

Leitsätze des Gerichts:

1. Auch bei einer treuhänderischen Kommanditbeteiligung richtet sich ein Anspruch aus §§ 171, 172 Abs. 4 HGB (Haftung des Kommanditisten bei Rückzahlung von Einlagen) nur gegen den Kommanditisten, also gegen den Treuhänder, und nicht gegen den Treugeber. Die Gläubiger (bzw. der Insolvenzverwalter gem. § 171 Abs. 2 HGB) können in diesem Fall allerdings dann einen Anspruch gegen den Treugeber geltend machen, wenn der Treuhandkommanditist einen Freistellungsanspruch gegen den Treugeber abtritt.

2. Nimmt der Insolvenzverwalter nach einer Rückzahlung von Einlagen den Treugeber aus einem abgetretenen Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten in Anspruch, kann der Treugeber mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Treuhänder aus c.i.c. (§ 311 Abs. 2 BGB) aufrechnen.

3. Sind bei einem Immobilienfonds Anlaufverluste geplant, die mehr als 40 % des Kommanditkapitals erreichen sollen, muss der Treuhandkommanditist die Anleger (Treugeber) vor der Zeichnung der Einlagen über die Konsequenzen im Hinblick auf § 172 Abs. 4 HGB aufklären. Dazu gehört vor allem der konkrete Hinweis, dass die geplanten Ausschüttungen für einen längeren Zeitraum (bis zum Ausgleich der Anlaufverluste) im Krisenfall zu einer Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft führen bzw. durch den Insolvenzverwalter zurückgefordert werden können.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 6. 8. 2009 – 4 U 9/08 (nicht rechtskräftig, Az. des BGH II ZR 216/09; LG Waldshut-Tiengen), ZIP 2009, 1810 = NZG 2009, 1107

**Kurzkomentar:**

*Fabian Bürk, Dr. iur., LL.M. (Auckland), Rechtsanwalt – Heuking Kühn Lüer Wojtek, München*

1. Der Insolvenzverwalter über das Vermögen eines geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG verlangt von einem Anleger die Erstattung sämtlicher von dem Fonds an den Anleger gezahlten „Ausschüttungen“ an die Insolvenzmasse. Der Anleger war nicht selbst Kommanditist des Fonds, sondern er hatte sich aufgrund eines Treuhandvertrags über einen Treuhandkommanditisten an dem Fonds beteiligt. Es besteht daher (in Übereinstimmung mit der gefestigten Rechtsprechung) kein direkter Anspruch des Insolvenzverwalters gegen den Anleger. Der Insolvenzverwalter hat dagegen (in Übereinstimmung mit der gefestigten Rechtsprechung) einen Anspruch gegen den Treuhandkommanditisten gem. §§ 171, 172 Abs. 4 HGB, da sämtliche Ausschüttungen im Stadium der Unterdeckung erfolgt sind. Der Fonds hatte die „Ausschüttungen“ geleistet, obwohl die durch den Erwerb der Fonds-Immobilien entstandenen Anlaufverluste nie ausgeglichen wurden. Der Treuhandkommanditist hat den Anspruch des Insolvenzverwalters nicht erfüllt, sondern dem Insolvenzverwalter sämtliche etwaigen Freistellungsansprüche abgetreten, die ihm aus dem

Treuhandvertrag gegen den Anleger zustehen. Der Insolvenzverwalter geht nun aus diesem abgetretenen Recht gegen den Anleger vor. Der Anleger wehrt sich gegen den geltend gemachten Anspruch, indem er mit einem Schadensersatzanspruch aufrechnet. Der Schadensersatzanspruch ergibt sich daraus, dass der Anleger nie ordnungsgemäß über die Haftungsrisiken gem. §§ 171, 172 Abs. 4 HGB aufgeklärt wurde.

2. Das OLG Karlsruhe hat die Klage des Insolvenzverwalters gegen den Anleger auf Erstattung der Ausschüttungen abgewiesen. Das Gericht wendet sich damit gegen die Rechtsprechung zahlreicher Oberlandesgerichte, die in vergleichbaren Fällen eine Aufrechnung mit einem bestehenden Schadensersatzanspruch des Anlegers nicht zulassen wollen, da es ansonsten zu einer unzulässigen Einlagenrückgewähr an den Anleger komme; dies gelte auch dann, wenn der Anleger nicht als Kommanditist, sondern nur wirtschaftlich an dem Fonds beteiligt ist (OLG Nürnberg WM 2009, 942; OLG Düsseldorf DStR 1991, 1532; i.Erg. ebenso OLG Koblenz WM 2009, 939).

3. Der Entscheidung des OLG Karlsruhe ist zuzustimmen. Für den Anleger besteht kein Aufrechnungsverbot. Es ist zwischen zwei unterschiedlichen Rechtsverhältnissen zu unterscheiden: Zum einen besteht das Rechtsverhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Treuhandkommanditist. Der Insolvenzverwalter hat den Anspruch gem. §§ 171, 172 Abs. 4 HGB. Sollte der Treuhandkommanditist eigene Schadensersatzansprüche gegenüber dem Fonds haben, so kann er mit diesen nicht aufrechnen, da er ansonsten von der Verpflichtung zur Leistung der Einlage frei wird bzw. eine unzulässige Einlagenrückgewähr vorliegt. Zum zweiten besteht das Rechtsverhältnis zwischen Treuhandkommanditist und Anleger. Im Rahmen dieses Rechtsverhältnisses ergeben sich Freistellungsansprüche des Treuhandkommanditisten aus dem Treuhandvertrag und Gegenansprüche des Anlegers aus Aufklärungspflichtverletzung. Streitig – und vom OLG Karlsruhe verneint – ist die Frage, ob für den nur wirtschaftlich über einen Treuhandvertrag beteiligten Anleger dasselbe Aufrechnungsverbot gilt, das für Kommanditisten gegenüber Ansprüchen des Insolvenzverwalters besteht.

Für die Richtigkeit der Entscheidung des OLG Karlsruhe spricht, dass der über einen Treuhandkommanditisten nur wirtschaftlich beteiligte Anleger eben nicht Kommanditist ist. Er unterliegt keinem gesellschaftsrechtlich begründeten Aufrechnungsverbot, das für Kommanditisten gilt. Ein schutzwürdiges Vertrauen Dritter darauf, dass der Anleger wie ein Kommanditist haftet, kann nicht entstanden sein, da der Anleger nicht als Kommanditist im Handelsregister eingetragen ist. Dritte können, wenn sie Einblick in das Handelsregister nehmen, nur darauf vertrauen, dass der als Kommanditist eingetragene Treuhandkommanditist als Kommanditist haftet. Durch die Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Insolvenzverwalter ändert sich auch dessen vertraglicher Charakter nicht. Der Freistellungsanspruch bekommt insbesondere kein gesellschaftsrechtlich veranlassenes Aufrechnungsverbot angeheftet.

4. Die Entscheidung des OLG Karlsruhe hat weitreichende Bedeutung für Anleger, die über einen Treuhandkommanditisten beteiligt sind und vom Insolvenzverwalter des Fonds auf Rückzahlung von Ausschüttungen in Anspruch genommen werden. Nach der Entscheidung des OLG Karlsruhe bestehen nun weitere Verteidigungsaussichten. Die Revision ist beim BGH anhängig (Az. II ZR 216/09).