Abschrift

Anwaltskanzlei
Dr. Babette Gäbhard
11. Feb. 2012
Posteingang
Frist: 10.3.12 NZB BGH
Kopie Mdt.: 11.2.12

Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
26 U 149/09
38 O 594/08 Landgericht Berlin

verkündet am : 30.01.2012
Kubitza
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Beklagten und Berufungsklägers,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältin Dr. Babette Gäbhard,
Rumfordstraße 7, 80469 München,-

g e g e n

die Berlin-Hannoversche Hypothekenbank AG,
vertreten d. d. Vorstand Jan Bettink und
Bernd Morgenschweis,
Budapester Straße 1, 10787 Berlin,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Westfalendamm 87, 44141 Dortmund,-

hat der 26. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Elßholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 14.11.2011 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Fahr und die Richter am Kammergericht von Gélieu und Bergold

f ü r R e c h t e r k a n n t :

JV 531

Die Berufung des Beklagten gegen das am 3.8.2009 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin (38 O 594/08) wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckung aus dem angefochtenen Urteil kann fortan ohne Sicherheitsleistung fortgesetzt werden.
Dem Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten im Rahmen seiner akzessorischen Gesellschafterhaftung auf quotale Rückzahlung aus drei Darlehensverträgen in Anspruch, welche zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und dem geschlossenen Immobilienfonds („Wohn – Residenz Eisenacher Straße 19/20 Grundstücksgesellschaft b.R.") geschlossen worden waren.
Diesem Fonds trat Herr mit privatschriftlicher Erklärung vom 6.12.1991 bei. Herr war an der Gesellschaft zu 0,9177 % beteiligt.
Der Beklagte erwarb am 10.03.1994 den Gesellschaftsanteil von Herrn .

Die Fonds Gesellschafter beschlossen die Liquidation der Fonds – Gesellschaft zum 31.12.2003 sowie das Fortbestehen der Alleingeschäftsführungs - und Alleinvertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters Peter J. Klein und der Ärzte - Treuhand Vermögensverwaltung GmbH.
Am 28.06.2007 wurde zwischen der Fonds GbR und der Klägerin eine "Abwicklungs - und Lastenfreistellungsvereinbarung" geschlossen (Anlage K 9), wobei der Zeuge Klein für die Fonds GbR unterzeichnete.

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen - § 540 Abs. 1 ZPO.
Ergänzend ist Folgendes anzufügen:
Die Fondsimmobilie wurde im freihändigen Verkauf zu einem Erlös von 7.500.000 € veräußert.
Der Erlös wurde am 28.02.2008 auf einem der Bank verpfändeten Sicherheitskonto hinterlegt. Die

Klägerin ist insoweit der Auffassung, sie sei zu einer Verrechnung der Barsicherheit gemäß Ziffer V. der Abwicklungs - und Lastenfreistellungsvereinbarung nicht verpflichtet.
Darüber hinaus sind Bewirtschaftungsüberschüsse aus dem Vermögen der Fonds GbR in Höhe von insgesamt 114.589 € auf einem Sicherheitskonto hinterlegt worden, welche die Klägerin unter Berufung auf Ziffer III. (4.) der Abwicklungs - und Freistellungsvereinbarung ihrer Auffassung nach ebenfalls noch nicht zu verrechnen habe.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben.
Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass Herr Gesellschafter der Fonds – GbR geworden und der Beklagte daher in seine Rechtsposition eingetreten sei. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, so fänden hier die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft Anwendung. Eine Kündigung oder der Widerruf des Beitritts habe daher auf die Darlehensverbindlichkeit keine Auswirkung.
Ob die mit der GbR abgeschlossenen Darlehensverträge wirksam seien, könne dahinstehen, da die Fonds GbR in jedem Falle bei Abschluss der Vereinbarung vom 28.6.2007 wirksam vertreten worden sei.
Der Beklagte haftete des Weiteren quotal für die Darlehensverbindlichkeit nach §§ 128, 130 HGB entsprechend, wobei sich die Bezugsgröße für diese Haftung nach dem ursprünglichen Nominalbetrag des Darlehens zzgl. Kosten und Zinsen richte.
Schadensersatzansprüche könne der Beklagte dem Anspruch der Klägerin nicht entgegenhalten.

Gegen dieses ihm am 11.08.2009 zugestellte Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner am 18.08.2009 eingegangenen Berufung, welche er am 06.10.2009 im Einzelnen begründet hat.

Er wiederholt und vertieft seinen Vortrag aus erster Instanz und ist der Auffassung, dass das Landgericht bereits örtlich unzuständig gewesen sei.
Des weiteren ist er der Ansicht, dass weder der Gesellschaftsvertrag noch die Ergänzungsvereinbarungen wirksam zustande gekommen seien.
Eine Haftung seinerseits aus §§ 128, 130 HGB komme nicht in Betracht, da er sich insoweit auf Vertrauensschutzgesichtspunkte stützen könne. Im Übrigen sei der Beitritt zur Gesellschaft unwirksam, da er nicht notariell beurkundet worden sei. Er sei allenfalls mittelbarer Gesellschafter geworden und hafte auch aus diesem Grunde nicht.
Der Kaufpreis der Immobilie sei sittenwidrig überhöht gewesen, die Klägerin habe dem Gutachter Werte vorgegeben, um sich im Zusammenspiel mit dem Kleinkonzern zu bereichern.
Ihm stünden des Weiteren Ansprüche gegenüber der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss zu, welche er dem Klageanspruch entgegenhalten könnten. Die

Klägerin sei als Hauptinitiatorin des Fonds anzusehen und habe sämtliche Prospektinhalte mit der Fonds GbR abgestimmt. Er meint des Weiteren, dass ihm ein Anspruch gegen die Klägerin aus § 826 BGB zustehe. Hierzu behauptet er, dass es zwischen dem Zeugen Klein und der Rechtsvorgängerin der Klägerin , der Berliner Pfandbriefbank, Absprachen hinsichtlich der Haftungsreihenfolge gegeben habe. Die Berliner Pfandbriefbank habe einen Widerspruch zwischen der in dem Gesellschaftsvertrag geregelten Haftungsreihenfolge und der Gestaltung in den Darlehensverträgen gesehen. Dem Zeugen Klein sei darauf hin mitgeteilt worden, dass man im Darlehensvertrag eine entsprechende subsidiäre Haftungsregelung - in dem Sinne, dass vor Inanspruchnahme der Gesellschafter zunächst die Immobilie zu verwerten und der Erlös von der Haftungssumme in Abzug zu bringen sei - nicht vereinbaren könne. Man sei darauf hin übereingekommen, von einer Änderung bzw. Klarstellung der Darlehensverträge abzusehen.

Der Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

Der Beklagte beantragt,

> das am 3.8.2009 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 38 O 594/08 - abzuändern und die Klage abzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin hält das angefochtene Urteil für zutreffend und trägt unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrages aus erster Instanz weiter vor.
Sie ist der Auffassung, dass nach der Entscheidung des BGH vom 17.10.2006 (BGH XI ZR 19/05) geklärt sei, dass die Darlehensverträge wirksam zustande gekommen seien und die Anleger nach §§ 128, 130 HGB analog für die Darlehensverbindlichkeiten hafteten.
Vertragliche Schadensersatzansprüche stünden dem Beklagten bereits deswegen nicht zu, weil es an einem Vertragsverhältnis zwischen ihm und der Klägerin fehle, das bei einer Objektfinanzierung lediglich zwischen der Bank und der Gesellschaft bestehe.
Ansprüche aus unerlaubter Handlung bestünden ebenfalls nicht. Der diesbezügliche Vortrag des Beklagten sei bereits deswegen unerheblich, weil dem Gesellschaftsvertrag keine Haftungsreihenfolge in dem von der Beklagtenseite verstandenen Sinne zu entnehmen sei. Demzufolge könne auch hierüber nicht getäuscht worden sein.

Wegen des weiteren Sach - und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze der Parteien insbesondere vom 5.10.2009, 12.10.2009,12.02.2009, 3.5.2010, 2.6.2010, 22.6.2010, 28.6.2010, 12.8.2010, 20.9.2010, 14.1.2011, 18.1.2011, 24.1.2011, 25.1.2011, 11.3.2011, 18.3.2011, 15.5.2011, 27.5.2011, 29.5.2011, 24.10.2011, 6.11.2011, 4.11.2011 Bezug genommen.

Der Senat hat nach Maßgabe des Beschlusses vom 25.08.2010 (Bl. 124 Bd. III d. A.) mit Ergänzungen vom 23.03.2011 (Bl. 26 Bd. IV d.A.) und vom 20.06.2011 (Bl. 133 Bd. IV d. A.). Beweis erhoben durch die Vernehmung der Zeugen Klein, Dr. P , S , Vogt und Luckow. Wegen der Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften der Termine vom 26.01.2011 (Bl. 238, Bd. III d. A.), vom 6.6.2011 (Bl. 120, Bd. IV d. A.) und vom 14.11.2011 (Bl. 190, Bd. IV d. A.) Bezug genommen. Die Schriftsätze vom 13.12.2011 lagen vor.

II.

Die gemäß § 511 Abs. 1 ZPO statthafte Berufung ist zulässig, insbesondere gemäß §§ 517, 519, 520 ZPO form - und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Das Rechtsmittel hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Der Einwand der örtlichen Unzuständigkeit ist im Berufungsverfahren nach § 513 Abs. 2 ZPO unbeachtlich.
Die Klägerin hat einen Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Betrages aus § 488 Abs. 1 BGB (anwendbar nach Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB) i. V. m. §§ 128, 130 HGB analog.

1. Wirksamer Darlehensvertrag

Die zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Fonds - GbR geschlossenen Darlehensverträge sind wirksam.

a)
Es liegt kein Nichtigkeitsgrund nach § 134 BGB i. V. m. Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG vor.
Die Fonds - GbR wurde bei Abschluss dieser Verträge wirksam durch die Geschäftsbesorgerin vertreten.
Nach der Rechtsprechung des BGH fällt die Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben durch schuldrechtlichen Vertrag sowie die Erteilung umfassender Vollmachten an einen Nichtgesellschafter nicht in den Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes.

Dies folgt aus dem Umstand, dass dieser Vertrag seinem Schwerpunkt nach nicht auf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten gerichtet ist, sondern auf die Wahrung wirtschaftlicher Interessen der GbR und ihrer Gesellschafter (vgl. BGH XI ZR 143/05 Urteil vom 18.7.2006 nach juris ; für den hier streitgegenständlichen Fonds: XI ZR 19/05 Urteil vom 17.10.2006 Tz. 29 nach juris m. w. N.).
Die Ausarbeitung der von der GbR abzuschließenden Verträge war dementsprechend auch nicht Aufgabe der Geschäftsbesorgerin, sondern oblag dem geschäftsführenden Gesellschafter, der hierfür eine gesonderte Vergütung erhielt (BGH XI ZR 19/05).
Aus dem Umstand, dass die Revision der letztgenannten Entscheidung des BGH teilweise zu Gunsten der Anleger entschieden worden ist, können die Beklagten für sich keine günstigen Schlüsse ziehen. Es handelte sich insoweit um Klagen der Anleger nach § 767 ZPO, die sich gegen notarielle Urkunden richteten, mit denen sich die Anleger der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen unterworfen hatten. Diese Erklärung hatte der Gesellschafter Klein in eigenem Namen und als Geschäftsführer der Geschäftsbesorgerin für die Anleger abgegeben, die ihm hierzu die bereits im Emissionsprospekt vorgesehene umfassende Vollmacht erteilt hatten. In konsequenter Anwendung der oben genannten Grundsätze hat der BGH die Erteilung dieser Vollmachten wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetzes als unwirksam angesehen, weil der Gesellschaftsvertrag lediglich die Abgabe der entsprechenden Schuldanerkenntnisse vorgesehen hat, nicht aber die Vollstreckungsunterwerfungserklärungen der Gesellschafter (vgl. BGH XI ZR 19/05 Tz. 37). Im Gegensatz dazu war die Übernahme von entsprechenden Schuldverpflichtungen der Gesellschafter jedoch im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich geregelt.

b)
Die Darlehensverträge sind auch nicht wegen §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 1 VerbrKrG unwirksam.
Die Verträge wurden mit der Fonds - GbR geschlossen. Die GbR ist hier jedoch nicht als Verbraucher im Sinne dieser Vorschriften anzusehen, da die Kredite für die gewerbliche Tätigkeit der GbR im Sinne der § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt waren (BGH XI ZR 19/05 Tz. 30 für den hier streitgegenständlichen Fonds; XI ZR 143/05 TZ 30).

2. Wirksamer Beitritt

Der Beitritt des Rechtsvorgängers des Beklagten zum streitbefangenen Fonds ist wirksam.

a)
Soweit der Beklagte der Auffassung ist, die Beitritterklärung sei nach Haustürwiderrufsgesetz (HWiG) widerrufbar, fehlt es bereits an Sachvortrag, ob der Beitrittserklärung überhaupt eine nach diesen Vorschriften relevante Haustürwiderrufssituation zu Grunde lag. Der Beklagte trägt

insoweit lediglich vor (S. 9 der Klageerwiderung), dass „die Gesellschafter" die Beitrittserklärungen zuhause unterzeichnet hätten, ohne dass klar wird, ob sich das auf die Gesellschafter allgemein oder hier speziell auf Herrn bezogen haben soll. Darüber hinaus fehlt es an Vortrag, inwiefern der Rechtsvorgänger zum Abschluss des Vertrages bzw. Unterzeichnung in einer Privatwohnung „bestimmt" worden ist - § 312 Abs. 1 BGB n. F. Dies ist nur dann der Fall, wenn auch Vertragsverhandlung zu Hause geführt worden sind, die letztendlich zum Vertragsschluss geführt haben. Nur in diesem Falle ist von einer „Überrumplungssituation", vor der die Vorschriften schützen sollen, auszugehen.
Unabhängig davon würden bei einer Unwirksamkeit der Erklärung durch Widerruf hier die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft greifen (vgl. insoweit EuGH – Vorlage des BGH II ZR 292/06 und Vorabentscheidung des EuGH vom 15.4.2010 C – 215/08, Juris).

b)
Eine Unwirksamkeit der Beitrittserklärung lässt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen Vorschriften des AGB Gesetzes herleiten.
Betroffen ist hier das Verhältnis zwischen Darlehensnehmer, der GbR, und der Klägerin, welche als Unternehmer beide nicht in den Anwendungsbereich der AGB Vorschriften fallen.
Soweit sich der Beklagte auf das Urteil des OLG Frankfurt bezieht (23 U 66/03, Seite 11 Schriftsatz vom 18.5.09, Bd. II, Bl. 11), kann er aus dieser Entscheidung für seine Rechtsposition nichts herleiten. Unabhängig davon, ob die AGB Vorschriften trotz § 310 Abs. 4 BGB n. F. (§ 23 AGBG) auf den Erwerb einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zur Vermögensanlage anwendbar sind (hierzu Palandt/Grünberg, BGB, 71. Aufl. § 310 Rndr. 50), liegt bereits keine überraschende Klausel i. S. v. § 3 AGBG a. F. vor.Vielmehr wird im Prospekt bzw. im Gesellschaftsvertrag auf die quotale Haftung ausdrücklich hingewiesen.

c)
Die Erklärung ist auch nicht wegen eines Verstoßes gegen § 313 a BGB a. F. formunwirksam.
Die schuldrechtliche Zuweisung einer bestimmten Wohnung für den Fall der Auflösung oder Liquidation der GbR durch Aufteilung begründet keine Erwerbsverpflichtung und bedarf daher keiner notariellen Beurkundung (BGH Beschluss vom 17.7.07 XI ZR 161/07, juris).

3. Haftung der Gesellschafter analog §§ 128, 130 HGB

Der Beklagte haftet für die Darlehensschuld persönlich - beschränkt auf die vereinbarte Haftungsquote - gemäß §§ 128, 130 HGB analog.
Seit der Entscheidung des BGH vom 29.01.2001 (II ZR 331/00) ist davon auszugehen, dass die Außen - GbR eine rechtsfähige Personengesellschaft bildet. Die Haftung des Gesellschafters für

die Verbindlichkeit der GbR richtet sich dann wie bei der OHG entsprechend nach § 128 HGB (vgl BGH a. a. O.). Dabei haftet ein Neugesellschafter auch für bereits begründete Neuverpflichtungen der GbR entsprechend §130 HGB, wenn er sie bei seinem Eintritt in die Gesellschaft kennt oder ihr Vorhandensein auch bei Anwendung nur geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können. (BGH II ZR 283/03, Urteil vom 12.12.2005). Diese Voraussetzungen sind hier vorliegend erfüllt. Zunächst ist nach der Rechtsprechung des BGH davon auszugehen, dass der beitretende Gesellschafter damit rechnen muss, dass die werbende GbR die zur Finanzierung erforderlichen und prospektierten Kredite bereits ganz oder zum Teil aufgenommen hatte (vgl. XI ZR 19/05 Tz. 32 für den streitbefangenen Fonds). Auch der hier betroffene Beklagte, bzw. dessen Rechtsvorgänger mussten mit diesen Verbindlichkeiten rechnen, denn die quotale Haftung war bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, des Weiteren sind die entsprechenden Vollmachten für die Geschäftsbesorgerin zum Zwecke der Darlehensaufnahme erteilt. Insoweit kann auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen werden. Die hiergegen vorgebrachten Einwendungen des Beklagten überzeugen nicht. Soweit er meint, die genannte BGH Entscheidung vom 12.12.2005 sei auf den Fall einer Fonds – GbR nicht übertragbar, ist dies durch die Entscheidung XI.ZR 19/05 im gegenteiligen Sinne geklärt.

a)

Der Beklagte ist entgegen seiner Auffassung auch nicht lediglich mittelbarer Gesellschafter geworden, was nach der Rechtsprechung des BGH eine Haftung über §§ 128, 130 HGB ausschließen würde. Die Auffassung des Beklagten widerspricht dem Wortlaut des Treuhandvertrages. Dort wird ausdrücklich erklärt, dass sich dieser Vertrag nur auf das Halten der gesellschaftsrechtlichen Stellung gegenüber dem Grundbuchamt bezieht - § 2 des Treuhandvertrages.
Zutreffend verweist die Klägerin (Seite 113 ff. der Replik Bd. I) auf die Terminologie im Gesellschaftsvertrag: Als Treuhandgesellschafter werden im Folgenden diejenigen bezeichnet, die ihre Rechte im Grundbuch von einem Grundbuchtreuhänder verwalten lassen - § 4 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages.In § 4 Ziffer 6 wird klargestellt, dass auch „Treuhandgesellschafter" in diesem Sinne ihre Gesellschaftsrechte selbst und in eigenem Namen ausüben. Damit ist klargestellt, dass der Beklagte hier direkter Gesellschafter ist (vgl. hierzu auch BGH vom 19.07.2011, II ZR 300/08, Rn. 35 ff.).

b)

Auch die Behauptung des Beklagten, er hätte das Gesellschaftsverhältnis zum 31.12.2003 gekündigt, ist gegenüber dem Klageanspruch unerheblich. Er übersieht, dass er selbst im Falle einer Kündigung zum 31.12.2003 gemäß § 736 Abs. 2 BGB i. V. m. § 160 Abs. 1 HGB noch für einen Zeitraum von fünf Jahren für die bis zum Zeitpunkt der Kündigung eingegangenen Verbindlichkei-

ten haftet. Voraussetzung hierfür ist, dass die Ansprüche bis zu diesem Zeitpunkt fällig sind und daraus Ansprüche gegen den ausscheidenden Gesellschafter in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis Nr. 5 des BGB bezeichneten Art festgestellt sind. Diese Voraussetzungen liegen vor, da die Forderung durch die Abwicklung - und Lastenfreistellungsvereinbarung zum 30.06.2007 fällig geworden ist und die Klageeinreichung am 22.08.2008 bzw. deren Zustellung am 3. bzw. 5.11.2008 zur Verjährungshemmung nach § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB geführt hat.

Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft mit Mehrheitsbeschluss nach § 17 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages die Liquidation der Fondsgesellschaft zum 31.12.2003 beschlossen hat. Nach § 17 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages reichte für den Beschluss über die Liquidation eine Mehrheit von ¾ der abgegebenen Stimmen, mindest aber 51 % aller Gesellschafterstimmen. Das für Beschlüsse in einer GbR als Regel vorgesehene Einstimmigkeitsprinzip kann gemäß § 709 Abs. 2 BGB durch den Gesellschaftsvertrag abbedungen und durch das Prinzip der einfachen Mehrheit ersetzt werden, auch wenn es sich insoweit um ein Grundlagengeschäft handelt (BGH NJW 2007, 259 ; 2009, 669).
Aus dem Bestimmtheitsgebot folgt lediglich, dass im Vertrag eindeutig geregelt ist, dass der maßgebliche Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll (KG Urteil vom 12.11.2009, 19 U 25/09, juris Tz.8).Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, denn der Gesellschaftsvertrag ist insoweit eindeutig.
Der Liquidationsbeschluss ist daher wirksam, so dass die Gesellschaft in der ursprünglichen Form ab dem 31.12.2003 nicht mehr bestand und auch die Kündigung dann hinfällig war.
Die werbende Gesellschaft wandelt sich in eine Liquidationsgesellschaft um, an der alle Gesellschafter, auch die welche ein Kündigung erklärt haben, beteiligt sind (OLG Stuttgart, Urteil vom 1.8.2007, 14 U 24/069, juris Tz. 34).

c)
Durch die Haftungserklärungen der Gründungsgesellschafter ist die akzessorische Haftung der später beitretender Gesellschafter nicht ausgeschlossen worden.
Auch insoweit kann auf die zutreffenden Gründen der landgerichtlichen Entscheidung Bezug genommen werden. Die Regelung in Ziffer 2.2 der Darlehensverträge bezieht sich ausschließlich auf die dort genannten Gesellschafter und nicht auf andere später beitretende Gesellschafter. Ein diesbezüglicher Haftungsausschluss wird in den Verträgen insoweit nicht erwähnt. Es erschiene sinnwidrig, wenn die Bank zunächst auf die persönliche Haftung der Gesellschafter verzichten wollte, um sie dann später gesondert zu vereinbaren. Des weiteren muss der Abschluss der Darlehensverträge auch vor dem Hintergrund der damals noch geltenden Lehre von der Doppelverpflichtung interpretiert werden. Eine persönliche Inanspruchnahme des einzelnen Gesellschafters wäre – aus damaliger Sicht - ohnehin nur bei einer ausdrücklichen Vereinbarung in Betracht ge-

kommen. Dass eine solche Regelung damals zunächst nicht geschlossen worden ist, kann aber nicht den Schluss zulassen, dass die Parteien für die Zukunft einer Änderung der BGH Rechtsprechung – die damals noch gar nicht absehbar war- die persönliche Haftung der Gesellschafter nach §§ 128 130 HGB ausschließen wollten.

d)
Zu Unrecht nimmt der Beklagte die Entscheidung des BGH vom 17.06.2008 (XI ZR 112/07) für seine gegenteilige Auffassung in Anspruch.
Gegenstand des genannten Urteils war ein Fall der Beitrittsfinanzierung, hier handelt es sich jedoch um eine Objektfinanzierung. Der Gesellschafter hatte das von ihm an die Fonds – GbR zu zahlende Eigenkapital durch Aufnahme eines persönlichen Darlehens finanziert. Die Treuhänderin hatte ohne Erlaubnis nach dem RBerG im Namen der Gesellschafter den Darlehensvertrag mit der Bank abgeschlossen. Die Darlehenssumme wurde direkt an die GbR ausgezahlt. Für diesen Fall hat der BGH entschieden, dass der Kapitalanleger nicht für die Bereicherungsschuld der GbR gemäß § 128 HGB persönlich hafte, weil dies mit dem Schutzzweck des RBerG kollidiere (BGH a. a. O. Tz. 17). Diese Entscheidung ist hier schon insoweit nicht relevant, weil – wie oben festgestellt wurde – gegenüber der GbR eine wirksame Darlehensschuld begründet worden ist.
Ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz liegt insoweit nicht vor.
Hierfür haftet der Beklagte – aus den oben genannten Gründen – gemäß §§ 128, 130 HGB.
Damit sind die Voraussetzungen für seine Haftung erfüllt.
Darüber hinaus sind die Grundsätze der Entscheidung, die sich auf eine Beitrittsfinanzierung bezogen„ auf die hier relevanten Fragen der Objektfinanzierung wegen der unterschiedlichen Interessenlage nicht anwendbar.

4. Forderungshöhe

Der Anspruch ist auch der Höhe nach begründet.
Nach den jüngsten Entscheidungen des 2. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 8.2.2011, II ZR 243/09; II ZR 263/09; Urteil vom 19.07.2011, II ZR 300/08) , welchen sich der Senat anschließt, ist bei einer Vereinbarung über eine quotale Haftung durch Auslegung der die Gesellschaftsschuld begründenden Vereinbarung zu ermitteln, in welchem Umfang Tilgungen aus dem Gesellschaftsvermögen oder Erlöse aus dessen Verwertung anteilig auch die Schuld jedes einzelnen Gesellschafters mindern. Die quotale Haftung stellt danach kein gesetzlich geregeltes Haftungskonzept dar, Zahlungen und sonstige Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen sind daher nicht kraft Gesetzes auf die Haftungsanteile anzurechnen (vgl. BGH II ZR 263/09 Rndr. 26 Urteilsumdruck). Der Gesellschaft und ihren Vertragspartnern steht es jedoch frei, hiervon Abweichendes zu vereinbaren, dass also Tilgungen aus dem Gesellschaftsvermögen nicht nur die

Schuld der Gesellschaft, sondern anteilig den Haftungsbetrag jedes einzelnen Gesellschafters mindern sollen (vgl. BGH II ZR 263/09 Rndr. 30 Urteilsumdruck). An einer solchen Vereinbarung fehlt es hier indes.Im Darlehensvertrag fehlt es hierzu an einer Regelung.
In den Ergänzungsvereinbarungen vom 10.06.1994 findet sich zwar eine Haftungsbeschränkung insoweit, als die Haftung der Gesellschafter für das von der Gesellschaft aufgenommene Darlehen auf die in der beigefügten Aufstellung genannten Darlehensbeträge nebst Zinsen und Nebenleistungen beschränkt sein soll. Diese Beträge bestimmen sich nach der Beteiligungsquote der jeweiligen Gesellschafter am Gesellschaftskapital im Verhältnis zum Darlehensbetrag zzgl. Zinsen und Kosten und reduzieren die nach § 128 HGB eigentlich unbeschränkte Haftung auf eine Obergrenze.
Eine Aussage darüber, inwiefern Tilgungen aus dem Gesellschaftsvermögen auch die Schuld des jeweiligen Gesellschafters mindern soll, findet sich hier jedoch nicht. Es verbleibt daher bei dem Grundsatz, dass mangels abweichender Vereinbarungen Tilgungsleistungen keinen Einfluss auf die Höhe der Schuld der einzelnen Gesellschafter haben.

Die anerkannte Gesamtforderung in der „Abwicklungs - und Lastenfreistellungsvereinbarung" vom 28.06.2007 betrug 21.466.296,00 Euro. Diese Vereinbarung ist wirksam (vgl. die Ausführungen unter Ziffer 5.), der Beklagte ist mit Einwendungen demgegenüber nach § 129 HGB ausgeschlossen. Ausgehend von einer Beteiligungsquote von 0,9177 % ergibt sich daher die geltend gemachte Klageforderung.

5. Fälligkeit des Darlehens

Der Anspruch war auch zum 30.06.2007 zur Rückzahlung fällig.
Dies ergibt sich aus Ziffer II Nr. 3 der Lasten - und Freistellungsvereinbarung vom 28.06.2007.
Diese Vereinbarung wurde mit Wirkung für und gegen die Fonds GbR abgeschlossen.

a)
Die Gesellschaft wurde bei dem Abschluss der Vereinbarung wirksam durch den Zeugen Klein vertreten.
Ein Verstoß gegen Art. 1 § 1 RberG scheidet aus den oben genannten Gründen aus. Der Zeuge Klein hatte auch Vertretungsmacht. Gemäß Beschluss vom 20.12.2003 befand sich die Gesellschaft zum 31.12.2003 in Liquidation. Der Zeuge Klein wurde zum Liquidator bestellt, wobei die ihm in § 9 des Gesellschaftsvertrages eingeräumte Alleingeschäftsführungs - und Alleinvertretungsbefugnis ausdrücklich fortbestehen sollte.

Dieser Beschluss ist auch wirksam, denn er wurde mit der nach dem Gesellschaftsvertrag erforderlichen Anzahl von Stimmen (§§ 17, 16 lit. g - Mehrheit von ¾ der abgegebenen mindestens aber von 51 % aller Gesellschaftsstimmen) erreicht.
Der bei der GbR gemäß § 709 Abs. 1 geltende Grundsatz der Einstimmigkeit wurde im Gesellschaftsvertrag abbedungen - § 17 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages. Dem Protokoll der schriftlichen Beschlussfassung (Anlage A 2) lässt sich entnehmen, dass sich 2.755 von 3.251 an der Beschlussfassung beteiligten Gesellschafter für die Liquidation ausgesprochen haben, was einer Quote von 84,74 % entspricht. Dem sind die Beklagten nicht substantiiert entgegen getreten.
Bei der Abwicklungs - und Lastenfreistellungsvereinbarung handelt es sich auch nicht um ein Grundlagengeschäft, welches eine Einstimmigkeit des Beschlusses voraussetzen würde. Unter diesen Begriff fallen insbesondere Geschäfte, welche den Bestand oder die Organisation der GbR ändern, indem z. B. der Gesellschaftszweck geändert wird (vgl. Palandt/Sprau, 71. Aufl. § 705 Rndr. 15). Hier hat sich der Gesellschaftszweck der Fonds - GbR bereits mit dem Eintritt in das Stadium der Liquidation geändert und bestand nunmehr in der Abwicklung der Gesellschaft. Das Anerkenntnis einer Verbindlichkeit gegenüber einem Drittgläubiger und die Vereinbarung über die Rückführung dieser Verbindlichkeit dient aber gerade diesem Zweck (vgl. KG Urteil vom 21.06.2011, 4 U 5/10). Dass die Abwicklungs- und Lastenfreistellungsvereinbarung nicht mit einfacher Mehrheit - wie von der Klägerin vorgetragen - von 53,9803 % beschlossen worden sein soll, wird von den Beklagten nicht hinreichend substantiiert behauptet. Der Senat schließt sich insoweit den überzeugenden Ausführungen des 24. Zivilsenats und des 4. Zivilsenats (24 U 132/09, Urteil vom 27.10.2010; 4 U 5/10, Urteil vom 21.06.2011) in den von diesen entschiedenen Parallelfällen für den streitgegenständlichen Fonds an. Die Zweifel an der Korrektheit der Erfassung der per Akklamation abgegebenen Stimmen beruhen auf dem des Beklagten in seiner Funktion als Beirat vom 3.10.2010, der seine Zweifel wiederum darauf stützt, ihm seien Kopien maschinell erstellter Listen der Abstimmungsergebnisse verweigert worden. Konkrete Zweifel an einer unzutreffenden Stimmerfassung lassen sich daraus nicht herleiten. Zutreffend wird in den genannten Entscheidungen darauf hingewiesen, dass der Beklagte sein Misstrauen des Weiteren darauf stützt, dass er seiner Erinnerung nach nur dem Verkauf des Grundstücks zugestimmt habe. Durch die Abwicklungs - und Lastenfreistellungsvereinbarung sollte der Geschäftsführung jedoch gerade ermöglicht werden, die Immobilie "freihändig zu veräußern" (Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 14.07.2007 Anlage BE 1 Seite 4). Dies legt eine Zustimmung durch Beklagten aber geraden nahe und lässt Zweifel nicht nachvollziehbar erscheinen.

5. Keine Gegenansprüche des Beklagten

Der Anspruch der Klägerin ist auch durchsetzbar.

Dem Beklagten stehen keine gegenläufige Schadensersatzansprüche zu, welche er dem Anspruch der Klägerin entgegenhalten können.

a)
Ein solcher Gegenanspruch besteht nicht aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss (c. i . c.). Gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB ist die Rechtslage vor dem 1. Januar 2002 maßgebend, da es sich insoweit um einen abgeschlossenen Tatbestand handelt, so dass die hergebrachten Grundsätze der cic Anwendung finden und nicht § 280 Abs. 1 BGB.

aa)
Ein Anspruch unter diesem Gesichtspunkt scheidet bereits deswegen aus, weil der Beklagte nicht Vertragspartner der Klägerin geworden ist. Die Darlehensverträge und Ergänzungsvereinbarungen wurden ausschließlich von der Fondsgesellschaft mit der Klägerin abgeschlossen, so dass es an einem Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 2 BGB fehlt.
Aus einem Darlehensvertrag zum Zwecke der Objektfinanzierung lassen sich jedoch Aufklärungspflichten gegenüber den Anlegern nicht herleiten (vgl. BGH XI ZR 161/07).
Es liegen hier auch keine ähnlichen geschäftlichen Kontakte im Sinne von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB vor, welche auch Rechtsbeziehungen erfassen, die nicht auf den Abschluss eines Vertrages abzielen (vgl. Palandt/Grüneberg, 71 Aufl. § 311 Rndr. 24).
Es fehlt bereits an einem direkten Kontakt zwischen den einzelnen Anlegern und der Bank.
Ein solcher lässt sich auch nicht über die Ergänzungsvereinbarungen vom 10.06.1994 konstruieren. Eine einzelvertragliche Beziehung sollte durch dies Vereinbarungen nicht hergestellt werden. Sie ist - wie oben bereits ausgeführt - vor dem Hintergrund der damaligen Doppelverpflichtungslehre zu sehen, änderte aber nichts daran, dass die Darlehensverträge ausschließlich mit der Fonds GbR geschlossen werden sollten (vgl. KG Urteil vom 27.10.2010, 24 U 132/09; KG Urteil vom 21.06.2011, 4 U 5/10).
Selbst wenn man solche hier durch den Abschluss der Darlehensergänzungsvereinbarungen annehmen wollte, so könnte eine Pflichtverletzung in dieser Hinsicht für den bereits zuvor vollzogenen Beitritt der Gesellschafter und die hierdurch bedingte akzessorische Haftung nicht mehr kausal geworden sein (vgl. BGH II ZR 300/08, Urteil vom 19.07.2011 Tz. 28).

bb)
Aus diesem Grunde scheidet auch ein Anspruch unter dem Gesichtspunkt des „Wissensvorsprung“ aus, den der Beklagte aus dem Umstand herleiten möchte, dass die Bank Kenntnis von der Überteuerung der Immobilie gehabt hätte.

Eine solche Aufklärungspflicht besteht aber nach den o. g. Gründen nur gegenüber dem Partner des Darlehensvertrag und nicht gegenüber den einzelnen Anlegern (vgl. Lindner Anm. zu BGH XI 179/07, juris).

Ein Aufklärungsverschulden ist auch nicht in der Behauptung zu sehen, dass die Klägerin dem Gutachter bei der Erstellung des Einwertungsgutachtens die Zahlen aus „Gewinnstreben" vorgegeben hätte (S. 55 Klageerwiderung, Bd. I Bl. 115 d. A.).
Hierzu ist zunächst zu berücksichtigen, dass Gutachten zur Feststellung von Beleihungswerten lediglich bankinternen Zwecken dienen. Die Kreditinstitute prüfen den Wert der ihnen gestellten Sicherheit im eigenen und im Interesse der Sicherheit des Bankensystems (vgl. BGH XI ZR 131/07, juris, Tz. 24). Dabei kommt es insbesondere nicht darauf an, ob die Bank mit einer eventuell überhöhten Verkehrswertfestsetzung eigene wirtschaftliche Vorteile erstrebt oder es dem Verkäufer ermöglicht, das Objekt zu einem überteuerten Kaufpreis zu veräußern (vgl. BGH a.a.O. Tz. 24).

cc)
Aus demselben Grund scheidet ein etwaiger Einwendungsdurchgriff nach § 9 VerbrKrG aus.
Es fehlt insoweit an einem verbundenen Geschäft, da die Klägerin hier nicht den Beitritt des Beklagten finanziert hat.

dd)
Der Beklagte kann der Klägerin auch keine Ansprüche aus dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung entgegenhalten.
Denn die Klägerin trifft hier keine Prospektpflicht.

(1)
Als Haftpflichtige für Prospektfehler sind die Gründer, Initiatoren und Gestalter der Gesellschaft anzusehen, sowie die „Hintermänner, die hinter der Gesellschaft stehen und auf ihr Geschäftsgebaren oder die Gestaltung des konkreten Modells besonderen Einfluss ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen (vgl. BGH WM 2008, 725 m. w. N.).
Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie in dieser Einflussnahme auf die Gesellschaft nach außen hervorgetreten sind (BGH a.a.O Tz. 15 juris – Ausdruck).
Der diesbezügliche Sachvortrag des Beklagten ist insoweit nicht ausreichend.
Er beschränkt sich auf die Behauptung, die Klägerin habe das Produkt „mitgestaltet" und „angeboten". Sie sei „Hauptinitiatorin" des Fonds gewesen, die Prospektinhalte seien in Bankenrunden abgestimmt gewesen. Der Vortrag enthält sich jeder Konkretisierung welche konkreten Vorgaben (durch wen) im einzelnen von der Klägerin gemacht worden sein sollen und auf welche

konkreten Aussagen des Prospekts sich diese beziehen sollen. Einzig zur Frage der Verwertungsreihenfolge wird vorgetragen, dass diese Prospektformulierung mit der Bank „abgestimmt" gewesen sei.

Auch dieser Vortrag reicht indes nicht, um die vom BGH oben aufgestellten Grundsätze zu erfüllen. Notwendig ist nämlich ein „bestimmender Einfluss" auf die Initiierung des Projekts (BGH a.a.O. Tz. 17). Dies kann aber bei der Einflussnahme auf einige Formulierungen in einem Prospekt noch nicht angenommen werden. Denn die lediglich in Teilbereichen ausgeübte Einflussnahme wird vom BGH in diesem Sinne nicht als ausreichend angesehen (vgl. BGH a.a.O. Tz. 17).

(2)
Zum anderen trifft diejenigen, die aufgrund ihrer allgemein anerkannten beruflichen oder wirtschaftlichen Stellung durch ihr nach außen in Erscheinen tretendes Mitwirken einen besonderen Vertrauenstatbestand schaffen, eine Prospektverantwortlichkeit (vgl. BGH a. a. O. Tz. 18 m. w. N.). Dabei ist die Verantwortlichkeit jedoch auf die ihnen selbst zuzurechnenden Erklärungen beschränkt (BGH a.a.O).
Auch für diese Annahme liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor.
Der Prospekt enthält keine eigenen Aussagen der Klägerin hinsichtlich des Fondsprojektes, die für die Anleger ein besonderes Vertrauen im oben genannten Sinne schaffen konnten.
Dass die Bereitschaft der Klägerin zur Kreditgewährung das Vertrauen der Anleger auf die Verlässlichkeit des Fonds gestärkt haben mag, reicht hierfür nicht aus (vgl. BGH NJW 1988, 1583 (1585)).Soweit die Beklagten vortragen, die Klägerin habe Einfluss auf die Darlehenskonditionen genommen, gibt dies für eine Prospekthaftung nichts her, da dies die Klägerin als Darlehensgeberin selbst betraf. Gleiches gilt, soweit von den Gesellschaftern Selbstauskünfte verlangt worden sind.

b)
Schadensersatzansprüche aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
scheiden bereits deswegen aus, weil nach der Wertung des § 334 BGB die Anleger als Dritte nicht mehr Rechte geltend machen können als die GbR als Vertragsgläubigerin (vgl. BGH XI ZR 431/04 zitiert bei juris; XI ZR 306/05 juris).Dass die GbR hier aber aufklärungsbedürftig gewesen wäre, ist nicht erkennbar.

c)
Der Beklagte kann der Forderung auch keine Gegenansprüche aus deliktischer Haftung entgegenhalten:

aa)
Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 264 a StGB ist nach Auffassung des Senats nicht in beweiserheblicher Weise vorgetragen.
Insbesondere reicht hierzu die Behauptung nicht aus, die Bank habe dem Gutachter bei der Erstellung des Einwertungsgutachtens die Zahlen aus "Gewinnstreben" vorgegeben. Wie bereits ausgeführt, ist zu berücksichtigen, dass Gutachten zur Feststellung von Beleihungswerten lediglich bankinternen Zwecken dienen. Die Kreditinstitute prüfen den Wert der ihnen gestellten Sicherheit im eigenen und im Interesse der Sicherheit des Bankensystems. Ein Drittschutz ist hiervon nicht umfasst. Dabei kommt es insbesondere nicht darauf an, ob die Bank mit einer eventuell überhöhten Verkehrswertfestsetzung eigene wirtschaftliche Vorteile erstrebt oder es dem Verkäufer gar ermöglicht, das Objekt zu einem überteuerten Kaufpreis zu veräußern (vgl. BGH XI ZR 131/07 nach juris Tz. 24).

bb)
Es besteht auch kein Anspruch gegenüber der Klägerin aus dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB.
Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Vertreiber von Kapitalanlagen, der Anlageinteressenten vorsätzlich durch Falschangaben täuscht und die Schädigung der Anleger zumindest billigend in Kauf nimmt, wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. BGHZ 175, 276 Tz. 26; BGH XI ZR 197/07, Urteil vom 29.09.2009 Tz. 18 nach juris). In der letztgenannten Entscheidung geht der BGH davon aus, dass die Übereinkunft zwischen der kreditgebenden Bank und einem Gründungsgesellschafter, eine - von ihnen so verstandene - subsidiäre Haftungsregelung im Gesellschaftsvertrag nicht in den Darlehensverträgen zu vereinbaren, die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Täuschung erfüllt. Der Entscheidung lag eine wortgleiche Formulierung des Prospektes zur Haftung der Gesellschafter zu Grunde.
Einen solchen konkreten Sachverhalt haben die Beklagten hier unter Benennung von Zeugen vorgetragen. Nach Auffassung des Senats kann die Entscheidung über die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme in diesem Falle nicht davon abhängig gemacht werden, welche Interpretation der Haftungsregelung im Gesellschaftsvertrag man für zutreffend hält. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat jedoch nicht zu der im Sinne von § 286 ZPO erforderlichen Überzeugung gelangt, dass zwischen der Klägerin und dem Zeugen Klein eine Übereinkunft in dem von den Beklagten behaupteten Sinne getroffen worden ist.
Im Einzelnen:

(1)
Der von der Beklagtenseite vorgetragenen Sachverhalt ist nach Auffassung des Senats im Hinblick auf in der Entscheidung des BGH vom 29.09.2009 formulierten Voraussetzungen für einen

Anspruch nach § 826 BGB schlüssig, so dass den Beweisangeboten der Beklagtenseite zu folgen war. Den Vortrag des Beklagten als wahr unterstellt, hätte in der Übereinkunft der Rechtsvorgängerin der Klägerin und dem Zeugen Klein eine Täuschung der Anleger über den Umstand bestanden, dass sie nicht lediglich subsidiär nach Verwertung des Fondsobjektes für die Rückzahlung der Darlehen hafteten, sondern unmittelbar. Denn nach diesem Vortrag haben sowohl der Zeuge Klein als auch die Klägerin die Klausel in diesem Sinne verstanden und die Anleger hierüber in Unkenntnis gelassen. Dies erfüllt die Voraussetzungen einer Täuschung. Unbeachtlich ist es dabei nach Auffassung des Senats, in welchem Sinne das jeweilige Tatgericht die Klausel interpretiert und - sofern man ihr eine subsidiäre Haftungsregelung nicht entnimmt - eine Täuschung im objektiven Sinne hierüber gar nicht möglich sei. Denn Gegenstand der Täuschung ist nicht die - von verschiedenen Gerichten unterschiedlich beurteilte - "richtige" Auslegung der Klausel, sondern die Tatsache, dass sie verschiedene Auslegungsmöglichkeiten bietet - mithin missverständlich ist - und in welchem Sinne die Klägerin und der Zeuge Klein sie - nach Behauptung der Beklagtenseite - verstanden haben. Dass die Klausel nicht in einem eindeutigen Sinne auszulegen ist, ergibt sich schon aus dem Umstand, dass sie von verschiedenen Gerichten unterschiedlich verstanden wird und auch der BGH in seiner Entscheidung vom 8.2.2011 (II ZR 263/09) die Frage letztendlich offen gelassen hat (Rndr. 42 des Urteilsumdrucks). Die Beurteilung einer sittenwidrigen Schädigung kann nach Auffassung des Senats jedoch nicht von einer - letztlich ex post zu treffenden - Frage abhängen, welcher Auslegungsvariante das jeweilige Tatgericht folgt. Dies würde auch dem im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Anlage aufgrund fehlerhafter Prospektangaben vertretenen Schadensbegriff des BGH widersprechen.

Den Vortrag der Beklagtenseite als richtig unterstellt, hätte der Zeuge Klein - unter Mitwirkung der Mitarbeiter der Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin - die Anleger darüber getäuscht, dass diese - entgegen dem im Prospekt erweckten Eindruck - nicht erst subsidiär nach Verwertung des Grundstücks, sondern unmittelbar hafteten. Dies stellt einen für die Anlageentscheidung der Interessenten wichtigen Umstand dar, über welchen sie hätten aufgeklärt werden müssen. Die umfassende Aufklärungspflicht gegenüber den mit Prospekt geworbenen Interessenten dient dazu, deren Recht zu Selbstbestimmung über die Verwendung ihres Vermögens sicher zu stellen (vgl. BGH II ZR 194/92 Urteil vom 5.7.1993 = BGHZ 123,106). Eine in wesentlichen Punkten unrichtige, unvollständige aber auch nur irreführende Angabe stellen eine rechtswidrige Verletzung dieser Pflicht dar. Der Schaden des Anlegers ist dann bereits in dem Erwerb der bei pflichtgemäßer Aufklärung nicht vorgenommenen Beteiligung zu sehen (vgl. BGH a. a. O. Tz. 10 nach juris.). Sofern eine irreführende Angabe im Prospekt erkannt und bewusst nicht offengelegt wird, erfüllt dies die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Täuschung.

Denn auch die subjektiven Anforderungen des § 826 BGB sind dann hier erfüllt. Hierzu reicht es aus, wenn der Schädiger die Art und Richtung des Schadens und der Schadensfolgen vorausgesehen und - mag er sie auch nicht wünschen - sie zumindest billigend in Kauf genommen hat (vgl.

BGH NJW 2000, 2896; NJW 2004, 446; BGH XI ZR 179/09 Tz. 20 nach juris; Palandt /Sprau, BGB, 71 Aufl. § 826 Rndr. 10). Es würde die Klägerin daher nicht entlasten, wenn von einer Klarstellung - so wie von dem Beklagten behauptet - vor dem Hintergrund der zum damaligen Zeitpunkt positiven Aussichten des Immobilienmarktes, also in der Hoffnung, dass eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter nicht notwendig sein würde, als gesehen wurde.

Auch der Vorwurf der Klägerin, die Beweisaufnahme verstoße gegen das Verbot des Ausforschungsbeweises, ist nach Auffassung des Senats unzutreffend.
Soweit sie der Ansicht ist, die Beklagten hätten keinen substantiierten Vortrag geleistet, welcher den in der Entscheidung des BGH vom 29.09.2009 aufgestellten Grundsätzen nach zu einer Beweisaufnahme zwinge, erscheint dies nicht nachvollziehbar. Die von den Beklagten behauptete Absprache zwischen dem Zeugen Klein und den Mitarbeitern der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin entspricht exakt dem in der Entscheidung des BGH vorgetragenen Sachverhalt. Ob diese Behauptung zutrifft bzw. ob die Beklagten ihren Sachvortrag an die in der genannten Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen angepasst haben, ist eine Frage der Beweiswürdigung, kann aber nicht als Argument dienen, eine Beweisaufnahme von vornherein zu unterlassen.

(2)
Die Beweisaufnahme hat jedoch nicht zur Überzeugung des Senats geführt, dass die von den Beklagten aufgestellte Behauptung zutrifft.
Eine Behauptung ist im Sinne von § 286 ZPO als erwiesen anzusehen, wenn das Gericht von ihrer Wahrheit überzeugt ist, wobei hierfür ausreichend ist, dass ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit erreicht ist, dass er Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. BGH NJW 2000, 953). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.
Der Aussage des Zeugen Klein lässt sich bereits nicht entnehmen, dass er selbst die Haftungsregelung auf Seite 19 des Prospektes in dem von den Beklagten geäußerten Sinne einer Verwertungsreihenfolge verstanden hat. Er hat lediglich bekundet, dass es ihm darauf angekommen sei, dass die Anleger nur quotal, der Höhe nach jedoch unbegrenzt haften sollten und das Grundstück immer "voll im Risiko" gewesen sei. Dass sich hieraus eine Verwertungsreihenfolge ablesen lassen sollte, ist vom Zeugen ausdrücklich verneint worden, vielmehr ist seiner Aussage nach der Begriff der Verwertungsreihenfolge zu diesem Zeitpunkt den Beteiligten gar nicht bekannt gewesen. Für ihn sei entscheidend gewesen, dass die persönliche Haftung geregelt gewesen sei und das Grundstück für alles hafte. Da der Zeuge ein eigenes Verständnis der Klausel in diesem Sinne verneint, lässt sich eine bewusste Täuschung der Anleger - an welcher die Klägerin mitgewirkt haben soll - bereits denklogisch nicht mehr begründen. Die ausdrückliche Nachfrage des Senats, ob die Bank bzw. deren Mitarbeiter die auf Seite 19 des Prospektes enthaltene Formulierung im Sinne einer Verwertungsreihenfolge verstanden hat und dies gegenüber dem Zeugen offenbarte,

hat dieser verneint. Auch der Hinweis darauf, dass die Bank - was der Zeuge bestätigt hat - geäußert habe, dass man sich "alle Optionen offen halten müsse" deutet nicht darauf hin, dass die Beteiligten eine übereinstimmende Auffassung über die Verwertungsreihenfolge hatten und wäre im Hinblick auf den hiesigen Fonds auch nicht relevant, da diese Aussage der Bank nach Bekunden des Zeugen erst 10 Jahre später - nachdem der Fonds bereits lief und die Anleger gezeichnet hatten - getätigt wurde. Ob der Senat diese Aussage des Zeugen für glaubhaft hält, kann letztendlich dahinstehen, da die Beklagten als Anspruchssteller eines Schadensersatzanspruches für die behauptete Tatsache im vollen Umfang beweispflichtig sind. Die fehlende Glaubhaftigkeit der Aussage würde jedoch letztendlich auch nur zu dem Ergebnis führen, dass der Aussage nicht zu folgen ist, was aber im Umkehrschluss nicht zur Überzeugung von der behaupteten Beweistatsache führt.

Unabhängig davon hält der Senat die Aussage aber für in sich schlüssig und nachvollziehbar. Sie steht in weiten Teilen mit der Aussage des Zeugen Dr. P in Einklang, soweit dieser bekundet, dass der Zeuge Klein im Gespräch mit ihm geäußert habe, dass er - der Zeuge Klein - nie so verstanden werden wollte, dass erst die Immobilie versteigert werden sollte und erst dann die Gesellschafter hafteten. Vielmehr habe man damals kein Problembewusstsein in dieser Hinsicht gehabt. Er sei nur der Auffassung gewesen, dass der Wert der Gesellschaftsanteile bei der Haftung in Abzug zu bringen sei.

Auch der übrige Inhalt der Aussage der Zeugen Dr. P bestätigt die behauptete Tatsache nicht. Klar zu stellen ist zwar zunächst, dass die Vernehmung der Zeugen Dr. P und S. - wovon die Klägerin jedoch offensichtlich ausgeht - nicht deswegen unterbleiben durfte, weil diese keine unmittelbare Wahrnehmung von der zu beweisenden Haupttatsache machen konnten, sondern nur als sogenannten Zeugen vom Hörensagen, Bekundungen zu einem Gespräch mit dem Zeugen Klein machen sollten. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf die Vernehmung eines Zeugen nicht mit der Begründung unterbleiben, dass dieser nur Bekundungen zu entscheidungserheblichen Tatsachen machen könne, welche Dritte ihm mitgeteilt haben. Die Wertigkeit dieses Beweismittels ist u. U. im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, das Unterlassen der Beweiserhebung stellt jedoch eine Verletzung rechtlichen Gehörs dar (vgl. zuletzt BGH IX ZR 38/10 Beschluss vom 9.6.2011, Tz. 14 nach juris; BGH XII ZR 195/03 Urteil vom 3.5.2006 Tz. 21 nach juris m. w. N.; BGH IV ZR 310/88 Urteil vom 2.5.1990). Da diese Art des Beweisantritts eine besondere Unsicherheit bietet, sind an ihre Überzeugungskraft jedoch besonders hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BGH XII ZR 195/03, Tz. 21 nach juris).

Diesen Anforderungen wird weder die Aussage des Zeugen Dr. P noch die des Zeugen S gerecht. Wie bereits oben ausgeführt, werden die Bekundungen des Zeugen Klein durch die Aussage des Zeugen Dr. P in Teilen bestätigt, zumindest jedoch nicht widerlegt. Der Aussage lässt sich zwar entnehmen, dasss zwischen den an dem Gespräch vom 10.05.2006 Beteiligten, den Zeugen Klein, Dr. P und S über die Haftungsregelung gesprochen wor-

den ist, nicht aber, dass der Zeuge Klein und die Bank sich im Sinne des Beweisthemas darüber verständigt hätten, die Anleger über ein bestimmtes Verständnis der Haftungsregelung im Unklaren zu lassen. Zwar hat der Zeuge Dr. P bekundet, dass der Zeuge Klein in diesem Gespräch überraschenderweise zugegeben habe, dass man über die Haftungsreihenfolge und die Prospekte damals gesprochen habe und zwischen den Beteiligten klar gewesen sei, dass es keine "128 HGB - Haftung" geben solle, womit er die Reihenfolge der Haftung, nämlich zunächst das Grundstück und dann die persönliche, meine. Gleichzeitig hat der Zeuge jedoch bekundet, dass der Zeuge Klein dies damit begründet habe, dass eine Korrektur unterblieben sei, weil man in dieser Hinsicht gar kein Problembewusstsein gehabt habe, was im Übrigen auch mit der Aussage des Zeugen Klein korrespondiert. Wenn es über die Frage jedoch kein Problembewusstsein gab, dann lässt sich eine Vereinbarung im Sinne des Beweisthemas auch nicht herleiten; denn hiernach wären die Beteiligten ja von einem bestimmten Verständnis der Haftungsregelung ausgegangen und wollten diese gegenüber den Anlegern verheimlichen bzw. in den Darlehensverträgen bewusst nicht umsetzen. Im weiteren Verlauf der Aussage bestätigte der Zeuge Dr. P auch, dass der Zeuge Klein nie so verstanden werden wollte, dass zwingend eine Verwertungsreihenfolge - wobei der Begriff vom Zeugen Klein auch nicht benutzt worden sei - in dem von der Beklagtenseite verstandenen Sinne gewollt sein sollte. Er sei lediglich der Auffassung gewesen, dass immer der Wert der Gesellschaftsanteile bei der Haftung in Abzug zu bringen sei. Eine Bestätigung der Behauptung, dass der Zeuge Klein und die Bank sich darüber einig gewesen seien, dass eine im Prospekt enthaltene Verwertungsreihenfolge nicht in die Darlehensverträge übernommen werden sollte, lässt sich hieraus nicht ableiten. Insoweit räumt der Zeuge Dr. P auch ein, dass die damaligen Gesprächspartner, also der Zeuge Klein und die Mitarbeiter der Bank, aneinander vorbeigeredet haben könnten. Letztendlich habe er den Zeugen Klein so verstanden, dass der Dissens darin bestanden habe, ob der Wert der einzelnen Gesellschaftsanteile bei der Haftung des Gesellschafters angerechnet würde. Dies betrifft jedoch nicht die von den Beklagten behauptete Übereinstimmung hinsichtlich einer bestimmten Verwertungsreihenfolge der Haftung von Grundstück und Gesellschafter.

Auch die Aussage des Zeugen S führt nicht zur Überzeugung des Senat vom Vorliegen der streitigen Beweistatsache. Zwar lässt sich sein Bekunden, der Zeuge Klein habe ihm gegenüber geäußert, die Umsetzung - damit war die Verwertungsreihenfolge gemeint - sollte sich im Darlehensvertrag finden und die Bank habe gesagt "Das machen wir nicht", sich im Sinne der streitigen Beweistatsache deuten. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Aussage eines Zeugen vom Hörensagen ein Beweismittel von besonderer Unsicherheit darstellt und an seine Überzeugungskraft hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH XII ZR 195/03 Tz. 21 nach juris). Letztendlich kommt dem Beweismittel nur indizielle Bedeutung zu (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl. § 286 Rndr. 9 a) m. w. N.). Hilfstatsachen führen jedoch nur dann zu hinreichender Überzeugungskraft, wenn aus ihnen zwingend logisch oder zumindest mit hinreichender Zweifelsfreiheit Rückschlüsse

auf die Haupttatsache - sei es bestärkend oder entkräftend - gezogen werden können (vgl. OLG Düsseldorf , 23 U 28/10,Urteil vom 11.01.2011 Tz. 86 nach juris; Zöller/ Greger a. a. O.) Dies ist hier aber nicht der Fall. Denn nach der weiteren Aussage des Zeugen S , hat der Zeuge Klein diese Äußerung vor dem Hintergrund seiner Inanspruchnahme durch zahlreiche Anleger und der Verurteilung aus dem Gesichtspunkt der Prospekthaftung durch den 27. Zivilsenat des Kammergerichts getätigt. Der Zeuge S hat weiter bekundet, dass der Zeuge Klein ihm gegenüber darzulegen versucht habe, dass er nie die Absicht gehabt habe, den Anlegern Schaden zuzufügen. Da die Klagen u. a. mit dem Prospektfehler begründet wurden, der darin bestand, dass die Frage der Haftungsreihenfolge zumindest als unklar bzw. missverständlich angesehen worden war, besteht ohne weiteres die Möglichkeit, dass der Zeuge Klein sich in dem Gespräch mit dem Zeugen S von seiner Prospektverantwortlichkeit distanzieren und klar stellen wollte, dass die Missverständnisse erst durch das Verhalten der Bank - nämlich durch die Nichtaufnahme in die Darlehensverträge - verursacht worden seien. Hierfür spräche auch die vom Zeugen S weiter bekundete Äußerung des Zeugen Klein, dass der Prospekt nicht falsch gewesen sei, sondern die Bank ihn falsch gemacht habe. Ein logischer zwingender Schluss, dass die Bank tatsächlich den Prospekt so verstanden hat und in Einvernehmen mit Klein eine Übernahme in die Darlehensverträge unterließ, lässt sich daher nicht ziehen. In gleicher Weise denkbar erscheint die Annahme, dass der Zeuge Klein die Sachlage so darstellte, um sich von seiner Verantwortlichkeit für den Prospektfehler zu entlasten. Im Übrigen hat der Zeuge Klein, nachdem ihm die Aussage des Zeugen S vorgehalten worden ist, nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass diese u. U. aus dem Zusammenhang gerissen und verkürzt wiedergegeben worden ist. Dies erscheint zum einen deswegen nachvollziehbar, weil der Zeuge Klein in seiner Aussage vom 14.11.2011 den Inhalt und Hintergrund des Gesprächs insoweit substantieller wiedergegeben hat, als er auf die Erörterungen zu den Unterdeckungsmodellen verwiesen hat und auf die Möglichkeit, dass in diesem Gesamtzusammenhang auch die Äußerung der Bank, bzw. deren Vertreter "Das machen wir nicht" gefallen sein könnte. Im Übrigen wird die Aussage des Zeugen Klein durch den Umstand gestützt, dass er in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang im Anschluss an das Gespräch mit den Zeugen S und Dr. P diesen eine Richtig - bzw. Klarstellung zukommen liess, in welcher er insbesondere darauf hinwies, dass er eine Verwertungsreihenfolge nie gesehen habe.

Die Aussagen der Zeugen Vogt und Luckow sind im Hinblick auf die Beweisfrage bereits unergiebig.

Der Zeuge Vogt war bei der Berliner Pfandbriefbank nach eigenem Bekunden erst seit dem 1.7.1989, also zeitlich nach den streitigen Grundsatzgesprächen, tätig.

Der Zeuge Luckow konnte lediglich eine allgemeine Erinnerung an Gespräche bekunden, an denen auch der Zeuge Klein teilgenommen hat. Um welche konkrete Themen es dabei ging, wusste der Zeuge - was angesichts des Zeitablaufs nachvollziehbar ist - nicht mehr wiederzugeben. Dem

Beweisantrag des Beklagten, den Zeugen L. zu dieser Frage zu vernehmen, war nicht zu folgen. Bereits dem Antrag des Beklagten ist zu entnehmen, dass der benannte Zeuge zu dem eigentlichen Beweisthema keine eigene Wahrnehmung gemacht hat. Aus dem vorgelegten Schreiben des Zeugen L. vom 8.6.2010 (Anl. B 45) geht hervor, dass er bei den maßgeblichen Gesprächen mit den Bankenvertretern nicht zugegen war.

cc)
Soweit die Beklagtenseite behauptet, die Klägerin habe die Mietertragswerte vorgegeben, um im Zusammengehen mit Herrn Klein die Anleger zu täuschen, reicht dieser Vortrag nicht hin, um in eine Beweisaufnahme einzutreten.
Ein Anspruch nach § 826 BGB setzt eine Schädigungsabsicht voraus. Insoweit fehlt es bereits an Anhaltspunkten, dass die angesetzte Nettokaltmiete in Höhe von 14,50 DM als aus damaliger Sicht unvertretbar erscheint. In der Berufungserwiderung (Bl. 235 ff , II) wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die öffentlichen Fördergelder in Höhe von 10,25 DM auf den Quadratmeterpreis noch aufzuschlagen gewesen sind, so dass sich ein qm- Preis in Höhe von 24.75 DM ergibt.
Selbst wenn also die Bank solche Wert vorgegeben haben sollte, ist nicht dargetan, dass sie diese Werte aus damaliger Sicht für völlig unvertretbar gehalten hat und in Kenntnis dieses Umstandes gemeinsam mit dem Fondsinitiator gleichwohl diese Werte vorgegeben habe, um daraus Gewinn abzuschöpfen, der dann „mit dem Klein Konzern wahrscheinlich geteilt" worden sein soll.
Insoweit kann auch auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im Parallelverfahren (38 O 595/08) verwiesen werden, dass nämlich aus damaliger Sicht die Mietprognose durchaus vertretbar erschien, wie sich auch aus dem Bericht der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung ergibt, welcher ein rapide ansteigendes Mietniveau in Berlin problematisiert.

6. Zinsen
Der Zinsanspruch folgt für den Zeitraum bis zum 17.01.2009 aus Ziffer II 3 der Abwicklungs – und Lastenfreistellungsvereinbarung vom 28.06.2007, danach aus §§ 288, 291 BGB.

7. Verjährung

Der Anspruch ist nicht verjährt.
Insoweit kann auf die zutreffenden Gründe der erstinstanzlichen Entscheidung Bezug genommen werden.

8. Nebenentscheidungen und Revision

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert.
Die Frage der quotalen Haftung und der insoweit maßgeblichen Bemessungsgrundlage ist durch die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 8.2.2011 (II ZR 243/09, II ZR 263/09) bzw. vom 19.07.2011 (II ZR 300/08) geklärt.

Fahr von Gélieu Bergold