BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 242/09

Verkündet am:
11. Oktober 2011
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 735; HGB § 105

Ist - wie bei Publikumsgesellschaften häufig - die mittelbare Beteiligung erst noch zu werbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand im Gesellschaftsvertrag von vornherein vorgesehen und sind im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt, hat der Treugeber im Innenverhältnis die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters.

BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 - II ZR 242/09 - OLG München
LG München I

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 2011 durch den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart und die Richter Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 16. September 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 23. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die in Liquidation befindliche Klägerin begehrt von der Beklagten Zahlung eines Liquidationsfehlbetrages in Höhe von 58.850,83 €.

2 Die Klägerin, ein geschlossener Immobilienfonds in Form einer offenen Handelsgesellschaft, hat in den Jahren 1995 und 1996 auf dem Gebiet der Stadt P. Wohnimmobilien im von dem Land B. geförderten frei finanzierten Wohnungsbau errichtet. Die gesamte "Wohnanlage K. " wurde einheitlich durch die Klägerin und 14 weitere Schwesterfonds erbaut.

3 Die Beklagte ist der Klägerin mit Beitrittserklärung vom 28. Dezember 1994 mit einer Beteiligungssumme von 204.300 DM zuzüglich 5 % Agio über die Treuhänderin B. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH beigetreten. Die Beitrittserklärung der Beklagten wurde unter dem 31. Dezember 1994 sowohl von der geschäftsführenden Gesellschafterin der Klägerin, zugleich handelnd für die übrigen Gesellschafter, als auch von der Treuhänderin angenommen.

4 Mit der Beitrittserklärung erklärte die Beklagte unter anderem folgendes:

> " Ich erkenne den Gesellschaftsvertrag der A. Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. K. Fonds OHG und den Treuhandvertrag der B. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH als für mich verbindlich an und bestätige, die Verträge zusammen mit dem Angebotsprospekt erhalten und zur Kenntnis genommen zu haben.
>
> Mir ist bekannt, dass ich über die Verpflichtung zur Leistung der in der Beitrittserklärung vereinbarten Zahlungen hinaus mit meinem sonstigen Vermögen gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft quotal entsprechend meiner kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft hafte."

5 Der Treuhandvertrag zwischen der Beklagten und der B. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH enthält u.a. folgende Bestimmungen:

> § 2
>
> Zurechnung der Beteiligung, Abtretung
>
> 1. Auch wenn der Treuhänder im eigenen Namen Gesellschafter wird, gebührt die Gesellschaftseinlage allein dem Treugeber. Die vom Treuhänder für Rechnung und im Interesse des Treugebers eingegangenen gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten treffen im Innenverhältnis ausschließlich den Treugeber. Auf § 7 des Gesellschaftsvertrages wird verwiesen.
>
> 2. Die Einlage wird vom Treugeber direkt an die OHG geleistet. …
>
> 3. Die sich aus dem Treuhandverhältnis ergebenden steuerlichen Wirkungen treffen ausschließlich den Treugeber.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

4. Der Treuhänder tritt in Höhe des dem Treugeber zuzurechnenden Anteils seine Ansprüche gegen die OHG auf Auszahlung von Gewinn, Auseinandersetzungsguthaben und Liquidationserlös bereits jetzt an den Treugeber ab. ...

§ 3

Pflichten des Treuhänders

...

4. Der Treuhänder hat die ihm zustehenden Entscheidungs- und Kontrollrechte entsprechend den Weisungen des Treugebers auszuüben. Der Treugeber nimmt grundsätzlich selbst an den Gesellschafterversammlungen teil und übt die ihm aus der treuhänderischen Beteiligung zustehenden Rechte, z.B. Stimmrechte, selbst aus. ...

5. Der Treuhänder ist verpflichtet, auf Anforderung dem Treugeber jede Auskunft zu erteilen, die der Treuhänder als Gesellschafter von der OHG verlangen kann. Grundsätzlich aber übt der Treugeber unmittelbar die vorgenannten Rechte gegenüber der OHG aus.

6 Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 7

Aufnahme weiterer Gesellschafter

1. In die Gesellschaft sollen weitere Gesellschafter bis zur Höhe des in § 5 Nr. 1 bestimmten Gesellschaftskapitals aufgenommen werden.

2. Weitere Gesellschafter werden in die Gesellschaft aufgenommen, indem die Gesellschafter Beitrittsverträge bis zur Höhe des vereinbarten Gesellschaftskapitals abschließen. Die Gesellschafter bevollmächtigen die A. Verwaltungsgesellschaft mbH die Beitrittsverträge auch in ihrem Namen abzuschließen.

3. Die B. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH - nachstehend Treuhänder genannt - wird die Beteiligung an der Gesellschaft im eigenen Namen für fremde Rechnung als Treuhänder der Treugeber erwerben und halten ... Der Treuhandvertrag gemäß anliegendem Muster (Anlage 3), der von dem Treuhänder gleichlautend mit den Treugebern abzuschließen ist, wird von allen Gesellschaftern als verbindlich für die Rechte und Pflichten

des Treuhänders und der Treugeber gegenüber der Gesellschaft anerkannt. Dies gilt insbesondere für die Abtretung von Ansprüchen gemäß § 2 Nr. 4, das eigene Auskunftsrecht des Treugebers gemäß § 3 Nr. 5, ...

§ 14

Gesellschafterbeschlüsse und Stimmrecht

...

2. Für Änderungen dieses Gesellschaftsvertrages, für die Umwandlung der Gesellschaft in eine andere Rechtsform, für die Verschmelzung der Gesellschaft mit einem anderen Unternehmen und für die Auflösung ist die einfache Mehrheit aller Stimmen der in der Gesellschaft befindlichen Gesellschafter erforderlich und genügend; ...

...

4. Die Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen ist innerhalb einer Ausschlussfrist von acht Wochen nach Zugang des Protokolls oder Mitteilung des schriftlichen Abstimmungsergebnisses durch Klage geltend zu machen. Nach Ablauf der Frist gelten etwaige Mängel als geheilt.

§ 26

Liquidation

...

2. Die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens (Liquidation) findet nach den §§ 105 Abs. 2 HGB, 730 ff. BGB mit der Maßgabe statt, dass das zum Gesellschaftsvermögen gehörige Grundstück ... zu veräußern ... ist. § 14 Nr. 2 gilt entsprechend.

...

4. Erfolgt die Veräußerung des Grundstücks ganz oder teilweise und verbleibt nach Berichtigung der Gesellschaftsschulden unter Rückzahlung der Einlagen ein Überschuss, wird er unter den Gesellschaftern entsprechend ihrer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen aufgeteilt. Für den Fall, dass das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der Gesellschaftsschulden nicht ausreichen sollte, sind die Gesellschafter zu deren Ausgleich anteilig entsprechend ihrer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen verpflichtet. ...

7 Die Klägerin, die sich neben dem Beteiligungskapital über Fremdkapital in Form von Bank- und Baudarlehen sowie staatlichen Fördermitteln finanziert hatte, geriet wegen Vermietungsschwierigkeiten in eine finanzielle Schieflage. Nachdem zunächst die Sanierung der Gesellschaft beabsichtigt und in einer Gesellschafterversammlung im Jahr 2006 entsprechende Beschlüsse gefasst worden waren, ergab sich durch eine Erhöhung der Nachfrage auf dem Immobilienmarkt die Möglichkeit, das Fondsgrundstück im Rahmen eines Paketverkaufs sämtlicher Grundstücke der 15 Schwestergesellschaften zu verkaufen. Auf einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Klägerin am 25. Januar 2007 wurde mit 69,8 % der Stimmen u.a. folgender Beschluss gefasst:

> 4.1. a) Der Geschäftsführer wird beauftragt, die Veräußerung der Immobilie der Gesellschaft vorzubereiten und über die Lastenfreistellung mit den Gläubigerbanken zu verhandeln.
>
> b) Die Gesellschafterversammlung stimmt bereits jetzt dem Abschluss eines Kaufvertrages über den Verkauf der Immobilie zu, sofern ein Kaufpreis in Höhe von 8.392 T€ vereinbart wird und die Lastenfreistellung gesichert ist.
>
> 4.5. Für den Fall des Abschlusses eines Kaufvertrages über die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens werden die in der Gesellschafterversammlung vom 31. Mai 2006 gefassten Sanierungs- und Sanierungsumsetzungsbeschlüsse (...) aufgehoben und die Gesellschaft mit dem im Kaufvertrag über die Veräußerung genannten Stichtag des Nutzen- und Lastenwechsels liquidiert. Die geschäftsführende Gesellschafterin wird zum Liquidator bestellt. ...

8 Nachdem das Fondsgrundstück durch Annahme des Kaufangebots zu dem beschlossenen Kaufpreis am 30. April 2007 durch die Klägerin veräußert worden war, ließ diese zum 1. Mai 2007 durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eine Liquidationseröffnungsbilanz erstellen, aus der sich ein Fehlbetrag (Liquidationsverlust) in Höhe von 4.305.604,62 € ergab. Mit Beschluss der Gesellschafter im schriftlichen Verfahren wurde die Liquidationseröffnungsbilanz

am 27. August 2007 festgestellt. An der Abstimmung beteiligten sich 57 % aller Gesellschafter; 92 % davon stimmten für die Feststellung.

9 Der ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung entsprechende Anteil der Beklagten am Liquidationsverlust beträgt 61.946,11 €. Nach Abzug von zuvor bereits geleisteten Nachschüssen in Höhe von 8.095,28 € ergibt sich die Klageforderung in Höhe von 53.850,83 €, zu deren Zahlung die Klägerin sowohl die Beklagte als auch die Treuhänderin vergeblich aufgefordert hat. Die Treuhänderin hat mit Abtretungserklärung vom 6. Juni 2007 ihre Ansprüche gegen die Beklagte an die Klägerin abgetreten.

10 Das Landgericht hat der Klage aus abgetretenem Recht der Treuhänderin in vollem Umfang stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision der Klägerin hat Erfolg und führt unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht hat.

12 I. Das Berufungsgericht (OLG München, ZIP 2010, 182 ff.) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

13 Ansprüche aus eigenem Recht stünden der Klägerin nicht zu, da die Beklagte nicht unmittelbare Gesellschafterin der Klägerin sei. Ansprüche aus ab-

getretenem Recht der Treuhänderin stünden der Klägerin ebenfalls nicht zu, da die Abtretung der Freistellungsansprüche ins Leere gegangen sei. Die Treuhänderin habe diese Freistellungsansprüche bereits zuvor an die Gläubigerbanken, die B. Hypothekenbank AG (B. -Hyp) und die Investitionsbank des Landes B. (I.), abgetreten. Zudem sei die Treuhänderin im Hinblick auf § 242 BGB derzeit ohnehin daran gehindert, ihre Freistellungsansprüche gegen die Treugeber geltend zu machen, solange zu besorgen sei, dass die Treugeber von Gesellschaftsgläubigern direkt in Anspruch genommen würden.

14 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Beklagte haftet gegenüber der Klägerin wie eine unmittelbare Gesellschafterin (1), zudem wäre die Abtretung wirksam (2) und die Treuhänderin wäre durch § 242 BGB nicht daran gehindert, den Freistellungsanspruch gegen die Beklagte geltend zu machen (3).

15 1. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte müsse im Innenverhältnis mangels Gesellschafterstellung für einen - zugunsten der Klägerin revisionsrechtlich zu unterstellenden - Liquidationsfehlbetrag in Höhe ihrer gesellschafterlichen Beteiligung nicht haften, beruht auf einer fehlerhaften Auslegung des Gesellschafts- und Treuhandvertrages.

16 a) Es entspricht seit der Entscheidung des Senats vom 13. Mai 1953 (II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49 f.) der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (siehe nur BGH, Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 163/86, ZIP 1987, 912, 913; Urteil vom 2. Juli 2001 - II ZR 304/00, BGHZ 148, 201, 205; Urteil vom 23. Juni 2003 - III ZR 46/02, ZIP 2003, 1702, 1703; Urteil vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04, ZIP 2006, 1631 Rn. 10; Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rn. 20), dass im Falle einer so genannten

offenen oder qualifizierten Treuhand, gerade bei der treuhänderischen Zusammenfassung zahlreicher Geldgeber, die an der Gesellschaft Beteiligten ihr gesellschafterliches Innenverhältnis so gestalten können, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären. Durch eine solche Regelung besteht für die Beteiligten die Möglichkeit, ihre Rechtsbeziehungen untereinander der wirklichen Sachlage anzupassen; in dieser Hinsicht, d.h. bezogen auf das Innenverhältnis, sind sie durch zwingendes Recht nicht eingeschränkt, da die Gestaltung ihrer internen Rechtsbeziehungen im allgemeinen einer freien vertraglichen Vereinbarung zugänglich ist (BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 - II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49 f. m.w.N.). Ein solches Vertragsverhältnis mit den Gesellschaftern ist regelmäßig anzunehmen, wenn - wie bei Publikumsgesellschaften häufig - die mittelbare Beteiligung erst noch zu werbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand im Gesellschaftsvertrag von vornherein vorgesehen ist und im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt sind. Eine solche Regelung ist rechtlich unbedenklich. Sollen im Einzelfall die Treugeber Rechte ausüben dürfen, die, wie z. B. das Stimmrecht, von der Mitgliedschaft des Treuhänders grundsätzlich nicht abgespalten werden können, ist das ausnahmsweise zulässig, weil dem alle Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zugestimmt haben. Der Anleger muss die ihn betreffenden Regelungen des Gesellschaftsvertrages, auf den er bei seinem Beitritt Bezug nimmt, regelmäßig so verstehen, dass die Gesellschafter damit schlüssig den Treuhandgesellschafter, mit dem er unmittelbar abschließt, bevollmächtigt haben, ihn wie einen Gesellschafter in das Gesellschaftsverhältnis einzubeziehen, soweit seine Rechtsstellung im Gesellschaftsvertrag angesprochen ist (BGH, Urteil vom 30. März 1987 - II ZR 183/86, ZIP 1987, 912, 913; Tebben, ZGR 2001, 586 ff.; MünchKommBGB/Ulmer, 5. Aufl., § 705 Rn. 91 ff.).

17 b) Aufgrund der vertraglichen Bestimmungen, insbesondere der Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag, hat die Beklagte im Innenverhältnis zur Klägerin die Stellung einer unmittelbaren Gesellschafterin erlangt (Quasi-Gesellschafterin).

18 aa) Nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages, den der Senat selbst auslegen kann (st. Rspr., siehe BGH nur Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 364; Urteil vom 19. März 2007 - II ZR 73/06, ZIP 2007, 812 Rn. 18, jeweils m.w.N.), und unter Berücksichtigung des Treuhandvertrages und der Beitrittserklärung der Beklagten handelt es sich bei dem Verhältnis zwischen der Gesellschaft einerseits und den Treugebern andererseits nicht um ein einfaches Treuhandverhältnis, sondern um eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung.

19 Bereits in der Beitrittserklärung hat die Beklagte anerkannt, dass für ihre Stellung in der Gesellschaft sowohl der Gesellschafts- als auch der Treuhandvertrag gelten sollten. Sie hat erklärt, sich an dem Objekt "Wohnanlage K. , P. - K. Fonds - A. Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. K. Fonds OHG" (= Klägerin) beteiligen zu wollen. Die Treuhänderin wird demgegenüber nur als rechtstechnisches Mittel zum Zweck erwähnt. Die Geschäftsführerin der Klägerin hat für die übrigen Gesellschafter - wie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen - die Beitrittserklärung selbst angenommen.

20 Obwohl die Beitrittserklärung die unmittelbare Beteiligung als Gesellschafter unter Eintragung im Handelsregister nur als anzukreuzende Ausnahme vorsah, was dem Anleger ebenso deutlich im Prospekt (Seite 21) erläutert wurde, die Treugeberstellung also, wie tatsächlich ja auch umgesetzt, die regelmäßige Beteiligungsform sein sollte, spricht der Gesellschaftsvertrag - bis auf zwei

Ausnahmen, u. a. in § 7 Nr. 3 - durchgängig nur von Gesellschaftern. Weder hinsichtlich der Rechte, noch hinsichtlich der Pflichten wird zwischen Gesellschaftern und Treugebern differenziert.

21 Dem entsprechen die Regelungen in §§ 2-4 des Treuhandvertrages, wonach die Gesellschaftseinlage dem Treugeber unmittelbar und allein gebührt, der Treugeber Stimm- und Kontrollrechte in der Gesellschaft unmittelbar ausübt, er - nicht etwa der Treuhänder - der Gesellschaft die Einlage unmittelbar schuldet und ihm die Steuervorteile unmittelbar zugutekommen.

22 bb) Die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen dahin, dass die Treugeber wie unmittelbare Gesellschafter an der Klägerin beteiligt werden sollten, wird bestätigt durch die unstreitige und durch Urkunden belegte Durchführung des Gesellschaftsvertrages. Die Beklagte erhielt die Ausschüttungen unmittelbar; sie, nicht etwa die Treuhänderin, wurde persönlich zu den Gesellschafterversammlungen geladen und erhielt die Informationen über die in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse unmittelbar. Auch im Übrigen erfolgte die gesamte, das Gesellschaftsverhältnis betreffende Korrespondenz zwischen der Klägerin und der Beklagten unmittelbar, ohne Information oder gar Zwischenschaltung der Treuhänderin.

23 2. Ebenso fehlerhaft hat das Berufungsgericht die von seinem Rechtsstandpunkt aus entscheidungserhebliche Abtretung des Freistellungsanspruchs der Treuhänderin an die Klägerin für unwirksam gehalten.

24 a) Die Auslegung eines Individualvertrages ist zwar grundsätzlich Sache des Tatrichters und revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob der Tatrichter gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt hat oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentlicher Auslegungsstoff unter Verstoß gegen Verfah-

rensvorschriften außer Acht gelassen worden ist (st. Rspr., siehe BGH, Beschluss vom 14. Juni 2010 - II ZR 135/09, ZIP 2010, 1442 Rn. 7; Urteil vom 7. März 2005 - II ZR 194/03, ZIP 2005, 1068, 1069; Urteil vom 8. November 2004 - II ZR 300/02, ZIP 2005, 82, 83). Leidet die tatrichterliche Auslegung aber an solchen revisionsrechtlich beachtlichen Rechtsfehlern, bindet sie das Revisionsgericht nicht.

25 b) So liegt der Fall hier. Das Berufungsgericht hat schon den Inhalt der Abtretungsvereinbarung zwischen der Treuhänderin und den Gläubigerbanken nur selektiv zur Kenntnis genommen. Es hat zudem gegen den Grundsatz der beiderseits interessengerechten Auslegung verstoßen, den Zweck des Vertrages nicht berücksichtigt und vor allem verkannt, dass einer Auslegung, die die Nichtigkeit der Parteivereinbarung vermeidet, der Vorzug zu geben ist (BGH, Urteil vom 7. März 2005 - II ZR 194/03, ZIP 2005, 1068, 1069; Urteil vom 18. Mai 1998 - II ZR 19/97, WM 1998, 1535, 1536; Urteil vom 28. Oktober 1997, - XI ZR 260/96, BGHZ 137, 69, 72 f.; Urteil vom 26. September 2002 - I ZR 44/00, BGHZ 152, 153, 158 f. - Anwalts-Hotline).

26 aa) Das Berufungsgericht stützt seine Auslegung, die Treuhänderin habe bereits durch die Abtretungsvereinbarung vom 22. Mai/7./9. Juni 2006 ihre sämtlichen Freistellungsansprüche - auch soweit sie sich nicht auf die Freistellung von den Ansprüchen der Banken bezogen haben - an die B. Hyp und die I. abgetreten, maßgeblich auf § 2 Abs. 1 Satz 1 der Abtretungsvereinbarung. Es hat dabei schon § 2 Abs. 1 Satz 2 nicht zur Kenntnis genommen, der bestimmt, dass die in Satz 1 genannten Freistellungsansprüche "jeweils und in der Höhe an die B. Hyp und die I. abgetreten (werden), in der den Banken Forderungen jeweils gegen die B. aufgrund ihrer Beteiligungen an den in der Anlage 1 genannten Fondsgesellschaften zustehen". Damit wurde in deutlicher Weise die Abtretung auf die Freistellungsansprüche wegen der An-

sprüche der Banken gegen die Treuhänderin aus deren Haftung gemäß § 128 HGB beschränkt.

27 Das Berufungsgericht hat weiter die den Umfang der Abtretung ebenso deutlich regelnden Absätze 3-5 der Vorbemerkungen des Abtretungsvertrages nur unvollständig bzw. gar nicht zur Kenntnis genommen.

28 Abs. 3 lautet wie folgt:

> " ... Die Parteien gehen davon aus, dass der B. aus den Treuhandverträgen mit den Treugebern Freistellungsansprüche zustehen. Diese Freistellungsansprüche sind darauf gerichtet, dass die Treugeber die B. von ihrer persönlichen Haftung gegenüber den Banken befreien. Die auf die jeweiligen Treugeber entfallenden Haftungs- und Freistellungsquoten sind ebenfalls in der Anlage 2 aufgeführt."

29 Zusätzlich bestimmt Abs. 4:

> " ... Die Parteien vereinbaren, dass die B. die ihr zustehenden Freistellungsansprüche mit befreiender Wirkung an die B. Hyp und die I. abtritt. Die Abtretung der Ansprüche erfolgt in der Höhe, in der der B. Hyp und der I. Forderungen gegen die B. aufgrund ihrer Beteiligungen an den in der Anlage 1 genannten Fondsgesellschaften zustehen."

30 Insbesondere regelt Abs. 5:

> " In Höhe derjenigen Forderungen, die Dritten gegen die B. aus ihrer Beteiligung an den in der Anlage 1 genannten Fondsgesellschaften zustehen, verbleiben die Freistellungsansprüche bei der B. ."

31 Danach kann schon nach dem Wortlaut des Abtretungsvertrages nicht zweifelhaft sein, dass nur die Ansprüche auf Freistellung von den Forderungen der Banken abgetreten werden sollten.

32 bb) Das Berufungsgericht hat zudem verkannt, dass seine Auslegung dem Zweck des Vertrages zuwiderläuft und für beide Seiten sinnlos ist. Die Treuhänderin konnte kein Interesse daran haben, sich auch derjenigen Freistel-

lungsansprüche gegen die Treugeber zu begeben, die sie vor der Inanspruchnahme durch andere Gläubiger oder die Fondsgesellschaft schützen könnten. Für die Banken war die Abtretung von Freistellungsansprüchen, die nicht die Haftung für ihre Darlehensforderung betrafen, ersichtlich nutzlos.

33 cc) Vor allem hat das Berufungsgericht aber übersehen, dass seine Auslegung zur Nichtigkeit der Abtretungsvereinbarung zwischen den Banken und der Treuhänderin führen kann. Die Abtretung der Freistellungsansprüche über den Umfang der Haftung gemäß § 128 HGB für die Darlehensverbindlichkeiten hinaus wäre wegen Verstoßes gegen § 399 1. Alt. BGB gemäß § 134 BGB unwirksam und könnte gemäß § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit der Abtretungsvereinbarung führen. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass Freistellungsansprüche wegen der mit der Abtretung verbundenen Inhaltsänderung grundsätzlich nicht abtretbar sind. Als zulässig und wirksam wird lediglich die Abtretung an den Gläubiger des Anspruchs angesehen (siehe zuletzt BGH, Urteil vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 12; Urteil vom 21. März 2011 - II ZR 271/08, ZIP 2011, 906 Rn. 14 jeweils m.w.N.). Die Banken waren aber nur hinsichtlich der Darlehensansprüche Gläubiger der Treuhänderin.

34 3. Unzutreffend ist schließlich auch die - vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts aus ebenfalls entscheidungserhebliche - Annahme, der Treuhänderin stehe derzeit gar kein durchsetzbarer Freistellungsanspruch gegen die Treugeber zu. Solange die Beklagte eine Inanspruchnahme durch die darlehensgebenden Banken und andere Gläubiger befürchten müsse, könne sie dem Freistellungsanspruch der Treuhänderin den Einwand aus § 242 BGB entgegenhalten.

35 Damit verkennt das Berufungsgericht grundlegend das System der Innen- und Außenhaftung in der Liquidation einer Personen(handels-)gesellschaft. Auch der über einen Treuhänder beteiligte Treugebergesellschafter ist - wirtschaftlich - der Außenhaftung ausgesetzt (siehe schon BGH, Urteil vom 28. Januar 1980 - II ZR 250/78, BGHZ 76, 127, 130 ff.). Er ist, soweit nicht schon im Treuhandvertrag geregelt, gemäß § 675, § 670 i.V.m. § 257 BGB verpflichtet, den Treuhänder von allen Aufwendungen und Verbindlichkeiten freizustellen (BGH, Urteil vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 11 m.w.N.). Dabei macht es im wirtschaftlichen Ergebnis für den Treugeber keinen Unterschied, ob er durch den Gläubiger der Gesellschaft aufgrund einer Abtretung des Freistellungsanspruchs durch den Treuhänder oder nach Pfändung und Überweisung des Freistellungsanspruchs nach vorheriger gerichtlicher Inanspruchnahme des Treuhänders (siehe hierzu BGH, Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rn. 24) auf Zahlung in Anspruch genommen wird. Dass er nach einer Abtretung des Freistellungsanspruchs gleichzeitig im Außenverhältnis von den Gesellschaftsgläubigern und im Innenverhältnis von der Gesellschaft, die Primärschuldnerin der Gesellschaftsgläubiger ist, in Anspruch genommen wird, ist im gesetzlichen Haftungssystem der Personengesellschaften angelegt (§§ 149, 128, 105 Abs. 3 HGB i.V.m. §§ 730 ff. BGB). Nur so wird es der Gesellschaft ermöglicht, die primär sie treffenden Gesellschaftsschulden selbst zu begleichen.

36 Die Umsetzung dieses Haftungssystems - im Wege der Abtretung von Freistellungsansprüchen gegen den "wirtschaftlichen" Inhaber des Gesellschaftsanteils - verstößt, wie bei den unmittelbaren Gesellschaftern, nicht gegen § 242 BGB. Den mittelbaren Gesellschaftern bleibt - wie den unmittelbaren - die Möglichkeit, sich gegenüber ihrer Inanspruchnahme im Innenverhältnis damit zu verteidigen, dass der von den Liquidatoren eingeforderte Betrag für die Zwecke der Abwicklung der Gesellschaft nicht benötigt wird. Gegenüber ihrer

Inanspruchnahme im Außenverhältnis stehen ihnen die Einwendungen gemäß § 129 HGB zu.

37 III. Das Urteil ist aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil sich das Berufungsgericht - folgerichtig - mit den zwischen den Parteien streitigen Fragen der Berechtigung der Forderung auf den quotalen Liquidationsfehlbetrag nicht auseinandergesetzt und hierzu keine Feststellungen getroffen hat.

38 Für die wiedereröffnete Berufungsverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

39 1. Bei der Prüfung der Frage der Wirksamkeit sowohl des Beschlusses der Gesellschafter über die Auflösung der Klägerin als auch über die Feststellung der Liquidationseröffnungsbilanz wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass nach § 14 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrages die Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen innerhalb einer Ausschlussfrist von acht Wochen nach Zugang des Protokolls oder Mitteilung des schriftlichen Abstimmungsergebnisses durch Klage geltend zu machen ist. Eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag einer Publikumspersonengesellschaft ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zulässig (siehe nur BGH, Urteil vom 20. Januar 1977 - II ZR 217/75, BGHZ 68, 212, 216; Urteil vom 13. Februar 1995 - II ZR 15/94, ZIP 1995, 460, 461; Urteil vom 17. Juli 2006 - II ZR 242/04, WM 2006, 1627 Rn. 14).

40 2. Die Rechtsprechung des Senats, wonach der Gesellschafter einer Personen- oder Personenhandelsgesellschaft die ihm gegenüber bestehende Unwirksamkeit eines Beschlusses der Gesellschafter über die Zahlung von Nachschüssen auch einredeweise im Prozess geltend machen kann, ohne an

gesellschaftsvertragliche Anfechtungsfristen gebunden zu sein (s. zuletzt BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 12 m.w.N. - Sanieren oder Ausscheiden), ist hier nicht einschlägig. Die nach Auflösung der Gesellschaft bestehende Verlustausgleichspflicht nach § 735 BGB ergibt sich aus dem Gesetz. Sie ist - anders als die nachträgliche Begründung einer Nachschusspflicht in einer werbenden Gesellschaft (§ 707 BGB) - nicht von der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters abhängig (vgl. MünchKommBGB/ Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 735 Rn. 1). Vielmehr sind sowohl der Beschluss über die Auflösung als auch der Beschluss über die Feststellung der Liquidationseröffnungsbilanz, soweit im Gesellschaftsvertrag das Einstimmigkeitsprinzip (§ 119 HGB) abbedungen ist, einer Mehrheitsentscheidung zugänglich (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 2008 - II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 14 ff. - Schutzgemeinschaft II; Urteil vom 15. Januar 2007 - II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 Rn. 8 ff. - OTTO). Die Unwirksamkeit der Mehrheitsentscheidung kann nur mit der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit innerhalb der im Gesellschaftsvertrag gegebenenfalls festgelegten Frist geltend gemacht werden.

41 3. Nach der wohl noch herrschenden Ansicht in der Literatur und auch nach der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Senats (RG LZ 1914 Sp. 1030; BGH, Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899; Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, WM 1977, 1449; Urteil vom 21. November 1983 - II ZR 19/83, ZIP 1984, 49, 53; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 149 Rn. 3; Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 149 Rn. 11; w.Nachw. bei Habersack in Staub, GroßKomm/HGB, 5. Aufl., § 149 Fn. 58; a.A. K. Schmidt in MünchKommHGB, 3. Aufl., § 149 Rn. 26 ff. und Habersack in Staub, GroßKomm/HGB, 5. Aufl., § 149 Rn. 31, 23 ff.) sind Liquidatoren einer Personenhandelsgesellschaft bei Fehlen entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelungen nicht zur Geltendmachung der Ansprüche aus § 735 BGB berechtigt, soweit die eingeforderten Beträge

- auch - zum Ausgleich unter den Gesellschaftern benötigt werden. Der Senat hat allerdings bereits in der Entscheidung vom 14. November 1977 (II ZR 183/75, WM 1977, 1449) erwogen, diese Rechtsprechung bei Publikumsgesellschaften im Hinblick auf die bei ihnen bestehenden Besonderheiten aufzugeben. Diese Frage braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Denn aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich, dass dem Liquidator auch der Ausgleich unter den Gesellschaftern übertragen ist. So verweist der mit "Liquidation" überschriebene § 26 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages auf die Auseinandersetzungsregeln der §§ 730 ff. BGB und damit auch auf die Ausgleichsregel des § 735 BGB, und § 26 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrages spricht von einem Ausgleich etwaiger Überschüsse unter den Gesellschaftern (s. hierzu BGH, Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899 und Urteil vom 14. November 1977 - II ZR 183/75, WM 1977, 1449).

42 4. Jedenfalls bleibt der Beklagten der Einwand unbenommen, der von ihr geforderte Betrag werde zur Abwicklung der Gesellschaft nicht mehr benötigt (BGH, Urteil vom 3. Juli 1978 - II ZR 54/77, WM 1978, 898, 899). Sollte sie im Außenverhältnis Zahlungen an Gesellschaftsgläubiger geleistet haben, wird sie

sich gegenüber der Klageforderung mit dem Einwand verteidigen können, ihre Haftung in Höhe des aufgrund der Liquidationseröffnungsbilanz errechneten Fehlbetrages stehe nicht (mehr) fest.

Strohn Caliebe Reichart

Born Sunder

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 18.07.2008 - 29 O 783/08 -
OLG München, Entscheidung vom 16.09.2009 - 7 U 4297/08 -