

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

„Ausbootende“ Sanierung – Treuepflichtverletzung einzelner Gesellschafter eines GbR-Fonds infolge Gründung einer Neu-GbR unter Ausschluss einzelner Gesellschafter der Alt-GbR

Dem von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erhobenen Zahlungsbegehren kann der in Anspruch genommene Schuldner ausnahmsweise einen ihm gegen die Gesellschafter zustehenden Schadensersatzanspruch entgegenhalten, wenn die Berufung der Gesellschaft auf ihre Eigenständigkeit gegen Treu und Glauben verstößt.

(Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 242, 705

HGB §§ 128, 129

BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12 (OLG München, LG München I)¹

Für die Fallbearbeitung und Examensvorbereitung im Bereich des Personengesellschaftsrechts bedeutsam ist zunächst die dem Urteil zugrunde liegende Fallgestaltung – man könnte sie „ausbootende Sanierung“ nennen. Die hierbei sich stellenden Rechtsfragen der persönlichen Haftung von Anlagegesellschaftern eines geschlossenen Fonds, der Treuepflicht und des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Falle einer konkreten „Sanierungschance“ sowie die mögliche Treuwidrigkeit, sich auf die „Eigenständigkeit“ einer GbR (deren Rechtsfähigkeit bekanntlich seit BGHZ 146, 341 anerkannt ist) zu berufen, sind grundlegend für die Dogmatik des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

I. Einleitung

1. Einordnung der Fallgestaltung

Bei der dem Urteil zugrunde liegenden Fallgestaltung geht es um die Sanierung eines in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführten geschlossenen Immobilienfonds, und zwar in der besonderen Variante, dass einzelne Anlagegesellschafter besondere Sanierungskonditionen bei der das Fondsobjekt finanzierenden Bank aushandeln, eine neue GbR („Neu-GbR“) gründen und damit die übrigen Gesellschafter der alten Fondsgesellschaft („Alt-GbR“) von der weiteren Sanierung ausschließen, sich anschließend von der Bank die Darlehensforderung gegen die Alt-GbR abtreten lassen und sowohl die Alt-GbR selbst als auch deren Gesellschafter – soweit sie nicht mit den Gesellschaftern der Neu-GbR identisch sind – aus abgetretenem Recht persönlich in Anspruch nehmen (siehe sogleich näher unter I. 2.). Es handelt sich damit um eine mögliche Folgekonstellation derjenigen Sachverhalte, die dem BGH insbesondere bei seinen Entscheidungen

gen zu den Fällen „Sanieren oder Ausscheiden“ vorgelegen hatten.²

2. Problemstellung

Nicht geringe Bedeutung kommt den vom BGH entschiedenen Rechtsfragen zu, die sich aus dem amtlichen Leitsatz nur unvollkommen ablesen lassen. Nur eher am Rande stellt sich die jüngst häufiger diskutierte grundsätzliche Frage, ob und inwieweit der Anlagegesellschafter eines geschlossenen Fonds in der Form der GbR überhaupt im Außenverhältnis für die Verbindlichkeiten des Fonds direkt haftet. Ganz im Zentrum der Entscheidung des BGH steht die Frage einer Treuepflichtverletzung derjenigen Gesellschafter der Alt-GbR, welche die neue GbR gegründet haben, um die Sanierung ohne die übrigen Gesellschafter der Alt-GbR durchzuführen. Zumindest ähnliche Grundsätze könnten herangezogen werden, wie sie im Rahmen der sog. Geschäftschancenlehre jedenfalls bei unternehmenstragenden, erwerbswirtschaftlich tätigen Gesellschaften bürgerlichen Rechts anerkannt sind.³ Neben der weiteren Frage, welchen Inhalt der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Treuepflicht hat – insbesondere wie sich der beklagte Gesellschafter der Alt-GbR verhalten hätte, wenn er von der Gründung der Neu-GbR informiert worden wäre –, beschäftigt den BGH die weitere, für die Streitentscheidung zentrale Frage, ob sich die neue GbR wegen der Treuepflichtverletzung ihrer Gesellschafter auf ihre „Eigenständigkeit“ berufen kann, weil sich nicht sie, sondern nur ihre Gesellschafter einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Geschäftschancen der Alt-GbR ausgesetzt sehen. Nur diese letztere Frage ist im amtlichen Leitsatz berücksichtigt.

II. Sachverhalt

Die Gesellschafter der klagenden Neu-GbR waren zusammen mit dem Beklagten Gesellschafter einer Alt-GbR, die als geschlossener Immobilienfonds ein Grundstück erwarb, um darauf ein Wohnhaus mit Tiefgarage zu bauen und zu vermieten. Der Grundstückserwerb wurde von einer Bank fremdfinanziert. Als die Alt-GbR das Darlehen nicht mehr bedienen konnte und ein Sanierungsversuch daran scheiterte, dass nicht alle Gesellschafter der Alt-GbR – der Beklagte war nicht unter den Säumigen – den erforderlichen anteiligen Betrag auf das vorgesehene Treuhandkonto leisteten, kündigte die Bank das Darlehen. Daraufhin begann eine Gruppe von Gesellschaftern der Alt-GbR unter der Führung eines mit größerem Betrag beteiligten Gesellschafters O neue Sanierungsbemühungen und verhandelten mit der Bank. Diese Gruppe einzelner Gesellschafter der Alt-GbR gründete hierzu – ohne die übrigen Gesellschafter zu informieren – die Neu-GbR, und zwar mit dem gemeinsamen Zweck, die Darlehensforderung der Bank gegen die Alt-GbR anzukaufen, sie gegen die Alt-GbR gerichtlich geltend zu machen und aufgrund des Titels dann im Wege der Zwangsvollstreckung die Immobilie der Alt-GbR zu erwerben sowie später – unter Ausschluss der übrigen Gesellschafter der Alt-GbR – zu nutzen und zu verwalten. Nachdem die Bank ihre Darlehensforderung gegen

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=67063&pos=0&anz=1> (12.5.2014).

² Vgl. insbesondere BGHZ 183, 1.

³ Vgl. zuletzt BGH NJW-RR 2013, 363 = NZG 2013, 216.

die Alt-GbR mit einem erheblichen Preisabschlag (für etwas über 1 Mio. Euro) an die Neu-GbR verkauft hat und auch die Abtretung erklärt wurde, erstritt die Neu-GbR erfolgreich ein Zahlungsurteil gegen die Alt-GbR in Höhe der noch offenen vollen Darlehenssumme (über 2 Mio. Euro). Daneben klagte die Neu-GbR auch gegen die übrigen Gesellschafter der Alt-GbR persönlich auf Zahlung des auf sie jeweils quotale entfallenden Teils der vollen Darlehenssumme, unter anderem auch gegen den Beklagten. Dieses Verfahren führte zu dem besprochenen Urteil des BGH.

III. Kernaussagen des Urteils

1. Keine volle, sondern nur quotale Haftung des Gesellschafters in Höhe des geringeren Forderungskaufpreises

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Den beklagten Gesellschafter der Alt-GbR hält der BGH nur insoweit für persönlich haftbar analog § 128 HGB, als es um seinen Anteil an der – im Verhältnis zur noch offenen Darlehenssumme geringeren – Kaufpreissumme für den Erwerb der Darlehensforderung von der Bank geht. Der BGH will den beklagten Gesellschafter der Alt-GbR damit im Ergebnis so stellen, wie wenn ihm die Gelegenheit gegeben und von ihm auch wahrgenommen worden wäre, sich an der zweiten Sanierungsbemühung zu beteiligen und sich mit dem geringeren Anteil an der „Ablösung“ des Darlehens begnügen zu können.

2. Verletzung der gesellschaftlicher Treuepflicht

Der BGH schließt sich der Beurteilung der Vorinstanz an, die Gesellschafter der Neu-GbR hätten ihre Treuepflicht gegenüber der Alt-GbR und gegenüber ihren Mitgesellschaftern in der Alt-GbR dadurch verletzt, „dass sie nach dem von ihnen verfolgten Sanierungsplan beabsichtigten, den Geschäftsgegenstand der Alt-GbR auf die Neu-GbR zu verlagern, ohne allen Mitgesellschaftern der Alt-GbR Gelegenheit zu geben, sich auf der Grundlage des von ihnen ausgehandelten, weiter reduzierten Ablösebetrags an der Sanierung der Alt-GbR und der Aufbringung des Sanierungsbeitrags zu beteiligen, um sich auf diese Weise auf Kosten der ausgeschlossenen Mitgesellschafter und der Alt-GbR wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen“.⁴ Mit der Geschäftschancenlehre begründet der BGH die Treuepflichtverletzung ausdrücklich nicht, weil es hier nicht um eine der Alt-GbR zugeordnete Geschäftschance, sondern „um ihr weiteres Bestehen“ gehe.⁵ Dem klägerischen Einwand, dass die Geschäftschancenlehre nur für den geschäftsführenden Gesellschafter und nicht auch für Anlagegesellschafter gelte, weicht der BGH aus, indem er darauf verweist, dass das Berufungsgericht sich nicht auf die Geschäftschancenlehre gestützt habe.⁶

⁴ Zitiert nach dem besprochenen Urteil des BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 14.

⁵ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 14.

⁶ Die Ausführungen des OLG München, Urt. v. 17.4.2012 – 5 U 3526/11 = BeckRS 2012, 09548, Tz. 41 (unter II. 4. b) der Urteilsgründe), wertet der BGH offenbar als nicht tragend für die Entscheidung.

Hier sei von einer Treuepflichtverletzung deshalb auszugehen, weil die Gesellschafterpflicht zur Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen auch gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern gebiete, auf deren Belange „in dem durch den Gesellschaftszweck vorgegebenen mitgliedschaftlichen Bereich“ Rücksicht zu nehmen.⁷ Diese Pflicht hätten die Gesellschafter der Neu-GbR mit ihrem Sanierungsplan und der Gründung der Neu-GbR unter Ausschluss der übrigen Mitgesellschafter der Alt-GbR verletzt. Sie hätten die Mitgesellschafter vielmehr von dem Plan informieren und ihnen die Gelegenheit geben müssen, sich an der Sanierung und der Neu-GbR zu beteiligen. Bereits die Gründung einer neuen Gesellschaft, die denselben Zweck wie die Alt-GbR verfolgt, sei in der Regel treuwidrig, sofern nicht alle Gesellschafter der Alt-GbR zustimmten.⁸ Ob dies anders zu entscheiden sei, wenn sich der beklagte Gesellschafter der Alt-GbR einer Sanierung verschlossen hätte, wird vom BGH offen gelassen. Im vorliegenden Fall hatte sich der Beklagte nämlich an dem ersten Sanierungsversuch durchaus beteiligt. Dass andere Mitgesellschafter der Alt-GbR die bisherigen Sanierungsversuche nicht unterstützt hätten, lasse das Vorgehen der Neu-GbR und ihrer Gesellschafter „nicht in einem mildereren Licht erscheinen“.⁹ Vielmehr habe sich gerade der Initiator der Neu-GbR, Gesellschafter O, an dem ersten Sanierungsversuch nicht mit einer quotalen Zahlung beteiligt.

3. Inhalt des Schadensersatzanspruches

Nur wenige Ausführungen macht der BGH zum Inhalt des Schadens, den der beklagte Gesellschafter wegen der Treuepflichtverletzung derjenigen Mitgesellschafter der Alt-GbR geltend machen könne, welche die Neu-GbR gegründet und die anderen Mitgesellschafter der Alt-GbR von der Sanierung ausgeschlossen haben. Da die Treuepflichtverletzung darin bestehe, dass dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben wurde, sich an dem Ankauf der Darlehensforderung von der Bank mit dem geringeren Ablösebetrag zu beteiligen, sei er so zu stellen, wie er stünde, wenn ihm diese Gelegenheit gegeben worden sei.¹⁰ Von einer Begründung des weiteren hypothetischen Kausalverlaufs, insbesondere Ausführungen zu der Frage, ob der Beklagte diese Gelegenheit auch tatsächlich wahrgenommen hätte, fühlt sich der BGH offenbar angesichts der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts enthoben.¹¹ Jedenfalls komme es nicht darauf an, ob die Sanierung mit allen Gesellschaftern tatsächlich erfolgreich gewesen wäre.¹² Ebenfalls nicht erheblich für die Entscheidung sei die Frage, ob die Bank auch gegenüber der Alt-GbR zu einem ähnlichen Nachlass wie gegenüber der Neu-GbR bereit gewesen wäre.¹³

⁷ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 16, unter Hinweis auf BGH WM 1966, 511.

⁸ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 17.

⁹ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 19.

¹⁰ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 10.

¹¹ Diese Würdigung lediglich berichtend BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 8.

¹² So BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 21.

¹³ Vgl. BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 22.

4. Keine Hinderung der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches analog § 129 Abs. 1 HGB

Schon eingangs seiner Entscheidung befasst sich der BGH mit dem Einwand der klagenden Neu-GbR, der Beklagte sei in Analogie zu § 129 Abs. 1 BGB gehindert, sich auf den Schadensersatzanspruch zu berufen. Diesen Einwand stützt die Klägerin darauf, dass die Alt-GbR rechtskräftig zur Begleichung der vollen Darlehensforderung verurteilt worden sei und der Beklagte daher keine Einwendungen der Alt-GbR mehr geltend machen könne. Der vom Beklagten geltend gemachte Schadensersatzanspruch beruht nach Auffassung des BGH jedoch auf einer Verletzung einer Treuepflicht, die ihm selbst gegenüber besteht, nicht etwa um eine Treuepflicht gegenüber der Alt-GbR. Mit Einwendungen, die in seiner Person begründet sind, ist der Gesellschafter nach dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 HGB nicht ausgeschlossen.

5. Keine Hinderung der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen der „Eigenständigkeit“ der GbR

Zwar sei die Neu-GbR „als Gesamthand“ ein „eigenes Zuordnungssubjekt, das rechtsfähig ist und grundsätzlich am Rechtsverkehr teilnehmen kann“. ¹⁴ Die Treuepflichtverletzung ihrer Gesellschafter sei der Neu-GbR also grundsätzlich nicht „anzulasten“. Doch würden schon für eine GmbH Ausnahmen vom Trennungsgrundsatz gemacht, wenn die Berufung auf die Unterschiedlichkeit von GmbH und Gesellschaftern treuwidrig sei. Für eine GbR, die „anders als die GmbH kein gegenüber ihren Gesellschaftern völlig verselbständigtes Rechtsobjekt ist“, gelte „nichts anderes“. ¹⁵ Es sei hier deshalb gerechtfertigt, der Neu-GbR die Berufung auf ihre „Eigenständigkeit“ ausnahmsweise wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben zu nehmen, weil schon die Gründung der Neu-GbR auf einem grob treupflichtwidrigen Verhalten ihrer Gesellschafter beruhe, die Ansprüche untrennbar zusammenhängen und der Neu-GbR ausschließlich solche Gesellschafter angehören, denen eine Treuepflichtverletzung gegenüber dem Beklagten vorzuwerfen sei.

IV. Würdigung

1. Direkte Haftung von Anlagegesellschaftern einer GbR?

Ausweislich des in der Entscheidung mitgeteilten Sachverhalts hatte der beklagte Gesellschafter der Alt-GbR gegenüber der finanzierenden Bank die persönliche Haftung in Höhe seiner Beteiligungsquote „für den aus der Grundschild geschuldeten Betrag“ übernommen, der allerdings niedriger war als der Anteil an der vollen Darlehenssumme. ¹⁶ Überdies sah der Gesellschaftsvertrag eine quotale Mithaftung der Gesellschafter für die von der Alt-GbR geschlossenen Verträge vor. ¹⁷ Ob dies im Darlehensvertrag auch so vereinbart wurde,

ist dem mitgeteilten Sachverhalt nicht zu entnehmen. Dass sich der beklagte Gesellschafter schon 1990, also noch vor der Rechtsprechungswende durch BGHZ 142, 315 und BGHZ 146, 341 an der Alt-GbR beteiligt hatte und deshalb aus Vertrauensschutzgründen auf die Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag auch ohne Aufnahme in den Darlehensvertrag hätte berufen können, ¹⁸ wurde hier nicht relevant, weil die Neu-GbR den beklagten Gesellschafter der Alt-GbR ohnehin nur quotale in Anspruch genommen hat. Auf die weitere – höchst umstrittene – Frage, ob im Hintergrund bleibende Anlagegesellschafter einer Fondsgesellschaft aus „institutionellen“ Gründen, also unabhängig von einer vertraglichen Haftungsbeschränkung (auf deren Durchsetzung sie typischerweise keinen Einfluss haben) von der persönlichen Haftung für Fondsverbindlichkeiten ausgenommen sind, ¹⁹ geht der BGH nicht ein. Auf sie wäre es auch nur dann angekommen, wenn der Gesellschaftsvertrag der Alt-GbR nicht die Regelung enthalten hätte, dass ihre Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft persönlich (nur, aber immerhin) quotale haften.

2. Gegenanspruch wegen Treuepflichtverletzung der Gesellschafter der Neu-GbR

a) Exakte Bestimmung der Treuepflicht und des Pflichtverletzungstatbestandes

Die „Musik“ spielt im entschiedenen Fall nicht bei der Frage einer persönlichen Haftung des beklagten Anlagegesellschafters für eine Gesellschaftsverbindlichkeit analog § 128 HGB, sondern bei der Frage seines möglichen Gegenanspruchs auf Schadensersatz, und zwar wegen einer Treuepflichtverletzung nicht der klagenden Neu-GbR selbst, sondern ihrer Gesellschafter, die sämtlich auch Gesellschafter der Alt-GbR sind. Klarzustellen ist zunächst, dass es bei der fraglichen Treuepflicht nicht etwa um diejenige Treuepflicht geht, welche die Gesellschafter der Neu-GbR als solche in der Neu-GbR trifft, sondern um diejenige Treuepflicht, die diese Gesellschafter als personenidentische Gesellschafter der Alt-GbR gegenüber ihren übrigen Mitgesellschaftern in der Alt-GbR haben. Auf eine Erörterung des Geltungsgrundes der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht – ob er in einer Ausprägung von § 242 BGB oder in der Zweckförderungspflicht oder aber ganz allgemein im Gesellschaftsvertrag zu sehen ist – soll hier aus Raumgründen verzichtet werden. ²⁰

Nicht hinreichend genau wird vom BGH bestimmt, worin genau die Treuepflichtverletzung liegt, ob in der fehlenden Information der übrigen Mitgesellschafter der Alt-GbR über

¹⁴ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 24, unter Verweis auf BGHZ 146, 341.

¹⁵ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 25.

¹⁶ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 2.

¹⁷ Siehe den mitgeteilten Sachverhalt im vorinstanzlichen Urteil des OLG München v. 17.4.2012 – 5 U 3526/11 = BeckRS 2012, 09548, Tz. 9 (unter I.).

¹⁸ Vgl. dazu BGHZ 150, 1 (5); BGH NZG 2011, 580 (581 Tz. 15).

¹⁹ Vgl. zu dieser letzteren Frage z.B. C. Schäfer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 714 Rn. 62 ff.

²⁰ Vgl. z.B. A. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 17 ff.; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 330 ff.; G. H. Roth/C. Schubert, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 242 Rn. 186; H.P. Westermann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 705 Rn. 49.

die Sanierung, ob in der Gründung der Neu-GbR mit identischem Zweck wie die Alt-GbR oder weil versäumt wurde, den übrigen Mitgesellschaftern der Alt-GbR Gelegenheit zu geben, sich an dem fraglichen Sanierungsversuch mit dem geringeren „Ablösebetrag“ für die Darlehensforderung der Bank oder gar an der Neu-GbR selbst zu beteiligen. Diese letztere Pflicht setzt die Information über diese Sanierung zwingend voraus; die Informationspflicht geht daher in der Pflicht zur Gelegenheitsgewährung auf. Wenn man so weit geht, die Gründung einer Neu-GbR mit teildentischem Gesellschafterkreis und zumindest weitgehend identischem Zweck selbst als treuwidrig anzusehen,²¹ wäre der Inhalt des zu ersetzenden Schadens in diesem Fall nur schwer zu bestimmen, sofern man nicht tatsächlich auf eine „Geschäftschance“ der Alt-GbR abstellen kann.

Um den Inhalt der Treupflicht und die Verletzungshandlung exakter bestimmen zu können, kommt es zunächst auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext an. Allein um die Immobilie zu erwerben und sie anstelle der Alt-GbR zu nutzen und zu verwalten hätte der Neu-GbR die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Alt-GbR und damit ein Zahlungstitel gegen diese genügt; ein zusätzlicher Zahlungstitel gegen die Gesellschafter der Alt-GbR wäre hierfür nicht notwendig gewesen.²² Doch beschränkt sich die Neu-GbR nicht auf den Sanierungsversuch, sondern übernimmt das Darlehensrisiko der Bank und geriert sich insoweit wie ein Dritter, der zum Beispiel als Inkassounternehmen von der Bank die Darlehensforderung gegen einen Abschlag kauft. Eine solche „Geschäftschance“ aus einem Forderungskauf war der Alt-GbR nicht zugeordnet. Anders als einem solchen Drittkäufer kommt es der Neu-GbR aber darauf an, dass sie das Grundstück der Alt-GbR später selbst ersteigert. Das Drittgeschäft dient hier als Instrument zur Sanierung des Immobilienfonds. Um die Ersteigerung des Grundstücks zu ermöglichen und um den Sanierungsbeitrag ihrer Gesellschafter möglichst gering zu halten, benötigt die Neu-GbR weitere Liquidität. Diese möchte sie sich in Gestalt der quotalen Haftungssummen derjenigen Mitgesellschafter holen, die nur an der Alt-GbR und nicht an der Neu-GbR beteiligt sind. Im Gewande des Drittgeschäfts würden diese Gesellschafter der Alt-GbR daher in die Situation gezwungen, die Abwicklung der Alt-GbR und den Verlust des Fondsvermögens zu akzeptieren und ein negatives Auseinandersetzungsguthaben zu zahlen (quotale Haftung für die Darlehensverbindlichkeit abzüglich des bei der Zwangsversteigerung erzielten, voraussichtlich geringeren Erlöses für das Fondsgrundstück).

Es liegt zwar fern, die Treupflichtverletzung in Anlehnung an die Argumentation bei Geschäftschancen darin zu sehen, dass die Neu-GbR die hinter dem Drittgeschäft stehenden „Sanierungschance“ überhaupt wahrgenommen hat. Zweifellos ist diese Sanierungschance aber der Alt-GbR als Gesamt-

hand zugeordnet, weil es um die Sanierung dieser Fondsgesellschaft geht. Die Wahrnehmung und die Ausgestaltung dieser Sanierungschance müssen daher dem Gleichbehandlungsgrundsatz auf der Ebene der Alt-GbR gerecht werden. Durch einen Sanierungsbeschluss aller Gesellschafter der Alt-GbR hätten deshalb einzelne Gesellschafter nicht ohne hinreichenden Grund von vornherein von einer Sanierung ausgeschlossen werden dürfen. Wenn sich wie hier einzelne Gesellschafter darüber im Wege eines ausschließlich der Sanierung dienenden Drittgeschäfts hinwegsetzen, widerspräche dies dem Gleichbehandlungsgrundsatz beim Umgang mit der Sanierungschance. Hätte der Beklagte auf die Klage hin seinen Anteil an der vollen Darlehenssumme gezahlt, würde sich daher eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung realisieren. Es nicht zu dieser Ungleichbehandlung kommen zu lassen, dem Beklagten mithin die Möglichkeit zu geben, sich zu den besseren Konditionen des an die Bank gezahlten „Ablösebetrages“ an der Sanierung zu beteiligen, ist Inhalt der Treupflicht.

b) Inhalt des ersatzfähigen Schadens

Die Ausführungen des BGH und der Vorinstanz zum Schadensinhalt stützen das Gesamtergebnis nur unvollkommen und bedürfen der Ergänzung. Gemäß § 249 Abs. 1 BGB muss der Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der beklagte Gesellschafter der Alt-GbR die Möglichkeit erhalten hätte, sich an der Sanierungschance, d.h. an dem günstigeren Ablösebetrag für den Darlehenskauf von der Bank zu beteiligen. Das vom BGH und der Vorinstanz gefundene Ergebnis, dass der Beklagte nur seinen Anteil an diesem Ablösebetrag an die Neu-GbR zahlen müsse, wäre nur dann dieser herzustellende hypothetische Zustand, wenn bewiesen wäre, dass sich der Beklagte für diese Möglichkeit entschieden, die Bank auch den Beklagten als Vertragspartner des Darlehensforderungskaufs akzeptiert hätte und der Beklagte daraufhin aus seiner persönlichen quotalen Haftung analog § 128 HGB für die volle Darlehenssumme entlassen worden wäre.

Dafür, dass sich der Beklagte für die Sanierungsmöglichkeit entschieden hätte, spricht zwar nicht eine tatsächliche oder rechtliche Vermutung, aber dafür sprechen doch gewichtige Indizien, insbesondere dass sich der Beklagte an einem früheren Sanierungsversuch beteiligt hat und dass sich offenbar der Beklagte mit einer Beteiligung an dem der Bank gezahlten Ablösebetrag immer noch besser stellte als mit einem negativen Auseinandersetzungsguthaben. Es spielt also durchaus eine Rolle, ob die Sanierung für den Beklagten erfolversprechend gewesen wäre, nicht dagegen ob sie insgesamt tatsächlich erfolgreich war.²³ Insbesondere hätte sich der Beklagte nur dann beteiligt, wenn er auch an dem Fondsvermögen nach erfolgreicher Sanierung Teilhabe gehabt hätte; das wäre nur über eine Beteiligung an der Neu-GbR gegangen.²⁴ Vom

²¹ In diese Richtung offenbar BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 17 (a.E.), allerdings mit der Einschränkung, dass dies „regelmäßig“ treuwidrig sei, und später dezidiert in Tz. 26 (dazu unten III. 3.).

²² Vgl. BGHZ 146, 341 (356 Tz. 23 ff., 34); BGH NJW 2004, 3632 (3634 Tz. 20).

²³ So richtig BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 21.

²⁴ Undeutlich insoweit BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 21: „[...] konnte die Rettung [...] auch dadurch erfolgen, dass allen sanierungswilligen Gesellschaftern Gelegenheit gegeben wurde, sich an der Neu-GbR, *zumindest aber an*

hier vertretenen Standpunkt aus wird man hierin allerdings keine unüberwindbare Hürde sehen. Denn begreift man den Beitritt zur Neu-GbR als notwendigen Bestandteil der Sanierungschance, so muss man den Gleichbehandlungsgrundsatz auch hierauf beziehen. Die Gesellschafter der Neu-GbR wären dann verpflichtet gewesen, dem Beklagten auch Gelegenheit zu geben, sich an der Neu-GbR zu beteiligen. In der nach § 249 Abs. 1 BGB erforderlichen hypothetischen Betrachtung und unter Berücksichtigung des oben Gesagten wäre der Beklagte deshalb so zu stellen, wie wenn er der Neu-GbR wirksam beigetreten wäre.

Ferner dürfte es der Bank gleichgültig gewesen sein, wer sich an dem Darlehenskauf auf Käuferseite neben der Neu-GbR oder an dieser beteiligt hätte. Problematischer scheint zu sein, ob der Beklagte tatsächlich aus seiner Haftung analog § 128 HGB entlassen worden wäre. Jedenfalls wenn der Beklagte Gesellschafter der Neu-GbR geworden wäre, hätte die Neu-GbR wie bei allen an ihr beteiligten Gesellschaftern von einer Durchsetzung des Anspruchs aus der abgetretenen Darlehensforderung analog § 128 HGB abgesehen.

Ziel des Schadensersatzanspruches des Beklagten wegen der Treupflichtverletzung ist mithin die Freistellung von der Haftung analog § 128 HGB wegen der anteiligen Zahlung der vollständigen Darlehenssumme Zug-um-Zug gegen anteilige Zahlung des geringeren Ablösebetrages. Diesen Schadensersatzanspruch kann der Beklagte als Einwendung gegen die Klage geltend machen.

Abwegig hat das OLG München im vorinstanzlichen Urteil den Inhalt eines Schadensersatzanspruches des Beklagten wegen Verletzung Treupflicht mit einem etwaigen Anspruch der Gesellschafter der Neu-GbR auf Aufwendungsersatz analog § 110 HGB vermengt.²⁵ Abgesehen davon, dass ein solcher Anspruch nichts mit dem Inhalt des hier erörterten Schadensersatzanspruches zu tun hat, wäre ein solcher Aufwendungsersatzanspruch hier auch abzulehnen. Denn bei dem Ablösebetrag an die Bank handelt es sich um den Kaufpreis für die Darlehensforderung gegen die Alt-GbR, also gerade nicht um die Begleichung einer Gesellschaftsverbindlichkeit der Alt-GbR analog § 128 HGB, für welche analog § 110 HGB Rückgriff bei den Mitgesellschaftern verlangt werden könnte.²⁶

3. Geltendmachung des Gegenanspruchs gegen die Neu-GbR

Wiederum überzeugt nicht die vom BGH gegebene Begründung, sondern nur das Ergebnis, dass der Beklagte seinen Schadensersatzanspruch nicht nur den Gesellschaftern der Neu-GbR, sondern auch dieser selbst entgegenhalten darf. Der Vergleich mit den Fallgruppen, in denen eine Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes nach § 13 Abs. 2 GmbHG anerkannt wird, hinkt nicht nur deshalb, weil die GbR keine

juristische Person ist – was der BGH ausdrücklich anerkennt²⁷ –, sondern auch weil hier Umstände, die einen „Durchgriff“ im GmbH-Recht rechtfertigen würden, offensichtlich nicht vorliegen. Dass die Wahl der Rechtsform für die Neu-GbR rechtsmissbräuchlich wäre, behaupten weder der BGH noch die Vorinstanz.²⁸ Sie stützen sich stattdessen darauf, dass die Berufung der Neu-GbR auf ihre „Eigenständigkeit“ (womit nur die Rechtsfähigkeit gemeint sein kann) gegen Treu und Glauben verstoße, und begründen dies mit drei Argumenten: Erstens beruhe die Gründung der Neu-GbR selbst auf einem „grob treupflichtwidrigem Verhalten ihrer Gesellschafter“.²⁹ Dies ist allerdings zweifelhaft, weil jedenfalls die Gründung einer Neu-GbR mit einer Öffnungsklausel für den Beitritt aller Alt-Gesellschafter kaum treuwidrig gewesen wäre und nicht einsichtig ist, dass dieselbe Pflichtverletzung, die den Schadensersatzanspruch des Beklagten begründet, auch den Durchgriff auf die Neu-GbR selbst rechtfertigen sollte. Zweitens wird argumentiert, die Forderung der Neu-GbR und der Schadensersatzanspruch (des Beklagten) stünden in einem nicht trennbaren Zusammenhang. Es bleibt unklar, worin in diesem Zusammenhang eine Treuwidrigkeit bestehen sollte. Drittens wird angeführt, die Neu-GbR bestehe ausschließlich aus solchen Gesellschaftern, denen ein Treupflichtverstoß zur Last falle.³⁰ Folgte man dem, fiel es für die Neu-GbR leicht, dem „Durchgriff“ dadurch zu entgehen, dass sie andere Gesellschafter aufnimmt, die nicht schon Gesellschafter der Alt-GbR waren.

Mit seinen Formulierungen am Ende von Tz. 25, insbesondere dass die GbR „kein gegenüber ihren Gesellschaftern völlig verselbständigtes Rechtssubjekt“³¹ sei, deutet der BGH an, dass es für den „Zurechnungsdurchgriff“ hier nicht auf die besonderen Voraussetzungen ankommt, wie sie für eine Ausnahme von § 13 Abs. 2 GmbHG gefordert werden, sondern dass die bloße Identität (oder wesentliche Identität) der GbR als Gesamthand mit ihren Gesellschaftern jedenfalls im vorliegenden Fall genügt, dass der Beklagte seinen Schadensersatzanspruch auch der Neu-GbR entgegenhalten kann. Genauer zu untersuchen bleibt an anderer Stelle, inwieweit sich diese scheinbar alte Sicht der Identität von Gesamthand und Gesellschaftern mit der neuen Sicht der Rechtsfähigkeit einer Außen-GbR verträgt.

Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Heidelberg

der Aufbringung des Ablösebetrags gegen Haftungsfreistellung zu beteiligen“ (*Hervorhebung durch den Verf.*).

²⁵ Vgl. OLG München, Urt. v. 17.4.2012 – 5 U 3526/11 = BeckRS 2012, 09548, Tz. 50 (unter II. 4. d).

²⁶ Vgl. das vom OLG München zitierte Urteil des BGH NJW 2011, 2045 (2048 Tz. 40).

²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 24, 25.

²⁸ So ausdrücklich OLG München Urt. v. 17.4.2012 – 5 U 3526/11 = BeckRS 2012, 09548, Tz. 48 (unter II. 4. c).

²⁹ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 26.

³⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 26.

³¹ BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, Tz. 25.