

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

## Richterliche Inhaltskontrolle von Standardklauseln bei einer Publikums-KG und der Prospekthaftung

### 1. Ergebnisse der Judikatur

Es entspricht inzwischen *gefestigter Judikatur*<sup>1)</sup>, daß Gesellschaftsverträge für Publikums-KGs der *richterlichen Inhaltskontrolle* gemäß § 242 BGB unterliegen<sup>2)</sup>. Diese Grundsätze sind auch auf die *Publikums-BGB-Gesellschaft* angewandt worden<sup>3)</sup>. Die *dogmatische Begründung* für die gemäß § 23 Abs. 1 der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 9 entzogene AGB-Kontrolle<sup>4)</sup> liegt in folgendem: Die Rechtslage bei typischen Publikums-KGs sowie bei Publikums-BGB-Gesellschaften ist ähnlich wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen. Sie werden nicht zwischen den Parteien ausgehandelt, sondern für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle von einer Seite im vorhinein geregelt; es besteht nicht die Gewähr, daß die Interessen aller Beteiligten — im Wege eines Kompromisses — berücksichtigt werden, so daß die an § 242 BGB orientierte richterliche Inhaltskontrolle dieser Gesellschaftsverträge dem *besonderen Schutz der Anlagegesellschaftler* dient<sup>5)</sup>. Das Instrumentarium der richterlichen Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen gemäß § 242 BGB zielt deshalb auf die Verhinderung eines möglichen Mißbrauchs der Vertragsgestaltungsfreiheit<sup>6)</sup>.

a) *Voraussetzung* für die richterliche Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen gemäß § 242 BGB ist folgendes:

Es muß sich um eine typische „*Massengesellschaft*“ handeln, deren Wesensmerkmal darin besteht, daß die Kommanditisten untereinander zu den eigentlichen Unternehmensgesellschaftern in keinerlei persönlichen oder sonstigen näheren Beziehungen stehen, wie dies bei der „normalen“ KG der Fall ist<sup>7)</sup>. Insoweit ist bedeutsam, daß die Anlagegesellschaftler/Kommanditisten regelmäßig öffentlich geworben werden<sup>8)</sup>. Des Weiteren ist wesentlich, daß die Anlagegesellschaftler dem KG-Vertrag — regelmäßig durch Werbung und Einschaltung von Anlagenvermittlern — beigetreten sind, ohne in irgendeiner Weise *Einfluß* auf die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages gehabt zu haben<sup>9)</sup>. Dabei ist es *gleichgültig*, ob die Anlagegesellschaft in der Form einer Publikums-KG oder in der einer Publikums-BGB-Gesellschaft organisiert ist<sup>10)</sup>. Entscheidend ist vielmehr, ob die Gesellschaft — nach dem Willen ihrer Initiatoren und Gründer — darauf angelegt ist, bis zu einer bestimmten Höhe des im Gesellschaftsvertrags festgelegten Kapitals eine *unbestimmte Vielzahl* von Gesellschaftern aufzunehmen<sup>11)</sup>.

b) Sind diese Voraussetzungen erfüllt, finden die Grundsätze der *richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB* Anwendung. Orientierungspunkt für die Nutzbarmachung dieses Instrumentariums sind in erster Linie die jeweiligen Bestimmungen des *dispositiven Rechts*, z. B. die Vorschriften der §§ 93 Abs. 6, 116 AktG<sup>12)</sup>. Der gleiche Ansatzpunkt gilt insoweit, als dispositive Bestimmungen des *HGB* vorhanden sind, z. B. §§ 164, 166 HGB<sup>13)</sup>. Fehlt es indessen, was häufig vorkommt, an entsprechenden Bestimmungen des dispositiven Rechts, auf die im Wege der richterlichen Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen zurückgegriffen werden kann, dann ist auf eine Art *Leitbild* der Publikums-KG bzw. der Publikums-BGB-Gesellschaft abzuheben, in der die Interessen des Kapitalanlegers — vor den Risiken eines Mißbrauchs — angemessen geschützt sind<sup>14)</sup>. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch in all den Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag keine — mit dem Instrumentarium der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB — angreifbare Vertragsbestimmung enthält. In diesen Fällen ist das Bestreben der Judikatur erkennbar, eine Art *Sonderrecht für Publikums-Personen-Gesellschaft* zu entwickeln<sup>15)</sup>.

### 2. Einzelklauseln — § 9 AGB-Gesetz

Bei der Ausgestaltung einer Publikums-KG ist die Einschaltung eines *Treuhandkommanditisten* häufig anzutreffen<sup>16)</sup>. Oft wird auch ein *Beirat* bestellt<sup>17)</sup>, oder es wird ein *Aufsichtsrat* eingesetzt<sup>18)</sup>. Hieraus ergeben sich folgende Einzelheiten, die bei der richterlichen Inhaltskontrolle typischen AGB-Klauseln im Auge zu behalten sind:

#### a) Einschaltung eines Treuhandkommanditisten

Ziel und Zweck der Einschaltung eines *Treuhandkommanditisten* ist es, daß zwischen dem einzelnen Kapitalanleger/Kommanditisten und dem Treuhänder/Treuhandkommanditisten ein *Treuhandvertrag* abgeschlossen wird: Der einzelne Kommanditist beteiligt sich deshalb nur *mittelbar*, und zwar als Treugeber über den Treu-

1) Vgl. *Robert Fischer*, Gedanken über einen Minderheitenschutz bei den Personengesellschaften, Festschrift für Barz, 1974 S. 33 ff.; *Martens*, Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenzen im Recht der Personengesellschaften, DB 1973 S. 413 ff.; *Schneider*, Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, ZGR 1978 S. 1 ff.; *Stimpel*, Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der Publikums-KG, Festschrift für *Robert Fischer*, 1979, 771 ff.; H. P. *Westermann*, Kautelarjurisprudenz, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, ACP 1975 S. 375 ff.

2) BGHZ 64 S. 238 = DB 1975 S. 1499; BGH, DB 1977 S. 2088 = BB 1977 S. 1472; BGH, DB 1978 S. 247 = NJW 1978 S. 425; BGH, WM 1981 S. 1023; BGH, DB 1982 S. 1866 = WM 1982 S. 760; KG Berlin, DB 1978 S. 1922.

3) BGH, WM 1982 S. 583 = DB 1982 S. 1395; vgl. auch BGH, WM 1982 S. 40.

4) Vgl. *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner*, Großkommentar zum AGB-Gesetz, 2. Aufl., § 23 Abs. 1 Rdnr. 19 m. w. N. Paragraphenangaben ohne Bezeichnung beziehen sich auf das AGB-Gesetz.

5) BGH, DB 1975 S. 1499 = BB 1975 S. 804, 805; BGH, WM 1982 S. 760, 761 = DB 1982 S. 1866; KG Berlin, DB 1978 S. 1922 = AGBE I § 23 Nr. 1.

6) Vgl. *Wiedemann*, BB 1975 S. 1591, 1597; *Martens*, JZ 1976 S. 511 ff.; *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 4 ff.

7) BGH, DB 1975 S. 1499, 1500 = BB 1975 S. 804, 805; BGH, DB 1982 S. 1866 = WM 1982 S. 760, 761.

8) BGH, DB 1982 S. 1395 = WM 1982 S. 583, 584; zu den dabei auftretenden Problemen der Prospekthaftung vgl. sub Ziff. 4.

9) BGH, DB 1975 S. 1499 = BB 1982 S. 1866, WM 1982 S. 760, 761; *Schneider*, ZGR 1978 S. 9 f.

10) BGH, DB 1982 S. 1395 = BB 1982 S. 886, 887.

11) BGH, a.a.O.

12) BGH, DB 1975 S. 1499, 1500 — Geschäftsführungs- und Überwachungspflichten des Aufsichtsrats; Verjährungsfrist; *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 14 f.; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Kommentar, § 23 Rdnr. 28.

13) Insbesondere auch KG Berlin, DB 1978 S. 1922 = AGBE I § 23 Nr. 1 — Nachschußpflicht.

14) Hierzu insbesondere BGH, WM 1982 S. 760, 761 f. = DB 1982 S. 1866 — einseitiges Recht zur Übernahme einer KG-Beteiligung nach freiem Ermessen der Komplementär-GmbH; BGH, WM 1982 S. 583, 584 = DB 1982 S. 1395 — einfache Mehrheit ausreichend, um einen zur Geschäftsführung und Vertretung bestellten Verwalter, der nicht zum Kreis der Gesellschafter gehört, aus wichtigem Grund abzurufen; vgl. auch *Stimpel*, Festschrift für *Robert Fischer*, S. 772 ff.; 775 ff.

15) Vgl. *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 5 m. w. N.

16) Vgl. BGH, WM 1978 S. 642; BGH, WM 1980 S. 307; BGH, WM 1980 S. 401; BGH, WM 1982 S. 758 = DB 1982 S. 1817; BGH, DB 1982 S. 1866 = WM 1982 S. 760.

17) BGH, DB 1980 S. 71 = WM 1979 S. 1425.

18) BGH, DB 1975 S. 1499; BGH, DB 1977 S. 2088 = NJW 1977 S. 2311; BGH, DB 1978 S. 247 = NJW 1978 S. 425.

handkommanditisten/Treuhänder an der Gesellschaft<sup>19)</sup>. Es handelt sich dabei regelmäßig um eine *Verwaltungstreuhand*: Der einzelne Kommanditist kann deshalb berechtigterweise von dem Treuhandkommanditisten erwarten, daß dieser die Interessen der Anleger/Kommanditisten ordnungsgemäß und sachverständig wahrnimmt und alles Erforderliche tut, um die Beteiligung und deren wirtschaftlichen Wert zu erhalten und zu mehren<sup>20)</sup>.

aa) Von fundamentaler Bedeutung ist dabei, ob durch Einschaltung eines Treuhandkommanditisten die *Kontroll- und Auskunftsrechte* gemäß § 166 HGB — bis zur Grenze von § 166 Abs. 3 HGB — wirksam abbedungen werden können<sup>21)</sup>. Dies ist in Grenzen zu bejahen. Bei typischen Publikums-KGs, die ja Massengesellschaften sind, wäre es sachwidrig, würde man die vertragliche Abbedingung der Kontroll- und Auskunftsrechte gemäß § 166 HGB — zum Nachteil der einzelnen Kommanditisten — stets als unwirksam ansehen. Damit wäre die Gefahr heraufbeschworen, daß die Publikums-KG — durch mehr oder weniger ständige Ausübung der Überwachungsrechte gemäß § 166 HGB — praktisch lahmgelegt werden könnte. Dies kann auch nicht im wohlverstandenen Interesse der Anleger liegen. Gleichwohl bestehen gegen die *vollständige Übertragung* der Kontroll- und Auskunftsrechte der Kommanditisten auf den Treuhandkommanditisten gemäß § 242 BGB *durchgreifende Bedenken*. Denn zumindest die Rechte gemäß § 166 Abs. 3 HGB sind — auch bei einer Publikums-KG — *unabdingbar*<sup>22)</sup>.

Darüber hinaus bestehen jedoch gegen eine — auf den Treuhandkommanditisten konzentrierte — *Repräsentativverfassung* grundsätzlich keine Bedenken: Außerhalb des unentziehbaren Bereichs des § 166 Abs. 3 HGB kann der Treuhandvertrag in wirksamer Weise bestimmen, daß — im übrigen — die Kontroll- und Auskunftsrechte der einzelnen Kommanditisten beim Treuhandkommanditisten konzentriert sind. Dies gilt jedoch nur dann, wenn sichergestellt ist, daß der Treuhandkommanditist weder unmittelbar noch mittelbar zum Kreis der Initiatoren oder Gründer gehört, weil sonst die erforderliche — unabhängige — Kontrolle des fremdes Vermögens verwaltenden Komplementärs bzw. der Komplementär-GmbH nicht gewährleistet ist. Der Treuhandkommanditist muß also — juristisch wie wirtschaftlich — eine *selbständige Position* haben, so daß er mit der nötigen Unabhängigkeit und mit dem erforderlichen Sachverstand in der Lage ist, die Kontroll- und Auskunftsrechte der Kommanditisten wahrzunehmen. Man wird jedoch noch einen Schritt weitergehen müssen: Die Konzentrierung der Überwachungsrechte des § 166 HGB auf einen Treuhandkommanditisten hält — weitergehend — nur dann der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB stand, wenn dem einzelnen Kommanditisten das Recht verbleibt, bei *begründeten Zweifeln* die Überwachungsrechte gemäß § 166 Abs. 1 HGB auszuüben, indem er Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung, der Handels- und der Steuerbilanz verlangen kann, einschließlich Vorlage der Berichte der etwa eingeschalteten Wirtschaftsprüfer.

bb) Verletzt der Treuhandkommanditist/Treuhänder die ihm obliegenden Pflichten, so macht er sich *schadensersatzpflichtig*<sup>23)</sup>; auch kann ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung der „Beteiligung“ bestehen<sup>24)</sup>. Eine Pflichtverletzung liegt jedoch — mangels ausdrücklicher vertraglicher Regelung — dann nicht vor, wenn der Treuhandkommanditist von den Anlegern erhaltene Einlagen an die Gesellschaft weiterführt, und zwar auch dann nicht, wenn für diese der Vermögensverfall droht<sup>25)</sup>. Soweit zugunsten des Treuhandkommanditisten/Treuhänders *Haftungsfreizeichnungsklauseln* vorgesehen sind, sind diese wegen Verstoßes gegen eine „Kardinalpflicht“ nach § 9 Abs. 2 unwirksam<sup>25a)</sup>.

#### b) Einschaltung eines Aufsichtsrats

Soweit eine Publikums-KG einen *Aufsichtsrat* hat, bestehen grundsätzlich keine Bedenken dagegen, unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen die *Kontroll- und Auskunftsrechte* gemäß § 166 HGB bei diesem Organ zu konzentrieren. Indessen ist eine derartige Vertragsgestaltung nur dann mit den Grundsätzen der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB

vereinbar, wenn sichergestellt ist, daß die *Kommanditisten* — von Anfang an — berechtigt sind, die Mitglieder des Aufsichtsrats zu berufen<sup>26)</sup>. Ist dies nicht der Fall, sind insbesondere die Mitglieder des Aufsichtsrats vom Komplementär bzw. von der Komplementär-GmbH berufen, so ist die Übertragung der Kontroll- und Auskunftsrechte der Kommanditisten auf den Aufsichtsrat *unwirksam*. Denn dann ist keineswegs gewährleistet, daß der Aufsichtsrat die Gesellschaftsrechte der Kommanditisten sachverständig, unabhängig und ordnungsgemäß wahrnimmt. Der Grundgedanke der richterlichen Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, der Schutz der Anleger vor Mißbrauch, ist dann verletzt.

aa) Für die vom Aufsichtsrat wahrzunehmenden *Geschäftsführungs- und Überwachungsaufgaben* gelten die Vorschriften des § 93 Abs. 6, 116 AktG entsprechend<sup>27)</sup>. Folglich sind hiervon abweichende gesellschaftsvertragliche Bestimmungen mit den Grundsätzen der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB *unvereinbar*<sup>28)</sup>.

Dementsprechend gilt auch hinsichtlich des *Verschuldensmaßstabs* nicht die Norm des § 708 BGB, sondern — ausgerichtet am aktienrechtlichen Maßstab der §§ 93, 116 AktG — der dort normierte Pflichtenmaßstab<sup>29)</sup>. Daraus folgt: Hiervon abweichende gesellschaftsrechtliche Bestimmungen halten der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB nicht stand, so daß Mitglieder des Aufsichtsrats einer Publikums-KG sich nicht mit Erfolg auf irgendwelche Haftungsfreizeichnungsklauseln — im Fall einer ihnen zuzurechnenden Pflichtverletzung — berufen können<sup>30)</sup>. Die Verjährungsfrist muß fünf Jahre betragen<sup>31)</sup>.

bb) Inwieweit *Haftungsbegrenzungsklauseln* in diesen Fällen einer richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB stand halten, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, weil auch hier sichergestellt werden muß, daß die Haftungsbegrenzung dem Prinzip der adäquaten Schadensvorsorge Rechnung trägt<sup>32)</sup>. Es gelten insoweit die allgemeinen Erwägungen, daß Haftungsbegrenzungsklauseln nicht nur auf dem Papier stehen dürfen<sup>32a)</sup>. Daraus folgt, daß Haftungsfreizeichnungen nach § 9 Abs. 2 — aus dem Gesichtspunkt der Verletzung einer „Kardinalpflicht“ — unwirksam sind<sup>32b)</sup>.

#### c) Einschaltung eines Beirats

Ein wenig abgemildert gelten in der Sache die gleichen Erwägungen, wenn bei einer Publikums-KG ein *Beirat* eingesetzt ist. Es handelt sich hierbei um ein gewillkürtes Gesellschaftsorgan, dessen Aufgaben freilich denen des Aufsichtsrats vergleichbar sind<sup>33)</sup>. Daraus folgt: Zwar können bei einem Beirat nicht die gesellschaftsrechtlichen Auskunfts- und Kontrollrechte gemäß § 166 HGB konzentriert werden, weil die Aufgabe des Beirats — grundsätzlich — darin besteht, die Geschäftsführung unterstüt-

19) Vgl. BGH, WM 1980 S. 401, 402; BGH, WM 1982 S. 760 = DB 1982 S. 1866.

20) Vgl. BGH, WM 1979 S. 642, 643 = DB 1979 S. 1350.

21) Hierzu auch *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 26 f.

22) *Baumbach/Duden/Hopt*, § 166 Anm. 1 C; *Schneider*, a.a.O., S. 27.

23) Vgl. BGH, WM 1982 S. 760 = DB 1982 S. 1866.

24) BGH, DB 1979 S. 1350 = WM 1979 S. 642 — Übertragung von 75% der Treuhandbeteiligungen auf den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

25) BGH, DB 1980 S. 872 = WM 1980 S. 401.

25a) Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, MW 1983 S. 974, 976 ff.

26) Hierzu auch *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 27.

27) BGH, DB 1975 S. 1499, 1500.

28) BGH, a.a.O. — Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche bei Pflichtverletzung der Aufsichtsratsmitglieder.

29) BGH, DB 1977 S. 2088 = NJW 1977 S. 2311; BGH, DB 1978 S. 425 = NJW 1978 S. 425.

30) Vgl. auch *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 31 f.

31) BGH, WM 1983 S. 472.

32) Vgl. BGH, DB 1980 S. 1837.

32a) S. Fn. 25a; S. 982 f.

32b) Ebenda S. 976 ff. m. w. N.

33) Im einzelnen BGH, DB 1980 S. 71 = WM 1978 S. 1425, 1427.

zend zu beraten<sup>34</sup>). Gleichwohl gelten in der Sache — bezogen auf die Wirksamkeit etwaiger *Haftungsfreizeichnungsklauseln* — die gleichen Erwägungen, wie sie für den Treuhandkommanditisten (siehe Ziff. 2 a bb) oder für den Aufsichtsrat (siehe Ziff. 2 b bb) dargestellt wurden. Auch hier sind Haftungsfreizeichnungsklauseln unter Berücksichtigung der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB *unwirksam*. Denn der Anleger vertraut darauf, daß der Beirat die ihm obliegenden Pflichten zur Unterstützung und zur Beratung der Geschäftsführung erfüllt, daß er insbesondere darauf insistiert, sich von der Geschäftsleitung regelmäßig Bericht erstatten zu lassen, die hierzu erforderlichen Unterlagen einsieht und etwaigen Bedenken unverzüglich nachgeht<sup>35</sup>). Verletzt der Beirat die ihm insoweit obliegenden Pflichten, so wird das *Vertrauen* des Anlegers empfindlich gestört, so daß die Verweigerung einer haftungsrechtlichen Kompensation zugunsten des geschädigten Anlegers unter Berücksichtigung der Gebote von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht hingenommen werden kann. In bezug auf *Haftungsbegrenzungsklauseln* gelten die gleichen Erwägungen: derartige Begrenzungsklauseln dürfen nicht nur auf dem Papier stehen, sondern müssen dem Grundsatz adäquater Schadensvorsorge genügen<sup>35a</sup>). Für die Verjährung gilt eine Frist von fünf Jahren bei Schadensersatzansprüchen gegen ein Mitglied des Beirats<sup>36</sup>).

### 3. Weitere Einzelfragen

Von diesen haftungsrechtlichen Besonderheiten abgesehen, stellen sich bei einer Publikums-KG — unter Berücksichtigung des Instrumentariums der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB — regelmäßig folgende *Einzelpunkte*:

a) Es ist durchaus üblich, daß die geschäftsführenden Organe in einer Publikums-KG vom Verbot des *Selbstkontrahierens* gemäß § 181 BGB *befreit* werden. Genauso wie beim Bauherrenmodell gilt eine AGB-Klausel, welche die geschäftsführenden Organe — sei es den Komplementär, den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH oder den Treuhandkommanditisten — vom Verbot des Selbstkontrahierens gemäß § 181 BGB *befreit*, als *unwirksam*<sup>37</sup>). Entscheidend ist nämlich, daß die Grundsätze der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB dazu dienen sollen, den *Anlegerschutz* in Form des Gläubigerschutzes sicherzustellen<sup>38</sup>). Mit diesem Grundsatz ist es unvereinbar, wenn die geschäftsführenden Organe vom Verbot des Selbstkontrahierens gemäß § 181 BGB *befreit* werden, zumal bei einer Publikums-KG erfahrungsgemäß stets das Risiko von *Verflechtungen* zwischen Initiatoren, Gründern und „Dritten“ besteht.

b) Bedenken auf Grund der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB sind auch immer dann angezeigt, wenn der *Komplementär* oder der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH (was seltener der Fall ist) das Recht hat, den Kommanditisten zu *majorisieren*<sup>39</sup>). Das gleiche gilt in der Sache, wenn dem Komplementär ein *Vetorecht*, z. B. bei vertragsändernden Mehrheitsbeschlüssen zufällt<sup>40</sup>). Das gleiche gilt dann, wenn sich der Komplementär vertragsgemäß das Recht ausbedingt, bei Gesellschafterversammlungen nicht erschienene Gesellschafter zu vertreten, weil damit ein unzulässiges Insichgeschäft programmiert wird<sup>41</sup>), zumal dadurch das Recht des einzelnen Anlegers/Kommanditisten zur ordnungsgemäßen Interessenvertretung verletzt wird.

c) *Unbedenklich* ist eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, wonach die Gesellschafterversammlung auch schon dann *beschlußfähig* ist, wenn nur 10% des Gesellschaftskapitals vertreten sind<sup>42</sup>). Das gleiche gilt dann, wenn bestimmt wird, daß die Beschlußfähigkeit einer Gesellschafterversammlung davon abhängig ist, daß der Komplementär anwesend ist. Doch muß der Gesellschaftsvertrag — in diesen Fällen — ausreichende Vorkehrung dafür treffen, daß eine erneut einberufene Gesellschafterversammlung auch dann beschlußfähig ist, wenn der Komplementär erneut nicht anwesend ist.

d) *Unwirksam* ist hingegen eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, die das Recht des einzelnen Kommanditisten, eine *außerordentliche*

*Gesellschafterversammlung* einzuberufen, abbedingt<sup>43</sup>). Jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wird man ein derartiges Recht dem einzelnen Kommanditisten — auch bei einer Publikums-KG — nicht vorenthalten dürfen. Wenn man davon ausgeht, daß eine gesellschaftsrechtliche Bestimmung gemäß § 242 BGB nicht zu beanstanden ist, die die Beschlußfähigkeit davon abhängig macht, daß 10% des Gesellschaftskapitals anwesend sind, so wird man das Recht der Kommanditisten, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einzuberufen, an entsprechend *geringere Voraussetzungen* knüpfen müssen: Es erscheint sachgerecht, insoweit an die Bestimmung von § 122 AktG anzuknüpfen, so daß den Anlegern/Kommanditisten das — unentziehbare — Recht zusteht, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn mindestens 5% des Gesellschaftskapitals dies fordern. Ein davon abweichendes Quorum, das höhere Voraussetzungen stellt, ist bedenklich. Angesichts der häufig sehr stark ausgeprägten Stellung des Treuhandkommanditisten bzw. des Aufsichtsrats oder Beirats erscheint es auch erforderlich, diesen das Recht — ungekürzt — zuzuweisen, außerordentliche Gesellschafterversammlungen immer dann einzuberufen, wenn sie dies im Interesse der Gesellschaft für erforderlich halten. Denn dieses Recht ist die unmittelbare Konsequenz der Konzentration wesentlicher Gesellschafterpflichten bei diesen Personen/Organen.

e) Soweit eine *Nachschußpflicht* im Gesellschaftsvertrag den einzelnen Kommanditisten auferlegt ist, erscheint sie stets als *bedenklich*<sup>44</sup>). Dies gilt jedenfalls uneingeschränkt dann, wenn eine Nachschußpflicht lediglich davon abhängig gemacht ist, daß eine Mehrheit der Gesellschafter dies beschließt<sup>45</sup>). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Nachschußpflicht für den Fall vorgesehen ist, daß die Gesellschaft in Vermögensverfall gerät<sup>46</sup>), weil die Beschränkung der Haftung der Kommanditisten auf die Einlage dem Leitbild des „normalen“ Kommanditvertrages entspricht<sup>47</sup>).

f) Die *Komplementärvergütung* unterliegt — unter Berücksichtigung von § 87 AktG — der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB. Denn die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung auf die Komplementärvergütung in der Publikums-KG bedingt, daß die Bezüge des Komplementärs bzw. des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH in einem angemessenen Verhältnis zu den übernommenen Aufgaben und der Lage der Gesellschaft stehen müssen<sup>48</sup>).

g) *Kündigungsklauseln* bzw. Übertragungsklauseln in Verträgen über eine Publikums-KG sind unverzichtbar: Da es dem einzelnen Anleger/Kommanditisten nur auf seine kapitalmäßige Beteiligung, nicht aber auf eine personenrechtliche Verflechtung/Beziehung zu den übrigen Gesellschaftern ankommt, ist eine auf das fristlose Kündigungsrecht beschränkte Vertragsgestaltung nach § 242 BGB nicht hinzunehmen und deshalb *unwirksam*<sup>49</sup>). Angemessen

34) Vgl. BGH, DB 1980 S. 71 = WM 1979 S. 1425.

35) Vgl. BGH, WM 1977 S. 1446; BGH, DB 1980 S. 71 = WM 1979 S. 1425, 1427.

36) BGH, WM 1983 S. 472.

37) So auch *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 18.

38) Vgl. BGH, DB 1975 S. 1499, 1500.

39) Vgl. BGH, WM 1982 S. 760, 761 = DB 1982 S. 1866 — Recht der Komplementär-GmbH, KG-Beteiligung nach freiem Ermessen zu übernehmen: unwirksam.

40) *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 19; zum Mehrstimmrecht des Komplementärs vgl. *Schneider*, a.a.O., S. 19 f.

41) Hierzu auch *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 24.

42) *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 22.

43) Vgl. *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 25.

44) KG Berlin, DB 1978 S. 1922 = AGBE I § 23 Nr. 1.

45) KG, a.a.O.

46) KG, a.a.O.

47) Zu den Sonderproblemen des § 172 HGB vgl. BGH, DB 1980 S. 781 = WM 1980 S. 307.

48) Vgl. im einzelnen *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 27 ff. m. w. N.

49) Hierzu im einzelnen auch *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 33 f.

erscheint es, dem einzelnen Anleger/Kommanditisten das — nicht entziehbare — Recht einzuräumen, seine Beteiligung jeweils zum *Ende des Geschäftsjahres* an einen Dritten übertragen zu dürfen, ohne daß dies der Zustimmung des Komplementärs bedarf, solange nur sichergestellt ist, daß der übernehmende Gesellschafter<sup>50)</sup> in alle Rechte und Pflichten des Ausscheidenden eintritt<sup>51)</sup>. Inwieweit — außerhalb des unproblematischen Falls einer fristlosen Kündigung<sup>52)</sup> — ein *ordentliches Kündigungsrecht* des einzelnen Kommanditisten unter Berücksichtigung der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB unverzichtbar ist, läßt sich schwer sagen<sup>53)</sup>. Jedenfalls bis zum Zeitpunkt der *Objektrealisierung* ist es nicht unangemessen, wenn das ordentliche Kündigungsrecht des einzelnen Anlegers/Kommanditisten durch gesellschaftsvertragliche Bestimmungen abbedungen wird. Denn die vornehmlich durch steuerliche Erwägungen begründete Beitrittsentscheidungen eines Anlegers/Kommanditisten zielt je stets darauf ab, daß die Objektbeteiligung nicht nur ein transitorischer Posten in der Vermögensbilanz des Anlegers/Kommanditisten ist. Auch erscheint es problematisch, das Kündigungsrecht des einzelnen Anlegers/Kommanditisten als Surrogat dafür zu sehen, daß den Anlegern/Kommanditisten regelmäßig eine Einflußnahme auf die Geschäftsführung, insbesondere auf eine Neubesetzung der Organe nicht zusteht<sup>54a)</sup>. Zwar mag das Kündigungsrecht dem einzelnen Anleger/Kommanditisten hilfreich sein, die Interessen der übrigen Anleger/Kommanditisten werden jedoch dann benachteiligt, wenn durch den Kapitalabzug die Realisierung des Objekts gefährdet wird. Deshalb kann ein derartiges Individualrecht, das im Gegensatz zu den gesellschaftsrechtlichen Mitgliedsrechten steht, mit Hilfe des Instrumentariums der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB nicht begründet werden.

#### 4. Haftungsgrundlage der Prospekthaftung

Für Ansprüche aus der Prospekthaftung<sup>54b)</sup> sind in erster Linie die *spezialgesetzlichen Vorschriften* der §§ 45, 46 BörsG, § 12 Ausl-InvestmG, §§ 19, 20 KAGG anzuwenden. Für Fälle der Prospekthaftung bei einer *Publikums-KG* sowie bei *Bauherrenmodellen*<sup>54c)</sup> — und um die Bewältigung dieser Probleme geht es häufig in der Praxis — reicht indessen eine Analogie zu diesen gesetzlichen Bestimmungen nicht aus<sup>54d)</sup>. Vielmehr geht die Judikatur — zutreffenderweise — davon aus, daß die Prospekthaftung eine — fallspezifische — Ausprägung der Grundsätze der Haftung für *Verschulden bei Vertragsabschluß* ist<sup>54e)</sup>. Deshalb ist eine Analogie zu den spezialgesetzlichen Vorschriften<sup>54f)</sup> nicht geeignet, die vielschichtigen Probleme der Prospekthaftung im Bereich des „grauen Kapitalmarkts“ — zum Schutz und im Interesse der Anleger — in den Griff zu bekommen, zumal das auf der Vertrauenshaftung beruhende Institut des Verschuldens bei Vertragsabschluß — dogmatisch gewertet — als *Ergänzung* der spezialgesetzlichen Prospekthaftungsbestimmungen zu verstehen ist<sup>55)</sup>. Als weiterer Haftungsgrund kommt — wiederum abhängig von den Umständen des Einzelfalls — der Abschluß eines stillschweigend geschlossenen *Auskunftsvertrags* in Betracht<sup>56)</sup>.

a) Das gemeinsame *Haftungsprinzip* bei Ansprüchen aus der Prospekthaftung ist die Tatsache, daß Kapitalanleger „*typischerweise*“ denjenigen ihr Vertrauen schenken, die in dem Prospekt als diejenigen Personen angeführt werden, die hinter der Publikums-KG bzw. hinter dem Bauherren-Modell stehen<sup>57)</sup>. Dogmatisch gesehen geht es hierbei um die Weiterführung der Grundgedanken der Vertrauenshaftung<sup>58)</sup>, woraus sich eine Art „Garantenstellung“ herleitet<sup>59)</sup>. Diese „Garantenstellung“ zielt auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prospektangaben<sup>60)</sup>.

b) Dabei ist davon auszugehen: Der potentielle Kapitalanleger ist grundsätzlich — mangels eigener Unterrichtungsmöglichkeiten — darauf angewiesen, auf die sachliche Richtigkeit und Vollständigkeit der im Prospekt enthaltenen Angaben sich verlassen zu müssen<sup>61)</sup>. Anders gewendet: Die Angaben des Prospektes sind im Regelfall die Grundlage für den wirtschaftlich bedeutsamen und mit Risiken verbundenen Entschluß des Kapitalanlegers, sich zu beteiligen<sup>62)</sup>. Folglich müssen die Angaben des Prospektes ein

zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermitteln: Alle für die Entschließung des potentiellen Kapitalanlegers maßgebenden Tatsachen müssen *sachlich richtig und vollständig* dargestellt sein<sup>63)</sup>. Zu diesen Tatsachen gehört auch, inwieweit wesentliche kapitalmäßige und personelle *Verflechtungen* zwischen den Beteiligten, z. B. der Komplementär-GmbH, deren Geschäftsführern, deren beherrschenden Gesellschaftern, den Initiatoren, den Managern etc. bestehen<sup>64)</sup>. Denn derartige — nicht offenbarte — Verflechtungen begründen die Gefahr einer *Interessenkollision*, die sich sowohl zum Nachteil der Gesellschaft als auch zum Nachteil des potentiellen Gesellschafters auswirken kann<sup>65)</sup>.

c) Adressat der auf dem Vertrauensgrundsatz basierenden Prospekthaftung sind vor allem folgende Personen, denen typischerweise auf Grund der Prospektangaben Vertrauen entgegengebracht wird: Es sind dies die *Initiatoren* und die *Gründer*, welche das Management bilden oder beherrschen<sup>66)</sup>; sie erscheinen dem künftigen Anleger als die Verantwortlichen, so daß auf Grund ihrer Stellung und Eigenschaft persönliche Zuverlässigkeit erwartet wird<sup>67)</sup>. Dazu zählen aber auch alle Personen, die durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken an der Prospektgestaltung einen besonderen *Vertrauenstatbestand* geschaffen haben, wie z. B. *Rechtsanwälte* oder *Wirtschaftsprüfer*, welche mit ihrer Zustimmung im Prospekt als „Sachverständige“ aufgeführt und in dieser Eigenschaft *Prospekterklärungen* abgegeben haben<sup>68)</sup>.

50) Vgl. die Sonderproblematik von § 176 Abs. 2 HGB zum Nachteil des übernehmenden Gesellschafters.

51) Vgl. BGH, WM 1982 S. 126.

52) Vgl. BGH, WM 1979 S. 56; BGH, WM 1979 S. 160.

53) Sehr eng *Schneider*, ZGR 1978 S. 1, 34.

54a) So aber *Schneider*, a.a.O.

54b) *Assmann*, Entwicklungstendenzen der Prospekthaftung WM 1983 S. 138 ff.; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 2291 ff.; *Coing*, Haftung aus Prospektwerbung für Kapitalanlagen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, WM 1980 S. 206 ff.; *Hopt*, Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine gesetzliche Regelung des Anlegerschutzes? Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag, 1976; *Königden*, Zur Theorie der Prospekthaftung, AG 1983 S. 85 ff.; *Lutter*, Zur Haftung des Emmissionsgehilfen im grauen Kapitalmarkt, Festschrift für Bärmann, 1975 S. 605 ff.; *Moll*, Anlegerschutz und Gläubigerschutz, BB-Beilage Nr. 3/1982; *Nirk*, Der Emmissionsprospekt in einer sog. Publikums(Abschreibungs-)Kommanditgesellschaft als Anspruchsgrundlage für geschädigte Kapitalzeichner, Festschrift für Hefermehl, 1976, S. 189 ff.; *Schwark*, Die Haftung aus dem Prospekt über Kapitalanlagen, BB 1979 S. 897 ff.; *Wiedemann/Schmitz*, Kapitalanlegerschutz bei unrichtiger oder unvollständiger Information, ZGR 1980 S. 129 ff.; *Wittmann*, Zivilrechtliche Prospekthaftung beim Vertrieb von steuerbegünstigten Kapitalanlagen, DB 1980 S. 1579 ff.

54c) *Locher/König*, Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Hinsicht, Rdnr. 12 ff.

54d) Vgl. auch *Schwark*, BB 1979 S. 897 ff.

54e) BGHZ 71 S. 284 ff. = DB 1978 S. 1490; BGHZ 72 S. 382 ff. = DB 1979 S. 396; BGHZ 74 S. 103 ff.; BGH, WM 1980 S. 825; BGH, NJW 1980 S. 1470 = BGHZ 77 S. 172; BGHZ 79 S. 337 = DB 1981 S. 1274; BGH WM 1981 S. 1021; BGH, DB 1982 S. 482 = NJW 1982 S. 1095; BGHZ 83 S. 222 = DB 1982 S. 1160.

54f) Hierzu auch *Coing*, WM 1980 S. 206, 211 f.

55) So zutreffend *Canaris*, Rdnr. 2294.

56) Hierzu BGHZ 74 S. 103, 108 = DB 1979 S. 1219.

57) BGHZ 71 S. 285, 287 = DB 1978 S. 1490; BGHZ 72 S. 382 = DB 1979 S. 396, 385; BGHZ 79 S. 337, 341 = DB 1981 S. 1274.

58) BGHZ 71 S. 284, 286 f.; BGHZ 79 S. 337, 341 = DB 1981 S. 1274.

59) BGHZ 79 S. 337, 341 = DB 1981 S. 1274.

60) BGHZ 77 S. 172, 176 = DB 1980 S. 1589; BGHZ 79 S. 337, 342 = DB 1981 S. 1274).

61) BGHZ 71 S. 284, 287 f. = DB 1978 S. 1490; BGHZ 77 S. 172, 176 = DB 1980 S. 1589.

62) Vgl. BGHZ 77 S. 172, 176 = DB 1980 S. 1589; BGHZ 79 S. 337, 344 = DB 1981 S. 1274.

63) BGHZ 77 S. 172, 176; BGHZ 79 S. 337, 344.

64) Grundlegend BGHZ 79 S. 337, 345.

65) BGH, a.a.O.

66) BGHZ 71 S. 284, 287.

67) BGHZ 72 S. 382, 385.

68) BGHZ 77 S. 172, 177.

Die Tendenz der BGH-Judikatur ist jedoch — inzwischen — ein wenig *restriktiver* geworden<sup>69</sup>): Für Personen, welche nicht zu denen das Management bildenden Initiatoren, Gestaltern oder Gründern gehören und die auch keinen besonderen Vertrauensstatbestand geschaffen haben<sup>70</sup>), ist eine Haftung für unrichtige oder unvollständige Prospektangaben nur dann in Betracht zu ziehen, wenn sie durch ihr „nach außen in Erscheinung tretendes *Mitwirken* an dem Prospekt einen *besonderen Vertrauensstatbestand*“ geschaffen und Erklärungen abgegeben haben<sup>71</sup>). Etwas anderes gilt jedoch gegenüber einem *Treuhandkommanditisten*, zumal dieser, sofern die Kapitalanleger, was üblicherweise zutrifft, von Anfang an lediglich eine mittelbare Beteiligung an der Publikums-KG erwerben — eine wichtige Mitwirkungs-, Kontroll- und Überwachungspflicht inne hat<sup>72</sup>). Veranlaßt also ein Treuhandkommanditist die Erstellung eines — unvollständigen oder unrichtigen — Prospekts, so hat er gegenüber dem in seinem Vertrauen enttäuschten Kapitalanleger auch dann einzustehen, wenn er von diesen Prospektangaben keine Kenntnis hatte, insbesondere diese nicht billigte<sup>73</sup>). Etwas anderes gilt auch für den *Anlagenvermittler*, der sich die Angaben des Prospekts zu eigen macht<sup>74</sup>). Ob und inwieweit *sonstige Personen* auf Grund der Prospekthaftung zur Verantwortung gezogen werden können, ist stets auf Grund sorgfältiger Analyse entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln: In Betracht kommen insoweit vor allem auch die *Banken*<sup>75</sup>).

### 5. Haftungsfreizeichnungsklauseln — § 9 AGB-Gesetz

Die in diesem Zusammenhang entscheidende Frage bezieht sich indessen darauf, ob etwaige Ansprüche aus der Prospekthaftung durch *Haftungsfreizeichnungsklauseln* unschädlich gemacht werden können. Es geht deshalb darum, hier die *Wirksamkeitsgrenzen* derartiger Haftungsfreizeichnungsklauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 zu ermitteln. Danach bietet sich folgende *Differenzierung* an:

a) Bei etwaigen Prospektangaben ist zunächst stets zu prüfen, ob und inwieweit diese als *Eigenschaftszusicherungen* im Sinn der §§ 463, 635 BGB anzusehen sind. Dies ist durchaus denkbar, sofern es sich nicht lediglich um eine technische Spezifikation, z. B. in einer Baubeschreibung handelt<sup>76</sup>). Indessen können zwar Angaben in Prospekten oder Katalogen Eigenschaftszusicherungen im Sinn der §§ 463, 635 BGB sein<sup>77</sup>), doch ist eine technische Leistungsbeschreibung in der Regel gerade keine Eigenschaftszusicherung<sup>78</sup>). Liegt allerdings im Einzelfall eine Eigenschaftszusicherung gemäß §§ 463, 635 BGB vor, so ist der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 11 einschlägig<sup>79</sup>). Des weiteren ist im Auge zu behalten, daß Ansprüche aus der Prospekthaftung regelmäßig auch gegen solche Personen gerichtet werden, mit denen — insbesondere bei der Publikums-KG — *keine vertraglichen Beziehungen* in Form eines Kauf- oder Werkvertrages bestehen.

b) Ansprüche aus der Prospekthaftung resultieren — auf Basis der BGH-Judikatur — aus dem besonderen *Vertrauensstatbestand*, der auf einer „*Garantenstellung*“ beruht<sup>80</sup>). Diese „*Garantenstellung*“ würde — notwendigerweise — ihres elementaren Kerns entledigt, würde man dem „*Garanten*“ gestatten, einerseits das besondere Vertrauen des Anlegers in Anspruch zu nehmen, andererseits aber zuzulassen, daß das — frustrierte — Vertrauen an einer Haftungsfreizeichnungsklausel scheitert und ohne Kompensation bleibt. Insoweit liegt zum einen die Parallele zum Verbotstatbestand von § 11 Nr. 11 nahe<sup>81</sup>), zum anderen ist die Vollständigkeit und Richtigkeit der Prospektangaben als „*Kardinalpflicht*“ zu werten<sup>82</sup>). Denn die Anlagenentscheidung ist von der inhaltlichen Richtigkeit und Vollständigkeit der Prospektangaben unmittelbar abhängig; diese sind *Voraussetzung* dafür, daß der Anleger in der Lage ist, den wirtschaftlich bedeutsamen und für ihn mit Risiken verbundenen *Beteiligungentschluß* zu fassen<sup>83</sup>). Daraus aber folgt: Soweit nach der BGH-Judikatur — und abhängig von den Umständen des Einzelfalls auch darüber hinaus — Ansprüche aus der Prospekthaftung begründet sind, ist Haftungsfreizeichnungsklauseln die Wirksamkeit zu versagen. Legt man den Akzent auf den gesetzlichen Tatbestand der Vertrauenshaftung, so schei-

tern diese Haftungsfreizeichnungsklauseln an § 9 Abs. 2 Nr. 1; akzentuiert man stärker den Gesichtspunkt der „*Kardinalpflicht*“, dann ist auf § 9 Abs. 2 Nr. 2 zurückzugreifen<sup>84</sup>). Mithin besteht eine — haftungsfreizeichnungsfeste — Einstandspflicht, sofern Ansprüche aus der Prospekthaftung begründet sind<sup>85</sup>). Es kommt also weder auf die Textierung der Haftungsfreizeichnungsklausel noch darauf an, ob Vorsatz oder grobes Verschulden vorliegt.

c) *Unbedenklich* ist es freilich, wenn insbesondere mit Blick auf etwaige *steuerliche Vorteile* die Prospektangabe dahin lautet, daß sie „*nach bestem Wissen und Gewissen* auf Grund des gegenwärtigen Standes von Gesetzgebung Verwaltungspraxis und Judikatur“ berechnet ist. Zwar ist darauf hinzuweisen, daß auch die Zusage etwaiger steuerlicher Vorteile — z. B. erhöhte Abschreibungsmöglichkeiten gemäß § 7b EStG — als Eigenschaftszusicherung gewertet werden kann<sup>86</sup>). Doch kann dieser Gesichtspunkt nicht dazu führen, die vorerwähnte Haftungsfreizeichnungsklausel (oder eine ähnliche Variante) als nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam zu erklären. Denn es ist nicht zu beanstanden, wenn sich die aus der Prospekthaftung ergebende „*Garantenstellung*“ auf den *Zeitpunkt* beschränkt, in welchem der Prospekt dem jeweiligen Interessenten zur Kenntnis gebracht wird. Dies schließt freilich die Verpflichtung ein, die Prospektangaben jeweils auf dem *neuesten Stand* zu halten, bis daß das Beteiligungsziel erreicht, d. h. das bei einer Publikums-KG erforderliche Zeichnungskapital aufgebracht oder die Bauherrengemeinschaft geschlossen ist<sup>87</sup>). Unterläßt der für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Prospektangaben Verantwortliche eine erforderliche *Korrektur*, z. B. bei einer Änderung der Verwaltungspraxis der Finanzbehörden, so bezieht sich die Haftungsfreizeichnung nicht auf diese Pflichtverletzung, so daß der erst später beitretende Anleger in seinem durch Prospektangaben hervorgerufenen Vertrauen geschützt bleibt.

d) Es ist nicht ohne weiteres auszumachen, ob sich die Unwirksamkeit etwaiger Haftungsfreizeichnungsklauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 auf *alle Prospektangaben* bezieht, oder ob *Bagatelldelikt* von einer — wirksamen — Haftungsfreizeichnungsklausel erfaßt werden können<sup>88</sup>). Zutreffend erscheint es, insoweit folgende Differenzierung vorzunehmen: Ziel und Zweck eines Anlagenprospektes ist es, den Beitrittsinteressenten, der *keine eigene Unterrichtungsmöglichkeit* besitzt, vollständig und wahrheitsgemäß über das zu realisierende Vorhaben

69) BGHZ 79 S. 337, 348.

70) BGHZ 72 S. 382 ff.

71) BGHZ 79 S. 337, 348 — keine Prospekthaftung gegenüber dem Beiratsvorsitzenden.

72) BGH, DB 1982 S. 1817.

73) BGH, DB 1982 S. 1817, 1818.

74) BGHZ 79 S. 337, 349 = DB 1981 S. 1274; Assmann, WM 1983 S. 138, 143.

75) Hierzu *Canaris*, Rdnr. 2295 f.; vgl. auch *Wunderlich*, DB 1980 S. 913 ff.

76) Hierzu *Locher/König*, Bauherrenmodelle in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Rdnr. 14.

77) BGH, WM 1968 S. 828; *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner*, § 11 Nr. 11 Rdnr. 8.

78) Hierzu im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 11 Rdnr. 12.

79) Im einzelnen *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 11 Rdnr. 22 ff.

80) BGHZ 72 S. 382, 385 = DB 1979 S. 396. BGHZ 77 S. 172, 177 = DB 1980 S. 1589; BGHZ 79 S. 337, 341 = DB 1981 S. 1274.

81) Insbesondere BGHZ 50 S. 200, 206 f. = DB 1968 S. 1171; § 11 Nr. 11 Rdnr. 25.

82) Hierzu im einzelnen auch *Köndgen*, Sonderdruck aus AG 1983 S. 85 ff.; S. 120 ff.; hier: S. 55 f.

83) BGHZ 77 S. 172, 176 = DB 1980 S. 1589; vgl. auch *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 7 Rdnr. 50.

84) Vgl. *Köndgen*, a.a.O., S. 56; im Ergebnis auch *Brych/Manhart/Reithmann*, Kauf vom Bauträger, 5. Aufl., Rdnr. 136 f.

85) Zur zweckmäßigen Fassung des Klageantrags vgl. insbesondere BGHZ 79 S. 337, 346 = DB 1981 S. 1274.

86) BGH, DB 1981 S. 784 = NJW 1981 S. 864.

87) Hierzu auch BGH, DB 1982 S. 1817, 1818.

88) Vgl. hierzu *Köndgen*, a.a.O., S. 56 f.

zu informieren, um auf diese Weise eine gesicherte Grundlage — in wirtschaftlicher, technischer, kommerzieller und rechtlicher Hinsicht — für den Beitrittsentschluß des Anlegers zu schaffen<sup>89</sup>). Daraus aber folgt: Bagatellfehler liegen nur insoweit vor, als entweder *unwesentliche Prospektangaben* in Rede stehen oder Fehler vorliegen, die ohne weiteres von einem Anlageninteressenten — bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt — entdeckt werden können, wie z. B. ein Rechenfehler bei der Ermittlung der „Rendite“. Dabei ist auf Grund der gebotenen generalisierend-typisierenden Betrachtungsweise von AGB-Klauseln davon auszugehen, daß der Beitrittsinteressent im allgemeinen, obwohl es sich um Ärzte, Architekten, Rechtsanwälte, Steuerberater pp. handelt, unerfahren und nicht in der Lage ist, eine zutreffende Analyse der Prospektangaben zu erarbeiten<sup>90</sup>). Im Ergebnis sind deshalb Haftungsfreizeichnungsklauseln nur in engen (Bagatell)-Grenzen gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 nicht zu beanstanden.

e) Es liegt auf der Hand, daß *Wertungen und Meinungsäußerungen*, welche in dem Prospekt über die „Qualität“ des Beteiligungsangebots enthalten sind, nicht in gleicher Weise von der Unwirksamkeitssanktion etwaiger Haftungsfreizeichnungsklauseln gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 erfaßt werden<sup>91</sup>). Denn verglichen mit Tatsachenangaben gelten insoweit ersichtlich weniger strenge Maßstäbe: Wertungen und Meinungsäußerungen sind auch für den im übrigen nicht ausreichend erfahrenen Anleger relativ leicht als „Reklame“ zu durchschauen, so daß dadurch kein Vertrauenstatbestand im Sinn der Prospekthaftung begründet werden dürfte. Doch ist stets darauf zu achten, ob nicht Wertungen und Meinungsäußerungen letzten Endes das Ergebnis der im Prospekt nicht oder nicht vollständig enthaltenen Fakten sind. Trifft dies zu, kann dadurch — gleichsam eine Summe ziehend — das Vertrauen des Anlegers noch gesteigert werden, z. B. „sichere Kapitalanlage“ oder „abgesicherte Investition“.

f) Soweit *Haftungsbegrenzungsklauseln* in Prospekten enthalten sind, sind diese nur dann nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 wirksam, wenn sie dem üblichen und typischerweise eintretenden Schaden entsprechen<sup>92</sup>). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß eine *Serienschadenklausel* nur dann wirksam ist, wenn sie insgesamt, d. h. für alle typischerweise in Betracht kommenden Schadensfälle eine adäquate Haftungssanktion enthält.

g) Gegen eine *Kanalisation* der Haftung auf Grund ausdrücklicher Angabe im Prospekt, z. B. „für die Richtigkeit der Prospektangaben zeichnet verantwortlich XY GmbH“, bestehen gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 grundsätzlich *keine Bedenken*<sup>93</sup>). Dies setzt freilich voraus, daß der im Prospekt angegebene Haftungsadressat identisch ist mit denjenigen natürlichen oder juristischen Personen, die als Gegner von Ansprüchen aus der Prospekthaftung in Betracht kommen, weil sie als Initiatoren, Gründer oder Manager<sup>94</sup>) das besondere Vertrauen des Anlegers für sich in Anspruch genommen haben. Soweit dies zutrifft, kann sich die aus der Prospekthaftung in Anspruch genommene natürliche oder juristische Person nicht mit Erfolg auf die Kanalisation der Haftung entsprechend den Prospektangaben mit Erfolg berufen. Denn der in seinem Vertrauen enttäuschte Anleger muß bei derjenigen Person Kompensation erlangen können, welche die Ursache dafür gesetzt hat, daß sein Vertrauen frustriert wurde. Dies ist unmittelbar evident, sofern z. B. ein Anlagenvermittler aus der Prospekthaftung in Anspruch genommen wird, weil er sich die Prospektangaben gegenüber dem Anleger zu eigen gemacht hat, ohne eine erforderliche Prüfung vorzunehmen.

h) Soweit eine *Bank*, welche die Beteiligung — auf Grund eines separaten Darlehensvertrages — in Höhe des Fremdkapitals *finanziert* hat, sind die Grundsätze der Prospekthaftung nicht anwendbar, und zwar auch dann nicht, wenn die Publikums-KG bei der Bank ein Konto unterhält und die Zahlungen des Eigenkapitals auf dieses Konto erfolgen<sup>95</sup>). Grundsätzlich ist es in diesen Fällen auch nicht möglich, auf die Rechtsfigur des „*Einwendungsdurchgriffs*“ gegenüber der Bank bei Fehlschlagen des Beteiligungsobjekts zurückzugreifen, weil die Interessenlage des Anlegers —

regelmäßig — auf die Erzielung von Steuervorteilen gerichtet ist, so daß die Aufspaltung des Geschäfts gerade in seinem Interesse liegt<sup>96</sup>). Liegen indessen — wegen besonderer Umstände — die Voraussetzungen einer *Prospekthaftung* gegenüber der Bank vor, so stellt sich die Frage, ob die Bank berechtigt ist, sich mit Erfolg auf die *Haftungsfreizeichnung* gemäß Ziff. 10 der Banken-AGB zu berufen<sup>97</sup>). Abgesehen davon, daß dies voraussetzt, daß die Banken-AGB gemäß § 2 wirksam einbezogen sind — dies dürfte regelmäßig der Fall sein, sofern die Bank auch die Darlehen für das fremdfinanzierte Kapital gewährt hat —, ist die Bank nicht berechtigt, sich in wirksamer Weise auf die Haftungsfreizeichnung gemäß Ziff. 10 der Banken-AGB zu berufen. Denn auch hier gilt das gleiche: Die Grundsätze der Prospekthaftung beruhen auf dem *Vertrauensgrundsatz*; es ist deshalb gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 bzw. gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 *unwirksam*, wenn sich die Bank — bei Bestehen einer Prospekthaftung — auf die Haftungsfreizeichnungsklausel gemäß Ziff. 10 der Banken-AGB beruft<sup>98</sup>).

i) Die gleichen Grundsätze gelten dann, wenn der enttäuschte Anleger nicht nur Ansprüche aus der Prospekthaftung, sondern — darüber hinaus oder unabhängig davon — Schadensersatzansprüche auf Grund eines *stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages* oder wegen *Verschuldens bei Vertragsabschluß*, d. h. losgelöst von dem die Prospekthaftung charakterisierenden „typisierten“ Vertrauen, reklamiert. Auch hier scheitern Haftungsfreizeichnungsklauseln an der Barriere von § 9 Abs. 2 Nr. 1, weil sie dem Kernbestand des Auskunftsvertrages, eine vollständige und richtige Information/Auskunft zu erhalten, diametral zuwiderlaufen, und weil sie — bei Ansprüchen wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß — das bereits durch die unvollständigen oder unrichtigen Erklärungen enttäuschte Vertrauen nicht kompensieren, sondern — im krassen Gegenteil — endgültig frustrieren, was allemal unangemessen im Sinn von § 9 Abs. 2 ist. Etwas anderes gilt freilich dann, wenn eine Haftungsfreizeichnung auf Grund individualvertraglicher Abrede getroffen ist.

## 6. Verjährungsregeln

Prospekthaftungsansprüche der Gesellschafter einer Publikums-KG *verjähren* in sechs Monaten seit dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter/Anleger von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Prospektangaben Kenntnis erlangt hat, spätestens jedoch in *drei Jahren* seit dem Beitritt zur Gesellschaft<sup>99</sup>). Enthält ein Prospekt davon abweichende Fristen, so verstößt dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1, so daß derartige AGB-Klauseln *unwirksam* sind. Freilich ist zu unterstreichen, daß — durchaus nicht selten — Ansprüche aus der Prospekthaftung mit Ansprüchen aus Verletzung eines *stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrages*<sup>100</sup>) konkurrieren. Dies gilt freilich nicht für Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß und Ansprüchen aus der Prospekthaftung, weil die Prospekthaftung Ansprüche aus „typisierten“ Vertrauen ist, d. h. es fehlt der unmittelbare persönliche Sozialkontakt zwischen den beteiligten Personen<sup>101</sup>). Daraus folgt für die Verjährung: Soweit persönliches Vertrauen im Spiel war, bleibt es bei der Verjährungsfrist des § 195 BGB; das gleiche gilt für Ansprüche aus einem *stillschweigend geschlossenen Aus-*

89) BGHZ 77 S. 172, 176 = DB 1980 S. 1589; BGHZ 79 S. 337, 341 = DB 1981 S. 1274.

90) Vgl. auch BGHZ 77 S. 172, 176 = DB 1980 S. 1589; zur Prospektprüfung vgl. *Bühr*, BB 1983 S. 937 ff. m. w. N.

91) Hierzu auch *Köndgen*, a.a.O., S. 56.

92) Vgl. *Graf v. Westphalen*, § 11 Nr. 7 Rdnr. 57; BGH, DB 1980 S. 1837.

93) Vgl. auch *Köndgen*, a.a.O., S. 57.

94) BGHZ 72 S. 382, 385 = DB 1979, 396; vgl. Ziff. 4c.

95) Hierzu *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rdnr. 2295.

96) BGH, DB 1981 S. 313 = WM 1980 S. 1446.

97) Hierzu *Canaris*, Rdnr. 2296.

98) A. M. wohl *Canaris*, a.a.O.

99) BGHZ 83 S. 222 = DB 1982 S. 1160.

100) BGHZ 74 S. 103, 108 = DB 1979 S. 1219.

101) Vgl. BGHZ 72 S. 382, 385 = DB 1979 S. 396.

kunftsvertrag<sup>102</sup>). *Unbedenklich* erscheint es indessen, die Verjährungsfrist für diese Ansprüche auf die Dreijahresfrist zu beziehen<sup>103</sup>). Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Grundwertung von § 852 BGB<sup>104</sup>) erscheint insoweit auch eine Analogie vertretbar, die dann auch nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht zu beanstanden ist. Freilich ist die Analogie insoweit *eingeschränkt* als auch hier auf den Beitritt zur Gesellschaft<sup>105</sup>), nicht aber auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung (vgl. aber § 852 Abs. 1 BGB) abgestellt werden

müßte, um wenigstens insoweit eine Kongruenz zu der Verjährung von Ansprüchen aus der Prospekthaftung zu erreichen.

---

<sup>102</sup>) Kritisch hierzu *Assmann*, WM 1983 S. 138, 143.

<sup>103</sup>) Vgl. auch *Canaris*, Rdnr. 2300.

<sup>104</sup>) Zur deliktsrechtlichen Komponente der Prospekthaftung vgl. insbesondere *Köndgen*, a.a.O., S. 55.

<sup>105</sup>) BGHZ 79 S. 222.