den Kläger zu 1) ab. Es wird auf den notariellen Vertrag vom 23.02.1994 Bl. 25 ff. d.A. verwiesen.                                                                                                                                                                                                                                     | 34 |
| Am 15.12.1994 schlossen der Beklagte und der Kläger zu 2) einen notariellen Treuhandvertrag über einen Geschäftsanteil der Firma E. & Co. GmbH in Höhe von 66.000,00 DM . Es wird auf Bl. 98 ff. d. A. verwiesen.                                                                                                                                                                                                                            | 35 |
| Durch Schreiben vom 15.01.1999 (Bl. 27 f. d. A.) forderten die Kläger den Beklagten auf, bis zum 25.01.1999 einen Geschäftsanteil des Klägers zu 1) in Höhe von 90.000,00 DM und Geschäftsanteile des Klägers zu 2) in Höhe von 120.000,00 DM an eine lische Anstalt abzutreten.                                                                                                                                                             | 36 |
| Diese Aufforderung lehnte der Beklagte mit Schreiben vom 18.02.1999 (Bl. 30 f. d. A.) ab.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 37 |
| Die Kläger haben behauptet, die Parteien hätten sich beim Treffen am 01.06.1987 in D. mündlich dahingehend geeinigt, dass der Beklagte die auf die Kläger entfallenden Geschäftsanteile erwerben und für diese treuhänderisch halten solle. Die Niederschrift vom 22.09.1988 und die dort festgelegte Aufteilung der Geschäftsanteile seien lediglich eine Fixierung dessen, was die Parteien bereits am 01.06.1987 in D. vereinbart hätten. | 38 |
| Die Kläger haben die Ansicht vertreten, es bestehe ein Anspruch auf Abtretung gegen den Beklagten hinsichtlich der treuhänderisch für sie gehaltenen Geschäftsanteile. Der Beklagte sei zumindest gemäß § 667 BGB zur Übertragung der Geschäftsanteile verpflichtet. Die mündliche Treuhandvereinbarung sei formwirksam, da die Vorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG                                                                             | 39 |

nicht auf die Treuhandvereinbarung vom 01.06.1987 Anwendung finde. Die Kapitalanteile, auf die sich die Vereinbarung bezogen habe, seien zu dem Zeitpunkt der Absprache noch nicht existent gewesen. Sollte das Treuhandverhältnis zwischen den Parteien wegen eines Formmangels unwirksam sein, so sei der Beklagte verpflichtet, die zum Geschäftsanteilserwerb erhaltenen Geldleistungen in Höhe von 258.823,52 DM und 470.588,22 DM an sie zurückzuzahlen.

Die Kläger haben beantragt, 40

den Beklagten zu verurteilen, 41

1. die Aufteilung eines Geschäftsanteils an der Gesellschaft E. & Co. GmbH mit Sitz in Sp., 42  
eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts H., HRB 423, in Höhe von 90.000,00  
DM aus dessen Stammeinlage zu 234.000,00 DM und die Abtretung des Anteils zu 90.000,00  
DM an den Kläger zu 1) zu erklären;
1. die Aufteilung eines Geschäftsanteils an der Gesellschaft E. & Co. GmbH mit Sitz in Sp., 43  
eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts H., HRB 423, in Höhe von 66.000,00  
DM aus seiner Stammeinlage von 306.000,00 DM und in Höhe von 54.000,00 DM aus seiner  
Stammeinlage von 234.000,00 DM zu erklären und die Abtretung dieser beiden Anteile in  
Höhe von 54.000,00 DM und 66.000,00 DM an den Kläger zu 2) zu erklären;
1. binnen Monatsfrist ab Rechtskraft des Endurteils eine außerordentliche 44  
Gesellschafterversammlung der Firma E. & Co. GmbH, mit Sitz in Sp., eingetragen im  
Handelsregister des Amtsgerichts H., HRB 423, abzuhalten mit folgender Tagesordnung:
  - Erteilung der Genehmigung der Gesellschafter der Firma E. & Co. GmbH zur Aufteilung 45  
und Übertragung von Geschäftsanteilen zu 90.000,00 DM aus dessen Stammeinlage von  
234.000,00 DM vom Beklagten an den Kläger zu 1) und zur Aufteilung und Übertragung von  
weiteren 120.000,00 DM aus dessen Stammeinlage von 306.000,00 DM, die vom Beklagten  
an den Kläger zu 1) in notarieller Urkunde - UR-Nr. .../1994 vom 23.02.1995, Notar W. Z., A.,  
abgetreten wurden;
  - Erteilung der Genehmigung der Gesellschafter der Firma E. & Co. GmbH zur Aufteilung 46  
und Übertragung zweier Geschäftsanteile von 54.000,00 DM aus dessen Stammeinlage  
von 234.000,00 DM und 66.000,00 DM aus dessen Stammeinlage von 306.000,00 DM von  
dem Beklagten an den Kläger zu 2);
1. im Rahmen der Gesellschafterversammlung für die Genehmigung der Aufteilungen und 47  
der Abtretungen der Geschäftsanteile gemäß Ziffer 3 (1) und (2) an die Kläger zu 1) und  
2) zu stimmen mit mindestens gesamt 330.000,00 DM Stammkapitalanteil;
1. die Abgabe der schriftlichen Aufteilungsgenehmigung gemäß Ziffer 3. (1) und (2) durch 48  
die E. & Co. GmbH an die Kläger zu 1) und 2) herbeizuführen.

Hilfsweise haben sie beantragt, 49

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger zu 1) 470.588,22 DM zuzüglich 4 % Zinsen 50  
hieraus seit dem 21.09.1999 und an den Kläger zu 2) 258.823,52 DM zuzüglich 4 % Zinsen  
seit dem 21.09.1999 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 51

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 52 |
| die Klage abzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 53 |
| Er hat bestritten, dass die Vereinbarung vom 22.09.1988 lediglich die Bestätigung einer bereits zuvor am 01.06.1987 in D. getroffenen mündlichen Vereinbarung gewesen sei. Die Vereinbarung über die weiteren 39 % der Geschäftsanteile, die er erst nach dem Tod von Herrn E. erhalten habe, und ihre Aufteilung sei erst durch schriftlichen Vertrag vom 22.09.1988 getroffen worden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 54 |
| Er hat die Ansicht vertreten, die Vereinbarung hinsichtlich dieser 39 % der Geschäftsanteile sei formunwirksam, wenn sie als Treuhandvereinbarung zu qualifizieren sei, da die Geschäftsanteile am 22.09.1988 bereits existiert hätten. Eine Verpflichtung zu Übertragung der Geschäftsanteile an die Kläger bestehe zudem nicht, weil das Engagement der Kläger nur als Kapitalanlage gedacht gewesen sei.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 55 |
| Gegenüber eventuellen Ansprüchen der Kläger auf Rückabwicklung der an ihn geleisteten Zahlungen hat sich der Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. In diesem Zusammenhang hat er vorgetragen, er habe für das Unternehmen erhebliche Aufwendungen getätigt, um dieses vor dem Konkurs zu retten. So habe er der Gesellschaft ein Darlehen in Höhe von 600.000,00 DM gewährt und Bürgschaften von 1,5 Mio. DM übernommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 56 |
| Das Landgericht hat mit dem am 08.12.1999 verkündeten Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, ein Anspruch auf Abtretung der GmbH-Anteile bestehe deshalb nicht, weil sich die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nach den Regeln der Innengesellschaft gemäß §§ 705 ff BGB richteten. Eine möglicherweise erfolgte Kündigung der Innengesellschaft könne erst Wirkungen zum 31.12.1999 entfalten. Der Hilfsantrag sei unbegründet. Ein Anspruch auf Rückzahlung der an den Beklagten erfolgten Geldleistungen bestehe nicht, weil Zahlungsansprüche nur nach einer Auseinandersetzung der Gesellschaft geltend gemacht werden könnten. Hierzu sei die Ermittlung eines Auseinandersetzungsguthabens erforderlich. | 57 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und der Begründung der Kammer wird auf Bl. 107 - 118 d. A. Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 58 |
| Gegen dieses den Klägern am 10.12.1999 zugestellte Urteil haben diese am 06.01.2000 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist rechtzeitig begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 59 |
| Die Kläger wiederholen und vertiefen ihren erstinstanzlichen Vortrag.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 60 |
| Sie behaupten, bereits Anfang Juni 1987 sei in D. mündlich zwischen den Parteien vereinbart worden, dass das Stammkapital der Firma E. & Co. GmbH um 500.000,00 DM auf insgesamt 600.000,00 DM erhöht werden solle. Das Stammkapital habe nach der mündlichen Vereinbarung dahingehend aufgeteilt werden sollen, dass der damalige Alleingesellschafter E. 49 % (294.000,00 DM), der Beklagte 20 % (120.000,00 DM), der Kläger zu 1) 20 % (= 120.000,00 DM) und der Kläger zu 2) 11 % (66.000,00 DM) der Geschäftsanteile erhalten solle.                                                                                                                                                                                                      | 61 |
| Bereits damals sei vereinbart gewesen, dass im Falle einer Kündigung durch den Gesellschafter E. sowie für den Fall seines Todes dessen Anteile auf den Beklagten übergehen sollten. Auch bezüglich dieser dem Beklagten erst zukünftig zustehenden Anteile                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 62 |

sei damals zwischen den Parteien verabredet worden, dass die Kläger auch diese Anteile entsprechend dem bereits bestehenden Beteiligungsverhältnis erwerben sollten. Die Kläger hätten sich entgegen den Ausführungen in dem angegriffenen Urteil nicht in der Form einer Innengesellschaft beteiligen wollen. Vielmehr habe der Beklagte alle Anteile treuhänderisch halten sollen. Für eine treuhänderische Beteiligung gebe es zahlreiche Anhaltspunkte, etwa die teilweise Erfüllung der Vereinbarung durch den Beklagten durch Übertragung des Geschäftsanteils von 120.000,00 DM an den Kläger zu 1). Die am 01.06.1987 getroffenen mündlichen Abmachungen seien durch schriftliche Vereinbarung vom 22.09.1988 lediglich zusammengefasst und fixiert worden.

Die Kläger sind der Ansicht, die zwischen den Parteien getroffene Treuhandvereinbarung sei 63  
formfrei wirksam gewesen, weil am 01.06.1987 die Kapitalanteile, über die die Abmachung  
getroffen worden sei, noch nicht existiert hätten.

Für den Fall, dass die Vereinbarung (teilweise) wegen der fehlenden notariellen Beurkundung 64  
unwirksam gewesen sei, müsse von einer Gesamtnichtigkeit der ursprünglichen  
Treuhandvereinbarung ausgegangen werden. Für diesen Fall seien die an den Beklagten  
ausgezählten Beträge von 258.823,52 DM und 470.588,22 DM von diesem an sie  
zurückzuzahlen. Sollte entgegen ihrer Auffassung von einer Innengesellschaft auszugehen  
sein, bestehe jedenfalls ein Feststellungsinteresse, dass eine Innengesellschaft begründet  
worden sei.

Ursprünglich haben die Kläger beantragt, 65

unter Abänderung des angefochtenen Urteils 66

67

den Beklagten zu verurteilen, 68

69

II. 70

1. die Aufteilung seines Geschäftsanteils an der Gesellschaft E. & Co. GmbH mit Sitz in Sp., 71  
eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts H., HRB 423, in Höhe von 90.000,00  
DM aus dessen Stammeinlage zu 234.000,00 DM und die Abtretung des Anteils zu 90.000,00  
DM an den Kläger zu 1) zu erklären.

2. Die Aufteilung seines Geschäftsanteils an der Gesellschaft E. & Co. GmbH mit Sitz in Sp.,  
eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts H., HRB 423, in Höhe von 66.000,00 DM  
aus seiner Stammeinlage von 306.000,00 DM und in Höhe von 54.000,00 DM aus seiner  
Stammeinlage von 234.000,00 DM zu erklären und die Abtretung dieser beiden Anteile in  
Höhe von 54.000,00 DM und 66.000,00 DM an den Kläger zu 2) zu erklären.

1. Binnen Monatsfrist ab Rechtskraft des Endurteils eine außerordentliche 72  
Gesellschafterversammlung der Firma E. & Co. GmbH, mit Sitz in Sp., eingetragen im  
Handelsregister des Amtsgerichts H., HRB 423, abzuhalten, mit folgender Tagesordnung:

- Erteilung der Genehmigung der Gesellschafterversammlung der Firma E. & Co. GmbH 73  
zur Aufteilung der Übertragung von Geschäftsanteilen zu 90.000,00 DM aus dessen  
Stammeinlage von 234.000,00 DM vom Beklagten an den Kläger zu 1) und zur Aufteilung  
und Übertragung von weiteren 120.000,00 DM aus dessen Stammeinlage von 306.000,00

DM, die vom Beklagten an den Kläger zu 1) in notarieller Urkunde, UR-Nr. .../1994 vom 23.02.1994, Notar W. Z., A., abgetreten wurden.

- Erteilung der Genehmigung der Gesellschafterversammlung der Firma E. & Co. GmbH zur Aufteilung und Übertragung zweier Geschäftsanteile von 54.000,00 DM aus dessen Stammeinlage von 234.000,00 DM und 66.000,00 DM aus dessen Stammeinlage von 306.000,00 DM von dem Beklagten an den Kläger zu 2). 74
  - 1. Im Rahmen der Gesellschafterversammlung für die Genehmigung der Aufteilungen und der Abtretungen der Geschäftsanteile gemäß Ziffer II. 3. (1) und (2) an die Kläger zu 1) und 2) mit seinen Anteilen zu 306.000,00 DM und 234.000,00 DM zu stimmen, die schriftliche Protokollierung der Beschlüsse herbeizuführen und eine schriftliche Bestätigung über die Beschlussfassung durch die Geschäftsführung, hilfsweise, je eine beglaubigte Abschrift des Beschlussprotokolls den Kläger vorzulegen. 75
  - 1. Die schriftlichen Aufteilungsgenehmigung gemäß Ziffer 3. (1) und (2) durch die Firma E. & Co. GmbH an die Kläger zu 1) und 2) herbeizuführen. 76
- 77
- 78
- III. Hilfsweise zu II. beantragen sie, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger zu 1) 470.588,22 DM zuzüglich 4 % Zinsen hieraus seit dem 21.09.1999 und an den Kläger zu 2) 258.823,52 DM zuzüglich 4 % Zinsen seit dem 21.09.1999 zu bezahlen. 79
- 80
- IV. Hilfsweise zu III. beantragen die Kläger festzustellen, dass die Kläger zu 1) und zu 2) mit dem Beklagten eine Innengesellschaft aufgrund der Vereinbarung vom 01.06.1987, schriftlich niedergelegt am 22.09.1998, vereinbarten, wonach an den Stammkapitalbeteiligungen des Beklagten an der Firma E. & Co. GmbH, mit Sitz in Sp., eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts H. unter HRB 423, der Kläger zu 1) mit einem Anteilsnominalbetrag von 90.000,00 DM (bezogen auf das Stammkapital der E. & Co. GmbH) und der Kläger zu 2) mit einem Anteilsnominalbetrag von 54.000,00 DM (bezogen auf das Stammkapital der E. & Co. GmbH) unterbeteiligt sind. 81
- 82
- V. Hilfsweise zu IV. beantragen die Kläger, 83
- 84
- den Beklagten zu verurteilen, 85
1. Rechnung zu legen, über die Gewinne und Verluste, die bis Ende 1999 auf die Geschäftsanteile des Klägers zu 1) in Höhe von 90.000,00 DM und auf die Geschäftsanteile des Klägers zu 2) in Höhe von 54.000,00 DM entfielen. Die Rechnungslegung anhand des testierten Jahresabschlusses 1999 der E. & Co. GmbH zu belegen. 86

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Den nach Rechnungslegung zu beziffernden Auszahlungsbetrag zuzüglich gesetzlicher Verzinsung auszubezahlen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |     |
| Der Beklagte hat beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 88  |
| die Berufung zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 89  |
| Die Firma E. & Co. GmbH stellte am 27.09.2000 den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dieses wurde durch Beschluss des Amtsgerichts E. vom 09.10.2000 eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt. Am 17.10.2000 ging beim Amtsgericht E. die Anzeige des Insolvenzverwalters ein, dass Masseunzulänglichkeit vorliegt.                                                                                                                                            | 90  |
| Durch Schreiben vom 18.12.2000 teilten die Kläger dem Beklagten mit, dass sie nunmehr die Erfüllung der Übertragungsverpflichtung mangels Interesse ablehnen und den Auftrag zum Erwerb der Anteile widerrufen (vgl. Bl. 282 f. d. A.). Die Kläger behielten sich vor, Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend zu machen.                                                                                                                                        | 91  |
| Die Kläger sind der Auffassung, aufgrund der Erklärung vom 18.12.2000 könnten sie die Übertragung der Geschäftsanteile nicht weiter fordern. Der Rechtsstreit habe sich in der Hauptsache erledigt. Es bestehe ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Auftragsverhältnisses, da diese Frage für spätere Rechtsstreitigkeiten über Schadensersatzansprüche von erheblicher Bedeutung sei. Solche Ansprüche seien vom Bestehen eines Auftragsverhältnisses abhängig. | 92  |
| Die Kläger beantragen unter hilfsweiser Aufrechterhaltung der ursprünglichen Leistungsanträge II. 1. bis 5. und hilfsweiser Aufrechterhaltung der weiteren Hilfsanträge III. bis V.,                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 93  |
| 1. festzustellen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist;                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 94  |
| 1. feststellen, dass die Kläger aufgrund Auftragsverhältnisses, zustande gekommen durch mündlichen Vertrag vom 01.06.1987, bestätigt in handschriftlicher Urkunde vom 22.09.1988, Anlage K 1, den Beklagten rechtswirksam beauftragten, Geschäftsanteile an Firma E. & Co. GmbH zu 35 % für den Kläger zu 1) und zu 20 % für den Kläger zu 2) zu erwerben.                                                                                                                    | 95  |
| Der Beklagte widerspricht der Erledigungserklärung und beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 96  |
| 1. die Berufung mit den gestellten Anträgen zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 97  |
| 1. Die Berufung hinsichtlich der Anträge I., II.1., II.2., II.3. (2), II.4., II.5. sowie der hilfsweise gestellten Anträge III. und V.1., V.2. zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 98  |
| 1. Der unter IV. hilfsweise gestellte Antrag wird hilfsweise unter Verwahrung gegen die Kostenlast anerkannt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 99  |
| Der Beklagte ist der Auffassung, der Rechtsstreit habe sich in der Hauptsache nicht erledigt. Durch die Erklärung vom 18.12.2000 sei der Übertragungsanspruch hinsichtlich der Geschäftsanteile nicht untergegangen, da die Voraussetzungen einer Leistungsablehnung gemäß § 286 Abs. 2 BGB nicht vorgelegen hätten. Zwischen Verzug und Interessenwegfall bestehe kein Kausalzusammenhang, da das Interesse der Kläger nur aufgrund der Insolvenz                            | 100 |

der Firma E. & Co. GmbH weggefallen sei. Hinsichtlich des nunmehr gestellten Feststellungsantrags fehle zudem ein Feststellungsinteresse.

Er ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen und bestreitet, dass vor dem 22.09.1988 Gespräche über die Aufteilung der nach dem Tod des Gesellschafters E.s auf den Beklagten übergegangenen GmbH-Anteile geführt und Vereinbarungen hierüber getroffen wurden. Sinn und Zweck der Vereinbarungen zwischen den Parteien sei eine Unterbeteiligung gewesen und kein dem Auftragsrecht unterfallendes Treuhandverhältnis. Er ist der Ansicht, auf den vorliegenden Fall sei das syrische Recht anwendbar. 101

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils sowie die Schriftsätze der Parteien nebst eingereichten Unterlagen verwiesen. 102

Der Senat hat Beweis erhoben aufgrund des Beweisbeschlusses vom 24.08.2000 (Bl. 243 f. d. A.) durch Vernehmung des Zeugen Dr. No.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 30.11.2000 (Bl. 270 ff.) verwiesen. 103

**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e:** 104

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache Erfolg. 105

1. Nachdem die Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und der Beklagte der Erledigungserklärung widersprochen haben, ist vom Senat hinsichtlich des Klageantrags zu 1) zu prüfen, ob der Antrag auf Feststellung, dass sich die Hauptsache erledigt hat, begründet ist. Dies ist dann der Fall, wenn die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war und durch ein nachträgliches Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist (vgl. BGH NJW 1986, 588; Zöller, ZPO, 22. Auflage, § 91 a, Rn. 43). 106

1. Die von den Klägern ursprünglich gestellten Anträge zu 1) und zu 2) waren zulässig und begründet. Der Kläger zu 1) hatte gegen den Beklagten einen Anspruch auf Aufteilung und Abtretung eines Geschäftsanteils von 90.000,00 DM aus dessen Stammeinlage von 234.000,00 DM sowie der Kläger zu 2) einen Anspruch auf Aufteilung und Abtretung eines Geschäftsanteils von 66.000,00 DM aus der Stammeinlage von 306.000,00 DM und von 54.000,00 DM aus der Stammeinlage von 234.000,00 DM. 107

Auch die übrigen von den Klägern zunächst gestellten Anträge zu 3)-5) waren zulässig und begründet. 108

Ein solcher Anspruch auf Abtretung der Geschäftsanteile ergab sich aus § 667 BGB in Verbindung mit der am 01.06.1987 getroffenen Treuhandvereinbarung und dem Beendigungsschreiben hinsichtlich der Treuhandvereinbarung vom 15.01.1999. 109

1. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist auf die zwischen den Parteien bestehende Rechtsbeziehung nicht syrisches, sondern deutsches Recht anwendbar. 110

Es kann dabei dahinstehen, ob die Parteien eine konkludente Rechtswahl gemäß Art. 27 EGBGB getroffen haben, weil sie sich zunächst übereinstimmend auf deutsches Recht beriefen. Letztlich kommt es hierauf nicht an, weil deutsches Recht jedenfalls gemäß Art. 28 Abs. 1, Abs. 2 EGBGB anwendbar ist. Gemäß dieser Vorschrift unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Dabei wird vermutet, dass 111

der Vertrag die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat ( Art. 28 Abs. 2 ).

Vorliegend schuldete der Beklagte den Erwerb von GmbH-Anteilen an der Firma E. & Co. GmbH und deren treuhänderische Verwaltung in Deutschland. Unstreitig hatte der Beklagte im fraglichen Zeitraum 1987 und 1988 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. 112

1. Auf die von den Parteien gewählte Beteiligungsform sind entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht die Regeln der Gesellschaft gemäß §§ 705 ff. BGB anwendbar, sondern die auftragsrechtlichen Bestimmungen. 113

Für die Frage, welche gesetzlichen Bestimmungen Anwendung finden, kommt es nicht darauf an, ob das Vertragsverhältnis als Treuhand oder Beteiligung bezeichnet wird. Maßgeblich ist vielmehr, wie der Vertrag zwischen den Parteien inhaltlich gestaltet ist. Hält der Hauptbeteiligte den Anteil an der Gesellschaft in vollem Umfang für den anderen Beteiligten, wird es in ihrem Verhältnis zueinander regelmäßig an der für ein Gesellschaftsverhältnis typischen Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes fehlen (BGH WM 1994, 1477 ff.; BGH NJW-RR 1995, 165 f.; außerdem BGH DB 1965, 1589). In einem solchen Fall untersteht die vertragliche Beziehung der Parteien auftragsrechtlichen Bestimmungen. 114

Ein zur Anwendung von §§ 705 ff. BGB führendes Vertragsverhältnis liegt hingegen vor, wenn der hauptbeteiligte Gesellschafter einen Teil seines Anteils für den Unterbeteiligten hält, im übrigen aber eigene Interessen in der Gesellschaft verfolgt (BGH WM 1994, 1477 ff.). 115

Der Senat geht im vorliegenden Fall aufgrund der Gesamtumstände davon aus, dass zwischen den Parteien ein Treuhandverhältnis gewollt war und deshalb die Regeln des Auftragsrechts anwendbar sind. 116

Hierfür spricht bereits die schriftliche Vereinbarung vom 22.09.1988, die unstreitig den Willen der Parteien hinsichtlich der Ausgestaltung des Beteiligungsverhältnisses wiedergibt. In Art. 9 der Vereinbarung ist ausdrücklich festgehalten, dass der Beklagte beauftragt wird, "die bestgeeignete und angebrachte Methode für die entsprechende Eintragung der Anteile auf die Teilnehmer zu prüfen". Daraus ergibt sich, dass die Parteien davon ausgingen, dass nicht allein der Beklagte sondern auch die Kläger Anteilseigner an der GmbH selbst werden sollten und der Beklagte bis zur Eintragung der Anteile diese im Auftrag der Kläger verwalten sollte. Die ausdrückliche Nennung der zu bildenden Anteile der Kläger nebst der prozentualen Bezifferung ist zudem ein Hinweis darauf, dass die Kläger eigene Anteile erhalten sollten, deren Verwaltung der Beklagte lediglich zeitweise zu übernehmen hatte. In der Vereinbarung ist ausdrücklich von der Aufteilung der Anteile "unter sich" und in Bezug auf den Beklagten von "sein Kapitalanteil" die Rede. Die Parteien sind zudem nicht als Gesellschafter bezeichnet, sondern Anknüpfungspunkte für die interne Regelung sind die jeweiligen Kapitalanteile. Insgesamt legt dies den Schluß nahe, dass die Kläger nicht die Absicht hatten, sich an einem Gesellschaftsanteil des Beklagten unterzubeteiligen, sondern dass die Parteien eine indirekte Beteiligung der Kläger an der Gesellschaft insgesamt wünschten, wobei der Beklagte nach außen die Gesellschafterstellung zunächst ausüben sollte. 117

Für ein Treuhandverhältnis spricht weiterhin, dass die Parteien die für einen Gesellschaftsvertrag typischen Regelungen nicht getroffen haben. Ihre Rechtsstellung und ihre Beziehung zueinander sind weder in der Vereinbarung vom 22.09.1988 geregelt noch durch eine andere Absprache. Eine für einen Gesellschaftsvertrag typische Verteilung von Gewinn und Verlust ist nicht getroffen. Auch dies sind Umstände, die den Abschluss eines Treuhandvertrages nahe legen.

Zudem bietet das vorprozessuale Verhalten des Beklagten einen gewichtigen Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien von Anfang an ein Treuhandverhältnis hinsichtlich der Geschäftsanteile wollten. Durch notarielle Vereinbarung vom 15.12.1994 (Bl. 98 ff. d. A.) schlossen der Kläger zu 2) und der Beklagte einen Treuhandvertrag. In der Vereinbarung heißt es: "Er (der Beklagte) hält diesen Geschäftsanteil in Höhe von 240.000,00 DM im eigenen Namen und in Höhe von 66.000,00 DM für Herrn A. AT.. Dem Treuhandverhältnis wird folgender Treuhandvertrag zugrundegelegt: ...". 119

Diese Formulierung, die erkennbar an ein bereits bestehendes Treuhandverhältnis anknüpft, ist ein Indiz dafür, dass die Parteien von Anfang an ein Treuhandverhältnis zu begründen beabsichtigten. 120

In diesem Sinn legt der Senat auch die notarielle Vereinbarung vom 23.02.1994 aus, die der Beklagte mit dem Kläger zu 1) abschloss und mit der er als Inhaber der Stammeinlage von 306.000,00 DM die Abtretung eines Teilanteils von 120.000,00 DM an den Kläger zu 1) vereinbarte. Dieser Vertrag belegt, dass sich der Beklagte verpflichtet sah, der ursprünglich getroffenen Vereinbarung nachzukommen und die für den Kläger zu 1) gehaltenen Geschäftsanteile zu übertragen. 121

In diese Wertung fügt sich die Vollmacht des Klägers zu 1) vom 9.2.1994 ( Bl.95 d.A.) ein. Dort heißt es u.a. : "...Der Unterzeichner Prof. Dr. Ma. No.... ist als Treugeber indirekt durch einen Treugeber ( gemeint ist wohl Treunehmer) an den nachfolgenden Gesellschaften mit Sitz in Deutschland beteiligt: ...c) Firma E. & Co. GmbH . . .Die Vollmacht umfaßt die Befugnis, die Treuhandverhältnisse zu beenden... auch zu bestimmen, dass ich die Anteile selber unmittelbar im eigenen Namen halte und über die Anteile in meinem Namen verfüge..." . Diese Vollmacht, die der Beklagte widerspruchslos entgegennahm und benutzte, stammt aus einer Zeit, in der der Kläger zu 1) noch nicht überblickte, dass die Qualifizierung der Beteiligung als Treuhandvereinbarung einmal von wichtiger rechtlicher Bedeutung sein würde. Es spricht daher vieles dafür, dass die Vollmacht den tatsächlichen Willen der Parteien widerspiegelt. 122

Schließlich bietet auch die Formulierung im Schreiben des Beklagten vom 12.06.1995 (Bl. 32 f. d. A.) ein Anhaltspunkt dafür, dass er selbst die zwischen den Parteien getroffene vertragliche Beziehung als Treuhandverhältnis einstufte. In diesem Schreiben weist der Beklagte ausdrücklich darauf hin, dass er für die Kläger Geschäftsanteile treuhänderisch hält. 123

1. Die zwischen den Parteien getroffene Treuhandvereinbarung war wirksam. 124

Die formfreie Vereinbarung eines Treuhandvertrages ist nach der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zulässig, wenn sich der Treugeber durch den Vertrag im Rahmen der Gründung oder der Kapitalerhöhung an einem noch nicht existierenden Geschäftsanteil beteiligt. Hingegen unterliegt die Treuhandabrede zwischen Gesellschafter und Treuhänder über einen existierenden Geschäftsanteil stets der notariellen Form gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG. Das gleiche gilt für den zukünftigen Geschäftsanteil, wenn der 125

Gesellschaftsvertrag bzw. der Kapitalerhöhungsbeschluss bereits beurkundet worden ist (BGH NJW 1999, 2594 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Auflage, § 15 Rn. 44 f.).

Vorliegend ist der Senat nach den vorgelegten Urkunden und der Vernehmung des Zeugen No. überzeugt, dass die Treuhandvereinbarung insgesamt bereits am 01.06.1987 getroffen wurde. Zu diesem Zeitpunkt waren die zu übertragenden Geschäftsanteile weder gebildet noch bestand der notarielle Gesellschaftsvertrag vom 22.06.1987 zwischen dem Beklagten und dem Gesellschafter E.. 126

Die Behauptung des Beklagten, die Übertragung des zunächst vom Gesellschafter E. zu seinen Lebzeiten gehaltenen Geschäftsanteils von 294.000,00 DM ( bzw. nach der Übertragung des Geschäftsanteils von 60.000,00 DM an den Gesellschafter M. von 234.000,00 DM ) sei erst durch die schriftliche Vereinbarung vom 22.09.1988 erfolgt, ist durch die Vernehmung des Zeugen No. widerlegt und der Vortrag der Kläger bewiesen. 127

Der Zeuge No. hat anlässlich seiner Befragung durch den Senat glaubhaft bekundet, dass die Parteien im April/Mai 1987 Verhandlungen über Investitionen bei der Firma E. & Co. GmbH führten. Das Ergebnis der Verhandlungen, das im Mai 1987 erreicht worden sei, sei gewesen, dass die Beteiligung der Parteien an der Firma E. 90 % betragen sollte. Dabei seien die unmittelbar an den Beklagten im Rahmen der Kapitalerhöhung zu übertragenden zukünftigen Anteile von 306.000,00 DM im Verhältnis von 20 % für den Kläger zu 1), von 11 % für den Kläger zu 2) und von 20 % für den Beklagten aufgeteilt worden. Der zunächst bei dem Gesellschafter E. verbliebene Geschäftsanteil von 39 % habe nach dessen Tod ebenfalls in diesem Verhältnis zwischen den Parteien aufgeteilt werden sollen. 128

Der Zeuge No. hat bei seiner Vernehmung ausdrücklich betont, dass bereits Anfang Juni 1987 in D. eine entsprechende Vereinbarung über sämtliche Geschäftsanteile getroffen wurde und dass es sich bei dem Schriftstück vom 22.09.1988 insgesamt nur um die schriftliche Fixierung der bereits zuvor getroffenen Vereinbarung gehandelt habe. 129

Der Senat hat keinen Grund, diese Angaben des Zeugen in Zweifel zu ziehen. Die Erklärungen des Zeugen sind nachvollziehbar und stimmig. Der Zeuge hat bei seiner ruhig und sachlich gehaltenen Aussage einen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen. 130

Die Angaben des Zeugen werden durch weitere Indizien und unstreitige Tatsachen gestützt. 131

Die Niederschrift vom 22.09.1988, die die Vereinbarung aus dem Jahre 1987 ausdrücklich erwähnt, deutet in Art. 2 an, dass über den noch zu bildenden und nach dem gemeinsamen Willen der Beteiligten zunächst noch beim Gesellschafter E. verbleibenden Geschäftsanteil bereits vor dem 22.09.1988 eine Vereinbarung getroffen wurde. In Art. 2 der Niederschrift ist ausdrücklich ausformuliert, dass der Beklagte den Geschäftsanteil von 39 % von Herrn E. vor dessen Tod zugunsten der Gruppe erworben hat. Diese Formulierung belegt, dass bereits im Juni 1987 eine Regelung hinsichtlich des zukünftigen Anteils getroffen wurde, den der Beklagte nach dem Tod von dem Gesellschafter E. erhalten sollte. 132

Die Tatsache, dass eine entsprechende Vereinbarung von Anfang an geplant war, lässt sich auch aus § 10 a des Gesellschaftsvertrages zwischen dem Beklagten und Herrn E. vom 22.06.1987 entnehmen. Dort ist bereits der Übergang des Geschäftsanteils E.s für den Fall seines Todes auf den Beklagten geregelt. Mit dieser Vereinbarung korrespondiert die ebenfalls am 22.06.1987 geschlossene, notarielle Regelung, wonach mit der Zahlung des Kapitalerhöhungsanteils von 194.000,00 DM und der Hingabe eines Betrages von 200.000,00 133

DM durch den Beklagten die Übernahme des Geschäftsanteils im Todesfalle des Gesellschafters E. in voller Höhe bezahlt ist.

Schließlich zeigt die unstreitige Tatsache, dass die von den Klägern für die Beteiligung an der Firma E. & Co. GmbH gezahlten Gelder bereits insgesamt im Juni 1987 an den Beklagten flossen, dass 1988 kein zusätzlicher Geschäftsanteil übernommen wurde. Wäre die Vereinbarung über die 39 % der Geschäftsanteile erst nach dem Tod E.s 1988 getroffen worden, hätte es nahe gelegen, dass hierfür 1988 weitere Beträge von den Klägern gezahlt worden wären. 134

Soweit der Beklagte die Angaben des Zeugen No. als unglaublich darstellt, kann der Senat seiner Beweiswürdigung nicht folgen. 135

Der Senat hat bei seiner Bewertung beachtet, dass der Zeuge No. der Sohn des Klägers zu 1) ist und deshalb möglicherweise ein persönliches Interesse am Ausgang des Prozesses hat. Diese Tatsache allein schmälert aber die Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen nicht. Die Behauptung des Beklagten, anlässlich der Verhandlungen im Juni 1987 habe man sich über den Tod des Gesellschafters E. keine Gedanken gemacht, überzeugt nicht. Die Verträge des Beklagten mit dem Gesellschafter E. vom 22.06.1987 sehen ausdrücklich eine Regelung bezüglich des Geschäftsanteils des Gesellschafters E. für den Fall seines Todes vor, wie bereits dargelegt wurde. Es liegt daher nahe, dass diese Frage auch bei den Verhandlungen zwischen den Parteien, die kurz vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages zwischen dem Beklagten und Herrn E. stattfanden, eine Rolle spielten. Die Ausführungen des Beklagten, es sei unglaublich, dass der Zeuge No. und nicht der Kläger zu 1) selbst die Verhandlungen mit dem Beklagten geführt habe, wecken ebenfalls keine Zweifel an der Aussage des Zeugen No.. Es mag angesichts der damaligen politischen Verhältnisse in Syrien und der unwidersprochen gebliebenen devisenrechtlichen Bestimmungen Syriens aus Sicherheitsgründen angebracht gewesen sein, die telefonischen Verhandlungen außerhalb von Syrien zu führen. Der Zeuge No. hat auch nicht bekundet, ausschließlich mit dem Beklagten verhandelt zu haben. Insofern widerspricht das nunmehr unstreitige Treffen des Klägers zu 1) mit dem Beklagten im Hotel B. in W. im Frühjahr 1997 nicht den Bekundungen des Zeugen. Die in diesem Zusammenhang vorgelegten handschriftlichen Notizen des Klägers zu 1) rechtfertigen ebenfalls keine anderweitige Beurteilung. Abgesehen davon, dass die bruchstückhafte Niederschrift, die in arabischer Sprache verfasst ist, nur sehr unvollständig gewürdigt werden kann, existiert nach dem (unstreitigen) Vortrag des Klägers ein weiteres Blatt, aus dem sich ergibt, dass 450.000,00 DM gesondert dafür gezahlt werden sollen, dass Herr E. seinen restlichen Geschäftsanteil für seinen Todesfall übertragen hat. Die einer Beurteilung nur teilweise zugänglichen Aufzeichnungen widersprechen daher der Wertung des Senats nicht. Dies gilt auch für die handschriftlichen Notizen des Klägers zu 2) auf dem vorgelegten Schreiben vom 13.09.1988 (vgl. Bl. 313 ff. d. A.). 136

Die Treuhandvereinbarung vom 01.06.1987 war nicht unwirksam, weil sie zu unbestimmt war oder weil sie den bereits bestehenden Geschäftsanteil des Gesellschafters E.s von 100.000,00 DM erfasste. 137

An der Bestimmtheit der Abrede bestehen keine Bedenken. Die Treuhandabrede bezog sich auf den im Rahmen der Kapitalerhöhung zu bildenden Geschäftsanteil von 306.000,00 DM, der dem Beklagten unmittelbar zustehen sollte, und den zu bildenden Anteil von 194.000,00 DM, der zunächst dem Gesellschafter E. zustehen und erst nach dessen Tod dem Beklagten zufallen sollte. 138

Die Wirksamkeit dieser einmal formfrei geschlossenen Treuhandabrede wurde nicht dadurch aufgehoben, dass der im Rahmen der Kapitalerhöhung geschaffene Geschäftsanteil von 194.000,00 DM durch den späteren Gesellschaftsvertrag vom 22.06.1987 mit dem bereits existenten Geschäftsanteil von 100.000,00 DM zu einem neuen Geschäftsanteil von 294.000,00 DM verschmolzen wurde (§ 4 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages, Bl. 19 d.A.) . Für die Wirksamkeit der formfrei geschlossenen Treuhandvereinbarung kann es nicht von Belang sein, dass der zu schaffende Geschäftsanteil, auf den sie sich bezieht, nach seiner Entstehung mit einem bereits existierenden Geschäftsanteil verschmolzen wird. Andernfalls hätte es der Gesellschafter in der Hand, durch eine nachträgliche Verschmelzung von Geschäftsanteilen die Unwirksamkeit der Treuhandvereinbarung herbeizuführen. Sinn und Zweck der Formvorschriften, die u.a. vereiteln sollen, dass GmbH-Anteile Gegenstand des freien Handelsverkehrs werden ( vgl.: BGH NJW 1999, 2594 f), machen die Anwendung der Formvorschriften auf diesen Fall nicht erforderlich.

1. Die Treuhandvereinbarung wurde durch Schreiben vom 15.01.1999 beendet. Die Beendigung des Treuhandverhältnisses begründet die Pflicht des Trenehmers zur Abtretung der Geschäftsanteile an den Treugeber gemäß § 667 BGB ( vgl.: Lutter/ Hommelhoff, a.a.O., § 15, Rdnr. 45; BGH, GmbHR 1999, 707). Die Kläger hatten daher Ansprüche gemäß § 667 BGB auf Aufteilung und Abtretung der Stammeinlagen, so wie sie es ursprünglich beantragten hatten. 140

Nach der Vereinbarung vom 1.6.1987 standen dem Kläger zu 1) 20% des Gesamtkapitals, d.h. 120.000,-DM, hinsichtlich des Geschäftsanteils von 306.000,-DM sowie 15% des Gesamtkapitals, d.h. 90.000,-DM, in Bezug auf den Geschäftsanteil von 234.000,-DM zu. Dem Kläger zu 2) standen danach zu : 11% des Gesamtkapitals , d.h. 66.000,-DM, hinsichtlich des Geschäftsanteils von 306.000,-DM und 9% des Gesamtkapitals, d.h. 54.000,-DM, in Bezug auf den Geschäftsanteil von 234.000,-DM. Dieser Höhe entsprechen die ursprünglichen Anträge zu 1) und zu 2). Ein Antrag des Klägers zu 1) auf Abtretung des Geschäftsanteils von 120.000,-DM aus dem Geschäftsanteil von 306.000,-DM brauchte nicht gestellt werden , weil die Abtretung bereits durch Vertrag vom 23. 2 1994 erfolgt war. 141

- e. Die übrigen von den Klägern zunächst gestellten Anträge zu 3)-5) dienten der Durchsetzung der nach der Beendigung des Treuhandverhältnisses bestehenden Abtretungsansprüche der Kläger gegen den Beklagten. Auch diese Anträge waren begründet, da der Beklagte schuldrechtlich verpflichtet war, alle für eine wirksame Abtretung erforderlichen Handlungen vorzunehmen und entsprechende rechtliche Schritte einzuleiten. 142

Die Begründetheit des Klageantrags zu 3) ergab sich aus § 14 des Gesellschaftsvertrages (Bl. 23 d.A.). Danach bedarf die Übertragung von Geschäftsanteilen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit mindestens 51% des Stammkapitals. Der Beklagte mußte wegen seiner schuldrechtlichen Verpflichtung aus der Treuhandabsprache vom 1.6.1987 seine Zustimmung zur Übertragung aller Geschäftsanteile (auch des Geschäftsanteils des Klägers zu 1) in Höhe von 120.000,-DM hinsichtlich des Geschäftsanteils von 306.000,-DM) erklären, und zwar mit den treuhänderisch gehaltenen Anteilen der Kläger von 55% und seinen eigenen Geschäftsanteilen. Der Beklagte war als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und formeller Mehrheitsgesellschafter berechtigt ( § 49 GmbHG )und nach der schuldrechtlichen Vereinbarung mit den Klägern auch verpflichtet, die Gesellschafterversammlung durchzuführen. 143

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Die Begründetheit des Klageantrags zu 4) ergab sich ebenfalls aus der schuldrechtlichen Verpflichtung des Beklagten, die Abtretung herbeizuführen (vgl. § 17 GmbHG i.V.m. § 46 Nr.4 GmbHG). Danach war die Teilung der Geschäftsanteile genehmigungsbedürftig und durch die Gesellschafterversammlung zu beschließen. Die Genehmigung bedurfte der Schriftform.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |     |
| Gemäß § 17 Abs. 2 GmbHG war eine schriftliche Aufteilungserklärung herbeizuführen. Hierzu war der Beklagte schuldrechtlich verpflichtet, so dass der ursprüngliche Antrag zu 5) begründet war.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 145 |
| 3. Die ursprünglichen Anträge haben sich nachträglich erledigt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 146 |
| Die Kläger haben durch Schreiben vom 18.12.2000 die Erfüllung der Übertragsverpflichtung abgelehnt, weil ihr Interesse an der Erfüllung weggefallen ist. Diese Erklärung ist nach Auffassung des Senats wirksam, da die Voraussetzungen gemäß § 286 Abs. 2 BGB vorliegen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 147 |
| Der Beklagte befand sich mit der Erfüllung der Übertragung der Geschäftsanteile im Verzug. Durch Schreiben vom 15.1.1999 ( Bl. 27f d.A. )war er unter Fristsetzung bis zum 10.02.1999 zur Übertragung der Gesellschaftsanteile aufgefordert werden. Dieser Aufforderung ist er nicht nachgekommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 148 |
| Die Kläger haben infolge des Verzuges an der Übertragung der Geschäftsanteile kein Interesse mehr.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 149 |
| Die Geschäftsanteile sind inzwischen wirtschaftlich wertlos, weil über das Vermögen der E. & Co. GmbH durch Beschluss des Amtsgerichts E. vom 09.10.2000 das Insolvenzverfahren eröffnet und durch Anzeige des Insolvenzverwalters vom 17.10.2000 die Masseunzulänglichkeit festgestellt wurde. Durch die Insolvenz sind zudem die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte der Kläger an der Gesellschaft beseitigt, weil diese nunmehr vom Insolvenzverwalter ausgeübt werden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 150 |
| Der Wegfall des Interesses beruht auf dem Verzug. Der Verzug des Beklagten mit der Abtretung der Geschäftsanteile muss zwar nicht die Insolvenz der Gesellschaft herbeigeführt haben. Für die Bejahung eines ursächlichen Zusammenhangs ist es aber nicht erforderlich, dass der Verzug die alleinige Ursache des Interessenwegfalls ist. Andere hinzutretende Ursachen, für die der vertragstreue Teil nicht verantwortlich ist, können berücksichtigt werden (Staudinger-Otto, BGB, §§ 293 - 327, 1995, § 326 Rn. 125; Münchener Kommentar, Emmerich, § 326 Rn. 114 ; Soergel-Wiedemann, BGB, Band 2, 12. Auflage, § 326 Rn. 58). Im vorliegenden Fall hätten die Kläger bei einer rechtzeitigen Erfüllung ihre - wirtschaftlichen - Geschäftsanteile veräußern oder durch Einflussnahme auf die Geschäftsführung die Geschicke der Gesellschaft selbst in die Hand nehmen und steuern können. Diese Möglichkeit ist ihnen durch den Verzug und die Erfüllungsverweigerung seitens des Beklagten genommen worden. | 151 |
| 4. Der Feststellungsantrag zu 2) ist zulässig und begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 152 |
| Die Kläger haben ein rechtliches Interesse an der Feststellung der (ursprünglichen) Rechtswirksamkeit des Auftragsverhältnisses zwischen ihnen und dem Beklagten. Die Frage des Bestehens des Auftragsverhältnisses ist für einen in Betracht kommenden Schadensersatzanspruch vorgreiflich. Dies gilt sowohl für etwaige Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten wegen einer Verletzung der Pflichten des Auftrages selbst als auch für einen Schadensersatzanspruch wegen Verzuges hinsichtlich der Übertragung der                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 153 |

|                                                                                                                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Geschäftsanteile.                                                                                                                                                                                                                |     |
| Durch die Verwertung des bisherigen Prozessstoffes wird die erneute Klärung der Frage, ob ein wirksames Auftragsverhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten bestand, in einem zukünftigen Schadensersatzprozess vermieden. | 154 |
| Die Klageänderung ist daher auch sachdienlich gemäß § 263 ZPO.                                                                                                                                                                   | 155 |
| 5. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO.                                                                                                                                                  | 156 |
| Streitwert:                                                                                                                                                                                                                      | 157 |
| 1. bis zum 17.01.2001: Antrag zu II): 330.000,00 DM                                                                                                                                                                              | 158 |
| 1. danach:                                                                                                                                                                                                                       | 159 |
| Klageantrag zu 1): 165.000,00 DM                                                                                                                                                                                                 | 160 |
| Klageantrag zu 2): 20.000,00 DM (§ 3 ZPO)                                                                                                                                                                                        | 161 |
| Beschwer für den Beklagten: über 60.000,00 DM                                                                                                                                                                                    | 162 |