
Datum: 24.09.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 31. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 31 U 193/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0924.31U193.10.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 43 O 23/07

Tenor:

Die Berufung der Beklagten und die Berufung des Streithelfers zu 1) gegen das Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen vom 16.09.2010 werden zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufungsinstanz einschließlich der durch die Nebenintervention entstandenen Kosten der Streithelferin zu 3). Die durch die Nebenintervention des Streithelfers zu 1) und der Streithelferin zu 2) entstandenen Kosten tragen diese jeweils selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung der Klägerin und der Streithelferin zu 3) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin und die Streithelferin zu 3) vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

(§ 540 Abs. 1 ZPO)

A.

1

2

3

Die Parteien streiten über das Bestehen von Ansprüchen in Höhe von 5.300.000 € aus einem von der Klägerin behaupteten Schuldbeitritt der Beklagten.	4
Die Beklagte ist ein kommunales Wohnungsbauunternehmen mit Sitz in H3, deren einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer in den Jahren 2005 und 2006 der Streithelfer der Beklagten zu 1) (im Folgenden Streithelfer zu 1) war. Wegen hoher Kreditbelastungen und bilanzieller Verluste in Millionenhöhe beabsichtigte die Beklagte Anfang 2005 eine Ent- und Umschuldung durchzuführen.	5
Die Dr. L (im Folgenden Dr. L2, deren Kommanditistin die Streithelferin der Beklagten zu 2) (im Folgenden Streithelferin zu 2) war, war Eigentümerin der sanierungsbedürftigen Wohn- und Geschäftsanlage „K-Straße“ in H3, die an Grundstücke der Beklagten grenzte. Vor diesem Hintergrund kam es zu Gesprächen zwischen dem Streithelfer zu 1) und dem Generalbevollmächtigten der Dr. B I, die sich später auch um Möglichkeiten der Sanierung der Beklagten drehten.	6
Im März 2005 erarbeitete die Komplementärin der Dr. B, die Gesellschaft für V mbH (im Folgenden V) ein Umschuldungskonzept für die Beklagte (vgl. 117 ff GA). Die V schlug unter Gründung von Gemeinschaftsunternehmen der Beklagten und der Dr. H2 Firmengruppe ein Sale-and-lease-back Verfahren vor, das zunächst die Veräußerung des gesamten Immobilienbesitzes der Beklagten gegen Einräumung von Erbbaurechten an die Dr. B zu einem Kaufpreis von rund 60.000.000 € (ca. 90.000.000 € Kaufpreis abzüglich des Wertes der Erbbaurechte von ca. 30.000.000 €) beinhaltete und sodann eine Übernahme der Gebäude durch die W GmbH (im Folgenden W), einer Rechtsvorgängerin der dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetretenen Streithelferin zu 3), als Immobilien-Leasinggesellschaft vorsah. Dieses Konzept fand die Zustimmung des Streithelfers zu 1), so dass die V unter Mithilfe der Klägerin nach Finanzierungsmöglichkeiten suchte. Da sich eine Umsetzung des Gesamtkonzeptes noch im Jahr 2005 als zeitlich nicht durchführbar erwies, kamen die Beklagte und die Dr. B überein, zunächst den Verkauf der Wohnanlage C-Straße in H3 vorzuziehen.	7
Mit notariellem Kaufvertrag des Notars K2 vom 05.10.2005 verkaufte die Beklagte der Dr. B die Wohnanlage C-Straße für 5.600.000 € (Blatt 691 ff GA). Nach Ziffer 7 des Kaufvertrages war die Beklagte als Verkäuferin nicht verpflichtet, für Darlehen die persönliche Schuldhaft zu übernehmen, nach Ziffer 9 des Kaufvertrages waren die Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels ausgeschlossen. Die Parteien vereinbarten außerhalb der notariellen Urkunde in Höhe von 2.540.000 € eine Stundung des Kaufpreises und dessen Umwandlung in ein Darlehen (Blatt 798 Ermittlungsakte StA Bochum).	8
Da die endgültige Kaufpreisfinanzierung für die C-Straße noch nicht feststand, nahm die Dr. B zur Zwischenfinanzierung bei der Klägerin ein sog. Spotdarlehen in Höhe von 5.300.000 € mit einer Laufzeit bis zum 31.01.2006 auf. Dieses Darlehen sollte durch eine Gesellschaft aus der W-Gruppe abgelöst werden. Nachdem die W der Klägerin mit Schreiben vom 11.11.2005, unterzeichnet von ihren Mitarbeitern Y2 und Y3, die Ablösung der Zwischenfinanzierung bis zum 31.01.2006 zugesagt hatte, kehrte der Notar K2 2.484,351,60 € an die Beklagte sowie weitere Beträge an das Finanzamt, die Dr. B und die V aus.	9
Mit Schreiben vom 16.11.2005 teilte die Beklagte der Dr. B mit (Blatt 105 GA):	10
<i>“...dass sich die Abwicklung des Verkaufs durch die förmlichen Anforderungen verzögern könnte, so dass der in dem Schreiben zugesagte Termin 31.01.2006 für die Ablösung der Mittel bei der Y3 Bank durch die W ggf. nicht eingehalten werden kann. Für diesen Fall treten</i>	11

wir Ihrer Finanzierung bei der Klägerin bei, so dass die Zwischenfinanzierung der Y3 Bank gleichwohl, wenn auch nicht von der W abgelöst werden kann...“.

Am 21.12.2005 reduzierten die Beklagte und die Dr. B den Kaufpreis für die Wohnanlage C-Straße in einer privatschriftlichen „Teilaufhebungsvereinbarung“ wegen Sanierungsbedarfs des Gebäudes auf den ausweislich der Vereinbarung bereits gezahlten Betrag von 3.060.000 €.

Unter dem 28.12.2005 schloss die H GmbH & Co H3 KG, vertreten durch den Generalbevollmächtigten der Dr. B I, einen Darlehensvertrag mit der Y4 Hypothekenbank über 59.000.000 € ab. Unter dem 04.01.2006 stellte die Klägerin der V 150.000 € für die Finanzierungsvermittlung in Rechnung (Blatt 36 GA). Mit Schreiben vom 09.01.2006 (Blatt 101 GA) bat die Dr. B die Klägerin um Prolongation des Spotdarlehens, da sie über das Darlehen der Y4 Hypothekenbank erst verfügen könne, wenn auf dem derzeit unbelasteten Grundvermögen der Beklagten eine Gesamtbuchgrundschuld in Darlehenshöhe an rangerster Stelle mit einem Gesamtsicherungswert von mindestens 20.000.000 € eingetragen sei, was sich aufgrund der Fülle der zu beleihenden Objekte bis Ende März/Anfang April hinziehen werde. Darauf hin prolongierte die Klägerin mit Schreiben vom 30.01.2006 (Blatt 14 GA) das Darlehen bis zum 30.04.2006. Die W teilte der Klägerin mit Schreiben vom 31.03.2006 mit, dass sie die Ablösebescheinigung für das Spotdarlehen nicht verlängern werde und sich zudem mangels Vollmacht der unterzeichnenden Mitarbeiter Y2 und Y3 auch nicht an die ursprüngliche Ablösebescheinigung vom 11.11.2005 gebunden fühle.

Die Dr. B wurde am 17.01.2006 als neue Eigentümerin der Wohnanlage C-Straße in H3 in das Grundbuch eingetragen.

In seiner Sitzung vom 13.03.2006 beschloss der Aufsichtsrat der Beklagten das von der V erarbeitete Sale-and-lease-back Konzept nicht umzusetzen, da für die Beklagte nur ein direktes Darlehensverhältnis mit der Y4 Hypothekenbank in Betracht komme. Hierüber informierte die Dr. B die Klägerin mit Schreiben vom 31.03.2006 (Blatt 1764 GA) und teilte weiter mit, dass sie beabsichtige, die Wohnanlage D-Straße von der Beklagten zu erwerben. Mit diesem Verkauf könne der Verlustvortrag der Beklagten ausgeglichen werden, zugleich ermögliche die Erwerbsabwicklung die Rückführung des Spotdarlehens.

Die H GmbH & Co City H3 KG führte in der Folgezeit das bei der Y4 Hypothekenbank aufgenommene Darlehen in Höhe von 59.000.000 € bis auf einen Betrag von 4.000.000 € zur endgültigen Finanzierung der Wohnanlage C-Straße zurück (Blatt 918 GA). Die verbliebenen Darlehensvaluta in Höhe von 4.000.000 € wurden jedoch weder ganz noch teilweise zur Rückführung des von der Dr. B bei der Klägerin aufgenommenen Spotdarlehens genutzt. Vielmehr beabsichtigte der Generalbevollmächtigte I der Dr. B die Wohnanlage D-Straße für 7.000.000 € von der Beklagten zu erwerben und angesichts der über dem Kaufpreis liegenden Belastungsgrenze der Wohnanlage eine über den Kaufpreis hinausgehende Beleihung vorzunehmen, um sodann aus der Finanzierung D-Straße das Spotdarlehen der Klägerin für die C-Straße zurückführen zu können.

Da das Spotdarlehen nach dem Rückzug der W ungesichert war, setzte sich die Dr. B ausweislich eines nachträglich verfassten Schreibens vom 24.05.2006 (Blatt 1482 GA) an die Klägerin ab April 2006 dafür ein, dass

„Ihnen unabhängig von der W auch die X mbH (kurz: X) eine Ablösebescheinigung für unser Engagement in Ihrem Hause per 30.09.06 zur Verfügung stellt.“

Nachdem der Generalbevollmächtigte I der Dr. B den Streithelfer zu 1) sowohl über seinen Plan zur Rückführung des Spotdarlehens über eine entsprechend hohe Beleihung der D-Straße als auch über die kritische Überprüfung des Engagements der Klägerin bei der Dr. B durch die den Jahresabschluss der Klägerin prüfenden Wirtschaftsprüfer in Kenntnis gesetzt hatte, bat er ihn am 07.04.2006 ein für die Klägerin bestimmtes vorformuliertes Bestätigungsschreiben zu unterzeichnen. Noch unter dem 07.04.2006 richtete die Beklagte folgendes, von dem Streithelfer zu 1) unterzeichnetes Schreiben an die Klägerin (Blatt 16 GA):

„...bestätigen wir Ihnen wunschgemäß, dass wir im Falle des Ankaufs diverser Wohnanlagen aus unserem Bestand –insbesondere der Wohnanlage D-Straße 14, 16 und 18- im Rahmen der kaufvertraglich vorgesehenen Abwicklung des uns bisher nur privatschriftlich vorliegenden, demnächst noch notariell anzunehmenden Kaufangebotes die in ihrem Hause ... geführte Finanzierung der Dr. H2 & Co. KG über 5,3 Mio € bis spätestens zum 30.09.2006 zurückführen werden...“

Mit weiterem Schreiben vom 28.04.2006 (Blatt 1057 GA) teilte die Beklagte der Klägerin mit:

„... wir nehmen Bezug auf unser Schreiben vom 07.04.2006 und freuen uns Ihnen mitteilen zu können, dass wir zwischenzeitlich mit der Dr. H2 ... KG Einigkeit über den Erwerb der Wohnanlage D-Straße erzielen konnten. Die Beurkundung kann erst erfolgen, wenn der Aufsichtsrat förmlich zugestimmt hat...“

Da der Klägerin die Formulierung des Schreibens vom 07.04.2006 nicht hinreichend bestimmt war, übermittelte sie dem Generalbevollmächtigten I der Dr. B mit E-Mail vom 08.05.2006 (Blatt 1484 GA) folgenden Formulierungsvorschlag:

„Sehr geehrter Herr N, wir nehmen Bezug auf unsere Schreiben vom 07.04. und 28.04. diesen Jahres und bestätigen Ihnen, dass sämtliche zur Beurkundung anstehenden Voraussetzungen nunmehr erfüllt sind. Die Kaufvertragsbeurkundung haben wir am 09.05.2006 vorgenommen. Insofern bestätigen wir Ihnen nochmals, dass wir die in Ihrem Hause ... geführte Finanzierung der Dr. H2 ... KG über 5,3 Mio € bis spätestens zum 30.09.2006 zurückführen werden.“

Der Generalbevollmächtigte I der Dr. B wandte sich erneut an den Streithelfer zu 1) bat ihn um Unterzeichnung eines weiteren vorformulierten Schreibens. Unter dem 09.05.2006 richtete die Beklagte folgendes, von dem Streithelfer zu 1) unterzeichnetes Schreiben an die Klägerin (Blatt 17 GA):

„Bestätigung“

...wir nehmen Bezug auf unser Schreiben vom 07.04.06 ... und freuen uns Ihnen mitteilen zu können, dass wir zwischenzeitlich im Rahmen der entsprechenden Beurkundung Einigkeit über den Erwerb der Wohnanlage D-Straße 14, 16 und 18 in H3 erzielen konnten. Insofern wird die in Ihrem Haus ... geführte Finanzierung der Dr. H2 & Co KG über 5,3 Mio € -wie bereits in unserem Schreiben vom 07.04.2006 angekündigt- im Rahmen der vg. kaufvertraglichen Abwicklung bis spätestens zum 30.09.2006 zurückgeführt werden.“

Ebenfalls unter dem 09.05.2006 übermittelte die Dr. B der Klägerin folgendes Schreiben (Blatt 1058 GA):

„Bestätigung“

<i>...wir nehmen Bezug auf die ... geführten Gespräche und freuen uns Ihnen mitteilen zu können, dass wir zwischenzeitlich im Rahmen der entsprechenden Beurkundung Einigkeit über den Erwerb der Wohnanlage D-Straße 14, 16 und 18 in H3 erzielen konnten. Wir werden dafür Sorge tragen, dass die in Ihrem Haus ... geführte Finanzierung der Dr. H2 & Co KG über 5,3 Mio € -wie bereits in dem Schreiben der X ... vom 07.04.2006 angekündigt- im Rahmen der vg. kaufvertraglichen Abwicklung bis spätestens zum 30.09.2006 zurückgeführt sein wird.“</i>	30
Unter dem 11.05.2006 antwortete die Klägerin der Beklagten (Blatt 111 GA):	31
<i>„...wir bedanken uns ganz herzlich für ... Ihre Mithilfe bei der Rückführung unserer Zwischenfinanzierung der Dr. H2 & Co. KG für das Objekt C-Straße...“</i>	32
Am 17.05.2005 schloss die Beklagte mit der Dr. B einen notariellen Kaufvertrag über die Wohnanlage D-Straße 14, 16, 18 für 7.000.000 € (Blatt 484 GA). Gem. Ziffer 13 d des notariellen Kaufvertrages (Blatt 498 GA) war die Dr. B berechtigt, vom Kaufvertrag zurückzutreten, wenn nicht innerhalb von drei Monaten nach dem unter Ziffer 6 des notariellen Kaufvertrages vereinbarten Zahlungstermin die dort aufgeführten Voraussetzungen mit Ausnahme der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung vorlagen.	33
Unter dem 07.06.2006 überreichte der Mitarbeiter N der Klägerin dem Streithelfer zu 1) anlässlich eines Treffens folgendes Schreiben (Blatt 1129 GA):	34
<i>„...ist Ihnen bekannt, dass wir für die Dr. H2 ... KG den Kaufpreis für das Objekt C-Straße zwischenfinanziert haben und außerdem in die Finanzierungsverhandlungen für die D-Straße eingebunden sind. Da unser Kreditengagement H2 von unserem Abschlussprüfer, der M2, ausführlich geprüft wird, bitten wir Sie, den Hintergrund und Ihre Motive zu dieser Transaktion kurz zu beschreiben. In diesem Kontext stellt die M2 die ordnungsgemäße Beschlussfassung für den Verkauf der Objekte D-Straße in Ihrem Haus in Frage. Bitte bestätigen Sie uns, wie besprochen, die satzungsgemäße Rechtmäßigkeit inklusive Aufsichtsratsbeschluss...“</i>	35
Hierauf schilderte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben noch vom 07.06.2006 (Blatt 109 GA) die Hintergründe für den Verkauf der Wohnanlagen C-Straße und der D-Straße an die Dr. B, insbesondere die vorhergehenden Bilanzverluste, die mit dem Verkauf ausgeglichen würden und bestätigte die Rechtmäßigkeit des Verkaufs der D-Straße an die Dr. B sowie das Vorliegen der entsprechenden Aufsichtsratsgenehmigungen.	36
Am 14.06.2006 ließ sich die Klägerin Forderungen der Dr. B gegen die Beklagte aus deren Schreiben vom 16.11.2005 abtreten.	37
Am 23.06.2006 kam es zu einem Gespräch zwischen den Vorständen der Klägerin Q und T2 sowie dem Generalbevollmächtigten I der Dr. B und dem Streithelfer zu 1) in den Räumlichkeiten der Klägerin. Nachdem der Generalbevollmächtigte I der Dr. B dem Streithelfer zu 1) bereits vor dem Termin mitgeteilt hatte, dass die Klägerin die Kaufpreisfinanzierung für die D-Straße nicht übernehmen wolle, nahm der Streitverkündete zu 1) ein vorbereitetes Schreiben mit, in dem er alle bisher gegenüber der Klägerin abgegebenen Erklärungen widerrief. Dieses Schreiben überreichte er im Verlauf der Unterredung jedoch nicht. Die Einzelheiten der in dem Termin vom 23.06.2006 geführten Gespräche sind umstritten.	38
Da es der Dr. B auch anderweitig nicht gelang, eine Finanzierung für den Kauf der D-Straße zu erhalten, trat die Beklagte mit Schreiben vom 15.11.2006 (Blatt 38 GA) vom Kaufvertrag	39

zurück. Am 21.12.2006 beurkundete der Notar K2 einen entsprechenden Aufhebungsvertrag (Blatt 39 GA).

Nachdem die Klägerin die Dr. B vergeblich zur Rückzahlung des Spotdarlehens aufgefordert hatte, hat sie am 30.11.2006 Klage gegen die Beklagte beim Landgericht Essen eingereicht. Erstinstanzlich hat sie zunächst im Wege des Urkundsprozesses beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 5.300.000 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2006 zu verurteilen. Die Beklagte und der Streithelfer zu 1) sind diesem Antrag entgegengetreten und haben behauptet, die Schreiben vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 seien nur deshalb gefertigt worden, da die den Jahresabschluss der Klägerin prüfenden Wirtschaftsprüfer der M2 das Geschäftsengagement der Klägerin bei der Dr. B kritisch gesehen hätten und eine Bestätigung für den Verkaufswillen der Beklagten im Hinblick auf die D-Straße benötigt hätten, da die Dr. B in Absprache mit der Klägerin geplant habe, das Spotdarlehen mit Hilfe einer den Kaufpreis übersteigenden Beleihung der D-Straße zurückzuführen. Zudem hätten die Vorstände der Klägerin dem Streithelfer zu 1) anlässlich der Besprechung am 23.06.2006 in den Räumlichkeiten der Klägerin explizit zugesagt, nicht aus den Erklärungen gegen die Beklagte vorzugehen. Selbst wenn die Schreiben als Schuldbeitritt zu werten seien, stünde dieser unter der Bedingung der vollständigen Durchführung und Abwicklung des Kaufvertrages. 40

Mit Schreiben vom 28.03.2007 (Blatt 785 GA) hat sich der Streitverkündete zu 1) während des laufenden Verfahrens gegenüber der Klägerin wie folgt geäußert: 41

„ ... Die X veräußerte im November 2005 ihr Objekt C-Straße an die Dr. H2 & Co KG. Zur Finanzierung des Kaufpreises nahm diese einen Zwischenkredit bei der Y3bank auf und beglich damit den Kaufpreis. Zur Sicherung dieser Finanzierung trat die X der Schuld der B bis zur Endfinanzierung bei. Die Y3 Bank wiederum vermittelte der Käuferin die Endfinanzierung und kassierte dafür eine Vermittlungsprovision in Höhe von 150.000 €. Auf Anfrage des Notars teilte der Unterzeichner (UZ) als Geschäftsführer der X mit, dass die X keinen Anspruch auf das Geld habe, da ihr Kaufpreis beglichen sei. Damit war der Schuldbeitritt für die X erledigt ... Am 7.4.2006 trat der Generalbevollmächtigte (GBV) der Dr. B an den UZ mit einem von der Y3 Bank vorgegebenen und vom GBV vorformulierten Schreiben heran mit der Bitte um Unterzeichnung. Hierzu erläuterte er, dass die Vorstandsmitglieder der Bank, die Herren Q und T2, ihn gebeten hätten, für eine zusätzliche Sicherheit des Ankaufsdarlehens C-Straße zu sorgen...“ 42

Das Landgericht Essen hat die Beklagte im Urkundsprozess durch Vorbehaltsurteil vom 06.09.2007 zur Zahlung von 5.300.000 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2006 verurteilt und der Beklagten sowie dem Streithelfer zu 1) die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Die gegen dieses Urteil gerichteten Berufungen der Beklagten und des Streithelfers zu 1) hat der Senat nach vorherigem Hinweis durch Beschluss vom 04.03.2009 gem. § 522 Abs. 2 ZPO als unbegründet zurückgewiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf das Vorbehaltsurteil des Landgerichts Essen vom 06.09.2007 (Blatt 222 ff GA), den Hinweis des Senatsvorsitzenden vom 20.08.2008 (Blatt 406 ff GA) sowie den Zurückweisungsbeschluss des Senats vom 04.09.2009 (Blatt 621 ff GA) verwiesen. 43

Die Klägerin und die Streithelferin zu 3) haben im Nachverfahren beantragt, 44

das Vorbehaltsurteil vom 06.09.2007 für vorbehaltlos zu erklären. 45

Die Beklagte und der Streithelfer zu 1) haben beantragt, 46

das Vorbehaltsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.	47
Wegen des weiteren Tatsachenvortrags der Parteien nimmt der Senat Bezug auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung.	48
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch die uneidliche Vernehmung der Zeugen Dr. L3, I, T2, N und I2. Sodann hat das Landgericht das Vorbehaltsurteil vom 06.09.2007 mit Urteil vom 16.09.2010 für vorbehaltlos erklärt. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien die Schreiben vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 nicht als reine Informationsschreiben zu werten. Ein Verzicht der Klägerin auf eine Inanspruchnahme der Beklagten daraus sei nicht bewiesen.	49
Hiergegen richten sich die form- und fristgerecht eingelegten Berufungen der Beklagten und des Streithelfers zu 1), mit der diese ihren erstinstanzlichen Antrag auf Aufhebung des Vorbehaltsurteils und Abweisung der Klage weiter verfolgen.	50
Die Beklagte meint (Blatt 1588 ff GA), die Schreiben vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 stünden unter der Bedingung der Abwicklung der dort genannten Immobiliengeschäfte. Dies sei auch der Klägerin bewusst gewesen, da deren Mitarbeiter, der Zeuge N, im Rahmen seiner Vernehmung explizit bekundet habe, Voraussetzung für das Aufleben der Ablösebescheinigung sei das rechtswirksame Zustandekommen des Kaufvertrages über die D-Straße gewesen. Hierzu habe nach der Vorstellung der Parteien die grundbuchliche Vollziehung des Kaufvertrages und die Zahlung des Kaufpreises gehört. Ein Schuldbeitritt liege im Übrigen ohnehin nicht vor, da ein Eigeninteresse der Beklagten weder ersichtlich noch entbehrlich sei. Vielmehr handele es sich bei den Schreiben um bloße Informationsschreiben, wie die Klägerin unschwer aus der veränderten Formulierung von „wir ... führen zurück“ in „wird ... zurückgeführt werden“ habe entnehmen können. Es sei auch aus Sicht der Beklagten kein Grund für eine weitere Absicherung des Spotdarlehens erkennbar gewesen, da die Y4 Hypothekenbank die Endfinanzierung über 4.000.000 € für den Kauf der C-Straße durch die Dr. B zugesagt und die Valuta zur Verfügung gestellt habe. Das Landgericht habe sich weiter nicht hinreichend mit der Formbedürftigkeit des angeblichen Schuldbeitritts gem. § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB auseinandergesetzt, obwohl nach einem Urteil des BGH vom 22.07.2010 (VII ZR 246/08) eine Beurkundungspflicht für grundsätzlich formfreie Geschäfte dann bestehe, wenn sie mit dem Erwerb eines Grundstücks eine rechtliche Einheit bildeten. Zudem habe das Landgericht verkannt, dass sich die Klägerin allein deshalb nicht auf den behaupteten Schuldbeitritt berufen könne, weil der Streithelfer zu 1) seine Vertretungsmacht missbraucht habe. Die Klägerin habe sich keine Gedanken um eine Aufsichtsratsgenehmigung gemacht, obwohl sie von der Existenz des Aufsichtsrates gewusst habe. Sie habe bewusst die Augen verschlossen, um nicht bösgläubig zu werden, obwohl der ungewöhnliche Sachverhalt keinen Anlaß zu der Vermutung gegeben habe, es liege eine Aufsichtsratsgenehmigung vor. Schließlich habe sich das Landgericht nicht hinreichend mit der Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugen N und N2 auseinander gesetzt, die beide weiter bei der Klägerin beschäftigt seien.	51
Der Streithelfer zu 1) meint (Blatt 1608 ff GA), die Schreiben vom 07.04. und vom 09.05.2006 seien aus der Sicht der Beklagten auszulegen, da dieser die Schreiben vorformuliert vom Generalbevollmächtigten I der Dr. B vorgelegt worden seien. Das Landgericht sei nicht hinreichend darauf eingegangen, dass der Generalbevollmächtigte der Dr. B I den Entwurf der Klägerin entscheidungserheblich abgeändert habe. Er selbst habe die Erklärungen nur zur Information der Wirtschaftsprüfer unterzeichnet, nicht aber zur Begründung einer eigenen Verbindlichkeit der Beklagten gegenüber der Klägerin. Zudem habe das Landgericht rechtsirrig das Schreiben der Beklagten an die Dr. B vom 16.11.2005	52

zur Begründung der Übernahme einer Mithaft herangezogen, da er die dort übernommene Verpflichtung in einem späteren Schreiben vom 28.03.2007 selbst als Schuldbeitritt bezeichnet habe. Das Landgericht habe aber verkannt, dass der in Aussicht gestellte Finanzierungsbeitritt mit der Eigentumsumschreibung erledigt gewesen sei. Weiter sei das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beklagte ein Interesse an der Projektrettung gehabt habe, um noch im Jahr 2006 einen Bilanzausgleich zu bewerkstelligen. Die Beklagte habe nämlich weitere Kaufinteressenten an der Hand gehabt und habe den Bilanzausgleich später durch einen anderweitigen Verkauf sichern können. Es habe allein im Interesse der Klägerin und der Dr. B gelegen, eine Möglichkeit zur Rückzahlung des Spotdarlehens zu erarbeiten. Das Landgericht habe die Aussagen der vernommenen Zeugen nicht vorurteilsfrei gewertet. Im Hinblick auf den Zeugen I und ihn selbst habe das Landgericht verkannt, dass Erinnerungslücken nach 5 Jahren nachvollziehbar und erklärlich seien, zumal keine Unterlagen zur Vorbereitung des Termins zur Verfügung gestanden hätten. Im Hinblick auf die vernommenen Mitarbeiter I2 und N der Klägerin habe das Landgericht verkannt, dass diese ein erhebliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hätten, zumal ihnen bei dem Kreditengagement der Dr. B bedeutsame Versäumnisse vorzuwerfen seien, wie insbesondere die nicht hinreichende Prüfung der Unterschriftsberechtigung unter der Ablösebescheinigung der W und die unterlassene Abtretung der Endfinanzierungsmittel der Y4 Hypothekenbank. Das Landgericht habe weiter rechtsirrig ausgeführt, die Klägerin habe auf die Wirksamkeit des angeblichen Schuldbeitritts vertrauen dürfen, weil ihr nicht bekannt gewesen sei, dass der Aufsichtsrat ihm habe zustimmen müssen. Das Landgericht habe trotz entsprechenden Beweisantritts den Zeugen I nicht dazu befragt, ob die Klägerin wusste, dass alle wichtigen Geschäfte unter dem Vorbehalt des Aufsichtsratsgenehmigung standen. Der Streithelfer zu 1) führt weiter aus, dass die Erklärungen vom 07.04. und vom 09.05.2006 selbst für den Fall, dass sie als Schuldbeitritt zu werten sein sollten, unter dem Vorbehalt eines wirksamen Kaufvertrages standen. Zudem habe er die Erklärung vom 09.05.2006 mittlerweile wegen arglistiger Täuschung angefochten, nachdem er erstmalig im Termin des Landgerichts Essen vom 16.09.2010 erfahren habe, dass der Generalbevollmächtigte I der Klägerin geholfen habe, eine Ablösebescheinigung der Beklagten beizubringen. Abschließend weist der Streithelfer zu 1) darauf hin, dass ein angeblicher Schuldbeitritt als Schenkung sowie wegen der engen Verbindung zum Grundstücksgeschäft beurkundungspflichtig gewesen sei.

Die Klägerin und die Streithelferin zu 3) treten der Berufung entgegen und beantragen, die Berufung zurückzuweisen. Die Klägerin führt aus, sie habe zwar Kenntnis vom Bestehen des Aufsichtsrats der Beklagten gehabt, weitergehende Informationen darüber, ob der Aufsichtsrat bei der Abgabe der streitgegenständlichen Erklärungen zustimmen musste oder zugestimmt hatte, habe sie aber nicht gehabt. Dass der Streithelfer zu 1) ohne die erforderliche Mitwirkung des Aufsichtsrats gehandelt habe, sei für sie nicht evident gewesen. Eine arglistige Täuschung des Streithelfes zu 1) im Vorfeld der Abgabe der Erklärung vom 09.05.2006 sei nicht ersichtlich, zumal sich diese Erklärung an die Erklärungen vom 16.11.2005 und vom 07.04.2006 anschließe. Im übrigen vertieft und wiederholt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Sachvortrag. 53

Wegen des weiteren Sachvortrags der Parteien nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen. 54

Der Senat hat die elektronische Ermittlungsakte der StA Bochum Az. 35 Js 103/10 zu Informationszwecken beigezogen, einen Ausdruck erstellen lassen und allen Prozessbevollmächtigten zur Verfügung gestellt. 55

B.

Die Berufungen der Beklagten und des Streithelfers zu 1) sind unbegründet. Die Klage ist begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 5.300.000 € aus § 488 Abs. 1 S. 2, 311 Abs. 1 BGB. 57

Die Beklagte ist der Darlehensverbindlichkeit der Dr. B mit Schreiben vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 wirksam beigetreten. Der Rückerstattungsanspruch der Klägerin gegen die Dr. B gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ist fällig, da die Darlehensvaluta nach der Verlängerung des Darlehensvertrages bis zum 30.04.2006 zum 01.05.2006 an die Klägerin zurückzuzahlen waren, ohne dass es einer Kündigung bedurft hätte (vgl. § 488 Abs. 3 S. 1 BGB). 58

Aufgrund des Vorbehaltsurteils des Landgerichts Essen vom 06.09.2007 und des Beschlusses des Oberlandesgerichts Hamm vom 04.03.2009 steht bindend fest, dass sich die anspruchsbegründenden Tatsachen aus den privatschriftlichen Urkunden vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 ergeben. Das Vorbehaltsurteil im Urkundenprozess entfaltet Bindungswirkung, soweit die in dem Vorbehaltsurteil getroffene Entscheidung nicht auf der eigentümlichen Beschränkung der Beweismittel im Urkundenprozess beruht. Die Beklagte und der Streithelfer zu 1) sind mit Einwendungen ausgeschlossen, über die das Gericht im Vorbehaltsurteil bereits abschließend entschieden hat (BGH NJW 1960, 567; 1973, 567; WM 1994, 961). Im Nachverfahren ist daher lediglich über neue Verteidigungsmittel der Beklagten und des Streithelfers zu 1) zu befinden bzw. den Beweisangeboten nachzugehen, die im Urkundenprozess aufgrund der dortigen Beschränkungen ausgeschlossen waren. 59

1. 60

Die Schreiben vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 dienten nicht der bloßen Information der Klägerin, sondern lassen eindeutig den Willen der Beklagten zum Schuldbeitritt erkennen, wie das Vorbehaltsurteil bindend festgestellt hat. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf das Vorbehaltsurteil des Landgerichts Essen vom 06.09.2007 (Blatt 232 ff GA), den Hinweis des Senatsvorsitzenden (Blatt 402 ff GA) sowie den Senatsbeschluss vom 04.09.2009 (Blatt 621 ff GA) verwiesen. 61

Wer Vereinbarungen gegen den Inhalt der Urkunde behauptet, muss beweisen, dass die Urkunde unrichtig oder unvollständig ist, da die Vermutung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der über das Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunde spricht (BGH III ZR 2/88; Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 416a Rn 10 jeweils m.w.N.). Den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts zufolge haben die Beklagte und der Streithelfer zu 1) jedoch nicht beweisen können, dass die streitgegenständlichen Schreiben entgegen ihrem Erklärungsgehalt lediglich der unverbindlichen Information der Klägerin dienten. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der landgerichtlichen Feststellungen begründen, sind weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich. 62

1.2 63

Der ausführlichen Würdigung des Landgerichts nach haben die von der Beklagten und dem Streithelfer zu 1) benannten Zeugen Dr. L3 und I den rein informatorischen Charakter der streitgegenständlichen Schreiben nicht überzeugend zu bestätigen, geschweige denn entsprechende Absprachen mit der Klägerin glaubhaft zu bekunden vermocht. Der Streithelfer zu 1) hat im Rahmen seiner Zeugenvernehmung (Blatt 1452 GA) zwar bekundet, der Generalbevollmächtigte der Dr. B I habe ihm bezüglich des Schreibens vom 09.05.2006 erläutert, dass das Schreiben lediglich zur Beruhigung der Wirtschaftsprüfer diene und eine 64

schlichte Bestätigung und nicht mehr sein solle. Das Landgericht hat den Wahrheitsgehalt dieser Aussage jedoch zu Recht in Zweifel gezogen, da die Aussage nicht in Einklang zu bringen ist mit dem vom Streithelfer zu 1) selbst verfassten Schreiben an die Klägerin vom 28.03.2007. In diesem Schreiben führt der Streithelfer zu 1) aus, dass der Generalbevollmächtigte der Dr. B I am 07.04.2006 mit einem vorformulierten Schreiben an ihn herangetreten sei, weil die Vorstandsmitglieder der Klägerin ihn gebeten hätten, für eine zusätzliche Sicherheit des Darlehens zu sorgen. Damit war dem Streithelfer zu 1) die Intention der Klägerin positiv bekannt, ein Missverständnis hinsichtlich des mit dem Schreiben verfolgten Zwecks war ausgeschlossen, zumal es sich bei dem Streithelfer zu 1) nicht nur um einen in der Immobilienwirtschaft erfahrenen Geschäftsführer, sondern sogar um einen Volljuristen handelt. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, wenn der Streithelfer zu 1) seiner eigenen Einlassung nach zwar die dem Schreiben vom 07.04.2006 zugrunde liegende Absicht der Klägerin kannte, gleichwohl aber hinsichtlich des Schreibens vom 09.05.2006 von einem bloßen Informationsschreiben ausgegangen sein will. Denn ihm war bekannt, dass sich die Interessenlage der Klägerin nicht verändert hatte. Der Erklärungsgehalt beider Schreiben war zudem eindeutig. Allein aufgrund der in dem Schreiben vom 09.05.2006 enthaltenen passivischen Formulierung „...wird ... zurückgeführt werden...“ konnte der Streithelfer zu 1) nicht ernsthaft folgern, dass die Beklagte keine Einstandspflicht treffen würde, zumal in dem Schreiben Bezug genommen war auf das Schreiben vom 07.04.2006, in dem die Rückführung durch die Beklagte in Aussicht gestellt wurde. Dass dem Streithelfer zu 1) bewusst war, dass er nicht lediglich unverbindliche Informationsschreiben unterzeichnet hatte, zeigt sich schließlich auch an seinem Verhalten anlässlich des Gesprächstermins am 23.06.2006 mit den Vorständen der Klägerin Q und T2 sowie dem Generalbevollmächtigten I der Dr. B. Denn nachdem der Streithelfer zu 1) im Vorfeld erfahren hatte, dass die Klägerin nicht bereit war, die Kaufpreisfinanzierung für die D-Straße durchzuführen, nahm er zu dem Termin ein vorbereitetes Schreiben mit, in dem die Beklagte die streitgegenständlichen Erklärungen gegenüber der Klägerin zurückzog. Dieses Vorgehen macht nur Sinn, wenn der Streithelfer zu 1) die streitgegenständlichen Schreiben als rechtsverbindlich wertete.

Dem weiter von der Beklagten und dem Streithelfer zu 1) benannten Zeugen I war seiner Aussage vor dem Landgericht (vgl. Blatt 1459 f GA) zufolge ebenfalls klar, dass die Klägerin nach dem Wegfall der Ablösebestätigung der W eine neue Sicherheit benötigte. Er hat explizit im Rahmen seiner Vernehmung erklärt, dass der Klägerin „natürlich eine Grundsschuld oder ähnliches am liebsten gewesen wäre“. Sodann hat er ausgeführt, dass die Klägerin angefragt habe, „ob nicht eine ähnliche Form der Hilfestellung (der Beklagten) möglich sei, wie sie seinerzeit gegenüber der B erfolgt sei“. Die in dem Schreiben der Beklagten an die Dr. B vom 16.11.2006 liegende „Hilfestellung“ war aber kein unverbindliches Informationsschreiben, sondern die Erklärung, das Darlehen der Dr. B gegenüber der Klägerin abzulösen, wenn der Termin vom 31.01.2006 nicht eingehalten werden könne. So hat auch der Streithelfer zu 1) selbst die „Hilfestellung“ in seinem Schreiben an die Klägerin vom 28.03.2007 als Schuldbeitritt gewertet. Im weiteren Verlauf seiner Zeugenvernehmung hat der Generalbevollmächtigte der Dr. B I dann zwar ausgeführt, dass die streitgegenständlichen Schreiben nur als Bestätigung für die Wirtschaftsprüfer dienen sollten. An der Glaubhaftigkeit dieser Aussage bestehen jedoch erhebliche Zweifel, da er selbst in einem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 24.05.2006 offensichtlich vom Gegenteil ausging. In dem Schreiben (Blatt 1482 GA) heißt es nämlich: „... Vor diesem Hintergrund haben wir uns in den vergangenen Wochen dafür eingesetzt, dass Ihnen unabhängig von der W auch die X ... eine Ablösebestätigung für unser Engagement in Ihrem Haus per 30.09.06 zur Verfügung stellt“.

65

66

Die von der Klägerin gegenbeweislich benannten Zeugen I2 und N haben den Vortrag der Beklagten und des Streithelfers zu 1) ebenfalls nicht bestätigt. Zweifel an der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen bestehen entgegen der Auffassung der Beklagten und des Streithelfers zu 1) nicht allein deshalb, weil beide weiter bei der Klägerin beschäftigt sind und wegen eigener Versäumnisse bei der Kreditvergabe an die Dr. B ein erhebliches Eigeninteresse an dem Ausgang des Rechtsstreits haben sollen. Denn die übereinstimmenden Aussagen der Zeugen I2 und N, sie hätten dem Generalbevollmächtigten I der Dr. B zu verstehen gegeben, dass es ihnen gerade um eine neue Sicherheit –und nicht nur um unverbindliche Informationsschreiben- gehe, hat I in seinem Schreiben an die Klägerin vom 24.05.2006 explizit bestätigt.

1.2 67

Auch die von der Beklagten und dem Streithelfer zu 1) angeführten Indizien lassen keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass die streitgegenständlichen Erklärungen rechtlich unverbindliche Informationsschreiben darstellen sollten. 68

Wenn der Streithelfer zu 1) ausführt, die Klägerin habe erkennen müssen, dass sich die Beklagte nicht verpflichten wollte, weil das Schreiben der Beklagten vom 09.05.2006 von ihrem eigenen Formulierungsvorschlag in der E-Mail vom 08.05.2006 abwich und zudem auch andere Formulierungen enthielt als das an sie gerichtete Schreiben der Dr. B vom 09.05.2006, verkennt er, dass die von der Beklagten verwendete passivische Formulierung aus Empfängersicht ebenfalls ausreichte, eine eigene Verpflichtung der Beklagten zu begründen. Das Schreiben der Dr. B vom 09.05.2006 war für die Klägerin rechtlich ohne Belang, da die Dr. B als Darlehensnehmerin ohnehin zur Rückzahlung des Spotdarlehens verpflichtet war; ihrer Erklärung vom 09.05.2006 hätte es nicht bedurft. Für die Klägerin bestand deshalb kein Anlass beide Schreiben auf etwaige Abweichungen hin zu vergleichen. Für sie kam es allein auf die Erklärung der Beklagten an, die von ihrem Erklärungsgehalt her eindeutig ist. 69

Sofern die Beklagte meint, es sei kein Grund für die Stellung einer Sicherheit für das Spotdarlehen vorhanden gewesen, da die Y4 Hypothekenbank bei Abgabe der streitgegenständlichen Erklärungen bereits die endgültigen Finanzierungsmittel bereit gestellt habe, verkennt sie, dass diese von dem Generalbevollmächtigten I der Dr. B Anfang April bereits anderweitig verwendet worden waren, was I dem Streithelfer zu 1) nach dessen eigener Aussage vor dem Landgericht noch vor Unterzeichnung der Erklärung vom 07.04.2006 offenbart hatte. 70

Auch die von der Beklagten angeführte Aktennotiz des Wirtschaftsprüfers N3 (Blatt 1812 GA), wonach der Zeuge I ihm gegenüber am 05.10.2010 erklärt habe, die streitgegenständlichen Bestätigungen seien für interne Revisionszwecke der Klägerin bestimmt gewesen, lässt keine Rückschlüsse darauf zu, wie die Parteien die streitgegenständlichen Erklärungen verstanden haben, zumal das Gespräch zwischen dem Zeugen I und dem Wirtschaftsprüfer N3 erst Jahre nach Abgabe der Erklärungen geführt wurde. 71

Die E-Mail des Mitarbeiters der Klägerin N vom 06.06.2006 an die Zeugen I und Q (Blatt 1124 GA), die wohl die gegenüber dem Wirtschaftsprüfer anzugebenden Sicherheiten für das Spotdarlehen auflistet, lässt ebenfalls keinen verlässlichen Schluss darauf zu, dass die streitgegenständlichen Schreiben unverbindlich sein sollten, auch wenn sie als Sicherheiten nicht in der E-Mail genannt werden. 72

Rückschlüsse darauf, wie die Klägerin die streitgegenständlichen Schreiben verstanden hat, lassen sich auch nicht aus dem mit „Sachverhalt“ überschriebenen Schriftstück (Blatt 1761 GA; Ermittlungsakte StA Bochum Az. 35 Js 103/10, Blatt 856) ziehen, das im Rahmen der Durchsuchung in den Räumlichkeiten der Klägerin sichergestellt wurde. Denn es steht nicht fest, dass die Klägerin den „Sachverhalt“ verfasst hat. Die Klägerin hat schriftsätzlich unwidersprochen vorgetragen (Blatt 1771, 1821 GA), die Sachverhaltsdarstellung nebst nachfolgender strafrechtlicher Würdigung sei einem an sie gerichteten Schreiben der Dr. B beigefügt gewesen, stamme also nicht von ihr. Erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Prozessbevollmächtigte des Streithelfers zu 1) die Vermutung geäußert, das Schriftstück sei von dem Mitarbeiter der Klägerin N verfasst worden. Beweis hierfür haben jedoch weder die Beklagte noch der Streithelfer zu 1) angeboten, insbesondere lässt sich ein derartiger Beweisantritt nicht dem Schriftsatz des Streithelfers zu 1) vom 24.10.2011 (Blatt 1738 ff GA) entnehmen.

2. 74

Der Schuldbeitritt scheitert nicht an einem fehlenden Eigeninteresse der Beklagten. 75

Soweit die Beklagte meint, die Ausführungen des Landgerichts zum Eigeninteresse der Beklagten an dem Schuldbeitritt seien unzutreffend und unschlüssig, ist sie mit dieser Einwendung ausgeschlossen. Denn die streitgegenständlichen Schreiben lassen, wie das Vorbehaltsurteil bindend festgestellt hat, eindeutig den Willen zum Schuldbeitritt erkennen (vgl. Senatsbeschluss Blatt 623 f GA). Ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Beklagten an der Erfüllung der Verbindlichkeit der Dr. B war daher nicht erforderlich (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, vor § 414 Rn 4). 76

Im Übrigen lag ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Beklagten an der Finanzierungunterstützung der Dr. B allein deshalb vor, weil sich das avisierte Immobiliengeschäft D-Straße für die Beklagte ihrem eigenen Vortrag und insbesondere auch dem ihres Streithelfers zu 1) nach als überaus vorteilhaft darstellte (vgl. Blatt 1745 GA). Der Streithelfer zu 1) hat sowohl in seinem Schreiben vom 07.06.2006 an die Klägerin (Blatt 109 f GA) als auch in seinem undatierten Schreiben an den Staatsanwalt Brandt von Anfang 2011 (Ermittlungsakte StA Bochum, Az. 35 Js 103/10, Blatt 711 f) ausgeführt, dass es für die Wohnanlage D-Straße trotz wochenlanger Bemühungen einer deutschland- und europaweit agierenden Maklerfirma neben der Dr. B nur eine weitere Kaufinteressentin, die W2 AG gab. Letzere war jedoch lediglich an einem Kauf von insgesamt vier Objekten der Beklagten als Paket interessiert und wollte für die D-Straße einen um 200.000 € unter dem von der Dr. B angebotenen Preis von 7.000.000 € zahlen. Der von der Dr. B angebotene Kaufpreis von 7.000.000 € hätte jedoch ausgereicht, den bestehenden Verlustvortrag in der Bilanz der Beklagten auszugleichen. Die Beklagte wäre bei einem erfolgreich abgewickelten Verkauf zeitnah saniert gewesen und hätte keine weiteren Objekte veräußern müssen, insbesondere nicht zu den von der W2 AG angebotenen niedrigen Marktpreisen. Dies hätte den Schilderungen des Streithelfers zu 1) zufolge zudem die Arbeitsplätze bei der Beklagten gesichert, da die Dr. B die Mietverwaltung sowohl der C-Straße als auch der D-Straße bei der Beklagten belassen hätte. Vor diesem Hintergrund stellte sich ein Verkauf der D-Straße an die Dr. B als erstrebenswert für die Beklagte dar, so dass ihre Finanzierungsunterstützung nicht als uneigennützig angesehen werden kann. 77

3. 78

Die Beklagte ist der Schuld der Dr. B unbedingt beigetreten. 79

80

3.1

Soweit die Beklagte und der Streithelfer zu 1) meinen, aus den Schreiben vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 gehe hervor, dass der Schuldbeitritt unter der Bedingung der Abwicklung des Kaufvertrages D-Straße gestanden habe, wobei die Abwicklung auch die Durchführung des dinglichen Geschäfts beinhalte, ist diese Einwendung abschließend im Vorbehaltsurteil entschieden worden. Auf das Vorbehaltsurteil des Landgerichts Essen vom 06.09.2007 (Blatt 232 ff GA), den Hinweis des Senatsvorsitzenden (Blatt 403 f GA) sowie den Senatsbeschluss vom 04.09.2009 (Blatt 627 f GA) wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Dabei ist nochmals hervorzuheben, dass die Rückführung schon für den Fall des notariellen Ankaufs der Wohnanlage D-Straße bis zum 30.09.2006 zugesagt wurde. Soweit ergänzend mitgeteilt wurde, dass dies im Rahmen der Abwicklung des Geschäfts erfolgen sollte, war die Abwicklung aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers dabei nicht mehr Bedingung für die Ablösung, sondern lediglich die von der Beklagten hierzu geplante Vorgehensweise.

3.2 82

Wenn die Beklagte und der Streithelfer zu 1) weiter behaupten, die Parteien seien gegen den bindend festgestellten Inhalt der Urkunden übereinstimmend davon ausgegangen, dass eine Verpflichtung der Beklagten nur unter der Bedingung der grundbuchlichen Vollziehung und Zahlung des Kaufpreises bestehen sollte, so haben sie ihren diesbezüglichen Vortrag nicht zu beweisen vermocht.

Zwar hat der Streithelfer zu 1) im Rahmen seiner Zeugenaussage bekundet, er habe die streitgegenständlichen Schreiben so aufgefasst, dass die Rückführung der Finanzierung unter die Bedingung des Ankaufs gestellt worden sei. Dass die streitgegenständlichen Schreiben keinen entsprechenden Erklärungsinhalt hatten, ist aber bereits bindend durch das Vorbehaltsurteil festgestellt worden. Ausführungen über entsprechende mündliche Abreden hat der Streithelfer zu 1) nicht gemacht (Blatt 1453 GA). Auch der Zeuge I hat lediglich bekundet, seinem Verständnis nach habe die Finanzierung ausweislich des zweiten Absatzes des Schreibens vom 09.05.2006 im Rahmen der kaufvertraglichen Abwicklung zurückgeführt werden sollen (Blatt 1461 GA). Die von der Klägerin gegenbeweislich benannten Zeugen haben zudem übereinstimmend bekundet, dass der Schuldbeitritt aus ihrer Sicht nicht unter der Bedingung der Durchführung des Kaufvertrages stand. Der Zeuge N hat explizit ausgeführt (Blatt 1475 GA), der Generalbevollmächtigte der Dr. B I habe ihm lediglich mitgeteilt, dass die Ablösebescheinigung der Beklagten von dem Zustandekommen des Kaufvertrages D-Straße abhänge, der dann ja auch geschlossen worden sei.

3.3 85

Wenn die Beklagte und der Streithelfer zu 1) nunmehr weiter einwenden, die streitgegenständlichen Erklärungen hätten unter der Bedingung des rechtswirksamen Zustandekommens des Kaufvertrages D-Straße gestanden, diese Bedingung sei jedoch aufgrund des späteren Rücktritts der Beklagten vom Kaufvertrag nicht eingetreten, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden, da ein Rücktritt per definitionem die Rückgängigmachung eines wirksam zustande gekommenen Vertrages durch einseitige Erklärung einer Partei aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen oder vertraglichen Befugnis darstellt (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, vor § 346 Rn 5).

Außerdem ist auf die Rücktrittsklausel aus Ziffer 13 d des notariellen Vertrages weder in dem Schreiben vom 07.04.2006 noch in dem vom 09.05.2006 vom Streithelfer zu 1) hingewiesen

worden und auch nicht in dem Schreiben vom 07.06.2006.

4. 88
- Soweit der Streithelfer zu 1) meint, ein Schuldbeitritt komme nicht in Betracht, da die Beklagte nach Nr. 7 des notariellen Kaufvertrages über die Wohnanlage C-Straße vom 05.10.2005 nicht verpflichtet gewesen sei, für Darlehen die persönliche Schuldhaft zu übernehmen, ist dieser Einwand nicht nachvollziehbar. Denn auch wenn keine Verpflichtung der Beklagten gegenüber der Dr. B bestand, stand es ihr gleichwohl frei, der Finanzierung ihrer Vertragspartnerin beizutreten. 89
5. 90
- Der Streithelfer zu 1) hat seine Erklärungen vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 nicht wirksam mit Schreiben vom 23.09.2010 gegenüber der Klägerin angefochten. 91
- Es ist bereits zweifelhaft, dass der Generalbevollmächtigte I der Dr. B den Streithelfer zu 1) bei der Unterschrift der streitgegenständlichen Schreiben arglistig über deren Sinn und Zweck getäuscht hat. Denn der Streithelfer zu 1) hat in seinem Schreiben vom 28.03.2007 an die Klägerin selbst ausgeführt, der Generalbevollmächtigte I habe ihm bei Vorlage des ersten vorformulierten Schreibens am 07.04.2006 erklärt, dass ihn die Vorstandsmitglieder der Klägerin Q und T2 um eine zusätzliche Sicherheit für das Spotdarlehen gebeten hätten. Vor diesem Hintergrund ist eine Täuschung des Streithelfers zu 1) über die Intention sowohl des Schreibens vom 07.04.2006 als auch des nachfolgenden Schreibens vom 09.05.2006 kaum ersichtlich, zumal es sich bei dem Streithelfer zu 1) um einen Volljuristen und langjährigen Geschäftsführer einer GmbH handelt. 92
- Selbst wenn der Generalbevollmächtigte I der Dr. B den Streithelfer zu 1) arglistig getäuscht haben sollte, was nach der eigenen Einlassung des Streithelfers zu 1) nicht ersichtlich ist, berechtigt ihn eine –unterstellte– Täuschung des Generalbevollmächtigten I nicht zur Anfechtung der Erklärungen gegenüber der Klägerin. Denn der Generalbevollmächtigte I war im Verhältnis zur Klägerin Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB und es ist weder vorgetragen noch sonst erkennbar, dass die Klägerin die Täuschung kannte oder kennen musste. 93
- Für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist ein am Zustandekommen eines Vertrages Beteiligter dann nicht Dritter, wenn sein Verhalten dem des Anfechtungsgegners gleichzusetzen ist. Dies gilt insbesondere für den vom Erklärungsempfänger beauftragten Verhandlungsführer oder –gehilfen sowie für den Beteiligten, der wegen seiner engen Beziehungen zum Erklärungsempfänger als dessen Vertrauensperson erscheint (BGH vom 08.12.1989, V ZR 259/87). Eine derartige Stellung hatte der Generalbevollmächtigte I der Dr. B im Verhältnis zur Klägerin nicht. Dass die Klägerin die Schuldbeitrittserklärung zunächst entworfen und damit den Anstoß für die Verhandlungen mit der Beklagten als Sicherungsgeberin gegeben hat, macht den Generalbevollmächtigten I der Schuldnerin noch nicht zur Vertrauensperson der Klägerin (BGH vom 09.04.1992; IX ZR 145/91; Palandt/Heinrichs, BGB, 71. Aufl. § 123 Rn 14). Denn ein Schuldner, der auf Veranlassung des Gläubigers über die Übernahme einer Sicherheit verhandelt, ist nicht schon deshalb Verhandlungsbeauftragter des Gläubigers, weil dieser ihn zu den Verhandlungen veranlasst und ein dem Interesse des Schuldners gleichgerichtetes Interesse an der Stellung einer Sicherheit hat (BGH a.a.O.). 94

Es sind auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorgetragen oder ersichtlich, dass die Klägerin von der behaupteten Täuschung des Generalbevollmächtigten I wusste oder besondere Umstände sie veranlassen mussten, sich zu erkundigen, ob die ihr übermittelte Willenserklärung auf einer Täuschung beruhte (vgl. BGH II ZR 16/89). Direkte Kontakte zwischen der Klägerin und der Beklagten gab es anlässlich der streitgegenständlichen Erklärungen unstreitig nicht. Sämtliche Verhandlungen liefen über den Generalbevollmächtigten der Dr. B I. Dieser hatte der Klägerin das Schreiben der Beklagten an die Dr. B vom 16.11.2005 vorgelegt, worin die Beklagte der Dr. B im Innenverhältnis Mithilfe bei der Rückführung des bei der Klägerin aufgenommenen Spotdarlehens zugesagt hatte, sollte sich die Abwicklung des Verkaufs der C-Straße verzögern. Dieses Schreiben ließ aus Sicht der Klägerin nur den Schluss zu, dass die Beklagte grundsätzlich bereit war, ihrem Vertragspartner bei der Rückführung der Finanzierung beizustehen, so dass vor diesem Hintergrund aus Sicht der Klägerin keine Anhaltspunkte für Misstrauen an der Redlichkeit des Generalbevollmächtigten I bei der „Beschaffung“ der Sicherheit ersichtlich waren.

6. 96

Der rechtsgeschäftliche Schuldbeitritt der Beklagten war nicht formbedürftig. 97

Soweit der Streitverkündete zu 1) meint, die streitgegenständlichen Erklärungen hätten aufgrund ihres unentgeltlichen Charakters der notariellen Beurkundung gem. § 518 Abs. 1 S. 2 BGB bedurft, ist dieser Einwand bereits durch das Vorbehaltsurteil (vgl. Senatsbeschluss vom 06.09.2006, Blatt 626 f GA) bindend zurückgewiesen worden, so dass sich ein weiteres Eingehen hierauf erübrigt. 98

Eine notarielle Beurkundung war auch nicht gem. § 311 b BGB geboten, wie die Beklagte und der Streithelfer zu 1) nunmehr vortragen. Eine notarielle Beurkundung eines an sich formlos gültigen Rechtsgeschäfts erfordernder Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag liegt vor, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen (BGH vom 22.07.2010, VII ZR 246/08; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 b Rn 32 m.w.N.). Voraussetzung ist entweder eine wechselseitige Abhängigkeit oder die Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts von dem weiteren Geschäft. Die einseitige Abhängigkeit des weiteren Geschäfts vom Grundstücksvertrag genügt hingegen nicht, eine rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots zu begründen. In diesem Fall liegen aus der Sicht des für das Beurkundungserfordernis maßgebenden Grundstücksvertrages jeweils eigenständige Regelungen vor. Ein hinreichender Grund, die weitere Vereinbarung zum Gegenstand der notariellen Aufklärung, der Beratung und des Urkundsbeweises zu machen, besteht deshalb nicht (BGH vom 26.11.1999, V ZR 251/98; BGH vom 13.06.2002, VII ZR 321/00; BGH vom 22.07.2010, VII ZR 246/08). 99

Schuldbeitritt und Grundstückskaufvertrag waren nicht Gegenstand eines einheitlichen Vertrages, so dass bereits die Urkundentrennung die Vermutung begründet, dass beide Vereinbarungen nicht im rechtlichen Zusammenhang stehen, sondern selbständig sind (BGH vom 06.12.1979, VII ZR 313/78; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 311 b Rn 32). Auch die den Vereinbarungen zugrunde liegenden Beweggründe der Parteien und der Dr. B sprechen eindeutig gegen eine rechtliche Einheit. Denn der Schuldbeitritt sollte zwar jedenfalls dem Vorbringen der Beklagten nach von dem Zustandekommen des Grundstücksvertrages D-Straße abhängen, eine wechselseitige Abhängigkeit zwischen den Verträgen bestand jedoch nicht. Aus Sicht der Beklagten war der –ohnehin bestrittene– Schuldbeitritt nur Mittel zum Zweck des avisierten Grundstücksvertrages. Denn ihr damaliger Geschäftsführer, der Streithelfer zu 1), wollte mit der Unterschrift unter die 100

streitgegenständlichen Schreiben lediglich die Finanzierungschancen seiner Vertragspartnerin erhöhen, während im Focus seines Handelns allein das Grundstücksgeschäft stand. Auch für die Dr. B war das Grundstücksgeschäft nicht von dem Schuldbeitritt abhängig. Zwar war der Schuldbeitritt für die Finanzierungsgespräche mit der Klägerin förderlich, notwendig für den Kaufvertrag war der Schuldbeitritt jedoch auch aus Sicht der Dr. B nicht. Denn die Dr. B hatte an dem Kauf der D-Straße allein deshalb ein Interesse, da sie nur bei Durchführung dieses Geschäfts hoffen konnte, über eine entsprechende Beleihung der Wohnanlage D-Straße auch das Darlehen C-Straße zurückzahlen zu können. Ein Abschluss des Kaufvertrages hing aus ihrer Sicht auch nicht deshalb von einem Schuldbeitritt der Beklagten ab, weil hiervon zwingend die Kaufpreisfinanzierung für die D-Straße abhing. Dies zeigt sich zum einen bereits daran, dass sich die Dr. B gem. Ziffer 13 d) des notariellen Kaufvertrages vom 17.05.2006 trotz des Schuldbeitritts ein Rücktrittsrecht vorbehalten hatte, sollte es ihr nicht gelingen, eine Kaufpreisfinanzierung zu erhalten und letztlich auch daran, dass eine Finanzierung trotz des Schuldbeitritts gescheitert ist.

7. 101

Eine Verpflichtung der Beklagten scheitert nicht an einem möglichen Mißbrauch der Vertretungsmacht des Streithelfers zu 1). Denn es war für die Klägerin weder erkennbar, dass der Streithelfer zu 1) bei dem Schuldbeitritt die Grenzen seiner internen Vertretungsbefugnis überschreitet, noch musste sich der Klägerin aufdrängen, dass der Streithelfer zu 1) die streitgegenständlichen Erklärungen ohne Aufsichtsratsgenehmigung unterzeichnete, falls es dieser bedurfte. 102

Der Geschäftsführer einer GmbH ist nach außen grundsätzlich ohne Einschränkung vertretungsbefugt (§ 37 Abs. 2 GmbHG). Das Risiko eines Vollmachtsmissbrauchs hat regelmäßig der Vertretene zu tragen. Denn dem Geschäftsgegner obliegt im Allgemeinen keine besondere Prüfungspflicht, ob und in welchem Umfang der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von seiner nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur in begrenztem Umfang Gebrauch zu machen. Der Vertretene ist nur gegen einen erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragsgegner geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragsgegner begründete Zweifel entstehen müssen, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliegt (BGH vom 10.04.2006, II ZR 337/06). Nicht erforderlich ist ein kollusives Zusammenwirken des Geschäftsgegners mit dem Geschäftsführer der vertretenen Gesellschaft zum Nachteil der Vertretenen; es kommt auch nicht darauf an, dass der Geschäftsführer vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt. Die objektive Überschreitung der internen Bindungen genügt (vgl. Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 10. Aufl. 2007, § 35 Rn 134 f; Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 17. Aufl. 2009, § 35 Rn 23). Auf Seiten des Geschäftspartners ist die positive Kenntnis vom Überschreiten der internen Befugnisse des Vertreters nicht erforderlich; bloße Fahrlässigkeit hingegen nicht ausreichend. Notwendig ist vielmehr, dass der Missbrauch der Vertretungsmacht für den Vertragspartner erkennbar ist und sich insoweit so massive Verdachtsmomente aufdrängen, dass der Missbrauch auf der Hand liegt und sich nach den Gesamtumständen die Notwendigkeit einer Rückfrage geradezu aufdrängt (BGH NJW 1999, 2833). 103

7.1 104

Es ist schon zweifelhaft, ob der Streithelfer zu 1) intern überhaupt der Genehmigung des Aufsichtsrats für den Schuldbeitritt bedurfte. Die Beklagte und der Streithelfer zu 1) behaupten dies zwar, haben aber weder die entsprechenden satzungsmäßigen 105

Bestimmungen noch den Geschäftsführervertrag des Streitverkündeten zu 1), aus dem sich Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates ergeben könnten, vorgelegt. Aus den im Handelsregister einsehbaren Statuten der Beklagten, insbesondere dem Gesellschaftsvertrag, ergibt sich eine entsprechende interne Vertretungsbeschränkung des Streithelfers zu 1) nicht. Ausweislich des Handelsregistorauszugs zu HRB 4382 AG Gelsenkirchen war der Streithelfer zu 1) im Jahre 2006 einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagten. Aus Spalte 6 des Handelsregistorauszuges ging zwar hervor, dass die Beklagte einen Aufsichtsrat eingerichtet hatte. Einer Beschlussfassung des Aufsichtsrates vorbehalten war jedoch nach § 11 des Gesellschaftsvertrages in der maßgeblichen Fassung vom 29.04.2005 weder die Stellung von Sicherheiten noch die Aufnahme von Darlehen. Nicht einmal einzelne Immobiliengeschäfte bedurften evident der Genehmigung des Aufsichtsrates, da diesem lediglich die Beschlussfassung über die Grundsätze für den Erwerb und die Veräußerung von bebauten und unbebauten Grundstücken oblag, also nur die Rahmenkompetenz zugewiesen war. Eine Auffangklausel, wonach wichtige Geschäfte der Beschlussfassung des Aufsichtsrats vorbehalten waren, war nicht vorhanden.

Der Schuldbeitritt verstößt auch nicht evident gegen den Gesellschaftszweck der Beklagten, der sicheren und sozialen Wohnungsversorgung nach § 2 (1) des Gesellschaftsvertrages, wozu nach § 2 (2) alle im Bereich der Wohnungswirtschaft anfallenden Aufgaben, wie der Verkauf von Grundstücken gehörte. Denn die Finanzierungsunterstützung eines Vertragspartners in laufenden Grundstücksgeschäften ist nicht von vornherein als so ungewöhnlich zu werten, dass die Klägerin Verdacht schöpfen musste. 106

7.2 107

Dass die streitgegenständlichen Erklärungen offensichtlich einer Aufsichtsratsgenehmigung bedurften, ergibt sich auch weder aus den an die Klägerin gerichteten Schreiben der Dr. B vom 31.03.2006 (Blatt 1764 GA) und der Beklagten vom 28.04.2006 (Blatt 918 GA) noch deswegen, weil die Klägerin als die die Geschäftsverbindung der Beklagten und der Dr. B begleitende Bank Kenntnis aller maßgeblichen Entwicklungen hatte. 108

Die Dr. B setzte die Klägerin mit Schreiben vom 31.03.2006 zwar darüber in Kenntnis, dass der Aufsichtsrat der Beklagten „nur ein direktes Darlehensverhältnis zur KHB eingehen“ wolle und deshalb das von der V entwickelte Sanierungskonzept verworfen hatte. Aus dieser Information ließ sich jedoch aus Sicht der Klägerin nicht folgern, dass jede Darlehensaufnahme der Beklagten bzw. jeder Beitritt zu einem fremden Darlehnsvertrag der Genehmigung des Aufsichtsrates bedurft hätte. Die verweigte Aufsichtsratsgenehmigung betraf nämlich die Finanzierung des beabsichtigten Sale-and-lease-back Konzeptes, das die Veräußerung des gesamten Immobilienvermögens der Beklagten an die Dr. B beinhaltete. Dass sowohl der beabsichtigte Verkauf des gesamten Immobilienbestandes als auch alle mit dieser Veräußerung in Zusammenhang stehenden Vereinbarungen der Genehmigung des Aufsichtsrates bedurften, war offensichtlich, da diese Maßnahmen das Geschäftsmodell der Beklagten grundlegend verändert hätten. Bei der Unterzeichnung der streitgegenständlichen Schreiben im April und Mai 2006 war das von der V geplante Sanierungskonzept jedoch endgültig gescheitert. Für die Beklagte ging es nach dem vollständig abgewickelten Verkauf der C-Straße nur noch um den beabsichtigten Verkauf einer weiteren Wohnanlage aus der vorhandenen Vielzahl an Immobilien, so dass das Geschäftsmodell der Beklagten nicht mehr im Kern betroffen war. 109

Aus den an die Klägerin gerichteten Schreiben der Dr. B vom 31.03.2006 und der Beklagten vom 28.04.2006 konnte die Klägerin zwar entnehmen, dass der Streithelfer zu 1) über die aus 110

dem Handelsregister ersichtlichen Beschränkungen hinaus wohl auch beim Verkauf von Grundstücken der Zustimmung des Aufsichtsrates bedurfte. So heißt es in dem Schreiben der Dr. B vom 31.03.2006: „Herr Dr. L3 wird die für diesen Verkauf erforderliche Zustimmungserklärung des Aufsichtsrates der X in dessen Sitzung am 27.04.2006 schriftlich einholen“ und in dem Schreiben der Beklagten vom 28.04.2006: „...Einigkeit über den Erwerb der Wohnanlage D-Straße erzielen konnten. Die Beurkundung kann erst erfolgen, wenn der Aufsichtsrat förmlich zugestimmt hat...“. Rückschlüsse auf mögliche Zustimmungsvorbehalte bei der Übernahme von Sicherheiten lassen sich hieraus jedoch nicht ziehen. Denn die streitgegenständlichen Erklärungen standen nicht in einem derart engen rechtlichen Zusammenhang mit einem der beiden (wohl) genehmigungspflichtigen Grundstücksgeschäfte, dass eine einheitliche Betrachtung sich gerade zu aufdrängte und eine Aufspaltung in die juristischen Teilkomplexe Verkauf und Schuldbeitritt offensichtlich, auch für die Klägerin evident erkennbar, rechtsmissbräuchlich gewesen wäre.

Die Beklagte trat zwar der Verpflichtung der Dr. B aus der Finanzierung für das Grundstücksgeschäft C-Straße bei. Bei Übernahme der Sicherheit war jedoch das Grundstücksgeschäft selbst bereits vollzogen, der Kaufpreis war gezahlt und die Eigentumsumschreibung erfolgt. Eine rechtliche Einheit dergestalt, dass aus Sicht der Beklagten quasi von vornherein gegenläufig zum Kaufpreis eine Eventualverbindlichkeit zu berücksichtigen gewesen wäre, war damit nicht gegeben. Mit dem Grundstücksgeschäft D-Straße ist eine rechtliche Einheit ebenfalls nicht ersichtlich, da der Schuldbeitritt zwar die Finanzierungsbemühungen der Käuferin unterstützen sollte, aber nicht mit dem Kaufvertrag „stehen und fallen“ sollte (vgl. oben unter 6.). 111

Auch wegen der Höhe der übernommenen Verbindlichkeit musste sich der Klägerin eine Genehmigungspflicht des Aufsichtsrates nicht aufdrängen. Der Klägerin war aus der Finanzierungsvermittlung für die Dr. B bekannt, dass die Beklagte und die Dr. B von einem Gesamtwert des Immobilienbestandes der Beklagten von rund 90.000.000 € ausgegangen waren. Die Stellung einer Sicherheit in Höhe von knapp 6 % dieses Wertes war daher nicht geeignet, bei der Klägerin allein wegen des Umfangs eindeutige Verdachtsmomente im Hinblick auf einen Missbrauch der Vertretungsmacht zu begründen. 112

7.3 113

Selbst wenn gleichwohl davon auszugehen wäre, dass die Klägerin wissen musste, dass der Streithelfer zu 1) Dritten nicht ohne Genehmigung des Aufsichtsrates Finanzierungunterstützung gewähren durfte, wäre es der Klägerin nicht verwehrt, sich auf die Wirksamkeit des Vertretungsaktes zu berufen. Denn es war für die Klägerin nicht evident ersichtlich, dass der Streithelfer zu 1) die streitgegenständlichen Erklärungen ohne Genehmigung des Aufsichtsrates unterzeichnete. 114

Die Klägerin durfte angesichts der Schreiben der Dr. B vom 31.03.2006 und der Beklagten vom 28.04.2006 davon ausgehen, dass sich der Streithelfer zu 1) im Frühjahr 2006 im Dialog mit dem Aufsichtsrat über den bei der notwendigen Ent- und Umschuldung einzuschlagenden Weg befand, zumal der Streithelfer zu 1) ihr auf Drängen der sie prüfenden Wirtschaftsprüfer das Vorhandensein der notwendigen Aufsichtsratsbeschlüsse in seinem Schreiben vom 07.06.2007 explizit bestätigt hatte. Dass der Streithelfer zu 1) den Aufsichtsrat gerade über den Schuldbeitritt nicht in Kenntnis setzte, lag damit für die Klägerin nicht auf der Hand. Dies gilt umso mehr, als sich die Beklagte schon vor Abgabe der streitgegenständlichen Erklärungen gegenüber der Dr. B zur Hilfe bei der Rückführung des Spotdarlehens bereit erklärt hatte. Die Klägerin kannte das Schreiben der Beklagten an die Dr. H2 vom 16.11.2005 (Blatt 105 GA), in dem heißt: „...für diesen Fall treten wir ihrer Finanzierung bei der Y3 Bank 115

bei...“. Angesichts dieser Zusage, von dem Streithelfer zu 1) selbst in einem Schreiben an die Klägerin vom 28.03.2007 als „Schuldbeitritt“ bezeichnet, durfte die Klägerin darauf vertrauen, dass der Streithelfer zu 1) entsprechende Erklärungen auch ihr gegenüber abgeben durfte, zumal die Beklagte nicht nur einmal schriftlich erklärte, dass sie der Rückführung des Spotdarlehens beitrete, sondern dies in beiden Schreiben vom 07.04.2006 und vom 09.05.2006 eindeutig zum Ausdruck brachte. Es kann deshalb im Ergebnis dahinstehen, ob, wie der Streithelfer zu 1) behauptet (Blatt 1629 GA), der Generalbevollmächtigte I der Dr. B die Klägerin darüber informierte, dass der Streithelfer zu 1) für alle wichtigen Entscheidungen der Zustimmung des Aufsichtsrates bedurfte. Denn selbst wenn dies so gewesen sein sollte, ergaben sich für die Klägerin keine Hinweise auf einen Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Streithelfer zu 1).

8. 116

Der Anspruch der Klägerin ist durchsetzbar. Denn die Beklagte und der Streithelfer zu 1) haben, wie das Landgericht ausführlich und überzeugend festgestellt hat, nicht bewiesen, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten auf eine Geltendmachung ihrer Rechte aus dem Schuldbeitritt verzichtet hat. 117

Zwar hat der Streithelfer zu 1), als Zeuge vernommen, bekundet (Blatt 1455 GA), der Vorstand der Klägerin Q habe anlässlich des Gesprächstermins vom 23.06.2006 seine Hand genommen und gesagt: „Beruhigen Sie sich, wir werden nichts gegen die X unternehmen“, worauf hin er den Generalbevollmächtigten der Dr. B I angestoßen habe und ihn gefragt habe, ob er das gehört habe, was dieser bestätigt habe. Der Zeuge I hat demgegenüber lediglich bekundet (Blatt 1462 GA), der Vorstand Q habe dem Streithelfer zu 1) gesagt, „er solle sich keine Sorgen machen, die Y3-Bank habe nicht vor, gegen die X vorzugehen, weil die Schreiben in erster Linie dazu dienen würden, die Wirtschaftsprüfer zu beruhigen“. Während die Erklärung des Vorstandes der Klägerin Q der Aussage des Streithelfers zu 1) zufolge durchaus als Verzicht auf eine Geltendmachung der Rechte aus dem Schuldbeitritt verstanden werden kann, ist dies bereits nach der Aussage des Zeugen I zweifelhaft. Denn es ist ein grundlegender Unterschied, ob ein Gläubiger erklärt, (zur Zeit) nicht vorzugehen, gegen seinen Schuldner vorzugehen oder ob er auf eine Durchsetzung seiner Rechte dauerhaft verzichtet. Da der gegenbeweislich benannte Zeuge T2 sich an die behauptete Erklärung des Vorstandes Q nicht erinnern konnte und auch der Vorstand Q im Rahmen seiner persönlichen Anhörung lediglich ausgeführt hat, es könne sein, dass er den Streithelfer zu 1) zu beruhigen versucht habe, hat das Landgericht zu Recht festgestellt, dass die Beklagte den behaupteten Verzicht der Klägerin auf die Geltendmachung ihrer Rechte nicht bewiesen hat. Neben den weiteren überzeugenden Erwägungen des Landgerichts (Blatt 1520 ff GA) spricht hierfür auch, dass sich die Klägerin nur 9 Tage vor dem Besprechungstermin eventuelle Forderungen der Dr. B gegen die Beklagte aus deren Schreiben vom 16.11.2005 abtreten ließ (Blatt 217 GA). Die von dem Beklagten und dem Streithelfer zu 1) behauptete Erklärung des zuständigen Vorstandes Q macht vor diesem Hintergrund keinen Sinn. Auch die E-Mail des Generalbevollmächtigten der Dr. B I vom 23.06.2006, 3.11 Uhr morgens an die Vorstände Q und T2 (Blatt 1814 GA), in der er bat, dem Streithelfer zu 1) „psychologische Sicherheit zu geben, dass man von Seiten der Y3-Bank definitiv nicht bei der X aufschlagen will“, gibt keine Veranlassung zu einer anderen Würdigung. Denn es ist durchaus nachvollziehbar, dass der Generalbevollmächtigte I der Dr. B die Klägerin vor dem Gespräch bat, den Streithelfer zu 1) zu beruhigen. Der Generalbevollmächtigte I beabsichtigte weiter, über den Erwerb der D-Straße seine Darlehensverpflichtungen gegenüber der Klägerin zu erfüllen. Ihm kam es deshalb darauf an, Zeit zu gewinnen, um eine Kaufpreisfinanzierung zu realisieren. 118

9.	119
Der zuerkannte Zinsanspruch in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2006 beruht auf §§ 286, 288 Abs. 2 BGB.	120
Die weiteren Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 101, 708 Nr. 10, 711, 709 ZPO.	121
Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	122
