

OLG Karlsruhe 17. Zivilsenat

30.06.2009

17 U 401/08

Urteil

Leitsatz

Ein Befreiungsanspruch ist trotz eigener Fälligkeit nach § 257 Satz 2 BGB erst dann i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden, wenn auch die Verbindlichkeit fällig ist, auf die er sich bezieht.(Rn.29)

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Baden-Baden vom 8. Mai 2008 - 3 O 307/07 - im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, 2.103.788,87 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. Juni 2007 an die Klägerin zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils aus dem Urteil zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision der Beklagten wird zugelassen.

5. Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird auf 2.103.788,87 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die klagende Bank nimmt die Beklagte als mittelbare Gesellschafterin zweier Immobilienfonds wegen restlicher Darlehensverbindlichkeiten der beiden Fondsgesellschaften in Anspruch.

2

In den Jahren 1993 und 1996 zeichnete die Beklagte gemeinsam mit ihrem zwischenzeitlich verstorbenen und von ihr allein beerbten Ehemann rund 80 % des Gesellschaftskapitals der A. Zweite Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. K. Fünfte Fonds OHG und rund 96 % des Gesellschaftskapitals der A. Zweite Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. K. Neunzehnte Fonds OHG. Dabei machte sie von der Möglichkeit Gebrauch, sich nicht unmittelbar, sondern über die B. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH als Treuhänderin an den Fondsgesellschaften zu beteiligen. Die in Kenntnis der Beteiligungsprospekte unterzeichneten Beitrittserklärungen enthalten unter anderem folgende Klausel:

3

Mir/Uns ist bekannt, dass ich/wir über die Verpflichtung zur Leistung der in dieser Beitrittserklärung vereinbarten Zahlungen hinaus mit meinem/unserem sonstigen Vermögen gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ... hafte(n).

4

Nach § 7 Nr. 3 der beiden nahezu gleichlautenden Gesellschaftsverträge können die gesellschaftsvertraglichen Rechte auch von den Treugebern wahrgenommen werden, und nach den - ebenfalls weitgehend identischen - Regelungen der Treuhandverträge, auf die dort verwiesen wird, übt der Treugeber insbesondere seine Stimm- und Auskunftsrechte grundsätzlich selbst aus. Außerdem ist in den Treuhandverträgen bestimmt, dass der Treugeber die Einlage direkt an die Gesellschaft zu leisten hat und dass der Treuhänder die Ansprüche auf Auszahlung von Gewinn, Auseinandersetzungsguthaben und Liquidationserlös von vornherein an ihn abtritt. § 6 dieser Verträge lautet:

5

Übertragung

6

1. Die Rechte und Pflichten aus dem Treuhandverhältnis können nur insgesamt übertragen werden. Die Übertragung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Treuhänders. Der Treugeber hat die Übertragung unverzüglich dem Geschäftsführer der Gesellschaft anzuzeigen.

7

2. Die Rechte des Treugebers aus dem Treuhandvertrag können nur insgesamt verpfändet werden. Die Verpfändung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Treuhänders. Der Treugeber hat die Verpfändung unverzüglich gegenüber dem Geschäftsführer der Gesellschaft anzuzeigen.

8

Die Klägerin schloss mit den Fondsgesellschaften, die ihr zuvor Bonitätsnachweise und eine Selbstauskunft der Beklagten übermittelt hatten, Darlehensverträge über rund 31,3 Mio. DM. Dabei sagte sie zu, die Gesellschafter nur entsprechend ihrer Beteiligungsquote persönlich in Anspruch zu nehmen. Die Fondsgesellschaften gerieten in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Am 21. Dezember 2006 und am 30. Januar 2007 beschlossen die Gesellschafter ihre Liquidation und stimmten dem Verkauf der Fondsimmobilien zu. Im Zuge der Veräußerung wurden mit der Klägerin Lastenfreistellungsvereinbarungen getroffen, in denen die Darlehen fällig gestellt und Restforderungen in Höhe von rund 13,4 Mio. € festgestellt wurden. Außerdem wurde vereinbart, dass der auf die Beklagte entfallende Teil des Verkaufserlöses zunächst nicht zur Tilgung verwendet, sondern als Ersatz für die von der Klägerin freigegebenen Grundschulden verpfändet werden soll. Mit Anwaltsschreiben vom 16. April 2007 forderte die Klägerin die Beklagte letztmalig auf, den auf ihre Beteiligungsquote entfallenden Betrag bis zum 30. April 2007 auszugleichen. Als die Beklagte dem nicht nachkam, ließ sie sich von der Treuhänderin sämtliche diesbezüglichen Freistellungsansprüche abtreten.

9

Mit der Klage verlangt sie aus eigenem, hilfsweise aus abgetretenem Recht Zahlung des nach Abzug des Verkaufserlöses und der von anderen Gesellschaftern geleisteten Haftungsbeiträge verbleibenden Betrags von 2.103.788,87 €. Die Beklagte hat ihre Haftung aus Rechtsgründen in Abrede gestellt und die Auszahlung der Darlehen mit Nichtwissen bestritten. Gegenüber den abgetretenen Ansprüchen der Treuhänderin hat sie ferner die Einrede der Verjährung erhoben und hilfsweise mit Prospekthaftungsansprüchen wegen angeblich fehlerhafter und irreführender Prognoseberechnungen aufgerechnet sowie für den Fall, dass die Aufrechnung unzulässig ist, ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

10

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der weiteren Feststellungen Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte hafte weder gemäß § 128 HGB noch in analoger Anwendung dieser Vorschrift. Denn sie habe sich nicht unmittelbar an den Fondsgesellschaften beteiligt, sondern die Alternative einer offenen Vollrechtstreuhand gewählt, bei der die im Handelsregister eingetragene Treuhänderin alleiniger Träger der gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft sei. Auf ihre Beweggründe komme es dabei ebenso wenig an wie auf die Kompetenzen nach § 7 Nr. 3 der Gesellschaftsverträge und deren tatsächliche Ausübung. Eine vertragliche Übernahme der Außenhaftung ergebe sich weder aus der Erklärung in dem Beitrittsformular noch daraus, dass die Beklagte bei der Überprüfung ihrer Bonität mitgewirkt habe. Aus den

Freistellungsansprüchen der Treuhänderin könne die Klägerin ihre Forderung ebenfalls nicht herleiten, weil deren isolierte Abtretung nach § 6 Nr. 1 Satz 1 der vorformulierten Treuhandverträge ausgeschlossen sei. Diese Klausel sei gemäß § 5 AGBG dahin auszulegen, dass sie auch für die Rechte und Pflichten der Treuhänderin gelte, und die Berufung auf das dort geregelte Abtretungsverbot verstoße nicht gegen Treu und Glauben.

11

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Sie verfolgt ihren erstinstanzlichen Antrag in vollem Umfang weiter und macht geltend, die Erklärung in dem Beitrittsformular sei aufgrund des Kontextes und nach der Interessenlage als vertragliche Übernahme der Außenhaftung auszulegen. Auch ihr gegenüber habe die Beklagte mit der Übersendung der Bonitätsunterlagen konkludent einen entsprechenden Haftungswillen erklärt. Unabhängig davon hafte die Beklagte analog § 128 HGB, weil sie aufgrund der mitgliedschaftlichen Rechte, die ihr nach den Gesellschafts- und Treuhandverträgen zustünden, nicht als bloße Treugeberin, sondern als faktische Gesellschafterin neben der Treuhänderin zu behandeln sei. Jedenfalls ergebe sich die Klagforderung aus den abgetretenen Freistellungsansprüchen der Treuhänderin. Diese seien weder verjährt noch stünden ihnen die hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Prospekthaftungsansprüche entgegen. Auch ihre Abtretung sei wirksam. Aus den Pflichten der Treuhänderin ergebe sich kein stillschweigend vereinbartes Abtretungsverbot und § 6 Nr. 1 der Treuhandverträge begründe ein solches Verbot nur für Ansprüche des Treugebers. Das Landgericht habe diese Klausel falsch ausgelegt und zu Unrecht nach § 5 AGBG beurteilt, obwohl diese Vorschrift gemäß § 23 AGBG keine Anwendung finde und die Bedingungen der Treuhandverträge nicht von der Treuhänderin gestellt, sondern von den Fondsgesellschaften vorgegeben worden seien. Außerdem verhalte sich die Beklagte rechtsmissbräuchlich, wenn sie ihre Freistellungsverpflichtung unter Berufung auf diese Klausel 'aussitze' und dadurch die wirtschaftliche Existenz der Treuhänderin gefährde.

12

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen, wobei sie die Hilfsaufrechnung nicht aufrechterhält. Der Berufung hält sie entgegen, § 23 AGBG gelte nicht für die zur Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft abgeschlossenen Treuhandverträge und die Treuhänderin müsse sich nicht nur das Verhalten der mit ihr verflochtenen Fondsgesellschaften zurechnen, sondern auch nach der Fiktion des § 24a AGBG als Verwender behandeln lassen. Denn die Frist zur Umsetzung der dieser Vorschrift zugrunde liegenden Richtlinie sei schon vor dem Beitritt der Beklagten zur 19. Fondsgesellschaft abgelaufen. Außerdem seien die privatschriftlichen Treuhandverträge formnichtig, weil sie im Hinblick auf die bei einer Realteilung der Fondsimmobilien entstehenden Erwerbs- und Übertragungspflichten notarieller Beurkundung bedurft hätten.

13

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

14

Die Berufung ist zulässig und bis auf einen kleinen Teil der Zinsforderung auch begründet. Das Landgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Die Klägerin kann von der Beklagten zwar nicht aus eigenem Recht, aber aufgrund der abgetretenen Freistellungsansprüche Erfüllung des mit der Klage geltend gemachten Teils ihrer Darlehensforderungen verlangen (§§ 675 Abs. 1, 670, 488 Abs. 1 Satz 2, 257 Satz 1, 398 Satz 2 BGB, 128 Satz 1 HGB).

15

1. Das Landgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass der Klägerin keine eigenen Zahlungsansprüche gegenüber der Beklagten zustehen. Entgegen der Auffassung der Berufung ergeben sich derartige Ansprüche weder aus vertraglicher Haftungsübernahme noch aus einer entsprechenden Anwendung von § 128 HGB.

16

a) Die Beklagte hat keine selbständige Außenhaftung für die Verbindlichkeiten der beiden Fondsgesellschaften übernommen.

17

Der in den Beitrittsformularen enthaltene Erklärung, ihr sei bekannt, dass sie über die Einlage hinaus mit ihrem sonstigen Vermögen gegenüber den Gläubigern der Fondsgesellschaft haften, ist ein entsprechender Wille nicht zu entnehmen. Sie steht zwar neben anderen Klauseln mit eindeutig rechtsgeschäftlichem Inhalt. Im Unterschied zu diesen ist sie aber gerade nicht als Willens-, sondern als bloße Wissenserklärung gefasst und setzt damit - wie das Landgericht zutreffend hervorhebt - eine anderweitig begründete Außenhaftung voraus. Ein weitergehender Erklärungswert kann ihr auch nicht deshalb beigemessen werden, weil eine solche Haftung bei der von der Beklagten gewählten Alternative einer bloß mittelbaren Beteiligung gerade nicht besteht. Denn das Beitrittsformular war auch für Anleger gedacht, die sich unmittelbar an den Fondsgesellschaften beteiligen und darum nach § 128 HGB haften. Im Übrigen weist die Berufungserwiderung zu Recht darauf hin, dass selbst bei einer Verpflichtungserklärung im Zweifel nicht von einem echten Vertrag zugunsten Dritter, sondern von einer bloßen Erfüllungsübernahme auszugehen wäre (§ 329 BGB).

18

In der Übersendung der Selbstauskunft und der Bonitätsnachweise liegt keine konkludente Haftungsübernahme. Das gilt auch dann, wenn die Klägerin die Auszahlung der Darlehen - wie behauptet - von entsprechenden Nachweisen aller mittelbar und unmittelbar beteiligten Gesellschafter abhängig gemacht hatte. Denn gerade dann war die Beklagte gegenüber den Fondsgesellschaften zur Offenlegung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse verpflichtet, auch wenn im Außenverhältnis zur Klägerin nur eine indirekte Haftung - durch Abtretung oder Pfändung der Freistellungsansprüche - in Betracht kam (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 8. März

2006, 14 U 18/05 [Anlage B 4], zitiert nach Juris, Tz. 49). Die Klägerin konnte deshalb aus der Übersendung der Bonitätsnachweise nicht den Schluss ziehen, die Beklagte wolle ihr gegenüber die unmittelbare Haftung übernehmen. Nach eigenem Vortrag hat sie dies auch nicht getan. Sie ist vielmehr schon aufgrund der Rechtsform der Fondsgesellschaften von der persönlichen Haftung der Beklagten ausgegangen und hat darum auch keine entsprechenden Schuldanerkenntnisse verlangt.

19

b) Die Beklagte haftet auch nicht als faktische Gesellschafterin der Fondsgesellschaften analog § 128 Satz 1 HGB. Das ergibt sich aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. November 2008 (NJW-RR 2009, 254, 255 f.; ebenso BGH Urt. v. 21. April 2009, XI ZR 148/08, zitiert nach Juris, Tz. 15), mit dem der XI. Zivilsenat die von den Parteien zitierte Senatsentscheidung vom 4. September 2007 (17 U 34/06, n.v.) bestätigt und die umstrittene Frage der Außenhaftung eines so genannten 'qualifizierten Treugebers' geklärt hat. Danach haftet ein Treugeber, der nicht selbst Gesellschafter einer Personengesellschaft wird, auch dann nicht analog §§ 128, 130 HGB für Gesellschaftsschulden, wenn er - wie die Beklagte - nicht nur wirtschaftlich über den Treuhänder an der Gesellschaft beteiligt ist, sondern als 'Quasi-Gesellschafter' mit unmittelbarem Stimmrecht, Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung und eigenen Einsichts-, Informations- und Kontrollrechten in den Gesellschaftsverband einbezogen wird. Dass die Treuhand 'offen' ausgestaltet ist, ändert daran nichts. Denn dadurch, dass der Treugeber nach außen erkennbar in den Gesellschaftsverband eingebunden ist, geriert er sich aus der Sicht eines rational handelnden Gesellschaftsgläubigers nicht wie ein 'echter' Gesellschafter (BGH a.a.O.).

20

2. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann die Klägerin aus den abgetretenen Freistellungsansprüchen der Treuhänderin die Zahlung des als Hauptforderung geltend gemachten Betrags verlangen.

21

a) Die Beklagte war verpflichtet, die Treuhänderin von der persönlichen Haftung für die Darlehensverbindlichkeiten der beiden Fondsgesellschaften freizustellen.

22

aa) Wer sich als Treuhänder für fremde Rechnung an einer Fondsgesellschaft beteiligt, hat nach § 670 BGB Anspruch auf Erstattung der Beträge, die er mit Rücksicht auf die – wirtschaftlich dem Treugeber zukommende – Beteiligung aufwendet. Gemäß § 257 BGB kann er deshalb verlangen, dass der Treugeber ihn von den Verbindlichkeiten befreit, die aus der für diesen gehaltenen und verwalteten Beteiligung entstehen (vgl. nur BGH NJW 1980, 1163, 1164).

23

Diese Freistellungsverpflichtung trifft auch die Beklagte, weil keiner der beiden Treuhandverträge eine abweichende Vereinbarung enthält. Auf die Formbedürftigkeit der Treuhandverträge kommt es dabei nicht an. Denn im Fall der Nichtigkeit gemäß § 125 Satz 1 BGB wäre die Beklagte zwar nicht nach §§ 675 Abs. 1, 670 BGB, aber nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 Satz 1, 670 BGB) zum Aufwendungsersatz verpflichtet (vgl. BGH NJW-RR 1993, 200; OLG Nürnberg WM 2009, 942, 945; OLG Rostock, Urt. v. 19. Dezember 2007, 6 U 132/07, Juris Tz. 43).

24

Die Freistellungsansprüche der Treuhänderin erstrecken sich auch auf die streitgegenständlichen Darlehensverbindlichkeiten, für die sie als Gesellschafterin der beiden Fondsgesellschaften gemäß § 128 Satz 1 HGB persönlich haftet. Gegen die Höhe dieser Verbindlichkeiten und die auf sie entfallende Haftungsquote erhebt die Beklagte keine Einwendungen. Die Ausreichung der Darlehen und deren Fälligkeit hat sie in erster Instanz zwar – pauschal und ohne Beweisantritt – bestritten. Das ist jedoch schon deshalb unbeachtlich, weil die Fondsgesellschaften ihre Darlehensverbindlichkeiten in den mit der Klägerin abgeschlossenen Lastenfreistellungsvereinbarungen fällig gestellt sowie dem Grund und der Höhe nach anerkannt haben (§ 129 Abs. 1 HGB).

25

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Freistellungsansprüche der Treuhänderin nicht verjährt.

26

Der Beklagten ist allerdings zuzugeben, dass die Bestimmung des § 257 Satz 2 BGB zunächst ein anderes Ergebnis nahelegt. Denn danach kann der Schuldner, der nach § 257 Satz 1 BGB verpflichtet ist, seinen Gläubiger im Rahmen des Aufwendungsersatzes von einer Verbindlichkeit zu befreien, bis zu deren Fälligkeit Sicherheit leisten, anstatt die geschuldete Befreiung herbeizuführen. Diese Regelung setzt voraus, dass der Freistellungsanspruch sofort fällig ist, auch wenn er sich auf die Befreiung von einer erst später fällig werdenden Verbindlichkeit richtet (BGH NJW 1984, 2151, 2152 f.). Seine Fälligkeit hängt also nur von der Entstehung dieser Verbindlichkeit ab und deshalb liegt es nahe, dass es auch für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht auf deren Fälligkeit ankommt. Danach wären die Freistellungsansprüche der Treuhänderin seit Ende des Jahres 2004 verjährt, weil sie mit der Ausreichung der Darlehen in den Jahren 1993 und 1996 fällig geworden sind und die dreijährige Verjährungsfrist des neuen Rechts gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB vom 1. Januar 2002 an zu berechnen wäre.

27

Diese Gesetzesauslegung führt aber nicht zu sinnvollen Ergebnissen. Denn zum einen erscheint es unbillig, wenn der Gläubiger seinen

Freistellungsanspruch nicht mehr durchsetzen kann, solange er selbst für die Verbindlichkeit haftet, die er für den Schuldner eingegangen ist. Zum anderen ist es nicht folgerichtig, dass er den Schuldner bei späterer Erfüllung dieser Verbindlichkeit nach Jahren noch voll in Anspruch nehmen kann, während der Freistellungsanspruch, der wirtschaftlich auf einfachere Weise dasselbe Ergebnis herbeiführen soll, bereits verjährt wäre. Mit dieser Begründung hat es der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 7. März 1983 (NJW 1983, 1729) abgelehnt, den Freistellungsanspruch eines Treuhänders der kurzen Verjährung nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. zu unterstellen. Sie gilt aber auch für den Beginn der neuen kenntnisabhängigen Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB. Denn es wäre ebenfalls unbillig und inkonsequent, wenn die sofortige Fälligkeit des Freistellungsanspruchs dessen vorzeitige Verjährung zur Folge hätte. Dieses Ergebnis widerspräche auch dem Zweck des § 257 BGB. Denn diese Vorschrift soll das Recht auf Ersatz von Aufwendungen erweitern (MünchKomm-BGB/Krüger, 5. Aufl., § 257 Rdn. 1) und nicht dazu führen, dass der Gläubiger schon vor der Fälligkeit seiner eigenen Verbindlichkeit Klage erheben muss, um die nach Verjährung seines Freistellungsanspruchs erforderliche Vorleistung zu vermeiden. Das gilt insbesondere für die akzessorische Haftung aus einem Dauerschuldverhältnis. Denn bei einer solchen Verbindlichkeit, wie sie auch hier zu beurteilen ist, wäre der Gläubiger regelmäßig zur vorzeitigen Klagerhebung gezwungen, obwohl vor deren Fälligkeit noch nicht einmal feststeht, ob sie sich überhaupt realisiert.

28

Die Rechtsprechung vermeidet die vorzeitige Verjährung des Freistellungsanspruchs, indem sie dessen Fälligkeit im Wege der Vertragsauslegung bis zur Fälligkeit der Verbindlichkeit hinausschiebt (so etwa OLG Koblenz WM 2009, 939, 941 f.; OLG Köln, Beschl. v. 21. August 2008, 18 U 63/08, BeckRS 2009 09117; vgl. auch OLG Celle, WM 2009, 936, 937; a. A. LG Duisburg NZG 2008, 905, 907) oder § 159 Abs. 1 HGB entsprechend anwendet (OLG Jena WM 2009, 937, 939; OLG Rostock a.a.O., Tz. 60; LG Landshut WM 2007, 1656, 1661 f.; vgl. auch OLG Nürnberg a.a.O., 946 f.; dagegen wiederum LG Duisburg a.a.O.). Die eine Lösung geht zwar von dem zutreffenden Grundsatz aus, dass die Fälligkeit einer vertraglichen Freistellungsverpflichtung durch Auslegung zu bestimmen ist (vgl. nur BGH NJW 1984, 2151, 2153). Sie übersieht aber, dass das typische Interesse des Gläubigers, sofort auch von später entstehenden Forderungen entlastet zu werden (BGH a.a.O.), gerade nicht für eine von §§ 257 Satz 2, 271 Abs. 1 BGB abweichende Regelung spricht. Zudem ist sie auf vertragliche Schuldverhältnisse beschränkt, während sich das Problem auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und anderen gesetzlichen Schuldverhältnissen stellt. Die andere Lösung kommt sogar nur bei der mittelbaren Beteiligung an einer Fondsgesellschaft in Betracht und hier widerspricht sie der klaren Trennung zwischen der gesellschaftsrechtlichen Außenhaftung des Treuhänders und der bloß internen Freistellungsverpflichtung des Treugebers, die der Bundesgerichtshof in dem erwähnten Urteil vom 11. November 2008 (NJW-RR 2009, 254, 255 f.) erneut betont hat.

29

Der Senat befürwortet daher eine allgemeine verjährungsrechtliche Lösung, nach der die kenntnisabhängige Verjährungsfrist des § 195 BGB bei Freistellungsansprüchen, die sich auf eine noch nicht fällige Verbindlichkeit beziehen, gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem (auch) diese Verbindlichkeit fällig wird. Er trägt damit dem Zweck des § 257 BGB, aber auch dem Umstand Rechnung, dass der Freistellungsanspruch nur bedingt durchsetzbar ist, solange der Schuldner nach § 257 Satz 2 BGB das Recht hat, statt der geschuldeten Befreiung Sicherheit zu leisten. Ein Anspruch ist nämlich erst dann im Sinne von § 199 BGB entstanden, wenn er vom Gläubiger geltend gemacht und mit einer Klage durchgesetzt werden kann. Das setzt grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs voraus, weil der Gläubiger von diesem Zeitpunkt an mit Erfolg die Leistung fordern und den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung unterbinden kann (vgl. nur BGH NJW-RR 2009, 378, 379). Bei Freistellungsansprüchen kann der Gläubiger die geschuldete Befreiung aber erst dann erzwingen, wenn seine eigene Verbindlichkeit fällig ist, und außerhalb des Schadensersatzrechts besteht hier auch kein Grund, ihn auf die Erhebung einer Feststellungsklage zu verweisen.

30

Danach waren die geltend gemachten Freistellungsansprüche der Treuhänderin bei Klagerhebung im Juni 2007 noch nicht verjährt, weil die Darlehen der beiden Fondsgesellschaften erst im März dieses Jahres fällig gestellt wurden.

31

b) Die Treuhänderin hat ihre Freistellungsansprüche wirksam an die Klägerin abgetreten und damit deren Umwandlung in Zahlungsansprüche bewirkt.

32

aa) Die Abtretung führt nicht zu einer nach § 399 1. Alt. BGB unzulässigen Änderung des Leistungsinhalts. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit an den Gläubiger dieser Verbindlichkeit abgetreten werden; in dessen Person verwandelt er sich dann in einen Zahlungsanspruch (vgl. nur BGH, NJW 1954, 795; 2004, 1868). Die Rechtsnatur der hier zu beurteilenden Treuhandverträge ändert daran nichts. Denn es geht nicht um Zeichnungsbeträge, deren Weiterleitung die Treuhänderin im Interesse der Treugeber zu kontrollieren hätte, sondern um die Freistellung von der Außenhaftung nach § 128 HGB und diese - der Treuhänderin selbst zustehende - Leistung ist durch den Zweck der Treuhandverträge nicht an ihre Person gebunden (vgl. BGH NJW 1991, 2906).

33

bb) Der Abtretung steht auch kein vertragliches Abtretungsverbot entgegen (§ 399 1. Fall BGB). Ein solches Verbot ergibt sich insbesondere nicht aus § 6 Nr. 1 der Treuhandverträge. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich bei dieser Klausel um eine allgemeine Geschäftsbedingung der Treuhänderin

handelt, die in den Anwendungsbereich der Unklarheitenregel nach § 5 AGBG a.F. fällt. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht nämlich sowohl nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB) als auch bei einer objektiven, an den Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise und den Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners orientierten Auslegung, wie sie bei allgemeinen Geschäftsbedingungen geboten ist (vgl. nur BGH WM 2009, 1077 m.w.N.), außer Zweifel, dass das Abtretungs- und Abspaltungsverbot nach § 6 Nr. 1 der Treuhandverträge nur für die Rechte des Treugebers gilt und den Treuhänder darum nicht an der Abtretung seines Freistellungsanspruchs hindert (so auch OLG Karlsruhe Beschl. v. 9. März 2009, 1 U 234/08 [Anlage KK 1], S. 4; KG Vfg. v. 28. Januar 2008, 2 U 53/07 [Anlage KK 2], S. 1; Vfg. v. 6. März 2009, 17 U 31/08 [Anlage KK 3], S. 2; LG Berlin Urt. v. 1. April 2008, 10 O 341/07 [Anlage KK 4], S. 7 f.; LG Heidelberg Urt. v. 14. Februar 2008, 3 O 322/07 [Anlage KK 6], S. 6; LG Koblenz Urt. v. 12. März 2009, 4 O 332/07 [Anlage KK 5], S. 6 f.; LG München I Urt. v. 18. Juli 2008, 29 O 783/08 [Anlage KK 7], S. 8 f.; LG Saarbrücken Urt. v. 2. Oktober 2008, 14 O 26/08 [Anlage KK 9], S. 5 f.; a.A. OLG München Urt. v. 31. Januar 2008, 19 U 4282/07 [Anlage B 8], zitiert nach Juris, Tz. 9 f.; Urt. v. 26. März 2008, 20 U 4229/07, zitiert nach Juris Tz. 42; OLG Nürnberg Vfg. v. 7. November 2007, 2 U 985/07 [Anlage B 5], S. 4 f.; LG Berlin Urt. v. 15. Juni 2007, 38 O 326/06 [Anlage B 3], S. 8; LG Stuttgart Urt. v. 6. Juli 2007, 16 O 14/07 [Anlage B 6], S. 11).

34

Der Wortlaut der Klausel ist eindeutig. Dass sie sich nur auf die Rechte des Treugebers bezieht, ergibt sich zwar weder aus der Überschrift („Übertragung“) noch aus einer isolierten Betrachtung von § 6 Nr. 1 Satz 1 („Die Rechte und Pflichten aus dem Treuhandverhältnis können nur insgesamt übertragen werden.“). Bei der Regelung des zweiten Satzes, nach der die Übertragung der Zustimmung des Treuhänders bedarf, ist jedoch evident, dass die Rechte des Treuhänders nicht gemeint sind, und wegen der rückbezüglichen Anknüpfung an den ersten Satz („Die Übertragung ...“) kann auch dieser nicht anders verstanden werden. Denn diese uneingeschränkte Verweisung zeigt, dass der Zustimmungsvorbehalt keinen anderen, insbesondere keinen engeren Anwendungsbereich hat als das zuvor geregelte Abspaltungsverbot.

35

Dazu passt auch der Rest der Bestimmung. Nach § 6 Nr. 1 Satz 3 hat der Treugeber die Übertragung unverzüglich dem Geschäftsführer der Gesellschaft anzuzeigen. Diese einseitige Verpflichtung des Treugebers ist gerechtfertigt, weil es nur um die mit Zustimmung des Treuhänders vorgenommene Übertragung seiner Rechte geht. Wären auch die Rechte des Treuhänders erfasst, so würde man stattdessen erwarten, dass die Anzeigepflicht den jeweils Übertragenden trifft. Die Klausel unter § 6 Nr. 2 regelt die Verpfändung analog zur Übertragung. Hier wird im ersten Satz sogar ausdrücklich hervorgehoben, dass sie nur für die Rechte des Treugebers gilt. Diese Klarstellung lässt entgegen der Auffassung der Beklagten keinen Umkehrschluss zu. Sie bestätigt vielmehr, dass die Regelungen unter § 6 Nr. 1

entsprechend auszulegen sind. Denn die beiden Klauseln sind nicht nur inhalts-, sondern beinahe wortgleich und soweit sie in der Formulierung voneinander abweichen, ist damit auch sonst kein Bedeutungsunterschied verbunden.

36

Aus dem Zweck der Klausel ergeben sich ebenfalls keine Zweifel. Die Regelung entspricht dem gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbot nach §§ 105 Abs. 3 HGB, 717 Satz 1 BGB i.V.m. § 22 der Gesellschaftsverträge und trägt damit dem Umstand Rechnung, dass der Treugeber durch die Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses als ‚Quasi-Gesellschafter‘ in den Gesellschaftsverband einbezogen wird. Bei den Rechten des Treuhänders besteht dagegen kein Grund für eine derartige Regelung. Der Treugeber hat zwar ein allgemeines Interesse daran, das Treuhandverhältnis übersichtlich zu gestalten und zu verhindern, dass ihm eine im voraus nicht übersehbare Vielzahl von Gläubigern entgegentritt. Dazu bedürfte es jedoch keines Abspaltungs-, sondern eines Abtretungsverbots. Das kann ein verständiger und redlicher Treugeber auch nicht erwarten, weil der Ausschluss seiner selbständigen Außenhaftung nur dann mit den Interessen des Treuhänders und der Gesellschaftsgläubiger vereinbar ist, wenn die Gesellschaftsgläubiger auf den Freistellungsanspruch des Treuhänders zugreifen können und der Treuhänder in der Lage ist, sich durch dessen Abtretung zu entlasten (vgl. BGH NJW-RR 2009, 254, 255 f. und Senat, Urt. v. 4. September 2007, 17 U 34/06, n.v.).

37

Im Hinblick auf diese Interessenlage verbietet sich zugleich die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Abtretungsverbots, für die im Übrigen keinerlei Anhaltspunkte bestehen.

38

cc) Zudem wäre die Beklagte jedenfalls nach § 242 BGB gehindert, sich nach der Auflösung der Fondsgesellschaften und der Veräußerung der Fondsimmobilien gegenüber den hier geltend gemachten Freistellungsansprüchen noch auf ein zu Beginn der Treuhandverhältnisse vereinbartes Abtretungsverbot zu berufen. Denn zum einen fällt ihr Interesse, das Treuhandverhältnis übersichtlich zu gestalten und die Zahl ihrer Gläubiger zu begrenzen, in diesem fortgeschrittenen Liquidationsstadium kaum mehr ins Gewicht, zumal die Klägerin aus einem entsprechenden Titel gegen die Treuhänderin ohne weiteres in die Freistellungsansprüche vollstrecken könnte. Zum anderen müssten sich die Klägerin und die Treuhänderin jedenfalls jetzt nicht mehr auf diesen zeit- und kostenintensiven Weg verweisen lassen, nur weil die Beklagte sich weigert, ihre eigene Freistellungsverpflichtung aus den Treuhandverträgen zu erfüllen. Der Treuhänderin kann es daher nicht verwehrt werden, ihre Ansprüche abzutreten, um einer gegen sie selbst gerichteten Klage zuvorzukommen.

39

c) Die Beklagte ist nicht berechtigt, die Erfüllung der abgetretenen Freistellungsansprüche nach §§ 273 Abs. 1, 404 BGB wegen eigener Prospekthaftungsansprüche gegen die Treuhänderin zu verweigern.

40

aa) Das Zurückbehaltungsrecht scheidet allerdings nicht schon an der von der Klägerin erhobenen Verjährungseinrede. Denn nach § 215 BGB schließt die Verjährung dieses Recht nicht aus, wenn der Gegenanspruch noch nicht verjährt war, als die Leistung erstmals hätte verweigert werden können. So verhält es sich hier. Die Beklagte hätte die Leistung wegen der geltend gemachten Prospekthaftungsansprüche erstmals verweigern können, als die Freistellungsansprüche fällig wurden. Das war - entgegen der Auffassung der Klägerin - nicht erst bei der Fälligkeitstellung der Darlehen im Jahr 2007, sondern schon bei deren Ausreichung der Fall (s.o. 2 a bb). Zu diesen Zeitpunkten waren nicht einmal die Prospekthaftungsansprüche im engeren Sinne verjährt. Denn die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat nicht vorgetragen, dass die am 22. und 27. Dezember 1993 bzw. am 7. und 8. März 1996 vereinbarten Darlehen erst über drei Jahre nach den Beitrittserklärungen vom 15. Dezember 1993 bzw. vom 18. Juni 1996 ausgezahlt worden wären.

41

bb) Die Beklagte hat aber keine Ansprüche aus Prospekthaftung im engeren oder weiteren Sinn gegen die Treuhänderin, die sie den abgetretenen Freistellungsansprüchen nach §§ 273 Abs. 1, 404 BGB entgegenhalten könnte.

42

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Treuhandgesellschafter verpflichtet, die Anleger als seine künftigen Treugeber über alle wesentlichen Punkte, insbesondere auch die regelwidrigen Umstände aufzuklären, die für die beabsichtigte mittelbare Beteiligung von Bedeutung und ihm bekannt sind oder bei gehöriger Prüfung bekannt sein müssen. Dies gilt auch dann, wenn die Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft unter Verwendung von Prospekten angebahnt wird. In diesen Fällen haftet er aus vorvertraglicher Pflichtverletzung für Prospektfehler (vgl. nur BGH NJW-RR 2007, 406, 407; 2008, 1129, 1130). Ob dies nur dann gilt, wenn er zum Zeitpunkt des Beitritts bereits Gesellschafter ist (so Stumpf/Lamberti, BB 2008, 2255, 2258 ff.; vgl. auch BGH WM 1985, 533 und NJW 2006, 2410, 2411 einerseits sowie BGH NJW 1982, 2493 und NJW-RR 2003, 1342 f. andererseits) - was hier nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin nicht der Fall war - kann ebenso offen bleiben wie die höchstrichterlich noch nicht geklärte Frage, ob die Stellung als Gründungs- und Treuhandgesellschafter auch genügt, um eine Prospekthaftung im engeren Sinn zu begründen (vgl. dazu nur BGH NJW-RR 2008, 1129 f. m.w.N.). Denn zum einen hat die Beklagte weder behauptet, dass sie bei der nach ihrer Auffassung gebotenen Aufklärung von einem Beitritt abgesehen hätte, noch hat sie auch nur ansatzweise dargelegt, welchen Schaden sie geltend macht. Zum anderen hat die Beklagte auch keine haftungsbegründenden Fehler in den beiden weitgehend parallel gestalteten Prospekten aufgezeigt.

Die Prognoseberechnungen auf S. 24 f. des Prospekts vom 1. Dezember 1993 und auf S. 22 f. des Prospekts vom 21. Juni 1996 sind weder unrichtig noch unvollständig oder irreführend. Sie werden auf den jeweils nachfolgenden Seiten (26 bis 28 bzw. 24 bis 26) eingehend erläutert.

Dabei wird (auf S. 26 bzw. S. 24 unter „Aufwendungszuschüsse“) insbesondere klargestellt, dass der allmähliche Abbau der staatlichen Aufwendungszuschüsse in den Berechnungen durch Mieterhöhungen „im Rahmen der Zulässigkeit nach dem Miethöhegesetz (durch die Förderungsvereinbarung vertraglich begrenzt auf die zwanzigprozentige Kappungsgrenze für Mieterhöhungen in drei Jahren und die ortsübliche Miete)“ ausgeglichen wird und dass „eine höhere Miete - auch im Falle der Wiedervermietung - nicht vereinbart werden“ darf. Damit ist hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sich die prognostizierten Mietsteigerungen an den maximal zulässigen Mieterhöhungen orientieren. Entgegen der Auffassung der Beklagten wird auch nicht der Eindruck erweckt, es stünde sicher fest, dass der Rückgang der Aufwendungshilfen und die tatsächlich realisierbare Steigerung der Mieteinnahmen stets gleich laufen. Denn in der Erläuterung der Prognoseberechnungen wird ausdrücklich klargestellt, dass der nach der II. Berechnungsverordnung ermittelte Ansatz für „Mietausfälle (...) - auch mittelfristig - nicht in jedem Fall ausreichend sein“ muss (S. 27 bzw. S. 25 unter „Mietausfallwagnis“) und dass die Prognose „unter den angegebenen Prämissen, insbesondere der Vollvermietung zu den angesetzten Mieten“ steht (S. 28 bzw. S. 26 unter „Berechnung der voraussichtlichen Liquiditätsüberschüsse“). Weiterer Hinweis bedarf es in diesem Zusammenhang nicht (ebenso KG, Beschl. v. 28. Oktober 2008, 14 U 101/07 [Anlage KK 12], S. 4).

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist auch nicht zu beanstanden, dass die Prognoseberechnungen nur die 15 Jahre bis zum Auslaufen der staatlichen Förderung und der Zinsbindungsfrist abdecken (ebenso KG a.a.O., S. 5). Denn für die Zeit danach wird ausdrücklich auf die ausführliche Darstellung unter „Risiken“ (auf S. 18 bzw. S. 15 f.) verwiesen und dort wird nicht nur auf die zu erwartende Unterdeckung von 5,12 DM bzw. 4,89 DM und die verbleibende Restschuld von rund 3.540 DM pro Quadratmeter, sondern auch darauf hingewiesen, dass „verlässliche Aussagen über die Auswirkungen heute noch nicht zu treffen sind“ und deshalb „unter Berücksichtigung der dann gegebenen Marktsituation“ entschieden werden soll, „welche Maßnahmen - z.B. Umschuldung, Tilgungstreckung, Umwandlung in Eigentumswohnungen oder Verkauf der Wohnanlage oder von Teilen davon - zu ergreifen sein werden.“ Der von der Beklagten monierte Eindruck, es sei dauerhaft mit Ausschüttungen zu rechnen, kann danach bei der gebotenen vollständigen und sorgfältigen Lektüre nicht entstehen.

Auch die übrigen Risikohinweise, deren Fehlen die Beklagte beanstandet, finden sich zwar nicht in der Erläuterung zu den Prognoseberechnungen, aber - was ausreicht - an anderen Stellen des Prospekts. So wird insbesondere auf die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hingewiesen und eine mögliche Nachschusspflicht bei fehlender Liquidität erwähnt (auf S. 20 und 29 bzw. S. 18 und 27 unter „Haftung der Gesellschafter“). Diesen Angaben lässt sich - zumal angesichts der bezifferten Unterdeckung und Verschuldung nach dem Ende der staatlichen Förderung - hinreichend deutlich das Risiko einer Haftung entnehmen, die den Betrag der Einlage erreichen und gegebenenfalls sogar überschreiten kann (KG a.a.O., S. 3).

47

3. Die geltend gemachten Zinsen stehen der Klägerin nur ab Rechtshängigkeit zu (§ 291 BGB). Denn die vorgerichtliche Zahlungsaufforderung vom 16. April 2007 bezieht sich ausschließlich auf die nicht bestehenden eigenen Ansprüche und ist deshalb nicht geeignet, die Beklagte wegen der - erst später abgetretenen - Freistellungsansprüche in Verzug zu setzen.

III.

48

Bei der Kostenentscheidung ist gemäß § 92 Abs. 1 ZPO berücksichtigt, dass die Klägerin nicht aus eigenem Recht, sondern nur mit dem hilfsweise geltend gemachten Freistellungsanspruch der Treuhänderin obsiegt hat. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision der Beklagten wird gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zugelassen, weil die Frage des Verjährungsbeginns bei Freistellungsansprüchen höchstrichterlicher Klärung bedarf und der Senat bei der Auslegung von § 6 der Treuhandverträge von der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte abweicht. Der nach § 63 Abs. 2 GKG festzusetzende Streitwert des Berufungsrechtszugs entspricht dem Streitwert erster Instanz.