BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 271/08

Verkündet am:
22. März 2011
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 242 Cd, §§ 387 ff.; § 399

a) Das Abtretungsverbot nach § 399 Fall 1 BGB steht der Abtretung des Anspruchs des Treuhandkommanditisten gegen den Treugeber auf Freistellung von der Haftung für Ansprüche von Gläubigern der Gesellschaft an den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Kommanditgesellschaft mit der Folge, dass sich dieser in einen Zahlungsanspruch umwandelt, nicht entgegen.

b) Gegen den an den Insolvenzverwalter abgetretenen Anspruch kann der Treugeber nicht mit Schadensersatzansprüchen gegen den Treuhandkommanditisten aus Prospekthaftung aufrechnen.

BGH, Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof Dr. Bergmann, die Richterin Caliebe und die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussrevision der Beklagten wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. November 2008 teilweise abgeändert.

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels sowie der Anschlussberufung des Klägers das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 4. Dezember 2007 teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 6.600,16 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. November 2006 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in allen Instanzen tragen der Kläger zu 24 % und die Beklagte zu 76 %.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der F. Beteiligungsgesellschaft KG (im Folgenden: Schuldnerin), deren Gesellschaftszweck die Beteiligung als Kommanditistin an den Objektgesellschaften des F. Fonds war.

2 Die Beklagte erklärte am 27. Juli 1999 gegenüber der Treuhänderin P. Verwaltungs- und Treuhandgesellschaft mbH ihren Beitritt zur Schuldnerin mit einer Beteiligungssumme von 60.000 DM zuzüglich 5 % Agio. Die Treuhänderin übernahm gem. § 1 des Treuhandvertrages für die Beklagte die förmliche Stellung als Kommanditistin im Handelsregister; nach § 5 des Treuhandvertrages hatte der Treugeber die Treuhänderin von ihrer persönlichen Kommanditistenhaftung freizustellen.

§ 12 des Gesellschaftsvertrages der Schuldnerin lautet auszugsweise:

> (1) An dem Vermögen und am Gewinn und Verlust der Gesellschaft sind allein die Kommanditisten in dem zum 31.12. des betreffenden Geschäftsjahres gegebenen Verhältnis ihrer festen Kapitalkonten ab dem der Einzahlung der Einlage folgenden Monatsersten beteiligt.
>
> …
>
> (3) Die Gesellschaft hat die Ausschüttungen, die die Gesellschaft von den Objektgesellschaften erhält und die nach Abdeckung ihrer Kosten und Aufrechterhaltung einer Liquiditätsreserve in der in der Liquiditätsprognose des Beteiligungsprospektes angegebenen Höhe verbleiben, ab 1999 halbjährlich, jeweils bis 31.01. und 31.07. des Jahres, erstmals bis 31.01.2000, an die Kommanditisten im Verhältnis der Ergebnisbeteiligung gemäß Ziff. 1 auszuschütten. Das gilt auch dann, wenn die Kapitalkonten durch vorangegangene Verluste unter den Stand der Kapitaleinlage abgesunken sind.
>
> (4) Soweit die Ausschüttungen der Gesellschaft an die Kommanditisten nach den handelsrechtlichen Vorschriften als Rückzahlung der von dem Beteiligungstreuhänder für Rechnung seiner Treugeber geleisteten Kommanditeinlage anzusehen sind, entsteht für den Beteiligungstreuhänder eine persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 172 Abs. 4 HGB). Von dieser Haftung haben diejenigen Treugeber bzw. Kommanditisten, für die der Beteiligungstreuhänder die Kommanditbeteiligung im eigenen Namen hält, den

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

Beteiligungstreuhänder nach Maßgabe des Treuhandvertrages (Anlage 2) freizustellen.

3 In den Jahren 1999 bis 2004 erhielt die Beklagte in zwei Zahlungen jeweils zum 31. Januar und 31. Juli eines jeden Jahres, erstmals am 31. Januar 2000, Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 8.615,25 €. Die Handelsbilanzen der Schuldnerin wiesen für 1999 bis 2002 Gewinne aus, die die Ausschüttungen jedoch nicht in vollem Umfang deckten; in den Jahren 2003 und 2004 wiesen sie Verluste aus.

4 Die Schuldnerin stellte am 29. Juli 2005 Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit; das Verfahren wurde am 20. April 2006 eröffnet. Mit Vereinbarung vom 6. April 2006 ließ sich der Kläger von der Treuhandkommanditistin deren Freistellungsansprüche gegen die Anleger abtreten. Er forderte die Beklagte unter Fristsetzung zum 20. November 2006 vergeblich zur Rückzahlung der Ausschüttungen auf.

5 Der Kläger hat seinen mit der Klage geltend gemachten Rückzahlungsanspruch auf § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 2 HGB, hilfsweise auf abgetretenes Recht und auf §§ 134, 143 InsO gestützt. Das Landgericht hat der Klage aus abgetretenem Recht bis auf einen Betrag von 83 € stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht der Klage nur in Höhe von 3.585,79 € aus §§ 134, 143 InsO sowie weiteren 3.097,37 € aus abgetretenem Recht (insgesamt 6.683,16 €) stattgegeben und die Anschlussberufung des Klägers zurückgewiesen. Dagegen wenden sich der Kläger mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision und die Beklagte mit der Anschlussrevision.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision des Klägers hat keinen, die Anschlussrevision der Beklagten hat nur in geringem Umfang (83 €) Erfolg.

7 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

8 Zwar hafte die Beklagte dem Kläger nicht unmittelbar als Kommanditistin. Aus Insolvenzanfechtung stehe dem Kläger aber der Teil der Ausschüttungen zu, um den die Ausschüttungen den auf die Beklagte jährlich entfallenden Gewinn in den vier Jahren vor Insolvenzantragstellung jeweils überstiegen hätten. Aus abgetretenem Recht könne der Kläger nicht die Rückzahlung sämtlicher Ausschüttungen verlangen, sondern nur den Betrag, um den die Einlageleistung der Beklagten durch die Ausschüttungen unter Berücksichtigung dem Kapitalkonto zugeschriebener Gewinne und Verluste unter die Haftsumme gemindert sei. Eine Aufrechnung mit behaupteten Schadensersatzansprüchen gegen die Treuhandkommanditistin aus Aufklärungspflichtverletzung sei nach dem Haftungssystem der Kommanditgesellschaft ausgeschlossen.

9 II. Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis im Wesentlichen stand.

10 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht einen unmittelbaren Anspruch des Klägers gegen die beklagte Treugeberin aus § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 und 2 HGB mangels formeller Kommanditisteneigenschaft verneint (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1980 - II ZR 250/78, BGHZ 76, 127, 130; Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rn. 21; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08, NZG 2009, 380 Rn. 35; Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 148/08, ZIP 2009, 1266 Rn. 15).

11 2. Dem Kläger steht indes, allerdings nur in Höhe von 6.600,16 €, ein Anspruch aus abgetretenem Recht der Treuhandkommanditistin zu. Die Treuhandkommanditistin hat ihren Freistellungsanspruch aus § 5 des Treuhandvertrags, der zudem aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis zwischen Treuhandkommanditistin und Beklagter folgt (§§ 675, 670 BGB), wirksam an den Kläger abgetreten; der Anspruch ist nicht verjährt und nicht durch Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen der Beklagten erloschen.

12 a) Der Treuhandvertrag ist entgegen der Ansicht der Anschlussrevision nicht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG gemäß § 134 BGB nichtig. Für die Frage, ob eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne von Art. 1 § 1 RBerG vorliegt, ist entscheidend, ob der Schwerpunkt der geschuldeten Tätigkeit überwiegend auf wirtschaftlichem oder auf rechtlichem Gebiet liegt (st.Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 16. Dezember 2002 - II ZR 109/01, BGHZ 153, 214, 218; Urteil vom 25. April 2006 - XI ZR 29/05, BGHZ 167, 223 Rn. 15). Nur derjenige, der im Rahmen eines Immobilienfondsprojekts nicht nur die wirtschaftlichen Belange der Anleger wahrzunehmen, sondern für sie auch die erforderlichen Verträge abzuschließen hatte, bedurfte einer Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz (st.Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 14. Juni 2004 - II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 299; Urteil vom 8. Mai 2006 - II ZR 123/05, ZIP 2006, 1201 Rn. 9). Eine Vollmacht, für die beklagte Treugeberin Verträge zu schließen, die diese selbst verpflichteten, enthält der Treuhandvertrag hier jedoch nicht. Die in § 1 Abs. 2 Satz 1 a - d des Treuhandvertrags genannten Verträge sind solche der Fondsgesellschaft oder der Objektgesellschaften mit Dritten.

13 b) Der Freistellungsanspruch ist, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, wirksam an den Kläger abgetreten worden.

14 Die Abtretung ist nicht gemäß § 399 Fall 1 BGB ausgeschlossen. Zwar verändert der Freistellungsanspruch infolge der Abtretung seinen Inhalt, da er sich in einen Zahlungsanspruch umwandelt. Eine solche Veränderung des Leistungsinhalts hindert die Abtretung aber nicht, wenn der Freistellungsanspruch gerade an den Gläubiger der zu tilgenden Schuld abgetreten wird (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1954 - I ZR 34/53, BGHZ 12, 136, 141 f.; Urteil vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, ZIP 2010, 1295 Rn. 12; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 399 Rn. 4 m.w.N.). Als solcher ist hinsichtlich der sich aus der Kommanditistenhaftung gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB ergebenden Ansprüche im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Kommanditgesellschaft der Insolvenzverwalter anzusehen (vgl. auch OLG Köln, NZG 2009, 543, 544; OLG Stuttgart, ZIP 2010, 1694, 1695 f. m.w.N.). Gemäß § 171 Abs. 2 HGB ist er zur Durchsetzung der Ansprüche gegen Kommanditisten ermächtigt, während die Gesellschaftsgläubiger, die materiell-rechtliche Anspruchsinhaber bleiben, daran gehindert sind, ihre Ansprüche selbst geltend zu machen. Berechtigte Interessen des Schuldners des Freistellungsanspruchs, deren Schutz das Abtretungsverbot nach § 399 Fall 1 BGB bezweckt, werden durch die Abtretung an den Insolvenzverwalter anstelle des Gesellschaftsgläubigers nicht beeinträchtigt.

15 Die Parteien haben die Abtretung auch nicht vertraglich ausgeschlossen, § 399 Fall 2 BGB. Eine solche Abrede ergibt sich insbesondere nicht aus § 5 des Treuhandvertrages, der den Freistellungsanspruch der Treuhandkommanditistin regelt. Anhaltspunkte, die ein konkludent vereinbartes Abtretungsverbot nahe legen, sind nicht ersichtlich. Die Abtretung ist ferner weder sittenwidrig noch stellt sie eine unzulässige Rechtsausübung gemäß § 242 BGB dar. Infolge der Abtretung verwirklicht sich vielmehr nur das mit dem Treuhandvertrag verbundene Ziel, dass die wirtschaftlichen Folgen der Kommanditbeteiligung die Treugeber selbst treffen.

16 c) § 172 Abs. 5 HGB steht dem Anspruch des Klägers entgegen der Ansicht der Anschlussrevision nicht entgegen. Ein Gutglaubensschutz nach dieser Vorschrift setzt den Bezug von Gewinn aufgrund einer unrichtigen Bilanz voraus, die tatsächlich nicht vorhandene Gewinne ausweist (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2009 - II ZR 88/08, ZIP 2009, 1222 Rn. 12 m.w.N.). Die Ausschüttungen beruhten hier nicht auf in den Bilanzen ausgewiesenen Gewinnen, sondern waren gemäß § 12 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages unabhängig von einem Gewinn der Gesellschaft aus den Liquiditätsüberschüssen zu zahlen.

17 d) Infolge der Abtretung des Freistellungsanspruchs steht dem Kläger gegen die Beklagte ein Zahlungsanspruch in Höhe von 6.600,16 € zu. Die Treuhandkommanditistin kann in dieser Höhe die Freistellung von dem ihr gegenüber begründeten Anspruch nach § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 und 2 HGB von der beklagten Treugeberin verlangen.

18 aa) Durch die Ausschüttungen an die über die Treuhandkommanditistin beteiligten Treugeber hat die Schuldnerin die Einlage im Sinne von § 172 Abs. 4 HGB teilweise zurückbezahlt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Oktober 1975 - II ZR 214/74, WM 1976, 130, 131; Urteil vom 28. Januar 1980 - II ZR 250/78, BGHZ 76, 127, 130; Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 172 Rn. 36). Der Anspruch aus § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 und 2 HGB ist zwar nicht begründet, soweit die Haftsumme zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht benötigt wird (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1958 - II ZR 2/57, BGHZ 27, 51, 56 f.; Urteil vom 11. Dezember 1989 - II ZR 78/89, BGHZ 109, 334, 344; Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 171 Rn. 96). Diese Voraussetzung ist hier indes erfüllt. Die zur Insolvenztabelle festgestellten Forderungen, die nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können, übersteigen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Summe aller Ausschüttungen.

19 bb) Entgegen der Auffassung der Revision haben jedoch nicht sämtliche Ausschüttungen die Haftung wieder aufleben lassen. Der Umfang, in dem die Haftung des Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt, ist in dreifacher Hinsicht, nämlich durch die Haftsumme, die Höhe des ausgezahlten Betrags und durch das Ausmaß der dadurch gegebenenfalls entstehenden Haftsummenunterdeckung begrenzt (vgl. MünchKommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl., §§ 171, 172 Rn. 65). Im Streitfall ist das Kapitalkonto der Beklagten mit zuletzt 23.994,35 € gegenüber ihrer Haftsumme von 30.677,51 € (= 60.000 DM) nur um 6.683,16 € gemindert. Haftungsschädlich sind aber nur 6.600,16 € ausgezahlt worden. Die erste Ausschüttung für das 2. Halbjahr 1999 in Höhe von 178,95 € hat die Haftung aus § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB nur in Höhe von 95,95 € wieder begründet. Vor dieser Ausschüttung war dem Kapitalkonto der Beklagten nach dem insoweit maßgeblichen Vortrag des Klägers und den von ihm vorgelegten Unterlagen ein anteiliger Gewinn für 1999 in Höhe von 83 € gutgeschrieben worden, dessen Entnahme nicht zum Wiederaufleben der Haftung führte. Alle nachfolgenden Ausschüttungen erfolgten zwar bei bereits bestehender Haftsummenunterdeckung. Müsste die Beklagte - wie die Revision meint - alle Ausschüttungen erstatten, bliebe aber unberücksichtigt, dass das Kapitalkonto und damit die Haftsumme durch anteilige Gewinne in den Jahren 1999 bis 2002 teilweise wieder aufgefüllt wurden. Die Haftung nach § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB soll aber nur gewährleisten, dass die Haftsumme im Gesellschaftsvermögen gedeckt ist; auf mehr können die Gläubiger nicht vertrauen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1982 - II ZR 201/81, BGHZ 84, 383, 387; MünchKommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl., § 172 Rn. 64; Strohn in Ebenroth/ Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 172 Rn. 44).

20 Ausgehend von der Beispielsrechnung des Klägers ergibt sich bei Fortschreibung des Kapitalkontos der Beklagten folgende Berechnung:

Haftsumme/Einlage: 60.000 DM = 30.677,51 €

Datum	Stand Kapitalkonto	Ausschüttung	Stand Kapitalkonto nachher	Gewinn/Verlust am Jahresende
Beitritt	**30.677,51 €**			in 1999: + 83,00 €
31.1.2000	30.760,51 €	178,95 €	30.581,56 €	
31.7.2000	30.581,56 €	1.073,71 €	29.507,85 €	in 2000: + 138,78 €
31.1.2001	29.646,63 €	1.073,71 €	28.572,92 €	
31.7.2001	28.572,92 €	1.073,71 €	27.499,21 €	in 2001: + 763,55 €
31.1.2002	28.262,76 €	1.073,71 €	27.189,05 €	
31.7.2002	27.189,05 €	1.073,71 €	26.115,34 €	in 2002: + 1.939,53 €
31.1.2003	28.054,87 €	1.073,71 €	26.981,16 €	
31.7.2003	26.981,16 €	1.073,71 €	25.907,45 €	in 2003: - 194,69 €
31.1.2004	25.712,76 €	460,16 €	25.252,60 €	
31.7.2004	25.252,60 €	460,16 €	24.792,44 €	in 2004: - 798,09 €
31.12.2004	**23.994,35 €**			

21 cc) Der Kläger muss sich an der von ihm selbst als Beispiel so vorgetragenen Kapitalkontoentwicklung für eine Beteiligungssumme von 100.000 DM festhalten lassen. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht nicht die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für den Anspruch aus § 172 Abs. 4 HGB verkannt. Es hat zutreffend zugrunde gelegt, dass der Kommanditist darlegen und beweisen muss, dass eine unstreitige Ausschüttung die Haftung nicht wieder begründet hat (vgl. Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 172 Rn. 55 f.). Hier hat jedoch der Kläger, worauf das Berufungsgericht zutreffend abgestellt hat, mit seiner Beispielsberechnung selbst vorgetragen, dass die Ausschüttungen teilweise nicht haftungsbegründend waren. Er hat zudem Handelsbilanzen vorgelegt, die für die Jahre 1999

bis 2002 jeweils Gewinne der Schuldnerin ausweisen. Dass die Gewinne tatsächlich erzielt worden sind, hat der Kläger in den Tatsacheninstanzen nicht substantiiert in Abrede gestellt. Der kurze schriftsätzliche Hinweis auf die steuerlichen Anlaufverluste, die zu der prospektierten Minderung der Steuerlast bei den Treugebern führen sollten, reicht dazu schon deshalb nicht, weil sich die Verluste aus der für die Kapitalkontoentwicklung maßgeblichen Handelsbilanz, auf die der Kläger sein Berechnungsbeispiel gestützt hat, nicht ergaben. Nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 1995 - X ZR 88/93, NJW-RR 1995, 684, 685) ist davon auszugehen, dass sich die Beklagte das Vorbringen des Klägers, soweit es für sie günstig ist, zumindest hilfsweise zu eigen gemacht hat. Dass der handelsbilanzielle Gewinn jeweils den Kapitalkonten der Treugeber gemäß § 12 Abs. 1, 3 des Gesellschaftsvertrages auch zugewiesen worden ist, hat der Kläger in seiner Beispielsberechnung für eine Kapitalkontenentwicklung bei einer Beteiligungssumme von 100.000 DM zugunsten der Treugeber selbst berücksichtigt und erstmals - gemäß § 559 Abs. 1 ZPO unbeachtlich - in der Revisionsinstanz bestritten.

22 e) Das Berufungsgericht hat entgegen der Ansicht der Anschlussrevision weiter zutreffend angenommen, dass der vom Kläger aus abgetretenem Recht geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht verjährt ist.

23 aa) Die Verjährungsfrist für den Befreiungsanspruch eines Treuhänders nach § 257 Satz 1 BGB beginnt nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs frühestens mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem die Forderungen fällig werden, von denen zu befreien ist (BGH, Urteil vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, ZIP 2010, 1295 Rn. 21 f.; Urteil vom 12. November 2009 - III ZR 113/09, ZIP 2010, 1299 Rn. 13). Der gesetzliche Befreiungsanspruch nach § 257 Satz 1 BGB wird zwar nach allgemeiner Auffassung sofort mit der Eingehung der Verbindlichkeit, von der freizustellen ist, fällig, unabhängig da-

von, ob diese Verbindlichkeit ihrerseits bereits fällig ist (BGH, Urteil vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, aaO Rn. 20 m.w.N.). Nach allgemeinen verjährungsrechtlichen Grundsätzen wäre der Zeitpunkt, zu dem ein Befreiungsanspruch entsteht und fällig wird, auch maßgeblich dafür, zu welchem Zeitpunkt die Verjährungsfrist des Freistellungsanspruchs beginnt (§ 199 BGB). Dies widerspräche indes den Interessen der Vertragsparteien eines Treuhandvertrags der hier vorliegenden Art. Wäre für den Lauf der Verjährungsfrist auf die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs abzustellen, wäre die Treuhandkommanditistin regelmäßig bereits zu einem Zeitpunkt zur Geltendmachung ihres Freistellungsanspruchs gegenüber den Treugebern gezwungen, in dem weder die Fälligkeit der Drittforderung, von der freizustellen ist, absehbar ist noch feststeht, ob zu deren Erfüllung überhaupt auf Mittel der Treugeber zurückgegriffen werden muss.

24 bb) Der Befreiungsanspruch der Treuhänderin ist danach nicht verjährt. Es ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, dass keine der eingegangenen Verbindlichkeiten im Sinne von § 257 Satz 1 BGB, für die die Treuhänderin nach § 128, § 161 Abs. 2, § 171 Abs. 1 und 2, § 172 Abs. 4 HGB in Höhe von 6.600,16 € haftet, in - im Hinblick auf die dreijährige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB und die Bekanntgabe des Ende Dezember 2006 eingereichten Prozesskostenhilfeantrags des Klägers (§ 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB) - unverjährter Zeit fällig geworden ist.

25 f) Im Ergebnis zutreffend hält das Berufungsgericht eine Aufrechnung der Beklagten gegenüber dem an den Kläger abgetretenen Rückzahlungsanspruch mit etwaigen gegen die Treuhandkommanditistin bestehenden Schadensersatzansprüchen für ausgeschlossen.

26 aa) Die Aufrechnung ist schon unzulässig.

27 Über die gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ist eine Aufrechnung verboten, wenn nach dem besonderen Inhalt des zwischen den Parteien begründeten Schuldverhältnisses der Ausschluss als stillschweigend vereinbart angesehen werden muss (§ 157 BGB) oder wenn die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar (§ 242 BGB) erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 24. Juni 1985 - III ZR 219/83, BGHZ 95, 109, 113 m.w.N.). Die Treuhandkommanditistin hat die Beteiligung treuhänderisch für Rechnung der Treugeber übernommen und gehalten. Bei einer Gestaltung der Anlegerbeteiligung wie der vorliegenden darf der Anleger zwar grundsätzlich, soweit sich das nicht aus der Zwischenschaltung des Treuhänders unvermeidbar ergibt, nicht schlechter stehen, als wenn er selbst Kommanditist wäre; er darf aber auch nicht besser gestellt werden, als wenn er sich unmittelbar beteiligt hätte. Ihn trifft daher, wenn keine besonderen Verhältnisse vorliegen, auch das Anlagerisiko so, als ob er sich unmittelbar als Kommanditist beteiligt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 1979 - II ZR 240/78, ZIP 1980, 277, 278; Urteil vom 21. März 1988 - II ZR 135/87, BGHZ 104, 50, 55). Die Einbindung der Anleger durch das Treuhandverhältnis erfasst auch die Haftung der Treuhandkommanditistin gegenüber Gesellschaftsgläubigern, soweit die Einlagen nicht erbracht oder wieder zurückbezahlt worden sind. Aus diesem Grund kann sich der Anleger der ihn mittelbar über die Inanspruchnahme durch die Treuhandkommanditistin treffenden Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB nicht durch Aufrechnung mit Ansprüchen gegen die Treuhandkommanditistin entziehen (vgl. OLG Düsseldorf, ZIP 1991, 1494, 1499; OLG Köln, NZG 2009, 543, 544; Henze in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 177a Anh. B Rn. 102; Heymann/Horn, HGB, 2. Aufl., § 161 Rn. 176).

28 bb) Die Aufrechnung der Beklagten würde im Übrigen auch nicht durchgreifen, weil sie eine Aufklärungspflichtverletzung nicht ausreichend dargelegt hat. Dass die Ausschüttungen nicht mit Gewinnen gleichzusetzen waren, ergab sich hinreichend deutlich aus dem Fondsprospekt. Dort wurde darauf hingewiesen, dass für die im Handelsregister eingetragenen Kommanditisten und für den Beteiligungstreuhänder eine persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsteht, soweit die Einlagen der Kapitalanleger aus Liquiditätsüberschüssen der Gesellschaft zurückgezahlt werden. Ferner war dem Prospekt zu entnehmen, dass sich die prognostizierten Ausschüttungen nicht allein durch die angenommenen Mietzinsüberschüsse darstellen ließen, sondern auch durch die Höhe der Fremdfinanzierung (ca. 72 % des Gesamtaufwands der Objektgesellschaften), die anfänglichen Tilgungsaussetzungen und Entnahmen aus der Liquiditätsreserve, die zum Teil aus Eigenkapital gebildet wurde, in der ausgewiesenen Höhe möglich wurden.

29 Auch war die Treuhandkommanditistin zu einer weitergehenden Erläuterung der Haftungsvorschrift des § 172 Abs. 4 HGB, die in § 12 des Gesellschaftsvertrages genannt wird, nicht verpflichtet (vgl. BGH, Beschluss vom 9. November 2009 - II ZR 16/09, ZIP 2009, 2335). Auf die eingeschränkte Handelbarkeit der Anteile weist der Prospekt ebenfalls hinreichend deutlich hin.

30 3. Ob der Kläger die Erstattung der Ausschüttungen gemäß §§ 143, 134 Abs. 1 Satz 1 InsO verlangen könnte, kann dahinstehen. Jedenfalls ergäbe sich daraus keine höhere Forderung. Denn der Anspruch gemäß § 134 Abs. 1 InsO wäre begrenzt auf Ausschüttungen, die innerhalb von vier Jahren vor dem An-

trag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, den die Insolvenzschuldnerin am 29. Juli 2005 gestellt hat, vorgenommen worden sind, d.h. auf die Ausschüttungen ab dem 31. Juli 2001. Diese belaufen sich auf 6.288,87 €.

Bergmann Caliebe Drescher

Born Sunder

Vorinstanzen:
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 04.12.2007 - 16 O 538/06 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 20.11.2008 - I-6 U 8/08 -