

Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen 2012 in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu not- leidenden geschlossenen Fonds*

**von Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht und Notar**

Fachschrifttum

<i>Beuthien</i>	Warum eigentlich keine GbR mbH ? WM 2012, 1
<i>Buck-Heeb</i>	Vom Kapitalanleger- zum Verbraucherschutzrecht, ZHR 176 (2012), 66
<i>Bußalb/Vogel</i>	Das Gesetz über Vermögensanlagen – neue Regeln für geschlossene Fonds, WM 2012, 1416
<i>Gottschalk</i>	Anleger können für Liquidationsverluste ihres Fonds haften, NZG 2012, 461
<i>Hebrant</i>	Prospektbegriff und Prospektverantwortlichkeit, DB 2012, 273
<i>Kaligin</i>	Strafrechtliche Risiken bei der Konzeption und beim Vertrieb von steuerbegünstigten Kapitalanlagen – insbesondere im Blickwinkel des § 264a StGB, in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (02/2012), Fach 8711
<i>Krüger</i>	Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und das Grundbuch, ZNotP 2012, 42
<i>Lutz</i>	Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess – Aktuelle Probleme, GWR 2012, 327441
<i>Wagner</i>	Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Haftungsrechtsprechung des BGH betreffend mittelbar Beteiligte an geschlossenen Fonds, NZG 2012, 58
<i>Wagner</i>	Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen 2011 in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds, ZNotP 2012, 45
<i>Wagner</i>	Aktuelle Fragen und Probleme bei Publikumspersonengesellschaften, NJW 2013, 198
<i>Wagner</i>	Haftungsrisiken bei mittelbar Beteiligten an geschlossenen Fonds, GWR 2013, 340994
<i>Wagner</i>	Aktuelle Fragen und Probleme bei Publikumspersonengesellschaften, NJW 2013, 198
<i>Weber</i>	Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2011, NJW 2012, 274
<i>Westermann</i>	Die Verteidigung von Mitgliedschaftsrechten in der Personengesellschaft (einschließlich GmbH & Co. KG), NZG 2012, 1121

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: Europarecht; privates Baurecht;
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Finanzgerichtsprozesse (incl. BFH); Verfassungsrecht

Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr
Hinweis gemäß § 33 BDSG: personenbezogene Daten werden gespeichert / telefonische Auskünfte sind unverbindlich
Wiesbadener Volksbank (BLZ 510 900 00) Konto-Nr. 234 710 (Rechtsanwalt) · Konto-Nr. 253 200 (Notar)

Wilde

Nachschusspflichten in KG und GbR, NZG 2012, 215

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	3
II.	Europäischer Verbraucherrechtsschutz	4
	1. AIFM-Richtlinie	4
	2. Klausel-Richtlinie	4
III.	Unmittelbare Beteiligungen	5
	1. Kommanditistenhaftung	5
	2. Nachschusspflichten	6
	3. Garantierte Ausschüttungen	6
IV.	Mittelbare Beteiligungen	7
	1. Folgen der unterschiedlichen mittelbaren Beteiligungskonzeptionen	7
	2. Prospekthaftung von Gründungsgesellschaftern und Treuhandgesellschaftern gegenüber mittelbar Beteiligten	8
	a) Schadensersatzverpflichtung von Gründungs- bzw. Treuhandgesellschaftern gegenüber mittelbar Beteiligten	8
	b) Aufrechnungsverbot mit Prospekthaftungsansprüchen gegen Freistellungsansprüche	9
	3. Auskunftsanspruch	10
	4. Keine fehlerhafte Beteiligung bei mittelbaren Beteiligungen	10
V.	Fonds-GbR / Fonds-OHG	10
	1. Haftung von GbR-Gesellschaftern für vor Beitritt aufgenommene Gesellschaftsdarlehen	10
	a) Historie	10
	b) Verfassungsrechtliche Bedenken	11
	b1) Rechtsfortbildung und Vertrauensschutz	12
	b2) Grundrechtlicher Eigentums- und Vertrauensschutz	12
	b3) Grundrechtliches Übermaßverbot bei Haftung von Kapitalanlegern für das gesamte Investitionsvolumen ?	14
	b4) Persönliche Haftung ohne Verursachungsbeitrag ?	15
	b5) Verfassungsrechtliche Unverhältnismäßigkeit und Art. 2 Abs. 1 GG	15
	b6) Hinweise	16
	c) BVerfG	16
	2. Quotale Haftung	17
	3. Grundbuchliche Besonderheiten	18
	4. Haftung von GbR-Scheingesellschaftern	18
	5. Liquidation einer Publikums-GbR	19
	6. Stimmrechtsausschluss eines GbR-Gesellschafters	19
	7. Zu Rechten und Pflichten des Treuhandgesellschafters im Zusammenhang mit dem eigenen Freistellungsanspruch gegen mittelbar Beteiligte	20
	a) Grundsätze	20
	b) Gesetzlicher Freistellungsanspruch	20
	c) Vertraglicher Freistellungsanspruch	21
	d) Abwehripflicht des Treuhandgesellschafters contra Eigeninteressenwahrungspflicht	21
	e) Verjährung von Freistellungsansprüchen	22

VI. Zum richterrechtlichen Rechtsschutzsystem gesellschaftsinterner Streitigkeiten bei Personengesellschaften

22

I. Einleitung

Dieser Beitrag schließt an vorangegangene Beiträge zu notleidenden geschlossenen Fonds an.¹⁾ Die Ursachen für die notleidend gewordenen geschlossene Fonds waren/sind vielfältig. Nachdem inzwischen auch geschlossene Schiff-Fonds notleidend geworden sind,²⁾ werden sich dort vergleichbare Fragen stellen wie für andere notleidende geschlossene Immobilien- bzw. Medienfonds bereits vorgetragen. Die Folgen notleidender geschlossener Fonds in der Vergangenheit lassen sich für die Zukunft wie folgt skizzieren:

In 2011 betrug das bei Privatanlegern eingeworbene Eigenkapital nur noch EUR 4,8 Mrd. (EUR 5,2 Mrd. in 2010). Rückläufig war insbesondere das eingeworbene Eigenkapital von Privatanlegern bei Schiff-Fonds, Flugzeuge-, Infrastruktur- und Energiefonds, während das Interesse an geschlossenen Immobilienfonds unverändert war.³⁾

Die Segmente, in denen geschlossene Immobilienfonds anzutreffen sind, werden vielfältiger. Zu geschlossenen Immobilienfonds gehören z.B. auch solche, zu deren Fonds-Asset Pflegeheime gehören (sog. Pflegeimmobilienfonds). In 2011 betrug der Anteil der Pflegeimmobilienfonds am Emissionsvolumen aller geschlossenen Immobilienfonds 4,4 %.⁴⁾ Während die Preise für Pflegeimmobilien bis 2007 kontinuierlich anstiegen, fielen sie in den Folgejahren wieder.⁵⁾ Nunmehr wird jedoch berichtet, bis 2030 werde die Anzahl pflegebedürftiger Menschen von derzeit 720.000 auf mehr als 1,2 Mio. steigen, was Initiatoren geschlossener Fonds und auf Pflegeimmobilien spezialisierter Betreiber ein interessantes Geschäftsfeld eröffne.⁶⁾

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Notar in eigener Praxis in Wiesbaden. – Der Autor kommentiert in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts (erscheint in 2013 in der 4. Aufl.) die Publikumspersonengesellschaften.

1) *Wagner*, Neuere gesellschaftsrechtliche Entwicklungen in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds, WM 2010, 1684; *Wagner*, Prospekthaftung bei Berlin-Fonds, NZG 2010, 696; *Wagner*, Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen 2011 in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds – Halbzeit, ZNotP 2011, 291; *Wagner*, Update 2010 gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds, NZG 2011, 489; *Wagner*, Zur These des BGH über fehlende Aufklärungspflichten objektfinanzierender Kreditinstitute gegenüber GbRs bzw. deren Anlegergesellschaftern in Sachen fehlender Anschlussförderung, NZG 2011, 847; *Wagner*, Zur Haftung von direkt beteiligten Anleger-Gesellschaftern bei Berlin-Fonds (GbR), NZG 2011, 1058; *Wagner*, Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen 2011 in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds – 2. Halbzeit, ZNotP 2012, 45; *Wagner/Loritz*, Verfassungsrechtliche Fragen der unbeschränkten persönlichen Anlegerhaftung infolge der Rechtsprechungsänderung des BGH, WM 2009, 2149

2) *Reichel* Handelsblatt vom 09./10.11.2012, Seite 47

3) FAZ vom 15.02.2012, Seite 17

4) Scope Analysis vom 10.02.2012

5) Scope Analysis vom 10.02.2012

6) *Boutonnet* Handelsblatt v. 16./17./18.03.2012, Seite 48

II. Europäischer Verbraucherrechtsschutz

1. AIFM-Richtlinie

Die AIFM-Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds 2011/61/EU vom 08.06.2011 (AIFM)⁷⁾ ist am 21.07.2011 in Kraft getreten.⁸⁾ Geregelt wird die Verwaltung und der Vertrieb alternativer Investmentfonds durch Manager in der EU. Die RiL muß binnen 2 Jahren in nationales Recht umgesetzt werden.⁹⁾ Die alternative investment funds (AIF) können offene oder geschlossene Fonds sein, wobei weder die Rechtsform eine Rolle spielt noch die Frage, ob diese börsennotiert sind oder nicht (Erwägungsgrund 6 AIFM-RiL). Die AIFM-RiL enthält keine Regelung für AIF,¹⁰⁾ so daß solche Regelungen auf nationaler Ebene zu erfolgen haben (Erwägungsgrund 10 Satz 1 AIFM-RiL). Was in diesem Zusammenhang auf Publikumspersonengesellschaften zukommen wird, ist derzeit abschließend nicht zu beurteilen und daher nicht Gegenstand dieses Beitrages.

Auf notleidende geschlossene Fonds der Vergangenheit wirkt sich dies nicht aus, so daß dieses Thema hier nicht weiter zu vertiefen ist.

2. Klausel-Richtlinie

Die Frage der Einschlägigkeit der VerbrRL ist von deutschen Gerichten von Amts wegen zu klären (sog. Amtsermittlungsgrundsatz).¹¹⁾ Ersichtlich hat der BGH sich damit bisher nicht befaßt.¹²⁾

Der EuGH¹³⁾ hat iudiziert, der Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds falle in den Anwendungsbereich der HaustRL (85/577/EWG). Dies hat die Schlussfolgerung nahegelegt, daß für den Beitritt eines Anleger-Verbrauchers zu einem geschlossenen Fonds die VerbrRL (93/13/EWG) ebenfalls Anwendung finde, was allerdings gemäß Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRL (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) zur Frage führt, ob bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts die Bereichsausnahme einschlägig ist.¹⁴⁾ Geklärt ist die Frage betreffend die Bereichsausnahme allerdings immer noch nicht.¹⁵⁾ In diese unklare Rechtslage werden mittelbar Beteiligte einbezogen, wenn diese rückwirkend auf den Zeitpunkt ihres Beitrittes plötzlich zu

7) ABI 2011, 174/1

8) *Jesch/Geyer* BKR 2012, 359; *Wagner* NJW 2013, 198

9) *Kramer/Recknagel* DB 2011, 2077

10) *Spindler/Tancredi* WM 2011, 1393, 1396

11) EuGH 06.10.2009 – Rs. C-40/08 (Nogueira), EuZW 2009, 852 Rdn. 32

12) Erneut offen gelassen in BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 45; BGH 23.04.2012 – II ZR 75/10, WM 2012, 1293 Rdn. 33

13) EuGH 15.04.2010 – Rs. C-215/08 (Fritz), WM 2010, 882; dazu *Armbrüster* EuZW 2010, 614

14) *Wagner* NZG 2011, 489; *Wagner* NJW 2013, 198, 199

15) Für Beachtung der Bereichsausnahme: *Drygala* ZIP 1997, 968, 970; *Michalski/Schulenburg* NZG 1999, 898. Gegen Bereichsausnahme: *Armbrüster* ZIP 2006, 406, 413; *Basedow* in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2007, § 310 Rdn. 83; *Heinrichs* NJW 1996, 2190, 2192; *ders.* NJW 1998, 1447, 1462. Zu den Rechtsfolgen, wenn die Bereichsausnahme nicht einschlägig wäre *Wagner* ZfIR 2005, 605, 620 f.; *Wagner* NZG 2008, 447, 450; *Wagner* NZG 2011, 489 f.

Quasi-Gesellschaftern erklärt werden und damit unklar wird, ob deren Beteiligungsverträge Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sind, die der Bereichsausnahme des Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRL (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) unterfallen.

Wären Beteiligungsverträge unmittelbar und mittelbar Beteiligter keine Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, so daß sie folglich nicht der Bereichsausnahme des Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRL (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) unterfallen würden, so wäre folgendes zu beachten: Die Vertragsklauseln des jeweiligen Beitrittsvertrages bzw. mittelbaren Beteiligungsvertrages wären zivilrechtlich einer Inhaltskontrolle dahingehend zu unterwerfen, ob es missbräuchliche Klauseln i.S. von Art. 1, 3 i.V.m. Anhang VerbrRL gibt. Denn missbräuchliche Vertragsklauseln sind für Verbraucher „nicht verbindlich,“ ohne daß dieser sie vorher angefochten haben müßte.¹⁶⁾ Wenn der EuGH betreffend den Verbraucher von einer fehlenden Verbindlichkeit und nicht von einer Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln spricht, dann hängt dies damit zusammen, daß der EuGH iudiziert hat, eine missbräuchliche Klausel müsse dann nicht unangewendet bleiben, wenn der Verbraucher nach entsprechendem Hinweis des Gerichts – und für den beurkundenden Notar und dessen Hinweis gilt nichts anderes – die Missbräuchlichkeit und Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte.¹⁷⁾ Der Verbraucher entscheidet mithin letztlich, ob es bei missbräuchlichen Vertragsklauseln bei einer ihn betreffenden fehlenden Verbindlichkeit bleiben soll oder ob er diese Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte.

Dies wird künftig davon abhängen, ob die VerbrRL einschlägig ist und keine Bereichsausnahme greift.

III. Unmittelbare Beteiligungen

1. Kommanditistenhaftung

Die Haftung unmittelbar beteiligter Kommanditisten einer Publikums-KG kann z.B. eintreten, wenn bzw. soweit entweder die Einlage nicht erbracht wurde (§ 171 Abs. 1 HGB) oder es zur Einlagenrückgewähr gekommen ist (§§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB). Letzteres kann der Fall sein, wenn entweder „Ausschüttungen“ erfolgen, die über den Gewinn hinausgehen oder Gewinnanteile zu einem Zeitpunkt ausgeschüttet werden, zu dem das Kapitalkonto unter den Betrag der geleisteten Einlage gemindert war¹⁸⁾ und zwar auch unter Berücksichtigung einer steuerlichen Verlustzuweisung.¹⁹⁾ Dies kann sich aus den Jahresabschlüssen der KG i.V.m. den Kapitalkontenentwicklungen ergeben.²⁰⁾

Bei der vorgenannten Kommanditistenhaftung steht dem in Anspruch genommenen Kommanditisten gegenüber dem klagenden Gläubiger der Einwand einer Subsidiarität der Gesellschafterhaf-

16) EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Mostaza Claro), NJW 2007, 135 Rdn. 29; EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 Rdn. 25, 28 mit Anm. Pfeiffer

17) EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 Rdn. 33, 35: „.... daß das nationale Gericht verpflichtet ist, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen, sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt. Ist es der Auffassung, dass eine solche Klausel missbräuchlich ist, so läßt es sie unangewendet, sofern der Verbraucher dem nicht widerspricht.. ...“

18) OLG Stuttgart 14.11.2012 – 14 U 12/12, Rdn. 87 (Juris)

19) BGH 11.12.1989 – II ZR 78/89, BGHZ 109, 334, 341 ff.; BGH 20.04.2009 – II ZR 88/08, NZG 2009, 746 Rdn. 9; OLG Stuttgart 14.11.2012 – 14 U 12/12, Rdn. 92 (Juris)

20) OLG Stuttgart 14.11.2012 – 14 U 12/12, Rdn. 93 (Juris)

tung mit dem Argument, der Gläubiger der Gesellschaft müsse primär die KG in Anspruch nehmen, nicht zu.²¹⁾

2. Nachschusspflichten

Man muß unterscheiden zwischen disponiblen gesetzlichen Nachschusspflichten (§ 735 BGB) und gesellschaftsvertraglichen Nachschusspflichten (§ 707 BGB).

Gesellschaftsvertragliche Nachschusspflichten sind im Grundsatz ausgeschlossen (§§ 707, 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB). Dieser Grundsatz kennt aber Ausnahmen, wenn im Gesellschaftsvertrag bzw. der Beitrittserklärung konkretisiert wird, für welche Fälle Nachschüsse möglich sein sollen und eine ziffernmäßig bestimmte Obergrenze vorgegeben wird bzw. eine solche jedenfalls objektiv bestimmbar ist.²²⁾ Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch bestimmen, daß Nachschüsse durch Mehrheitsbeschluss eingefordert werden können, wenn zugleich im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, daß die dagegen votierenden Gesellschafter nicht zur Nachschussleistung verpflichtet werden und eine Verwässerung ihrer Beteiligungsquote in Kauf nehmen müssen. Entgegen *Wilde*²³⁾ handelt es sich für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters bei der Fehlbetragshaftung (§ 739 BGB) bzw. für den Fall der Abbedingung des § 167 Abs. 3 HGB um keine Nachschüsse.

Wird ein GbR-Fonds liquidiert, so kann die Gesellschafterversammlung gem. § 735 BGB Beschluss über einzufordernde Nachschüsse fassen und die Liquidationseröffnungsbilanz als „Schlussbilanz“ feststellen.²⁴⁾ Gleichwohl handelt es sich um eine nur vorläufige Feststellung.²⁵⁾ Dies kann als Forderung der Gesellschaft gegen die Gesellschafter der Höhe auch berücksichtigen, in welcher Höhe voraussichtlich mit Fehlbeträgen zu rechnen ist, weil einzelne Gesellschafter nicht in der Lage sein werden, ihren Nachschussverpflichtungen gem. § 735 BGB zu entsprechen.²⁶⁾ Die Beschlussfassung hat mit der Mehrheit zu erfolgen, die gesellschaftsvertraglich geregelt wurde (§ 709 Abs. 2 BGB).²⁷⁾ In einer zweiten Stufe ist zu prüfen, ob ein mit gesellschaftsvertraglich zugelassener Mehrheit gefaßter Nachschussbeschluss i.S.d. § 735 BGB auch keine treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht zum Gegenstand hat.²⁸⁾

3. Garantierte Ausschüttungen

Bei geschlossenen Fondsgesellschaften war immer wieder anzutreffen, daß Ausschüttungen garantiert wurden. Da nur Gewinne ausgeschüttet werden können, stellten garantierte Ausschüttungen für die entsprechende Fonds-Gesellschaft Verbindlichkeiten dar, die mit Gewinnausschüt-

21) OLG Stuttgart 14.11.2012 – 14 U 12/12, Rdn. 123 f. (Juris). Zum Streitstand der subsidiären Gesellschafterhaftung, wenn Kläger ein Mitgesellschafter ist, der Ansprüche aus einer Drittgläubigerbeziehung geltend macht, siehe OLG Stuttgart aaO Rdn. 125 ff. und 133 m.w.N. (Juris)

22) *Wilde* NZG 2012, 215

23) Entgegen *Wilde* NZG 2012, 215, 217

24) BGH 15.11.2011 – II ZR 266/09, WM 2012, 502 Rdn. 13

25) BGH 15.11.2011 – II ZR 266/09, WM 2012, 502 Rdn. 29

26) BGH 15.11.2011 – II ZR 266/09, WM 2012, 502 Rdn. 30

27) BGH 15.11.2011 – II ZR 266/09, WM 2012, 502 Rdn. 14; BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507

28) BGH 15.11.2011 – II ZR 266/09, WM 2012, 502 Rdn. 23

tungen nichts zu tun hatten. Soweit damit bei Anlegern der Eindruck erweckt wurde, es handele sich bei der Fondsbeteiligung mit Einlagepflicht um eine verlustsichere Geldanlage mit Mindestrendite, hat nunmehr das OLG Schleswig²⁹⁾ entschieden, es habe sich um ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 32 KWG gehandelt. Die Folge eines Verstoßes gegen § 32 KWG ist:

- Der geschlossene Vertrag ist nicht unwirksam, weil das Verbot, unerlaubte Bankgeschäfte zu betreiben, sich nicht an den Kapitalanleger richtet.
- Aber der Kapitalanleger kann einen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB geltend machen, da § 32 KWG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten des einzelnen Anlegers ist.³⁰⁾ Und dieser Schadensersatz kann die Rückabwicklung der Anlage zum Gegenstand haben, nicht jedoch, so gestellt zu werden, wie wenn die Anlage genehmigt gewesen wäre, um die garantierten Ausschüttungen zu verlangen (also kein entgangener zukünftiger Gewinn). Auch kann der Anleger nicht entgangene künftige steuerliche Vorteile verlangen. Und der Anleger kann Ersatz der steuerlichen Nachteile verlangen, die mit der Rückabwicklung der Anlage zusammenhängen.

IV. Mittelbare Beteiligungen

1. Folgen der unterschiedlichen mittelbaren Beteiligungskonzeptionen

Mittelbaren Beteiligungen von Kapitalanlegern an geschlossenen Fonds liegen verschiedene Modelle zu Grunde. Einerseits wird vom Quasi-Gesellschafter bzw. Als ob-Gesellschafter bei einem offenen Treuhandverhältnis gesprochen, wenn durch eine Vertragsgestaltung mit den Gesellschaftern der Fonds-Gesellschaft bzw. weil dies von vornherein im Gesellschaftsvertrag der Fonds-Gesellschaft so vorgesehen ist die mittelbar Beteiligten so gestellt werden, als ob sie Gesellschafter wären.³¹⁾ Andererseits spricht der BGH spricht auch von einem von gesellschaftsrechtlichen Beziehungen überlagerten Treuhandverhältnis.³²⁾ Das, was vom BGH mal so oder so bezeichnet wird, hat mit *Wiedemann*³³⁾ unterschiedliche dogmatische Einordnungen. Im ersteren Fall wird der mittelbar Beteiligte quasi mitgliedschaftlich in die Hauptgesellschaft integriert, im letzteren Fall dagegen wird die Rechtsposition des mittelbar Beteiligten „in das Mitgliedschaftsverhältnis des Treuhänders eingebettet.“³⁴⁾ Aber die unterschiedliche Konzeption von mittelbaren Beteiligungen kann auch weitergehende Folgen haben.

Ist die mittelbare Beteiligung aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen der Fonds-Gesellschaft quasi mitgliedschaftlich in die Hauptgesellschaft integriert, so steht der gegen Treu-

29) OLG Schleswig 21.12.2011 – 9 U 57/11, BeckRS 2012, 04677; dazu *Voß* EWiR 2012, 253

30) OLG Schleswig 21.12.2011 – 9 U 57/11, BeckRS 2012, 04677 u.H.a. BGH 23.11.2010 – VI ZR 244/09, Rdn. 10 (Juris); BGH 11.07.2006 – VI ZR 341/04, Rdn. 12 f. (Juris); BGH 21.04.2005 – III ZR 238/03, Rdn. 15 ff. (Juris)

31) BGH 30.03.1987 – II ZR 163/86, WM 1987, 811 f.; BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16 - 17m.w.N.; *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1787; *Wagner* NJW 2013, 198, 199 f.

32) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 18

33) *Wiedemann* ZIP 2012, 1786

34) *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1787. Dazu *Wagner* GWR 2012, 340994

geber gerichtete Anspruch auf Leistung der Einlage nicht dem Treuhandgesellschafter sondern der Fonds-Gesellschaft zu.³⁵⁾

2. Prospekthaftung von Gründungsgesellschaftern und Treuhandgesellschaftern gegenüber mittelbar Beteiligten

a) Schadensersatzverpflichtung von Gründungs- bzw. Treuhandgesellschaftern gegenüber mittelbar Beteiligten

Mit dem BGH³⁶⁾ können Gründungsgesellschafter eines geschlossenen Fonds von mittelbar Beteiligten aus Prospekthaftung im weiteren Sinne bzw. cic (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB bzw. aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) in Anspruch genommen werden. Dies dann, wenn der mittelbar Beteiligte wie ein unmittelbar beteiligter Gesellschafter behandelt werden soll und wenn bei Beitritt ein fehlerhafter Prospekt verwandt wurde – einerlei ob durch Gründungsgesellschafter oder gem. § 278 BGB durch Dritte -, da Gründungsgesellschafter für schuldhaft Verletzung von Aufklärungspflichten durch von ihnen eingeschaltete Dritte einzustehen haben.³⁷⁾ Werden für die Anlageentscheidung erhebliche Aufklärungspflichten durch Gründungsgesellschafter schuldhaft verletzt, können diese auch aus Delikt haften (§§ 823 Abs. 2 BGB, 264a StGB).³⁸⁾

Aber auch dann, wenn der Treuhandkommanditist kein Gründungsgesellschafter ist, ist dieser dem beitretenden Anleger zur Aufklärung über wesentliche Punkte, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung sind, aufklärungspflichtig. Dies, wenn der Treuhandkommanditist beim Zustandekommen des Beitrittes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat oder die Anbahnung der Beteiligung an der Publikumspersonengesellschaft unter Verwendung von Prospekten erfolgt ist.³⁹⁾ Treuhandkommanditisten haben die vorvertragliche Aufklärungspflicht, die künftigen Treugeber über alle regelwidrigen Auffälligkeiten zu informieren.⁴⁰⁾ Wird dagegen verstoßen, wird das Verschulden vermutet.⁴¹⁾

Haftungsbegründende Fehler eines Fondsprospekts können in der unterlassenen Aufklärung über Umstände und Risiken gegeben sein, die den Vertragszweck vereiteln können.⁴²⁾ Nach der Le-

35) BGH 18.09.2012 – II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291

36) BGH 01.03.2011 – II ZR 16/10, WM 2011, 792; BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184; BGH 23.04.2012 – II ZR 75/10, WM 2012, 1293 Rdn. 9. So auch KG Berlin 01.06.2011 – 19 U 90/11, WM 2011, 1938, 1939; *Wagner ZNotP* 2012, 45, 48

37) BGH 14.05.2012 – II ZR 69/12, WM 2012, 1298: Zur Haftung von Gründungsgesellschaftern bei von diesen eingeschalteten Untervermittlern.

38) KG Berlin 01.06.2011 – 19 U 90/11, WM 2011, 1938, 1940 f.; *Wagner NZG* 2010, 696, 697; *Wagner ZNotP* 2012, 45, 48 f.

39) BGH 13.07.2006 – III ZR 361/04, WM 2006, 1621 Rdn. 9; BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 23

40) BGH 06.11.2008 – III ZR 231/07, NZG 2009, 218 Rdn. 4; BGH 12.02.2009 – III ZR 90/08, NZG 2009, 380 Rdn. 8 m.w.N.; BGH 08.10.2009 – III ZR 207/07, WM 2009, 2358 Rdn. 6; OLG München 18.11.2008 – 5 U 2856/08, WM 2009, 652, 653

41) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 31

42) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 13 ff.

benserfahrung sind sie ursächlich für die Anlageentscheidung, so daß die Vermutung des aufklärungspflichtigen Verhaltens des Anlegers gilt.⁴³⁾

Als Schadensersatz kann der Anleger Naturalrestitution verlangen, also so gestellt zu werden, als wenn er dem geschlossenen Fonds nicht beigetreten wäre. Der Anleger kann folglich die Rückgabe der Anlage und die Erstattung getätigter Aufwendungen abzgl. erhaltener Ausschüttungen verlangen.⁴⁴⁾ Was aber ist bei einer mittelbaren Beteiligung eines Quasi-Gesellschafters die „Anlage“? Der BGH⁴⁵⁾ beantwortet diese Frage wie folgt, da der nur mittelbar Beteiligte ja keine Fondsbeteiligung abtreten könne: Es „genüge“, wenn der Anleger seine Ansprüche aus dem Treuhandvertrag an die Treuhandkommanditistin „zurückgebe“ bzw. die Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Treuhandvertrag anbiete.

Anders ist dies jedoch, wenn ein mittelbar beteiligter Anleger Schadensersatzansprüche gegenüber einem Anlagevermittler bzw. einem Anlageberater geltend macht. Denn diesen gegenüber kann er seine mittelbare Beteiligung nicht zurückgeben, sondern nur abtreten. Dazu muß der Anleger aber auch dafür sorgen, daß er seine mittelbare Beteiligung abtreten kann, indem er – weil solche Anlagen i.d.R. vinkuliert sind und für den Fall der Übertragung der Zustimmung des Treuhandkommanditisten bedürfen – nachweist, daß der Treuhandkommanditist dem zustimmt. Und macht der mittelbar Beteiligte statt dessen Schadensersatz Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der eigenen Beteiligung – statt der Abtretung der eigenen Beteiligung – geltend,⁴⁶⁾ dann sollte er nachweisen, daß er dazu auch befugt ist; denn in vielen Fonds-Gesellschaftsverträgen ist die Abtretung von Rechten aus Fonds-Beteiligungen untersagt, was ein Abtretungsverbot i.S.d. § 399 Alt. 2 BGB darstellt.

b) Aufrechnungsverbot mit Prospekthaftungsansprüchen gegen Freistellungsansprüche

Hat der Treuhandgesellschafter gegen einen mittelbar beteiligten Quasi-Gesellschafter einen Freistellungsanspruch betr. solche Ansprüche, derentwegen der Treuhandgesellschafter vom Gläubiger der Gesellschaft selbst haftungsmäßig in Anspruch genommen wurde, dann darf mit der Rechtsprechung des BGH der mittelbar beteiligte Quasi-Gesellschafter nach Abtretung dieses Freistellungsanspruches sich dieser auf ihn übergegangenen Haftung nicht dadurch entziehen, daß er mit Prospekthaftungsansprüchen dagegen aufrechnet.⁴⁷⁾ Dies gilt gleichermaßen für mittelbar beteiligte Quasi-Gesellschafter bei einer Publikums-KG wie auch bei mittelbar beteiligten Quasi-Gesellschaftern einer Publikums-OHG.⁴⁸⁾ Tragender Grund für das Aufrechnungsverbot soll sein, daß der mittelbar beteiligte Quasi-Gesellschafter haftungsmäßig nicht besser gestellt werden soll, als wenn er unmittelbar beteiligt wäre.⁴⁹⁾

43) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 30

44) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 33

45) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 37 u.H.a. BGH 07.12.2009 – II ZR 15/08, WM 2010, 262 Rdn. 29

46) BGH 10.07.2012 – XI ZR 272/10, WM 2012, 1589 Rdn. 11

47) BGH 24.07.2012 – II ZR 297/11, WM 2012, 1664 Rdn. 34 m.w.N. (ständige Rspr.); BGH 18.10.2012 – , 150/11, WM 2012, 2186 Rdn. 29 f.; BGH 18.10.2012 – III ZR 279/11, ZIP 2012, 2246 Rdn. 24 ff. (Juris)

48) BGH 24.07.2012 – II ZR 297/11, WM 2012, 1664 Rdn. 34 – 35 f.

49) BGH 24.07.2012 – II ZR 297/11, WM 2012, 1664 Rdn. 37

3. Auskunftsanspruch

Haben Anleger sich über einen Treuhandgesellschafter an einem geschlossenen Fonds beteiligt, dann steht ihnen analog § 716 BGB bzw. aufgrund dem Treuhandvertrag (§ 666 BGB) ein Auskunftsanspruch betreffend Namen und Anschrift anderer mittelbar Beteiligten gegenüber dem Treuhandgesellschafter zu, einerlei ob die mittelbar Beteiligten untereinander eine Innengesellschaft bilden oder nicht.⁵⁰⁾ Damit erweitert das OLG München die Rechtsprechung des BGH, wonach Gesellschafter einer Fonds-Gesellschaft einen Auskunftsanspruch über Namen und Anschriften der Mitgesellschafter haben – ggf. mittels Computerausdrucken – und dies vertraglich nicht wirksam ausgeschlossen werden kann.⁵¹⁾ Vergleichbares gilt mit dem BGH auch bei mittelbar Beteiligten, die untereinander eine Innengesellschaft bilden.⁵²⁾

4. Keine fehlerhafte Beteiligung bei mittelbaren Beteiligungen

Die Grundsätze der fehlerhaften Beteiligung sind nach dem OLG Frankfurt⁵³⁾ auf nur mittelbar Beteiligte nicht anzuwenden. Auch dies läßt die These nicht zu, es gebe einen Grundsatz der Gleichstellung von mittelbaren und unmittelbaren Gesellschaftern.⁵⁴⁾

V. Fonds-GbR / Fonds-OHG

1. Haftung von GbR-Gesellschaftern für vor Beitritt aufgenommene Gesellschaftsdarlehen

a) Historie

Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Haftung von GbR-Gesellschaftern mit ihrem Privatvermögen macht betroffenen GbR-Gesellschaftern besonders zu schaffen. So iudizierte der BGH seit dem 30.04.1979,⁵⁵⁾ GbR-Gesellschafter würden einer persönlichen Gesellschafterhaftung mit dem Privatvermögen nur im Falle

- des Schuldbeitritts zur Projektfinanzierung oder
- bei Mitwirkung am Vertragsabschluss oder
- dann ausgesetzt sein, wenn der geschäftsführende Gesellschafter bei Vertragsabschluss für Gesellschafter aufgrund einer entsprechenden Vertretungsmacht gehandelt habe.

In anderen Fällen gab es mithin keine analoge Anwendung des §§ 128, 130 HGB.⁵⁶⁾

50) OLG München 12.03.2012 – 19 U 4227/11, BeckRS 2012, 10519

51) BGH 21.09.2009 – II ZR 264/08, NZG 2010, 61 Rdn. 8 - 10

52) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, NZG 2012, 276

53) OLG Frankfurt 17.09.2012 – 23 U 190/11, BeckRS 2012, 20459 = Rdn. 45 (Juris)

54) Entgegen *Stumpf* BB 2013, 148

55) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241

56) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 242 f.; dazu *Wagner* ZNotP 2009, 101

Auch wenn der BGH in seiner Entscheidung vom 29.01.2001⁵⁷⁾ der GbR Rechts- und Parteifähigkeit zuwies, und diesbezüglich auf die §§ 128 f. HGB verwies und erstmals in seiner Entscheidung vom 07.04.2003⁵⁸⁾ die Einschlägigkeit des § 130 HGB bejahte, waren Anleger aufgrund der Vertrauensrechtsprechung des BGH von persönlicher Haftung mit ihrem Privatvermögen geschützt, wenn nicht einer der vom BGH iudizierten Ausnahmefälle⁵⁹⁾ gegeben war.⁶⁰⁾

Von seiner Vertrauensrechtsprechung rückte inzwischen der BGH⁶¹⁾ wieder ab, indem er nicht mehr darauf abstellt,

- womit (Privatvermögen) gehaftet werde, sondern
- weswegen (Kenntnis von vorhandenen Kreditverbindlichkeiten des Fonds) gehaftet werde.

Dies hat zur Folge, daß seitdem u.a. die Anleger der Berlin-Fonds *rückwirkend* samt und sonders außerordentlich hohen Haftungsrisiken mit ihren Privatvermögen selbst dort ausgesetzt sind, wo bis dahin aufgrund der Rechtsprechung des BGH vom 30.04.1979⁶²⁾ keine Haftung mit dem Privatvermögen gegeben war - ausgenommen in besagten Ausnahmefällen -. Daß der BGH damit rückwirkend in verfassungsrechtliches Eigentum und in den Vertrauensschutz besagter Anleger eingreift, hat er nicht einmal in Erwägung gezogen.⁶³⁾ Ungeachtet dessen folgt dieser neueren Rechtsprechung das LG und KG Berlin bei Haftungsprozessen von Kreditinstituten gegen Anleger-Gesellschafter von Berlin-Fonds. Lediglich der 20. Senat des KG Berlin⁶⁴⁾ und der 5. Senat des OLG München⁶⁵⁾ waren nicht bereit, diese Rechtsprechung des BGH mit zu tragen und hatten zutreffend darauf hingewiesen, daß der Vertrauensschutz nicht wegen der Unkenntnis von Schulden gerechtfertigt gewesen sei, sondern wegen des Vertrauens, nicht persönlich - also nicht mit dem Privatvermögen - haften zu müssen. Die Einbeziehung der Kenntnis von Altschulden sei zudem mit dem verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot für abgeschlossene Sachverhalte nicht vereinbar.⁶⁶⁾ Aber dies setzte sich in der Rechtsprechung nicht durch und das Fachschrifttum schwieg überwiegend.⁶⁷⁾

b) Verfassungsrechtliche Bedenken

*Wagner/Loritz*⁶⁸⁾ sind der Frage vertieft nachgegangen, ob und inwieweit die rückwirkende Veränderung der Vertrauensschutzrechtsprechung zu Lasten betroffener Anleger durch den BGH

57) BGH 29.01.2001 II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358

58) BGH 07.04.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 372 f.

59) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241

60) *Wagner* ZNotP 2009, 101

61) BGH 12.12.2005 – II ZR 283/03, WM 2006, 187, 188; BGH 18.07.2006 – XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, 1674
BGH 09.10.2006 – II ZR 193/05, WM 2007, 122, 123; BGH 17.10.2006 – XI ZR 19/05, NJW 2007, 1813
Rdn. 32

62) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241

63) Dazu *Wagner* ZNotP 2009, 101 - 102

64) KG Berlin 09.07.2007 – 20 U 179/179/05, ZIP 2008, 18, 19

65) OLG München 14.06.2005 – 5 U 3390/09, Rdn. 91 (Juris)

66) Zur Historie *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149 f.

67) Dies beanstandend *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149

68) *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2152 f.

verfassungsrechtlich bedenklich ist. Dies, indem der BGH nicht mehr wie in seiner Vertrauensschutzrechtsprechung auf das Vertrauen abstellt, in der Vergangenheit nicht mit dem Privatvermögen haften zu müssen (also auf das *womit* der Haftung), wenn nicht einer der von ihm genannten Ausnahmefälle vorlag, sondern nunmehr nur noch auf das Vertrauen abstellt, das mit dem Nichtvorhandensein von Objektfinanzierungen zu tun hat (also auf das *weswegen* der Haftung).

b1) Rechtsfortbildung und Vertrauensschutz

Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR samt den haftungsrechtlichen Folgen für Gesellschafter der GbR war Gegenstand richterlicher Rechtsfindung bzw. Rechtsfortbildung. Daß dazu ein früheres anderes Normverständnis aufgegeben wurde, beanstandet das BVerfG für den Fall der Rechtsfortbildung nicht.⁶⁹⁾ Aber das BVerfG räumt auch im Fall der Rechtsfortbildung dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes einen besonderen Stellenwert ein.⁷⁰⁾ Danach ist eine Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes

„dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden.“⁷¹⁾

Die Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR samt den haftungsrechtlichen Folgen für Gesellschafter der GbR war vom BGH hinreichend begründet worden und soweit sich im Hinblick auf seine frühere Rechtsprechung i.S. der persönlichen Haftung der Gesellschafter mit dem Privatvermögen ein Vertrauen gebildet hatte, hatte der BGH dem mit seiner Vertrauensrechtsprechung Rechnung getragen, denn: Diese Zeit von rd. 22 Jahren (vom 30.04.1979 - 29.01.2001) bzw. von rd. 24 Jahren (betr. den 07.04.2003) und die in dieser Zeit unveränderte Rechtsprechung des BGH begründete für Anleger, die in dieser Zeit Publikums-GbRs als Gesellschafter beitraten, die Erwartung, dann nicht mit ihrem Privatvermögen zu haften, wenn keiner der vorgenannten Ausnahmefälle gegeben war.⁷²⁾

b2) Grundrechtlicher Eigentums- und Vertrauensschutz

Eine vorgenannte Gesellschafterstellung stellte bei betreffenden Gesellschaftern verfassungsrechtliches Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG dar. Denn nach ständiger Rechtsprechung des

69) BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, NJW 2009, 1469 Rdn. 57

70) BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, NJW 2009, 1469 Rdn. 57

71) BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, NJW 2009, 1469 Rdn. 85

72) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241: Schuldbeitritt oder Mitwirkung des Gesellschafters am Vertragsabschluß oder dadurch, daß der geschäftsführende Gesellschafter bei Vertragsabschluss für ihn handelt und dazu eine entsprechende Vertretungsmacht besitzt. – Zur rückwirkenden Beseitigung der Vertrauensschutzrechtsprechung *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2152 f. m.w.N.

BVerfG stellen auch gesellschaftliche Beteiligungen verfassungsrechtliches Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG dar und genießen den Schutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.⁷³⁾

Damit hätte gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nur der Gesetzgeber und nicht die Rechtsprechung Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen können.⁷⁴⁾ Denn höchstrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt auch keine vergleichbaren Wirkungen.⁷⁵⁾ Und wurde/wird in diese vermögensrechtliche Stellung eines Anteilseigners nur durch die Rechtsprechung ohne entsprechende gesetzliche Grundlage - zudem rückwirkend - eingegriffen, dann tangiert(e) dies dessen durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschütztes verfassungsrechtliches Eigentumsgrundrecht.⁷⁶⁾

Auch hatte sich in dieser Zeit ein verfassungsrechtlich relevanter Vertrauensschutz⁷⁷⁾ gebildet, als GbR-Gesellschafter nicht mit dem Privatvermögen zu haften, wenn nicht einer der vom BGH schon 1979 iudizierten Ausnahmefälle gegeben war. Und dies mag wohl den BGH in seiner Entscheidung vom 07.04.2003⁷⁸⁾ bewogen haben, seine Rechtsprechungsänderung aus Vertrauensschutzgründen nicht auf Altfälle anzuwenden.

„Erwägungen des Vertrauensschutzes gebieten es, den Grundsatz der persönlichen Haftung des in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Eintretenden für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft erst auf künftige⁷⁹⁾ Beitrittsfälle anzuwenden.“

Wenn nun der BGH seine Vertrauensrechtsprechung⁸⁰⁾ nur 2 ¾ Jahre später dahingehend mit *Rückwirkung* änderte, daß er nicht mehr auf das Vertrauen abstellt, *womit* gehaftet werde - nämlich nicht mit dem Privatvermögen zu haften -, sondern *weswegen* gehaftet werde - nämlich auf ein vermeintliches Vertrauen, nicht wegen Objektfinanzierungsverbindlichkeiten zu haften -,⁸¹⁾ dann hat er weder die Notwendigkeit der Rückwirkung hinreichend begründet noch stellte die neue Rechtsprechung des BGH vor dem Hintergrund seiner erst kurz zuvor ergangenen Vertrauensrechtsprechung eine vorhersehbare Entwicklung dar.

73) BVerfG 07.08.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263, 276, 278; BVerfG 07.05.1969 – 2 BvL 15/67, BVerfGE 25, 371, 407; BVerfG 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 341 f.; BVerfG 27.04.1999 – 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289, 301; BVerfG 30.05.2007 – 1 BvR 390/04, WM 2007, 1329

74) BVerfG 07.08.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263, 277 – 278

75) BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 22044/07, NJW 2009, 1469 Rdn.85

76) BVerfG 27.04.1999 – 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289, 302

77) Dieser Vertrauensschutz geht gem. der Rechtsprechung des BVerfG in dem verfassungsrechtlichen Eigentumsgrundrecht auf: BVerfG 15.01.1974 – 1 BvL 5, 6, 9/70, BVerfGE 36, 281, 293; BVerfG 08.06.1977 – 2 BvR 499/74, BVerfGE 45, 142, 168; BVerfG 01.07.1981 – 1 BvR 874/77 u.a., BVerfGE 58, 81, 120 f.; BVerfG 09.10.1985 – 1 BvL 07/83, BVerfGE 71, 1, 11 f.; BVerfG 08.04.1987 – 1 BvR 564/74 u.a., BVerfGE 75, 78, 105; Maurer in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2006, § 79 Rdn. 68

78) BGH 07.04.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 377

79) Kursivsetzung durch den Autor

80) BGH 07.04.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 377

81) BGH 12.12.2005 – II ZR 283/03, WM 2006, 187, 188; BGH 18.07.2006 – XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, 1674; BGH 09.10.2006 – II ZR 193/05, WM 2007, 122, 123; BGH 17.10.2006 – XI ZR 19/05, NJW 2007, 1813 Rdn. 32

Die rückwirkende Änderung der Vertrauensrechtsprechung des BGH⁸²⁾ durch den BGH⁸³⁾ wird mithin auch i.S. gebotener Berücksichtigung des Vertrauensschutzes der Rechtsprechung des BVerfG⁸⁴⁾ nicht gerecht. Insoweit hat der BGH in seiner *neueren* „Vertrauensrechtsprechung“ und deren Rückwirkung und die Fachgerichte, die ihm diesbezüglich folgen, die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte betroffener Anleger-Gesellschafter grundsätzlich verkannt.⁸⁵⁾

Im Zusammenhang mit dem Wegfall der Anschlussförderung führt(e) dies für an GbR-Fonds beteiligte Anleger zu einer übermäßigen Haftung mit dem Privatvermögen bis hin zur Existenzvernichtung. Hier geht es um die akzessorische Haftung von Anleger-Gesellschaftern einer GbR analog §§ 128, 130 HGB, die nicht dem zuvor beschriebenen Personenkreis zugehörig sind, weil bei ihnen z.B. ein Schuldbeitritt zur Objektfinanzierung gegeben war oder eine Mitwirkung von Gesellschaftern am Vertragsabschluß der Projektfinanzierung stattgefunden hatte oder der geschäftsführende Gesellschafter bei Vertragsabschluss für Gesellschafter handelte und dazu eine entsprechende Vertretungsmacht besaß. So haben *Wagner/Loritz*⁸⁶⁾ darauf hingewiesen, daß es eigentlich Sache der Zivilgerichtsbarkeit und damit des BGH sei, diese verfassungsrechtlichen Überlegungen bei einer rückwirkenden Änderung der Vertrauensschutzrechtsprechung des BGH mit einfließen zu lassen, was jedoch nicht geschehen sei, sieht man einmal vom 20. Senat des KG Berlin und vom 5. Senat des OLG München ab.

b3) Grundrechtliches Übermaßverbot bei Haftung von Kapitalanlegern für das gesamte Investitionsvolumen ?

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der BGH⁸⁷⁾ derzeit noch offen gelassen hat, ob vom Rechtsverkehr erwartet werden kann, daß Gesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds, die eine reine Kapitalanlage gezeichnet haben, für das gesamte Investitionsvolumen der GbR überhaupt haften müssen. Diese Erwägungen des BGH sind um so bedenkenswerter unter Berücksichtigung des oben aufgezeigten Sachverhaltes, daß die Ursachen für die übermäßige Haftung in einem staatlichen Handeln und in dessen und der Kreditinstitute zu verantwortenden Unterlassen gebotener Information angelegt sind.

82) BGH 07.04.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 377

83) BGH 12.12.2005 – II ZR 283/03, WM 2006, 187, 188; BGH 18.07.2006 – XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, 1674
BGH 09.10.2006 – II ZR 193/05, WM 2007, 122, 123; BGH 17.10.2006 – XI ZR 19/05, NJW 2007, 1813 Rdn. 32

84) BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, NJW 2009, 1469 Rdn. 57, 85

85) *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2155 u.H.a. BVerfG 10.06.1964 – 1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85, 93; BVerfG 24.03.1998 – 1 BvR 131/96, BVerfGE 97, 391, 401; BVerfG 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, 361, 388

86) *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149

87) BGH 21.01.2002 – II ZR 2/00, BGHZ 150, 1, 5; BGH 17.06.2008 – XI ZR 112/07, WM 2008, 1356 Rdn. 17 u.H.a. *Staudinger/Habermeier*, BGB Bearb. 2003 vor §§ 705-740 Rdn. 40; vgl. auch *Beuthien* JZ 2003, 969, 972; *Dauner-Lieb* DStR 2001, 356, 359 f.; *Ulmer* ZIP 2001, 585, 597 f., Fn. 114 . Ferner *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2155

b4) Persönliche Haftung ohne Verursachungsbeitrag ?

Für eine verfassungsrechtliche Würdigung einer Haftung von Anleger-Gesellschaftern in Millionenhöhe für von der GbR aufgenommene Kredite und Aufwendungsdarlehen kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß besagte Anleger dafür keinen Verursachungsbeitrag geleistet haben. Hätte z.B. bei Berlin-Fonds die öffentliche Hand über eigene Vorbehalte i.S. Anschlussförderung aufgeklärt und nicht umgekehrt den Eindruck erweckt, von einer Anschlussförderung könne ausgegangen werden und hätten Kreditinstitute darüber aufgeklärt, daß die Anschlussförderung nach 15 Jahren *rechtlich* nicht sicher sei, so daß Anleger bei versagter Anschlussförderung und Krediten mit 25 bzw. 30 Jahren Laufzeit existentiellen Haftungsrisiken ausgesetzt sein können, dann hätten sich Anleger an Berlin-Fonds nicht beteiligt, so daß diese auch keine Kredite und Aufwendungsdarlehen aufgenommen hätten, mithin sich die Haftungsfrage für Anleger nicht gestellt hätte.

Und hätte die öffentliche Hand nicht abrupt die Anschlussförderung entgegen ihren eigenen vorangegangenen öffentlichen Verlautbarungen eingestellt, dann wäre die daraufhin eingetretene Haftung der Anleger-Gesellschafter nicht real geworden, weil dann bei einer Anschlussförderung die Mietermiete und Kostenmiete einen Kapitaldienst ermöglicht hätte.⁸⁸⁾

Das BVerfG⁸⁹⁾ hat in anderem Zusammenhang anklingen lassen, daß eine Haftung ohne jeden Verursachungsbeitrag der Haftenden verfassungsrechtlich durchaus bedenklich sein kann. Es ist hier der Komplex der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in Form des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁹⁰⁾ als Übermaßverbot angesprochen.⁹¹⁾

Es stellt sich mithin auch die Frage der Proportionalität, wonach Beeinträchtigungen der haftungsmäßig in Anspruch genommenen Anleger-Gesellschafter bei einer Gesamtbewertung angemessen und für die Betroffenen zumutbar sein müssen.⁹²⁾

b5) Verfassungsrechtliche Unverhältnismäßigkeit und Art. 2 Abs. 1 GG

Haftungen mit dem Privatvermögen ausgesetzt zu werden, die die wirtschaftliche Existenz Betroffener und in Anbetracht der Laufzeiten von Krediten und Aufwendungsdarlehen sogar deren Erben zur Folge haben können, stellen einen Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) dar. Zwar dient Art. 2 Abs. 1 GG der Selbstbestimmung und damit der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen.⁹³⁾ Wenn aber wie zuvor ausgeführt, die öffentliche Hand bzw. das Land Berlin einerseits und Kreditinstitute andererseits der ihnen gebotenen Aufklärungspflicht nicht nachgekommen waren und dies die eigentliche Ursache für die nunmehr existentiellen Haftungsrisiken der Anleger-Gesellschafter ist, dann wurde den Anleger-Gesell-

88) *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2156

89) BVerfG 14.06.2007 – 2 BvR 2247 – 2249/06, WM 2007, 1392, 1394 re. Sp. unten

90) *Kokott* in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2004, § 22 Rdn. 98

91) *Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot ?, 2004; *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007

92) *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2155 u.H.a. *Maurer* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2006, § 77 Rdn. 92; *Sachs*, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 20 Rdn. 154

93) *Sachs*, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 2 Rdn. 81

schaftern dadurch seitens der öffentlichen Hand und der darlehensgewährenden Kreditinstitute die Selbstbestimmung ihrer Entscheidungsfreiheit genommen. Vor diesem Hintergrund ist es verfassungsrechtlich unverhältnismäßig, weil unangemessen,⁹⁴⁾ wenn diejenigen, die besagte Anleger nicht darüber aufgeklärt hatten, daß die Anschlussförderung rechtlich nicht gesichert war und in Anbetracht der weit über 15 Jahren hinausgehenden Laufzeit der Kredite und Aufwendungsdarlehen ein existentielles Haftungsrisiko bestehe, heute des ungeachtet betroffene Anleger für das Investitionsvolumen des Fonds haftungsmäßig mit deren jeweiligem Privatvermögen in vollem Umfang in Anspruch nehmen können. Deshalb ist nicht erst im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde sondern auch schon seitens des BGH und der Instanzgerichtsbarkeit eine Verhältnismäßigkeitskontrolle angezeigt, die der BGH in seiner Entscheidung vom 17.06.2008⁹⁵⁾ andeutet, die allerdings längst überfällig ist.

Denn jedenfalls dort, wo vorgenannte Aufklärungsdefizite gegeben waren, ist der Haftungsumfang der analog angewandten §§ 128, 130 HGB für davon betroffene Anleger-Gesellschafter in Beachtung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angemessen so zu reduzieren, daß jedenfalls eine Haftung mit dem Privatvermögen auszuschließen ist.

b6) Hinweise

Betroffene Anleger waren/sind gut beraten, dann, wenn sie sich solche oder ähnliche verfassungsrechtliche Überlegungen in ihren Prozessen zu eigen machen wollen, damit zusammenhängende Grundrechtsverletzungen schon im Instanzenzug zu rügen und damit nicht bis zu einem Verfassungsbeschwerdeverfahren nach Erschöpfung des Rechtsweges zu warten.

Denn wegen des verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) kann später eine Verfassungsbeschwerde, wenn nicht ein Fall des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG gegeben ist, nur dann erhoben werden, wenn zuvor alle zu rügenden Grundrechtsverletzung auch im fachgerichtlichen Verfahren gerügt wurden⁹⁶⁾ und alle zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ergriffen wurden, um die Verfassungsverletzung auszuräumen.⁹⁷⁾

c) BVerfG

Inzwischen hat das BVerfG⁹⁸⁾ es als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen, daß der BGH seine Haftungsrechtsprechung bei GbR-Gesellschaftern für vor deren Beitritt aufgenommene Gesellschaftsdarlehen rückwirkend geändert habe. Dies wenn diese Rechtsprechung des BGH sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung gehalten hat. Daß dies nicht der Fall war, wird aus folgendem deutlich: Bis zu seiner Entscheidung vom 07.04.2003⁹⁹⁾ hatte der BGH eine

94) *Maurer* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2006, § 79 Rdn. 68

95) BGH 17.06.2008 – XI ZR 112/07, WM 2008, 1356 Rdn. 17

96) BVerfG 27.06.2007 – 1 BvR 1470/07, BVerfGK 11, 368, 370; BVerfG 09.07.2007 – 1 BvR 646/06, BVerfGK 11, 390, 395; *Wagner* BauR 2009, 1375, 1376

97) BVerfG 25.04.2005 – 1 BvR 644/05, NJW 2005, 3059; BVerfG 27.06.2007 – 1 BvR 1470/07, BVerfGK 11, 368, 370

98) BVerfG 18.10.2012 – 1 BvR 2366/11, WM 2012, 2273

99) BGH 07.04.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 372 f.

Haftung von GbR-Gesellschaftern analog § 130 HGB für vor ihrem Beitritt durch die GbR aufgenommene Gesellschaftsverbindlichkeiten mit oben Ausgeführtem verneint.

Das BVerfG iudiziert weiter, daß ein Vertrauensschutz der Gesellschafter einer Immobilienfonds-GbR für vor dem eigenen Beitritt begründete Altverbindlichkeiten nur dann ausscheidet, wenn er die Altverbindlichkeiten erkennen konnte und mit einer Haftung dafür rechnen mußte. Mit letzterem mußten aber aus vorgenannten Gründen Fondsgesellschafter von Immobilien-GbRs in Berlin nicht rechnen, weil der BGH seit dem 30.04.1979¹⁰⁰⁾ iudizierte, GbR-Gesellschafter würden einer persönlichen Gesellschafterhaftung mit dem Privatvermögen nur im Falle

- des Schuldbeitritts zur Projektfinanzierung oder
- bei Mitwirkung am Vertragsabschluss oder
- dann ausgesetzt sein, wenn der geschäftsführende Gesellschafter bei Vertragsabschluss für Gesellschafter aufgrund einer entsprechenden Vertretungsmacht gehandelt habe.

In anderen Fällen gäbe es mithin keine analoge Anwendung des §§ 128, 130 HGB.¹⁰¹⁾

Und die inzwischen eingetretene Haftung von GbR-Gesellschaftern analog § 130 HGB für vor ihrem Beitritt aufgenommene Gesellschaftsverbindlichkeiten ist mit oben Ausgeführtem auch nur deshalb erfolgt, weil der BGH seine anschließende Vertrauensschutzrechtsprechung rückwirkend änderte, was ebenfalls nichts mit einer vorhersehbaren Entwicklung zu tun hat.¹⁰²⁾ Es könnte sich daher je nach Einzelfall für betroffene Anleger lohnen, in Haftungsprozessen vorgenannte verfassungsrechtliche Fragen erneut zu thematisieren.

2. Quotale Haftung

Auch in der neueren Rechtsprechung des BGH¹⁰³⁾ geht dieser von folgendem aus:

- Der Gesellschafter eines geschlossenen GbR-Fonds haftet für die vor seinem Beitritt begründeten Verbindlichkeiten des Fonds (sog. Altschulden) gem. §§ 128, 130 HGB mit seinem Privatvermögen, es sei denn, diese Rückwirkung der Haftung aufgrund Rechtsprechungsänderung kollidiert mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der materiellen Gerechtigkeit.¹⁰⁴⁾ Dies sei nicht der Fall, wenn der beigetretene Anleger bei Beitritt hätte erkennen können und müssen, daß der Fonds Kredite aufgenommen hatte.¹⁰⁵⁾ Dies hat mit zuvor Ausgeführtem das BVerfG¹⁰⁶⁾ inzwischen dahingehend ergänzt, daß der Anleger zusätzlich hätte erkennen müssen, auch dafür haften zu müssen.

100) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241

101) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 242 f.; dazu *Wagner ZNotP* 2009, 101

102) *Wagner/Loritz WM* 2009, 2149

103) BGH 17.04.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701 Rdn. 20 – Zur zuvorigen Rechtsprechung des BGH *Wagner WM* 2010, 1684, 1685 m.w.N.; *Wagner ZNotP* 2011, 291, 294

104) BGH 17.04.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701 Rdn. 20

105) BGH 17.04.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701 Rdn. 21

106) BVerfG 18.10.2012 – 1 BvR 2366/11, WM 2012, 2273

- Eine quotale Haftung kommt in Betracht, wenn diese im Darlehensvertrag bzw. ergänzenden Vereinbarungen niedergelegt worden ist. Aus Gründen des Vertrauensschutzes rückwirkend auch dann, wenn eine quotale Haftungsbeschränkung gesellschaftsvertraglich vereinbart worden war und dies dem Vertragspartner zumindest erkennbar war.¹⁰⁷⁾
- Bemessungsgrundlage für die quotale Haftung ist nicht die im Zeitpunkt der Haftungsinanspruchnahme noch offene Restdarlehensschuld, sondern der ursprüngliche Darlehensnominalbetrag nebst Zinsen und Kosten ist, sofern im Darlehensvertrag nichts abweichendes vereinbart wurde. Weiterhin hält der BGH an seiner bisherigen Rechtsprechung¹⁰⁸⁾ fest, daß in Fällen quotaler Haftung Zahlungen und Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen nicht zur Haftungsreduzierung beim quotale Haftenden führen, sofern sich vertraglich nichts Gegenteiliges ergibt.¹⁰⁹⁾
- Jeder Gesellschafter muß gegenüber dem Gläubiger seine Quote erfüllen, ohne daß wechselseitige Anrechnungen betreffend Zahlungen anderer Gesellschafter stattfinden.¹¹⁰⁾

Wirkt sich z.B. bei einer Fonds-OHG die quotale Haftung unter Berücksichtigung der vorgenannten Voraussetzungen zu Gunsten des Treuhandgesellschafters der OHG aus, dann kommt dies für den Freistellungsverpflichtungs-Fall bzw. den Rückgriffs-Fall auch mittelbar Beteiligten zu Gute.¹¹¹⁾

3. Grundbuchliche Besonderheiten

Bei notleidenden geschlossenen GbR-Fonds stellt sich die Thematik des Verkaufs der Fonds-Immobilie im Zuge der Liquidation des Fonds. Da i.d.R. die Fonds-GbR noch aus der Zeit datiert, in der die GbR vom BGH noch nicht als rechtsfähig anerkannt wurde,¹¹²⁾ bedarf es nunmehr zunächst der Richtigstellung des Grundbuches im Hinblick auf § 899 BGB, indem nicht mehr nur noch die GbR unter ihrem Namen sondern auch deren unmittelbar beteiligte Gesellschafter einzutragen sind.¹¹³⁾

4. Haftung von GbR-Scheingesellschaftern

Gesellschafter einer GbR, die aus dieser ausscheiden, und nicht dafür gesorgt haben, daß ein Anschein der eigenen GbR-Gesellschafter-Eigenschaft endet, haften als Scheingesellschafter für vertragliche und außervertragliche Ansprüche.¹¹⁴⁾

107) BGH 17.04.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701 Rdn. 22

108) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 26; BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 16; dazu *Wagner* ZNotP 2011, 291, 294

109) BGH 17.04.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701 Rdn. 23 f.

110) BGH 18.10.2012 – III ZR 150/11, WM 2012, 2186 Rdn. 20

111) BGH 18.10.2012 – III ZR 150/11, WM 2012, 2186 Rdn. 20

112) BGH 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341

113) *Krüger* ZNotP 2012, 42, 44

114) BGH 17.01.2012 – II ZR 197/10, WM 2012, 323 Rdn. 19 - 21

5. Liquidation einer Publikums-GbR

Fasst die Gesellschafterversammlung einer Publikums-GbR den Beschluss, die einzige Fonds-Immobilie zu verkaufen, so wird aus der werbenden Fonds-GbR eine Liquidationsgesellschaft (§ 726 BGB). Wurde im Gesellschaftsvertrag § 735 BGB nicht ausgeschlossen, dann bleibt es bei der gesetzlichen Nachschusspflicht. Gesellschaftsvertragliche Regelungen zur quotalen Außenhaftung schließen die das Innenrechtsverhältnis betreffenden § 735 BGB nicht aus.¹¹⁵⁾ Gesellschafter einer GbR sind damit dem Risiko einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt, nämlich dem Risiko der Außenhaftung und dem Risiko der Nachschusspflicht des § 735 BGB, wobei dann, wenn ein Gesellschafter einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt, er einen primären Aufwendungsersatzanspruch gem. § 110 HGB gegen die Gesellschaft und einen subsidiären gegen seine Mitgesellschafter hat.¹¹⁶⁾

Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz als Grundlage für die Einforderung von Nachschüssen (§ 735 BGB) kann mit einfacher Mehrheit gefasst werden, sofern der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht und keine andere Mehrheit vorsieht.¹¹⁷⁾

Dies kann auch durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ermittelt werden.¹¹⁸⁾ Mit dem BGH ist allerdings stets in einer 2. ten Stufe nach einer solchen Mehrheitsbeschlussfassung zu prüfen, ob eine treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht gegeben ist.¹¹⁹⁾

Der BGH unterscheidet zwischen der Beschlussfassung der Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz als Grundlage für die Einforderung von Nachschüssen (§ 735 BGB) einerseits und der endgültigen Abrechnung andererseits, die auf den Zeitpunkt der Vollbeendigung der Gesellschaft erstellt wird.¹²⁰⁾ Bei ersterer kann der voraussichtliche Umfang einer subsidiären Einstandspflicht gem. § 735 Satz 2 BGB vorläufig festgestellt werden,¹²¹⁾ während bei letzterer die endgültige subsidiäre Einstandspflicht festzustellen ist.¹²²⁾

6. Stimmrechtsausschluss eines GbR-Gesellschafters

Kommt es zur Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung über die Entlastung eines Gesellschafters, die Geltendmachung gerichtlicher bzw. außergerichtlicher Ansprüche gegen einen Gesellschafter sowie die Befreiung eines Gesellschafters von Verbindlichkeiten, so besteht für den betroffenen Gesellschafter auch im Personengesellschaftsrecht ein Stimmverbot. Dies gilt

115) BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507 Rdn. 17 - 18

116) BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507 Rdn. 20

117) BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507 Rdn. 21 - 23

118) BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507 Rdn. 24

119) BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507 Rdn. 25

120) BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507 Rdn. 28

121) BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507 Rdn. 28 - 29

122) BGH 15.11.2011 – II ZR 272/09, WM 2012, 507 Rdn. 30

auch bei vorbereitenden Maßnahmen wie z.B. die Beschlussfassung über die Einholung eines Gutachtens darüber, ob Schadensersatzansprüche gegen einen Gesellschafter bestehen können.¹²³⁾

7. Zu Rechten und Pflichten des Treuhandgesellschafters im Zusammenhang mit dem eigenen Freistellungsanspruch gegen mittelbar Beteiligte

a) Grundsätze

Unmittelbar beteiligte Gesellschafter einer GbR bzw. OHG haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gem. § 128 HGB (analog) akzessorisch. Ist nichts anderes vertraglich bezüglich einer quotalen Außenhaftung geregelt, so haften die Gesellschafter aufgrund eines echten Gesamtschuldverhältnisses gesamtschuldnerisch, worauf § 426 Abs. 1 BGB Anwendung findet.¹²⁴⁾ Wird ein solcher Gesellschafter von einem Gläubiger der Gesellschaft wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so hat er einen primären Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch gegen die Gesellschaft und falls diese nicht freistellt bzw. erstattet, einen sekundären Befreiungs- und Rückgriffsanspruch gegen die Mitgesellschafter, sei es aufgrund vertraglicher Regelung sei es kraft Gesetzes (§ 257 Satz 1 BGB),¹²⁵⁾ wobei im letzteren Fall der Ersatzpflichtige statt Befreiung von einer noch nicht fälligen Verbindlichkeit statt dessen Sicherheit leisten kann (§ 257 Satz 2 BGB). Ein diesbezüglicher Freistellungsanspruch entsteht bereits mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB). Und dies ist bei einer fälligen Forderung des Gläubigers der Gesellschaft dann der Fall,

- wenn die ernsthafte Möglichkeit besteht, daß der Gesellschafter vom Gläubiger der Gesellschaft in Anspruch genommen wird und
- nachdem die Gesellschaft eine Freistellung abgelehnt hat, weil sie nicht zahlen kann oder nicht will.¹²⁶⁾

b) Gesetzlicher Freistellungsanspruch

Fehlt es an einem vertraglichen Freistellungsanspruch des haftungsmäßig in Anspruch genommenen Gesellschafters gegenüber mittelbar Beteiligten, dann soll diesem gegen mittelbar Beteiligte ein gesetzlicher Freistellungsanspruch (§ 257 Satz 1 BGB) zustehen,¹²⁷⁾ der sich in dem Moment in einen Zahlungsanspruch wandelt, in welchem er seitens des Treuhandgesellschafters abgetreten wird.¹²⁸⁾ In der Rechtsprechung ungeklärt ist die rechtliche Schlechterstellung mittelbar Beteiligter gegenüber unmittelbar Beteiligten.¹²⁹⁾ Denn ein haftungsmäßig in Anspruch genommener Gesellschafter kann seine unmittelbar beteiligten Mitgesellschafter nur subsidiär auf Freistellung in Anspruch nehmen, nachdem er zuvor seinen primären Freistellungsanspruch gegenüber der Gesellschaft nicht durchsetzen konnte. Einen solchen Subsidiäreinwand gesteht der

123) BGH 07.02.2012 – II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rdn. 16

124) BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, WM 2007, 2289 Rdn. 14

125) BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, WM 2007, 2289 Rdn. 14 ff.; *Wagner* WM 2010, 1684, 1686

126) BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, WM 2007, 2289

127) *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

128) BGH 12.11.1009 – III ZR 113/09, NZG 2010, 192 Rdn. 10; *Wagner* NZG 2011, 489, 492

129) *Wagner* NZG 2012, 58

BGH nur mittelbar Beteiligten bei deren Freistellungsanspruchnahme nicht zu, so daß es schon deshalb keinen Grundsatz der Gleichstellung von mittelbaren und unmittelbaren Gesellschaftern gibt.¹³⁰⁾

c) Vertraglicher Freistellungsanspruch

Die überwiegende Rechtsprechung der OLGs bejaht die rechtlich zulässige vertragliche Haftungsfreistellung.¹³¹⁾ Einzig der 23. Senat des OLG Frankfurt¹³²⁾ hat in einer von dieser OLG Rechtsprechung unberücksichtigt gelassenen Entscheidung im Rahmen der Inhaltskontrolle eine solche Vertragsklausel wegen Verstoßes gegen §§ 3, 9 AGBG für unwirksam erklärt.

Auch der BGH¹³³⁾ hat inzwischen die Verpflichtung zur Freistellung aufgrund treuhandvertraglicher Regelung i.V.m. §§ 675, 670 BGB bejaht. Er ist dabei der Rechtsprechung des OLG Frankfurt zur Inhaltskontrolle und zum Verstoß gegen §§ 3, 9 AGBG ausdrücklich nicht gefolgt.

d) Abwehrpflicht des Treuhandgesellschafters contra Eigeninteressenwahrungspflicht

Wird ein Gesellschafter betreffend eine Verbindlichkeit der Gesellschaft haftungsmäßig gemäß/analog § 128 HGB in Anspruch genommen, dann ist er mit der Rechtsprechung des VIII. Senates des BGH¹³⁴⁾ zwecks Meidung der Geltendmachung eines Freistellungsanspruches verpflichtet, alles zur Abwehr unbegründeter Haftungsinanspruchnahme erforderliche zu unternehmen. Zugleich muß der auf Haftung in Anspruch genommene denjenigen informieren, den er als zur Freistellung Verpflichteten ansieht.¹³⁵⁾ Entspricht der auf Haftung in Anspruch genommene diesen Anforderungen nicht, macht er sich gegenüber dem Freistellungsverpflichteten gemäß §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig.¹³⁶⁾

Mit dieser Rechtsprechung des VIII. Senates des BGH könnte im Widerspruch stehen, wenn der III. Senat des BGH ohne Auseinandersetzung mit vorgenannter Rechtsprechung des VIII. Senats des BGH dem Treuhandgesellschaftler gestattet, zwecks Abwendung einer eigenen Insolvenzgefahr des Treuhandgesellschaftlers aufgrund Haftungsinanspruchnahme mit dem Gläubiger der Gesellschaft eine Vereinbarung zu schließen, die eine Haftungsinanspruchnahme des Treuhandgesellschaftlers gegen Abtretung von Freistellungsansprüche vermeidet.¹³⁷⁾

130) Entgegen *Stumpf* BB 2013, 148

131) OLG Düsseldorf 28.03.1991 – 6 U 163/90, ZIP 1991, 1494, 1499; OLG Rostock 19.12.2007 – 6 U 132/07, BeckRS 2008, 13693; OLG München 17.01.2008 – 7 U 21118/06, n. V.; OLG Nürnberg 17.01.2008 – 2 U 782/07, BeckRS 2009, 04123, Rdn. 75; OLG Koblenz 11.12.2008 – 6 U 1353/07, WM 2009, 939, 941; OLG Frankfurt 25.06.2009 – 15 U 101/08, WM 2010, 673, 674; OLG Stuttgart 18.03.2010 – 14 U 50/09, WM 2010, 1077, 1078. Dazu *Wagner* NZG 2009, 1215; *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

132) OLG Frankfurt 04.02.2004 – 23 U 66/03, NJW-RR 2004, 991. Dazu *Wagner* NZG 2009, 1215, 1216; *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

133) BGH 05.05.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rdn. 11, 14 f.; BGH 18.10.2012 – III ZR 150/11, WM 2012, 2186 Rdn. 17; *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

134) BGH 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1745 mit Anm. *Ayad/Schnell*; *Wagner* ZNotP 2012, 45, 47

135) BGH 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1745 mit Anm. *Ayad/Schnell*; *Wagner* ZNotP 2012, 45, 47

136) BGH 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1745 mit Anm. *Ayad/Schnell*; *Wagner* ZNotP 2012, 45, 47

137) BGH 18.10.2012 – III ZR 150/11, WM 2012, 2186 Rdn. 24 ff.

e) Verjährung von Freistellungsansprüchen

Der Freistellungsanspruch verjährt ab dem Ende des Jahres in 3 Jahren, in dem die Drittforderung fällig geworden ist, wenn es sich um einen gesetzlichen Freistellungsanspruch (§ 257 BGB) handelt (§§ 199, 195 BGB).¹³⁸⁾ Ist dagegen ein vertraglicher Freistellungsanspruch gegeben, so ist die Rechtsprechung des BGH zu § 257 BGB nicht so ohne weiteres zu übertragen, sondern für den Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem vertraglich der Freistellungsanspruch fällig wird, wenn die Auslegung des Vertrages zu diesem Ergebnis führt.¹³⁹⁾

VI. Zum richterrechtlichen Rechtsschutzsystem gesellschaftsinterner Streitigkeiten bei Personengesellschaften

Da es bei Personengesellschaften kein gesetzlich ausgeformtes Rechtsschutzsystem für gesellschaftsinterne Streitigkeiten gibt, hat die Rechtsprechung ein solches entwickelt, womit sich jüngst *Westermann*¹⁴⁰⁾ in einem lesenswerten Beitrag befaßt hat.

Mit *Westermann* wird die Beteiligung an einer Personengesellschaft durch die Mitgliedschaft bestimmt. Und unter Mitgliedschaft werden nicht nur Rechte und Pflichten angesprochen, sondern die aufgrund Gesellschafterstellung einer natürlichen oder iuristischen Person zustehenden subjektiven Rechte, die vermögensrechtlicher Art sind und „auf Mitverwaltung zielende Teilrechte und –pflichten“ Rechtsgegenstand sind.¹⁴¹⁾ Dies ist allerdings wenig trennscharf und macht auch nicht deutlich, was den Unterschied zu mittelbar beteiligten Quasi-Gesellschaftern ausmacht.

Im Personengesellschaftsrecht gilt nicht die im Aktienrecht geltende Unterscheidung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, sondern – sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes regelt – es ist die Unwirksamkeit von Beschlüssen durch Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter geltend zu machen, wobei der BGH nicht iudiziert hat, daß nur stimmberechtigte Mitgesellschafter oder gar nur die Gesellschafter passivlegitimiert sind, die für oder gegen einen Beschluss votiert haben.¹⁴²⁾

Wurde dagegen beschlossen, einen Gesellschafter auszuschließen, dann ist ein solcher Beschluss für diesen wiederum mit der Feststellungsklage auf Unwirksamkeit eines solchen Beschlusses anzugreifen, wobei in einem solchen Fall aber nicht die Gesellschafter sondern die Gesellschaft passivlegitimiert ist, wenn dies im Gesellschaftsvertrag so vorgegeben ist.¹⁴³⁾

138) BGH 12.11.2009 – III ZR 113/09, WM 2010, 72 Rdn. 13; BGH 05.05.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rdn. 22; BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, WM 2011, 897 Rdn. 23; *Wagner* WM 2010, 1684, 1686; *Wagner* NZG 2011, 489, 492. – Zur Rechtslage des Verjährungsrechts betr. Freistellungsansprüchen aus der Zeit vor BGH 12.11.2009 – III ZR 113/09, WM 2010, 72 Rdn. 13 siehe zusammenfassend *Link* BB 2012, 856 f.

139) BGH 12.11.2009 – III ZR 113/09, WM 2010, 72 Rdn. 15; *Wagner* NZG 2011, 489, 492. – *Link* BB 2012, 856, 857 f. zum streitigen Meinungsstand im Fachschrifttum.

140) *Westermann* NZG 2012, 1121

141) *Westermann* NZG 2012, 1121, 1122

142) BGH 01.03.2011 – II ZR 83/09, NZG 2011, 544 Rdn. 19; *Westermann* NZG 2012, 1121, 1123

143) BGH 17.07.2006 – II ZR 242/04, NZG 2006, 703 Rdn. 14; *Westermann* NZG 2012, 1121, 1123

Besteht Streit über das Bestehen einer Mitgliedschaft, ob also eine Person Gesellschafter geworden ist oder es noch ist, so ist ein Rechtsstreit darüber zwischen den Gesellschaftern per Feststellungsklage zu klären, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag die Aktiv- bzw. Passivlegitimation der Gesellschaft geregelt ist. Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Gesellschaft dann, wenn sie im Gesellschaftsvertrag nicht angesprochen ist, bei der Klärung von Mitgliedschaftsverhältnissen Prozessstandschafterin sein kann.¹⁴⁴⁾

Da jede Publikumpersonengesellschaft einmal notleidend werden kann, empfiehlt es sich, gesellschaftsvertragliche Regelungen zum Rechtsschutzsystem gesellschaftsinterner Streitigkeiten vorzusehen. Dies Ausführungen von *Westermann*¹⁴⁵⁾ können dazu ein probater Leitfaden sein.

144) *Westermann* NZG 2012, 1121, 1127

145) *Westermann* NZG 2012, 1121