



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL UND TEIL-VERSÄUMNISURTEIL

II ZR 300/08

Verkündet am:
19. Juli 2011
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 705; HGB §§ 110, 128, 129, 130

- a) Die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses, das darauf beschränkt ist, die gesellschaftsrechtlichen Rechte des „Treugebers“ gegenüber dem Grundbuchamt durch einen Treuhänder halten zu lassen, steht der Außenhaftung des „Treugebers“ analog § 128 HGB nicht entgegen, wenn die Auslegung des Gesellschaftsvertrags und des Treuhandvertrags ergibt, dass nicht der „Grundbuchtreuhänder“, sondern der „Treugeber“ Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geworden ist.
- b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes steht der Haftung der Gesellschafter eines Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die vor der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung beigetreten sind, für die vor ihrem Beitritt zur Objektfinanzierung begründeten Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschaft analog §§ 128, 130 HGB nicht entgegen, wenn sie auch bei nur geringer Aufmerksamkeit erkennen konnten, dass für die Objektfinanzierung Fremdmittel benötigt wurden, für deren Rückzahlung sie nach dem Gesellschaftsvertrag haften sollten.
- c) Zahlt der Gesellschafter einer Publikumpersonengesellschaft gemäß § 128 HGB auf eine durch die Gesellschaft besicherte Gesellschaftsschuld, hat er jedenfalls bei nicht akzessorischen Sicherheiten keinen gesetzlichen Anspruch auf anteilige Übertragung der Sicherheit, den er dem Gläubiger als Einrede entgegenhalten kann.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bergmann und den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung der Revisionen und der Anschlussrevisionen der Kläger das Urteil des 4. Zivilsenats des Kammergerichts vom 11. November 2008 insoweit aufgehoben, als die Widerklagen abgewiesen wurden, und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Berufungen der Kläger zu 1, 2, 3, 4a/4b, 5, 10, 14, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 und 61 gegen das Urteil der 37. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 7. Dezember 2006 werden zurückgewiesen, hinsichtlich der Kläger zu 40, 41, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 54, 55 und 56 mit der Maßgabe, dass die Urteilsbeträge nebst Zinsen jeweils abzüglich am 18. September 2007 geleisteter 3.861,95 € zu zahlen sind.

Der Kläger zu 42 ist nach Rücknahme seiner Berufung seines Rechtsmittels verlustig.

Die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens tragen:

die Kläger zu 1 und 2 als Gesamtschuldner zu 0,01 %,

die Kläger zu 3, 4a und 4b als Gesamtschuldner zu 9,84 %,

der Kläger zu 5 zu 2,39 %,

der Kläger zu 14 zu 1,40 %,

der Kläger zu 17 zu 1,41 %,

die Kläger zu 19 und 20 als Gesamtschuldner zu 1,21 %,

die Klägerin zu 22 zu 4,80 %,

der Kläger zu 23 zu 19,83 %,

der Kläger zu 24 zu 1,18 %,

der Kläger zu 29 zu 0,57 %,

der Kläger zu 38 zu 0,02 %,

die Kläger zu 40 und 41 als Gesamtschuldner zu 26,61 %,

der Kläger zu 43 zu 0,53 %,

der Kläger zu 44 zu 3,33 %,

der Kläger zu 45 zu 2,31 %,

der Kläger zu 49 zu 1,74 %,

die Klägerin zu 50 zu 2,05 %,

die Kläger zu 52 und 53 als Gesamtschuldner zu 0,61 %,

der Kläger zu 54 zu 3,93 %,

der Kläger zu 55 zu 7,43 %,

der Kläger zu 56 zu 0,63 %,
der Kläger zu 57 zu 3,51 %,
die Klägerin zu 58 zu 3,51 %,
und der Kläger zu 61 zu 1,15 %.

Hinsichtlich der Kosten der ersten und zweiten Instanz verbleibt
es bei der Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger sind Gesellschafter der F. Straße Grundstücksgesellschaft b.R. (im Folgenden: GbR), die 1991 von P. K. und W. S. gegründet wurde. Zweck der Gesellschaft ist die Errichtung, Modernisierung und Bewirtschaftung von Gebäuden auf dem Grundstück F. Straße in B. .

2 Zur Finanzierung des Objekts schlossen die Gründungsgesellschafter 1991 und 1992 im Namen der GbR mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) vier Darlehensverträge über jeweils mehrere Millionen DM und bestellten ihr eine Grundschuld in Höhe von 23.125.000 DM an dem Fondsgrundstück.

3 Die Kläger traten der GbR in den Jahren 1992 und 1993 auf der Grundlage eines Prospekts bei. Teilweise wählten sie die im Gesellschaftsvertrag angebotene Möglichkeit, ihre Mitgliedschaftsrechte im Grundbuch durch einen Treuhänder halten zu lassen (sogenannte „Treuhändergesellschaftler“). Letztere schlossen mit der T. GmbH Treuhandverträge auf der Grundlage der im Fondsprospekt abgedruckten Treuhandbedingungen, in denen die Treuhänderin von dem jeweiligen Treuhändergesellschaftler beauftragt wurde, dessen Mitgliedschaftsrechte im Grundbuch für ihn zu halten.

4 § 2 der Treuhandbedingungen lautet:

Das Treuhandverhältnis beschränkt sich auf das Halten der gesellschaftsrechtlichen Stellung gegenüber dem Grundbuchamt. ... Alle sonstigen mit der Beteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag verbundenen Rechte und Pflichten, wie z.B. die Rechte an der Beteiligung am Ergebnis der Gesellschaft, Stimm- und sonstige Mitwirkungsrechte und Ähnliches verbleiben dem Treuhändergesellschaftler. ...

5 In § 3 der Treuhandbedingungen ist bestimmt:

Der Treuhandgesellschafter wird anteilig gemäß seiner Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die eingegangen werden im Rahmen des Gesellschaftszwecks, direkt und persönlich - jedoch nur quotal entsprechend seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen - verpflichtet.

6 Alle geworbenen Gesellschafter verpflichteten sich in ihren Beitrittserklärungen, der von der GbR beauftragten Geschäftsbesorgerin, der I. GmbH (im Folgenden: Geschäftsbesorgerin), umfassende notariell beglaubigte Vollmachten zu erteilen.

7 Zur Haftung der Gesellschafter heißt es im Fondsprospekt auf S. 16:

Die Gesellschafter haften gegenüber Gläubigern der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen als Gesamtschuldner. Mit ihrem sonstigen Vermögen haften sie nur quotal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft. Soweit Gläubiger durch Grundpfandrechte gesichert sind, haftet zunächst das Grundstück - wie auch für öffentliche Lasten - insgesamt. ...

In der Praxis bereitet die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit unbeschränkter Anteilshaftung kein Problem; namentlich die Banken akzeptieren die Anteilshaftung. Den Darlehensverträgen ist regelmäßig eine Quotelung der anteiligen Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschafter beigelegt.

8 § 8 des Gesellschaftsvertrags lautet:

1. Die Gesellschafter haften gegenüber Gläubigern der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen als Gesamtschuldner.

2. Mit ihrem sonstigen Vermögen haften sie den Gläubigern der Gesellschaft nur quotaal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft, in der Höhe jedoch unbegrenzt.

9 § 4 Nr. 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags regelt:

Alle Gesellschafter, auch Treuhandgesellschafter, üben ihre Gesellschafterrechte selbst und im eigenen Namen aus. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften sie Gläubigern der Gesellschafter gegenüber im Rahmen der Bestimmungen des § 8 dieses Vertrages; insbesondere haben sie auch anteilig persönliche Schuldverpflichtungen zu übernehmen und deswegen persönliche Schuldanerkenntnisse abzugeben.

10 Am 20. Juni 1996 erklärte die Geschäftsbesorgerin im Namen der beigetretenen Anleger in notarieller Urkunde die Übernahme der persönlichen Haftung für den Grundschuldbetrag in Höhe von 23.125.000 DM zuzüglich Zinsen und Nebenleistungen, jedoch nur für die aus den Anlagen zur notariellen Urkunde ersichtlichen Teilbeträge und mit der Maßgabe, dass die Gläubigerin berechtigt sein sollte, die Gesellschafter aus der persönlichen Haftung und vor der Vollstreckung in das Pfandobjekt in Anspruch zu nehmen. Gleichzeitig erklärte die Geschäftsbesorgerin für die Gesellschafter, sich wegen dieser Verbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen.

11 Am 7. Mai/2. Juli 1996 vereinbarte die Geschäftsbesorgerin, die wiederum für die Gesellschafter auftrat, in Ergänzung der von den Gründungsgesellschaftern geschlossenen Darlehensverträge, dass das jeweilige Darlehensverhältnis zwischen der Beklagten und der GbR, bestehend aus den in der Anlage aufgeführten Gesellschaftern, fortgesetzt wird und die beigetretenen Gesellschafter („Darlehensnehmer“) gesamtschuldnerisch, aber jeweils beschränkt auf die in der beigefügten Aufstellung aufgeführten Beträge nebst Zinsen und Nebenleistungen haften.

12 Mit rechtskräftigem Urteil vom 12. September 2005 (4a O 612/05), das gegen die GbR ergangen ist, hat das Landgericht Berlin festgestellt, dass der Beklagten dieses Rechtsstreits aus den vier Darlehensverträgen Rückzahlungsansprüche zustehen. Die Widerklage der GbR, die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft aus der Grundsuld, die die Fondsgründer und damaligen Eigentümer des späteren Fondsgrundstücks der Beklagten 1991 bestellt hatten, für unzulässig zu erklären, hat es abgewiesen.

13 Mit Schreiben vom 20. Juni 2006 kündigte die Beklagte die vier Darlehen fristlos wegen Zahlungsverzugs. Die Restdarlehensforderung belief sich auf 12.264.676,62 €. Aus der folgenden Zwangsverwaltung des Fondsgrundstücks erlöste die Beklagte insgesamt 290.000 €.

14 Die Kläger haben zunächst Klage vor dem Landgericht Wuppertal erhoben. Sie haben beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 20. Juni 1996 für unzulässig zu erklären, und die Beklagte auf Rückabwicklung ihrer Beteiligungen in Anspruch genommen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit inzwischen rechtskräftigem Urteil vom 26. Oktober 2007 die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt (I-16 U 65/06, juris). Die auf Rückabwicklung der Beteiligungen gerichteten Klagen hat es abgetrennt und den Rechtsstreit insoweit an das Landgericht Berlin verwiesen. Die Beklagte begehrt widerklagend in diesem Rechtsstreit von den widerbeklagten Klägern anteilige Rückzahlung des im Zeitpunkt der Kündigung gegebenen Darlehenssaldos, hilfsweise vermindert um die aus der Zwangsverwaltung der Fondsimmoblie erlangten Beträge.

15 Das Landgericht hat die Klagen abgewiesen und den Widerklagen stattgegeben.

16 Die Kläger zu 1-5, 10, 14, 17, 19-26, 29, 34-38, 40-45, 48-58 und 61 haben Berufung eingelegt, der Kläger zu 42 hat diese später zurückgenommen.

Die Beklagte hat gegen Kostenerstattungsansprüche der Kläger zu 40, 41, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 54, 55 und 56 in Höhe von jeweils 3.861,95 € mit ihrer jeweiligen Widerklageforderung aufgerechnet und den Rechtsstreit in dieser Höhe einseitig für erledigt erklärt.

- 17 Das Berufungsgericht hat die Abweisung der Klagen bestätigt und die Entscheidung über die Widerklagen insoweit abgeändert, als es die aus der Zwangsverwaltung erzielten Erlöse anteilig auf die Haftungsbeträge der Kläger zuzüglich Zinsen angerechnet hat. Die vom Berufungsgericht - beschränkt auf die Widerklagen zugunsten der Beklagten - zugelassene Revision der Beklagten richtet sich gegen die Teilabweisung der Widerklagen bezüglich der Kläger zu 1, 2, 3, 4a/4b, 5, 10, 14, 17, 19-24, 29, 34, 35, 38, 40, 41, 43, 44, 45, 48-58 und 61. Die Kläger zu 3, 4a/4b, 5, 14, 17, 19, 20, 22, 23, 24, 29, 40, 41, 43, 44, 45, 49, 50, 52-58 und 61 wenden sich mit ihren Anschlussrevisionen und die Kläger zu 3, 4a/4b, 14, 17, 22, 23, 29, 40, 41, 49, 50, 54-58 mit ihren vom erkennenden Senat - beschränkt auf die Widerklagen - zugelassenen Revisionen gegen die Abweisung der Klagen und die Entscheidung über die Widerklagen, soweit zu ihrem Nachteil entschieden worden ist.

Entscheidungsgründe:

- 18 Über die Revision der Beklagten ist hinsichtlich der Kläger zu 10, 21, 34, 35, 38, 48 und 51, die trotz ordnungsgemäßer Ladung im Termin nicht vertreten waren, durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern einer sachlichen Prüfung des Antrags beruht (BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81).

19 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur teilweisen Aufhebung
des Berufungsurteils und weitgehenden Wiederherstellung des landgerichtlichen
Urteils (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Anschlussrevisionen und die Revisionen
der Kläger sind hingegen zurückzuweisen.

20 I. Das Berufungsgericht (KG, NZG 2009, 299) hat ausgeführt:

21 Die auf Rückabwicklung der Fondsbeteiligung gerichteten Klagen seien
unbegründet. Eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten aus Verschulden
bei Vertragsschluss scheidet aus. Die Kläger hätten als Gesellschafter mit
der Beklagten keinen Vertrag geschlossen und seien auch nicht an Vertrags-
verhandlungen beteiligt gewesen. Ebenso wenig komme ein Anspruch aus
Prospekthaftung im engeren Sinne in Betracht, da die Beklagte im Prospekt
nicht erwähnt werde. Ein Ersatzanspruch der Kläger lasse sich auch nicht aus
der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herleiten,
weil die einzelnen Gesellschafter nach der Wertung des § 334 BGB grundsätz-
lich nicht mehr Rechte geltend machen könnten als die nicht aufklärungsbedürf-
tige Fondsgesellschaft als Vertragsgläubigerin. Soweit die Kläger die Verlet-
zung von Aufklärungspflichten durch die Beklagte gegenüber den Gründungs-
gesellschaftern über das Finanzierungsgeschäft rügten, hätten die Kläger schon
nicht schlüssig dargetan, dass die Beklagte bei Vertragsschluss gegenüber den
Fondsverantwortlichen über einen aufklärungspflichtigen konkreten Wissens-
vorsprung verfügt hätte. Es seien gerade die Gründungsgesellschafter gewe-
sen, die das ganze Modell erdacht und umgesetzt hätten, und nicht die Beklag-
te.

22 Die Widerklagen seien nur in Höhe der Hilfsanträge begründet. Zwar haf-
teten die Kläger als Gesellschafter für die noch offenen Verbindlichkeiten aus
den der GbR gewährten Darlehen gemäß §§ 128, 130 HGB analog. Sie könn-
ten sich nicht mit Erfolg auf Vertrauensschutz berufen, da sie bei ihrem Beitritt

zur Gesellschaft mit dem Bestehen der zur Objektfinanzierung notwendigen Kreditschulden hätten rechnen müssen. Soweit die Kläger die Treuhandalternative gewählt hätten, stehe auch dies der unmittelbaren Außenhaftung nicht entgegen; es handele sich nur um eine „Grundbuchtreuhand“, die die Gesellschafterstellung unberührt lasse. Die Beklagte müsse sich jedoch die aus der Zwangsverwaltung des Fondsgrundstücks erzielten Einnahmen auf die quotale Haftung der Kläger anrechnen lassen, da die Kläger immer nur quotale in Höhe der jeweils valutierenden Schuld hafteten.

23 II. Die Anschlussrevisionen der Kläger bleiben hinsichtlich der Klagen ohne Erfolg.

24 1. Die Anschlussrevisionen sind auch hinsichtlich der Klagen zulässig. Die auf die Widerklagen beschränkte Revisionszulassung des Berufungsgerichts steht der Zulässigkeit der Anschlussrevisionen bezogen auf die Klagen nicht entgegen, da sie einen Lebenssachverhalt betreffen, der mit dem Streitgegenstand der Revision in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang steht (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 74/05, BGHZ 174, 244 Rn. 38 ff.). Hätten die auf Rückabwicklung der Fondsbeteiligungen gerichteten Klagen Erfolg, hafteten die Kläger der Beklagten nicht als Gesellschafter für die von der GbR aufgenommenen Darlehen.

25 2. Den Klägern steht kein Anspruch auf Rückabwicklung ihrer jeweiligen Fondsbeteiligung gegen die Beklagte zu.

26 a) Die Beklagte haftet den Klägern nicht wegen einer Aufklärungspflichtverletzung aus Verschulden bei Vertragsschluss auf Schadensersatz. Aus den zwischen der GbR und der Beklagten geschlossenen Darlehensverträgen, die der Objektfinanzierung dienten, folgen keine Aufklärungspflichten gegenüber

den Klägern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02, ZIP 2004, 303, 304; Urteil vom 29. September 2009 - XI ZR 179/07, ZIP 2009, 2237 Rn. 18) kommt eine Haftung der kreditgewährenden Bank gegenüber den im Zeitpunkt des Abschlusses der Darlehensverträge bereits beigetretenen ebenso wie gegenüber später beigetretenen Gesellschaftern mangels Bestehens eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses grundsätzlich nicht in Betracht. Hiervon Abweichendes gilt entgegen der Auffassung der Anschlussrevisionen auch nicht im Hinblick auf die von Anfang an geplante Haftungsübernahme der später beigetretenen Gesellschafter. Hieraus lassen sich diesen gegenüber „vorwirkende“ Aufklärungs- und Schutzpflichten beim Abschluss der Darlehensverträge nicht herleiten.

27 b) Ebenso hat das Berufungsgericht mit Recht einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Hinweispflicht nach den allgemeinen Regeln des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verneint. Abgesehen davon, dass ein zwischen Gesellschaft und Bank geschlossener Darlehensvertrag in aller Regel keine Schutzwirkung zu Gunsten der Gesellschafter begründet, steht einem solchen Anspruch jedenfalls entgegen, dass nach der Wertung des § 334 BGB die Gesellschafter keine weitergehenden Rechte haben können als die regelmäßig nicht aufklärungsbedürftige Gesellschaft als Vertragspartner der kreditgebenden Bank (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - XI ZR 465/07, ZIP 2010, 1590 Rn. 19, m.w.N.; s. auch BGH, Urteil vom 10. November 1994 - III ZR 50/94, BGHZ 127, 378, 385 f.). Für eine abweichende Beurteilung besteht hier kein Anlass.

28 c) Ob die Beklagte im Zusammenhang mit den erst im Jahre 1996 vereinbarten Ergänzungen der Darlehensverträge und Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen Pflichten verletzt hat, kann dahinstehen. Eine solche Pflichtverletzung kann auf Rückabwicklung ihrer Beteiligungen an der GbR ge-

richtete Schadensersatzansprüche der Kläger von vornherein nicht begründen, da sie - wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - für den bereits Jahre zuvor erklärten Beitritt zur Gesellschaft nicht kausal sein kann.

29 III. Das Berufungsurteil hält den - gegen die Teilabweisung der Widerklagen gerichteten - Angriffen der Revision der Beklagten nicht stand. Demgegenüber bleiben die Revisionen und Anschlussrevisionen der Kläger auch insoweit erfolglos, als den Widerklagen stattgegeben worden ist.

30 Die Kläger schulden der Beklagten anteilige Rückzahlung der Darlehensbeträge in der mit den Hauptanträgen der jeweiligen Widerklage geltend gemachten Höhe (§ 128 HGB analog i.V.m. § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB nF). Die Darlehensverträge sind wirksam (1.). Die Kläger haften persönlich für die Darlehensverbindlichkeiten der GbR entsprechend ihrer Beteiligung (2.). Ihre quotale Haftung bemisst sich nach den ursprünglichen Darlehensbeträgen zuzüglich Zinsen und Kosten ohne Berücksichtigung der Verwertungserlöse (3.).

31 1. Mit Einwendungen aus dem Recht der GbR gegen die Wirksamkeit der Darlehensverträge sind die Kläger gemäß § 129 HGB analog infolge des rechtskräftigen Urteils des Landgerichts Berlin vom 12. September 2005 (4a O 612/05), mit dem im Verhältnis zur GbR festgestellt worden ist, dass die Darlehensverträge wirksam sind und der Beklagten Rückzahlungsansprüche zustehen, ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2006 - II ZR 40/05, ZIP 2006, 994 Rn. 10).

32 Den Klägern stehen auch keine persönlichen Einwendungen gegen das Bestehen der Darlehensrückzahlungsansprüche zu, da sie - wie erörtert - gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Rückabwicklung ihrer jeweiligen Fondsbeteiligung haben.

33 2. Die Kläger haften für die Darlehensbeträge quotaal entsprechend ihrer Beteiligung an der GbR.

34 a) Für die Verbindlichkeiten einer BGB-Gesellschaft haften neben dem Gesellschaftsvermögen die Gesellschafter analog § 128 HGB grundsätzlich akzessorisch, persönlich, primär und unbeschränkt. Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts in der neueren Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) hat sich an der Haftung der Gesellschafter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten im Ergebnis nichts geändert; sie wurde lediglich auf eine andere dogmatische Grundlage gestellt. Während nach der früher vertretenen Doppelverpflichtungslehre die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen dadurch begründet wurde, dass der namens der Gesellschaft handelnde Geschäftsführer regelmäßig zugleich die Gesellschaft und die Gesellschafter verpflichtete, sein Vertreterhandeln somit auch den Gesellschaftern zugerechnet wurde, wird sie nunmehr in Konsequenz der Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Anlehnung an die OHG als akzessorische Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus § 128 HGB hergeleitet (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1999 - II ZR 371/98, BGHZ 142, 315; Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; Urteil vom 21. Januar 2002 - II ZR 2/00, BGHZ 150, 1; Urteil vom 24. Februar 2003 - II ZR 385/99, BGHZ 154, 88; Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 56/02, BGHZ 154, 370; Urteil vom 8. Februar 2011 - II ZR 263/09, ZIP 2011, 909 Rn. 23; Urteil vom 8. Februar 2011 - II ZR 243/09, ZIP 2011, 914 Rn. 14).

35 b) Dass einzelne Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der GbR im Wege eines „Grundbuchtreuhandverhältnisses“ beigetreten sind, steht ihrer Haftung nicht entgegen.

36 Zwar setzt eine unmittelbare Außenhaftung der Kläger analog §§ 128, 130 HGB voraus, dass sie selbst Gesellschafter geworden sind; derjenige, der bloß als Treugeber beteiligt ist und dessen Gesellschaftsanteil von einem Treuhänder gehalten wird, haftet für Gesellschaftsschulden nicht analog §§ 128, 130 HGB persönlich (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rn. 21; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08, NZG 2009, 380 Rn. 35; Urteil vom 20. Juli 2010 - XI ZR 465/07, ZIP 2010, 1590 Rn. 25; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, ZIP 2011, 906 Rn. 10).

37 So liegt der Fall hier aber nicht. Eine Auslegung des Gesellschaftsvertrags ebenso wie der in die Treuhandverträge übernommenen Treuhandbedingungen ergibt, dass die Kläger und nicht die „Grundbuchtreuhandlerin“ Gesellschafter der GbR geworden sind. Der Gesellschaftsvertrag (§ 4 Nr. 3 Satz 1) sieht schon ausschließlich die Möglichkeit vor, sich an der Gesellschaft als „Direktgesellschafter“ zu beteiligen; dementsprechend sind sämtliche Kläger der GbR als unmittelbare Gesellschafter beigetreten. Die mögliche Treuhandvariante ist darauf beschränkt, die gesellschaftsrechtlichen Rechte gegenüber dem Grundbuchamt durch einen Treuhänder halten zu lassen (§ 4 Nr. 3 Satz 2). Die Rechtsstellung als unmittelbarer Gesellschafter wird hierdurch nicht berührt. Nach § 4 Nr. 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages üben alle Gesellschafter, auch die sogenannten Treuhandgesellschafter, ihre Gesellschafterrechte im eigenen Namen aus; dem entspricht § 2 der Treuhandbedingungen, der bestimmt, dass alle mit der Beteiligung verbundenen Rechte und Pflichten, wie die Rechte an der Beteiligung am Ergebnis der Gesellschaft, Stimm- und sonstige Mitwirkungsrechte, bei dem „Treuhandgesellschafter“ verbleiben. Nach § 4 Nr. 6 Abs. 2, § 8 des Gesellschaftsvertrags haften die „Treuhandgesellschafter“ den Gläubigern der Gesellschaft mit ihrem sonstigen Vermögen der Höhe nach unbegrenzt, wenn auch nur quotale entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft. In Übereinstimmung hiermit wird nach § 3 der Treu-

handbedingungen der „Treuhandgesellschafter“ für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die im Rahmen des Gesellschaftszwecks eingegangen werden, direkt und persönlich, jedoch nur quotal entsprechend seiner Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft verpflichtet. Die Vereinbarung einer so ausgestalteten bloßen „Grundbuch-Treuhand“, die vor Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2008 - V ZB 74/08, BGHZ 179, 102) den Verkehr mit dem Grundbuchamt bei einem Wechsel im Gesellschafterbestand vereinfachen sollte (so auch hier gemäß § 1 Abs. 2 der Treuhandbedingungen), ist einem umfassenden Treuhandverhältnis, bei dem der Treugeber nicht Gesellschafter wird, sondern ein anderer Gesellschafter für ihn den Gesellschaftsanteil hält und nur dieser nach außen in Erscheinung tritt, nicht vergleichbar.

38 Ob ein Treuhandverhältnis in der hier gewählten Form wirksam ist, was die Kläger in Zweifel ziehen, kann offen bleiben. Denn die Unwirksamkeit hätte lediglich die Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Folge (§ 899a BGB, Art. 229 § 21 EGBGB), änderte aber nichts daran, dass nach dem für die Gesellschafterstellung allein maßgeblichen Gesellschaftsvertrag alle Kläger, auch die sogenannten Treuhandgesellschafter, Gesellschafter der GbR geworden sind und dementsprechend für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft analog §§ 128, 130 HGB haften (vgl. schon BGH, Urteil vom 25. Oktober 2005 - XI ZR 402/03, ZIP 2006, 121 Rn. 2, 17). Dass auch die Treuhandgesellschafter „echte“ Gesellschafter der GbR sind, entspricht zudem dem eigenen Verständnis derjenigen Kläger, die sich dafür entschieden haben, ihre Rechte im Grundbuch von einem „Grundbuch-Treuhänder“ halten zu lassen. Die Revision der Beklagten verweist zu Recht darauf, dass sämtliche Kläger im Rahmen ihrer Klageanträge die Abtretung ihrer Gesellschaftsanteile und nicht nur die Übertragung der Rechte aus dem Treuhandverhältnis angeboten haben.

39 c) Die Kläger, die noch unter der Geltung der Doppelverpflichtungstheorie der Fondsgesellschaft beigetreten sind, haften mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft beschränkt auf den ihrer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen entsprechenden Teilbetrag der Verbindlichkeiten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist diese Haftungsbeschränkung - über die Kenntnis des Gesellschaftsvertrags und der Gesamtkonzeption - mit der Beklagten vereinbart worden. Unabhängig davon können sich Gesellschafter geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die - wie die Kläger - der Gesellschaft zu einer Zeit beigetreten sind, als nach der Lehre von der Doppelverpflichtung die Haftung der Gesellschafter rechtsgeschäftlich vereinbart werden musste, auch nach der Änderung der Rechtsprechung zur Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH, Urteil vom 27. September 1999 - II ZR 371/98, BGHZ 142, 315; Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341) aus Gründen des Vertrauensschutzes für die davor geschlossenen Verträge weiterhin auf eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung unter der Voraussetzung berufen, dass die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner mindestens erkennbar war (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2002 - II ZR 2/00, BGHZ 150, 1, 5). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Prospekt und Gesellschaftsvertrag weisen deutlich auf die nur quotale Haftung der künftig beitretenden Gesellschafter hin. Dass die Kläger nur quotale entsprechend ihrer Beteiligung an der GbR haften, wird von der Beklagten nicht in Abrede gestellt.

40 d) Eine Haftung der Kläger für die Darlehensverbindlichkeiten der GbR ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Verbindlichkeiten schon bei ihrem Beitritt zur GbR bestanden haben. Nach der Aufgabe der Theorie der Doppelverpflichtung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben die Gesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts analog §§ 128, 130 HGB grundsätzlich

auch für die vor ihrem Beitritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich einzustehen (BGH, Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 373 ff.; Urteil vom 18. Juli 2006 - XI ZR 143/05, ZIP 2006, 1622 Rn. 34 ff.; Urteil vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 Rn. 18 ff.). Dies gilt auch für Gesellschafter, die noch vor der Veröffentlichung des Urteils des erkennenden Senats vom 7. April 2003 (II ZR 56/02, BGHZ 154, 370) einer solchen Gesellschaft beigetreten sind, weil die mit diesem Urteil vorgenommene Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht nur Wirkung für die Zukunft, sondern auch für früher begründete, noch nicht abgeschlossene Rechtsbeziehungen entfaltet (BGH, Urteil vom 29. Februar 1996 - IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 129 f.). Diese sogenannte unechte Rückwirkung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist grundsätzlich rechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 74, 129, 155; BGH, Urteil vom 29. Februar 1996 - IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 129); Gerichte sind nicht an eine feststehende Rechtsprechung gebunden, die sich im Lichte besserer Erkenntnis als nicht mehr zutreffend erweist (BVerfGE 59, 128, 165). Allerdings gebieten das Rechtsstaatsgebot und der daraus folgende Grundsatz des Vertrauensschutzes, in jedem einzelnen Fall einer mit Rückwirkung verbundenen Rechtsprechungsänderung an den Kriterien der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit zu prüfen, ob den Interessen des auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage Vertrauenden Vorrang gegenüber der materiellen Gerechtigkeit einzuräumen ist (BVerfGE 59, 128, 165; BGH, Urteil vom 29. Februar 1996 - IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119, 130 f.; Urteil vom 12. Dezember 2005 - II ZR 283/03, ZIP 2006, 82 Rn. 16).

41 Nach den hier gegebenen Umständen des Falles können sich die Kläger nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie vor der Entscheidung des erkennenden Senats vom 7. April 2003 (II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 373 ff.) und in Unkenntnis der 1991 und 1992 geschlossenen Darlehensverträge in die Gesellschaft eingetreten sind. Die Kläger hätten bei auch nur geringer Aufmerksam-

keit erkennen können, dass für die Objektfinanzierung erhebliche Fremdmittel benötigt wurden, für deren Rückzahlung sie nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags haften sollten. Bei einem Immobilienfonds werden typischerweise Fremdmittel aufgenommen. So war es auch hier. Aus dem Prospekt ergab sich, dass erhebliche Kredite benötigt wurden. Im Investitions- und Finanzierungsplan auf der Seite 11 des Prospekts und erneut auf Seite 4 der Dokumentation zum Prospekt wird ausdrücklich das benötigte Fremdkapital in Höhe von 23.125.000 DM aufgeführt. Zudem wird auf Seite 10 des Prospekts auf die für die fondsfinanzierende Bank bereits eingetragene Grundschuld in Höhe von 23.125.000 DM hingewiesen. Ein Anleger, der in eine Publikumsgesellschaft eintritt, muss auch ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelungen oder Prospektangaben damit rechnen, dass die zur Finanzierung des Objekts benötigten Kredite bereits ganz oder teilweise aufgenommen worden sind (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 185/05, ZIP 2007, 169 Rn. 19).

42 Zwar enthalten weder der Gesellschaftsvertrag noch der Prospekt einen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass sich die dort vorgesehene quotale Haftung auch auf solche Gesellschaftsverbindlichkeiten bezieht, die schon vor dem Beitritt der Gesellschafter entstanden sind. Andererseits lässt sich ihnen auch nicht entnehmen, dass die Gesellschafter den Gläubigern ausschließlich für die nach ihrem Beitritt eingegangenen Verbindlichkeiten haften sollten. § 8 Nr. 2 des Gesellschaftsvertrages regelt, dass die Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen für „die Verbindlichkeiten der Gesellschaft“ zwar nur quotal entsprechend ihrer kapitalmäßigen Beteiligung, in der Höhe aber unbegrenzt haften, ohne dass zwischen Verbindlichkeiten, die beim Beitritt zur GbR schon bestanden haben, und solchen, die erst nach diesem Zeitpunkt begründet worden sind, unterschieden wird. Dementsprechend haben alle Gesellschafter nach den Vorgaben des Gesellschaftsvertrags der von der GbR beauftragten Geschäftsbesorgerin unter anderem Vollmacht erteilt, für die schon bestehenden Kredite

anteilig persönliche Haftungserklärungen abzugeben; ob die von dieser namens der Kläger erklärten persönlichen Haftungsübernahmen wirksam sind, ist für die hier zu beurteilende Frage, ob ein überwiegendes schützenswertes Interesse der Kläger anzuerkennen ist, entsprechend der früheren Rechtslage für die „Altverbindlichkeiten“ der GbR nicht analog § 130 HGB haften zu müssen, nicht von Bedeutung. Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass die Kläger mit ihren Beteiligungen wirtschaftlich an den der Gesellschaft gewährten Krediten unabhängig davon teilhaben, ob die Fremdmittel vor oder nach ihrem Beitritt aufgenommen wurden. Die schon vor ihrem Beitritt zur Objektfinanzierung aufgenommenen Fremdmittel kommen der Gesellschaft und mithin den Klägern als Gesellschaftern gleichermaßen zugute, wie wenn sie erst nach ihrem Beitritt aufgenommen worden wären.

43 e) Ebenso ohne Erfolg macht die Anschlussrevision geltend, die Haftung der Kläger aus §§ 128, 130 HGB analog sei in den Darlehensverträgen abbedungen worden. Das Berufungsgericht hat eine derartige Vereinbarung in tatrichterlicher Auslegung der Darlehensverträge unter Berücksichtigung der Regelungen des Gesellschaftsvertrags mit revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Erwägungen verneint. Es liegt auch keine Unklarheit in den Formulierungen der Darlehensverträge gemäß § 5 AGBGB aF (§ 305 c Abs. 2 BGB) vor. Aufgrund der Prospektdarstellung konnte bei den Anlegern kein Zweifel darüber bestehen, dass sie im Umfang ihrer Beteiligung auch persönlich für die Darlehen haften sollten. Die persönliche Haftung war zudem erforderlich, um die im Prospekt dargestellten Steuervorteile zu erhalten.

44 3. Entgegen der insoweit rechtsfehlerhaften Auffassung des Berufungsgerichts verringern die aus der Zwangsverwaltung des Grundstücks erzielten Erlöse die persönliche Haftung der Kläger nicht. Ihre quotale Haftung als Gesellschafter bemisst sich nicht nach der im Zeitpunkt der Inanspruchnahme

noch offenen Restdarlehensschuld, sondern nach dem Nominalbetrag des ausgereichten Darlehens nebst Zinsen und Kosten. Die nach der Verwertung des Gesellschaftsvermögens verbleibende Darlehensrestschuld bildet lediglich die Obergrenze ihrer Haftung.

45 a) Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat (BGH, Urteil vom 8. Februar 2011 - II ZR 263/09, ZIP 2011, 909 Rn. 26 ff.; Urteil vom 8. Februar 2011 - II ZR 243/09, ZIP 2011, 914 Rn. 17 ff.), sind Zahlungen und sonstige Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen nicht kraft Gesetzes auf die Haftungsanteile anzurechnen. Aus der rechtlichen Einordnung der Gesellschafterhaftung als akzessorische Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Der Grundsatz der Akzessorietät von Gesellschaftsschuld und Gesellschafterhaftung besagt lediglich, dass der Bestand der Gesellschaftsschuld die Obergrenze für die jeweilige persönliche Haftung der Gesellschafter bildet. Ob und in welchem Umfang Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen oder Erlöse aus dessen Verwertung nicht nur die Schuld der Gesellschaft, sondern den Haftungsbetrag jedes einzelnen Gesellschafters verringern, beurteilt sich ausschließlich nach dem Inhalt der die Gesellschaftsschuld begründenden Vereinbarung.

46 b) Den zwischen der GbR und der Beklagten geschlossenen Vereinbarungen lässt sich indes entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts eine solche Beschränkung der Haftung dahingehend, dass Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen oder Erlöse aus dessen Verwertung den Haftungsbetrag des quotale haftenden Gesellschafters unmittelbar verringern, nicht entnehmen. Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch den Gesellschaftsvertrag der GbR heranzieht, kann der Senat die Auslegung selbständig

vornehmen, da der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft objektiv auszulegen ist (st.Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 19. März 2007 - II ZR 73/06, ZIP 2007, 812 Rn. 18; Urteil vom 11. Januar 2011 - II ZR 187/09, ZIP 2011, 322 Rn. 12 m.w.N.; Urteil vom 1. März 2011 - II ZR 16/10, ZIP 2011, 957 Rn. 8). Gleiches gilt für den Fondsprospekt, da dieser über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus verwendet wurde und daher ein Bedürfnis nach einer einheitlichen Auslegung besteht (BGH, Urteil vom 22. März 2007 - III ZR 218/06, ZIP 2007, 871 Rn. 6). Hingegen ist die Auslegung des Darlehensvertrags als Individualvereinbarung zwar grundsätzlich Sache des Tatrichters und revisionsrechtlich nur darauf überprüfbar, ob der Tatrichter gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentlichen Auslegungstoff außer Acht gelassen hat (st.Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 8. November 2004 - II ZR 300/02, ZIP 2005, 82, 83; Urteil vom 7. März 2005 - II ZR 194/03, ZIP 2005, 1068, 1069; Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 68/08, ZIP 2009, 880 Rn. 12; Beschluss vom 14. Juni 2010 - II ZR 135/09, ZIP 2010, 1442 Rn. 7). Solche Rechtsfehler sind hier aber gegeben. Die Auslegung des Berufungsgerichts findet im Wortlaut der Vereinbarungen keine hinreichende Stütze und verstößt gegen den Grundsatz der beiderseitigen interessengerechten Auslegung.

- 47 aa) Zwar haften die Kläger nach der gesellschaftsvertraglichen Regelung nur quotaal. Allein aus dem Begriff „quotaal“ lässt sich aber regelmäßig nicht herleiten, dass mit der Übernahme dieser Beschränkung in den mit einem Kreditgeber der Gesellschaft geschlossenen Darlehensvertrag die Haftung stets auf den offenen Restbetrag des Darlehens bezogen sein soll (BGH, Urteil vom 8. Februar 2011 - II ZR 263/09, ZIP 2011, 909 Rn. 32; Urteil vom 8. Februar 2011 - II ZR 243/09, ZIP 2011, 914 Rn. 25). Ist vereinbart, dass die Gesellschafter für das von der Gesellschaft aufgenommene Darlehen nur quotaal haften, bedeutet dies lediglich, dass ihre Haftung auf den jeweiligen Anteil ihrer

Beteiligung beschränkt ist. Damit ist nicht festgelegt, von welchem Betrag sich ihre Quote berechnet. Begnügt sich der Kreditgeber abweichend von der nach dem Gesetz (§ 128 HGB analog) eintretenden gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter mit einer teilschuldnerischen Haftung bezogen auf den Darlehensbetrag, rechtfertigt dies nicht ohne weiteres den Schluss, dass die in diesem Sinn beschränkte Haftung der Gesellschafter mit jeder Verringerung des Darlehenssaldos, hier durch den Erlös aus der Zwangsverwaltung des Grundstücks, geringer werden und der Kreditgeber damit über die ausdrücklich vereinbarte (quotale) Haftungsbeschränkung hinaus weitergehend das Risiko der Insolvenz der Gesellschafter tragen soll.

48 Für einen Willen der vertragsschließenden Parteien, dass jede Verringerung des Darlehenssaldos unmittelbar auch die quotalen Haftungsbeiträge der Gesellschafter vermindern soll, ergeben sich hier aus den darlehensvertraglichen Regelungen keine hinreichenden Anhaltspunkte. In der für jeden der vier Darlehensverträge gleichlautenden Ergänzung des Darlehensvertrages heißt es:

Die Darlehensnehmer haften als Gesamtschuldner, aber jeweils beschränkt auf die in der beigehefteten Aufstellung genannten Darlehensbeiträge nebst Zinsen und Nebenleistung. Ihre Verpflichtung zur Abgabe eines persönlichen Schuldversprechens und zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen [deswegen] beschränkt sich jeweils auf diesen Betrag nebst Zinsen und Nebenleistung, soweit es nicht ausdrücklich anders genannt ist.

49 Selbst wenn die Ergänzungen zu den Darlehensverträgen - wie das Berufungsgericht meint - unwirksam sein sollten, belegen sie doch, dass es keinen übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien gab, eine variable Haftung der Gesellschafter zu vereinbaren. Insbesondere ergibt sich aus den Ergänzungen, dass im Jahr 1996 die für jeden Gesellschafter ausgewiesenen Haftungsbeträ-

ge vom Nominalbetrag der Darlehenssumme zuzüglich Zinsen und Kosten berechnet wurden und die bis dahin geleisteten Zahlungen der GbR unberücksichtigt geblieben sind.

50 Im Darlehensvertrag vom 18. Dezember 1991 über 2,9 Mio. DM heißt es unter 10. Zahlungsmodalitäten:

... § 366 BGB findet keine Anwendung. ... Die Bank ist berechtigt, Zahlungen nach ihrem billigen Ermessen auf die geschuldeten Leistungen zu verrechnen. Bestehen mehrere Schuldverhältnisse, kann sie bestimmen, auf welches Schuldverhältnis und auf welche geschuldeten Leistungen Zahlungen zu verrechnen sind.

51 In den drei späteren Darlehensverträgen heißt es jeweils gleichlautend:

15.2.2

Die Bank kann die persönliche Haftung unabhängig von der Eintragung und dem Bestand der Grundschuld sowie ohne vorherige Zwangsvollstreckung in das Beleihungsobjekt geltend machen.

23. Zahlungsmodalitäten

23.1... § 366 BGB findet keine Anwendung. ... Die Bank ist berechtigt, Zahlungen nach ihrem billigen Ermessen auf die geschuldeten Leistungen zu verrechnen. Bestehen mehrere Schuldverhältnisse, kann sie bestimmen, auf welches Schuldverhältnis und auf welche geschuldeten Leistungen Zahlungen zu verrechnen sind.

52 Aus diesen Formulierungen lässt sich nichts dafür herleiten, dass Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen anteilig die Haftung der Gesellschafter mindern sollen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Regelung in Nr. 23.1, mit der sich die Bank die beliebige Verrechnung der Zahlungen vorbehält, gemäß § 9 AGBG aF (§ 307 Abs. 1 BGB) unwirksam ist, weil sie, wenn es sich

um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handeln sollte, den Vertragspartner unangemessen benachteiligt (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1999 - XI ZR 155/98, ZIP 1999, 744, 745; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 366 Rn. 8). Jedenfalls schließt sie einen übereinstimmenden Willen der vertrags-schließenden Parteien aus, dass Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen die Haftung der Gesellschafter ohne weiteres verringern sollten. Denn nach der beabsichtigten Regelung sollte allein die finanzierende Bank entscheiden können, worauf Zahlungen angerechnet werden. Hinzu kommt, dass die Beklagte nach den drei späteren Darlehensverträgen (Nr. 15.2.2) nicht zu einer vorrangigen Verwertung des Fondsgrundstücks verpflichtet, sondern ihr die Wahlfreiheit eingeräumt war, die Gesellschafter persönlich vor der Verwertung des Grundstücks in Anspruch zu nehmen. Dem steht die Regelung in Nr. 15.4.2 der Darlehensverträge nicht entgegen. Danach werden zwar „alle Zahlungen an die Bank nur auf die persönlichen Forderungen und nicht auf die Grundschulden, das Schuldversprechen oder die sonstigen Sicherheiten angerechnet“. Die persönliche Forderung meint hier aber die Darlehensforderung gegen die Gesellschaft, nicht die Gesellschafterhaftung.

53 Dieses Auslegungsergebnis ist interessengerecht. Die persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter entspricht dem Wesen der Personengesellschaft und ihren Haftungsverhältnissen, weil die Gesellschaft kein eigenes, zu Gunsten ihrer Gläubiger gebundenes garantiertes Haftkapital besitzt (BGH, Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 373). Be-gnügt sich der Kreditgeber abweichend von der nach dem Gesetz regelmäßig eintretenden gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter mit deren teil-schuldnerischen Haftung entsprechend ihrer Beteiligung am Gesellschaftsver-mögen, sollen jedoch darüber hinaus Zahlungen und Erlöse aus dem Gesell-schaftsvermögen die vom ursprünglichen Darlehensbetrag berechneten Haf-

tungsbeträge der Gesellschafter vermindern, bedarf dies, nimmt man § 128 HGB in den Blick, einer - hier nicht gegebenen - eindeutigen Vereinbarung.

54 Dadurch, dass Zahlungen und Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen auf die Haftungsbeträge der Gesellschafter nicht angerechnet werden, entsteht nicht die Gefahr, dass die Gesellschafter für eine Verbindlichkeit haften, obwohl die Gesellschaftsschuld erloschen ist. Vielmehr scheidet eine doppelte Befriedigung der Gläubigerin wegen der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung von vornherein aus. Erlangt die Beklagte Zahlung in Höhe der noch offenen Darlehensschuld und erlischt diese, schulden auch die Gesellschafter nichts mehr (§ 129 HGB).

55 bb) Eine abweichende Beurteilung der quotalen Haftung der Kläger ergibt sich weder aus dem Fondsprospekt noch aus dem Gesellschaftsvertrag.

56 Zwar richtet sich grundsätzlich ausschließlich nach den Darlehensverträgen, ob und in welchem Umfang die Haftung der Kläger als Gesellschafter gegenüber der gesetzlichen Haftung nach § 128 HGB beschränkt wurde. Wie oben (III.2.c) ausgeführt, können aber die Kläger, die zum Zeitpunkt des Abschlusses der Darlehensverträge noch nicht Gesellschafter waren, der Beklagten jedenfalls aus Gründen des Vertrauensschutzes eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung entgegenhalten, sofern diese für die Beklagte mindestens erkennbar war (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2002 - II ZR 2/00, BGHZ 150, 1, 5). Gleiches gilt für den Fondsprospekt.

57 Jedoch kann weder dem Prospekt noch dem Gesellschaftsvertrag entnommen werden, dass die Erlöse aus der - nach Abschluss der Berufungsinstanz abgeschlossenen - Verwertung der Fondsimmoblie die jeweiligen Haftungsanteile der Gesellschafter verringern sollten. Ob die Kläger nach dem Fondsprospekt davon ausgehen konnten, dass vorrangig das Grundstück ver-

wertet würde, kann dahinstehen. Selbst wenn die Beklagte vor Inanspruchnahme der Gesellschafter zur vorrangigen Verwertung des Fondsgrundstücks verpflichtet gewesen wäre, besagte dies nicht, dass der jeweilige Haftungsbetrag der einzelnen Gesellschafter nicht nach dem ursprünglichen Darlehensbetrag, sondern nach der - um die (freiwilligen) Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen und um den Verwertungserlös aus dem Fondsgrundstück - verringerten, zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme noch offenen Darlehensschuld zu bemessen wäre.

58 4. Den Klägern steht kein Zurückbehaltungsrecht des Inhalts zu, dass sie nur Zug um Zug gegen anteilige Abtretung der Grundschuld zur Zahlung ihrer Haftungsbeträge verpflichtet sind.

59 Ein Gesellschafter, der gemäß § 128 HGB auf eine anderweitig - bei Immobilienfonds typischerweise durch eine Grundschuld - gesicherte Gesellschaftsschuld zahlt, hat jedenfalls bei nicht akzessorischen Sicherheiten keinen Zug-um-Zug zu erfüllenden Anspruch auf anteilige Übertragung der Sicherheit, den er dem Gläubiger als Einrede entgegenhalten kann. Wie das Berufungsgesicht zutreffend ausführt, ergibt sich ein solcher Anspruch der Kläger weder aus den Darlehensverträgen mit der GbR noch aus § 426 Abs. 2, §§ 412, 401 BGB, da Gesellschaft und Gesellschafter im Verhältnis zueinander nicht gesamtschuldnerisch haften. Auch für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift besteht kein rechtfertigender Anlass. Für den Rückgriff des zahlenden Gesellschafters auf die Gesellschaft gelten gesellschaftsrechtliche Grundsätze; maßgeblich ist hierfür § 110 HGB, der lediglich einen Erstattungsanspruch vorsieht (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 1963 - II ZR 124/61, BGHZ 39, 319, 323).

60 Ebenso scheidet eine analoge Anwendung von § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB aus (Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 128 Rn. 30;

v. Gerkan/Haas in Röhrich/v. Westphalen, HGB, 3. Aufl., § 128 Rn. 10; Wertbruch in Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, § 20 Rn. 403 (Stand: April 2010); Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl., § 128 Rn. 25; Knerr in jurisPK-BGB, 5. Aufl., § 412 Rn. 16; a.A. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 49 V 1, S. 1436; MünchKommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl., § 128 Rn. 31; Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 128 Rn. 43 f.; Koller in Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl., § 128 Rn. 8; Neubauer/Herchen in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 3. Aufl., § 69 Rn. 6). Die Voraussetzungen einer Analogie liegen nicht vor. Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (BGH, Urteil vom 12. Januar 2010 - XI ZR 37/09, ZIP 2010, 319 Rn. 32 mwN). Daran fehlt es hier. Wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, hat der Gesetzgeber den Erstattungsanspruch des Gesellschafters, der noch in der Gesellschaft verbleibt, abschließend in § 110 HGB geregelt (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 1963 - II ZR 124/61, BGHZ 39, 319, 324 f.). Ein darüber hinausgehender Forderungsübergang ist nicht vorgesehen.

61 5. Die Kläger zu 40 und 41 haften als Gesamtschuldner. Die Auslegung des Berufungsgerichts, dass die in der Beitrittserklärung der Kläger zu 40 und 41 vorgesehene Aufteilung des Anteils lediglich das Innenverhältnis betrifft, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision der betroffenen Kläger zeigt nicht auf, dass die tatrichterliche Auslegung gegen allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze verstößt oder wesentlichen Prozessstoff außer Acht lässt. Beteiligen sich mehrere Personen gemeinsam an einer Anlagegesellschaft, liegt eine Aufteilung in Bruchteile fern, da andernfalls getrennte Anteile hätten gezeichnet werden können. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, ob eine Bruchteilsgemeinschaft überhaupt Mitglied einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein kann (ablehnend z.B. MünchKommBGB/Ulmer, 5. Aufl., § 705

Rn. 83; Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl., § 705 Rn. 26; Erman/Westermann, BGB, 12. Aufl., § 705 Rn. 22).

62 IV. Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

63 Gegen die Höhe der von der Beklagten zuletzt berechneten Restforderung und die Anteile der Kläger am Gesellschaftsvermögen wenden sich die Anschlussrevisionen und Revisionen der Kläger nicht.

64 Soweit die Beklagte bezüglich der Kläger zu 40, 41, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 54, 55 und 56 gegen eine Kostenerstattungsforderung in Höhe von jeweils 3.861,95 € aufgerechnet und einseitig die Erledigung erklärt hat, ist der darin liegende Antrag auf Feststellung der Erledigung zulässig und begründet. Entgegen der Annahme der Revisionen und Anschlussrevisionen der Kläger hat die Beklagte die Teilerledigung nicht nur hilfsweise, sondern unbedingt erklärt. Das Berufungsgericht hat die Teilerledigungserklärung sowohl bei den Haupt- als auch bei den „Hilfsanträgen“ berücksichtigt, bei denen es sich ohnehin

- anders als die Anschlussrevisionen meinen - nicht um echte Hilfsanträge, sondern um eine stets zulässige Beschränkung der Klageanträge der Höhe nach handelt.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 07.12.2006 - 37 O 227/06 -

KG Berlin, Entscheidung vom 11.11.2008 - 4 U 12/07 -