

Notleidender geschlossener Immobilienfonds: Inhalt und Umfang der quotalen Gesellschafterhaftung

Rechtsanwalt Wolfgang Barchewitz

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der quotalen Haftung der Gesellschafter von notleidenden geschlossenen Immobilienfonds in der Form von Publikumsgesellschaften, bei denen die Publikumsgesellschaft primäre Schuldnerin des Bankkredites ist. Angesichts mehrerer anhängiger Revisionsverfahren ist die Problematik zur Zeit sehr aktuell.

I. Wirtschaftliche Ausgangssituation

1. Die quotale Haftung

Geschlossene Immobilienfonds stellen in der Regel Publikumsgesellschaften in der äußeren Form der BGB-Gesellschaft oder OHG dar.¹ Die mit dieser Rechtsform eigentlich verbundene gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter (Kapitalanleger) wäre äußerst vertriebschädlich gewesen, weil sich kein vernünftig denkender Anleger auf das unkalkulierbare Risiko der Gesamtschuldnerschaft für die ihm unbekannteten Mitgesellschafter in der Publikumsgesellschaft eingelassen hätte. Das galt und gilt ganz besonders für die Haftung für die hohen Finanzierungskredite, die der Fondsgesellschaft als einheitliches Darlehen eingeräumt wurden.² Es geht nachstehend also nicht um die alternative Finanzierungsmöglichkeit, bei der jeder einzelne Gesellschafter nur seine individuelle Gesellschaftsbeteiligung isoliert finanzierte. Bei der hier interessierenden einheitlichen Gesellschaftsfinanzierung konzertierte die kreditierenden Finanzierungsinstitute den Publikums-Gesellschaftern (=Anleger) die sog. *quotale* Haftung. Diese besagt im Kern, dass der einzelne Gesellschafter – insoweit in Abweichung von gesetzlichen Leitbild (vgl. § 128 HGB) – für die Gesellschaftsschuld nicht in voller Höhe, sondern nur in Höhe eines Anteils (= Quote) haftet, der seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen entspricht.³

Viele der so finanzierten Immobilienfonds sind mittlerweile notleidend. Aus steuerlichen Gründen befinden sich die Objekte schwerpunktmäßig im wiedervereinigten Berlin. Die Probleme dort werden tendenziell noch zunehmen, da nicht damit zu rechnen ist, dass die sog. öffentliche Ausschussförderung bewilligt wird.⁴ Das bedeutet, dass sich nach Wegfall der allmählich auslaufenden öffentlichen Subventionen bei den Fondsobjekten die Liquiditäts- und Ertragsituation ein weiteres Mal verschlechtern wird. Demgemäß wird auch das Haftungsrisiko der Anleger steigen. Vor diesem Hintergrund nehmen die rechtlichen Auseinandersetzungen über den Umfang der *quotalen* Gesellschafterhaftung markant zu.

Es handelt sich um eine Auseinandersetzung zwischen den Finanzierungsinstituten einerseits und den Anlegern andererseits, bei der es letztlich um die wesentliche Frage geht, wer in welchem Umfang das Risiko trägt, dass die verpfändete Fondsimmoblie einen geringeren Erlös als erwartet bringt und/oder einzelne Gesellschafter insolvent werden. Die Rechtsprechung der OLG ist divergierend; mehrere Revisionen liegen dem BGH vor.⁵

2. Typische Vertragsvereinbarung

Auf erstes Ansehen überrascht der festgestellte Befund. Sollte man doch annehmen, dass der konkrete Betrag, für den der einzelne Anleger haftet, leicht anhand eines Prozentsatzes ermittelt werden kann, was nicht Streit-

anfällig sein sollte. Insofern muss man sich die Formulierungen vor Augen führen, mit denen typischerweise die *quotale* Haftung der Anleger vereinbart wurden.⁶ Als typisch kann folgende Formulierung in einem Darlehensvertrag gelten:

„Soweit die Gesellschafter (Ergänzung des Verfassers: gemeint sind überwiegend die künftigen, im Augenblick des Abschlusses des Darlehensvertrages mit der Publikumsgesellschaft noch unbekannteten Zeichner des Fonds) nach Prüfung der Bank als Darlehensnehmer in Frage kommen, wird die Bank ... mit diesen Gesellschaftern einen neuen Darlehensvertrag schließen, nach dem die Haftung jedes Darlehensnehmers für den Darlehensbetrag nebst Zinsen und für die Kosten auf einen Anteil, der der Quote seiner Beteiligung entspricht, beschränkt ist“. Entsprechende Formulierungen enthält der zeitlich früher abgeschlossene Gesellschaftsvertrag der Publikumsgesellschaft. Später wurde der vorstehende Darlehensvertrag häufig „ergänzt“, nachdem die konkreten Anleger für den Fonds akquiriert worden waren und die Bank diese als geeignete Schuldner zugelassen hatte. Dabei wurde dann jedem Anleger (der dabei nicht selbst handelte, sondern i.d.R. durch die Initiatoren vertreten wurde) häufig nicht nur eine prozentuale Haftungsquote, sondern ein konkreter numerischer Haftbetrag zugeordnet (jeweils berechnet aus dem ursprünglichen Nominalkapital, dem *Damnum*, aus den summierten Zinsen der gesamten Zinsbindungsperiode sowie aus dem gesamten Betrag aller Zahlungspflichten (vgl. heute § 492 I Ziff. 2 BGB). Bei längeren Zinsbindungsfristen und einem hohen *Damnum* (aus steuerlichen Gründen der Regelfall) macht die Summe der so errechneten Haftbeträge von Anfang an rund das Doppelte des Darlehensnominalkapitals aus.

3. Unterschiedliche Haftungsauffassungen

Das ist der Hintergrund, vor dem sich die Geister scheiden und der Streit entsteht. Denn viele Kreditinstitute stehen auf dem Standpunkt, dass jeder Anleger solange in Höhe des ihm anfänglich zugerechneten numerischen Haftbetrages in Anspruch genommen werden kann, als die von der Gesellschaft geschuldete (Rest) Verbindlichkeit mindestens gleich hoch wie der jeweilige (ursprüng-

▷ Der Autor ist selbständiger Rechtsanwalt und schwerpunktmäßig auf dem Gebiet des Immobilien(finanzierungs/ voll streckungs)rechts tätig; www.rechtsanwalt-barchewitz.de

1 *Sprau* in Palandt/BGB, 68. Aufl. 2009, § 705 BGB Rz. 47 m.w.N.

2 Dazu BGH v. 25.10.2005 – XI ZR 402/03, MDR 2006, 461 = WM 2006, 179; v. 17.6.2008 – XI ZR 112/07, MDR 2008, 1050 = DB 2008, 1619.

3 *Lehleiter/Hoppe*, BKR 2008, 324.

4 Vgl. hierzu FTD v. 16.9.2009, S. 29.

5 Eher bankenfreundlich: 24. Senat KG v. 12.11.2008 – 24 U 102/07, juris; Revision bei BGH: – XI ZR 3/09; eher Anlegerfreundlich: 4. Senat KG v. 11.11.2008 – 4 U 12/07, juris = NZG 2009, 299; Revisionsverfahren unter – XI ZR 365/08; 23. Senat OLG Frankfurt v. 25.2.2009 – 23 U 18/07, juris = ZfIR 2009, 665.

6 Zur quotalen Haftungsbeschränkung reicht nach überwiegender Auffassung bei der Publikumsgesellschaft bereits die Aufnahme entsprechender Formulierungen in den Gesellschaftsvertrag und/oder in die Beitrittsvollmacht (vgl. *Gummert* in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechtes, 2. Aufl. 2004; Kap. 18 Rz. 80; Palandt/*Sprau*, § 714 BGB Rz. 18)

Notleidender geschlossener Immobilienfonds

liche) Haftbetrag des verklagten Gesellschafters ist.⁷ Erst wenn die Gesellschaftsschuld unter dem jeweiligen individuellen Haftbetrag liege, ermäßige sich dieser.⁸ Im Gegensatz dazu steht die Anlegerauffassung, wonach die geschuldete *quotale* Haftung nicht statisch ist, sondern sich im proportionalen Gleichschritt mit der Verbindlichkeit der Gesellschaft verringert. Am deutlichsten werden die Unterschiede an einem Beispiel:

- Fonds GbR A/B/C/D mit quotaler Haftung
- A haftet zu 40 %/ B zu 33,33 %/ C zu 20 %/ D zu 6,66 %
- Nominalkapital Darlehen: 1,2 Mio. €
- Summe sonstiger Verbindlichkeiten aus Darlehen während Zinsbindungsphase: 1,2 Mio. € (Zinsen etc)
- Also Gesamtbetrag: 2,4 Mio. €

Variante 1: Haftungssituation zu Beginn des Kreditverhältnisses – Tag der Vollvalutierung/keine Rückstände

Tabelle 1

Auffassung	Verbindlichkeit in T€					
	Gesellschaft	A= 40 %	B= 33,33 %	C= 20 %	D= 6,66 %	Summe
Bank	1.200	960	800	480	160	2.400
Anleger	1.200	480	400	240	80	1.200

Variante 2: Zunächst wird der Kredit von der Gesellschaft ordnungsgemäß bedient und zu 60 % getilgt. Es bestehen aber aktuelle Zinsrückstände von T€ 120; aktuelle Gesellschaftsschuld also T€ 600.

Tabelle 2

Auffassung	Verbindlichkeit in T€					
	Gesellschaft	A= 40 %	B= 33,33 %	C= 20 %	D= 6,66 %	Summe
Bank	600	600	600	480	160	1.840
Anleger	600	240	200	120	40	600

Variante 3: Wie Variante 2, aber Gesellschaft verkauft die der Bank verpfändete Immobilie; Bank erhält den Erlös von T€ 500 und verrechnet diesen mit der Gesellschaftsschuld.⁹

Tabelle 3

Auffassung	Verbindlichkeit in T€					
	Gesellschaft	A= 40 %	B= 33,33 %	C= 20 %	D= 6,66 %	Summe
Bank	500	500	500	400	133,33	2.033,33
Anleger	500	200	166,67	100	33,33	1.000

⁷ Zu den Auswirkungen von Zahlungen anderer Gesellschafter – nicht der Gesellschaft selbst – auf die Gesellschafterhaftung – s. unten II. 4.

⁸ Vgl. *Lehleiter/Hoppe*, Fn. 3, S. 326 m.w.N.

⁹ Tatsächlich führen die Banken deswegen i.d.R. die dingliche Verwertung möglichst spät durch, um die Gesellschaftsschuld möglichst lange hoch zu halten; alternativ wird der dingliche Erlös noch nicht verrechnet, sondern auf ein Sicherheitenerlöskonto gestellt; nach ihrer eigenen Auffassung ist die Bank zu einer Verrechnung nicht verpflichtet.

¹⁰ So im Ergebnis mittlerweile auch *Wagner*, ZfIR 2009, 728 ff.; bs S. 731.

¹¹ BGH v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 224 ff. = MDR 1997, 555 = DB 1997, 869 ff.

¹² Zur typischen Formulierung der quotalen Haftung s. oben I. 2.; Vgl. auch OLG Frankfurt, s. Fn. 5 unter dortigem Abschnitt III.

¹³ *Lehleiter/Hoppe*, s. Fn. 3.

Bank	100	100	100	100	100	400
Anleger	100	40	33,33	20	6,66	100

Besonders Variante 3 verdeutlicht die markanten wirtschaftlichen Folgen der divergierenden Auffassungen:

Tabelle 4

Auffassung	Verhältnis \sum Sicherheit/ Gesicherte Forderung	Abbildung Haftungsquote an Gesellschaftsschuld	„Pascha-Stellung“ Gläubiger wie bei Gesamtschuld	Insolvenz-Risiko einzelner Gesellschafter bei
Bank	400 % (je mehr Gesellschafter desto höher)	Nein	Ja	Anderen Anlegern
Anleger	100 %	ja	Nein	Bank

II. Problemlösung

Aus folgenden Gründen muss das Problem im Sinne der Anlegerauffassung und gegen die Bankenmeinung gelöst werden. Bei den üblichen Formulierungen der quotalen Haftung ermäßigen Zahlungen der Gesellschaft die Bemessungsgrundlage für die Errechnung des jeweils vom konkreten Anleger geschuldeten Haftungsbetrages.¹⁰

1. Keine entstehende BGH-Entscheidung

Das von der Gegenmeinung herangezogene Urteil des BGH v. 16.12.1996 – II ZR 242/95¹¹ – steht nicht entgegen. Denn dort wurde über einen anderen Sachverhalt entschieden. Anders als beim heutigen Regelfall¹² war im damaligen Fall die Gesellschaftsschuld von Anfang an höher als die Summe der Haftbeträge der Gesellschafter – es gab also freie, durch eine quotale Gesellschafterhaftung *nicht gesicherte* freie Spitzen. Bei dieser Konstellation ist es nachvollziehbar, Gesellschaftszahlungen vorab auf diese freien Spitzen zu verrechnen mit der weiteren Folge, dass dann natürlich zunächst der geringere Sockelbetrag der Gesellschaftsschuld, der (nur) durch die Gesellschafterhaftung unterlegt war, unberührt blieb – m.a.W: Bei *dieser* Konstellation wird die Bemessungsgrundlage zur Errechnung des konkreten Haftungsbetrages des einzelnen Anlegers durch die (*ersten*) Zahlungen der Gesellschaft nicht abgesenkt.

2. Privilegierung der Gesellschafter

Die lediglich quotale Haftung der Fonds-Gesellschafter soll diese – in Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 128 HGB – privilegieren. Diese Privilegierung stellt sich als eine Haftungsbegrenzung im Wege einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung dar.¹³ Diese Vereinbarung ist anhand der üblichen Verfahren und Regeln auszulegen. Danach gilt das als vereinbart, was der objektive Gesellschafter nach Treu und Glauben unter *quotaler* Haftung verstehen durfte.

Auszugehen ist vom Wortlaut. Mit dem Wortlaut ist die Auslegung der Gegenmeinung nicht vereinbar. Denn unter „Quote“ oder „Anteil“ an einer Bemessungsgrundlage versteht man landläufig keinen statischen numerischen Höchstbetrag, sondern einen der Höhe nach schwankenden Wert, der typischerweise als Prozentsatz dargestellt wird; beispielhaft sei auf die Begriffe der „Arbeitslosenquote“ oder der „Einschaltquote“ verwiesen. Die Quote drückt das Verhältnis von zwei Werten aus, von denen einer konstant und einer variabel ist. Da hier die kapitalmäßige Beteiligung des einzelnen Anlegers

Notleidender geschlossener Immobilienfonds

konstant ist, kann die Variable nur die in der Höhe schwankende Gesellschaftsschuld sein.

Die *quotale* Haftungsbegrenzung sollte erkennbar den „Publikums-Gesellschafter“ im Vergleich zum klassischen Personengesellschafter privilegieren. Mit diesem Zweck ist die Auffassung des statischen Haftungsbetrages, der durch Gesellschaftszahlungen solange unberührt bleibt, wie die Gesellschaftsschuld mindestens gleich hoch wie der jeweilige individuelle Haftungsbetrages ist, nicht vereinbar. Das ergibt sich bereits aus folgender Überlegung: Wie dargelegt, soll sich die Bemessungsgrundlage zur Ermittlung des individuellen Haftbetrages aus dem „Gesamtkreditbetrag“ errechnen.¹⁴ Dieser erreicht i.d.R. 200 % des Darlehensnominalkapitals. Das führt dazu, dass ein Gesellschafter, der zu lediglich 50 % an der Gesellschaft beteiligt ist, trotz quotaler Haftung von lediglich 50 % am Tag der Darlehensauszahlung *in voller Höhe* für das Nominalkapital haften würde. Im Ergebnis stünde er sich damit schlechter als ein klassischer Personengesellschafter, da dem quotalt haftenden Gesellschafter der Gesamtschuldner – Ausgleich im Innenverhältnis verwehrt ist.¹⁵

Die quotale Haftung im Sinne der Gegenmeinung auszulegen, bedeutet eine Pervertierung deren Zweckes. Denn die Gegenmeinung versteht die quotale Haftung im Sinne einer garanti gleichen statischen Höchstbetragshaftung, die sich erst dann reduziert, wenn der individuelle Haftungsbetrag höher als die aktuelle Gesellschaftsschuld ist. Dieses heutige Verständnis erscheint gekünstelt und konnte und brauchte auch von einem objektiven Publikumsge-sellschafter so nicht verstanden werden.¹⁶

3. Kontrollüberlegung

Folgende Kontrollüberlegung bestätigt das Verdikt über die Gegenmeinung: Die Kreditinstitute haben die oben beispielhaft beschriebene Formulierung über die quotale Haftung¹⁷ in einer Vielzahl von Kreditverträgen bzw. deren späteren „Ergänzungen“ verwandt. Diese Formulierungen mussten mit den Regelungen über die quotale Haftung in den Gesellschaftsverträgen der Publikums-gesellschaft sowie den Beitritts- und/oder Vollmachten-erklärungen der Anleger übereinstimmen. Ein individuelles Aushandeln zwischen dem Kreditinstitut einerseits und den Vertretern des Fonds andererseits fand nicht statt. Die Formulierungen stellen also Allgemeine Geschäftsbedingungen dar; das Kreditinstitut war Verwender (§ 305 Abs. 1 BGB). Insoweit spielt die Gegenseite mit dem Feuer, wenn sie auf ihrer Auffassung beharrt. Denn sie läuft Gefahr, dadurch *sämtliche* Haftungsansprüche gegen die Gesellschafter zu verlieren. Wie dargestellt, wird die quotale Haftung im Sinne einer garanti-ähnlichen Höchstbetragshaftung verstanden, wobei Schuldkomponenten, die die Gesellschaft unstreitig bezahlt hat (z.B. Darlehen/Bereitstellungszinsen/Zinsen etc.) vorab in die Bemessungsgrundlage einbezogen und so zur Ermittlung des individuell geschuldeten Höchstbetrages mit herangezogen werden. Für Allgemeine Geschäftsbedingungen gilt das Transparenzgebot (ehemals § 9 AGBG; jetzt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Zur Transparenz gerade einer garanti(ähnlichen) AGB-Regelung hat der BGH ausgeführt:¹⁸

„Treu und Glauben verpflichten die Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen, damit diese sich bei Vertragsschluss hinreichend über die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen klar werden können. Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Dieses verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass einer-

seits für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Andererseits soll der Vertragspartner ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird. Eine Klausel genügt dem Bestimmungsgebot nur dann, wenn sie im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreibt ... (folgen Rechtsprechungsnachweise). Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.“

Den so beschriebenen Transparenzanforderungen wird die mittlerweile von der Gegenmeinung vertretene Auslegung der quotalen Haftung nicht gerecht, so dass diese an der Hürde der erforderlichen Transparenz scheitert.¹⁹ Damit stellt sich die Frage, welche Folge die Intransparenz hat. Nach § 306 Abs. 2 BGB richtet sich der Inhalt des Vertrages alsdann nach den gesetzlichen Vorschriften.

a) Fehlende gesetzliche Regelung

Unmittelbar anwendbare gesetzliche Vorschriften über die Haftung der Publikumsge-sellschafter fehlen. Mit Recht wird darauf verwiesen, dass die Verfassung dieser Gesellschaftsform eher der des nicht rechtsfähigen Vereins entspricht, da der einzelne Publikumsge-sellschafter keinerlei Einfluss auf die Gesellschafterstruktur hat und seine Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gesellschaft als solche im Übrigen minimal sind.²⁰ Abgesehen davon wäre es sicherlich falsch, den Publikumsge-sellschafter strenger als den klassischen Kommanditisten haften zu lassen. Dessen Haftung ist ausgeschlossen, sobald er seine Einlage geleistet hat. Diese Voraussetzung ist bei den Fonds-Anlegern i.d.R. mehr als erfüllt. Denn sie wären längst aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden, wenn sie die versprochene Eigenkapitalzahlung nicht in die Gesellschaftskasse geleistet hätten; zudem haben sie meistens im Rahmen von (gescheiterten) Sanierungs-bemühungen weitere Zahlungen an die Gesellschaft geleistet. Vor diesem Hintergrund führt die Auslegung der quotalen Haftung durch die Gegenmeinung als Folge der damit verbundenen Intransparenz zu einem *völligen Wegfall* der persönlichen Gesellschafterhaftung all der Anleger, die ihre Einlage erbracht haben.²¹

14 Siehe oben unter I. 2.

15 OLG Frankfurt, s.Fn.5; für die vergleichbare Situation bei § 10 Abs.8 WEG: Wenzel in Bärmann, WEG, 10.Aufl. 2008, § 10 Rz. 338 ff.

16 In aller Regel findet sich diese Regelung auch in dem vollstreckbaren Schuldanerkenntnis der Gesellschafter. Es ist naheliegend, dass die Banken ursprünglich auf dieser Formulierung bestanden haben, um eine mathematisch bestimmte und damit vollstreckungsfähige Definition der persönlichen Haftung des einzelnen Gesellschafters zu erhalten – nicht aber um dadurch – wie heute vorgetragen – eine statische Höchstbetragshaftung im beschriebenen Sinne zu begründen.

17 Siehe oben unter I. 2.

18 Vgl. BGH v. 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996; v. 30.8.2008 – IV ZR 241/04, MDR 2008, 858 = juris.

19 Die mangelhafte Transparenz äußert sich rein tatsächlich übrigens in konkreten Rechtsstreitigkeiten i.d.R. in dem Umstand, dass die Kreditinstitute mehrere Anläufe mit unterschiedlichen rechnerischen Ergebnissen starten müssen, bis sie die nach ihrer Auffassung „richtigen“ Haftbeträge für jeden Gesellschafter errechnen haben.

20 BGH v. 21.12.2002 – II ZR 2/00, BGHZ 150, 1 ff. = MDR 2002, 766; Ulmer in ZIP 2005, 1346; auch Palandt/Sprau, § 714 BGB Rz. 18: Annäherung an Kommanditgesellschaft; ähnlich Ulmer/Schäfer in MünchKomm/BGB, 5. Aufl. 2009, § 714 Rz. 64 ff.

21 Den denkbaren Einwand der Gegenseite, die Intransparenz führe zum Wiederaufleben der uneingeschränkten Haftung des Gesellschafters gem. § 128 HGB analog, ist § 306 Abs. 3 BGB entgegenzuhalten. Eine derartige „Prämierung“ der Intransparenz kann es nicht geben.

Notleidender geschlossener Immobilienfonds

b) Auslegungskriterien des BGH

In der Entscheidung v. 26.10.2005 – VIII ZR 48/05²² – stellt der BGH stark auf den Gedanken ab, „dass ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschafter, wegen einer intransparenten Garantierklärung von jedweder Haftung frei zu werden, nicht anzuerkennen sei“ (Rz. 36 Umdruck). In diesem Sinne kann man zu einer wirksamen Vereinbarung der quotalen Haftung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen kommen, wenn man diese – ungekünstelt und am Wortlaut orientiert – ausgehend von den Erkenntnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsanlegers so versteht,²³ dass dessen quotale Haftung nicht starr ist, sondern sich mit schwankenden Ergebnissen aus der jeweiligen Restschuld der Gesellschaft (inklusive Zinsen und Kosten) durch Multiplikation mit dessen Haftungsquote errechnet. Die schuldrechtliche Verpflichtungsfreiheit hätte es unstreitig zugelassen, der quotalen Haftung den von der Gegenmeinung heute reklamierten weitergehenden Umfang zu geben.²⁴ Dann hätte man das aber von Anfang an klar und deutlich vereinbaren müssen.

4. Sicherungscharakter der quotalen Haftung

Dieses – naheliegende – Zwischenergebnis hinsichtlich der eingeschränkten quotalen Haftung wird durch folgende Überlegungen untermauert:

In seiner Entscheidung vom 16.12.1996²⁵ stellt der BGH stark auf den *Sicherungscharakter* der quotalen Haftung der Gesellschafter ab. Wie im obigen Beispiel in Tabelle 3 gezeigt, potenziert sich die Absicherung des Kreditinstitutes im Laufe der Zeit. Je stärker die Gesellschaft das Darlehen getilgt hat, desto größer wird die Wahrscheinlichkeit, dass nicht nur Gesellschafter mit einer großen, sondern auch der Gesellschafter mit der geringsten Beteiligungsquote für die Restverbindlichkeit der Gesellschaft *in voller Höhe* haftet. Da die Fondsgesellschaften häufig mehrere Hundert Gesellschafter haben, wächst das Sicherheitsvolumen der Bank nach und nach auf ein Vielfaches der von der Gesellschaft geschuldeten Restverbindlichkeit an. Damit stellt sich das Problem der nachträglichen Übersicherung des Kreditinstitutes.²⁶ Dem Gesellschafter als „Sicherungsgeber“ der im Sinne der Gegenmeinung nicht akzessorischen, garantieähnlichen quotalen Haftung steht ein (anteiliger) Freigabeanspruch gegen das Kreditinstitut zu. Diesen Freigabeanspruch kann er gegen die Haftungsklage geltend machen. Das führt dazu, dass er nur in Höhe seiner

Quote multipliziert mit der aktuellen Restverbindlichkeit der Gesellschaft haftet.

Die Gegenmeinung ist unvereinbar mit den Grundregeln über die Gesamtschuld. Es dürfte mittlerweile unstreitig sein, dass die quotale haftenden Anleger teilschuldnerisch haften – mit der Folge, dass Zahlungen einzelner Gesellschafter an den Gläubiger zwar die Verbindlichkeit der Gesellschaft entsprechend reduzieren – nicht aber zu einer (anteiligen) Haftungsfreistellung der anderen Gesellschafter führen, deren Zahlungen noch ausstehen. Ein Gesamtschuldausgleich zwischen den Gesellschaftern findet nicht statt.²⁷ Gleichwohl gesteht die Gegenmeinung dem Gläubiger im Endergebnis die „Pascha-Stellung“ zu, die ihm nur zustünde, wenn die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften würden. Die „Pascha-Stellung“ des Gläubigers steigt überproportional in dem Maße, wie die Gesellschaftsschuld sinkt. Die als Privileg gedachte quotale teilschuldnerische Gesellschafterhaftung „mutiert“ unzulässig in eine gesamtschuldnerische Haftung ohne Möglichkeit des Innenausgleichs.²⁸ Das bedeutet m.a.W., dass der Gläubiger darüber entscheiden kann, welcher Gesellschafter – auch im Innenverhältnis – endgültig für die Erfüllung der Verbindlichkeit einzustehen hat. Diese Befugnis sieht das Gesetz aber nicht vor.²⁹

An anderer Stelle beruht die quotale Haftung nicht auf vertraglicher Vereinbarung, sondern auf gesetzlicher Normierung. Beispielhaft sei auf § 507 Abs. 1 HGB sowie auf § 10 Abs. 8 WEG n.F. verwiesen. Die Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 8 WEG n.F. weist darauf hin, dass der jeweilige Vertragspartner (vorliegend: das Kreditinstitut) seine Rechte sehr viel leichter sicherstellen kann als das einzelne Mitglied der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.³⁰ Bei der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wollte der Gesetzgeber also offensichtlich den übrigen Wohnungsinhabern im Falle des § 10 Abs. 8 WEG nicht das Insolvenz-Risiko anderer Wohnungseigentümer auferlegen. Dann muss das auch bei der quotalen Haftung der Fonds-Gesellschafter gelten. In diesem Sinne geht die WEG-Literatur wie selbstverständlich davon aus, dass zumindest Zahlungen durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Haftung des einzelnen Wohnungseigentümers anteilig reduzieren.³¹

III. Fazit

Der Begriff der quotalen Haftung ist einheitlich auszulegen. Solange die vertragliche Vereinbarung keinen weitergehenden Inhalt *deutlich* klarstellt, kann der Umfang der quotalen Haftung aus den gesetzlichen Beispielfällen wie etwa § 10 Abs. 8 WEG abgeleitet werden. Dann kommt es nicht darauf an, ob der ursprüngliche, konkrete, individuelle Haftungsbetrag lediglich aus dem ursprünglichen Nominalbetrag des Darlehens oder aus dem i.d.R. doppelt so hohen „Gesamtkreditbetrag“ errechnet wird. Denn diese willkürliche und überraschende Aufblähung der Bemessungsgrundlage bleibt folgenlos. Denn richtigerweise ist der jeweilige konkrete Haftungsbetrag des einzelnen Publikumsgehalters dadurch zu ermitteln, dass seine Haftungsquote mit der *jeweiligen Restschuld* der Gesellschaft multipliziert wird; vorherige Zahlungen der Gesellschaft führen demgemäß zu einer anteiligen Ermäßigung des Haftbetrages des einzelnen Gesellschafters.

22 Siehe oben Fn. 18.

23 Vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 305c BGB Rz. 15 m.w.N.

24 BGH v. 11.11.2008 – XI ZR 468/07, MDR 2009, 152 = DB 2008, 2830; auch OLG Frankfurt, s. Fn. 5.

25 BGH, s. Fn. 11; s. auch *Lehleiter/Hoppe*, s. Fn. 3, S. 327.

26 *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl. 2008, Rz. 361; s. auch *Ganter* in *Schimansky u.a.*, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, § 90 Rz. 349 ff.

27 BGH, s. Fn. 1 sowie *Barchewitz*, MDR 2007, 1177 m.w.N.

28 KG v. 11.11.2008 – 4 U 12/07, s. Fn. 5 unter C.

29 Vgl. OLG Frankfurt, s. Fn. 5 unter III. a.E.; auch *Wenzel*, s. Fn. 15; § 10 Rz. 338 ff.

30 BT-Drucks. 16/887, 65.

31 Palandt/*Bassenge*, § 10 WEG Rz. 36; *Wenzel*, s. Fn. 15, § 10 Rz. 334; Weitergehend *Elzer* in *Ricke-Schmid*, Fachanwaltskommentar zum WEG, 2. Aufl. 2008, § 10 Rz. 491, auch Gesellschafterzahlungen reduzieren die Bemessungsgrundlage.