Oberlandesgericht Köln, 12 U 258/99

Datum:	20.12.2001
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	12. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	12 U 258/99
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2001:1220.12U258.99.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 17 O 400/98

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29.10.1999 verkündete Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Köln (AZ.: 17 O 400/98) wird z u r ü c k g e w i e s e n. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die Kläge-rin gegen Sicherheitsleistung von 22.500.000,--DM abzuwenden, wenn nicht zuvor die Klägerin in gleicher Höhe Sicherheit leistet. Die Sicherheitsleistung kann auch durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse beigebracht werden.

T a t b e s t a n d

1

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Rückzahlung zweier in 1997 aufgenommener Darlehen in Anspruch, die der Finanzierung einer Beteiligung der Beklagten an einem geschlossenen Immobilienfonds dienen sollten. 2

Beteiligungsobjekt des Fonds ist die Klinik W. in R./T.; die Beteiligungsgesellschaft firmiert unter A. Beteiligungsverwaltung GmbH ##blob##amp; Co. C. Immobilienfonds X KG (im Folgenden: Fonds X), die die Verwaltung des Vermögens der Gesellschaft, insbesondere den Erwerb, die Vermietung und Verpachtung sowie die Verwaltung des Objektes Klinik W., einer Fachklinik für Rheumatologie und Onkologie, übernommen hat. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die A. Beteiligungsverwaltung GmbH in M., geschäftsführende Kommanditisten zwei Prokuristen der Klägerin, und zwar Herr H. und Herr V.. Treuhandkommanditist ist der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dr. G.M.. 3

Initiatorin des Fonds und Herausgeberin des Prospekts war die C. CAPITAL Vermögensanlagen GmbH (im Folgenden: C.), die zum Konzern der Klägerin gehört. Der Fonds sollte nach Vollplazierung, spätestens am 31.12.1996, geschlossen werden. Die C. verpflichtete sich gegenüber dem Fonds X zur Übernahme aller bis zum 31.12.1996 nicht gezeichneter Anteile (Plazierungsgarantie). 4

Die Beklagten zu 2. und 3. sind Anteilseigner und Geschäftsführer von Gesellschaften der M.-Unternehmensgruppe (K 12 Bl. 228 GA), der Beklagte zu 1. war Geschäftsführer der M. Leasing GmbH und der M.-M. Sportmanagement Consulting GmbH. Die M. H. AG (im Folgenden: M.) war u.a. im Bereich des Anlagegeschäftes tätig. Eines der von den Beklagten beherrschten Unternehmen ist die M. Immobilien Management Consulting GmbH (im Folgenden: M.), die seit 1995/1996 auch mit dem Vertrieb von Anteilen an dem Fonds X befasst war. Am 02.12.1996 schlossen die Beklagten sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung DHS-GbR zusammen, deren Unternehmensgegenstand die Beteiligung an anderen Gesellschaften sein sollte (K 13 Bl. 229 GA). Nach Verhandlungen mit dem Geschäftsführer der C. S., unterschrieben sie am 19.12.1996 in K. eine auf "D., Dr. H. und S. GbR" lautende Beitrittsvereinbarung (K 10 Bl. 186 GA), in der sie ein "verbindliches Angebot über den Erwerb einer Beteiligung" am Fonds X in Höhe von insgesamt 21 Mio. DM (20 Mio. DM zuzüglich 5% Agio) abgaben. 5

Zur Schließung des Fonds X gewährte die Klägerin der C. ein bis zum 30.06.1997 befristetes Darlehen, das auf das Konto Nr. des Fonds X bei der D.-Bank M. zu zahlen war (K 15 Bl. 236 GA). Am 27.12.1996 überwies die Klägerin auf das Konto des Fonds X bei der D. Bank M. einen Betrag von 37.000.000,--DM (K 16 Bl. 237 GA), der neben dem Darlehen auch die Übernahme eigener Anteile für die Klägerin in Höhe von 10 Mio. DM zuzüglich 5% Agio beinhalten sollte, wobei nach dem Vortrag der Beklagen in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 10.12.2001 die Zweckbestimmung erst nachträglich erfolgt sein soll. 6

Die Beklagten bemühten sich in der Folgezeit um die Finanzierung der Beteiligung zunächst bei der SZ-Bank. Am 17.01.1997 kam es zu einem Gespräch zwischen Vertretern der Klägerin, der C. und den Beklagten, in dem die Bedingungen für eine Finanzierung über die Klägerin erörtert wurden. Schließlich unterzeichneten die Beklagten am 26.05.1997 zwei Darlehensverträge mit der Klägerin über 6.879.000,--DM und 10 Mio. DM (K 1,2 Bl. 8,18 GA). Anstelle von Tilgungsleistungen war der Abschluß von Rentenversicherungen bei der Klägerin über 80 Mio. DM durch die D. GbR (zu Gunsten von neun Mitarbeitern der Klägerin) vereinbart. Als Sicherheit für das Darlehen über 6.879.000,--DM sollte die Abtretung einer noch zu bestellenden Hypothek von HFL 40 Mio. an einer Immobilien der M. in R. dienen. Hinsichtlich des Darlehens über 10 Mio. DM wurde als Sicherheit die Verpfändung der Kommanditanteile an dem Fonds X in Höhe von nominal 20 Mio. DM vorgesehen. Die Verpfändung der Fonds-Anteile geschah am 22./25.07.1997 (K 30 Bl. 412ff GA); unter dem 29.07.1997 (K 8,9 Bl. 152ff GA) erfolgte vor der Vertreterin des Notars Dr. D. in A. die Bestellung und Verpfändung einer Hypothek der M. zu Lasten einer mit ihr verflochtenen Publikums-KG (der M.-M. Immobiliengesellschaft Consulting GmbH ##blob##amp; Co. KG H.-Rendite-Fonds R.). Am 06.08.1997 wurden noch zwei Nachträge zu den Darlehen (K 6,7 Bl. 30, 32 GA) unterzeichnet, in denen der Gesamtbetrag der zu entrichtenden Teilzahlungen und die monatlich zu zahlenden Zins- und Rentenversicherungsbeträge aufgeführt waren. 7

Die C. teilte den Beklagten mit Schreiben vom 19.08.1997 (K 24 Bl. 248 GA) mit, dass die Klägerin ihr treuhänderisch einen Betrag von 16.879.000,--DM zur Verfügung gestellt habe und berechnete unter Berücksichtigung einer Eigenprovision für die Beklagten von 5.000.000,--DM noch ein Guthaben zu ihren Gunsten von 212.833,33 DM, für das ein 8

Verrechnungsscheck beigefügt wurde, der in der Folge indes nicht eingelöst wurde. Außerdem wurde mitgeteilt, dass die Auszahlung der Lebensversicherungsprovisionen von 2.880.000,--DM an die M. bei der Klägerin veranlaßt worden sei. Unter dem 19.12.1997 (K 22 Bl. 245 GA) übersandte die C. den Beklagten einen Scheck über 400.000,--DM als Ausschüttung für das Jahr 1997 für die Beteiligung an dem Fonds X. Der Beklagte zu 3. wurde aufgrund erteilter Handelsregistervollmacht am 03.11.1997 mit einer Einlage von 21 Mio. DM als Kommanditist zum Handelregister des Amtsgerichts M. eingetragen (B 13 Bl. 533 GA). Unabhängig von vorliegendem Sachverhalt wurde der Beklagte zu 2. zudem mit einer Einlage von 105.000,--DM eingetragen. Die im Handelsregister angegebene Einlage des Beklagten zu 3. wurde später auf 22.690.500,--DM (B 5 Bl. 104 GA) erhöht.

Die Klinikbetreiberin (Interdisziplinäres Therapiezentrum E.-W. BetriebsGmbH) hatte nach Umbaumaßnahmen auf der Grundlage eines Mietvertrages vom 26.10.1994 bereits im September 1996 den Probebetrieb aufgenommen. Nach dem Mietvertrag sollten die Mietzinszahlungen am 01.07.1997 aufgenommen und die Mietkaution von 1.575.000,--DM gezahlt werden. Nachdem die Klinikbetreiberin weder die Mietkaution beglich und auch mit den monatlichen Mietzinszahlungen in Rückstand geriet, kündigte der Fonds X mit Schreiben vom 01.12.1997 (HB4 Bl. 142 GA) das Mietverhältnis zum 31.01.1998. Ausschüttungen konnten in der Folgezeit nicht mehr vorgenommen werden. 9

Die Beklagten kamen ihren Verpflichtungen aus den Darlehensverträgen vom 26.05.1997 bis Juni 1998 nach. Nachdem keine Zahlungen mehr eingingen, kündigte die Klägerin unter dem 27.08.1998 (K 3,4,6 Bl.27,110 GA) die Darlehen fristlos und stellte die beiden Darlehen sofort fällig. 10

Die M.-Gruppe ist inzwischen in Konkurs bzw. in Vermögensverfall geraten. Gegen alle drei Beklagten hat die Staatsanwaltschaft Köln inzwischen Anklage erhoben wegen Untreue, Betrugs, versuchter Steuerhinterziehung und diverser Insolvenzdelikte (AZ.: 112 Js 1636/97). Die den Beklagten vorgeworfenen Delikte betreffen auch die hier maßgebliche Darlehensaufnahme. Inzwischen liegt auch eine Strafanzeige des Fonds X vom 23.10.1998 gegen maßgebliche Personen der Klinikbetreiberin vor (BB4 Bl. 883 GA). Auch soll ein Ermittlungsverfahren unter dem Aktenzeichen 320 Js 34077/00 StA M. I gegen die Vorstände der Klägerin wegen des Verdachts des Betruges gegen Anleger beim Erwerb von Anteilen an dem Fonds X anhängig sein. 11

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Rückzahlung der Darlehen (16.879.000,--DM) zuzüglich rückständige Zinsen für Juli und August 1998 (je 101.173,17 DM) verlangt. 12

Sie hat behauptet, bei dem Gespräch am 19.12.1996 sei von den Beklagten erklärt worden, die Finanzierung der Beteiligung an dem Fonds X über die SZ-Bank vornehmen zu wollen. Da die steuerrechtliche Anerkennung der Verluste für 1996 einen Beitritt und die Leistung der Einlage bis zum 31.12.1996 erfordert habe, sei vereinbart worden, dass C. den Beklagten ein zinsloses Darlehen bis zum 31.01.1997 gewährt. Der am 19.12.1996 bedingungslos erklärte Beitritt sei von dem geschäftsführenden Kommandisten des Fonds X V. am 23.12.1996 angenommen worden. Mit Schreiben der C. vom 30.12.1996 (K 18 Bl. 239 f GA) sei, nachdem die C. die Einzahlung von 21 Mio. DM auf das Konto des Fonds X aus dem von der Klägerin erhaltenen Darlehen über 37 Mio. DM veranlaßt habe, der Empfang des Zeichnungsscheins bestätigt worden und den Beklagten eine Kopie der angenommenen Beitrittserklärung, eine vorläufige Verlustzuweisungsbestätigung des Wirtschaftsprüfers Dr. M. für 1996 und 1997 sowie die noch auszufüllende Handelsregistervollmacht übersandt worden. Im Sommer 1997 seien dann die von der Klägerin aufgrund der Darlehensverträge vom 25.05.1997 ausgezahlten Darlehensvaluta zur Ablösung des Zwischenkredits eingesetzt 13

worden. Soweit die Beklagten Gegenansprüche wegen eines Prospektmangels erhoben haben, hat sich die Klägerin auf Verjährung berufen.

Die Klägerin hat beantragt, 14

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 17.081.346,34 DM nebst 12% Zinsen aus 16.879.000,--DM seit dem 01.09.1998, aus 101.173,17 DM seit dem 01.07.1998 sowie aus weiteren 101.173,17 DM seit dem 01.08.1998 zu zahlen. 15

Die Beklagten haben beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Sie haben geltend gemacht, die Darlehen seien nicht vertragsgerecht valutiert worden, da es nicht, wie vereinbart, zu einer unmittelbaren Auszahlung der Darlehensvaluta durch die Klägerin an den Fonds X gekommen sei. Sie berufen sich außerdem darauf, dass die D. GbR dem Fonds X nicht wirksam beigetreten sei. Am 19.12.1996 habe es lediglich Gespräche über einen Beitritt gegeben. Dieser sei aber abhängig gemacht worden von einer Finanzierung durch die Klägerin. Bis Ende 1996 sei es aber nicht zu einer verbindlichen Entscheidung gekommen. Für einen Beitritt im Jahre 1997 hätte es eines mit einer 3/4 - Mehrheit zu fassenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedurft, den es aber nicht gebe. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft seien nicht anwendbar, weil eine GbR nach § 3 Ziffer 9 des Prospektes nicht Gesellschafter werden konnte. Die Unwirksamkeit des Beitritts erfasse nach dem Verbraucherkreditgesetz auch die Darlehen. Außerdem berufen sie sich auf die allgemeinen Regeln des Einwendungsdurchgriffs bei finanzierten Geschäften. Schließlich sei die Klägerin schadensersatzpflichtig nach Prospekthaftungsgesichtspunkten. Sie haben behauptet, dass der Klägerin bei Abschluß der Darlehensverträge positiv bekannt gewesen sei, dass der Fonds X notleidend würde. 18

Das Landgericht hat durch Urteil vom 29.10.1999 die Klage in vollem Umfang zugesprochen. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des Urteils vom 29.10.1999 Bezug genommen. 19

Das Urteil wurde dem Beklagten zu 1. am 24.11.1999 und den Beklagten zu 2. und 3. am 29.11.1999 zugestellt. Der Beklagte zu 1. hat durch Schriftsatz vom 22.12.1999, die Beklagten zu 2. und 3. durch Schriftsatz vom 27.12.1999 form- und fristgerecht Berufung eingelegt. Die Beklagten zu 2. und 3. haben die Berufung mit Schriftsatz vom 18.08.2000 nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 19.08.2000, der Beklagte zu 1. durch Schriftsatz vom 05.04.2000 nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 05.04.2000 fristgerecht begründet. 20

Sie wiederholen und vertiefen im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag. 21

Zunächst stützen sie sich darauf, dass keine Auszahlung der Darlehensbeträge erfolgt sei, weil nach dem Vertragstext die Auszahlung direkt an den Fonds X zu erfolgen hatte. Außerdem habe die Klägerin die Verrechnung nicht nachgewiesen. Eine Zwischenfinanzierung seitens der C. sei nicht vereinbart worden und auch nicht erfolgt. Entsprechend gebe es auch keine Unterlagen über eine Zwischenfinanzierung durch die C. und eine Einzahlung der C. auf die Einlage der Beklagten. Einer Verrechnung hätten sie auch nicht nachträglich zugestimmt. 22

23

Weiter berufen sie sich darauf, dass das Verbraucherkreditgesetz Anwendung finde. Der persönliche Anwendungsbereich des § 1 VerbrKrG sei gegeben, weil die Beteiligung an dem Fonds X ausschließlich zur privaten Vermögensbildung beabsichtigt gewesen sei. Die Ausnahmen des § 3 VerbrKrG lägen nicht vor, insbesondere auch nicht im Hinblick auf die Verpfändung der Hypothekenbestellung in R., der zudem nur eine fingierte Forderung zugrundegelegen habe. Der Erwerb der Kommanditanteile und die Darlehensverträge stellten verbundene Geschäfte dar, so dass Mängel des Beitritts nach § 9 III VerbrKrG auch auf die Darlehensverträge durchgreife. Ein wirksamer Beitritt habe aber nicht vorgelegen, eine Verpflichtung zur Zahlung des Zeichnungsbetrages sei daher nicht entstanden. Dies müsse sich die Klägerin nach § 9 III VerbrKrG entgegenhalten lassen. Schließlich sei ein Einwendungsdurchgriff auch nach § 242 BGB gegeben, wenn Kauf- und Darlehensvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden und ansonsten Risiken nicht angemessen verteilt wären. Darüberhinaus bestehe ein Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin, weil sie ihre Aufklärungspflichten verletzt habe, denn es sei ihr bekannt gewesen, dass der Fonds angesichts der von der Klinikbetreiberin geforderten hohen Jahresmieten nicht erfolgreich sein konnte. Schließlich bestehe eine Haftung aus Prospektverantwortlichkeit, da die Klägerin hinter den Prospektherausgebern stehe.

Sie beantragen daher, 24

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen. 25

Die Klägerin beantragt, 26

die Berufungen zurückzuweisen. 27

Sie behauptet, dass im Dezember 1996 eine Zwischenfinanzierung durch die C. vereinbart und der Zwischenfinanzierungskredit nach Abschluß der Darlehensverträge durch Verrechnung abgelöst worden sei. Die Beklagten hätten am 19.12.1996 ein verbindliches Angebot für einen Beitritt abgegeben, welches am 23.12.1996 angenommen und mit Schreiben vom 30.12.1996 den Beklagten wieder zugeleitet worden sei. Am 27.12.1996 sei dann die Einzahlung von 21 Mio. DM auf das Konto des Fonds X von C. veranlaßt worden. Abredegemäß seien die von den Beklagten bei der Klägerin aufgenommenen Darlehen dann zur Ablösung des Zwischenkredits verwendet worden. Sie meint, dass das Verbraucherkreditgesetz keine Anwendung finde. Der persönliche Anwendungsbereich des § 1 I VerbrKrG sei nicht eröffnet, weil die DHS GbR kommerziell tätig geworden sei. Schließlich lägen hinsichtlich des Darlehens über 6.879.000,--DM die Voraussetzungen des § 3 II Ziff.2 VerbrKrG vor, da dieses grundpfandrechtlich abgesichert sei. Auf § 9 VerbrKrG könnten sich die Beklagten nicht stützen, weil kein verbundenes Geschäft vorliege. Die Beklagten hätten sich schon 1996 für den Beitritt entschieden, ohne dass sie eine Finanzierung durch die Klägerin hätten erwarten können. Auch seien die Klägerin und der Fonds X nicht als wirtschaftliche Einheit den Beklagten gegenüber getreten. Ein Mangel des Beitritts sei darüberhinaus aber auch nicht gegeben, denn die Annahme des Beitritts sei auch ohne Zugang wirksam, weil der Handelsregistereintragung keine konstitutive Wirkung zukomme. Außerdem sei es zulässig, dass sich eine GbR am Fonds X beteiligen. Diese Beteiligung könne in der Weise erfolgen, dass jeder Gesellschafter für einen bestimmten Anteil an der Gesamtbeteiligung stehe oder ein Gesellschafter die Gesamtbeteiligung für die anderen halte, wie dies vorliegend geschehen sei. Selbst wenn die Annahme eines Beitrittsangebotes nicht von § 3 Nr. 9 des Gesellschaftsvertrages gedeckt sei, so kämen doch die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zur Anwendung. Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin seien nicht gegeben. Eine Prospekthaftung käme nicht in Betracht, weil sie nicht zum Kreis der Prospektverantwortlichen zähle und die Angaben im Prospekt auch zutreffend

28

seien. Sonstige Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung einer Aufklärungspflicht lägen nicht vor, denn die Klägerin habe keinen Wissensvorsprung vor den Beklagten gehabt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrages der Parteien wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze nebst allen überreichten Anlagen Bezug genommen. Des weiteren wird verwiesen auf die beigezogenen Akten 12 HKO 8249/98 LG M., die Feststellungsakte Bd.1 betr. GbR DHS zu Steuer-Nr. FA K.-Nord, die Einkommensteuerakten Bd.5 betr. die Eheleute S., Steuer-Nr. FA K.-West und die Einkommenssteuerakten betr. die Eheleute Dr. H. 1996 und 1997, FA K.-Süd, Steuer-Nr. . 29

Der Senat hat aufgrund der Beschlüsse vom 17.05.2001 und 13.06.2001 Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung über die Fragen, ob im Dezember 1996 zwischen den Beklagten und der C. eine Zwischenfinanzierung vereinbart worden ist und die sich daraus ergebenden Beträge auf das Konto des Fonds zugunsten der Beklagten eingezahlt wurden, des weiteren ob die Klägerin mit Valuta 31.07.1997 der C. einen Betrag von 16.879.000,--DM zur Verrechnung mit eigenen Darlehensforderungen gegen die Beklagten aus der Zwischenfinanzierung zur Verfügung gestellt hat. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 22.10.2001 verwiesen. 30

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 31

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. 32

Sie sind der Klägerin aus den Darlehensverträgen vom 26.05.1997 mit den Nachträgen vom 06.08.1997 zur Rückzahlung eines Betrages von 17.081.346,34 DM verpflichtet, nachdem die Klägerin die Darlehensverträge unter dem 27.08.1998 wirksam fristlos gekündigt hat. 33

Die Darlehensaufnahme ist zwischen den Parteien unstreitig. Ebensowenig besteht Streit darüber, dass die Beklagten den monatlichen Zinsverpflichtungen ab Juli 1998 nicht mehr nachgekommen sind. Die Klägerin war daher berechtigt, entsprechend den Vereinbarungen zur sofortigen Fälligstellung in den Darlehensverträgen diese fristlos zu kündigen. 34

1. 35

Die Beklagten können sich nicht mit Erfolg darauf berufen, eine Rückzahlungspflicht entfalle, weil die Darlehen nicht vertragsgemäß ausgezahlt worden seien. 36

a.- 37

Eine Auszahlung der Darlehen auf die Einlageverpflichtung der Beklagten ist im Wege der Verrechnung von Zahlungen zwischen der Klägerin und der C. erfolgt. Grundlage der Auszahlung durch Verrechnung ist die zwischen den Beklagten und C. vereinbarte Zwischenfinanzierung der Beteiligung durch C. und die Gewährung eines Darlehens der Klägerin an C.. Eine schriftliche Vereinbarung über die Zwischenfinanzierung besteht allerdings nicht. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bestehen indes - auch nach dem Vortrag der Beklagten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 10.12.2001 - keine Zweifel, dass zunächst zur Finanzierung der Beteiligung der Beklagten eine Zwischenfinanzierung durch die C. vereinbart worden ist, die durch die Darlehen der Klägerin im Sommer 1997 abgelöst wurde. Der Zeuge S., der frühere Geschäftsführer der C., hat bei seiner Vernehmung vor dem Senat die Richtigkeit seines Aktenvermerks vom 19.12.1996 (K 44 Bl. 557) bestätigt, in dem er darauf hinweist, dass die Anteilsfinanzierung der Beklagten durch die SZ-Bank, zu der der Beklagte zu 2. gute Kontakte unterhalte, dargestellt werden 38

sollte und eine Refinanzierung durch die Klägerin gewünscht wurde. Unter Ziffer 3 heißt es:

"Zwischen GbR und C. CAPITAL" wird ein Darlehensvertrag geschlossen, wonach die C. CAPITAL zum 30.12.1996 den erforderlichen Betrag von 21 Mio.DM in den Fonds einzahlt und diesen Betrag für einen Monat zinslos zur Verfügung stellt." Bei seiner zeugenschaftlichen Vernehmung vor dem Kommissariat 243 in M. vom 14.09.1999 (K 43 Bl. 553) hat er die Gewährung eines zinslosen Darlehens noch einmal bestätigt und auch erklärt, dass dazu kein schriftlicher Vertrag existiere. Dies sei Ende des Jahres durchaus üblich gewesen, weil bei Zeichnungen im Dezember eine bankmäßige Finanzierung bis Ende Dezember nicht mehr technisch darstellbar sei. Die C. sei in diesen Fällen in Vorleistung getreten. Vor dem Senat hat er dazu nochmals erläuternd darauf hingewiesen, dass eine eigene Finanzierung der Beklagten im Zeitpunkt der Beitrittsverhandlungen, die bis Ende Dezember 1996 hätte erfolgen müssen, wegen der Kürze der Zeit nicht möglich gewesen sei. Nachdem der Vorstandsvorsitzende der A. S. und Herr M., federführender Beirat, dem Zwischenkredit zugestimmt hätten, sei der Zwischenfinanzierungsbetrag den Beklagten auf dem Konto des Fonds X gutgeschrieben worden. Die von dem Zeugen gemachten Bekundungen sind in sich stimmig und überzeugend. Sowohl für die C. als auch für die Beklagten bestand ein erhebliches Interesse an dem Zustandekommen des Beitritts der Beklagten zum Fonds X, denn einerseits mußte die C. im Hinblick auf ihre Plazierungsgarantie bis zum 31.12.1996 dafür Sorge tragen, noch weitere Anteile zu verkaufen. Andererseits haben sich aber auch die Beklagten ein lukratives Geschäft versprochen, bei dem immerhin Provisionszahlungen von 2.880.000,--DM für die M. und 5 Mio. DM Eigenprovision anfielen. Der Zeuge S. schließlich hat ebenfalls die Zwischenfinanzierung zwischen C. und den Beklagten bestätigt, die mit ihm als Beiratsvorsitzender der C. abgestimmt worden ist. Er hat dazu auch angegeben, eine schriftliche Fixierung sei bei kurzfristigen Zwischenfinanzierungen nie gefertigt worden. Darüberhinaus werden die Erklärungen der Zeugen S. und S. indirekt auch unterstrichen durch die Bekundungen der Zeugen Dr. K. und B.. Der Zeuge Dr. K. hat die Vereinbarung einer Zwischenfinanzierung durch C. nachvollziehbar aus dem Umstand geschlossen, dass er mit der Absicherung der Darlehensmittel von der Klägerin an C. zur Schließung des Fonds X befaßt worden ist und er in diesem Zusammenhang von der Zeichnung von Fonds-Anteilen durch Gesellschafter der M. und die nötige Zwischenfinanzierung erfahren hat. Gestützt wird seine Aussage weiter durch das Schreiben der Klägerin an das Finanzamt K.-Nord vom 01.09.1998 (K25 Bl. 249 GA), in dem die Zwischenfinanzierung und Darlehensgewährung erwähnt sind. Auch der Zeuge B. hat eine Zwischenfinanzierung der C. für die Beklagten schlüssig dargestellt, da er sowohl Kenntnis von der Darlehensgewährung der Klägerin an die C. als auch von der zu finanzierenden Beteiligung der Beklagten hatte. Schließlich lag es auch im Interesse der Beklagten, eine Zahlung bis zum 31.12.1996 vorzunehmen, weil nur dann eine steuerrechtliche Anerkennung der Verluste für 1996 vorgenommen werden konnte. Entsprechend haben sie auch gegenüber dem FA K. Nord eine Lohnsteuerermäßigung über jeweils 6 Mio. DM für 1996, 1997 angemeldet, wie sich aus Aktenvermerken (K 45, 46-48 Bl. 558ff), den beigezogenen Steuerakten und einem Schreiben des FA K.-Nord vom 20.08.1998 (K 14 Bl. 235) ergibt. In diesem Schreiben wird mitgeteilt, dass der Beklagte zu 1. angegeben habe, den Kaufpreis durch Vorfinanzierung entrichtet zu haben. Demnach sind die Beklagten sehr wohl von einer Zwischenfinanzierung ausgegangen, anderenfalls ihre Verlustanmeldung bereits für 1996 nicht verständlich wäre. Ein weiteres Indiz für die Zwischenfinanzierung ist auch in dem Schreiben der C. vom 19.08.1997 (K 24 Bl. 248) zu sehen, in dem die C. Zinsen für den Zeitraum 01.01. bis 31.07.1997 berechnet. Die Beklagten haben die Geltendmachung von Zinsen zwar moniert (Schreiben vom 17.09.1997 K 35 Bl. 421 und vom 19.09.1997 K 37 Bl. 423), sie haben aber zum Grunde keine Einwendungen erhoben. So haben sie dann auch nicht mehr auf das Antwortschreiben der C. vom 18.09.1997 (K 36 Bl. 422) reagiert, in dem

39

diese auf die Zwischenfinanzierung hinweist. Soweit die Beklagten behaupten, das Schreiben vom 19.08.1997 sei nachträglich fingiert, steht dem ihre Kenntnis von der Zinsforderung entgegen, auf die sie schließlich geantwortet haben. Dass sie aus anderen Umständen Kenntnis von der Zinsforderung erlangt haben, wird von ihnen nicht vorgetragen. Schließlich wäre dann auch nicht erklärlich, auf welche Weise sie sonst den mit dem Schreiben übersandten Verrechnungsscheck über 212.833,33 DM erhalten haben (Bl. 459 GA). Die Beklagten können auch nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass in sämtlichen Schreiben ein Hinweis auf die Zwischenfinanzierung fehle. Zum einen stimmt dies nicht uneingeschränkt, wie die Schreiben vom 17.09.1997 und 19.09.1997 zeigen. Soweit die Klägerin dazu noch das Schreiben des Beklagten zu 3. vom 17.07.1997 (K33 Bl. 419) anführt, in dem von der Ablösung des Darlehens gesprochen wird, dürfte damit allerdings nicht die Zwischenfinanzierung von C. gemeint gewesen sein. Wenn auch nicht ausdrücklich erwähnt, so spricht aber auch das Schreiben des Beklagten zu 3. vom 31.07.1997 (K 34 Bl. 420) für eine Zwischenfinanzierung, denn in diesem Schreiben an die C. erwähnt der Beklagte zu 3., dass die Darlehen der C. zur Verfügung gestellt werden sollen. Eine Zahlung an C. und nicht an den Fonds X macht aber nur Sinn, wenn die C. in Vorleistung getreten ist. Soweit im Übrigen in der zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz ansonsten von der Finanzierung der Beteiligung gesprochen wird, erklärt sich dies daraus, dass es tatsächlich immer noch um die endgültige Finanzierung ging. Schließlich spricht auch nicht das im Januar 1997 stattgefundene Gespräch zwischen dem Beklagten zu 2., der Klägerin und C. gegen eine Zwischenfinanzierung. Soweit in dem dazu von dem Beklagten zu 2. gefertigten Vermerk (B2 Bl. 89 GA; K23 Bl. 247 GA) die Höhe der Anteilsbeteiligung mit einer ca.-Angabe versehen ist, hat der Zeuge S. diese Angabe plausibel damit erklärt, dass dies auf die Ungewißheit über die möglicherweise noch eintreffenden Zeichnungsvolumen von diversen Vermittlern zurückzuführen ist.

Die Auszahlung der den Beklagten gewährten Zwischenfinanzierung ist sodann wiederum 40
durch eine Darlehensgewährung der Klägerin an C. bewerkstelligt worden, die am 18.12.1996 einen Darlehensvertrag über einen Betrag von 25.450.000,--DM (K 15 Bl. 236) schlossen, der per 27.12.1996 auf das Konto des Fonds X bei der D.-Bank Kto.Nr. eingezahlt werden sollte. Nachgewiesen hat die Klägerin eine Einzahlung am 27.12.1996 von 37 Mio. DM auf das Konto des Fonds X bei der D. Bank Kto.Nr. (K 16 Bl. 237). Dieser Betrag setzt sich zusammen aus 11.550.000,--DM Kapitaleinlage der Klägerin inkl. A., 21.000.000,--DM Kapitaleinlage der Beklagten inkl. A. und 4.450.000,--DM Kapitaleinlage (von der Klägerin - offenbar rechnerisch unrichtig - in der Berufungserwiderung mit 4.550.000,--DM angegeben) sonstiger Zeichner. Der Auszug selbst enthält den Eintrag "Auszahlung Darlehen an C. Capital/Fonds X KG". Die Richtigkeit dieser Angaben hat der Zeuge S. ebenfalls bestätigt, der sowohl die Darlehensgewährung durch die Klägerin als auch eine Einzahlung der Klägerin von 37 Mio.DM auf ein Konto des Fonds X, nämlich bei der D. Bank, bejaht hat. Auch dem Zeugen B. war die Darlehenshingabe der Klägerin und die Verrechnung mit dem den Beklagten gewährten Zwischenkredit bekannt. Soweit die Zahlung der Klägerin nicht auf dem in dem Schreiben der C. vom 30.12.1996 (K18 Bl. 239 GA) genannten Konto der A.bank H. geleistet wurde, ist dieser Umstand ohne Bedeutung, weil es nur darauf ankommen kann, ob Zahlungen in die Verfügungsgewalt der C. gelangt sind. Einer Einzahlung auf die Zwischenfinanzierung der Beklagten steht auch nicht der in dem Darlehensvertrag angegebenen Verwendungszweck "Schließung des C. Immobilien Fonds X KG" entgegen, denn tatsächlich wurde die Zahlung zur Schließung des Fonds X eingesetzt, wozu eben auch die Beteiligung der Beklagten mit der verabredeten Zwischenfinanzierung gehörte. Ebensowenig kann aus der von den Beklagten vorgelegten Einzahlungsliste vom 17.02.1997, in der die Finanzierung der Beklagten von 21 Mio. DM als offener Posten ausgewiesen ist, geschlossen werden, eine Einzahlung sei bis Ende 1996 nicht erfolgt. Die von den Zeugen S.

und B. dazu abgegebene Erklärung, damit komme nur zum Ausdruck, dass die Darlehensmittel nicht zurückgeflossen sind, wird durch durch das Schreiben der C. vom 17.02.1997 an die Beklagten und die M. GmbH bestätigt. In diesem Schreiben wird nachdrücklich an die Einzahlungspflicht der Anleger und die Vorfinanzierung durch C. erinnert.

Einer Einzahlung zugunsten der Beklagten steht auch nicht das Schreiben der Klägerin vom 30.12.1996 (K 18 Bl. 239 GA) entgegen. In diesem Schreiben wird der Empfang des Zeichnungsscheins bestätigt und um Übersendung der Handelsregistervollmacht gebeten. Außerdem wird um Einzahlung der Einlage bis zum 30.12.1996 gebeten. Sollte die Einzahlung erfolgt sein, sollte die Aufforderung als gegenstandslos betrachtet werden. Der letzte Satz zeigt deutlich, dass es sich um ein formularmäßig gehaltenes Schreiben handelte, wie auch der Zeuge S. bestätigt hat, und eine bereits erfolgte Zahlung nicht ausgeschlossen wurde. Entsprechend ergingen in der Folgezeit auch keine Aufforderungen an die Beklagten zur Einzahlung auf ihre Beteiligung. 41

Der Beklagte zu 1. beruft sich darauf, dass eine Zwischenfinanzierung dem VerbrKrG unterliege und es an der nach § 7 VerbrKrG erforderlichen Widerrufsbelehrung fehle. Ein Widerruf sei in dem Schreiben vom 17.09.1997 (K 35 Bl. 421) zu sehen. Abgesehen davon, dass das VerbrKrG keine Anwendung findet, wie noch unten weiter ausgeführt wird, kann in dem Schreiben vom 17.09.1997 auch kein Widerruf gesehen werden, sondern allenfalls eine Bestätigung der Zwischenfinanzierung. Da die Vorfinanzierung im Dezember 1996 erfolgte, ist die Jahresfrist nach § 7 II VerbrKrG abgelaufen. 42

b.- 43

Soweit die Darlehensauszahlung der Klägerin für die Beklagten entgegen den vertraglichen Bestimmungen nicht direkt von der Klägerin an den Fonds X geleistet wurde, sondern eine Auszahlung im Wege der Verrechnung zwischen der Klägerin und C. erfolgte, steht dies einer Valutierung der Darlehen nicht entgegen. Die Darlehensverträge enthalten auf Seite 2 (Bl. 9,19 GA) die Regelung "Die Auszahlung des Darlehens erfolgt direkt an die A. Beteiligungsverwaltung GmbH ##blob##amp; Co. C. Immobilien-Fonds X KG - Klinik W.. Auf der Grundlage der o.g. Bedingungen ergibt sich ein auszuzahlender Darlehensbetrag in Höhe von 6.789.000,--DM bzw. 10 Mio. DM." Aus dem Umstand, dass eine Auszahlung entgegen dem Wortlaut der Darlehensverträge nicht direkt, sondern im Wege der Verrechnung geschehen ist, können die Beklagten aber noch nicht herleiten, die Darlehen seien nicht zu ihren Gunsten ausgezahlt worden. Soweit die Beklagten zu 2. und 3. meinen, den Formulierungen in den Verträgen käme nicht nur eine klarstellende Bedeutung zu, es gäbe vielmehr berechtigte Gründe für die Forderung nach einer Direktauszahlung, um im Interesse der Darlehensnehmer liegende Verschiebungen dieser Art zu vermeiden, spricht dies nicht gegen eine Erfüllung der Darlehensverpflichtung durch die Klägerin. So hat der Beklagte zu 3. selbst in einem Schreiben vom 31.07.1997 (K 34 Bl. 420 GA) darauf verwiesen, dass die Darlehen der C. zur Verfügung gestellt werden sollen. Des weiteren ist ihnen mit Schreiben der C. vom 19.08.1997 (K 24 Bl. 248) die Verrechnung mitgeteilt worden, gegen die sie auch keine Einwände erhoben haben. Dass also nachträglich ein anderer Zahlungsweg gewählt wurde, steht einer Valutierung der Darlehen nicht entgegen. Schließlich läßt sich eine Zustimmung der Beklagten zur Verrechnung auch aus den entsprechend angemeldeten Verlustzuweisungen gegenüber dem Finanzamt für 1996 und 1997 (K 19 Bl.240 GA) entnehmen, die der Zeuge Dr. M. bestätigt hat und wie sich dies zudem aus den beigezogenen Akten des Finanzamtes ergibt. Denn hätten sie der Verrechnung, die sich aus dem Schreiben vom 19.08.1997 (K24 Bl. 248 GA) ergibt, nicht zugestimmt, hätten sie auch 44

keine Verlustzuweisungen geltend machen dürfen.

Im Ergebnis ist daher eine Valutierung der von der Klägerin gewährten Darlehen zu bejahen. 45

2. 46

Die Beklagten können einer Rückzahlungsverpflichtung nicht mit Erfolg entgegen halten, ein wirksamer Beitritt zum Fonds X sei nicht erfolgt, weil sie die Annahmeerklärung 1996 nicht erhalten hätten, zudem als GbR nicht Kommanditist hätten werden können und ein Gesellschafterbeschluß zu ihrem Beitritt, der mit 3/4-Mehrheit zu fassen gewesen wäre, fehle. Der unwirksame Beitritt umfasse nach dem Verbraucherkreditgesetz auch die Darlehen. 47

Einem wirksamen Beitritt steht § 3 Nr. 9 des Gesellschaftsvertrages, in dem der Beitritt einer GbR zum Fonds X ausgeschlossen wird, nicht entgegen. Diese Regelung entspricht der bislang herrschenden Lehre, wonach eine GbR nicht Kommanditist werden kann (Baumbach/Hopt HGB 29.Aufl. § 161 Rdn 4). Von dieser Rechtsprechung ist der BGH inzwischen allerdings abgerückt. Nachdem der BGH die Rechtsfähigkeit der (Außen)GbR bejaht hat (NJW 2001,1056ff), ist jedenfalls ein Grund für die Ablehnung, der in der mangelnden Einheit nach außen gesehen wurde, weggefallen. Entsprechend wurde nunmehr auch ausdrücklich die Möglichkeit einer GbR, einer Kommanditgesellschaft als Kommandistin aufzutreten bejaht (BGH WM 2001,1764f). Da damit auch die Eintragung einer GbR als Kommandistin ermöglicht wird, ist auch dem Grundsatz der Registerpublizität Rechnung getragen. Wohl im Hinblick auf die frühere Rechtsprechung und der darauf gründenden Regelung in § 3 Abs. 9 des Gesellschaftsvertrages, wonach bei natürlichen Personen - einschließlich Ehegatten - eine Beteiligung als Bruchteilsgemeinschaft oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschlossen ist, erfolgte nur eine Eintragung des Beklagten zu 3., der damit für die Beklagten zu 1. und 2. treuhänderisch tätig wurde. Dies folgt aus den Gesamtumständen, aus denen entnommen werden kann, dass die Beklagten als GbR eine Fonds-Beteiligung beabsichtigten und unstreitig nicht nur der Beklagte zu 3. eine Fondsbeteiligung von 21 Mio. DM allein gezeichnet hat, sondern auch die Beklagten zu 1. und 2.. Nach der Kündigung der Darlehensverträge am 27.08.1998 haben der Beklagte zu 1. mit Schreiben vom 28.09.1998 (HB 14 Bl. 477) und die Beklagten zu 2. und 3. mit Schreiben vom 10.02.1999 (K 26 Bl. 251) darauf hingewiesen, dass ein Beitritt nach § 3 Ziffer 9 des Gesellschaftsvertrages "entgegen aller Aussagen" nicht möglich war. Dies zeigt, dass über die Möglichkeit eines Beitritts einer GbR zuvor schon gesprochen worden ist und die Problematik den Beklagten bewußt war. Das Landgericht hat zu Recht darauf abgestellt, dass die von den Beklagten gewählte Möglichkeit, ein Gesellschafter solle für die übrigen die Anteile halten und sich im Handelsregister eintragen läßt, denkbar sei. Dies ist schließlich bewußt von den Beklagten so praktiziert worden, wie die Eintragung des Beklagten zu 3. zeigt, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die GbR selbst nicht eintragungsfähig sei. In der Folgezeit haben sich die Beklagten gegen diese Handhabung auch nicht gewehrt und auch keine Einwände gegen die alleinige Eintragung des Beklagten zu 3. erhoben. Es kann daher angenommen werden, dass sie einer treuhänderischen Übernahme des Beklagten zu 3. zugestimmt haben. Dem steht insbesondere auch nicht entgegen, dass die Korrespondenz zwischen dem Fonds und den Beklagten als GbR geführt wurde und diese teilweise auch an Gesellschafterversammlungen teilgenommen haben. Auch wenn wegen der damals herrschenden Rechtsauffassung nicht die GbR, sondern nur der Beklagte zu 3. in das Handelsregister eingetragen und dieser insoweit treuhänderisch tätig wurde, hindert dies nicht daran, Korrespondenz mit den Treugebern zu führen. Soweit die Beklagten mit Schriftsatz vom 22.10.2001 behaupten, die Geschäftsführer des Fonds hätten von der Vollmacht (K20) fehlerhaft Gebrauch gemacht, sind dafür keine Anhaltspunkte ersichtlich. 48

Vielmehr sprechen die Gesamtumstände und auch das zuvor zitierte Schreiben der Beklagten zu 2. und 3. vom 10.2.1999 (K26) dafür, dass ihnen die treuhänderische Eintragung des Beklagten zu 3. sehr wohl bewußt war. Aus dem Vorgesagten ergibt sich schließlich, dass auch die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht zu einem unwirksamen Beitritt führen, soweit es die Beitrittsfähigkeit der Beklagten betrifft. Soweit es den Annahmetatbestand angeht, liegt jedenfalls ein Vollzug des Beitritts vor (BGH WM 1988,414/416).

Ein wirksamer Beitritt scheitert daher nicht daran, dass eine GbR nach § 3 Ziff. 9 des Gesellschaftsvertrages nicht beitreten konnte. 49

Es ist darüber hinaus davon auszugehen, dass auch das Angebot der Beklagten zum Beitritt von der C. angenommen wurde und die Beklagten hiervon Kenntnis erlangt haben, wie sich aus ihrem späteren Verhalten ergibt. Die C. soll am 23.12.1996 die Beitrittserklärung angenommen und die Annahme den Beklagten am 30.12.1996 zugesandt haben. Den Zugang bestreiten die Beklagten allerdings. Der Eintritt in eine Kommanditgesellschaft erfordert den Abschluß eines Aufnahmevertrages (S. GmbH ##blob##amp; Co.KG 2000 Seite 574,575), d.h. es sind Angebot und Annahme erforderlich und der Zugang der jeweiligen Willenserklärungen, § 130 I S.1 BGB. Unabhängig davon, ob das Schreiben vom 30.12.1996 zugegangen ist, ergibt sich aus dem folgenden Verhalten der Beklagten eindeutig, dass auch sie von einer Annahme des Beitritts ausgegangen sind, ansonsten die Darlehensaufnahme und Zahlung der Zinsen sowie die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen nicht verständlich wäre. An der Gesellschafterversammlung vom 14.10.1997 haben alle Beklagten teilgenommen, an der Versammlung vom 06.05.1998 (HB3 Bl. 137ff) nur der Beklagte zu 2. in seiner Eigenschaft als Beiratsmitglied und angeblich nur wegen seines eigenen 100.000,--DM-Anteils. Auch aus dem Verpfändungsvertrag vom 22./25.7.97 (K 30 Bl 412) ist zu entnehmen, dass die Beklagten von einem wirksamen Beitritt und damit auch von der Annahme durch die Klägerin ausgegangen sind, denn in dem Verpfändungsvertrag heißt es ausdrücklich, dass die Sicherungsgeber (DHS GbR) an dem Fonds X beteiligt sind und ihre vorgenannte Beteiligung verpfänden. Sich nunmehr auf einen fehlenden Zugang zu berufen, ist unter diesen Umständen rechtsmißbräuchlich, denn mit diesem Erfordernis soll schließlich nur gewährleistet sein, dass die Vertragspartei auch Kenntnis vom Vertragsschluß erhält. Davon sind die Beklagten aber ausweislich ihres Verhaltens ausgegangen. Schließlich haben sie unstreitig das Zertifikat über ihre Beteiligung erhalten (K 31 Bl. 417) und an die Klägerin im Hinblick auf die Verpfändung ihrer Beteiligung zur Sicherung des Darlehens über 10 Mio. DM ausgehändigt, so dass auch dieser Zugang als Annahme des Beitritts angesehen werden kann. 50

Sie berufen sich außerdem darauf, dass ein Beitritt nur unter der Bedingung erklärt worden sei, dass die Klägerin die Finanzierung übernehme. In 1996 sei eine Finanzierung durch die Klägerin nicht zustandegekommen. Für einen Beitritt 1997 hätte es eines Gesellschafterbeschlusses bedurft. Ausweislich der Beitrittserklärung (K 10 Bl. 186) haben die Beklagten den Beitritt in 1996 unbedingt erklärt und entsprechend auch für 1996 steuerliche Verluste geltend gemacht. Sie können auch nicht mit Erfolg einwenden, dass die Höhe der Beteiligung noch nicht festgestanden habe, da in der Beitrittserklärung die Höhe ausdrücklich genannt ist. Einen Beweis haben die Beklagten für ihre Behauptung, im Dezember 1996 sei nur ein Beitritt unter der Bedingung der Finanzierung durch die Klägerin erklärt worden, nicht angeboten. Die vorgelegten Unterlagen sprechen jedenfalls gegen die Behauptung der Beklagten. 51

b.- 52

Selbst wenn ein wirksamer Beitritt der Beklagten zu verneinen wäre, würde dies nicht durch die Regelungen des Verbraucherkreditgesetzes auf die Darlehensverträge Auswirkungen haben und einer Rückzahlungsverpflichtung entgegen stehen. 53

aa. 54

Auf die Regelungen des Verbraucherkreditgesetz können sich die Beklagten bereits deshalb nicht mit Erfolg berufen, weil sie nicht zu dem in § 1 I VerbrKrG geschützten Personenkreis zu rechnen sind. Nach dieser Vorschrift findet das Verbraucherkreditgesetz Anwendung auf "natürliche Personen, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (Verbraucher)." Dass eine GbR Verbraucher im Sinne des § 1 VerbrKrG sein kann, ist unzweifelhaft. Die Kreditaufnahme zum Zwecke der Finanzierung des Fondsbeitritts stellte indes eine gewerbliche Tätigkeit der Beklagten dar bzw. diente zwar einer privaten Vermögensverwaltung, die jedoch berufsmäßig betrieben wurde. 55

Abzustellen ist zunächst auf den nach dem Inhalt des Kreditvertrages verfolgten Zweck, während es auf den Status der Beteiligten (Kaufmannseigenschaft) nicht ankommt (MK/Ulmer § 1 VerbrKrG Rdn.7;17;20). Maßgeblich ist allein, ob der Kredit privater Natur ist, d.h. nicht kommerziellen Zwecken dient. Auch Kreditaufnahmen, die für private Vermögensanlagen aufgenommen werden, unterfallen daher dem VerbrKrG. Auf die Höhe der Kreditsumme kommt es dabei nicht an, denn auch ein ungewöhnlich hoher Kreditbetrag gestattet noch nicht den Schluß auf einen gewerblichen oder beruflichen Zweck. Die Grenze wird erst überschritten, wenn der Kreditnehmer die Anlagegeschäfte zum Gegenstand einer planmäßigen, auf Dauer angelegten, der Gewinnerzielung dienenden Tätigkeit am Markt für Vermögensanlagen macht (MK aaO Rdn. 23). 56

Die Klägerin verweist zu Recht auf den Gesellschaftsvertrag der DHS GbR. In § 2 des Gesellschaftsvertrages (K 13 Bl. 229) wird als Gegenstand des Unternehmens definiert "Die Gesellschaft wird gegründet zur Beteiligung an anderen Gesellschaften". Demnach ist die GbR nicht nur gegründet worden im Hinblick auf die Beteiligung am Fonds X, wie dies zunächst einmal von den Beklagten zu 2. und 3. behauptet wurde. Die GbR hat in der Folgezeit auch eine Geschäftstätigkeit entfaltet. Fest steht, dass die DHS GbR sich noch an der M. SUN H. N.V. mit 1,2 Mio. DM beteiligt hat (K 49 Bl. 563), wobei dahinstehen kann, ob dies nur geschehen ist, um Zinsen für die Darlehen und die Beiträge für die Lebensversicherungen finanzieren zu können. Noch im Januar 1998 hat die GbR eine Beteiligung an der Frommer AG gezeichnet (K 61 Bl. 1038) oder wie die Beklagten behaupten, ein Darlehen vergeben. Unstreitig befand sich zum 22.09.1997 auf dem Konto der DHS GbR bei der S. K. ein Guthaben von 2.879.960,--DM, das für Zinszahlungen und LV-Beiträge an die Klägerin verwendet worden sein soll. Es existiert darüberhinaus ein ESt-Bescheid für 1997 betreffend den Beklagten zu 2. (Bl.55 PKH-Heft), wonach der Beklagte zu 2. Einkünfte aus Gewerbebetrieb von 2.848.304,--DM und Einkünfte aus Leistungen in Höhe von 2.756.888,-DM zu versteuern hatte. Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb erklärt er zwar damit (Bl. 918), dass es sich dabei möglicherweise um die Provisionszahlungen für den Abschluß der Lebensversicherungen gehandelt hat. Diese sollten aber der M. zustehen (K 24 Bl. 248). Es ist daher zu vermuten, dass diese Gelder durch eine weitere Tätigkeit der GbR erwirtschaftet worden sind, da der Fonds X bis auf 400.000,--DM keine Ausschüttungen veranlaßt hat. Nicht zuletzt spricht auch die in der Feststellungsakte 217/5054/0783 befindliche Bilanz für 1996 dafür, dass entsprechend dem Gesellschaftszweck nicht nur eine einmalige Beteiligung vorgenommen worden ist. Für eine gewerbliche Tätigkeit sprechen aber auch die weiteren Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die genaue Regelungen 57

zur Geschäftsführung, Beirat, Vertretung enthalten, so z.B. auch Erteilung und Widerruf von Prokura, Einstellung von Arbeitnehmern, Begründung, Änderung, Aufhebung oder Kündigung von Beteiligungen. Dies deutet darauf hin, dass ein geschäftsmäßiger Betrieb aufgenommen werden sollte. Über einen eigenen eingerichteten Bürobetrieb verfügte die GbR zwar nicht; sie bedienten sich dazu allerdings der Organisation der M. und der M., wie ihren Schreiben zu entnehmen ist. Schließlich ist auch der Aktennotiz des Beklagten zu 2. (K 23 Bl. 247) zu entnehmen, dass weitere geschäftliche Tätigkeiten vorgenommen werden sollten. In dieser Aktennotiz ist von Darlehen an die M. Leasing zur Finanzierung von Leasingverträgen für Bräunungssysteme und einem Projekt Joint venture mit A. die Rede. Selbst wenn alle Geschäfte zum Zwecke der (privaten) Vermögensbildung der Beklagten vorgenommen wurden, so zeigt die Einbeziehung und Verbindung mit weiteren Unternehmen der M.-Gruppe, dass Geschäfte mit einer planmäßigen, auf Dauer der Gewinnerzielung dienenden Tätigkeit am Markt für Vermögensanlagen gemacht werden sollten, die eine gewerbliche Tätigkeit ausmachen. Dies gilt auch für den Beklagten zu 1., der nicht an der M. H. beteiligt ist, denn er hat sich als Generalbevollmächtigter und Geschäftsführer ebenso dieser Firmen bedient wie die Beklagten zu 2. und 3..

Hinzu kommt, dass angesichts der aufgezeigten Umstände davon ausgegangen werden kann, dass die private Vermögensverwaltung der Beklagten jedenfalls ein Ausmaß angenommen hatte, dass sie als berufsmäßig betrieben angesehen werden kann (BGHZ 119,252(256); OLG Hamm VersR 1992,821(822)). Nichts anderes ist der mit Schriftsatz vom 17.12.2001 mitgeteilten Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 23.10.2001 (WM 2001, 2379 f.) zu entnehmen. 58

Dagegen spricht auch nicht der Vermerk (G 3 Bl. 825) vom 14.05.1997, in dem die Klägerin durch Dr. K. darauf hinweist, dass die Regelungen des VerbrKrG zu beachten sind, da dies offensichtlich vorsorglich geschehen ist. 59

bb. 60

Ob darüber hinaus der Ausnahmetatbestand des § 3 II Nr.2 VerbrKrG Anwendung findet, soweit es den Kredit über 6.879.000,--DM betrifft, kann daher letztlich dahinstehen. Dieser Kredit ist abgesichert, indem die M. dem H.-Rendite-Fonds R. ein Darlehen mit der Absicherung durch eine Hypothek auf einem Grundstück des H.-Rendite-Fonds gewährte und die M. zeitgleich ein Pfandrecht bestellte zugunsten der Klägerin (K9 Bl. 169,170). Eine direkte grundpfandrechtliche Absicherung des Kredits, wie im Darlehensvertrag vorgesehen, ist damit zwar nicht gegeben. Dies scheiterte an Bestimmungen des holländischen Rechts, das im Hinblick darauf anzuwenden war, weil das zu beleihende Grundstück sich in H. befindet. Deshalb wurde der Umweg über die Verpfändung der angeblich fingierten Forderung der M. gegen den H.-Rendite-Fonds gewählt. Dass es sich möglicherweise um eine fingierte Forderung handelt, steht der Anwendbarkeit des § 3 II Nr. 2 VerbrKrG nicht entgegen. Allerdings kann die Verpfändung einer Forderung nicht mit einer grundbuchrechtlichen Absicherung gleichgesetzt werden, so dass der Ausnahmetatbestand des § 3 II Nr. 2 VerbrKrG wohl nicht anwendbar ist. 61

cc. 62

Selbst wenn schließlich die Beklagten zu dem in § 1 VerbrKrG geschützten Personenkreis zu rechnen wären, bliebe ihnen eine erfolgreiche Berufung auf die Nichtigkeit der Darlehen nach §§ 4,6 VerbrKrG versagt, denn soweit § 4 I S.4 Ziffer 1b VerbrKrG zwingend einen Ausweis des Gesamtbetrages aller vom Verbraucher zur Zahlung von Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen vorsieht, ist dies durch die Nachträge vom 06.08.1997 (K 6,7 Bl. 63

30,32) geschehen. Außerdem wäre auch eine Heilung nach § 6 durch Auszahlung der Darlehen eingetreten.

dd. 64

Die Beanstandung der Widerrufsbelehrung durch den Beklagten zu 1., der darauf verweist, diese belehre nicht nur über die Möglichkeit des Widerrufs, sondern enthalte auch weitere Erklärungen und nicht den Hinweis, dass der Widerruf auch das verbundene Geschäft betrifft, greift ebenfalls nicht. Die Widerrufsbelehrungen (Bl. 11,20 GA) enthalten zunächst die Bestätigung des Erhalts der Darlehensbedingungen der Klägerin und im folgenden Absatz die Widerrufsbelehrung. Unabhängig davon, ob damit die Widerrufsbelehrung ordnungsgemäß erfolgt ist (dazu BGH NJW 1993,2868), ist jedenfalls nicht erkennbar, dass ein Widerruf innerhalb der Jahresfrist, d.h. bis zum 12.08.1998 erfolgt ist. Das von den Beklagten erwähnte Schreiben vom 12.05.1998, das den Widerruf enthalten soll, liegt nicht vor. Nach Angaben der Klägerin (Bl. 214) wird in diesem Schreiben nur das Lastschriftverfahren ab dem Monat April 1998 zurückgenommen. Bis einschließlich Juni 1998 sind aber noch Zahlungen erfolgt, so dass danach nicht von einem Widerruf ausgegangen werden kann. 65

ee. 66

Schließlich findet auch die Vorschrift des § 9 VerbrKrG keine Anwendung. Einwendungen nach § 9 VerbKrG können die Beklagten nur geltend machen, wenn ein verbundenes Geschäft vorliegt. Dies ist nach § 9 I S. 1 VerbKrG der Fall, wenn der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises dient und beide Verträge als eine wirtschaftliche Einheit anzusehen sind. Dass die Darlehen der Finanzierung der Beteiligung diente, dürfte unzweifelhaft sein. Ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, ist bereits wegen des Zeitablaufs zwischen Beitritt und Darlehensaufnahme fraglich. Ein verbundenes Geschäft ist aber insbesondere deshalb abzulehnen, weil das von der Rechtsprechung geforderte Verbindungselement, d.h. eine Verbindung zwischen Kredit- und Kaufvertrag, nicht erfüllt ist, auch wenn man davon ausgehen kann, dass durchaus Verbindungen zwischen der C./Fonds X und der Klägerin bestehen und zwar schon im Hinblick auf die auch bei der Klägerin tätigen Geschäftsführer der C. und die Beklagten den Darlehensbetrag nicht zur freien Verfügung erhalten sollten, sondern eine unmittelbare Auszahlung an den Fonds X erfolgen sollte. Auch das subjekte Verbindungselement könnte bejaht werden. Danach setzt ein finanziertes Geschäft voraus, dass der Käufer den Kaufvertrag nur schließt, weil er zugleich eine Finanzierungsmöglichkeit erhält und ihm der Eindruck vermittelt wird, dass Darlehensgeber und Verkäufer zusammenarbeiten. Dem steht die Inanspruchnahme eines Zwischenkredits grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings wollten die Beklagten, wie von ihnen selbst eingeräumt, zunächst eine Finanzierung über die SZ-Bank versuchen. Dies ist indessen fehlgeschlagen. Dass die Beklagten schon am 19.12.1996 mit dem Zeugen S. auch nur Gespräche darüber geführt haben, dass im Falle eines Scheiterns der Finanzierung bei der SZ-Bank die Kredite durch die Klägerin gewährt werden sollten, ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme widerlegt. Vielmehr wurde anläßlich dieser Verhandlungen von den Beklagten lediglich der Wunsch geäußert, dass die Klägerin der SZ-Bank Refinanzierungsmittel zur Verbesserung der Konditionen zur Verfügung stelle, wie dies der Zeuge S. glaubhaft dargelegt hat unter Bezugnahme auf seinen Aktenvermerk vom 19.12.1996 (Bl. 1193 GA). Damit stimmt überein, dass die Beklagten erst anschließend im Januar 1997 Verhandlungen mit der Klägerin zur Aufnahme eines Darlehens aufgenommen haben. Im Ergebnis ist deshalb ein verbundenes Geschäft zu verneinen (Soergel/Häuser aaO § 9 Rdn. 13,19ff; MK/Habersack aaO § 9 Rdn. 14ff). 67

c. 68

Die Beklagten stützen sich auch auf einen allgemeinen Einwendungsdurchgriff nach § 242 BGB. Eine Schutzwürdigkeit der Beklagten über die Vorschriften des VerbKrG hinaus, ist nicht zu erkennen. Bei den Beklagten handelt es sich um erfahrene Geschäftsleute, die berufsmäßig mit Finanzanlagegeschäfte beschäftigt sind und deshalb die Gefahren und Risiken durchaus einschätzen können (MK/Roth § 242 Rdn.491). 69

3. 70

Die Beklagten können schließlich der Rückzahlungsverpflichtung auch nicht mit Erfolg Gegenansprüche entgegen setzen, die daraus resultieren sollen, dass die Klägerin nach Prospekthaftungsgesichtspunkten schadensersatzpflichtig sei und sie Aufklärungspflichten verletzt habe. 71

Ansprüche nach Prospekthaftungsgesichtspunkten entfallen. Ob die Klägerin als Mitinitiatorin und Gründerin des Fonds X angesehen werden kann, kann dahinstehen, weil der Prospekt jedenfalls keine falschen Angaben enthält und der Klägerin auch keine Aufklärungspflichtverletzung vorgeworfen werden kann. 72

Gründerin und Initiatorin des Fonds X war nach dem Prospekt die C.. Ob eine Haftung der Klägerin wegen einer sog. Garantenstellung begründet ist, kann offen bleiben. Sie ist zwar nicht als hinter der C. stehende Gesellschaft anzusehen, die neben der Geschäftsleitung besonderen Einfluß ausübt und deshalb Mitverantwortung trägt (BGH NJW 1995,1025; BGHZ 71,284; BGHZ 115,213ff). Bei der Klägerin und der C. handelt es sich zwar um verbundene Unternehmen, die indes deshalb noch nicht als Einheit angesehen werden können. Allerdings weisen die Beklagten zu Recht darauf hin, dass die Klägerin im Prospekt S. 36 ausdrücklich neben der Initiatorin genannt wird mit dem Hinweis darauf, dass eine Gewähr für den Eintritt der mit der Investitionen verbundenen wirtschaftlichen, steuerlichen und sonstigen Ziele nicht übernommen werde. Auf Seite 43 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die C. CAPITAL GmbH, die A. Beteiligungs GmbH und die AVUS Beteiligungs GMbH 100%ige Tochtergesellschaften der A. sind, die wiederum eine Tochtergesellschaft der A. sei. Es wird auch mitgeteilt, dass die Geschäftsführer gleichzeitig Abteilungsdirektor und Prokurist der A. sind. Die Klägerin meint zwar, dabei handele es sich nur um die Erfüllung der Verpflichtung zur Darlegung der Verflechtungen. Diese Angaben können gleichzeitig aber auch als eine Referenzbenennung der Klägerin angesehen werden, die grundsätzlich zu einer Haftung führen kann (BGH NJW 1992,2148,2149). 73

Entscheidend ist aber, dass der Prospekt keine falsche Angaben enthält und seitens der Klägerin keine Aufklärungspflichtverletzung vorliegt. 74

Die Beklagten stützen sich dazu zunächst auf die Angaben im Mietvertrag, wonach das Mietverhältnis zum 01.01.1997 beginnen sollte, tatsächlich aber bereits im September 1996 eine Nutzung erfolgte. Dass zunächst ein Probebetrieb gestartet wurde, macht die Angaben im Prospekt noch nicht unrichtig. Richtigerweise weist der Prospekt als Mietbeginn den 01.01.1997 aus. Es wird auch mitgeteilt, dass eine mietfreie Zeit von 6 Monaten gewährt wird. Hinsichtlich der Mietkaution wurde kein Datum für die Zahlung genannt. Dass der Klägerin möglicherweise schon im April 1997 definitiv bekannt war, die Klinikbetreiberin würde auch im Juli 1997 nicht mit Mietzinszahlungen beginnen, kann zu keiner Haftung der Klägerin führen, soweit es den Beitritt in 1996 betrifft. Soweit es den Abschluß der Darlehensverträge vom 26.05.1997 betrifft, ist eine Aufklärungspflichtverletzung ebenfalls nicht erkennbar, weil nicht ersichtlich ist, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt bereits über konkrete Erkenntnisse über eine voraussichtliche Nichtzahlung im Juli 1997 verfügte und insoweit einen Wissenvorsprung hatte (BGH NJW 1989,2881). Soweit die Beklagten sich auf eine Strafanzeige des Fonds X 75

vom 23.10.1998 gegen Beteiligte der Klinikbetreiberin beziehen (Anlage BB 7), weist die Klägerin darauf hin, dass ihr die der Anzeige zugrundeliegenden Vorwürfe weitgehend erst 1998 bekannt geworden seien. Schließlich läßt sich der Strafanzeige auch nicht entnehmen, dass die Klägerin selbst bereits im April 1997 positive Kenntnis von der beabsichtigten Nichtzahlung hatte. Nach der Strafanzeige soll dies nur fraglich gewesen sein. Darüberhinaus hat die Klägerin angegeben, erst anläßlich einer Besprechung am 28.05.1997, also nach Abschluß der Darlehensverträge, davon erfahren zu haben, dass die Klinikbetreiberin beabsichtigte, ab Juli 1997 keine Miete zu zahlen. Auch das von den Beklagten vorgelegte Schreiben eines weiteren Anlegers vom 27.05.1997 an den Geschäftsführer der C. (HB18 Bl. 495) datiert nach dem Abschluß der Darlehensverträge und kann daher nicht für eine Kenntnis der Klägerin herhalten.

Weiter tragen die Beklagten vor, dass der Prospekt einen unrichtigen Eindruck über die wirtschaftlichen Risiken erwecke. So sei der Mietzins von 6,23 Mio. DM pro Jahr von vornherein nicht zu erzielen gewesen, da er nicht das Ergebnis einer Ertragsvorschau, vielmehr bloß der Verzinsung des Kaufpreises entspreche. Außerdem sei der Gesamtaufwand mit 109 Mio.DM zu Lasten des Fonds X aufgebläht worden. Ob die angestrebten Mieten erzielt werden und zu einem Erfolg des Fonds führen konnten, hätten die Beklagten selbst anhand der im Prospekt aufgeführten tatsächlichen und wirtschaftlichen Angaben prüfen können. Unvollständig oder falsch sind die Prospektangaben deshalb nicht. Das wirtschaftliche Risiko, dass mit der Anlage verbunden ist, können sie nicht auf die Klägerin abwälzen. Es ist auch nicht erkennbar, dass etwaige Mängel des Mietvertrages mit der Klinikbetreiberin eine Haftung der Klägerin begründen können, denn die negative Entwicklung des Fonds X ist darauf zurückzuführen, dass die Klinikbetreiberin sich nicht in der Lage gesehen hat, die vereinbarten Festmieten zu zahlen. 76

Hinsichtlich des geltendgemachten Zinsanspruches, gegen den die Beklagten in der Berufungsinstanz keine Einwendungen vorbringen, wird auf die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils verwiesen. 77

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 100 IV ZPO. 78

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 79

Berufungsstreitwert und Beschwer der Beklagten: 17.081.346,34 DM 80

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE