
Datum: 10.01.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 104/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0110.24U104.10.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 1 O 23/10

Tenor:

Die Berufung der Beklagten zu 2. gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 8. Juli 2010 - 1 O 23/10 - wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass die Verurteilung der Beklagten zu 2. zur Freistellung der Klägerin dadurch ersetzt wird, dass die Beklagte zu 2. verurteilt wird, an die Klägerin 11.099,25 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.5.2007 zu zahlen.

Die Beklagte zu 2. trägt ihre im Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten selbst. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung der Schlussentscheidung vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte zu 2. kann die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe

von 120% des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Freistellung, zuletzt Zahlung aufgrund eines mit den Beklagten geschlossenen Treuhandvertrages. Wegen des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

3

Das Landgericht hat den erstinstanzlich geltend gemachten Anspruch der Klägerin auf Freistellung für begründet erachtet. Der Anspruch ergebe sich aus § 2 Abs.1 S.2 des Treuhandvertrages, der den Treugeber entsprechend seiner quotalen Beteiligung zur Freistellung des Treuhänders verpflichtete. Ihre Inanspruchnahme habe die Klägerin mit Vorlage der Aufforderungsschreiben vom 3.12.2008 und vom 13.7.2009 nachgewiesen. Ein Erlass der Verbindlichkeit, wegen derer die Klägerin in Anspruch genommen werde, sei von den insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht nachgewiesen. Die Aktivlegitimation der Klägerin sei zu bejahen; der Insolvenzverwalter (der B2) dürfe gem. § 166 Abs.2 InsO eine sicherungshalber abgetretene Forderung einziehen und die Klägerin in Anspruch nehmen. Die Voraussetzungen eines Freistellungsanspruchs gem. § 257 BGB seien gegeben; die Klägerin müsse nicht vorrangig Zahlungen erbringen, um erst anschließend die Treugeber in Anspruch nehmen zu können. Der Treuhandvertrag enthalte auch keine Regelung, die eine Haftung der Beklagten ausschließe. § 4 des Treuhandvertrages sei hinsichtlich der Pflichten des Treugebers ersichtlich nicht abschließend, wenn der Treuhänder von Gesellschaftsgläubigern gem. § 128 HGB in Anspruch genommen werde. Die Regelung in § 2 Abs.1 S.2 des Treuhandvertrages verstoße auch nicht gegen § 307 BGB, denn die Regelung sei weder intransparent noch unklar; angesichts dieser klaren Regelung sei eine weiter gehende Aufklärung der Beklagten durch die Klägerin bei Vertragsschluss nicht erforderlich gewesen. Darauf, ob auch die Voraussetzungen eines Anspruchs gem. §§ 670, 675 BGB vorliegen, komme es angesichts der Regelung in § 2 Abs.1 S.2 des Treuhandvertrages nicht mehr an. Zur Aufrechnung gestellte Gegenansprüche der Beklagten bestünden schon dem Grunde nach nicht, seien aber jedenfalls verjährt; Verjährung sei aufgrund Kenntnis der Beklagten vom Geschäftsbericht der Fondsgesellschaft v. 20.12.1999 zum 31.12.2004 eingetreten, weil aus diesem hervorgegangen sei, dass sich die Geschäfte nicht prospektgemäß entwickelten. Auf §§ 215, 404 BGB könnten sich die Beklagten nicht berufen, denn der Freistellungsanspruch sei erst 2008 und damit zu einem Zeitpunkt entstanden, in dem Gegenansprüche bereits verjährt gewesen seien. Soweit ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 215 S.2 BGB nicht ausgeschlossen sei, sei nicht ersichtlich, worauf sich dieses beziehen solle, dessen Ausübung aber im Übrigen jedenfalls treuwidrig, da sie sich hierdurch besser stünden als ein unmittelbarer Gesellschafter, dem entsprechende Einreden verschlossen seien. Eine

4

Verpflichtung der Klägerin, vorrangig die B in Anspruch zu nehmen, bestehe nach dem Gesellschaftsvertrag nicht; eine Anspruchsgrundlage für eine Inanspruchnahme der B sei überdies nicht ersichtlich, das Gesellschaftsvermögen sei aufgebraucht und eine quotale Haftung der Gesellschafter vereinbart. Soweit die Beklagten kollusive Verhaltensweisen im Rahmen der Fondsbeteiligung rügten, seien die Einwände unerheblich, weil der Vorwurf kollusiven Zusammenwirkens sich gegen die Fondsgesellschaft, nicht aber gegen die Klägerin richte. Der Anspruch der Klägerin sei nicht verjährt; die Verjährung beginne mit der Möglichkeit klageweiser Durchsetzung des Freistellungsanspruchs, habe hier also nicht vor Inanspruchnahme der Klägerin 2008 zu laufen begonnen. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses ihnen am 12.7.2010 zugestellte Urteil haben die Beklagten mit per Telefax am 12.8.2010 bei dem Oberlandesgericht Köln eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Diese haben sie mit am Montag, den 13.9.2010 eingegangenen Schriftsatz begründet. 5

Mit ihrer Berufung wenden sich die Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil. Im Wesentlichen rügen sie Folgendes: 6

Die Klägerin sei keinem irgendwie gearteten finanziellen Risiko ausgesetzt, weil mit der C vereinbart sei, dass diese nur insoweit gegen die Klägerin vorgehe, als die Klägerin ihrerseits Freistellung erlangen könne; diese Vereinbarung ergebe sich aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.4.2010 vor dem Oberlandesgericht München (Anlage B15). Die Klägerin habe die ihr als Beteiligungstreuhänderin obliegenden Pflichten schon dadurch schwer wiegend verletzt, dass sie überhaupt die vorliegende Klage erhoben habe; sie habe sich der bedingungslosen Abhängigkeit und Weisung der C2 AG („C2“) und der C unterworfen. Dies führe zur Unzulässigkeit, jedenfalls aber zur Unbegründetheit der Klage. Weiter legen die Beklagten umfangreich angebliche Interessenverknüpfungen im H-Konzern dar, die darauf hinaus liefen, dass die Klägerin sich faktisch als Inkassogesellschaft des Gläubigerpools betätige. Da die Klägerin hierdurch ihre Pflichten aus dem Treuhandvertrag verletzt habe, sei die Klage unzulässig. Die Klägerin sei schadensersatzpflichtig; im Wege der Naturalrestitution sei sie zur Klagerücknahme verpflichtet, jedenfalls aber sei der Anspruch derzeit nicht durchsetzbar. Im Übrigen handele es sich, da die Klägerin die Ansprüche in fremdem Interesse geltend mache, materiell-rechtlich um eine Klage in Prozessstandschaft, die unzulässig sei. Entsprechend hätten auch andere Oberlandesgerichte bereits die Treuwidrigkeit des Handelns der Klägerin festgestellt. Die Klage sei auch unbegründet. Die Beklagten hätten nach der Konzeption des vorliegenden Fonds – dies ergebe sich aus dem Prospekt, S.23 unter Ziff. I.4.i - das wirtschaftliche Risiko nicht zu tragen; dieses Risiko habe die Klägerin vielmehr selbst übernommen, so dass ihr auch kein Anspruch auf Freistellung gegenüber den Beklagten zustehe. Dem entsprechend sei ein Anspruch des Treuhänders auf Auslagenersatz oder auf Freistellung auch in den Treuhandverträgen nicht vereinbart worden. Soweit das Landgericht einen vertraglichen Freistellungsanspruch auf der Grundlage des § 2 des Treuhandvertrages bejaht habe, ergebe sich dies weder aus dem Wortlaut des Vertrages, noch aus seinem Sinn und Zweck; dass sich in § 4 des Treuhandvertrages, der die Pflichten des Treugebers regelt, eine entsprechende Regelung nicht finde, spreche vielmehr dagegen. Jedenfalls sei eine Regelung in § 2 des Treuhandvertrages überraschend im Sinne des § 305c Abs.1 BGB, unklar im Sinne des § 305c Abs.2 BGB und auch unangemessen benachteiligend im Sinne des § 307 Abs.1 BGB. Gesetzliche Freistellungsansprüche bestünden ebenfalls nicht. Zu Unrecht habe das Landgericht seiner Entscheidung die von der Klägerin behauptete, von den Beklagten jedoch bestrittene Höhe der Darlehensvaluta zugrunde gelegt. Die Beklagte bestreite weiterhin die Höhe der Darlehensvaluta und behaupte, dass das Darlehen mittlerweile vollständig zurückgeführt sei. 7

Dies ergebe sich daraus, dass die Darlehensvaluta bereits zum 31.12.2005 unter dem für den 30.4.2007 behaupteten Stand gelegen habe (vgl. Anlage B8), die B2 als Gläubigerin auf einen Großteil ihrer Forderungen verzichtet habe, und die Fondsgesellschaft bereits andere Fondszeichner erfolgreich auf Ausgleich des auf sie entfallenden quotalen Liquidationsverlusts in Anspruch genommen habe. Zum behaupteten Verzicht der B2 verweist die Klägerin auf die Anlage B17 und auf einen bereits im Jahre 1998 vereinbarten Zins- und Tilgungsverzicht, der 2006 Anlass dafür gewesen sei, dass man einen Streit über die Frage eines schon 1998 erklärten endgültigen Tilgungsverzichts im Wege eines Vergleichs beigelegt habe, dessen Inhalt gerade ein endgültiger Verzicht auf 65% der Forderung gewesen sei, wie sich nicht zuletzt aus der bereits erstinstanzlich vorgelegten Anlage B8 (Schreiben der Berliner Volksbank vom 28.6.2007 an die Fondsgesellschaft), der Anlage BK9 (Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 22.1.2007) und dem in der mündlichen Verhandlung vom 8.12.2011 überreichten Schreiben der C vom 18.6.2007 ergebe; überdies sei der Abschluss eines solchen Vergleichs erstinstanzlich aber ohnehin unstreitig geblieben. Hiervon ausgehend habe der Saldo nur 788.000 € betragen dürfen. Unabhängig hiervon sei der in der Liquidationsbilanz ausgewiesene Darlehensstand aber auch deshalb unrichtig, weil dort Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern iHv 1.504.229,23 € ausgewiesen seien, deren Durchsetzung aber in der Liquidation der Gesellschaft gesperrt sei, und die deshalb nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Damit hätten Fondszeichner teils auf ihre eigenen Regressansprüche an die Fondsgesellschaft gezahlt, die diese Beträge „auch an die Drittgläubigerin B2 weiter geleitet haben wird“, so dass von einer Darlehensrückführung auszugehen sei. Zur erfolgreichen Inanspruchnahme weiterer Fondszeichner verweisen die Beklagten im Übrigen auf das Angebot der C vom 28.6.2007, das von vielen Fondszeichnern angenommen worden sei, wodurch sich der Saldo verringert habe, auf Klagen der B2, und auf deren Bilanz, die eine entsprechende Darlehensforderung nicht ausweise. Die Klägerin werde auch weder seitens der C noch seitens der B2 auf Rückzahlung in Anspruch genommen, so dass keine Aufwendungen im Sinne der §§ 670, 675 BGB vorlägen. Eine Inanspruchnahme der Klägerin sei gerade zur Vermeidung einer Insolvenz der Klägerin ausgeschlossen worden. Schon die aufgezeigten personellen Verflechtungen schlossen eine Inanspruchnahme denklogisch aus. Auch die Fondsgesellschaft werde nicht in Anspruch genommen, wie sich aus dem mit der C vereinbarten Vollstreckungsverzicht ergebe. Auch auf eine Inanspruchnahme der Klägerin sei ausdrücklich verzichtet worden, wie sich aus der Vereinbarung vom 8.10.2008 (Anlage BK1) ergebe. Zwar habe die Klägerin ursprünglich mit der Haftungsübernahme gem. § 128 HGB unstreitig eine Aufwendung für die Beklagten im Sinne der §§ 670, 675 BGB getätigt; nunmehr sei jedoch der Eintritt eines Vermögensnachteils für die Klägerin ausgeschlossen und daher auch ein Anspruch gem. §§ 670, 675 BGB nicht gegeben. Spiegelbildlich zu der bezweckten Befreiung von der Insolvenzantragspflicht, die voraussetze, dass die Klägerin einer Haftung nicht ausgesetzt sei, müsse – ungeachtet einer insoweit fehlenden ausdrücklichen Regelung - auch von einem Untergehen der Freistellungsansprüche der Klägerin gegenüber den Fondszeichnern ausgegangen werden. Zumindest hafteten die Beklagten aber nicht für das vorliegend streitgegenständliche Baudarlehen. Dies ergebe sich – unbeschadet des allgemeinen Risikohinweises auf S.29 des Prospekts - aus der aus dem Fondsprospekt ersichtlichen Konzeption des Fonds, nach der für das Baudarlehen allein die Fondsgesellschaft haften sollen. Auch greife der bereits in erster Instanz erhobene Verjährungseinwand durch, weil der Freistellungsanspruch bereits mit Valutierung des Darlehens fällig geworden sei. Nichts Anderes ergebe sich aus dem Urteil des BGH vom 5.5.2010, III ZR 209/09, weil die in diesem Urteil angesprochenen Unzuträglichkeiten der geltenden Rechtslage, die den BGH bei seiner Entscheidung geleitet hätten, im vorliegenden Fall nicht zu befürchten seien; eine andere Gestaltung der Verjährungsfrage sei im Übrigen ausschließlich Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Rechtsprechung. Selbst wenn man

einen Freistellungsanspruch dem Grunde nach bejahe, hafteten die Beklagten jedenfalls nicht in geltend gemachter Höhe. Die Klägerin hafte nur akzessorisch für die Gesellschaftsschuld, die durch Zahlungen der Fondsgesellschaft selbst oder durch Zahlungen Dritter – etwa der Fondszeichner – erfüllt werde; eine Haftung auf den ursprünglichen Darlehensnennbetrag hätte zwar vereinbart werden können, sei aber hier nicht vereinbart worden. Dies führe dazu, dass der Gläubiger der Fondsgesellschaft, wenn er quotale Haftung akzeptiert habe, seine Ansprüche später nicht vollumfänglich realisieren könne. Der Prospekt vermittle den Eindruck, der Zeichner hafte nur quotal für den jeweils aktuellen Valutastand; dies ergebe sich aus § 26 des Gesellschaftsvertrages und S.18, 27 und 29 des Prospektes und auch aus dem Zeichnungsschein. Zur Frage der akzessorischen Haftung sei im Übrigen beim BGH ein Revisionsverfahren anhängig (BGH XI ZR 3/09). Im Weiteren machen die Beklagten umfangreiche Ausführungen zur angeblichen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch die Klägerin; diese führten zu Schadensersatzansprüchen der Beklagten, die der Klageforderung im Wege der Aufrechnung, jedenfalls aber im Wege der Einrede entgegen gehalten werden könnten.

Mit Beschluss des AG Aachen vom 22.6.2011 ist über das Vermögen des Beklagten zu 1. das Insolvenzverfahren eröffnet worden. 8

Die Beklagte zu 2. beantragt, 9

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 10

Die Klägerin beantragt, 11

die Berufung der Beklagten zu 2. zurückzuweisen, sowie im Wege der Anschlussberufung die Beklagte zu 2. unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an sie 11.099,25 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. seit dem 1.5.2007 zu zahlen. 12

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Zu dem von der Klägerin behaupteten Teilerlass der Forderung durch die C in Höhe von 65% behauptet die Klägerin, das mit Schreiben der Bank an die Fondsgesellschaft vom 18.6.2007 unterbreitete Angebot auf „Vollstreckungsverzicht“ sei nach dem übereinstimmenden Willen der Volksbank und der Fondsgesellschaft so gemeint gewesen, dass ein Verzicht wegen Nichtbeitreibens bis zum Stichtag 31.12.2010 nur dann greifen sollte, wenn mit der gerichtlichen Durchsetzung der Forderung bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht begonnen worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Klägerin im Berufungsverfahren wird auf S.11-75 der Berufungserwidern vom 22.11.2010 Bezug genommen. Zu ihrer innerhalb der bis zum 29.11.2010 verlängerten Frist zur Berufungserwidern eingegangenen Anschlussberufung verweist die Klägerin darauf, dass sich der der Klägerin zunächst zustehende Freistellungsanspruch durch ernsthafte und endgültige Verweigerung der geschuldeten Freistellung in einen Zahlungsanspruch umgewandelt habe, der ohne Klageänderung in zulässiger Weise weiter verfolgt werden könne. 13

Der Senat hat zunächst unter dem 7.7.2011 einen Hinweisbeschluss gem. § 522 Abs.2 ZPO erlassen. Auf die Stellungnahme der Beklagten, mit der unter anderem darauf hingewiesen wurde, dass die Oberlandesgerichte Hamm und Bremen in gleich gelagerten Fällen eine Aufrechnung des Treugebers mit Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten gegenüber dem Anspruch des Treuhänders auf Freistellung durchgreifen ließen, hat der Senat Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt. Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien 14

gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.	15
Die zulässige Berufung der Beklagten zu 2. ist nicht begründet. Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin ist demgegenüber begründet und führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung dahin, dass die Beklagte zu 2. nicht nur zur Freistellung, sondern unmittelbar zur Zahlung verurteilt wird.	16
A.	17
Der Senat entscheidet gem. § 301 ZPO durch Teilurteil, nachdem über das Vermögen des Beklagten zu 1. das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Damit ist zwar das ihn betreffende Berufungsverfahren gem. § 240 ZPO unterbrochen. Der weitere Gang des Berufungsverfahrens betreffend die Beklagte zu 2. wird hiervon jedoch nicht berührt und der Erlass eines Teilurteils nicht gehindert (vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2002, VII ZR 176/02, NJW-RR 2003, 1002 f., juris Rn10).	18
B.	19
Die Berufung der Beklagten zu 2. ist zulässig, aber unbegründet. Der Klägerin steht der mit der Klage in zulässiger Weise geltend gemachte und im angefochtenen Urteil zuerkannte Freistellungsanspruch gegen die Beklagten zu.	20
1.	21
Die Klage ist zulässig.	22
a.	23
Die Ansicht der Beklagten, aus einer materiell-rechtlichen Schadensersatzpflicht der Klägerin – eine solche einmal unterstellt – folge die Unzulässigkeit der Klage, ist ohne jede Grundlage in Gesetz und Rechtsprechung. Die Rechtsprechung erkennt einen zur Unzulässigkeit der Klage führenden Einwand der Beklagtenseite dann an, wenn sich der Beklagte zur Klagerücknahme rechtsgeschäftlich verpflichtet hat (Zöller-Greger, § 269 ZPO Rn3); das ist hier ersichtlich nicht der Fall. Die Annahme, dies gelte auch, wenn im Wege des Schadensersatzes verlangt werden könne, dass eine gerichtliche Inanspruchnahme unterbleibt (so BB S.21), ist unhaltbar. Die Rechtsprechung, die eine Unzulässigkeit der Klage bzw. des Rechtsmittels im Fall rechtsgeschäftlicher Verpflichtung zur Klage- bzw. Rechtsmittelerücknahme bejaht, beruht darauf, dass sich niemand mit seinem vorangegangenen rechtsgeschäftlichen Verhalten prozessual in Widerspruch setzen darf (BGH, Urt. v. 14.11.1983, IVb ZR 1/82, NJW 1984, 805, juris Rn8; Urt. v. 14.5.1986, IVa ZR 146/85, NJW-RR 1987, 307, juris Rn7). Darum geht es aber bei Annahme einer materiell-rechtlichen Schadensersatzpflicht ersichtlich nicht (ebenso OLG München 20 U 1940/10, GWR 2010, 524, juris Rn20).	24
b.	25
Die weitere Rüge der Beklagten (BB S.21 f.), es liege eine unzulässige Prozessstandschaft vor, geht ebenfalls fehl. Die Klägerin macht ein eigenes Recht im eigenen Namen geltend; das hat mit Prozessstandschaft ersichtlich nichts zu tun; daran ändert sich auch nichts dadurch, dass die wirtschaftlichen Folgen des Verfahrensausgangs gegebenenfalls nicht die Klägerin treffen. Nichts Anderes ergibt sich aus den von den Beklagten (BB S.22 f.) zitierten	26

Entscheidungen (vgl. etwa OLG München, OLGR 2009, 819 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 10.3.2010, zit. nach juris).

2. 27

Die Klage ist auch begründet. 28

a. 29

Der in erster Instanz zuerkannte Freistellungsanspruch findet seine Grundlage in § 2 Abs.1 S.2 des Treuhandvertrages in Verbindung mit §§ 670, 675 BGB und ist auch der Höhe nach gerechtfertigt. 30

aa. 31

Schon die im Treuhandvertrag enthaltene Formulierung „Die vom Treuhänder für Rechnung und im Interesse des Treugebers eingegangenen gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten treffen im Innenverhältnis ausschließlich den Treugeber“ impliziert eine eigenständige vertragliche Verpflichtung des Treugebers, den Treuhänder im Fall einer Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger - entsprechend seinem quotalen Anteil – freizustellen. Dies ergibt schon eine interessengerechte Auslegung der Vertragsklausel (vgl. OLG München, aaO., juris Rn25 ff.). Im Übrigen besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein Freistellungsanspruch des Beteiligungstreuhänders aber auch bereits dann, wenn keine von §§ 670, 675 BGB abweichende Regelung getroffen wird (BGH, Urt. v. 28.1.1980, II ZR 250/78, BGHZ 76, 127 ff., juris Rn20-23; BGH Urt. v. 5.5.2010, III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 ff., juris Rn11). So liegt der Fall hier. § 4 des Treuhandvertrages, der Pflichten des Treugebers regelt, kann insoweit ersichtlich nicht als abschließend verstanden werden (vgl. OLG München, aaO., juris Rn31). Der Hinweis der Beklagten (BB S.24) auf den Prospektinhalt ist einerseits schon nicht nachvollziehbar, weil sich an der angegebenen Fundstelle keine entsprechende Regelung findet; im Übrigen führt er angesichts der völlig eindeutigen Regelung in § 2 des Treuhandvertrages nicht zu einem anderen Ergebnis. Dass die Klägerin die alleinige Haftung auch im Innenverhältnis übernommen hätte, ist angesichts der Konstruktion derartiger Fondsgesellschaften auch nach Sinn und Zweck des Treuhandverhältnisses fern liegend. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Regelung eines Freistellungsanspruchs in § 2 des Treuhandvertrages auch offensichtlich als weder überraschend noch unklar (so auch OLG Düsseldorf, 6 U 33/10, Anlage K80, S.12), noch enthält sie (entgegen BB S.25-27) eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten. 32

bb. 33

Die Beklagten sind gerade auch in Bezug auf das streitgegenständliche Baudarlehen, und zwar in der Höhe, in der sie von der Klägerin in Anspruch genommen werden, zur Freistellung verpflichtet. 34

(1) 35

Wie oben bereits ausgeführt, gilt der Grundsatz, dass der Treuhänder im Rahmen des Treuhandverhältnisses umfassend Freistellung verlangen kann, soweit er im Interesse des Treugebers tätig wird. Eine einschränkende Vereinbarung wurde zwischen den Parteien nicht getroffen. Ein Ausschluss der Haftung der Beklagten gerade für das Baudarlehen lässt sich weder dem Treuhandvertrag entnehmen, noch ergibt er sich aus dem Prospekt. Im Gegenteil verweist § 2 Abs.1 S.3 des Treuhandvertrages ausdrücklich auf § 7 des 36

Gesellschaftsvertrages, in dem unter Nr.4 ausdrücklich eine Haftung der Neugesellschafter für bereits begründete Verbindlichkeiten und eine diesbezügliche Freistellungsverpflichtung gegenüber den „Altgesellschaftern“ vorgesehen ist. In der Berufungsbegründung gestehen die Beklagten überdies zu, dass die Klägerin ursprünglich unstreitig mit der Haftungsübernahme gem. § 128 HGB eine Aufwendung für die Beklagten im Sinne der §§ 670, 675 BGB getätigt habe (BB S.39). Dass allein die Fondsgesellschaft für das Baudarlehen haften sollen, ergibt sich auch nicht aus dem Prospekt; das Gegenteil ergibt sich vielmehr aus § 7 Nr.4 des Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit § 2 Abs.1 S.3 des Treuhandvertrages, der eine Haftung der Gesellschafter für die Altverbindlichkeiten gerade voraussetzt.

(2) 37

Gemäß §§ 8 Nr. 2 u. 3, 9 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrages haften die Gesellschafter - und die Treugeber vermittelt durch den Treuhänder – allerdings nur quotaal entsprechend ihrer Beteiligung. Nur in diesem Umfang sind die Beklagten daher der Klägerin auch zur Freistellung verpflichtet. Maßgebliche Bezugsgröße für die Berechnung der Haftungsquote ist insoweit die Restvaluta, die nach der letzten Zahlung der Fondsgesellschaft verblieben ist; weitere Zahlungen der Mitgesellschafter entlasten hingegen nicht (so überzeugend OLG München 20 U 1940/10, GWR 2010, 524, juris Rn54; ebenso OLG Frankfurt, 4 U 18/10, Anlage K79 S.5; OLG Celle, 9 U 1/10, Anlage K86, S.2 f.), selbst Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen sind nicht kraft Gesetzes, sondern allenfalls kraft Vertragsauslegung haftungsmindernd anzurechnen (BGH, Urt. v. 8.2.2011, II ZR 263/09, WM 2011, 893 ff., juris Rn25 ff.). Sache der Beklagten ist es, eine etwaige Reduzierung eines einmal valuierten Darlehens, für das die Klägerin die Haftung übernommen hat, darzulegen und zu beweisen (OLG München, aaO., juris Rn40; OLG Jena, 5 U 118/10, Anlage K82, S.12). Hiervon ausgehend gilt Folgendes:

(2.1) 39

Die Klägerin hat die Haftungssumme in der Klageschrift ausgehend von einem Darlehenssaldo für das am 19.12.1994 gewährte Baudarlehen iHv 2.246.488,69 € und einer Beteiligungsquote der Beklagten von 0,4941% errechnet. Das ist nicht zu beanstanden. 40

(2.1.1) 41

Die Beklagten haben ihre von der Klägerin angesetzte rechnerische Beteiligungsquote nicht bestritten. 42

(2.1.2) 43

Der Stand des Baudarlehens in Höhe von 2.246.488,69 € zum 30.4.2007 wird belegt durch die Liquidationseröffnungsbilanz zum 30.4.2007, Anlage K4, S.9 unten, wobei nach dem oben Ausgeführten die Zahlungen der Gesellschafter in 2007 noch dem Stand 30.4.2007 hinzuzurechnen sind. 44

Dass das Darlehen ursprünglich in voller Höhe, also in Höhe von 2.837.669,94 €, valuierte, hat die Klägerin mit der Anlage K34 dargetan. Die Richtigkeit der in der Anlage K34 enthaltenen Angaben ist im Übrigen weder erstinstanzlich konkret bestritten noch mit der Berufungsbegründung (BB S.27-35) in Abrede gestellt worden. 45

Hiervon ausgehend lässt sich ein Absinken der Darlehensvaluta zum 30.4.2007 auf einen unter 2.027.207,98 € (zzgl. nicht anrechenbarer Zahlungen anderer Gesellschafter entsprechend S.9 der Anlage K4) liegenden Betrag nicht feststellen.

Die Klägerin hat weitere Zahlungen der Fondsgesellschaft ausdrücklich bestritten. Die Beklagten haben solche Zahlungen der Fondsgesellschaft auf das Darlehen auch erstinstanzlich nicht konkret behauptet, geschweige denn unter Beweis gestellt. Die Behauptung in der Berufungsbegründung (BB S.32), es seien wohl Zahlungen seitens der Fondsgesellschaft weitergeleitet worden, entbehrt schon jeder Substanz, wäre im Übrigen aber auch streitig und gem. § 531 Abs.2 ZPO nicht mehr zuzulassen; Zahlungen der Fondszeichner selbst ließen ohnehin die quotale Haftung der Beklagten unberührt. Ein konkreter Beweisantritt dafür, dass das Darlehen in vollem Umfang zurückgeführt ist, fehlt. Dass die Darlehensvaluta bereits zum 31.12.2005 unter dem für den 30.4.2007 behaupteten Stand gelegen haben soll, wie die Beklagten unter Hinweis auf ein Schreiben der Berliner Volksbank behaupten (vgl. Anlage B8), besagt hierfür nichts Wesentliches.

47

Ein von den Beklagten behaupteter Verzicht der Gläubigerin lässt sich ebenfalls nicht feststellen.

48

Davon dass die B2 als Gläubigerin auf einen Großteil ihrer Forderungen verzichtet hat, kann nicht ausgegangen werden. Die Beklagten unterlegen insoweit den Vereinbarungen zwischen B2 bzw. Berliner Volksbank und der Klägerin einen Sinn, der dem von diesen beabsichtigten Zweck eindeutig widerspricht, denn ein Erlass war hier offensichtlich nicht gewollt. Dass das Angebot, auf einen wesentlichen Teil der Forderungen zu verzichten, 2006 nicht angenommen wurde, hat das Landgericht im Übrigen in seinem Urteil ausdrücklich als unstreitig bezeichnet, ohne dass die Beklagten insoweit Tatbestandsberichtigung beantragt hätten; hiervon abweichender neuer Vortrag der Beklagten ist daher gem. § 531 Abs.2 ZPO nicht mehr zuzulassen.

49

Auch aus dem 1998 erklärten Zins- und Tilgungsverzicht der B2 ergibt sich entgegen der Annahme der Beklagten nicht, dass jedenfalls 2006 auf Forderungen endgültig verzichtet worden wäre. Die hierzu von den Beklagten vorgelegten Unterlagen (Anlage BK9 = Anlage B17) geben dies ersichtlich nicht her. Das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 22.1.2007 weist zwar das Baudarlehen nur mit 788.340 € aus, erläutert aber, dass das Darlehen „nunmehr abzulösen wäre“; dies ist, wie bereits das Landgericht UA S.9 ausgeführt hat, nicht geschehen, so dass die Bedingung für den Teilverzicht nicht eingetreten ist

50

Auch ein von der Volksbank als Abtretungsempfängerin im Jahr 2007 erklärter und zugunsten der Beklagten wirkender Verzicht auf einen Teil der Forderung lässt sich nicht feststellen. Die Schreiben der Berliner Volksbank vom 18.6.2007 (überreicht im Termin vom 8.12.2011) und vom 28.6.2007 (Anlage B8) belegen einen solchen Verzicht nicht. Das unter Ziff.1 des Schreibens der Berliner Volksbank vom 18.6.2007 unterbreitete Angebot auf Teilerlass der Forderung greift nicht, denn es war bedingt durch eine von den Beklagten unstreitig nicht erbrachte Teilzahlung von 35% bis zum 31.5.2007. Der unter Ziff.2 des Schreibens der C vom 18.6.2007 angebotene Vollstreckungsverzicht mag gegebenenfalls dazu führen, dass die Schuld der Fondsgesellschaft gegenüber der C erloschen ist, soweit Forderungen „uneinbringlich“ im Sinne des Angebots sind. Dies kann jedoch die Haftung der Beklagten für das Baudarlehen ebenso wenig berühren wie entsprechende Zahlungen der Gesellschafter den Bestand der Haftung der Beklagten berührt hätten (vgl. OLG München 20 U 1940/10, GWR 2010, 524, juris Rn54; ebenso OLG Frankfurt, 4 U 18/10, Anlage K79 S.5; OLG Celle, 9 U 1/10, Anlage K86, S.2 f.). Auch, dass die C gerade auf den Haftungsanteil der Beklagten verzichtet hätte, ergibt sich nicht. In Bezug auf die Beklagten kann von Uneinbringlichkeit im

51

Sinne des Angebots vom 18.6.2010 nicht ausgegangen werden. Uneinbringlichkeit im Sinne der Buchstaben a)-c) liegt offensichtlich nicht vor. Uneinbringlichkeit im Sinne von Buchstabe d) des Angebots lässt sich ebenfalls nicht feststellen, weil nach dem unwiderlegten Vortrag der Klägerin die Vereinbarung von den Vertragsparteien, nämlich der C und der Fondsgesellschaft so gemeint war, dass Uneinbringlichkeit im Sinne des Buchstaben d) nur dann angenommen werden sollte, wenn eine Beitreibung bis Ende 2010 nicht zumindest durch Klageerhebung oder ähnliche Maßnahmen eingeleitet worden wäre, nicht aber schon dann, wenn eine Zahlung bis zum 31.12.2010 nicht erfolgen würde. Dieses von der Klägerin behauptete übereinstimmende Vertragsverständnis ist gem. §§ 133, 157 BGB maßgeblich (Palandt-Ellenberger, § 133 BGB Rn8); Abweichendes haben die für einen Teilerlass der Forderung gegen die Gesellschaft darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht dargetan.

Soweit die Fondsgesellschaft bereits andere Fondszeichner erfolgreich auf Ausgleich des auf sie entfallenden quotalen Liquidationsverlusts in Anspruch genommen hat, ist dies aus Rechtsgründen unerheblich (s.o). Dass die in der Liquidationsbilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern irgendeine Bedeutung für den Bestand des Baudarlehen hätten, ist nicht ersichtlich. 52

(2.1.3) 53

Für dieses Baudarlehen ist die Klägerin eine Haftung eingegangen, von der sie freizustellen ist. Dass die Klägerin ursprünglich mit der Haftungsübernahme gem. § 128 HGB eine Aufwendung für die Beklagten im Sinne der §§ 670, 675 BGB getätigt hat, räumt die Berufungsbegründung insoweit ausdrücklich ein (BB S.39). 54

(2.2) 55

Soweit Freistellung auch hinsichtlich eines Zinsanspruchs in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. seit dem 1.5.2007 verlangt worden ist, ist auch dieses Begehren begründet. Die Klägerin hat schon in der Klageschrift behauptet, dass Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz aus den Freistellungsbeträgen anfielen, und dies damit begründet, dass die Fondsgesellschaft dem Darlehensgeber gegenüber in Verzug geraten sei; dieses Vorbringen haben die Beklagten nicht bestritten. 56

b. 57

Die gegen den Freistellungsanspruch erhobenen weiteren Einwendungen der Beklagten greifen nicht durch. 58

aa. 59

Auf die im landgerichtlichen Urteil angesprochene Aktivlegitimation der B2 im Verhältnis zur Klägerin kommt es nicht an, denn der vertragliche Freistellungsanspruch umfasst regelmäßig auch die Abwehr unberechtigter Ansprüche Dritter (BGH, Urt. v. 15.10.2007, II ZR 136/06, NJW-RR 2008, 256 ff., juris Rn22). 60

bb. 61

Soweit die Beklagten argumentieren, die Klägerin werde schon nicht „in Anspruch genommen“ (BB S.35-39), räumen sie selbst ein, dass eine Inanspruchnahme keine notwendige Voraussetzung für das Entstehen des Freistellungsanspruchs ist (BB S.36). Das Gegenteil ergibt sich im Übrigen aus dem Aufforderungsschreiben der B2 vom 3.12.2008 62

(Anlage K 36). Dass die darin enthaltene Zahlungsaufforderung nicht ernst gemeint und daher gem. § 117 BGB nichtig sei (so die Rüge der Beklagten BB S.20), kann selbst ausgehend von der Argumentation der Beklagten schon deshalb nicht angenommen werden, weil es für den erstrebten Erfolg hier gerade der Wirksamkeit und damit auch der Ernsthaftigkeit der Erklärung bedarf; in einem solchen Fall liegt aber ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB gerade nicht vor (vgl. nur Palandt-Ellenberger, § 117 BGB Rn4). Zudem entlastet der zwischen der Klägerin und den Gesellschaftsgläubigern vereinbarte Haftungs- und Vollstreckungsverzicht, wonach die Klägerin gegebenenfalls nur in dem Umfang in Anspruch zu nehmen ist, in dem Ansprüche gegen die Treugeber durchsetzbar sind, aber auch die Beklagten nicht. Dass die Parteien des Haftungs- und Vollstreckungsverzichts derartiges in Form eines auch die Beklagten begünstigenden Vertrages zu Gunsten Dritter hätten regeln wollen, ist fernliegend, denn Ziel der Vereinbarung war offensichtlich der unmittelbare Zugriff auf die Treugeber (vgl. auch OLG Düsseldorf, 6 U 33/10, Anlage K80, S.10). Gesetzliche Folge des Haftungs- und Vollstreckungsverzichts ist die Entlastung der Beklagten ebenfalls nicht. Der Bestand der Verbindlichkeiten der Klägerin ist in eben dem Umfang, in dem ihr Ansprüche auf Freistellung gegen Dritte zustehen, nach den mit den Gläubigern getroffenen Vereinbarungen auch nach Darstellung der Beklagten unberührt geblieben (vgl. BB S.39), wenn sie ausführen, dass von einem Erlöschen der Ansprüche in den Vereinbarungen nicht die Rede sei. Die Argumentation der Beklagten, weil die Ansprüche erlassen seien, hafteten auch die Beklagten nicht mehr, ist daher ersichtlich zirkelschlüssig, denn davon, dass die Ansprüche erlassen sind, kann eben nicht ausgegangen werden. Dass ein Anspruch gegen den Freistellungsgläubiger - aus welchen Gründen auch immer, insbesondere wegen drohender Insolvenz - nicht anders durchsetzbar ist als durch Realisierung des gegen den Freistellungsschuldner gerichteten Anspruchs, kann ersichtlich nicht dazu führen, schon den Freistellungsanspruch zu verneinen; der wirtschaftliche Wert der Forderung des Dritten gegen den Freistellungsgläubiger ist keine gesetzliche Anspruchsvoraussetzung des Freistellungsanspruchs (im Ergebnis ebenso etwa OLG Celle, 9 U 95/09, Anlage K58, S.6).

cc. 63

Soweit die Beklagten auf die mit der Freistellung verbundene Gefahr doppelter Inanspruchnahme und die Übernahme des Insolvenzrisikos verweisen, ist eine Treuwidrigkeit des Vorgehens der Klägerin nicht zu erkennen. Sache der Beklagten als Freistellungsschuldner, nicht der Klägerin als Freistellungsgläubiger ist es, das Insolvenzrisiko der Gesellschaft zu tragen. Wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, Ansprüche der Klägerin gem. § 110 HGB zu erfüllen, trifft dieses Risiko nach der Risikoverteilung zwischen Treuhänder und Treugeber eindeutig den Treugeber, dem die wirtschaftlichen Folgen des Erfolgs und Misserfolgs der Gesellschaft zugerechnet werden. Die abweichende Argumentation des OLG München (Urt. v. 16.9.2009, OLGR 2009, 819 ff., juris Rn100; aufgehoben durch Urteil des BGH vom 11.10.2011, II ZR 242/09, WM 2011, 2327 ff.) übersieht, dass die Beklagten von Gesellschaftsgläubigern überhaupt nicht in Anspruch genommen werden können (vgl. BGH, Urt. v. 22.3.2011, II ZR 271/08, WM 2011, 897 ff., juris Rn10), also eine entsprechende Besorgnis der – ggf. doppelten - Inanspruchnahme von vornherein unbegründet ist (vgl. auch OLG Frankfurt, 4 U 18/10, Anlage K79, S.4 f.).

dd. 65

Soweit die Beklagten sich auf Gegenansprüche wegen (vermeintlicher) Pflichtverletzungen der Klägerin berufen (BB S.50-89), können sie damit keinen Erfolg haben. 66

(1)	67
Eine Aufrechnung kommt gegenüber dem erstinstanzlich geltend gemachten Freistellungsanspruch schon deshalb nicht in Betracht, weil der in erster Instanz geltend gemachte Anspruch der Klägerin auf Freistellung und die dem gegenüber von den Beklagten zur Aufrechnung gestellten, auf Zahlung gerichteten Schadensersatzansprüche nicht gleichartig im Sinne des § 387 BGB sind (vgl. nur BGH, Beschl. v. 9.7.2009, IX ZR 135/08, MDR 2009, 1251; Urt. v. 6.7.1977, IV ZR 17/76, BGHZ 69, 235 ff., juris Rn51; Palandt-Grüneberg, § 387 BGB Rn10).	68
(2)	69
Darüber hinaus wäre eine Aufrechnung aber im vorliegenden Fall auch dann unzulässig, wenn man davon ausginge, dass sich der Befreiungsanspruch bereits in einen Zahlungsanspruch umgewandelt hat, wie er nunmehr mit der Anschlussberufung geltend gemacht wird. Über die gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ist eine Aufrechnung nämlich dann verboten, wenn nach dem besonderen Inhalt des zwischen den Parteien begründeten Schuldverhältnisses der Ausschluss als stillschweigend vereinbart angesehen werden muss (§ 157 BGB) oder wenn die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar (§ 242 BGB) erscheinen lassen. So liegt der Fall hier. Die Treuhandkommanditistin hat die Beteiligung treuhänderisch für Rechnung der Treugeber übernommen und gehalten. Bei einer Gestaltung der Anlegerbeteiligung wie der vorliegenden darf der Anleger zwar grundsätzlich, soweit sich das nicht aus der Zwischenschaltung des Treuhänders unvermeidbar ergibt, nicht schlechter stehen, als wenn er selbst Kommanditist wäre; er darf aber auch nicht besser gestellt werden, als wenn er sich unmittelbar beteiligt hätte. Ihn trifft daher, wenn keine besonderen Verhältnisse vorliegen, auch das Anlagerisiko so, als ob er sich unmittelbar als Kommanditist beteiligt hätte. Die Einbindung der Anleger durch das Treuhandverhältnis erfasst auch die Haftung der Treuhandkommanditistin gegenüber Gesellschaftsgläubigern, soweit die Einlagen nicht erbracht oder wieder zurückbezahlt worden sind. Aus diesem Grund kann sich der Anleger der ihn mittelbar über die Inanspruchnahme durch die Treuhandkommanditistin treffenden Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB nicht durch Aufrechnung mit Ansprüchen gegen die Treuhandkommanditistin entziehen (BGH, Urt. v. 22.3.2011, II ZR 271/08, WM 2011, 897 ff., juris Rn27).	70
(3)	71
Die gegen diese Beurteilung von den Beklagten vorgebrachten Einwendungen greifen nicht durch.	72
(3.1)	73
Zuzugeben ist den Beklagten, dass es in der der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes zugrunde liegenden Fallgestaltung um eine Treuhandkommanditistin ging, die den Gläubigern der Fondsgesellschaft selbst nur beschränkt haftete, während die Klägerin im vorliegenden Fall als persönlich unbeschränkt haftende Gesellschafterin aufgetreten ist. Zur Frage der Geltendmachung von Aufklärungspflichtverletzungen in einem Fall wie dem vorliegenden hat der Bundesgerichtshof, soweit ersichtlich, noch nicht Stellung genommen. Dieser Unterschied steht indes einer Übertragung der Grundsätze der BGH-Entscheidung auf den vorliegenden Fall nicht entgegen. Auch für den Anleger, der sich über einen Treuhänder als OHG-Gesellschafter an einer Gesellschaft beteiligt, ist es regelmäßig	74

nicht geboten, den sich nur mittelbar beteiligenden Gesellschafter besser zu behandeln als einen sich unmittelbar beteiligenden Gesellschafter, der einer Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger gerade nicht entgegen halten kann, dass ihm ggf. Ansprüche wegen Aufklärungspflichtverletzung zustehen (OLG Bremen, Urt. v. 1.6.2011, 2 U 59/10, UA S.18). Der von den Beklagten angeführte Grundsatz der Kapitalerhaltung zwingt zu keiner anderen Beurteilung, denn er führt aus Sicht des Gläubigers zu keiner grundsätzlich unterschiedlichen Haftungslage bei mittelbarer Beteiligung an einer KG oder an einer OHG (OLG Bremen, aaO., UA S.19; ebenso OLG Stuttgart, Urt. v. 10.5.2011, 6 U 44/10, UA S.23-25).	75
(3.2)	76
Der Senat sieht auch im Hinblick auf § 242 BGB keine Veranlassung, von diesen Grundsätzen im vorliegenden Fall abzugehen.	77
(3.2.1)	78
Zwar hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Bremen in der oben zitierten Entscheidung angesichts der personellen Verflechtung zwischen Darlehensgeber, Fondsgesellschaft und Treuhänder mit Rücksicht auf Treu und Glauben eine derartige Aufrechnungsmöglichkeit in einer dem vorliegenden Fall vergleichbaren Fallgestaltung bejaht (OLG Bremen, aaO., UA S.20 f.); auch der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm hat eine Aufrechnung des Treugebers in einem vergleichbaren Fall durchgreifen lassen (Urt. v. 18.2.2011, 12 U 33/10, UA S.8 ff.).	79
(3.2.2)	80
Der erkennende Senat sieht für die Eröffnung einer Aufrechnungsmöglichkeit zugunsten des sich über einen Treuhänder beteiligenden Anlegers jedoch jedenfalls im vorliegenden Fall keine ausreichende Grundlage.	81
(3.2.3)	82
Der Bundesgerichtshof stützt den Ausschluss der Aufrechnungsmöglichkeit maßgeblich auf eine typisierende Interessenabwägung im Rahmen der Vertragsauslegung bzw. im Rahmen des § 242 BGB. Aus einer ergänzenden Vertragsauslegung lässt sich die ausnahmsweise Eröffnung der Aufrechnungsmöglichkeit nicht entnehmen, denn es liegt fern anzunehmen, dass die Parteien, hätten sie diese Frage bei Vertragsschluss bedacht, eine solche Aufrechnungsmöglichkeit vereinbart hätten. Schon die von den Beklagten betonte Verflechtung von Gläubigerin, Treuhänderin und Fondsgesellschaft dürfte einen entsprechenden Vertragswillen der Treuhänderin bei Abschluss des Treuhandvertrages ausschließen; dass bei den Anlegern der Eindruck entstanden sein könnte, ist ebenfalls nicht ersichtlich.	83
(3.2.4)	84
Auch aus § 242 BGB folgt dieses Ergebnis auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes jedenfalls für einen Fall wie den vorliegenden nicht.	85
(3.2.4.1)	86
	87

Zwar lässt der Bundesgerichtshof die Berufung des grundsätzlich gem. § 128 HGB akzessorisch haftenden Gesellschafters auf § 242 BGB gegenüber einzelnen Gesellschaftsgläubigern zu (vgl. BGH, Urt. v. 17.6.2008, XI ZR 121/07, juris Rn24 f.). Dies gilt indes gerade nicht, wenn es um die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit des Beitritts zur Gesellschaft selbst geht (BGH, aaO., juris Rn26). Unter dem vom OLG Bremen aaO. angeführten Gesichtspunkt der Verflechtung lässt der Bundesgerichtshof in einer früheren Entscheidung (Urt. v. 26.1.1976, II ZR 156/74, WM 1976, 809 f., juris Rn19 f.) die Berufung auf § 242 BGB zu, sofern dem Gesellschafter ein vertraglicher Befreiungsanspruch gegen die Gesellschaft und weitere Gesellschafter zusteht, die vom Gläubiger aufgrund enger wirtschaftlicher Verflechtung (Gläubiger als Mehrheitsgesellschafter; Identität der Geschäftsführer) „gesteuert“ werden. So liegt der vorliegende Fall jedoch nicht, denn hier geht es um einen gesetzlichen und nicht um einen vertraglichen Befreiungsanspruch des Gesellschafters, so dass der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens nicht in gleicher Weise erhoben werden kann. Die bloße Kenntnis eines Gläubigers von einem Haftungsbefreiungstatbestand zugunsten des in Anspruch genommenen Gesellschafters – oder eben des nicht anders zu behandelnden, sich nur mittelbar beteiligenden Anlegers (BGH, Urt. v. 22.3.2011, II ZR 271/08, WM 2011, 897 ff., juris Rn26 ff.) – reicht für die Anwendung des § 242 BGB insoweit nicht aus (vgl. BGH, Urt. v. 26.1.1976, II ZR 156/74, WM 1976, 809 f., juris LS). Daher genügt die Feststellung der Identität der Geschäftsführer der Gläubigerin, der Treuhänderin und der geschäftsführenden Gesellschafterin der Fondsgesellschaft sowie die Teilidentität der Gesellschafter von Gläubigerin, Treuhänderin und geschäftsführender Gesellschafterin der Fondsgesellschaft sowie eine daraus abgeleitete Bösgläubigkeit des Gläubigers, der wegen Kenntnis der einen Haftungsbefreiungsanspruch des Anlegers begründenden Umstände nie auf eine Haftung des Anlegers habe vertrauen dürfen, für sich genommen nicht, um unter Berufung auf § 242 BGB ausnahmsweise eine Aufrechnungsmöglichkeit zu eröffnen.

(3.2.4.2)

88

Anders könnte dies zwar zu beurteilen sein, wenn der Gläubiger nicht nur Kenntnis vom Haftungsbefreiungstatbestand hat, sondern diesen selbst mit begründet hat, sei es durch Abschluss einer Befreiungsvereinbarung (so im Fall BGH, Urt. v. 26.1.1976, II ZR 156/74, WM 1976, 809 f.), sei es durch eigene Beteiligung an einer Aufklärungspflichtverletzung. Eine solche Beteiligung der ursprünglichen Darlehensgläubigerin an einer Aufklärungspflichtverletzung zu Lasten der Beklagten lässt sich jedoch nicht feststellen. Die Industrie und Wohnbau H und H2 GmbH selbst hat als juristische Person keinen Bezug zu den geltend gemachten Aufklärungspflichtverletzungen. Das diesbezügliche Handeln ihrer Geschäftsführer muss sie sich rechtlich auch nicht zurechnen lassen, denn diese handelten insoweit bzw. unterließen die geschuldete Aufklärung nicht als Vertreter der Industrie und Wohnbau H und H2 GmbH, sondern als Vertreter der Klägerin.

89

(3.2.4.3)

90

Im Übrigen hält der Senat aber auch die von den Beklagten gerügten Aufklärungspflichtverletzungen nicht für gegeben.

91

Die Vertriebs-Innenprovisionen sind in dem Prospekt in nicht zu beanstandender Weise dargestellt. Die Höhe der Weichkosten ist insgesamt verständlich dargestellt auf S.23 des Prospekts. Dass die Vermittlungsprovisionen den Löwenanteil der unter 4a) aufgeführten Kosten für „Eigenkapitalvermittlung, Vertriebsvorbereitung, Prospektherstellung“ ausmachen würden, lag zum einen schon nahe; zum anderen kann es, da es um eine Haftung des Treuhänders und nicht des Anlagevermittlers bzw. Anlageberaters geht, ohnehin nur darauf

92

ankommen, dass die Höhe der Weichkosten insgesamt zutreffend dargestellt ist, weil es nur um die Frage der Rentabilität der Anlage und nicht um ein eigenes Provisionsinteresse des Treuhänders geht. Die einfache Rechenoperation, die genannten Kosten von 5.200.000 DM ins Verhältnis zu setzen zu Eigenkapital und Agio von insgesamt 20.000.000 DM + 1.000.000 DM (S.23 des Prospekts unten) kann nach Einschätzung des Senats von einem aufmerksamen Leser ohne weiteres erwartet werden. Die Angaben zur steuerlichen Berücksichtigungsfähigkeit von Kosten der Vermittlung bis zu 6% (Prospekt S.30) rufen entgegen der Ansicht der Beklagten auch keinen falschen Eindruck hervor; mehr als dass die Vermittlungskosten tatsächlich über 6% lagen, lässt sich der Darstellung nicht entnehmen. Wer den Prozentsatz der Weichkosten rechnerisch ermittelt, muss danach ohne weiteres auch damit rechnen, dass der Werbungskostenabzug für die Vermittlungskosten nur in sehr beschränktem Umfang möglich sein wird. Dass die Zahlungen für die Vertriebsprovision im Endeffekt von den Anlegern geleistet werden, versteht sich im Übrigen von selbst; dass das Geld vorab abfließt, ergibt sich hinreichend deutlich aus dem als Anlage 2 zu dem im Prospekt abgedruckten Gesellschaftsvertrag beigefügten Treuhandvertrag (S.43 des Prospektes). Hiervon ausgehend gibt es auch keine versteckte Verschiebung des Anteils von Eigen- und Fremdkapital (im Ergebnis ebenso OLG München, Urt. v. 5.10.2010, 20 U 1940/10, juris Rn71).

Falsche oder unzureichende Angaben zur Kalkulation des Kaufpreises sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Kaufpreis ist im Prospekt unstreitig zutreffend angegeben; der m²-Preis ließ sich durch einfache Division des Gesamtkaufpreises durch die Größe der Gesamtfläche ermitteln und war daher bei gehöriger Aufmerksamkeit ebenfalls ohne weiteres zu erkennen. Zur Frage des Verkehrswertes schließt sich der Senat den überzeugenden Ausführungen im Urteil des OLG München (20 U 1940/10, juris Rn65 ff., dort zur B Zweite Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. 18. OHG) an, wonach auch der von den Beklagten angeführte Bodenrichtwert keine geeignete Bezugsgröße darstellt, wenn man berücksichtigt, dass sich die in den Grundstückskaufpreis eingeflossenen Infrastrukturmaßnahmen werterhöhend ausgewirkt haben, wobei die Kalkulation auch der „Nebenkosten für die städtebauliche und baurechtliche Entwicklung sowie für die Erschließung und Vorhaltung der Grundstücke ...“ im Prospekt (dort S.11) ausdrücklich offengelegt ist. 93

Auch die erforderlichen Hinweise auf Haftungsrisiken liegen vor; insoweit kann insbesondere auf die vom Bundesgerichtshof mit Urteil v. 5.5.2010, III ZR 209/09, juris Rn23, bestätigte Entscheidung des OLG Karlsruhe, 17 U 401/08, juris Rn46 verwiesen werden, wonach der Prospekt eine ausreichende Aufklärung enthält. 94

Soweit schließlich gerügt wird, die im Prospekt enthaltene Mietprognose stelle sich als „realitätsfernes Rechenmodell“ dar, weist der Prospekt deutlich darauf hin, dass es sich bei der Prognoseberechnung um ein „best-case-Szenario“ handelt, das keineswegs sicher ist (vgl. Prospekt S.18, 28), denn dort wird ausdrücklich auf Risiken eingegangen, die jeweils zu – negativen - Abweichungen führen können (ebenso OLG Karlsruhe, aaO., juris Rn43-45, bestätigt von BGH, Urt. v. 5.5.2010, III ZR 209/09, juris Rn23). Eine Werbung gerade damit, dass die prognostizierten Mieten aufgrund langjähriger Erfahrung tatsächlich erzielbar seien (dazu BGH, Urt. v. 31.5.2010, II ZR 30/09, NJW 2010, 2506 ff., juris Rn11), ist dem vorliegenden Prospekt nicht zu entnehmen. 95

(4) 96

Ist danach eine Aufrechnung im vorliegenden Fall ausgeschlossen, so kann für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nichts Anderes gelten. Dies ergibt sich aus der den Aufrechnungsausschluss tragenden Erwägung, dass der Anleger nicht besser stehen 97

soll, als wenn er sich unmittelbar als Kommanditist beteiligt hätte (vgl. BGH, Urt. v. 22.3.2011, II ZR 271/08, WM 2011, 897 ff., juris Rn27; OLG Köln, NZG 2009, 543 f., juris Rn26). Auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ist - ebenso wie die Zulassung einer Aufrechnung gegenüber der Treuhandkommanditistin – geeignet, die Haftung der Anleger gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu unterlaufen.

ee. 98

Der Freistellungsanspruch der Klägerin ist entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht verjährt. 99

(1) 100

Die Verjährungsfrist für den Befreiungsanspruch eines Treuhänders nach § 257 Satz 1 BGB beginnt nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs frühestens mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem die Forderungen fällig werden, von denen zu befreien ist. Der gesetzliche Befreiungsanspruch nach § 257 Satz 1 BGB wird zwar nach allgemeiner Auffassung sofort mit der Eingehung der Verbindlichkeit, von der freizustellen ist, fällig, unabhängig davon, ob diese Verbindlichkeit ihrerseits bereits fällig ist. Nach allgemeinen verjährungsrechtlichen Grundsätzen wäre der Zeitpunkt, zu dem ein Befreiungsanspruch entsteht und fällig wird, auch maßgeblich dafür, zu welchem Zeitpunkt die Verjährungsfrist des Freistellungsanspruchs beginnt (§ 199 BGB). Dies widerspräche indes den Interessen der Vertragsparteien eines Treuhandvertrags der hier vorliegenden Art. Wäre für den Lauf der Verjährungsfrist auf die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs abzustellen, wäre die Treuhandkommanditistin regelmäßig bereits zu einem Zeitpunkt zur Geltendmachung ihres Freistellungsanspruchs gegenüber den Treugebern gezwungen, in dem weder die Fälligkeit der Drittforderung, von der freizustellen ist, absehbar ist noch feststeht, ob zu deren Erfüllung überhaupt auf Mittel der Treugeber zurückgegriffen werden muss (BGH, Urt. v. 22.3.2011, II ZR 271/08, WM 2011, 897 ff., juris Rn23; BGH, Urt. v. 5.5.2010, III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 ff., juris Rn21 f.). Die gegen diesen Ansatz vorgebrachten Einwände der Beklagten (BB S.44 ff.) gehen an der – auch aktuell noch bestätigten - Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorbei. Diese gilt ersichtlich nicht nur für besonders gelagerte Fälle, in denen Unverträglichkeiten drohen (so BB S.43 ff.), sondern allgemein und ist auch verfassungsrechtlich offensichtlich unbedenklich (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 5.5.2011, 1 BvR 2018/10, n.v., zit. nach juris).

(2) 102

Danach konnte der Freistellungsanspruch hier frühestens mit Ende des Jahres zu verjähren beginnen, in dem die Forderungen, von denen freigestellt werden musste, fällig geworden sind. Die Forderung, von der freizustellen war, ist hier das sog. Baudarlehen, das der Fondsgesellschaft 1994 gewährt worden war. Die Beklagten stützen die Verjährungseinrede maßgeblich darauf, dass die Verjährung Ende 1994 zu laufen begonnen habe; das ist nach dem oben Ausgeführten unzutreffend. Die Klägerin hat demgegenüber ausgeführt, die Fälligkeit der Darlehensrückzahlung ergebe sich aus einer im April 2007 erklärten Kündigung. Ein früherer Fälligkeitszeitpunkt für die Verpflichtung zur Darlehensrückzahlung ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Dies geht zu Lasten der nach allgemeinen Grundsätzen für die Voraussetzungen eines Verjährungseintritts darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten.

C. 104

Die Anschlussberufung der Klägerin ist zulässig und begründet. 105

Der nach dem oben zur Berufung der Beklagten zu 2. zu B. Ausgeführten zunächst bestehende Freistellungsanspruch der Klägerin hat sich durch die im vorliegenden Rechtsstreit ernsthaft und endgültig erklärte Weigerung der Beklagten zu 2., ihrer Freistellungsverpflichtung nachzukommen, gem. § 250 S.2 BGB in einen Zahlungsanspruch umgewandelt (vgl. BGH, Urt. v. 17.3.1999, VIII ZR 2/98, NJW 1999, 1542 ff., juris Rn20). Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs.2, 286 Abs.1 S.1 BGB. Die Beklagte zu 2. hat die schon in der Klageschrift enthaltene Darstellung der Klägerin, es liefen insoweit Zinsen in Höhe von Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf (S.10 der Klageschrift), nicht bestritten. Daher erstreckte sich die ursprüngliche Freistellungsverpflichtung auch auf diesen Zinsschaden, hinsichtlich dessen nunmehr ebenfalls Zahlung verlangt werden kann.

D.

Die – angesichts des Erlasses eines Teilurteils auf die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. beschränkte und im Übrigen der Schlussentscheidung vorbehaltene - Kostenentscheidung folgt hinsichtlich der Berufung der Beklagten zu 2. aus § 97 Abs. 1 ZPO, hinsichtlich der Anschlussberufung der Klägerin aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision wird zugelassen zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, § 543 Abs.2 Nr.2 ZPO; wie sich aus den Ausführungen oben zu B. ergibt, werden die maßgeblichen Fragen, ob der Treugeber einer Inanspruchnahme durch den Treuhänder in Fällen wie dem vorliegenden Einwendungen entgegen setzen kann, die auf einer angeblichen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten beruhen, und ob eine solche Verletzung in Fällen wie dem vorliegenden zu bejahen ist, in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 11.099,25 Euro