

WuB	I G 5. Immobilienanlagen 10.07	Bankrecht
OLG Schleswig	Beteiligung eines Anlegers über eine Treuhänderin an einer Immobilien-GbR; Treuhänderin ist bei Abschluss des Darlehensvertrages nicht Vertreter des Anlegers, sondern der Immobilien-GbR	

## Leitsätze

1. Sind Parteien des Darlehensvertrages nach dessen Rubrum allein die Immobilienfonds-GbR sowie die Bank und zahlen die Anleger regelmäßig auf ein Konto des Beteiligungstreuhänders, liegt selbst dann nur eine Fondsfinanzierung der Bank und keine Finanzierung des Gesellschaftsbeitritts der Anleger - mithin auch keine unmittelbare Darlehensbeziehung zwischen Bank und Anleger - vor, wenn das Darlehen aus Auszahlungsbeträgen von Lebensversicherungen der Anleger gefügt werden soll, die auch als Sicherheiten dienen.
2. Die Anleger können der Bank auch dann nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft analog §§ 128, 130 HGB haften, wenn sie nicht Direktgesellschafter der Fondsgesellschaft, sondern lediglich Treugeber eines von einem Treuhänder gehaltenen Gesellschaftsanteils geworden sind, soweit die auf diese Weise Unterbeteiligten nicht nur wirtschaftlich, sondern auch organisationsrechtlich in den Mitgesellschafterkreis der Hauptgesellschaft einbezogen worden sind und dies der finanzierenden Bank gegenüber offengelegt worden ist.

O L G Schleswig, Urteil vom 24. Mai 2007  
(5 U 38/06) – WM 2007, 1516

Der Kläger begehrt im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an einem Immobilienfonds die Rückabwicklung eines von der Beklagten gewährten Darlehens. Er beteiligte sich mit dem Ziel einer steuerersparenden Kapitalanlage an dem geschlossenen Immobilienfonds „X GbR“. Sofern die Anleger nicht selbst Gesellschafter werden wollten, sollte die C-Treuhand für die Anleger und Treugeber als Beteiligungstreuhänderin und Gesellschafterin eine wirtschaftliche Beteiligung ermöglichen, wobei die Treugeber im Innenverhältnis wie Gesellschafter zu behandeln waren. Zur Fremdfinanzierung hatte die Beklagte dem Fonds zunächst ein

Zwischenfinanzierungsdarlehen in Höhe von 16 Mio. DM gewährt, das n.a. mit einer Grundschuld auf dem von der Gesellschaft erworbenen Grundstück abgesichert worden war. Nach Fertigstellung des Bauvorhabens gewährte die Beklagte im Dezember 1993 endgültige Darlehen mit sechs Verträgen, in deren Rubrum jeweils die X-GbR als Darlehensnehmer genannt wird.

Mit Zeichnungsschein („Auftrag und Vollmacht“) vom 6. August 1992 beauftragte der Kläger die C-Treuhand zur Vollziehung des wirtschaftlichen Beitritts zu der Fondsgesellschaft und bot ihr zugleich den Abschluss eines Treuhandvertrages an. Die Zeichnungssumme von 50.000 DM sollte in Höhe von 40.000 DM als Fremdkapital durch einen Kredit - bei Sicherung und Tilgung über eine Kapitallebensversicherung - finanziert werden. Insoweit kam es auch zu einer Sicherungsabtretung der bei der D-Lebensversicherung aufgenommenen Lebensversicherung zugunsten der Beklagten. Der Treuhänder bewirkte für den Kläger den Beitritt, gab gegenüber der Beklagten ein notariell beurkundetes Schuldversprechen in Höhe der jeweiligen Einlage des Klägers ab und unterwarf ihn insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Die Beklagte schrieb an den Kläger am 28. Dezember 1993 unter der Überschrift „Ihre Beteiligung an „X GbR““ u.a. wie folgt: „Sie haben sich an der vorgenannten Gesellschaft beteiligt. Zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks wurde die Aufnahme von Krediten vorgesehen, die wir gemäß den in Fotokopie zu Ihrer umfassenden Kenntnis . . . beigefügten Verträgen zu den dort im einzelnen dargestellten Bedingungen eingeräumt haben. Aufgrund Ihrer Beteiligung an der Gesellschaft in Höhe von DM 50.000,- und dem von Ihnen gewünschten Fremdfinanzierungsanteil und den kreditvertraglichen Vereinbarungen ergibt sich, dass sie persönlich bis zur Höhe von DM 44.450,- für die Gesellschaftsverbindlichkeiten bei uns hatten.“

In der Folgezeit sind die Zinszahlungen von dem Kläger wie auch von anderen Anlegern des Fonds zunächst

auf ein Sammelkonto des Treuhänders geleistet worden. Von diesem Treuhandkonto erfolgten dann Zahlungen an die beklagte Bank.

Das Landgericht hat der auf Rückzahlung geleisteter Zinsen von 13.862,33 € und Rückgabe der Originalversicherungspolice gerichteten Klage Zug um Zug gegen Übertragung des Fondsanteils sowie gegen Abtretung aller gegen die Gründungsgesellschafter und gegen die Fonds- und Prospektverantwortlichen bestehenden Ansprüche stattgegeben.

Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung der Beklagten hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung hat Erfolg.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann der Kläger von der Beklagten Rückzahlung der von ihm gezahlten Darlehenszinsen nicht verlangen, und zwar weder aus § 812 Abs. 1, Satz 1, 1. Alt. BGB noch aus § 3 Abs. 1 Satz 1 HWiG a.F. Denn der Kläger hat nicht . . . an die Beklagte auf einen zwischen den Parteien abgeschlossenen, aber tatsächlich nicht wirksam zustande gekommenen Darlehensvertrag gezahlt, sondern die fraglichen Zinsen vielmehr in Kenntnis der Beklagten als Gesellschaftsbeitrag an die X-Fonds GbR geleistet, weshalb es an einer Leistungsbeziehung zwischen den Parteien fehlt. Ein Darlehensvertragsverhältnis hinsichtlich der in den Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 28. Dezember 1993 genannten „Darlehen 1“ und „Darlehen 2“ besteht demgegenüber - wirksam - nur zwischen der GbR und der Beklagten. Die Beklagte hat nicht unmittelbar den Beitritt des Klägers zum Fonds bzw. seine Einlage finanziert, sondern lediglich mit der Gesellschaft einen Kreditvertrag zur Finanzierung des von dieser betriebenen Objekts abgeschlossen. Dies folgt aus einer Gesamtbetrachtung der Umstände des Sachverhalts:

Die beiden Darlehensverträge vom 15./20. Dezember 1993, auf die das „Zuweisungsschreiben“ Bezug nimmt, sind jeweils zwischen der Beklagten und der GbR abgeschlossen worden, wie in dem Rubrum der Verträge deutlich festgehalten wird . . .

Der Inhalt des . . . „Zuweisungsschreiben“ der Beklagten an den Kläger vom 28. Dezember 1993 - in den zentralen Passagen oben im Sachverhalt wiedergegeben - bestätigt deutlich, dass eine darlehensvertragli-

che Beziehung allein zwischen der Beklagten und der GbR zustande gekommen ist und nicht zwischen der Beklagten und der Klägerin.

In diesem Schreiben wird nicht nur ausdrücklich auf die beigelegten Verträge verwiesen, die schon dem Rubrum nach aber allein zwischen der Beklagten und der GbR abgeschlossen worden sind. Vor allem wird dort unmissverständlich deutlich gemacht, dass es im Verhältnis des Klägers zu der Beklagten nur darum gehen solle „für die Gesellschaftsverbindlichkeiten“ zu haften. Der Kredit ist danach nämlich „zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks“ ausgereicht worden und mithin nicht zur Finanzierung des Beitritts des Klägers . . .

Das Fehlen einer Darlehensbeziehung zwischen den Parteien wird durch die tatsächlichen Zahlungsflüsse bestätigt . . . Es besteht Einvernehmen darüber, dass die Anleger nicht etwa Zinsen direkt an die Beklagte, sondern vielmehr auf ein Konto des Treuhänders gezahlt haben. Der Kläger hat also an den Fonds - die GbR - geleistet und auf diese Weise seinen Gesellschaftsbeitrag erbracht. Wäre eine unmittelbare Darlehensbeziehung zwischen den Parteien zustande gekommen, hätte es auf der Hand gelegen, Zins- und ggf. Tilgungsleistungen von Anfang an unmittelbar an die Beklagte auf ein dafür ggf. als Unterkonto - eingerichtetes Darlehenskonto zu erbringen . . .

Gegenüber diesen weit reichenden Anhaltspunkten für eine darlehensvertragliche Beziehung allein zwischen der Beklagten und der GbR greifen die . . . vorgebrachten Gegenargumente nicht durch. Hinsichtlich der Konstruktion der Darlehensverhältnisse bleiben nämlich die der C-Treuhand in § 4 des Beteiligungsgesellschaftsvertrages eingeräumten Befugnisse offen. Dort heißt es unter b) cc), dass der Treuhänder berechtigt und verpflichtet sei zum Abschluss von Darlehensverträgen „für den Gesellschafter und die Gesellschaft betreffend die Zwischen- und Endfinanzierung“. Die gleiche Offenheit hinsichtlich der Konstruktion findet sich in dem Treuhandvertrag, wo es nämlich unter II. heißt, der Geschäftsführer sei insbesondere befugt, sowohl für die Gesellschaft als auch für die einzelnen Gesellschafter Zwischen- und Endfinanzierungskredite aufzunehmen. Die entsprechende Formulierung findet sich schließlich auch in dem Zeichnungsschein . . .

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Umstand, dass in den Darlehensverträgen zur Besicherung

jeweils die Abtretung der Rechte und Ansprüche von Lebensversicherungen der Gesellschafter - neben anderen Sicherheiten (insbes. Grundpfandrechten) - vorgesehen waren und dass die Tilgung aus den Auszahlungsbeträgen dieser Lebensversicherungen erfolgen sollte, nicht geeignet, den Schluss auf eine notwendig unmittelbare Darlehensbeziehung zwischen den einzelnen Gesellschaftern und der Beklagten zuzulassen. Denn ein Darlehensnehmer - hier die Beklagte - kann sich schuldrechtlich gegenüber dem Darlehensgeber verpflichten, dafür zu sorgen, dass ein Dritter eine Sicherheit stellt bzw. Tilgungen leistet.

... Der Treuhänder konnte hier in seiner Eigenschaft als Gesellschafter-Geschäftsführer die Gesellschaft ohne Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz bei Abschluss der Darlehensverträge wirksam vertreten (vgl. BGH, WM 2006, 1673 II. und Senat, Urteil vom 22. März 2007, 5 U 168/05, S. 13 f.) ...

#### Anmerkung

1. Kapitalanlagen werden vor dem Hintergrund leerer Kassen der öffentlichen Rentenversicherung für Privatpersonen immer wichtiger. Letztlich geht es dabei auch um die Altersvorsorge einer ganzen Generation. Dem Urteil liegt ein kapitalanlagerechtlicher Sachverhalt zugrunde. Seine rechtstatsächliche Bedeutung ist daher groß.

Rechtlich stellt das Urteil einen Ritt durch das Zivilrecht dar. Fragen des allgemeinen und besonderen Schuldrechts werden ebenso relevant wie solche des Personengesellschaftsrechts. Insgesamt begegnet es Bedenken. Handwerklich (2.) vermag es nicht auf ganzer Linie zu überzeugen. Bei der rechtlichen Würdigung (3.) bleiben viele Fragen offen. Höchststrichterliche Klärung tut Not (4.).

2. Zunächst wird der Sachverhalt etwas unübersichtlich dargestellt. Indes geht es um eine Beteiligung eines Anlegers (Kläger) über eine Treuhänderin (C-GmbH) an einer Immobilien-GbR, wobei die Treuhänderin kraft Geschäftsbesorgungsverträge sowohl für die einzelnen Anleger, als auch für die Gesellschaft soll handeln können. Der Beitritt in Höhe von insgesamt 50.000 DM zur Immobilien-GbR wurde durch eine Bank (Beklagte) in Höhe von 40.000 DM finanziert. Der Kläger begehrt Rückabwicklung des Darlehensvertrages. Streibig ist im Grunde, ob der Darlehensvertrag zwi-

schen dem Kläger und der Beklagten oder dem Kläger und der Immobilien-GbR zustande gekommen ist und der Kläger demzufolge einen Anspruch gegen die Beklagte hat.

3. Das Gericht ist der Ansicht, dass ein Darlehensvertrag nicht zwischen dem Kläger und der Beklagten sondern zwischen der Beklagten, vertreten durch die Treuhänderin, und der Immobilien-GbR zustande gekommen sei, so dass es im Verhältnis Kläger-Beklagter an einer rückabwicklungsfähigen Vertragsbeziehung fehle. Die Argumente hierfür lauten im Wesentlichen: (1) Im Rubrum des Darlehensvertrages sind die Beklagte und die Immobilien-GbR, nicht der Kläger, genannt. (2) Das Darlehen dient der Erfüllung des Gesellschaftszwecks und nicht der Finanzierung des Beitritts des Klägers. (3) Die Zahlungen erfolgten nicht direkt vom Kläger an die Beklagte, sondern vom Kläger an die Treuhänderin und von dort an die Beklagte, so dass sich ein Zahlungsfluss von der Immobilien-GbR an die Beklagte ergebe.

Argument (1) ist nicht zwingend. Bei der Auslegung von Verträgen ist der Parteiwille aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zu beachten und nicht am Buchstaben zu haften, §§ 133 analog, 157 BGB. Ungeklärt bleibt nämlich, warum der Kläger dem Treuhänder eine Vollmacht auszustellen hatte, wenn Vertragspartner ohnehin die GbR und nicht der Kläger werden sollte. Argument (2) steht im Widerspruch zum Sachverhalt. Dort ist die Rede von der Finanzierung der Zeichnungssumme und „dem von Ihnen [vom Kläger, Anm. d. Verf.] gewünschten Fremdfinanzierungsanteil“. Damit kann aber nur die Finanzierung des Beitritts des Klägers zur Immobilien-GbR gemeint sein. Auch insofern wird keine Klarheit geschaffen. Auch Argument (3) ist nicht zwingend, weil aufgrund des Charakters der Treuhand wirtschaftlich betrachtet nur eine Weiterleitung fremden Geldes vorliegt, so dass die Annahme einer Zahlung der Immobilien-GbR an die Beklagte konstruiert annahm. Dies gilt umso mehr, als die Treuhänderin sowohl für die Immobilien-GbR als auch für den Kläger tätig war.

Die vom Gericht vorgebrachten Argumente scheinen damit nicht so weit reichend, dass es die restlichen klägerischen Argumente - wie geschahen - weit gehend außer Acht lassen konnte: So gewichtet es die Offenheit der Formulierung im Gesellschaftsvertrag und im Treu-

hand-Geschäftsbesorgungsvertrag nicht. Der BGH lässt dies aber zu Lasten desjenigen gehen, der die Formulierung verfasst hat (BGH, Beschluss v. 17.4.2007 - XI ZR 9/06, Rdn. 7 a. E.). Das war hier die Immobilien-GbR, die insofern eher im Lager der Beklagten steht, so dass zu überlegen gewesen wäre, ob auch hier die Grundsätze des § 123 Abs. 2 BGB Anwendung finden (vgl. BGH WM 2004, 1521 = WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 1.05 W. *Hadding* = NJW 2004, 2731, 2732). Die durch den Kläger an die Beklagte hingeebene Sicherungsabtretung tut das Gericht mit der Bemerkung ab, dass sich ein „Darlehensnehmer - hier die Beklagte - (sic!)“ schuldrechtlich gegenüber einem Darlehensgeber verpflichten kann, dafür zu sorgen, dass ein Dritter eine Sicherheit leistet. Das ist richtig. Außer Acht gelassen wird aber, dass schuldrechtliche Verpflichtungen nicht losgelöst von Interessenlagen vereinbart werden. Das für die Beklagte als finanzierende Bank erkennbare Primärinteresse des klagenden Anlegers bestand hier darin, seinen Fondsbeitrag zu finanzieren und nicht etwa den Gesellschaftszweck zu fördern. Anzunehmen ist daher, dass er die Sicherheit für die Fremdfinanzierung und damit für „sein“ Darlehen bestellt hat.

Das Gericht verneint eine Vertragsbeziehung zwischen dem Kläger und der Beklagten und geht wohl aus diesem Grund nicht auf die vom Kläger behauptete arglistige Täuschung ein. Im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 123 Abs. 2 BGB hatte dies aber zumindest nicht so fern gelegen, als dass man es hätte schlicht übergehen können (vgl. dazu BGH, Urteile v. 14.6.2004 = WM 2004, 1521 = NJW 2004, 2731, 2732 sowie die Parallelsachen WM 2004, 1518 = NJW 2004, 2735; WM 2004, 1525 = NJW 2004, 2742; WM 2004, 1527 = NJW 2004, 2735; WM 2004, 1529 = NJW 2004, 2736 und WM 2004, 1536 = NJW 2004, 2742 mit zum Teil identischen Begründungen Gew. = WuB I E 2. § 4 VerbrKrG 1.05 W. *Hadding*).

Der Vertrag, durch den Vollmacht für den Abschluss des Darlehensvertrages erteilt wird, verstößt nach Auffassung des Gerichts, unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des BGH (BGH WM 2006, 1673 = WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBERG 7.06 E. *Hoffmann* = NJW 2006, 2980) nicht gegen Art. 1 § 1 RBERG, so dass der Darlehensvertrag daher auch nicht unwirksam sei. Bei der BGH-

Rechtsprechung zu Art. 1 § 1 RBERG in diesem Zusammenhang muss jedoch genau unterschieden werden: Geschäftsbesorgungsverträge zwischen einer Gesellschaft und einem von ihr mit der Geschäftsführung und Vertretung beauftragten Eigen- oder Fremdgeschäftsführer unterfallen grundsätzlich nicht dem RBERG, regelmäßig aber Geschäftsbesorgungsverträge zwischen einem *Gesellschafter* und einem Treuhänder, soweit eine rechtsbesorgende Tätigkeit vorliegt, was dann der Fall sein soll, wenn es - wie hier - auch um die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung geht (BGH, WM 2007, 110 = WuB VIII D. Nr. 1 § 1 RBERG 4.07 M. *Henssler/Ch. Deckenbrock* = NZG 2007, 183, 184 [Rdn. 22]; BGH, WM 2007, 62 = WuB II J. § 714 BGB 1.07 C. *Jungmann* = DSiR 2007, 209, 212 = NJW 2007, 1813 [Rdn. 29]; BGH, WM 2006, 1673 = WuB a.a.O. = NJW 2006, 2980, 2981 f. [Rdn. 21]). Das Gericht geht hier insofern von einer Rechtsbeziehung zwischen Gesellschaft und Treuhänder aus. Konsequenz hat das Gericht daher die Unwirksamkeit gem. Art. 1 § 1 RBERG verneint. Bei Annahme der Unwirksamkeit der Erteilung der Vertretungsmacht wäre zu fragen gewesen, ob nicht §§ 171 f. BGB Anwendung finden könnten mit der Folge, dass die Unwirksamkeit gehäuft wird (dafür: IV. und XI. Senat, Urteil v. 22.10.2003 - IV ZR 33/03 = WM 2003, 2375 = WuB VIII D. Art. 1 § 1 RBERG 1.04 C. *Haritel* = NJW 2004, 62, 64; Urteil v. 17.10.2006 - XI ZR 185/05, WM 2007, 110 = WuB a.a.O. = NZG 2007, 183, 184 [Rdn. 23-26]; dagegen: II. Senat, Urteil v. 14.6.2004, II ZR 393/02, WM 2004, 1529 = WuB a.a.O. = NJW 2004, 2736, 2737).

4. Die Entscheidung des Gerichts mag rechtlich vertretbar sein. Sie ist aber nicht zwingend. Rechtspolitisch ist sie aus den eingangs erwähnten Gründen streitbar. Erfreulich ist die Zulassung der Revision. Es bleibt zu hoffen, dass das Urteil - ggf. vom Großen Senat - revidiert wird, damit zwischen den Senaten eine einheitliche Linie gefunden wird und Rechtssicherheit in der Sache eintritt. Geklärt werden muss, wer in diesen Treuhand-Beteiligungs-Fällen Vertragspartner des beitragsfinanzierenden Darlehensvertrages wird, wie eine Rückabwicklung zu erfolgen hat und ob eine Nichtigkeit gem. Art. 1 § 1 RBERG nach Rechtsscheinsgrundsätzen heilbar ist. Der Fall bietet dazu Anlass.

RAe Dr. Oliver Wulfi, LL.M. (Tulane Univ.)/  
Markus Lingl, München