
Datum: 18.02.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 33/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:0218.12U33.10.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 277 / 09

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 14. Januar 2010 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Anschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Der Klägerin wird gestattet, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, falls nicht die Beklagten zuvor Sicherheit in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrages leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert der Berufungsinstanz wird auf 5.549,63 € festgesetzt.

Gründe:	1
I.	2
Der Beklagte ist seit 1994 an der W mbH & Co. (im Folgenden W genannt) beteiligt, deren unbeschränkt haftende persönlich Gesellschafterin die W2 mbH ist. Deren Gesellschafterin ist die 2. B Beteiligungsgesellschaft, die auch Alleingesellschafterin der Klägerin sowie der Firma J und Wohnbau H2 GmbH war. Weitere Gesellschafterin der W ist die Klägerin, die diese Beteiligung als Treuhänderin der einzelnen Fondsanleger hält, welche im Innenverhältnis quotaal entsprechend ihrem Kapitalanteil haften sollten. Es handelt sich bei der W um eine von mehreren W- Fondsgesellschaften, die alle nach demselben Muster organisiert sind und sich in den neunziger Jahren im Großraum C mit der Errichtung von öffentlich geförderten Immobilien beschäftigten, wobei für die Anleger erhebliche Steuervorteile ausgenutzt wurden.	3
Zur Finanzierung des geplanten Immobilienprojekts wurde ein Darlehen bei der Firma J und Wohnbau H2 GmbH – Rechtsnachfolgerin dieser Firma ist die Firma J und Wohnbau GmbH (im Folgenden B genannt) – aufgenommen. Nach negativen Ergebnissen in den Vorjahren wurde 2007 unter Beteiligung des Beklagten die Veräußerung der Fondsimmoblie beschlossen und danach auch durchgeführt.	4
Nach einer Ablösungsvereinbarung zwischen der – inzwischen insolventen – B und der W, in welcher die B der Veräußerung der Immobilie zugestimmt hatte, bestätigte die W mit Schreiben vom 1.12.2008 (Blatt 384 der Akte) einen am 30.09.2008 fälligen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 2.246.488,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1.10.2008.	5
Die Klägerin hat mit der Klage, ausgehend von einer Beteiligungsquote des Beklagten von 0,2470 % die Freistellung von dem B-Darlehen in einer Höhe von 5.549,63 € nebst Zinsen verlangt.	6
Die Parteien streiten im Wesentlichen darüber,	7
1. ob aus den Vereinbarungen der Parteien überhaupt ein Freistellungsanspruch hergeleitet werden kann,	8
2. ob dieser gegebenenfalls verjährt ist,	
3. ob vorrangig die W mbH bzw. die Fondsgesellschaft in Anspruch genommen werden muss,	
4. ob die Geltendmachung wegen einer Verletzung von Treuepflichten aus dem Vertrag (Vorgehen im Interesse der Gläubiger statt Wahrung der Anlegerinteressen) rechtsmissbräuchlich ist,	
5. ob Zahlungen der übrigen quotaal haftenden Gesellschafter schuld mindernd zu berücksichtigen sind,	
6. ob und in welcher Höhe das Darlehen valutiert und fällig ist und	
7. ob ein Zurückbehaltungsrecht (bzw. nach der Umstellung auf ein Zahlungsbegehren ein aufrechenbarer Anspruch) unter dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung besteht.	
Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil den streitgegenständlichen Freistellungsanspruch antragsgemäß zugesprochen. Wegen der Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil verwiesen.	9

Der Beklagte bestreitet mit seiner Berufungsbegründung Freistellungs- und Zahlungsansprüche der Klägerin.	10
Soweit das Landgericht von fehlender Prospektverantwortung der Klägerin ausgegangen sei, entspreche dies nicht der Rechtsprechung des BGH, wonach der die Gesellschaftsbeteiligung treuhänderisch haltende Treuhänder die Prospektangaben eigenständig überprüfen und auf Bedenken hinweisen müsse, wobei eine Verletzung dieser Pflicht zu einem Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss führe.	11
Der Prospekt sei im Hinblick auf die Beschreibung des Risikos, für Schulden der Gesellschaft über die Einlage hinaus haften zu müssen, unzulänglich. Der Hinweis auf die Nachschusspflicht reiche nicht, da damit das Totalverlustisiko nicht hinreichend deutlich werde.	12
Im Hinblick auf die Kosten der Eigenkapitalvermittlung sei der Auffassung des Landgerichts, diese seien ausreichend dargelegt, nicht zu folgen, da unter der Position 4a) des Investitionsprogramms auf Seite 23 des Prospekts die Höhe der Vermittlerprovision nicht gesondert ausgewiesen sei. Dies sei bei der hier gegebenen Provisionshöhe von 25 % des Eigenkapitals notwendig gewesen.	13
Die Prognose der zu erwartenden Mieteinnahmen sei von Anfang an verfehlt gewesen, da die zu Grunde liegenden Annahmen (Vollvermietung, prospektierte Anfangsmiete bei <u>allen</u> Wohnungen und Stellplätzen, Mietanhebungen exakt entsprechend dem Abbau der öffentlichen Förderung, keine zusätzlichen Ausgabenposten) unrealistisch gewesen seien. Die der Prognose zu Grunde liegenden Annahmen hinsichtlich der Vollvermietung und der Entwicklung der Miethöhe seien nach dem vorgelegten Gutachten N vom 07.04.2008 (Anlage BB 30) nicht gerechtfertigt, aus immobilienökonomischen Erfahrungswerten nicht ableitbar und auch aus damaliger Sicht unseriös. Der Prospekt erwecke demgegenüber den Eindruck, das einen laufenden Liquiditätsüberschuss ausweisende Rechenwerk sei eine realistische und kaufmännisch vertretbare Einschätzung der immobilienwirtschaftlich erfahrenen Initiatoren.	14
Der den Fonds von den Initiatoren der Fonds bereits vor der Anwerbung der Anleger faktisch im Wege eines In-sich-Geschäfts abverlangte Grundstückskaufpreis liege weit über dem tatsächlichen Verkehrswert von 180,00 DM/m ² , wobei es bei den einzelnen Fonds völlig willkürliche Abweichungen bei gleicher Lage gebe. Die Initiatoren hätten sich der Stadt Q gegenüber für die städtebauliche Erschließung des Geländes und die Errichtung der sozialen Infrastruktur verpflichtet und den Zeichnern die damit verbundenen Kosten über den hohen Preis auferlegt, ohne dies den Anlegern deutlich zu machen. Diesen mitfinanzierten Infrastrukturkosten stehe kein entsprechender Substanzwert gegenüber, so dass von vornherein die Gefahr, dass bei einem Verkauf der Immobilie offene Darlehensforderungen verbleiben, bestanden habe. Entgegen dem Eindruck, den der Prospekt vermitteln, handele es sich mithin um eine hochspekulative Anlage. Ein Anleger könne erwarten, dass der im Prospekt wiedergegebene Kaufpreis für die Immobilie nicht willkürlich ermittelt, sondern unter marktüblichen Bedingungen zustande gekommen sei. Über die hier gegebenen Sonderfaktoren hätte deshalb im Prospekt aufgeklärt werden müssen.	15
Der Beklagte beantragt,	16
unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage abzuweisen, und die gegnerische Anschlussberufung zurückzuweisen.	17

Die Klägerin beantragt,

die gegnerische Berufung mit der Maßgabe, dass Freistellung Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Freistellung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. verlangt wird, zurückzuweisen,

Im Wege der Anschlussberufung, mit der statt der bisher verlangten Freistellung mit Rücksicht auf eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Freistellung nunmehr vorrangig Zahlung verlangt wird, beantragt sie, 20

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 5.549,63 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.5.2007 Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Zahlung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co., 21
2. hilfsweise den Beklagten entsprechend dem erstinstanzlichen Klageantrag mit der Maßgabe, dass Freistellung Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Freistellung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. verlangt wird, zu verurteilen. 21

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. 22

Etwaige Schadensersatzansprüche wegen Prospekthaftung seien verjährt. Angesichts der fehlenden Gleichartigkeit von Freistellungsanspruch und Schadensersatzanspruch hätten sie sich in unverjährter Zeit nicht aufrechenbar gegenüber gestanden. 23

Auf die Haftungsrisiken bis hin zum Totalverlust sei hinreichend hingewiesen worden. Die Eigenkapitalvermittlungsposition gehöre zu den im Prospekt aufgelisteten sogenannten weichen Kosten. Deren Höhe sei klar aufgezeigt worden. Hinsichtlich des Vermietungsrisikos und der prognostizierten Preisentwicklung seien ebenfalls keine Prospektfehler zu verzeichnen. 24

Wegen der Einzelheiten des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt und die Anlagen der gewechselten Schriftsätze verwiesen. 25

II. 26

1. 27

Die Rechtsmittel beider Parteien sind zulässig. 28

Den Zulässigkeitsbedenken des Beklagten folgt der Senat nicht. Die Klageerhebung ist nicht schon als solche vertragswidrig, da es der Klägerin unbenommen ist, vermeintliche Freistellungsansprüche klageweise geltend zu machen. Soweit dies mit der Offenlegung von grundsätzlich der vertraglichen Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Sachverhalten verbunden ist, ist dies hinzunehmen. 29

2. 30

In der Sache hat nur die Berufung des Beklagten Erfolg. 31

Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Darlehensanspruch der B entstanden ist und noch besteht, kann ebenso dahingestellt bleiben, wie die Frage, ob wegen dieses Darlehen 32

nach den getroffenen Absprachen nur auf die freie Liquidität der W zugegriffen werden darf und eine Inanspruchnahme der Anleger damit im Ergebnis ausscheidet. Der Geltendmachung eines etwaigen Freistellungsanspruches steht jedenfalls eine Verletzung der sich aus dem Treuhandverhältnis ergebenden Aufklärungsverpflichtung entgegen.

a) 33

Für die Vertragsbeziehung der Parteien gilt das BGB in der bis zum 31.12.2001 gültigen Fassung (Art. 229 EGBGB § 5 Satz 1). 34

b) 35

Die Klägerin haftet dem Beklagten nach den Grundsätzen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 311 Rdn. 67 ff. m.w. N.). 36

Den Treuhandgesellschafter, der im Rahmen eines Fonds treuhänderisch den Gesellschaftsanteil eines Kapitalanlegers hält, trifft die Pflicht, den Treugeber bereits im Rahmen der Vertragsanbahnung über alle wesentlichen Punkte aufzuklären, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung sind. Der Treuhänder ist gehalten, sich über die rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft Kenntnis zu verschaffen, um diese Aufklärung sachgerecht leisten zu können. Tut er dies nicht, so haftet er nach der Rechtslage bei Vertragsschluss – inzwischen in §§ 311 Abs. 2, 280 BGB gesetzlich normiert – aus typisiertem Vertrauen wegen Verschuldens bei Vertragsschluss auf Schadensersatz nach § 249 BGB (vgl. BGHZ 84, 141; NJW 2001, 1203; 2005, 1579; NJW-RR 2004, 1407). 37

Der Treuhandgesellschafter haftet dabei insbesondere für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prospektangaben (vgl. BGHZ 111, 314; 123, 106; NJW 2001, 1203; NJW-RR 2008, 1129). Er ist in gleicher Weise verantwortlich wie die Gründer, Initiatoren und Gestalter des Prospekts (vgl. BGH NJW 2010, 1077; NJW-RR 2006, 610). 38

Bei einem geschlossenen Immobilienfonds muss der Prospekt über sämtliche Umstände, die für die Anlageentscheidung des Kunden von Bedeutung sind, richtig und vollständig informieren (vgl. BGH NJW 2010, 2506 und 1077; 2004, 2228 und 1868; NJW-RR 2010, 952 und 911; 2007, 1329; 2003, 1393 und 1351; WM 2010, 1537 und 1017). 39

Diese Pflichten hat die Klägerin, der angesichts der Identität der handelnden Personen derselbe Kenntnisstand wie den Fondsinitiatoren zuzurechnen ist, schuldhaft verletzt. 40

aa) 41

Aufklärungsbedürftig war insbesondere der Umstand, dass 25 % des bei den Anlegern eingesammelten Kapitals für die Bezahlung von Vermittlungsprovisionen bestimmt waren. Die Aufklärungsnotwendigkeit ergibt sich daraus, dass eine Provision in dieser außergewöhnlichen Höhe geeignet ist, die Rentabilität der Anlage infrage zu stellen, da damit ein erheblicher Teil des Anlagebetrages nicht für die Schaffung von Vermögenswerten eingesetzt wird. Von einer wegen ihrer Relevanz für die Anlageentscheidung bedeutsamen und deshalb offenzulegenden überdurchschnittlichen Höhe der Vermittlungsprovision geht der BGH in ständiger Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 2006, 2042; 2004, 2228 und 1732; NJW-RR 2006, 685) bereits bei einer Überschreitung eines Provisionssatzes von 15 % aus. Dies gilt sowohl für Innenprovisionen als auch für Provisionszahlungen an einen Dritten. Der für die Aufklärungsbedürftigkeit maßgebliche Aspekt der Bedeutung der Provisionshöhe für 42

die Rentabilität der Anlage ist von der Person des Provisionsempfängers unabhängig.

Die danach erforderliche Aufklärung ist nicht bereits durch die Angaben im Prospekt
ausreichend erfolgt. Die unter der Überschrift "3. Werbungskosten" gemachten Angaben auf
Seite 32 des Prospektes sind unzureichend: 43

"... Soweit durch Erlassregelungen der Finanzverwaltung die sofortige Abzugsfähigkeit der
Werbungskosten demgegenüber eingeengt wurde, wurden diese weitgehend berücksichtigt. 44
Dies gilt insbesondere für die Vermittlungsprovisionen für den Beitritt von Gesellschaftern, die
nach dem Schreiben des Bundesministers für Finanzen vom 31. August 1990 (vgl. Seite 31
zu – Bauherreneigenschaft –) nur bis zu 6 v.H. des vermittelten Eigenkapitals abzugsfähig
sein sollen. Es wird versucht werden, gegenüber der Finanzverwaltung durchzusetzen, dass
die gesamte Vermittlungsprovision sofort abzugsfähig ist... ". 45

Diese Angaben erwecken den Eindruck, als werde die in den Erlassregelungen gezogene
Grenze von 6 % des vermittelten Eigenkapitals nur moderat überschritten. Da nach dem
Wortlaut die Erlassregelungen der Finanzverwaltung insbesondere im Hinblick auf die
Vermittlungsprovision "weitgehend berücksichtigt" wurden, musste ein unbefangener Leser
von einer Überschreitung des Grenzwertes um mehr als das Vierfache nicht ausgehen. 46

bb) 46

Auch die Darstellung des vorgesehenen Investitionsplanes, in welchem die
Vermittlungsprovisionen nicht gesondert, sondern ohne nähere Aufschlüsselung unter der
Sammelposition "Eigenkapitalvermittlung, Vertriebsvorbereitung, Prospektherstellung" erfasst
sind, reicht zur Befriedigung des Aufklärungsbedarfs nicht aus. Dass die unter dieser
Sammelposition zusammengefassten Aufwendungen der Höhe nach nahezu vollständig auf
die Vermittlungsprovision entfallen und die weiteren Positionen "Vertriebsvorbereitung" und
"Prospektherstellung" demgegenüber vernachlässigenswert gering sind, erschließt sich
einem unbefangenen Leser nicht. Ohne nähere Erläuterung ist unter "Prospektherstellung"
nicht zwingend lediglich der Aufwand für die äußere Gestaltung und den Druck des
Prospektes zu verstehen. Nicht fernliegend ist, dass davon auch die inhaltliche Gestaltung,
mithin die mit einem beträchtlichen Kostenaufwand verbundene rechtliche, steuerliche und
sonstige konzeptionelle Prüfung erfasst wird. Auch unter dem Begriff "Vertriebsvorbereitung"
können sich theoretisch durchaus beträchtliche Aufwendungen verbergen. 47

Insbesondere unter Mitberücksichtigung der oben zitierten Prospektangaben zur
Abzugsfähigkeit der Vermittlungsprovision wird deshalb für einen durchschnittlichen Anleger
auch bei sorgfältiger Lektüre des Prospektes nicht hinreichend deutlich, dass hier eine
außergewöhnlich hohe, die kritische Grenze von 15 % des vermittelten Eigenkapitals weit
überschreitende Vermittlungsprovision anfiel. 48

c) 49

Zu Recht wird vom Beklagten unter dem Gesichtspunkt der nicht ausreichenden Aufklärung
über solche Umstände, die für den Anleger nicht ohne weiteres erkennbar, dennoch aber für
die Anlageentscheidung bedeutsam sind, auch die unzulängliche Darstellung der Umstände
des Grundstückserwerbs im Prospekt gerügt. 50

aa) 51

Unter der Überschrift "Grundstückskaufvertrag" ist im Prospekt folgendes ausgeführt: 52

"Der Kaufpreis wurde auf der Grundlage der Einstandskosten ermittelt, die bei der Verkäuferin für den Grundstücksankauf einschließlich z.B. der Nebenkosten für die städtebauliche und baurechtliche Entwicklung sowie für die Erschließung und die Vorhaltung der gesamten Grundstücke entstanden sind bzw. noch entstehen werden. Auf diese Kosten wurde ein Anteil für Risiko und Regiekosten der Verkäuferin in Höhe von 6 % kalkuliert...".	53
Dadurch wird der Eindruck erweckt, die Initiatorengesellschaft habe die von ihnen erworbenen Grundstücke mit einem lediglich moderaten Aufschlag für ihre eigenen Aufwendungen an die Fondsgesellschaft weitergegeben.	54
bb)	55
Tatsächlich schließt nach dem Beklagtenvortrag der von der Fondsgesellschaft an die Initiatorengesellschaft gezahlte Kaufpreis kalkulatorisch beträchtliche, durch Bankkredit vorfinanzierte Aufwendungen nicht nur für die städtebauliche Erschließung eines komplett neuen Stadtteils unter Einschluss von Schulen, Kindergärten, Jugendfreizeitheim etc., sondern auch für die im Investitionsplan veranschlagten sogenannten weichen Kosten aus. Der Auflage, die im Einzelnen in die Kalkulation des von der W gezahlten Kaufpreises eingeflossenen Kostenbeträge aufzuschlüsseln und dabei hinsichtlich der Erschließungskosten, die nach den einschlägigen Kommunalabgabengesetzen bzw. § 127 BauGB auf Anlieger umgelegt werden können, und sonstigen Kosten der städtebaulichen Erschließung zu differenzieren, ist die Klägerin unter Hinweis auf angebliche Aufklärungsschwierigkeiten nicht nachgekommen. Der Beklagtenvortrag ist deshalb als unstreitig zu behandeln. Da der Prospekt konkrete Angaben dazu enthält, nach welchen Grundsätzen die Kalkulation des Kaufpreises erfolgt ist, geht es zu Lasten der Klägerin, wenn diese nicht in der Lage ist, diese Kalkulation auch rechnerisch nachvollziehbar darzulegen.	56
cc)	57
Es ist daher davon auszugehen, dass von der Fondsgesellschaft mit dem Kaufpreis in beträchtlichem Umfang auch solche Aufwendungen mitbezahlt worden sind, die ein Grundstückserwerber üblicherweise nicht zu übernehmen hat und die er ohne entsprechende Klarstellung auch nicht unter "Nebenkosten für die städtebauliche und baurechtliche Erschließung" subsumieren wird. Wenngleich eine gute soziale Infrastruktur, also die Ausstattung des näheren Wohnumfeldes mit Schulen, Kindergärten und sonstigen öffentlichen Einrichtungen den Wert einer Immobilie positiv beeinflusst, so handelt es sich doch bei den damit verbundenen Kosten um solche, die üblicherweise nicht der Grundstückserwerber, sondern die öffentliche Hand allein trägt. Dass unter "Nebenkosten für die städtebauliche und baurechtliche Entwicklung" hier auch Kosten der sozialen Infrastruktur und darüber hinaus auch die sogenannten weichen Kosten fielen, wird im Prospekt nicht hinreichend deutlich.	58
Die Formulierung auf Seite 5 des Prospekts:	59
"Zur Abdeckung der sozialen Infrastruktur und des Gemeinbedarfs sind 2 Schulen mit Sportflächen, sieben Kindertagesstätten und eine Jugendfreizeitstätte durch die Stadt Q ... geplant."	60
legt vielmehr die Annahme nahe, dass die Stadt insoweit auch Kostenträger ist.	61
Die Auffassung der Klägerin, es komme nur auf den von der W gezahlten und im Prospekt richtig dargestellten Kaufpreis, nicht aber darauf an, ob und gegebenenfalls welche	62

Anschaffungskosten und Aufwendungen die Verkäuferin gehabt und welchen Gewinn sie beim Verkauf erzielt habe, trägt den Besonderheiten der vorliegenden Fallgestaltung nicht Rechnung. Dieser Auffassung wäre allenfalls dann zu folgen, wenn die Fondsgesellschaft das Grundstück von einem unbeteiligten Dritten erworben hätte, so dass Interessenkonflikte im Rahmen der Kaufpreisfindung von vornherein ausgeschlossen gewesen wären. Wird dagegen – wie hier – das Grundstück von der Initiatorengesellschaft erworben und enthält der Prospekt konkrete Angaben dazu, wie der Kaufpreis kalkuliert worden ist, so müssen diese Angaben richtig und vollständig sein.

d) 63

Dass die Beklagten von der Klägerin über die Prospektangaben hinaus aufgeklärt worden sind, behauptet die Klägerin selbst nicht. 64

e) 65

Der sich aus der Aufklärungspflichtverletzung hinsichtlich der Provisionshöhe – ob auch die weiter gerügten Aufklärungsdefizite vorliegen, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben - ergebende Schadensersatzanspruch gemäß § 249 Abs. 1 BGB ist darauf gerichtet, den Beklagten so zu stellen, wie er bei Erfüllung dieser Pflicht gestanden hätte. Dabei spricht die Lebenserfahrung dafür, dass eine solche Pflichtverletzung für die Anlageentscheidung ursächlich geworden ist. Es besteht die nicht widerlegte Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Da Anhaltspunkte für eine andere Beurteilung hier nicht ersichtlich sind, ist mithin der Beklagte so zu stellen, als hätte er sich gegen die Fondsbeteiligung entschieden. Da er in dem Fall dem Freistellungsanspruch nicht ausgesetzt wäre, kann dieser im Ergebnis nicht durchgesetzt werden. 66

f) 67

Der Schadensersatzanspruch des Beklagten ist nicht verjährt. Der Freistellungsanspruch der Klägerin ist ebenso wie der Schadensersatzanspruch des Beklagten dem Grunde nach schon mit dem Beitritt zum Fonds entstanden. Die wechselseitigen Ansprüche standen sich daher schon in unverjährter Zeit gegenüber. Dass es seinerzeit nicht um wechselseitige Freistellungs- und Zahlungsansprüche ging, ist ohne Belang, da in einem solchen Fall nicht nur die Aufrechnung, sondern auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes nach Eintritt der Verjährung möglich bleibt. § 215 BGB n. F. stellt insoweit nur ausdrücklich klar, was nach einhelliger Rechtsprechung auch schon vor der Schuldrechtsreform galt (vgl. § 390 Satz 2 BGB a.F.). 68

g) 69

Der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches stehen keine beachtenswerten Belange der Darlehensgeberin entgegen. Die Rechtsverhältnisse Treuhänder/Treugeber einerseits und Treuhänder/Gesellschaftsgläubiger andererseits sind nicht zu vermengen. Dem Gesellschaftsgläubiger, dem bei der hier gewählten Treuhandkonstruktion die Haftung nur der Gesellschaft und des Treuhandgesellschafters nicht genügt, ist es unbenommen, entweder auf das Geschäft zu verzichten oder darauf zu bestehen, dass der Treugeber sich unmittelbar ihm gegenüber verpflichtet. Tut er dies nicht, muss er das damit verbundene Risiko, dass die Freistellungsansprüche des Treuhandgesellschafters deshalb nicht werthaltig sind, weil ihnen rechtshemmende/–vernichtende Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis mit dem Treugeber entgegenstehen, tragen. 70

3)

Da die Berufung des Beklagten in vollem Umfang Erfolg hat, kann dahinstehen, ob die Umstellung des Hauptbegehrens der Klägerin von einem Freistellungs- zu einem Zahlungsanspruch als nach § 264 Nr. 3 ZPO zulässige Klageänderung anzusehen ist. Der Schadensersatzanspruch der Beklagten, gerichtet auf Befreiung von den Verbindlichkeiten aus den Gesellschaftsverträgen, steht auch den Zahlungsansprüchen entgegen. 72

II. 73

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 74

Die Revision lässt der Senat gemäß § 543 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu, da die im vorliegenden Rechtsstreit entscheidungserheblichen Fragen Gegenstand einer Vielzahl von Parallelverfahren sind und in den bisher ergangenen Entscheidungen nicht einheitlich beurteilt worden sind. 75