BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 465/07

Verkündet am:
20. Juli 2010
Weber,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 705

Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind auch im Fall der nichtigen Übertragung von Geschäftsanteilen einer Fonds-GbR anwendbar.

BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - XI ZR 465/07 - KG Berlin
LG Berlin

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Müller, Dr. Ellenberger, Maihold und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger zu 1), 3), 4), 5), 6), 8), 9), 11), 12), 13), 14), 15), 16), 19), 20), 21), 22), 25), 27), 28), 29), 30), 32), 33), 34), 35), 36), 38), 39), 40), 44), 45), 47), 48), 50), 51), 54), 55), 56), 57), 58), 59), 60), 61), 62), 63), 64), 65), 67), 68), 71), 72), 74), 76), 77), 78), 79), 80), 81), 82), 83), 85), 89), 91), 94), 95), 96), 98), 100), 101), 102), 104), 105) und 106) wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 30. Juli 2007 in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 9. November 2007 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu ihrem Nachteil entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger nehmen die beklagte Bank im Zusammenhang mit ihrer mittelbaren Beteiligung an einem Immobilienfonds auf Schadensersatz in Anspruch und bestreiten ihre anteilige persönliche Haftung für die der Fondsgesellschaft gewährten Darlehen.

2 Die "I. GbR" (nachfolgend: GbR), zu deren Gründungsgesellschaftern unter anderem die G. mbH (nachfolgend: Treuhänderin) gehörte, erwarb eine in B. gelegene Immobilie, um sie nach Instandsetzung und Modernisierung zu vermieten. Das Objekt sollte zum Teil durch Einlagen der noch zu werbenden Kapitalanleger und im Übrigen mit Bankkrediten finanziert werden. Zu diesem Zweck gewährte die Beklagte der GbR am 28./29. Dezember 1998 einen Zwischenfinanzierungskredit von 145.319.000 DM, der durch drei Endfinanzierungsdarlehen vom 16. August/7. September 1999 über insgesamt 103.966.000 DM teilweise abgelöst wurde. In den Darlehensverträgen war die persönliche Haftung der meisten Gründungsgesellschafter mit der Maßgabe vorgesehen, dass sie aus der Haftung entlassen werden, wenn neu eintretende Gesellschafter für die Realkredite entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligungen persönlich haften, sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Privatvermögen unterwerfen und ein positives Bonitätsurteil der Beklagten über die Betroffenen vorliegt.

3 In den Jahren 2000 bis 2002 unterzeichneten die Kläger eine mit "Vollmacht zur treuhänderischen Beteiligung" überschriebene formularmäßige Erklärung, in der sie "als Treugeber" eine Beteiligung an der GbR in unterschiedlicher Höhe zeichneten und die dem Fondsprospekt beigefügten Allgemeinen Vertragsbedingungen, die unter anderem den Gesellschaftsvertrag der GbR

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

und den Treuhandvertrag beinhalteten, anerkannten. Zugleich beauftragten und bevollmächtigten die Kläger Frau Q. , für sie alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die für den Abschluss des Treuhandvertrages notwendig sind, und den Geschäftsführungsvertrag mit der G. GmbH und Herrn J. zu schließen.

4 Nach dem Inhalt des Treuhandvertrages sollte die Treuhänderin ihre Fondsbeteiligung im Außenverhältnis als einen einheitlichen Anteil, im Innenverhältnis jedoch für Rechnung der Treugeber halten (§ 1 Abs. 1, Abs. 3). Die Treugeber verpflichteten sich, für die Darlehensverbindlichkeiten der GbR quotal entsprechend ihrer "wirtschaftlichen" Beteiligungsquote die persönliche Haftung zu übernehmen (§ 2 Abs. 1). Ferner beauftragten und bevollmächtigten sie jeden Geschäftsführer der GbR, die Mithaftungserklärungen in ihrem Namen abzugeben, sie insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in das gesamte Privatvermögen zu unterwerfen und gleichzeitig die Treuhänderin von ihrer Darlehensverpflichtung auch im Außenverhältnis hinsichtlich des ihrer Quote entsprechenden Anteils zu befreien (§ 4 Abs. 1). Zudem enthielt der Vertrag in § 8 Abs. 4 unter der Überschrift "Kündigung des Treuhandverhältnisses" folgende Regelung:

> "Für den Fall der Kündigung nach Absatz 2 oder der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, dessen Ablehnung mangels Masse oder der Pfändung jeweils in Bezug auf die Person und das Vermögen des Treuhänders tritt der Treuhänder schon jetzt die für den Treugeber gehaltene Beteiligung an diesen ab. Der Geschäftsführer der Gesellschaft erteilt schon jetzt für diese Fälle die Zustimmung, der Treugeber nimmt die Abtretung an."

5 Die Kläger schlossen, vertreten durch Frau Q. , die Treuhandverträge ab und zahlten den jeweils von ihnen übernommenen Zeichnungsbetrag zuzüglich Agio auf ein Treuhandkonto der GbR ein. Die geschäftsführende G. GmbH und die Z. KG als Fondsinitiatorin garantierten den Klä-

gern, das restliche Eigenkapital der GbR - nach mehrfacher Fristverlängerung - bis zum 31. Dezember 2003 zu platzieren und ihnen andernfalls die geleisteten Einlagen zu erstatten sowie sie von einer Haftung freizustellen.

6 Noch vor Ablauf der Frist wurde über das Vermögen der geschäftsführenden G. GmbH am 1. August 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet. Da auch bis zum Ende des Jahres 2003 das Eigenkapital zu einem erheblichen Teil noch nicht platziert war, gründete die Beklagte zum Zwecke der Fondsschließung die L. mbH & Co. KG (nachfolgend: L. KG). Diese trat der GbR im Dezember 2003 als unmittelbare Gesellschafterin unter Übernahme des noch offenen Eigenkapitalanteils in Höhe von 13.883.953,29 € bei, wobei die geschuldete Einlage durch Umbuchung des Zwischenfinanzierungsdarlehens der Beklagten in Eigenkapital geleistet wurde. Im Juli 2006 wurde auch über das Vermögen der Treuhänderin das Insolvenzverfahren eröffnet.

7 Die Kläger haben unter anderem vorgetragen: Die Beklagte habe den Eintritt des Garantiefalles aus eigensüchtigen Motiven verhindert, indem sie den in hohem Maße sanierungsbedürftigen Fonds durch Gründung und Eintritt der unterkapitalisierten L. KG "künstlich" geschlossen habe. Da sie, die Kläger, sonst die Z. KG aus der sogenannten "Platzierungsgarantie" auf Erstattung der geleisteten Einlagen in Anspruch genommen hätten, müsse die Beklagte ihnen in derselben Höhe Schadensersatz leisten. Für die Darlehensverbindlichkeiten der GbR könne die Beklagte sie schon deshalb nicht anteilig persönlich in Anspruch nehmen, weil Frau Q. bei Abschluss der gleichlautenden Treuhandverträge als vollmachtlose Vertreterin der geworbenen Kapitalanleger gehandelt habe.

8 Die Kläger verlangen von der Beklagten die Rückzahlung der von ihnen erbrachten Einlagen zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung ihres Gesellschaftsanteils und begehren die Feststellung, dass sich die Beklagte insoweit in Annahmeverzug befindet. Ferner wollen die Kläger festgestellt haben, dass sie aus den von der Beklagten mit der GbR geschlossenen Darlehensverträgen nicht persönlich verpflichtet sind.

9 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Mit der - vom erkennenden Senat zugelassenen - Revision verfolgt ein Teil der Kläger die Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision ist teilweise begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit es eine anteilige persönliche Haftung der Kläger für die Darlehensverbindlichkeiten der GbR bejaht hat.

I.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

12 1. Die Kläger müssten sowohl aufgrund ihrer Haftungsmitübernahmen als auch analog §§ 128, 130 HGB anteilig persönlich für die Rückzahlung der von der GbR zur Objektfinanzierung aufgenommenen Darlehen einstehen. Die Schuldbeitrittserklärungen seien von Frau Q. als wirksam bestellte Vertreterin in den einzelnen Gesellschaftstreuhandverträgen abgegeben worden. Falls

die ihr in den Zeichnungsscheinen erteilten Vollmachten wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig seien, müssten die Kläger sich nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft so behandeln lassen, als ob sie der GbR wirksam beigetreten seien. Dabei komme es nicht entscheidend darauf an, ob die Kläger unmittelbar oder mittelbar über die Treuhänderin an der Gesellschaft beteiligt seien. Dass die Darlehensverbindlichkeiten zum damaligen Zeitpunkt schon bestanden hätten, stelle unter Vertrauensschutzgesichtspunkten kein Haftungshindernis dar, weil die Kläger die Schulden entweder gekannt hätten oder hätten kennen müssen.

13 2. Den Klägern stünden keine Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu. Eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Kläger in keiner (vor-)vertraglichen Beziehung zur kreditgebenden Beklagten gestanden hätten. Der Umstand, dass die Beklagte mit Schließung des Fonds durch Beitritt der von ihr dazu eigens gegründeten L. KG eine Inanspruchnahme der Z. KG aus der sogenannten "Platzierungsgarantie" vermieden und damit eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt habe, stelle für sich genommen keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB dar. Die L. KG sei - soweit ersichtlich - auch nicht insolvent. Zudem müsste sich die Beklagte eine Insolvenz nicht ohne weiteres zurechnen lassen, weil sie und die L. KG trotz ihrer Abhängigkeit als Tochtergesellschaft unterschiedliche juristische Personen seien. Die bloßen Vermutungen und Befürchtungen der Kläger im Hinblick auf eine angeblich unzureichende Finanzausstattung der L. KG hätten sich bislang nicht verwirklicht und rechtfertigen ebenfalls kein Unwerturteil im Sinne von § 826 BGB über das Verhalten der Beklagten.

14 Darüber hinaus hätten die Kläger die Höhe ihrer geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht hinreichend dargelegt, da sie die durch die mit-

telbaren Fondsbeteiligungen erzielten Steuervorteile - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt habe - nicht berücksichtigen wollten.

II.

15 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

16 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings eine Schadensersatzhaftung der Beklagten verneint.

17 a) Eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung der Beklagten wegen Verschuldens bei Vertragsschluss ist schon nach dem eigenen Sachvortrag der Kläger ausgeschlossen. Zwar wollen die Kläger von der Beklagten schadensersatzrechtlich so gestellt werden, wie sie stünden, wenn sie die "wirtschaftlichen" Fondsbeteiligungen nicht erworben und infolgedessen die Bareinlagen nicht geleistet hätten. Dieses Begehren wird aber nicht etwa darauf gestützt, dass die Beklagte ihnen gegenüber falsche bzw. unvollständige Angaben über die Ertragskraft oder andere verkehrswesentliche Eigenschaften der kreditnehmenden GbR gemacht und sie dadurch zum mittelbaren Gesellschaftsbeitritt verleitet hat. Vielmehr ergibt sich die Schadensersatzpflicht der Beklagten nach Ansicht der Kläger allein daraus, dass diese den finanzschwachen Fonds vor Ablauf der in der sogenannten "Platzierungsgarantie" vereinbarten Frist (31. Dezember 2003) "künstlich" geschlossen und damit die Entstehung des auf Rückzahlung der geleisteten Bareinlagen gerichteten Erstattungsanspruchs bewusst verhindert hat.

18 Dies verkennt die Revision, wenn sie aus der Tatsache, dass die Kläger auf Verlangen der Beklagten Selbstauskünfte über ihre persönlichen Einkom-

mens- und Vermögensverhältnisse erteilt haben, die Entstehung eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses zwischen den Prozessparteien als Grundlage für eine Haftung aus culpa in contrahendo herleitet. Zudem dienten die Selbstauskünfte der Kläger nicht der Aufnahme eigenständiger Vertragsverhandlungen mit der Beklagten als Vertragspartnerin der GbR. Gemäß dem Inhalt der mit dieser geschlossenen Darlehensverträge dienten die Selbstauskünfte nicht einmal der nach dem Anlagemodell vorgesehenen Mithaftungsübernahme der Treugeber-Gesellschafter für die im Rahmen der Objektfinanzierung entstandenen Gesellschaftsschulden; vielmehr sollten sie der Beklagten allein die Entscheidung ermöglichen, ob die in die Mithaft genommenen Gründungsgesellschafter nach und nach freigestellt werden.

19 b) Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich eine Schadensersatzhaftung der Beklagten auch nicht aus der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Dem steht schon entgegen, dass die der Beklagten vorgeworfene Schließung des Fonds in keinem inneren Zusammenhang mit den ihr als Finanziererin des Anlageobjekts obliegenden Pflichten oder Obliegenheiten steht. Überdies begründet ein zwischen Gesellschaft und Bank geschlossener Darlehensvertrag in aller Regel keine Schutzwirkung zugunsten der Gesellschafter (siehe Senat, BGHZ 166, 84, Tz. 51 ff. m.w.N. für den geschäftsführenden Alleingesellschafter). Etwas anderes würde den Klägern im Übrigen auch nichts nützen, weil sie im Falle einer Einbeziehung in den persönlichen Schutzbereich der Kreditverträge nach der Wertung des § 334 BGB im Zweifel keine weitergehenden Rechte hätten als die weder aufklärungsbedürftige noch geschädigte GbR selbst (vgl. BGHZ 127, 378, 384 f.; Senatsbeschlüsse vom 15. Februar 2007 - XI ZR 431/04 und vom 26. Februar 2007 - XI ZR 306/05, beide veröffentlicht in juris).

20 c) Ebenso hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht eine deliktische Haftung der Beklagten wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung der Kläger im Sinne von § 826 BGB verneint.

21 aa) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob dem Berufungsgericht gefolgt werden könnte, soweit es eine Schadensersatzpflicht mit der Begründung abgelehnt hat, dass die Fondsschließung durch Gründung und Beitritt der L. KG trotz der eigensüchtigen Motive der Beklagten nicht gegen die guten Sitten verstoße. Auf diese Frage kommt es nicht entscheidend an, weil die Kläger die durch die "wirtschaftlichen" Fondsbeteiligungen erlangten Steuervorteile nicht offen gelegt und damit gemäß den rechtsfehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts nicht dargetan haben, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe sie durch die Nichtentstehung der auf Rückzahlung der Bareinlagen gerichteten Garantieansprüche geschädigt worden sind.

22 bb) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Steuervorteile, die der geschädigte Kapitalanleger aufgrund der Anlage in einem Immobilienfonds erzielt hat, im Wege der Vorteilsausgleichung anspruchsmindernd zu berücksichtigen, soweit sie ihm bei der Rückabwicklung des fremdfinanzierten Fondserwerbs verbleiben. Die Steuervorteile sind insoweit mit Ausschüttungen der Fondsgesellschaft gleichzubehandeln (siehe etwa Senat BGHZ 167, 239, Tz. 31; 172, 147, Tz. 23 ff.; vgl. ferner BGH, Urteil vom 17. November 2005 - III ZR 350/04, WM 2006, 174, 175; Senatsurteil vom 24. April 2007 - XI ZR 340/05, WM 2007, 1257, Tz. 28). Die Darlegungslast für die Vorteile und deren Anrechenbarkeit auf den geltend gemachten Schaden trifft zwar grundsätzlich den Schädiger. An die Schlüssigkeit seines Vorbringens dürfen aber in den vorliegenden Fällen keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, weil er zu den Steuervorteilen des Kapitalanlegers in aller Regel aus eigener Kenntnis keine näheren Angaben machen kann. Das gilt insbeson-

dere für etwaige Rückforderungsansprüche der Finanzbehörden, die eine Anwendung der allgemeinen Regeln über die Vorteilsausgleichung ausschließen (siehe z.B. Senatsurteil vom 24. April 2007 - XI ZR 340/05, aaO).

23 cc) Infolgedessen und auch angesichts der Tatsache, dass die zukünftigen Garantieansprüche nach den eigenen Angaben der Kläger infolge unzureichender Liquidität der Garantiegeberinnen allenfalls zu einem Teil zu realisieren gewesen wären, mussten die Steuervorteile im Einzelnen dargelegt werden. Dieser Verpflichtung sind die Kläger nicht nachgekommen. Vielmehr haben sie von Beginn an die - wie auch die Revision nicht in Frage stellt - unzutreffende Auffassung vertreten, dass die Vorteile im Hinblick auf die vorliegende Anlagekonzeption ausschließlich ihnen zugute kommen müssten und nicht die Beklagte entlasten dürften. Da das Landgericht daraufhin die Schadensersatzklage in vollem Umfang abgewiesen hat, war ein weiterer rechtlicher Hinweis des Berufungsgerichts gemäß § 139 ZPO entgegen der Ansicht der Revision nicht erforderlich, zumal die Kläger an ihrem Standpunkt ausdrücklich festgehalten haben.

24 2. Dagegen hält die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es eine anteilige persönliche Haftung der Kläger für die Darlehensverbindlichkeiten der GbR bejaht hat, den Angriffen der Revision nicht stand.

25 a) Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine werbende Fonds-GbR rechts- und parteifähig mit der Folge, dass sich die persönliche Einstandspflicht ihrer Mitglieder für die Gesellschaftsverbindlichkeiten aus den für die OHG und KG geltenden Vorschriften der §§ 128, 130 HGB ergibt (siehe etwa BGHZ 146, 341, 358; vormals schon BGHZ 142, 315, 318 ff.). Wie der erkennende Senat in seiner erst nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Entscheidung vom 11. November 2008 (BGHZ 178, 271, Tz. 18 ff.; siehe auch Senatsurteil vom 21. April 2009 - XI ZR

148/08, WM 2009, 1225, Tz. 15; vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Februar 2009 - III ZR 90/08, WM 2009, 593, Tz. 35 zur Inanspruchnahme aus §§ 171, 172 HGB) näher ausgeführt hat, gilt dies aber ausschließlich für diejenigen Kapitalanleger, die der werbenden Fondsgesellschaft unmittelbar und nicht unter Einschaltung eines Treuhänders nur mittelbar beitreten. Da Treugeber - wie die Kläger - keine echten Gesellschafter sind und solchen auch nicht gleichgestellt werden können, trifft die akzessorische Außenhaftung analog §§ 128, 130 HGB gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht sie persönlich, sondern allein den Treuhänder.

26 b) Die Kläger sind den Darlehensverbindlichkeiten der GbR - anders als das Berufungsgericht angenommen hat - auch nicht persönlich beigetreten. Zwar war in § 2 Abs. 1 der - allerdings unwirksamen (vgl. unter III 1 a) - Treuhandverträge vorgesehen, dass die Kläger die quotenmäßige Mithaftung für die Gesellschaftsschulden dem Anlagemodell entsprechend übernehmen und damit die Voraussetzungen für die in den Darlehensverträgen vorgesehene Enthaftung der Treuhänderin als Gründungsgesellschafterin schaffen. Hierbei handelt es sich aber, was das Berufungsgericht verkannt hat, um rein interne schuldrechtliche Verpflichtungen ohne jedwede Beteiligung der Beklagten als zu besichernde Darlehensgeberin. Andernfalls ergäbe auch die Regelung keinen Sinn, wonach der oder die Geschäftsführer der GbR die eingetretenen Treuhand-Gesellschafter bei den ins Auge gefassten Schuldbeitritten vertreten sollten. Da die anteiligen Mithaftungsübernahmeerklärungen nach dem übereinstimmenden Vortrag der Prozessparteien gegenüber der Beklagten indes nicht abgegeben wurden, ist ausgeschlossen, dass die Kläger in die Gesellschaftshaftung einbezogen sind.

III.

27 Das Berufungsurteil stellt sich hinsichtlich der streitigen Mithaftung der Kläger für die Gesellschaftsschulden auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

28 1. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung haften die Kläger nicht deshalb für die Gesellschaftsschulden entsprechend §§ 128, 130 HGB persönlich, weil sie die Fondsanteile gemäß § 8 Abs. 4 des Treuhandvertrages mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Treuhänderin im Juli 2006 unmittelbar erworben haben und damit zu echten Fondsgesellschaftern geworden sind.

29 a) Die gleichlautenden Treuhandverträge sind entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts mitsamt der Übertragung der Fondsanteile wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig.

30 aa) Dabei kann offen bleiben, ob die Kläger bei Abschluss der Treuhandverträge von Frau Q. wirksam vertreten worden sind oder die ihr in den Zeichnungsscheinen erteilten Vollmachten, wie die Revision meint, gemäß Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB nichtig sind. Auf die Beantwortung dieser Frage kommt es nicht entscheidend an, weil jedenfalls die Treuhänderin zur Besorgung der ihr obliegenden Dienstleistungen der Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz bedurfte.

31 bb) Zwar stellt die Beauftragung eines Treuhänders mit dem Erwerb und Halten des Fondsanteils schwerpunktmäßig eine wirtschaftliche und infolgedessen nicht von den früheren Regeln des Rechtsberatungsgesetzes erfasste Tätigkeit dar (siehe BGH, Urteil vom 8. Mai 2006 - II ZR 123/05, WM 2006, 1154,

Tz. 9 m.w.N.; vgl. auch Senatsurteile vom 20. Januar 2009 - XI ZR 487/07, WM 2009, 542, Tz. 21, vom 30. Juni 2009 - XI ZR 291/08, DStR 2009, 2327, Tz. 14 und vom 12. Januar 2010 - XI ZR 37/09, WM 2010, 308, Tz. 25). Die Treuhänderin war aber nach dem Inhalt der Treuhandverträge darüber hinaus unter anderem verpflichtet und befugt, im Namen ihres Auftraggebers einen zur Vertretung in außergerichtlichen und gerichtlichen Verfahren, insbesondere für Mietsachen und Steuern geeigneten Vertreter zu bestellen. Ferner sollten der oder die Geschäftsführer der GbR im Namen des einzelnen Treugeber-Gesellschafters die anteilige persönliche Mithaftung für die Gesellschaftsschulden übernehmen, ihn insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Privatvermögen unterwerfen und die Treuhänderin in entsprechendem Umfang von ihrer Haftung im Außenverhältnis befreien. Eine solche weitreichende Geschäftsbesorgung erforderte eine fundierte Rechtsberatung der Kläger und der anderen Treugeber-Gesellschafter (BGHZ 153, 214, 218; 154, 283, 285 ff.; 159, 294, 299; siehe ferner Senatsurteile vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 19/05, WM 2007, 62, Tz. 41 und XI ZR 185/05, WM 2007, 110, Tz. 22; vgl. auch Senatsurteil vom 26. Februar 2008 - XI ZR 74/06, WM 2008, 683, Tz. 26 m.w.N.).

32 cc) Der Umstand, dass die Dienstleistungen zum Teil nicht von der Treuhänderin, sondern von dem oder den Geschäftsführern der GbR erbracht werden sollten, rechtfertigt schon deshalb keine andere Beurteilung, weil es nach dem Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes auf den Treuhandvertrag in seiner Gesamtheit ankommt. Überdies oblag der Treuhänderin die Pflicht, die Kläger über die rechtliche Bedeutung und Tragweite der Verknüpfung der vorgesehenen anteiligen Mithaftungsübernahmen mit der den eigenen Interessen dienenden Enthaftung als Gründungsgesellschafterin aufzuklären. Folgerichtig kommt es - anders als die Revisionserwiderung meint - nicht darauf an, dass § 20 des Gesellschaftsvertrages den umfassenden Treuhandvertrag zum Be-

standteil des Gesellschaftsvertrages erklärt und sich aus diesem eine nicht von den Regeln des Rechtsberatungsgesetzes erfasste Vollmacht des Geschäftsführers zur Abgabe eines den einzelnen Gesellschafter persönlich belastenden vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses zugunsten der kreditgebenden Bank ergeben kann (siehe dazu Senatsurteil vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 19/05, WM 2007, 62, Tz. 42). Da die Treuhänderin mangels entgegenstehender Anhaltspunkte keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß, sind die umfassenden Treuhandverträge mitsamt der Treuhandvollmacht nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt gemäß § 134 BGB nichtig.

33 b) Die Nichtigkeit des einzelnen Treuhandvertrages erfasst auch die Übertragung des Fondsanteils gemäß §§ 398, 413 BGB. Es liefe nämlich der Zweckrichtung des Rechtsberatungsgesetzes zuwider, dem Rechtsberater - trotz Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Treuhandvertrages - die rechtliche Befugnis zu belassen, seine gesetzlich missbilligte Tätigkeit zu Ende zu führen und in bindender Weise Rechtsgeschäfte zu Lasten seiner durch die Verbotsnormen geschützten Auftraggeber abzuschließen (siehe z.B. Senat, BGHZ 177, 108, Tz. 19 m.w.N.). Die Kläger sind deshalb mangels Wirksamkeit der Übertragungen der Fondsanteile keine unmittelbaren Gesellschafter der GbR mit der Haftungsfolge im Sinne von §§ 128, 130 HGB (analog) geworden.

34 2. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand müssen sich die Kläger bislang auch nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft im Verhältnis zur Beklagten haftungsrechtlich wie unmittelbare Gesellschafter behandeln lassen.

35 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind allerdings die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft auf den Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft der vorliegenden Art anwendbar mit der Folge, dass der

fehlerhafte Beitritt gewöhnlich als wirksam zu behandeln ist, wenn er in Vollzug gesetzt wurde. Lediglich für die Zukunft können sich die Anleger von der Gesellschaftsbeteiligung lösen (st. Rspr., siehe etwa BGHZ 148, 201, 207; 153, 214, 221; 156, 46, 52; BGH, Beschluss vom 27. Juni 2006 und Hinweisbeschluss vom 10. April 2006 - II ZR 218/04, WM 2006, 1523 m.w.N.).

36 b) Ebenso finden die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft auf die nichtigen Übertragungen der Fondsanteile von der Treuhänderin auf die Kläger Anwendung.

37 aa) Mit der Frage, ob die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auch bei Anteilsübertragungen in einer Treuhand-Publikumsgesellschaft gemäß §§ 398, 413 BGB zur Anwendung kommen, war der Bundesgerichtshof noch nicht befasst. Allerdings hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Frage für die fehlerhafte Übertragung eines Kommanditanteils bejaht (siehe BGH, Urteile vom 4. April 1968 - II ZR 68/66, WM 1968, 892, 893 und vom 18. Januar 1988 - II ZR 140/87, WM 1988, 418, 419), dagegen aber für die anfechtbare Abtretung eines GmbH-Anteils unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung erstmals in seiner Entscheidung vom 22. Januar 1990 (II ZR 25/89, WM 1990, 505, 508; bestätigt im Urteil vom 27. März 1995 - II ZR 3/94, NJW-RR 1995, 1182, 1183; siehe auch BGH, Urteil vom 17. Januar 2007 - VIII ZR 37/06, WM 2007, 562, Tz. 19 f.) und auch im Fall des fehlerhaften Gesellschafterwechsels in der Vorgesellschaft (GmbH) verneint (siehe BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 409/02, WM 2005, 282, 283).

38 In der neueren Literatur wird der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zunehmend mit dem Hinweis widersprochen, dass sich die Anteilsveräußerung als zweiseitiges Rechtsgeschäft mit dem Erwerber außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses vollziehe und die Mitgliedschaft als sol-

che unberührt lasse (grundlegend K. Schmidt, AcP 186 (1986), S. 421, 438 f.; ders., BB 1988, 1053, 1059 f.; ders., Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 6 V 2. b) aa), S. 163 ff.; ders., in MünchKommHGB, 2. Aufl., § 105 Rn. 256; ders., Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 227; ebenso Balz/Illina, BB 2006, 2764, 2765; von Gerkan/Haas in Röhricht/von Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 105 Rn. 53; Heymann/Emmerich, HGB, 2. Aufl., § 105 Rn. 106; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 105 Rn. 94; MünchKommBGB/Ulmer, 5. Aufl., § 705 Rn. 374; MünchHdbGesR/Bälz, Bd. I, 3. Aufl., § 101 Rn. 175 ff.; C. Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002, S. 318 f.; ders., in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 364; siehe auch OLG Hamm, NZG 2008, 24). Danach und auch im Hinblick auf die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zur anfechtbaren Übertragung von GmbH-Anteilen ist man der Ansicht, dass für eine Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in einer Personengesellschaft entweder generell (so z.B. MünchKommBGB/Ulmer, aaO; zustimmend unter anderem C. Schäfer in Großkomm. HGB, aaO) oder jedenfalls dann kein Bedürfnis besteht, wenn der Gesellschaftsvertrag - wie bei Publikumsgesellschaften üblich - die freie Übertragung des Geschäftsanteils zulässt (so Erman/Westermann, BGB, 12. Aufl., § 705 Rn. 87; Timm/Schöne in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 705 Rn. 96).

39 Dem steht die Auffassung entgegen, wonach der Wechsel der Mitgliedschaft in Personengesellschaften, auch wenn dieser nicht auf einem verbandsrechtlichen Satzungsgeschäft beruht, grundsätzlich Bestandschutz genießt (so vor allem Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, § 2 V 5b, S. 161 ff.; siehe ferner Konzen, ZHR 145 (1981), 29, 61 ff.; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 105 Rn. 203 f.; Koller in Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl., § 105 Rn. 52; Oetker/Weitemeyer, HGB, § 105 Rn. 83).

40 Der erkennende Senat hält die letztgenannte Auffassung nach Abstimmung mit dem II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für zutreffend.

41 bb) Allerdings stellt die Übertragung und Vererbung von Beteiligungen keine für die Personengesellschaft konstituierende Änderung dar, solange die Mitgliedstelle als solche unverändert bleibt. Zuzugeben ist auch, dass den persönlichen Schutzinteressen der an der Anteilsübertragung beteiligten Parteien durch eine erweiterende Anwendung der für die Rechtsübertragungen geltenden Schutzvorschriften der §§ 413, 409, 407 BGB im Allgemeinen hinreichend Rechnung getragen wird (K. Schmidt, AcP 186 (1986), S. 421, 438 f.; MünchKommBGB/Ulmer, aaO; C. Schäfer in Großkomm. HGB, aaO, m.w.N.). Dies bedeutet aber nicht, dass für eine Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft im vorliegenden Streitfall kein Bedürfnis besteht.

42 Die Personengesellschaft und ihre Gläubiger müssen sich darauf verlassen können, dass ein bei ihr eingeführter Neugesellschafter so lange als solcher zu behandeln ist, bis der Streit über die Wirksamkeit der Anteilsübertragung zwischen ihm und dem Altgesellschafter endgültig geklärt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt gilt der Anteilserwerber sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch ihren Gläubigern unwiderruflich als Mitglied. Er kann alle Gesellschafterrechte wahrnehmen und muss umgekehrt im Innen- und Außenverhältnis für die Gesellschaftsschulden persönlich und mit seinem ganzen Privatvermögen einstehen (Wiedemann, aaO, § 2 V 5b, S. 164; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, aaO). Insoweit unterscheiden sich die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen eines in Vollzug gesetzten Beitritts nicht von einer vollzogenen Anteilsübertragung (vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1988 - II ZR 140/87, WM 1988, 418, 419). Das gilt in gleicher Weise auch bei einer - wie hier - als GbR gegründeten Treuhand-Publikumsgesellschaft.

43 Hierfür spricht außerdem das Prinzip der Selbstorganschaft, nach dem grundsätzlich jeder Personengesellschafter organschaftlicher Vertreter der Gesamthandsgesellschaft ist. Auch diese Stellung kann grundsätzlich nicht zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger und des allgemeinen Rechtsverkehrs mit Wirkung ex tunc beseitigt und möglicherweise durch eine allgemeine Rechtsscheinshaftung im konkreten Einzelfall ersetzt werden (Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, aaO).

44 Dem steht die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Übertragung eines GmbH-Anteils aufgrund arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung (BGH, Urteile vom 22. Januar 1990 - II ZR 25/89, WM 1990, 505; 507 f., vom 27. März 1995 - II ZR 3/94, NJW-RR 1995, 1182, 1183 und vom 17. Januar 2007 - VIII ZR 37/08, WM 2007, 562, Tz. 19 f.) nicht entgegen. Dass die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in diesem Fall keine Berücksichtigung finden, beruht in erster Linie auf den speziellen Regeln des § 16 Abs. 1 GmbHG. Da die GmbH danach berechtigt und verpflichtet ist, nur denjenigen als Gesellschafter anzusehen, der als Erwerber des Geschäftsanteils bei ihr angemeldet ist, wird ihrem Schutzbedürfnis in ausreichendem Maße Rechnung getragen. Eines zusätzlichen Schutzes durch die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bedarf es nicht. Das betrifft auch die fehlerhafte Übertragung des Anteils an einer Vorgesellschaft, weil auf sie die Vorschrift des § 16 Abs. 1 GmbHG entsprechende Anwendung findet (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 409/02, WM 2005, 282, 283).

45 Auch erfordert die Haftungskonstruktion der GmbH keine Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft. Als juristische Person ist die GmbH gegenüber ihren Gesellschaftern stärker verselbständigt als die Personengesellschaft. Vor allem ist bei der GmbH im gesetzlichen Normalfall jede Außenhaftung der Gesellschafter ausgeschlossen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Es liegt also

genau umgekehrt wie bei der OHG oder der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der für sie kennzeichnenden unbeschränkten Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (§§ 128, 130 HGB). Eine Parallele zu einem fehlerhaften Gesellschafterwechsel in der GmbH oder in deren Vorgesellschaft lässt sich deshalb nicht ziehen.

46 c) Indessen ist nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht als erwiesen anzusehen, dass die fehlerhaften Übertragungen der Fondsanteile von allen Klägern vollzogen worden sind. Vielmehr ist gemäß dem Sachvortrag der Parteien allenfalls davon auszugehen, dass die GbR nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Treuhänderin im Juli 2006 ausweislich des Gesellschaftsbeschlusses aus 2007 weitergeführt worden ist. Selbst dazu und zu einer Teilnahme sämtlicher Kläger an der Gesellschafterversammlung hat das Berufungsgericht aber - von seinem Standpunkt aus konsequent - keine Feststellungen getroffen. Für eine anteilige persönliche Haftung der Kläger entsprechend §§ 128, 130 HGB für die Kreditschulden der GbR fehlt daher die notwendige Tatsachengrundlage, zumal die Frage des Vollzugs der nichtigen Anteilsübertragungen bislang keine Rolle gespielt hat.

IV.

47 Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben, soweit hinsichtlich der streitigen anteiligen persönlichen Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zum Nachteil der am Revisionsverfahren beteiligten Kläger entschieden worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Insoweit ist die Sache nicht zur Entscheidung reif. Damit die Parteien insbesondere zum Vollzug der nichtigen Übertragungen der Fondsanteile ergänzend vortragen können, ist die Sache daher in dem be-

zeichneten Umfang an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Wiechers Müller Ellenberger

Maihold Matthias

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 15.12.2005 - 4a O 191/05 -
KG Berlin, Entscheidung vom 30.07.2007 - 26 U 27/06 -