

# Verbraucher und Recht VuR

## Herausgeber:

RA Dr. Friedrich A. Bultmann  
 Prof. Dr. Peter Derleder  
 Prof. Dr. Wolfhard Kohte  
 Prof. Dr. Hans-W. Micklitz  
 Prof. Dr. Udo Reifner  
 Prof. Dr. Hans-P. Schwintowski  
 RA Walter Stillner  
 Prof. Dr. Klaus Tonner

### Besuchen Sie uns im Internet!

Unter <http://www.vur-online.de>  
 finden Sie zusätzliche, aktuelle  
 Informationen rund um das  
 Verbraucherrecht

## Aus dem Inhalt

- Volker Gallandi, GbR und OHG – keine Chance für Kapitalanleger ?  
 Zwei Gesellschaftsformen mit unklarer Zukunft  
 445

### *Recht der Finanzdienstleistungen*

- Altersvorsorge, Riester-Rente, Stornogebührenklausel („Hamburg-Mannheimer“)  
 (LG Hamburg)  
 mit Anmerkung Lars Gatschke 455
- Allgemeine Geschäftsbedingungen, Lastschriftgebühren, Umgehungsversuch  
 (LG Köln) 465

### *Recht der Sonstigen Dienstleistungen*

- vzbv: Krankenversicherung und Gesundheitsleistungen im Ausland 468
- Gewinnzusage, Verfassungsmäßigkeit, Zuständigkeit  
 (OLG Köln)  
 mit Anmerkung Christian Schneider 474

### *Information*

- Verbraucherforschung in Deutschland: Stand und Empfehlungen  
 Veranstaltung des vzbv, 8.10.2003 in Berlin 479

Heft 12  
 Dezember 2003  
 18. Jahrgang



tenschutzrechtlich aber problematisch ist. Grundsätzlich eignet sich der Verkauf an Privatkunden im E-Commerce nur für Bücher, CDs und das Online-Banking. Außerdem ist für große Firmen das Internet wichtig, um jüngere Zielgruppen zu erreichen – verkauft wird aber im realen Laden.

**Online-Auktionen über E-Bay beispielsweise sind ja sehr erfolgreich – ist die Teilnahme auch unter Verbraucherschutzaspekten empfehlenswert?**

E-Bay ist zweifellos der große Gewinner im E-Commerce. Bei kleinen Transaktionen kann man es vertreten, einen Verbrauchervorschuss zu geben, bei einem höheren Preis sollte man vorsichtig sein – die Szene wird immer krimineller. E-Bay versucht alles, um die Sache in den Griff zu bekommen und hat beispielsweise ein gutes Ratingsystem entwickelt, aber auch das kann missbraucht werden. Das Internet-Auktionssystem ist schwer zu handeln – es funktioniert nur, wenn alle mitziehen und Vertrauen in das Netz haben, sonst gibt es weniger Angebote und das Geschäft wird uninteressant. Außerdem steht schärferen Kontrollen und mehr Sicherheit entgegen, dass dies den Verkauf verlangsamen würde und andererseits die Akteure möglichst schnell kaufen und verkaufen wollen.

**Was erwarten Sie von der Gesetzgebung auf Seiten der Bundesregierung und der EU, welche Entwicklungen sehen Sie da?**

Noch steht die Umsetzung der Finanzdienstleistungsrichtlinie in nationales Recht aus, auch bei den 0190er Nummern gibt es spezielle Risiken. Aber ansonsten sind die Regelungen da, die Probleme werden bei der Umsetzung eintreten und müssen durchprozessiert werden.

**Hat der Verbraucher eigentlich die Möglichkeit, sich gegen lästige Werbung im Internet zu wehren?**

In so einem Fall sollte er sich an die Verbraucherschutzverbände wenden. Vor kurzem gab es beispielsweise eine Abmahnung, weil sich auf einer Site zehn Pop-up-Fenster gleichzeitig öffneten, so dass man nichts mehr lesen konnte.

**Geben Sie bezahlten Inhalten und E-Learning eine gute Zukunftsprognose?**

Bei bezahlten Inhalten spielten vor allem Fragen des Urheberrechts eine Rolle, da muss zunächst einmal geklärt werden, welche Rechte der Autor und der Verlag haben. Beim E-Learning sind Plattformen in der Entwicklung, in die beispielsweise Schul Inhalte einstellen können. Das ist aber mit Vorsicht zu genießen, da ist noch vieles ungeklärt.

## Aufsätze

RA Dr. Volker Gallandi, Gorxheimertal bei Weinheim/Bergstraße

### GbR und OHG – keine Chance für Kapitalanleger ?

Zwei Gesellschaftsformen mit unklarer Zukunft

#### 1. Themenstellung

Das Spektrum massenhaft vertriebener sog. Steuersparimmobilien ist weit: Vielen Kapitalanlegern wurden (individuell finanzierte) Immobilien, die dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) unterfallen, verkauft. Andere erhielten Anteile einer Gesellschaft, die wiederum Eigentümerin einer nicht nach WEG aufgeteilten Immobilie war und selbst die Finanzierung aufnahm. Je nachdem, ob es sich bei diesen Anteilen um Beteiligungen an einer KG, einer GbR, einer OHG oder das sog. „Hamburger Modell“<sup>1</sup> handelte, verschärft sich die Haftungsproblematik.

Die Anleger haben nicht nur mit den „üblichen“ Problemen Minderbau und Mindermiete, insolventen Baufirmen und Mietgaranten zu kämpfen, sondern zusätzlich mit der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion, besonders bei OHG und GbR: Die Gesellschaft und die Banken sind Gläubiger. Trotz Zahlung der eigenen Haftungssumme findet kein Eigentumserwerb statt, bis nicht alle **alles bezahlt haben**, zuerst an die Banken, die sich stets über Grundschulden besichern. Lastenfrier Eigentümer einer verkäuflichen Wohnung wird der GbR-Gesellschafter daher erst, wenn die gesamte Immobilie und nicht nur seine Anteile lastenfrei gestellt sind, so dass eine Umwandlung in Wohnungseigentum erfolgen kann. Die strukturelle **Überforderung**, die es bislang in eher individualrechtlichen Konstruktionen gab (Bürge), ist damit solchen Modellen als **Sonderrisiko** immanent. Die Rechtsprechungsänderung im Bereich von OHG und GbR, wonach beide

Rechtsformen einander angenähert werden und eine Haftung für Altschulden stattfindet<sup>2</sup>, verschärft die Problematik. Denn für den Fall, dass man erfolgreich die Vollstreckungsurkunde (etwa nach dem RBERG), angreift<sup>3</sup>, hat die Bank scheinbar den Durchgriff auf den gesetzlich haftenden Anleger.

#### 2. Ausgangsfall

A und B kaufen 1990 für 1,5 Mio DM eine Immobilie in Berlin, einen Altbau. Sie gründen 1991 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts und beschließen im Gesellschaftsvertrag, neue Gesellschafter für eine Gesellschaft mit den Gesellschaftszwecken „Ein-

<sup>1</sup> Vgl. schon Assmann/Schütze/Wagner, 1990, § 22 Rn. 25 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Palandt-Sprau, BGB, 62. Aufl. 2003, § 714 Rn. 18 m.w.N.; zuletzt BGH, Urt. v. 7.4.2003, II ZR 56/02, NJW 2003, 1803 sowie die Übersicht bei Elsing, BB 2003, 909 ff.

<sup>3</sup> Zuletzt BGH, Urt. v. 26.3.2003, IV ZR 222/02, NJW 2003, 1594 f.



bringung der Immobilie, Modernisierung, Ausbau des Dachgeschosses und Vermietung danach“ zu werben. Zur Umsetzung gründen sie mehrere Firmen, für die Bauleistungen, für den Vertrieb der Anteile und für sonstige Leistungen (Baucontrolling, Mietgarantie, Fertigstellungsgarantie, Prospektherausgabe). Das kostet Geld, aber die akquirierte G-Bank Berlin finanziert auch dies. Als der Prospekt Ende 1991 aufgelegt wird, ist das Konto schon auf 2,4 Mio DM angeschwollen. Da A und B die Preise zwischen der Gründungs-GbR und ihren Firmen nach freiem Belieben ausmachen und weder die die „Baufinanzierung“ gewährende Bank noch sie selbst als Baucontrolleur allzu genau aufpassen, sind die im Prospekt mit 3,4 Mio DM angegebenen Bauleistungen später gerade mal 1 Mio DM wert. Die beiden neuen DG-Wohnungen sind mangelbehaftet, die qm-Zahl ist niedriger als angegeben. Statt 8,8 Mio DM (Gesamtaufwand) ist die Immobilie so aktuell nur 2,6 Mio DM wert. Die Finanzierung beläuft sich auf 6 Mio DM. Die erworbenen Gesellschafter haben ca. ein Drittel des anteiligen Gesamtaufwandes als gesellschaftsvertraglich vereinbarte Einlage geleistet. Der Geschäftsbesorger nimmt die Miete ein, fordert die Nachschüsse nach den Beteiligungsquoten und leitet den Kapitaldienst in einer Überweisung an die sog. I a-Bank und die I b-Bank weiter. Keine Bank führt für die Haftungsquote des jeweiligen Gesellschafters ein Konto, dabei hatte der Treuhänder aufgrund der von den Erwerbern abgegebenen notariellen Vollmacht an Geschäftsbesorger und Treuhänder ein notarielles Schuldanerkenntnis mit Vollstreckungsunterwerfung „teilschuldnerisch“ für jeden Anleger und Haftungsbetrag (aufgeführt in einer Liste) abgegeben. Im Jahr 2000 sind die Schulden, weil die Nachschüsse durch Insolvenz von 25% der erworbenen Gesellschafter nicht mehr hinreichend flossen, auf 7,3 Mio DM angestiegen. Die Banken wollen sich die Differenz zum Immobilienwert von den Anlegern holen. Erst als diese den Geschäftsbesorger austauschen, realisieren sie den Minderwert. Da 25% der Gesellschafter insolvent sind, legen die Banken die Schulden um.

### 3. Die aktuelle Rechtslage

Wenn Sanierungsbemühungen scheitern, kann es für den Anleger heikel werden. Denn er ist – aus der Notarurkunde, die der Treuhänder unterzeichnete – den Banken gegenüber persönlich verpflichtet worden und haftet der Gesellschaft als deren Mitglied. Der „Mehrfrentenkrieg“ gegen (meist zwei) Banken und die Gesellschaft würde zunächst regelmäßig in Form der Vollstreckungsgegenklage bei den Gerichten am Wohnort der Anleger oder als Feststellungsklage am Ort des Objekts geführt, eventuell noch bei den Amtsgerichten zur Klauselerinnerung. Das kostet richtig Geld, zumal die vorläufige Einstel-

lung der Vollstreckung regelmäßig nur gegen Sicherheit in Höhe der Forderungssumme gewährt wird. Für die Prozessierenden ergibt sich folgende widersprüchliche Konstellation:

#### 3.1. RBERG

Es spricht nach der Stabilisierung der Rechtsprechung zum RBERG<sup>4</sup> vieles dafür, das vorliegend die Vollmacht, auf deren Basis die Vollstreckungsurkunde und das notarielle Schuldanerkenntnis erstellt wurden, nichtig ist. Je nachdem, ob man der Bank Vertrauensschutz nach §§ 171 ff BGB zugestehen will, was von Einzelheiten der Vollmachtsvorlage bei der Bank abhängen kann (Eingangsstempel, Erinnerungsvermögen der Bankangestellten), schlägt dies auf die ganze Urkunde durch. Dann muss die Bank klagen, eventuell mit einer Hilfs-widerklage im laufenden Verfahren, die Beweislast aus dem Prozess zur Vollstreckungsgegenklage dreht sich zu Lasten der Bank. Dann gehen die Probleme genau genommen erst los. Denn die Bank wird regelmäßig behaupten, der Verstoß gegen das RBERG oder sonstige Gesetze (Verbraucherkreditgesetz, HausTWiG etc.) sei irrelevant. Denn der Gesellschafter hatte ja gesetzlich und nicht vertraglich.

#### 3.2. Die Rechtsnatur der Mithaft

Die BGB-Gesellschaft unterscheidet zwischen der Haftung nach innen und der Haftung nach außen. § 735 BGB sieht eine Nachschusspflicht des Gesellschafters (Haftung nach innen) in der Liquidationsphase gesetzlich vor. Dem gegenüber lautet § 707 BGB, der auch nur für das Innenverhältnis gilt: „Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Pflichteinlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet“. Pflichteinlage ist im Ausgangsfall, wie auch bei den meisten ähnlichen Fällen, nur das eingezahlte Eigenkapital. Der vereinbarte Beitrag kann hingegen auch z.B. darin bestehen, für Fremdschulden der Gesellschaft anteilig mit zu haften.<sup>5</sup> Dabei sind jedoch pauschale Haftungsklauseln in Richtung auf eine beliebige Erhöhung der Haftung nach innen nicht zulässig. Die Höhe bzw. die maximale Höhe der künftigen aus der Beteiligung sich ergebenden Belastung müssen sich ohne Probleme aus dem Gesellschaftsvertrag erkennen lassen.<sup>6</sup> Gläubiger müssen sich für die Haftung nach außen die Haftungsbegrenzung nur zurechnen lassen, wenn sie ihr zugestimmt haben. Bei Kapitalanlage-GbR-Konstruktionen, wenn die Haftungsbegrenzung im Gesellschaftsvertrag festgesetzt ist.<sup>7</sup> Bei gesetzlichen Gesamtschuldverhältnissen ist keine Begrenzung

4 Vgl. a.a.O. sowie BGH NJW 2001, 3774; BGH NJW 2002, 66; BGH NJW 2003, 1252.

5 Palandt-Sprau, a.a.O., § 706, Rn. 4.5.

6 Palandt-Sprau, a.a.O., § 707 Rn. 2.

7 Palandt-Sprau, a.a.O., § 707 Rn. 1; BGH, Urt. v. 21.1.2002, II ZR 2/00, NJW 2002, 1642 ff.



möglich. Gibt es eine separate Schuldurkunde oder Vertragsurkunde (Schuldbeitritt, Darlehen), auf der das Sicherungsgeschäft<sup>8</sup> des notariellen Schuldanerkenntnisses basiert, hat die Bank mit einem direkten Anspruch wenig Probleme. Es gibt dann eine Vertragsgrundlage, eine anteilige Mithaft und ein anteiliges Konto mit Zins- und Tilgungsberechnung. Dann muss sich der Anleger auf den steinig Weg begeben, der Bank ein verbundenes Geschäft nach § 9 VerBrKG, eine Haustürsituation oder eine Haftung nach c.i.c. nachzuweisen.<sup>9</sup> Fehlt die Vertragsgrundlage, ist das Schuldanerkenntnis als Sicherungsgeschäft prima facie nach Bereicherungsrecht kondizierbar. Denn sie ist ohne rechtlichen Grund erteilt.<sup>10</sup> Der Anleger hat ja keinen Darlehensvertrag o.ä. mit der Bank, auf dem das Sicherungsgeschäft gründen könnte, nur die Gesellschaft. Gäbe es eine gesetzliche Haftung, würde hingegen die Kondition entfallen, da ja dann nicht ohne rechtlichen Grund ein Schuldanerkenntnis erstellt wäre.

### 3.3. Haftung mit was ?

Eine Kernfrage der BGB-Gesellschaft ist, mit was haftet wird. Gesetzlich eindeutig geregelt ist entgegen vieler Meinungen nur, dass das Gesellschaftsvermögen nach § 718 BGB haftet. Gesellschaftsvermögen ist das, was die Gesellschaft erworben hat, z.B. das Grundstück, aber auch das, was sie von den Gesellschaftern verlangen kann, z.B. die Zahlung des festgelegten Eigenkapitals oder Beitrags. Hingegen sind weder Gesamtschuld noch Teilschuld Wesensmerkmal der GbR, es gibt keine rechtsformbedingte Haftung mit dem Privatvermögen.<sup>11</sup> Was vorliegt, ergibt sich aus den konkreten Vereinbarungen. Ist wie so oft bei Massengesellschaften eine Haftung mit der „Quote“ oder gar „teilschuldnerische Haftung“ vereinbart, liegt nie Gesamtschuld, sondern Teilschuld vor. D.h. das Privatvermögen haftet, aber begrenzt. Schulden anderer Gesellschafter wachsen ohne ausdrückliche Vereinbarung bei dieser Haftung nach außen nicht an.

Für eine Außenhaftung war nach der sog. Doppelverpflichtungslehre ein verpflichtender Akt erforderlich, d.h. der beitretende Gesellschafter musste das, was die Gründungsgesellschafter vereinbart und ihm als Kapitalanlagemodell (meist per Prospekt) angeboten hatten, annehmen. Da die Darlehensverträge und die Mithaft mangels Werbewirksamkeit oft nicht Bestandteil des Prospekts waren, musste die Verpflichtungserklärung nach Beitritt eingeholt werden. War der Gesellschafter bei Abgabe solcher Erklärungen zur gesamten Hand, z.B. in einer Gesellschafterversammlung, noch gar nicht beigetreten oder seine Vollmacht an einen treuhänderisch handelnden Geschäftsbesorger, solche Erklärungen abzugeben, nach dem RberG nichtig, fehlte die für die Außenhaftung konstitutive Verpflichtung der Gesellschafter zur gesamten Hand,

wenn Teile der Gesamthand fehlten. In die Richtung der Annahme, eine solche Doppelverpflichtung sei wegen der gesetzlichen Haftung gar nicht mehr nötig, geht die neueste Entwicklung in der BGH-Rechtsprechung, die die GbR der OHG annähert.<sup>12</sup> Deren Wesensmerkmal ist die unbegrenzte Haftung des einzelnen Gesellschafters.<sup>13</sup> Die Rechtsprechung gilt jedoch nicht rückwirkend.<sup>14</sup> Sie gilt auch nicht für Kapitalanlage-GbR<sup>15</sup>, da diese dem Typus der Personengesellschaft eher fern und dem der reinen Kapitalgesellschaft eher nah ist. Doch was bedeutet dies konsequenterweise für die aktuelle Auslegung nach der OHG-Konzeption und was für die Altfälle mit der Doppelverpflichtungslehre ?

### 3.4. Zwei Typen der GbR

Es haben sich durch die Rechtspraxis mehrere Typen gesellschaftsrechtlicher Verbundenheit konstituiert haben, deren Interessenlage und Gestaltung nicht miteinander kompatibel sind, so dass es nahe liegt, auch Lösungsansätze divergieren zu lassen. Ein Typus ist die GbR der, man könnte sagen, „echten“, nicht nur fiskalischen Unternehmer, die die **GbR für einen vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb** nutzen wollen. Die der OHG angenäherte Struktur und Haftung ist für diesen Typus nicht unbillig, da ein direkter Nutzen durch die Vereinfachung des Rechts- und Handelsverkehrs (mehr Kreditwürdigkeit etc.) gegeben ist. Nachteile werden durch die Einhaltung des gesetzlichen Modells zumutbar – gemeinsame Erstellung des Gesellschaftsvertrages, gemeinsame Geschäftsführung, gemeinsames Bestimmen aller Rechtsbeziehungen nach innen und außen, Transparenz durch zeitliche Nähe zum Geschehen der Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis.

Anders liegen die auch für die Gläubiger erkennbaren Interessen bei der GbR der Nichtkaufleute, der Teilzeitgesellschafter, z.B. auch der Massen-GbR (oder OHG) der geworbenen Kapitalanleger. Darunter fallen GbR an der Grenze zur Gemeinschaft oder zum Verein, diese sind weder vollkaufmännisch

noch umfänglich haftungswillig. Darunter fallen aber auch die Beteiligten einer einfachen Immobilieninvestition, die nach Abschluss des Baus nur noch die Immobilie verwalten, wozu keine mitunternehmerischen, geschweige denn vollkaufmännischen

8 Vgl. *Jauernig/Vollkommer*, BGB, 8. Auflage 1997, § 607 Rn. 15, 17 und § 781 Rn. 5, 14, 18, 23, 27.

9 Soweit ersichtlich, gibt es seit über 10 Jahren keine Verurteilung einer Großbank wegen c.i.c. bei Baufinanzierungsmodellen.

10 Vgl. *Jauernig/Vollkommer*, a.a.O., § 607 Rn. 15, 17 und § 781 Rn. 5, 14, 18, 23, 27.

11 Vg. ausführlich *Assmann/Schütze/Wagner*, 2. Auflage 1997, § 25 Rn. 24, 25, 28, 29.

12 Vgl. *Palandt-Sprau*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 714 Rn. 18 m.w.N.; zuletzt BGH, Urt. v. 7.4.2003, II ZR 56/02, NJW 2003 1803 sowie die Übersicht bei *Elsing*, BB 2003, 909 ff.

13 Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl. 2000, § 105 Rn. 6.

14 *Palandt-Sprau*, a.a.O. § 174 Rn. 18.

15 *Palandt-Sprau*, a.a.O., § 705 Rn. 42; *Assmann/Schütze/Wagner*, a.a.O., § 25 Rn. 10, 38 b; BGH, Urt. v. 21.1.2002, II ZR 2/00, NJW 2002, 1642 ff.



nische Aktivitäten nötig sind. Daher bot sich die GbR, auch mangels Teilungserklärung, bei Bau- und Steuermodellen im Altbaubereich als Modell für Kapitalanleger an.

### 3.5. Sonderfall Kapitalanlagemodell

Wie auch im Fall der OHG oder KG war bei steuorientierten Modellen (meist Neubau und Sanierung gemischt) das fiskalische Konzept für die Haftungsübernahme entscheidend: Wollte der Anleger eine z.B. auf das eingelegte Eigenkapital begrenzte Haftung oder eine Haftung mit 150 oder 250% Verlustzuweisung gemessen am Eigenkapital? Durch die Formfreiheit im Gesellschaftsrecht war das steuerlich gewollte Modell in jeder Rechtsform konzipierbar, als GbR, als OHG oder als KG, entweder mit Haftungsbegrenzung oder mit Haftungserweiterung. An dem grundlegenden Modell, dass das eingesetzte Kapital die Haftungsgrenze bemaß, änderte dies nichts. Denn auch der Steuersparer, der statt nur für das Eigenkapital für einen gezeichneten „Gesamtaufwand“ haften wollte, hatte regelmäßig nur einen begrenzten Effekt im Auge. Dieser ergab sich in seiner Größenordnung aus dem konkreten Steuersparwunsch zum Jahresende und in den Folgejahren. Wer als Gläubiger, z.B. als Bank, den Zeichnungsschein und den Prospekt bzw. Gesellschaftsvertrag kannte, wusste dies. Genau genommen sind damit auch alle Steuersparmodelle in Form von Personengesellschaften, die eine Verlustbegrenzung konzipiert haben, gesellschaftsrechtlich der Kapitalgesellschaft näher als der Personengesellschaft. Für alle diese Modelle passt die Analogie zur OHG nicht, sei es für Alt- oder für Neufälle. Der geworbene Gesellschafter ist bei solchen Modellen i.ü. regelmäßig weder an der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages beteiligt noch hat er nach § 709 BGB einen Anteil an einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung. Das Sagen haben und behalten regelmäßig die Gründungsgesellschafter.

Das betrifft auch die Finanzierungsverträge. Diese sind oft vorab mit den Banken ausgehandelt als sog. Innenfinanzierung. Der geworbene Gesellschafter tritt zu dem Modell, das der Prospekt und oft auch der Vertrieb einheitlich anbieten, nur noch bei. Diese Konstellation wird mangels externer Kontrolle regelmäßig vorab genutzt, um bereits bei der Konzeption der Kapitalanlage in einem „Kartell“ Leistungs- und Preisabsprachen treffen. Das Ergebnis sind überteuerten Verträge mit Firmen der Gründungsgesellschafter zu Bauleistungen, Mieterbetreuung, Baucontrolling, Treuhandschaft etc. Durch die strukturelle Intransparenz der Modelle ist dies oft weder vom Wissen noch vom Willen der geworbenen Gesellschafter erfasst. Die Struktur der Verwaltung dieser Gesellschaften ist zudem durch die vorhersehbare Mentalität der geworbenen Gesellschafter geprägt. Diese haben andere Berufe, die

sie voll in Anspruch nehmen. Sie wohnen oft weit weg von Objekt und Verwaltung. Sie haben kein Fachwissen und keinen tieferen Einblick in die Geschäftsführung und Lage der Gesellschaft. Die GbR ist nicht bilanzierungspflichtig, so dass auch eine aus der Überteuierung folgende Überschuldung im Sinne eines Überwiegens der Verbindlichkeiten gegenüber dem Gesellschaftsvermögen nicht aufscheinen muss. Mit Vertragskonstruktionen wie geschildert besteht steuerlich/rechtlich Mitunternehmerschaft, faktisch eine strukturelle Unterlegenheit der geworbenen Gesellschafter.

### 3.6. Die Problematik der Fremdmittel

Dieses Steuersparmodell, ohnehin riskant, wird regelmäßig durch eine hohe Fremdmittelaufnahme noch riskanter. Mieteinnahmen decken aufgrund der erwähnten Überteuierung Verwaltungs- und Instandhaltungskosten, selten die Fremdmittel. Durch die kartellartige Bepreisung seitens der Gründungsgesellschafter, durch die für Steuermodelle typischen hohen Weichkosten und Zahlungen ohne Gegenwert ist die GbR, sobald die Darlehen valutiert sind, in einem Dilemma: Das gemeinschaftliche Vermögen nach § 718 BGB ist negativ. Auch das ist in der Systematik des BGB so nicht vorgesehen. Denn die §§ 707, 735 BGB machen im Dialog nur Sinn, wenn ein – den Nachschuss auslösendes – Ansteigen der Verbindlichkeiten bei der lebenden, nicht in der Liquidation befindlichen, GbR nicht stattfindet. Die Modelle der von Anfang an „überschuldeten“ GbR sehen aber regelmäßig im Prospekt **Nachschusspflichten** schon an die nicht liquidierte GbR vor.

Die Rechtsprechung zur Nachschusspflicht entgegen § 707 BGB ist recht streng. Selbst ein Sanierungsfall löst keine Ausnahme von der Regel aus, dass keine Nachschusspflicht besteht.<sup>16</sup> Der Kredit hingegen zwingt zum Nachschuss. Seine Höhe ist schwer absehbar, da er von den Mieteinnahmen und von Marktentwicklungen abhängt. Wenig Miete führt zu hoher Unterdeckung und einem hohen Nachschussbedarf, ebenso eine Zinserhöhung, ein zu beseitigender Reparaturstau etc. Damit entsteht ein Problem, das an die Überlastung des Bürgen erinnert: Die Höhe der quotale teilschuldnerischen Haftung ist nicht absehbar. Sie kann auch durch das Ausscheiden von Mitgesellschaftern intern anwachsen, durch Teilverkäufe aus dem Objekt abwachsen. Die meisten der geworbenen Gesellschafter sind jedoch regelmäßig bei Massen-GbR nicht finanzstark genug, die Immobilie alleine zu entschulden, so dass sie der nach oben offenen Haftung aus ihrer Quote ausgeliefert sind.

Zahlen die Gesellschafter immer höhere Nachschüsse nicht, droht eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens, der Immobilie, zu Zerschla-



gungswerten. Dies in Verbindung mit § 735 BGB übt einen rechtlich unverbindlichen, wirtschaftlich aber effizienten Druck aus, in der Hoffnung auf Besserung oder zur Vermeidung noch größeren Übels immer mehr nachzuzahlen. Dies ergibt sich für den Initiator und die Bank meist schon aus der Kenntnis der Eigengesetzlichkeiten solcher Modelle. Der auf die begrenzte Einlage, zahlenmäßig festliegende Steuerersparnis und ein begrenztes Risiko orientierte Anleger hat bei Zeichnung jedoch oft noch keine diesbezügliche Erfahrung gemacht. Die Haftungsstruktur ist also: Die Haftung nach außen kann an der Doppelverpflichtungslehre (Fehlen/Unwirksamkeit der Verpflichtung) scheitern. Eine Anwachsung findet ohne gesonderte Vereinbarung im Außenverhältnis auch nicht statt. Im Innenverhältnis sieht es ähnlich aus, wenn die Haftung unklar und unbestimmt geregelt und die Haftungsregelung daher unwirksam ist. Dennoch führt die drohende Liquidation mit dem dann erwartbaren Aufleben des § 735 BGB zu einem Druck, dem sich auch die lebende Gesellschaft nicht entziehen kann. Denn was nützen die Einwände gegen die Haftung nach außen, wenn der Insolvenzverwalter mit Hilfe des § 735 BGB die Haftung nach innen – mit Anwachsung – aktivieren und so den Gläubigern doch zu einer Zahlung wie bei der Haftung nach außen verhelfen kann? Vom Wille der beitretenden Gesellschafter ist dieser dynamische Nachhaftungsmechanismus regelmäßig nicht erfasst, Hinweise hierzu fehlen im Prospekt häufig.

#### 4. Lösungsansätze

##### 4.1. Der „Zwangskaufmann“

Die neuere BGH-Rechtsprechung sieht die Anwendung von § 128 HGB analog und die Anwendung der Grundsätze der OHG auf die GbR vor.<sup>17</sup> Die neue Rechtsprechung lässt auch wie ausgeführt die Lücke der GbR der Kapitalanleger. Sie beantwortet nicht die Frage, ob innerhalb der Quote die unbegrenzte Haftung zulässig ist. Bei einer Bauherren-

bzw. Wohnungseigentümergeinschaft wurde angenommen, dass die Vertragsparteien nur von einer anteiligen, nicht einer gesamtschuldnerischen Haftung auf den Betrag auszugehen hatten.<sup>18</sup>

Die Rechtsform ist danach ohne Belang. Eine OHG, die vertraglich die Haftung so stark nach innen und außen begrenzte, dass die Wirkung einer KG entsteht, ist materiell eine KG. Eine OHG, die nicht vollkaufmännisch tätig ist, ist eine GbR usw.<sup>19</sup> D.h. eine kapitalistisch strukturierte Personengesellschaft tendiert stets zu einer Haftungsgrenze auf den **Betrag eines Kapitals**, nicht einer Haftung der Person.

Ob eine überwiegend kapitalgesellschaftlich, nicht personengesellschaftlich, strukturierte Kapitalanlagegesellschaft vorliegt, ergibt sich aus der Gesamtschau des zivil- und steuerrechtlichen Konzepts. Da

der Kapitalanleger regelmäßig mit dem Steuervorteil eine konkrete Steuerlast eines konkreten Steuerjahres abfangen will, wird nur unter ganz besonderen Umständen davon auszugehen sein, dass der Beitritt mit einer bestimmten betragsmäßig fixierten Beteiligung so auszulegen ist, dass damit eine wesentlich weitergehende Haftung jenseits des steuerlichen Ziels gewollt sei. Wenn aber die Haftung durch das konkrete Modell bei Auslegung der Willenserklärungen nicht nur auf eine Quote, sondern auch einen Betrag begrenzt ist (Haftung nach außen), kann auch für die Haftung nach innen nichts anderes gelten. Die kapitalgesellschaftliche Struktur ist dann durch teleologische Auslegung auf den vom steuerökonomischen Willen getragenen Haftungsbeitrag hin material zu machen.

Gibt es ausdrücklich einen gezeichneten „Gesamtaufwand“, beinhaltet dieser die Grenze. Gibt es ein eingezahltes Kapital und eine darauf entfallende Verlustquote von 100 %, ist aber z.B. 150 oder 200 % Verlustzuweisung zugesichert, erweitert sich die Haftung nach der Verlustzuweisung, aber nicht weiter. Die quotale anteilige Haftung ist so nicht nach den Forderungen der Gläubiger, sondern nach der zugesagten und durch Prospektinhalt etc. erkennbaren Beteiligung daran zu bemessen.

##### 4.2. Die Grundrechtswidrigkeit

Wagner hat die strukturelle Unterlegenheit des Kapitalanlegers bei vielen Modellen der Publikums-GbR zutreffend analysiert und auf diese für alle Vertragspartner erkennbare Typizität der Publikums-GbR, die aus Kapitalanlegern besteht, hingewiesen.<sup>20</sup> Jeder über den Umstand der Publikums-GbR und des Kapitalanlagemodells unterrichtete Gläubiger hat daher Kenntnis von der typisierten Erwartung des Kapitalanlegers, nur mit seiner Haftungssumme bzw. seinem Beitrag (z.B. Eigenkapital und Mithaftung für ein bestimmten Betrag an Fremdkapital) haften zu wollen. Auch der Gläubiger hat dann nicht die Erwartung, dass diese Gesellschafter für mehr haften. Sieht der Gesellschaftsvertrag o.ä.

dennoch eine solche Endloshaftung (Fass ohne Boden Modell) mit implementierter Rechtlosigkeit des einzelnen geworbenen Gesellschafters vor, liegt Grundrechtswidrigkeit vor.<sup>21</sup> Das hat die Folge, dass das gesamte Modell nichtig ist, da die Grundrechtswidrigkeit alle geworbenen Gesellschafter, also fast die ganze Gesellschaft, erfasst.<sup>22</sup>

17 Vgl. Palandt-Sprau, BGB, 62. Aufl. 2003, § 714 Rn. 18 m.w.N.; zuletzt BGH, Urt. v. 7.4.2003, II ZR 56/02, NJW 2003, 1803 sowie die Übersicht bei *Elsing*, BB 2003, 909 ff.

18 *Assmann/Schütze/Wagner*, a.a.O., § 25 Rn. 24, Fn. 28.

19 Vgl. *Baumbach/Hopt*, a.a.O., Einl. v. § 105 Rn. 5, 6, 15 und § 105 Rn. 7, 8.

20 *Assmann/Schütze/Wagner*, a.a.O., § 25 Rn. 10, 38 b.

21 *Assmann/Schütze/Wagner*, a.a.O., § 25 Rn. 10, 38 b.

22 *Assmann/Schütze/Wagner*, a.a.O., § 25 Rn. 10, 38 b.