BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

TEILURTEIL

III ZR 119/08

Verkündet am:
12. Februar 2009
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Schlick, die Richter Dörr und Dr. Herrmann, die Richterin Harsdorf-Gebhardt und den Richter Hucke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 1. April 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klageanträge zu I und II betrifft.

Im Übrigen (Klageantrag zu III) wird die gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Der Ehemann der Klägerin, der die geltend gemachten Ansprüche an diese abgetreten hat, erwarb unter Vermittlung eines Mitarbeiters der Beklagten zu 2 durch auf Abschluss einer "Beitrittsvereinbarung" gerichtete Erklärung vom 1. Juli 1999 eine Beteiligung an der C.

Zweite Medienbeteiligungs KG (im Folgenden:

C. II) in Höhe von 100.000 DM zuzüglich 5 % Agio. Der Beitritt sollte - dem von der Komplementärin der Beteiligungsgesellschaft herausgegebenen Prospekt entsprechend - über die Beklagte zu 1, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, als Treuhandkommanditistin nach einem im Prospekt Teil B abgedruckten Vertragsmuster eines Treuhandvertrags vorgenommen werden. Die Beklagte zu 1 ist im Prospekt in der Rubrik "Partner" als Gründungsgesellschafter bezeichnet. Zur Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos aus der Filmvermarktung war im Emissionsprospekt vorgesehen, dass für einen Anteil von 80 % der Produktionskosten Ausfallversicherungen abgeschlossen werden sollten. Nachdem Produktionen nicht den erwünschten wirtschaftlichen Erfolg hatten, erwies sich der Versicherer, die N. Inc., nach Eintreten der Versicherungsfälle als zahlungsunfähig. Insgesamt erhielt der Ehemann der Klägerin aus der Beteiligung Ausschüttungen in Höhe von 32 %.

2 Die Klägerin nimmt die Beklagten Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus der Beteiligung auf Rückzahlung des eingezahlten Betrags von - unter Berücksichtigung der Ausschüttungen - noch 37.324,31 € nebst Zinsen in Anspruch. Darüber hinaus begehrt sie die Feststellung, dass die Beklagten ihr den Steuerschaden zu ersetzen hätten, der ihr durch die nachträgliche Aberkennung von Verlustzuweisungen entstehe, und dass sie sie von Ansprüchen freistellen müssten, die die Beteiligungsgesellschaft, deren Gläubiger oder Dritte gegen sie wegen ihrer Stellung als Kommanditistin richten könnten. Sie sieht - soweit jetzt noch von Interesse - unter anderem einen Prospektmangel und eine Aufklärungspflichtverletzung darin, dass sie nicht über Provisionszahlungen in Höhe von 20 % für die Eigenkapitalvermittlung an die

IT GmbH, nach einer

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Änderung ihrer Firma die jetzige Beklagte zu 2, unterrichtet worden sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat sich die Klägerin - neben anderem - zusätzlich darauf gestützt, aus der für die Produktionskosten vorgesehenen Summe seien prospektwidrig die Prämien für die Erlösausfallversicherung gezahlt worden. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Während des Revisionsverfahrens ist über das Vermögen der Beklagten zu 2 das Insolvenzverfahren eröffnet worden.

Entscheidungsgründe

3 Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit es die gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Anträge auf Zahlung und Feststellung betrifft. Hinsichtlich des gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Freistellungsantrags ist die Revision unbegründet. In Bezug auf die Beklagte zu 2 ist das Verfahren wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen (§ 240 ZPO).

I.

4 Das Berufungsgericht hält den Prospekt im Hinblick auf die an die IT GmbH geleisteten Zahlungen nicht für fehlerhaft. Die Klägerin habe nicht ausreichend dargelegt und nachgewiesen, dass diese Zahlungen allein für die Eigenkapitalbeschaffung und nicht daneben auch für die im Investitionsplan vorgesehenen Mittel der Werbung entrichtet worden seien. Aus den vorgelegten

Anlagen folge nicht, dass die im Prospekt ausgewiesenen Kosten für "Konzeption, Werbung, Prospekt, Gründung" nicht angefallen seien, da sie von der IT GmbH erbracht worden sein könnten. Aus der Vernehmungsniederschrift ihres damaligen Geschäftsführers ergebe sich nämlich, dass es sich bei der ihr um eine sehr große Vertriebsorganisation handele, die weitgehend auch Werbung mache und alle flankierenden Maßnahmen selbst übernehme, so dass hierfür eine höhere Provision zu bezahlen sei. Soweit sich die Klägerin mit den von der IT GmbH veranstalteten Zeitgesprächen auseinandersetze, werde nicht ausgeschlossen, dass im Rahmen dieser Veranstaltungen für den Fonds geworben worden sei. Es werde hierdurch auch nicht widerlegt, dass die IT GmbH durch ihren damaligen Geschäftsführer aufgrund besonderer Kontakte zu renommierten Persönlichkeiten im besonderen Maße in der Lage gewesen sei, Produkte zu bewerben, und dass auf den entsprechenden Veranstaltungen gerade auch für den Medienfonds geworben worden sei. Die C. GmbH sei nicht verpflichtet gewesen, die Werbemaßnahmen selbst zu erbringen, und es sei nicht prospektwidrig, einer Gesellschaft, die nur einen Teil des Kapitals eingeworben habe, hierfür erfolgsabhängig 8 % Provision zu bezahlen. Dass die Klägerin in den von den Beklagten genannten Werbetätigkeiten typische Vertriebsaktivitäten sehe, sei keine schlüssige Darlegung für prospektwidrige Provisionszahlungen. Es sei nicht einmal ausreichend dargelegt, dass der für die Eigenkapitalvermittlung insgesamt vorgesehene Betrag von 7 % des Zeichnungskapitals zuzüglich des Agios von 5 % durch die Provisionszahlungen an die IT GmbH überschritten worden sei. Selbst wenn man unterstelle, die an die IT GmbH geflossenen Beträge hätten nur Provisionszwecken gedient, könne sich die Klägerin nicht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu "verdeckten Innenprovisionen" und "verschleiernden Werbekostenzuschüssen" berufen. Es werde nicht dargelegt, dass die für die Filmproduktionen vorgesehenen Mittel hierdurch angetastet worden seien. Dass die Komplementärin auf andere pros-

pektierte Weichkosten habe verzichten können und Vertriebskosten als andere Weichkosten getarnt habe, sei eine bloße Vermutung.

5 Soweit die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 15. Februar 2008 gerügt habe, der Prospekt weise nicht ausdrücklich darauf hin, dass die Kosten für die Erlösausfallversicherungen in den Produktionskosten enthalten seien, sei dieses bestrittene Vorbringen nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen. Weil der Zahlungsantrag unbegründet sei, habe auch der Feststellungsantrag zur Freistellung von Zahlungsverpflichtungen als Kommanditistin keinen Erfolg. Der weitere Feststellungsantrag sei unzulässig, weil nicht vorgetragen sei, dass eine Aberkennung von Verlustzuweisungen durch die Finanzbehörden schon erfolgt sei oder konkret bevorstünde.

II.

6 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

7 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft einen Treuhandkommanditisten, der in ein Kapitalanlageprojekt der hier in Rede stehenden Art eingebunden ist, die Pflicht, die künftigen Treugeber über alle wesentlichen Punkte aufzuklären, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung sind (vgl. BGHZ 84, 141, 144 f; Senatsurteile vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04 - NJW-RR 2007, 406, 407 Rn. 9; vom 22. März 2007 - III ZR 98/06 - NJW-RR 2007, 1041, 1043 Rn. 15; vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07 - NJW-RR 2008, 1129, 1130 Rn. 8); insbesondere hat er diese über regelwidrige Auffälligkeiten zu informieren. Dies gilt auch hier. Einer entsprechenden Pflicht

war die Beklagte zu 1 nicht bereits deshalb enthoben, weil sie mit den Anlegern nicht in einen persönlichen Kontakt trat und ihre Aufgabe als die einer bloßen Abwicklungs- und Beteiligungstreuhänderin verstand. Denn der Beitritt vollzog sich durch Abschluss eines Treuhandvertrags zwischen der Beklagten zu 1 und dem Treugeber und der Annahme des Beteiligungsangebots durch die Komplementärin (§ 3 Abs. 4, § 4 Abs. 1 Satz 4 des Gesellschaftsvertrags, Präambel des Treuhandvertrags), war also ohne Mitwirkung der Beklagten zu 1 nicht möglich.

8 2. Wie der Senat - nach Erlass der hier angefochtenen Entscheidung - durch Urteile vom 29. Mai 2008 (aaO S. 1131 ff Rn. 17-26) und 6. November 2008 (III ZR 231/07 - WM 2008, 2355; III ZR 81/07, 82/07 und 290/07, jeweils juris) zu dem - gleichartig konzipierten - Filmfonds C. III entschieden hat, war die Beklagte zu 1 nach den in den damaligen Verfahren revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalten verpflichtet, den Anleger darüber zu informieren, dass die mit dem Vertrieb der Beteiligung befasste IT GmbH hierfür eine Provision von 20 % beanspruchte und erhalten sollte. Dies gilt auch hier. Die Revision rügt im Ergebnis zu recht, dass die anderweitige Würdigung durch das Berufungsgericht nicht auf fehlerfreien Feststellungen beruht und, soweit das Berufungsgericht darauf verzichtet hat, den gestellten Beweisanträgen nachzugehen, unrichtige rechtliche Schlussfolgerungen aus dem Vortrag der Klägerin zieht.

9 a) Im Kern ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die IT GmbH von der Komplementärin Provisionszahlungen in Höhe von 20 % des von ihr eingeworbenen Kapitals erhalten hat. Streit besteht darüber, ob es sich hierbei - so die Klägerin - um eine Vergütung (allein) für die Kapitalvermittlung oder - so die Beklagte zu 1 - auch für besondere, mit 8 % vergütete Werbemaßnahmen ge-

handelt hat. Dabei ist es nach allgemeinen Grundsätzen Sache der Klägerin, das Vorliegen eines Prospektfehlers und einer hieran etwa anknüpfenden Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten zu 1 darzulegen und zu beweisen, soweit nicht zu ihren Gunsten - näher zu erörternde - Beweiserleichterungen greifen oder die Beklagte zu 1 nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast gefordert ist. Die Beurteilung, ob und welche - gegebenenfalls gesondert zu vergütende - Zusatzleistungen die IT GmbH erbracht hat, obliegt im Wesentlichen dem Tatrichter. Dieser darf aber nicht einfach danach entscheiden, was die Komplementärin mit der IT GmbH vereinbart hat. Es kommt in diesem Rechtsstreit auch nicht entscheidend darauf an, ob die IT GmbH nach ihren Abreden mit der Komplementärin möglicherweise berechtigt war, eine Provision von 20 % zu erhalten; hierzu abschließend Stellung zu nehmen, hat der Senat keinen Anlass. Vielmehr ist maßgebend in den Blick zu nehmen, ob der Gesellschaftsvertrag hierfür einen bestimmten rechtlichen Rahmen setzte und ob dieser beachtet worden ist. Denn nur hieran konnten sich die beitrittswilligen Anleger orientieren.

10 aa) § 6 des Gesellschaftsvertrags enthält einen so bezeichneten "Investitionsplan", auf dessen Grundlage der Gesellschaftszweck verwirklicht werden soll. Die dort vorgesehene Mittelverwendung ist für den Fall prozentual anzupassen, dass das in § 3 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags in Aussicht genommene Beteiligungskapital von 100 Mio. DM nicht erreicht wird; es bleibt also auch in einem solchen Fall bei den Prozentsätzen für im Einzelnen aufgeführte Gegenstände der Mittelverwendung. In Produktionskosten und den Erwerb von Filmrechten sollten 77,70 %, in Produktauswahl, Produktionsüberwachung und -absicherung 3 %, in Konzeption, Werbung, Prospekt, Gründung 7 %, in Haftung und Geschäftsführung (in Übereinstimmung mit § 22 des Gesellschaftsvertrags) 3,9 % und in Eigenkapitalbeschaffung 7 % fließen. Daneben waren weite-

re hier nicht im Streit stehende Prozentsätze für die Gebühr für die Treuhandkommanditistin sowie die Steuer- und Rechtsberatung und Abschlussprüfungen vorgesehen. Dem Prospekt Teil B ließ sich im Abschnitt "Die Verträge zur Durchführung der Investition" ebenfalls entnehmen, dass die Komplementärin, die sich zur Vermittlung des Zeichnungskapitals verpflichtet hatte, hierfür das Agio von 5 % erhalten sollte. Damit durfte für die Vermittlung des Eigenkapitals insgesamt eine Vergütung von 12 % verwendet werden.

11 bb) Auf dieser rechtlichen Grundlage war die Komplementärin an die Beachtung des Investitionsplans gebunden und nicht berechtigt, über die ihr zufließenden Mittel nach ihrem Belieben zu verfügen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sie neben der Geschäftsführung nach dem Inhalt des Prospekts zugleich mit der Entwicklung eines Konzepts für eine Medienbeteiligung (Konzeptionsvertrag), der Vermittlung des Zeichnungskapitals (Eigenkapitalvermittlungsvertrag), der inhaltlichen Auswahl der Filmobjekte, der Überwachung der Produktion und der Vermittlung von Banken oder Short-Fall-Versicherungen zur Übernahme von Garantien bzw. zur Absicherung der Produktionsbeteiligung (Vertrag über die Produktauswahl, Produktionsüberwachung/-absicherung) und weiteren Aufgaben betraut war und im Prospekt (die Verträge selbst sind nicht vorgelegt worden) hierfür Vergütungen vorgesehen sind, die den im Investitionsplan des Gesellschaftsvertrags ausgewiesenen Prozentsätzen der Beteiligung entsprechen. Wären mit diesen Aufgaben verschiedene Unternehmen betraut gewesen, verstünde es sich von selbst, dass eine Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche und der damit verbundenen Vergütungen erforderlich wäre. Das ist im Hinblick auf die "Allzuständigkeit" der Komplementärin nicht anders zu beurteilen. Mit den Erwartungen der Anleger, die als künftige Gesellschafter nach denselben Maßstäben zu behandeln waren, ließe sich eine beliebige Verwendung der ihr zufließenden Vergütungen nicht

vereinbaren. Denn die Regelung über den Investitionsplan in § 6 des Gesellschaftsvertrags versteht der Anleger in erster Linie als eine Vereinbarung über die Verwendung der von ihm aufzubringenden Mittel. Mit seinem Beitritt stimmt er einer Regelung zu, nach der in einer sehr ausdifferenzierten Weise über die Verwendung der Mittel befunden wird. Die Regelung wird dieses Sinngehalts entleert und das Verständnis des durchschnittlichen Anlegers wird verlassen, wenn man sie so deuten wollte, als sähe sie lediglich Investitionen im eigentlichen Sinne in Höhe von 77,70 % für die Produktionskosten und den Erwerb von Filmrechten vor, während es sich im Übrigen nur um pauschale Vergütungssätze für geleistete oder noch zu leistende Dienste handele, ohne dass damit die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben verbunden sei, die der Investitionsplan aufführt.

12 cc) Vor diesem Hintergrund kann nicht unbeantwortet bleiben, wie die Tätigkeitsbereiche der Eigenkapitalvermittlung und der Werbung für den Fonds voneinander abzugrenzen sind. Dass ein Vertriebsunternehmen Aufwendungen in die Bewerbung eines Produkts stecken muss, um einen erfolgreichen Vertrieb zu gewährleisten, versteht sich. Dabei handelt es sich im Allgemeinen um Aufwendungen, die es in seinem eigenen Interesse tätigt und die mit der Provision, die es für die Vermittlung erhält, abgegolten sind. Eine Prüfung an diesem Maßstab fordert die Klägerin, wenn sie den Geschäftsführer K. der Komplementärin als Zeugen dafür benennt, dass die IT GmbH keine Tätigkeiten vorgenommen habe, die sich von typischen Vertriebstätigkeiten unterschieden. Zwar ist es im Rahmen der Vertragsfreiheit auch möglich, insoweit eine andere Art der Vergütung zu wählen, etwa um einem erhöhten Aufwand Rechnung zu tragen. Bewegt man sich dabei jedoch im Bereich der Eigenkapitalvermittlung, war, was diesen Fonds angeht, für die Komplementärin die gesellschaftsrechtliche Vorgabe zu beachten, dass die hierfür aufzuwendenden Kosten 12 % nicht

übersteigen durften. Auch wenn es für ein großes Vertriebsunternehmen legitim sein mag, für seine Dienste eine höhere Provision zu verlangen, waren der Komplementärin gegen solche Wünsche im Gesellschaftsvertrag Schranken gesetzt.

13 Das Berufungsgericht hat sich - wohl im Hinblick auf die aus seiner Sicht nicht zureichenden Darlegungen der Klägerin - nicht näher mit der Frage beschäftigt, was als "Werbung" im Sinne des Investitionsplans zu betrachten ist. Der Senat versteht seine Ausführungen aber so, dass es prinzipiell jede Werbemaßnahme für geeignet hält, um für die IT GmbH eine erfolgsabhängige Provision von 8 % aus dem Budget für "Konzeption, Werbung, Prospekt, Gründung" auszulösen. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Der Komplementärin ist im Konzeptionsvertrag eine Vergütung von 7 % zugesagt worden. Nach der Kurzwiedergabe dieses Vertrags im Prospekt war die Komplementärin hiernach verpflichtet, das dem Beteiligungsangebot zugrunde liegende Konzept für eine Medienbeteiligung zu entwickeln, die Projektbeteiligten auszuwählen sowie Vertragsverhandlungen zu führen und weitere Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen, um die angestrebten Investitionsmaßnahmen ordnungsgemäß durchführen zu können. Darüber hinaus war sie verpflichtet, der Beteiligungsgesellschaft Angebote für die Verwendung der gemäß Mittelverwendungsplan bereitstehenden Mittel zu unterbreiten. Hierfür war ihr die Vergütung in Höhe von 7 % zugesagt, wobei in dieser Gebühr die Kosten für Werbung, Gründung und Prospekterstellung enthalten sein sollten. Die Prospektangaben über den dem Gericht nicht vorgelegten Konzeptionsvertrag deuten daher darauf hin, dass es sich bei den aufgeführten Tätigkeiten um Maßnahmen handelt, die unmittelbar mit der Installation und Konzeptionierung dieses Medienfonds zusammenhängen und damit der eigentlichen, mit Hilfe der Prospekte durchzuführenden Vertriebstätigkeit vorausgehen. Wenn es daher auch im Einzelfall schwierig sein mag,

Werbemaßnahmen in dem einen oder anderen Bereich voneinander abzugrenzen, dienen sie beide doch einem unterschiedlichen Primärzweck. Werbemaßnahmen im Rahmen der Konzeptionierung müssen nach dem nächstliegenden Verständnis das künftige Produkt herausstellen und bewerben, damit insbesondere auf den hier betroffenen Medienfonds ausgerichtet sein, während ein Vertriebsunternehmen, das - wie hier - nicht mit dem Alleinvertrieb betraut ist, seine Werbe- und Verkaufsstrategien im Wesentlichen nach seinen Vorstellungen auf der Grundlage eines Emissionsprospektes entwickelt.

14 b) Gemessen an diesen Grundsätzen kann der Auffassung des Berufungsgerichts nicht beigetreten werden, die Klägerin habe Prospektfehler oder Abweichungen vom Prospektinhalt nicht hinreichend dargelegt.

15 aa) Die Klägerin hat vorgetragen, dass an die IT GmbH jeweils 20 % der Beteiligungssumme des von ihr geworbenen Anlegers als Vertriebsprovision gezahlt worden sei. Sie hat dies durch Vernehmung des Geschäftsführers K. der Komplementärin und des damaligen Gesellschafters O. der IT GmbH unter Beweis gestellt. Zugleich hat sie ein Schreiben K. 's vom 19. Januar 1998 an die IT GmbH zu Händen von O. vorgelegt. Aus der Eingangsbemerkung dieses Schreibens ist zu entnehmen, dass es 1997 verschiedene Streitpunkte gegeben habe und dass K. für den Fall, dass O. mit C. weitermachen wolle, ein ungefährer Vorschlag unterbreitet werde, mit dem sich O. einverstanden erklären könnte und vor allen Dingen sein "Vertrieb wegen der unterschiedlichen Provisionszahlungen nicht gestört würde". Es heißt dort:

...

2. In puncto Vertrieb würde ich auf den möglichen Abschluß eines eigenen Vertriebsvertrages mit 20 % Provision, so wie ihn die IT mit der C. KG abgeschlossen hat, verzichten. Ich würde dafür Sorge tragen, dass für alle Einzelkämpfer eine einheitliche Provisionsstaffel von 8 % bis 12 % eingehalten wird.
3. Sollte es mir jedoch gelingen, eine Vertriebsgruppe, die 16 % oder 17 % beansprucht, zu gewinnen, so würde ich ebenfalls dafür sorgen, dass diese Gruppe an ihre Untervertriebsleute auch nur Provisionen nach unserer Staffel (8 % bis 12 %) weitergibt. Das verbleibende Overright von 16 % oder 17 % bis 20 % müssten wir nach einem noch zu vereinbarenden Schlüssel zwischen uns beiden verteilen.

...

16 Zu Unrecht verzichtet das Berufungsgericht auf jegliche Würdigung dieses Schriftstücks. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass die IT GmbH Provisionserwartungen von 20 % hatte, dass K. aber empfiehlt, auf den möglichen Abschluss eines entsprechenden Vertriebsvertrags zu verzichten, und dass Geschäftspartner, die mehr als 8 % bis 12 % Provision verlangten, nach einem zwischen ihnen noch zu vereinbarenden Schlüssel vergütet werden sollten. In Ziff. 5 des Schreibens kündigt K. an, er werde Vertriebsverträge nur in der oben aufgeführten Staffel abschließen und sich mit O. abstimmen, bevor er mit einer größeren Gruppe einen Vertriebsvertrag schließe, der eine höhere Gesamtprovision erforderlich mache. In dem Schreiben wird nicht in Frage gestellt, dass die "Vertriebsprovisionen" Gegenstand sind und dass den Provisionserwartungen durch eine Sondervereinbarung Rechnung getragen werden solle. Das ist aus Sicht des Senats ein unübersehbarer Hinweis darauf, dass daran gedacht war, die Höhe der an die IT GmbH für ihre Vertriebsbemühungen zu zahlenden Provisionen zu verheimlichen.

17 Die Klägerin hat, wie die Revision mit Recht geltend macht, auf weitere Indizien hingewiesen, die eher für als gegen ihren Vortrag sprechen, dass die IT GmbH Vertriebsprovisionen von 20 % erhalten hat. So hat sie auf eine Vernehmungsniederschrift der Steuerfahndungsstelle des Finanzamts München I vom 4. Juli 2002 aufmerksam gemacht, in der O. auf die Frage, welche Provisionssätze für die Vermittlung von Eigenkapital für C. Filmfonds üblich seien, geantwortet hat, die IT GmbH bekomme seit vielen Jahren von der C. für die Vermittlung von Eigenkapital 20 % des gezeichneten Kapitals. Dieser Rahmen wird auch nicht verlassen, wenn O. auf die weitere Frage, aus welchen Gründen die IT GmbH eine weit höhere Provision erhalte als ein freier Vertriebsmitarbeiter, geantwortet hat, die IT GmbH sei eine sehr große Vertriebsorganisation, die weitgehend auch selbst Werbung mache und alle flankierenden Maßnahmen selbst übernehme, so dass hierfür eine höhere Provision zu bezahlen sei.

18 bb) Soweit es um die Beklagte zu 1 selbst geht, hat die Klägerin - wie die Revision im Einzelnen aufführt - zum Fonds C. I eine handschriftliche Unterlage vorgelegt, auf der sich das Kürzel "WOS" befindet und die nach dem unter Beweis gestellten Vorbringen der Klägerin vom (früheren) Mitarbeiter W. S. der Beklagten zu 1 herrühren soll. Auf dieser Unterlage werden die im Investitionsplan zum Fonds I vorgesehenen Gebührensätze aufgeführt und das Erreichen einer Provisionshöhe von 20 % in der Weise dargestellt, dass die C. GmbH auf die Gebühren für die Absicherung von Produktionskosten ganz (= 3 %) und für die Konzeption, Werbung, Prospekt in Höhe von 5 % verzichtet. Die Klägerin hat ferner Abrechnungen über die zweite und siebte Mittelfreigabe der Beklagten zu 1 für den Fonds II vom 9. März 1999 und 17. Januar 2000 und über die erste Mittelfreigabe für den Fonds III vom 14. Dezember 1999 vorgelegt. In diesen Abrechnungen fällt auf, dass zwischen

den Umsatzanteilen unterschieden wird, die auf einer Eigenkapitalvermittlung durch die Komplementärin einerseits und durch die IT GmbH andererseits beruhen. Sie enthalten zugleich eine Berechnung der Vergütungsbeträge auf der Grundlage eines Anspruchs von 20 %, die auf die IT GmbH entfallen.

19 Das Berufungsgericht befindet, der Beweiswert der handschriftlichen Unterlage sei bestritten, und hält die Auffassung der Klägerin, bestimmte Weichkosten seien nicht angefallen und hätten nur zur Tarnung von Vertriebskosten gedient, für eine Vermutung und für unsubstanziiertes Vorbringen. Dem ist nicht zu folgen. Die Urheberschaft der Unterlage, zu der sich die Beklagte zu 1 nur ausweichend geäußert hat, hätte jedenfalls durch Erhebung des angebotenen Beweises geklärt werden können. Richtig ist, dass die Verwendung des Wortes "Verzicht" einer genaueren Klärung bedarf, die aber am Ende einer Beweisaufnahme stehen muss. Das ändert jedoch an einer Indizwirkung der genannten Unterlagen - zu den Mittelfreigabeabrechnungen enthält sich das Berufungsgericht jeglicher Würdigung und Stellungnahme - nichts, zumal sie geeignet sind, die Indizwirkung der oben zu aa angeführten Umstände zu verstärken. Der Senat findet es jedenfalls einer genaueren Betrachtung wert, wenn die Beklagte zu 1, die in einer vertraglichen Beziehung zu den Anlegern steht, in ihren Abrechnungen über mehrere Fonds Vergütungsanteile der IT GmbH berechnet, die sich in dieser Höhe weder aus dem Gesellschaftsvertrag noch aus dem Treuhandvertrag ergeben. Es ist auch nicht ersichtlich, in welcher Weise die Klägerin ihr Vorbringen weiter substanziieren könnte. Sie hat aus den für sie - ohnehin nur schwer und eher zufällig - erreichbaren Unterlagen Schlüsse gezogen, die nicht von der Hand zu weisen sind. Dass die Beklagten ihren Vortrag, die IT GmbH habe einen Teil ihrer Vergütung für Werbemaßnahmen erhalten, bislang nicht durch schriftliche Vereinbarungen mit der Komplementärin

haben belegen können, hat unter den genannten Umständen eine indizielle Bedeutung, die ebenfalls eher zugunsten der Klägerin ausschlägt.

20 cc) Das Berufungsurteil wird auch nicht von der Erwägung getragen, die Klägerin habe, selbst wenn man unterstelle, dass die IT GmbH Vertriebsprovisionen von 20 % erhalten habe, nicht ausreichend dargelegt, dass der im Prospekt für die Eigenkapitalbeschaffung angesetzte Mittelaufwand von 7 % zuzüglich 5 % Agio bezogen auf das Gesamtzeichnungskapital zum Zeitpunkt der Prospektherausgabe bzw. spätestens zum Zeitpunkt des Beitritts des Ehemannes der Klägerin überschritten werden sollte. Gegen eine solche Annahme spricht bereits der Vortrag der Beklagten, die die an die IT GmbH gezahlte Provision von 20 % damit erklärt haben, 8 % seien aus dem Budget für Werbung entnommen worden. Auch wenn nicht von vornherein festgestanden haben mag, in welchem Umfang die Einwerbung von Anlegern auf der Tätigkeit der IT GmbH beruhen würde, konnten die Prospektverantwortlichen von einem solchen Verlauf, wie ihn das Berufungsgericht erwägt, nicht ausgehen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die IT GmbH für den Fonds II 57,9 %, den Fonds III 36 % und den Fonds IV 42,8 % des Kapitals eingeworben hat. Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass für den Fonds II eine Verprovisionierung von knapp 58 % des Gesamtkapitals mit einem Provisionssatz von 20 % dazu führt, dass von dem für die Eigenkapitalvermittlung vorgesehenen Budget von 12 % bereits rund 11,6 % verbraucht sind, so dass für die Verprovisionierung der restlichen 42 % des Gesamtkapitals nur noch 0,4 % zur Verfügung stehen, was zu einer durchschnittlichen Provision für den gesamten restlichen Vertrieb von nur rund 1 % führt. Daraus folgt zwingend, dass angesichts der Anteile der IT GmbH an der Kapitaleinwerbung eine Provision von 20 % nur darstellbar ist, wenn sie, wie es im Grunde genommen auch unstreitig ist, aus

dem Budget für Konzeption, Werbung, Gründung und Prospekterstellung mitfinanziert wird.

21 dd) Der Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne sich nicht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu "verdeckten Innenprovisionen" und zu "verschleiernden Werbekostenzuschüssen" berufen, weil das für die Produktionskosten und den Erwerb von Filmrechten vorgesehene Investitionsvolumen nicht durch "weiche" Kosten verdeckt verringert worden sei, vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

22 Richtig ist zwar, dass sich die vorliegende Fallkonstellation von derjenigen unterscheidet, über die der Senat zum Thema "Innenprovisionen" durch Urteil vom 12. Februar 2004 (BGHZ 158, 110) entschieden hat. In jener Sache hatte der Veräußerer von Immobilien an eine von ihm beauftragte Vertriebsgesellschaft Provisionen gezahlt, die im Prospekt des Immobilienfonds nicht ausgewiesen waren. Hierzu hat der Senat befunden, über Innenprovisionen dieser Art sei ab einer gewissen Größenordnung aufzuklären, weil sich aus ihnen Rückschlüsse auf eine geringere Werthaltigkeit des Objekts ergeben könnten (aaO S. 118 f). Zugleich hat er jedoch unabhängig von ihrer Größenordnung betont, diesbezügliche Angaben im Prospekt müssten zutreffend sein; eine Irreführungsgefahr dürfe nicht bestehen (aaO S. 118, 121). Vor allem unter diesem Gesichtspunkt steht hier in Frage, ob die Anleger durch den Prospekt zutreffend informiert worden sind (zur Notwendigkeit hinreichend klarer Darstellung von "weichen Kosten" vgl. auch BGH, Urteil vom 6. Februar 2006 - II ZR 329/04 - NJW 2006, 2042, 2043 Rn. 9).

23 Der Umstand, dass sich bei einem Medienfonds Provisionen nicht in den Filmen "verstecken" lassen, weil diese Filme in der Regel erst mit Mitteln der Gesellschaft produziert werden sollen und nicht als fertige Produkte dem Fonds - gewissermaßen als Anlagegegenstände - zur Verfügung gestellt werden, bedeutet indes nicht, dass es dem Anleger nicht auf ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Mitteln, die für Produktionen vorgesehen sind, und Aufwendungen für andere Zwecke ankäme. Angesichts der höheren Risiken, die er mit dem Beitritt zu einem Medienfonds eingeht, wird es ihm vor allem auch im Bereich der sogenannten, aber im Prospekt nicht so bezeichneten "Weichkosten" darauf ankommen, dass die - aus seiner Sicht von vornherein verlorenen - Kosten für den Vertrieb nicht zu hoch ausfallen und dass auch der Einsatz von Weichkosten für die damit verbundenen Aufgaben gesichert ist. Berücksichtigt man im vorliegenden Fall, dass - unter Einschluss des Agios - etwa ¾ der vom Anleger aufgebrachten Mittel in die Produktionen fließen sollen, dann liegt es auf der Hand, dass es für die Gesamtbetrachtung einen wesentlichen Unterschied macht, ob für die Vermittlung des Eigenkapitals (nur) 12 % oder 20 % aufgebracht werden. Dies gilt namentlich dann, wenn - wie die Klägerin unter Beweisantritt behauptet hat - bei einer Offenlegung von Vertriebsprovisionen von 20 % die Beteiligung nicht hätte vermittelt werden können.

24 ee) Ob der Prospekt mit der angesprochenen Regelung im Investitionsplan auch deshalb zu beanstanden ist, weil er über der Komplementärin gewährte Sondervorteile nicht umfassend aufklärt, wie es der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München in seinem - nicht rechtskräftigen - Urteil vom 7. Februar 2008 (WM 2008, 581, 583) entschieden hat, bedarf auch in diesem Verfahren keiner abschließenden Beantwortung. Dagegen könnte sprechen, dass dies im Kapitel "Die Verträge zur Durchführung der Investitionen" offengelegt wird. Unerwähnt bleibt freilich, dass mit der IT GmbH, worauf das vorgeleg-

te Schreiben des Geschäftsführers K. vom 19. Januar 1998 hindeutet und was durch die behauptete Aussage des Zeugen O. vor der Steuerfahndungsstelle vom 4. Juli 2002 nahe gelegt wird, offenbar über deren Honorierung Sondervereinbarungen getroffen worden sind. Da ein Prospekt wesentliche kapitalmäßige und personelle Verflechtungen zwischen einerseits der Komplementär-GmbH, ihren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern und andererseits den Unternehmen sowie deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, in deren Hand die Beteiligungsgesellschaft die nach dem Emissionsprospekt durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt hat, offenzulegen hat (vgl. BGHZ 79, 337, 345; Urteile vom 14. Januar 1985 - II ZR 41/84 - WM 1985, 533, 534; vom 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93 - NJW 1995, 130; vom 7. April 2003 - II ZR 160/02 - NJW-RR 2003, 1054, 1055; vgl. auch allgemein Urteil vom 4. März 1987 - IVa ZR 122/85 - WM 1987, 495, 497), hätten auch diese Verbindungen angesprochen werden müssen. O. gehörte nach den Angaben des Prospekts im Kapitel "Die Partner" mit K. zu den Gesellschaftern der Komplementärin mit Anteilen von mehr als 25 %; nach der Behauptung der Klägerin war er Mehrheitsgesellschafter mit 60 %. An der IT GmbH war er nach dem Vorbringen der Klägerin ebenfalls maßgeblich beteiligt. Da diese Gesellschaft für den hier betroffenen Fonds II rund 58 % der Beteiligungssumme akquirierte, handelt es sich um eine nicht zu vernachlässigende Größenordnung, die eine Offenlegungspflicht begründen würde.

25 ff) Ob der Beklagten zu 1 eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen ist, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft. Dies hängt im Einzelnen von ihrem Kenntnisstand ab. Stellen sich im weiteren Verfahren die von der Klägerin behaupteten Hintergründe für die Provisionszahlungen als richtig heraus und wusste die Beklagte zu 1 hiervon, hatte

sie die Anleger als ihre Vertragspartner hiervon zu unterrichten, auch wenn sie die mit der Gründung der Gesellschaft zusammenhängenden Gebühren nach § 2 Abs. 3 des Mittelverwendungskontrollvertrags ohne eine nähere Prüfung zugunsten der Komplementärin freizugeben hatte. Blieben ihr die Hintergründe verschlossen, muss das Berufungsgericht prüfen, ob die Beklagte zu 1 nicht durch den Umstand, dass weder der Gesellschaftsvertrag noch der Treuhandvertrag Provisionen in dieser Größenordnung vorsahen, zu einer Klärung oder Unterrichtung der Anleger verpflichtet war. Soweit die Revisionserwiderung der Beklagten zu 1 unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 28. Juli 2005 (III ZR 290/04 - NJW 2005, 3208, 3211) geltend macht, erstmals durch das Senatsurteil vom 29. Mai 2008 seien mögliche Aufklärungspflichten des Treuhandkommanditisten eines Medienfonds und dessen Verantwortlichkeit für angeblich verdeckte Innenprovisionen behandelt worden, so dass es jedenfalls an einem Verschulden fehle, hängt auch dies weitgehend vom Kenntnisstand der Beklagten zu 1 ab. Hatte sie von den von der Klägerin behaupteten Hintergründen Kenntnis, ergeben sich aus dem Senatsurteil vom 29. Mai 2008 keine neuen Anforderungen, die ihr als mit Treuhandaufgaben betrauter Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nicht schon bekannt gewesen wären oder hätten bekannt sein müssen.

26 gg) Ergibt sich im weiteren Verfahren, dass die Beklagten zu einer Aufklärung verpflichtet gewesen wären, ist zu prüfen, wie sich der Ehemann der Klägerin verhalten hätte, wenn ihn die Beklagten darüber unterrichtet hätten, dass die IT GmbH für den Vertrieb Provisionen von 20 % erhalte, während der Prospekt den Eindruck erweckt, für die Vermittlung des Eigenkapitals würden nur 12 % verwendet (vgl. Senatsurteil vom 6. November 2008 - III ZR 290/07 - juris Rn. 19). Hierzu hat die Klägerin konkret behauptet, dass ihr Ehemann sich

bei Kenntnis dieser ihm verschwiegenen Umstände nicht beteiligt hätte. Insoweit kommt ihr eine Kausalitätsvermutung zugute.

27 c) Das Berufungsgericht wird daher im weiteren Verfahren den gestellten Beweisanträgen nachgehen müssen. Soweit es um die Frage geht, ob die IT GmbH auf einer einwandfreien vertraglichen Grundlage und im Einklang mit dem Gesellschaftsvertrag von der Komplementärin zu Werbemaßnahmen herangezogen worden ist, ist der Klägerin ein näherer Vortrag, der über die Indizwirkung der von ihr vorgelegten Unterlagen hinausgeht, nicht möglich. Zwar war auch die Beklagte zu 1 - jedenfalls nach dem bisherigen Sachstand - nicht unmittelbar in die Vereinbarungen zwischen der Komplementärin und der IT GmbH einbezogen; sie hat aber aufgrund des von der Komplementärin oder der IT GmbH erhaltenen Auftrags, im Rahmen der Mittelfreigabeabrechnungen Provisionen der IT GmbH zu berechnen, einen Anspruch gegen ihren Auftraggeber, über die näheren Einzelheiten Auskunft zu erhalten, um im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast den Gegenstand der Werbemaßnahmen nach Art, Inhalt und Zeitpunkt näher zu konkretisieren und zu belegen. Die bisherigen Ausführungen der Beklagten zu 1 geben hierfür kein hinreichendes Bild. Insbesondere ist hinsichtlich der kostenträchtigen Zeitgespräche schon angesichts der Vielzahl der unternehmerischen Aktivitäten der IT GmbH ein konkreter Bezug zu dem aufgelegten Fonds nicht zu erkennen; die - von der Klägerin - vorgelegten Unterlagen, die erst den Zeitraum ab dem 25. September 2000 - also lange nach der Installation dieses Fonds - betreffen, vermögen schon in zeitlicher Hinsicht nicht zu belegen, dass diese Zeitgespräche konkret zur Werbung für den Fonds C. II genutzt worden sind.

28 3. Das Berufungsgericht hat sich nicht mit der weiteren Rüge der Klägerin beschäftigt, aus dem Prospekt ergebe sich nur unzulänglich, dass die Kosten

für die Erlösausfallversicherung nicht in der Position "Produktabsicherung" und nicht in den sonstigen "Weichkosten" enthalten, sondern zu Lasten der Produktionskosten gegangen seien. Ob das Berufungsgericht diesen Vortrag nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO unberücksichtigt lassen durfte, mag offen bleiben. Denn die Rüge ist im Ergebnis nicht begründet.

29 Dass die Prämien für die Erlösausfallversicherungen, wie die Revision vertritt, generell als "weiche" Kosten anzusehen seien, kann der Beurteilung nicht zugrunde gelegt werden. Geht man von der Terminologie und der Systematik aus, die der Prospekt verwendet und die daher für das Verständnis des Anlegers näher zu betrachten sind, tauchen die Begriffe der "harten" und „weichen“ Kosten nicht auf. Allerdings lässt sich feststellen, dass im Investitionsplan (§ 6 des Gesellschaftsvertrags) jeweils schlagwortartig auf der einen Seite der große Block der Produktionskosten und des Erwerbs von Filmrechten und auf der anderen Seite die oben 2 a aa bereits angeführten Kosten für verschiedene Aufgaben stehen, die man als "Startkosten" bezeichnen könnte, weil sie unmittelbar nach dem Beitritt des Anlegers als Gebühren, die mit der Gründung der Gesellschaft zusammenhängen, ohne eine nähere Prüfung durch die Beklagte nach § 2 Abs. 3 des Mittelverwendungskontrollvertrags zugunsten der Komplementärin freizugeben waren. Bei den zuletzt genannten Kosten handelt es sich zwar um sogenannte Weichkosten. Daraus folgt jedoch nicht unmittelbar, dass in dem Kostenblock der Produktionskosten nicht Kosten enthalten sein dürften, die - ohne Produktionskosten im eigentlichen Sinne zu sein - nur in einem sachlichen oder zeitlichen Zusammenhang mit der Produktion von Filmen stehen. Vielmehr ist dies anhand der weiteren Angaben im Prospekt, insbesondere im Zusammenhang mit der Darstellung der Verträge zur Durchführung der Investition zu prüfen.

30 Für die Auffassung eines Anlegers, die Kosten für die Erlösausfallversicherung seien in der Position "Produktionsabsicherung", also bei den vorab zu entrichtenden Gebühren enthalten, könnte zunächst § 6 des Gesellschaftsvertrags sprechen. Aus der Darstellung über den Vertrag über die Produktauswahl und Produktionsüberwachung/-absicherung ergeben sich jedoch nähere Informationen, die dem entgegenstehen: Sowohl für die inhaltliche Auswahl der Filmobjekte als auch für die Überwachung der Produktion und die Vermittlung von Sicherungsinstrumenten wird eine Gebühr von 3 % des Zeichnungskapitals fällig. Hieraus kann der Anleger entnehmen, dass mit Produktabsicherung nur die Vermittlung bestimmter näher bezeichneter Sicherungsinstrumente gemeint ist. Darüber hinaus kann er im Zusammenhang mit der Darstellung zum Produktions- oder Koproduktionsvertrag erkennen, dass verschiedene Sicherstellungsmöglichkeiten, unter Anderem Bankgarantien und Erlösausfallversicherungen, in Betracht kommen, über deren konkreten Einsatz die Geschäftsführung erst im zeitlichen Zusammenhang mit den jeweiligen Produktionen zu befinden hat. Vor diesem Hintergrund ist es für einen aufmerksamen Anleger, der als Mitunternehmer eine Beteiligung zeichnet, hinreichend deutlich, dass die im Zusammenhang mit Produktionen vorgesehene Sicherstellung von Auszahlungsgarantien nicht in den im Investitionsplan aufgeführten "Startkosten" enthalten ist. Dem Anleger kann zugemutet werden, auch das Kapitel über die Verträge zur Durchführung der Investition durchzusehen, aus dem ohne weiteres zu entnehmen ist, dass die Kosten für die Erlösausfallversicherungen nicht im Vertrag über die Produktauswahl und Produktionsüberwachung/-absicherung enthalten sind, sondern – das ist die einzig denkbare Schlussfolgerung - von dem Teil der Anlagegelder bestritten werden müssen, die für die Produktionskosten und den Erwerb von Filmrechten vorgesehen sind.

31 4. Das angefochtene Urteil kann auch insoweit nicht bestehen bleiben, als das Berufungsgericht den Feststellungsantrag der Klägerin auf Ersatz von Steuerschäden aufgrund einer nachträglichen Aberkennung von Verlustzuweisungen als unzulässig angesehen hat, weil nicht dargetan sei, dass eine solche Aberkennung schon erfolgt wäre oder konkret bevorstünde.

32 Wie die Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung näher ausgeführt hat, verfolgt sie mit diesem Antrag nicht, die Beklagte zu 1 wegen eines eigenständigen Fehlers auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, etwa auch in dem Fall, dass ihr mit einer "Rückgabe" der Beteiligung verbundener Zahlungsantrag unbegründet wäre. Vielmehr will sie, wenn ihr Zahlungsantrag Erfolg hat und es zu einer entsprechenden Schadensersatzleistung der Beklagten zu 1 sowie zu einer Übertragung der Rechte aus der Beteiligung kommt, mit diesem Antrag sicherstellen, dass sie über die notwendige Versteuerung der Ersatzleistung hinaus nicht auch noch die Verlustzuweisung verliert.

33 Da das Ziel dieses Antrags damit unmittelbar die Frage betrifft, wie weit - ausschließlich auf der Rechtsfolgenseite - die aus einer Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten zu 1 folgende Schadensersatzverpflichtung reicht, kann das Feststellungsinteresse der Klägerin nicht verneint werden. Das Berufungsgericht wird daher, soweit sich der Zahlungsantrag als begründet erweist, in der Sache näher prüfen müssen, welche steuerlichen Folgen sich aus diesem Sachverhalt ergeben und ob sie hinreichenden Anlass bieten, sie im Sinne des gestellten Feststellungsantrags schadensersatzrechtlich zu berücksichtigen. Die Parteien haben im weiteren Verfahren Gelegenheit, sich zu diesen Fragen näher zu äußern.

III.

34 Demgegenüber ist der Antrag der Klägerin auf Feststellung, dass die Beklagte zu 1 sie von Ansprüchen der Beteiligungsgesellschaft, deren Gläubigern oder von Dritten freizustellen habe, die sich aus ihrer Rechtsstellung als Kommanditistin ergäben, im Ergebnis unbegründet. Auch wenn man mit der Klägerin als richtig unterstellt, die Ausschüttungen an die Anleger beruhten nicht auf erwirtschafteten Renditen, sondern seien als (teilweise) Einlagenrückgewähr zu werten, kommt ihre Inanspruchnahme nach §§ 171, 172 HGB nicht in Betracht. Da die Klägerin selbst nicht Kommanditistin ist, sondern nur wirtschaftlich über die Treuhandkommanditistin an der Fondsgesellschaft beteiligt ist, ist nicht sie, sondern die Beklagte zu 1 Anspruchsgegnerin eines auf §§ 171, 172 HGB gestützten Anspruchs (vgl. BGHZ 76, 127, 130 f; Henze, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 177a Anh. B Rn. 100; Strohn aaO § 171 Rn. 120). Auch Gläubiger der Gesellschaft können sie insoweit nicht in Anspruch nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07 - WM 2008, 2359, 2360 f Rn. 19-24 zur Inanspruchnahme nach §§ 128, 130 HGB), so dass es an einer Grundlage für eine mögliche Freistellungsverpflichtung fehlt. Soweit die Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung darauf hingewiesen hat, als "Dritter" im Sinne ihrer Antragstellung komme auch die Beklagte zu 1 in Betracht, vermag der Senat dem nicht zu folgen, weil es insoweit um keine Freistellung ginge. Im Verhältnis zur Beklagten zu 1 könnte allenfalls die Frage geprüft werden, ob dieser nach einer Inanspruchnahme nach den §§ 171, 172 HGB gegen die Klägerin Ansprüche nach §§ 675, 670 BGB zustehen. Einen auf dieses Rechtsverhältnis bezogenen Feststellungsantrag hat die Klägerin indes nicht gestellt.

IV.

35 Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die notwendigen Feststellungen nachgeholt werden können.

Schlick Dörr Herrmann

Harsdorf-Gebhardt Hucke

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 11.07.2007 - 35 O 497/06 -
OLG München, Entscheidung vom 01.04.2008 - 18 U 4372/07 -