
Datum: 18.02.2011
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 49/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2011:0218.12U49.10.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 5 O 147 / 09

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 12. Februar 2010 verkündete Urteil des Einzelrichters der 5. Zivilkammer des Landgerichts Siegen wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten wird das vorgenannte Urteil abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

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 641.324,81 € (437.103,70 € Berufung der Beklagten als Gesamtschuldner, 142.649,11 € weitergehende Berufung der Beklagten zu 2) und 61.572,00 € Berufung der Klägerin [46.422,10 € Berufung gegen die Beklagten als Gesamtschuldner und 15.149,90 € Berufung gegen die Beklagte zu 2]) festgesetzt.

Gründe:	1
I.	2
Die Beklagten sind seit 1997 an der W mbH & Co. L oHG (im Folgenden W genannt) beteiligt, deren unbeschränkt haftende persönlich Gesellschafterin die W mbH ist. Deren Gesellschafterin ist die 2. X Beteiligungsgesellschaft, die auch Alleingesellschafterin der Klägerin sowie der Firma J GmbH war. Weitere Gesellschafterin der W ist die Klägerin, die diese Beteiligung als Treuhänderin der einzelnen Fondsanleger hält, welche im Innenverhältnis quotal 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 wurden Darlehen bei der I AG (im Folgenden C Hyp genannt) und der Firma J GmbH – Rechtsnachfolgerin dieser Firma ist die Firma X GmbH (im Folgenden X genannt) – aufgenommen.	4
Nachdem das Projekt nicht die erwarteten Einnahmen brachte, wurde 2001 eine Erhöhung des Eigenkapitals zur Deckung eines zusätzlichen Finanzierungsbedarfes beschlossen.	5
Nach negativen Ergebnissen in den Vorjahren trat die Klägerin 2006 ihre ihr vermeintlich aus dem Treuhandvertrag zustehenden Freistellungsansprüche gegen die Anleger des Fonds an die C Hyp ab. Ab 2007 wurde eine Veräußerung der Fondsimmoblie ins Auge gefasst. Zur Ermöglichung des Verkaufs wurde 2008 zwischen der C Hyp und der W eine Lasten- und Haftungsfreistellungsvereinbarung geschlossen, in der die Bank die als Sicherheit vereinbarten Grundpfandrechte freigab, wobei gleichzeitig die W die Darlehensverträge kündigte und einen zum Kündigungszeitpunkt offenen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 42.263.346,21 EUR anerkannte. Die an die Bank abgetretenen Freistellungsansprüche gegen die einzelnen Fondsanleger wurden, nachdem von Seiten der Anleger die Wirksamkeit der Abtretung an die Bank in Zweifel gezogen worden war, an die Klägerin rückabgetreten. Die C Hyp nahm in einem Schreiben vom 08.12.2008 die Klägerin als Gesellschafterin der W auf Zahlung in Höhe von 8.142.239,58 EUR in Anspruch.	6
Ebenfalls im Dezember 2008 verlangte auch die – inzwischen insolvente – Firma X die Rückzahlung des von ihr gegebenen Darlehens und nahm mit Schreiben vom 03.12.2008 die Klägerin auf Zahlung in Anspruch. Der Insolvenzverwalter der Firma X hält an dieser Forderung fest.	7
Die Klägerin ihrerseits verlangte von den Beklagten vorgerichtlich mit anwaltlicher Hilfe vergeblich die Freistellung von diesen Darlehensverbindlichkeiten. Sie hat diesen Freistellungsanspruch erstinstanzlich nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten	8

geltend gemacht.

Die Beklagten haben eine Freistellungsverpflichtung in Abrede gestellt. 9

Gestritten wird insbesondere darüber, 10

1. ob aus den Vereinbarungen der Parteien überhaupt ein Freistellungsanspruch hergeleitet werden kann, 11
2. ob dieser gegebenenfalls verjährt ist,
3. ob vorrangig die W mbH bzw. die Fondsgesellschaft in Anspruch genommen werden muss,
4. ob der Geltendmachung ein kollusives Zusammenwirken der Klägerin mit der

C Hyp entgegensteht, 12

5. ob die Rückabtretungsvereinbarung zwischen der Klägerin und der 13

C Hyp wirksam ist, 14

6. ob Zahlungen der übrigen quotall haftenden Gesellschafter schuld mindernd zu berücksichtigen sind, 15
7. ob und in welcher Höhe die Darlehen valutieren und fällig sind und
8. ob ein Zurückbehaltungsrecht (bzw. nach der Umstellung auf ein Zahlungsbegehren ein aufrechenbarer Anspruch) der Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung besteht.

Das Landgericht hat im angefochtenen Urteil die Freistellungsansprüche dem Grunde nach bejaht, ist aber nur hinsichtlich des Kredits der C Hyp von einem fälligen Darlehensrückzahlungsanspruch in der vorgetragenen Höhe ausgegangen. Hinsichtlich des Kredits der Firma X hat es dagegen einen fälligen Rückzahlungsanspruch verneint, weil eine Kündigung dieses Darlehensvertrages bislang nicht vorgetragen bzw. nachgewiesen sei. Eine einverständliche Fälligestellung dieser Forderung habe seitens der Geschäftsführung der W nicht vereinbart werden können, da es nicht um ein Geschäft im Rahmen des gewöhnlichen Betriebs gegangen sei. 16

Ein Zurückbehaltungsrecht bestehe nicht. Eine Prospekthaftung können dem Anspruch nicht entgegengehalten werden. Prospekthaftungsansprüche seien verjährt. Der Prospekt lasse die Risiken der Anlage hinreichend deutlich erkennen. 17

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil verwiesen. 18

Die Klägerin begründet ihre Berufung, mit der statt der bisher verlangten Freistellung vorrangig nunmehr Zahlung begehrt wird, wie folgt: 19

Mit dem Wechsel vom Freistellungs- zum Zahlungsanspruch werde der ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Freistellung durch die Beklagten Rechnung getragen. 20

Das Urteil sei eine Überraschungsentscheidung, soweit die Klage abgewiesen worden sei. Die dafür maßgeblichen Gesichtspunkte seien im Prozess unter Verletzung der Hinweispflicht nicht angesprochen worden, so dass von falschen Voraussetzungen ausgegangen worden sei. 21

Die Klägerin beantragt,	22
a.	23
das angefochtene Urteil wie folgt abzuändern:	24
I.	25
1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang ihrer Zahlung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG einen Betrag in Höhe von EUR 461.162,47 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 07.10.2008 zu zahlen.	26
2. Die Beklagte zu 2. wird weiter verurteilt, an die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang ihrer Zahlung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG einen weiteren Betrag in Höhe von EUR 150.500,72 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 07.10.2008 zu zahlen.	27
II. Hilfsweise zu I.	28
1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Freistellung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG von ihrer Haftung aus § 128 HGB für Forderungen der I AG gegenüber der W mbH & Co. L OHG auf Rückzahlung eines anteiligen Darlehensbetrages (Rückzahlungsanspruch) in Höhe von insgesamt EUR 461.162,47 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 07.10.2008 aus den Darlehen mit der Nr. #####, Nr. ##### und Nr. #####, ausgereicht an die W mbH & Co. L OHG, gegenüber der I freizustellen.	29
2. Die Beklagte zu 2 wird weiter verurteilt, die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Freistellung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG von ihrer Haftung aus § 128 HGB für Forderungen der I AG gegenüber der W mbH & Co. L OHG auf Rückzahlung eines anteiligen Darlehensbetrages (Rückzahlungsanspruch) in Höhe von insgesamt EUR 150.500,72 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 07.10.2008 aus dem Darlehen mit der Nr. #####, Nr. ##### und Nr. #####, ausgereicht an die W mbH & Co. L OHG, gegenüber der C Hypothekenbank freizustellen.	30
III.	31
1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang ihrer Zahlung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG einen Betrag in Höhe von EUR 22.363,33 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. seit dem 01.10.2008 zu zahlen.	32
2. Die Beklagte zu 2 wird weiter verurteilt, an die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang ihrer Zahlung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG einen Betrag in Höhe von EUR 7.298,29 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. seit dem 01.10.2008 zu zahlen.	33
IV. Hilfsweise zu III.	34
	35

1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Freistellung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG von ihrer Haftung aus § 128 HGB für Forderungen der X GmbH gegenüber der W mbH & Co. L OHG auf Rückzahlung eines anteiligen Darlehensbetrages in Höhe von EUR 22.363,33 nebst Zinsen hierauf in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins p.a. seit dem 01.10.2008 aus dem Darlehen gemäß Vertrag vom 04.12.1996, ausgereicht an die W mbH & Co. L OHG, gegenüber der X GmbH freizustellen.

2. Die Beklagte zu 2 wird weiter verurteilt, die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Freistellung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG von ihrer Haftung aus § 128 HGB für Forderungen der X GmbH gegenüber der W mbH & Co. L OHG auf Rückzahlung eines anteiligen Darlehensbetrages in Höhe von EUR 7.298,29 nebst Zinsen hierauf in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins p.a. seit dem 01.10.2008 aus dem Darlehen gemäß Vertrag vom 04.12.1996, ausgereicht an die W mbH & Co. L OHG, gegenüber der X GmbH freizustellen.

V. Hilfsweise zu IV.

37

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Freistellung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG von einem Darlehensrückzahlungsanspruch der X GmbH, ausgereicht an die W mbH & Co. L OHG, in Höhe eines quotalen Anteils des Darlehensrückzahlungsanspruchs von 5,176198347107438% freizustellen.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2 verpflichtet ist, die Klägerin Zug um Zug gegen Abtretung der sich im Umfang der Freistellung aus § 110 HGB ergebenden Ansprüche gegen die W mbH & Co. L OHG von einem weiteren Darlehensrückzahlungsanspruch der X GmbH, ausgereicht an die W mbH & Co. L OHG, in Höhe eines quotalen Anteils des Darlehensrückzahlungsanspruchs von 1,689256198347107% freizustellen.

VI.

40

1. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von EUR 3.914,80 nebst Zinsen hierauf in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. seit Rechtshängigkeit zu zahlen, hilfsweise die Klägerin von einer Haftung auf Zahlung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von EUR 3.914,80 nebst Zinsen hierauf in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. seit Rechtshängigkeit gegenüber ihren Prozessbevollmächtigten freizustellen.

2. Die Beklagte zu 2 wird weiter verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von EUR 2.180,60 nebst Zinsen hierauf in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. seit Rechtshängigkeit zu zahlen, hilfsweise die Klägerin von einer Haftung auf Zahlung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von EUR 2.180,60 nebst Zinsen hierauf in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. seit Rechtshängigkeit gegenüber ihren Prozessbevollmächtigten freizustellen.

b.

43

die gegnerische Berufung zurückzuweisen.

44

Die Beklagten beantragen,

45

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage in vollem Umfang abzuweisen⁴⁶ und die gegnerische Berufung zurückzuweisen.

Sie tragen zur Begründung vor: 47

Wie sich aus der Anlage BK 6 ergebe, sei die Abtretung der Freistellungsansprüche an die C Hyp nicht zur Sicherung, sondern mit befreiender Wirkung erfüllungshalber erfolgt. Eine wirksame Rückabtretungsvereinbarung liege nicht vor. 48

Die Rückabtretung verstoße ferner gegen § 399 BGB, da sie zu einer unzulässigen Inhaltsveränderung des Anspruchs vom Zahlungsanspruch in einen Freistellungsanspruch führe. 49

Das Landgericht habe verkannt, dass die Klägerin ihre Verpflichtungen aus dem Treuhandvertrag so verletzt habe, dass es ihr nunmehr verwehrt sei, sie – die Beklagten – auf Freistellung oder Zahlung in Anspruch zu nehmen. Sie habe sich, wie die Rückabtretungsvereinbarung zeige, in die Dienste der C Hyp gestellt und sich in zu missbilliger Weise zu deren Inkassostelle umfunktionieren lassen. 50

Fehlerhaft habe das Landgericht den Freistellungsanspruch aus dem Gesetz hergeleitet, obwohl unter § 4 des Treuhandvertrages die Pflichten des Treugebers abschließend regelt, wobei ein Freistellungsanspruch dort nur für die Verpflichtung zur Einlage aufgeführt sei. 51

Ein etwaiger Freistellungsanspruch sei entgegen der Auffassung des Landgerichts verjährt. 52

Eine Prospekthaftung der Klägerin habe das Landgericht zu Unrecht verneint. Was im Prospekt zur Haftung der Gesellschafter ausgeführt sei, könne nicht ohne weiteres auf die Haftung des Treugeberanlegers übertragen werden. Dessen Haftungssituation werde nicht hinreichend transparent erläutert. Insbesondere die Bedeutung der quotalen Haftung werde nicht ausreichend transparent vermittelt. Bei dem das Haftungsrisiko beschönigenden Hinweis auf den Freistellungsanspruch gegen die Gesellschaft finde sich kein Hinweis, dass es diesen bei einer Liquidation der Gesellschaft nicht gebe und er damit zur Kompensation des Haftungsrisikos ungeeignet sei. Die mit dem Vermittler der Fondsanlage vereinbarte, unüblich hohe Provision von 25 % des Anlagebetrages und deren Verlust auch beim Scheitern des Projekts sei pflichtwidrig nicht hinreichend deutlich gemacht worden. Unrichtig seien auch die Renditeprognosen. Ausweislich des von ihnen vorgelegten wohnungswirtschaftlichen Gutachtens sei das Fondskonzept nur bei Annahme einer Mietsteigerung von ca. 4 % per anno realisierbar gewesen. Tatsächlich sei eine solche Steigerung aus der Sicht des Jahres 1996 nicht plausibel gewesen. Über die entsprechenden Beweisanträge habe sich das Landgericht nicht hinwegsetzen dürfen. 53

Eine Prospekthaftung der Klägerin folge auch daraus, dass nicht darüber informiert worden sei, dass die W-GmbH noch bei weiteren 40 Fonds voll haftend involviert war. 54

Ein weiterer Prospektmangel ergebe sich daraus, dass nicht deutlich werde, dass der für das Baugrundstück gezahlte Preis von 975,64 DM/qm weit über dem Bodenrichtwert von 500,00 DM/qm gelegen habe. Eine Erklärung für die Differenz – die Verkäuferin habe sich verpflichtet, sämtliche Infrastrukturmaßnahmen auf eigene Kosten durchzuführen – fehle. 55

Die Klägerin bestreitet Prospekthaftungsansprüche und erhebt insoweit die Einrede der Verjährung. 56

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

II. 58

Die Rechtsmittel beider Parteien sind zulässig. 59

In der Sache hat nur die Berufung der Beklagten Erfolg. Der Senat bejaht zwar einen wirksam vereinbarten Freistellungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagten, welcher aufgrund der Rückabtretung auch hinsichtlich des Darlehens der C Hyp der Klägerin zusteht. Der Geltendmachung des Freistellungsanspruches steht jedoch einer Verletzung der sich aus dem Treuhandverhältnis ergebenden Aufklärungsverpflichtung durch die Klägerin entgegen. 60

1) 61

Für die Vertragsbeziehung der Parteien gilt das BGB in der bis zum 31.12.2001 gültigen Fassung (Art. 229 EGBGB § 5 Satz 1). 62

2) 63

Der zwischen den Parteien geschlossene Treuhandvertrag ist auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet, so dass hinsichtlich solcher Verbindlichkeiten, die von der Klägerin in Erledigung des zu besorgenden Geschäftes eingegangen worden sind, der vom Landgericht zuerkannte Freistellungsanspruch gemäß den §§ 670, 675, 257 BGB grundsätzlich besteht. 64

a) 65

Der Auffassung der Beklagten, dieser Anspruch sei vertraglich abbedungen, weil § 2 Nr. 2 des Treuhandvertrages (Anlage K2) eine Freistellungsverpflichtung nur im Hinblick auf die Einlageverpflichtung begründe und damit der Umfang der Freistellungspflicht abschließend beschrieben sei, folgt der Senat aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, nicht. In § 2 Nr. 1 des Vertrages ist hinreichend klar geregelt, dass der Treuhänder die Beteiligung für Rechnung und im Interesse des Treugebers hält und im Innenverhältnis die gesellschaftsrechtlichen Rechte und Verpflichtungen allein dem Treugeber zuzuordnen sind. Aus der Vereinbarung einer jährlichen Treuhandgebühr von 0,1 % des verwalteten Kapitals in § 8 des Vertrages ist nichts anderes herzuleiten. 66

b) 67

Die Klägerin ist hinsichtlich des Freistellungsanspruches auch aktiv legitimiert. 68

aa) 69

Durch die Abtretung an die C Hyp hatte die Klägerin diesen schon mit der Begründung der Darlehensverpflichtung dem Grunde nach gegebenen Anspruch zwar zunächst verloren. Die Streitfrage, ob § 6 Abs. 1 des Treuhandvertrages auch dieser Abtretung entgegenstand, hat der BGH mit seinem den Parteien bekannten Urteil vom 12. Mai 2010 (III ZR 209/09) in einem einen anderen W-Fond betreffenden Rechtsstreit verneint. Die maßgeblichen Erwägungen, denen der erkennende Senat folgt, sind angesichts der gleich gelagerten Fallgestaltung auf die Rechtsbeziehung der Parteien übertragbar. 70

bb) 71

Durch Rückabtretung ist die Klägerin aber erneut Inhaberin des Anspruchs geworden. Die Rückabtretung ergibt sich bereits aus der Anlage BK 2 (Blatt 1434 ff. der Akte), die von 2 Prokuristen der Bank, den Herren N und N2 - siehe Handelsregistrauszug Blatt 1452 der Akte - unterschrieben ist, so dass schon deshalb gegen die wirksame Vertretung keine Bedenken bestehen. Ob der Handlungsbevollmächtigte M, dessen Unterschrift sich unter den in Bezug auf die konkrete Freistellungsforderung vorsorglich noch einmal erklärten Rückabtretungen (Anlagen K 32 a und b) befindet, im Rahmen seiner Handlungsvollmacht gehandelt hat, kann deshalb dahingestellt bleiben. Mit der nochmaligen Bestätigung durch die Prokuristin M2 im Schreiben Anlage K 17 ist die Rückabtretung durch inzwischen 3 Prokuristen bestätigt, so dass die Bedenken der Beklagten gegen die Vertretungsbefugnis nicht begründet sind.

cc) 73

Der Auffassung der Beklagten, die Vereinbarungen der Klägerin mit der Bank seien in rechtlich zu missbilligender Weise auf eine Benachteiligung der Anleger angelegt, weshalb weder die Klägerin noch die kollusiv mit dieser zusammenwirkende Bank daraus Vorteile ziehen dürfe, folgt der Senat nicht. Die Rückabtretung sollte erkennbar in erster Linie den aus § 6 des Treuhandvertrages hergeleiteten Bedenken gegen die Abtretung der Ansprüche an die Bank Rechnung tragen, weshalb es nach der Rückabtretung der Klägerin obliegen sollte, die Ansprüche gegen die einzelnen Anleger durchzusetzen. Nur für den Fall, dass Ansprüche gegen einzelne Anleger rechtlich oder wirtschaftlich nicht durchsetzbar sein sollten, ist ein aufschiebend bedingter Verzicht der Bank gegenüber der Klägerin erklärt worden. Im Ergebnis ist die Klägerin damit nicht umfassend aus der Haftung entlassen worden, sondern deren Haftung gegenüber der Bank gegenständlich auf die rechtlich und wirtschaftlich durchsetzbaren Ansprüche gegen die Anleger beschränkt worden. Eine solche Haftungsbeschränkung setzte selbstverständlich voraus, dass die Klägerin entsprechende Bemühungen zur Durchsetzung der Ansprüche gegen die Anleger als Treugeber unternimmt. Eine zu missbilligende Verletzung der Treuepflichten gegenüber den Beklagten ist darin nicht zu sehen. Die Abtretung an die Bank ist ebenso wie die Rückabtretung an die Kläger ein Vorgang, der die Rechtsstellung der Anleger unberührt lässt. Diesen sind durch die von der Klägerin übernommene Verpflichtung zur Durchsetzung der Freistellungsansprüche keine zusätzlichen Lasten aufgebürdet worden. Sie werden nicht deshalb in Anspruch genommen, weil die Klägerin nachteilige Vereinbarungen mit der Bank geschlossen hat, sondern weil die Klägerin kraft Gesetzes gemäß § 128 HGB haftet. Dass die Klägerin sich im Rahmen der Vereinbarungen mit der Bank zur Vermeidung ihrer eigenen Insolvenz dazu verpflichtet hat, Ansprüche gegen die Treugeber durchzusetzen, stellt sich als legitime Wahrnehmung eigener Interessen dar.

dd) 75

Auch die von den Beklagten aus § 399 BGB hergeleiteten Bedenken gegen die Rückabtretung sind nicht begründet. Eine unzulässige Veränderung des Forderungsinhaltes ergibt sich nicht daraus, dass der ursprüngliche Freistellungsanspruch, der durch die Abtretung an die Bank zum Zahlungsanspruch geworden ist, durch die Rückabtretung erneut zum Freistellungsanspruch geworden ist. Ungeachtet der Abtretung und Rückabtretung war und ist der Anspruch inhaltlich darauf gerichtet, dass die Beklagten das Darlehen an die Bank zurückzahlen. Dass dieser Anspruch bei Anspruchsinhaberschaft der Bank Zahlungsanspruch und bei Anspruchsinhaberschaft der Klägerin Freistellungsanspruch ist, ändert am Inhalt nichts Entscheidendes. Dass einer Abtretung des Freistellungsanspruches an den Inhaber derjenigen Forderung, von welcher freigestellt werden soll, § 399 BGB nicht

entgegensteht, ist allgemein anerkannt. Für die Rückabtretung als actus contrarius kann im Ergebnis nichts anderes gelten.

c) 77

Der Freistellungsanspruch ist auch nicht verjährt. Die Verjährungsfrage hat der BGH in seinem Urteil vom 5. Mai 2010 – III ZR 209/09 – in einem Parallelverfahren zwischenzeitlich ebenso beurteilt wie das Landgericht. Es muss auf die Fälligkeit der Forderung, von der freizustellen ist, abgestellt werden. Dem ist auch unter Berücksichtigung der Argumentation der Beklagten zu folgen. Es ist nicht auf eine Einzelfallprüfung, ob und gegebenenfalls wann die Fälligstellung des notleidenden Kredits und damit die Geltendmachung der Haftung aus § 128 HGB absehbar war, sondern im Rahmen einer generalisierenden Betrachtung allein auf die Fälligkeit der Forderung des Gesellschaftsgläubigers abzustellen. 78

3) 79

Die Ansprüche der Darlehensgläubiger sind auch zur Rückzahlung fällig. 80

a) 81

Die Haftung gegenüber der C Hyp ist nicht durch einen Haftungsverzicht der Bank entfallen. Auf den in der Rückabtretungsvereinbarung enthaltenen aufschiebend bedingten Verzicht der Bank für den Fall, dass Ansprüche gegen die Anleger wirtschaftlich oder rechtlich nicht durchsetzbar sein sollten, können sich die Beklagten als Anleger aus den genannten Gründen gerade nicht berufen. 82

b) 83

Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe andere Anleger bereits entsprechend ihrer Quote Zahlungen geleistet haben, kann dahingestellt bleiben. Die Kläger selbst werden nur entsprechend ihrer Quote in Anspruch genommen. Diese Quote mindert sich nicht dadurch, dass andere Anleger bereits entsprechend ihrer Quote gezahlt haben. Wollte man die Quote jeweils von dem Rest bilden, der sich unter Berücksichtigung der bereits von anderen Anlegern geleisteten Zahlungen ergibt, wäre der Anleger begünstigt, der zuletzt zahlt. Dass das nicht richtig sein kann, ist offensichtlich. 84

Soweit das Landgericht hinsichtlich des X-Darlehens die Haftungsquoten mit der Begründung korrigiert hat, es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagten an der 2001 beschlossenen Kapitalerhöhung teilgenommen hätten, ist es ohne den gebotenen Hinweis von unrichtigen Tatsachen ausgegangen. Die Teilnahme der Beklagten an dieser Kapitalerhöhung ist belegt (Anlagen K 78 und 79). Warum dennoch – zu Gunsten der Beklagten – von deren ursprünglicher Beteiligungsquote ausgegangen worden ist, hat die Klägerin nachvollziehbar erläutert. 85

c) 86

Beide Darlehen sind wirksam fällig gestellt worden. 87

aa) 88

Der Vorwurf, durch die Kündigung des C Hyp-Darlehens habe die Geschäftsführung der W unter Missbrauch ihrer Vertretungsmacht die Interessen der Anleger missachtet, weshalb die Klägerin sich jetzt so behandeln lassen müsse, als sei das Darlehen ungekündigt und noch 89

nicht fällig, ist nicht gerechtfertigt

Die Kündigung vom 13.10.2009 (Blatt 981 d.A.) unter Hinweis auf III. Ziffer 2 der Lasten- und Haftungsfreistellungsvereinbarung vom 16.09.2008 (Blatt 1093 d.A.) stellt sich nicht als auf Schädigung der Beklagten angelegtes Fehlverhalten dar, so dass dahingestellt bleiben kann, ob die Klägerin sich ein solches Fehlverhalten überhaupt zurechnen lassen müsste. 90

Die Kündigung war die notwendige Folge der angesichts der fortwährenden Verluste ins Auge gefassten Veräußerung der Immobilie. Der wirtschaftliche Hintergrund ist von der Klägerin bereits erstinstanzlich anschaulich und nachvollziehbar erläutert worden. Angesichts bereits aufgelaufener Zins- und Tilgungsrückstände und eines gescheiterten Sanierungsplanes drohte die Insolvenz der W, was den Wegfall der öffentlichen Förderung durch die Investitionsbank C in Form von laufenden Aufwendungshilfen zur Folge gehabt hätte. Diese Fördermittel sind an die C Hyp abgetreten (Blatt 1086 f. d.A.). Die K war bereit, im Falle eines Verkaufs der Immobilie und der Kündigung der C Hyp-Darlehen die Förderung weiterlaufen zu lassen (Blatt 1088 d.A.). Wirtschaftlich war damit die Veräußerung der Immobilie alternativlos. Für die Anleger günstigere Alternativen werden von den Beklagten auch nicht konkret aufgezeigt. Hätte man alles laufen lassen, so wäre das Darlehen von der Bank ohnehin fällig gestellt worden, die öffentliche Förderung entfallen und bei einer Zwangsversteigerung im Zweifel weniger Erlöst worden als bei einem freihändigen Verkauf. 91

Ob der auf die Veräußerung gerichtete Gesellschafterbeschluss (Blatt 1083 d.A.) zum Zeitpunkt des späteren Verkaufs der Immobilie und der damit einhergehenden Darlehenskündigung bereits obsolet war, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn man dies unterstellt und davon ausgeht, dass die Geschäftsführung der W im Innenverhältnis ihre Kompetenz überschritten hat, und man weiter unterstellt, dass die Klägerin sich dies zurechnen lassen muss, so hat sie doch im Ergebnis im wohlverstandenen Interesse der Anleger gehandelt. Ohne die Lasten- und Haftungsfreistellungsvereinbarung, den Verkauf der Immobilie und die Kündigung des Darlehens hätten diese im Zweifel deutlich schlechter gestanden als mit diesen Maßnahmen. 92

bb) 93

Die Annahme des Landgerichts, das Darlehen der X GmbH sei nicht fällig gestellt worden, ist unrichtig. Die Fälligkeit zum 30.09.2008 ergibt sich aus der Ablösungsvereinbarung vom 16.08.2008 (Anlage K 82). Anlässlich des geplanten Verkaufs musste die Klägerin auch mit der X GmbH eine Regelung treffen. Zum einen konnte diese gemäß Ziffer III. des Darlehensvertrages die Eintragung einer Grundschuld verlangen (Blatt 411 d.A.) und damit den lastenfreien Verkauf der Immobilie verhindern. Zum anderen war absehbar, dass nach der Veräußerung der Immobilie die W zu Zahlungen auf das Baudarlehen nicht mehr in der Lage sein würde. 94

d) 95

Der Auffassung der Beklagten, sie hafteten nur nachrangig, da die Klägerin zunächst versuchen müsse, gegen die W und die unbeschränkt haftende Gesellschafterin W mbH vorzugehen, ist nicht zu folgen. Abgesehen davon, dass solche Bemühungen angesichts der finanziellen Situation der Gesellschaften wenig erfolversprechend erscheinen, ist eine Rechtsgrundlage für eine solche nur nachrangige Haftung nicht ersichtlich. 96

4) 97

98

Im Ergebnis scheitert ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagten an ihr zurechenbaren schuldhaften Aufklärungspflichtverletzungen (bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung), so dass der für die Berechnung der auf die Beklagten entfallenden Quote maßgebliche Stand der Darlehen ebenso wie die Frage, ob der Freistellungsanspruch sich zwischenzeitlich in einen Zahlungsanspruch umgewandelt hat, letztlich dahingestellt bleiben kann. Den Ansprüchen der Klägerin stehen die Schadensersatzansprüche der Beklagten, gerichtet auf Befreiung von den Verbindlichkeiten, entgegen (§ 249 Abs. 1 BGB).

a) 99

Die Klägerin haftet den Beklagten nach den Grundsätzen der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 311 Rdn. 67 ff. m.w. N.). 100

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). 101

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). 102

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). 103

Diese Pflichten hat die Klägerin, der angesichts der Identität der handelnden Personen derselbe Kenntnisstand wie den Fondsinitiatoren zuzurechnen ist, schuldhaft verletzt. 104

aa) 105

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 die Rentabilität der Anlage ist von der Person des Provisionsempfängers unabhängig. 106

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:

"... Soweit durch Erlassregelungen der Finanzverwaltung die sofortige Abzugsfähigkeit der108 Werbungskosten demgegenüber eingeengt wurde, wurden diese weitgehend berücksichtigt. 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... ".

Diese Angaben erwecken den Eindruck, als werde die in den Erlassregelungen gezogene 109 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.

bb) 110

Auch die Darstellung des vorgesehenen Investitionsplanes, in welchem die 111 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.

Insbesondere unter Mitberücksichtigung der oben zitierten Prospektangaben zur 112 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.

b) 113

Dass die Beklagten von der Klägerin über die Prospektangaben hinaus aufgeklärt worden 114 sind, behauptet die Klägerin selbst nicht.

c) 115

Der sich aus der Aufklärungspflichtverletzung hinsichtlich der Provisionshöhe –ob auch die 116 weiter gerügten Aufklärungsdefizite vorliegen, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben - ergebende Schadensersatzanspruch gemäß § 249 Abs. 1 BGB ist darauf gerichtet, die Beklagten so zu stellen, wie sie bei Erfüllung dieser Pflicht gestanden hätten. 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, sind mithin die Beklagten so zu stellen, als hätten sie sich gegen die Fondsbeteiligung entschieden. Da sie in dem Fall dem Freistellungsanspruch nicht ausgesetzt wären, kann dieser im Ergebnis nicht durchgesetzt werden.

d) 117

Der Schadensersatzanspruch der Beklagten ist nicht verjährt. Der Freistellungsanspruch der Klägerin ist ebenso wie der Schadensersatzanspruch der 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.). 118

e) 119

Der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches stehen keine beachtenswerten Belange der Darlehensgeber 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. 120

5) 121

Da die Berufung der 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. 122

II. 123

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 124

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. 125
