

Dokument 4 von 5

Österreichisches Recht der Wirtschaft



RdW 2012/619**RdW 2012, 582**

Heft 10 v. 15.10.2012

Wirtschaftsrecht

Konsortialkredite: Ausgestaltung, Haftung, Kündigung**MMag. Dr. Markus Fellner**
Wien

Der Markt für Konsortialkredite wurde in den letzten 15 Jahren stetig auf- und ausgebaut. Aus dem an sich traditionellen Kreditgeschäft zwischen einer oder mehreren Hausbank(en) und den Kunden entwickelte sich ein Kapitalmarkt, in dem Finanzinstitute Kredite strukturierten und bewerteten. Mit der Finanzkrise und dem "Credit-Crunch" 2009 trat zunächst eine gewisse Ernüchterung ein und das globale Volumen für Konsortialkredite sank dramatisch. Konsortialkredite spielen aber weiterhin eine wesentliche Rolle und es sollte lediglich eine Frage der Zeit sein, bis die Volumina wieder signifikant steigen werden. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, wie das Konsortialkreditverhältnis zwischen den Banken und gegenüber dem Kreditnehmer rechtlich zu qualifizieren ist und wie es ausgestaltet werden kann.

1. Das Konsortialkreditverhältnis

Ein Konsortialkredit wird nicht auf Rechnung eines einzelnen Kreditgebers, sondern von einer Gruppe von Kreditgebern gemeinsam auf gemeinsame Rechnung gewährt.¹ Aufsichtsrechtliche, risikotechnische und marktmäßige Gründe und Überlegungen sind oftmals der Hintergrund für Konsortialfinanzierungen.² Fragen zu Konsortialkreditfinanzierungen sind in der österreichischen³ und deutschen⁴ Literatur und Bankenpraxis stark präsent.

Während das gesamte Verhältnis einer konsortialen Kreditgewährung unter dem Begriff des "Konsortialkreditverhältnisses" zusammengefasst wird, ist aus rechtlicher Sicht die genaue Unterscheidung zwischen (a) dem Innenverhältnis der Konsorten, (b) dem Außenverhältnis der Konsorten bzw des Konsortialführers zum Kreditnehmer und (c) dem Verhältnis für die Bestellung von Sicherheiten geboten.

Die getrennte Betrachtung des (Innen-)Verhältnisses zwischen den einzelnen Konsorten, des (Außen-)Verhältnisses zum Kreditnehmer und der Poolung der Sicherheiten erfährt in der Praxis der Vertragsgestaltung oft eine Vermischung. So versucht der in der Jurisdiktion des englischen Rechts entwickelte und bei zahlreichen Finanzierungen unter Beteiligung österreichischer Kreditinstitute übernommene Mustervertrag der Loan Market Association (LMA) das Innen- und Außenverhältnis sowie die Sicherheiten-Poolung zusammengefasst zu regeln, stößt aber damit in der österreichischen Praxis mitunter auf wirksamkeitsvernichtende Probleme.⁵

2. Der Konsortialvertrag

2.1. Der Konsortialvertrag als Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die österreichische⁶ und deutsche⁷ Literatur und Rechtsprechung beurteilen das Konsortialverhältnis (zwischen den Konsorten) überwiegend als Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Gem § 1175 ABGB liegt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, wenn sich mindestens zwei Personen vertraglich verpflichten sich zusammenzuschließen, um ein gemeinsames Ziel zu erreichen.

Finanzierungskonsortien beruhen regelmäßig auf einem Konsortialvertrag mit entsprechenden organisatorischen Regelungen, Parteien des Konsortialvertrags sind mindestens zwei Kreditgeber, die Beitragsleistungen bestehen in einer quotenmäßigen Beteiligung an einer gemeinsamen Finanzierung. Auch das von der Legaldefinition des § 1175 ABGB geforderte Zusammenwirken zum gemeinschaftlichen Nutzen als Ausdruck des Organisationselements der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Innenverhältnis und in der Vertretung nach außen ist bei Kreditkonsortien regelmäßig erfüllt. Kreditkonsortien stellen sich in den meisten Fällen als Vermögens-, Risiko-, Haftungs-, Erfolgs- und Administrativgesellschaften dar und sind auf ein gemeinsames Ziel, nämlich die Finanzierung, ausgerichtet. In der österreichischen Literatur werden Finanzierungskonsortien als Gelegenheitsgesellschaften qualifiziert.⁸

Die Übertragung von deutschen Literaturmeinungen zur Einordnung von Finanzierungskonsortien auf Konsortien nach österreichischem Recht ist nicht ohne Weiteres möglich. Während nach dem deutschen BGB-Recht für die Bildung einer BGB-Gesellschaft jede Förderung eines gemeinschaftlichen Zwecks

*MMag. Dr. Markus Fellner: **Konsortialkredite: Ausgestaltung**, Haftung, Kündigung -- RdW Heft 10, 583*

ausreicht, sieht das ABGB im Gegensatz dazu eine Vereinigung zum gemeinschaftlichen Nutzen vor.⁹

Ein wesentliches Element von Gesellschaften bürgerlichen Rechts ist auch, dass jedem Gesellschafter gewisse Einwirkungs- und Mitwirkungsrechte zukommen müssen. Wenn eine solche Berechtigung - Mindestorganisation zur Erreichung des gemeinsamen Ziels - fehlt oder sich die Anerkennung als inhaltslose Form darstellt, kann *per se* kein Gesellschaftsverhältnis vorliegen.¹⁰

Sind in einer Gesamtschau die aufgezählten Elemente, die für das Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sprechen, nicht erfüllt, insb dann, wenn bspw der Konsortialführer selbst nicht mit einer Konsortialquote am Kredit beteiligt ist, könnte eine reine Treuhandenschaft, mit entsprechenden Folgen bei der Besicherung, vorliegen.¹¹ Eine Einordnung als Personengesellschaft scheitert an der für den Unternehmensbegriff notwendigen Dauerhaftigkeit (§ 1 Abs 2 UGB, arg: Gelegenheitsgesellschaft).¹²

2.2. Ausprägungsformen des Konsortialvertrags

Kreditkonsortien treten in Form von Außen- und Innenkonsortien in Erscheinung.

2.2.1. Außenkonsortium

Bei einem Außenkonsortium treten alle Konsorten "offen" als Vertragspartner des gemeinsamen Kreditnehmers auf. Vertragspartner des Kreditnehmers ist somit die GesbR (das Konsortium). Der Konsortial-Kreditvertrag enthält in der Regel detaillierte Regelungen über die typischen Bestimmungen eines Kreditvertrages (Zinsen, Zahlungsverzug, Informationspflichten und Offenlegungspflichten, insb aber Auszahlungs- und Rückzahlungsmodalitäten). Es empfiehlt sich jedenfalls, auch das Verhältnis der Konsorten zueinander in gewissen Punkten zu regeln, etwa die Frage der Gesamt- oder Teilkündigung des Konsortialkreditvertrages aus wichtigem Grund durch die Kreditgeber/den Konsortialführer/einen Konsorten, die externe Vertretung oder auch die Aufteilung von Gebühren und Bereitstellungsprovisionen. Jedenfalls aufzunehmen ist eine Bestimmung, wonach der Kunde die Konsortialbanken für den internen Austausch von Kundendaten "ausdrücklich" und "schriftlich" vom Bankgeheimnis nach § 38 Abs 2 Z 5 BWG entbindet.

2.2.2. Innenkonsortium

Im Gegensatz zum Außenkonsortium tritt beim Innenkonsortium¹³ nur ein Konsorte als Vertragspartner des Kreditnehmers "in Erscheinung". Der "Konsortialführer" handelt gegenüber dem Kreditnehmer allein und im

eigenen Namen. Alle übrigen Konsorten beteiligen sich lediglich im Innenverhältnis gemäß den Bestimmungen des Konsortialvertrages an der Kreditvaluta, dem Kreditrisiko und der Kreditgestion. Rechtsbeziehungen entstehen damit nur zwischen dem Kreditnehmer und dem handelnden Konsorten, nur er haftet für die Auszahlung der Kreditvaluta und nur er hat einen Anspruch auf Kreditrückzahlung. Für die kreditgebende Bank bleibt es beim Innenkonsortium möglich, den Kreis der beteiligten finanzierenden Banken auch ohne Zustimmung des Kreditnehmers nachträglich auszudehnen oder einzuschränken. Die hinzutretenden Banken werden weder zu Vertragspartnern des Kreditnehmers noch zu Kreditgebern. Denkbar sind eine (Teil-)Zession des Rückzahlungsanspruches, auch ohne dass der Schuldner zustimmt, ein Schuldbeitritt gem § 1406 Abs 2 ABGB im Außenverhältnis oder auch eine Erfüllungsübernahme im Innenverhältnis gem § 1404 ABGB.

Beim sogenannten stillen Konsortium (mit entsprechender interner Organisation) wird dem Kreditnehmer die Identität (oft auch die Existenz) weiterer Konsorten nicht offengelegt.¹⁴ Davon zu unterscheiden ist die in der Literatur vorgenommene Trennung zwischen dezentralisiertem und zentralisiertem Konsortialkredit. Beim dezentralisierten Konsortialkredit erfolgt die Kreditabwicklung durch jede einzelne Konsortialbank entsprechend ihrer Quote am Gesamtkredit, während beim zentralisierten Konsortialkredit der Konsortialführer das Funding organisiert und die Zahlstellenfunktion übernimmt.¹⁵

2.2.3. Rechte und Pflichten der Konsorten

Im Vordergrund der Rechte und Pflichten der Konsorten stehen zunächst die Beitragspflicht in Form der Bereitstellung des Kredits entsprechend der Quote des einzelnen Konsorten und die Ansprüche auf Zinszahlungen, die Rückzahlung des Kapitals und die Zahlung allfällig vereinbarter Gebühren und Provisionen.

Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Bereitstellung des quotenmäßigen Anteils am Kredit kann sich die Frage stellen, welche Rechtsfolgen damit verbunden sind, wenn ein Konsorte seine Einlage nicht leistet. Gem § 1203 ABGB haftet für Gesellschaftsverbindlichkeiten den Gesellschaftsgläubigern zunächst das gesamte Gesellschaftsvermögen, darüber hinaus aber gem § 1203 S 2 ABGB jedes Mitglied zwar persönlich, doch "nur für seinen Anteil". Ein Teil der Lehre und die überwiegende Rechtsprechung nehmen jedoch unabhängig von der Teilbarkeit der Leistung im Zweifel eine Solidarverpflichtung der Gesellschafter an, wenn sich mehrere Personen durch einheitlichen Vertrag verpflichten. Aus Vereinbarung oder Sondernormen wie zB § 348 UGB, bei Unteilbarkeit der Leistung nach § 890 S 1 ABGB oder bei Gesellschaftsschulden nach § 1203 S 2 ABGB kann sich die Solidarhaftung ergeben. In der Praxis wird daher regelmäßig die im Außenverhältnis vermutete Solidarhaftung ausdrücklich abbedungen, widrigenfalls im Innenverhältnis lediglich ein Regressanspruch gem § 896 ABGB bestünde.

2.2.4. Nachschussverpflichtung

Eine Nachschussverpflichtung der Konsorten besteht nicht. Lässt sich allerdings bei unveränderten Umständen ohne Nachschuss der Gesellschaftszweck nicht erreichen, können die Gesellschafter einen Erhöhungsbeschluss fassen. Dasjenige Mitglied, das einen Nachschuss ablehnt, kann austreten oder ausgeschlossen werden (§§ 1189, 1210 ABGB).¹⁶ Nachschussverpflichtungen werden gelegentlich in Konsortialverträgen ausdrücklich vereinbart. An derartige Verpflichtungen wird

*MMag. Dr. Markus Fellner: **Konsortialkredite: Ausgestaltung**, Haftung, Kündigung -- RdW Heft 10, 584*

ein strenges Bestimmtheitserfordernis geknüpft, da es keine konkludenten Nachschussvereinbarungen gibt.¹⁷

Die Frage, ob aufgrund ähnlicher Wertungen die insb in Deutschland entwickelte Rechtsprechung und Literatur zu einer ausgeprägten Förderpflicht der Interessen sämtlicher Gesellschafter durch den einzelnen Gesellschafter¹⁸ - und damit im Einzelfall ein Zurückstellen von Individualinteressen - auch analog auf Kreditkonsortien anwendbar sind, wurde bisher in der Literatur nicht tiefgehend behandelt.¹⁹ Die Förderpflicht des einzelnen Gesellschafters besteht darin, durch aktives Tun zum Erreichen der gesellschaftlichen Zielsetzung beizutragen; umgelegt auf Kreditkonsortien könnten sich Konstellationen

ergeben, in denen für die Zweck- und Zielerreichung des Konsortiums erforderliche Beschlüsse durch Minderheiten blockiert werden könnten.

2.2.5. Die Haftung des Konsortialführers

Gem § 1191 ABGB haften Gesellschafter bei Geschäftsführung und Vertretung für die gebotene Sorgfalt ohne Einschränkung auf die *diligentia quam in suis rebus*²⁰ und nach § 347 UGB für die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers.²¹ Der Sorgfaltsmaßstab ist daher aus dem Zivilrecht herzuleiten und ergibt sich aus § 1299 ABGB sowie aus den analog anwendbaren übereinstimmenden Wertungen des § 84 Abs 1 AktG und § 25 Abs 1 GmbHG.

Gem § 1299 ABGB haftet, wer "sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt, oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert".²² Durch § 1299 ABGB wird für den Konsortialführer auch ein objektiver Sorgfaltsmaßstab verankert. Es kommt nicht auf die subjektiven Fähigkeiten an, sondern darauf, wie sich ein gewissenhafter Konsortialführer verhalten hätte.²³ In Gesellschaftsangelegenheiten gilt somit ein objektiver Sorgfaltsmaßstab.²⁴ Maßgeblich ist die vertraglich geschuldete Sorgfalt, also die Sorgfalt eines gewissenhaften oder ordentlichen Geschäftsführers. Die Konsortialführerin hat im Verhältnis zu den übrigen Konsorten für die geschäftsübliche Sorgfalt von Banken einzustehen.²⁵ Ein Sorgfaltsverstoß ist bereits bei leichter Fahrlässigkeit haftungsbegründend.²⁶

Nach deutschem Recht (§ 708 BGB) tritt eine Haftung des Geschäftsführers hingegen nur bei Verletzung derjenigen Sorgfalt ein, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*diligentia quam in suis rebus*), was gem § 277 BGB jedoch eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht ausschließt.²⁷

Die Regelung wurde in Deutschland allerdings im Hinblick auf Konsortialverhältnisse kritisiert, weil sie der Interessenlage der Konsorten unangemessen sei und daher in Konsortien als stillschweigend abbedungen gelten solle.²⁸ Der Konsortialführer hat vielmehr für die Einhaltung der bankenüblichen Sorgfalt einzustehen.²⁹

2.2.6. Die Kündigung des Konsortialvertrags

Gem § 1212 ABGB liegt ein unbefristetes und ordentlich kündbares Gesellschaftsverhältnis dann vor, wenn die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses weder vertraglich bestimmt worden ist noch sich aus der Natur des Geschäftes ergibt.³⁰ Kreditkonsortien sind regelmäßig auf die Dauer bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredits, einschließlich der Verteilung entsprechend den Quoten unter den Konsorten, befristet.³¹ Eine Fristenkongruenz zwischen der Laufzeit des Konsortialkreditvertrages und der Laufzeit des Konsortialvertrages ist ebenso notwendig wie die Abstimmung der Kündigungsgründe.

Gem § 1211 ABGB ist eine Kündigung bei befristeten Gesellschaften bürgerlichen Rechts nur aus wichtigem Grund zulässig.³² Dieses Recht kann auch nicht ausgeschlossen werden.³³ Wesentlich ist der Umstand, dass ein wichtiger Grund im Verhältnis zum Kreditnehmer nicht ohne Weiteres die Kündigung des Konsortialvertrages rechtfertigt.

Ein Gesellschaftsverhältnis kann grundsätzlich dann aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung gekündigt werden, wenn dem kündigenden Gesellschafter aufgrund vorausgegangenen Verhaltens des oder der anderen Gesellschafter, durch das gesellschaftsrechtliche Pflichten schwerwiegend verletzt wurden und ein Zerwürfnis verursacht worden ist, eine vertrauensvolle Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist.³⁴

Die Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der zur außerordentlichen Kündigung des Konsortialvertrages berechtigt, ist das Ergebnis einer Gesamtabwägung. Ein Verschulden ist nicht erforderlich. Bei der Gesamtabwägung ist zu beurteilen, ob dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung der Gesellschaft bis zur Beendigung nicht zugemutet werden kann, weil das Vertrauensverhältnis grundlegend gestört oder ein gedeihliches Zusammenwirken aus sonstigen, namentlich auch wirtschaftlichen Gründen nicht mehr möglich ist;³⁵ dabei sind in die Gesamtabwägung alle Einzelumstände des Falles, wie zB Art, Zweck und Dauer der

Gesellschaft, die Intensität der persönlichen Zusammenarbeit und der bis zur ordentlichen Kündigung verbleibende Zeitraum, einzubeziehen.³⁶

Wegen des Konsortialzwecks und der Risikoverteilung soll die außerordentliche Kündigung eines Konsortialvertrags jedoch nur unter engeren Voraussetzungen zulässig sein, bspw wenn das Konsortium auf eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Kreditnehmers mit "bankmäßig

*MMag. Dr. Markus Fellner: **Konsortialkredite: Ausgestaltung**, Haftung, Kündigung -- RdW Heft 10, 585*

unangemessenen Mitteln" reagiert, sodass der Verlust der Kreditvaluta unmittelbar droht.³⁷

In der österreichischen Literatur wurde bspw im Zusammenhang mit der außerordentlichen Kündigung eines Versicherungsvertrags vertreten, dass bei betrügerischen Machenschaften oder bei grob fehlerhafter oder anhaltend verzögerter Bearbeitung eines Versicherungsfalles durch den Versicherer ein wichtiger Grund vorliegt, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.³⁸ Fälle einer fehlerhaften grob fahrlässigen Gestionierung des Konsortialkredits durch den Konsortialführer oder die verzögerte Weiterleitung von wesentlichen Informationen oder Zahlungen des Kreditnehmers an die Konsorten könnten analog beurteilt werden.

In der Praxis werden im Konsortialvertrag oft ausdrücklich Gründe angeführt, die einen oder mehrere Konsorten zur außerordentlichen Kündigung des Konsortialvertrags berechtigen sollen.³⁹

2.2.7. Rechtsfolgen der Kündigung

Kündigt ein Konsorte den Konsortialvertrag, ist zunächst strittig, ob eine derartige Kündigung den Konsortialvertrag insgesamt beendet und somit die Abwicklung des Konsortiums erfordert (Auflösungskündigung), oder ob lediglich die Rechtsbeziehung des kündigenden Konsorten zu den übrigen Gesellschaftern, die ihrerseits die Gesellschaft fortsetzen, beendet wird, sodass nur der kündigende Konsorte aus der aufrecht bleibenden Gesellschaft ausscheidet (Austrittskündigung).⁴⁰ Im Zweifel - insb bei aufrechtem Kreditverhältnis zum Kreditnehmer - wird allerdings vermutet, dass die übrigen Konsorten das Konsortialverhältnis fortsetzen wollen.⁴¹

Im Zusammenhang mit Konsortialverhältnissen kann zudem der Kündigungsgrund des § 1211 ABGB relevant sein, in dem eine Variante des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gesehen wird:⁴² Ein Austritt eines Gesellschafters soll im Fall eines befristeten Gesellschaftsvertrags dann zulässig sein, wenn jenes Mitglied "*gestorben oder ausgetreten ist*", von dem "*der Betrieb des Geschäftes vorzüglich abhing*". Denkbar wäre der Fall, dass der Konsortialführer oder ein Konsorte mit einer wesentlichen Quote am Kredit aus dem Konsortium ausscheidet.

Ein weiterer wesentlicher Grund, der zum Austritt berechtigt, liegt vor, wenn das austretende Konsortialmitglied außerordentliche Verwaltungsmaßnahmen der Mehrheit ablehnt und sich die Mehrheit weigert, Sicherstellung für künftigen Schaden zu leisten (§ 834 ABGB).⁴³ Zur Abgrenzung von ordentlichen und außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen ist auf die Rechtsprechung und Literatur zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verweisen. Demnach gehört zu den ordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen, was sich in der betreffenden Gesellschaft im gewöhnlichen Lauf der Dinge als notwendig und zweckmäßig erweist, im Interesse der Mitglieder liegt und keinen besonderen Kostenaufwand erfordert.⁴⁴ Atypisch und damit außerordentlich sind Geschäftsvorgänge, die eine erhebliche Änderung der planmäßigen Abwicklung des Kreditvertrags bewirken.⁴⁵ Wenngleich außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahmen mit der Zustimmung der Mehrheit genehmigt werden können, ist ihre Durchführung erst nach dieser Genehmigung und der Anhörung auch der Minderheit dazu zulässig.⁴⁶ Der Konsortialführer wird regelmäßig nur mit der Erledigung der ordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen betraut sein.⁴⁷ Sogenannte Grundlagen im Kreditkonsortium, wie die Änderung der Konsortialvereinbarung oder die Kündigung des Kreditvertrags, bedürfen darüber hinaus als Grundlagengeschäfte der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, sofern der Konsortialvertrag nicht ein geringeres Mehrheitserfordernis ausdrücklich vorsieht.⁴⁸

Mit Ausscheiden aus der Gesellschaft hat der kündigende Gesellschafter gegenüber den anderen

Gesellschaftern einen obligatorischen Anspruch auf Abrechnung und Auszahlung eines Abfindungsguthabens in Höhe seiner Beteiligung.⁴⁹ Von maßgebender Bedeutung für die Bewertung des Abfindungsguthabens ist der Zeitpunkt seines Ausscheidens.⁵⁰

Der Abfindungsanspruch ist dabei im Wege einer Gesamtabrechnung zu ermitteln. Die Abfindung (Abschichtung) des ausscheidenden Konsorten, dessen Anteil nicht an einen neu eintretenden oder die übrigen Konsorten übertragen wird, bedeutet, dass er den Wert seiner Beteiligung anlässlich seines Ausscheidens in Geld ausbezahlt bekommt.⁵¹ Der Abschichtungsbetrag ist mangels vertraglich abweichender Regelung durch eine besondere Schätzung festzulegen, die sich am wahren wirtschaftlichen Wert zu orientieren hat, wobei der Unternehmenswert aufgrund der Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter, die den Hauptstamm bildenden Sachwerte und die stillen Reserven zu berücksichtigen sind. Der Buchwert soll hingegen nur bei Vorliegen einer besonderen Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern maßgeblich sein.⁵²

Für den Abfindungsanspruch des ausscheidenden Konsorten haften die übrigen Konsorten, die das Konsortium fortführen, im Verhältnis ihrer Quote mit dem Gesellschafts- und dem Privatvermögen. Durch Ausscheiden des Konsorten erhöhen sich die Anteile der verbleibenden Konsorten, da das Vermögen auf sie übergeht.⁵³ Die verbleibenden Konsorten sind demnach verpflichtet, den Ausscheidenden so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt seines Ausscheidens liquidiert worden wäre. Grundsätzlich ist die Abfindung sofort fällig, was ohne entsprechende vertragliche Regelung, insb bei endfälligen Konsortialkrediten, zu einer erheblichen Belastung der verbleibenden Konsorten führen würde.⁵⁴

Für Verbindlichkeiten haftet der ausscheidende Konsorte nur insofern und insoweit, als diese Verbindlichkeiten im Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits bestanden haben und ihn (quotenmäßig) getroffen haben.⁵⁵

Gesondert vom Abfindungsanspruch nimmt der ausscheidende Konsorte auch am Gewinn und Verlust teil, der sich aus einem zum Zeitpunkt seines Ausscheidens schwebenden

*MMag. Dr. Markus Fellner: **Konsortialkredite: Ausgestaltung**, Haftung, Kündigung -- RdW Heft 10, 586*

Geschäft ergibt.⁵⁶ Der Begriff des "schwebenden Geschäfts" setzt eine zum maßgeblichen Zeitpunkt (Ausscheiden) schon vorhandene, aber noch nicht erfüllte, rechtliche Bindung einerseits und eine unmittelbar auf den Erwerb gerichtete Rechtsbeziehung andererseits voraus.⁵⁷ Nach österreichischer und deutscher Literatur sind Kreditgeschäfte Dauerschuldverhältnisse,⁵⁸ sodass sie nicht zu den schwebenden Geschäften gezählt werden können.⁵⁹ Die deutsche Rechtsprechung begründet das auch damit, dass der Ausgeschiedene so gestellt werden würde, als bestünde das Gesellschaftsverhältnis fort.⁶⁰

Mit dem Ausscheiden verliert der Konsorte auch seine Einfluss- und Kontrollrechte.⁶¹

Aufgrund der Unsicherheiten, die sich aus der Rechtsprechung und Literatur zur Abschichtung eines ausscheidenden Konsorten und zur Frage der Beteiligung des Konsorten am laufenden Kredit ergeben, ist dieser Regelungspunkt im Konsortialverhältnis mitunter einer der wichtigsten Aspekte überhaupt. Die vertraglichen Gestaltungsvarianten reichen von der Vereinbarung, dass im Fall des Ausscheidens eines Konsorten (aus wichtigem Grund) gleichzeitig die auf den Konsorten entfallende Quote des ausgereichten Kredits fällig wird, bis hin zu einer Übernahmeverpflichtung der Quote des ausscheidenden Konsorten mit einem Risikoabschlag. Gerade bei großvolumigen und risikobehafteten Krediten ist allerdings eine Übernahmeverpflichtung der übrigen Konsorten wirtschaftlich nicht praktikabel.

1 Vgl ua *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg), Bankrechts-Handbuch³ I (2007) § 87 Rz 1.

2 Vgl ua *De Meo*, Bankenkonsortien (1994) Rz 3; *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch § 87 Rz 1 ff.

3 Vgl ua *Kutzelnigg/Ketzer/Hausmaninger*, Konsortialvertrag in *Hausmaninger/Petsche/Vartian*, Wiener Vertragshandbuch² I (2011) 549 ff; *Riedler* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Österreichisches Bankvertragsrecht IX (2012) Rz 6/1 ff.

4 Vgl ua *De Meo/Hoffmann* in *Schütze/Weipert*, Münchener Vertragshandbuch II (2009) 396 ff (Konsortialkreditvertrag) und 415 ff (Konsortialvertrag); *Hoffmann* in *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht² (2009) § 22 Rz 64 ff (Konsortialkredite).

5 Vgl ua ablehnend zur Wirksamkeit aufgrund der Qualifizierung der Parallelschuld als abstraktes Rechtsgeschäft im

- zweipersonalen Verhältnis ua bei *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX Rz 6/54.
- 6 Vgl ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) 12; *Riedler*, Sicherheitenbestellung beim Konsortialkredit (2002) 47 ff; *Kutzelnigg/Ketz/Hausmaninger*, Konsortialvertrag/Konsortialkreditvertrag, in *Hausmaninger/Petsche/Vartian*, Wr Vertr-HB I 552 f.
- 7 Vgl ua *De Meo*, Bankenkonsortien 54 ff; *Hoffmann* in *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch Bankrecht § 22 Rz 64; *Eyles/Schaffelhuber* in *Gummert/Riegger/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts² I (2004) 636 f.
- 8 Vgl ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht 12; *W. Jud*, Das Kreditkonsortium im Spannungsfeld zwischen Gelegenheitsgesellschaft und Treuhandschaft, GesRZ 1981, 129, 130 mwN; *Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen (2002) Rz 1185; zur dt-rechtlichen Gelegenheitsgesellschaft vgl ua *Eyles/Schaffelhuber* in *Gummert/Riegger/Weipert*, MünchHB Gesellschaftsrecht I 636 f.
- 9 Vgl ua *W. Jud*, GesRZ 1981, 132 mwN. Nach der deutschen Rechtsprechung besitzt die GesbR Rechts-, Partei- und Prozessfähigkeit; vgl ua BGH 29. 1. 2001, II ZR 331/00.
- 10 Vgl ua *W. Jud*, GesRZ 1981, 134 mwN.
- 11 Vgl ua *W. Jud*, GesRZ 1981, 138 mwN. Die Frage des Organisationserfordernisses bei der GesbR ist durchaus nicht unumstritten und es wären auch andere Gesellschaftsformen denkbar, die in der Praxis aber noch nicht in Erscheinung getreten sind (vgl auch *Riedler* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ (2010) § 1175 Rz 1 mwN).
- 12 Vgl *Riedler*, Sicherheitenbestellung 47 ff, 57 ff. Zur Dauerhaftigkeit nach § 1 Abs 2 UGB vgl ua *Dehn* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB ABGB (2007) § 1 UGB Rz 18; so auch der OGH, vgl *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX Rz 6/48 mwN.
- 13 Vgl zur GesbR als Außen- und Innengesellschaft ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht 7.
- 14 Vgl ua *Hoffmann* in *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch Bankrecht § 22 Rz 65.
- 15 Vgl ua *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX Rz 6/18.
- 16 Vgl ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht 21.
- 17 Vgl ua *Grillberger* in *Rummel*, ABGB³ II (2002) § 1189 Rz 1.
- 18 Vgl ua BGH 20. 3. 1995, ZIP 1995, 819 (*Girmes-Urteil*); zur Kooperationspflicht von "ausbrechenden" Gläubigern vgl ua BGH 12. 12. 1991, BGHZ 116, 319 (*Akkordstörer-Urteil*).
- 19 Vgl BGH 12. 12. 1991, IX ZR 178/91; *Canaris*, Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 179 (2009), 113; *Eidenmüller*, Die Banken im Gefangenendilemma, ZHR 160 (1996) 343.
- 20 Vgl ua *Riedler* in *KBB*³ § 1191 Rz 1.
- 21 Vgl ua *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX Rz 6/31 mwN.
- 22 Vgl ua OGH 5 Ob 92/07a, JBI 2008, 105.
- 23 Vgl zum Maßstab der "banküblichen Sorgfalt", die sowohl für den Konsortialführer als auch die Konsorten gelten soll, ua *De Meo*, Bankenkonsortien 86.
- 24 Vgl ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1254.
- 25 Vgl ua *Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen Rz 4748.
- 26 Vgl ua *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/297.
- 27 Vgl ua *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX Rz 6/31 mwN.
- 28 Vgl ua *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch § 87 Rz 36.
- 29 Vgl ua *De Meo*, Bankenkonsortien 85 f.
- 30 Vgl ua *Grillberger* in *Rummel*, ABGB § 1212 Rz 6.
- 31 Vgl ua *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch § 87 Rz 1 ff.
- 32 Vgl ua *Grillberger* in *Rummel*, ABGB § 1212 Rz 3.
- 33 Vgl speziell zur Beendigung von Konsortialverträgen aus wichtigem Grund ua *Eyles/Schaffelhuber* in *Gummert/Riegger/Weipert*, Münch-HB Gesellschaftsrecht I 665.
- 34 Vgl ua *Gummert* in *Gummert/Riegger/Weipert*, Münch-HB Gesellschaftsrecht I § 21 Rz 30.
- 35 Vgl ua *Grillberger* in *Rummel*, ABGB § 1211 Rz 5.
- 36 Vgl ua *von Dittfurth* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB⁶ (2011) § 723 Rz 11; ggf wären auch mildere Maßnahmen, die denselben Zweck erreichen, zu prüfen, wie zB der Entzug der Geschäftsführung aus wichtigem Grund gem § 712 Abs 1 BGB.
- 37 Vgl ua *Preissler*, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen und konsortiale Kreditvergabe durch Banken (1997) 70.
- 38 Vgl ua OGH 5. 8. 2003, 7 Ob 179/03d, JBI 2004, 245.
- 39 Vgl ua *Eyles/Schaffelhuber* in *Gummert/Riegger/Weipert*, Münch-HB Gesellschaftsrecht I 665.
- 40 Vgl ua *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005) 259.
- 41 Vgl ua *Grillberger* in *Rummel*, ABGB §§ 1206, 1207 Rz 2.
- 42 Vgl ua *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 259.
- 43 Vgl ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht 39.
- 44 Vgl ua *Grillberger* in *Rummel*, ABGB § 1188 Rz 3.
- 45 Vgl ua *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch § 87 Rz 32.
- 46 Vgl ua *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht 29.
- 47 Vgl ua *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch § 87 Rz 32.
- 48 Vgl ua *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch § 87 Rz 37, 50.
- 49 Vgl ua BGH II ZR 256/59; *Sprau* in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷¹ (2012) § 705 Rz 35.
- 50 Vgl ua *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB⁴ I (2011) §§ 137, 138 Rz 17.
- 51 Vgl ua *Jabornegg/Resch* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar³ V (2006) § 1215 Rz 10.
- 52 Vgl ua *Hofmann*, Gesellschafterhaftung in der GesbR (2008) 100 mwN.
- 53 Vgl ua *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ (1998) 74.
- 54 Vgl ua *Baumbach/Duden/Hopt*, Handelsgesetzbuch²⁹ § 138 Rz 26 (vgl dazu nunmehr § 131 Abs 3 dHGB).
- 55 Vgl ua *Hofmann*, Gesellschafterhaftung 100 mwN.
- 56 Vgl ua *Reich-Rohrwig*, eolex 1990, 482; *Sprau* in *Palandt*, BGB § 740; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB §§ 137, 138 Rz 34.

57 Vgl ua *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB §§ 137, 138 Rz 35.

58 Vgl ua *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil⁵ (2010) Rz 5/11.

59 Vgl ua *Schmidt* in MünchKomm HGB³ (2011) § 131 Rz 120; *Sprau* in *Palandt*, BGB § 740 Rz 1.

60 Vgl ua *Piehler/Schulte* in *Gummert/Riegger/Weipert*, Münch-HB Gesellschaftsrecht I § 10 Rz 91.

61 Vgl ua *Hofmann*, Gesellschafterhaftung 100 mwN.