Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

194

Sait Dogan

Der stille Kommanditist in der Publikums-KG

Die Dogmatik der qualifizierten Treuhand, ihr Haftungsregime und Auskunftsansprüche

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb
Prof. Dr. Mathias Habersack
Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago)
Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon)

Begründet von
Prof. Dr. Klaus J. Hopt
Prof. Dr. Manfred Lieb
Prof. Dr. Harm Peter Westermann

Band 194

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sait Dogan

Der stille Kommanditist in der Publikums-KG

Die Dogmatik der qualifizierten Treuhand, ihr Haftungsregime und Auskunftsansprüche

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

The book processing charge was funded by the Baden-Württemberg Ministry of Science, Research and Arts in the funding programme Open Access Publishing and the University of Freiburg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2021

1. Auflage 2021

© Sait Dogan

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8381-6
ISBN (ePDF): 978-3-7489-2771-6

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748927716

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meinen Eltern

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2020/2021 als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand Ende 2020.

Mein aufrichtiger Dank gebührt zuallererst meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Jan Lieder, LL.M., der die Entstehung dieser Arbeit durch sein uneingeschränktes Vertrauen und seine hervorragende Unterstützung erst ermöglicht hat. Er war mir ein exzellenter Betreuer und wertvoller Gesprächspartner, der mich in meinem selbst gewählten Promotionsvorhaben vom ersten Tag an bestärkt und durch Anregungen in die richtige Richtung gelenkt hat. Ich danke ihm auch für die äußerst schnelle Anfertigung des Erstgutachtens.

Danken möchte ich zudem Herrn Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M. für die ebenfalls außerordentlich zügige Zweitbegutachtung.

Der Herausgeberin und den Herausgebern, Frau Professorin Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Herr Professor Dr. Mathias Habersack, Herr Professor Dr. Christoph Kumpan, LL.M. und Herr Professor Dr. Adam Sagan, MJur, danke ich für die Aufnahme dieser Arbeit in ihre Schriftenreihe „Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht".

Mein Dank gilt ferner dem baden-württembergischen Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst sowie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg für die vollständige Finanzierung der Publikationsgebühren.

Deniz Dogan, M.Sc., Lukas Gerhardinger, Johannes Hagmann, LL.M., Mag. Michael Kern, B.A., LL.M. und Tom-Patric Kimmel danke ich für die sorgfältige und kritische Durchsicht des Manuskripts und viele konstruktive Diskussionen.

Ganz besonders bedanke ich mich bei meiner Partnerin, Anja Renz, für ihre großartige und bedingungslose Unterstützung während meiner Studien- und Promotionszeit. Sie hat sich zugunsten meiner Ausbildung unaufhörlich in Geduld gefasst und ihre eigenen Ansprüche zurückgestellt.

Schließlich möchte ich meiner Familie von ganzem Herzen danken. Seit jeher geben sie mir die Kraft und das Selbstvertrauen für meinen Lebensweg. Dieser Dank gilt vor allem meinen Eltern, Monika und Besir Dogan. Sie haben die ideellen und finanziellen Voraussetzungen für meinen Erfolg geschaffen. Ihre unentwegte Fürsorge und liebevolle Unterstützung ist

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Grundlage für meine persönliche und berufliche Entwicklung. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Juni 2021 *Sait Dogan*

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsübersicht

Einleitung 23

§ 1. Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung 23
§ 2. Erscheinungsformen der Treuhand 26
§ 3. Weitere wichtige Begrifflichkeiten 33
§ 4. Forschungsstand 40

Kapitel 1: Die Natur der Treuhand im deutschen Recht 44

§ 5. Einführung 44
§ 6. Die frühe Reichsgerichtsrechtsprechung 45
§ 7. Die Verdinglichungsdoktrin der neueren Rechtsprechung 51
§ 8. Modelle eines besonderen Treuhandinnenrechts im Schrifttum 63
§ 9. Das richtige Treuhandverständnis 71
§ 10. Zusammenfassung 80

Kapitel 2: Grundlagen zum Untersuchungsgegenstand 82

§ 11. Einführung 82
§ 12. Die Publikums-KG 83
§ 13. Motive für das Treuhandmodell 93
§ 14. Abstrakte Gestaltungsmöglichkeiten wirtschaftlicher Beteiligungen 102
§ 15. Die qualifizierte Treuhand und andere Beteiligungsformen 112
§ 16. Die materiell-rechtliche Wirkungsweise von § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB 130
§ 17. Rechtstatsachenbetrachtung der kautelarjuristischen Praxis 143
§ 18. Zusammenfassung 149

Kapitel 3: Dogmatik und Anwendungsprobleme der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil 152

§ 19. Einführung 152

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 20. Die Dogmatik in der Rechtsprechung 153
§ 21. Die Dogmatik in der Literatur 162
§ 22. Rechtfertigung der Figur des stillen Kommanditisten 175
§ 23. Die Außenhaftung des stillen Kommanditisten 237
§ 24. Aufrechnung gegen Ansprüche aus dem Freistellungsverhältnis 255
§ 25. Auskunftsansprüche über die Identität des stillen Kommanditisten 285

Schlussteil: Thesen dieser Arbeit 318
§ 26. De lege lata 318
§ 27. De lege ferenda 324

Literaturverzeichnis 327

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 23

§ 1. Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung 23

§ 2. Erscheinungsformen der Treuhand 26
I. Echte und unechte Treuhand 27
II. Verwaltungs-, Sicherungs- und Nutzungstreuhand 29
III. Erwerbstreuhand, Übertragungstreuhand und Vereinbarungstreuhand 31

§ 3. Weitere wichtige Begrifflichkeiten 33
I. Kupierte Publikums-KG 33
II. Offene und qualifizierte Treuhand 35
III. Verbandsverhältnis 37
IV. Stiller Kommanditist 38

§ 4. Forschungsstand 40

Kapitel 1: Die Natur der Treuhand im deutschen Recht 44

§ 5. Einführung 44

§ 6. Die frühe Reichsgerichtsrechtsprechung 45
I. Materielle Gerechtigkeit als Treuhandkorrektiv 45
1. Treugeberschutz nach der Gefahrtragungsthese (Art. 368 Abs. 2 ADHGB analog) 46
2. Kein Schutz bloßer Verschaffungsansprüche 46
II. Das Unmittelbarkeitsprinzip 47
1. Keine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB 47
2. Anschließende Relativierung 48
a) Unmittelbarkeitsprinzip 48
b) Surrogationsverbot 49
III. Schlussfolgerung 50

§ 7. Die Verdinglichungsdoktrin der neueren Rechtsprechung 51
I. Das Treuhandkonto 51
II. Vermeintliches Grundurteil aus dem Jahr 1953 52
III. Der Beginn des Verdinglichungsdiktums 53
1. Erste Fehlinterpretation 54

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Zweite Fehlinterpretation 54
3. Keine Grundlage für die Verdinglichungsdoktrin in RGZ 127, 341 und 153, 366 55
4. Letztliche Folge beider Fehlinterpretationen 56
IV. Die Verfestigung des Verdinglichungsdiktums 57
1. BGH NJW 1971, 559 57
2. BGH NJW-RR 1993, 301 58
V. Zwischenergebnis zum prozessualen Vollstreckungsrecht 58
VI. Einwendungs- und Aufrechnungsfragen 59
VII. Abschließende Bewertung 61

§ 8. Modelle eines besonderen Treuhandinnenrechts im Schrifttum 63
I. Interessenwahrnehmungspflicht strictu sensu 64
II. Die Treuhand als atypischer Gesellschaftsvertrag 65
III. Die Treuhand als allgemeine Form der Geschäftsbesorgung 66
IV. Stellungnahme 67
1. Systematische Bedenken gegen Grundmanns Ansatz 67
2. Typologische Bedenken gegen Geibels Ansatz 68
3. Historische Bedenken gegen Löhnigs Ansatz 70

§ 9. Das richtige Treuhandverständnis 71
I. Die Treuhand als Haftungszuordnungsregime 71
1. Kein „Treuhandvertrag“ 71
2. Rückbeschränkung der Treuhandproblematik auf Zwangsvollstreckungsfragen 73
II. Exkurs: Haftungszuordnung in der Zwangsvollstreckung 74
1. Unmittelbarkeit 74
2. Offenkundigkeit 75
3. Bestimmtheit 76
4. Rechtliche Gefahrtragung 77
5. Stellungnahme 78

§ 10. Zusammenfassung 80

Kapitel 2: Grundlagen zum Untersuchungsgegenstand 82

§ 11. Einführung 82

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 12. Die Publikums-KG 83
I. Die Kommanditgesellschaft als Rechtsträgerin des Anlagevermögens 84
1. Steuerliche Gründe 84
a) Umgehung der gewerblichen Einkunftsart 84
b) Verlustabzugsmöglichkeit bei der Anlegerbesteuerung 85
2. Gestaltungsfreiheit 86
II. Die aufsichtsrechtliche geschlossene Publikums-Investment-KG 87
1. Keine bloße Unternehmensfinanzierung 87
2. Kapitalanlagerechtliche Organisationsformen 88
3. Offene und geschlossene Investmentgesellschaft 89
4. Restanwendungsbereich für die Alt-Publikums-KG 90
III. Gründe für die Wahl des GmbH & Co.-Modells 91
IV. Kupierung durch Sammeltreuhand 92

§ 13. Motive für das Treuhandmodell 93
I. Vereinfachung und Kostenersparnis 93
1. Beitritt, Austritt und Anlegerwechsel 93
2. Willensbildungsprozesse 94
II. Anonymität der Anleger 95
III. Anlegerschutz 96
1. Anlegerpartizipation 97
2. Konfliktbewältigung 98
IV. Steuervorteilszweck 99
V. Haftungsrisikoverringerung 99
1. Haftungssituation bei direkter Kommanditbeteiligung 100
2. Wirtschaftliche statt rechtliche Außenhaftung 100
3. Keine Anwendbarkeit von § 176 Abs. 2 HGB 101

§ 14. Abstrakte Gestaltungsmöglichkeiten wirtschaftlicher Beteiligungen 102
I. Derivativer oder originärer Erwerb der Gesellschafterrechte 103
II. Schuldrechtliche oder organisationsrechtliche Berechtigung 104
1. Aufhebung und Änderung von Rechten 104
2. Treuepflichten 105
3. Rechtswirkung 106

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Schuldrechtliche Annäherung oder mitgliedschaftliche Einbeziehung 107
1. Schuldrechtliche Annäherung, das heißt virtuelle Sachabbildung 107
2. Gestaltungsmöglichkeiten einer Einbeziehung in die Treuhandmitgliedschaft 108
a) Einbeziehung ohne Rechts- und Pflichtenbeziehung zur Hauptgesellschaft 109
b) Einbeziehung mit Rechts- und Pflichtenbeziehung zur Hauptgesellschaft 109
3. Gestaltungsmöglichkeiten einer Einbeziehung in die Hauptgesellschaft 110

§ 15. Die qualifizierte Treuhand und andere Beteiligungsformen 112
I. Unmittelbare Beteiligung und qualifizierte Treuhand 112
1. Unmittelbare Beteiligung 112
2. Vergleich zur qualifizierten Treuhand 113
II. Stille Gesellschaft und qualifizierte Treuhand 115
1. Typische stille Gesellschaft 115
2. Mehrgliedrige stille Gesellschaft 116
3. Vergleich zur qualifizierten Treuhand 118
a) Mitgliedschaftliche Einbeziehung 118
b) Dingliche Teilhabe am Gesellschaftsvermögen 119
c) Wirtschaftliche Beteiligung 120
III. Unterbeteiligung und qualifizierte Treuhand 121
1. Typische Unterbeteiligung 121
2. Atypische Formen 122
3. Vergleich zur qualifizierten Treuhand 122
a) Mitgliedschaftliche Einbeziehung 123
b) Dingliche Teilhabe am Gesellschaftsvermögen 123
c) Wirtschaftliche Beteiligung 124
d) Der kombinatorische Ansatz der Rechtsprechung 124
IV. Nießbrauch am Gesellschaftsanteil und qualifizierte Treuhand 125
1. Nießbrauch am Gesellschaftsanteil 126
a) Abgrenzung zum Nießbrauch am Unternehmen 126
b) Nießbrauch-Treuhand und echter Nießbrauch 126
c) Stimmrechtsübertragung 128
2. Vergleich zur qualifizierten Treuhand 128
a) Mitgliedschaftliche Einbeziehung und Teilhabe am Gesellschaftsvermögen 128

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Wirtschaftliche Beteiligung 129

§ 16. Die materiell-rechtliche Wirkungsweise von § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB 130

I. Das Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften 132
1. Objektivierte Auslegung 132
2. Inhaltskontrolle 133
a) Ablehnende Ansicht 133
b) Stellungnahme 134
3. Anwendung auf Treuhandverträge 136

II. Übertragung der Erkenntnisse auf die Publikums-Investment-KG 137
1. Grammatikalische Auslegung 137
2. Systematische Auslegung 138
3. Historische Auslegung 138
4. Teleologische Auslegung 138

III. § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB als programmatische Schutzvorschrift 139
1. Vorab: Rechtsnatur 140
2. Keine Fiktionswirkung 140
a) Privatrechtliche Verwirklichung des Schutzzecks 141
b) Öffentlich-rechtliche Verwirklichung des Schutzzwecks 142
3. Fazit 143

§ 17. Rechtstatsachenbetrachtung der kautelarjuristischen Praxis 143

I. Beitritt durch Erwerbstreuhand 144
II. Wahl- und Wechseloptionen 146
III. Die Gleichstellung nach § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB 147
1. Noch einmal: Die Gestaltungsmöglichkeiten qualifiziert treuhänderischer Beteiligung 148
2. Erkenntnis 148

§ 18. Zusammenfassung 149

Kapitel 3: Dogmatik und Anwendungsprobleme der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil 152

§ 19. Einführung 152

§ 20. Die Dogmatik in der Rechtsprechung 153

I. Vertragsfreiheit im Innenverhältnis 153
II. Vertragliche Eingliederung in die Gesellschaft 155

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Durch gesellschaftsrechtliche Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung 155
1. Insbesondere BGHZ 196, 131 156
2. Zuletzt BGHZ 217, 237 157
a) Abstrakt: Die Voraussetzungen der qualifizierten Treuhand 158
b) Quasi-Gesellschafterstellung trotz derivativ-schuldrechtlicher Berechtigung 159
IV. Kein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot 159
1. Die Zustimmung im Gesellschaftsvertrag als unzureichende Begründung 160
2. Entscheidend: die Richtigkeitsgewähr durch Selbstbetroffenheit 160
V. Zusammenfassung 161

§ 21. Die Dogmatik in der Literatur 162
I. Schuldrechtliche Gleichstellungen 162
1. Ohne Mitgliedschaftsrechte 162
2. Mit Mitgliedschaftsrechten 164
II. Einbeziehungen in die Mitgliedschaft 164
1. Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil 164
2. Erweiterte Einzelzuordnung 166
a) Keine umfassende Zuordnungs- und Zurechnungseinheit 166
b) Partielle Erweiterung des Rechts- und Pflichtengefüges 167
3. Innen-KG im Innenverband 168
III. Einbeziehungen in die Hauptgesellschaft 170
1. Außengesellschafterstellung 170
2. Umfassende Berechtigung sui generis 172
3. Echte Gesellschafterstellung im Innenverhältnis 174
IV. Zusammenfassung 175

§ 22. Rechtfertigung der Figur des stillen Kommanditisten 175
I. Kritik an den bisherigen Theorien 176
1. Kritik an schuldrechtlichen Gleichstellungen 177
2. Kritik an Einbeziehungen in die Mitgliedschaft 178
a) Keine dingliche Wirkung der Treuhand 179
b) Unvereinbarkeit mit der Natur der Mitgliedschaft und Kernbereichslehre i.w.S. 180
c) Insbesondere keine Innen-KG im Innenverband 181

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Kritik an Einbeziehungen in die Hauptgesellschaft 183
a) Keine Außengesellschafterstellung 184
b) Keine Quasi-Mitgliedschaft 185
c) Der richtige Ansatz: echte Innengesellschafterstellung 186
II. Darstellung der Rechtsfigur und historische Vorläufer 187
1. Trennung von Innen- und Außenverhältnis 188
2. Frühere Formen des stillen Kommanditisten 189
a) Die Collegantia und Wedderlegginge 190
b) Der stille Kommanditist im preußischen ALR 192
c) Der Stille Kommanditist im österreichischen ABGB 193
d) Aufnahme in den ersten Entwurf für ein ADHGB 195
e) Das zeitgenössische Für und Wider einer Namenspublikation 196
f) Kritik 197
3. Die wichtigsten Erkenntnisse 199
III. Gründe für das heute umstrittene Verständnis von der Innengesellschaft 199
1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Societas Romana 200
2. Begründung von Rechtssubjektivität über Verbandsqualität 201
IV. Das Verbandsrecht als allgemeines Gesellschaftsrecht 203
1. Den Innenverband anerkennende Stimmen 203
a) Unbedingter Innenverband 203
b) Bedingter Innenverband 205
c) Fazit 205
2. Der Verband als Willensorganismus mit Zweckverfolgung und Förderpflicht 206
3. Konsequenzen der Verbandsstruktur 207
4. Rechtfertigung 208
a) Der Innenverband als Rechtswirklichkeit 208
b) Verbandsein bedeutet nicht zwingend Rechtssubjektsein 210
c) Der Gesellschaftswille als hinreichende Verbandsvoraussetzung 211
V. Prinzipien des Personengesellschaftsrechts 216
1. Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten zugunsten eines Dritten? 216

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Typenzwang? 217
a) Sinn und Zweck eines Typenzwangs 218
b) Vereinbarkeit des stillen Kommanditisten 221
c) Grenze der Typenkonformität 224
d) Exkurs: Rechtspolitische Verfehlung des § 176 HGB 224
3. Materielle Rechtfertigung 226
a) Verbandssouveränität 226
b) Prinzip der Selbstorganschaft 227
c) Hinreichende Selbstbetroffenheit 230
VI. Dingliche Rechtsverhältnisse und anwendbare Rechtsnormen 234
VII. Zusammenfassung 236

§ 23. Die Außenhaftung des stillen Kommanditisten 237
I. Die Ansicht der Rechtsprechung 238
1. Typenzwang im Außenverhältnis 238
2. Keine (doppelte) Analogie zu Haftungsnormen 239
3. Das Dogma der wirtschaftlichen Außenhaftung 240
4. Direkte Außenhaftung nach Abtretung des Freistellungsanspruchs 241
II. Die Ansicht der Literatur 242
1. Außenhaftung des qualifizierten Treugebers 242
a) Rechtliche Außenhaftung aus der Natur der Sache 242
b) Kehrseite der Gesellschaftergleichstellung 244
c) Kehrseite des wirtschaftlichen Interesses 245
2. Bloß wirtschaftliche Außenhaftung 245
III. Stellungnahme 247
1. Hinreichende Wahrung von Gläubigerinteressen 247
2. Die richtige Vertragsauslegung 249
a) Kein erkennbarer Wille zur Außenhaftung 249
b) Auslegung nach Treu und Glauben 250
3. Keine zwingende Korrelation zwischen Einwirkungsmacht und Haftung 251
4. Keine zwingende Korrelation zwischen wirtschaftlichem Interesse und Haftung 253
IV. Zusammenfassung 254

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 24. Aufrechnung gegen Ansprüche aus dem Freistellungsverhältnis 255
I. Die Ansicht der Rechtsprechung 256
1. Einwendungen des Anlegers gegen eine Inanspruchnahme 256
2. Aufrechnung gegen den Insolvenzverwalter der Gesellschaft 257
3. Aufrechnung gegen Treuhandkommanditisten und Gesellschaftsgläubiger 258
4. Keine analoge Anwendung von § 129 HGB 260
II. Die Ansicht der Literatur 261
1. Befürwortende Stimmen 261
2. Insbesondere: Anwendung des Rechtsgedankens aus § 129 Abs. 1 HGB 263
3. Ablehnende Stimmen 264
III. Stellungnahme 266
1. Richtige Interpretation des Freistellungszwecks 267
a) Erfordernis gewichtiger Anhaltspunkte 268
b) Keine Berücksichtigung von Gläubigerinteressen 268
c) Achtung des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse 270
2. Kein Ausschluss nach Treu und Glauben 270
a) Keine Quasi-Außenhaftung 271
b) Keine Schutzbedürftigkeit der Gesellschaftsgläubiger 272
c) Widersprüchlichkeit 273
d) Unverhältnismäßigkeit 274
3. Insbesondere: Unvereinbarkeit mit § 309 Nr. 3 BGB 275
a) Unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB 275
b) Verstoß 276
4. Insbesondere: Unvereinbarkeit mit den Wertungen des KAGB 277
a) Anlegerschutz als Gesetzeszweck 277
b) Analoge Anwendung von § 152 Abs. 6 KAGB auf den Treugeber 278
c) Durchschlag auf die Aufrechnungsproblematik 280
5. Sonderfall: Insolvenzverfahren 280
a) Entsprechende Anwendung von §§ 171 Abs. 1 Hs. 2, Abs. 2 HGB 281
b) Ausnahmsweiser Aufrechnungsausschluss? 282
IV. Zusammenfassung 284

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 25. Auskunftsansprüche über die Identität des stillen Kommanditisten 285
I. Die Ansicht der Rechtsprechung 286
1. Recht auf Kenntnis seines Vertragspartners als natürliches Recht 286
a) Grundrecht auf Kenntnis seiner Mitanleger 286
b) Kein Recht auf Anonymität 287
c) Keine Wertungsanalogie zu § 67 Abs. 6 AktG 288
2. Informationsansprüche bei konstruierbarer Treugeber-Innen-GbR 288
3. Transparenz aus der Natur der Beteiligung 289
II. Die Ansicht der Literatur 291
1. Befürwortende Stimmen 291
2. Kritische Stimmen 292
a) Privatautonomie 292
b) Im Regelfall keine (zusätzliche) Vertragsbeziehung zu Mitanlegern 293
c) Kein berechtigtes Interesse uneingeschränkter Information 294
d) Datenschutzrechtliche Einwände 296
III. Stellungnahme 297
1. Die richtige Anspruchsgrundlage 297
a) § 716 Abs. 1, beziehungsweise § 118 Abs. 1 HGB 298
b) Besonderheit in der Kommanditgesellschaft (§ 166 HGB) 299
c) § 713 BGB in Verbindung mit § 666 BGB 300
d) Ungeschriebenes Recht sui generis 301
2. Ausgangspunkt: Recht auf Anonymität 302
3. Bestätigung durch aktienrechtliche Wertungen 304
a) Ratio des § 67 Abs. 6 AktG 304
b) Übertragung auf die Publikumspersonengesellschaft 305
4. Keine Erforderlichkeit 307
a) Mildere Mittel 308
b) Insbesondere: Das Anlegerforum 308
5. Datenschutzrechtliche Unzulässigkeit 309
a) Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO (Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung) 309
b) Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO (allgemeines berechtigtes Interesse) 311

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

6. Nur Anlassbezogenes Auskunftsrecht 312
a) Maßstab 312
b) Beispiel: Innenregressanspruch nach BGHZ 207, 54 313
7. Die Relevanz der zusätzlichen Innen-GbR 315
IV. Zusammenfassung 316

Schlussteil: Thesen dieser Arbeit 318

§ 26. De lege lata 318
I. Zur Treuhand im deutschen Recht 318
II. Zum Untersuchungsgegenstand 318
III. Zur Rechtsnatur der qualifizierten Treuhand – zugleich Herleitung der Figur des stillen Kommanditisten 320
IV. Zur Haftung des stillen Kommanditisten 321
V. Zur Aufrechnungsmöglichkeit des stillen Kommanditisten 322
VI. Zum Auskunftsanspruch 323

§ 27. De lege ferenda 324
I. Allgemeines 324
II. Vorschlag für die Kodifizierung der stillen Kommanditbeteiligung 325

Literaturverzeichnis 327

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einleitung

§ 1. Untersuchungsgegenstand und Gang der Darstellung

Gegenstand dieser Arbeit ist die qualifizierte Treuhand in der Publikums-KG. Die Untersuchung erstreckt sich zunächst auf ihre Dogmatik, also die Frage, in welcher rechtlichen Gestalt sie sich in das geltende Recht widerspruchsfrei einfügt. Darauf aufbauend soll untersucht werden, wie und wie weit der über eine qualifizierte Treuhand beteiligte Anleger Gesellschaftsgläubigern gegenüber haftet. Schließlich befasst sich diese Arbeit mit dem Anspruch der Mitanleger auf Auskunft über die Identität der nur mittelbar beteiligten Treuhand-Anleger.

Bei der qualifizierten Treuhand beteiligt sich ein Anleger mittelbar über einen Treuhandgesellschafter. Dieser leistet die Einlage im eigenen Namen aber für Rechnung des Anlegers. Zudem vereinbaren die Gesellschafter mit dem Anleger, dass ihm im Innenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zueinander die gleiche Rechtsstellung wie ein Kommanditist zusteht. Im Anwendungsbereich des KAGB deklariert § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB nunmehr eine solche Gleichstellungsvereinbarung zur Gestaltungspflicht. Entgegen der herrschenden Meinung fingiert die Norm die Gleichstellung aber nicht *ipso iure*.[1] Sie muss daher nach wie vor kautelarjuristisch umgesetzt werden. Dies geschieht über eine sogenannte Verzahnung von Treuhandvereinbarung und Gesellschaftsvertrag. Das heißt, dass die gesellschafterähnliche Rechtsstellung des Treugebers nicht nur in der Treuhandabrede vereinbart wird, sondern darüber hinaus auch im Gesellschaftsvertrag verankert wird.[2]

Was sich dogmatisch hinter der qualifizierten Treuhand verbirgt ist noch immer hoch umstritten. Die Meinungen reichen hier von einer rein schuldrechtlichen Gleichstellung[3] bis hin zu der Vorstellung, dass es sich beim qualifizierten Treugeber in Wahrheit um nichts anderes handelt, als

1 Dazu ausführlich S. 130 ff.

2 Den Begriff der „Verzahnung" verwendet der BGH erstmals in BGH NJW 1987, 2677. Er verwendet ihn danach fortlaufend unter anderem in BGHZ 196, 131, 141; 217, 237, 243 f.; NZG 2015, 269, 272. Der Sache nach stellt er auch in BGH ZIP 2006, 1631, 1632 auf eine Verzahnung ab. Aus der Finanzgerichtsbarkeit: BFHE 152, 370.

3 *Wertenbruch* NZG 2013, 285; *ders*. NZG 2016, 401, 402; *ders*. NZG 2017, 81, 83 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um einen herkömmlichen Kommanditisten.[4] Der BGH entwickelte in diesem Zusammenhang die Figur des Quasi-Gesellschafters, die er schon in BGHZ 10, 44 schuf und zuletzt noch einmal in BGHZ 217, 237 konkretisierte: Die Beteiligten könnten ihr Innenverhältnis so gestalten, „als ob die Geldgeber die Kommanditisten seien". Dadurch erhielten sie die Möglichkeit, „ihre Rechtsbeziehung untereinander der wirklichen Sachlage anzupassen". Die gesellschaftergleiche Berechtigung und Verpflichtung im Innenverhältnis begründe sich mit einer Treuhandbeziehung des qualifizierten Treugebers zur gesamten Gesellschaft. Diese Treuhandbeziehung sei durch gesellschaftsrechtliche Bindungen überlagert, was die gesellschafterliche Einbeziehung des Treugebers bewirken soll.

Um den Streit über die Dogmatik der qualifizierten Treuhand einer vertretbaren Lösung zuführen zu können, bedarf es einer umfassenden, methodenpluralistischen Arbeit, die sich gleichermaßen gründlich mit der allgemeinen Treuhanddogmatik wie auch mit dem allgemeinen Verbandsrecht befasst. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der allgemeinen Treuhanddogmatik wird bei den bisherigen monografischen Untersuchungen der qualifizierten Treuhand jedoch vermisst. Zudem befindet sich das allgemeine Verbandsrecht seit einiger Zeit in einem fundamentalen Wandel. Das richtige Treuhand- und Verbandsverständnis lässt schließlich die Hypothese zu, dass mit der qualifizierten Treuhand in Wahrheit die historische Figur des stillen Kommanditisten wieder Einzug in die Kautelarjurisprudenz fand.[5] Die Annahme lautet genauer: Der qualifizierte Treugeber wird echter Innengesellschafter. Er ist Mitglied des Gesellschaftsverbandes und nicht bloß still Beteiligter im Sinne von § 230 HGB. Seine Haftung ist auf eine rein mittelbare, also wirtschaftliche Außenhaftung begrenzt, und zwar auf den Betrag seiner Einlage. Er ist deshalb echter (Innen-)Kommanditist. Weil er aber nicht im Außenverhältnis auftritt, sondern hier vielmehr nur der Treuhandkommanditist in Erscheinung tritt, ist seine Mitgliedschaft eine stille.

Darauf aufbauend, befasst sich die vorliegende Arbeit weiter mit der Haftung des qualifizierten Treugebers – inklusive der Aufrechenbarkeit mit Gegenansprüchen aus Prospekthaftung – und den Auskunftsansprüchen der Mitanleger auf Offenlegung der Identität der qualifizierten Treu-

4 *Kindler* ZIP 2009, 1146; Koller/Kindler/Roth/Drüen/*ders*. HGB, § 105 Rn. 21; *ders*. FS K. Schmidt (2009), 871, 874 f., 881; *ders*. FS K. Schmidt (2019), 641, 641 f.; *ders*. Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 10 Rn. 122 ff. Ähnlich *Schiemann* FS Zöllner, 503, 510 ff.; *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 625, 634 ff.

5 So auch *Wiedemann* NZG 2016, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geber. Diese Bereiche sind besonders praxisrelevant, was schon die zahlreichen einschlägigen Urteile der letzten zwölf Jahren zeigen.[6] Zu dieser Praxisrelevanz trugen mitunter die im Jahr 2005 eröffneten Insolvenzverfahren über die Vermögen der Münchener Falk-Gruppe, einem der bis dato größten Immobilienfonds-Anbieter in Deutschland, bei.[7] Sie allein brachten im Jahr 2011 acht BGH-Urteile zur qualifizierten Treuhand hervor.[8] Aber auch durch die Weltwirtschaftskrise in den Jahren 2007 und 2008 gerieten zahlreiche Investmentfonds in wirtschaftliche Schieflage, was zu einem sprunghaften Anstieg von gerichtlichen Verfahren auch in Bezug auf die qualifizierte Treuhand führte.[9] Diese Rechtsprechungsentwicklung wurde naturgemäß lebhaft von der Wissenschaft begleitet. Das Ergebnis dieser Entwicklung ist eine nur noch schwer zu überblickende Rechtslage auf den Gebieten der Haftung und Auskunftsansprüche.

Zudem wird das geltende Recht dadurch unklarer, dass die Rechtslage in diesen Bereichen nicht nur mit der Dogmatik der qualifizierten Treuhand bestimmt werden kann. Hinzu kommen bereichsspezifische Fragen, die wiederum ihrerseits sehr umstritten sind. So wird etwa vertreten, dass die Begrenzung der Haftung des qualifizierten Treugebers auf die nur wirtschaftliche Außenhaftung gegen einen Erst-recht-Schluss bezüglich der Haftung des Scheingesellschafters verstoße.[10] Andere halten eine rechtliche Außenhaftung analog zu §§ 128, 130, 171 f. HGB geboten, da der Treuhänder bloß technisches Mittel und der Treugeber der eigentliche Mitunternehmer sei.[11] Aber auch in den Bereichen der Aufrechnung mit Prospekthaftungsansprüchen und Auskunftsansprüchen wird es um neben die Dogmatik der qualifizierten Treuhand tretende Fragen gehen, wie beispielsweise der angemessenen Vertragsauslegung, der Vereinbarkeit mit

6 Für die Haftung und Aufrechnungsmöglichkeit des qualifizierten Treugebers: BGHZ 178, 271; 185, 310; 189, 45; 194, 180; 196, 131; NJW 2015, 3789; NZG 2009, 380; 2009, 779; 2011, 1432; 2015, 269; WM 2012, 2238. Für Auskunftsansprüche: BGHZ 196, 131; NJW 2010, 439; NZG 2011, 276; 2015, 269; ZD 2015, 181; OLG München NZG 2019, 540.

7 Falk-Fonds: „Es war auch ein Stück Trauerarbeit", Frankfurter Allgemeine Zeitung, 2009, https://www.faz.net/aktuell/finanzen/fonds-mehr/falk-fonds-es-war-auch-ein-stueck-trauerarbeit-1869168.html (zuletzt aufgerufen am 17.10.2020).

8 Jeweils BGH Urteil vom 22.03.2011: II ZR 224/08 (BB 2011, 1807); II ZR 100/09; II ZR 174/09; II ZR 215/09; II ZR 216/09; II ZR 217/09; II ZR 218/09; II ZR 229/09 (BGHZ 189, 32).

9 Vgl. *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 1.

10 *Schiemann* FS Zöllner, S. 503, 510 f.; *Pfeifle/Heigl* WM 2008, 1485, 1492.

11 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 636 ff.; MüKoBGB/*ders*. § 705 Rn. 92.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Kapitalanlagerecht oder der richtigen Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften.

Das Ziel dieser Arbeit ist damit vorgezeichnet: Die vorliegende Untersuchung leistet einen notwendigen Beitrag zur Behandlung der qualifizierten Treuhand in Wissenschaft und Praxis. Sie soll Licht hinter die „nebulöse“[12] Natur dieser Rechtsfigur bringen, indem vor allem auch Antworten zu den grundlegenden rechtswissenschaftlichen Fragen der allgemeinen Treuhanddogmatik und des modernen Verbandsverständnisses gegeben werden. Des Weiteren braucht es die vorliegende Abhandlung, um Rechtsklarheit in Bezug auf die für die Praxis besonders wichtigen Themen der Haftung und Auskunftsansprüche zu schaffen. Hier hat sich in den letzten Jahren eine ohnehin nur schwer zu überblickende Komplexität weiterentwickelt, die einer aktuellen, die Rechtslage ordnenden Darstellung bedarf.

In den nachfolgenden Paragrafen werden wichtige Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit dieser Arbeit erläutert und ein Überblick zum bisherigen Stand der Forschung gegeben. Im ersten Kapitel soll dann die allgemeine Dogmatik der Treuhand im deutschen Recht umfassend untersucht werden. Das zweite Kapitel wird sich den facettenreichen Grundlagen dieses Untersuchungsgegenstandes widmen. Hier geht es unter anderem um die Bezüge des Untersuchungsgegenstandes zum Kapitalanlagerecht und die Motive für eine Treuhandbeteiligung. Zudem muss die qualifizierte Treuhand den sonstigen Arten einer mittelbaren Gesellschaftsbeteiligung vergleichend gegenübergestellt werden. Schließlich wird ein Blick in die kautelarjuristische Praxis geworfen. Das dritte Kapitel befasst sich dann mit den zentralen Fragen dieser Arbeit – der Dogmatik der qualifizierten Treuhand, ihr Haftungsregime und den Auskunftsansprüchen.

§ 2. *Erscheinungsformen der Treuhand*

Die Treuhand kann in unterschiedlichen Erscheinungsformen auftreten. Im deutschen Recht zeichnet sie sich grundsätzlich dadurch aus, dass ein Hintermann (Treugeber) einem Vordermann (Treuhänder) im Außenverhältnis ein Vollrecht anvertraut und dessen Befugnisse im Innenverhältnis durch eine Treuhandabrede konkretisiert (fiduziarische Treuhand). Der Rechtsverkehr soll sich rechtlich ausschließlich mit dem Treuhänder auseinandersetzen. Das wirtschaftliche Ergebnis des Tuns oder Unterlassens des Treuhänders trifft aber letztlich ausschließlich den Treugeber. Die-

12 Vgl. *Klöhn* ZGR 2020, 154, 161.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ses Divergieren von Außenverhältnis und Innenverhältnis unter Bindung einer schuldrechtlichen Abrede ist aus den Gebieten der Stellvertretung und Ermächtigung bekannt. Die Vollrechtstreuhand ist daher von den Treuhandarten der Vollmachtstreuhand und Ermächtigungstreuhand abzugrenzen, die mitunter auch als unecht bezeichnet werden (dazu I.). Mit einer Treuhand können natürlich auch unterschiedliche Zwecke verfolgt werden. Der Treuhänder kann die Rechtsmacht zu Verwaltungs-, Sicherungs- oder Nutzungszwecken erlangen (dazu II.). Letztlich muss die fiduziarische Vollrechtstreuhand hinsichtlich ihrer Entstehungstatbestände unterschieden werden. Die Vollrechtstreuhand kann nämlich grundsätzlich auf drei unterschiedlichen Wegen begründet werden: durch unmittelbare Rechtsübertragung vom Hintermann auf den Vordermann (Übertragungstreuhand), durch Erwerb des Treuguts von einem Dritten durch den Vordermann für Rechnung des Hintermanns (Erwerbstreuhand) oder durch bloße Vereinbarung zwischen Hintermann und Vordermann, eine Sache im Eigentum des Vordermanns fortan nur noch treuhänderisch für den Hintermann zu halten (Vereinbarungstreuhand). Auch diese Begrifflichkeiten sind hier kurz zu erklären (dazu III.).

I. Echte und unechte Treuhand

Der Grundtatbestand der echten Treuhand ist das Anvertrauen eines Vollrechts zugunsten eines Dritten unter Rechte- und Pflichtenkonkretisierung im Innenverhältnis.[13] Das ist die sogenannte fiduziarische Treuhand (aus dem Lateinischen: *Fudicia* für Vertrauen).[14] Die Dichotomie von echter und unechter Treuhand in der deutschen Rechtssprache ist auf die herkömmliche Betrachtung der Treuhand vom Außenverhältnis her zurückzuführen.[15] Nur die echte Treuhand ist vollstreckungsfest,[16] das heißt,

13 MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 53; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 35 f.; *Gernhuber* JuS 1988, 355, 355 f.; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 29.

14 Vgl. für die Verwendung des Begriffs „*Fiduzia*" z.B. schon RG JW 1909, 4 f. (Nr. 2); *Regelsberger* AcP 63 (1880), 157, 181.

15 Kritisch dazu *Löhnig* Treuhand, S. 63 ff., 105; *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 79 ff.

16 Die genauen Kriterien für die Vollstreckungsfestigkeit sind umstritten. Nach der herrschenden Meinung werden die Voraussetzungen für einen Vollstreckungsschutz zu streng formuliert. Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis beruht der Vollstreckungsschutz auf Billigkeitsrecht, das grundsätzlich wegen der wirtschaftlichen Letztbetroffenheit des Treugebers zu begründen ist und nur

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Treugeber kann Drittwiderspruchsklage erheben (§ 771 ZPO) oder ein Aussonderungsrecht geltend machen (§§ 47 f. InsO).[17] Im Bereich der Einwendungen wird dementsprechend fingiert, dass der Treugeber der Forderungsinhaber ist. Folglich muss der Treuhänder Aufrechnungen[18] oder sonstige Einwendungen,[19] die aus dem Verhältnis zum Treugeber stammen, gegen sich gelten lassen.[20] Dagegen kann der Schuldner mit Forderungen gegen den Treuhänder nicht aufrechnen.[21] Dieser Vollstreckungsschutz[22] des Treugebers beim echten Treuhandverhältnis wird auch Treuhandwirkung genannt.[23]

Zudem wird die Unterscheidung zwischen echter und unechter Treuhand auch verwendet, um die fiduziarische Vollrechtstreuhand von den weiteren Treuhandarten der Vollmachts- und Ermächtigungstreuhand abzugrenzen.[24] Echt sei die Treuhand nur in ihrer fiduziarischen Form. Unecht dagegen, wenn der Treugeber das Eigentum an dem Treugut behält, wie das bei der Bevollmächtigung und Ermächtigung zu Treuhandzwecken der Fall ist.

Der Verfasser sieht letztere Terminologisierung kritisch. Denn sie ist irreführend und wenig zielführend. Bei den Formen der Vollmachts- und Ermächtigungstreuhand geht es *de facto* nämlich nur um eine besondere schuldrechtliche Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen Vorder- und Hintermann.[25] Hier geht es nicht um die Frage einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Treuhandwirkung. Diesen Schutz genießt der Treugeber einer Vollmachts- und Ermächtigungstreuhand bereits qua Eigentum am Treugut. Gerade im Vollstreckungsschutz des fiduziarischen Treugebers ohne dingliche Rechtsposition, sondern allein aufgrund der schuldrechtlichen Treuhandabrede, liegt die Besonderheit der echten Treuhand

---

dann verneint werden kann, wenn dieser den Schutz nicht verdient. Ausführlich dazu S. 51 ff. und 71 ff.

17 Vgl. nur MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 57; MüKoZPO/*K. Schmidt/Brinkmann* § 771 Rn. 25, 28; MüKoInso/*Ganter* § 47 Rn. 369a, 375.

18 BGHZ 110, 47, 81. Häufig aber nur einschränkend für Fälle der qualifizierten Abhängigkeit, BGHZ 25, 360, 367; NJW 1968, 594, 595.

19 BGHZ 5, 285, 292 f.; NZG 2002, 909; RGZ 11, 5, 9; 123, 129.

20 Ausführlich *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 415 ff.

21 BGH NJW 1973, 1754; 1987, 3250; Palandt/*Grüneberg* BGB, § 387 Rn. 6.

22 Zur Vollstreckungsfunktion der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts vgl. BGHZ 130, 76, 80; NJW 2014, 55; 2016, 406; *Böttcher* FS Schima, 95; Palandt/*Grüneberg* BGB, § 273 Rn. 1 und § 387 Rn. 1.

23 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 5 ff.

24 Vgl. nur Palandt/*Herrler* BGB, § 903 Rn. 34.

25 MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 54 f., 57.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im deutschen Recht. Im Bereich der Vollmachts- oder Ermächtigungstreuhand sollten daher die Begriffe „echt" und „unecht" nicht bemüht werden.

II. Verwaltungs-, Sicherungs- und Nutzungstreuhand

Die Treuhand kann auch hinsichtlich ihrer Zweckverfolgung unterschieden werden. Sie kann entweder einen Verwaltungszweck, Sicherungszweck oder Nutzungszweck haben. Dabei lassen sich die Sicherungstreuhand und Nutzungstreuhand nur mit der fiduziarischen Vollrechtstreuhand umsetzen. Die Verwaltungstreuhand kann auch als Vollmachts- und Ermächtigungstreuhand ausgestaltet werden.

Bei der Verwaltungstreuhand wird das Treugut dem Treuhänder anvertraut, damit dieser das Treugut gemäß der Treuhandabrede verwaltet.[26] Die Verwaltung geschieht im Interesse des Treugebers und nicht im Interesse des Treuhänders, wenn man die übliche Vergütung der Treuhandtätigkeit außer Betracht lässt.[27] In diesem Fremdnutzen kommt die wirtschaftliche Letztbetroffenheit des Treugebers zum Ausdruck. Ihr rechtlicher Anker sind die §§ 667 ff. BGB (i.d.R. i.V.m. § 675 Abs. 1 BGB). Der wirtschaftliche Fremdnutzen kommt deutlich bei der Verwaltungstreuhand in Form der Ermächtigungstreuhand zum Ausdruck. Hier behält der Treugeber das Eigentum am Treugut und vertraut dem Treuhänder nur den Besitz daran an. Jegliche Besorgung in Bezug auf das Treugut betreffen unmittelbar das Vermögen des Treugebers, der schließlich nur den Besitz übertragen hat. Bei der fiduziarischen Verwaltungstreuhand wirken Veränderungen am Treugut dagegen nur mittelbar. Der Treuhänder ist Eigentümer des Treuguts und muss dieses nach Beendigung des Treuhandverhältnisses gemäß § 667 BGB an den Hintermann lediglich im *status quo* zurückübereignen (sog. schuldrechtlicher Herausgabeanspruch). Aufwendungen, die der Treuhänder zur Erfüllung des Treuhandzwecks für erforderlich halten durfte, sind aber in beiden Fällen über § 670 BGB dem Treuhänder zu ersetzen.

Die Sicherungstreuhand wird hingegen oft durch Sicherungsübereignung technisch umgesetzt. Ein Kreditnehmer (Sicherungsgeber) übereignet das Sicherungsgut an einen Kreditgeber (Sicherungsnehmer) und be-

---

26 *Gernhuber* JuS 1988, 355, 356; *Thomas* NJW 1968, 1705 f.

27 MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 52; *Gernhuber* JuS 1988, 355, 356 f.; *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 42 f.; *Coing* Die Treuhand, S. 89; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 38 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hält den unmittelbaren Besitz daran. Das Innenverhältnis wird durch die sogenannte Sicherungsabrede konkretisiert. Sie fungiert zugleich als Besitzmittlungskonstitut gemäß § 930 BGB.[28] Die Sicherungstreuhand zeichnet sich durch ihre Ähnlichkeit zum Pfandrecht gemäß der §§ 1204 ff. BGB aus, wobei sie wegen § 930 BGB und dem Einbehalt unmittelbaren Besitzes durch den Sicherungsgeber gegenüber dem Faustpfand vorteilhaft sein kann.[29] Sie wird zuweilen aber auch gemäß § 929 S. 1 BGB als besitzlose Sicherung begründet.[30] Die Sicherungsübereignung ist mittlerweile gesetzlich anerkannt und führt bei der Masseverwertung gemäß § 51 Nr. 1 InsO zu einem Absonderungsrecht des Sicherungsnehmers. Im Falle der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Sicherungsgebers soll der Sicherungsnehmer, trotz der pfandähnlichen Natur der Sicherungsübereignung, nach herrschender Meinung Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben können.[31] Die Gegenmeinung geht von einer aus ihrer Sicht konsequenteren Klage auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO aus.[32] Im Falle der Sicherungsübereignung nach § 929 S. 1 BGB oder der Sicherungsabtretung kann der Sicherungsgeber nach herrschender Meinung die Klage aus § 771 ZPO jedenfalls bis zur Verwertungsreife erheben.[33]

Letztlich unterscheidet man den weniger verbreiteten Fall der Nutzungstreuhand. Die Nutzungstreuhand entsteht zum einen beim unechten Nießbrauch am Gesellschaftsanteil. Dieser war notwendig, als der echte Nießbrauch am Gesellschaftsanteil noch nicht konstruierbar war, weil man es für unzulässig hielt, von § 719 Abs. 1 BGB abzuweichen;[34] der Nutzungstreuhänder hält den Gesellschaftsanteil im eigenen Namen, soll

---

28 BGH NJW-RR 2005, 280, 281; MüKoBGB/*Oechsler* Anh. §§ 929–936 Rn. 15; Soergel/*Henssler* BGB, Anh. § 930 Rn. 44; *Baur/Stürner* Sachenrecht, § 57 Rn. 9.

29 MüKoBGB/*Oechsler* Anh. §§ 929–936 Rn. 4.

30 MüKoBGB/*Oechsler* Anh. §§ 929–936 Rn. 17.

31 BGHZ 12, 232, 234; 100, 95, 103 ff.; 118, 201, 207; *Henckel* ZZP 84 (1971), 447, 457; *Reinicke/Tiedtke* DB 1994, 2601, 2603; *Mitlehner* Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, Rn. 371.

32 OLG Bremen OLGZ 90, 74; vgl. auch MüKoBGB/*Oechsler* Anh. §§ 929–936 Rn. 54.

33 BGHZ 11, 37, 41; 72, 141, 144 ff.; *Baur/Stürner* Sachenrecht, § 57 Rn. 40; *Henckel* FS Zeuner, 194, 213; *Mitlehner* Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, Rn. 330; *Serick* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 3, § 34 I 3; Soergel/*Henssler* BGB, Anh. § 930 Rn. 131; *Vieweg/Werner* Sachenrecht, § 12 Rn. 38.

34 Dazu S. 126.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aber nur zeitlich begrenzt die Nutzungen aus der Mitgliedschaft ziehen.[35] Zum anderen kann man die Erfüllungstreuhand als Form der Nutzungstreuhand bezeichnen.[36] Hier liegt der Nutzungszweck in der Verwertung des fiduziarisch übereigneten Treuguts. Die Begründung des Treuhandverhältnisses ist eine Leistung erfüllungshalber.[37]

III. Erwerbstreuhand, Übertragungstreuhand und Vereinbarungstreuhand

Eine Treuhand kann auf drei verschiedenen Wegen begründet werden, und nach der hier vertretenen Ansicht kann auch eine echte, vollstreckungsfeste Treuhand auf jedem dieser Wege begründet werden.[38] Man unterscheidet zwischen der Erwerbs-, Übertragungs- und Vereinbarungstreuhand.

Von einer Erwerbstreuhand spricht man, wenn die Treuhandabrede vor der Vollendung des Treuhandtatbestandes abgeschlossen wird. Der Vordermann soll das Treugut im eigenen Namen, aber für Rechnung des Hintermanns erwerben (auch mittelbare Stellvertretung genannt).[39] Betreibt der Vordermann diese Tätigkeit gewerblich, ist dies ein Kommissiongeschäft (§§ 383 ff. HGB). Es ist hoch umstritten, unter welchen Voraussetzungen der mittelbar Vertretene auch echter Treugeber wird und daher Schutz bei der Vollstreckung in das Vermögen des mittelbaren Stellvertreters verdient. Die Rechtsprechung jedenfalls lässt eine schutzwürdige Erwerbstreuhand im Rahmen der §§ 771 ZPO, 47 InsO (prozessualer Vollstreckungsschutz) nur ausnahmsweise beim offenen Treuhandkonto zu. Im Bereich der Aufrechnung[40] stellt der BGH hingegen allgemein auf Treu und Glauben ab, sodass jede Treuhandart eine Rechtsträgerfiktion bewirken kann.[41]

Grundsätzlich aber scheint er noch immer an dem stark kritisierten Unmittelbarkeitskriterium festzuhalten. Dieses wurde vom Reichsgericht entwickelt und dient der Begrenzung des prozessualen Vollstreckungs-

35 MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 12, 40.
36 Vgl. *Gernhuber* JuS 1988, 355, 356; *Gernhuber* Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 9 I 5.
37 *Gernhuber* Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 9 I 1 und 5.
38 Ausführlich dazu S. 71 ff.
39 *Lieder/Wüstenberg* JURA 2016, 1229; MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 354a; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 55; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 54 f.
40 Zur Vollstreckungsfunktion der Aufrechnung vgl. Fn. 22.
41 Ausführlich dazu S. 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schutzes auf Fälle, in denen das Treugut unmittelbar vom Hintermann auf den Vordermann übertragen wurde (Übertragungstreuhand). In die neue Verdinglichungsdoktrin, oder wie es zum Teil genannt wird: Zwei-Komponenten-Theorie,[42] des BGH, reiht sich das Unmittelbarkeitsprinzip ein, weil man meint, durch die unmittelbare Übertragung auf den Vordermann unter einer Treuhandabrede verbleibe ein dinglicher Teil beim Hintermann.[43] Neben der Umgehungsschwäche dieses Prinzips (Umgehung durch Hin- und Herübertragungen), ist ein solches Verständnis auch in Bezug auf § 137 BGB und den *Numerus Clausus* der Sachenrechte falsch.[44]

Schließlich spricht man von einer Vereinbarungstreuhand, wenn der Eigentümer einer Sache schuldrechtlich mit einem anderen vereinbart, diese Sache fortan nur noch für Rechnung – also im wirtschaftlichen Interesse – des anderen zu halten.[45] Unklar ist, ob der BGH die Vereinbarungstreuhand im Liegenschaftsrecht anerkennen würde, wenn dem Treugeber zugleich eine Vormerkung gewährt wurde. Eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2011 lässt dies jedenfalls vermuten.[46] Grundsätzlich aber bestehen auf Seiten der herrschenden Meinung erhebliche Bedenken gegen einen Vollstreckungsschutz bei der Vereinbarungstreuhand, weil der Schutz hier allein durch die Treuhandabrede zwischen Hintermann und Vordermann bewirkt wird.[47] Nach hier vertretener Ansicht, kann man diesen Bedenken hinreichend über eine Interessenabwägung Rechnung tragen, sodass nicht davon abgelenkt werden sollte, dass die Treuhand im deutschen Recht nur Billigkeitsrecht im Außenverhältnis darstellt. Alles andere ließe sich nicht mit grundlegenden Prinzipien des Zivilrechts vereinbaren und deckte sich auch nicht mit der historischen Vorstellung des Gesetzgebers. Mithin ist die Verdinglichungsdoktrin der herrschenden Meinung abzulehnen.[48]

---

42 Der Begriff wurde von *Ganter* geprägt, vgl. *ders.* FS Kreft, 251, 264; *ders.* ZInsO 2004, 1217, 1221 f. Vgl. auch Gottwald/Haas/*Adolphsen* Insolvenzrechts-Handbuch, § 40 Rn. 37.

43 Vgl. *Bitter* WuB VI C. § 47 InsO 1.03 (zugl. Anm. zu BGHZ 155, 227); *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 31.

44 Ausführlich dazu S. 74 ff.

45 MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 390b; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 54; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 61 ff.

46 Vgl. BGHZ 155, 227, 232.

47 Statt vieler etwa RGZ 84, 214, 216, 217 f.; BGHZ 155, 227, 233 f.; MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 390b; Gottwald/Haas/*Adolphsen* Insolvenzrechts-Handbuch, § 40 Rn. 37; KKInsO/*Hess* § 47 Rn. 207; Graf-Schlicker/*Bremen* InsO, § 47 Rn. 19; *Flitsch* FS Wellensiek, 382, 392 ff.

48 Ausführlich dazu S. 44 ff., insb. S. 71 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 3. Weitere wichtige Begrifflichkeiten

In diesem Unterkapitel soll auf die zentralen Begrifflichkeiten dieser Arbeit eingegangen werden. Dabei geht es zunächst um den hergebrachten Begriff der kupierten Publikums-KG. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass ein Teil der Massenanleger durch indirekte Beteiligung am Gesellschaftsvermögen vom Kreis der echten Gesellschafter abgetrennt ist. Dieser Begriff ist heute um den regulatorischen Begriff der Investment-KG zu ergänzen (dazu I.). Ferner von zentraler Wichtigkeit sind die Begriffe der offenen und qualifizierten Treuhand (dazu II.). Letztlich geht es um die Begriffe des Verbandes (dazu III.) sowie des stillen Kommanditisten (dazu IV.). Denn der Verfasser entwickelt in dieser Arbeit die qualifizierte Treuhand zu einer echten Innenbeteiligung, einer stillen Beteiligung als echtes Mitglied der Hauptgesellschaft, fort. Hierzu wird man auch das Verbandsrecht untersuchen und weiterentwickeln müssen.

I. Kupierte Publikums-KG

Die hier betrachtete Beteiligungsform der massenhaften treuhänderischen Beteiligung als Quasi-Gesellschafter wird hauptsächlich in der Publikums-KG als Anlagevehikel vollzogen.[49] Mit der Einführung des KAGB wurde schließlich die Sonderform der Investment-KG geschaffen.[50] Die Publikums-Investment-KG ist also eine regulatorische Sonderform der herkömmlichen Publikums-KG, die zum Ausdruck kommt, wenn die Gesellschaft ein Investmentvermögen im Sinne von § 1 Abs. 1 KAGB ist.[51]

Die Publikums-Investment-KG ist nach richtigem Verständnis keine eigene Gesellschaftsform, sondern eine Unterart der handelsrechtlichen KG.[52] Ihre kapitalanlagerechtliche Regulierung beruht vor allem auf den §§ 149 ff., 261 ff. KAGB. Die Vorschriften befassen sich hauptsächlich mit dem Anlegerschutz. Dabei befassen sich die §§ 149 ff. KAGB mit der Gesellschafts- und Unternehmensstruktur, wie zulässige Rechtsform (§ 149), Regelungen für den Gesellschaftsvertrag (§ 150), zu erstellende Anlagebe-

49 *Bälz* ZGR 1980, 1, 9 ff.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 61.
50 Ausführlich dazu S. 87 f.
51 In der Praxis tritt sie zuvörderst in Gestalt der geschlossenen Publikums-Investment-GmbH & Co. KG auf, vgl. S. 84 ff.
52 Westermann/Wertenbruch/*Stöber* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20, § 54a Rn. I 3167; Weitenauer/Boxberger/Anders/*Silberger*/*Lorenz* KAGB, § 139 Rn. 5; *Krause* Investmentgesamthand, S. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dingungen (§ 151), Regelungen betreffend die Kapitalanleger (§ 152), die Geschäftsführung und den Beirat (§ 153) oder die Kapitalverwaltung und Anlage (§ 154). Die §§ 261 ff. KAGB befassen sich wiederum mit der Vermögensanlage (§§ 261 ff.) und dem Anteilsvertrieb (§§ 268 ff.) einer Publikums-KG.

Ein an den besonderen Schutzbedürfnissen von Publikumsanlegern ausgerichtetes Schutzsystem entwickelte sich aber auch schon zuvor, was allgemein als Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften bekannt ist.[53] Dieses Schutzbedürfnis wird mit der typischen Verhandlungs- und Einflussschwäche von Anlegern in diesen Vehikeln begründet. Denn der Geschäftszweck solcher Massenanlagegesellschaften besteht gerade in der Anwerbung und Aufnahme einer Vielzahl von Kleinanlegern, die zur Umsetzung einer unternehmerischen Idee ihr Vermögen einem Dritten überlassen sollen. Daher wird auch oft von einer rein kapitalistischen Beteiligung gesprochen.[54] Entweder haben die Kapitalgeber überhaupt kein Mitspracherecht, oder dieses ist ohne Gewicht, weil die Beteiligungshöhe im Vergleich zum Gesellschaftskapital nur sehr klein ist. Diesem Umstand trägt das allgemeine Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften Rechnung.

Im Zusammenhang mit der hier behandelten Thematik wird zuweilen auch von einem „kupierten" Gesellschaftsverhältnis gesprochen. Dieser Begriff wurde von *Bälz* geprägt und umschreibt das Abtrennen dieser Massenkapitalgeber vom Gesellschaftsverhältnis im Außenverhältnis.[55] Im Innenverhältnis aber partizipieren die Kapitalgeber weiterhin wie echte Außengesellschafter. Dies muss im Gesellschaftsvertrag allerdings so vorgesehen sein.[56] Der BGH prägte in diesem Zusammenhang den Satz, dass die Beteiligten die Möglichkeit hätten, „ihre Rechtsbeziehung untereinander der wirklichen Sachlage anzupassen". Die nur mittelbar beteiligten Treuhand-Anleger könnten demgemäß im Innenverhältnis zu sogenannten Quasi-Gesellschaftern beziehungsweise Quasi-Kommanditisten gemacht werden.[57]

Die Kupierung der Kapitalgeber kann auf verschiedenen Wegen erzeugt werden. Neben der mehrfach eingliedrigen oder mehrgliedrigen Treuhand

53 Dazu S. 132.
54 BGHZ 104, 50, 53. Vgl. für die stille Publikumsgesellschaft Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 18.10 und 18.12.
55 *Bälz* ZGR 1980, 1, 12; vgl. *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 33, 88; vgl. auch *Nasall* BB 1988, 286; *Kapitza* Die Rechtsstellung der Treugeber, passim.
56 Dazu ausführlich S. 153 ff., 162 ff. und 175 ff.
57 BGHZ 10, 44, 50; vgl. auch BGHZ 196, 131, 136; NZG 2015, 269, 270.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

am Gesellschaftsanteil, kann sie auch durch atypische stille Gesellschaft, atypische Unterbeteiligung oder atypischen echten Nießbrauch am Gesellschaftsanteil bewirkt werden.[58] Im Bereich der Publikumsbeteiligungen ist die Treuhand am Gesellschaftsanteil das eindeutig meistgewählte Instrument zur Umsetzung – das schon aufgrund der regulatorischen Vorgaben: Nur die Treuhandbeteiligung ist im Bereich der Publikums-Investment-KGs erlaubt und hat mit § 152 Abs. 1 S. 2 bis 4, Abs. 2 S. 3 KAGB eine gesetzliche Regelung erfahren.

II. Offene und qualifizierte Treuhand

Die Begriffe „offene" oder „qualifizierte" Treuhand beschreiben jeweils denselben Sachverhalt aus zwei unterschiedlichen Perspektiven und sind daher austauschbar. Es geht jeweils um die Verzahnung von Treuhandabrede und Gesellschaftsvertrag, wobei die Rechte und Pflichten der Treugeber bereits im Gesellschaftsvertrag geregelt werden (Offenheit der Treuhand), sodass dem Treugeber im Innenverhältnis zur Gesellschaft die gleiche Rechtsstellung wie einem Außengesellschafter zukommt (Qualifikation der Treuhand).[59] Da die offene Treuhand mehr als ein nur offengelegtes Treuhandverhältnis ist, – wie gezeigt bedarf es einer gesell-

58 Dazu S. 112 ff.

59 Aus der Rechtsprechung: BGHZ 196, 131, 141; NZG 2015, 269, 271; ähnlich schon BGH NJW 1987, 2677; vgl. auch BGH ZIP 2006, 1631, 1632; ZIP 2012, 1231, 1232; OLG Düsseldorf NZG 2018, 297, 298; erstmals BGHZ 10, 44. Aus der Literatur (Ausschnitt): Erman/*Westermann* BGB, § 705 Rn. 27; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 92 f.; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 43; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, § 705 Rn. 29; Koller/Kindler/Roth/Morck/*Kindler* HGB, § 105 Rn. 21; Staub/*Schäfer* HGB, § 105 Rn. 107; *Armbrüster* ZIP 2009, 1885; *Kindler* ZIP 2009, 1146; *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 620; *K. Schmidt* ZHR 178 (2014), 10; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 259 f.; *Tebben* ZGR 2001, 586; *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377, 388; *Wertenbruch* NZG 2013, 285; *ders*. NZG 2016, 401, 402; *ders*. NZG 2017, 81; *Wiedemann* ZIP 2012, 1786; *ders*. NZG 2013, 1041, 1044 f.; *ders*. NZG 2016, 1; *Kindler* FS K. Schmidt (2009), 871, 876; *Kindler* FS K. Schmidt (2019), 641; *Schiemann* FS Zöllner, 503, 510 ff.; *Ulmer* FS Odersky, 873, 888 ff.; *Wiesner* FS Ulmer, 673, 678; *Adams* Mittelbare Beteiligung, passim; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 36 ff.; *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 10 ff., 127 ff.; *Hofmann* Die Rechtsstellung des Treugebers, passim; *Sojka* Der Schutz mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen, S. 75 f.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 63; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand am Gesellschaftsanteil, 30; *Kapitza* Die Rechtsstellung der Treugeber, passim.; *Krenzel* Treuhand an Kommanditanteilen, S. 24 ff., 123 ff.; *Kümmerlein* Erscheinungsformen und Probleme, S. 16 f.;

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaftsvertraglichen Einigung über die Einbeziehung der Treugeber – ist es vorzugswürdig, von qualifizierter Treuhand zu sprechen.[60] Daher wird auch im Folgenden hauptsächlich dieser Begriff verwendet.[61]

Während über den Weg zur Erreichung des Ziels weitgehend Einigkeit besteht – das heißt, dass die gesellschafterähnliche Rechtsstellung des Treugebers nicht nur in der Treuhandabrede vereinbart sein darf, sondern darüber hinaus auch im Gesellschaftsvertrag verankert werden muss (sog. Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag) – besteht noch immer große Uneinigkeit über die Natur und Reichweite der daraus resultierenden „Qualifikation" des Treuhandverhältnisses.[62]

Da Letzteres einen Schwerpunkt dieser Arbeit darstellt, sollen hier zum besseren Verständnis der Problematik die zentralen Parameter aufgezeigt werden, mit denen man sich im Laufe der Arbeit intensiv beschäftigen werden wird. Es geht um die Begriffe „Mitgliedschaft" und „Verbandsverhältnis".[63] Wird der Treugeber Mitglied und wenn ja, wie weit reicht diese Mitgliedschaft? Geht diese Mitgliedschaft über das Innenverhältnis hinaus? Inwieweit konfligiert eine solche Gleichstellung oder gar Einbeziehung in die Hauptgesellschaft mit unabdingbaren Prinzipien des Gesellschaftsrechts, wie dem Abspaltungsverbot, dem Gebot der Selbstorganschaft oder einem gegebenenfalls existierenden Typenzwang im Gesellschaftsrecht? Welche praktischen Auswirkungen hat die qualifizierte Treuhand? Führt sie dennoch zu einer direkten Außenhaftung? Sofern der qualifizierte Treugeber nur der wirtschaftlichen Außenhaftung unterliegt: ist ihm dann aber das Recht zu verwehren, mit eigenen Prospekthaftungsansprüchen aufzurechnen? Und haben die Mitanleger trotz der anonymen Beteiligung ein unbedingtes Recht auf Kenntnis der Identität der qualifizierten Treugeber?

Markwardt Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse, passim; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 32 f.

60 So auch *Tebben* ZGR 2001, 586 (Fn. 1); MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 43.

61 Nur ausnahmsweise wird noch der Begriff der offenen Treuhand verwendet, etwa wenn der Verfasser bewusst nah am Wortlaut einer zitierten Quelle bleibt oder diese gar wörtlich zitiert.

62 Dazu S. 162.

63 Dazu ausführlich S. 199 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Verbandsverhältnis

Entscheidend für die dogmatische Einordnung der qualifizierten Treuhand mitsamt den damit verbundenen praktischen Auswirkungen ist das zugrundeliegende Verbandsverständnis:

Der Verband ist das verdinglichte Ergebnis (Personifizierung)[64] einer schuldrechtlichen Abrede.[65] Dieses Ergebnis wird (verselbstständigte) Organisation, Organisationseinheit oder Gesamtorganisation genannt und die schuldrechtliche Abrede Gesellschaftsvertrag oder Satzung. Man kann den Verband also als „eine durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung verfaßte, auf Mitgliedschaft beruhende und gegenüber den Mitgliedern verselbstständigte, einem Verbandszweck (‚gemeinsamen Zweck') dienende Organisation" definieren;[66] es entsteht aufgrund einer selbst gegebenen Verfassung ein Sozialverhältnis aus Ansprüchen und Verpflichtungen der Mitglieder zum Verband.[67]

Ein deutlicher Effekt der Teilhabe an einem Verband besteht zum einen in der Wirkung des Mehrheitsbeschlusses ohne oder gegen den Willen einzelner Mitglieder.[68] Die schuldrechtlichen Grundprinzipien der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*)[69] und des Verbots von Verträgen zu Lasten Dritter[70] machen eine solche Wirkung, die der Beschluss entfalten kann, sonst unmöglich. Ohne oder gegen den Willen des Vertragspartners kann man diesem keine Rechte entziehen oder Pflichten auferlegen. Zum anderen bedarf es zur Umsetzung eines Beschlusses keines dinglichen Vollzugs. Der Beschluss verändert das Gesellschaftsverhältnis unmittelbar und verpflichtet die Geschäftsführung oder den Vorstand.[71] Somit rückt der

64 Vgl. nur *Flume* Die Personengesellschaft, § 2 II.

65 Ähnlich schon *v. Gierke* Genossenschaftstheorie, S. 353 f.: „Während bei dem einfachen Miteigentum […] die Gedanken des Sachenrechts und des Obligationenrechts in voller Reinheit zum Ausdruck komme, empfangen [bei der Gesamthand] die sachenrechtlichen und obligatorischen Verhältnisse einen aus der Verbindung der Subjekte stammenden Zusatz und werden deshalb von eigenthümlichen Normen beherrscht, welche das Sachenrecht oder das Obligationenrecht mit dem Gedanken des Personenrechts durchdringen"; *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 88 f., 92, 95: „man ist Teil einer rechtlich geordneten Gruppe."

66 *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 7 I 1 b).

67 *Flume* Die Personengesellschaft, § 2 II; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 7 I 1 b); *Florstedt* Der stille Verband, S. 19 f.

68 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 90. Dazu S. 104.

69 Dazu Staudinger/*Olzen* BGB (2015), Einleitung zum Schuldrecht, Rn. 65.

70 Dazu Staudinger/*Klumpp* BGB (2015), Vorbem. zu §§ 328 ff., Rn. 53.

71 *Zöllner* FS Lutter, 821; *Bürkle* Rechte Dritter, S. 37 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beschluss als Mechanismus der internen Willensbildung in das Zentrum der Betrachtung. Zahlreiche Vorschriften zum Schutze des Stimmrechts als solches, sowie zum Schutze der angemessenen Funktionsfähigkeit vor allem im Kapitalgesellschafts-, aber auch Personengesellschaftsrecht bestätigen die zentrale Bedeutung des Stimmrechts und der Beschlusswirkung für den Verband.[72] Letztlich – auch das ist für das Verbandsverständnis wichtig – hat die Mitgliedschaft den Effekt der Aufbürdung einer mitgliedschaftlichen Förder-[73] und Treuepflicht.[74] Sie geht in ihrem Inhalt über die allgemeine Pflicht nach § 242 BGB und die vertragliche Treue- und Rücksichtnahmepflicht (§ 241 BGB) hinaus.

Ein Verband besteht also aus Mitgliedern mit Mitgliedschaftsrechten und -pflichten (Sozialverhältnis), die in einer Verfassung verankert sind und zur Erreichung eines bestimmten Verbandszwecks geschaffen wurden. Unstreitig besteht ein solches Verbandsverhältnis bei Außengesellschaften, und unstreitig kann man diesem Verhältnis auch als nach außen erkennbarer Teilhaber, also als Außengesellschafter, beitreten. Es wird aber darüber hinaus die Frage zu klären sein, ob eine Verbandsstruktur auch bei bloßen Innengesellschaften bestehen kann und – darauf aufbauend – jemand als bloßer Innengesellschafter einem Außenverband beitreten kann. Letzteres stellt die Grundlage für die These dar, dass es sich bei dem qualifizierten Treugeber in Wahrheit um einen echten Innengesellschafter im Außenverband, einen stillen Kommanditisten, handelt.

IV. Stiller Kommanditist

Die Rechtfertigung der These, dass der qualifizierte Treugeber tatsächlich ein stiller Kommanditist ist, hängt von der Frage ab, ob die Verbandsstruktur und mithin die Mitgliedschaft zwingend von Außenbeziehungen abhängt. Die Frage stellt sich, weil jedenfalls der rechtsfähige Verband und das daran beteiligte Außenmitglied solche Außenbeziehungen hat. Es existiert ein Gesellschaftsvermögen, das für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. An diesem Gesellschaftsvermögen sind die Außenmitglieder direkt

72 Vgl. etwa §§ 34 ff., 38 S. 2, 717 S. 1 BGB, § 47 Abs. 3 und 4, 48 ff. GmbHG, §§ 121 ff., 129 ff., 136, 241 ff. AktG.

73 Darunter fällt die allgemeine, aktive und passive Förderpflicht, die mitgliedschaftliche Rücksichtnahmepflicht, vgl. *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 102 ff.

74 Darunter fällt die vertikale und horizontale Treuepflicht, vgl. *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 120 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beteiligt. Dingliche Vermögensänderungen der Gesellschaft betreffen die Mitglieder unmittelbar. So wird der Personengesellschafter unmittelbar mit dem Rechtserwerb der Gesellschaft gesamthänderischer Eigentümer des nun zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes. Auf der anderen Seite scheiden Vermögenswerte auch aus dem Vermögen des Gesellschafters aus (§ 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 718 BGB). Dieser Unmittelbarkeitszusammenhang existiert auch bei der Körperschaft. Hier entsteht kein Gesamthandsvermögen, weil mit der Entstehung der Körperschaft die Gesellschaft auf die Ebene der eigenständigen Verbandsperson gehievt wird. Vielmehr drückt sich die Unmittelbarkeit durch eine (unmittelbare) Wertsteigerung der kapitalistischen Beteiligung aus. Aber ist aufgrund dieses Unmittelbarkeitszusammenhanges zwingend erforderlich, dass das Mitglied eine Außenbeziehung eingeht? Die Frage lässt sich abstrahieren: Setzt das Mitglied-, und übergeordnet das Verbandsein zwingend eine Außenbeziehung voraus?[75]

Es könnte vielmehr so sein, dass die Verbandseigenschaft zwar zwingende Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft ist, aber nicht umgekehrt die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft zwingend vorauszusetzen ist, um eine Verbandsstruktur annehmen zu können. Anders formuliert: Für die Annahme einer Verbandsstruktur könnte eine Außen(rechts-)beziehung der Gesellschaft ohne Belang sein. Die Rechtstatsächlichkeit mit all ihren anerkannten Spielarten atypischer Gestaltungen gesellschaftsrechtlicher Beziehungen ist ein wesentliches Indiz für die Richtigkeit dieser These.[76] Wenn eine Außenbeziehung für die Annahme einer Verbandsstruktur aber unbedeutend ist, ist es auch denkbar, dass man sich an einem Außenverband als echtes Innenmitglied still beteiligen kann. Diese Figur soll hier „stiller Kommanditist" genannt werden. Der stille Kommanditist nach hiesigem Verständnis ist keine freie Erfindung, sondern nur die rechtliche Übersetzung einer kautelarjuristischen Tatsächlichkeit und wird als solche bereits in der Literatur beschrieben.[77] Seine Anerkennung ist jedoch vor allem durch das dargestellte und historisch bedingte Verständnis

75 Jeweils verneinend: *Merkt* ZfPW 2018, 300, 306 f.; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 4 II 1 a); *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 27; *ders.* Gesellschaftsrecht, Band 1, § 1 I 1 b; *Florstedt* Der stille Verband, S. 257.

76 Vgl. die Formen der atypischen mehrgliedrigen stillen Gesellschaft, atypischen Unterbeteiligung, atypischen Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, aber eben auch die der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil, ausführliche Darstellung S. 115 ff. Vgl. auch *Merkt* ZfPW 2018, 300, 301; *Tassius* Die Innen-KG, S. 12 ff., 25 ff., 59.

77 *Wiedemann* NZG 2016, 1, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erschwert, die Verbandsnatur eines Gesellschaftsverhältnisses setze zwingend eine (rechtliche) Außenbeziehung der Gesellschaft voraus.[78]

Erste Formen der reinen Innenbeteiligung an einem „Außenverbund" lassen sich im Mittelalter feststellen und setzten sich sogar noch bis in den preußischen und schließlich ersten Entwurf für ein ADHGB durch.[79] Es ist wohl seit jeher ein fundamentales Bedürfnis von Kaufleuten, reine Kapitalgeber gesellschaftlich in eine Außengesellschaft einzubeziehen. Daher bildeten sich auch bald nach der Kodifikation des ADHGB zahlreiche atypische Unternehmensbeteiligungsformen heraus, die faktisch das erzeugen, was mit der stillen Gesellschaft nach §§ 230 ff. HGB n.F. nicht erreicht werden kann. Denn nach der gesetzgeberischen Ausgestaltung der stillen Gesellschaft soll eine Beteiligung lediglich dergestalt möglich sein, dass sich der Kapitalgeber am Handelsgewerbe des anderen extern beteiligt und somit das Unternehmen nicht mitträgt.

Will man aber die Figur des stillen Kommanditisten begründen und unterstellt, dass dieser als echtes Mitglied der organisatorischen Einheit der Außenmitglieder beitreten kann, müssen einige Vorfragen geklärt werden: Kann es dogmatisch überhaupt ein Innenmitglied in der Außengesellschaft geben? Und falls ja, muss dann ein außenrechtliches Pendant (z.B. der Treuhandgesellschafter) in der Gesellschaft existieren?[80] Kann der Innengesellschafter auch dinglich am Gesellschaftsvermögen beteiligt sein? Muss er das sogar im Hinblick auf eine zu fordernde wirtschaftliche Selbstbetroffenheit? Oder kann er nur schuldrechtlich-rechnerisch am Gesellschaftsvermögen beteiligt werden?

§ 4. Forschungsstand

Bis in die 1990er Jahre hinein wurde des Öfteren bemängelt, dass die Problematik der Publikumstreuhand bislang nur unzureichend erörtert worden war.[81] Dies verwundert, da sich das Treuhandmodel bei Fondsin-

78 Dazu ausführlich S. 199 ff.
79 Dazu ausführlich S. 187 ff.
80 Verneinend *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 435.
81 *Eden* Treuhandschaft an Unternehmen, S. 217; *Schiemann* FS Zöllner, 503, 505; *Ulmer* ZHR 156 (1992), 386; *ders*. FS Odersky, 873. Allgemeiner zur Treuhand an Gesellschaftsanteilen: *Beuthien* ZGR 1974, 26, 28.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

itiatoren eigentlich schon in den 60er, spätestens aber den 70er Jahren großer Beliebtheit erfreute.[82]

1974 und 1980 erschienen zur Treuhand an Gesellschaftsanteilen zwei umfassende Aufsätze in der ZGR. Ersteren verfasste *Beuthien*, der sich allerdings vordergründig mit Einzelfragen der Rechtsübertragung befasst, anstatt sich offen mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein Treugeber auch in das Innenverhältnis der Gesellschaft eingegliedert werden kann.[83] Auch die Themenkreise Außenhaftung und Auskunftsansprüche werden hier noch kaum oder nur ansatzweise diskutiert – was klar dem zeitgenössischen Forschungsstand zuzuschreiben ist. Der spätere, von *Bälz* verfasste Aufsatz, widmete sich fokussiert der hier untersuchten Erscheinungsform der Massentreuhand in Publikums-KGs.[84] Allerdings nahm *Bälz* verstärkt den Anlegerschutz in diesen Vehikeln in den Blick.

Im Jahr 1981 schließlich erschien die vielbeachtete und die Dogmatik der Treuhand an Gesellschaftsanteilen mitprägende Habilitationsschrift von *Blaurock*, wenngleich darin der Schwerpunkt auf die Unterbeteiligung gelegt wurde.[85] Der wissenschaftliche Fokus sollte sich in den 1990er Jahren hin zur Treuhand an Gesellschaftsanteilen verschieben, als im Jahr 1987 der BGH seine allgemeine Legitimation[86] der offenen beziehungsweise qualifizierten Treuhand bestätigte und konkretisierte.[87] Es folgten Monografien[88] und Artikel[89] zur Rechtsnatur der qualifizierten Treuhand und den damit verbundenen Folgeproblemen.

Diese Phase mündete in der Erscheinung zwei sehr einflussreicher Monografien zum gegenständlichen Thema. Gemeint sind die Abhandlungen von *Armbrüster* und *Tebben*, die umfangreiche und wichtige Untersuchun-

82 Für die Publikumstreuhand vgl. *Buchwald* GmbH-Rundschau, 1969, 90, 91; *Schiemann* FS Zöllner, 503, 505. Für die Publikums-GmbH & Co. KG vgl. *Hopt* ZGR 1979, 1, 3.
83 Vgl. insb. *Beuthien* ZGR 1974, 26, 49 ff.
84 *Bälz* ZGR 1980, 1.
85 Vgl. *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 17.
86 Dazu BGHZ 10, 44.
87 BGH NJW 1987, 2677.
88 Vgl. etwa *Kapitza* Die Rechtsstellung der Treugeber, passim; *Krenzel* Treuhand an Kommanditanteilen, passim. Ausgeweitet auf mittelbare Beteiligungen, *Sojka* Der Schutz mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen, passim.
89 Vgl. etwa *Thurnher* DB 1994, 1709; *Schiemann* FS Zöllner, passim. Zum GmbH-Recht etwa *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377; *ders*. FS Odersky, 836.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen zur rechtsdogmatischen Einordnung der treuhänderischen Beteiligung am Gesellschaftsanteil leisteten.[90]

Dass trotz der Fülle an wissenschaftlichem Material zur qualifizierten Treuhand die vorliegende Arbeit notwendig ist, zeigt nicht zuletzt das jüngste richtungsweisende Urteil des BGH zur Dogmatik der qualifizierten Treuhand aus dem Jahr 2018.[91] In BGHZ 217, 237 weitet der BGH den Anwendungsbereich der qualifizierten Treuhand, wohl unter dem Eindruck des neuen § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB, erheblich aus. Fraglich ist nunmehr, inwieweit er überhaupt noch an seiner Verzahnungs-Doktrin festhält. Zugleich aber ist mit diesem Urteil noch einmal erhebliche zusätzliche Unklarheit über die Dogmatik der qualifizierten Treuhand entstanden.[92] Aber auch schon vor dem Jahr 2018 erschienen einige wichtige Urteile im Zusammenhang mit der qualifizierten Treuhand. Diese betrafen insbesondere die Themen Haftung[93] und Auskunftsansprüche[94] von qualifizierten Treugebern. Naturgemäß löste dies das Erscheinen einiger Festschrift- und Zeitschriftenartikel aus.[95] Im Einzelnen ist hier vieles hoch umstritten.[96]

Daneben hat sich auch das Verbandsverständnis in den letzten zwei Dekaden stark verändert. Auch diese Entwicklung motiviert die vorliegende

---

90 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, passim; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, passim. Vgl. auch die Arbeit von *Peters* Treuhand und Unterbeteiligung, passim.

91 BGHZ 217, 237.

92 So etwa jüngst *Klöhn* ZGR 2020, 154, 161 („nebulös"). Vgl. auch *Tebben* VGR 2010, 161 (Fn. 24).

93 BGHZ 178, 271; 189, 45; 190, 180; 207, 54; WM 2012, 2238.

94 BGHZ 196, 131, 143 ff.; NJW 2010, 439; NZG 2015, 269, 270; ZD 2015, 181, 182.

95 *Altmeppen* NZG 2010, 1321; *ders*. NJW 2016, 1761; *Armbrüster* NJW 2009, 2167; *ders*. ZIP 2009, 1885; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581; *Fargo/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper* ZD 2014, 182; *Hoeren* ZIP 2010, 2436; *Holler* ZIP 2010, 2429; *Kindler* ZIP 2009, 1146; *ders*. FS K. Schmidt (2009), 871; *Klöhn* VGR 2013, 143; *K. Schmidt* NZG 2011, 361; *ders*. JuS 2016, 361; *Lubberich* DNotZ 2016, 416; *Markwardt* BB 2011, 643; *Mattheus/Schwab* ZGR 2008, 65; *Menkel* NZG 2014, 1253; *ders*. NZG 2016, 261; *Müller-Feldmann* JR 2009, 136; *Pfeifle/Heigel* WM 2008, 1495; *Priester* ZIP 2011, 697; *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256; *Sester/Voigt* NZG 2010, 375; *Stöber* NJW 2013, 832; *Stumpf* BB 2012, 1429; *Tebben* VGR 2011, 161; *Wertenbruch* NZG 2013, 285; *ders*. NZG 2016, 401; *Wiedemann* ZIP 2012, 1786; *Wolfer* GWR 2011, 77; *ders.* NZG 2011, 854; *Zeising* DZWIR 2016, 301; *ders*. DZWIR 2016, 551; *Zinger* BB 2014, 458; *Krämer* FS Blaurock, 225.

96 Vgl. auch die jüngst erschienenen Monografien von *Tassius* Die Innen-KG, passim und *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, passim.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Arbeit. Denn der Verfasser geht von einer Einbeziehung des Treugebers in den Gesellschaftsverband *als* Gesellschafter aus. Die nur quasi-gesellschafterliche Einbeziehung lehnt er ab. Grundlage für diese These bietet das sich im Wandel befindende Verbandsverständnis. Der Verband, so sagt man heute teilweise, ist vielmehr ein Phänomen, das maßgeblich vom gesellschafterlichen Willen zur Organisation her geprägt wird.[97] Ob die Gesellschaft Außenbeziehungen eingeht, scheint ohne Belang.[98] Dies zugrunde gelegt, soll auch ein Treugeber der Außengesellschaft als Innengesellschafter beitreten können.

Schließlich legt auch die Entwicklung in der allgemeinen Treuhand-Forschung, die in den 2000ern durch Arbeiten wie die von *Grundmann*, *Löhnig* oder *Bitter* noch einmal neuen Auftrieb erlangte, eine Überdenkung herkömmlicher Ansichten zur Dogmatik der qualifizierten Treuhand nahe. Es ist falsch, wenn behauptet wird, die allgemeine Treuhanddiskussion könne nicht für die hiesige Untersuchung fruchtbar gemacht werden.[99] Denn wenn mitunter aus der schuldrechtlichen Bindung zwischen Treuhänder und Treugeber versucht wird, eine quasi-dingliche Belastung des Treuhandanteils herzuleiten, muss doch gerade die zentrale vorgelagerte Diskussion stattfinden, ob die Treuhand im deutschen Recht überhaupt dingliche Wirkungen haben kann.[100] Die Problematik der Wirkung der Treuhand im deutschen Recht wird direkt im Anschluss behandelt.

97 Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn. 1 ff.; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 84; *K. Schmidt* NZG 2014, 881, 883; BeckOK BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 705 Rn. 159; Henssler/Strohn/*Servatius* BGB, § 705 Rn. 9; *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 89 (Fn. 18); *K. Schmidt* ZHR 178 (2014), 10, 14.

98 Dazu ausführlich S. 203 ff.

99 So aber *Schiemann* FS Zöllner, 503, 504; vgl. auch *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 79.

100 Dazu ausführlich S. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 1: Die Natur der Treuhand im deutschen Recht

§ 5. Einführung

Diese Arbeit soll sich insbesondere durch die nachfolgende ausführliche Untersuchung der Treuhand im deutschen Recht von den bisher erschienenen Arbeiten zur qualifizierten Treuhand abgrenzen. Denn eine intensive Befassung mit der allgemeinen Treuhanddogmatik ist durchaus erforderlich, um die Natur der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil sachgerecht zu untersuchen. Das folgende Beispiel verdeutlicht diese Annahme:

Im Zusammenhang mit der dogmatischen Einordnung der qualifizierten Treuhand wird von einer gewichtigen Ansicht vertreten, dass der Treugeber durch seinen Beitritt in die (Publikums-)Gesellschaft in die Mitgliedschaft des Treuhänders und eben nicht direkt in die Hauptgesellschaft einbezogen wird.[101] Das Ergebnis soll dann eine Zurechnungs- und Zuordnungseinheit aus Treuhänder und Treugeber sein.[102] Die Struktur erinnert an die dogmatische Einordnung des echten Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil.[103] Der Nießbraucher wird ohne Vollübertragung des Gesellschaftsanteils dinglich am Anteil berechtigt,[104] sodass eine dingliche Rechtsgemeinschaft mit dem Besteller und formellen Gesellschafter entsteht.[105] Analog zum echten Nießbrauch am Gesellschaftsanteil hat dann aber auch die Treuhandvereinbarung eine solche dingliche Wirkung. Geht man von solch einer Zurechnungs- und Zuordnungseinheit als Ergebnis der qualifizierten Treuhand aus, muss die deutsche Treuhand jedoch ma-

---

101 So etwa MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 94; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, § 705 Rn. 29; *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377, 388; *ders*. FS Odersky, 873, 888 ff.; wohl auch *Fleck* FS Fischer, 118 ff.

102 Für eine nur eingeschränkte Zurechnung und Zuordnung gesellschaftsrechtlicher Rechte und Pflichten hingegen *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1886; *ders*. Treuhänderische Beteiligung, S. 198 ff.; ähnlich schon *Hartmut* Erscheinungsformen, S. 87 ff.

103 Dazu ausführlich S. 125 ff.

104 Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 57; *Peters* Treuhand und Unterbeteiligung, S. 37 ff.

105 LG Oldenburg, DNotI-Report 2008, 166; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 60; MüKoBGB/*Pohlmann* § 1068 Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

teriell-rechtlich überhaupt dazu in der Lage sein, eine solche dingliche Treuhandwirkung zu erzeugen.

Tatsächlich kennt die Rechtsprechung bei Ihrer Behandlung der Treuhand in der Zwangsvollstreckung nicht mehr nur das Unmittelbarkeitsprinzip, welches Billigkeitsrecht beschränkt (dazu § 2.), sondern begründet den Vollstreckungsschutz mittlerweile mit einer Verdinglichung des zugrundeliegenden Treuhandvertrages (dazu § 3.). Auch in der Literatur wurde bereits versucht, ein besonderes Treuhandinnenrecht mit Außenwirkungen zu begründen (dazu § 4.). Kann man aber ein solches Verständnis der Treuhand nicht mit dem historischen Willen des Gesetzgebers und geltendem Recht (§ 137 BGB und *Numerus-Clausus*-Prinzip im Sachenrecht) vereinbaren, sondern muss die Treuhandwirkung im Außenverhältnis auf Probleme in der Zwangsvollstreckung reduzieren (dazu § 5), haben Ansichten, die als Resultat der qualifizierten Treuhand eine dingliche Überlagerung des Gesellschaftsanteils sehen, erhebliche Begründungsschwierigkeiten. Aus diesem Grund ist eine ausführliche Behandlung der allgemeinen Natur der Treuhand im deutschen Recht erforderlich.

§ 6. *Die frühe Reichsgerichtsrechtsprechung*

I. Materielle Gerechtigkeit als Treuhandkorrektiv

In der frühen Reichsgerichtsrechtsprechung entwickelte sich eine am Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit orientierte Treuhand-Rechtsprechung. Im Kern ging es dabei um eine Rechtsträgerfiktion nach materiellem Gerechtigkeitsbefinden.[106] Sofern die formelle Rechtslage zu untragbaren Ergebnissen führte, wurde zugunsten oder zulasten des wirtschaftlichen Inhabers von der Eigentumslage abgewichen. Dogmatisch bediente man sich dabei unterschiedlichster Instrumente.

Im Jahr 1884 etwa entschied das Reichsgericht, wie schon zuvor beim Vollindossament zu Inkassozwecken,[107] dass ein Kläger sich der Arglist schuldig mache, „wenn er sich nicht die aus der Person der wahren Geschäftsherrin zu erhebenden Einwendungen gefallen lassen will und sich zu deren Beseitigung auf seine formale Gläubigerstellung stützt".[108]

106 Ausdrücklich etwa RGZ 24, 45, 47 mit Verweis auf ROHGE Bd. 9 Nr. 29; Bd. 22 Nr. 60.
107 RGZ 4, 100; vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 415.
108 RGZ 11, 123, 128 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Jemand der eine Forderung ausschließlich im Interesse eines Hintermanns dinglich besitze, müsse Einwendungen gegen sich gelten lassen, die dem Schuldner gegenüber dem Hintermann zustehen.

1. Treugeberschutz nach der Gefahrtragungsthese (Art. 368 Abs. 2 ADHGB analog)

Im Jahr 1890 ließ das Reichsgericht die Aussonderung des Treugebers in der Insolvenz des Treuhänders mit der Begrünung zu, dass der „Wille der Kontrahenten garnicht auf eine wirkliche Übertragung […] an den Gemeinschuldner gerichtet [war]".[109] Die zedierte Forderung sei daher zwar formell Eigentum des Mandatars geworden, materiell jedoch sei die Forderung Eigentum des Zedenten geblieben, sodass das Gericht keinem Bedenken unterlag, Art. 368 Abs. 2 ADHGB (heutiger § 392 Abs. 2 HGB) analog auf diesen Fall anzuwenden.[110] Entscheidend für dieses materiell billige Ergebnis sei, dass „nach dem Vertrage die Einziehung der Ausstände durch den Gemeinschuldner auf Kosten und Gefahr des Bekl. geschehen sollte".[111] In einem anderen Fall begründete das Reichsgericht ein Aussonderungsrecht etwas zurückhaltender aber mit denselben materiellen Erwägungen: Den Gläubigern könne schlicht nicht mehr zustehen, als dem Treuhänder selber. Letzterer sei schließlich gegenüber dem Treugeber nicht berechtigt, das Treugut zurückzuhalten, sodass ihm das Treugut nur formal, nicht aber materiell zustünde.[112]

2. Kein Schutz bloßer Verschaffungsansprüche

Auf der anderen Seite hatte man keinen Zweifel daran, dass der bloße Verschaffungsanspruch in der Zwangsvollstreckung keinen Schutz verdient. So entschied das Gericht etwa im Jahr 1887, dass der Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache die Zwangsvollstreckung nicht hindere und eine Interventionsklage (Drittwiderspruchsklage) nicht begründe.[113] Gleichzeitig aber hieß es auch man billige nicht die Ansicht

109 RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11).
110 RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11).
111 RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11).
112 RGZ 35, 77, 78.
113 RGZ 18, 365, 366 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Berufungsgerichts, dass schuldrechtliche Ansprüche überhaupt nicht in der Lage wären, die Intervention zu begründen. Vielmehr genüge beim Depositum (Verwahrung) oder dem Commodate (Leihe) der Nachweis des entsprechenden obligatorischen Verhältnisses.[114] Das Gericht arbeitete jedoch nicht die besondere Natur des Käuferanspruchs als Verschaffungsanspruch heraus; insbesondere grenzte es diesen nicht vom nach RG JW 1890, 373 (Nr. 11) schutzwürdigen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch ab. Es pauschalisierte seine Aussage vielmehr für jegliche „schuldnerischen Übertragungsansprüche".[115] Vermutlich hat diese fehlende Klarstellung letztlich den Weg für das spätere „Treuhanddilemma" im deutschen Recht bereitet.

II. Das Unmittelbarkeitsprinzip

Das BGB wurde am 18. August 1896 ausgefertigt. Im Rahmen der Verhandlungen der zweiten BGB-Kommission wurde vorgeschlagen, einen dem Art. 368 Abs. 2 ADHGB entsprechenden Paragraphen entweder im allgemeinen Teil oder im Auftragsrecht des BGB aufzunehmen. Denn schließlich wendete auch schon das Reichsgericht die Vorschrift analog auf gemeinrechtliche Sachverhalte an.[116] Ein Antrag zur Anpassung des Auftragsrechts wurde durch die Kommission jedoch entschieden abgelehnt.[117] Ein anderer Antrag in Bezug auf den allgemeinen Teil des BGB wurde vor dessen Verhandlung zurückgezogen.[118]

1. Keine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB

Kurz nach der Gesetzesausfertigung, im Dezember 1897, stellte sich das Reichsgericht plötzlich auf den Standpunkt, dass Art. 368 Abs. 2 ADHGB (§ 392 Abs. 2 HGB n.F.) eine nicht analogiefähige Sondervorschrift sei. Forderungen, zu deren Rückabtretung der Beauftragte verpflichtet sei, könnten vor der Abtretung im Verhältnis zu den Gläubigern des Beauf-

114 RGZ 18, 365, 366.
115 Diese Formulierung wird in späteren Entscheidungen unter Zitierung dieser Entscheidung vielfach benutzt, vgl. nur RGZ 91, 12, 16.
116 Siehe oben Fn. 110.
117 Vgl. BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 f.
118 Vgl. BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 in Fn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tragten nicht als solche des Auftraggebers behandelt werden.[119] Diese Entscheidung lässt eine hinreichend ausführliche Begründung vermissen, zumal sie konträr zu der bis dahin entwickelten Rechtsprechung war. So trug zuvor der Auftraggeber nach der herrschenden Rechtsprechung noch wie ein Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs (bei Forderungen, das Bonitätsrisiko) und war daher mit einem Aussonderungsrecht oder einer Drittwiderspruchsklage zu schützen.[120]

Im Jahr 1904 urteilte das Reichsgericht über eine Drittwiderspruchsklage bei einer Erwerbstreuhand und bestätigt seine Abkehr von der alten Rechtsprechung demgemäß: Ausweislich der Materialien zur zweiten Lesung des Entwurfes seien Vorschläge zur Aufnahme einer Schutzvorschrift zugunsten des mittelbaren Stellvertreters in das Auftragsrecht oder das Recht der Stellvertretung bewusst abgelehnt worden.[121] Der Gesetzgeber habe gewollt, dass derjenige, der sich zur Besorgung seiner Geschäfte fremder Hilfe bedient, seinem Gehilfen entweder eine Vollmacht ausstellt und damit die Risiken einer weitgehenden Haftung in Kauf nimmt oder den Weg der ungeregelten mittelbaren Stellvertretung wählt, dann aber das Insolvenzrisiko des mittelbaren Stellvertreters trägt.[122] Daher verbiete sich auch eine Analogie zur Sondervorschrift des § 392 Abs. 2 HGB. Eine Analogie würde zudem den Kredit erheblich stören, „wenn die Gläubiger einer Person nicht mehr sicher wären, daß das Vermögen, welches sich äußerlich als [dem Schuldner] gehörig darstellte, auch rechtlich entsprechend behandelt würde".[123]

2. Anschließende Relativierung

a) Unmittelbarkeitsprinzip

Im Jahr 1909 begründete der 7. Zivilsenat des Reichsgerichts die Ablehnung eines Vollstreckungsschutzes zum ersten Mal mit der Tatsache, dass der Vollstreckungsschuldner das Eigentum an der gepfändeten Sache nicht unmittelbar vom Treuhänder erworben hat (sog. Unmittelbar-

119 RGZ 40, 85, 86.
120 So noch RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11). Dazu oben Fn. 110.
121 RGZ 58, 273, 276 mit Verweis auf BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 f.
122 RGZ 58, 273, 276.
123 RGZ 58, 273, 276 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keitsprinzip).[124] Denn nur dann erwerbe der Treuhänder fiduziarisches Eigentum.[125] Es stützte sich dabei auf die später im Jahre 1914 erneut herangezogene Erwägung, schon begrifflich sei eine *Fiduzia* ausgeschlossen, wenn der eine dem anderen die Sache nicht formell zu treuen Händen anvertraut hat. Andernfalls könne der Rechtsverkehr nicht erkennen, was Sondereigentum sei.[126] Dieses Argument ist eng mit dem Kreditgefährdungsargument der zweiten BGB-Kommission verwandt.[127] Weiter führt das Reichsgericht seine Gründe für eine Versagung des Vollstreckungsschutzes im berühmten Urteil RGZ 84, 214 aus dem Jahr 1914 aus.[128] Man berief sich nun ausdrücklich auf die Motive des Gesetzgebers[129] und fügte hinzu, dass der Begriff der „Treuhand" sonst „völlig ins unbestimmte zerfließen" würde und dadurch die Verkehrssicherheit gefährdet sei.[130] Es ist richtig, wenn daher behauptet wird, dass das Gericht vielmehr auf ein Offenkundigkeitsprinzip abstellte. Zur Herstellung von Offenkundigkeit meinte es mit der Übertragungstreuhand ein geeignetes Mittel gefunden zu haben.[131]

b) Surrogationsverbot

Schon das Reichsgericht entwickelte aus dem Unmittelbarkeitsprinzip heraus das Surrogationsverbot.[132] Danach wird ein Gegenstand, der an die Stelle des bisherigen Treuguts tritt, selbst kein Treugut, sodass der Treugeber seinen Vollstreckungsschutz verliert.[133] Insbesondere verweist das Gericht zur Begründung wieder auf die Feststellung, dass das BGB

124 RG JW 1909, 4 f. (Nr. 2) = Gruchot 54 (1910), 623 ff.
125 RG a.a.O.
126 RG JW 1909, 4 f. (Nr. 2) = Gruchot 54 (1910), 623, 626 f.
127 RGZ 58, 273, 276 mit Verweis auf BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 f.
128 RGZ 84, 214. Auf dieses Urteil wird – meist in Zusammenhang mit dem Unmittelbarkeitsprinzip – verwiesen von u.a. Erman/*Berger* BGB, § 662 Rn. 19; MüKoBGB/*Schäfer* § 662 Rn. 33 (Fn. 87); Staudinger/*Martinek*/*Omlor* BGB (2017), Vorbem zu §§ 662 ff. Rn. 41, 47 und 48; vgl. auch RGZ 91, 12.
129 RGZ 84, 214, 216 mit Verweis auf RGZ 18, 366 und RGZ 58, 275.
130 RGZ 84, 214, 216, 217 f.
131 So schon *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 81.
132 RG JW 1911, 581. Später bestätigt in RGZ 94, 305, 307 f.; 153, 366, 369 f.
133 *Beuthien* ZGR 1974, 26, 67; *Ganter* NZI 2008, 583, 586; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine dem § 392 Abs. 2 HGB entsprechende Vorschrift nicht kenne.[134] Das Surrogationsverbot ist die schlichte Folge des Unmittelbarkeitsprinzips, was nach der Logik des Letzteren auch als Selbstverständlichkeit erscheint. Denn schließlich werde beim Surrogat das Treugut gerade nicht vom Treugeber anvertraut und unmittelbar auf den Treuhänder übertragen.[135] Zuletzt bestätigte der BGH das Surrogationsverbot im Jahr 2002.[136]

III. Schlussfolgerung

Nach Inkrafttreten des BGB wurde die Rechtsprechung vor die Aufgabe gestellt, zwei konfligierende Fakten in Einklang zu bringen. Zum einen hielt man es nach wie vor für richtig, in der Insolvenz des Schuldners nicht um jeden Preis die formelle Rechtslage für entscheidend anzusehen, sodass durchaus ein Vollstreckungsschutz unter bestimmten Voraussetzungen für angemessen erschien. Zum anderen konnte man die Schutzwürdigkeitsgrenze nicht mehr in Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB ziehen, ohne sich dabei gegen die Entscheidung der zweiten BGB-Kommission zu stellen, eine entsprechende Vorschrift nicht in das BGB zu übernehmen. Das Hauptmotiv des BGB-Gesetzgebers war der Schutz des Verkehrs und der Kreditbereitschaft. Das Produkt dieses Dilemmas ist eine auf den Einzelfall gerichtete Rechtsprechung. Zunächst entwickelte sich mit dem Unmittelbarkeitsprinzip die Fallgruppe der Übertragungstreuhand. Zur Begründung des Vollstreckungsschutzes des Treugebers wurde fortan auf die typische Diskrepanz zwischen wirtschaftlichem und formellem Eigentum hingewiesen.[137] Im Bereich des Aussonderungsrechts zog man zusätzlich die historische Auslegung des Merkmals „Gehören" heran.[138] Nur wenn der Gegenstand unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers in das Vermögen des Treuhänders fließt, verbleibt das wirtschaftliche Eigentum in der Hand des Treugebers. Diese Entwicklung wurde durch das Urteil

134 RG JW 1911, 581, 583 mit Verweis auf RGZ 58, 276; vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 65.
135 So deutlich RGZ 94, 305, 308.
136 BGH NJW 2002, 3253.
137 Staudinger/*Martinek*/*Omlor* BGB (2017), Vorbem zu §§ 662 ff. Rn. 47.
138 RGZ 45, 80, 85 f. mit Hinweis auf *Hahn*/*Mugdan* Materialien zur Konkursordnung, S. 161 f.; BGH LM Nr. 2 zu § 771 ZPO, Bl. 1; *Gaul* FS Serick, 105, 107; *Coing* Die Treuhand, S. 43 f.; *Walter* Unmittelbarkeitsprinzip, S. 58 ff.; *Assfalg* Die Behandlung von Treugut; *Asmus* Dogmengeschichtliche Grundlagen, S. 247 ff.; *Scharrenberg* Die Rechte des Treugebers, S. 136 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

RGZ 18, 365 ermöglicht, da man verpasste, die schutzwürdige Treuhand dogmatisch von bloßen Verschaffungsansprüchen richtig abzugrenzen. Dabei hätte es nur die Erkenntnis aus RG JW 1890, 373 (Nr. 11) aufgreifen müssen: Entscheidend ist, wer die Gefahr für den zufälligen Untergang der Sache trägt.[139]

§ 7. *Die Verdinglichungsdoktrin der neueren Rechtsprechung*

Aus dieser unklaren und einzelfallgeprägten Rechtsprechung heraus entwickelte der BGH schließlich im Bereich der Treuhandkonten die Verdinglichungsdoktrin.[140]

I. Das Treuhandkonto

Das Treuhandkonto tritt in Gestalt des offenen und verdeckten Treuhandkontos auf.[141] Ein offenes Treuhandkonto entsteht, wenn bei der Kontoeröffnung gegenüber der Bank der Treuhandcharakter aufgedeckt wird und deutlich gemacht wird, dass auf dieses Konto ausschließlich Beträge gutgeschrieben werden sollen, die dem Kontoinhaber in treuhänderischer Bindung zustehen.[142] Dabei ist die Kontoinhaberbezeichnung von besonderer Bedeutung.[143] Das Handeln für fremde Rechnung ist hingegen beim verdeckten Treuhandkonto im Verkehr nicht ohne Weiteres zu erkennen.[144] Eine spezielle Form des offenen Treuhandkontos ist das Anderkonto, welches besonderen Berufsständen mit Kammeraufsicht zur Verfügung steht.[145]

---

139 *Bitter* Rechtsträgerschaft, passim.
140 Vgl. BGHZ 11, 37; 61, 72; 109, 47; 188, 317; NJW 1959, 1223; 1971, 559; 1985, 1954; 1987, 3250; 1988, 709; 1993, 2622; 1996, 1543; 1998, 2213; 2002, 3253; NJW-RR 1993, 301; 2003, 1375; ZIP 2005, 1465; OLG Brandenburg ZIP 1998, 952; OLG Hamm ZIP 1999, 765; OLGR Dresden 2009, 378.
141 *Obermüller* Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 2.146.
142 BGHZ 61, 72; WM 1983, 873; NJW 1987, 3250; *Obermüller* Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 2.146.
143 BGH NJW 1996, 840.
144 Vgl. MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 392a.
145 MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 395; Uhlenbruck/*Brinkmann* InsO, § 47 Rn. 96; *Obermüller* Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 2.146.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beim Treuhandkonto ist das Treugut die Forderung des kontoführenden Treuhänders gegenüber der Bank. Zahlt aber der Treuhänder unmittelbar vom Treugeber übereignetes Geld auf ein solches Konto ein oder wird Geld treuhänderisch überwiesen, müsste nach den bisher ausgearbeiteten Grundsätzen der Rechtsprechung das Treuhandverhältnis ersatzlos untergehen. Denn wie gezeigt werden Surrogate des Treuguts vom Vollstreckungsschutz nicht erfasst.[146] Das Eigentum an dem Geld wird durch einen Anspruch auf Gutschrift, und später durch einen Anspruch aus der Gutschrift, ersetzt (heutige §§ 675c Abs. 1, 675f Abs. 2 S. 1 BGB).[147]

Wie zu zeigen sein wird, hielt das den BGH aber nicht zurück, in vollkommener Inkongruenz zur bisherigen Rechtsprechung einen Vollstreckungsschutz dennoch anzunehmen. Dies ist die Geburtsstunde der Verdinglichungsdoktrin, die uns bei der Behandlung der Dogmatik der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil noch tiefgreifend beschäftigen wird.

II. Vermeintliches Grundurteil aus dem Jahr 1953

Im Jahr 1953 befasste sich der BGH erstmals mit der Frage, wie Guthaben auf Treuhandkonten in der Zwangsvollstreckung zu behandeln sind.[148] Der BGH musste darüber entscheiden, ob ein Gläubiger des Treugebers auf Forderungen die auf dem Treuhandkonto verbucht sind, zugreifen kann.[149] Dies lehnte der BGH in diesem Urteil jedoch schon aus formellen Gründen ab. Das Gericht sah in der fehlenden Aktivlegitimation des im Titel bezeichneten Schuldners ein Pfändungshindernis.[150] Es ließ daher die Frage, ob der Treugeber wirtschaftlicher Eigentümer der Guthabenforderungen war, offen.[151]

Aus diesen Gründen hat sich das Gericht auch nicht offen mit dem Unmittelbarkeitsprinzip auseinandergesetzt.[152] Folglich hat man sich auch

146 Dazu S. 49.
147 *Bitter* WuB VI C § 47 InsO 3.03 (zugl. Anm. zu OLGR Naumburg 2003, 145); MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 392 f.; *ders.* FS Kreft, 251, 252.
148 BGHZ 11, 37. Die Entwicklung zu den Treuhandkonten kurz zusammenfassend BGH NJW 1993, 2622.
149 Zum Ganzen vgl. BGHZ 11, 37, 37 ff.
150 BGHZ 11, 37, 43.
151 BGHZ 11, 37, 40 ff.
152 So auch *Raiser* JZ 1954, 440, 441 (zugl. Anm. zu BGHZ 11, 37); *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 91.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht für eine ausnahmsweise Abkehr von diesem Prinzip entscheiden, wie dies insbesondere im Folgeurteil des 8. Senats im Jahr 1959 aber behauptet wurde.[153] Das Unmittelbarkeitsprinzip wurde nämlich an keiner Stelle des Urteils erwähnt. Es kann auch nicht von einem *obiter dictum* ausgegangen werden. Denn das *obiter dictum* ist eine beiläufige, aber bewusste Stellungnahme höchstrichterlich ungeklärter Rechtsfragen.[154] Weicht ein Gericht von einer ständigen Rechtsprechung ab, ist dies auch beim *obiter dictum* aufgrund des Rechtsstaatsprinzips hinreichend zu begründen.[155]

III. Der Beginn des Verdinglichungsdiktums

Im Jahr 1959 entschied der 8. Senat einen Fall nach gewohntem Vollstreckungsschema. Der klagende Insolvenzverwalter verlangte vom Beklagten Zahlung des Forderungsbetrages, den die Post nach Pfändung und wirksamer Überweisung eines Postscheckkontoguthabens an den Beklagten zu Unrecht ausgezahlt haben soll. Das OLG wies die Berufung des Beklagten jedoch ab.[156] Die Revision rügte, dass nach der vom BGH übernommenen ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts der Widerspruchsklage nur stattgegeben würde, wenn das Treugut unmittelbar auf den Treuhänder übertragen wurde. Mangels unmittelbarer Übertragung eines Treuguts sei aber keine echte Treuhand entstanden.[157] Wie oben gezeigt,[158] hätte selbst die unmittelbare Übertragung und anschließende Einzahlung des Geldes durch den Kontoinhaber nach dem Unmittelbarkeitsprinzip für die Entstehung von Treugut nicht ausgereicht. Denn mit der Übereignung des Geldes an die Bank wäre die Treuhand hinsichtlich des Geldes untergegangen und die treuhänderische Bindung hätte sich nicht an der Guthabenforderung fortgesetzt.[159]

---

153 Dazu im Anschluss.

154 *Kanzler* DStR 2013, 1505, 1506: „Rechtsausführungen, die über den zur Entscheidung stehenden Einzelfall hinausgehen und [Leitsätze], die losgelöst vom Streitfall allgemeine Regeln aufstellen"; *Fischer* FS Mühl, 139, 140; *Schlüter* Das obiter dictum, S. 1, 4 und 28.

155 BVerfGE 91, 176 ff.; *Kischel* Die Begründung, S. 63 ff. Allgemein zum Begründungszwang: *Lücke* Begründungszwang und Verfassung, S. 37 ff.

156 BGH NJW 1959, 1223, 1224.

157 BGH NJW 1959, 1223, 1224.

158 Dazu S. 49 und 51.

159 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 94. Zum Surrogationsverbot vgl. RG JW 1911, 581. Später bestätigt in RGZ 94, 305, 307 f.; 153, 366, 369 f. sowie in BGH NJW 2002, 3253.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Erste Fehlinterpretation

Der 8. Senat führte schließlich aus, dass eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip für den Fall gemacht wurde, dass „Geld auf ein sog. Anderkonto eingezahlt oder überwiesen wird". In diesen Fällen würde „es als genügend angesehen, daß das Anderkonto offenkundig zu dem Zweck bestimmt ist, fremde Gelder zu verwalten".[160] Weil das Gericht sich maßgeblich auf den 4. Senat mit seinem Urteil aus dem Jahr 1953 stützte und auf eine eigene Begründung verzichtete, muss es die Ausführungen des 4. Senats, wie dargelegt, fälschlicherweise, als *obiter dictum* verstanden haben.[161] Damit schuf sich der 8. Senat ein zusätzliches Problem: Er war plötzlich vor die Aufgabe gestellt, die Anerkennung wirtschaftlichen Eigentums schlüssig zu begründen. Betrachtet man jedoch die Beweggründe des Reichsgerichts für die Entwicklung des Unmittelbarkeitsprinzips, lässt sich diese Brücke nicht sinnvoll bilden, ohne die Beweggründe als solche außer Acht zu lassen.[162] Denn auch im Bereich der Treuhandkonten müsste nach damaligem Verständnis das Unmittelbarkeitsprinzip uneingeschränkt gelten.[163]

2. Zweite Fehlinterpretation

Schließlich glaubte der 8. Senat aber in einer Zusammenschau der beiden Reichsgerichtsurteile vom 6. März 1930 und 19. Februar 1937 die Lösung gefunden zu haben.[164] Tatsächlich verstand der 8. Senat aber auch diese beiden Urteile falsch. Aus dem Zusammenspiel beider Urteile meinte das Gericht zu erkennen, dass es maßgeblich auf eine Verdinglichung der schuldrechtlichen Beziehung zwischen Hinter- und Vordermann ankommt, damit der treuhänderisch übertragene Gegenstand „sachlich und wirtschaftlich zum Vermögen des Treugebers [gehört]", „obwohl er rechtlich zum Vermögen des Treuhänders gehört".[165] Neu ist dabei der Begriff der „sachlichen Zugehörigkeit", die hinzutreten müsse. Der BGH stellt

160 BGH NJW 1959, 1223, 1225.
161 Im Ergebnis, weil von einer bewussten Entscheidung sprechend auch *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 93.
162 Vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 93 ff.
163 Vgl. insb. RGZ 91, 12, 16 sowie *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 95.
164 BGH NJW 1959, 1223, 1224 f. mit Verweis auf RGZ 127, 341 sowie RGZ 153, 366.
165 BGH NJW 1959, 1223, 1224 mit Verweis auf BGHZ 11, 37, 41.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

damit zum ersten Mal in der Geschichte auf eine verdinglichte Qualität des „zugrunde liegenden Auftrag[s]“ ab. Diese Verdinglichungsdoktrin hat, wie später zu sehen sein wird, auch starken Einfluss auf die Dogmatik der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil gehabt.[166]

3. Keine Grundlage für die Verdinglichungsdoktrin in RGZ 127, 341 und 153, 366

Dass jedoch die Entscheidungsgründe der beiden Urteile des Reichsgerichts vom 6. März 1930 und vom 19. Februar 1937 in irgendeiner Weise bestätigen, es komme zur Abgrenzung der „echten“ schutzwürdigen Treuhand von der unechten Treuhand auf eine verdinglichte Interessenwahrnehmungspflicht an, ist schlicht falsch:

Erstens begründete das Reichsgericht im Jahr 1937 die Abweisung der Widerspruchsklage des früheren Treugebers mit der Tatsache, dass die Treuhand durch die Übertragung des Treuguts auf einen Dritten ersatzlos unterging.[167] Das liege daran, dass sich die Treuhand wegen § 137 BGB ohne neue Vereinbarung mit dem Erwerber bei diesem nicht fortsetzt und eine Surrogation aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips ebenfalls ausgeschlossen ist, da es beim Ersatzgegenstand an einer unmittelbaren Übertragung gerade fehle.[168] Das Reichsgericht stellte den Vollstreckungsschutz also nicht unter die Voraussetzung, dass der schuldrechtliche Anspruch auf Rückübertragung eine Verdinglichung erfährt. Man stellte hingegen gerade fest, „daß das die Veräußerung hindernde Recht im Sinne [des § 771 ZPO] nicht notwendig ein dingliches zu sein braucht, daß vielmehr auch bloß schuldrechtliche Ansprüche auf Herausgabe einer Sache, die dem Pfändungsschuldner überlassen war, die Klage aus § 771 ZPO. begründen können, wenn die Sache – zum mindesten wirtschaftlich – nicht zum Vermögen des Schuldners gehört“.[169]

Zweitens musste das Reichsgericht im Jahr 1930 über einen Fall entscheiden, der überhaupt nichts mit dem Vollstreckungsschutz des Treugebers zu tun hatte. Bei dem Beklagten handelte es sich nicht einmal um einen echten Treuhänder, sondern vielmehr um einen stillen Stellver-

166 Dazu insbesondere S. 178 f.
167 Vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 91, 94.
168 RGZ 153, 366, 369 f. mit Verweis auf RGZ 93, 305.
169 RGZ 153, 366, 369 mit Verweis auf RGZ 79, 121; RGZ 84, 214.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

treter.[170] Weil das Gericht aber ein echtes Treuhandverhältnis ablehnte, bezog sich die Aussage, das Rechtsverhältnis müsse nach dem zugrundeliegenden Auftrag bestimmt werden, auch nur auf die relative Beziehung des Hintermanns zu seinem stillen Stellvertreter – das heißt auf das *unechte* Treuhandverhältnis zwischen diesen Parteien. So verstanden ist die Aussage als vollkommene Selbstverständlichkeit auch nicht zu beanstanden. Eine absolute Treuhandwirkung zugunsten des Hintermanns, so dass dieser Schutz vor Zugriffen Dritter auf das Treugut in der Zwangsvollstreckung genießt, wurde hingegen nicht angenommen. Das musste man auch nicht, denn es ging schließlich nicht um einen Vollstreckungsschutz gegenüber Dritten. Die Feststellung, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Hintermann und seinem stillen Stellvertreter nach dem zugrundeliegenden Auftrag zu bestimmen ist, durfte der 8. Senat daher nicht für die spätere Urteilsbegründung heranziehen.

4. Letztliche Folge beider Fehlinterpretationen

Die ursprünglich vordergründige Motivation der Gerichte, dem Hintermann nach Billigkeit Schutz zu gewähren, spielte für den 8. Senat im Jahr 1959 plötzlich keine Rolle mehr. Denn „die Interventionsmöglichkeit [bestehe] nur solange, als der Treuhänder mit dem Treugut dem Treuhandverhältnis entspr. verfährt".[171] Es kommt also für den 8. Senat maßgeblich auf einen echten Treuhandwillen an, der den Rückübertragungsanspruch an den Treugeber verdinglicht.[172] Dann kann es aber – aus der falschen Schlussfolgerung weiter richtig gefolgert – auch nicht mehr ausschließlich auf die unmittelbare Übertragung des Treuguts ankommen. Der 8. Senat meint fälschlicherweise, der 4. Senat hätte die Publizität bei echten Anderkonten als ausreichend angesehen, um dem Treuhandwillen nach außen Ausdruck zu verleihen und hält es im vorliegenden Fall für ausreichend, dass das Kontoguthaben seine Herkunft aus dem Vermögen des Treugebers hatte und der Vordermann zur Einziehung der Forderung

170 RGZ 127, 341, 344, 348 mit Verweis auf RGZ 84, 214, 217; 91, 12, 16.
171 BGH NJW 1959, 1223, 1225 mit Verweis auf RGZ 153, 366; Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl., § 771 II 1 S. 7.
172 BGH NJW 1959, 1223, 1225.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ermächtigt wurde,[173] wenn der Vordermann das Konto ausschließlich zu treuhandzwecken errichtete und benutzte.[174]

IV. Die Verfestigung des Verdinglichungsdiktums

In der Folge berief man sich nur noch schematisch auf das Urteil des 8. Senats, manchmal sogar auch auf jenes des 4. Senats, um den Vollstreckungsschutz bei den Treuhandkonten mit einer Verdinglichung des Rückübertragungsanspruchs zu begründen. Während immer wieder ausdrücklich offengelassen wurde, ob an dem Unmittelbarkeitsprinzip festzuhalten ist,[175] hinterfragte der BGH die Richtigkeit der neuen These nicht, sondern entwickelte diese vielmehr unbeirrt fort.

1. BGH NJW 1971, 559

So wies der 8. Senat des BGH im Jahr 1971 die Widerspruchsklage eines Rechtsanwaltsmandanten mit der Begründung ab, das vom Rechtsanwalt zur Forderungseinziehung benutzte Postscheckkonto diente gerade nicht ausschließlich der Aufnahme von Mandantengeldern.[176] Der Auftraggeber sei aber nur widerspruchsberechtigt, wenn die Kontogutschriften auf ein ausschließlich zur Verwaltung von Fremdgeldern eingerichtetes und benutztes Sonderkonto erfolgt sind.[177] Dabei bezieht sich der 8. Senat auf sein eigenes Urteil aus dem Jahr 1959, in dem – wie gezeigt irrtümlich – behauptet wurde, der Wille zur Interessenwahrung entscheide über die Qualität der Rechtsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.[178] Ohne entscheiden zu müssen, auf welche Prinzipien es letztlich zur Verdinglichung des Anspruchs aus § 667 BGB ankomme, liege jeden-

173 Treffend vom Herkunftsprinzip sprechend MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 357a; vgl. ferner BGH NJW-RR 1993, 301; *Bitter* WuB VI C § 47 InsO 3.03 (zugl. Anm. zu OLGR Naumburg 2003, 145).
174 BGH NJW 1959, 1223, 1225.
175 So etwa in BGH NJW 1971, 559, 560.
176 BGH NJW 1971, 559, 560.
177 BGH NJW 1971, 559, 560.
178 BGH NJW 1971, 559, 560 mit Verweis auf BGH NJW 1959, 1223, 1225 der wiederum auf RGZ 153, 366 verweist.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

falls ein „Anspruch […] rein schuldrechtlicher Art" vor, wenn die vertragliche Interessenbindung nicht tatsächlich besteht.[179]

2. BGH NJW-RR 1993, 301

In einem Urteil aus dem Jahr 1992 begründet der 9. Senat des BGH die sachliche und wirtschaftliche Zugehörigkeit des Kontoguthabens zum Vermögen des Treugebers ebenfalls mit „der im Innenverhältnis aufgrund des Treuhandvertrages bestehenden Beschränkung der Rechtsmacht des Treuhänders".[180] Das Gericht spricht sogar zum ersten Mal offen von einer „notwendigen 'Verdinglichung' der Rechtsstellung des Treugebers".[181] Diese Verdinglichung könne nach der Reichsgerichtsrechtsprechung „allerdings nur anerkannt werden, wenn der Treuhänder das Treugut aus dem Vermögen des Treugebers übertragen erhalten hat".[182] Eine Ausnahme sei für den Fall gemacht worden, „daß von dritter Seite Geld auf ein sogenanntes Anderkonto eingezahlt oder überwiesen wird, das offenkundig zu dem Zweck bestimmt ist, fremde Gelder zu verwalten".[183] Außerdem sei es ausreichend, „[dass] die den Zahlungen zugrundeliegenden Forderungen nicht in der Person des Treuhänders, sondern unmittelbar in der Person des Treugebers entstanden waren".[184] An dieser Entscheidung sieht man klar, wie der BGH schrittweise die Funktion des Unmittelbarkeitsprinzips uminterpretiert hat: Es soll nicht mehr Billigkeitsrecht begrenzen, sondern vielmehr Treuhandrecht begründen.

V. Zwischenergebnis zum prozessualen Vollstreckungsrecht

Seit dem Urteil aus dem Jahr 1959 stellt der BGH auf eine Verdinglichung des schuldrechtlichen Übertragungsanspruchs aus § 667 BGB ab: Für die Verdinglichung müsse eine durch Weisungsrecht verstärkte Interessenbindung (sog. Weisungsprinzip) zur treuhänderischen Vermögenstrennung

179 Damit grenzt der BGH Ansprüche „rein schuldrechtlicher Art" von verdinglichten schuldrechtlichen Ansprüchen ab.
180 BGH NJW-RR 1993, 301.
181 BGH NJW-RR 1993, 301 f. mit Verweis auf Staub/*Canaris* Bankvertragsrecht, Rn. 279.
182 BGH NJW-RR 1993, 301 mit Verweis auf RGZ 84, 214; 91, 12, 14.
183 BGH NJW-RR 1993, 301 mit Verweis auf BGHZ 11, 37.
184 BGH NJW-RR 1993, 301 mit Verweis auf NJW 1959, 1223.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hinzutreten.[185] Dagegen reiche die bloße Vermögenstrennung für eine Verdinglichung aus, wenn der Treuhandcharakter des Kontos nach außen zumindest nachvollziehbar ist und die den Zahlungseingängen zugrundeliegenden Forderungen in der Person des Treugebers entstanden sind.[186] Dem liegt das allgemeine Verständnis zugrunde, dass bei der echten Treuhand die Rechtsbeziehung zwischen Treugeber und Treuhänder verdinglicht ist. Diese Verdinglichung soll deshalb gerechtfertigt sein, weil der echte Treuhandvertrag ein Interessenwahrnehmungsvertrag sei, der dem Treuhänder eine nur vertraglich beschränkte Rechtsmacht verleihe.[187] Die von *Ganter* als neue Zwei-Komponenten-Theorie[188] bezeichnete Theorie der Rechtsprechung stellt daher nur die offenkundige Manifestierung eines schon vorher eingetretenen Wandels im oben beschriebenen Sinne dar; ein Wandel, der mit dem Urteil vom 7. April 1959 einsetzte und erst später offenkundig benannt wurde.[189] Die Begründung von Treuhandwirkungen mit der Verdinglichung der Rechtsbeziehung durch die qualifizierte Interessenwahrnehmungspflicht des Treuhänders gegenüber dem Treugeber greift die Rechtsprechung inzwischen auch außerhalb der Treuhandkonten auf, sodass schon längst nicht mehr von einer Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip gesprochen werden kann.[190]

VI. Einwendungs- und Aufrechnungsfragen

Im Bereich der Einwendungs- und Aufrechnungsproblematik hat sich parallel zu der vollstreckungsrechtlichen Behandlung der Treuhand eine ganz eigene Treuhanddogmatik entwickelt, die sich nach wie vor ausschließlich am Grundsatz der Billigkeit orientiert.[191] Ohne auf eine unmit-

185 BGHZ 188, 317, 321ff., 324 f.; NJW 1996, 1543; NJW-RR 2003, 1375, 1376. Vgl. auch *Löhnig* Treuhand, S. 189 ff.

186 BGH ZIP 2005, 1465, 1466.

187 Vgl. BGHZ 188, 317, 321 mit Verweis auf BGHZ 157, 178, 182.

188 *Ganter* FS Kreft, 251, 262, *ders*. ZInsO 2004, 1217, 1222. Vgl. auch Gottwald/Haas/*Adolphsen* Insolvenzrechts-Handbuch, § 40 Rn. 37; Graf-Schlicker/*Bremen* InsO, § 47 Rn. 19.

189 Vgl. insb. BGHZ 155, 227, 232, 233.

190 BGHZ 155, 227, 232. So aber z.B. BFH GmbHR 1997, 963, 965; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 51; FK-InsO/*Imberger* § 47 Rn. 48.

191 Vgl. (für Einwendungen) BGHZ 5, 285, 292 f.; NZG 2002, 909; (für die Aufrechnung) BGHZ 17, 19, 25 ff.; 25, 360, 367; 61, 72, 77; 110, 47, 81; Staudinger/*Olzen/Looschelders* BGB (2015), § 242 Rn. 690; BeckOK BGB/*Dennhardt* 56. Edition (2020), § 387 Rn. 26; Jauernig/*Stürner* BGB, § 387 Rn. 5; Palandt/*Grüneberg*

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

telbare Rechtsübertragung oder eine irgendwie gearteten Verdinglichung der Rechtsbeziehung zwischen dem Hintermann und dem Vordermann abzustellen, lässt die Rechtsprechung, wie schon vor Einführung des BGB, Rechtswirkungen der Treuhand zu, die auf der Trennung von formeller und materieller Rechtsinhaberschaft beruhen.[192] Dabei wird im Bereich der Einwendungen unmissverständlich eine Verbindung zwischen wirtschaftlicher Risikolast des Treugebers und einer Rechtsträgerfiktion (= Treuhandwirkung) gezogen, wie dies einst das Reichsgericht in Zwangsvollstreckungsfragen getan hat.[193] Eine solche Korrelation sieht die Rechtsprechung vereinzelt auch bei der Aufrechnung. Allerdings spielen hier noch andere Faktoren in die Interessenabwägung hinein.[194] Die Beratungen in der zweiten BGB-Kommission und die letztliche Fassung der §§ 164 ff., 662 ff. BGB ohne einen am Vorbild des § 392 Abs. 2 HGB orientierten allgemeinen Paragraphen zur Rechtsträgerfiktion veränderten jedenfalls allein die Behandlung der Treuhand in prozessualen Vollstreckungsangelegenheiten. Das materielle Vollstreckungsrecht der Aufrechnung und Leistungszurückbehaltung[195] blieb davon hingegen unberührt, was, wie *Bitter* es ausdrückt, zu einem Auseinanderreißen der Treuhandwirkungen führte.[196]

Die Inkongruenz der Rechtsprechung und der ihr folgenden Lehre ist sogar noch gravierender, wenn man die wieder besondere Situation im Rahmen der Treuhandkonten berücksichtigt. Hier geht der BGH wieder einen völlig anderen Weg, wenn es um die Frage geht, ob und wann die Bank ein Pfand-, Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem treuhänderischen Kontoinhaber hat. Ohne nach einem nach § 242 BGB gebotenen Ergebnis zu fragen, differenziert der BGH zwischen offenen und verdeckten Treuhandkonten.[197] Die genannten Rechte der Bank sollen also grundsätzlich davon abhängen, ob der Bank bekannt ist, dass die auf dem Treuhandkonto gutgeschriebenen Beträge dem Kontoinhaber nur als Treuhänder zustehen und ihr ersichtlich gemacht wurde, dass der

---

§ 387 Rn. 6 f.; *Müller-Feldhammer* JR 2009, 136; vgl. auch *Gernhuber* JuS 1988, 355, 360.

192 Vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 416.

193 RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11). Dazu S. 46.

194 Staudinger/*Olzen/Looschelders* BGB (2015), § 242 Rn. 690.

195 Zur Vollstreckungsfunktion der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts vgl. Fn. 22.

196 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 416 f.

197 BGHZ 61, 72; NJW 1987, 3250; Schimansky/Bunte/Lwowski/*Bunte* Bankrechts-Handbuch, § 19 Rn. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Treuhänder den Willen hat, diese Gutschriften nur treuhänderisch für den Treugeber zu verwalten.[198] Es geht somit ausschließlich um Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB),[199] wobei das Vermögenstrennungsprinzip naturgemäß keine Rolle spielt.[200] Was die Bank mit Blick auf Nr. 8 Geschäftsbedingungen für Anderkonten und Anderdepots bei der Eröffnung eines Anderkontos ausdrücklich erkläre, könne und würde regelmäßig bei offenen Treuhandkonten konkludent oder in ergänzender Vertragsauslegung vereinbart werden.[201]

Ein Pfand-, Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht stehen der Bank nach der Rechtsprechung ausnahmsweise auch gegen einen verdeckten Treuhandkontoinhaber nicht zu. So gelagert ist der Fall, wenn auf das verdeckte Treuhandkonto in Kenntnis der Bank Baugeld im Sinne von § 1 Abs. 3 Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) gelangt.[202] In diesem Fall sei der Bank die wirtschaftliche Fremdinhaberschaft bekannt. Vor dem Hintergrund, dass die Entstehung von Pfand-, Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrechten für den BGH bloße Vertragsauslegung ist, ist dieses Ergebnis konsequent. Denn der Empfängerhorizont der Bank ist objektiv und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte auszulegen.[203]

VII. Abschließende Bewertung

Die Rechtsprechung unterscheidet heute zwischen Treuhandwirkungen im Bereich der prozessualen Zwangsvollstreckung und Treuhandwirkungen im Bereich der Zurückbehaltungsrechte und Aufrechnung. Während letztere unter der Fallgruppe der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB behandelt werden, es sich mithin um reines Billigkeitsrecht handelt, stellt der BGH seit seinem Urteil aus dem Jahr 1959 im Bereich der §§ 771 ZPO, 47 InsO auf eine Verdinglichung der schuldrechtlichen Bindung ab.

198 BGHZ 61, 72, 77; NJW 1987, 3250, 3251; 1996, 840, 841.
199 BGH NJW 1987, 3250, 3251; 1996, 840, 841.
200 Vgl. nur BGHZ 61, 72, 79 mit Verweis auf BGH NJW 1959, 1223. Missverständlich daher Schimansky/Bunte/Lwowsky/*Hadding/Häuder* Bankrechts-Handbuch, § 37 Rn. 39: Die Vermögenstrennung wird von der Rspr. nur bei der Aussonderung oder dem Drittwiderspruch in der Zwangsvollstreckung gefordert.
201 BHZ 61, 72, 77; NJW 1987, 3250, 3251; 1996, 840, 841.
202 BGH NJW 1988, 263, 265.
203 BeckOK BGB/*Dennhardt* 56. Edition (2020), § 133 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dabei war der zwangsvollstreckungsrechtliche Schutz des Treugebers in der frühen Reichsgerichtsrechtsprechung ebenfalls eine Wertungsfrage. Man wendete den heutigen § 392 Abs. 2 HGB mit der Begründung analog an, dass der Treugeber im Verhältnis zum Treuhänder abschließend die Gefahr des zufälligen Unterganges des Treugutes trage. Aufgrund dieser rechtlichen Gefahrenverteilung halte der Treugeber nach wie vor das wirtschaftliche Eigentum am Treugut, sodass es materiell gerecht erschien, ihn in der Zwangsvollstreckung vor Zugriffen der Gläubiger des Treuhänders zu schützen.[204]

Der Erlass des BGB störte schließlich diese Rechtsprechungsentwicklung.[205] Die zweite BGB-Kommission stufte den heutigen § 392 Abs. 2 HGB als kommissionsrechtliche Sonderregelung ein und entschied sich gegen eine solche Fiktionsnorm im BGB. Das Reichsgericht wich in der Folge auf andere Begründungen aus, um den Schutz des wirtschaftlichen Eigentums des Treugebers zu begründen. Man entwickelte das Unmittelbarkeitsprinzip, um den grundsätzlichen Bedenken der zweiten BGB-Kommission Rechnung zu tragen: Der Kredit solle nicht gefährdet werden und Sondereigentum solle nicht ausufernd entstehen können. Dies wäre aber zu befürchten, wenn der bloße mittelbare Stellvertreter in der Zwangsvollstreckung wie ein Treuhänder behandelt würde. Ersterer hätte einen nicht schutzwürdigen schuldrechtlichen Übereignungsanspruch. Im Bereich des Insolvenzrechts stützte man sich zusätzlich auf eine historische Auslegung des Begriffs des Gehörens in § 47 S. 1 InsO. Auch das wirtschaftliche Eigentum gehöre dem Massegläubiger. Hinter diesen neuen Begründungen stand jedoch nach wie vor das Ziel, materiell gerechte Kreditverhältnisse im Insolvenzverfahren oder der Einzelzwangsvollstreckung herzustellen. Man begrenzte den Schutz des wirtschaftlichen Eigentums mit dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer offenkundigen Rechtsgestaltung und hielt das Unmittelbarkeitsprinzip hierfür geeignet.[206]

Seit dem Jahr 1959 stellt der BGH (NJW 1959, 1223) im Bereich der Zwangsvollstreckung nunmehr auf eine Verdinglichung der schuldrecht-

---

204 Dazu S. 45 f.

205 Dazu S. 47 ff.

206 Vgl. nur RGZ 84, 214, 217 („Übereignung derart, dass der andere das übertragene Recht nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll"); RGZ 91, 12, 16 („Übereignung zu treuen Händen"); RGZ 94, 305, 308 („Dem Treuhänder anvertraut und übereignet"); RGZ 127, 341, 344 („Übereignung derart, daß das Treugut wirtschaftlich nicht aus dem Vermögen ausscheidet"). So auch *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichen Bindung ab und kehrt damit der bisherigen Treuhanddogmatik in der Zwangsvollstreckung teilweise den Rücken zu.[207] Denn das Unmittelbarkeitsprinzip war seit jeher ein Mittel, um Billigkeitsrecht im Interesse des Rechtsverkehrs zu beschränken. Die vertragliche Interessenwahrnehmungspflicht sollte keinesfalls absolut wirken. Diese fundamentale Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung ging jedoch von einer fehlerhaften Entscheidung aus. Denn man interpretierte gleich drei Urteile zum Treuhandrecht fehl: Im Jahr 1953 (BGHZ 11, 37) ließ der 4. Senat die Zwangsvollstreckung schon aus formellen Gründen scheitern; wem das wirtschaftliche Eigentum gebührte wurde offengelassen. Im Jahr 1937 (RGZ 153, 366) scheiterte eine Drittwiderspruchsklage am aus dem Unmittelbarkeitsprinzip konsequent abgeleiteten Surrogationsverbot. Und im Jahr 1930 (RGZ 127, 341) ging es schon überhaupt nicht um einen Vollstreckungsschutz. Das Gericht befasste sich lediglich mit dem relativen Rechtsverhältnis zwischen Hintermann und stillem Stellvertreter. Dass schon das Reichsgericht auf eine Verdinglichung der Rechtsbeziehung abgestellt habe, wie es der BGH im Jahr 1959 meint, ist daher schlicht falsch.

Resultat der Verdinglichungsdoktrin ist eine unschlüssige und auseinandergerissene Treuhandrechtsprechung.[208] Denn in gleich zu bewertenden Sachverhalten wird heute nach völlig unterschiedlichen Prinzipien verfahren. Im Bereich der Einwendungen und Aufrechnung wird der Schutz des Treugebers nach wie vor wertend begründet und gerade nicht aus einer Verdinglichung des schuldrechtlichen Verhältnisses hergeleitet. Bedeutend für die vorliegende Arbeit ist zudem, dass man heute das Verständnis, bei der Treuhand ginge es um eine Verdinglichung der Rechtsbeziehung zwischen Treuhänder und Treugeber, auch auf Treuhandverhältnisse im Rahmen von mittelbaren Gesellschaftsbeteiligungen überträgt.[209] Es gilt daher in den nächsten zwei Abschnitten, das richtige Treuhandverständnis zu ermitteln.

§ 8. *Modelle eines besonderen Treuhandinnenrechts im Schrifttum*

Die Rechtsprechung macht im Bereich des prozessualen Vollstreckungsschutzes die schutzwürdige Treuhand von der Verdinglichung der schuldrechtlichen Treuhandbeziehung abhängig. Dieses Treuhandverständnis

207 Dazu S. 51 ff.
208 Dazu S. 58 ff.
209 Dazu insbesondere S. 178 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hatte maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung der Dogmatik der qualifizierten Treuhand. Daher wird in diesem und dem nächsten Abschnitt die tatsächliche Rechtsnatur der Treuhand im deutschen Recht geklärt. Dieser Abschnitt befasst sich zunächst mit denjenigen Großschriften der letzten zwei Dekaden, die ein besonderes Treuhandinnenrecht zu begründen versuchen. *Grundmann* publizierte seine Habilitationsschrift „Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand" im Jahr 1997 (dazu I.); *Löhnig* publizierte seine Habilitationsschrift „Treuhand – Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte" im Jahr 2006 (dazu III.); schließlich folgte die Publikation „Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht" durch *Geibel* im Jahr 2008 (dazu II.). Die Schriften befassen sich jeweils intensiv mit dem Treuhandinnenrecht und versuchen dieses entweder neu zu typisieren oder einem bestehenden Vertragstypen unterzuordnen, um damit bereichsunspezifische Rechtsprobleme zu lösen.[210] Man will durch eine induktive Untersuchung des Rechtswesens der Treuhand ein allgemeingültiges Treuhandrecht schaffen, um der Rechtszersplitterung *de lege lata*, die aus der Herangehensweise vom Außenverhältnis her resultiere, entgegenzutreten.[211] Diese Ansätze gehen jedoch fehl (dazu IV.).

I. Interessenwahrnehmungspflicht strictu sensu

Grundmann sieht im Treuhandvertrag ein typisiertes Regelungsregime, das ein nach geschriebenem Recht nicht klassifizierbares Rechte- und Pflichtenprogramm aufweist. Der Treuhandvertrag sei gerade kein vertikal unter den Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag zu fassender Vertragstyp.[212] Dieser Befund mache es notwendig, die Treuhand – als einen Vertrag – primär vom Innenverhältnis her selbstständig zu erfassen.[213] Die andauernde sachenrechtliche Betrachtung der Treuhandproblematik sei der Grund für ein unausgefeiltes und in sich widersprüchliches Treuhandrecht.[214]

Typusprägend für den Treuhandvertrag sei die Hauptpflicht des Treuhänders, seine eigenen Interessen im Rahmen der Interessenwahrneh-

210 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 92 f.; *Löhnig* Treuhand, S. 116 u. 119; *Geibel* Treuhandrecht, S. 81.
211 *Löhnig* Treuhand, S. 7, 116; vgl auch *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 89 u. 92; *Geibel* Treuhandrecht, S. 81.
212 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 95.
213 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 541.
214 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 88 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mung für den Treugeber gänzlich hintenanzustellen.[215] Dadurch zerfalle die Treuepflicht in zwei Kategorien: Zum einen die Treuepflicht als vertragliche Nebenpflicht und zum anderen die Interessenwahrungspflicht *strictu sensu* als wesensbestimmende Hauptflicht des Treuhänders.[216] Die Interessenwahrungspflicht verleihe der Pflicht zum Tätigwerden überhaupt erst Konturen, da zentral für den Treugeber sei, *wie* der Treuhänder handele, und nicht *dass* er handele.[217] Innerhalb des Tätigkeitsvertrages überwiege das Tätigkeitselement. Beim Abschluss eines zusätzlichen isolierten Treuhandvertrages würde hingegen das Gewicht auf die Interessenwahrungspflicht verlagert werden.[218] Der Treuhandvertrag beschreibe ein Pflichtengefüge, dass gerade selbstständig sei und keinem Gegenseitigkeitsverhältnis unterliege – obwohl der Treuhänder tatbestandlich eine geldwerte Position erhalte.[219] Letzteres sei das Treugut, das auch in Form von Informations- sowie Kontroll- und Einflusspositionen ausgeprägt sein könne.[220]

II. Die Treuhand als atypischer Gesellschaftsvertrag

Geibel ordnet in seiner Habilitationsschrift „Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht" die rechtsgeschäftliche Treuhand unter die bürgerlich-rechtliche Gesamthand. Um dem Grundsatz des Typenzwangs gerecht zu werden, das heißt keine Typenüberdehnung vorzunehmen,[221] nimmt *Geibel* einen umfassenden Einzel- und Gesamtmerkmalsvergleich zwischen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Treuhand unter Abwägung der Parteiinteressen vor.[222]

Aufgrund dieses Einzel- und Gesamtmerkmalsvergleich kommt *Geibel* zu dem Schluss, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag typologisch unter den Typus des Gesellschaftsvertrags geordnet werden kann.[223] Das für die Gesellschaft erforderliche gemeinsame Zusammenwirken der Gesellschafter könne in der Beisteuerung des Treuguts durch den Treugeber und

215 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 92, 541.
216 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 92, 545.
217 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 93.
218 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 93.
219 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 94.
220 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 102.
221 *Geibel* Treuhandrecht, S. 103.
222 *Geibel* Treuhandrecht, S. 107.
223 *Geibel* Treuhandrecht, S. 453.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in der Tätigkeit des Treuhänders gesehen werden.[224] Zur Begründung eines erforderlichen gemeinsamen Zwecks weist *Geibel* auf den tatsächlich vorhandenen Willen zur Bildung von Sondervermögen sowie die Interessenunterordnung des Treuhänders bei gleichzeitiger Durchsetzung der Treugeber-Interessen gegenüber Dritten hin. Dies komme der Aufgabe eines geschäftsführenden Gesellschafters sehr nahe.[225] Zumindest die Verwaltungstreuhand könne daher im Hinblick auf das Merkmal des gemeinsamen Zwecks typologisch dem hinter der Vertragsart der Gesellschaft bürgerlichen Rechts stehenden Typus angenähert werden. Der Treuhandvertrag sei wegen dieser Annäherung nur ein atypischer Gesellschaftsvertrag, was für die Anwendbarkeit der §§ 705 ff. BGB eine Beschränkung auf Vorschriften bedeute, die nicht die Gewinn- und Verlustbeteiligung oder die Zusammenwirkung der Gesellschafter betreffe.[226]

III. Die Treuhand als allgemeine Form der Geschäftsbesorgung

Auch *Löhnig* versucht ein Treuhandmodell zu entwerfen, „das sämtlich auftretende Interessenkonflikte auf befriedigende Weise zu lösen vermag".[227] Für ihn ist die Treuhand die Grundform des Geschäftsbesorgungsvertrages, der zeitbedingt nicht umfassend, „sondern nur durch eine Verweisung auf Regelungen des Auftrages und des Dienst- und Werkvertrages geregelt worden" sei.[228] Typologisch existiere neben dem Austauschverhältnis und dem Kooperationsverhältnis ein weiterer Strukturtyp, nämlich die Treuhand als Fremdinteressenwahrnehmung.[229] Der Treuhandvertrag sei das Schuldverhältnis, das über die Fremdinteressenwahrnehmung hinaus weitere Rechte und Pflichten der Parteien regelt.[230]

Die Treuhand zeichne sich folglich durch die (1.) Begründung eines Schuldverhältnisses, welches zur Fremdinteressenwahrnehmung berechtigt und verpflichtet sowie (2.) der Ausstattung des Treuhänders mit einer irgendwie gearteten Machtposition, die ihn zum Eingriff in den Interessenkreis des Treugebers befähigt, aus.[231] Dabei müsse die eingeräumte

224 *Geibel* Treuhandrecht, S. 139.
225 *Geibel* Treuhandrecht, S. 152 ff., 452.
226 *Geibel* Treuhandrecht, S. 158 f.
227 *Löhnig* Treuhand, S. 7.
228 *Löhnig* Treuhand, S. 135 ff., 141 f.
229 *Löhnig* Treuhand, S. 116 f.
230 *Löhnig* Treuhand, S. 117.
231 *Löhnig* Treuhand, S. 118 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Machtposition nicht notwendig dinglicher Natur sein. Die Erteilung einer Vollmacht sowie einer Verfügungsermächtigung seien ebenfalls taugliche Treugüter, denn der Treuhänder betreibe „Interessenwahrnehmung kraft eigener Macht". Die treuhänderische Macht sei lediglich „Einwirkungsmacht" hinsichtlich des Interessenkreises des Treugebers.[232] § 675 Abs. 1 BGB sei der Kern des allgemeinen Treuhandrechts. Dies folge aus der Natur der Geschäftsbesorgung als „selbstständiges Handeln im Interesse eines anderen in dessen Interessensphäre", die sich gleichermaßen in „der Fremdinteressenwahrnehmung durch ein *alter ego* des Treugebers" widerspiegele.[233] Um sein weit gefasstes Treuhandverständnis schließlich über das Institut der Geschäftsbesorgung ordnen zu können, reduziert *Löhnig* die gängige Definition der Geschäftsbesorgung um die Merkmale „Tätigkeit" und „im wirtschaftlichen Bereich".[234]

IV. Stellungnahme

1. Systematische Bedenken gegen Grundmanns Ansatz

Die Lösung *Grundmanns*, wonach neben einem Tätigkeitsvertrag ein weiterer Treuhandvertrag isoliert geschlossen wird,[235] überzeugt zum einen systematisch und zum anderen inhaltlich nicht.

Innerhalb der Einteilung des BGB in kausale und abstrakte Zuwendungsgeschäfte,[236] müsste der Treuhandvertrag nach *Grundmann* ein abstrakter Schuldvertrag nach dem Konzept der §§ 780 f. BGB sein. Denn die Treuepflicht im engeren Sinne soll gerade unabhängig vom verfolgten Zweck entstehen. Diese Annahme verträgt sich jedoch nicht mit der Vorstellung, dass die Interessenwahrnehmungspflicht *stricto sensu* ohne Rechtsgeschäft allein aufgrund der unentgeltlichen Übertragung des Treuguts entsteht.[237] Die Interessenwahrungspflicht *stricto sensu* kann dann nämlich nach der Systematik des BGB nur noch ein gesetzliches Schuldverhältnis sein, dass durch den normativen Tatbestand des Abschlusses ei-

232 *Löhnig* Treuhand, S. 161 f., 832.
233 *Löhnig* Treuhand, S. 146 (Hervorhebung durch den Verfasser).
234 Vgl. *Löhnig* Treuhand, S. 833.
235 Vgl. *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 545 f.
236 Staudinger/*Marburger* BGB (2015), Vorbem §§ 780–782 Rn. 1; zum Ganzen näher *Bremkamp* Causa, S. 147 ff.; *Ehmann* Schuldanerkenntnis und Vergleich, S. 39 ff.; *Mazza* Kausale Schuldverträge, S. 65 ff., 79 ff.
237 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 546.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nes Treuhandvertrages und der unentgeltlichen Übertragung des Treuguts entsteht.

Das geltende Recht kennt schlicht kein solches abstrakt-gesetzliches Schuldverhältnis, sodass ein Schuldverhältnis *sui generis* zu begründen wäre. Die Konstruktion ist der Systematik des BGB aber derart fremd, dass diesem Ansatz nicht gefolgt werden kann. Privatautonomie ist nur in dem von der Rechtsordnung anerkannten Rahmen möglich.[238] Nach der Konzeption des bürgerlichen Rechts entstehen gesetzliche Schuldverhältnisse gerade nicht durch Vereinbarung. Zudem wirkt die Konstruktion gekünstelt, wenn den Parteien des Treuhandverhältnisses regelmäßig unterstellt würde, sie würden *de facto* zwei voneinander getrennte Schuldverträge schließen, wobei Letzterer zusammen mit der Übertragung des Treuguts zu einem gesetzlichen Schuldverhältnis führe.[239]

2. Typologische Bedenken gegen Geibels Ansatz

Richtigerweise stellt *Geibel* den Grundsatz auf, dass zur rechtswissenschaftlichen Typisierung bei fehlendem konkretem Parteiwillen „anhand eines Einzel- und Gesamtmerkmalsvergleichs mit den in Frage kommenden Vertragstypen nach deren Sinn und Zweck und einer etwaigen Leitidee sowie unter umfassender Abwägung der konkreten beziehungsweise typischen Parteiinteressen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte entschieden wird, nach welchem Vertragstypus die Parteien ihren Vertrag hypothetisch qualifiziert hätten".[240]

Geibels anschließende Typologisierung verfehlt jedoch den tatsächlichen Inhalt typischer Treuhandverträge. Die Parteien eines fremdnützigen Treuhandvertrages wollen in erster Linie eine Spaltung von Rechts- und Interessenträgerschaft erreichen.[241] Der fiduziarische Vollrechtsinhaber soll nach der Parteivereinbarung das Vollrecht am Treugut im Interesse des Treugebers ausüben. Der gleichzeitige Wille, ein gesellschaftsrechtliches

238 *Flume* Das Rechtsgeschäft, S. 1 f.

239 In diese Richtung auch die Kritik bei *Löhnig* Treuhand, S. 149 ff.

240 *Geibel* Treuhandrecht, S. 151 f.

241 Vgl. nur BGHZ 11, 37; 17, 140; 19, 67, 69; NJW 1987, 2071; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 50; Staudinger/*Martinek*/*Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 40; Uhlenbruck/*Brinkmann* InsO, § 47 Rn. 78; *K. Schmidt* FS Wiegand, 933, 936; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 115, 518; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 30; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 67; *Coing* Die Treuhand, S. 85; *Löhnig* Treuhand, S. 118 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sondervermögen entstehen zu lassen, ist eine schlichte Unterstellung.[242] In vielen Fällen wird diese Annahme wohl sogar dem Willen der Parteien tatsächlich entgegenstehen: Diese wollen, dass der Treuhänder das Vollrecht nach außen autonom und im Innenverhältnis begrenzt durch die Treuhandabrede innehat.[243] Dass überhaupt ein Sondervermögen im Sinne einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Vermögenssonderung[244] entsteht, ist zwar nicht zu bestreiten.[245] Allerdings ist das gesellschaftsrechtliche Sondervermögen von eigentümlichen Besonderheiten geprägt, die nicht auf die treuhänderische Vermögensordnung übertragen werden können.[246]

Auch steht der Überlegung *Geibels* der typischerweise fehlende gemeinsame Zweck von Treugeber und Treuhänder entgegen. *Geibel* sieht selbst, dass es hier Begründungsschwierigkeiten gibt, zumal der Treuhänder in der Regel nicht gewinn- und verlustbeteiligt ist.[247] Weil aber, wie gezeigt, regelmäßig auch kein Wille zur Bildung eines gesellschaftsrechtlichen Sondervermögens besteht, kann mit dieser Begründung nicht über diese Hürde hinweggegangen werden.[248] Zudem stellt der gemeinsame Zweck nach dem hier noch näher auszuarbeitenden Verbandsverständnis eine essentielle Komponente desselben dar.[249]

Letztlich bestehen auch Bedenken, weil der Treuhänder nach den Parteivereinbarungen regelmäßig Eigenbesitzer werden soll.[250] Hingegen übt die (Außen-)Gesellschaft eigenen Besitz durch ihre geschäftsführungsbefugten Organe aus.[251] Der Organbesitzer übt keinen eigenen Besitz an der Sache

---

242 Vgl. wie hier für die Abgrenzung von Unterbeteiligung zur Treuhand am Geschäftsanteil *Armbrüster* GmbHR 2001, 941, 944; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 67 ff., 75.

243 Anders *Geibel* Treuhandrecht, S. 151 f.

244 Zum Begriff des Sondervermögens etwa *Fürbaß* Das Investmentsondervermögen, S. 41 ff.

245 Dazu ausführlich S. 71 ff.

246 Dies gilt vor allem für die Außen-GbR, sofern hier überhaupt noch von Sondervermögen gesprochen werden kann, da diese selbst Trägerin des Vermögens ist, vlg. *Fürbaß* Das Investmentsondervermögen, S. 70 f.

247 *Geibel* Treuhandrecht, S. 128 f.

248 So auch *Zeising* DZWIR 2016, 301, 302.

249 Dazu ausführlich S. 206.

250 So schon *Coing* Die Treuhand, S. 156.

251 Für die OHG: BGHZ 57, 166, 167; 86, 300, 307; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 124 Rn. 36; MüKoHGB/*Schmidt* § 124 Rn. 7; *Flume* FS Hengeler, S. 72, 76; *Kuchinke* FS Paulick, S. 73, 45. Für die Außen-GbR: MüKoBGB/*Schäfer* § 854 Rn. 43; BeckOK BGB/*Fritzsche* 56. Edition (2020), § 854 Rn. 50; *Gesmann-Nuissl*

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus.[252] Schon aus diesem Grund fehlt der Konstruktion *Geibels* die Grundlage eines Gesellschaftsvertrags.

3. Historische Bedenken gegen Löhnigs Ansatz

Letztlich geht auch die Auffassung *Löhnigs*, die Treuhand sei der übergeordnete Typus der Interessenwahrnehmungsverträge, wobei § 675 Abs. 1 BGB die Kernvorschrift eines allgemeinen Treuhandrechts sei, fehl. Dieser Ansatz verträgt sich nicht mit dem Willen des Gesetzgebers.

Nur der Auftrag und die Geschäftsbesorgung, respektive die Verträge mit Geschäftsbesorgungscharakter wurden durch die zweite BGB-Kommission gesetzlich normiert. Dabei war dem Gesetzgeber die fiduziarische Treuhand als legitime Rechtsgestaltung durchaus bekannt. Denn im vorletzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts hielt die Literatur und Rechtsprechung dem fiduziarischen Eigentum in den meisten Fällen nicht mehr den Simulationseinwand (heutiger § 117 BGB) entgegen.[253] Darüber hinaus entschied man sich sogar ausdrücklich gegen die Aufnahme eines „Treuhandparagraphen" als Vermögenszuordnungsparagraphen nach dem Vorbild des § 392 Abs. 2 HGB in das BGB.[254]

Dies zeigt zwei Umstände auf: Zum einen verstand der Gesetzgeber die „Treuhandproblematik" als Vollstreckungsproblematik.[255] Zum anderen hielt er eine Regelung des durch die Fremdinteressenwahrnehmung determinierten Innenverhältnisses durch die §§ 662 ff. BGB für erbracht.[256] Für den historischen Gesetzgeber war also der Treuhänder im Verhältnis zum Treugeber Geschäftsbesorger. Auch in der Folgezeit blieben großangelegte Aufrufe zur Normierung eines Treuhandparagraphen vom Gesetzgeber ungehört.[257] Das deutet nicht auf die Richtigkeit der Annahme *Löhnigs*

WM 2001, 973; *Hadding* ZGR 2001, 712, 723; *Pohlmann* WM 2002, 1421, 1428; *Habersack* BB 2001, 477, 479.

252 BGHZ 156, 310, 316; BGH NJW-RR 2016, 825, 826.

253 Vgl. die vor Beschluss des BGB ergangenen Urteile RGZ 24, 45; RGZ 35, 77; JW 1890, 373 f.; vgl. auch die viel beachteten Schriften von *Bähr* Urteile des Reichsgerichts, S. 63 und *Regelsberger* AcP 63 (1880), 157, 173 f.

254 BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 f.

255 Dazu S. 73.

256 Vgl. nur RGZ 127, 341, 345; BGHZ 32, 67, 70; 39, 87, 90; NJW 1966, 1116; 2002, 2459, 2460; MüKoBGB/*Schäfer* § 662 Rn. 31; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 51; *Coing* Die Treuhand, S. 92, 99.

257 *Friedmann* Gutachten zum 36. DJT, S. 825 ff.; *Haemmerle* Gutachten zum 36. DJT, S. 668; vgl. dazu *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 11; *Musielak* Ent-

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hin, das Treuhandrecht sei unausgereift in § 675 Abs. 1 BGB verankert, sondern im Gegenteil darauf, dass der Gesetzgeber auch heute nicht die Ansicht teilt, dass ein allgemeines Treuhandrecht mit weiterreichenden Regeln als nach geltendem Recht existiert. Vielmehr erachtet der Gesetzgeber auch heute noch das Innenverhältnis als abschließend durch die Geschäftsbesorgungsregeln erfasst, sodass die Diskussion um ein allgemeines Treuhandrecht allenfalls *de lege ferenda* zu führen ist.

§ 9. *Das richtige Treuhandverständnis*

Die Frage, die man sich stellen muss, lautet: welchen Zweck kann man überhaupt mit einer Treuhanddiskussion berechtigter Weise verfolgen? Wie die Auseinandersetzung mit den drei großangelegten Versuchen aus jüngerer Zeit – die aus Sicht des Verfassers grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt sind – zeigt, liegt die Vermutung nahe, dass der verfolgte Zweck nur in der materiellen Objektzuordnung in der Zwangsvollstreckung liegen kann. Die Bewertung schuldrechtlicher Fragen ist abschließend mit den Vorschriften über den Auftrag- und Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 662, 675 Abs. 1 BGB) geschehen. Es wird ausgehend von dieser These schließlich festzustellen sein, dass eine echte materielle Treuhandwirkung tatsächlich nur im Rahmen des Vollstreckungsrechts vorkommen *kann* und *muss* (dazu 1.). Im Rahmen eines Exkurses wird sich anschließend der Frage gewidmet, wie die Haftungszuordnung in der Zwangsvollstreckung konkret vorzunehmen ist (dazu 2.).

I. Die Treuhand als Haftungszuordnungsregime

1. Kein „Treuhandvertrag"

Sprechen wir im deutschen Recht von der Treuhand, kann damit nicht die Vereinbarung selbst, sondern nur das natürliche Ergebnis einer meist auftrags- oder geschäftsbesorgungsrechtlichen Vereinbarung gemeint sein,

---

geltliche Geschäftsbesorgung, in: Gutachten und Vorschläge zur Schuldrechtsreform, herausgegeben vom BMJ 1981, S. 1209 ff., 1308; vgl. dazu *Martinek* FS Musielak, 355, 364 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

so wie das Eigentum das Ergebnis der Einigung und Übergabe ist.[258] Denn der historische Gesetzgeber ging genauso wie der heutige Gesetzgeber bei der Treuhandproblematik von einem primären Bezug zu Vollstreckungsproblemen aus. Das Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder geht hauptsächlich in den Instituten des Auftrags und der Geschäftsbesorgung auf, manchmal in Vermengung mit anderen Vertragstypen.[259]

Die charakteristische Besonderheit der deutschen Treuhand besteht in der im Außenverhältnis überschießenden Rechtsmacht des Treuhänders.[260] Der Treuhänder erhält eine Rechtsposition, die er nicht oder zumindest nicht vollständig im eigenen Interesse besitzt; sei es, weil der Treuhänder das Treugut für den Treugeber verwaltet oder der Sicherungsgeber ein Restinteresse am Sicherungsgut hat.[261] Diese für das treuhänderische Verhältnis zentrale und charakteristische Pflicht der Interessenwahrung für einen anderen ist gerade in der Geschäftsbesorgung gesetzlich normiert.[262]

Daneben wird zwar wegen der besonderen Vertrauensstellung, die der Treuhänder genießt, regelmäßig eine besondere gesteigerte schuldrechtliche Treuepflicht des Treuhänders bestehen. Um diese rechtlich angemessen zu würdigen muss aber nicht ein neuer Vertragstyp bemüht werden, der eine besondere Treuepflicht verkörpert. Sofern der Treuhandabrede

---

258 *Schmidt* FS Wiegand, 933, 938; *Coing* Die Treuhand, S. 87; *Gerlinger* Sanierungstreuhand, S. 38 ff. Einen eigenen Typus treuhänderischer Verträge ablehnend Staudinger/*Martinek*/*Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 40; Soergel/*Leptien* BGB, Vor § 164 Rn. 63 ff.; *Martinek* FS Musielak, 355, 368; vgl. auch RGZ 127, 341, 344 ff.; BGHZ 11, 37, 43; 19, 69, 70; NJW 1987, 2071; *Fikentscher*/*Heinemann* Schuldrecht, Rn. 1254.

259 MüKoBGB/*Schäfer* § 662 Rn. 32; Staudinger/*Martinek*/*Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 40; *Coing* Die Treuhand, S. 92 und 99.

260 So bereits *Siebert* Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 146 m.w.N. (Fn. 4); vgl. auch *Tebben* ZGR 2001, 586, 588; *Fikentscher*/*Heinemann* Schuldrecht, Rn. 1254.

261 Vgl. auch *Beuthien* ZGR 1974, 26, 28.

262 RGZ 84, 214, 217; 121, 296; 127, 341, 345; 133, 84, 88; 153, 366, 369; 160, 59; BGHZ 5, 285, 292; 32, 67, 70; 62, 1, 3 ff.; BGH BB 1953, 249; NJW 1966, 1116; 1971, 559, 569; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 57; MüKoBGB/*Schäfer* § 662 Rn. 11, 18; MüKoInsO/*Ganter* InsO § 47 Rn. 355; Staudinger/*Martinek*/*Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 40; *Zeising* DZWIR 2016, 301, 302; *Coing* Die Treuhand, S. 92, 109, 111, 137; *Liebich*/*Mathews* Treuhand und Treuhänder, S. 93 ff.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keine abweichenden Vereinbarungen zu entnehmen sind, ist zuvörderst das bürgerlich-rechtliche Regime der §§ 675, 662 ff. BGB zu verwenden.[263]

2. Rückbeschränkung der Treuhandproblematik auf Zwangsvollstreckungsfragen

Eine besondere materielle Treuhandwirkung *kann* ausschließlich dort stattfinden, wo das allgemeine Gerechtigkeitsgefühl (sog. Billigkeit) ein Abweichen von der formellen Rechtslage fordert.[264] Es geht daher um den vermögensrechtlichen Schutz der Beteiligten in Treuhandverhältnissen, der, in Abwägung der widerstreitenden Interessen, einer Partei zukommen muss, obwohl nach geltendem formellem Recht ein solcher Schutz nicht besteht. *Blaurock* stellte daher völlig zurecht die Aussage auf, es handele sich letztlich nicht um ein „Treuhandproblem", sondern um ein Vollstreckungs- und Insolvenzproblem im Treuhandverhältnis.[265] Mit anderen Worten geht es um eine materielle Objektzuordnung, die im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht zum Tragen kommt.[266]

Diese Sicht rechtfertigt sich aus der Aufgabe des Zwangsvollstreckungsrechts. Ausgehend von der materiellen Rechtslage will das Zwangsvollstreckungsrecht eine abschließende, an der Billigkeit orientierte Lösung zum Ausgleich sämtlicher Gläubiger schaffen, die in rechtlicher Beziehung zu einer Sache stehen. Zentral ist dabei der juristische Vermögensbegriff. Zum juristisch verstandenen Vermögen gehören sämtliche Sachen und Rechte, die einer Person zum Betrachtungszeitpunkt materiell-rechtlich so zugeordnet sind, dass sie den geldwerten Vorteil daraus ziehen darf und gleichzeitig hinnehmen muss, dass Gläubiger sich daraus befriedigen können (haftungsrechtlicher Vermögensbegriff).[267] Der gesetzlichen

---

263 Staudinger/*Martinek/Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 26, 40; *Coing* Die Treuhand, S. 92, 109, 111, 137; *Tassius* Die Innen-KG, S. 60.

264 So grundsätzlich schon *Siebert* Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 167 ff., 193 ff.

265 *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 243.

266 *Schmidt* FS Wiegand, 933, 935; vgl. auch BFHE 183, 518, 525 f.; 142, 437; *Armbrüster* DZWIR 2011, 327, 331 (zugl. Anm. zu BGHZ 188, 317); MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 85. Vgl. auch *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 9 f., der jedoch offenlässt, ob die Treuhand über den Bereich der Zwangsvollstreckung hinaus auch bei abredewidrigen Verfügungen Wirkung entfaltet.

267 Vgl. *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 13; *Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil, § 131 II. 4.und III. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Billigkeit kommt die Aufgabe zu, notfalls, das heißt bei unerträglichem Rechtszustand, zulasten der Rechtssicherheit von der formellen Rechtslage abzuweichen, um die Rechtsverhältnisse wieder in ein materielles Gleichgewicht zu bringen. Dies soll hier in Anlehnung an die reichsgerichtliche Wortwahl als „Prinzip der materiell gerechten Kreditverhältnisse" bezeichnet werden.

Es wird bei der Treuhand also ein Rechtszustand geschaffen, der in vorweggenommener, abstrakter Billigkeitsentscheidung ein Abweichen von der formellen Rechtslage bewirkt. *Bitter* bezeichnet diesen Umstand als Sonderrecht der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung.[268] Wird aber etwa über die Verfügungsmöglichkeit des Treuhänders an einen bösgläubigen Dritten diskutiert, diskutiert man hier an der Vollstreckungs- und Insolvenzproblematik vorbei. Dieser Bereich hat nichts mit Vermögensgerechtigkeit zu tun, sondern befasst sich mit Eigentumsschutz. Der Eigentumsschutz unterliegt aber ganz anderen, originär dem Sachenrecht unterfallenden Wertungen (Publizität, *Numerus Clausus*, Absolutheit, Abstraktion etc.).

II. Exkurs: Haftungszuordnung in der Zwangsvollstreckung

Exkursorisch wird an dieser Stelle näher beleuchtet, unter welchen Prämissen ein vollstreckungsrechtlicher Vermögensschutz im Treuhandverhältnis zu gewähren ist. Mit anderen Worten geht es um die Frage nach den konkreten Voraussetzungen für ein Abweichen von der formellen Rechtslage im Treuhandverhältnis (sog. Treuhandwirkung), das heißt den Entstehungsvoraussetzungen der *echten* Treuhand.[269] Noch einmal ist an dieser Stelle zu betonen, dass die echte Treuhand – wie bisher gezeigt wurde – darüber hinaus keine weiteren Treuhandwirkungen entfaltet.

1. Unmittelbarkeit

Die Rechtsprechung führte, wie gezeigt, mit dem Urteil RGZ 84, 214 das Unmittelbarkeitskriterium ein. Es begründete die Notwendigkeit für

268 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 115 f. Vgl. auch *Martinek* FS Musielak, 355, 374 ff.; Staudinger/*ders./Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 52. Ein ähnliches Verständnis hatte schon *Beuthien* ZHR 1974, 26, 29 f.

269 Zum Begriff der echten Treuhand S. 27 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dieses Prinzip einerseits mit der Motivlage in den Gesetzesmaterialien zum BGB. Andererseits würde ein zu weitläufiger Schutz des Treugebers in der Krise des Treuhänders den Kredit stören, wenn so nicht mehr sicher wäre, wie Eigentum in der Zwangsvollstreckung rechtlich behandelt würde.[270] Wie aufgezeigt, machte der 8. Senat des Bundesgerichtshofs schließlich im Jahr 1959 irrtümlich von diesem Grundsatz eine Ausnahme im Bereich der Treuhandkonten,[271] was später zu den uneinheitlich angewendeten Prinzipien der Vermögenstrennung, Publizität und Weisungsunterwerfung fortentwickelt wurde. Dem Unmittelbarkeitsprinzip schloss sich die Lehre zunächst breit an.[272] Trotz sukzessiv zunehmender Kritik[273] gibt es noch heute Befürworter des Unmittelbarkeitsprinzips.[274] Andere Autoren möchten, inspiriert durch die Treuhandkonten-Rechtsprechung das Unmittelbarkeitsprinzip mit dem Offenkundigkeitsprinzip kombinieren.[275]

2. Offenkundigkeit

Das Offenkundigkeitsprinzip entstand im Jahr 1959 zufällig und irrtümlich indem der 8. Senat des BGH gleich drei Urteile falsch verstand: die Rede ist von den Reichsgerichtsurteilen vom 6. März 1930 und 19. Februar 1937 sowie vom BGH-Urteil vom 5. November 1953.[276] Von einem allgemeinen Offenkundigkeitsgrundsatz im Treuhandrecht nahm der BGH schließlich ausdrücklich Abstand; die Offenlegung des Treuhandverhältnisses sei nur für die Entstehung eines vertraglichen Pfandrechts oder

---

270 RGZ 84, 214, 216, 217 f.

271 BGH NJW 1959, 1223, 1225.

272 *Friedmann* Gutachten zum 36. DJT, S. 892; *Haemmerle* Gutachten zum 36. DJT, S. 668; *Radke* Unmittelbarkeitsproblem, S. 35, 40 ff., 50; *Serick* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 2, § 19 II 2.

273 MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 357; *Thomas* NJW 1968, 1705, 1708; *Reinhardt/Erlinghagen* JuS 1962, 41, 48; *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 54, 55; *Martinek* FS Musielak, 355, 368; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 80; *Coing* Die Treuhand, S. 179 f.; *Kötz* Trust und Treuhand, S. 132 ff.; *Lammel* Die Haftung des Treuhänders, S. 8 f.; *Löhnig* Treuhand, S. 748; *Marwede* Rechtsnatur und Außenschutz, S. 179; *Walter* Unmittelbarkeitsprinzip, S. 127 ff.

274 *Flitsch* FS Wellensiek, 382, 392; für Vollstreckung in Gesellschaftsanteile Heymann/*Emmerich* HGB, 2. Aufl., § 105 Rn. 55; Schimansky/Bunte/Lwowski/*Klanten* Bankrechts-Handbuch, § 72 Rn. 152.

275 So etwa Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried/*Bauer* Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 18.90 f.

276 RGZ 127, 341; RGZ 153, 366; BGHZ 11, 37. Dazu ausführlich S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eigener Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte der Bank von Bedeutung.[277] Auch in einer neueren Entscheidung lässt der BGH offen, ob das Offenkundigkeitsprinzip allgemein geeignet ist, die echte von der unechten Treuhand abzugrenzen.[278] Dennoch versuchten Autoren – allen voran *Canaris* – ein solches Offenkundigkeitsprinzip als Grundvoraussetzung für alle vollstreckungsfesten Treuhandverhältnisse zu etablieren.[279]

3. Bestimmtheit

Weiter könnte man den Verkehrsinteressen über ein Bestimmbarkeitsprinzip Rechnung tragen (einfache Bestimmtheit). Die Rechtsprechung folgt einem bloßen Bestimmbarkeitsprinzip im Rahmen ihrer Verdinglichungs-, oder wie teilweise gesagt wird, Zwei-Komponenten-Rechtsprechung jedoch nicht.[280] Im Zuge der Treuhandkonten-Rechtsprechung, die den Paradigmenwechsel hin zu dieser Rechtsprechung wie gezeigt bewirkte, etablierte sie das strengere Vermögenstrennungsprinzip (qualifizierte Bestimmtheit).[281] Nur durch eine streng und dauerhaft eingehaltene Vermögenstrennung würde sich der erforderliche Wille zur Fremdinteressenwahrnehmung nach außen hin manifestieren. Dabei zeigt sich eine gewisse Nähe des Prinzips zur sachenrechtlichen Publizität, jedoch in eingeschränkter Reichweite.

Nur ein Teil der Literatur lässt es in jüngerer Vergangenheit noch bei einem einfachen Bestimmtheitsgrundsatz dergestalt, dass das Treugut spätestens bei Einleitung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme im Vermögen

277 Statt aller BGH NJW 1993, 2622.

278 BGHZ 155, 227, 231; vgl. auch MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 357b.

279 *Canaris* FS Flume I, 371, 412 ff., 410 ff.; MüKoZPO/*Schmidt/Brinkmann* § 771 Rn. 25; im Sinne einer offenkundigen Bestimmtheit Jaeger/*Henckel* InsO, § 47 Rn. 72; *Thomas* NJW 1968, 1705, 1708 f.; *Blomeyer* Zivilprozessrecht – Vollstreckungsverfahren, S. 153 f.; *Kötz* Trust und Treuhand, S. 133; *Lammel* Die Haftung des Treuhänders, S. 9 ff., der das Offenkundigkeitskriterium aber auf ein Beweisbarkeitskriterium reduzieren möchte; *Maulbetsch* Beirat und Treuhand, S. 131 f.

280 Vgl. oben S. 53 ff.; bzgl. der Bezeichnung Zwei-Komponenten-Rechtsprechung vgl. MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 356d; *ders.* FS Kreft, 251, 262; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 30 f., 61 ff.; *ders*. ZInsO 2004, 1217, 1222.

281 BGH NJW 1996, 1543; BGH NJW-RR 2003, 1375, 1376; BGH NZI 2005, 625, 626.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Treuhänders bestimmt werden können muss, bewenden.[282] Dies war früher noch anders: Vor der Einführung des Vermögenstrennungsprinzips durch die Rechtsprechung unternahm *Assfalg* 1960 den Versuch, das Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurs des Treuhänders anhand eines allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes zu etablieren.[283] In der Folgezeit sprach sich die rechtswissenschaftliche Literatur immer wieder für eine ausschließliche Geltung des einfachen Bestimmtheitsprinzips oder zumindest dessen Kombination mit einem anderen Prinzip aus.[284]

4. Rechtliche Gefahrtragung

Schließlich erlebt eine in der Rechtsprechung längst vergessene Ansicht zurzeit eine Wiedergeburt in der Literatur. Wie gezeigt, stützte das Reichsgericht einen Vollstreckungsschutz des Treugebers einst allein auf die Tatsache, dass es der Treugeber ist, der die Gefahr des zufälligen Untergangs des Treuguts trägt.[285] Er erhält nämlich das Treugut nach Beendigung des Treuhandverhältnisses im *status quo* zurück (§ 667 BGB).[286] Im Zentrum dieser Ansicht steht die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB, dessen Rechtsgedanke diese wirtschaftliche Besonderheit im Blick hat.[287] Vor allem *Bitter* und *Martinek*[288] vertreten diese Ansicht heute, wobei sie sich in einer Nuance unterscheiden: *Bitters* Ansicht nach soll ausschließlich die Frage von Bedeutung sein, ob der Treugeber die Gefahr des zufälligen Untergangs des Treuguts trägt.[289] In diesem Fall habe der Treugeber einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch, der in der Zwangsvollstreckung schutzwürdig

---

282 *Einsele* JZ 1990, 1005, 1011; *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 58 f.; *Grundmann* Treuhandvertrag, S. 315 ff. Unklar bei Jaeger/*Henckel* InsO, § 47 Rn. 72.

283 *Assfalg* Die Behandlung von Treugut, S. 178 f.

284 *Reinhardt/Erlinghausen* JuS 1962, 41, 47; *Thomas* NJW 1968, 1705, 1708 f.; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 69; *ders*. AcP 175 (1975), 456, 460 f.; *Canaris* FS Flume I, 371, 411 ff.; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 248; *Rolle* Treuhandverhältnisse, S. 168.

285 RG JW 1890, 373 f.; vgl. auch RGZ 35, 77.

286 Ähnlich später *Beuthien* ZGR 1974, 27, 28.

287 *Lieder/Wüstenberg* JURA 2016, 1229, 1238; BeckOK HGB/*Baer* 27. Edition (2020), § 392 Rn. 2; Oetker/*Bergmann* HGB, § 392 Rn. 2; MüKoHGB/*Häuser* § 392 Rn. 1 f.

288 *Martinek* FS Musielak, 355, 374 ff.; Staudinger/*ders./Omlor* (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 52. Vgl. auch schon *Gernhuber* JuS 1988, 355, 361 f. und *Beuthien* ZGR 1974, 26, 29.

289 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 305, 320, 518 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sei. *Martinek* schränkt diese Ansicht zeitlich ein: Ein Schutz bestehe solange, bis aufgrund von zeitlicher Kürze des Geschäftsbesorgungsverhältnisses ein schutzwürdiges Treuhandverhältnis nicht mehr angenommen werden könne. Ein solches könne nur angenommen werden, wenn das Geschäftsbesorgungsverhältnis auf eine gewisse Dauer angelegt ist und keine „selbst beendende Abwicklungsverwaltung" darstelle.[290]

5. Stellungnahme

Allein richtig ist letztere Ansicht mit einer leichten Korrektur. Der Zweck der Treuhand besteht gerade darin, das wirtschaftliche Ergebnis der Geschäftsbesorgung durchzureichen; im Ergebnis ist also der Treugeber vom wirtschaftlichen Misserfolg des Treuhänders gerade so betroffen, als wäre er selbst Rechtsinhaber.[291] Ist dies aber so, muss bereits diese Tatsache im Grundsatz schutzbegründend sein.[292] Einschränkende Prinzipien können nur noch im Interesse des Rechtsverkehres bestehen, was auch die zweite BGB-Kommission so sah.

Allerdings müssen diese Prinzipien auch effektiv sein. Das Unmittelbarkeitskriterium erfüllt diesen Anspruch jedenfalls nicht. Zum einen kann es viel zu leicht umgangen werden, indem man das Treugut einfach hin- und herüberträgt.[293] Zum anderen schafft das Unmittelbarkeitsprinzip nicht, den richtigen Gedanken des Zugriffsschutzes aufgrund der wirtschaftlichen Gefahrtragung zu verwirklichen. Denn ein Schutz wird bei der Vereinbarungstreuhand und Erwerbstreuhand trotz gleicher Interessenlage pauschal abgelehnt. Auch eine anders interpretierte Funktion des Unmittelbarkeitsprinzips zur Begründung einer Verdinglichung der schuldrechtlichen Beziehung trägt nicht. Zum einen verstößt sie gegen § 137 BGB und zum anderen steht ihr der *Numerus Clausus* des deutschen Sachenrechts entgegen. Wird versucht eine Verdinglichung über andere Prinzipien herbeizuführen, gelingt dies aus demselben Grund nicht. Überhaupt beruht dieser Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung auf einer

290 Staudinger/*Martinek*/*Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 50 f.
291 Insoweit zustimmend *Lieder*/*Wüstenberg* JURA 2016, 1229, 1238, 1240; Vgl. für das Gesellschaftsrecht *Tebben* ZGR 2001, 586, 611; *Armbrüster* GmbHR 2001, 941.
292 Vgl. auch *Gernhuber* JuS 1988, 355, 361 f.; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 29.
293 Vgl. *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 54 f.; *Coing* Die Treuhand, S. 102; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 106.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fehlerhaften Begründung, sodass die Verdinglichungsdoktrin schon aus allgemeinen rechtsstaatlichen Gründen keinen Bestand haben sollte.[294]

Wie aber soll die Gefahrtragungsthese sinnvoll begrenzt werden? Allein auf eine zeitliche Komponente abzustellen, wie dies *Martinek* tut, kann sowohl unzureichend sein als auch über das Ziel hinausschießen. Es muss um den Schutz vor Missbrauch und Konturlosigkeit im Allgemeinen gehen. Es muss verhindert werden können, dass der in der finanziellen Krise steckende Treuhänder über den Weg der bloßen Treuhandbegründung die haftbare Masse seiner Gläubiger schmälert.

Das Problem soll hier nicht abschließend gelöst werden. Vielmehr kann hier nur der Rahmen für eine Einzelfalllösung gesteckt werden: Für die vorzunehmende Interessenabwägung erscheinen die Kriterien der Bestimmbarkeit, Offenkundigkeit sowie ein Zeitkriterium allesamt geeignet, um das Missbrauchspotenzial der Treuhand einzugrenzen.[295] Dabei dreht man sich hier nicht im Kreis: Zwar lehnt der Verfasser diese Prinzipien ab, wenn es um die Frage nach einer Verdinglichung der schuldrechtlichen Abrede geht, weil schlicht keine Verdinglichung stattfinden kann. Die genannten Prinzipien können und müssen aber gleichwohl bei dem hier zugrunde gelegten Treuhandverständnis als Ordnungskriterien zur Herstellung materieller Gerechtigkeit im Kreditverhältnis eine Rolle spielen.

Die erforderliche Interessenabwägung sollte bis zum Erlass einer geeigneten Fiktionsnorm unter § 242 BGB verortet werden. Wegen der klaren Entscheidung des historischen Gesetzgebers, eine dem § 392 Abs. 2 HGB nachgebildete allgemeine Fiktionsnorm nicht in das BGB einzuführen,[296] ist der Treugeberschutz über § 242 BGB vorsichtig auf eindeutig schutzwürdige Fälle zu begrenzen.[297] Konkret ist unter Abwägung der wirtschaftlichen Gefahrtragung des Treugebers gegen die Schutzwürdigkeit der Gläubiger des Treuhänders unter Berücksichtigung von Bestimmbarkeit, Offenkundigkeit und Dauer der Treuhandbeziehung zu fragen, ob ein Zugriff der Gläubiger des Treuhänders auf das Treugut grob unverhältnismäßig wäre und daher den Grundsatz der materiell gerechten Kreditver-

294 Dazu ausführlich S. 51 ff.

295 So verstanden müssten auch Surrogate am Vollstreckungsschutz teilhaben: vgl. *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 248 f.; *Assfalg* Die Behandlung von Treugut, S. 180 f.; *ders*. NJW 1963, 1586; *Coing* Die Treuhand, S. 178; *Markwardt* Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse, S. 42.

296 Dazu S. 47 ff., 50.

297 Kritisch *Lieder/Wüstenberg* JURA 2016, 1229, 1239 f., die auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung abstellen.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hältnisse empfindsam stören würde.[298] Das Unmittelbarkeitsprinzip ist für diese Wertentscheidung untauglich und daher vollständig aufzugeben.

§ 10. Zusammenfassung

Für die Rechtsprechung waren dingliche Treuhandwirkungen ursprünglich nur die Folge einer Billigkeitsabwägung. Es ging dabei regelmäßig um eine materielle Korrektur der formellen Rechtslage aufgrund von wirtschaftlicher Zugehörigkeit des Treuguts zum Vermögen des Treugebers. Später führte das Reichsgericht das sogenannte Unmittelbarkeitsprinzip ein (RG JW 1909, 4 f. (Nr. 2)). Es sollte einer Ausuferung der Treuhandwirkungen entgegenwirken und ist als Folge der gesetzgeberischen Entscheidung zu sehen, eine dem § 392 Abs. 2 HGB entsprechende Vorschrift nicht in das BGB aufzunehmen. Im Jahr 1959 leitete der BGH schließlich seine bis heute fortgeführte Verdinglichungsdoktrin ein: Im Rahmen der Treuhandkonten wurde der Vollstreckungsschutz plötzlich mit einer Verdinglichung des Rechtsverhältnisses zwischen Treugeber und Treuhänder begründet (BGH NJW 1959, 1223).

Ein solches Verständnis verbietet sich jedoch. Es wurde auch nie vom BGH sachlich begründet. Vielmehr irrte der BGH bei der Interpretation früherer Urteile, nämlich der Entscheidungen in BGHZ 11, 37, RGZ 127, 341 und RGZ 153, 366. Denn in BGHZ 11, 37 wurde der Zugriff auf Treuhandforderungen auf einem Bankkonto schon aus formellen Gründen verweigert. Eine Entscheidung über das wirtschaftliche Eigentum erfolgte gerade nicht. Auch die beiden Urteile des Reichsgerichts bestätigen in keiner Weise, dass es zur Abgrenzung der „echten" schutzwürdigen Treuhand von der unechten Treuhand auf eine verdinglichte Interessenwahrnehmungspflicht ankomme. Ein solches Verständnis verträgt sich mithin schlicht nicht mit § 137 BGB und dem *Numerus Clausus* der Sachenrechte.

Richtigerweise ist Treuhandrecht Billigkeitsrecht, eben so, wie es die Gerichte schon historisch sahen. Überträgt jemand fiduziarisch sein Eigentum auf einen Treuhänder, tut er dies mit Billigung der Rechtsordnung. Deshalb muss er auch einen gewissen Schutz durch diese erfahren, wenn Dritte in der Zwangsvollstreckung auf das Treugut zugreifen wollen. Damit hat aber das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder

298 Ähnlich insb. schon *Thomas* NJW 1968, 1705, 1708 f.; *Blomeyer* Zivilprozessrecht – Vollstreckungsverfahren, S. 153 f.; *Walter* Unmittelbarkeitsprinzip, S. 132; *Markwardt* Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse, S. 41 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nichts zu tun. Dieses erschöpft sich regelmäßig in der Anwendung der Regeln über die Geschäftsbesorgung.

Der Zweck des deutschen Treuhandrechts erschöpft sich also im Schutz des Treugebers in der Zwangsvollstreckung, einschließlich dem Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht. Dieser Schutz wird durch einen Missbrauchsschutz über eine wertende Gesamtbetrachtung (Billigkeitsentscheidung) begrenzt. Die Kriterien des Unmittelbarkeits-, Offenkundigkeits- oder Vermögenstrennungsprinzip sind daher abzulehnen, sofern sie eine Verdinglichung des schuldrechtlichen Treuhandverhältnisses bewirken sollen. Bis auf das Unmittelbarkeitsprinzip sind sie jedoch nicht vollständig zu verwerfen. Insbesondere ein Offenkundigkeits- und (allgemeinerer) Bestimmtheitsgrundsatz kann in der vorzunehmenden Wertungsentscheidung fruchtbar gemacht werden. Gleichsam kann ein Treuhandschutz aufgrund von zeitlicher Kürze der Treuhandbeziehung unbillig und daher zu versagen sein.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 2: Grundlagen zum Untersuchungsgegenstand

§ 11. Einführung

Von einem Treuhandmodell im Rahmen von Gesellschaftsbeteiligungen spricht man herkömmlich, wenn ein Treugeber über einen Treuhandgesellschafter mittelbar und damit gerade nicht im Außenverhältnis an der Gesellschaft beteiligt ist.[299] Diese Konstruktion ist im Wirtschaftsleben weitverbreitet anzutreffen und wird vor allem im hier genauer betrachteten Bereich der Publikums-KGs verwendet.[300]

Das Instrument zur Umsetzung des Treuhandmodells ist die fiduziarische Verwaltungstreuhand am Gesellschaftsanteil.[301] Ein Treuhandgesellschafter, meist in Gestalt einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Kommanditistin (sog. Treuhand-GmbH oder Treuhandkommanditistin), hält einen Gesellschaftsanteil verwaltend für eine Vielzahl von Anlegern im eigenen Namen und für Rechnung der Anleger (sog. Sammeltreuhand).[302] Die Akteure bezwecken damit, dass die Inhaberschaft des Gesellschaftsanteils gegenüber Dritten beim Treuhandgesellschafter und die materielle Inhaberschaft der Beteiligung beim Anleger liegt. Die Rechtsbeziehung kann dabei so ausgestaltet sein, dass der Treugeber im Innenverhältnis *de facto* dieselbe Rechtsstellung wie ein echter Kommanditist hat. Umgesetzt wird dies durch die verbindliche Regelung der Treugeberstellung in der Gesellschaft durch den Treuhand- und Gesellschaftsvertrag, wobei dem Treugeber im Gesellschaftsvertrag unmittelbare Gesellschafterrechte eingeräumt werden (sog. Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag). Die Rechtsprechung nennt den Treugeber dann auch Quasi-Gesellschafter oder Quasi-Kommanditist.[303] Das Kapitalanlagerecht reagierte mittlerweile mit § 152 Abs. 1 S. 2 und 3 KAGB auf diese Rechts-

299 *Tebben* ZGR 2001, 586, 587.

300 Dazu S. 23 f. und 33 f. Vgl. auch *Bälz* ZGR 1980, 1, 9 ff.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 61.

301 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 86; *Bälz* ZGR 1980, 1, 9, 15 ff.; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 38 f., 431; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 124. Zum Begriff der fiduziarischen Verwaltungstreuhand S. 27.

302 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786.

303 Dazu S. 23 und 35, sowie ausführlich S. 153 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

praxis und ordnet für seinen Anwendungsbereich an, dass der Treugeber „im Innenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zueinander die gleiche Rechtsstellung wie ein Kommanditist [hat]".

In diesem Kapitel werden zunächst allgemeine Grundlagen zum Untersuchungsgegenstand dieser Beteiligungsstruktur beleuchtet. Dies betrifft das Vehikel, bei dem die Figur der qualifizierten Treuhand zuvörderst benutzt wird, also die Publikums-KG (dazu § 12). Auch die Motive für eine solche mittelbare Beteiligung müssen betrachtet werden (dazu § 13). Anschließend wird das Treuhandmodell in abstrakt-theoretischer Hinsicht untersucht (dazu § 14) und eine Abgrenzung der qualifizierten Treuhand von der unmittelbaren sowie den sonstigen Formen mittelbarer Beteiligung vorgenommen (dazu § 15). Sodann muss zur Wirkungsweise von § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB Stellung bezogen werden. Die Rechtsvorschrift trat 2013 in Kraft und könnte eine rein deklaratorische oder gar materielle, das heißt fingierende Wirkung haben (dazu § 16). Abschließend wird mittels einer Rechtstatsachenbetrachtung der kautelarjuristischen Praxis untersucht, wie man dort die qualifizierte Treuhand unter Geltung des § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB umsetzt (dazu § 17).

§ 12. Die Publikums-KG

Gegenstand dieser Untersuchung ist die qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil einer Publikums-KG. Als Investmentvermögen innerhalb des Finanzsektors tritt die Publikums-KG heute fast nur noch in ihrer regulatorischen Form einer geschlossenen Publikums-Investment-KG auf.[304] Neben unregulierten Altfonds können sich aber auch operativ tätige Kommanditgesellschaften außerhalb des Finanzsektors noch als herkömmliche Publikums-KG über den Kapitalmarkt finanzieren.[305]

Die Funktion des Treuhandgesellschafters übernimmt regelmäßig eine Treuhand-GmbH als Kommanditistin. Neben der treuhänderischen Verwaltung der Kommanditanteile für die treugebenden Anleger kann sie zugleich die Geschäftsführung in der Hauptgesellschaft übernehmen. Im Anwendungsbereich des KAGB kann sie sogar noch die Funktion der externen Kapitalverwaltungsgesellschaft gemäß § 17 f. KAGB übernehmen. Ihr obliegt dann die Portfolioverwaltung und/oder das Risikomanagement

304 Vgl. *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 46; *Pathe* Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 2 Rn. 50 ff.

305 Vgl. *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 40 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(§ 17 Abs. 1 S. 2 KAGB) sowie die Erstellung und Überprüfung der Angaben des Verkaufsprospektes und der wesentlichen Anlegerinformationen (§ 268 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 KAGB). Wird das Kapital der Publikums-Investment-KG intern verwaltet (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 KAGB), obliegen der Treuhand-GmbH die Pflichten nach § 268 KAGB wenn diese zusätzlich als Geschäftsführerin tätig ist. Solche Mehrfachfunktionen nimmt die Treuhand-GmbH in der Finanzpraxis jedoch seltener wahr.[306]

Im Folgenden wird dieses Anlagekonstrukt genauer analysiert: Die Analyse teilt sich auf in eine genauere Betrachtung des Anlagevehikels (dazu I.), aufsichtsrechtlicher Besonderheiten (dazu II.), der Motive für das regelmäßig eingesetzte GmbH & Co. Model (dazu III.) sowie der in diesen Anlagevehikeln oft vorzufindenden und hier besonders interessierenden Beteiligungsmöglichkeit über eine qualifizierte Treuhand (dazu IV.).

I. Die Kommanditgesellschaft als Rechtsträgerin des Anlagevermögens

Rechtsträgerin des Anlagekapitals ist oft eine Kommanditgesellschaft.[307] Die Wahl einer Personengesellschaft begründet sich vor allem steuerrechtlich. Daneben wird auch ein größerer Spielraum bei der rechtlichen Ausgestaltung des Vehikels als Grund genannt. Die Gestaltungsfreiheit wird jedoch durch das richterliche Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften sowie das Kapitalanlagerecht deutlich begrenzt.

1. Steuerliche Gründe

a) Umgehung der gewerblichen Einkunftsart

Aus steuerlichen Gründen ist die Kommanditgesellschaft vorteilhaft, da eine Kapitalgesellschaft schon kraft Rechtsform nur gewerbliche Einkünfte hat (§ 8 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG).[308] Eine zusätzliche, im wirt-

306 Von 35 untersuchten Verkaufsprospekten war in fünf Fällen die Treuhandkommanditistin zugleich Kapitalverwaltungsgesellschaft. In diesen Fällen war Sie aber immer auch mit der Geschäftsführung der Publikums-KG betraut.

307 Vgl. auch *Tassius* Die Innen-KG, S. 61.

308 Seit dem 1.1.2018 sind Personengesellschaften als sog. Personen-Investmentgesellschaften vollständig aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen. Allerdings galt schon davor das allgemeine Besteuerungsregime, vgl. §§ 1 Abs. 1c, 18 S. 3 InvStG a.F., dazu *Burwitz* NZG 2017, 851, 852.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaftlichen Ergebnis auf die Anteilseigner umzulegende Gewerbesteuer wollen Fondsinitiatoren aber regelmäßig vermeiden. Diese würde zu einer unter Umständen mehr als doppelten Besteuerung führen. Zudem sind Refinanzierungsaufwendungen gemäß § 8 Nr. 1 GewStG nur teilweise abzugsfähig.

Jedoch unterliegt die Kommanditgesellschaft nur dann nicht der Gewerbesteuer, wenn auch tatsächlich keine gewerblichen Einkünfte erzielt werden. Das ist der Fall, wenn sie rein vermögensverwaltend tätig ist, zum Beispiel weil der Gesellschaftszweck auf die Gewinnerzielung durch Miet- und Pachteinnahmen ausgerichtet ist[309] und keine Gewinnerzielung durch Vermögensumschichtungen erfolgen soll.[310] Das ist seit der Umsetzung des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 regelmäßig nur noch bei geschlossenen Immobilien-AIFs der Fall, sofern die Haltefrist nach § 23 EStG eingehalten wird.[311] Gemäß § 151 Abs. 2 Nr. 1 KAGB darf eine Publikums-Investment-KG aber ohnehin nur die Anlage und Verwaltung des Anlegervermögens zum Unternehmensgegenstand haben.

b) Verlustabzugsmöglichkeit bei der Anlegerbesteuerung

Weiterer steuerlicher Vorteil gegenüber der Aktiengesellschaft ist die Abzugsfähigkeit von Verlusten der Personengesellschaft bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens der Anleger. Die Ergebnisse, Gewinne und Verluste werden nämlich nicht der Personengesellschaft, sondern ihrer mitunternehmerisch tätigen Anleger als originäre eigene Einkünfte zugerechnet (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 1 EStG).[312] An der steuerlich bedingten Attraktivität der Publikums-KG änderte auch der 1980 eingefügte § 15a EStG nichts, obwohl danach die steuerliche Verlustausgleichs- und Verlustabzugsfähigkeit eines Kommanditisten deutlich eingeschränkt wird und Entnahmen, die zu einem negativen Kapitalkonto

309 Blümich/*Bode* EStG, Losebl., 149 EL 8/19, § 15 Rn. 113; Assmann/Schütze/Buck-Heeb/*Sagasser* Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 27 Rn. 302.

310 Vgl. zur Prospektierung neuerdings BFHE 217, 150; BFH/NV 2011, 241; BMF Schreiben v. 1.4.2009, DStR 2009, 748. Zur Abgrenzung Vermögensverwaltung und gewerblicher Grundstückshandel allgemein vgl. BFHE 178, 86; 197, 240; 240, 278.

311 *Schmidt* Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, § 18 Rn. 168.

312 BFHE 171, 246; Kirchhof/*Krumm* EstG, § 15 Rn. 162 f. Vgl. auch *Priester* ZIP 2011, 697.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

führen, beziehungsweise ein solches vergrößern, unattraktiver geworden sind.[313]

2. Gestaltungsfreiheit

Der zweite häufig angeführte Grund für die Attraktivität der Kommanditgesellschaft, soll in der größeren rechtlichen Flexibilität hinsichtlich unternehmerischer Gestaltungen in der Gesellschaft liegen.[314] Allerdings hat die Rechtsprechung das Recht der Publikumspersonengesellschaft durch ein Sonderrecht an das Kapitalgesellschaftsrecht angeglichen,[315] und viele Anlagevehikel fallen ohnehin unter den Anwendungsbereich des KAGB. Im Anwendungsbereich des KAGB besteht eine deutlich strengere aufsichtsrechtliche Behandlung von Publikumsgesellschaften hinsichtlich der Kapitalerhaltung (§§ 127 Abs. 2, 152 Abs. 2 KAGB) und -aufbringung (§§ 127 Abs. 3, 152 Abs. 3 KAGB), Geschäftsführung (§§ 128, 153 KAGB) und Bestandserhaltung nach Kündigung (§§ 125 Abs. 4, 150 Abs. 4 KAGB).[316] Daher dürfte der Vorteil gestalterischer Flexibilität nur noch klein sein. Auf der anderen Seite könnte gerade die regulatorische Erlaubnis der treuhänderischen Beteiligung an der Publikums-Investment-KG ein Grund für die fortbestehende Attraktivität dieses Anlagevehikels sein (vgl. § 152 Abs. 1 S. 2 KAGB). Der Gesetzgeber hat damit einer deutschen Gestaltungstradition Rechnung getragen. Nur bei der geschlossenen Publikums-Investment-KG ist die Treuhandbeteiligung an Investmentvermögen gesetzlich gestattet (vgl. § 127 Abs. 1 S. 2 KAGB).

---

313 Vgl. schon 1989 *Eden* Treuhandschaft an Unternehmen, S. 223 f. In den Jahren 1980 bis 1998 ist bei den offenen Publikumsfonds eine annäherungsweise lineare Steigung des gerundeten Faktors 0,15 in Bezug auf das in Deutschland verwaltete Vermögen zu verzeichnen; in den Jahren 1990 bis 1998 stieg das verwaltete Vermögen jährlich im Schnitt um etwa 19 % (Median: 16 %) an. Demgegenüber stieg das verwaltete Vermögen in den Jahren 1975 bis 1980 im Schnitt um etwa 13 % (Median: 14 %) an. Die Werte wurden auf Grundlage der Datenerhebung des Deutschen Fondsverbands BVI errechnet.

314 MüKoHGB/*Grunewald* § 161 Rn. 111; *Priester* ZIP 2011, 697; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 20 f.

315 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 488; BeckOK HGB/*Häublein* 27. Edition (2020), § 161 Rn. 70 f.; *Priester* ZIP 2011, 697. Dazu ausführlich S. 132 ff.

316 *Wiedemann* NZG 2013, 1041. Eine wesentliche Beschränkung resultiert darüber hinaus schon aus der obligatorischen geschlossenen Struktur bei Publikumsfonds, dazu S. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Die aufsichtsrechtliche geschlossene Publikums-Investment-KG

Eine häufige Form treuhänderischer Beteiligungen an Publikumsgesellschaften ist die Beteiligung an der kapitalanlagerechtlichen Kommanditgesellschaft als geschlossenem Fonds (sog. Publikums-Investment-KG). Als reguliertes Vehikel muss die Publikums-Investment-KG in geschlossener Form auftreten. Daneben kann die unregulierte Publikums-KG noch zur bloßen Unternehmensfinanzierung verwendet werden. Auch hier kommt das Treuhandmodell zum Einsatz.[317] Hingegen wird die unregulierte Publikums-KG als Investmentvehikel (sog. Alt-Publikums-KG) immer seltener in Erscheinung treten.

1. Keine bloße Unternehmensfinanzierung

Vom Anwendungsbereich des KAGB sind Organismen für gemeinsame Anlagen ausgeschlossen, die als operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors einzustufen sind (§ 1 Abs. 1 KAGB). Eine Kommanditgesellschaft kann sich unter dieser Bedingung noch als unregulierte Publikums-KG über den Kapitalmarkt finanzieren. Für sie gilt dann zwar nicht das Kapitalanlagerecht; eine deutliche Einschränkung der Gestaltungsfreiheit bleibt dennoch über das allgemein anerkannte Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften bestehen.[318]

Ziel dieser Anwendungsbeschränkung ist es, den Bereich der Unternehmensfinanzierung vollständig von den Restriktionen des KAGB auszunehmen, um dem operativ tätigen Wirtschaftssektor nicht den Zugang zu den Kapitalmärkten übermäßig zu erschweren.[319] Wie die Grenzziehung zwischen unregulierter Unternehmensfinanzierung und regulierter Fondsfinanzierung praktisch vorzunehmen ist, wurde durch Leitlinien der europäischen Kapitalmarktaufsicht ESMA[320] und ein Auslegungsschreiben der BaFin konkretisiert.[321]

---

317 Vgl. *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 41, 135 f.
318 Dazu ausführlich S. 132 ff.
319 *Loritz/Rickmers* NZG 2014, 1241, 1243.
320 ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMD), ESMA 2013/611.
321 BaFin, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, Q 31-Wp 2137–2013/0006 v. 14.6.2013, zuletzt geändert am 9.3.2015.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Leitlinien und das Auslegungsschreiben werden jedoch weithin als unzureichend angesehen.[322] In der Tat enthält etwa das Auslegungsschreiben lediglich beispielhafte Aufzählungen von operativ tätigen Unternehmen und solchen, die keine operative Tätigkeit ausüben.[323] Das hinterlässt naturgemäß eine große Rechtsunsicherheit. Hinzukommt, dass die BaFin auch dann noch eine bloß operative Tätigkeit annimmt, wenn zusätzlich zu der operativen Tätigkeit noch Investitionen zu Anlagezwecken als lediglich untergeordnete Neben- oder Hilfstätigkeiten vorgenommen werden.[324]

Deshalb wird zurecht darauf hingewiesen, dass zur Abgrenzung der Unternehmensfinanzierung von der Fondsfinanzierung zusätzlich auf den „Verwendungszweck des einzuwerbenden Kapitals" als materielles Kriterium abzustellen ist.[325] Wird das einzuwerbende Kapital vordergründig zum Zwecke der renditeorientierten Investition gebündelt, sollten keine Zweifel mehr daran bestehen, dass die Kapitalmarktfinanzierung nicht dem Bereich der bloßen Unternehmensfinanzierung unterfällt.[326] So verstanden handelt es sich aber bei dem Merkmal „kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors" um kein echtes Tatbestandsmerkmal. Es hat dann nur noch eine rein deklaratorische Funktion, weil der Investitionszweck bereits bei der ebenfalls unter § 1 Abs. 1 KAGB vorzunehmenden Abgrenzung der Anlagestrategie von der bloßen Unternehmensstrategie Berücksichtigung findet.[327]

2. Kapitalanlagerechtliche Organisationsformen

In seinem Anwendungsbereich kennt das KAGB fünf Formen, in denen ein Investmentvermögen organisiert werden kann: Zum einen gibt es die offene und geschlossene Investment-AG (§§ 108 ff., 140 ff. KAGB) sowie die offene und geschlossene Investment-KG (§§ 124 ff., 149 ff. KAGB). Diese Organisationsformen bezeichnet das KAGB als Investmentgesellschaften

322 Vgl. etwa Moritz/Klebeck/Jesch/*Gottschling* KAGB, § 1 Rn. 17; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Paefgen* HGB, Anh. § 177a, Anh. 3: Die Investmentkommanditgesellschaft, KAGB, § 1 Rn. 6, 31; *Loritz/Uffmann* WM 2013, 2193, 2195; *Loritz/Rickmers* NZG 2014, 1241, 1243 ff.; *Freitag/Fürbaß* ZGR 2016, 729, 732.
323 BaFin, Auslegungsschreiben Q 31-Wp 2137–2013/0006 v. 14.6.2013, Abschn. I.7.
324 BaFin, Auslegungsschreiben Q 31-Wp 2137–2013/0006 v. 14.6.2013, Abschn. I.7.
325 *Loritz/Rickmers* NZG 2014, 1241, 1249.
326 *Loritz/Rickmers* NZG 2014, 1241, 1248.
327 So auch *Zetzsche/Preiner* WM 2013, 2101, 2107.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(§ 1 Abs. 11 KAGB). Neben den Investmentgesellschaften existiert das Sondervermögen als weitere zulässige Organisationsform (§§ 92 ff. KAGB).

Gemäß § 124 Abs. 1 S. 1 und § 149 Abs. 1 S. 1 KAGB darf eine Investment-KG nur in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft betrieben werden. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Investment-KG keine neue Rechtsform darstellt, sondern die handelsrechtlichen Vorschriften der §§ 161 ff., 105 ff. HGB grundsätzlich gelten und das KAGB bei aufsichtlicher Notwendigkeit nur Abweichungen regelt.[328] Letzteres stellen die jeweiligen Sätze 2 der Normen klar. Die Investment-KG ist also – genau wie die Investment-AG – investmentspezifische Unterart ihrer Ausgangsform.[329] Wegen der signifikanten Strukturunterschiede zur herkömmlichen Kommanditgesellschaft ist es aber sinnvoller, von einer „Sonderform" zu sprechen.[330]

3. Offene und geschlossene Investmentgesellschaft

Das KAGB unterscheidet zwischen der offenen und der geschlossenen Investmentgesellschaft, wobei letztere Form nicht bei OGAWs zulässig ist.[331] Die Abgrenzung erfolgt negativ: Geschlossene Investmentgesellschaften sind solche, die keine offenen Investmentgesellschaften sind (§ 1 Abs. 5 KAGB). Offene Investmentgesellschaften sind nach Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 694/2014 – vereinfacht dargestellt – Investmentfonds, deren Anteile vor Beginn der Liquidations- oder Anlaufphase auf Ersuchen eines Anteilseigners zurückgekauft oder zurückgenommen werden müssen (vgl. § 133 Abs. 1 KAGB).[332] Vertragliche Beschrän-

328 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG) vom 06. 02. 2013 (Regierungsentwurf AIFM-UmsG), BT-Drs. 17/12294, S. 241, 249.

329 Westermann/Wertenbruch/*Stöber* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20, § 54a Rn. I 3167; Weitenauer/Boxberger/Anders/*Silberger/Lorenz* KAGB, § 139 Rn. 5; *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 79.

330 *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 79. Vgl. auch Oetker/*Oetker* HGB, § 161 Rn. 165; *Wallach* ZGR 2014, 289, 296.

331 *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 49 f.

332 Westermann/Wertenbruch/*Stöber* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20, § 54a Rn. I 3167f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kungen (bspw. *Lock-Up Periods*) und das Bestehen eines Sekundärmarktes bleiben für die Beurteilung aber unberücksichtigt.[333]

Initiatoren eines Investmentfonds können nur dann die offene Investment-KG als Organisationsform wählen, wenn die Anteile an der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag allein von professionellen oder semiprofessionellen Anlegern nach § 1 Abs. 19 Nr. 32 und 33 KAGB erworben werden dürfen (§§ 91 Abs. 2, 127 Abs. 1 KAGB). Eine offene Investment-KG ist also immer ein Spezial-AIF.[334] Der Spezial-AIF ist gemäß § 1 Abs. 6 S. 2 KAGB gerade das Gegenstück zum Publikumsfonds, welcher mithin nur in geschlossener Form auftreten kann.[335] Nur an letzterem können sich Privatanleger (§ 1 Abs. 19 Nr. 31 KAGB) beteiligen.

4. Restanwendungsbereich für die Alt-Publikums-KG

Daneben kann im materiellen Anwendungsbereich des KAGB die rein personengesellschaftsrechtliche Alt-Publikums-KG als Fondsvehikel nur noch ausnahmsweise verwendet werden.[336] Zum einen besteht ein vollständiger Bestandsschutz gemäß § 353 Abs. 1 KAGB, wenn eine AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaft eine Publikums-KG schon vor dem 22. Juli 2013 verwaltet hat und nach dem 21. Juli nur noch den bisherigen Vermögensbestand verwaltet.[337] Zum anderen besteht ein temporärer Bestandsschutz nach § 353 Abs. 3 KAGB, wenn AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften ausschließlich geschlossene AIFs verwalten und die Zeichnungsfrist für Anleger vor Inkrafttreten der Richtlinie 2011/61/EU ablief, sofern die Fonds für einen Zeitraum aufgelegt wurden, der spätestens am 21. Juli 2016 ablief. Bis zu diesem Zeitpunkt durfte ein solcher Fonds allerdings noch neue

333 Assmann/Schütze/Buck-Heeb/*Eckhold/Balzer* Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 22 Rn. 46.

334 *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 50; *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1042.

335 Das es eine offene Publikums-Investment-KG nicht gibt, zeigt sich auch in den Verweisvorschriften des KAGB, die immer nur auf die geschlossene Publikums-Investment-KG verweisen: so z.B. in den §§ 150 Abs. 1, 152 Abs. 1 S. 2, Abs. 5, Abs. 7, 153 Abs. 3, 154 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 KAGB.

336 Zum Anwendungsbereich des KAGB gem. §§ 1 Abs. 1, 2 siehe ausführlich *Schewe* Kommanditgesellschaften, S. 55 ff.

337 Zur Auslegung der Vorschrift vgl. *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 48 (Fn. 9) m.V.a. die Internetseite der BaFin.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anlagen tätigen.[338] Beide Ausnahmetatbestände dürften heute jedoch nur noch von geringer Bedeutung sein.

III. Gründe für die Wahl des GmbH & Co.-Modells

Meistens wird als persönlich haftender Komplementär der Publikums-KG ausschließlich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingesetzt.[339] Nur noch das Gesellschaftsvermögen der Komplementär-GmbH haftet dann noch den Gläubigern gegenüber (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG). Hinter dieser Gesellschaft mit beschränkter Haftung stehen in der Regel die Gesellschaftsinitiatoren, die mithin ihrer persönlichen unbeschränkten Haftung entgehen.[340] Damit die angestrebte Gewerbesteuerfreiheit im Fall des vermögensverwaltenden Fonds nicht verloren geht, muss dann aber mindestens ein Kommanditist an der Geschäftsführung beteiligt werden.[341] Andernfalls verliert der Fonds sein steuerliches Privileg wegen einer gewerblichen Prägung (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG). Die Einsetzung eines Kommanditisten in die Geschäftsführung des Fonds ist handelsrechtlich wegen der Abdingbarkeit von § 164 HGB unbedenklich.[342] Nach der Finanzverwaltung ist es sogar unschädlich, wenn der an der Geschäftsführung beteiligte Kommanditist ebenfalls eine Kapitalgesellschaft ist, sodass der umfassende Haftungsausschluss natürlicher Personen auch in den Fällen der §§ 171 Abs. 1 Hs. 1, 172 Abs. 4 erhalten bleibt.[343] In der Praxis wird dazu meist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gewählt, die, wenn auch nicht häufig praktiziert, zugleich Kapitalverwalterin und Treuhandkommanditistin sein kann.[344]

338 *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 49.
339 *Kapitza* nahm 1996 hingegen an, dass die GmbH & Co. KG als Fondsgesellschaft „so gut wie keine Bedeutung mehr" haben soll, vgl. *ders*. Die Rechtsstellung der Treugeber, S. 19; dagegen bereits *Armbrüster* DZWIR 1997, 218; *ders*. Die treuhänderische Beteiligung, S. 88.
340 Vgl. *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 87 f.
341 Einkommenssteuer-RL 2012, R 15.8 Abs. 6 S. 1; BFHE 239, 248.
342 Statt aller Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 164 Rn. 7.
343 Einkommenssteuer-RL 2012, R 15.8 Abs. 6 S. 2.
344 Dazu S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Kupierung durch Sammeltreuhand

Seit etwa den 1980er Jahren ist im Bereich der Publikumsgesellschaften in Form der GmbH & Co. KG ein weiteres Modell „feldbeherrschend" geworden:[345] Eine als Gesellschaft mit beschränkter Haftung aufgesetzte Treuhänderin bündelt die Kommanditanteile für eine Vielzahl von Treugeber-Anlegern.[346] *Bälz* prägte für diese Beteiligungsstruktur den Begriff der kupierten Publikums-KG.[347] *K. Schmidt* spricht von der mehrgliedrigen Treuhand als Gegenstück zur zweigliedrigen Treuhand, bei der auf jeden treugebenden Anleger nur ein Treuhänder fällt.[348] Häufig wird auch von einer Sammeltreuhand gesprochen.[349]

Allgemein gesprochen bezweckt man dadurch in erster Linie eine vereinfachte Einbringung und Verwaltung des gesammelten und in der Person der Treuhand-GmbH gebündelten Kapitals. Ist die Treuhand-GmbH nicht zugleich alleinige Geschäftsführerin, birgt die Sammeltreuhand zudem den Vorteil, dass die geschäftsführenden Gesellschafter sich nicht mit einer Vielzahl von Anlegern befassen müssen.[350]

Der Beitritt der Treugeber vollzieht sich in der sogenannten Zeichnungs- oder Beitrittsphase, indem diese durch die Treuhand-GmbH einen dem Investitionsbetrag, abzüglich einer vereinbarten Verwaltungsgebühr und eines Agios, entsprechenden treuhänderischen Anteil am Gesellschaftsanteil der Publikums-KG erwerben.[351] Dazu wird die Treuhand-GmbH bereits im Gesellschaftsvertrag unwiderruflich berechtigt und bevollmächtigt, unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB das Kommanditkapital der Gesellschaft durch Erhöhung ihrer eigenen Kommanditeinlage treuhänderisch für die Anleger erhöhen.[352] Das ist ein Fall der Erwerbstreuhand.[353]

---

345 So schon *Bälz* ZGR 1980, 1, 9. Vgl. auch *Grundmann* Treuhandvertrag, S. 486; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 87.

346 MükoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 44; *Ziemer*/*Gutermuth-Hausen* VuR 2007, 445; *Wiesner* FS Ulmer, 673; *Grundmann* Treuhandvertrag, S. 482 ff.; *Kapitza* Die Rechtsstellung, S. 22 ff.; *Krenzel* Treuhand an Kommanditanteilen, S. 25 ff., 120.

347 *Bälz* ZGR 1980, 1, 12; vgl. *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 88.

348 MükoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 44.

349 Staub/*Casper* HGB, § 161 Rn. 48, 238; *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1790; *Schürnbrand* ZGR 2004, 256, 259.

350 *Bälz* ZGR 1980, 1, 13.

351 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1790.

352 So zahlreiche Gesellschafts- und Treuhandverträge geschlossener Publikums-Investment-KGs.

353 Zum Begriff der Erwerbstreuhand ausführlich S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 13. Motive für das Treuhandmodell

Eine Treuhandbeteiligung – wie generell jede Form der mittelbaren Beteiligung – kann verwendet werden, um eine fehlende Aufnahmebereitschaft der Gesellschaft zu umgehen.[354] Daneben kann eine unmittelbare Beteiligung aus rechtlichen Gründen unmöglich sein.[355] Tatsächliche oder rechtliche Umgehungen spielen im Bereich der Kapitalanlage aber grundsätzlich keine Rolle. Das Anlagekonzept bei Publikums-KGs ist schließlich gerade darauf ausgerichtet eine Vielzahl von Kommanditisten in die Gesellschaft aufzunehmen. Zudem wird dem Beteiligungsinteressenten häufig die Wahl gelassen, ob er sich unmittelbar oder nur mittelbar beteiligt.[356]

Die prädominierenden Motive sind vielmehr die Vereinfachung der Anlageverwaltung und Kostenersparnis (dazu I.), Gewährleistung von Anonymität der Beteiligten (dazu II.) und deren mittelbarer Schutz (dazu III.) bei gleichzeitiger Möglichkeit, die steuerlichen Vorteile des GmbH & Co. KG-Modells weiter zu verfolgen (dazu IV.). Außerdem besteht eine verbesserte Haftungssituation des Treugebers, wobei dieser Vorteil im Vergleich zu den sonstigen Motiven eher gering ins Gewicht fällt (dazu V.).

I. Vereinfachung und Kostenersparnis

Das wohl häufigste Ziel einer mittelbaren Beteiligung im Zusammenhang mit Anlagen in Publikums-KGs ist die Vereinfachung der Beteiligungsverwaltung.[357] Die Vereinfachung wird durch mehrere Umstände bewirkt.

1. Beitritt, Austritt und Anlegerwechsel

Zunächst wird der Beitritt der Anleger vereinfacht. Wird nur ein Anteil vom Treuhandgesellschafter gehalten, den dieser im Interesse einer Vielzahl von Kleinanlegern halten soll, entfällt die Registereintragung bei jedem einzelnen Treugeber (vgl. §§ 162 Abs. 1, 161 Abs. 2, 106 Abs. 2 Nr. 1

354 Zum Erfordernis der Vertragsänderung vgl. nur RGZ 91, 412, 413; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 130 Rn. 9.

355 *Tebben* ZGR 2001, 586, 587; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 64 ff.

356 *Klöhn* VGR, 2013, 143, 145 f.; *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 621; *Strohn* ZinsO 2013, 12, 14; *Pathe* Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 2 Rn. 53; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 73.

357 MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 41; *Priester* ZIP 2011, 697.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

HGB).[358] Anstatt sich als Kommanditist, in das Handelsregister eintragen lassen zu müssen, reicht der Abschluss eines Beitrittsvertrags, mit dem zugleich der Treuhandvertrag abgeschlossen wird.[359] Dasselbe gilt für den Austritt von Anlegern oder der Anteilsübertragung durch Einzelrechtsnachfolge gemäß § 413 BGB (vgl. §§ 161 Abs. 1 und 3, 161 Abs. 2, 107, 143 Abs. 2 HGB).[360] Es spart Kosten und erhöht zugleich die Verkehrsfähigkeit der Beteiligung, wenn eine Übertragung der mittelbaren Beteiligung allein durch Vertragsübernahme ohne Registereintragung möglich ist.[361] Auch in Erbschafts- oder Schenkungsfällen können so Kosten gespart werden.[362]

2. Willensbildungsprozesse

Daneben vereinfacht die Treuhandkonstruktion auch den Willensbildungsprozess in der Gesellschaft, wenn das Stimmrecht durch den Treuhänder ausgeübt wird.[363] Dies entlastet die Geschäftsführung und die Mitgesellschafter.[364] Zwar steht nach hier vertretener Ansicht das Stimmrecht dem treugebenden Anleger originär mit Beitritt in die Publikums-KG zu;[365] in der Regel wird aber die Ausübung des Stimmrechts wieder treuhänderisch dem Treuhandgesellschafter zur Ausübung überlassen (sog. Vollmachts- oder Ermächtigungstreuhand).[366]

Aber auch die Funktion des Fonds wird erheblich verbessert.[367] So wird zum Beispiel gesichert, dass die zur Beschlussfassung erforderliche Zahl an Stimmen vertreten ist, wenn nur ein Treuhänder für eine Vielzahl kleine-

358 *Wiesner* FS Ulmer, 673; *Priester* ZIP 2011, 697; *Zeising* DZWIR 2016, 551, 554; vgl. auch *Kapitza* Rechtsstellung der Treugeber, S. 22.
359 Vgl. die Sachverhalte bei BGHZ 73, 294; NZG 2011, 276; WM 2002, 813; WM 2001, 464; NJW-RR 1992, 930; NJW 1978, 755.
360 Zur Eintragungspflicht bei der Anteilsübertragung vgl. MüKoHGB/*Langhein* § 107 Rn. 9.
361 *Pathe* Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 2 Rn. 53; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 51; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 20. Zur Vertragsübernahme eingehend *Lieder* Rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 130 ff.
362 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 50.
363 *Beuthien* ZGR 1974, 26, 31, 35 f.
364 *Bälz* ZGR 1980, 1, 13.
365 Dazu ausführlich S. 175 ff.
366 Zu den Begriffen „Vollmachts- und Ermächtigungstreuhand" S. 27.
367 *Weipert* ZHR 157 (1993), 513, 514; *Hopt* Gutachten zum 51. DJT, S. 32; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rer Anleger an der Gesellschafterversammlung teilnimmt. Zugleich wird das Risiko von Beschlussanfechtungen wegen Ladungsfehlern erheblich gesenkt und die Meinungsbildung im Vorfeld der Abstimmung erleichtert. Letzteres, weil die Initiatoren sich nur mit einem Interessenvertreter einer Vielzahl dahinterstehender Anleger abstimmen müssen. Insoweit weist die mehrgliedrige Treuhand sogar eine Parallele zur Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag auf.[368]

Die Treugeberbündelung beschleunigt schließlich den Willensbildungsprozess unter den Gesellschaftern als solchen, wenn sich persönliche Differenzen zwischen Anlegern mit Stimmgewicht nur noch hintergründig abspielen.[369] Aber auch fernab solcher Eskalationen kann die Treuhandkonstruktion der effizienteren Willensbildung dienen: Der Treuhänder als Interessenvertreter handelt im Idealfall vorab einen aus Anlegersicht guten Beschlussgegenstand aus und tritt mit diesem dann an die Anleger heran.[370]

II. Anonymität der Anleger

Nach herrschender Meinung muss und kann nur die echte Kommanditistenstellung des Treuhandgesellschafters gemäß §§ 162 Abs. 1 S. 1, 161 Abs. 2, 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB in das Handelsregister eingetragen werden. Eine gesetzliche Eintragungspflicht besteht für den Treugeber nicht, weil die treuhänderische Beteiligung nicht eintragungsfähig ist.[371] Auch ein Treuhandvermerk zur Eintragung des Treuhandkommanditisten ist nicht möglich.[372] Denn dann müsste zur Vollständigkeit und Klarheit des Handelsregisters gleich die ganze Gestaltung des Innenverhältnisses zwischen

368 So zutreffend *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 53.

369 *Beuthien* ZGR 1974, 26, 64; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 54.

370 Vgl. *Kapitza* Die Rechtsstellung der Treugeber, S. 23. Jedoch ist bei dieser Aussage Vorsicht geboten: die Treuhand-GmbH ist zwar formell zur Interessenvertretung der Anleger verpflichtet, tatsächlich steht sie aber auch im Lager der Fondsinitiatoren.

371 H.M., vgl. nur *Beuthien* ZGR 1974, 26, 40; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 124; Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Kindler* HGB, § 106 Rn. 2; unklar Staub/*Schäfer* HGB, § 106 Rn. 17; a.A. Staub/*Ulmer* HGB, 4. Aufl. (2005), § 105 Rn. 102, 128, § 106 Rn. 17; *Ulmer* FS Fleck, 383, 396 (Nießbrauch am Gesellschaftsanteil).

372 OLG Hamm NJW 1963, 1554; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 40; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 124, 159 f.; Baumbach/*Hopt* HGB, § 106 Rn. 6; a.A. *Canaris* FS Flume I, 371, 415 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Treuhandparteien eingetragen werden.[373] Ein nackter Treuhandvermerk ist wenig sinnvoll und wirft nur eine Vielzahl ungeklärter Fragen auf, etwa zu Einzelheiten der Freistellungspflicht, zur Aufrechenbarkeit mit eigenen Ansprüchen oder zum Stimmrecht, welches nicht zwangsläufig durch den Treuhänder ausgeübt werden kann.[374] Käme man dem zusätzlich nach, würde das Handelsregister erheblich an Übersicht verlieren.[375]

Aufgrund der fehlenden Eintragungspflicht und -fähigkeit wird die Anonymität des Anlegers im Außenverhältnis gewahrt.[376] Die Anonymität stellt sogar eines der Hauptmotive für das Treuhandmodell dar.[377] Dadurch kann sich ein Anleger zum Beispiel davor schützen, dass der Geschäftsverkehr im Falle der Insolvenz des Fonds dessen Bonität in Frage stellt.[378] Gegenüber Mitanlegern hat dieser Anonymitätsvorteil durch die Rechtsprechung des BGH jedoch eine deutliche Einschränkung erfahren.[379] In Bezug auf Dritte bietet das Treuhandmodel dagegen weiterhin einen ungeschmälerten Anonymitätsvorteil.[380]Wenn der Anleger aber vor Mitgesellschaftern und Geschäftsführern anonym bleiben will, um ein gesetzliches oder vertragliches Wettbewerbsverbot zu umgehen, kann das Treuhandverhältnis indessen nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein.[381]

III. Anlegerschutz

Eine mittelbare Beteiligung in einer Publikumsgesellschaft kann dem Anlegerschutz zuträglich sein.

Dies setzt zunächst voraus, dass potenzielle Interessenskonflikte bestmöglich vermieden werden. Ein wesentliches Konfliktpotential birgt der

373 Zum Grundsatz der Registerklarheit vgl. MüKoHGB/*Langhein* § 106 Rn. 35.
374 *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 159.
375 Ähnlich MüKoHGB/*Langhein* § 106 Rn. 24; zum Erfordernis der Übersichtlichkeit des Handelsregisters vgl. BGH NZG 1998, 151. Hingegen die Eintragungsfähigkeit beim Nießbrauch am Gesellschaftsanteil bejahend OLG Stuttgart NZG 2013, 432; NZG 2015, 643.
376 *Pathe* Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 2 Rn. 53; *Priester* ZIP 2011, 697; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 36 f.
377 *Holler* ZIP 2010, 2429, 2430.
378 BSG GmbHR 1997, 697, 698.
379 Dazu ausführlich S. 285 ff.
380 *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 69.
381 *Beuthien* ZGR 1974, 26, 39, 46 f. Zu den subjektiven Voraussetzungen vgl. BGHZ 146, 298, 301; BAG NJW 2011, 630, 632.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

multifunktionale Einsatz der Treuhand-GmbH. Diese kann nämlich neben ihrer Treuhandfunktion zur externen Kapitalverwaltungsgesellschaft nach §§ 17 Abs. 2 Nr. 1, 18 KAGB und zur Geschäftsführerin bestellt werden.[382] Ein optimal an den Interessen der mittelbar beteiligten Anleger ausgerichtetes Wirken ist dann nicht mehr gewährleistet.[383] Denn die strategischen Interessen von Kleinanlegern weichen nicht selten von denen des Kapitalverwalters oder Geschäftsführers ab. Dennoch scheint die BaFin solche Mehrfachfunktionen zu billigen.[384] Auch die Möglichkeit, dass die Treuhand-GmbH durch die Fondsinitiatoren gelenkt wird, kann zu Interessenskonflikten führen. Denn diese werden nicht selten weitere unternehmerische Beteiligungen haben, sodass die Gefahr besteht, dass bei der Vornahme von Geschäften mit anderen Beteiligungsunternehmen die Eigeninteressen der Initiatoren vor die Interessen der Treuhandanleger gestellt werden.[385]

Bei einem im Einzelfall nicht mehr hinnehmbaren Interessenskonflikt muss die BaFin durch ihre aufsichtsrechtlichen Instrumente handeln. Auf Gesellschaftsebene kann sie Anordnungen treffen, um die Einhaltung der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Regelungen sicherzustellen, wozu auch die gesellschafterliche Treuepflicht der Treuhand-GmbH gehört (§ 5 Abs. 6 S. 2 KAGB). Im Ernstfall kann der Vertrieb der Gesellschaftsbeteiligungen präventiv untersagt werden (§ 314 Abs. 1 Nr. 6 KAGB). In Bezug auf die Kapitalverwaltungsfunktion der Treuhand-GmbH ist die Abhilfeverpflichtung (§ 18 Abs. 6 S. 2 KAGB), Bestellungskündigung (§ 18 Abs. 7 S. 1 KAGB), Erlaubnisversagung (§ 23 KAGB), -aufhebung und -aussetzung (§ 39 Abs. 3 KAGB) sowie die Geschäftsleiterabberufung (§ 40 KAGB) zu nennen.

Ist solchen Interessenskonflikten vorgebeugt worden, kann die treuhänderische Beteiligung den Anlegerschutz schließlich deutlich verbessern.

1. Anlegerpartizipation

Eine Verbesserung kann im Bereich der Anlegerpartizipation erreicht werden. Denn vielfach bleiben wegen der rein kapitalistischen Interessen von

382 Zu der Möglichkeit der Mehrfachfunktion der Treuhand-GmbH schon S. 83.
383 So auch BGHZ 73, 294, 298 f. für Treuhand und Geschäftsführung.
384 Vgl. Fn. 306.
385 Dies war etwa der Fall in BGH NJW 2013, 862.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kleinanlegern Stimm- und Kontrollrechte ungenutzt.[386] Der Kleinanleger will in der Regel mit der Beteiligung wenig befasst werden.[387] Dennoch sollte er seine Beteiligungs- und Kontrollrechte zur Geltung bringen. Indem die treuhänderischen Anteile in der Person eines Treuhänders gebündelt werden, erzeugt die Interessenvertretung des Treuhänders eine breitere Partizipation am Willensbildungsprozess in der Gesellschaft. Über die Interessenkoordinierung und gebündelte Stimmabgabe kann zugleich allen Anlegern vermittelt durch den Treuhänder eine gewichtigere Stimme zur Durchsetzung anlegertypischer Interessen gegenüber sonstigen direkt beteiligten Gesellschaftern verschafft werden.[388] Um den Anlegerschutz möglichst hoch zu halten, sollte im Fall der originären Entstehung des Stimmrechts beim Treugeber[389] daher eine Stimmrechtsausübung durch den Treuhänder, etwa durch Bevollmächtigung des Treuhänders, gesellschaftsvertraglich ermöglicht werden.[390]

2. Konfliktbewältigung

Daneben können über eine mittelbare Beteiligung divergierende Anlegerinteressen schon auf Treuhandebene koordiniert werden und zum aus Anlegersicht besten Ausgleich gebracht werden. Eskaliert die Divergenz zum Streit, wird dieser bereits auf der Treuhandebene ausgetragen. Hier sind die Chancen einer Streitbeilegung größer als auf Gesellschaftsebene. Denn ein Kompromiss unter den Treuhandanlegern wird auf Gesellschaftsebene wegen der hinzutretenden Interessen anderer Anleger weitaus schwieriger zu finden sein. Auch dies setzt freilich voraus, dass der Treuhänder das auf den Anleger entfallende Stimmrecht für diesen überhaupt ausüben kann. Zudem ist nicht gesagt, dass sich der Treuhandanleger auf Gesellschaftsebene auch tatsächlich zurückhält. Ein Blick in die Praxis zeigt,

386 Vgl. *Kapitza* Die Rechtsstellung der Treugeber, S. 23; *Eden* Treuhandschaft an Unternehmen, S. 224; für die Situation in der Publikums-AG: *Bachmann* AG 2001, 635, 637; *Peltzer* AG 1996, 26, 27; *Noack* FS Lutter, 1463.

387 So schon *Merkel* NJW 1954, 338 (zugl. Anm. zu BGHZ 10, 44).

388 BGHZ 104, 50, 55 f.; 129, 136 ff. (*Girmes*); vgl. dazu auch *Kapitza* Rechtsstellung der Treugeber, S. 23; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 50, 56 f.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 20.

389 Dazu ausführlich S. 186 ff. und 234.

390 Vgl. z.B. § 3 Abs. 3 S. 4 und § 9 Abs. 5 und 6 des Gesellschaftsvertrags der WealthCap Portfolio 3 GmbH & Co. geschlossene Investment KG vom 11.07.2017.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass Treuhandanlegern regelmäßig ein Teilnahmerecht in der Gesellschafterversammlung eingeräumt wird, sodass der Anleger trotz mittelbarer Beteiligung unmittelbaren Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann.[391] Dadurch kann dieses Konfliktbewältigungspotenzial natürlich konterkariert werden.

IV. Steuervorteilszweck

Im Steuerrecht ist bei Beteiligungen an Personengesellschaften die Mitunternehmerschaft Voraussetzung für eine unmittelbare Inanspruchnahme von Steuervergünstigungen und Verlustzuweisungen (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG).[392] Die Personengesellschaft ist nur soweit sie in der Einheit ihrer Gesellschafter Merkmale eines Besteuerungstatbestandes verwirklicht Steuerrechtssubjekt.[393] Steuerrechtlicher Mitunternehmer ist, wer eine gewisse Unternehmerinitiative entfalten kann und ein Unternehmerrisiko trägt.[394] Das ist grundsätzlich derjenige, bei dem diese Voraussetzungen erfüllt sind, ohne dass es auf eine Gesellschafterstellung ankommt.[395] Aus diesem Grund kann – unter Vorbehalt der tatsächlich vorhandenen Mitunternehmerschaft – mit der Treuhand das mit der Wahl der GmbH & Co. KG verfolgte Motiv der steuerrechtlichen Vorteilnahme weiterverfolgt werden.

V. Haftungsrisikoverringerung

Zum Teil wird auf haftungsrechtliche Vorteile hingewiesen.[396] Erhebliche Haftungsvorteile gegenüber einer direkten Kommanditbeteiligung bestehen bei einer Treuhandbeteiligung jedoch nicht.

---

391 Vgl. BeckOF Vertrag/*Giehl*, 7.6.1.5.1 Gesellschaftsvertrag eines Fonds (GmbH & Co. KG), § 18 Abs. 2.
392 *Eden* Treuhandschaft an Unternehmen, S. 232.
393 BFHE 171, 246; BFH DStR 1994, 1610; Blümich/*Bode* EStG, Losebl., 149 EL 8/19, § 15 Rn. 238.
394 St. Rspr. BFHE 171, 246; 123, 412; 114, 418; 98, 21; Blümich/*Bode* EStG, Losebl., 149 EL 8/19, § 15 Rn. 347.
395 Statt aller BFHE 141, 405; 153, 545; BFHE 170, 36.
396 Vgl. *Maulbetsch* DB 1984, 2232; *Jaletzke* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 63 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Haftungssituation bei direkter Kommanditbeteiligung

Ein direkt beteiligter Kommanditist haftet gemäß § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich bis zur Höhe seiner übernommenen Haftsumme unmittelbar. Die Haftsumme ist der Betrag, der gemäß § 162 Abs. 1 S. 1 HGB als „Betrag der Einlage" zum Handelsregister angemeldet und gemäß §§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1 HGB in das Handelsregister eingetragen worden ist.[397] Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Pflichteinlage bis zur Höhe der Haftsumme geleistet ist (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB).[398] Die Pflichteinlage umfasst das, was der Kommanditist der Gesellschaft im Innenverhältnis gemäß §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB in Verbindung mit §§ 705, 706 BGB schuldet.[399] Bei der geschlossenen Publikums-Investment-KG sind Sacheinlagen jedoch gemäß § 152 Abs. 7 KAGB unzulässig.

Wird eine eingezahlte Pflichteinlage wieder zurückgewährt, gilt die Haftsumme den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet, soweit dadurch der Stand des Kapitalkontos unter die Haftsumme herabgesetzt wird (§ 172 Abs. 4 S. 1 HGB).[400] Das gilt auch, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalkonto durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Haftsumme herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme das Kapitalkonto unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird (§ 172 Abs. 4 S. 2 HGB). Um den Anleger in einer Investmentgesellschaft über diese Haftungsfolge aufzuklären und ihn davor zu schützen, schreibt § 152 Abs. 2 S. 1 und 2 KAGB vor, dass eine solche Einlagenrückgewähr oder Ausschüttung nur mit Zustimmung des betroffenen Kommanditisten erfolgen darf, wobei er zuvor auf diese Haftungsfolge hinzuweisen ist.

2. Wirtschaftliche statt rechtliche Außenhaftung

Die vorbezeichnete beschränkte Außenhaftung betrifft nach der Rechtsprechung aber grundsätzlich nicht unmittelbar den Treugeber.[401] Auch

397 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Strohn* HGB, § 171 Rn. 5.
398 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Strohn* HGB, § 171 Rn. 41.
399 Vgl. auch Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 171 Rn. 1.
400 Zum richtigen Verständnis der Norm Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Strohn* HGB, § 172 Rn. 21 f.
401 BGHZ 178, 271, 277; so auch später BGH NZG 2009, 779, 780.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der überwiegende Teil der Literatur geht wie die Rechtsprechung davon aus, dass es nicht zu einer unmittelbaren Treugeberhaftung kommt.[402] Nur der Treuhandkommanditist haftet den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nach §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 Hs. 1, 161 Abs. 2, 128 HGB – vorbehaltlich einer etwaigen Rechtsscheinhaftung des Treugebers – direkt.

Jedoch unterliegt der qualifizierte Treugeber der sogenannten wirtschaftlichen Außenhaftung:[403] Der Treuhänder kann die Aufwendungen, die er für die Gläubigerbefriedigung getätigt hat, anteilig vom Treugeber aus dem Treuhandvertrag beziehungsweise gemäß §§ 675, 670 BGB zurückverlangen. Daneben kann er Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen. Diesen Anspruch kann der Treuhänder ausnahmsweise auch an den Forderungsgläubiger abtreten, obwohl sich dabei der Forderungsinhalt in einen Zahlungsanspruch ändert. Schließlich ist der Treugeber auch nach Maßgabe des § 129 HGB mit seinen Einwendungen ausgeschlossen, sodass er letztlich zwar nicht der rechtlichen Außenhaftung unterliegt, wirtschaftlich gesehen aber doch wie ein echter Kommanditist haftet.[404]

3. Keine Anwendbarkeit von § 176 Abs. 2 HGB

Ein gewisser echter haftungsrechtlicher Vorteil besteht hingegen dennoch: Gemäß § 176 Abs. 2 HGB kann ein Kommanditist für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter haften. Der Beitritt als qualifizierter Treugeber vollzieht sich jedoch ohne zusätzliche Registereintragung über einen bloßen Beitrittsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Treugeber unter Verzahnung des Treuhand- und Gesellschaftsvertrags. Die auf das Innenverhältnis bezogenen Gesellschafterrechte des Treugebers werden dabei im Gesellschaftsvertrag verankert.[405] Weil der Beitritt aber von vornherein auf

402 Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* HGB, § 105 Rn. 209; *ders.* NZG 2013, 285, 286; Henssler/Strohn/*Henssler* HGB, § 105 Rn. 173; *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888 ff.; *ders*. NJW 2009, 2167, 2167 ff.; *ders*. Treuhänderische Beteiligung, S. 420 f.; *Brömmelmeyer* NZG 2006, 529, 530 f.; *Zeising* DZWIR 2016, 551, 560 ff.; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 272; *Tebben* VGR 2011, 166 ff.; *ders*. ZGR 2001, 586, 612 f.; *Beuthien* ZGR 1974, 25, 48; *Wiesner* FS Ulmer, 673, 677 ff.

403 BGHZ 196, 131, 139 f.; NZG 2015, 269, 272.

404 Dazu ausführlich S. 255 ff.

405 Dazu S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine bloße Innenbeteiligung gerichtet ist, scheidet eine Haftung gemäß § 176 Abs. 2 HGB grundsätzlich aus.[406] Dieser Vorteil sollte dennoch nicht überschätzt werden. Denn das Haftungsrisiko nach § 172 Abs. 2 HGB kann auch dadurch ausgeschlossen werden, dass die Anteilsübertragung unter der aufschiebenden Bedingung der Registereintragung erfolgt.[407]

§ 14. Abstrakte Gestaltungsmöglichkeiten wirtschaftlicher Beteiligungen

Bei der qualifizierten Treuhand soll der Treugeber im Innenverhältnis zumindest mit denselben Kompetenzen wie ein echter Gesellschafter ausgestattet werden.[408] Er soll im wirtschaftlichen Ergebnis wie ein Kommanditist gestellt werden und dabei die Verwaltung des Anteils als echter Innengesellschafter vornehmen können.[409] Der Weg zum Ziel ist damit allerdings noch nicht determiniert. Eine rechtliche Gesellschaftergleichstellung kann theoretisch in vielerlei Hinsicht erfolgen, ohne dabei den Bereich der fiduziarischen Treuhand verlassen zu müssen. Man kann dabei von drei abstrakten Unterscheidungsgruppen ausgehen: Die Gesellschaftsrechte können derivativ oder originär erworben werden (dazu I.). Der Treugeber kann schuldrechtlich oder vielmehr organisationsrechtlich (d.h. dinglich) berechtigt werden (dazu II.). Letztlich kann er einem echten Gesellschafter bloß schuldrechtlich angenähert werden oder gar mitgliedschaftlich in die Gesellschaft einbezogen werden (dazu III).[410] Was sich

406 *Maulbetsch* DB 1984, 2232; *Jaletzke* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 63 Rn. 5.

407 *Jaletzke* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 63 Rn. 5 (Fn. 11).

408 Vgl. *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 80; *Krenzel* Treuhand an Kommanditanteilen, S. 50; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 208 f. Zur Pflichtengleichstellung S. 230 ff.

409 Vgl. auch BGH WM 1983, 598, 599; BGH BB 2015, 523 ff.; BGH NZG 2011, 1432, 1434; OLG München BB 2015, 848, 849 f. Dazu *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 177.

410 Hinsichtlich der Begrifflichkeiten zu (1) und (2): *Tebben* ZGR 2001, 586, 596 ff.; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 86 ff. Allerdings unternimmt *Tebben* die Unterteilung aus einer anderen Motivation heraus. Er will primär deduktiv, d.h. nicht einzelfallbezogen, generell das Treuhandmodell einer umfassenden dogmatischen Untersuchung unterziehen. Im hier gelagerten Interesse, nämlich der Untersuchung eines bestimmten Typs treuhänderischer Beteiligungen, kann seine Methodik aber aus den dargelegten Gründen ebenfalls sehr gut fruchtbar gemacht werden. Die Begrifflichkeit zu (3) ist hingegen *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1787 ff. entnommen worden.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hinter der qualifizierten Treuhand tatsächlich dogmatisch verbirgt, wird in diesem Teil der Arbeit noch nicht hinterfragt. Vielmehr sollen sämtliche Möglichkeiten der Treuhandumsetzung aufgezeigt werden, um ein Gespür für die Bedeutung und Tragweite der einzelnen denkbaren Umsetzungstechniken zu erlangen.

I. Derivativer oder originärer Erwerb der Gesellschafterrechte

Gesellschafterrechte können zunächst originär oder derivativ erworben werden. Beim originären Erwerb entsteht das Recht unmittelbar in der Person des Rechtsinhabers. Selbstverständlich ist das der Fall beim Erwerb einer echten Gesellschafterstellung: Die Mitgliedschaftsrechte entstehen mit Entstehung der Gesellschaft oder dem Beitritt zu dieser in der Person jedes einzelnen Gesellschafters.[411] Parallel dazu wären in der Treuhandkonstruktion die Mitgliedschaftsrechte also „rechtskonstruktiv nicht vom Treuhänder abgeleitet", sondern würden kraft Beitritt erworben werden.[412] Der Erwerb der Treugeberstellung wäre der tatsächliche „Auslöser der Rechtsbegründung".[413]

Eine derivative Berechtigung ist als Gegenstück dazu immer dann anzunehmen, wenn das Recht nicht ureigen in der Person des Treugebers entstehen soll, sondern von der Person des Treuhänders auf den Treugeber dinglich übertragen wurde, ein „beschränkt-dingliches Treugeberrecht" am Gesellschaftsanteil begründet wurde oder eine durch dingliches Rechtsgeschäft mit dem echten Gesellschafter entstandene Rechtsgemeinschaft eigener Art entstanden ist, die zu einer dinglichen Mitberechtigung des Treugebers führt. Auf rein schuldrechtlicher Seite kann eine derivative Berechtigung des Treugebers durch Bevollmächtigung beziehungsweise Ermächtigung zur Rechtsausübung begründet werden.[414] Der derivative Erwerb von Gesellschafterrechten ist also ein vom echten Gesellschafter abgeleiteter Erwerb.

411 Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 64; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 163.
412 *Tebben* ZGR 2001, 586, 596.
413 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 86.
414 Vgl. *Tebben* ZGR 2001, 586, 596 und *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1584.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Schuldrechtliche oder organisationsrechtliche Berechtigung

Weiter kann zwischen schuldrechtlicher und organisationsrechtlicher Berechtigung unterschieden werden. Die organisationsrechtliche Berechtigung folgt nicht wie die schuldrechtliche aus einer schuldrechtlichen Abrede zwischen dem Treugeber und der Treuhand-GmbH, sondern vielmehr aus dem Gesellschaftsvertrag. Der Gesellschaftsvertrag begründet zwar auch schuldrechtliche Beziehungen. Diese werden aber durch organisationsrechtliche Beziehungen ergänzt, die erst das Verbandsverhältnis ausmachen.[415] Der Gesellschaftsvertrag wird daher verbreitet auch als Organisationsvertrag bezeichnet.[416] Wird von der organisationsrechtlichen Berechtigung gesprochen, ist also damit das organisatorische Element im Gesellschaftsvertrag gemeint. Dieses regelt die mitgliedschaftlichen und organschaftlichen Rechte und Pflichten.[417]

1. Aufhebung und Änderung von Rechten

Der wohl deutlichste Unterschied zwischen einer rein schuldrechtlichen Berechtigung und einer organisationsrechtlichen Berechtigung zeigt sich im Rahmen von Änderungen und der Aufhebung von Rechten. Ist jemand rein schuldrechtlich berechtigt, kann ihm für die Dauer der Rechtsgültigkeit sein fehlerfrei entstandenes Recht nicht ohne eine ihm zurechenbare Willenserklärung oder sonstige rechtsverwirkende Handlung entzogen werden.[418] Dem steht bereits der Grundsatz *pacta sunt servanda* entgegen.

---

415 Zum richtigen Verständnis des Verbands S. 203 ff. Vgl. auch BGHZ 112, 40, 45; MüKoBGB/*Schäfer* BGB, § 705 Rn. 158; MüKoHGB/*Enzinger* § 109 Rn. 27; Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 96; Henssler/Strohn/*Henssler* HGB, § 105 Rn. 70; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 59 I 2 c).

416 *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 59 I 2 c); Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, § 705 Rn. 43; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 1, § 3 II 1; *ders*. ZGR 1996, 286 ff.

417 Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 105 Rn. 47; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 88.

418 Zu den Voraussetzungen der allgemeinen Verwirkung BGHZ 25, 47, 51 f.; BGHZ 132, 84, 95; WM 1973, 100, 101; NJW 1991, 1890; NZG 1999, 498. Unter Verwirkung werden hier auch die gesetzlichen Lösungsrechte wegen Nicht- oder Schlechtleistung gefasst.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine Vertragsänderung ist ebenfalls grundsätzlich nur durch Änderungsvertrag möglich[419] und einen Vertrag zu Lasten Dritter gibt es nicht.[420]

Anders ist das beim Gesellschaftsvertrag: ein durch Mehrheit zustande gekommener Beschluss entfaltet Wirkung gegenüber allen Verbandsmitgliedern. Dies setzt freilich voraus, dass ein Mehrheitsbeschluss im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Die Verbandszugehörigkeit überlagert dann insoweit die Privatautonomie. Künftig neu hinzutretende Verbandsmitglieder sind ohne weiteres den organisationsrechtlichen Regelungen des Gesellschaftsvertrages unterworfen.[421] Schuldrechtliche (Gesellschafter-)Vereinbarungen müssen hingegen vom Neugesellschafter übernommen werden.[422]

2. Treuepflichten

Ein weiterer Unterschied besteht in der Reichweite der Treuepflicht, die im schuldrechtlichen Bereich auf die allgemeinen Rechtstugenden der Zuverlässigkeit, der Aufrichtigkeit und der Rücksichtnahme beschränkt ist – jeder Teil ist zu redlichem und loyalem Verhalten verpflichtet.[423] Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist demgegenüber weitreichender:[424] Im Bereich der uneigennützigen Rechte wie dem Geschäftsführungsrecht, sind die Gesellschaftsinteressen absolut vorrangig gegenüber Eigeninteressen zu verfolgen.[425] Aber auch darüber hinaus darf ein Gesellschafter keine Geschäfte an sich ziehen, die in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fallen und dieser aufgrund bestimmter konkreter Umstände bereits zugeordnet sind.[426]

---

419 Nur unter besonderen Voraussetzungen kann eine Änderung einseitig verlangt werden, vgl. § 313 Abs. 1 BGB.

420 BGHZ 58, 216, 220; 61, 359, 361; BGH NJW 1995, 3183, 3184; BeckOK BGB/*Janoschek* 56. Edition (2020), § 328 Rn. 5; *Martens* AcP 177 (1977), 113, 139.

421 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 90.

422 *Noack* Gesellschaftervereinbarungen, S. 62.

423 Palandt/*Grüneberg* BGB, § 242 Rn. 6; Staudinger/*Olzen*/*Looschelders* BGB (2015), § 242 Rn. 140.

424 *Möhrle* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 5 Rn. 33.

425 BGHZ 37, 381, 384; NJW 1986, 584, 585; NJW 1986, 844.

426 BGH NJW 1989, 2687 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Rechtswirkung

Der für die Untersuchung treuhänderischer Beteiligungen bedeutendste Unterschied liegt aber in der unmittelbaren Rechtswirkung einer organisationsrechtlichen Berechtigung.[427] Diese unmittelbare Wirkung besteht gegenüber dem Verband und seinen Mitgliedern ähnlich einem absoluten Recht.[428] Zum Teil wird auch von „dinglicher Wirkung" der organisationsrechtlichen Befugnis gesprochen.[429]

Im Bereich der Mitverwaltungsrechte macht sich die Unmittelbarkeit beziehungsweise Dinglichkeit der organisationsrechtlichen Berechtigung besonders im Zusammenhang mit Gesellschafterbeschlüssen bemerkbar. Würde man einem Dritten ein zusätzliches aber nur schuldrechtliches Stimmrecht einräumen können[430] – dies wird zu Recht von weiten Teilen der Literatur abgelehnt, weil das Stimmrecht als zentrales Instrument der verbandsrechtlichen Zweckverfolgung zwingend mit der Mitgliedschaft verbunden ist und der Verband sich nicht durch Einräumung zusätzlicher Stimmrechte entmachten können soll –[431] wäre es zunächst ohne Bedeutung, ob die Gesellschaft die schuldrechtliche Stimmabgabe berücksichtigt oder nicht.[432] Denn das Stimmrecht wäre gerade nicht dinglich eingeräumt und müsste etwa wie der Gebrauch der Mietsache im Mietverhältnis erst noch tatsächlich gewährt beziehungsweise zwangsvollstreckt werden.[433] Allerdings wäre der Dritte bei Missachtung in seinem Stimmrecht verletzt und hätte bei Entscheidungserheblichkeit einen Aufhebungsanspruch gegen die Gesellschafter.

---

427 Zur Bedeutung, *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 89.

428 BGHZ 43, 261, 265 hinsichtl. der Wirkung eines Schiedsspruchs eines Gesellschafterorgans; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 89; *Bürkle* Rechte Dritter, S. 37 f. für die GmbH.

429 *Bürkle* Rechte Dritter, S. 38; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 291.

430 Dessen Zulässigkeit wird angenommen von *Hueck* JZ 1960, 491 f. (zugl. Anm. zu BGH NJW 1960, 963); *ders.* Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, § 11 III 1; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 291. Auch der BGH ließ ein zusätzliches Stimmrecht vereinzelt zu: BGH NJW 1960, 963, 964.

431 Oetker/*Lieder* HGB, § 119 Rn. 16; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 55 f.; *Tebben* ZGR 2001, 586, 601; *Flume* Die Personengesellschaft, § 14 VII (S. 236 f.); *Priester* FS Werner, 657, 664; *Nitschke* Personengesellschaft, S. 286 ff.

432 BGH NJW 1960, 963; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 291; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 89 f.

433 Insb. *Bürkle* Rechte Dritter, S. 37. Vgl. auch *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das gesellschaftliche Stimmrecht kann hingegen nicht verletzt werden. Wurden alle Stimmen abgegeben, liegt ein Beschluss vor, der unabhängig von der Beachtung durch die Geschäftsführung unmittelbare Rechtswirkung entfaltet.[434] Der Beschluss regelt fortan das Gesellschaftsverhältnis und verpflichtet die Geschäftsführung.

III. Schuldrechtliche Annäherung oder mitgliedschaftliche Einbeziehung

Die letzte systematische Unterteilung orientiert sich an der Frage, ob der Treugeber nur rein schuldrechtlich einem Gesellschafter gleichgestellt oder in den Gesellschaftsanteil des Treuhänders oder gar in die Hauptgesellschaft selbst (mitgliedschaftlich) einbezogen werden soll. Diese Unterscheidung ist die Erweiterung der Unterscheidung zwischen einer rein schuldrechtlichen und organisationsrechtlichen Berechtigung und bezieht sich auf die Reichweite der jeweiligen gesellschafterlichen Berechtigung. Eine dingliche und schuldrechtliche Einbeziehung kann jeweils wieder auf zahlreiche Wege umgesetzt werden. Bei der schuldrechtlichen Annäherung steht die Gleichstellungsabrede im Vordergrund, die zur wirksamen Bindung aller Beteiligten, also Mitglieder und Treugeber, ebenfalls im Gesellschaftsvertrag verankert sein muss.[435] Bei den dinglichen Formen versteht sich die Notwendigkeit einer gesellschaftsvertraglichen Verankerung von selbst.

1. Schuldrechtliche Annäherung, das heißt virtuelle Sachabbildung

Der nur schuldrechtlich berechtigte Treugeber ist gerade nicht in die Organisation der Gesellschaft einbezogen. Seine Berechtigung ist daher nur derivativ. Er steht deshalb auch in keiner mitgliedschaftlichen Beziehung zu den Gesellschaftern, sondern hat ein der Mitgliedschaft mehr oder weniger angenähertes Schuldrechtsverhältnis zur Gesellschaft. Die schuldrechtliche Beteiligung zeichnet sich folglich durch eine Verstärkung des Geschäftsbesorgungsverhältnisses mit rein schuldrechtlichen Gesellschaftsrechten aus, wobei dennoch zu ihrer Legitimation ihre Anerkennung schon im Gesellschaftsvertrag erforderlich wäre.[436] Diese Rechtsfigur der

434 *Bürkle* Rechte Dritter, S. 37 f.
435 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1790.
436 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1790.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

virtuellen Sachabbildung ist dem deutschen Privatrecht bereits vertraut.[437] Neben der Gleichbehandlung nicht organisierter Arbeitnehmer mit tarifgebundenen Arbeitnehmern sind beispielsweise noch virtuelle Aktienoptionsprogramme (*Stock Appreciation Rights*) oder virtuelle Aktien (*Phantom Stocks*) zur langfristigen erfolgsorientierten Vergütung von Arbeitnehmern geläufig.[438] Die virtuellen Anteilsinhaber werden keine Mitglieder der Gesellschaft, sondern erlangen lediglich eine dem Mitglied nachgebildete Chance auf eine Gewinnbeteiligung. Zugleich müssen sie aber auch den Verlust der Gesellschaft gleich einem Gesellschafter tragen.

Ziel einer schuldrechtlichen Nachbildung eines dinglichen Rechts ist es also, den Inhaber wirtschaftlich an den dinglichen Rechtsinhaber nur anzunähern, ohne ihn mit starren dinglichen Rechten und Pflichten auszustatten.[439] Der Vorteil liegt klar in der Gestaltungsfreiheit des Schuldrechts. Weil es im Rahmen der qualifizierten Treuhand aber gerade um die Einräumung von dinglichen Mitverwaltungsrechten geht, ist fraglich, ob eine virtuelle Sachabbildung überhaupt ein geeignetes Mittel zur Umsetzung sein kann.[440]

2. Gestaltungsmöglichkeiten einer Einbeziehung in die Treuhandmitgliedschaft

Führte die Treuhandbeteiligung zu einer Einbeziehung in die Mitgliedschaft des Treuhänders, wäre der Treugeber nicht am Innenverhältnis der Hauptgesellschaft beteiligt, sondern beteiligte sich an dieser nur mittelbar über eine Teilhabe an der Mitgliedschaft des Treuhänders. Es wird dennoch vertreten, dass eine solche Einbeziehung in die Mitgliedschaft des Treuhänders zu einer unmittelbaren Rechts- und Pflichtenbeziehung des Treugebers zu den übrigen Gesellschaftern der Hauptgesellschaft führen kann. Dazu im Folgenden genauer:

---

437 So schon *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1790.

438 Spindler/Stilz/*Rieckers* AktG, § 192 Rn. 57; MüKoAktG/*Spindler* § 87 Rn. 112; Weitnauer/*Weitnauer* Handbuch Venture Capital, Teil G III Rn. 110 ff. und 120 ff.

439 Vgl. *Schniepp/Giesecke* NZG 2017, 128.

440 Dazu S. 162 ff. und 177 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Einbeziehung ohne Rechts- und Pflichtenbeziehung zur Hauptgesellschaft

Werden die Treugeber in die Mitgliedschaft des Treuhandgesellschafters einbezogen, ohne dass eine zusätzliche Rechts- und Pflichtenbeziehung zur Hauptgesellschaft besteht, haben die Treugeber keine unmittelbare Wirkungsmacht in der Hauptgesellschaft. Umgekehrt kann das Gesellschaftsverhältnis unter den Hauptbeteiligten auch keine Rechtswirkung auf die Treugeber haben. Demnach ist materiell auch nur der Treuhänder Mitglied in der Hauptgesellschaft und den Treugebern stehen grundsätzlich keine Verwaltungs- und Vermögensrechte in Bezug auf die Hauptgesellschaft zu. Denn solche unmittelbaren Mitgliedschaftsrechte kann es denknotwendig nur geben, wenn der Treugeber an der Organisation, besser dem Verband, der Hauptgesellschaft direkt partizipiert. Soll eine Einbeziehung in die Treuhandmitgliedschaft aber keine Rechts- und Pflichtenbeziehung in der Hauptgesellschaft erzeugen, hat der Treugeber in dieser keinerlei Einwirkungsmacht, genauso wie auch der Verband nicht unmittelbar auf den Treugeber wirken kann.

b) Einbeziehung mit Rechts- und Pflichtenbeziehung zur Hauptgesellschaft

Daher müsste man von einer Einbeziehung in die Mitgliedschaft mit Rechts- und Pflichtenbeziehung des Treugebers gegenüber der Hauptgesellschaft ausgehen. Es entstünde bei dieser sehr freigeistigen Konstruktion eine Rechtsgemeinschaft eigener Art, die „dem Treugeber je nach Vertragsinhalt auch die *Ausübung* von Treuhänderrechten in der Grundgesellschaft eröffnet", ohne dabei (materielles) Mitglied in der Gesellschaft zu sein.[441] Man kann sich diese Gestaltung wiederum in zwei Formen vorstellen:

Zunächst könnte man annehmen, dass die Treuhand eine nießbrauchsähnliche Wirkung herbeizuführen vermag, sodass die Berechtigung am Gesellschaftsanteil in der Hauptgesellschaft auf den Treugeber erweitert wird (sog. Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil).[442] Jedenfalls müsste dann angenommen werden, dass bereits die Mitberechtigung an bestimmten wesentlichen Mitgliedschaftsrechten dazu führt, dass damit

441 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1789 (Hervorhebung im Original).
442 *Ulmer* FS Odersky, 873, 890; *ders*. ZHR 156 (1992), 377, 388 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

korrelierende Mitgliedschaftspflichten automatisch beim Treugeber entstehen.[443]

Weiter ist eine solche Einbeziehung mit Rechts- und Pflichtenbeziehung zur Hauptgesellschaft dergestalt denkbar, dass die Treugeber mit der Treuhandgesellschaft einen mehrgliedrigen Innenverband nach dem Vorbild einer GmbH & Co. KG bilden (Innen-KG) und diese Innen-KG in den Innenverband der Hauptgesellschaft eingebunden wird. Es entstünde dann eine korporative Struktur durch einen übergeordneten Innenverband, an dem alle Treugeber und Hauptgesellschafter beteiligt wären.[444] In diesem übergeordneten Innenverband stünden dann alle Beteiligten, also insbesondere die direkt beteiligten Kommanditisten und die nicht an der Hauptgesellschaft beteiligten Treugeber, in einer umfassenden Rechts- und Pflichtenbeziehung zueinander.[445]

Wollte man – auf welche Weise auch immer – dem Treugeber in der Hauptgesellschaft Rechte verleihen und Pflichten auferlegen, ohne dass dieser selbst zum echten Mitglied der Hauptgesellschaft wird, müsste diese Wirkung von der Treuhand selbst ausgehen. Die Treuhand müsste also dingliche Wirkkraft entfalten können.[446] Das erfordert dann eine vom Verfasser abgelehnte Fortbildung des Instituts der Treuhand dergestalt, dass die Treuhand dem Treugeber eine Rechts- und Pflichtenstellung in der Hauptgesellschaft zu verschaffen vermag.[447]

3. Gestaltungsmöglichkeiten einer Einbeziehung in die Hauptgesellschaft

Der Treugeber kann schlussendlich auch losgelöst vom Treuhänder in das Innenverhältnis der Hauptgesellschaft eingegliedert werden. Dabei kann der Treugeber entweder echtes Mitglied im Innenverhältnis werden[448] oder eine von der echten Mitgliedschaft zu unterscheidende Berechtigung

443 *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888; *Ulmer* FS Odersky, 873, 890.
444 Insb. *K. Schmidt* NZG 2011, 361, 366 f.; MüKoHGB/*ders*. Vor § 230 Rn. 79; vgl. auch *ders.* NZG 2016, 641, 642; *ders.* FS Bezzenberger, 401, 402 ff.
445 *K. Schmidt* NZG 2011, 361.
446 So auch *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1788. Vgl. auch *Ulmer* FS Odersky, 873, 889; *Tebben* ZGR 2001, 586, 589. Zum beschränkt dinglichen Recht am Gesellschaftsanteil auch S. 126 ff., 179 und 185.
447 Dazu ausführlich S. 61 f., 73 f. und 179.
448 *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 260.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sui generis erlangen.[449] Dies kann entweder verdrängend oder kumulativ zum Treuhänder geschehen, abhängig davon, wie der Beitritt vollzogen wird. Der Treugeber könnte entweder auf direktem Wege in die Innengesellschaft eintreten, ohne dass der entsprechende Anteil an der Innengesellschaft zuvor beim Treuhänder entstanden ist. Der Treugeber könnte aber auch einen zuvor beim Treuhänder entstandenen Anteil an der Innengesellschaft von diesem übernehmen, indem der Treuhänder seine materielle Berechtigung im Innenverhältnis zugunsten des Treugebers aufgibt. Soweit der Treugeber dann mit materiellen Gesellschaftsrechten und -pflichten ausgestattet würde, verlöre der Treuhänder seine materielle Mitgliedschaft. Mit anderen Worten würde sich die formelle (Außen-)Mitgliedschaft um die materielle Menge an Mitgliedschaft entleeren, die dem Treugeber eingeräumt wird. Wäre der Treugeber materiell vollständiges Innenmitglied, wäre die Mitgliedschaft des Treuhänders nur noch eine reine Mitgliedschaft am Außenverhältnis der Gesellschaft ohne materiellen Gehalt. Sie wäre vollständig um ihren materiellen Gehalt zugunsten des Treugebers entreichert.[450]

In diesem Zusammenhang ist zu erkennen, dass die Teilhabe an einer Personengesellschaft technisch in Teilhabe am Außenverhältnis und Teilhabe am Innenverhältnis aufteilbar sein müsste, um diese Konstruktion begründen zu können. Das Außenverhältnis wäre dann die vermögensmäßige Beteiligung, also die dingliche Teilhabe am Gesellschaftsvermögen, an der man isoliert beteiligt sein kann. Das Innenverhältnis hingegen bestünde aus allen mit der Mitgliedschaft verbundenen Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft, an dem man ebenfalls isoliert beteiligt sein kann. Nur das Außenverhältnis zählt für Gesellschaftsgläubiger, denn das ist was schließlich im Handelsregister erkennbar ist und dementsprechend gegenüber Außenstehenden relevant sein kann.[451] Hält ein Treuhänder also einen Gesellschaftsanteil für einen Treugeber im Rahmen der qualifizierten Treuhand, wäre nach diesem Konstrukt anzunehmen, dass sich die echte Treuhand nur auf das Außenverhältnis bezöge. Hinsichtlich der beim Treugeber liegenden Berechtigung am Innenverhältnis läge, sofern

449 BGHZ 217, 237; 196, 131; NZG 2018, 1066; 2015, 269; 2011, 1432; 2003, 915; ZG 2015, 181; OLG Düsseldorf NZG 2018, 297; OLG Bamberg WM 2014, 1174; *Tebben* ZGR 2001, 586, 601 ff.; *ders*. Unterbeteiligung und Treuhand, S. 135 ff., 421 f.

450 So insbesondere *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 240 ff., 378, 384, 440 f.

451 Vgl. *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 240 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Treuhänder auch insoweit die Verwaltung ausübt, eine Vollmachts- oder Ermächtigungstreuhand vor.[452]

§ 15. Die qualifizierte Treuhand und andere Beteiligungsformen

Im Folgenden werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der qualifizierten Treuhand zur unmittelbaren Beteiligung (dazu I.), stillen Gesellschaft (dazu II.), Unterbeteiligung (dazu III.) und dem Nießbrauch am Gesellschaftsanteil (dazu IV.) aufgezeigt. Zum Zwecke dieser Darstellung wird die Behandlung der jeweiligen Institute durch die herrschende Meinung zugrunde gelegt.

I. Unmittelbare Beteiligung und qualifizierte Treuhand

1. Unmittelbare Beteiligung

Der echte Gesellschafter einer Außengesellschaft ist Mitglied und als solches organisationsrechtlich eingebunden.[453] Er besitzt durch seine Mitgliedschaft die gesellschafterlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte) und Pflichten (insb. die Förder- und Beitragspflicht sowie die gesellschafterliche Treuepflicht).[454] Der Gesellschaftsvertrag begründet zwar auch schuldrechtliche Beziehungen. Diese werden aber durch organisationsrechtliche Beziehungen ergänzt. Erst letztere machen das Verbandsverhältnis aus.[455]

Der Gesellschafter ist aber durch seine mitgliedschaftlichen Rechte und die organisatorische Pflichtenbindung der anderen Gesellschafter nicht nur geschützt. Er gibt auch ein wesentliches Stück persönliche Freiheit preis: Zum einen zeigt sich dies bei der Aufhebung und Änderung von mitgliedschaftlichen Rechten. Im Gegensatz zu rein schuldrechtlichen Rechten können diese dem Gesellschafter ohne Mitwirkung oder gar ge-

452 Zur Abgrenzung von der fiduziarischen Vollrechtstreuhand (mitunter auch echte Treuhand genannt) allgemein S. 27.
453 Zum Verbandsbegriff S. 37.
454 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 163; Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 64.
455 BGHZ 112, 40, 45; MüKoHGB/*Enzinger* § 105 Rn. 27; Oetker/*Lieder* § 105 Rn. 96; Henssler/Strohn/*Henssler* HGB, § 105 Rn. 70; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 59 I 2c.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen seinen Willen durch Mehrheitsbeschlüsse wieder entzogen werden.[456] Zum anderen zeigt sich die Freiheitsbeschränkung bei der Personengesellschaft durch die Solidarhaftung aller Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten über §§ 128, 129 HGB (im Falle der Außen-GbR in analoger Anwendung).[457] Der einzelne Gesellschafter kann akzessorisch (im Falle eines Kommanditisten bedingt durch die Nichtleistung der Hafteinlage, §§ 171, 172 Abs. 4 HGB) nach außen mit seinem persönlichen Eigentum für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Unter Umständen kann er sich nicht bei der Gesellschaft schadlos halten und muss sogar Ausfälle anderer Gesellschafter tragen (§ 128 S. 1 HGB i.V.m. § 426 Abs. 1 S. 2 BGB).[458] Zudem besteht grundsätzlich eine Nachschusspflicht jedenfalls in der Liquidationsphase.[459]

2. Vergleich zur qualifizierten Treuhand

Der qualifizierte Treugeber[460] als mittelbar Beteiligter an einer Gesellschaft unterscheidet sich nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre vom unmittelbaren Gesellschafter alleine dadurch, dass bei ihm die dingliche Beteiligung am gesamthänderisch gebundenen Vermögen und die Außenhaftung fehlt. Somit hat der qualifizierte Treugeber nach herrschender Meinung eigene originäre Verwaltungsrechte und jegliche Pflichten eines echten Gesellschafters im Innenverhältnis, insbesondere auch die Pflicht die zugesagten Beiträge zu erbringen.[461] Die gesellschaftlichen Vermögensrechte liegen hingegen mangels dinglicher Teilhabe am Gesellschaftsver-

456 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 90. Dazu auch S. 104 ff.

457 BGH NJW 1999, 3483; 2001, 1056; 2003, 1445; 2003, 1803; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 128 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Hillmann* HGB, § 128 Rn. 5.

458 Zur Subsidiarität des Ausgleichsanspruchs gegenüber den Mitgesellschaftern, vgl. BGHZ 37, 299; 103, 72, 76 ff.; NZG 2008, 777; 2013, 1334; Oetker/*Lieder* HGB, § 110 Rn. 18; Oetker/*Boesche* HGB, § 128 Rn. 38; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Bergmann* HGB, § 110 Rn. 29.

459 Diese ist allerdings abdingbar: BeckOK BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 735 Rn. 8; Erman/*Westermann* BGB, § 735 Rn. 3; MüKoBGB/*Schäfer* § 735 Rn. 2; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 735 Rn. 1. Im Falle der Publikums-Investment-KG gilt die Nachschusspflicht von Gesetzes wegen nicht, § 127 Abs. 3 S. 3 und § 152 Abs. 3 S. 3 KAGB.

460 Zum Begriff und Unterschied zum Begriff der offenen Treuhand S. 35.

461 Vgl. nur BGHZ 217, 237, 251 ff.; 196, 131, 138; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 135 ff., 421 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mögen beim Treuhandgesellschafter als echtem Gesellschafter.[462] Eine Außenhaftung kann nicht gemäß §§ 128 S. 1, 171, 172 Abs. 4 HGB analog konstruiert werden, weil die Außenhaftung zwingend mit der formellen Gesellschafterstellung verbunden ist.[463]

Die Unterschiede sind dennoch im Endeffekt geringer als man auf den ersten Blick erwartet: Der Treugeber haftet für Drittverbindlichkeiten mittelbar, da er im Innenverhältnis gemäß § 670 BGB verpflichtet ist, Aufwendungen zu ersetzen, die der Treuhänder zum Zwecke der Treugutverwaltung notwendigerweise leisten musste. Diese Ersatzpflicht wird meist zusätzlich vertraglich vereinbart. Zudem hat der Treuhänder gemäß § 257 BGB einen Befreiungsanspruch gegenüber dem Treugeber, der nach herrschender Meinung auch ausnahmsweise an den Gläubiger der Forderung abtretbar ist.[464] Des Weiteren wird in Bezug auf den in einen Zahlungsanspruch umgewandelten Befreiungsanspruch auch die Aufrechnungsbeschränkung des echten Gesellschafters im Verhältnis zwischen qualifiziertem Treugeber und Gesellschaft entsprechend § 129 HGB über das Institut der ergänzenden Vertragsauslegung angewendet.[465] Schließlich wird die Regressnorm des § 426 Abs. 1 BGB entsprechend auf das Verhältnis unter den qualifizierten Treugebern angewendet,[466] und diese haften grundsätzlich für etwaige Liquidationsfehlbeträge.[467] Die herrschende Meinung verwendet in diesem Zusammenhang daher zu Recht den Begriff „wirtschaftliche Außenhaftung".[468]

---

462 Eindringlich BGHZ 196, 131, 140 und *Tebben* ZGR 2001, 586, 613.

463 Aus der Rechtsprechung: BGHZ 178, 271, 277; so auch später BGH NZG 2009, 779, 780. Aus der Lehre: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* HGB, § 105 Rn. 163; *ders.* NZG 2013, 285, 286; Henssler/Strohn/*Henssler* § 105 HGB Rn. 173; *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888 ff.; *ders*. NJW 2009, 2167, 2167 ff.; *ders*. Treuhänderische Beteiligung, S. 420 f.; *Brömmelmeyer* NZG 2006, 529, 530 f.; *Zeising* DZWIR 2016, 551, 560 ff.; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 272; *Tebben* VGR 2011, 161, 166 ff.; *ders*. ZGR 2001, 586, 612 f.; *Beuthien* ZGR 1974, 25, 48; *Wiesner* FS Ulmer, 673, 677 ff.

464 BGHZ 185, 310, 314 ff.; *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 286; *Zeising* DZWIR 2016, 551, 563; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 269 f.

465 BGHZ 189, 45, 55; 194, 180, 189 f.; WM 2012, 2238, 2240 f.

466 BGHZ 207, 54.

467 BGH NZG 2011, 1432, 1433; 2012, 1345, 1346; 2015, 269, 271. Im Falle der Publikums-Investment-KG gilt die Nachschusspflicht von Gesetzes wegen nicht, § 127 Abs. 3 S. 3 und § 152 Abs. 3 S. 3 KAGB.

468 Vgl. nur BGHZ 196, 131, 139 f.; NZG 2015, 269, 272; *Ströber* NZG 2011, 739; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 269 ff. Zum Begriff der wirtschaftlichen Außenhaftung außerdem S. 101, 120, 240 und 246 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Stille Gesellschaft und qualifizierte Treuhand

1. Typische stille Gesellschaft

Das HGB enthält keine genaue Definition der stillen Gesellschaft. Vielmehr verwies der Gesetzgeber auf den Gesamtinhalt der §§ 326 f. der Entwurfsfassung zum ADHGB, der heute unverändert unter den §§ 230 f. HGB gilt.[469] Die daraus abgeleitete Definition der stillen Gesellschaft wird auch heute noch von der herrschenden Auffassung als maßgeblich angesehen:[470] Der stille Gesellschafter beteiligt sich an dem Handelsgewerbe eines anderen (§ 230 Abs. 1 HGB), ohne dass dieser aus den Geschäften des Geschäftsinhabers berechtigt oder verpflichtet wird (§ 230 Abs. 2 HGB). Er ist zumindest am Gewinn des Handelsgewerbes zu beteiligen (§ 231 Abs. 2 HGB).

Die stille Gesellschaft ist ein Spezialfall der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und muss als solche alle Merkmale aufweisen, die in § 705 BGB vorausgesetzt werden.[471] Der Beitrag des Geschäftsinhabers liegt im Betreiben des Handelsgewerbes im eigenen Namen und unter alleiniger Verantwortung aber für gemeinschaftliche Rechnung. Der stille Gesellschafter hingegen trägt Kapital oder seine Arbeitskraft zum Unternehmen bei, ohne am Rechtsverkehr teilzunehmen oder sonst in Erscheinung zu treten.[472] Der gemeinsame Zweck der stillen Gesellschaft liegt in der gemeinschaftlichen und gewinnbringenden (Fort-)Führung des Gewerbes des Geschäftsinha-

469 „Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes" S. 183, abgedruckt bei *Schubert* Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, II/2, S. 947 ff.

470 BFHE 221, 25; Oetker/*Wedemann* HGB, § 230 Rn. 1, 15 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* HGB, § 230 Rn. 2; *Keul* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 72 Rn. 11; Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 4.1.

471 BGHZ 3, 75; 7, 378, 382; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 4; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 230 Rn. 2; *Keul* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 72 Rn. 16 f.; Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 4.3, 4.6; *Bucher* Das Recht der stillen Gesellschaft, S. 24 ff.; *Koenigs* Die stille Gesellschaft, S. 20 ff., 22; *Rasner* Die atypische stille Gesellschaft, S. 29 ff.

472 BGHZ 12, 308, 314; OLG Frankfurt BB 1969, 1411; BFHE 198, 101; *Keul* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 72 Rn. 11; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* HGB, § 230 Rn. 2; Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 4.6, 4.10.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bers.[473] Als Innengesellschaft im engeren Sinne kann die stille Gesellschaft kein Gesamthandsvermögen bilden.[474] Als rechtsunfähige Gesellschaft hat sie weder Organe, noch rechtsgeschäftliche Vertreter.[475]

2. Mehrgliedrige stille Gesellschaft

Die gesetzestypische stille Gesellschaft wird in der Praxis von atypischen Formen begleitet, die wiederum kombiniert werden können.[476] Im Zusammenhang mit der qualifizierten Treuhand am Publikums-Kommanditanteil ist wegen ihrer Vergleichbarkeit die atypische Form der mehrgliedrigen stillen Publikumsgesellschaft von Relevanz.[477] Daneben existiert die mehrfach-zweigliedrige und die einfach-zweigliedrige Publikumsgesellschaft, die mit einer unter den Anlegern begründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts geschlossen wird.[478] Von allen drei Formen ähnelt die mehrgliedrige stille Publikumsgesellschaft im engeren Sinne der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil am meisten.

Die praktische Relevanz der mehrgliedrigen stillen Publikumsgesellschaft hat sich mit Inkrafttreten des KAGB jedoch erheblich verringert. Denn in dessen Anwendungsbereich besteht für Publikumsgesellschaften

---

473 Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 23. Februar 2011 – 9 K 45/08 –, Rn. 43, juris; Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26. November 1997 – 1 K 1005/97 –, Rn. 17, juris; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* HGB, § 230 Rn. 3; Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 4.7.

474 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 6; *Keul* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 72 Rn. 18 f.; Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 4.7.

475 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* HGB, § 230 Rn. 4.

476 Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 4.26 ff.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 28.

477 Zum Begriff der mehrgliedrigen stillen Publikumsgesellschaft vgl. BGHZ 125, 74, 76 f.; 127, 176, 179; 199, 104; NZG 2016, 422; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 83; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 230 Rn. 7; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* HGB, § 230 Rn. 81; Oetker/*Wedemann* HGB, § 230 Rn. 48; *Tassius* Die Innen-KG, S. 43.

478 Vgl. BGHZ 127, 176, 179; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 83; *Tassius* Die Innen-KG, S. 37 f. Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 18.32 geht hingegen davon aus, dass „auch die Verknüpfung der stillen Beteiligungsverhältnisse durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter den Beteiligten […] zahlreich [ist]".

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein strenger Formzwang für Vehikel;[479] und gemäß § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB ist die mittelbare Beteiligung an einem Investmentvermögen nur in Form der Treuhandbeteiligung erlaubt. Dennoch muss zum Zwecke dieser Darstellung die mehrgliedrige stille Publikumsgesellschaft näher beleuchtet werden. Denn zum einen ist der Anwendungsbereich des KAGB bei bloßen Unternehmensfinanzierungen und Altfällen nicht betroffen.[480] Und zum anderen bleibt ihre Dogmatik für die Natur der qualifizierten Treuhand auch unabhängig von ihrer praktischen Relevanz von erheblichem Interesse.[481]

Die mehrgliedrige stille Gesellschaft wird durch Vertragsschluss zwischen den Anlegern und einer Publikumsgesellschaft begründet, mit dem Ziel, dass die Publikumsgesellschaft ihr Handelsgeschäft im eigenen Namen für gemeinschaftliche Rechnung fortführt.[482] Es werden zwischen den Anlegern und der Publikumsgesellschaft vielzählige stille Gesellschaftsverhältnisse mit gleichem Inhalt begründet, indem mit der Beitrittserklärung der Anleger der stille Gesellschaftsvertrag als verbindlich anerkannt wird.[483] Durch den Abschluss dieses umfassenden stillen Gesellschaftsvertrags entsteht ein alle stille Gesellschafter und die Publikumsgesellschaft umfassendes stilles Gesellschaftsverhältnis.[484] Zu trennen ist die mehrgliedrige stille Publikumsgesellschaft daher von der bis zur erstmaligen Anerkennung der echten mehrgliedrigen stillen Gesellschaft häufig konstruierten GmbH & Still.[485] Bei ihr handelte es sich in der Regel um eine mehrfach-zweigliedrige stille Gesellschaft, bei der nach dem Bild ei-

---

479 Vgl. §§ 91 Abs. 1, 108 Abs. 1, 139, 140 Abs. 1 S. 1, 149 Abs. 1 S. 1 KAGB. Vgl. auch *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 46; *Pathe* Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 2 Rn. 50 ff.; Westermann/Wertenbruch/*Stöber* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20, § 54a Rn. I 3167l; *Tassius* Die Innen-KG, S. 89 ff.

480 Dazu S. 87 f.

481 Vergleiche schon den großangelegten Versuch von *K. Schmidt* die qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil und die mehrgliedrige stille Publikumsgesellschaft zu einem Recht der Innenverbände fortzuentwickeln, MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 81, 83, 86 f.; MüKoHGB/*ders*. Vor § 230 Rn. 77, 79; Schlegelberger/*ders*. HGB, § 230 Rn. 74; dazu ausführlich S. 168 ff.

482 Vgl. *K. Schmidt* FS Bezzenberger, 401, 408.

483 BGHZ 127, 176, 179; 199, 104, 115, 116; NZG 2016, 422, 423; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 77, 81.

484 BGHZ 127, 176, 179; 199, 104, 115, 116; NZG 2016, 422, 423 f.; *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 85 f.; *K. Schmidt* NZG 2016, 4, 6; Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 18.31, 18.33 ff.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 39 f.

485 Vgl. BGHZ 125, 74, 77 (unter fälschlicher Bezeichnung als mehrgliedrige stille Gesellschaft); vgl. auch BGH NJW 1988, 413; 1990, 2684; 1995, 1353.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nes sternförmigen Konstrukts mehrere separate stille Gesellschaftsverhältnisse mit einem Gewerbetreibenden bestehen.[486]

3. Vergleich zur qualifizierten Treuhand

Die stille Gesellschaft und die qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil unterscheiden sich aber nach herrschender Meinung aus dogmatischer Sicht ganz wesentlich.

a) Mitgliedschaftliche Einbeziehung

Der BGH und weite Teile der Literatur klassifizieren die qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil als zu sämtlichen Gesellschaftern und Treugebern bestehende Treuhandbeziehung, die von gesellschaftsrechtlichen Rechten und Pflichten überlagert wird, sodass jeder Treugeber unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt ist. Der Treugeber wird zwar kein echter Gesellschafter im Innenverhältnis[487] sondern nur Quasi-Mitglied.[488] Dennoch wird der Treugeber organisatorisch in das Gesellschaftsverhältnis einbezogen.[489] Die ihm im Wege der Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag eingeräumten Gesellschafterrechte stehen ihm dinglich zu, ohne echtes Mitglied zu sein.

Demgegenüber wird der stille Gesellschafter, der sich am Handelsgewerbe einer rechtstragenden Handelsgesellschaft beteiligt, gerade nicht in die Hauptgesellschaft einbezogen.[490] Die stille Gesellschaft ist nämlich die stille Teilhabe am Handelsgewerbe eines anderen (§ 230 Abs. 1 HGB). Zwischen dem Träger des Handelsgewerbes, ob Einzelkaufmann oder Handelsgesellschaft, wird ein separates, rechtlich von dem der gewerbetragen-

---

486 So insb. bei BGH NJW 1995, 1353, 1357; vgl. auch *K. Schmidt* FS Bezzenberger, 401, 404 f.

487 Eine echte Kommanditistenstellung nahm dagegen das OLG Koblenz an, OLGZ (Koblenz) 1989, 223.

488 Vgl. BGHZ 178, 271; 196, 131, 136; NJW 1987, 2677; NZG 2003, 915; 2011, 1432; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 105 Rn. 34; Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/*Haas* HGB, § 105 HGB, Rn. 65a.

489 Vgl. insb. BGH NJW 1987, 2677.

490 BGHZ 199, 104, 111 ff.; für die zweigliedrige stille Gesellschaft jeweils BGH WM 2004, 1823, 1824; 2004, 2150, 2153; 2005, 278, 280; *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 85 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Handelsgesellschaft zu trennendes Gesellschaftsverhältnis begründet. Der stille Gesellschafter erhält somit keine dinglichen Verwaltungsrechte kraft Beitritts in die rechtstragende Handelsgesellschaft.[491]

Zwar kann dem stillen Gesellschafter im Innenverhältnis ebenfalls der Status eines Kommanditisten zugebilligt werden,[492] und die Motive für diese atypische Beteiligungsform ähneln dabei denen für die Eingehung einer qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil.[493] Der Unterschied zur qualifizierten Treuhand bleibt aber dahingehend bestehen, dass eine echte Einbeziehung in das Innenverhältnis der Hauptgesellschaft auch dann nicht stattfinden soll.[494] Wie bei der typischen stillen Gesellschaft beruht die Beteiligung der Anleger auf einem separaten Gesellschaftsvertrag mit der unternehmenstragenden Gesellschaft durch den diese schließlich im Innenverhältnis nur noch das mitunternehmerische Vermögen der stillen Gesellschafter verwaltet.[495] Sollen den stillen Gesellschaftern unmittelbare Gesellschafterrechte eingeräumt werden, so kann dies daher nach herrschender Meinung nur derivativ erfolgen; originäre Gesellschafterrechte können nur bei einem echten Beitritt in das Gesellschaftsverhältnis entstehen, wie das der Fall bei der qualifizierten Treuhand ist.[496]

b) Dingliche Teilhabe am Gesellschaftsvermögen

In beiden Beteiligungsformen hat der Beteiligte keine dingliche Berechtigung am Gesellschaftsvermögen. Bei der stillen Gesellschaft folgt das bereits aus der Natur der stillen Teilhabe am Handelsgewerbe eines anderen (§ 230 Abs. 1 HGB). Die stillen Einlagen gehen in das Vermögen des Geschäftsinhabers über. Die vertragliche Verbindung führt nur zu einer

491 Insb. *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 85.
492 BGHZ 199, 104, 118; ZIP 2010, 1341, 1342.
493 Insb. die Motive der Anonymität und Verwaltungsvereinfachung bestehen auch bei dieser Beteiligungsstruktur, vgl. zu den Motiven der stillen Publikumsgesellschaft, Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 18.19.
494 Vgl. BGHZ 199, 104, 111 ff.; NZG 2013, 1422, 1425.
495 *K. Schmidt* NZG 2016, 4, 6 (mit verallgemeinertem Ansatz); Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 4.10, 5.13, 18.30.
496 Heymann/*Wackerbarth* HGB, § 230 Rn. 61; Blaurock/*Blaurock* Handbuch stille Gesellschaft, Rn. 10.20, 12.45; vgl. auch *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 85 f. (der allerdings von einer derivativ-schuldrechtlichen Berechtigung auch bei der qualifizierten Treuhand ausgeht, vgl. S. 164).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schuldrechtlichen Gewinn- und gegebenenfalls Verlustbeteiligung (§ 231, 232 HGB).

Bei der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil soll dies aus der Natur des mit gesellschafterlichen Rechten und Pflichten überlagerten Treuhandverhältnisses resultieren.[497] Der Treugeber soll mit Abschluss des mit dem Gesellschaftsvertrag verzahnten Treuhandvertrags eine Treuhandbeziehung zu sämtlichen Beteiligten erlangen. Dieses Vertragsnetz wird gesellschaftsrechtlich überlagert. Eine echte Mitgliedschaft im Innenverhältnis soll dagegen nicht bestehen, sodass der qualifizierte Treugeber weder der Außenhaftung ausgesetzt noch dinglich am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist.[498]

c) Wirtschaftliche Beteiligung

Allerdings ist der Gesellschaftsanteil aufgrund des bestehenden Geschäftsbesorgungsverhältnisses zum Treuhandgesellschafter wirtschaftlich dem Treugeber zuzuordnen. Der Treuhandgesellschafter ist Gesellschafter für Rechnung der Treugeber. Letztere sind mittelbar, aber endgültig von der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaftsbeteiligung betroffen. Steigt der Wert der echten Beteiligung, steigt die mittelbare Beteiligung gleichermaßen im Wert. Das gleiche gilt für Verluste. Denn entweder die Einlage (§ 667 Alt. 1 BGB) oder die unmittelbare Beteiligung (§ 667 Alt. 2 BGB) muss spätestens bei Beendigung des Treuhandverhältnisses an den Treugeber wieder herausgegeben werden. Die Gewinne gebühren ebenfalls vollständig dem Treugeber und die unmittelbare Haftung des Treuhänders[499] wegen nicht gezahlter Hafteinlage oder unzulässiger Einlagenrückgewähr trifft schlussendlich über §§ 675 Abs. 1, 670 BGB den Treugeber (wirtschaftliche Außenhaftung).[500]

Bei der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft kann eine wirtschaftliche Teilhabe durch eine kautelarjuristische Angleichung der schuldrechtlichen Einlage an eine dingliche Vermögensbeteiligung bei Gewinnverteilungs-, Auseinandersetzungs- und Abfindungsfragen erzeugt werden.[501] Dies ge-

497 BGHZ 196, 131, 140.
498 Dazu ausführlich S. 155 ff. und 238 ff.
499 Zur Frage, ob daneben der qualifizierte Treugeber nach außen haftet ausführlich S. 237 ff.
500 Zum Begriff der wirtschaftlichen Außenhaftung außerdem S. 101, 114, 240 und 246 f.
501 BGHZ 199, 104, 118; *Tassius* Die Innen-KG, S. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schieht durch entsprechende Gestaltung des stillen Gesellschaftsvertrags. Der Gewinn wird dann nicht wie typisch aus dem Eigenvermögen der rechtstragenden Geschäftsinhaberin abgeführt (§ 235 Abs. 1 HGB), sondern nach KG-Regeln verteilt. Der Auseinandersetzungs- und Abfindungsanspruch soll sich regelmäßig am Verkehrswert der Beteiligung orientieren, was insbesondere zur Berücksichtigung stiller Reserven führt.[502]

III. Unterbeteiligung und qualifizierte Treuhand

1. Typische Unterbeteiligung

Die Unterbeteiligung ist wie die stille Gesellschaft eine zwischen mindestens zwei Personen geschlossene Innengesellschaft. Sie ist nach herrschender Meinung allerdings keine echte stille Gesellschaft im Sinne der §§ 230 ff. HGB, sondern eine bloße Gesellschaft bürgerlichen Rechts.[503] Denn mit der Unterbeteiligung wird der Unterbeteiligte als Mitgesellschafter des Hauptbeteiligten zumindest am Gewinn des dem Hauptbeteiligten zustehenden Anteils in der Hauptgesellschaft mitberechtigt.[504] Der gemeinsame Zweck der Unterbeteiligung liegt mithin im gemeinschaftlichen, gewinnerbringenden (und fortgesetzten) Halten des Anteils an der Hauptgesellschaft.[505] Dagegen verlangt § 230 Abs. 1 HGB die Beteiligung am Handelsgewerbe eines anderen.

Weil nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorliegt, sind auch nur die §§ 705 ff. BGB unmittelbar auf die Unterbeteiligung anwendbar. Dennoch besteht auch für die herrschende Meinung eine unverkennbare Nähe zur stillen Gesellschaft: Ohne sich unmittelbar an der Hauptgesellschaft

---

502 Vgl. BGHZ 199, 104, 118; NZG 2016, 422, 423 f.; OLG München NZG 2013, 65, 67; OLG Hamburg NZG 2013, 1391, 1392.

503 BGHZ 50, 316, 320; BB 1965, 517; NJW 1994, 2886, 2887; NJW-RR 1995, 165, 166; MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 705 Rn. 92; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, Vor § 705 Rn. 34; Baumbach/*Hopt* HGB, § 105 Rn. 38; *Durchlaub* DB 1978, 873, 874 f.; *Rüthers* AcP 168 (1968), 263, 283; *Obermüller/Obermüller* FS Werner, 607, 617, 615 f.; *Paulick* ZGR 1974, 253, 256, 259 ff.; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 109; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 45; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 22.

504 MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 705 Rn. 92; *Blaurock/Berninger* GmbHR 1990, 11, 12; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 63 I 1; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 36 f., 43.

505 *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 183; *Paulick* ZGR 1974, 253, 268; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 37; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu beteiligen, soll die unmittelbare Beteiligung wirtschaftlich dem Unterbeteiligten zustehen. Da die §§ 230 ff. HGB aber nicht entscheidend an die Partei des rechtstragenden Gesellschafters anknüpfen,[506] wendet die herrschende Meinung die §§ 230 ff. HGB analog an, solange und soweit der Einzelfall einen Vorzug gegenüber den §§ 705 ff. BGB gebietet.[507]

2. Atypische Formen

Zudem kann nach der herrschenden Meinung das Unterbeteiligungsverhältnis auch atypisch mehrgliedrig ausgestaltet werden.[508] Die Unterbeteiligten gehen dann mit dem Hauptbeteiligten ein sämtliche Unterbeteiligte umfassendes Gesellschaftsverhältnis ein, wobei sich keine grundsätzlichen Unterschiede zur mehrgliedrigen stillen Gesellschaft ergeben.[509] Den Unterbeteiligten können zudem mit Zustimmung der Mitgesellschafter – entweder durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung oder *ad hoc* Zustimmung – dingliche Verwaltungsrechte in der Hauptgesellschaft eingeräumt werden.[510] Nach herrschender Meinung ist dafür ebenfalls nur eine einfache Stimmmehrheit erforderlich und genügend.[511] In diesem Fall spricht man von einer offenen oder qualifizierten Unterbeteiligung.[512]

3. Vergleich zur qualifizierten Treuhand

Die Unterschiede zwischen der Unterbeteiligung und qualifizierten Treuhand können bei entsprechender vertraglicher Gestaltung daher faktisch beseitigt werden.

---

506 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 204.
507 BGHZ 50 316, 320, 323; MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 705 Rn. 92; BeckOK BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 705 Rn. 188; Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn. 39 f.; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 63 II 1; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 114; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 45 f.
508 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 213; *Paulick* ZGR 1974, 253, 262; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 100 ff.
509 Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 30.20.
510 MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 705 Rn. 101; Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn. 40; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 184 f.
511 Vgl. BGHZ 50, 316, 325; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 244.
512 Vgl. MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 705 Rn. 101; Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 30.20.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Mitgliedschaftliche Einbeziehung

Denn nach der herrschenden Meinung steht die qualifizierte Unterbeteiligung der qualifizierten Treuhand in nichts nach: Die Unterbeteiligten erlangen keine echte Gesellschafterstellung in der Hauptgesellschaft. Diese hat immer noch ausschließlich der Hauptbeteiligte inne.[513] Jedoch kann dem Unterbeteiligten durch entsprechende gesellschaftsvertragliche Gestaltung im Innenverhältnis die gleiche Rechtsstellung wie die eines echten Gesellschafters der Hauptgesellschaft eingeräumt werden, indem der Unterbeteiligte in den Gesellschaftsverband der Hauptgesellschaft einbezogen wird (quasi-Gesellschafter).[514] Insoweit unterliegen die Parteien keinen gesetzlichen Schranken. Ist der qualifiziert Unterbeteiligte in den Gesellschaftsverband einbezogen, stehen ihm auch die Mitsprache- und Kontrollrechte originär zu, ohne dass es auf eine gesonderte Rechtsübertragung ankommt.

b) Dingliche Teilhabe am Gesellschaftsvermögen

Nach herrschender Meinung sind Unterbeteiligte unabdingbar zumindest gewinnbeteiligt.[515] Allerdings kann vertraglich auch vereinbart werden, dass die Unterbeteiligten darüber hinaus substanzbeteiligt werden, das heißt wie bei der qualifizierten Treuhand auch an einem Wertzuwachs und abweichend von § 232 Abs. 2 HGB an einem über den Anteilswert hinausgehenden Wertverlust teilnehmen.[516] Dies stellt sogar den Regelfall dar, weshalb die dafür gängige Bezeichnung als atypische Form der Unterbeteiligung irreführend ist.[517] Wie bei der qualifizierten Treuhand (und der stillen Gesellschaft) ist der Unterbeteiligte – auch im Falle der qualifizierten Unterbeteiligung – aber nicht am Gesellschaftsvermögen der

513 Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 30.20; *Singhof/Seiler/Schlitt* Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, Rn. 362.

514 MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 705 Rn. 101; Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn. 40; BeckOK BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 705 Rn. 190; *Ulbrich* Unterbeteiligungsgesellschaft, S. 128 f.

515 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 232 Rn. 46; *Gayk* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 30 Rn. 3, 43 f., 50; *Paulick* ZGR 1974, 253, 264.

516 BGH WM 1967, 685; MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 705 Rn. 98; *Paulick* ZGR 1974, 253, 266 f., 281; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 114 ff.; *Ulbrich* Unterbeteiligungsgesellschaft, S. 131 ff.

517 Vgl. *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 115.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hauptgesellschaft dinglich beteiligt; zudem kann die Unterbeteiligungsgesellschaft als reine Innengesellschaft auch kein Gesellschaftsvermögen bilden.[518]

c) Wirtschaftliche Beteiligung

Dennoch wird angenommen, dass ein virtuelles Einlagenverhältnis zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem entsteht.[519] Die Unterbeteiligung sei schließlich eine echte Beteiligung.[520] Das fiktive Gesamthandsvermögen bei der Unterbeteiligung ist der Gesellschaftsanteil an der Hauptgesellschaft, der nur fiktiv-rechnerisch in das virtuelle Gesamthandsvermögen eingelegt wird. Die Beiträge der Unterbeteiligten, die dinglich zwar in das Vermögen des Hauptbeteiligten übergehen, mitteln einen rechnerischen Anteil an dem fiktiven Vermögen in Form eines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Hauptbeteiligten.[521] *De facto* entsteht damit ein Treuhandverhältnis.[522] Der Hauptbeteiligte hält den Anteil an der Hauptgesellschaft im Außenverhältnis im eigenen Namen, im Innenverhältnis zu den Unterbeteiligten jedoch für gemeinschaftliche Rechnung zu den jeweiligen Beteiligungsquoten.[523] Die Unterbeteiligten tragen dadurch die Gefahr des zufälligen Wertverlustes hinsichtlich des Anteils an der Hauptgesellschaft.[524]

d) Der kombinatorische Ansatz der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat daher folgerichtig klargestellt, dass zwischen der Treuhand am Gesellschaftsanteil und der Unterbeteiligung ein fließender

---

518 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 194; *Gayk* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 30 Rn. 1; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 93 ff.

519 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 197.

520 BGH WM 1959, 595, 596; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 42 f.

521 MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 705 Rn. 98; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 116.

522 OLG Frankfurt a.M. BB 1969, 1411; OLG Düsseldorf DB 1982, 537; *Obermüller/Obermüller* FS Werner, 607, 611; *Friehe* Die Unterbeteiligung, S. 15; *Thomsen* Die Unterbeteiligung, S. 27 f.

523 *Peters* Treuhand und Unterbeteiligung, S. 29. Allgemein zum Handeln für gemeinschaftliche Rechnung vgl. *K. Schmidt* FS Bezzenberger, 401, 408.

524 Zu den Begriffsmerkmalen der Treuhand oben S. 71 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Übergang besteht. Bedeutend ist hier insbesondere ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1994:[525] Die Treuhand am Gesellschaftsanteil und die Unterbeteiligung stünden nicht in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander. Das eine Rechtsinstitut schließe nicht das andere aus, sodass entweder Auftrags- oder Gesellschaftsrecht zur Anwendung kommen müsse. Dies zeige bereits der Umstand, dass das Rechtsverhältnis zwischen Haupt- und Unterbeteiligten als eine Art Treuhand zu verstehen sei. Das Innenverhältnis stehe einer freien vertraglichen Gestaltung offen, sodass die Festlegung, ob Auftrags- oder Gesellschaftsrecht Anwendung finde, nach materiellen Gesichtspunkten zu erfolgen habe. Nicht die Bezeichnung als Treuhand oder als Unterbeteiligung, sondern die konkrete vertragliche Ausgestaltung sei entscheidend.

Im Ergebnis wird der BGH dennoch ausschließlich Gesellschafts- oder Auftragsrecht anwenden und trotz seiner Aussage, in jeder Unterbeteiligung stecke auch eine Treuhand, nicht zu einer Vermischung von Treuhand und Unterbeteiligung übergehen.[526] Denn zur Bestimmung, ob ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird, schaut der BGH auf die Interessenlage hinsichtlich des vom hauptbeteiligten Gesellschafters gehaltenen Anteils und konzentriert sich dabei auf die Frage, ob der Anteil an der Hauptgesellschaft zumindest auch für eigene Rechnung gehalten wird.[527] Ist das der Fall, sei eine Unterbeteiligung indiziert.

IV. Nießbrauch am Gesellschaftsanteil und qualifizierte Treuhand

Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil ist neben der stillen Gesellschaft, Unterbeteiligung und Treuhand am Gesellschaftsanteil eine weitere praxisrelevante Form der mittelbaren Beteiligung an Gesellschaften.

---

525 BGH NJW 1994, 2886; bestätigend BGH NJW-RR 1995, 165; vgl. auch BFHE 228, 10; offengelassen in BGH WM 1977, 525, 527; zustimmend MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 45; Heymann/*Horn* HGB, § 230 Rn. 108; *Gayk* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 30 Rn. 11.

526 Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 30.11; *Roth* LM Nr. 45 § 662 BGB (zugl. Anm. zu BGH NJW 1994, 2886).

527 Vgl. *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 65; *Tassius* Die Innen-KG, S. 69 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Nießbrauch am Gesellschaftsanteil

a) Abgrenzung zum Nießbrauch am Unternehmen

Neben dem Nießbrauch am Gesellschaftsanteil existiert der Nießbrauch am Unternehmen. Er ist vom Nießbrauch am Gesellschaftsanteil zu unterscheiden. Nur beim Nießbrauch am Gesellschaftsanteil handelt es sich um eine Form der mittelbaren Gesellschaftsbeteiligung, da der Nießbraucher beim Nießbrauch am Unternehmen durch dingliches Rechtsgeschäft entweder die Erträge des Unternehmens erlangt, ohne dass ihm die Unternehmerstellung mitübertragen wird (Ertragsnießbrauch)[528] oder das Unternehmen als Unternehmer erhält (Vollnießbrauch)[529].[530] Dies sind jeweils unmittelbare Beteiligungen. Der Nießbraucher eines Gesellschaftsanteils ist jedoch grundsätzlich nur berechtigt, die Nutzungen aus der Beteiligung zu ziehen (§ 1030 Abs. 1 BGB), ohne dass ihm dabei der Gesellschaftsanteil an sich übertragen wird.

b) Nießbrauch-Treuhand und echter Nießbrauch

Früher hielt es die herrschende Meinung für rechtlich unzulässig, dem Nießbraucher über den Nießbrauch am Unternehmen hinaus einen sogenannten echten Nießbrauch am Gesellschaftsanteil einzuräumen, weil man es für unzulässig hielt, von § 719 Abs. 1 BGB abzuweichen.[531] Anstatt den Nießbraucher dinglich am Anteil zu berechtigen (echter Nießbrauch),[532] wurde daher der Gesellschaftsanteil vollständig unter Einräumung einer Nießbrauch-Treuhand übertragen (unechter Nießbrauch). Dabei handelt es sich jedoch um eine fiduziarische Vollrechtsübertragung

528 Vgl. Palandt/*Herrler* BGB, § 1085 Rn. 3; MüKoBGB/*Pohlmann* § 1085 Rn. 14; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. §§ 1068, 1069 Rn. 29; Erman/*Beyer* BGB, § 1085 Rn. 5.

529 MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 9; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. §§ 1068, 1069 Rn. 28. MüKoBGB/*Pohlmann* § 1085 Rn. 15.

530 MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 9; *ders*. Handelsrecht, § 5 III 3; *ders*. Gesellschaftsrecht, § 64 II.

531 Vgl. MüKoBGB/*Petzoldt* 2. Aufl., § 1068 Rn. 11, 14; GroßkommHGB/*Fischer*, 3. Aufl. 1973, HGB, § 109 Anm. 20; Staudinger/*Keßler* BGB, 12. Aufl. (1979), § 717 Rn. 27; Soergel/*Stürner* BGB, § 1068 Rn. 7 f.; *Bunke* DNotZ 1968, 5, 6.

532 Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 54; *Peters* Treuhand und Unterbeteiligung, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach allgemeinem Treuhandrecht.[533] Diese Nießbrauch-Treuhand geht über die Ziele des Nießbrauchs im Sinne des BGB hinaus, weil der Treugeber jegliche dinglichen Rechtspositionen an seinem Gesellschaftsanteil aufgibt und nur noch schuldrechtlich gegenüber dem Nießbrauch-Treuhänder abgesichert ist.[534]

Diese Ansicht wurde von der heute herrschenden Meinung überholt. Von § 719 Abs. 1 BGB kann abgewichen werden, sodass die Mitgliedschaft als solche übertragbar ist.[535] Zudem enthält § 717 S. 1 BGB nur hinsichtlich der Verwaltungsstammrechte zwingendes Recht.[536] Einzelne Vermögensstammrechte sind übertragbar und daher auch belastbar.[537] Inzwischen hält es daher die herrschende Meinung für zulässig, dass dem Nießbraucher mit der Bestellung ein dingliches Recht an der Mitgliedschaft eingeräumt wird, wenn der Gesellschaftsvertrag dies grundsätzlich zulässt oder sämtliche Mitgesellschafter der Bestellung zustimmen.[538] Darin wird kein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot gesehen. Die Nutzung der Mitgliedschaft sei von der substanziellen Mitgliedschaft trennbar. Die Gesellschafterstellung des Bestellers werde somit nicht aufgespalten, sondern verbleibt bei diesem, allerdings dinglich überlagert durch den Nießbrauch. Dies führe zu einer „dinglichen Rechtsgemeinschaft".[539] Der Nießbraucher erlangt den Gesellschaftsanteil als „Verwalter zur Nutzung", „während die Verwaltung der Substanz dem Eigentümer gebührt".[540]

---

533 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 97; *Peters* Treuhand und Unterbeteiligung, S. 37.

534 BGH DB 1975, 439; *Teichmann* ZGR 1972, 1, 6; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 401; *Flume* FS Larenz, 769, 783 f.

535 BGHZ 13, 179, 182, 186; Palandt/*Sprau* BGB, § 717 Rn. 1; § 719 Rn. 6, 8; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 719 Rn. 3; Staub/*Schäfer* HGB, § 105 Rn. 276, 291; *Sudhoff* NJW 1971, 481, 486.

536 Dazu BGHZ 3, 354, 357; 20, 363, 365; 36, 292, 293 f.; BB 1953, 926; NJW 1987, 780.

537 Vgl. nur BGH WM 1985, 1343, 1344; Jauernig/*Stürner* BGB, § 717 Rn. 3; MüKoBGB/*Schäfer* § 717 Rn. 7, 35 f.; *K. Schmidt* ZGR 1999, 601, 601 f.; *Sudhoff* NJW 1971, 481, 484.

538 BGHZ 58, 316, 318; 78, 177, 188; 108, 187, 199; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 98; MüKoBGB/*Pohlmann* § 1068 Rn. 34; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 16; Soergel/*Stürner* BGB § 1068 Rn. 7e und 7f; *Wedemann* ZGR 2016, 798, 818; *Baumann* FS Kanzleiter, 53, 65; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 398 f.

539 LG Oldenburg, DNotI-Report 2008, 166; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 60; MüKoBGB/*Pohlmann* § 1068 Rn. 38; *Wedemann* ZGR 2016, 798, 818.

540 BGH NJW 1999, 571, 572; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Stimmrechtsübertragung

Nach der herrschenden Meinung, soll allein die dingliche Belastung des Gesellschaftsanteils durch den Nießbrauch keine Stimmrechtszuweisung zum Nießbraucher bewirken.[541] Die Position des BGH ist unklar, wird aber dahingehend eingeordnet, dass dem Nießbraucher das Stimmrecht für „die laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft" allein zusteht, und dem Besteller das Stimmrecht für „außergewöhnliche Maßnahmen und Grundlagenentscheidungen verbleibt".[542] Entnommen wird dies den §§ 1036 Abs. 2, 1066 Abs. 1 BGB.[543] Darüber hinaus soll nach herrschender Meinung aber auch eine dingliche Übertragung des Stimmrechts auf den Nießbraucher bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Grundlage möglich sein.[544]

2. Vergleich zur qualifizierten Treuhand

a) Mitgliedschaftliche Einbeziehung und Teilhabe am Gesellschaftsvermögen

In jedem Fall entstehen die Mitverwaltungsrechte nicht originär durch Beitritt, wie es nach herrschender Meinung bei der qualifizierten Treuhand sein soll. Sämtliche Verwaltungsrechte können nur derivativ begründet werden, weil der Nießbraucher bloß beschränkt auf die Verwaltung zur Nutzung dinglich am Gesellschaftsanteil berechtigt wird. Dem Nießbraucher soll weder eine Gesellschafterstellung zukommen, noch soll er schon qua Bestellungsakt originär mit Verwaltungsrechten ausgestattet

541 OLG Koblenz NJW 1992, 2163; Palandt/*Herrler* § 1068 Rn. 5; Heymann/*Emmerich* HGB, § 105 Rn. 74; MüKoBGB/*Pohlmann* § 1068 Rn. 83; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 21; *ders*. ZGR 1999, 601, 609 f.; *Teichmann* ZGR 1972, 1, 9; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 61 II 3; so wohl auch *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 415 ff.

542 So insb. MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 100 unter Bezugnahme auf BGH NJW 1999, 571, 572; in diese Richtung auch BGHZ 108, 187, 199; vgl. auch Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 105 Rn. 46; *Flume* Die Personengesellschaft, § 17 VI.

543 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 100.

544 FG Niedersachsen EFG 2005, 639, 640 f.; MüKoBGB/*Pohlmann* § 1068 Rn. 83; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 21; *ders*. ZGR 1999, 601, 611; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 73; Soergel/*Stürner* BGB, § 1068 Rn. 7 f.; *Goebel* Der Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, S. 88, 195 f., 264 f.; so wohl auch *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 415 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden können, denn schließlich verbleibt die Substanz der Mitgliedschaft beim Besteller.[545] Der qualifizierte Treugeber (so wie der qualifiziert Unterbeteiligte) wird hingegen in das Organisationsgefüge dinglich einbezogen und erlangt die Mitverwaltungsrechte originär durch Beitritt.[546]

Mit derselben Begründung muss auch eine dingliche Teilhabe am Gesellschaftsvermögen verneint werden. Bleibt der Besteller der Substanzberechtigte und wird dem Nießbraucher qua Bestellungsakt nur die Verwaltung zur Nutzung gewährt, hat auch nur Ersterer ausschließlich dingliche Berechtigung am Gesellschaftsvermögen. Denn die dingliche Teilhabe am Gesellschaftsvermögen ist substanzieller Bestandteil der Mitgliedschaft.[547] Insoweit wiederum gleicht der echte Nießbrauch am Gesellschaftsanteil der qualifizierten Treuhand.

b) Wirtschaftliche Beteiligung

Hinsichtlich der daraus resultierenden Begrenzung des Nießbrauchs auf eine rein wirtschaftliche Beteiligung bestehen jedoch regelmäßig wesentliche Unterschiede zur Treuhand am Gesellschaftsanteil. Während der qualifizierte Treugeber aufgrund der geschäftsbesorgungsrechtlichen Wertverteilung absoluter wirtschaftlicher Inhaber der Beteiligung ist,[548] besteht eine solche absolute wirtschaftliche Inhaberschaft des Nießbrauchers vorbehaltlich anderweitiger Gestaltung nicht:

In erster Linie sollen dem Nießbraucher die Früchte der Beteiligung gebühren. Dies ergibt sich aus § 1068 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 1030 Abs. 1, 99 Abs. 2 und 3, 100 BGB. Gemäß § 99 Abs. 2 BGB sind Früchte eines Rechts die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt. Im Falle des Nießbrauchs ist daher das grundsätzliche Fruchtziehungsrecht regelmäßig eingeschränkt. Nach herrschender Meinung soll sich nämlich die Fruchtziehung auf den Gewinn beschränken, der auf den belasteten Gesellschaftsanteil entfällt.[549] Dieser ist anhand der Handelsbilanz zu bemessen. Ihr Betrag kann wesentlich hinter dem bilanziellen

545 So insb. BGH NJW 1999, 571, 572. Vgl. auch Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 68.
546 Dazu S. 35 und 155 ff.
547 MüKoBGB/*Schäfer* § 718 Rn. 6 f.; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 78.
548 Vgl. S. 120.
549 MüKoBGB/*Pohlmann* § 1068 Rn. 51; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gewinn zurückbleiben. Der Nießbraucher hat nämlich bis zur Grenze der §§ 138, 242 BGB keinen Anspruch auf die gesellschaftsvertragsmäßigen Rücklagenbildungen. Wird der Kapitalanteil später durch Umbuchung aus den Rücklagen erhöht, hat der Nießbraucher noch immer keinen Anspruch auf diesen Betrag.[550] Ein solcher Anteilszuwachs ist substanziell der Mitgliedschaft zuzuordnen, die schließlich beim Besteller verbleibt.[551] Erst aus dem Anteilszuwachs geschöpfte spätere Gewinne sind dann dem Nießbraucher zuzuordnen.[552] Dies gilt gleichermaßen für die Realisierung stiller Reserven und Ausschüttungen von Rücklagen, die sich auf die Zeit vor der Nießbrauchsbestellung beziehen[553] sowie für Überschüsse nach Auflösung der Gesellschaft gemäß §§ 733 Abs. 1, 734 BGB.[554] Umgekehrt nimmt der Nießbraucher auch nicht am Verlust der Gesellschaft teil. All dies steht zwar unter dem Vorbehalt anderweitiger Parteiabreden, jedoch ist die beschriebene eingeschränkte wirtschaftliche Beteiligung des Nießbrauchers die Regel,[555] wohingegen der qualifizierte Treugeber regelmäßig uneingeschränkt wirtschaftlich beteiligt ist.

§ 16. Die materiell-rechtliche Wirkungsweise von § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB

Im Rahmen dieser Aufarbeitung des Untersuchungsgegenstandes wurde zunächst die Publikums-KG als typisches Beteiligungsvehikel bei der qualifizierten Treuhand betrachtet (dazu § 12) und die typischen Motive für eine solche Beteiligung aufgearbeitet (dazu § 13). Anschließend wurde abstrakt aufgezeigt, wie sich eine nur wirtschaftliche Beteiligung umsetzen lässt (dazu § 14) und wie sich die qualifizierte Treuhand von anderen Formen der mittelbaren Beteiligung unterscheidet (dazu § 15). In diesem Abschnitt wird nun die materielle Wirkungsweise des § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB

550 Baumbach/Hopt/*Roth* HGB § 105 Rn. 45; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 79; *Wälzholz* DStR 2010, 1786, 1789; *Frank* MittBayNot 2010, 96, 100; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 404 f.; *v. Godin* Nutzungsrecht an Unternehmen, S. 96 ff., 98.

551 BGHZ 58, 316, 320.

552 Heymann/*Emmerich* HGB, § 105 Rn. 72; *v. Godin* Nutzungsrecht an Unternehmen, S. 99.

553 Vgl. Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 81.

554 Palandt/*Herrler* BGB, § 1068 Rn. 3; MüKoBGB/*Pohlmann* § 1068 Rn. 67; *Ulmer* FS Fleck, 383, 393; *Mentz* Der Nießbrauch, S. 160 f.; *Queck* Der Nießbrauch, S. 152 ff.

555 Vgl. MüKoBGB/*Pohlmann* § 1068 Rn. 51, 67; Staudinger/*Heinze* BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 80.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

untersucht. Die Vorschrift findet zwar nur auf die Publikums-Investment-KG unmittelbare Anwendung. Dabei handelt es sich indessen um einen wesentlichen Anwendungsbereich der qualifizierten Treuhand.

§ 152 Abs. 1 S. 3 KAGB bestimmt, dass Anleger, die sich über eine Treuhandkommanditistin mittelbar an einer Publikums-Investment-KG beteiligen, im Innenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zueinander die gleiche Rechtsstellung wie ein Kommanditist haben. Die herrschende Meinung behauptet, § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB würde dem Treugeber „*ex lege* die gleiche Rechtsstellung wie ein Kommanditist" zukommen lassen.[556] Ein solches Verständnis würde natürlich sämtlichen Problemen des Innenverhältnisses vorgreifen. Man könnte sich im Anwendungsbereich des KAGB schlicht auf die Fiktion des § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB berufen. Daher muss eine solche tiefgreifende Wirkung kritisch hinterfragt werden.

Zur Aufklärung der Frage, wie die Norm tatsächlich wirkt, muss zunächst geklärt werden, wie Gesellschafts- und Treuhandverträge auszulegen und zu überprüfen sind – dies fällt unter den Begriff des Sonderrechts der Publikumspersonengesellschaften (dazu I. und II.). Sodann muss geklärt werden, ob diese Grundsätze unterschiedslos auf die geschlossene Publikums-Investment-KG anzuwenden sind (dazu III.). Erst dann kann die Wirkungsweise von § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB bestimmt werden, denn ein etwaig anzuwendendes Sonderrecht muss zwangsläufig Einfluss auf die Beurteilung dieser Frage haben (dazu IV.).

556 *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 83 (Hervorhebung durch den Verfasser). So auch Assmann/Wallach/Zetsche/*Wallach* KAGB, § 152 Rn. 44 ff., 47; Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 6; Baur/Tappen/Merkhah/Behme/*Koennecke* KAGB, § 152 Rn. 40; Staub/*Casper* HGB, § 161 Rn. 49; Oetker/*Oetker* HGB, § 161 Rn. 208 f.; Westermann/Wertenbruch/*Stöber* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20, § 54a Rn. I 3167; *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1045 f.; *Freitag* NZG 2013, 329, 334; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 40, 123 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Das Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften

1. Objektivierte Auslegung

Der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft ist grundsätzlich ein zwischen den Beteiligten geschlossenes Rechtsgeschäft,[557] auf welches die §§ 104 ff. BGB und, mit Ausnahmen bei mehr als zwei Beteiligten, die §§ 145 ff. BGB im Rahmen der Auslegung anzuwenden sind.[558] Wie sonstige Verträge ist der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft daher grundsätzlich gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen. Das heißt, dass die Auslegung nach dem Vertragswortlaut und dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Vertragsparteien erfolgt. Der übereinstimmende Wille und die tatsächliche Übung der Gesellschafter hat dabei Vorrang vor dem Wortlaut.[559]

Zum Recht der Publikumspersonengesellschaften entwickelte sich jedoch wegen der kapitalistischen Struktur dieser Gesellschaften ein Sonderrecht zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen.[560] Dieses Sonderrecht äußert sich unter anderem in der objektivierten, also normgleichen Auslegung der Verträge entsprechend der Auslegung von Satzungen von Kapitalgesellschaften.[561] Die Auslegung kann daher das Revisionsgericht selbst vornehmen. Maßgeblich ist der „Wortlaut, Zusammenhang und Zweck" der Regelung „aus der Sicht eines verständigen Publikumspersonengesell-

---

557 Vgl. MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 1; Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 9; *Johannsson* Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 4 Rn. 39; *Wiedemann* WM 1990, Sonderbeilage Nr. 8, 1, 4 ff.

558 Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 9; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 20; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, § 705 Rn. 4; Erman/*Westernann* BGB, § 705 Rn. 6; BeckOK BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 705 Rn. 42; *Wiedemann* WM 1990, Sonderbeilage Nr. 8, 1, 4.

559 BGHZ 20, 109, 110; NJW-RR 1989, 993, 994; NJW 1996, 1678, 1679; Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 97; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* HGB, § 105 Rn. 92; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 5 I 4 c).

560 BGH NJW-RR 2009, 753, 754; 2006, 829, 830; NJW 1999, 3113, 3115; 1990, 2684, 2685; 1982, 877, 878; 1979, 419; *Brandes* WM 1987, Sonderbeilage Nr. 1, 1, 8; *Coing* ZGR 1978, 659, 674; *Kellermann* FS Stimpel, 295, 299; *Stimpel* FS Fischer, 771.

561 BGH NZG 2011, 1042, 1143; NJW 2013, 2278, 2279 f.; NJW-RR 2016, 550, 552; NJW 2019, 157, 158; Oetker/*Oetker* HGB, § 161 Rn. 138; *Grunewald* ZGR 1995, 68, 71 ff.; *Wiedemann* DNotZ 1977, Sonderheft, 99, 102.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schafters".[562] Nur noch für individualrechtliche Bestimmungen gelten die §§ 133, 157 BGB in vollem Umfang.[563]

2. Inhaltskontrolle

Grundsätzlich erfüllt der Kapitalanleger die Definition eines Verbrauchers gemäß § 13 BGB, wohingegen der Fonds Unternehmer gemäß § 14 BGB ist. Die herrschende Meinung schützt die Kapitalanleger in der Publikumspersonengesellschaft daher entsprechend dem Rechtsgedanken des § 310 Abs. 3 BGB durch eine inhaltliche Kontrolle der zugrundeliegenden Gesellschaftsverträge. Das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB steht einer Inhaltskontrolle aber eigentlich entgegen. § 310 Abs. 4 S. 1 BGB verbietet nämlich eine Anwendung der Vorschriften des AGB-Rechts auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ausdrücklich, wenn durch die Vertragsregelung nicht nur das Austauschverhältnis angesprochen wird, sondern die genuin mitgliedschaftliche Beziehung geregelt wird.[564]

a) Ablehnende Ansicht

Gegen eine ausnahmsweise Erlaubnis von Inhaltskontrollen wurde zudem mehrfach vorgebracht, dass der typische Anleger einer Publikumsgesellschaft hinsichtlich seiner wirtschaftlichen, intellektuellen und informativen Möglichkeiten nicht mit dem gewöhnlichen Verbraucher, der im Alltag mit AGBs konfrontiert wird, vergleichbar sei und daher eine Inhaltskontrolle nicht stattfinden dürfe.[565] Eine Inhaltskontrolle sei auch mit Blick auf den spekulativen Charakter dieser Vermögensanlage zweifel-

562 BGH NZG 2018, 658, 659; 2016, 424; 426; Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 97. Vgl. auch BGH NZG 2018, 1226, 1227 f.; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh. § 177a Rn. 67.

563 Statt vieler Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG, § 2 Rn. 29.

564 BGH NJW-RR 1992, 379; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 710; MüKoBGB/*Basedow* § 310 Rn. 120; *Hey* Freie Gestaltung, S. 302.

565 MüKoHGB/*Grunewald* § 161 Rn. 124; *Mues* EWiR 2005, 617 ff. (zugl. Anm. zu BGH NJW-RR 2005, 986); *Kraft* FS Fischer, 321, 335 f.; vgl. auch Assmann/Schütze/Buck-Heeb/*Edelmann* Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 2 Rn. 3 ff., 7, 9; *Wagner* NZG 2000, 169 ff.; *Reuter* AcP 181 (1981), 1, 12; *ders.* AG 1979, 321, 322.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haft.[566] Zudem müsse bezweifelt werden, ob demjenigen der überschüssiges Geld mehren will, der gleiche Schutz wie einem herkömmlichen Konsumenten gebührt.[567] Schon begrifflich sei die Verbrauchereigenschaft ausgeschlossen, da der Kapitalanleger nichts „verbrauche".[568]

b) Stellungnahme

In der herkömmlichen Personengesellschaft trägt der einzelne Gesellschafter entweder eine Mitverantwortung für die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder ihm ist zuzumuten, sich nach seinem Beitritt um Änderungen zu bemühen.[569] Anders ist dies bei der Publikumspersonengesellschaft: Publikumsgesellschaften sind gerade darauf ausgelegt, eine Vielzahl von Anlegern aufzunehmen, die untereinander und zu den Initiatoren in keiner näheren persönlichen Beziehung stehen.[570] Durch diesen Massencharakter hat der einzelne Anleger kaum Einflussmöglichkeit auf den Gesellschafts- und Beitrittsvertrag, die regelmäßig vorformuliert sind.[571] Folglich kann der einzelne Anleger seine Interessen nur noch unverhältnismäßig schwer durchsetzen, während er zugleich durch die Rechtsordnung ermutigt wird sein Kapital breit am Markt anzulegen. Anders als im Recht der Aktiengesellschaften ist das Innenverhältnis der Publikumspersonengesellschaft aber nicht weitgehend durch zwingendes anlegerschützendes Recht festgelegt, sodass Rechte von später Beitretenden stark verkürzt werden könnten.[572] Die §§ 150 ff. KAGB wirken dem zwar für den Bereich der Investmentgesellschaft entgegen. Dennoch wird auch dadurch kein aktienrechtsgleicher Zustand geschaffen. Es ist daher erforderlich, dass die Gerichte den Inhalt solcher Gesellschaftsverträge unter Einbeziehung aktienrechtlicher Wertungen kontrollieren können.

Dass der typische Anleger wirtschaftlich, intellektuell und informativ besser aufgestellt sei als ein gewöhnlicher Verbraucher, und daher nicht gleichermaßen schutzwürdig sei, ist eine fehlerhafte Pauschalisierung.

566 *Kraft* FS Fischer, 321, 335 f.; *Schlosser* FS Steindorff, 1379, 1383.
567 Assmann/Schütze/Buck-Heeb/*Edelmann* Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 2 Rn. 7.
568 *Wagner* BKR 2003, 649, 651; *ders*. NZG 2000, 169, 171.
569 Vgl. MüKoBGB/*Basedow* § 310 Rn. 120.
570 So grundlegend BGH NJW 1975, 1318, 1319.
571 Ausführlich dazu *Pfefferle* Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts, S. 153 ff.
572 Allg. zur Publikumsgesellschaft MüKoBGB/*Basedow* § 310 Rn. 120 f.; *Kraft* FS Fischer, 321, 323.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch der Kleinanleger ist in seinen Möglichkeiten, auf den Gesellschafts- und Treuhandvertrag Einfluss zu nehmen, stark beschränkt und den Interessen der Fondsinitiatoren ausgeliefert. Dies mag zwar in Einzelfällen anderes zu bewerten sein. Das Leitbild des fiktiven Durchschnittsanlegers wird jedoch stark von der Hauptgruppe der nicht spekulativ handelnden Kleinanleger geprägt.[573] Eine gesetzliche Schutzpflicht wird auch vom Unionsrecht vorgegeben. Das Ziel des Verbraucherschutzes (Art. 169 Abs. 1 AEUV) nimmt einen eigenständigen Rang in der EU ein und wirkt daher über das Prinzip der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) auf die Rechtsauslegung ein.[574] Das Ziel der Marktgerechtigkeit hat dabei mittlerweile den gleichen Rang eingenommen, wie das Gebot der Sozialstaatlichkeit. Das dabei verfolgte Ziel der Teilhabegerechtigkeit zugunsten von Kleinanleger wäre gefährdet, wenn Kapitalanleger grundsätzlich nicht als schutzwürdige Verbraucher angesehen würden.[575]

Durch all diese, der Regelung des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nicht zugrundeliegenden besonderen Vertragssituationen, ist die Rechtsordnung entgegen dem Anwendungsausschluss der AGB-Kontrolle gleichwohl aufgefordert, dem Anleger schützend zur Seite zu stehen.[576] Zwar ist aus methodologischer Sicht eine unmittelbare Anwendung der §§ 305 ff. BGB wegen des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke unzulässig;[577] eine Umgehung über die allgemeine Norm des § 242 BGB ist jedoch aus den genannten Gründen geboten.

---

573 Vgl. *Koppensteiner* FS Köhler, 371, 377 ff., der allerdings höhere Anforderungen an die Urteilskraft eines Durchschnittsanlegers stellt.

574 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Pfeiffer* AEUV, Losebl., EL 10/19, Art. 169 Rn. 2; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh. § 177a Rn. 68 und 79. Darüber hinaus für eine Pflicht zur Achtung *Micklitz/Reich* EuZW 1992, 593, 595; *Micklitz/Weatherill* JCP 1993, 285, 303, 309 ff.; *Reich* ZEuP 1994, 381, 406.

575 *Armbrüster* ZIP 2006, 406, 410 f. Zur Teilhabegerechtigkeit vgl. Staudinger/*Gsell* BGB (2018), Eckpfeiler des Zivilrechts: L. Verbraucherschutz, Rn. 8; *dies*. WuM 2014, 375, 376 f.; *Dreher* JZ 1997, 167, 169 f.; *Heiderhoff* Grundstrukturen, S. 15; *Reuter* AcP 181 (1981), 1, 12 f.

576 *Wiedemann* FS Westermann, 585, 591 f.; *Fischer* DRiZ 1974, 209, 213; *ders*. FS Barz, 33, 38 f.

577 So auch MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 125; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh. § 177a Rn. 68; Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 5.29; Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 18.6.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Anwendung auf Treuhandverträge

Die Grundsätze der objektiven Auslegung und Inhaltskontrolle finden auch auf die zugehörigen Treuhandverträge Anwendung.[578] Der mit der Inhaltskontrolle bezweckte Anlegerschutz ist in gleicher Weise geboten, wie das bei einer unmittelbaren Beteiligung der Fall ist. Das gilt erst recht, wenn diese Beteiligungsstruktur alternativlos vorgegeben wird. Es dürfen sich keine Rechtsnachteile ergeben, die nicht unvermeidbar schon wegen der Treuhandstruktur bestehen.[579] Treuhandverträge sind jedoch auch dann inhaltlich zu kontrollieren, wenn den Anlegern die Wahl zwischen mittelbarer Treuhandbeteiligung und unmittelbarer Beteiligung gelassen wird. Die Gesellschafts- und Treuhandverträge schreiben regelmäßig vor, dass beide Verträge eine Einheit bilden. Auch nach dem objektiven Vertragswillen sollen die Treugeber daher nicht willkürlich schlechter behandelt werden als unmittelbar Beteiligte.

In der Sache schließlich wäre eine Schlechterbehandlung des Treugebers nicht tragbar, weil durch die vorformulierten und aufeinander abgestimmten Gesellschafts- und Treuhandverträge die gleichen Gefahren für den Treugeber bestehen, wie wenn er Außenkommanditist wäre.[580] Eine schuldrechtliche Vereinbarung, die den Anleger im Innenverhältnis mit einem Außengesellschafter gleichsetzen soll, kann naturgemäß dieselben Nachteile für den Anleger erzeugen.[581] Das gilt erst recht, wenn man wie hier davon ausgeht, dass es sich beim qualifizierten Treugeber in Wahrheit um einen echten Innengesellschafter im Außenverband handelt (stiller Kommanditist).[582]

Aus der Tatsache, dass der Treuhänder schon rechtlich die Interessen der Treugeber wahren muss, ergibt sich nichts anderes.[583] Zwar ist der Treuhänder als späterer Interessenvertreter der Treugeber schon bei der Gesellschaftsgründung beteiligt. Damit ist aber noch nicht hinreichend

---

578 BGHZ 104, 50, 55 f.; 125, 74; MüKoHGB/*Grunewald* § 161 Rn. 117 (Fn. 284), 130 (für eine direkte Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB); Oetker/*Oetker* HGB, § 161 Rn. 138, 142; *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 514 ff.; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh. § 177a Rn. 68 und 79 f.; *Westermann* FS Stimpel, 69, 74 f.

579 BGH NJW 1980, 1162, 1163.

580 BGHZ 104, 50, 55 f.; 125, 74.

581 BGHZ 104, 50, 56.; *Bälz* ZGR 1980, 1, 86 ff.; *Stimpel* FS Fischer, 771, 781; *Westermann* FS Stimpel, 69, 74.

582 Dazu ausführlich S. 175 ff.

583 So auch BGHZ, 50, 56 f.; im Erg. nicht aber in der Begründung ebenfalls so *Zöllner* FS 100 Jahre GmbHG, 85, 117 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gewährleistet, dass die Interessen der Treugeber ausreichenden Eingang in die Vertragsgestaltung finden. Zum einen besteht zu diesem Zeitpunkt noch kein Weisungsrecht. Zum anderen gibt es keine hinreichende Sicherheit, dass sich die oftmals in engem Kontakt zu den sonstigen Gründungsgesellschaftern stehende Treuhand-GmbH auch tatsächlich um eine interessenwahrende Vertragsgestaltung bemüht.

II. Übertragung der Erkenntnisse auf die Publikums-Investment-KG

Noch wenig diskutiert wurde bislang die Frage, ob das allgemeine Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften unterschiedslos auf die Publikums-Investment-KG übertragen werden kann. Für eine unterschiedslose Anwendbarkeit des für die zivilrechtliche Publikumsgesellschaft entwickelten Sondergesellschaftsrechts spricht jedoch die Auslegung von § 149 Abs. 1 S. 2 KAGB in grammatikalischer, systematischer, historischer und teleologischer Hinsicht.

1. Grammatikalische Auslegung

Für eine Anwendbarkeit des allgemeinen Sonderrechts der Publikumspersonengesellschaft spricht zunächst der Wortlaut von § 149 Abs. 1 KAGB:[584]

> Geschlossene Investmentkommanditgesellschaften dürfen nur in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft betrieben werden. Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches sind anzuwenden, soweit sich aus den Vorschriften dieses Unterabschnitts nichts anderes ergibt.

Dabei ist Satz zwei im Lichte des ersten Satzes auszulegen. Es spricht nichts gegen die Annahme, dass im ersten Satz die handelsrechtliche Kommanditgesellschaft gemeint ist.[585] Das wird insbesondere in der gemeinsamen Lesart von Satz eins und zwei deutlich, wenn im zweiten Satz auf die „Bestimmungen des Handelsgesetzbuches" verwiesen wird. Damit wird auch auf die §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB verwiesen, die ihrerseits die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze zur Vertragsauslegung im Personengesellschaftsrecht einschließen.

---

584 Anders wohl *Schewe* Kommanditgesellschaften, S. 144.

585 So auch *Schewe* Kommanditgesellschaften, S. 144 mit Verweis auf BT-Drs. 17/12294, S. 249.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Systematische Auslegung

In systematischer Hinsicht spricht das Verhältnis von Spezial- zu Generalvorschrift für diese Sichtweise. Über § 124 Abs. 1 S. 2 KAGB und § 149 Abs. 1 S. 2 KAGB wird das allgemeine KG- und OHG-Recht herangezogen. Das für die herkömmliche Publikumsgesellschaft entwickelte Sonderrecht muss dann aber auch über die §§ 124 Abs. 1 S. 2, 149 Abs. 1 S. 2 KAGB auf die Investment-KG anwendbar sein. Das richterrechtliche Sondergesellschaftsrecht zur Publikumspersonengesellschaft stellt kein anderes Recht dar als jenes des KAGB im Bereich der zivilrechtlichen Gesellschaftsrechtsvorschriften.[586] Die Investment-KG ist schließlich schon nach dem Wortlaut keine neue Rechtsform, sondern eine Kommanditgesellschaft nach HGB-Recht für die kapitalanlagerechtliche Sondervorschriften gelten.[587]

3. Historische Auslegung

Eine solche Sicht deckt sich auch mit dem historischen Willen des Gesetzgebers. So heißt es auf Seite 249 des Gesetzentwurfes zur Umsetzung der AIFM-Richtlinie, dass „[mit] der Einführung dieser organisationsrechtlichen Form […] keine neue Gesellschaftsform geschaffen [wird]".[588] Wird aber keine neue Gesellschaftsform geschaffen, muss das bisherige Sonderrecht ebenfalls fortgelten.

4. Teleologische Auslegung

Die Anwendbarkeit des allgemeinen Sonderrechts der Publikumspersonengesellschaft ist letztlich auch mit dem Telos der Norm vereinbar: Die §§ 149 ff. KAGB sollen die allgemeinen Regelungen des HGB verdrängen und so den Anlegerschutz erhöhen.[589] Zwar war der Regelungszweck der AIFM-Richtlinie wenn überhaupt nur subsidiär auf den Anlegerschutz gerichtet. Der deutsche Gesetzgeber beabsichtigte aber mit der Schaffung des KAGB darüber hinaus ein in sich geschlossenes Regelwerk für Investmentfonds und ihre Manager zu schaffen. Dadurch soll ein Beitrag zur

586 So auch *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 55.
587 *Adams* Mittelbare Beteiligung, S. 54; *Krause* Investmentgesamthand, S. 43, 51 ff.
588 BT-Drs. 17/12294, S. 249.
589 *Schewe* Kommanditgesellschaften, S. 143.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes im Investmentfondsbereich geleistet werden und gleichzeitig der Anlegerschutz einen einheitlich hohen Standard erreichen.[590] Diesen Schutzzweck verfolgt auch § 149 Abs. 1 S. 2 KAGB, weshalb es widersinnig wäre, dieser Vorschrift eine Ausschlusswirkung in Bezug auf ungeschriebenes Recht zum Schutze von Anlegern zukommen zu lassen.[591]

Das leuchtet auch materiell ein: Auch die geschlossene Publikums-Investment-KG ist auf die Aufnahme einer Vielzahl bei Gründung noch unbestimmter Anleger ausgerichtet.[592] Denn geschlossen heißt in diesem Sinne nicht etwa „kleiner Anlegerkreis", sondern bezieht sich auf die Befugnis vor Beginn der Liquidations- oder Anlaufphase den Rückkauf oder die Rücknahme von Anteilen zu verweigern.[593] Die Investment-KG ist durch die zwingenden Vorgaben des KAGB sogar noch stärker körperschaftlich strukturiert. *Argumentum minore ad maius* ist daher ein Sonderrecht zum Schutze der Anleger, sofern es nicht durch das KAGB klar geregelt wird, erst recht geboten.[594]

III. § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB als programmatische Schutzvorschrift

Vor diesem Hintergrund ist schließlich auch die Wirkungsweise von § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB zu bestimmen. In der Erlaubnisvorschrift des § 152 Abs. 1 S. 2 KAGB liegt eine weitere überschießende Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber, der mit einer Rechtstradition nicht brechen wollte und somit die in Deutschland typische mittelbare Beteiligung an Publikumsfonds im Bereich der geschlossenen Fonds in Gestalt der Treuhandbeteiligung zuließ.[595] Im Lichte des Anlegerschutzzwecks gerade auch der §§ 149 ff. KAGB war die Einführung einer Gewährleistungsnorm wie § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB daher zwingend notwendig.[596]

---

590 RegE zum AIFM-UmsG, BT-Drucks 17/12294, S. 2; vgl. auch Moritz/Klebeck/Jesch/*Mansfeld* KAGB, Einleitung zum KAGB Rn. 21 ff.

591 *Schewe* Kommanditgesellschaften, S. 144 f.; Staub/*Casper* HGB, § 161 Rn. 279.

592 Vgl. Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 149 Rn. 2; *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1042; *Veith* BKR 2015, 233, 236.

593 Vgl. nur Oetker/*Oetker* HGB, § 161 Rn. 163; dazu schon oben, S. 89.

594 Vgl. *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 54; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh. § 177a Rn. 101.

595 Vgl. Baur/Tappen/Merkhah/Behme/*Koennecke* KAGB, § 152 Rn. 25 ff., 28; *Adams* Mittelbare Beteiligung, S. 54 ff.

596 So auch *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 70.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Vorab: Rechtsnatur

Die Vorschrift stellt dabei eine privatrechtliche Vorschrift dar. Dies geht bereits aus der herrschenden modifizierten Subjektstheorie hervor. Danach ist eine Norm öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie einen Träger hoheitlicher Gewalt – in dieser Eigenschaft – zur Ausübung öffentlicher Gewalt ausschließlich berechtigt oder verpflichtet. Andernfalls ist sie privatrechtlicher Natur.[597] Die BaFin als Trägerin öffentlicher Gewalt (§ 4 Abs. 4 FinDAG) wird aber nicht unmittelbar aus § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB berechtigt oder verpflichtet. Dazu bedarf es einer weiteren Eingriffsnorm wie etwa § 5 Abs. 6 S. 1 KAGB. Die Sicht wird durch Heranziehung weiterer geläufiger Abgrenzungstheorien bestätigt:[598] § 152 KAGB im Allgemeinen und dessen Abs. 1 S. 3 im Besonderen wurde primär im Interesse Privater erlassen. Auch spricht die Norm kein Subordinationsverhältnis an, sondern regelt die Rechtsbeziehung unter Privaten.

2. Keine Fiktionswirkung

Allerdings ist damit noch nichts über die materiell-rechtliche Wirkungsweise der Norm gesagt. In ihrer strengsten denkbaren Wirkung, wäre § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB eine gesetzliche Fiktion. Das wird von der herrschenden

---

597 So ausdrücklich etwa OVG Münster NVwZ-RR 2010, 587, 587 f. Vgl. auch GmS-OGB NJW 1990, 1527; BVerwGE 38, 281; BSGE 35, 188; *Gern* NJW 1979, 644; *Wilke* JuS 1966, 481, 482; MüKoZPO/*Zimmermann* § 13 GVG Rn. 8.

598 Für eine Kombinationsfähigkeit der modifizierten Subjektstheorie mit weiteren Abgrenzungstheorien GmS-OGB BGHZ 102, 280, 283; BVerwG NJW 2006, 268; 129, 9, 11; 2013, 2298, 2299; Schoch/Schneider/Bier/*Schneider/Ehlers* VwGO, Losebl., EL 6/19 (2019) § 40 Rn. 229; *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 14; *Zuleeg* Subventionen, S. 45 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Meinung vertreten.[599] Jedoch ist eine solche Fiktion weder erforderlich noch in der Sache dienlich, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.[600]

a) Privatrechtliche Verwirklichung des Schutzzecks

Es ist nicht notwendig, § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB als Fiktionsnorm zu verstehen, um dessen Schutzzweck zu verwirklichen. Zunächst ist in diesem Zusammenhang auf die oben gewonnenen Erkenntnisse zu verweisen: Wenn auch im Bereich der Publikums-Investment-KG der Gesellschafts- und Treuhandvertrag objektiv auszulegen ist, muss diese Auslegung natürlich auch im Zusammenhang mit einer Norm wie § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB erfolgen. Dies kann den Anlegern bei zweifelhaften Vertragsinterpretationen helfen. Denn in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders.[601] Erst wenn ein klarer Verstoß gegen § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB festzustellen ist,[602] sind die betroffenen Klauseln nach Vorbild des § 306 BGB über § 242 BGB für unwirksam zu erachten. Es ist aber dann dogmatisch vorzugswürdig und dem Schutz des Anlegers dienlicher, dem mittelbar Beteiligten die Wahl zu lassen, eine mit § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB konforme Rechtsstellung in der Gesellschaft einzunehmen oder seine Anlageentscheidung rückgängig zu machen und aus dem Fonds mit *ex nunc*-Wirkung auszutreten, anstatt schlicht anzunehmen, dass sich dessen Rechtsstellung im Innenverhältnis bereits durch § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB *ipso iure* an die eines Außenkommanditisten anpasst.

Die Annahme, dass § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB vielmehr eine privatrechtliche Gestaltungsvorgabe enthält, verträgt sich auch besser mit dem historischen Willen des Gesetzgebers, der die Norm als Klarstellung und Auftrag

599 Assmann/Wallach/Zetsche/*Wallach* KAGB, § 152 Rn. 44 ff., 47; Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 6; Baur/Tappen/Merkhah/Behme/*Koennecke* KAGB, § 152 Rn. 40; Staub/*Casper* HGB, § 161 Rn. 49; Oetker/*Oetker* HGB, § 161 Rn. 208 f.; Westermann/Wertenbruch/*Stöber* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20, Rn. I 3170 l; *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 83; *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1044 ff.; *Freitag* NZG 2013, 329, 334; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 40, 123 ff. Unklar Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh. § 177a Rn. 99; *Krause* Investmentgesamthand, S. 107.

600 Wie hier wohl auch *Wagner* ZfBR 2015, 113, 117; *Schewe* Kommanditgesellschaften, S. 151 f.; *Adams* Mittelbare Beteiligung, S. 54 ff., 136, 146.

601 BGH NZG 2016, 424, 426; NJW 2013, 2278, 2279 f.; Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 97.

602 Die Vertragsauslegung geht der Inhaltskontrolle vor: BGH NJW 1979, 2102.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

an die Praxis verstanden haben wollte und sich nicht zur materiell-rechtlichen Wirkung im allgemeinen Gesellschaftsrecht geäußert hat.[603] Mithin kann auch nicht unterstellt werden, dass die noch immer fortschreitende Entwicklung der Dogmatik der qualifizierten Treuhand durch einen kargen Rechtssatz abgeschnitten werden sollte.[604] Daher ist § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB entgegen der herrschenden Meinung eine nur programmatische Vorschrift zum Schutze der Anleger. Die Vorschrift muss so verstanden werden, dass durch die kautelarjuristische Fondsstrukturierung, nach der herkömmlichen Ansicht also insbesondere die Gestaltung des verzahnten Gesellschafts- und Treuhandvertrags, der Treugeber-Anleger unmittelbar beteiligten Kommanditisten qualitativ gleichgestellt werden soll, soweit das Innenverhältnis angesprochen ist.

b) Öffentlich-rechtliche Verwirklichung des Schutzzwecks

Diese nach § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB gesetzlich programmatisch vorgeschriebene Gestaltung kann auch aufsichtsrechtlich gut durchgesetzt werden; auch deshalb ist eine Fiktionswirkung der Vorschrift nicht erforderlich und dienlich: Nach § 5 Abs. 6 S. 1 KAGB überwacht die BaFin „die Einhaltung der Verbote und Gebote [des KAGB] und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Bestimmungen und kann Anordnungen treffen, die zu ihrer Durchsetzung geeignet und erforderlich sind". Als schärfere Mittel zur Durchsetzung solcher Anordnungen kann die BaFin etwa den Vertrieb der Gesellschaftsbeteiligungen untersagen (§ 314 Abs. 1 Nr. 6 KAGB), die Abberufung von Geschäftsleitern verlangen und diesen oder anderen verantwortlichen natürlichen Personen die Tätigkeit untersagen (§ 40 Abs. 1 i.V.m. § 39 Abs. 3 Nr. 6 KAGB) oder sogar die Erlaubnis der Kapitalverwaltungsgesellschaft aussetzen oder aufheben (§ 39 Abs. 3 Nr. 6 KAGB). Der BaFin stehen also eine Reihe an Mitteln zur Verfügung, mit denen sie

603 Vgl. BT-Drs. 17/12294, S. 250.

604 Ähnlich schon *Krieger* FS Stimpel, 307, 312, 332, der herausarbeitet, dass der Gesetzgeber bewusst die feingliedrige Regelung von Verhältnissen in Publikumspersonengesellschaften der Rechtsprechung solange und soweit überlässt, wie dies möglich ist. Denn der Rechtsprechung gelingt es weitaus besser, „unter Wahrung gesellschaftsrechtlicher Kontinuität und zugleich größtmöglicher Einzelfallgerechtigkeit ein differenziertes Schutzsystem zur Verfügung [zu stellen], das auch unter den sich wandelnden wirtschaftlichen Gegebenheiten den berechtigten Interessen sowohl der Wirtschaft, wie auch der Anleger gerecht wird".

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

entweder bereits vor dem Vertrieb oder nach Vertriebsbeginn effektiv auf eine im Einklang mit § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB stehende Vertragsgestaltung hinwirken kann.

3. Fazit

Abschließend lässt sich daher feststellen, dass der Gesetzgeber mit § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB eine nur programmatisch wirkende Schutzvorschrift zugunsten von Treugeber-Anlegern in der Publikums-Investment-KG erließ. Die Vorschrift enthält nur die abstrakte Vorgabe, dass dem Treugeber im Innenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zueinander rechtlich eine Position einzuräumen ist, die der eines Außenkommanditisten gleicht. Dagegen erzeugt sie diese Angleichung nicht *ipso iure*.

Für diese Sichtweise spricht die Tatsache, dass der Gleichstellungsauftrag in § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB ohne Weiteres schon über das anwendbare Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften zur Geltung kommt. Zudem kann der Schutzzweck der Vorschrift notfalls über die Eingriffsbefugnisse der BaFin hinreichend verwirklicht werden. Daher ist es nicht einmal notwendig, diesem kargen Rechtssatz eine derart folgenreiche Fiktionswirkung zukommen zu lassen.

§ 17. Rechtstatsachenbetrachtung der kautelarjuristischen Praxis

Im vorangegangenen Abschnitt wurde herausgearbeitet, dass § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB die Rechtsstellung des qualifizierten Treugebers im Innenverhältnis der Publikums-Investment-KG gerade nicht *ipso iure* an die eines Außenkommanditisten angleicht, sondern nur programmatisch vorschreibt, wie das gesellschafterliche Innenverhältnis diesbezüglich auszugestalten ist. Daran anknüpfend wird nun untersucht, wie die kautelarjuristische Praxis die treuhänderische Beteiligung nach § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB tatsächlich umsetzt.

Bevor man einen Blick auf die Vertragspraxis wirft, muss man sich aber zunächst Klarheit darüber verschaffen, wonach man sucht: Im Zusammenhang mit treuhänderischen Beteiligungen an Publikums-(Investment-)KGs stellt sich zunächst die Frage, wie der Beitritt kautelarjuristisch gestaltet wird (dazu I.). Außerdem kann dem Beitretenden die Wahl gelassen werden, sich unmittelbar oder nur mittelbar zu beteiligen, wobei oft auch noch im Nachhinein eine Wechseloption bestehen kann. Auch diese

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gestaltungsmöglichkeiten und die Häufigkeit ihrer Verwendung sollen untersucht werden (dazu II.). Vor allem aber geht es um die hier besonders interessierende Frage, wie die Praxis den Gestaltungsauftrag des § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB tatsächlich umsetzt und ob sich hierbei mittlerweile eine einheitliche Gestaltungspraxis entwickelt hat (dazu III.).

Die Untersuchung von insgesamt 14 im Internet frei verfügbaren Verkaufsprospekten gemäß § 268 Abs. 1 KAGB auf die darin enthaltenen Gesellschafts- und Treuhandverträge von Publikums-Investment-KGs ergab folgendes Bild:[605]

I. Beitritt durch Erwerbstreuhand

Die Treuhandkommanditistin erwirbt regelmäßig bereits mit der Gründung der Investment-KG einen Kommanditanteil, den sie für eigene Rechnung hält. Sie ist dann jedoch keine Anlegerin im Sinne des KAGB. Erst nach der Gründung der Gesellschaft beginnt die Zeichnungs- beziehungsweise Beitrittsphase, in der die Anleger beworben werden und beitreten können.[606]

Der Beitritt zur Publikumsgesellschaft erfolgt regelmäßig, indem die Treuhandkommanditistin die formularmäßige Beitrittserklärung des Anla-

---

605 Untersucht wurden folgende Verkaufsprospekte (in der Reihenfolge der Verfassung): Publity Performance Fonds Nr. 7 GmbH & Co. geschlossene Investment KG (15. Dezember 2013); Real I.S. Grundvermögen GmbH & Co. geschlossene Investment-KG (27. Juni 2014); IMMAC Sozialimmobilien 71. Renditefonds GmbH & Co. KG geschlossene Investmentkommanditgesellschaft (1. Juli 2014); MIG GmbH & Co. Fonds 15 geschlossene Investment-KG (2. Dezember 2014); Habona Kita Fonds 01 GmbH & Co. geschlossene Investment KG (15. April 2015); HEP-Solar Japan 1 GmbH & Co. geschlossene Investment KG (4. Mai 2015); PATRIZIA Grundinvest Kopenhagen Südhafen GmbH & Co. geschlossene Investment-KG (15. Juni 2016); Jamestown 30 L.P. & Co. geschlossene Investment KG (30. August 2016); Paribus Renditefonds XXVII GmbH & Co. geschlossene Investment-KG (11. November 2016); HL INVEST Freiburg GmbH & Co. geschlossene Investment-KG (15. November 2016); Private Equity Portfolio 2017 GmbH & Co. – geschlossene Invest KG (14. Februar 2017); HTB 8. Geschlossene Immmobilieninvestment Portfolio GmbH & Co. KG (14. März 2017); Top Select Fund VI GmbH & Co. Geschlossene Investment KG (21. Juni 2017); WealthCap Portfolio 3 GmbH & Co. geschlossene Investment KG (11. Juli 2017).

606 So auch Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geinteressenten im Namen sämtlicher Gesellschafter annimmt.[607] Dazu wird die Kommanditistin schon im Gesellschaftsvertrag unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ermächtigt und bevollmächtigt, das Kommanditkapital der Investment-KG durch Erhöhung der eigenen Kommanditbeteiligung und Leistung der entsprechenden Kommanditeinlage treuhänderisch für Rechnung noch zu werbender Anleger zu erhöhen.[608] Der konkrete Beitritt vollzieht sich dann wie folgt:

Mit der Beitrittserklärung schließen die Parteien zeitgleich den ebenfalls vorformulierten[609] Treuhandvertrag ab. Dabei handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675, 662 BGB.[610] Dieser berechtigt und verpflichtet die Treuhandkommanditistin zum fiduziarischen Erwerb einer Kommanditbeteiligung für Rechnung des Anlegers (sog. Erwerbstreuhand).[611] Denkbar ist zwar auch, dass ein bereits vorrätig erworbener Anteil mit der Annahme der Beitrittserklärung fortan nur noch fiduziarisch für den Anleger gehalten wird (sog. Vereinbarungstreuhand). Die kautelarjuristische Praxis löst sich so jedoch von dem Risiko, am Ende der Beitrittsphase Anteile auf Vorrat als eigene Anteile halten zu müssen. Die Initiatoren wollen regelmäßig nur einen fest vorbestimmten, geringen Anteil am Gesellschaftsvermögen für eigene Rechnung halten.

Erst nachträglich wird also der Kommanditanteil der Treuhand-GmbH sukzessiv durch fiduziarische Erhöhung der Kommanditeinlage erweitert. Die Zeichnung weiterer Treuhandbeteiligungen erfolgt also durch Selbst-

---

607 *Bälz* ZGR 1980, 1, 21. Zum Rechtscharakter des Gesellschafterbeitritts Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 84; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Rn. 67; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 105 Rn. 206.

608 Vgl. § 9 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der IMMAC Sozialimmobilien 71. Renditefonds GmbH & Co. KG geschlossene Investmentkommanditgesellschaft (1. Juli 2014); Abschnitt 4.3.1 des Gesellschaftsvertrages der Jamestown 30 L.P. & Co. geschlossene Investment KG (30. August 2016); § 8 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrages der Top Select Fund VI GmbH & Co. Geschlossene Investment KG (21. Juni 2017). Vgl. auch BGH NZG 2011, 551; 552; BGH WM 1976, 15; 16; Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 10; *Wiedemann* WM 1990, Sonderbeilage Nr. 8, 1, 6.

609 Vgl. auch Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 2.

610 *Bälz* ZGR 1980, 1, 21; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 40. Zur Rechtsnatur des Treuhandvertrags ausführlich S. 63 ff.

611 So zum Beispiel § 2 Abs. 1 des Treuhandvertrages der IMMAC Sozialimmobilien 71. Renditefonds GmbH & Co. KG geschlossene Investmentkommanditgesellschaft (1. Juli 2014); Abschnitt 4.3.1 des Gesellschaftsvertrages der Jamestown 30 L.P. & Co. geschlossene Investment KG (30. August 2016); § 3 Abs. 2 des Treuhandvertrages der Top Select Fund VI GmbH & Co. Geschlossene Investment KG (21. Juni 2017).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kontrakt. Mithin hält die Treuhand-GmbH mit dem dinglichen Vollzug des ersten Beitritts den einheitlichen Geschäftsanteil nur noch bis zur Höhe der für eigene Rechnung erworbenen Beteiligung für sich selbst. Entsprechend der Anlegerverhältnisse wird der übrige Teil fiduziarisch gehalten.

II. Wahl- und Wechseloptionen

Regelmäßig beinhalten Gesellschafts- und Treuhandverträge Klauseln mit sogenannten Wahl- und Wechseloptionen.[612] Dabei handelt es sich um die anfängliche, beziehungsweise nach treuhänderischem Beitritt bestehende Möglichkeit sich entweder als echter Kommanditist in das Handelsregister eintragen zu lassen oder sich nur als Treugeber zu beteiligen. Zuweilen sehen die Verträge auch den zwingenden Beitritt als Treugeber vor und eröffnen erst nachträglich eine Wechseloption in die echte Gesellschafterstellung.[613] Diese kautelarjuristische Praxis ist unbedenklich. Ein gesetzlicher Anspruch auf eine freie Wahl zwischen beiden Beteiligungsformen folgt nämlich nicht aus § 152 Abs. 1 S. 2 KAGB.[614]

Die mit dem Treuhandmodel bewirkte administrative Vereinfachung kann auch mit der Stellung als Außenkommanditist erreicht werden. Dazu wird oft der Beitritt als Außenkommanditist oder der Wechsel in die Stellung eines solchen an die Voraussetzung geknüpft, dass der verwaltend tätigen Gesellschafterin eine unwiderrufliche Handelsregistervollmacht in notariell beglaubigter Form erteilt wird, welche zur Vornahme sämtlicher handelsregisterlichen Anmeldungen ermächtigt.[615] Zuweilen wird auch ein Geschäftsbesorgungsverhältnis dergestalt fortgesetzt, dass die Treuhand-GmbH nach der Umwandlung den Kommanditanteil des nunmehrigen echten Kommanditisten weiterverwaltet. Dazu wird die

612 Vgl. für Wahloptionen *Klöhn* VGR 2013, 143, 146; *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 621; *Strohn* ZinsO 2013, 12, 14; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 73. Vgl. für Wechseloptionen Baur/Tappen/Merkah/Behme/*Könnecke* Investmentgesetze, KAGB, § 152 Rn. 34.

613 Vgl. etwa Abschnitt 4.2 des Gesellschaftsvertrages der Jamestown 30 L.P. & Co. geschlossene Investment KG (30. August 2016).

614 Baur/Tappen/Merkhah/Behme/*Könnecke* KAGB, § 152 Rn. 33 f.; Beckmann/Scholtz/Vollmer/*Klebeck/Kunschke* Investment-Handbuch, KAGB, Losebl., EL 2/20, § 152 Rn. 23.

615 So etwa Abschnitt 4.4.3 des Gesellschaftsvertrages der Jamestown 30 L.P. & Co. geschlossene Investment KG (30. August 2016).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Treuhand-GmbH beauftragt und unwiderruflich bevollmächtigt, die aus dem Kommanditanteil resultierenden Rechte und Pflichten im Namen und nach den Weisungen des echten Kommanditisten auszuüben soweit dieser nicht selbst diese Rechte und Pflichten ausübt (sog. „unechte" Vollmachtstreuhand)[616].[617]

Damit der für eigene Rechnung gehaltene Teil der Kommanditeinlage durch nachträgliche Wechsel nicht ungewollt anwächst, wird die von der Treuhand-GmbH für den wechselnden Treugeber gehaltene Kommanditbeteiligung an diesen bereits im Gesellschafts- und Treuhandvertrag aufschiebend bedingt durch die Handelsregistereintragung abgetreten.[618]

III. Die Gleichstellung nach § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB

Gemäß § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB hat der Anleger bei „[…] mittelbarer Beteiligung über einen Treuhandkommanditisten […] im Innenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zueinander die gleiche Rechtsstellung wie ein Kommanditist". Damit bringt der Gesetzgeber seine Anerkennung einer jahrzehntelang etablierten Gestaltungspraxis zum Ausdruck. Man unterließ es aber gleichzeitig konkret vorzugeben, wie diese Treuhandbeteiligung unter Einräumung einer kommanditistengleichen Stellung im Innenverhältnis auszugestalten ist, weil die dogmatische Untersuchung dieser Rechtsbeziehung der Praxis überlassen werden sollte.[619] § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB könnte dabei jedoch einen derart starken Einfluss auf die Vertragspraxis gehabt haben, dass sich ein typisiertes Treuhandmodell im Anwendungsbereich des Gesetzes herausgebildet hat. Eine dezidierte Auseinandersetzung mit den abstrakten Möglichkeiten rechtlicher Ausgestaltung an anderer Stelle dieser Arbeit,[620] hat gezeigt, dass es im Kern um drei Unterscheidungsfragen geht, die zu untersuchen sind:

---

616 Zum Begriff der Vollmachtstreuhand ausführlich S. 24.

617 Vgl. etwa § 8 Abs. 3 des Treuhandvertrages der Publity Performance Fonds Nr. 7 GmbH & Co. geschlossene Investment KG (15. Dezember 2013).

618 Vgl. etwa § 20 Abs. 7 und 8 des Gesellschaftsvertrages und § 10 Abs. 3 des Treuhandvertrages der IMMAC Sozialimmobilien 71. Renditefonds GmbH & Co. KG geschlossene Investmentkommanditgesellschaft (1. Juli 2014).

619 Dazu S. 140 ff.

620 Dazu S. 102 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Noch einmal: Die Gestaltungsmöglichkeiten qualifiziert treuhänderischer Beteiligung

Zum einen geht es um die Frage, ob die Gesellschafterrechte des Treugeber-Anlegers originär in der Person des Anlegers, also unmittelbar durch den Beitritt, entstehen oder ob die Gesellschafterrechte des Treugeber-Anlegers erst nach dem Beitritt des Treugebers vom Treuhänder auf diesen übertragen werden (derivativer Erwerb). Des Weiteren können die Gesellschafterrechte aufgrund einer schuldrechtlichen Abrede zwischen dem Anleger und der Treuhandkommanditistin entstehen (schuldrechtliche Berechtigung) oder aber die Anlegerrechte basieren auf dem Gesellschaftsvertrag der Investment-KG (organisationsrechtliche Berechtigung). Drittens muss gefragt werden, ob der treugebende Anleger in die Investment-KG (quasi-)mitgliedschaftlich einbezogen wird, sodass er materiell echtes Mitglied in der Gesellschaft ist, beziehungsweise als Berechtigter *sui generis* einem solchen echten Mitglied in nichts nachsteht (mitgliedschaftliche Einbeziehung) oder ob er durch Vertrag nur so behandelt wird, als ob er Mitglied sei, ohne dabei eine solche Stellung in der Gesellschaft einzunehmen, er also nur schuldrechtlich einem echten Gesellschafter angenähert wird (virtuelle Sachabbildung).

2. Erkenntnis

Der Blick in die Rechtspraxis hat gezeigt, dass die kautelarjuristische Ausgestaltung der Beteiligung über eine Treuhand sehr unterschiedlich ist. Insofern kann man nicht sagen, ob § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB irgendeinen Einfluss auf die Ausgestaltung der treuhänderischen Beteiligung in Publikums-Investment-KGs hatte.[621]

In den 14 untersuchten Gesellschaftsverträgen erlangte der Anleger in nur sieben Gesellschaften mit seinem Beitritt originär Mitgliedschaftsrechte. In den restlichen sieben Gesellschaften wurde eine Berechtigung im Innenverhältnis nur abgeleitet vom Treuhänder eingeräumt. In den Fällen, in denen die Anleger originär berechtigt wurden, erfolgte mehrheitlich eine Einbeziehung in die Hauptgesellschaft. Das war der Fall bei fünf Gesellschaften. In zwei Fällen, wurde der Anleger nur in die Mitgliedschaft des Treuhänders einbezogen, dessen Rechtmäßigkeit unter Beachtung des Gleichstellungsauftrags in § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB fragwürdig ist. Auf der

621 Assmann/Wallach/Zetsche/*Wallach* KAGB, § 152 Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Seite der abgeleiteten Berechtigung wurde diese Berechtigung in fünf Fällen nur schuldrechtlich ausgestaltet (virtuelle Sachabbildung). In einem Fall wurde sogar zwischen den mitgliedschaftlichen Verwaltungs- und Vermögensrechten unterschieden. Erstere wurden durch Vollmacht zur Ausübung überlassen und letztere dinglich vom Treuhänder auf den Treugeber übertragen. Auch diese Konstruktion erscheint im Lichte des § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB fragwürdig. In nur einem Fall wurden die Treugeber durch eine umfassende Abtretung sämtlicher Rechte und eine Übernahme sämtlicher Pflichten derivativ in die Gesellschaft einbezogen.

Wie auch immer die Gestaltung rechtstechnisch vollzogen wurde, wurde doch im Ergebnis immer klargestellt, dass die auf die Beteiligung entfallenden mitgliedschaftlichen Rechte unmittelbar durch die Treugeber ausgeübt werden können und Pflichten durch diese wahrzunehmen sind. Insbesondere erklärten sich sämtliche Gesellschafter mit der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich damit einverstanden, dass die Treugeber an den Beschlussfassungen der Investmentgesellschaft selbst teilnehmen und Stimm-, Auskunfts- und Kontrollrechte selbst ausüben können. Die Treuhandkommanditistin soll die Verwaltungsrechte nur weisungsgebunden und ansonsten in deren mutmaßlichen Interesse ausüben, soweit die Treugeber nicht selbst handeln (Fälle der Ermächtigungs- und Vollmachtstreuhand). Letzteres ergibt sich nicht bereits aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis (§§ 662 ff. BGB) und muss daher vertraglich vereinbart werden, wenn die Rechte vom formellen Geschäftsanteil gesondert in der Person des Treugebers bestehen. Auch die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis stehen den Treugebern regelmäßig in eigener Person zu. Die Treuhandkommanditistin bleibt dann aber weiterhin empfangsberechtigt.

§ 18. Zusammenfassung

Bei der qualifizierten Treuhand in der Publikums-KG beteiligt sich eine Vielzahl qualifizierter Treugeber über eine Treuhandkommanditistin in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung an der Hauptgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft. Dies kann als Sammeltreuhand bezeichnet werden. Seit der Einführung des KAGB tritt die Publikums-KG häufig in der regulierten Form der geschlossenen Publikums-Investment-KG auf. Die Regulierung basiert dann auf den §§ 124 Abs. 1 S. 1, 149 Abs. 1 S. 1 KAGB in Verbindung mit §§ 91 Abs. 2, 127 Abs. 1 KAGB. Nur wenn die Kapitalmarktfinanzierung bloß der operativen Tätigkeit des Unterneh-

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mens außerhalb des Finanzsektors dient, besteht kein Investmentvermögen im Sinne von § 1 Abs. 1 KAGB. Dann kann die Gesellschaft noch als herkömmliche unregulierte Publikums-KG auftreten. Auch sogenannte Altfonds (§ 353 Abs. 1, Abs. 3 KAGB) sind vom Anwendungsbereich des KAGB ausgenommen.

Die Wahl der Kommanditgesellschaft als Anlagevehikel ist vor allem steuerrechtlich motiviert. Die Beteiligung der Anleger im Wege der mittelbaren Beteiligung über eine Treuhand beruht hingegen regelmäßig auf mehreren gleichstufigen Beweggründen: Zum einen erleichtert die Anlegerkupierung durch eine Sammeltreuhand die Organisation der Anleger. Insbesondere die zahlreichen Registeranmeldungen werden entbehrlich und der gesellschafterliche Willensbildungsprozess wird vereinfacht. Zum anderen profitieren die Anleger neben einer Fremdinteressenwahrnehmung durch den Treuhänder auch von der registerlichen Anonymität. Eine Fremdinteressenwahrnehmung wird jedoch nicht immer optimal durchführbar sein. Denn die Treuhand-GmbH kann multifunktional tätig werden – also gleichzeitig Geschäftsführung und Kapitalverwaltung übernehmen – und personell mit den Fondsinitiatoren und Geschäftspartnern der Hauptgesellschaft verflochten sein. In diesen Fällen muss die BaFin gegebenenfalls präventiv aufsichtsrechtlich tätig werden, denn eine solche Kompetenzerweiterung gefährdet die Loyalität der Treuhand-GmbH erheblich.

Wichtig ist es, die qualifizierte Treuhand immer auch mit Blick auf ihre verwandten Modelle einer mittelbaren Beteiligung am Gesellschaftsanteil zu betrachten. Die Herausarbeitung der dogmatischen Besonderheiten von stiller Gesellschaft, Unterbeteiligung oder des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil wird später bei der Untersuchung der Rechtsnatur der qualifizierten Treuhand helfen. Während bei der stillen Gesellschaft der mittelbar Beteiligte ein gesondertes Gesellschaftsverhältnis mit der Hauptgesellschaft eingeht, kann der offen oder qualifiziert Unterbeteiligte wie ein qualifizierter Treugeber in das Hauptgesellschaftsverhältnis einbezogen werden. Der echte Nießbrauch am Gesellschaftsanteil hingegen ist nach herrschender Meinung eine echte dingliche Belastung des Gesellschaftsanteils, wobei die Substanz der Mitgliedschaft beim Besteller verbleibt. Der Nießbraucher wird Verwalter der Nutzung.

Das Institut der qualifizierten Treuhand hat mittlerweile gesetzlichen Eingang gefunden. § 152 Abs. 1 S. 2 KAGB bestimmt, dass „sich Anleger an der geschlossenen Publikumsinvestmentkommanditgesellschaft auch mittelbar über einen Kommanditisten (Treuhandkommanditisten) beteiligen" dürfen. Satz 3 stellt sodann klar, dass dieser mittelbar beteiligte Anleger

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Innenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zueinander die gleiche Rechtsstellung wie ein Kommanditist hat. Diese Vorschrift kann die Gleichstellung theoretisch *ipso iure* bewirken oder rein programmatisch als Gestaltungsziel vorschreiben. Nach hier vertretener Auffassung können die in der Literatur vorhandenen pauschalen Verweise auf eine Rechtsfiktionswirkung aber nicht überzeugen. In der Sache wäre eine solche Normwirkung auch kaum dienlich. Denn ein Schutz der qualifizierten Treugeber kann viel besser über die Mechanismen der objektivierten Gesellschaftsvertragsauslegung und Inhaltskontrolle bewirkt werden. Daher sollte § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB eine im Rahmen des allgemeinen Sonderrechts der Publikumspersonengesellschaften zu beachtende Programmvorschrift sein. Auch die kapitalanlagerechtlichen Steuerungskompetenzen der BaFin sprechen für die Angemessenheit dieser Sichtweise.

Abschließend wurde die kautelarjuristische Praxis im Zusammenhang mit der qualifizierten Treuhand in der Publikums-Investment-KG betrachtet. Die Beteiligung vollzieht sich hier in der Regel mittels Erwerbstreuhand. Den Treugebern steht zudem regelmäßig die Wahl offen, nachträglich in die Position eines Außenkommanditisten zu wechseln. Von besonderer Bedeutung war aber die Erkenntnis, dass sich in der Praxis trotz des neuen § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB gerade keine typisierte Gestaltung der qualifizierten Treuhand herausgebildet hat. So sind selbst noch Strukturierungen, bei denen die mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte nur derivativ und sogar noch Strukturierungen, bei denen diese Rechte nur schuldrechtlich dem Treugeber eingeräumt werden, vorzufinden. Mit Blick auf den Gleichstellungsauftrag in § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB sind solche Gestaltungen jedoch als unzulässig zu bewerten und nach Möglichkeit mit den Instrumenten der objektivierten Auslegung und Inhaltskontrolle, so wie herausgearbeitet, zu korrigieren. Zudem muss die BaFin in solchen Fällen mit ihren aufsichtsrechtlichen Ermächtigungen eingreifen.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 3: Dogmatik und Anwendungsprobleme der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil

§ 19. Einführung

Im ersten und zweiten Kapitel dieser Abhandlung wurden die Grundlagen dieser Arbeit umfassend untersucht. Im ersten Kapitel ging es um die allgemeine Rechtsnatur der Treuhand im deutschen Recht. Im zweiten Kapitel wurde dann die qualifizierte Treuhand in der Publikums-KG einer genaueren Betrachtung unterzogen. Beide Kapitel dienten aber letztlich der Vorbereitung dieses dritten Kapitels, welches den Schwerpunkt dieser Arbeit darstellt. Es geht um die Frage, was sich dogmatisch hinter der qualifizierten Treuhand verbirgt. Darüber hinaus werden die Hauptanwendungsprobleme der qualifizierten Treuhand aufgearbeitet. Das umfasst zunächst die Frage, wie der qualifizierte Treugeber gegenüber Gesellschaftsgläubigern haftet und ob er diesen eigene Ansprüche gegen die Gesellschaft, insbesondere Prospekthaftungsansprüche, entgegenhalten kann. Schließlich wird untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen Mitanleger einen Anspruch auf Auskunft über die Identität eines anonymen Treugeber-Anlegers haben.

Die Rechtsnatur der qualifizierten Treuhand ist noch immer hoch umstritten. Das Meinungsspektrum reicht von der Ansicht, bei der qualifizierten Treuhand werde der Treugeber bloß schuldrechtlich einem Mitglied gleichgestellt über die Vorstellung, die Treuhandbeziehung werde quasi-verdinglicht, also mit gesellschaftsrechtlichen Bindungen „überlagert", bis hin zu der Annahme, der Treugeber werde in die Hauptgesellschaft als Quasi-, oder gar echter Gesellschafter einbezogen (dazu § 20 und § 21). Eine diesbezügliche Stellungnahme und Einordnung (dazu § 22) hat selbstverständlich auf die hier ebenfalls untersuchten Hauptanwendungsprobleme Auswirkung. Jedoch bietet eine Stellungnahme zur Rechtsnatur der qualifizierten Treuhand nur eine von vielen Begründungsstützen. Jede der aufgeworfenen Folgefragen bringt ihre eigenen bereichsspezifischen Fragestellungen mit sich, die es zu klären gilt.

So kann etwa die Erkenntnis, dass die qualifizierte Treuhand gerade nicht zu einer Außengesellschafterstellung führt (so aber *Kindler*), nur einen ersten Begründungsansatz dafür bieten, dass der qualifizierte Treugeber nicht unmittelbar nach außen haftet. Denn wird argumentiert, dass es

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trotz der Annahme einer reinen Innenbeteiligung zu einer rechtlichen (institutionellen) Außenhaftung kommt, muss dem gezielt mit zusätzlichen Argumenten begegnet werden (dazu § 23). Ähnlich verhält es sich mit dem Themenkomplex „Aufrechnung". Auch hier kann die Erkenntnis, dass es sich bei der qualifizierten Treuhand um eine vom Außenverhältnis zu trennende Innenbeteiligung handelt und der Treugeber daher gerade mit Prospekthaftungsansprüchen gegen einen in einen Zahlungsanspruch umgewandelten Freistellungsanspruch aufrechnen können soll, nur einen Begründungsansatz bieten. Denn die herrschende Meinung, die ebenfalls eine Außengesellschafterstellung ablehnt, nimmt hier dennoch eine Quasi-Außenhaftung an und verwehrt die Aufrechnungsbefugnis mit Blick auf § 129 HGB (dazu § 24). So verhält es sich letztlich auch im Bereich der Auskunftsrechte, wobei in diesem Bereich die Problemlösung nur noch peripher von der Dogmatik der qualifizierten Treuhand abhängt. Es wird hier vielmehr um allgemeine Wertungen im Publikumsgesellschafts- und Datenschutzrecht gehen (dazu § 25).

§ 20. Die Dogmatik in der Rechtsprechung

Zunächst ist die dogmatische Behandlung der qualifizierten Treuhand in der Rechtsprechung zu untersuchen. Ihr Modell entwickelte sich seit den frühen 50er Jahren bis in die Gegenwart, zuletzt mit der Entscheidung BGHZ 217, 237, fort.

I. Vertragsfreiheit im Innenverhältnis

Im Jahr 1953 befasste sich der BGH in der Entscheidung BGHZ 10, 44 erstmals mit einem Fall, in dem ein Treugeber durch eine offene[622] Treuhand an einer Kommanditgesellschaft beteiligt werden sollte.[623] Die

622 Die synonyme Bezeichnung als qualifiziertes Treuhandverhältnis trat später hinzu, vgl. nur BGH NZG 2015, 269; 270. Zum Begriff der offenen und qualifizierten Treuhand S. 35 f.

623 Auch die Entscheidungen RG Warn. 1918, Nr. 79, S. 115 und OHGZ 2, 253 behandelten schon Fälle mit Vertragskonstruktionen zwischen reiner Treuhand und echter Gesellschafterstellung. Vgl. auch *Weipert* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 12 Rn. 62 ff.; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 78; *Tebben* ZGR 2001, 586, 589; *Kümmerlein* Erscheinungsformen und Probleme, S. 15 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Klägerin, eine im Handelsregister eingetragene Kommanditistin, war der Auffassung, dass eine ihr gegenüber ausgesprochene Kündigung ihrer Geschäftsführerstellung keine Wirkung gehabt hätte, weil mit Abschluss des Treuhandvertrages ihre Treugeberin die eigentliche Gesellschafterin der Gesellschaft geworden sei.

Das Gericht führte aus, dass Parteien eines Gesellschaftsvertrags über eine Kommanditgesellschaft rechtlich insoweit Schranken gesetzt seien, als es um die formelle Gesellschafterstellung geht. Ihnen sei es nicht erlaubt, rechtlich die Beteiligung einer Person nur im Innenverhältnis zu vereinbaren und gleichzeitig zu bestimmen, dass diese „Innengesellschaft rechtlich als Außengesellschaft zu behandeln ist".[624] Auch wenn die Handelsregistereintragung nicht konstitutiv für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft sei, müsse doch zumindest beabsichtigt sein, dass die Beteiligten eingetragen werden und nach außen in Erscheinung treten.[625]

Dies gelte jedoch nicht für das Innenverhältnis. Das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander werde nicht durch zwingendes Recht eingeschränkt, wenn es darum geht, einen Nichtgesellschafter im Innenverhältnis unmittelbare Rechte in der Gesellschaft einzuräumen. Die Beteiligten könnten ihr gesellschaftliches Innenverhältnis auf diese Weise so gestalten, „als ob die Geldgeber die Kommanditisten seien" und hätten dadurch die Möglichkeit, „ihre Rechtsbeziehung untereinander der wirklichen Sachlage anzupassen".[626] Insoweit sei ihre „interne Rechtsbeziehung im allgemeinen einer freien vertraglichen Vereinbarung zugänglich".[627] In diesem Zusammenhang verwendete der BGH erstmals den Ausdruck „offenes Treuhandverhältnis".[628] Damit kennzeichnet das Gericht die Kenntnis und Billigung einer treuhänderischen Beteiligung eines Außenstehenden an der Gesellschaft, was zugleich die rechtliche Voraussetzung für eine unmittelbare Einräumung von Mitgliedschaftsrechten zugunsten des Treugebers sein soll.[629]

---

624 BGHZ 10, 44, 48.
625 BGHZ 10, 44, 48 mit Verweis auf RGZ 165, 265; OGHZ 2, 253; 4, 241.
626 BGHZ 10, 44, 50; vgl. auch BGHZ 196, 131, 136; NZG 2015, 269, 270.
627 BGHZ 10, 44, 49 f. (die aus heutiger Sicht falsche Schreibweise des Wortes „Allgemeinen" entsprach den Regeln der Rechtschreibung bis 1996).
628 Später auch qualifiziertes Treuhandverhältnis, vgl. nur BGH NZG 2015, 269; 270.
629 Hierzu später ausführlicher BGH WM 1962, 1353, 1354.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Vertragliche Eingliederung in die Gesellschaft

Mit dem Urteil BGH NJW 1987, 2677 bestätigte der BGH die Rechtsprechung von BGHZ 10, 44 und wurde dabei etwas konkreter: Zwar sei der treugebende Anleger einer Publikums-KG kein echter Kommanditist. Allerdings enthalte der Gesellschaftsvertrag im zu entscheidenden Fall eine Reihe von Bestimmungen, „die nicht den Treuhandkommanditisten, sondern die Rechtsstellung der hinter diesem stehenden Treugeber betreffen".[630] Durch diese Bestimmung würde nicht nur das Innenverhältnis zwischen der Treuhandkommanditistin und den treugebenden Anlegern geregelt. Bei einem solchen offenen Treuhandverhältnis gingen vielmehr sämtliche Gesellschafter davon aus, dass alle noch zu werbenden Anleger wie echte Kommanditisten in das Gesellschaftsverhältnis einbezogen würden, soweit ihre Rechtsstellung im Gesellschaftsvertrag angesprochen sei.[631] Diese Konstruktion nennt das Gericht erstmals Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag. Die Gesellschafter würden durch ein solches verzahntes Vertragskonstrukt bestimmen, dass die Treugeber direkt an der Gesellschaft beteiligt werden sollen. Die Treugeber müssten die sie betreffenden Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag in der Regel so verstehen, dass die Gesellschafter die Treuhandkommanditistin bevollmächtigt haben, für die Gesellschafter stellvertretend vertragliche Bindungen mit den Anlegern einzugehen. Dies führe zu einer „durch privatautonome rechtsgeschäftliche Willenserklärung der Anleger" begründeten organisatorischen Eingliederung in die Gesellschaft.[632]

III. Durch gesellschaftsrechtliche Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung

Eine einheitliche dogmatische Einordnung der Folgen der Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag unter Einräumung von Gesellschaftsrechten im Gesellschaftsvertrag gelang der Rechtsprechung bis zum Jahr 2003 nicht. Vereinzelt wurde allein die Wirkung beschrieben: Die Treugeber erhielten unmittelbare Gesellschafterrechte, könnten sogar so

630 BGH NJW 1987, 2677.
631 BGH NJW 1987, 2677.
632 BGHZ 196, 131, 141; NZG 2015, 269, 272; ähnlich schon BGH NJW 1987, 2677; vgl. auch BGH NJW-RR 2007, 406, 407; 2012, 937, 938; OLG Düsseldorf ZIP 2018, 72, 73.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

behandelt werden, „als ob" sie Kommanditisten seien.[633] Meistens aber wurden pauschale Kategorisierungen vorgenommen, ohne genauer die dahinterstehende Dogmatik zu erläutern.[634] Was sich dogmatisch hinter der Verzahnungsdoktrin verbirgt, blieb damit lange unklar.[635]

1. Insbesondere BGHZ 196, 131

Mit einem BGH-Urteil aus dem Jahr 2003 sollte sich das schließlich ändern. Bei entsprechender Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag, würde zwischen sämtlichen Gesellschaftern und Treugebern, die Teil der offenen oder qualifizierten Treuhandbeziehung sind, eine Treuhandbeziehung entstehen, die von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagert würde.[636] Mit Unterzeichnung der Beitrittserklärung durch den Anlageinteressenten, würde also zugleich ein flächendeckendes Treuhandverhältnis zwischen sämtlichen echten Gesellschaftern auf der einen Seite und den Treugebern auf der anderen Seite entstehen. Die im Jahr 2003 eingeleitete und von BGH NZG 2011, 1432 vertiefte Dogmatik des gesellschaftsrechtlich überlagerten Treuhandverhältnisses wurde schließlich im Grundsatzurteil BGHZ 196, 131 bestätigt[637] und in sämtlichen darauffolgenden Gerichtsurteilen fortgeführt.[638] Zugleich scheint bereits BGHZ 196, 131 seine bisherige Rechtsprechung zur qualifizierten Treuhand beziehungsweise Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag als abgeschlossene Rechtsfortbildung zu erklären:[639]

In Auslegung des Gesellschafts- und Treuhandvertrags, aber auch sonstiger Erklärungen wie Beitritts- oder Anteilsübernahmeerklärungen, sei es eindeutig, dass sämtliche Gesellschafter und Treugeber einvernehmlich davon ausgingen, dass die treugebenden Anleger sich an der Gesellschaft

---

633 BGHZ 10, 44, 49 f.

634 BGHZ 76, 127, 131 (in das Treuhandverhältnis einbezogener Gesellschaftsvertrag); BGH NJW 1987, 2677 (direkte Beteiligung an der Gesellschaft); OLGZ (Frankfurt) 1977, 719 (nur schuldrechtliche Berechtigung, ohne Beitritt); OLGZ (Koblenz) 1989, 223 (echte Kommanditistenstellung im Innenverhältnis); OLG Köln BB 1996, 2058 (Ermächtigung zur Rechtsausübung).

635 *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1044.

636 BGH NZG 2003, 915.

637 Vgl. BGHZ 194, 180, 191.

638 Vgl. nur BGH NZG 2015, 269; ZD 2015, 181; OLG Düsseldorf NZG 2018, 297; OLG Bamberg WM 2014, 1174.

639 *Wiedemann* NZG 2016, 1, 2; vgl. auch BGH NJW 2015, 269.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(gemeint ist an dem Innenverhältnis der Gesellschaft) beteiligen. Die Treuhandkommanditistin würde in den Vertragsdokumenten nur als „rechtstechnisches Mittel zum Zweck" erwähnt werden.[640] Durch den Abschluss eines offenen Treuhandvertrages, also der Verzahnung des Treuhandvertrages mit dem Gesellschaftsvertrag, entstünde eine Treuhandbeziehung zu sämtlichen Gesellschaftern und Treugebern, die durch gesellschaftsrechtliche Bindungen überlagert würde.[641] Die Verzahnung sei gekennzeichnet durch die Erklärung, der Gesellschaft beitreten zu wollen, der Ausgestaltung der Treuhandkonstruktion als bloßes „rechtstechnisches Mittel zum Zweck" sowie der verbindlichen Regelung der Treugeberstellung in der Gesellschaft durch den Treuhand- und Gesellschaftsvertrag, wobei dem Treugeber im Gesellschaftsvertrag unmittelbare Gesellschafterrechte eingeräumt werden.[642]

Trotz des Beitritts zur Gesellschaft und der unmittelbaren Geltung des Gesellschaftsvertrags für die Treugeber, würden diese aber nicht zu echten Gesellschaftern im Innenverhältnis.[643] Vielmehr sollen die Treugeber nur so behandelt werden, als ob sie echte Gesellschafter im Innenverhältnis seien.[644] Im Innenverhältnis zur Gesellschaft soll der Treugeber also nicht formal Gesellschafter sein, sondern eine „einem unmittelbaren Gesellschafter entsprechende Rechtsstellung" erlangen. Er unterscheidet sich vom echten Gesellschafter lediglich durch das Fehlen einer dinglichen Teilhabe am Gesamthandsvermögen sowie das Fehlen einer unmittelbaren Außenhaftung.[645]

2. Zuletzt BGHZ 217, 237

Die Voraussetzungen einer solchen Überlagerung, die zur sogenannten Quasi-Gesellschafterstellung führt, tarierte der BGH noch einmal im Jahr 2018 aus.[646] Beachtlich an diesem Urteil ist die Klarstellung, dass es zur Beurteilung der Quasi-Gesellschafterstellung auf eine „Gesamtwürdigung

640 BGHZ 196, 131, 137; so schon BGHZ 148, 201, 205; vgl. auch BGH NZG 2011, 1432, 1434.
641 BGHZ 196, 131, 137.
642 BGHZ 196, 131, 138; vgl. auch BGH NZG 2015, 269, 270.
643 Vgl. BGHZ 196, 131, 138; NJW 2015, 269, 271.
644 BGHZ 196, 131, 136 mit Verweis auf BGHZ 178, 271; NJW 1987, 2677; NZG 2003, 915; ZIP 2006, 1631; NZG 2011, 1432.
645 BGHZ 196, 131, 140.
646 BGHZ 217, 237. Vgl. auch NZG 2018, 1066, 1067.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sämtlicher vertraglicher Regelungen zur Stellung des Treugebers" ankommen soll.[647] Konkret ging es um einen Einlagenanspruch einer in Liquidation befindlichen Publikums-KG, den der bestellte Abwickler (§ 38 Abs. 2 KWG) gegen den beklagten Treugeber-Anleger geltend gemacht hat. Diesen hatte das OLG Stuttgart noch teilweise verneint, da der Beklagte seinen Beitritt wirksam widerrufen habe (nunmehr §§ 312b, 312g, 355 BGB). Nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft sei der Beklagte ab dem Zugang der Widerrufserklärung nicht mehr zur Beitragszahlung verpflichtet gewesen.[648] Diese Ansicht korrigierte der BGH. Der Anleger könne nicht, auch nicht *ex nunc*, von seiner Einlagenverpflichtung befreit werden. Wenn ein Anleger die Stellung eines Quasi-Gesellschafters innehabe, gelte für ihn gleichermaßen die gesellschafterliche Pflicht zur Aufbringung seiner Einlage.[649]

a) Abstrakt: Die Voraussetzungen der qualifizierten Treuhand

Der BGH machte zunächst deutlich, dass es sich beim vorliegenden Anlegertypen des Quasi-Gesellschafters um einen Nicht-Gesellschafter handelt, der rechtlich jedoch einem echten Gesellschafter im Innenverhältnis in nichts nachstehe. Dabei wiederholte der BGH noch einmal die hier bereits ausgearbeiteten Grundsätze der Rechtsprechung zur offenen oder qualifizierten Treuhand. Gemeint ist zum einen die Zulässigkeit der Quasi-Gesellschafterstellung wegen der Vertragsfreiheit im Innenverhältnis und zum anderen die dafür vorausgesetzte Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag mit der Einräumung von Mitgliedschaftsrechten schon im Gesellschaftsvertrag. Im Ergebnis entstehe dadurch ein die Gesellschaft und Treugeber umfassendes Treuhandverhältnis, welches von gesellschaftsrechtlichen Beziehungen überlagert würde.[650]

647 BGHZ 217, 237, 248. So auch *Klöhn* ZGR 2020, 154, 180; *Burmeister* DB 2018, 1135.

648 Es wurde eine Einlagenleistung in monatlichen Raten vereinbart, OLG Stuttgart ZIP 2016, 863.

649 BGHZ 217, 237, 251 ff. Vgl. zur Rechtslage beim Außengesellschafter, BGHZ 186, 167.

650 BGHZ 217, 237, 243 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Quasi-Gesellschafterstellung trotz derivativ-schuldrechtlicher Berechtigung

Die Voraussetzungen für eine solche qualifizierte Treuhand seien im vorliegenden Fall erfüllt. Zwar sehe der Gesellschaftsvertrag nicht wie in anderen entschiedenen Fällen[651] eine ausdrückliche Gleichstellung von Treugebern und echten Kommanditisten, sondern nur eine entsprechende Anwendung der Regelungen auf diese vor. Dennoch werde im Gesellschaftsvertrag durchgehend nur von „den Kommanditisten" gesprochen.[652] Der Annahme einer Quasi-Gesellschafterstellung stehe auch nicht entgegen, dass nach der konkreten Vertragsgestaltung wesentliche Gesellschafterrechte nur derivativ nach Abtretung von der Treuhandkommanditistin an den jeweiligen Treugeber bei diesem entstehen sollen. Zum einen betreffe das nicht das Kontrollrecht, welches originär mit Beitritt entstehe, und zum anderen sei die Abtretung der übrigen (wesentlichen) Ansprüche und Rechte schon im Treuhandvertrag angelegt. Auch zur Ausübung des Stimmrechts sei der Treugeber berechtigt, wenngleich auch nur derivativ-schuldrechtlich durch Vertretung des Treuhänders.[653] Letztlich schade es auch nicht, dass die Beteiligungssumme nicht direkt auf das Gesellschaftskonto, sondern nur auf das Konto der Treuhänderin gezahlt werde. Denn „ob eine solche Gleichstellung vorliegt", beurteile sich vielmehr maßgeblich aufgrund „einer Gesamtwürdigung sämtlicher vertraglicher Regelungen zur Stellung des Treugebers".[654]

IV. Kein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot

Grundsätzlich können Mitgliedschaftsrechte nicht übertragen werden. Hinsichtlich der Verwaltungsrechte ist dies nach ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Meinung in der Literatur auch unabdingbar. Das Verbot folgt bereits aus §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 717 S. 1 BGB.[655] Die Rechtsprechung weist in diesem Zusammenhang auf das Wesen der Gesamthand und dem Verbot der Abspaltung von

651 BGH NZG 2011, 1432; 2012, 1342; 2012, 1345; NJW 2013, 2190; NZG 2015, 269; ZD 2015, 181; NZG 2015, 387, 388.
652 BGHZ 217, 237, 245 f.
653 BGHZ 217, 237, 246 f.
654 BGHZ 217, 237, 247 f.
655 Statt aller MüKoBGB/*Schäfer* § 717 Rn. 7; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 717 Rn. 4; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, § 717 Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mitgliedschaftsrechten von der Gesellschafterstellung hin.[656] Zwar bejahte bereits BGHZ 10, 44 die Möglichkeit, Mitgliedschaftsrechte treugebenden Anlegern auf Dauer einzuräumen. Die Notwendigkeit eine Ausnahme vom Abspaltungsverbot zu begründen erkannte der BGH jedoch erst im Jahr 1987: Soll der Treugeber grundsätzlich nicht von der Mitgliedschaft abspaltbare Rechte erhalten, sei dies ausnahmsweise zulässig, wenn alle Gesellschafter der Abspaltung im Gesellschaftsvertrag zugestimmt haben.[657]

1. Die Zustimmung im Gesellschaftsvertrag als unzureichende Begründung

Die Begründung greift entschieden zu kurz, denn das Abspaltungsverbot sollte schon damals nach Ansicht des BGH in anderer Konstellation allenfalls dann nicht greifen, wenn einzelne Mitgliedschaftsrechte Dritten zur Ausübung überlassen werden und jederzeit wieder entzogen werden können.[658] Bei der qualifizierten Treuhand geht es allerdings um die dauerhafte und unentziehbare Ausübung von im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Gesellschafterrechten. Ein zunächst die Gesellschaft mit beschränkter Haftung betreffendes Urteil des BGH lieferte ebenfalls keine Abhilfe, zum einen wegen der fehlenden persönlichen Haftung eines GmbH-Gesellschafters und der deshalb fehlenden Vergleichbarkeit und zum anderen, weil der BGH auch in diesem Urteil die Voraussetzung betonte, die Abspaltung müsse durch jederzeitige Kündbarkeit des Treuhandverhältnisses bedingt sein.[659]

2. Entscheidend: die Richtigkeitsgewähr durch Selbstbetroffenheit

Schließlich half erst BGHZ 196, 131 dem Begründungsdefizit ab. Neben der durch den Gesellschaftsvertrag bestehenden Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zur Einbeziehung in das Gesellschaftsverhältnis, komme es entscheidend darauf an, dass der Treugeber wie ein Gesellschafter ver-

656 BGHZ 3, 354, 357; 20, 363, 365; 36, 292, 293 ff.; NJW 1987, 780 (zu § 134 AktG); OLG Stuttgart DStR 2013, 1138, 1140; NZG 2010, 753.
657 BGH NJW 1987, 2677; so noch BGH NZG 2011, 1432, 1434.
658 Vgl. BGHZ 3, 354, 357 ff.
659 BGH BB 1977, 10, 11 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

pflichtet sei, den Gesellschaftszweck zu fördern und die gesellschafterliche Treuepflicht zu beachten.[660] Zudem sei der Treugeber vom Erfolg und Misserfolg der Gesellschaft wirtschaftlich wie ein echter Gesellschafter betroffen, sodass eine etwaige Einflussnahme auf die Gesellschaft einer Abspaltung nicht entgegenstehe. Zum einen hafte der Treugeber gemäß § 735 BGB im Innenverhältnis für Verluste der Gesellschaft und zum anderen sei er gesetzlich (§§ 675, 670 BGB) und gegebenenfalls vertraglich gegenüber der Treuhandkommanditistin zum Ausgleich verpflichtet.[661] Das indiziere die Vermutung richtigen Verhaltens bei der Ausübung von Verwaltungsrechten, sodass der Schutzzweck des Abspaltungsverbotes nicht greife.

V. Zusammenfassung

Der BGH geht seit jeher davon aus, dass ein Treugeber im Innenverhältnis wie ein echter Gesellschafter behandelt werden darf. Weil der Treugeber dabei aber kein echter Außengesellschafter werden kann – insoweit sei der Vertragsfreiheit eine Grenze gesetzt – handele es sich beim Treugeber um einen sogenannten Quasi-Gesellschafter. Das Instrument zur Umsetzung dieser Quasi-Mitgliedschaft sei die offene Treuhand am Gesellschaftsanteil eines Treuhandgesellschafters, meist einer Kommandit-GmbH. Später nennt der BGH diese Konstruktion auch synonym qualifizierte Treuhand, um das Wesentliche daran zu verdeutlichen: Es kommt entscheidend auf die Qualifizierung des Treuhandverhältnisses durch die Verzahnung von Treuhandvereinbarung und Gesellschaftsvertrag an.

Die rechtliche Wirkung der qualifizierten Treuhand definiert der BGH zum ersten Mal ausführlich in BGHZ 196, 131. Die qualifizierte Treuhand führe zu einer Treuhandbeziehung zur Gesellschaft, die durch gesellschaftsrechtliche Bindungen überlagert werde. Obwohl eine dauerhafte und unentziehbare Abspaltung von mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechten grundsätzlich unzulässig ist, sei dies ausnahmsweise dennoch zulässig, weil sämtliche Gesellschafter dem zugestimmt haben. Zudem stehe das Abspaltungsverbot der originären Übertragung von mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechten auch materiell nicht entgegen. Dessen Schutzzweck greife nicht, weil die Treuebindung, Disziplinarunterwerfung und wirtschaftliche Endbetroffenheit für den qualifizierten Treugeber genauso wie für einen echten Gesellschafter gelten.

660 BGHZ 196, 131, 139.
661 BGHZ 196, 131, 139 f.; NZG 2015, 269, 271; vgl. auch BGHZ 207, 54, 55 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unter welchen Voraussetzungen eine Verzahnung von Gesellschaftsvertrag und Treuhandvertrag anzunehmen ist, konkretisierte der BGH noch einmal jüngst in BGHZ 217, 237. Zur Beurteilung soll es auf eine Gesamtwürdigung der gesellschafts- und treuhandvertraglichen Regelungen ankommen. Sofern nach dem Gesamtbild beider Verträge das Gewicht hin zu einer Quasi-Gesellschafterstellung verlagert ist, sollen auch Regelungen, die einzelne Kerngesellschafterrechte nur derivativ auf den Treugeber übertragen, unschädlich sein. Der Treugeber soll in diesem Fall dennoch originär in die Gesellschaft einbezogen sein.

§ 21. Die Dogmatik in der Literatur

In der Literatur wird die Natur der qualifizierten Treuhand sehr unterschiedlich beurteilt. Es gibt hierbei zunächst jene Autoren, die von einer bloß schuldrechtlichen Gleichstellung ohne organisationsrechtliche Einbeziehung ausgehen. In diesem Lager hat sich die bemerkenswerte Ansicht herausgebildet, der qualifizierte Treugeber könne gleichwohl originär mit Mitgliedschaftsrechten ausgestattet werden (dazu I.). Daneben gibt es das Lager, welches von einer organisationsrechtlichen Einbeziehung des qualifizierten Treugebers über die Mitgliedschaft des Treuhänders ausgeht. Nach dem Vorbild des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil, soll hier die qualifizierte Treuhand zu einer Rechtsgemeinschaft eigener Art führen, wobei dem Treugeber die Verwaltung der Substanz der Mitgliedschaft gebührt (dazu II.).[662] Letztlich gibt es jene, die davon ausgehen, dass die qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil zu einer individuellen Einbeziehung des Treugebers in den Organisationsverbund der Hauptgesellschaft führt (dazu III.).

I. Schuldrechtliche Gleichstellungen

1. Ohne Mitgliedschaftsrechte

In der Literatur wurde vereinzelt angenommen, dass der qualifizierte Treugeber kein Mitglied der Gesellschaft werde, sondern sich rein schuld-

662 Zum echten Nießbrauch am Gesellschaftsanteil S. 126 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtlich an der Gesellschaft beteilige.[663] Ermöglichen solle dies die Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags, der ein schuldrechtliches und organisationsrechtliches Element beinhalte. Das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander werde durch das Schuldverhältnis geregelt, während die organisationsrechtliche Seite die Rechtsfähigkeit im Außenverhältnis begründe.[664] Der Treugeber, der dinglich nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, mithin keinen Kapitalanteil hat, könne sich nicht an der organisatorischen Seite des Gesellschaftsvertrags beteiligen. Das organisationsrechtliche Element des Gesellschaftsvertrags sei zwingend auf das Außenverhältnis bezogen. Wer sich nicht am Außenverhältnis beteilige, könne auch nicht in den Verband einbezogen werden, denn das organisationsrechtliche Element des Gesellschaftsvertrags sei typenbedingt auf das Außenverhältnis bezogen.[665]

Eine schuldrechtliche Gleichstellung führt dazu, dass die Mitgliedschaft nicht real beim Treugeber entsteht, sondern nur virtuell abgebildet wird.[666] Dies kennt man aus anderen Rechtsbereichen wie etwa im Arbeitsrecht bei der Gleichbehandlung nicht organisierter Arbeitnehmer mit tarifgebundenen Arbeitnehmern.[667] Um eine Annäherung an die Mitgliedschaft, die von einer allseitigen Bindung der Beteiligten lebt, zu erreichen, muss aber dennoch wie bei der Einbeziehung in die Mitgliedschaft des Treuhänders oder in die Hauptgesellschaft die Gleichstellung im Gesellschaftsvertrag niedergelegt werden. Auf diese Weise könnten den Treugebern gleichwohl unmittelbare Informations-, Kontroll- und Mitverwaltungsrechte eingeräumt werden.[668]

---

663 So noch *Wertenbruch* NZG 2013, 285; *ders*. NZG 2016, 401, 402, der allerdings inzwischen auch von der Mitgliedschaft im Innenverhältnis ausgeht, *ders*. NZG 2017, 81, 85 oder *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1790, der inzwischen die Rechtsfortbildung zur stillen Beteiligung befürwortet, *ders*. NZG 2013, 1041, 1044 (dazu S. 174).

664 *Wertenbruch* NZG 2013, 285.

665 *Wertenbruch* NZG 2016, 401, 402; Schlegelberger/*Geßler* HGB, 3. Aufl. (1955), § 105 Rn. 23; Staub/*Fischer* HGB, 3. Aufl. (1973), § 105 Anm. 28 b.

666 Dazu ausführlich S. 104 ff.

667 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1790.

668 Insb. *Wertenbruch* NZG 2013, 285.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Mit Mitgliedschaftsrechten

Wertenbruch vertritt mittlerweile eine sonderbare Auffassung. Zwar hat auch er noch bis zuletzt vertreten, dass eine Mitgliedschaft zwingend an das Außenverhältnis, also der dinglichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen geknüpft sei. Neuerdings vertritt er jedoch, dass die qualifizierte Treuhand zu einer schuldrechtlichen Gleichstellung *mit* Mitgliedschaftsrechten führt. Er bleibt zwar bei der Auffassung, dass eine Einbeziehung in den Verband ausgeschlossen sei. Möglich sei aber gleichwohl eine Mitgliedschaft im Innenverhältnis, sodass gar die originäre Entstehung von Mitverwaltungsrechten beim Treugeber möglich sei.[669] Die fehlende Beteiligung an der organisationsrechtlichen Seite des Gesellschaftsvertrags führe dazu, dass der Treugeber nicht unmittelbar nach außen persönlich hafte und keine organschaftliche Vertretungsmacht habe. Was aber für das Außenverhältnis gelte, stelle etwa für das dem Innenverhältnis zuzuordnende Stimmrecht kein Hindernis dar.[670]

II. Einbeziehungen in die Mitgliedschaft

1. Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil

Eine beachtliche Anzahl von Vertretern der Literatur sprechen sich für eine Doppelzuständigkeit von Treuhänder und Treugeber am Gesellschaftsanteil aus.[671] Als Entwickler dieser Theorie wird *Ulmer* gesehen.[672] Das Modell der Doppelzuständigkeit folgt der zivilrechtlichen Idee der dinglichen Belastung von Rechten und ist am ehesten mit dem Nießbrauch am Gesellschaftsanteil zu vergleichen.[673] Freilich ist auch dort die Zuweisung der Mitgliedschaftsrechte umstritten und erfolgt dort nach

669 *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 84.
670 *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 83.
671 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 94; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, § 705 Rn. 29; *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377, 388; *ders*. FS Odersky, 873, 888 ff.; *Fleck* FS Fischer, 107, 127. Unklar Ermann/*Westermann* BGB, § 705 Rn. 27, der jedoch auf *Schäfer*, a.a.O. verweist. Ebenfalls unklar *Kümmerlein* Erscheinungsformen und Probleme, S. 16 f., 86 ff., der von einer formalen Berechtigung des Treuhänders unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessenlage ausgeht.
672 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 105.
673 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1789; *Ulmer* FS Odersky, 873, 890.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wohl herrschender Meinung nur derivativ.[674] Die Vertreter dieser Ansicht gehen aber allgemein davon aus, dass das Abspaltungsverbot einer Doppelzuständigkeit nicht entgegensteht und „die Art und Weise der Aufteilung der Mitgliedschaftsrechte […] der Dispositionsfreiheit der Beteiligten" unterliegt.[675] Der Semantik des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil entsprechend, soll der Treugeber also Verwalter der Substanz werden.

Der Treugeber werde durch die qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil in den Gesellschaftsverband durch Mitberechtigung am Gesellschaftsanteil des Treuhänders einbezogen.[676] Dabei habe die Zustimmung der Mitgesellschafter eine zentrale Funktion. Eine bloß offengelegte Treuhandbeziehung allein reiche nicht aus, um den Treugeber in den Gesellschaftsverband einzubeziehen. Mit entsprechender Zustimmung könnten die Mitgesellschafter nahezu frei entscheiden, wie sie Ihre Innenbeziehung gestalten, das heißt wie die Mitgliedschaftsrechte des auf Treuhänder und Treugeber erstreckten Gesellschaftsanteils aufgeteilt werden. Denn das Innenverhältnis sei weitgehend flexibel.[677] Durch die Einbeziehung in den Gesellschaftsverband greife das Abspaltungsverbot nicht.[678] Die Doppelzuständigkeit am Anteil bewirke aber schließlich auch, dass in dem Maße in dem den Treugebern Mitgliedschaftsrechte zuerkannt wurden, sich die entsprechenden Mitgliedschaftspflichten auf diesen ebenfalls erstrecken.[679] Insoweit bestehe ein gewisser Automatismus.

Entscheidend für die dogmatische Einordnung der Lehre von der Doppelzuständigkeit ist allerdings nicht die Zustimmung der Mitgesellschafter. Auch wenn dessen Wichtigkeit für die Legitimität der Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil betont wird, handelt es sich bei dieser Figur nicht um eine Einbeziehung durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, sondern vielmehr um eine Rechtsgemeinschaft eigener Art.[680] Treuhänder und Treugeber sollen am einheitlichen Gesellschaftsanteil mitberechtigt sein.[681] Erst die Rechtsgemeinschaft soll je nach Ausgestaltung dem Treu-

674 Zur Stimmrechtsübertragung oben S. 128.
675 *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377, 388 f.; *ders*. FS Odersky, 873, 890. Vgl. auch Staub/*ders.* HGB, 4. Aufl. (2005), § 105 Rn. 106.
676 *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377, 388.
677 *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377, 389.
678 Staub/*ders.* HGB, 4. Aufl. (2005), § 105 Rn. 106; *Ulmer* FS Odersky, 873, 890; *ders*. ZHR 156 (1992), 377, 388 f.
679 *Ulmer* FS Odersky, 873, 890.
680 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 105 f.
681 *Ulmer* ZHR 156 (1992), 388.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geber die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten eröffnen.[682] So gesehen entsteht die Berechtigung auch nicht originär *durch* Beitritt, sondern vielmehr derivativ durch eine treuhänderische Überlagerung des Gesellschaftsanteils. Dies führt zu einer quasi-dinglichen Rechtsgemeinschaft, wobei der Treugeber nach Vorbild des Nießbrauchs den Gesellschaftsanteil als Verwalter der Substanz erhält.[683]

2. Erweiterte Einzelzuordnung

Armbrüster entwickelte das mit der Theorie der Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil verwandte Modell der erweiterten Einzelzuordnung.[684] Nach Maßgabe der getroffenen Vereinbarungen und der durch Gesetz dem Treugeber zugewiesenen Rechte und Pflichten (Einzelzuordnung) können bestimmte objektiv gültige Korrelationen zwischen den Rechten und Pflichten aus der Mitgliedschaft die Rechts- und Pflichtenstellung des Treugebers erweitern.[685] Eine Einbeziehung in die Hauptgesellschaft ist nach dieser Ansicht unzulässig. Vielmehr wird hinsichtlich der verschiedenen Korrelationen eine Art dingliche Rechtswirkung aufgrund der Treuhandbeziehung angenommen. Faktisch handelt es sich daher um eine Einbeziehung in die Mitgliedschaft des Treuhänders, weil bestimmte Rechtsfolgen auch dann beim Treugeber eintreten können, wenn nur ein Teil des Entstehungstatbestandes beim Treugeber, der andere Teil hingegen beim Treuhänder erfüllt wird.

a) Keine umfassende Zuordnungs- und Zurechnungseinheit

Eine umfassende Zuordnungs- und Zurechnungseinheit gegenüber Gesellschaft, Mitgesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern bestünde hingegen nicht. Als eine solche Einheit würden Treuhänder und Treugeber nicht mehr als verschiedene Zuordnungssubjekte hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten angesehen werden.[686] An die Mitglied-

682 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1789.
683 Vgl. zur Rechtslage beim Nießbrauch am Gesellschaftsanteil S. 125 ff.
684 *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1886; *ders*. Treuhänderische Beteiligung, S. 188 ff.; ähnlich schon *Kümmerlein* Erscheinungsformen und Probleme, S. 87 ff.
685 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 214.
686 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 188, 197; *ders*. ZIP 2009, 1885, 1886 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaft geknüpfte Rechtsfolgen würden vielmehr bereits dann ausgelöst, „wenn *eines* der zu der Einheit zusammengefassten Rechtssubjekte – Treuhänder oder Treugeber – den Tatbestand verwirklicht".[687] Erst das Treuhandinnenverhältnis würde schließlich die endgültige „Kompetenz- und Lastenverteilung" herbeiführen.[688] Der Treugeber würde so vollständig in die Mitgliedschaft des Treuhänders einbezogen, ohne dass der Treuhänder daraus verdrängt wird.[689]

Jedoch sei dieses Modell nicht begründbar. Der privatautonome Wille, den Treugeber nicht umfassend dem Treuhänder gleichzustellen, müsse geachtet werden. Ohnehin fände eine Gleichstellung ihre Grenze im Außenverhältnis, welches sich einer vertraglichen Regelung entziehe.[690] Sowohl das wirtschaftliche Interesse als auch die faktische Einwirkungsmacht des Treugebers begründeten ebenfalls keine umfassende Zuordnungs- und Zurechnungseinheit. Insoweit sei das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse einzuhalten und das Vertrauen des Treugebers und der Vertragspartner des Treuhänders zu berücksichtigen.[691] In diesem Sinne führt *Armbrüster* zusammenfassend aus: „Die Tatsache, dass der Treugeber sich nicht unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt hat, kann daher nicht durch seine umfassende Gleichstellung mit dem Treuhänder überspielt werden, indem ihm eine Gesellschafterstellung zugewiesen wird."[692]

b) Partielle Erweiterung des Rechts- und Pflichtengefüges

Aus diesen Gründen soll vielmehr eine derivative Einzelzuordnung der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten anzunehmen sein. Erst die objektiv gültigen Korrelationen zwischen bestimmten mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten würden dann den Rechts- und Pflichtenkreis des Treugebers automatisch erweitern.[693] Zu diesen grundlegenden Korrelationen zähle zum einen die „einseitige Korrelation zwischen Einwirkungsmacht und Treuepflicht" und zum anderen die Korrelation zwischen Haftungsrisiken und einem zur Beurteilung der Haftungsfrage notwendigen

687 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 188 (Hervorhebung im Original).
688 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 188.
689 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 189.
690 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 189; *ders*. ZIP 2009, 1885, 1887.
691 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 189; *ders*. ZIP 2009, 1885, 1887.
692 *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888.
693 *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Informationsanspruch.[694] Welche Mitgliedschaftsrechte darüber hinaus im Einzelnen dem Treugeber zugeordnet werden, könne privatautonom festgelegt werden. Mangels schutzwürdiger Interessen der Gesellschaft stünde das Abspaltungsverbot einer Einzelzuordnung nicht entgegen und das Prinzip der Verbandsautonomie schreibe lediglich eine Zustimmung durch die Gesellschaft vor.[695] Echtes Mitglied würde der Treugeber hingegen nicht werden.[696]

3. Innen-KG im Innenverband

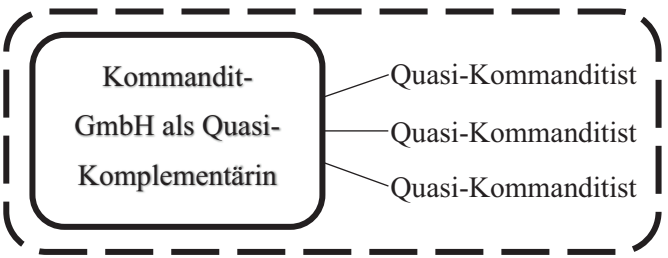
Die mehrgliedrige qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil einer Publikums-KG wird mitunter als eine Innen-GmbH & Co. KG im Innenverband der Hauptgesellschaft verstanden.[697] Die sehr ungewohnte Figur[698] der Innen-KG wurde von *K. Schmidt* begründet und weiterentwickelt.[699] Sie soll ein Abbild des Tatsächlichen und keine abstrakte Weiterentwicklung einer Gesellschaftsform sein.[700] Der Hauptkomponente – die Innen-KG –[701] verleiht er verschiedene weitere Namen: Als-ob-KG,[702] Quasi-KG oder virtuelle Kommanditgesellschaft.[703]

Dieser stille Verband, wie auch immer man ihn benennen möchte, soll folgende Merkmale aufweisen: (a) Durch die mehrgliedrige qualifizierte Treuhand entstehe im Außenverhältnis ein Unterbeteiligungsverhältnis, eine mehrgliedrige Unterbeteiligungstreuhand.[704] Diese mehrgliedrige Unterbeteiligungstreuhand betreffe nicht das Innenverhältnis. (b) Im

694 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 212, 429.
695 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 429; *ders*. ZIP 2009, 1885.
696 *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 432 f.
697 Vgl. insb. MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 44 f., 79; *ders*. NZG 2011, 361, 365 ff.; *ders*. ZHR 178 (2014), 10, 27 f. Vgl. auch jüngst *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 163 ff. und *Tassius* Die Innen-KG, S. 57 ff.
698 So dessen Begründer selbst, *K. Schmidt* NZG 2016, 641, 642; *ders*. NZG 2016, 4, 6; *ders*. NZG 2014, 881, 883; NZG 2011, 361, 364.
699 Schlegelberger/*K. Schmidt* HGB, § 230 Rn. 12, 72 ff.; MüKoHGB/*ders*. 3. Aufl. 2012, § 230 Rn. 17 f., 83 ff.; MüKoHGB/*ders*. § 230 Rn. 78; *ders*. FS Bezzenberger, S. 401 ff.; *ders*. ZHR 178 (2014), 10 ff.
700 *K. Schmidt* NZG 2016, 641, 641 f.; *ders*. NZG 2016, 4, 5 f.; *ders*. NZG 2011, 881, 883 f.
701 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 81; *ders.* NZG 2014, 881, 883 ff.
702 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 81.
703 *K. Schmidt* FS Bezzenberger, 401, 405.
704 MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 44 f., 77, 79.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

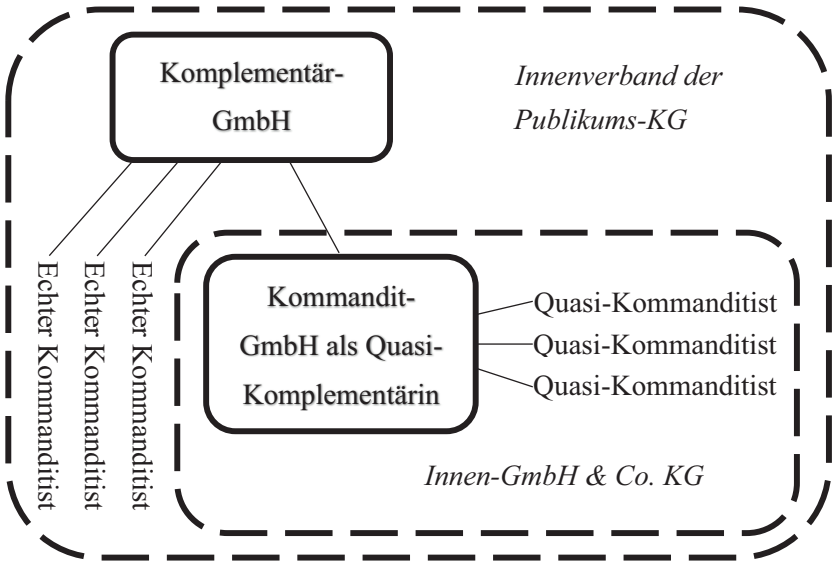
Innenverhältnis seien die Beteiligten organisatorisch verbunden (Innen-KG).[705] Dieser Innenverband besitze keine Rechtsfähigkeit.[706] Es gebe kein echtes Gesellschaftsvermögen an dem Gesellschafter dinglich beteiligt sein könnten.[707] Die „Wertgrundlage" dieses Innenverbandes sei vielmehr ein virtuelles, ein fiktiv-rechnerisches Gesellschaftsvermögen nach dem Vorbild der Unterbeteiligung.[708] (c) Dieser Innenverband sei schließlich wie eine rechtsfähige GmbH & Co. KG strukturiert.[709] Die treugebenden Anleger würden zu sogenannten Quasi-Kommanditisten und die Treuhandkommanditistin fungierte als Quasi-Komplementärin des somit als Innen-GmbH & Co. KG strukturierten stillen Verbandes.[710]



Nach dem Bild einer Matrjoschka-Puppe werde diese Innen-GmbH & Co. KG in den Innenverband der Publikums-KG eingebunden, der dann die Treuhandkommanditistin und sämtliche Treugeber in einem umfassenden Organisationsverhältnis umfasse.[711]

705 MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 78.
706 *K. Schmidt* NZG 2016, 4, 6.
707 *K. Schmidt* NZG 2014, 881, 883.
708 Zum virtuellen oder fiktiv-rechnerischen Gesellschaftsvermögen S. 236; vgl. auch *K. Schmidt* NZG 2016, 4, 6; *ders*. NZG 2014, 881, 884.
709 *K. Schmidt* FS Bezzenberger, 401, 405.
710 *K. Schmidt* NZG 2014, 881, 884.
711 *K. Schmidt* NZG 2016, 641, 642; *ders*. NZG 2011, 361, 366 f.; *ders.* FS Bezzenberger, 401, 402 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb



Die Anlegerrechte der Quasi-Kommanditisten würden in der Innen-GmbH & Co. KG ausgeübt werden. Die Treuhandkommanditistin gebe diese aber in die Kommanditgesellschaft weiter (Einbeziehung in die Mitgliedschaft).[712] Wird zum Beispiel das Stimmrecht der Anleger auf der Anlegerversammlung ausgeübt, betreffe dies ihr eigenes Stimmrecht in der Innen-GmbH & Co. KG. Die Wirkung eines Beschlusses in der Anlegerversammlung setze jedoch, vermittelt durch die Treuhandkommanditistin, unmittelbar in der Publikums-KG ein.[713]

III. Einbeziehungen in die Hauptgesellschaft

1. Außengesellschafterstellung

Zum Teil wird aus dem Umfang und der Ausgestaltung der Rechtsstellung des qualifizierten Treugebers in der Gesellschaft gefolgert, dass der

712 Vgl. MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 79. So auch *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1787; *Tassius* Die Innen-KG, S. 64 f.
713 *K. Schmidt* NZG 2011, 361, 367.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Treugeber vollständiger (Außen-)Kommanditist wird.[714] Denn – so wird argumentiert – die wesentlichen Gesellschafterrechte (wie das Stimmrecht) und Gesellschafterpflichten entstünden schließlich originär beim Treugeber.[715] Und ob jemand echter Gesellschafter sei oder nicht, sei eine Frage der objektiven Vertragsauslegung.[716] Eine vollständige Gesellschafterstellung sei daher gewollt.

Den qualifizierten Treugeber als Außengesellschafter anzusehen sei auch konsequent, zumal das Gesellschaftsrecht als Korrektiv zur Einwirkungsmacht in der Gesellschaft neben der gesellschaftlichen Treubindung auch die Außenhaftung verlange. Die Ausübung eigenständiger Entscheidungsbefugnisse in der Gesellschaft bewirke eine Mitverfolgung des Gesellschaftszwecks durch den Treugeber. Zudem würde die Einräumung vollständiger Stimmrechte, also insbesondere auch zu Geschäftsführungsangelegenheiten, ohne vollständige Gesellschafterstellung gegen das Prinzip der Selbstorganschaft verstoßen.[717] Stimmten die Treugeber über Geschäftsführungsfragen ab, agierten sie zwangsläufig als Organ der Gesellschaft. Organe könnten aber nur Gesellschafter sein.[718] Würde man, wie die Rechtsprechung, einen Quasi-Gesellschaftertypus anerkennen, der als Innengesellschafter haftungsbefreit wäre, liefe dies schließlich auf einen Verstoß gegen den gesellschaftsrechtlichen Typenzwang hinaus.[719] Auch ein Erst-recht-Schluss soll für eine Außenwirkung der offenen Treuhand sprechen: Hafte derjenige, der im Geschäftsverkehr den zurechenbaren Rechtsschein erweckt, Gesellschafter zu sein, müsse doch erst recht auch derjenige haften der darüber hinaus nach außen als wirklicher Gesellschafter erscheine.[720]

Dabei verstoße die Annahme einer echten Kommanditistenstellung nicht gegen geltendes Handelsrecht. Denn wie § 176 HGB zeige, sei die Kommanditistenstellung nicht von der Eintragung der Kommanditgesell-

714 *Kindler* ZIP 2009, 1146; Koller/Kindler/Roth/Drüen/*ders*. HGB, § 105 Rn. 21; *ders*. FS K. Schmidt (2009), 871, 874 f., 881; *ders*. FS K. Schmidt (2019), 641, 641 f.; *ders*. Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 10 Rn. 122 ff. Ähnlich *Schiemann* FS Zöllner, 503, 510 ff.; *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 625, 634 ff.

715 *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1147; *Kindler* FS K. Schmidt (2009), 871, 875 f. So auch *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 625. 634.

716 *Kindler* ZIP 2009, 1146 f.

717 *Kindler* FS K. Schmidt (2009), 871, 877. Vgl. auch *ders*. FS K. Schmidt (2019), 641, 642.

718 *Kindler* ZIP 2009, 1146.

719 *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1148 mit Verweis auf das GbR mbH-Urteil des BGH, BGHZ 142, 315.

720 *Schiemann* FS Zöllner, 503, 511.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaft oder der Kommanditisten in das Handelsregister abhängig.[721] Kritisierte man diese Ansicht mit dem Einwand, die Gesellschaftsgläubiger würden mit einer Verdoppelung des unmittelbar nach außen haftenden Gesellschafters unverhofft beschenkt,[722] sei dem das Veranlasserprinzip entgegenzuhalten:[723] Unbillig sei es vielmehr, den Gläubiger mit der nur mittelbaren Außenhaftung[724] prozessual und zwangsvollstreckungsrechtlich auf Umwege zu schicken. Dadurch würden die Gläubiger das Insolvenzrisiko des häufig weitgehend illiquiden Treuhandkommanditisten tragen, obwohl die Anleger und der Treuhandkommanditist diesen Zustand veranlasst haben. Auch würden die Kritiker schließlich nichts gegen die Hintermannhaftung im Kapitalgesellschaftsrecht (§§ 46 Abs. 5 AktG, 9a Abs. 4 GmbHG) einzuwenden haben.[725] Zuletzt wird argumentiert, dass die eine Außenhaftung ablehnende Ansicht nicht um das geltende System der Registerpublizität herumkomme. Nach dem darin enthaltenen Wahlrecht Dritter, können diese sich entweder auf die Kommanditistenstellung des Treugebers als wahre Rechtslage oder die publizierte Lage im Register, der Kommanditistenstellung des Treuhänders, berufen.[726]

2. Umfassende Berechtigung sui generis

Das Modell der umfassenden Berechtigung *sui generis* stammt von *Tebben*.[727] Im Ergebnis versucht er mit seinem Modell die in Bezug auf eine dogmatische Einordnung äußerst vage gebliebene Einstufung der qualifizierten Treuhand in der Rechtsprechung in eine konkrete Form zu gießen, um dessen gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit im Anschluss zu überprüfen.[728] Auch *Tebben* versucht somit, wie *K. Schmidt*, eine Theorie deduktiv aus der Wirklichkeit abzuleiten.[729] Das Modell der umfassenden

721 *Kindler* FS K. Schmidt (2009), 871, 881.
722 So i.E. BGHZ 178, 271, 277; NJW-RR 2009, 1040, 1041. Vgl. auch *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 636, 640.
723 *Kindler* FS K. Schmidt (2019), 641, 643.
724 Auch wirtschaftliche Außenhaftung genannt. Zum Begriff S. 113 f.
725 *Kindler* FS K. Schmidt (2019), 641, 643 f.
726 So *Foerster* Die Mitgliedschaft, S. 121, 141, 369, 378 f. und dem folgend *Kindler* FS K. Schmidt (2019), 641, 644.
727 *Tebbens* Modell schenkte insbesondere die Rechtsprechung große Beachtung, vgl. BGHZ 196, 131, 137, 139 f.
728 *Tebben* ZGR 2001, 586, 601 ff.
729 Nach eigenem Bekunden hat *Tebbens* Theorie Ähnlichkeit zum Modell der Innen-KG, *Tebben* ZGR 2001, 586, 602 (Fn. 69).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Berechtigung *sui generis* sei jedenfalls mit den Zielen, die mit der mittelbaren Beteiligung verbunden sind, konform. Es sei der Parteiwille, dem Treugeber nicht nur isolierte Drittrechte einzuräumen, sondern ihn in den Gesellschafterverband einzubeziehen.[730]

Nach dem Modell der umfassenden Berechtigung *sui generis* ist der Treugeber originär-mitgliedschaftlich berechtigt. Die Rechte des Treugebers würden nicht vom Treuhänder abgeleitet werden, sondern entstünden originär in seiner Person aufgrund des Einbezugs in den Gesellschaftsverband.[731] Jedoch soll der Treugeber nicht echter Gesellschafter werden, weshalb sich diese Einbeziehung allein auf das Innenverhältnis beschränke.[732] In der Regel würden dem Treugeber nur ausschnittsweise mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten übertragen werden.[733] Wegen der statutarischen Einbeziehung in das Gesellschaftsverhältnis, bliebe die Rechtsstellung des Treugebers im Übrigen aber nicht ungeregelt. Wegen dieser sei der Treugeber zumindest verpflichtet, den Gesellschaftszweck zu fördern und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unterworfen.[734] Letzteres sei die Primärwirkung durch die offene oder qualifizierte Treuhand und beides – Förderpflicht und Treubindung – sei der Wille der Gesellschaft. Der Treugeber habe mitgliedschaftliche Einwirkungsrechte und die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten seien in besonderer Weise verschränkt.[735]

Durch die via Zustimmung herbeigeführte Anerkennung des Treuhandverhältnisses zum Treugeber verfestige sich die Stellung des Treugebers. Dieser werde statutarisch legitimiert.[736] Erst auf Sekundärebene könne die konkrete Einräumung mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten eine Rolle spielen – und nicht umgekehrt. Denn erst der Einbezug in den Verband könne „die Einräumung mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten rechtfertigen".[737]

730 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 137.
731 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 135.
732 *Tebben* ZGR 2001, 586, 602.
733 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 135.
734 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 421 f.
735 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 137.
736 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 136.
737 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Echte Gesellschafterstellung im Innenverhältnis

Schließlich wird das Modell der Einbeziehung in die Hauptgesellschaft zum Teil so verstanden, dass dem Treugeber im Innenverhältnis zur Gesellschaft eine echte Gesellschafterstellung zukommt. Der Kapitalanleger werde als echtes Mitglied in der Gesellschaft aufgenommen, ohne dass dies im Geschäftsverkehr offengelegt wird.[738] Die Regelungsgrundlage für die Aufnahme der Anleger in die Hauptgesellschaft als echte Mitglieder ist selbstverständlich der Gesellschaftsvertrag. Dort wird der Umfang und die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten geregelt. Als echte Innengesellschafter in der Außengesellschaft sollen diese stillen Teilhaber der Treubindung genauso verpflichtet sein, wie die Außengesellschafter auch ihnen gegenüber zur Treue verpflichtet sind. Mitwirkungs- und Auskunftsrechte der echten aber stillen Beteiligten könnten sich an dem „orientieren, was das Gesetz – sei es dispositiv oder zwingend – für Kommanditisten vorgibt".[739] *Wiedemann* baute seine Überlegung jüngst, und in Abweichung von seiner bisherigen Ansicht, auf eine historische Analyse des Handelsrechts auf:[740] Die Entwicklung der Rechtsprechung, die sich stets einzelfallbezogen an den vertraglichen Regelungen der Praxis orientiert habe, führte zu einer historisch nicht neuerfundenen Rechtsfigur der stillen Beteiligung.

Die Figur der stillen Beteiligung unterscheidet sich dogmatisch wesentlich von der kodifizierten stillen Gesellschaft. Letztere ist eine separate Gesellschaftsgründung, wohingegen bei der stillen Beteiligung keine „einzelne oder gebündelte Sonderverbindungen *mit* einem Geschäftsinhaber" vorliegen. Vielmehr geht es bei dieser stillen Beteiligungsform um eine echte Aufnahme in die Organisation der unternehmenstragenden Gesellschaft.[741] Schon im Frühkapitalismus und später etwa in den Kodifikationen des ALR und dem österreichischen ABGB sei diese Form der stillen Gesellschaft, die treffender als stille Beteiligung bezeichnet werden sollte, bekannt gewesen.[742] Später jedoch sei die heutige Form der stillen Gesellschaft, die dogmatisch wesensverschieden ist, als Kompromiss in das ADHGB und schließlich das HGB aufgenommen worden.[743]

738 *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 260.
739 *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1041 f.; *ders*. NZG 2016, 1, 3.
740 Eine Einbeziehung in den Verband noch ablehnend *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1788; *ders*. NZG 2013, 1041, 1044.
741 *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1041 f.; *ders*. NZG 2016, 1, 2.
742 *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1041 f.; *ders*. NZG 2016, 1, 2 f.
743 *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3. Dazu ausführlich S. 192 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Zusammenfassung

In der Literatur wurde bereits nahezu jede denkbare dogmatische Einordnung der qualifizierten Treuhand vertreten. Im Lager der schuldrechtlichen Gleichstellungen ist man mittlerweile dazu übergegangen, der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung die Fähigkeit zuzuerkennen, den Treugeber mit mitgliedschaftlichen Rechten auszustatten, ohne diesen dabei in den Gesellschaftsverband einzubeziehen.

Im Lager der Einbeziehungen in die Mitgliedschaft des Treuhänders steht die dingliche Wirkweise der Treuhand im Mittelpunkt der Betrachtung. Ähnlich dem echten Nießbrauch am Gesellschaftsanteil wird der qualifizierte Treugeber dinglich mit mitgliedschaftlicher Verwaltungsmacht ausgestattet, die er vom Anteil des Treuhänders ableitet. Dann aber ist der Treugeber zugleich in die mitgliedschaftliche Treuepflicht zu nehmen, jedenfalls soweit eine solche Pflicht mit der Einwirkungsmacht des Treugebers korreliert. Eine Sonderstellung in diesem Lager nimmt die Theorie der Innen-KG im Innenverband der Publikumspersonengesellschaft ein. Sie ist maßgeblich von der Idee geleitet, dass Innengesellschaften eine Verbandsstruktur besitzen können. Die mit der Treuhandkommanditistin organisatorisch verbundenen Treugeber sollen durch die organisatorische Eingliederung der Innen-KG in den Innenverband der Publikums-KG eine mittelbare dingliche Einwirkungsmacht in der Hauptgesellschaft erlangen.

Letztlich sind im Lager der unmittelbaren Einbeziehung in die Hauptgesellschaft drei Gruppen vorzufinden. Zum einen wird hier vertreten, dass es bei der qualifizierten Treuhand schlicht zu einer echten Außengesellschafterstellung des Treugebers komme. Zum anderen wird vertreten, dass der Treugeber zwar kein Außengesellschafter wird, er aber wie ein solcher in das Innenverhältnis der Gesellschaft einbezogen wird. Eine Ansicht geht dabei von einer Berechtigung *sui generis* aus. Die andere Ansicht vertritt hingegen, dass der qualifizierte Treugeber der Gesellschaft als echter Innengesellschafter beitritt.

§ 22. Rechtfertigung der Figur des stillen Kommanditisten

Wie schon zu Beginn dieser Arbeit und danach fortwährend angedeutet wurde, wird der Verfasser im Zuge dieses Abschnitts zu der Erkenntnis kommen, dass sich nur die letztgenannte Ansicht systemkohärent, partei-

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

willensgetreu, gesellschaftsrechtskonform und im Einklang mit dem Zeitgeist aktueller Gesellschaftsrechtsdogmatik vertreten lässt.

Es ist die Rede von der Figur des stillen Kommanditisten als echtem Verbandsmitglied im Innenverhältnis der Hauptgesellschaft. Der stille Kommanditist ist in diese als echter Gesellschafter eingegliedert, seine Beteiligung beschränkt sich aber auf das Innenverhältnis, sodass er streng vom Außenkommanditisten der §§ 161 ff. HGB zu unterscheiden ist. Der Treuhandgesellschafter ist in seiner Funktion als Treuhänder ein bloßes rechtstechnisches Mittel zur Umsetzung des virtuellen Einlagenverhältnisses.[744] Er ist formelles Mitglied des Außenverhältnisses und als solches dinglicher Inhaber des Gesellschaftsanteils, allerdings für Rechnung des stillen Kommanditisten.[745]

Die Rechtfertigung dieser Figur vollzieht sich in den folgenden Schritten. Zunächst werden die oben aufgearbeiteten Alternativmodelle kritisiert und abgelehnt (I.). Ein ganzer Unterabschnitt befasst sich dann mit der Darstellung dieser „neuen alten" Beteiligungsform; beachtlich ist, dass sie keine Erfindung der Moderne ist, sondern der stille Kommanditist es sogar noch in den Entwurf der Redaktionskommission für ein ADHGB (erster Entwurf) schaffte (II.). Zur Rechtfertigung des stillen Kommanditisten muss dann ein ausführlicherer Blick auf das Verbandsrecht geworfen werden. Es muss insbesondere begründet werden, warum es einen Innengesellschafter in einer Außengesellschaft geben kann (III. und IV.). Letztlich ist dann noch eine Bewährungsprobe mit Blick auf die allgemeinen Prinzipien des Gesellschaftsrechts (Typenzwang, Verbandssouveränität, Prinzip der Selbstorganschaft und Prinzip hinreichender Selbstbetroffenheit) zu vollziehen (V.).

I. Kritik an den bisherigen Theorien

Zur kritischen Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien über die dogmatische Einordnung der qualifizierten Treuhand wird die Ansicht der Rechtsprechung[746] der allgemeinen Kategorie der Einbeziehungen in die Hauptgesellschaft zugeordnet. Denn der BGH gliedert den qualifizier-

744 Zur Begrifflichkeit vgl. bereits die Rechtsprechung, insb. BGHZ 196, 131, 137; 148, 201, 205; NZG 2011, 1432, 1434.

745 Zum Begriff des formellen Mitglieds *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 222 ff., 228 f.

746 Dazu S. 153 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten Treugeber durch sein Modell des von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerten Treuhandverhältnisses zur Gesellschaft in Letztere ein. Er nennt ihn dabei Quasi-Gesellschafter. Dabei ist die Rechtsprechung dem Modell der umfassenden Berechtigung *sui generis* von *Tebben* am nächsten. Auch er geht von einer Einbeziehung in die Hauptgesellschaft als Nicht-Mitglied aus.

1. Kritik an schuldrechtlichen Gleichstellungen

Die Ansicht, der qualifizierte Treugeber werde bloß schuldrechtlich einem Vollgesellschafter im Innenverhältnis zur Gesellschaft angenähert oder diesem gleichgestellt, wird, soweit ersichtlich, heute nicht mehr vertreten. Und zwar mit gutem Grund: Sie entspricht nicht der Wirklichkeit. Ziel einer schuldrechtlichen Nachbildung eines dinglichen Rechts ist es, den Inhaber wirtschaftlich an den dinglichen Rechtsinhaber nur anzunähern, ohne ihn mit starren dinglichen Rechten und Pflichten auszustatten.[747] Bei der qualifizierten Treuhand will man aber regelmäßig eine organisationsrechtliche Berechtigung des Treugebers in Bezug auf die Informations-, Kontroll- und Mitverwaltungsrechte erreichen.[748] Das hat der Blick in die Praxis bestätigt. Denn bloß schuldrechtliche Berechtigungen waren nur minderheitlich vorzufinden. Eine schuldrechtliche Gleichstellung wird zudem dem Gestaltungsauftrag in § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB nicht gerecht. Zwar fingiert diese Norm nach der hier vertretenen Ansicht gerade nicht die Gleichstellung.[749] Dennoch wäre die BaFin im äußersten Fall gehalten, aufsichtsrechtliche Maßnahmen zu unternehmen, wenn die Treuhand-Anleger in einer Publikums-Investment-KG mit schwächeren schuldrechtlichen Befugnissen ausgestattet würden. Letztlich kann man auch annehmen, dass sich die Betroffenen der Rechtsform der atypischen stillen Gesellschaft in Form der Gesamterfolgsbeteiligung bedienen würden, wenn sie ernsthaft eine nur schuldrechtliche Gleichstellung beabsichtigten.[750]

Auch die von *Wertenbruch* weiterentwickelte Theorie von der schuldrechtlichen Gleichstellung mit Mitgliedschaftsrechten ist nicht vertretbar. Der Treugeber kann nicht durch eine rein schuldrechtliche Gleichstel-

747 Vgl. *Schniepp/Giesecke* NZG 2017, 128.
748 So auch *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 137.
749 Dazu S. 140 f.
750 Vgl. dazu Blaurock/*Blaurock* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 4.28; Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 18.31.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung in die Hauptgesellschaft einbezogen werden. Die Einbeziehung des Treugebers kann nur vorliegen, wenn dieser organisationsrechtlich (d.h. dinglich) berechtigt und verpflichtet werden soll. Eine schuldrechtliche Gleichstellung kann den Treugeber immer nur derivativ berechtigen und verpflichten, da das Recht beim Gesellschafter bliebe.[751] Der Treugeber stünde dann gerade nicht in einer mitgliedschaftlichen Beziehung zu den Gesellschaftern. In Konsequenz kann eine schuldrechtliche Gleichstellung also nur im Sinne der zu Recht wohl nichtmehr vertretenen Ansicht einer schuldrechtlichen Gleichstellung *ohne* mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten angenommen werden.

Daran schließt die zweite Kritik an: Auch die Vorstellung, jemand könne mitgliedschaftlich berechtigt sein, ohne in die organisationsrechtliche Seite des Gesellschaftsvertrags eingebunden zu sein, verfängt nicht. Mitgliedschaftsrechte sind nur bei organisationsrechtlicher Berechtigung denkbar.[752] Daraus resultiert die Unmittelbarkeit des Rechts, weshalb auch von dinglicher Wirkung der organisationsrechtlichen Befugnis gesprochen wird.[753] Ein durch schuldrechtliche Gleichstellung eingeräumtes Stimmrecht müsste hingegen erst dinglich vollzogen werden.[754]

Darüber hinaus ist es falsch, die organisationsrechtliche Seite des Gesellschaftsvertrags ausschließlich dem Außenverhältnis zuzuordnen. Richtig ist zwar, dass der Gesellschaftsvertrag auch schuldrechtliche Beziehungen begründet. Diese werden aber durch organisationsrechtliche Beziehungen ergänzt, die das Verbandsverhältnis ausmachen.[755] Das organisatorische Element regelt also die mitgliedschaftlichen und organschaftlichen Rechte und Pflichten.[756] Es betrifft gleichermaßen das Innenverhältnis.

2. Kritik an Einbeziehungen in die Mitgliedschaft

Ansichten, die der Kategorie der Einbeziehung in die Mitgliedschaft unterzuordnen sind, weisen eine deutliche Nähe zum Nießbrauch am Gesellschaftsanteil auf. Auch wenn der Vergleich mit einem beschränkt dingli-

751 Dazu ausführlich S. 104 ff.
752 *Tebben* ZGR 2001, 586, 600 f.
753 *Bürkle* Rechte Dritter, S. 38; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 291.
754 Dazu S. 106.
755 BGHZ 112, 40, 45; MüKoHGB/*Enzinger* § 105 Rn. 27; Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 96; Henssler/Strohn/*Henssler* HGB, § 105 Rn. 70; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 59 I 2c.
756 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 88.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen Recht am Gesellschaftsanteil vielleicht nicht exakt ist,[757] ist er dennoch passend. Denn Wesensmerkmal einer Einbeziehung in die Mitgliedschaft des Treuhänders ist die befürwortete Möglichkeit, durch Rechtsgeschäft Fremdbefugnisse zu begründen, die die dinglichen Befugnisse des Inhabers ausschließen.[758] Das ist in der Tat mit dem Nießbruch vergleichbar.[759] Auch *Ulmer* selbst stellte diesen Vergleich an[760] und *K. Schmidt* spricht von einer „durch Treuhandelemente überlagerte[n] Gesellschafterstellung" des Treuhandkommanditisten.[761]

a) Keine dingliche Wirkung der Treuhand

Der offenen oder qualifizierten Treuhand eine solche Wirkungsweise zuzusprechen ist mit geltendem Recht aber nicht vereinbar. Auf diese Weise wird nämlich die schuldrechtliche Rechtsbeziehung zwischen dem Treuhänder und dem Treugeber verdinglicht. Eine solche Verdinglichung verbietet sich aber, wie ausführlich im ersten Kapitel dargelegt wurde. Hier wird daher nur noch einmal kurz das Ergebnis wiederholt:[762]

Die Treuhand im deutschen Recht ist ein Rechtszustand, genauer ein Vermögensrechtszustand, der aus der wirtschaftlichen Zugehörigkeit des Treuguts zum Treugeber resultiert. Rechtlich bleibt das Treugut grundsätzlich dem Treuhänder zugeordnet. Weil der Treuhänder aber das Vollrecht innehat und der Treugeber die Gefahr für das Gut abschließend trägt, muss das objektive Recht in Vollstreckungsfragen zuweilen einen angemessenen Ausgleich schaffen. Das ist aber reines Billigkeitsrecht, das in Ermangelung einer allgemeinen Fiktionsnorm im BGB unter § 242 BGB zu verorten ist. Die dingliche Zuordnung wird in der Zwangsvollstreckung ausnahmsweise durchbrochen, um der tatsächlichen Vermögenszuordnung Rechnung zu tragen. Jeglicher Versuch, in der Vereinbarung zwischen Treuhänder und Treugeber ein über das Geschäftsbesorgungsverhältnis hinausgehendes Rechte- und Pflichtenverhältnis mit dinglichen Wirkungen zu suchen, ist nicht vertretbar. Soll die Treuhandbeziehung aber zu einer Einbeziehung in die Mitgliedschaft des Treuhänders führen,

757 Vgl. *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 96 (Fn. 51).
758 *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 104 f.
759 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1789.
760 *Ulmer* FS Odersky 873, 890.
761 *K. Schmidt* ZHR 178 (2014), 10, 40 f.
762 Ausführlich S. 71 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sodass dingliche Rechtswirkungen entfaltet werden, ist dies nichts anderes als die falsche Annahme, eine Treuhandbeziehung könne dingliche Wirkkraft auf das Treugut ausstrahlen. Aus diesen Gründen darf die Dogmatik der Treuhand am Gesellschaftsanteil nicht im Bereich der Einbeziehung in die Mitgliedschaft verortet werden, sondern muss vielmehr als Einbeziehung in die Hauptgesellschaft angesehen werden. Sie ist eine Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts, nicht des Treuhandrechts.[763]

b) Unvereinbarkeit mit der Natur der Mitgliedschaft und Kernbereichslehre i.w.S.

Des Weiteren haben Lehren von der Einbeziehung in die Mitgliedschaft regelmäßig Probleme, ihr Modell mit der gesetzlich vorgegebenen Natur der Mitgliedschaft als einheitlichem und unteilbarem Institut zu erklären.[764] Der Treugeber soll durch die qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil des Treuhänders mitberechtigt werden.[765] Wie letztlich die Mitgliedschaftsrechte auf den Treugeber und den Treuhänder aufgeteilt werden sollen, unterliege der Dispositionsfreiheit der Beteiligten.[766] Zwar werden Ausnahmen vom Grundsatz der Einheitlichkeit etwa beim Nießbrauch oder Pfandrecht am Gesellschaftsanteil gemacht.[767] Dabei handelt es sich jedoch um echte Sachenrechte. Das ein Schuldrecht diese Aufteilung bewirken können soll, leuchtet hingegen nicht ein.

Darüber hinaus bestehen Probleme mit der Kernbereichslehre.[768] Als Institut des Gesellschaftsrechts hat sie jedenfalls im weiteren Sinne insofern Legitimation, als damit die aus der Gesetzessystematik abzuleitenden gesetzlichen Schranken der Gestaltungsfreiheit umschrieben werden.[769] Soll der Treuhänder echtes Vollmitglied der Hauptgesellschaft sein und die Einbeziehung des Treugebers zu einer verdrängenden derivativen Über-

763 So inzwischen auch *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3; ähnlich schon *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 79.
764 Zum Prinzip der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft vgl. Oetker/*Lieder* HGB, § 105 Rn. 40; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 187 ff.
765 *Ulmer* ZHR 156 (1992), 388.
766 Insb. Staub/*Ulmer* HGB, 4. Aufl. (2005), § 105 Rn. 106; *ders*. ZHR 156 (1992), 377, 388 f.; *ders*. FS Odersky, 873, 890.
767 Vgl. Oetker/*Lieder* BGB, § 105 Rn. 41; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 188.
768 Zum Begriff vgl. Oetker/*Lieder* HGB, 109 Rn. 35 ff.
769 Dazu *Lieder* notar 2016, 283, 291.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tragung bestimmter unverzichtbarer Mitgliedschaftsrechte führen,[770] wird damit die Gestaltungsfreiheit aber klar überdehnt. Es kann keine Mitgliedschaft ohne bestimmte Kernrechte geben.[771] Wer die absolut unentziehbaren Kernrechte einer Mitgliedschaft nicht besitzt, ist kein Mitglied.[772] Durch eine Treuhandvereinbarung kann kein Rechtsverhältnis begründet werden, das *de facto* wesentliche Gesellschafterrechte vom Gesellschaftsanteil des Treuhänders abspaltet und in die ausschließliche Verfügungsmacht des Treugebers legt.[773]

c) Insbesondere keine Innen-KG im Innenverband

Schon das der Figur der Innen-KG zugrungeliegende Modell der mehrgliedrigen Unterbeteiligungstreuhand kann nicht überzeugen. Es basiert auf der Grundannahme, dass zwischen der Treuhand und Unterbeteiligung keine Exklusivität besteht.[774] So wie bei der atypischen stillen Gesellschaft der Geschäftsinhaber im Innenverhältnis das Unternehmen für Rechnung des stillen Gesellschafters hält, könne auch ein Hauptbeteiligter den Gesellschaftsanteil im eigenen Namen aber für Rechnung der unterbeteiligten Treugeber halten.[775] In der Praxis werden die Institute der Treuhand als Geschäftsbesorgung und der Unterbeteiligung als BGB-Innengesellschaft jedoch klar voneinander unterschieden.[776] Diese einheitliche und klar definierte Anwendung der Rechtsfiguren führt zu einer Reduktion der Elastizität der gesetzlichen Vertragstypen.[777] Entweder es liegt ein Treuhandverhältnis oder ein Gesellschaftsverhältnis vor.[778]

Zudem wird die Annahme einer die Treuhand-GmbH und sämtliche Treugeber umfassenden Unterbeteiligungsgesellschaft regelmäßig den tatsächlichen Parteiabreden widersprechen. Wie gezeigt, wollen die Parteien eines fremdnützigen Treuhandvertrages in erster Linie eine Spaltung von

770 Dazu MüKoHGB/*Enzinger* § 119, Rn. 68 f.
771 *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1147; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 55.
772 BGHZ 14, 264, 270.
773 So auch noch BGHZ 3, 354, 360.
774 So MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 45; Schlegelberger/*ders*. HGB, Vorbem. § 230 Rn. 38. Vgl. auch *Kümmerlein* Erscheinungsformen und Probleme, S. 42 ff.
775 Schlegelberger/*K. Schmidt* Vorbem. § 230 Rn. 38.
776 Vgl. *Hüffer* JuS 1979, 457, 460.
777 *Kern* Typizität, S. 31 f.
778 Dazu ausführlich S. 68 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechts- und Interessenträgerschaft erreichen.[779] Der Treuhänder soll das Vollrecht am Treugut im Interesse des Treugebers ausüben. Der gleichzeitige Wille, eine Innen-GbR entstehen zu lassen ist daher – ohne konkrete Anzeichen dafür – eine schlichte Unterstellung.[780] Jedenfalls reicht eine planvolle Organisation allein noch nicht aus, um die Ebene der bloßen gemeinschaftlichen Zielverfolgung zu verlassen und einen Gesellschaftsvertrag annehmen zu können.[781] Erst recht reicht die gemeinsame Nutzziehung der Treugeber unter der gemeinschaftlichen Koordination der Treuhand-GmbH nicht aus.[782] Für die Annahme eines organisatorischen Verbundes zwischen der Treuhand-GmbH und sämtlichen Treugebern müssen die Voraussetzungen einer solchen Innengesellschaft positiv festzustellen sein. Insbesondere muss ein dahingehender Rechtsbindungswille nachweisbar sein.[783]

An dieser Stelle ist aber anzumerken, dass die Ansicht *K. Schmidts* nicht schon wegen ihrer unkonventionellen Natur unvertretbar ist.[784] Was das moderne Verständnis vom Verband angeht gilt sogar das Gegenteil: Die Existenz eines Innenverbandes mit organisationsrechtlicher Struktur und ohne dinglichem aber virtuellem Gesellschaftsvermögen wird hier ebenfalls befürwortet. Tatsächlich ist der Innenverband gelebte Praxis und mittlerweile zurecht etwa bei der mehrgliedrigen stillen Publikumsgesellschaft von der Rechtsprechung und herrschenden Meinung anerkannt.[785] Durch den Abschluss dieses umfassenden stillen Gesellschaftsvertrags, entsteht ein alle stille Gesellschafter und die Publikums-KG umfassendes stilles Gesellschaftsverhältnis, eine sogenannte mehrgliedrige stille Gesellschaft.[786]

---

779 Dazu ausführlich S. 27 f.

780 Vgl. wie hier für die Abgrenzung von Unterbeteiligung zur Treuhand am Geschäftsanteil *Armbrüster* GmbHR 2001, 941, 944; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 67 ff., 75; *Tassius* Die Innen-KG, S. 69 ff.; vgl. auch *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1326; *ders*. ZIP 2011, 326 (zugl. Anm. zu BGH NJW 2010, 439); *Holler* ZIP 2010, 2429, 2434; *Markwardt* BB 2011, 643, 646 f.; *Asmus/ders*. ZIP 2012, 1581, 1583; *Wolfer* GWR 2011, 77, 79.

781 *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1583; *Markwardt* BB 2011, 643, 644.

782 So aber scheinbar *Tassius* Innen-KG, S. 74.

783 Dazu ausführlich S. 288 und 315 f.

784 Nach eigenem Bekunden sind seine Thesen gewöhnungsbedürftig, *K. Schmidt* NZG 2016, 641, 642; *ders*. NZG 2016, 4, 6; *ders*. NZG 2014, 881, 883; *ders*. NZG 2011, 361, 364.

785 Vgl. *Tassius* Die Innen-KG, S. 12 ff., 25 ff., 59.

786 BGHZ 127, 176, 179; 199, 104, 115, 116; NZG 2016, 422, 423 f.; *Wertenbruch* NZG 2017, 81, 85 f.; *K. Schmidt* NZG 2016, 4, 6; Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 18.31 ff.,18.36; *Tassius* Die Innen-KG, S. 37 f., 39 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die rechtliche Legitimation des Innenverbandes soll an anderer Stelle abschließend erfolgen.[787]

Gegen die Übertragung der Figur der Innen-KG auf die Sammeltreuhand sprechen aber Gründe der Vertragsauslegung. Wenn unter den Anlegern regelmäßig keinerlei Kooperation stattfindet, ist es nicht nachzuvollziehen, wie diese dann eine gesonderte organisatorische Einheit bilden sollen.[788] Im Ergebnis ist also die pauschale Annahme falsch, dass das Modell von der idealtypischen Innen-KG sich auch bei Treuhand-Kommanditbeteiligungen bewährt.[789] Eine Innengesellschaft unter den qualifizierten Treugebern und der Treuhandkommanditistin ist nur dort anzunehmen, wo nach der Auslegung der Parteiwillen *lege artis* die Eingehung eines solchen zusätzlichen Gesellschaftsvertrages angenommen werden muss.

3. Kritik an Einbeziehungen in die Hauptgesellschaft

Nur das Modell der Einbeziehung in die Hauptgesellschaft verträgt sich mit den an früherer Stelle herausgearbeiteten Thesen: Die rechtstatsächliche Untersuchung zahlreicher Gesellschaftsverträge von Publikums-Investment-KGs hat gezeigt, dass eine Einbeziehung in die Gesellschaft oft tatsächlich gewollt ist.[790] So entstehen die Mitgliedschaftsrechte originär. Mit der Einbeziehung in die Hauptgesellschaft wird zudem nicht das Treuhandrecht unzulässig fortentwickelt,[791] sondern das Gesellschaftsrecht in zulässiger Weise.[792] Auch ist eine Einbeziehung in die Hauptgesellschaft der richtige Weg mit Blick auf § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB und dem darin enthaltenen Gleichstellungsauftrag ohne Gleichstellungsfiktion.[793] Wie das Modell einer Einbeziehung in die Hauptgesellschaft aber umzusetzen ist, wird bekanntermaßen unterschiedlich gesehen.

---

787 Dazu S. 208 ff.
788 *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1789 a.E. („Wenig geeigneter Ansatz"). Vgl. auch *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1326; *Holler* ZIP 2010, 2429, 2434; *Tassius* Die Innen-KG, S. 58, 71 ff., 83 ff.
789 So aber *K. Schmidt* ZHR 178 (2014), 10, 18; vgl. auch *ders*. NZG 2011, 361, 366 f.
790 Dazu S. 148.
791 Dazu S. 73.
792 Vgl. *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1789.
793 Dazu S. 139 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Keine Außengesellschafterstellung

Der qualifizierte Treugeber ist kein Außengesellschafter nach §§ 161 ff. HGB.[794] Das deckt sich schlicht nicht mit dem Willen der Parteien. Den Anlageinteressenten wird regemäßig zur Wahl gestellt, sich als Außenkommanditist oder bloßer Treugeber unter Einräumung echter Mitgliedschaftsrechte zu beteiligen. Eine Außengesellschafterstellung ist nicht gewollt und dieser Wille ist auch legitim, da er sich auf das weitgehend frei gestaltbare Innenverhältnis bezieht.[795]

Zudem besteht keine Korrelation zwischen Einwirkungsmacht und Haftung.[796] Der Gesetzgeber hat nur eine Korrelation zwischen der handelsregisterlichen Publizität und der persönlichen Haftung der Gesellschafter bestimmt, die dem Vertrauensschutz der Gläubiger dient (vgl. § 15 HGB).[797] Die Hauptfolge der Stellung als Außengesellschafter ist die akzessorische Haftung gemäß § 128 HGB. Diese dient dem Interesse der Gläubiger, bei Geschäften mit der Gesellschaft am Ende schadlos zu stehen. Das Insolvenzrisiko der Gesellschaft wird auf die Gesellschafter übertragen (§ 110 Abs. 1 HGB, § 426 Abs. 1 und 2 BGB). Einen sachlich gerechtfertigten Grund, den Gesellschaftsgläubigern über den Bestand der im Handelsregister verlautbarten Kommanditisten weitere unmittelbar haftende Schuldner zur Verfügung zu stellen, gibt es – vorbehaltlich einer etwaigen Rechtsscheinhaftung – hingegen nicht.[798]

Des Weiteren besteht das berechtigte Interesse der Beteiligten, privatautonom festlegen zu können, ob man sich über die gemeinschaftliche gewerbliche Betätigung hinaus auch als Gesellschafter im Verkehr ausgibt und somit für die Schuld der Gesellschaft einzustehen hat, oder ob man seine Beteiligung auf eine bloße Innenbeteiligung beschränkt.[799] Das zeigen bereits die Beteiligungsformen der stillen Gesellschaft und Kommanditbeteiligung: So besteht die Möglichkeit, sich als stiller Gesellschafter am Handelsgewerbe der Gesellschaft zu beteiligen. Als atypisch stiller Gesellschafter kann man dann auch mit unmittelbaren Verwaltungsrechten

794 So auch *Tassius* Die Innen-KG, S. 111; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 150 f.
795 BGHZ 10, 44, 49 f.
796 BGHZ 178, 271, 277 mit Verweis auf *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 199 ff. und 209 ff. sowie BGHZ 45, 204, 206. Dazu ausführlich S. 251 f.
797 Zum Zweck von § 15 HGB vgl. Heymann/*Förster* HGB, § 15 Rn. 1 ff.
798 BGHZ 178, 271, 277; NJW-RR 2009, 1040, 1041.
799 Vgl. *Brömmelmeyer* NZG 2006, 529, 530 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausgestattet werden.[800] Auch die Kommanditbeteiligung zeigt, dass das Gesetz durchaus das Interesse anerkennt, trotz Beteiligung an der Gesellschaft, nicht im vollen Umfang haften zu müssen. Wird im Handelsregister verlautbart, dass sich jemand nur als Kommanditist beteiligt, ist dessen Außenhaftung bei Leistung der registerlich verlautbarten Hafteinlage ausgeschlossen; ist, im Umkehrschluss, nichts verlautbart worden, besteht auch nicht das Bedürfnis nach einem Haftungssubjekt. Die Rechtsfiguren der atypischen stillen Gesellschaft unter Einräumung unmittelbarer Verwaltungsrechte sowie insbesondere die gesetzlich normierte Kommanditbeteiligung zeigen also ganz deutlich, dass das Gesetz den Willen anerkennt und schützt, trotz wesentlicher Gesellschafterrechte und -pflichten nicht, beziehungsweise nicht vollständig nach außen haften zu müssen. Wie gehaftet wird, hängt – vorbehaltlich einer etwaigen Rechtsscheinhaftung – von der Eintragung im Handelsregister ab. Gibt es keine Eintragung, muss auch grundsätzlich nicht nach außen gehaftet werden.

Der Frage der Außenhaftung des qualifizierten Treugebers wird sich an späterer Stelle noch einmal ausführlich gewidmet.[801]

b) Keine Quasi-Mitgliedschaft

Man könnte an der Fortentwicklung der Mitgliedschaft anknüpfen. Diese Art der Einbeziehung könnte dann so aussehen, dass jemand Mitgliedschaftsrechte erlangt, ohne echtes Mitglied zu sein. So ist die Rechtsprechung und *Tebbens* Modell von der umfassenden Berechtigung *sui generis* zu verstehen.[802]

Allerdings ist es richtig, dass es kein Mitgliedschaftsrecht geben kann, das originär beim Treugeber entsteht, ohne dass dieser echter Gesellschafter wird, also Organ des Verbands ist.[803] Das muss prinzipiell so sein (Einheitlichkeit der Mitgliedschaft; Kernbereichslehre i.w.S.).[804] Mitgliedschaftsrechte können freilich dinglich übertragen werden, ohne dass gesellschaftsrechtliche Prinzipien verletzt werden. Das zeigt bereits § 717 S. 1 BGB. Wie aber soll jemand originär Mitgliedschaftsrechte erlangen,

800 Dazu S. 119.
801 Dazu S. 237 ff.
802 Dazu S. 155 ff. und 172 f.
803 Insoweit zutreffend *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1147; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 55.
804 Dazu S. 180 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ohne Gesellschafter zu werden?[805] Das Abspaltungsverbot gemäß § 717 S. 1 BGB bringt folgerichtig neben dem Gesellschafterschutz auch die grundsätzlich nicht zur Disposition stehende ganzheitliche Natur der Mitgliedschaft zum Ausdruck.[806] Das Einheitlichkeitspostulat gilt auch insoweit, dass es keine Quasi-Mitgliedschaft geben kann.

Insbesondere wegen der rein schuldrechtlichen Wirkungsweise der deutschen Treuhand ist auch die Doktrin der Rechtsprechung von der mit gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerten Treuhandbeziehung zu sämtlichen Gesellschaftern abzulehnen. Dogmatisch wird das Treuhandverhältnis auf sämtliche Anleger und Gesellschafter erweitert und verdinglicht, sodass der Treugeber (als Quasi-Gesellschafter) organisationsrechtlich eingebunden wird. Eine solche Wirkung kann die Treuhand im deutschen Recht aber nicht haben.[807]

c) Der richtige Ansatz: echte Innengesellschafterstellung

Richtig ist daher eine Fortentwicklung nicht des Instituts Mitgliedschaft, sondern des Verbandsverständnisses. Aus diesem Grund ist der Idee *Wiedemanns* zu folgen.[808] Neben den kodifizierten Formen der vollen Beteiligung (Außenbeteiligung) und der unechten Beteiligungsform der stillen Gesellschaft, sollte als weitere Beteiligungsform die stille Beteiligung als echte Beteiligung am Innenverhältnis der Hauptgesellschaft anerkannt werden. Ihre Existenz lässt sich historisch belegen.[809] Nur durch ihre Anerkennung kann das Prädikat der Einheitlichkeit von Mitgliedschaftsrecht und Mitgliedschaft bewahrt bleiben.

Selbstverständlich bedarf die stille Beteiligung als echte Beteiligung einen statutarischen Einbezug in die Gesellschaft durch Gesellschaftsver-

---

805 Vgl. *Beuthien* ZGR 1974, 26, 55. Ähnlich *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1147, der allerdings auch einen Verstoß gegen das Prinzip der Selbstorganschaft annimmt.

806 Vgl. MüKoBGB/*Schäfer* § 717 Rn. 7; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 717 Rn. 1.

807 Dazu ausführlich S. 71 ff.

808 Im Ansatz schon bei *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 79 zu lesen: „Die Entwicklungen im Gesellschaftsrecht […] erklären sich entsprechend dem hier vorgestellten Ansatz aus spezifisch gesellschaftsrechtlichen Normzwecken und aus der offenen Gestaltung der Treuhandabrede, die sich auf die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen Treugeber und der Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern auswirkt." Gegen die Figur des stillen Kommanditisten *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 151 ff.

809 Ausführlich S. 189 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trag mit den übrigen Gesellschaftern. Der stille Beteiligte soll schließlich echter Gesellschafter sein. Und natürlich trifft ihn dann auch die Treuepflicht, genauso wie die Mitgesellschafter ihm gegenüber zur gesellschafterlichen Treue verpflichtet sind. Er ist mithin der gesellschaftlichen Disziplinargewalt unterworfen. Insoweit besteht kein Unterschied zur Rechtsprechung und der mit ihr übereinstimmenden Lehre.[810] Allerdings soll mit der Figur der stillen Beteiligung ein Einbezug in den Verband als echter Innengesellschafter erfolgen, ohne dass der still Beteiligte dinglich am Gesellschaftsvermögen beteiligt wird und ohne dass dieser am Rechtsverkehr teilnimmt. Dies setzt die Anerkennung des Innenverhältnisses mit Verbandsqualität voraus. Außerdem könnten bei dieser Rechtsfigur der gesellschaftsrechtliche Typenzwang oder die Prinzipien der Verbandssouveränität, der Selbstorganschaft und des Abspaltungsverbots verletzt sein. Eine umfassende gesellschaftsrechtliche Legitimation soll daher in den nächsten Unterabschnitten erfolgen.

II. Darstellung der Rechtsfigur und historische Vorläufer

Der stille Kommanditist ist echter Gesellschafter im Innenverhältnis, ohne im Außenverhältnis der Gesellschaft in Erscheinung zu treten. Er ist dinglich nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt. Seine Einlage überlässt er treuhänderisch einem Außengesellschafter. Seine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ist daher eine nur virtuelle. Während also das Mitgliedschaftsverhältnis unmittelbar ist, ist das Einlagenverhältnis ein nur mittelbares.

Wir erkennen an dieser Stelle, dass die Gesellschaftsbeteiligung nicht nur in theoretischer Hinsicht in die Bestandteile des Innen- und Außenverhältnisses aufzuteilen ist – ihre Tatbestände können auch praktisch jeweils unabhängig voneinander erfüllt werden.[811] Der dingliche Anteil am Gesellschaftsvermögen ist trennbar von der Verbandszugehörigkeit und kann auch nur treuhänderisch für einen stillen Kommanditisten von einem Außengesellschafter gehalten werden. Der stille Kommanditist ist dann nur wirtschaftlich am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Die Treuhandkonstruktion hingegen ist das technisch notwendige Mittel zur wirtschaftlichen Vermittlung der Vermögensbeteiligung (dazu 1.).[812]

---

810 Zur Ansicht der Rechtsprechung S. 153 ff.
811 Ähnlich *Foerster* die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 432 ff.
812 So auch BGHZ 196, 131, 138; vgl. auch BGH NZG 2015, 269, 270.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorläufer der Figur des stillen Kommanditisten gab es bereits in den Kodifikationen des ALR und österreichischen ABGB von 1812. Auch in der Gesetzgebungsgeschichte des HGB spielte der stille Kommanditist eine wesentliche Rolle. Letztlich aber entschied man sich für die heute bestehende Dichotomie von eingegliedertem Außenkommanditisten und ausgegliedertem stillen Gesellschafter und verwarf die Idee eines stillen – das heißt im Handelsverkehr nicht verlautbarten, aber in den Verband einbezogenen – Kommanditisten in einer Handelsgesellschaft (dazu 2.).

1. Trennung von Innen- und Außenverhältnis

Der stille Kommanditist ist ein echtes Mitglied der Gesellschaft. Er ist daher Vertragspartner des Gesellschaftsvertrags und damit organisatorisch in die Gesellschaft eingegliedert. Er hat also eigene, originär entstandene Gesellschafterrechte, die ihm mindestens in dem Umfang gewährt werden müssen, wie sie den Kernbereich der Mitgliedschaft umfassen. Das Außenverhältnis kann ein Treuhandkommanditist für den stillen Kommanditisten auf zwei verschiedene Wege eingehen: In der Unterkategorie des Unterbeteiligten geht der stille Kommanditist eine echte Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB mit dem Hauptbeteiligten dergestalt ein, dass künftig der Anteil an der Hauptgesellschaft nur noch gemeinschaftlich gehalten wird – insoweit weist die Unterbeteiligung die hinreichenden Elemente einer Treuhand auf.[813] Dem stillen Kommanditisten wird bei der hier interessierenden Unterkategorie der qualifizierten Treuhand im Außenverhältnis eine echte fiduziarische Treuhand am Gesellschaftsanteil eingeräumt. Im Innenverhältnis ist der stille Kommanditist aber – wie schon mehrfach betont – in beiden Varianten echtes Verbandsmitglied.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist also das Innenverhältnis scharf vom Außenverhältnis zu trennen. Dass soll nicht heißen, dass die herrschende Meinung bisher nicht zwischen Innen- und Außenverhältnis getrennt hat; das Gegenteil ist der Fall.[814] Allerdings besteht nach ihr eine nicht nachvollziehbare Wechselwirkung zwischen Außenverhältnis und Innenverhältnis der Mitgliedschaft. Als Beispiel sei an dieser Stelle noch einmal die Ansicht des BGH und der ihr folgenden Lehre zur Dogmatik der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil in Erinnerung gerufen: die Verzahnung führe dogmatisch zu einer organisationsrechtlichen Über-

813 Vgl. insb. BGH NJW 1994, 2886.
814 Vgl. etwa die Darstellung der Rechtsprechung oben, S. 153.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lagerung des Treuhandverhältnisses; das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Treugebern würde durch gesellschaftsrechtliche Bindungen verstärkt werden; zugleich sei der Treugeber als Quasi-Gesellschafter in den Verbund der Gesellschaft einbezogen, was aus der gesellschaftsvertraglichen Gleichstellung des Treugebers mit einem echten Kommanditisten im Innenverhältnis resultiere. Als echter Gesellschafter soll der Treugeber hingegen nicht in das Innenverhältnis einbezogen werden.[815]

Das passt ganz in das Bild der Rechtsprechungsentwicklung im Bereich des allgemeinen Treuhandrechts, insbesondere ausgelöst und vorangetrieben durch die Treuhandkonten-Rechtsprechung: Das Innenverhältnis korreliert mit dem Außenverhältnis und *vice versa*. Das Außenverhältnis habe direkten Einfluss auf das Innenverhältnis, welches bei einer echten Treuhand schließlich verdinglicht würde. Die hier vertretene Ansicht geht einen entscheidend anderen Weg, sowohl in Bezug auf die allgemeine Treuhand-Dogmatik als auch – folgerichtig – bei der qualifizierten Treuhand. Schuld- und Sachenrecht sowie Innen- und Außenverhältnis sind strikt voneinander zu trennen. Gemünzt auf die Rechtsnatur der qualifizierten Treuhand bedeutet dies, dass im Außenverhältnis der Treuhandkommanditist die dingliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen mittelt, nicht jedoch die substanzielle Verwaltung des Anteils. Letzteres wäre nur bei der Annahme möglich, die qualifizierte Treuhand würde den vollständig beim Treuhänder verbleibenden Gesellschaftsanteil zugunsten des Treugebers belasten. Eine solche dingliche Treuhandwirkung existiert *de lege lata* nicht.[816] Die Verwaltungsrechte des stillen Kommanditisten beruhen vielmehr auf der organisatorischen Eingliederung des Anlegers und sind nicht mit einer Treuhandwirkung zu erklären. Dies ist, wie noch näher darzulegen sein wird, legitime Vertragsgestaltung im Innenverhältnis.

2. Frühere Formen des stillen Kommanditisten

Die Figur des stillen Kommanditisten ist keine Erfindung der neueren Kautelarjurisprudenz. Im Verlauf der Geschichte entwickelten sich in Europa zwei Typen stiller Beteiligungen: Jener Typ der uns mit der heute in den §§ 230 ff. HGB kodifizierten stillen Gesellschaft bekannt ist (separate Gesellschaftsgründung) und jener bei dem sich ein Kommanditist *still* am

815 Dazu ausführlich S. 155 ff.
816 Dazu ausführlich S. 44 ff., insb. S. 71 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Unternehmen des Anderen beteiligt, dabei aber in die Hauptgesellschaft eingegliedert wird.[817] Erstere Beteiligungsstruktur konkurrierte seit jeher als Alternativmodell mit dem im Handelsverkehr verlautbarten Außenkommanditisten. Letztere ist im Verlauf der Geschichte untergegangen.

a) Die Collegantia und Wedderlegginge

Zum besseren Verständnis der historischen Entwicklung von stiller Gesellschaft und Kommanditgesellschaft muss bis in das frühe Mittelalter zurückgeblickt werden. Die Kommanditgesellschaft und stille Gesellschaft haben ihre gemeinsamen Wurzeln in den in dieser Epoche entstandenen Formen der *Collegantia* und *Wedderlegginge*. Das Bedürfnis, sich durch kapitalistische und tätigkeitsbezogene Beiträge solidarisch zusammenzuschließen, rührte aus den besonderen Risikolagen beim Seehandel.[818]

Die *Collegantia* ist eine Unterart der allgemeineren Form der *Commenda*, eine durch das geübte Seehandelsrecht des frühen 12. Jahrhunderts in Venedig, Genua und Pisa entstandene Form der Verabredung eines im Heimatland verbleibenden Kaufmanns (*Commendator* oder *Socius Stans*) mit einem Seefahrer (*Commendatarius* oder *Tractator*), um dauerhaft in die Gunst der Fähigkeiten des Letzteren im fremden Land zu kommen.[819] Bei der *Collegantia* bestand die Besonderheit, dass der die Reise antretende *Tractator* an dem Handelsgewerbe des Kaufmanns mit einem Kapitalbeitrag beteiligt war.[820] Das *Constitutum Usus* kannte zum Beispiel die Gesellschaftsform der *Societas Maris*.[821] Zu ihrer Entstehung schlossen sich ein *Tractator* als seereisender Gesellschafter mit einem *Stans* oder mehreren

817 Vgl. auch *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3.

818 *M. Weber* Handelsgesellschaften im Mittelalter, S. 16.

819 *Goldschmidt* Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 259.

820 *Goldschmidt* Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 260; *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 10.

821 Erste Quellen dieser Gesellschaftsform finden sich im pisanischen Recht von 1160, vgl. *Schmitt-Gaedke* Die Constituta legis et usus, S. 5; *M. Weber* Die Handelsgesellschaften im Mittelalter, S. 97. In der damals größten Hafenstadt des westlichen Mittelmeers entstand das *Constitutum Usus*, vgl. *Classen* Recht und Schrift im Mittelalter, S. 311 f. Das *Constitutum Usus* beinhaltete größtenteils Gewohnheitsrecht der Kaufleute von Pisa, vgl. *Classen* Recht und Schrift im Mittelalter, S. 311, 313; *Schmidt-Gaedke* Die Constituta legis et usus, S. 3; *M. Weber* Die Handelsgesellschaften im Mittelalter, S. 99. Das wohl älteste Manuskript stammt aus dem Jahr 1190, welches aufgrund seines Aufbewahrungsortes den Namen *Codex von Yale* trägt. Dieser wurde durch die pisanische Historikerin

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stantes zusammen, die reine Kapitalgeber der Gesellschaft waren. Der *Tractator* war nur zu einem Drittel, die *Stantes* zu zwei Dritteln am Gesellschaftskapital beteiligt. Dennoch entfiel die Hälfte des Gewinns immer auf den *Tractator*.[822] Von der *Collegantia* – die bereits erste Züge einer Handelsgesellschaft unter stiller Beteiligung eines Kommanditisten aufweist, jedoch zugleich starke Züge der Kommission aufweist –[823] spaltete sich später die *Accomandita* ab, die im Wesentlichen der heutigen Kommanditgesellschaft entspricht und nunmehr die Publizierung der reinen Kapitalgeber vorsah.[824] Die *Collegantia* selbst hingegen entwickelte sich zur *Participatio* oder *Compagnia Secreta* fort. Sie entspricht in weiten Teilen der heutigen stillen Gesellschaft unter separater Gesellschaftsgründung.[825]

Eine ähnliche Entwicklung lässt sich im mittelalterlichen Hanseraum feststellen. Auch in den norddeutschen Küstenstädten organisierten sich schon im 12. Jahrhundert wohlhabende Geschäftsleute mit reiseerfahrenen Kaufmännern oder Dienern dergestalt, dass Letztere am Handelsgewerbe des Ersteren beteiligt wurden.[826] Später entwickelten sich aus dieser Geschäftspraxis die Gesellschaftsformen der *Sendeve* und *Wedderlegginge* heraus, wobei nur bei der *Wedderlegginge* auch der Reisende eine Kapitaleinlage nach heutigem Gesellschaftsverständnis leistete.[827] Auch hier setzte sich letztere Form der Zusammenarbeit durch, die sich jedoch nur zu Vorläufern der stillen Gesellschaft fortentwickelte, wie eine große Zahl von Stadt- und Landrechten des späten Mittelalters belegen.[828] Erst Ende des 18. Jahrhunderts wurde in Deutschland die Kommanditgesellschaft wieder zum Leben erweckt – und zwar als Eingliederung des Stillen in die Hauptgesellschaft,[829] obwohl das Institut der gerichtlichen Registerein-

---

Paola Vignoli aufbereitet, vgl. *Schmitt-Gaedke* Die Constituta legis et usus, S. 8 (Fn. 18).

822 *M. Weber* Die Handelsgesellschaften im Mittelalter, S. 22 f.

823 *Lastig* ZHR 24 (1879), 387, 400 f.; *Goldschmidt* Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 262.

824 *Lastig* ZHR 24 (1879), 387, 399 ff.; *Renaud* Das Recht der stillen Gesellschaften, S. 9 f.; *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 10; *Goldschmidt* Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 269.

825 *Goldschmidt* Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 270; *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 10.

826 *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 11.

827 *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 12 f.

828 Endemann/*Lastig* Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, S. 720.

829 *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tragung in Europa schon lange entwickelt war.[830] Die Rede ist vom stillen Kommanditisten im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten vom 01.06.1794 (ALR) sowie im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch vom 01.01.1812 (ABGB).

b) Der stille Kommanditist im preußischen ALR

Während sich südlich der Alpen also schon früh beide Formen der Kapitalbeteiligung am Handelsgewerbe eines anderen entwickelten (stille Gesellschaft und Kommanditbeteiligung) und ein etwaiger Vorläufer des stillen Kommanditisten mit der Erfindung der Registerpublizität der Figur des Außenkommanditisten weichen musste, folgten im nördlichen Europa des späteren Mittelalters auf die Gesellschaftsform der *Wedderlegginge* bloße Vorläuferformen der stillen Gesellschaft als separate Gesellschaftsgründung.[831] Jedoch ist hier eine für die hiesigen Zwecke äußerst besondere Entwicklung der stillen Gesellschaft zu verzeichnen, die letztlich in der Figur der stillen Kommanditbeteiligung im ALR mündete, obwohl die Registerpublizität schon erfunden war: Die stille Gesellschaft verlor über die Jahrhunderte immer mehr ihre klare Kontur und näherte sich schrittweise der Kommanditgesellschaft an.[832] Dabei kannte man die Kommanditgesellschaft vor allem aus dem benachbarten Frankreich (*Société en Commandite*).[833] Schließlich hielt man es für das ALR sogar für notwendig, den still Beteiligten wie den französischen Kommanditisten in die Organisation der Handelsgesellschaft einzubeziehen, anstatt ein separates stilles Gesellschaftsverhältnis entstehen zu lassen – jedoch ohne eine Registerpublizität.[834] So hieß es in den §§ 651, 652 des siebten Abschnitts im achten Titel des zweiten Teils (Recht der Kaufleute) des ALR (ALR II 8):

---

830 So wurde etwa im späten 16. Jahrhundert in den bolognesischen *Provisione der Università de' Marcanti* eine Eintragungspflicht für die bloß kapitalistisch beteiligten Gesellschafter der *Compagnia Palese* kodifiziert. Von dem Register wurde eine Kopie zur öffentlichen Einsicht im Gerichtsgebäude ausgelegt, Endemann/*Lastig* Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, S. 721 und *Renaud* Das Recht der stillen Gesellschaften, S. 10.

831 Vgl. *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3.

832 *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 13 f.

833 Vor Erlass des *Code de Commerce* war die Kommanditgesellschaft in der O*rdonnance de Colbert de 1673 sur le Commerce* geregelt, *Renaud* Das Recht der Commanditgesellschaften, S. 27 ff.

834 Ähnlich *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3. Anders hingegen *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 61 ff., der dem ALR-Gesetzgeber die Inkompetenz unter-

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> §. 651.
> Derjenige, welcher der Societät ein bestimmtes Capital mit der Bedingung anvertrauet hat, daß er, statt der Zinsen, am Gewinne oder Verluste nach Verhältniß dieses Capitals Theil nehmen wolle, wird ein stiller Gesellschafter (Associé en commandite) genannt.
>
> §. 652.
> Ist sein Name in der Firma nicht mit enthalten, noch er sonst als ein Gesellschafter ausdrücklich bekannt gemacht: so haftet er den Societätsgläubigern nur mit seinem in der Handlung stehenden Capitale; und kann ein Mehreres zu den Societätsschulden beyzutragen, nicht angehalten werden.

Bemerkenswert ist schon auf den ersten Blick, dass der Gesetzgeber bei Schaffung der §§ 651 f. ALR offensichtlich die Kommanditgesellschaft nach französischem Recht zum Vorbild hatte. Dies zeigt zum einen der Klammerzusatz „*Associé en commandite*". Zum anderen wird diese Sichtweise dadurch bestätigt, dass sich der still Beteiligte im ALR nur an einer Handelsgesellschaft beteiligen konnte. Der stille Gesellschafter nach herkömmlichem Verständnis kann sich aber an jedem Handelsgewerbe beteiligen (§ 230 Abs. 1 HGB). Zwar wurde auch vertreten, dass dies einen Zusammenschluss mit einem Einzelkaufmann nicht ausschließe.[835] Dagegen spricht jedoch der klare Wortlaut und fehlende Indizien dafür, dass darin ein redaktioneller Fehler zu sehen ist.[836]

c) Der Stille Kommanditist im österreichischen ABGB

Ein weiterer Beleg für die historische Existenz des stillen Kommanditisten ist das österreichische ABGB vom 01.01.1812. Gemäß § 1175 ABGB entstand eine sogenannte Erwerbsgesellschaft durch „Vertrag, vermöge dessen zwey oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen". Wurde eine solche Gesellschaft unter „Handelsleuten" errichtet, war gemäß § 1179 S. 1 ABGB der Vertrag in „die gehörigen Register einzutragen und öffentlich

---

stellt, die verschiedenen rechtlichen Strukturen von stiller Gesellschaft und Kommanditgesellschaft zu unterscheiden.

835 So *Brinckmann* Lehrbuch des Handelsrechts, S. 207 (Fn. 4); *Droysen* Beiträge zur Beurteilung des Handelsrechts, S. 54.

836 *Fischer* Preußens kaufmännisches Recht, S. 478.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bekannt zu machen". Die konkrete Art und Weise der Publikation bestimmte sich nach den „besonderen Handels- und politischen Gesetzen". In § 1204 ABGB hieß es sodann:

> Die geheimen Mitglieder einer Handelsgesellschaft, solche nämlich, welche ihr einen Theil des Fondes auf Gewinn und Verlust dargeliehen haben, aber nicht als Mitglied angekündigt worden sind, haften in keinem Falle mit mehr als dem dargeliehenen Vermögen.

In unmissverständlicher Weise, wurde hier eine Beteiligung als stiller Kommanditist kodifiziert. So war die Rede von „geheimen Mitgliedern [in der] Handelsgesellschaft", die ihre Einlage („Theil des Fondes auf Gewinn und Verlust") der Gesellschaft „dargeliehen" haben und nicht im Register als Gesellschafter aufgeführt wurden („nicht als Mitglied angekündigt").[837] Vermutlich handelte es sich bei diesem Darlehen tatsächlich um eine fiduziarische Übereignung zugunsten der Gesellschaft, sodass ein virtuelles Einlagenverhältnis entstand. Dafür sprechen die folgenden drei Gesichtspunkte:

Zum einen überlässt der Außengesellschafter seinen Beitrag nicht als Darlehen, sondern legt diesen *in das* Gesellschaftsvermögen ein und behält dabei eine dingliche Rechtsposition an der Einlage. So heißt es in § 1181 ABGB: „Der Gesellschaftsvertrag gehöret […] unter die Titel, ein Eigenthum zu erwerben." Auch sonst spricht das Gesetz in diesem Zusammenhang nicht von Darlehen sondern von Einlage oder Beitrag der Mitglieder (§§ 1183, 1187, 1189, 1193, 1196 ABGB). Zum anderen spricht § 1204 ABGB vom „geheimen *Mitglied*", sodass jegliche Vorschriften, die das Mitgliedschaftsverhältnis eines Gesellschafters betreffen, unterschiedslos auf diesen anwendbar sind. Das betrifft auch allgemein die organisatorische Verbundenheit der Mitglieder (§ 1185 ABGB). Schließlich wird das Dargeliehene „Theil des Fondes" für welchen der Stille die Gefahr der zufälligen Verschlechterung trägt („auf Gewinn und Verlust"). Die gesetzliche Konstruktion dieses stillen Kommanditisten im ABGB gleicht der dogmatischen Einordnung des qualifizierten Treugebers in der Rechtsprechung und der ihr folgenden Literaturansicht. Auch hier wird der Anteil des qualifizierten Treugebers Eigentum der Gesellschaft, wobei die Gesellschaft diesen Anteil treuhänderisch, aber mit gesellschaftsrechtlichen

837 Vgl. zum virtuellen Einlagenverhältnis *K. Schmidt* NZG 2016, 4, 6; *ders*. NZG 2014, 881, 884.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bindungen überlagert, für den Treugeber hält. Der Treuhandgesellschafter wird nur „rechtstechnisches Mittel zum Zweck".[838]

d) Aufnahme in den ersten Entwurf für ein ADHGB

Die Figur des stillen Kommanditisten schaffte es sogar noch in den preußischen Entwurf eines ADHGB von 1857, und zwar sogar noch in die modifizierte Fassung der Redaktionskommission (erster Entwurf), wenngleich im ersten Entwurf im Vergleich zum preußischen Entwurf bereits eine wesentliche Abweichung vorgenommen wurde. Zwar sollten die Namen der stillen Kommanditisten nicht Teil der Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister werden. Der erste Entwurf bestimmte aber eine Eintragung des Umstandes, dass es überhaupt still beteiligte Kommanditisten gibt, sowie der Höhe ihrer jeweiligen Einlage. In den Art. 145 ff. des ersten Entwurfes (PE I) hieß es unter anderem:

> Art. 145.
> Eine stille Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn ein oder mehrere Gesellschafter sich nur mit Vermögenseinlagen betheiligen (stille Gesellschafter), während ein oder mehrere andere Gesellschafter persönlich, mit ihrem ganzen Vermögen und solidarisch für die Verbindlichkeiten haften (verantwortliche Gesellschafter).
> Sind mehrere verantwortliche Gesellschafter vorhanden, so ist in Ansehung ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene Gesellschaft.
>
> Art. 149.
> Der stille Gesellschafter haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur mit der Einlage oder, wenn dieselbe nicht baar eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage.

Die Anmeldung zum Handelsregister (Art. 146 PE I) musste „den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes verantwortlichen Gesellschafters" enthalten. Darüber hinaus musste die Anmeldung den „Betrag der Vermögenseinlage jedes stillen Gesellschafters" enthalten. Nicht hingegen mussten die Identitäten der stillen Gesellschafter bekanntgegeben werden, wenngleich die Namen auf Wunsch der Beteiligten eingetragen werden konnten (Art. 146 Abs. 3 PE I). Im preußischen Entwurf, also jenem Ent-

838 Vgl. etwa BGHZ 196, 131, 138; vgl. auch BGH NZG 2015, 269, 270. Dazu S. 157.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wurf, der dem ersten Entwurf unmittelbar vorging, war nicht einmal letzteres vorgeschrieben. Es war demnach nicht ersichtlich, ob still Beteiligte überhaupt existierten, geschweige denn mit welchem Betrag.

e) Das zeitgenössische Für und Wider einer Namenspublikation

Letztlich hielten die Schöpfer des heutigen HGB es aber für richtig, einen Dualismus von Außenkommanditist und stiller Gesellschaft als Innengesellschaft zwischen Kaufmann und stillem Gesellschafter zu kodifizieren und verwarfen somit die Figur des stillen Kommanditisten aus dem preußischen und ersten Entwurf. Der Wendepunkt sind die Beratungen zum ersten Entwurf. Hier setzte sich in der zweiten Lesung[839] die Ansicht durch, dass es zwei verschiedene Beteiligungsstrukturen bedarf.[840] Dementsprechend wurde eine Trennung von stiller Gesellschaft, als darlehensähnliche Beteiligung am fremden Unternehmen, und Kommanditgesellschaft, als gemeinsame Unternehmenstragung, vorgenommen und im zweiten Entwurf festgehalten.[841]

Für diese Lösung habe gesprochen, dass die traditionelle „deutsche stille Gesellschaft […] in Deutschland noch […] an den meisten Orten gebräuchlich" war, jedoch die Kommanditgesellschaft nach französischem Vorbild „für den Handel ungleich bedeutender" war, eine größere Zukunft gehabt habe und kaufmännisch ausgebildeter gewesen sei.[842] In Bezug auf die Publikation der Kommanditisten und die Firmierung als solche hieß es, dass dies das Wesen der Kommanditgesellschaft sei. Eine Offenlegung der stillen Gesellschaft hingegen sei nicht erforderlich, weil hier das Kapital des Stillen in das Vermögen des Kaufmanns übergehe.[843] Dieser sei bloßer Kapitalist, der seine Einlage in ein fremdes Handelsgeschäft einlege. Hingegen erschienen die Kommanditisten als Mitteilhaber des Handelsgeschäftes.[844] Sei dies der Fall, müsse auch der Name in das Handelsregister mit aufgenommen werden. Denn ansonsten, könne das Publikum getäuscht werden. Auch gebe es nunmehr keinen Grund, dies nicht mehr zu verlangen, da man sich darauf geeinigt habe, beide

839 Protokolle-AGHGB, S. 287–309, 1031–1033, 1077–1109, 1146–1161.
840 Dazu auch *Lehnen* Komplementärgleiche Kommanditistenhaftung, S. 107 f.
841 Vgl. *Engler* Die Kommanditgesellschaft, S. 74; *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 284 ff.
842 Protokolle-ADHGB, S. 1032.
843 Protokolle-ADHGB, S. 1032.
844 Protokolle-ADHGB, S. 1094.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gesellschaftsformen (stille Gesellschaft und Kommanditgesellschaft) zu kodifizieren, sodass dem Interessenten immer auch die stille Gesellschaft als alternative Beteiligungsform offenstehe, wenn er Bedenken gegen die Bekanntmachung seines Namens habe.[845]

In bemerkenswerter Weise stieß diese Änderung des ersten Entwurfs auf erhebliche Kritik in der zeitgenössischen Literatur. Der Unterschied bei der Firmierung, der Publikation der Kommanditisten und der Reichweite der Einlagenhaftung sei künstlich geschaffen und rechtfertige eine Trennung nicht.[846] Dies betreffe insbesondere die namentliche Bekanntmachung des Kommanditisten, für die es nach Einzahlung der Einlage keine Rechtfertigung gebe. Auch weiche dies vom bestehenden deutschen Recht ab und übervorteile die Gläubiger. Hingegen biete die stille Gesellschaft wegen der gläubigergleichen Behandlung der stillen Gesellschafter in Bezug auf die in das Vermögen des Gewerbetreibenden übergehenden Einlage in der Insolvenz des Letzteren keine attraktive Alternative.[847] Befürworter lobten die mit der Trennung beider Systeme hergestellte Kohärenz. Die alte deutsche stille Gesellschaft und die neue französische Kommanditgesellschaft in ein und demselben Institut zu vereinigen, „würde ein unfertiges, unreifes Produkt ergeben".[848]

f) Kritik

Der historische Gesetzgeber hat mit seinen Erwägungen jedoch nachweislich ein fundamentales und berechtigtes Bedürfnis des Rechtsverkehrs unberücksichtigt gelassen. Kapitalgeber haben regelmäßig das Bedürfnis, in die Organisation eingegliedert zu werden, ohne dabei im Rechtsverkehr in Erscheinung zu treten. Das hat schon die historische Analyse der Geschichte der Kommanditgesellschaft gezeigt.[849] Zudem wird dies auch durch den Umstand bewiesen, dass sich schon sehr früh nach Inkrafttreten des im ADHGB kodifizierten Dualismus zwischen stiller Gesellschaft und Außenkommanditbeteiligung die Treuhandbeteiligung als legale Umgehungsmöglichkeit entwickelte. In einem Fall des Reichsgerichts aus dem

845 Protokolle-ADHGB, S. 1097.
846 *Schliemann* Kritische Bemerkungen, S. 48, 51 ff.
847 *Borchardt* AWR 7 (1858), 361, 362 f.; ähnlich *Goldtschmidt* Gutachten (1860), S. 63 ff.
848 *Anschütz* KritV 1859, 164, 174.
849 Dazu S. 189 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Jahr 1918 etwa waren über 80 Konsorten als Treugeber mittelbar an einer Kommanditgesellschaft bestehend aus zwei persönlich haftenden Gesellschaftern und einer Treuhandaktiengesellschaft beteiligt.[850] Die Konsorten waren mit Beiträgen an der Kommanditeinlage der Treuhänderin beteiligt und ihre Interessen gegenüber der Kommanditgesellschaft vertrat ein Beirat nach den Regeln eines umfassend geschlossenen Kommanditvertrages und Konsortialvertrages.[851] Im weiteren Verlauf der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelte sich die Kautelarjurisprudenz weiter und verschaffte dem Anonymitätsinteresse eingegliederter Kommanditisten durch die Entwicklung der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil Geltung. Ihre höchstrichterliche Anerkennung erlangte die qualifizierte Treuhand im Jahr 1953[852] und wurde schnell als Mittel zur Bündelung von Massenanlegern entdeckt.[853] Die Einschätzung des ADHGB-Gesetzgebers, das Wesen der Kommanditbeteiligung sei geprägt durch die Verkehrspublizität ist daher klar historisch widerlegt und die Vorstellung, mit der Kodifikation der altdeutschen stillen Gesellschaft sei dem Bedürfnis nach geheimer Kapitalbeteiligung genüge getan, ist deutlich verfehlt.

Des Weiteren hielt der Gesetzgeber eine Publizität der Kommanditisten aus Gläubigerschutzgesichtspunkten für notwendig. Eine Publizität des stillen Gesellschafters sei nicht notwendig, da das Kapital in diesem Fall in das Eigentum des Gewerbetreibenden übergeht. Zum einen verfängt dieses Argument nicht, da der Verkehr nur dann getäuscht werden kann, wenn ein Täuschungstatbestand überhaupt zu dessen Kenntnis gelangt. Dieser Gefahr war aber etwa durch § 652 ALR II 8 Rechnung getragen. Sobald der stille Kommanditist dem Verkehr bekannt gemacht wurde, haftete dieser über seine Einlage hinaus persönlich und unbeschränkt. Zum anderen leuchtet es nicht ein, wieso mit der Argumentation des Gesetzgebers die Publizität des stillen Gesellschafters nicht ebenfalls erforderlich sein soll. Daher muss sich der zeitgenössischen Kritik angeschlossen werden: Der Unterschied bei der Firmierung, der Publikation der Kommanditisten und der Reichweite der Einlagenhaftung ist in der Tat künstlich geschaffen und rechtfertigt die gewählte Dichotomie von Außenkommanditist und stillem Gesellschafter nicht.[854]

---

850 RG Warn. 1918, Nr. 79, S. 115.
851 RG Warn. 1918, Nr. 79, S. 115, 116.
852 BGHZ 10, 44.
853 *Bälz* ZGR 1980, 1, 9 f.
854 So schon *Schliemann* Kritische Bemerkungen, S. 48, 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Die wichtigsten Erkenntnisse

Die Rechtspraxis aber auch die geschichtliche Entwicklung der Kommanditgesellschaft und stillen Gesellschaft erlaubt die hypothetische Annahme, dass es die Figur des stillen Kommanditisten als eingegliederten echten Gesellschafter ohne Außenhaftung und Publizität geben kann. Der stille Kommanditist ist echtes Innenmitglied. Im Außenverhältnis überlässt er seine Einlage treuhänderisch einem Außengesellschafter im Wege der fiduziarischen Geschäftsbesorgungstreuhand oder der Unterbeteiligung. Dabei entsteht ein rechnerisch-schuldrechtliches (das heißt virtuelles) Einlagenverhältnis im Innenverhältnis sämtlicher Gesellschafter.

Es scheint ein uraltes Bedürfnis von Kaufleuten zu sein, sich solidarisch dergestalt zusammenzuschließen, dass die bloßen Kapitalgeber im Verborgenen bleiben. Als sich mit der Zeit das Gesellschaftsrecht fortentwickelt und die Registerpublizität erfunden wurde, schaffte es der stille Kommanditist sogar noch in die Gesetzbücher des ALR und österreichischen ABGB von 1812. Im preußischen und ersten Entwurf für ein ADHGB noch berücksichtigt, entschied man sich schließlich, einen stillen, anonymen Kapitalgeber nicht an der Organisation der Handelsgesellschaft teilhaben zu lassen. Dabei fand die entstandene Zweiteilung von Kommanditgesellschaft und stiller Gesellschaft noch während des Entstehungsprozesses des ADHGB scharfe Kritik von Rechtsgelehrten. Als Hauptkritik klingen dabei ein Willkürvorwurf und ungerechtfertigte Gläubigerbevorteilung an. Dieser Kritik muss sich angeschlossen werden. Eine stille Beteiligung kann gar nicht den Verkehr täuschen und unklar bleibt, warum dann nicht auch der stille Gesellschafter dem Verkehr bekannt gemacht werden muss. Jedenfalls führte diese Gesetzgebung zu einem bis in die heutige Zeit andauernden Gestaltungsreichtum zur Umgehung einer Eintragungspflicht trotz Eingliederung in die Hauptgesellschaft. Deshalb stellt sich die dringende Frage, ob es den stillen Kommanditisten nicht doch geben kann und daher auch geben muss. Diese Frage soll in den nachfolgenden Unterabschnitten geklärt werden.

III. Gründe für das heute umstrittene Verständnis von der Innengesellschaft

Mit der Darlegung, dass die Entscheidung des ADHGB-Gesetzgebers gegen einen nicht im Handelsregister publizierten stillen Kommanditisten, nicht überzeugt, ist erst der erste Schritt einer Rechtfertigung dieser Figur

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

getan. Es ist nämlich überhaupt schon umstritten, ob einer gesellschaftlichen Verbundenheit Verbandsqualität zuerkannt werden kann, wenn diese nicht im Außenverhältnis in Erscheinung tritt. Dann muss es für das ablehnende Lager ebenfalls befremdlich wirken, wenn ein Teil des Verbands nur mittelbar am Gesellschaftsvermögen der Außengesellschaft Teil hat, im Innenverhältnis jedoch echter Gesellschafter ist. Es ist daher erforderlich, sich im Rahmen der Rechtfertigung der Figur des stillen Kommanditisten als echtem Verbandsmitglied ohne direkter Vermögensteilhabe, mit der allgemeineren Frage auseinanderzusetzen, was den Verband überhaupt ausmacht, insbesondere ob sein Vorliegen unabdingbar von außenwirksamen Vermögensrechtsbeziehungen abhängt. In diesem Abschnitt wird zunächst Licht hinter die traditionelle Abneigung gegen die Verbandsqualität einer Innengesellschaft gebracht, bevor im nächsten Abschnitt (IV.) dann schließlich die Richtigkeit dieses Verbandsverständnisses hinterfragt und abgelehnt wird.

1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Societas Romana

Nach dem Aufbau und der Systematik des BGB wird der Gesellschaftsvertrag als rein schuldrechtlicher Vertrag eingeordnet.[855] Die §§ 705 ff. BGB bilden den 16. Titel im 8. Abschnitt des BGB, der den Namen „besondere Schuldverhältnisse" trägt. Darin ist die klare Neigung des BGB-Gesetzgebers zu erkennen, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Vorbild der römisch-rechtlichen *Societas* als reinen Schuldvertrag zu konzipieren.

Diese Neigung entspringt der historischen Diskussion über die Voraussetzungen der Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften und der klaren Vorstellung einiger, dass Verbandsein zwingend auch Partei- und Rechtsfähigkeit bedeute.[856] Die „romanistische Reaktion des neunzehnten Jahrhunderts" lehnte die Theorie von einer personenrechtlichen Gemeinschaft nach germanischem Recht ab. Für sie gab es nur die Körperschaft als alleinigen Rechtsträger und die römischrechtliche *Societas*, einer bloßen Gemeinschaft ohne vom Schuldrecht zu unterscheidenden Personenrecht.[857] Man versuchte daher „die Gemeinschaft auf sachenrechtliche oder obli-

855 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 159; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), Vorbem zu §§ 705 ff. Rn. 1; Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn. 1.
856 *Florstedt* Der stille Verband, S. 14 f.
857 *V. Gierke* Deutsches Privatrecht I, S. 663.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gationenrechtliche Beziehungen zwischen getrennten Personen zurückzuführen".[858]

Aus diesem Grund schaffte es das Gesamthandsprinzip nur unvollkommen und nur nach einem Aufschrei *Otto v. Gierkes* in das BGB:[859] Die Gründung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sollte aus Flexibilitätsgründen formfrei erfolgen und als bloße Sozietät nach römischrechtlichem Vorbild sollte sie nur ein schuldrechtlicher Vertrag unter den Gesellschaftern sein.[860] Dennoch sollte ein Sondervermögen gebildet werden, welches aber nicht Rechtssubjekt sein kann. Nach der historischen Vorstellung war dies durchaus richtig. So fehlte der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, etwa im Vergleich zur offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, jegliches reale Moment.[861]

2. Begründung von Rechtssubjektivität über Verbandsqualität

Vor allem in den Jahrzehnten vor BGHZ 146, 341 (ARGE Weißes Ross) behalf man sich zur dogmatischen Einordnung dieses ominösen Gesamthandsbegriffs[862] mit der Aussage, dass die Rechte und Pflichten – kurz das Gesellschaftsvermögen, von dem schließlich auch in § 718 Abs. 1 BGB die Rede ist – den „Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit" zustünde.[863] Es würde Sondervermögen gebildet über das nur die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit verfügen könne. Der immer stärker werdenden Gegenströmung, die sogenannte Gruppenlehre, schloss sich der BGH schließlich im Urteil „ARGE Weißes Ross" endgültig an. Die Gesamthand als personenrechtliche Gemeinschaft bestehe „im Gegensatz zur *Societas* des römischen Rechts darin, daß bei der Gesamthandsgesellschaft die Gesellschafter als Personengruppe Bezugspunkt der Rechtsbeziehungen der Gesellschaft sind".[864]

Parallel zu diesem Prozess entwickelte sich die Auffassung, es sei die Beziehung der Personengruppe zur Außenwelt, die der Gruppe erst die Eigenschaft eines Verbandes verleihe und umgekehrt könne eine Verbandsqualität auch nur dann vorliegen, wenn Rechtssubjektivität vorliegt. Er-

858 *V. Gierke* Deutsches Privatrecht I, S. 663.
859 *Röder* AcP 215 (2015), 450, 458 f.
860 *Röder* AcP 215 (2015), 450, 457 ff.; *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 179.
861 Vgl. *Florstedt* Der stille Verband, S. 14.
862 Dazu ausführlich *Beuthien* ZGR 2019, 664.
863 Vgl. *Beuthien* NZG 2019, 41, 42.
864 *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 190; *ders*. Die Personengesellschaft, S. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

go habe die Innengesellschaft keine Verbandsqualität, sondern sei bloßes Schuldverhältnis.

Flume selbst hielt es zum Beispiel für erforderlich, dass die Gesellschaft Rechtsbeziehungen nach außen eingeht, um nicht bloßes Schuldverhältnis zu sein.[865] *Flume* stellte also ebenfalls maßgeblich auf Außenrechtsbeziehungen ab, um dem Gesellschaftsvertrag ein organisationsrechtliches Element zusprechen zu können. Die Organisation sei dann die Gruppe der Mitglieder, die als solche Rechte und Pflichten eingeht.[866] Nach *Huber* beruht im Sinne der damaligen herrschenden Ansicht[867] der gesamthänderische Personenverband auf dem verselbstständigten Sondervermögen. Es sei der Bezug der Personengruppe zum gesonderten Gesamthandsvermögen, was erst das personengesellschaftliche Organisationsverhältnis ausmache.[868] Der juristische Vermögensbegriff ist aber zwangsläufig in Bezug zu Außenbeziehungen einer Person zu setzen,[869] weshalb auch diese Ansicht den Verband im Ergebnis eindeutig von Außenbeziehungen abhängig macht. Für *Ulmer* ist es der Organisationsvertrag, der zusammen mit den im BGB ausgestalteten Regelungen bei Außengesellschaften für klar ausgeprägte Organisationsstrukturen mit handlungsfähigen Verbandsorganen sorgt.[870]

Hat das Innenverhältnis und somit auch die reine Innengesellschaft, die darüber nicht hinausgeht, allerdings keinerlei außenwirksame Rechtsbeziehung, kann nach dieser Vorstellung auch keine Verbandsqualität bestehen. Die Verbandsqualität ist schließlich nach dieser herkömmlichen Vorstellung die Schattenseite der Rechtsfähigkeit.[871] So ist auch die Kommentierung von *Schäfer* zu verstehen.[872] Nur wenn die Gesellschaft bürgerlichen Rechts „als Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen und Gesellschaftsorganen ausgestaltet ist", werde nicht nur ein Schuldverhältnis, sondern zugleich ein Personenverband begründet.[873] Diese organisations-

865 *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 182. Zustimmend *Altmeppen* ZIP 2011, 326, 327 f. (zugl. Anm. zu BGH NZG 2011, 276).
866 *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 192; *ders*. Die Personengesellschaft, S. 61.
867 Vgl. etwa *Buchner* AcP 169 (1969), 483, 499; *Wiedemann* WM 1975, Sonderbeilage Nr. 4, 1, 27; *Schulze-Osterloh* Das Prinzip, S. 11 ff., 29 f.
868 *Huber* Vermögensanteil, S. 61 ff., 106.
869 Dazu S. 73.
870 *Ulmer* AcP 198 (1998), 113, 127, 150; so auch *John* Die organisierte Rechtsperson, S. 72 ff.
871 *Florstedt* Der stille Verband, S. 15.
872 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 159 ff., insb. Rn. 162.
873 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 162.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtliche Seite sei dann im einheitlichen Gesellschaftsvertrag verkörpert. *Habersack* merkt an, dass die Innen-GbR und stille Gesellschaft kein organisationsrechtliches Element und gesamthänderisches Vermögen haben, sodass ihnen auch keine Verbandsqualität zukommen könne. Das gelte zwar auch für die mehrgliedrige Innengesellschaft, sie sei aber dennoch für die Zwecke seiner Untersuchung als Verband einzustufen, da sie durchaus mitgliedschaftliche Züge trage.[874] In ähnlicher Weise lehnt auch *Altmeppen* eine Verbandsqualität der Innengesellschaft ab.[875]

Nach dieser historisch gewachsenen Vorstellung ist also die Frage der Verbandsqualität eine Frage der Rechtsfähigkeit, die wiederum mitunter auf einer Außenbeziehung der Gesellschaft beruht.[876] Im Umkehrschluss kann nach dieser Auffassung Teil des Verbandes auch nur derjenige sein, der dinglich am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, mithin also als Haftungsadressat im Verkehr in Erscheinung tritt.

IV. Das Verbandsrecht als allgemeines Gesellschaftsrecht

Nach der hier vertretenen Auffassung betrifft aber das Verbandsrecht das Innenverhältnis all derjenigen Gesellschaften, die sich eine solche Struktur autonom verliehen haben. Daher muss von einem allgemeinen Verbandsrecht des Gesellschaftsrechts gesprochen werden. Ein solches Verbandsverhältnis kann vollkommen unabhängig davon bestehen, ob die Gesellschaftergesamtheit vermögensmäßige Außenbeziehungen hat. Ein Verband kann sich daher auch auf bloße Innenbeziehungen beschränken.

1. Den Innenverband anerkennende Stimmen

a) Unbedingter Innenverband

Von einem solchen Verständnis ging bereits *Lutter* in seinem vielbeachteten Aufsatz in AcP 180 aus. Das gesamte Gesellschaftsrecht sei von einem formell und materiell einheitlichen Begriff der Mitgliedschaft durchzogen, der zur Basis einer einheitlichen Theorie der Mitgliedschaft zu machen

874 *Habersack* Die Mitgliedschaft, S. 18.
875 *Altmeppen* ZIP 2011, 326.
876 Diese These arbeitete zuvor *Florstedt* heraus, *ders*. Der stille Verband, S. 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sei.[877] Der Verband sei durch die mitgliedschaftliche Verbundenheit einer Gruppe gekennzeichnet, die sich selbst einen bestimmten gemeinsamen Zweck auferlegt und ihre Mitglieder in besonderer und nachdrücklicher Weise bindet, diesen Zweck zu verfolgen.[878]

Westermann sieht in dem schuldrechtlichen Zusammenschluss der Gesellschafter mit dem Ziel der Herstellung einer Organisation das das Organisationsverhältnis begründende Moment.[879] *Foerster* geht einen Schritt weiter und systematisiert den Tatbestand der Mitgliedschaft in einen formellen und materiellen Teil, wobei es *de facto* für die Rechte- und Pflichtenbindung im Verband auf die Erfüllung des materiellen Tatbestands ankommt.[880] Insofern sei auch das Abspaltungsverbot nur hinsichtlich des materiellen Tatbestands der Mitgliedschaft relevant.[881] Nach seiner Systematisierung ist also prinzipiell die hier befürwortete Figur des stillen Kommanditisten in der Unterart der Treuhandbeteiligung möglich. Der stille Kommanditist ist dann rein materielles Mitglied und daher echtes Verbandsmitglied, während der Treuhandkommanditist bloßes formelles Mitglied ist.[882]

Letztlich scheint auch der BGH der reinen Innengesellschaft die Fähigkeit zuzusprechen, Verband zu sein: Schließen sich eine Vielzahl von Treugebern mit einer Treuhandkommanditistin dergestalt zusammen, dass die Treugeber ihren Einfluss in der Hauptgesellschaft mittelbar über eine Anlegerversammlung durch die Treuhänderin wahrnehmen, bildeten diese untereinander eine Innengesellschaft. Dem einzelnen Treugeber stehe dann aus § 716 BGB und der Natur der Beteiligung (!) ein Recht auf Auskunft über die Namen und Anschriften der anderen Treugeber gegenüber der Treuhänderin zu.[883] Die Rechtsprechung zur mehrgliedrigen atypischen stillen Gesellschaft ist ein weiterer Beleg dafür,[884] dass der BGH bloßen nichtrechtsfähigen Innengesellschaften die Fähigkeit zuerkennt, eine echte Verbandsstruktur anzunehmen.

877 *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 155.
878 *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 88 ff.
879 Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn. 21.
880 *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 240 ff.
881 *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 245.
882 *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 378, 384, 440 f.
883 BGH NZG 2011, 276, 277 f. (Anm. *K. Schmidt* JuS 2011, 361). Dazu S. 288.
884 Dazu ausführlich S. 116 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Bedingter Innenverband

Davon sind Stimmen zu unterscheiden, die zwar eine Rechtssubjektivität für den Verband nicht zwingend voraussetzen, aber dennoch eine zumindest mittelbare Vermögensbeziehung verlangen: *K. Schmidt* geht grundsätzlich davon aus, dass ein bloßer Innenverband existieren kann. Allerdings erblickt er in der Natur des Verbandes nicht (allein) den Willensorganismus,[885] sondern stellt maßgebend auf „das *Unternehmen*, den *Unternehmensträger* sowie die Teilhaberechte und Aufgaben der am Unternehmensträger beteiligten *Gesellschafter* und *Organe*" ab.[886] Folgerichtig kommt es für ihn auch nicht auf Freiwilligkeit oder Personenmehrheit an.[887] Der Verband muss also nicht zwingend mit einem Sondervermögen ausgestattet sein;[888] dennoch ist für ihn eine Vermögensbeziehung wesensbegründend. Ähnlich geht *Florstedt* davon aus, dass eine bloße Innengesellschaft Verbandsqualität haben kann.[889] Für ihn ist es aber notwendig, dass ein dinglicher Unternehmensinhaber *„den Nutzen der Unternehmung für Rechnung der Innen-Gesellschafter zieht*".[890] Nach diesem Verständnis kommt es für die Verbandsqualität einer Innengesellschaft zwingend darauf an, dass die Stillen vermögensrechtlich gleichberechtigt sind und einen unternehmerischen Eigenanteil erbringen.[891]

c) Fazit

Das zur Natur des Verbands vertretene Meinungsspektrum lässt sich für den hier verfolgten Zweck also in drei Lager aufteilen. Das eine Lager bezieht das Wesen des Verbandes auf die Außenbeziehungen der Gesellschaft.[892] Daneben stehen Autoren, die als Quelle des stillen Verbands

885 Dazu sogleich ausführlich.
886 *K. Schmidt* NZG 2016, 641, 642 (Hervorhebung im Original).
887 *K. Schmidt* ZGR 2011, 108, 113 f.
888 *K. Schmidt* ZGR 2011, 108, 113.
889 *Florstedt* Der stille Verband, passim.
890 *Florstedt* Der stille Verband, S. 257 (Hervorhebung im Original).
891 *Florstedt* Der stille Verband, S. 61.
892 Dazu gehören *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 192; *ders*. Die Personengesellschaft, S. 61; *Ulmer* AcP 198 (1998), 113, 127, 150; *Röder* AcP 215 (2015), 450, 494 ff.; *John* Die organisierte Rechtsperson, S. 72 ff.; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 159 ff., insb. Rn. 162.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine fiktive Rechtsträgerschaft oder das Unternehmen sehen.[893] Letztlich gibt es diejenigen – zu denen auch der Verfasser gehört –, die ein allgemeines Verbandsrecht schon darin erkennen, dass eine Gruppe von Personen sich privatautonom ein Rechtskleid dergestalt überziehen, dass fortan die Gruppengesamtheit in der Lage ist, einen einheitlichen und verbindlichen Willen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zu bilden. Diese Ansicht versteht den Verband als Willensorganismus zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks; der einzelne unterwirft sich durch eine Förder- und Treuepflicht dem allgegenwärtigen Verbandszweck und dem daraus revolvierend konkretisierten Verbandswillen.[894] Dieses Verständnis wird im Anschluss ausführlich erläutert.

2. Der Verband als Willensorganismus mit Zweckverfolgung und Förderpflicht

Verband beziehungsweise Verbandsrecht ist nach der hier vertretenen Auffassung der allgemeine Teil des gesamten Gesellschaftsrechts und als solcher vor die Klammer jeder besonderen Gesellschaftsform zu ziehen.[895] Er ist das bloße dingliche Ergebnis einer schuldrechtlichen Abrede, auch „Organisationsgefüge" genannt, welches sich aus seinen Mitgliedern zusammensetzt. Es ist also gerade das Binnenrecht einer Gesellschaft, das die Verbandsstruktur ausmacht.[896] Die konkrete Gewichtung des personalen und schuldrechtlichen Elementes im Gesellschaftsvertrag ist letztlich nur Frage der konkreten Gesellschaftsform und Vertragsgestaltung.[897]

---

893 *Florstedt* Der stille Verband, S. 61 und wohl auch *K. Schmidt*, der für den Verband weder Freiwilligkeit noch Mehrpersonenverhältnisse voraussetzt, *ders*. ZGR 2011, 108, 113 f., sondern maßgebend auf „das *Unternehmen*, den *Unternehmensträger* sowie die Teilhaberechte und Aufgaben der am Unternehmensträger beteiligten *Gesellschafter* und *Organe*" abstellt, *ders.* NZG 2016, 641, 642 (Hervorhebung im Original).

894 So insb. *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 87 ff.

895 Dazu insb. *Lutter* AcP 180 (1980), 84; vgl. auch *Merkt* ZfPW 2018, 300; *K. Schmidt* ZGR 2011, 108, 126. Ähnlich *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 44 ff.

896 Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn. 1 ff.; MüKoHGB/*Schmidt* § 230 Rn. 84; *K. Schmidt* NZG 2014, 881, 883; BeckOK BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 705 Rn. 159; Henssler/Strohn/*Servatius* BGB, § 705 Rn. 9; *K. Schmidt* ZHR 178 (2014), 10, 14.

897 *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 89 (Fn. 18).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Tatbestandsmerkmale des Verbands sind daher die rechtsgeschäftliche Unterwerfung des Einzelnen unter den gemeinsamen Zweck durch die Vereinbarung einer Förder- und Treuepflicht sowie die Verfassung einer Organisation zur einheitlichen Willensbildung durch Mitgliederbeschluss;[898] Außenrechtsbeziehungen, beziehungsweise die Bildung eines Gesamthandsvermögen sind gerade keine Voraussetzung des Verbandes. Es ist umgekehrt vielmehr notwendig für die Möglichkeit, der Gesellschaft als solcher Rechte und Pflichten zukommen zu lassen, dass die Gesellschaft eine Verbandsstruktur hat! Die Vermögensbildung eines Verbandes führt zur Entstehung eines Außenverbandes; ein Gesellschaftsvermögen ist daher keine Bedingung für das Verbandsein überhaupt.

3. Konsequenzen der Verbandsstruktur

Das zuvor herausgearbeitete Verbandsverständnis hat mannigfache Konsequenzen: Die Verbandsqualität des Innenverhältnisses erklärt schlüssig, warum an die Stelle des herkömmlichen Vertragsrechts mit seinen Grundprinzipien *pacta sunt servanda* und dem Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter, das Beschlussrecht mit seinem grundsätzlichen Mehrheitsprinzip tritt.[899] Selbst bei der bloßen Innengesellschaft ohne Außenrechtsbeziehung und ohne Gesellschaftsvermögen sind die Beteiligten im Verband organisationsvertraglich verbundene Mitglieder und können wie einer Außengesellschaft beitreten oder aus dem Organisationsvertrag austreten.[900] Eine weitere markante Folge der Organisationsstruktur eines Verbandes ist, dass mit Leichtigkeit erklärt werden kann, warum Beschlüsse so lange wirksam sind, wie sie nicht nichtig sind, und es auf ihre dingliche Umsetzung eben nicht ankommt. Der Beschluss in einer Personengesellschaft mit verbandsrechtlichem Innenverhältnis ist nicht mehr als gegenseitiger Vertrag, sondern als Organbeschluss anzusehen.[901] Letztlich leuch-

898 *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 7 I 1 b); *Florstedt* Der stille Verband, S. 19 f.; *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 44 ff.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 41 f., 47.

899 Dazu ausführlich S. 104.

900 Vgl. insb. MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 84; *Bezzenberger/Keul* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 73 Rn. 40; *K. Schmidt* NZG 2011, 361, 365.

901 MüKoHGB/*Priester* § 120 Rn. 57; MüKoBGB/*Habersack* § 781 Rn. 22; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 164 Rn. 3; MüKoHGB/*Enzinger* § 119 Rn. 6; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, § 721 Rn. 5; *Schulze-Osterloh* FS H. P. Westermann, 1487, 1491 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tet auch ohne Weiteres ein, dass die mitgliedschaftlichen Treuepflichten wesensverschieden von den allgemeinen vertraglichen Rücksichtnahme- und Sorgfaltspflichten sind.[902] Die Mitglieder unterliegen qua Verbandszugehörigkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, auch wenn es sich nur um stille Mitglieder handelt.[903] Auch leichter nachvollziehbar ist dann die Tatsache, dass diese Treuepflichten in vertikaler und horizontaler Richtung auch in der Kapitalgesellschaft wesensgleich existieren, da das Verbandsrecht – wie eingangs erwähnt – als allgemeines Gesellschaftsrecht vor die Klammer der besonderen Gesellschaftsform zu ziehen ist.[904]

4. Rechtfertigung

Es gilt diese verbandsmäßige Organisation des Innenverhältnisses zu rechtfertigen. Um nicht bloße Behauptung zu bleiben, muss sie sich in verschiedener Hinsicht bewähren. Dabei sei aber vorsorglich angemerkt, dass es an dieser Stelle erst noch um die Schaffung der Grundlage für die Anerkennung der Figur des stillen Kommanditisten geht: das Innenverhältnis einer Gesellschaft soll so beschaffen sein, dass man diesem als echtes Innenmitglied beitreten kann, sodass die Figur des stillen Kommanditisten grundsätzlich möglich ist. Möglich soll dies sein, weil nur die organisationsrechtliche Binnenstruktur der Gesellschaft den Verband ausmacht. Das Außenverhältnis der Gesellschaft, sofern ein solches existiert, ist von der Verbandsfrage zu trennen. Freilich ist die Figur des stillen Kommanditisten anschließend noch im Lichte der allgemeinen Prinzipien des Personengesellschaftsrechts kritisch zu betrachten.[905]

a) Der Innenverband als Rechtswirklichkeit

Einleitend soll zunächst noch einmal darauf hingewiesen werden, dass das Innenverhältnis mit Verbandsqualität gelebte Praxis ist und regelmäßig anerkannt wird. Vor allem im Bereich der qualifizierten Unterbeteiligung

902 Dazu *K. Schmidt* ZGR 2011, 108, 116 ff. und *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 120 ff. Vgl. zum Inhalt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht BGHZ 37, 381, 384; NJW 1986, 584, 585; NJW 1986, 844; 1989, 2687 f.; *Möhrle* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 5 Rn. 33.
903 Heymann/*Horn* HGB, § 230 Rn. 62.
904 Vgl. die Darstellung bei *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 120 ff.
905 Dazu S. 216 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und Treuhand am Gesellschaftsanteil ist das seit langem der Fall.[906] Was der BGH seit jeher als organisationsrechtliche Überlagerung einer Treuhandbeziehung zwischen der Gesellschaft und den qualifizierten Treugebern umschreibt, ist *de facto* nichts anderes, als die Zulässigkeit, bloße Innengesellschafter ohne Teilhabe am gesellschaftlichen Außenverhältnis in das Verbandsverhältnis einzubeziehen.[907] Vor allem aber die Rechtsentwicklung bei der Kapitalgesellschaft & Still, insbesondere der GmbH & Still hat die Anerkennung des Innenverhältnisses mit Verbandsqualität vorangetrieben und gefestigt.[908] Die herrschende Meinung erkennt mittlerweile auch die mehrgliedrige GmbH & Still ohne „Poolgesellschaft" unter den stillen Gesellschaftern an.[909] Im Steuerrecht wird auf die GmbH & Still als eine Quasi-GmbH & Co. KG für die Ermittlung der Einkunftsart und die Gewinnermittlung abgestellt.[910] Das ist jeweils nicht mehr und nicht weniger als die Anerkennung eines Innenverhältnisses mit Verbandsqualität.[911]

---

906 Vgl. insb. die Aussage in BGH NJW 1994, 2886, dass das Innenverhältnis einer freien vertraglichen Gestaltung offenstehe, sodass die Festlegung, ob Auftrags- oder Gesellschaftsrecht Anwendung finde, nach materiellen Gesichtspunkten zu erfolgen habe. Nicht die Bezeichnung als Treuhand oder als Unterbeteiligung, sondern die konkrete vertragliche Ausgestaltung sei entscheidend. Bestätigend BGH NJW-RR 1995, 165; vgl. auch BFHE 228, 10. Zustimmend MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 45; Heymann/*Horn* HGB, § 230 Rn. 75; *Gayk* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 30 Rn. 11; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 133 f.

907 Zum Begriff der Verzahnung vgl. BGHZ 196, 131, 141; NZG 2015, 269, 272; ähnlich schon BGH NJW 1987, 2677; vgl. auch BGH ZIP 2006, 1631, 1632; OLG Düsseldorf ZIP 2018, 72, 73. Aus der Finanzgerichtsbarkeit: BFHE 152, 370. Vgl. zur These, dass der BGH in der qualifizierten Treuhand einen Einbezug des Treugebers in das Gesellschaftsverhältnis sieht, schon oben, S. 155.

908 Eindrucksvoll *Florstedt* Der stille Verband, S. 67 ff.; vgl. auch *K. Schmidt* FS Bezzenberger, 401 ff.; *ders*. ZHR 178 (2014), 10, 17.

909 BGHZ 125, 74, 76 f.; 127, 176, 179; 199, 104; NZG 2016, 422; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn. 83; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 230 Rn. 7; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* HGB, § 230 Rn. 81; Oetker/*Wedemann* HGB, § 230 Rn. 44, 48; Heymann/*Horn* HGB, § 230 Rn. 62; JurisPK-BGB/*Bergmann* § 705 Rn. 49; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 7 I 2 b) bb); Blaurock/*Kauffeld* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 18.31 ff.,18.36.

910 BFHE 179, 427; *K. Schmidt* ZHR 178 (2014), 10, 19; Blaurock/*Levedag* Handbuch der stillen Gesellschaft, Rn. 22.19 f.; *Florstedt* Der stille Verband, S. 70.

911 Vgl. Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Verbandsein bedeutet nicht zwingend Rechtssubjektsein

Wie dargestellt, wird zum Teil gegen die Verbandsqualität des Innenverhältnisses eingewendet, dass das Verbandsein nichts mit dem Innenverhältnis zu tun habe, sondern allein die Frage der Rechtssubjektivität betreffe, also nur im Außenverhältnis interessieren kann.[912] Dem kann nicht zugestimmt werden. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass es keinen zwingenden Grund für eine solche Sichtweise gibt. Diese Ansicht ist vielmehr ein Überbleibsel der historischen Sichtweise, dass die Rechtsfähigkeit der juristischen Person mit der „realgreifbaren Verbandspersönlichkeit" zu begründen sei.[913] Später war es die Gruppenlehre, angeführt von *Flume,* die in der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter den Grund für die Rechtssubjektivität der Außen-GbR sah.[914] Ohne dieses mittlerweile weitestgehend akzeptierte Grundprinzip in Frage zu stellen, ist doch zu hinterfragen, warum dann die Verbandsqualität nicht schon unabhängig von Außenbeziehungen bestehen können soll. Es mag sein, dass die Rechtssubjektivität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf dem Verbandsein oder dem Organisationssein der Gesellschaft aufbaut. Warum aber kann dann das Innenverhältnis nicht auch Verbandsqualität haben? Muss es das nicht sogar vielmehr haben, sodass darauf als Fundament die Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgebaut werden kann?

Des Weiteren ist es schlicht nicht einleuchtend, warum nicht auch ein nicht-vermögentragender Verband existieren können soll. Insofern muss sich wieder vergegenwärtigt werden, was Vermögen im Rechtssinne ist, und welche Aufgabe ihm zukommt. An anderer Stelle wurde in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass zum juristisch verstandenen Vermögen einer Person diejenigen Sachen und Rechte gehören, die ihr zum Betrachtungszeitpunkt materiell-rechtlich so zugeordnet sind, dass sie den geldwerten Vorteil daraus ziehen darf und gleichzeitig hinnehmen muss,

912 Dazu S. 201 ff.

913 *Florstedt* Der stille Verband, S. 14 ff., der auf *v. Gierke* Genossenschaftstheorie, S. 353 f. verweist. Darin heißt es: „Während bei dem einfachen Miteigentum […] die Gedanken des Sachenrechts und des Obligationenrechts in voller Reinheit zum Ausdruck kommen, […] *empfangen [bei der Gesamthand] die sachenrechtlichen und obligatorischen Verhältnisse einen aus der Verbindung der Subjekte stammenden Zusatz und werden deshalb von eigenthümlichen Normen beherrscht, welche das Sachenrecht oder das Obligationenrecht mit dem Gedanken des Personenrechts durchdringen*" (Hervorhebung durch den Verfasser).

914 Dazu S. 202.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass Gläubiger sich daraus befriedigen können.[915] Das juristische Vermögen steht also im zwingenden Zusammenhang zum (wirtschaftlichen) Außenleben einer Person; es regelt die wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Schuldner und Gläubiger. Es hat aber rein gar nichts mit dem Innenleben einer Organisation zu tun, genauso wenig, wie ein Vermögensbestand Voraussetzung für die Rechtssubjektivität der natürlichen Person ist. Auch das Gesetz, insbesondere die §§ 718 bis 720 BGB normieren keinen zwingenden Konnex von Gesellschaftsvermögen und Verbandsqualität. Einen Konnex gibt es genauso wenig zwischen Rechtsfähigkeit und Verbandsqualität.[916] Allein für die Existenz einer rechtsfähigen *Außen*-GbR mag daher das Bestehen von Gesellschaftsvermögen oder Außenbeziehungen eine Bedeutung haben.[917] Und ja, dafür wird wiederum eine greifbare Verbandsstruktur vorauszusetzen sein. Aber warum soll diese Verbandsstruktur nicht vom Innenverhältnis herkommen?

c) Der Gesellschaftswille als hinreichende Verbandsvoraussetzung

Otto v. Gierke sprach schon seinerzeit dem Willen der Gesellschafter eine zentrale Bedeutung für den Verband zu. Der einheitliche und beständige Gemeinwille bilde die Seele der Verbandspersönlichkeit.[918] Nicht das Recht verleihe die Verbandspersönlichkeit, es anerkenne und begrenze vielmehr eine reale Tatsache.[919] Die Verbandsqualität wurde im Laufe der Geschichte – wie gezeigt – aber zur Schattenseite der Rechtsfähigkeit. Nach *Otto v. Gierke* war es hingegen noch allein die vertragliche Konstituierung einer organisierten Willensfähigkeit, die die Verbandseigenschaft ausmacht. „Das Wesen der personenrechtlichen Gemeinschaft beruht auf der rechtlichen Ordnung eines Zusammenschlusses, der das Fürsichsein

915 Dazu S. 73.
916 *Florstedt* Der stille Verband, S. 17 f.
917 Die herrschende Meinung hält es für erforderlich, dass die Außen-GbR durch ihre Vertreter am Rechtsverkehr teilnimmt; das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen schließt nach herrschender Meinung jedenfalls das Vorliegen einer Innen-GbR aus, vgl. nur BGHZ 126, 226, 234 f.; 191, 354, 361; Palandt/*Sprau* BGB, § 705 Rn. 33; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 705 Rn. 58, 61; *Ballerstedt* JuS 1963, 253; 255; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 43 II 3 b); *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 95 ff. Kritisch MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 288.
918 *V. Gierke* Genossenschaftstheorie, S. 612.
919 *V. Gierke* Genossenschaftstheorie, S. 15 ff., 613.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der einzelnen Menschen in einem bestimmten Bereiche aufhebt und durch Verbundensein ersetzt."[920] „Innerhalb der Gemeinschaft herrscht insoweit statt getrennter Einzelwillen ein durch Verschmelzung der Willensgebiete geeinigter Gemeinschaftswille."[921] So sollte etwa auch die Gemeinschaft zur gesamten Hand durch personenrechtliches Vereinigungsgeschäft erzeugt werden, was eine personenrechtliche Verbundenheit bewirke.[922]

Dieses historische Verbandsverständnis war richtig. Es ist nämlich nur der vertragliche Wille eine „Organisation […] aus Rechten und Pflichten der Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesamthand"[923] zu gründen, der die Verbandsqualität eines gesellschafterlichen Zusammenschlusses entstehen lässt.[924] Zum Beleg dieser These kann zunächst vieles zusammenfassend wiedergegeben werden (aa); daneben wird die Zentralität des zweckgebundenen Gemeinwillens für den Verband durch eine Gesamtschau zahlreicher Vorschriften des Personengesellschafts- und Vereinsrechts belegt (bb):[925]

aa) Es gibt keinen sachlich gerechtfertigten Grund, einer Gesellschaft nur bei Außenrechtsbeziehungen zu gestatten, sich organisationsrechtlich zu verbinden. Die Rechtspraxis macht daher eine organisationsrechtliche Verbindung zwischen Gesellschaftern schon längst nicht mehr vom Bestand einer Außenrechtsbeziehung abhängig und die Rechtsprechung hält dem zu Recht nichts entgegen.[926] Sie macht sich die Idee einer Verbandsstruktur der Innengesellschaft zuweilen sogar zu Nutze, um mittelbar beteiligten Anlegern einen Kernbestand an Schutzrechten zu gewähren.[927] Auch das Gesetz lässt ein Innenverhältnis mit Verbandsqualität zu, indem es die mitgliedschaftliche Organisation schlicht nicht von den Regeln im Außenverhältnis abhängig macht.[928] Fehlt die sachliche Rechtfertigung für das Erfordernis einer Außenrechtsbeziehung, entpuppt sich dieses Erfor-

920 *V. Gierke* Deutsches Privatrecht Bd. 1, S. 660.
921 *V. Gierke* Deutsches Privatrecht Bd. 1, S. 661.
922 *V. Gierke* Deutsches Privatrecht Bd. 1, S. 675.
923 Erman/*Westermann* BGB, Vor § 705 Rn 21.
924 So auch Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, Vor § 705 Rn 24; *Beuthien* ZIP 2011, 1589, 1592 f.; *Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 17 (Fn. 70). Vgl. auch *Beuthien* ZGR 2019, 664, 687, 690, 694 f.
925 Für die gegenständlichen Zwecke kann und muss eine Betrachtung des sonstigen Gesellschaftsrechts ausgeklammert werden.
926 Dazu S. 112 ff., 153 ff. und 208 f.
927 Dazu S. 203 f. Vgl. auch S. 288.
928 Dazu oben.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dernis als bloßer Idealismus seiner Verfechter: Nur was „ist" könne „sein", sodass eine dingliche Verfasstheit der Gemeinschaft nur dann existieren könne, wenn diese nach außen realgreifbar in Erscheinung trete.[929] Tatsächlich ist dieses Dogma aber in sein Gegenteil zu verkehren. Die organisatorische Verbundenheit ist der Rechtssubjektivität vielmehr vorgelagert. Erst die Fähigkeit, einen gemeinschaftlichen, einheitlichen und unmittelbar verbindlichen Willen organisatorisch zu formen, macht es möglich, dass eine Gemeinschaft den Status eines personalisierten Rechtssubjekts erlangen kann. Nur so entsteht eine Personengruppe, die überhaupt erst in der Lage ist, als Einheit Rechte und Pflichten zu erwerben.[930]

bb) Die absolute Zentralität des zweckgebundenen Gemeinwillens für das Verbandsrecht wird zudem durch zahlreiche Vorschriften des Gesellschaftsrechts belegt. Schon die Betrachtung verschiedener Vorschriften des Personengesellschafts- und Vereinsrechts bekräftigt die These, dass die Verbandseigenschaft einer Gesellschaft nur auf dem Willen der Gesellschafter aufbaut und eben nicht von Außenrechtsbeziehungen abhängt.[931]

§ 705 BGB wird durch die Verweise der §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB sowie des § 1 Abs. 4 PartGG zur Grundnorm der mitgliedschaftlich verfassten Personengesellschaftsformen erhoben.[932] Soweit sie die Außen-GbR betrifft, ist sie folgerichtig ebenfalls Verbandsnorm.[933] In ihr wird also eine globale „Grundaussage für das gesamte Recht der privaten Verbände" verkörpert.[934] Nun verlangt § 705 BGB zur Gesellschaftsgründung aber allein den Gesellschaftsvertrag mit Zweckbestimmung und Förderpflichtvereinbarung. Daran ändern auch die handelsrechtlichen Sonderbestimmungen nichts, die bloß den vorausgesetzten Gesellschaftszweck modifizieren. Ein Gesellschaftsvermögen oder Außenrechtsbeziehungen werden zur Gesellschaftsgründung eindeutig nicht vorausgesetzt. Vielmehr wird der Primat des Gesellschaftsvertrages unzweideutig in § 109 HGB postuliert.[935] Ähnliches kann bei der körperschaftlichen Grundnorm des § 21 BGB festgestellt werden. Auch hier ist nach der herrschenden Auffassung ein privatrecht-

929 Dazu oben.
930 So auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 7 I 2 a).
931 Vgl. *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 86, 88; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 23 ff.; vgl. auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 19 I 1 ff.
932 Aber auch § 230 Abs. 1 HGB erfordert einen Rückgriff auf die Voraussetzungen des § 705 BGB, Blaurock/*Blaurock* Handbuch stille Gesellschaft, Rn. 4.3; 4.6.
933 BGHZ 146, 341; der Sache nach bestätigt durch BGH NJW 2002, 1207; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 7 I 2 b) aa).
934 *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 102 f.
935 *Fleischer/Mock* NZG 2020, 161.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

licher Vertrag mit Zweckbestimmung erforderlich,[936] der zu einer organisationsrechtlichen Verfassung führt, ohne dass es einer vermögensrechtlichen Außenbeziehung bedarf. Selbst die Eintragung in das Vereinsregister – diese begründet ohnehin noch keine Außenrechtsbeziehung – ist nicht konstitutiv für die Vereinsgründung. Bereits die Einigung über die Vereinssatzung ist der originäre Gründungsakt.[937] Auch § 25 BGB stellt klar, dass die Verfassung des Vereins grundlegend durch die Vereinssatzung bestimmt wird.[938]

Der Gesellschaftsvertrag (bzw. die Vereinssatzung) beinhaltet dann die organisationsrechtliche Verfassung, die dem Verband für eine unbestimmte Zahl ungeklärter Zukunftsfragen ein verbindliches System der internen Willensbildung verleiht. Dieser revolvierende Verbandswille wird durch die regelmäßige Selbstbestimmung, was rechtens ist und was nicht, erzeugt.[939] Er ist elementar für die Lebensfähigkeit der Gesellschaft und gewährleistet ihr zweckorientiertes Funktionieren. Seine durch den Beschluss erzeugte Kraft wird durch zahlreiche Vorschriften belegt: Einem BGB-Gesellschaftergeschäftsführer kann durch Beschluss seine Geschäftsführungsbefugnis wieder entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 712 Abs. 1 Alt. 2 BGB); ob ein solcher vorliegt, hat sich nach seiner Bedeutung für die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks zu orientieren.[940] Das Gleiche gilt bei der Vertretungsmacht eines Gesellschafters (§ 715 BGB).[941] Parallel verläuft die Auslegung der §§ 117, 127 HGB mit der Besonderheit, dass zur Wirksamkeit ein Gestaltungsurteil ergehen muss.[942] Die Entziehung kann aber auch hier privatautonom erleichtert

---

936 Sog. modifizierte Normentheorie BGHZ 105, 306, 314 f.; NJW 1956, 1793; 1967, 1268, 1269, 1271; *Wagner* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, § 19 Rn. 29; Reichert/*Wagner* Handbuch Vereins- und Verbandsrecht Kap. 2 Rn. 17 ff., 365 ff., 368; *Stöber/Otto* Handbuch Vereinsrecht Rn. 55; MüKoBGB/*Leuschner* Vor § 25 Rn. 110; NK-BGB/*Heidel/Lochner* Vor §§ 21 ff. Rn. 2, 12; *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 95 f.; Für die Vertragstheorie etwa Staudinger/*Schwennicke* BGB (2019), § 25 Rn. 34; *Hadding* FS Fischer, 165, 188 ff.

937 BeckOK BGB/*Schöpflin* 56. Edition (2021), § 21 Rn. 121.

938 Die Bedeutung der Vereinssatzung wird freilich durch den Vorrang der §§ 26 ff. BGB relativiert, *Fleischer/Mock* NZG 2020, 161.

939 *Lutter* AcP 180 (1980) 84, 92, 94, der allerdings noch entscheidend auf die zusätzliche Handlungsfähigkeit im Außenverhältnis abstellt.

940 MüKoBGB/*Schäfer* § 712 Rn. 9.

941 MüKoBGB/*Schäfer* § 715 Rn. 4.

942 Allerdings müssen sämtliche Gesellschafter, ausgenommen die unmittelbar und mittelbar betroffenen Geschäftsführer, respektive Vertreter, den Antrag mittragen, da es sich letztlich um eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages handelt: MüKoHGB/*Jickeli* § 117 Rn. 59 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden, sodass schon ein bloßer Mehrheitsbeschluss die Entziehung rechtfertigen kann.[943] Die Bestellung des zur Vertretung und Geschäftsführung berufenen Vereinsvorstands ist sogar – vorbehaltlich abweichender Satzungsregelungen – jederzeit und grundlos widerruflich, wobei das Gesetz von der grundsätzlichen Zuständigkeit der Mitgliederversammlung ausgeht (§ 27 Abs. 2 BGB).[944] Ein Gesellschafter kann aus der Gesellschaft bei berechtigendem Grund von den übrigen Gesellschaftern ausgeschlossen werden (§§ 737, 723 Abs. 1 S. 2 BGB, bzw. §§ 140, 133, 131 Abs. 3 Nr. 6 HGB).[945] Im Verein ist vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsregelung die Mitgliederversammlung für den Ausschluss zuständig (§ 32 BGB).[946] Schließlich kann die Gesellschaft willensautonom (vorzeitig) aufgelöst werden (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB), im Falle der BGB-Gesellschaft auch dann, wenn von § 723 Abs. 1 S. 1 BGB abgewichen wurde.[947] Die Vereinsauflösung durch Beschluss ist in § 41 BGB vorgesehen.

Es ist also evident, dass der Gemeinwille der Gesellschaft die organisatorische Verfasstheit der Gesellschaft begründet, ohne dass es auf eine Außenrechtsbeziehung oder gar ein Gesellschaftsvermögen ankommt. Dies wird durch die Grundnormen der §§ 21, 705 BGB, den Klarstellungsnormen der §§ 109 HGB, 25 BGB und die gesetzlich verankerte Bedeutung des Beschlusses deutlich.

cc) Die Hypothese wird somit zur belegten These: Der Verband wird durch drei Elemente konstituiert: Organisationsvertrag, Zweckbestimmung und Förderpflicht.[948] Die Verbandsverfassung einer Gesellschaft hängt damit elementar vom Gesellschafterwillen ab, sodass auch reine Innenbeziehungen eine Verbandsstruktur haben können. Damit ist die grundlegende Voraussetzung für die weitere Hypothese geschaffen, dass auch ein einzelner Gesellschafter seine Mitgliedschaft im Außenverband auf das Innenverhältnis begrenzen kann – denn, das sei hier noch ein weiteres Mal betont, es ist der vom Außenverhältnis unabhängige Wille

943 Baumbach/Hopt/*Roth* HGB § 117 Rn. 12 und § 127 Rn. 12.

944 MüKoBGB/*Leuschner* § 27 Rn. 24; Staudinger/*Schwennicke* BGB (2019), § 27 Rn. 48 f.

945 Bei einem OHG-Ausschluss gegen den Willen des Auszuschließenden wird im Falle der Beschlusskündigung zu Recht eine Ausschlussklausel gefordert, die den Ausschluss nicht in das Belieben der Gesellschaft stellen darf, Baumbach/Hopt/*Roth* HGB § 131 Rn. 26; Staub/*Schäfer* HGB, § 131 Rn. 105.

946 BeckOK BGB/*Schöpflin* 56. Edition (2021), § 25 Rn. 75.

947 MüKoBGB/*Schäfer* Vor § 723 Rn. 18 ff.; Erman/*Westermann* BGB, § 723 Rn. 4.

948 Insb. zum gemeinsamen Zweck als Wesensmerkmal des Verbands vgl. *Merkt* ZfPW 2018, 300; *Heinsheimer* Über die Teilhaberschaft, S. 16 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Gesellschaft zur mitgliedschaftlichen Verfasstheit, der das Verbandsverhältnis ausmacht. Diese Hypothese wird im Folgenden durch eine Konfrontation mit den Prinzipien des Personengesellschaftsrechts zu validieren sein.

V. Prinzipien des Personengesellschaftsrechts

In diesem Abschnitt ist zu prüfen, ob der stille Kommanditist gegen Prinzipien des Personengesellschaftsrechts verstößt. Bisher wurde erst die Grundlage für die anstehende Prüfung geschaffen: Auch das Innenverhältnis kann Verbandsqualität haben, sodass ein Beitritt als bloßer Innengesellschafter in eine Außengesellschaft grundsätzlich denkbar ist. Er wird Teil nur des Innenverhältnisses, was aufgrund der Unabhängigkeit des Verbands von Außenrechtsbeziehungen seiner Mitglieder möglich ist. Dieses Modell muss sich allerdings noch unter den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien bewähren.

1. Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten zugunsten eines Dritten?

Im Zusammenhang mit der treuhänderischen Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil wurde zuweilen die Frage gestellt, ob durch gesellschaftsvertragliche Regelung überhaupt mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten zugunsten eines Nichtgesellschafter eingeräumt werden dürfen.[949] Diese Frage ist verwandt mit der an späterer Stelle untersuchten Problematik der hinreichenden Selbstbetroffenheit. Die Prüfung an dieser Stelle bewegt sich jedoch zunächst auf rein formeller Ebene.

Gegen die Möglichkeit jemanden in einer Personengesellschaft als stilles Mitglied einzubeziehen, indem seine Rechte und Pflichten im Gesellschaftsvertrag geregelt werden, ist in formeller Hinsicht jedoch nichts einzuwenden.

Dies galt bereits nach der herkömmlichen herrschenden Ansicht: So befürwortete selbst *Ulmer* dies für die Personengesellschaft,[950] wenn auch mit falscher Begründung. Denn auch in der Personengesellschaft werden

949 *Ulmer* FS Werner, S. 911, 929 ff.; *Jaeniche* Dritteinflußnahme, S. 106 f.; *Weber* Privatautonomie und Außeneinfluß, S. 156 ff.

950 MüKoBGB/*Ulmer* (3. Auflage), § 717 Rn. 10; zur Rechtslage bei der GmbH *ders*. FS Werner, S. 923 ff.; *ders*. FS Wiedemann, 1297, 1309 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Treugeber Mitgliedschaftsrechte und -pflichten durch organisatorische Vereinbarung übertragen.[951] Entscheidend ist also nicht die Doppelnatur des Gesellschaftsvertrages und die damit einhergehende Möglichkeit schuldrechtliche Rechte und Pflichten mit in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Die Übertragung erfolgt nämlich gerade nicht rein schuldrechtlich.[952] Allerdings spricht aus formeller Sicht nichts dagegen, gesellschaftsvertraglich einen Dritten in den Verband einzubeziehen. Ist der „Dritte" auf diese Weise der Gesellschaft im Innenverhältnis beigetreten, verliert er gerade seinen Status als Dritter.[953] Er ist dann organisatorischer Teil der Gesellschaft.

Dies gilt erst recht nach der hier vertretenen Auffassung. Wird der Treugeber als stiller Kommanditist einbezogen und damit echter Innengesellschafter, ist der Gesellschaftsvertrag gerade der einzig richtige Ort einer solchen Vereinbarung.[954] Das gilt selbst dann, wenn sich der stille Kommanditist nicht unmittelbar am Gesellschaftsvermögen beteiligt, sondern seine Einlage nur wirtschaftlich besteht, indem er sie fiduziarisch einem Treuhandgesellschafter anvertraut. Auch der über einen Treuhänder mittelbar Beteiligte ist jedenfalls dann nicht mehr als Dritter anzusehen, wenn ihm mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten im Gesellschaftsvertrag eingeräumt wurden und er der wirtschaftlichen Haftung unterliegt. Wie eingangs betont wird die Problematik der Trennung von unmittelbarer Haftung und organisatorischer Einwirkungsmacht aber insbesondere unter den materiellen Prinzipien des Personengesellschaftsrechts noch einmal zu diskutieren sein.[955]

2. Typenzwang?

Bei der Frage nach einem gesellschaftsrechtlichen Typenzwang unterscheidet die Rechtsprechung seit jeher zwischen Außen- und Innenverhältnis. Nur das Außenverhältnis werde durch zwingendes Recht vorgegeben. Zwar sei die Handelsregistereintragung nicht für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft konstitutiv. Es müsse aber zumindest

951 *Sojka* Der Schutz mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen, S. 29.
952 *Sojka* Der Schutz mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen, S. 29; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 140.
953 Ähnlich *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 145 f., 157.
954 Vgl. *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 137.
955 Dazu ausführlich S. 226 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beabsichtigt sein, dass die Beteiligten eingetragen werden und nach außen in Erscheinung treten.[956] Das Innenverhältnis könnten die Gesellschafter so gestalten, „als ob die Geldgeber die Kommanditisten seien".[957]

Es ist schon bei dieser Ansicht fraglich, ob der gesellschaftsrechtliche Typenzwang nicht überdehnt wird.[958] Das Problem spitzt sich freilich zu, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung von einem neuen Gesellschaftertypen ausgeht, den Treugeber also nicht bloß als Quasi-Gesellschafter, sondern als echten Innengesellschafter ansieht. Der Treugeber wird in die Hauptgesellschaft als stiller Kommanditist einbezogen. Er wird echtes, wenn auch nach außen unsichtbares, Mitglied. Um die Frage nach einer rechtswidrigen Typenüberdehnung sachgerecht zu behandeln muss in einem ersten Schritt der Sinn und Zweck des Typenzwangs im Gesellschaftsrecht bestimmt werden (dazu a)). Konkret muss dann herausgearbeitet werden, ob nur das Modell des nach außen in Erscheinung tretenden Kommanditisten den mit der legislatorischen Typenbegrenzung bezweckten Schutz bewirken kann (dazu b) und c)).

a) Sinn und Zweck eines Typenzwangs

Der zivilrechtliche Typenzwang ist ein gesetzlich vorgegebener *Numerus Clausus* an Gestaltungsmöglichkeiten, die durch Parteivereinbarung nicht erweiterbar sind. Der Typenzwang beschränkt also die Privatautonomie schon formell hinsichtlich der Frage unter welchen Voraussetzungen ein bestimmtes Recht begründet und wie dieses inhaltlich ausgestaltet werden kann.[959] Mit Blick auf die verfassungsrechtlich gewährleistete Privatautonomie kann ein Typenzwang also immer nur im Einklang mit Art. 2 Abs. 1 GG bestehen.[960] Das zeigt schon Art. 1 Abs. 3 GG, wonach Grundrechte die Gesetzgebung und die Rechtsprechung als unmittelbar

956 BGHZ 10, 44, 48 mit Verweis auf RGZ 165, 265; OGHZ 2, 253; 4, 241.
957 BGHZ 10, 44, 50; vgl. auch BGHZ 196, 131, 136; NZG 2015, 269, 270.
958 So *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1148 f.; *ders*. FS K. Schmidt (2009), 871, 874 ff.; *ders*. FS K. Schmidt (2019), 641; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 156, 159, 161.
959 MüKoBGB/*Gaier* Einl. SachenR, Rn. 11.
960 Vgl. Maunz/Dürig/*Di Fabio* GG, Losebl., 90. EL 12/19, Art. 2 Abs. 1 Rn. 106; *Kaulbach* JuS 2011, 397, 400 ff.; *Paulus/Zenker* JuS 2001, 1, 4 f.; *Canaris* JZ 1987, 993; *ders*. AcP 184 (1984), 201, 212 ff.; *ders*. Grundrechte und Privatrecht, S. 16 ff.; *Medicus* AcP 192 (1992), 35, 46 f.; *Miebach* Zur Willkür- und Abwägungskontrolle, S. 14 ff.; *Singer* JZ 1995, 1133, 1136.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geltendes Recht binden. Für ein rechtmäßiges Gestaltungsverbot im Sinne einer Typenbegrenzung bedarf es folglich eines legitimen Zwecks für den Typenzwang und dessen Verhältnismäßigkeit. Dieses juristische Grundprinzip erübrigt die Frage nach dem „Ob".[961] Vielmehr muss es bei der Diskussion um die Existenz eines Typenzwangs im Gesellschaftsrecht um dessen inhaltliche Reichweite gehen.[962] Als legitimer Zweck kommt jeder schützenswerte Belang Privater in Betracht. Zu nennen sind vor allem der Rechtsverkehr und der Gläubigerschutz.

Lehrreich in diesem Zusammenhang ist das GbR mbH-Urteil des BGH.[963] Die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts traten gegenüber der Klägerin unter dem Namen „GbR mbH" auf, schlossen die persönliche Haftung allerdings nicht explizit vertraglich aus. Der BGH ließ die Gesellschafter dennoch persönlich und unbegrenzt aus vertraglichem Anspruch haften. Ließe man durch bloße Firmierung eine Haftungsbeschränkung zu, würde dies im Ergebnis zu einer neuen unzulässigen Gesellschaftsform führen.[964] Denn nach dem gesetzlichen Leitbild hafteten die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts persönlich. Die Rechtfertigung dieser gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit begründete das Gericht mit dem Schutz des Rechtsverkehrs.[965] Denn anders als bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung besteht bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht die gesetzliche Pflicht zur Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie der Registerpublizität. Daneben existierten die Kommanditgesellschaft und Partnerschaftsgesellschaft, die ebenfalls nur unter eingeschränkten Voraussetzungen und Auflagen zugelassen seien.[966] Die gestalterische Möglichkeit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu schaffen, bei der die in den genannten Gesellschaftsformen existierenden Beschränkungen zum Schutze des Rechtsverkehrs nicht existierten, würde diesen legitimen Schutzzweck des Gesetzgebers unterlaufen. Die Gesell-

961 Vgl. *Tebben* ZGR 2001, 589, 606 f.

962 Für die Anerkennung eines Typenzwangs im Gesellschaftsrecht: BGHZ 142, 315, 322 f.; *Freitag/Fürbass* ZGR 2016, 729, 733; *Armbrüster* ZGR 2005, 34, 37; *Paulus/Zenker* JuS 2001, 1, 4; *Schwintowski* JA 1993, 97, 98; *Kindler* FS K. Schmidt (2009), 871, 880. Dagegen: *Bergmann* ZGR 2005, 654, 658.

963 BGHZ 142, 315; bestätigt durch BGHZ 150, 1, 3; ZIP 2005, 391; vgl. auch BeckOK BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 714 Rn. 37; *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4, 1, 18; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 2, § 7 III 3b; *Dauner-Lieb* DStR 1998, 2014 ff.; *Armbrüster* ZGR 2005, 34, 37.

964 BGHZ 142, 315, 322.

965 BGHZ 142, 315, 323.

966 BGHZ 142, 315, 322.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schafter könnten ungehindert Kapital entziehen und die Gesellschaft mit von vorneherein unzureichendem Kapital ausstatten.[967] Schließlich hält der BGH den Typenzwang auch für verhältnismäßig, weil gerade mit der Freigabe der Kommanditgesellschaft für Kleingewerbe und Vermögensverwalter sowie der Schaffung der Partnerschaftsgesellschaft für Freiberufler ausreichende Optionen bestehen, mit denen den Gestaltungsbelangen der Gesellschafter Rechnung getragen werden kann.[968]

Es bleibt also festzuhalten, dass der Gestaltungs- und Inhaltsfreiheit im Gesellschaftsrecht durch einen Typenzwang Grenzen gesetzt werden können, sofern diese dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Nur so kann überhaupt erst Privatautonomie gewährleistet werden. Der Einzelne kann sich im Rechtsverkehr erst dann vollständig entfalten, wenn der Rechtsverkehr in geordneten Bahnen verläuft.[969] Dabei ist der Gläubigerschutz der wohl wichtigste Bereich. Im Gesellschaftsrecht spielt insbesondere noch der allgemeine Schutz des Rechtsverkehrs eine wesentliche Rolle.[970] Im Grundsatz gilt es dabei, berechtigte Erwartungen des Gläubigers beziehungsweise der Allgemeinheit zu schützen sowie geschäftswesentliche Aspekte für den Markt erkennbar zu machen. Aber auch die Flüssigkeit und Reibungslosigkeit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten ist ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers. Auf letzterem basiert im Übrigen die gesamte Kodifikation des Personengesellschaftsrechts im 19. Jahrhundert. Das zum Großteil ungeschriebene, aber im Gesellschaftsbewusstsein lebende und täglich praktizierte Recht sollte verschriftlicht werden, um den Rechtsverkehr auf eine sicherere Basis zu stellen.[971]

---

967 BGHZ 142, 315, 322 f.

968 Vgl. BGHZ 142, 315, 322.

969 Vgl. *v. Gierke* Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 22: „Allein so gewiß es ist, daß eine Privatrechtsordnung, welche den freien Willen entthronte, ihrem heiligsten Berufe untreu würde, so selbstverständlich ist es auch, daß kein Privatrecht, das nicht das soziale Chaos heraufbeschwören will, sich der Aufgabe entziehen kann, dem freien Spiel der Einzelwillen in der Erzeugung von Rechtsverhältnissen Schranken zu setzen"; vgl. auch *Paulus/Zenker* JuS 2001, 1; *Flume* Die Personengesellschaft, § 13 I.

970 *Paulus/Zenker* JuS 2001, 1, 3.

971 *Servos* Die Personengesellschaften, S. 300.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Vereinbarkeit des stillen Kommanditisten

Der Außenkommanditist verdient sich erst mit seiner Eintragung in das Handelsregister seine Haftungsbeschränkung. So haftet der Kommanditist persönlich und unbeschränkt, bis die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt ist (§ 176 Abs. 1 HGB). Zudem muss auch in der Kommanditgesellschaft die Hafteinlage der Kommanditisten tatsächlich aufgebracht und erhalten bleiben (§§ 169 Abs. 1, 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 und 6 HGB). Eine Außenhaftung wird von manchen daher als zwingend angesehen, sodass dessen Fehlen der Figur des stillen Kommanditisten entgegenstünde.[972] *Kindler* etwa ist der Ansicht, dass die Schaffung eines nach außen haftungsbefreiten Innengesellschafters gegen den gesellschaftsrechtlichen Typenzwang verstoße. Derjenige der mit anderen im Rechtsverkehr Geschäfte betreibe, müsse grundsätzlich mit seinem gesamten Vermögen haften, es sei denn, das Gesetz sagt etwas anderes oder die Haftung wurde vertraglich ausgeschlossen.[973] Zudem würde das Gesellschaftsverhältnis als abgestimmte Einheit von Rechten, Pflichten und Verantwortung gestört werden.[974] Andere plädieren für eine rechtliche Außenhaftung des qualifizierten Treugebers, weil die gesetzlichen Haftungsnormen für einen Gleichlauf von Innen- und Außenhaftung sprächen.[975]

Allerdings wird weder der Rechtsverkehr noch der in Vertragsbeziehung stehende Gläubiger einer Kommanditgesellschaft über Maß beansprucht, wenn ihm der Zugriff auf einen stillen Kommanditisten verwehrt bleibt.[976] Entscheidend ist, dass die Mitgliedschaft gerade nicht nach außen in Erscheinung tritt. So kann weder der Rechtsverkehr noch ein Vertragspartner von vornherein ein schutzwürdiges Vertrauen bilden. Dafür spricht auch die gemeinsame Wertung von § 172 Abs. 1 und 2 HGB. Die Vorschriften stellen klar, dass sich Gläubiger nur auf die im Handelsregister veröffentlichte Hafteinlage berufen können. Der Kommanditist haftet mit einer darüberhinausgehend vereinbarten Pflichteinlage erst bei

---

972 *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1148 mit Verweis auf BGHZ 142, 315, 322; *ders*. FS K. Schmidt (2009), 871, 874 ff.; *ders*. FS K. Schmidt (2019), 641; *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 634 ff.; *Schiemann* FS Zöllner, 503, 511.

973 *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1148 mit Verweis auf BGHZ 142, 315, 319; *ders*. FS K. Schmidt (2009), 871, 880; *ders*. FS K. Schmidt (2019), 641.

974 *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1148 mit Verweis auf BGH WM 1976, 1247, 1250; *ders*. FS K. Schmidt (2009), 871, 880.

975 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 634 ff.

976 I.E. so auch MüKoBGB/*Schäfer* § 714 Rn. 63 ff. (institutionelle Haftungsbeschränkung bei der Publikumsgesellschaft).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

handelsüblicher Bekanntmachung, nach Mitteilung durch die Gesellschaft oder aus Rechtsscheinhaftung.[977] Die Wertung des Gesetzgebers ist dabei deutlich: Der Rechtsverkehr ist dort von vornherein schutzunwürdig, wo er kategorisch kein Vertrauen bilden kann. Auch ein stiller Kommanditist weckt keinerlei Vertrauen, sodass ein Haftungsausschluss gegenüber Dritten legitim ist. Das GbR mbH-Urteil des BGH steht dem nicht entgegen. Denn dort wurde die Haftung mit dem Interesse des Rechtsverkehrs begründet, nicht von vornherein mit vermögenslosen Gesellschaften konfrontiert zu werden.[978] Der stille Kommanditist hingegen ist immer mit mindestens einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter verbunden. Zwar betont das Gericht auch, dass derjenige, der mit anderen Geschäfte betreibt, grundsätzlich mit seinem Vermögen haften muss.[979] Dieser Satz muss allerdings im Lichte des vom BGH immer wieder betonten Vertrauensschutzes gesehen werden.[980] Wer also gänzlich im Stillen agiert und dem Rechtsverkehr nicht bekannt ist, betreibt auch keine Geschäfte im Sinne dieser Formel. Weitere Belege dafür, dass das Gesetz keine zwingende Korrelation zwischen wirtschaftlichem Interesse und einer vollen Verantwortlichkeit nach außen vorsieht, sind die Möglichkeiten des echten Nießbrauchs, der Pfandbestellung oder der Zession, mit der die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte von der Person des Gesellschafters getrennt werden können. Auch gibt es keine Korrelation zwischen Gewinnbeteiligung und Außenhaftung.[981]

Darüber hinaus bestätigt die BGH-Rechtsprechung zur atypischen Außen-GbR die Vereinbarkeit der Figur des stillen Kommanditisten mit dem gesellschaftsrechtlichen Typenzwang. Anleger einer Publikums-GbR haften nur beschränkt auf ihren Gesellschaftsanteil oder nur quotal, wenn die Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde und zusätzlich formularmäßig in den Vertrag mit dem Dritten einbezogen wurde.[982] Grundsätzlich verstößt eine formularmäßige Haftungsbegrenzung gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil eine Haftungsbeschränkung eines GbR-Gesellschafters dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlich vorgesehenen unbeschränkten und persönlichen Haftung widerspricht

977 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 172 Rn. 30; Oetker/*Oetker* HGB, § 172 Rn. 6; BeckOk BGB/*Häublein* 56. Edition (2020), § 172 Rn. 6.
978 Dazu S. 219.
979 BGHZ 142, 315, 319.
980 So vor allem in der Rechtsprechung zur atypischen Außen-GbR, dazu sogleich.
981 Dazu ausführlich S. 253 f.
982 BGHZ 150, 1, 5 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und die Gläubiger daher unangemessen benachteiligt werden.[983] Eine unangemessene Benachteiligung liege allerdings bei einer Kapitalanlagegesellschaft nicht vor, weil eine unbeschränkte Haftung für das gesamte Anlagevolumen des bloß passiven und kapitalistisch beteiligten Anlegers unzumutbar sei und vom Vertragspartner vernünftigerweise nicht erwartet werden könne.[984] Die Wertung des BGH deckt sich mit der hier vertretenen Auffassung: Wenn eine Typisierung als Einschränkung der Privatautonomie nur mit verhältnismäßiger Zweckverfolgung rechtmäßig ist, kann aus typologischer Sicht nichts gegen eine gesellschaftsvertragliche Gestaltung eingewandt werden, mit der die Gesellschafter ihre Haftung begrenzen möchten, sofern der legitime Zweck des Gläubigerschutzes und des Schutzes des Rechtsverkehrs nicht unterlaufen werden. Letzteres ist beim stillen Kommanditisten aber gerade nicht der Fall, weil der Verkehr oder einzelne Gläubiger kein Bestandsvertrauen bilden können.

Allerdings kann dem BGH ausgerechnet in der zitierten Entscheidung zur Publikums-GbR nicht gefolgt werden.[985] Zum einen ist eine vertragliche Haftungsbegrenzung unzureichend, weil diese nicht vor gesetzlichen Ansprüchen schützt.[986] Zum anderen steht § 176 HGB einer Haftungsbeschränkung für den Außengesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts entgegen. Auch wenn die Vorschrift rechtspolitisch fragwürdig ist,[987] ist dessen Wortlaut eindeutig: Ein Außengesellschafter haftet für Gesellschaftsverbindlichkeiten solange persönlich, bis er in das Handelsregister als Kommanditist eingetragen wurde. Nach der hier vertretenen Auffassung betrifft § 176 HGB hingegen gar nicht erst den stillen Kommanditisten, da sich die Norm an einen Außenkommanditisten richtet. Der rein passive, nach außen nicht erkennbare Gesellschafter, muss auch nicht nach außen haften.

983 MüKoBGB/*Schäfer* § 714 Rn. 66; BeckOk BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 714 Rn. 40; *Ulmer* ZIP 2003, 1113, 1118; *Schäfer* ZIP 2003, 1225, 1232; *Funke/Falkner* Jura 2004, 721, 723; *Canaris* ZGR 2004, 69, 96, 100 f.

984 BGHZ 150, 1, 5 f.

985 Weitergehend („institutionelle Haftungsbeschränkung des Anlegers") MüKoBGB/*Schäfer* § 714 Rn. 63; BeckOK BGB/*Schöne* 56. Edition (2020), § 714 Rn. 42 ff.; *Reiff* ZGR 2003, 550, 567 ff.; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 2, § 7 III 4 b) bb), S. 663; *Jacobs* Die institutionelle Haftungsbeschränkung, S. 103 ff., 173 ff.

986 MüKoBGB/*Schäfer* § 714 Rn. 63; *Reiff* ZGR 2003, 550, 568.

987 Dazu ausführlich S. 224 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Grenze der Typenkonformität

Es leuchtet daher unter dem Aspekt der Privatautonomie nicht ein, warum die seit über hundert Jahren *de facto* verwirklichte Praxis des stillen Kommanditisten nicht rechtsfortbildend anerkannt werden sollte.[988] Die tatbestandliche Voraussetzung des stillen Kommanditisten ist die nur stille Beteiligung an der Gesellschaft. Diese würde jedoch wegfallen, wenn die Außenbeteiligung in handelsüblicher Weise kundgemacht wurde oder aufgrund sonstiger Tatsachen nicht mehr von einer stillen Beteiligung ausgegangen werden kann, etwa weil sich der stille Kommanditist wie ein Außenkommanditist geriert. In diesen Fällen besteht die abstrakte Gefahr, dass Dritte auf die Stellung als Außenkommanditist vertrauen und der Gesellschaft von vornherein eine bessere Bonität zusprechen als sie tatsächlich hat. Demgemäß etwa galt nach § 652 Abs. 2 S. 8 ALR die Haftungsprivilegierung des stillen Gesellschafters nicht mehr, wenn der stille Gesellschafter in die Firma der offenen Handelsgesellschaft mit aufgenommen wurde und aus der Sicht des Rechtsverkehrs anzunehmen war, dass er wie ein OHG-Gesellschafter haften wolle.[989] Auch sah Art. 167 Abs. 3 ADHGB etwa noch vor, dass der Kommanditist, der als organschaftlicher Vertreter auftritt, wie ein Komplementär haftet. Nichts anderes gilt für den stillen Kommanditisten nach hiesigem Verständnis: Fällt die tatbestandliche Voraussetzung für die stille Beteiligung weg, wird der stille Kommanditist Außenkommanditist gemäß § 161 Abs. 1 HGB, der im Handelsregister einzutragen ist (§ 162 Abs. 1 HGB). Grundsätzlich kann ihn dann auch die Vertrauenshaftung gemäß § 176 HGB treffen. Bis dahin aber bestehen keine Bedenken, dass es den stillen Kommanditisten aus typologischer Sicht geben kann.

d) Exkurs: Rechtspolitische Verfehlung des § 176 HGB

Fraglich ist in diesem Zusammenhang allerdings, welchen Vertrauensmaßstab die Vorschrift des § 176 HGB voraussetzt. Nach herrschender Meinung setzt § 176 HGB kein konkretes, sondern nur abstraktes Vertrauen voraus. Danach ist zwar die Haftung nach § 176 HGB ausgeschlossen,

988 Vgl. *Tebben* VGR 2010, 161 f., der allerdings nicht von einer echten Innenbeteiligung ausgeht.

989 Obertribunal AfR 12, 354 ff.; vgl. auch *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften, S. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wenn der Gläubiger positive Kenntnis von der Kommanditistenstellung des Gesellschafters hat (§ 176 Abs. 1 S. 1 a.E. HGB). Keine Voraussetzung soll es aber sein, dass der Gläubiger sich konkret über die Beteiligungsform täuschte, sodass ein Kommanditist auch dann unbeschränkt persönlich haftet, wenn der Gläubiger überhaupt keine Kenntnis von seiner Existenz hatte.[990] Diese Ansicht kann sich auf den Zweck der Norm berufen: Über den Vertrauensschutz des Verkehrs hinaus, soll Druck auf die Gesellschafter ausgeübt werden, sodass diese angehalten werden, die wirklichen Verhältnisse eintragen zu lassen.[991] Rechtspolitisch ist die so verstandene Norm aber verfehlt.

Den Gläubiger mit einem weiteren Haftungsadressaten zu bevorteilen, mit dem er nicht gerechnet hat, geht nämlich über das Ziel des Vertrauensschutzes hinaus. Außerdem würde es zur Umsetzung der Druckfunktion ausreichen, den Kommanditisten schon mit der Anmeldung der einzutragenden Tatsache von seiner Haftung nach Maßgabe der §§ 171, 172 HGB zu befreien.[992] Zudem ermöglicht die Vorschrift genau das, was der BGH in seinem GbR mbH-Urteil zu Recht ablehnte. Wird nämlich dem Gläubiger bekannt, dass es sich bei dem fraglichen Adressaten um einen Kommanditisten handelt, ist die unbeschränkte Haftung gemäß § 176 HGB ausgeschlossen. Es soll also die Haftung durch einseitige Erklärung gegenüber dem Gläubiger ausgeschlossen werden können, was im GbR mbH-Urteil gerade verneint wurde.[993] Problematisch ist letztlich, dass ein Kommanditist der Haftung bereits dadurch entgehen kann, dass er (insbesondere im Fall der Neugründung gem. § 176 HGB) der Geschäftsaufnahme seine Zustimmung verweigert.[994] Vor diesem Hintergrund wirkt § 176 HGB eher misslungen, weshalb sich der Verfasser Aufrufen zu einer Neuregelung der Haftungstatbestände in § 176 HGB anschließt.[995] Erst recht

990 BGHZ 82, 209, 219; Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/*Mock* HGB, § 176 Rn. 12; Oetker/*Oetker* BGB, § 176 Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Strohn* HGB, § 176 Rn. 11; Staub/*Thiessen* HGB, § 176 Rn. 70.

991 Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/*Mock* HGB, § 176 Rn. 1; *Armbrüster* ZGR 2005, 34, 43.

992 *Mattheus/Schwab* ZGR 2008, 65, 74; *K. Schmidt* GmbHR 2002, 341, 345.

993 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 176 Rn. 2 f.; *ders*. GmbHR 2002, 341, 342; Oetker/*Oetker* BGB, § 176 Rn. 2; *Reiff* AL 2014, 336, 341 ff. *Dauner-Lieb* plädiert daher für eine Begrenzung der Anwendung von § 176 Abs. 1 S. 1 a.E. auf die Zeit ab Antragstellung, *dies*. FS Lutter, 835, 839.

994 *Mattheus/Schwab* ZGR 2008, 65, 74; *Spies* Kommanditistenhaftung, S. 11.

995 Vgl. etwa *K. Schmidt* GmbHR 2002, 341.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sollte die Vorschrift nicht zum Anlass genommen werden, einen stillen Kommanditisten typologisch abzulehnen.

3. Materielle Rechtfertigung

Für die Anerkennung und Fortentwicklung der Figur des stillen Kommanditisten muss natürlich auch überprüft werden, ob sich diese Figur in materielle Prinzipien des Gesellschaftsrechts einfügt. Namentlich geht es um die Überprüfung, ob die stille Beteiligung im Konflikt mit den zwingenden Prinzipien der Verbandssouveränität, der Selbstorganschaft sowie der Richtigkeitsgewähr durch Selbstbetroffenheit im Einklang steht. Alle drei Prinzipien sind materielle Anliegen, weil sie übergreifende Prinzipien des materiellen Rechts zu verwirklichen versuchen und keine bloße Typenbegrenzung darstellen.[996] Nur wenn die stille Beteiligung mit diesen Prinzipien harmoniert, kann und muss letztlich dem starken Recht auf freie Gestaltung der Verbandsstruktur unter dem Schirm der Privatautonomie durch Anerkennung der Figur des stillen Kommanditisten Gewähr gegeben werden.

a) Verbandssouveränität

Zunächst fragt sich, ob die Figur des stillen Kommanditisten mit dem Prinzip der Verbandssouveränität vereinbar ist. Das Prinzip der Verbandssouveränität beruht auf dem Einigungsprinzip, welches wiederum aus der Privatautonomie hergeleitet wird.[997] Als negative Ausprägung des Einigungsprinzips, respektive der Privatautonomie, will das Prinzip der Verbandssouveränität die Autonomie der Verbandsmitglieder schützen, indem verhindert wird, dass außenstehende Dritte unwiderruflichen Einfluss auf den Verband erhalten.[998] Nur die Gesellschafter des Gesellschaftsvertrags sollen die schlussendliche Befugnis haben, den Gesellschaftsver-

996 Gemeint sind das Einigungsprinzip und das Prinzip der Handlungsfähigkeit im eigenen Rechtskreis, dazu *Tebben* ZGR 2001, 586, 604 ff. Vgl. *Reuter* GmbHR 1981, 129, 130 f.

997 Oetker/*Lieder* HGB, § 109 Rn. 24; *ders*. Rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 231 f.; *Bydlinski* System und Prinzipien, S. 149; *Hofmann* JA 2008, 253, 255.

998 BGH NJW 1960, 963; *Lieder* Rechtsgeschäftliche Sukzession, S. 232.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trag zu ändern[999] oder über die Verwaltung zu entscheiden.[1000] Dahinter steht der Gedanke, die Gesellschafter vor einer Selbstentmündigung zu schützen.[1001]

Wie schon bei der Frage nach der formellen Möglichkeit einen Dritten in das Gesellschaftsgefüge einzubeziehen, muss auch hier die Vereinbarkeit der Figur des stillen Kommanditisten mit dem Prinzip der Verbandssouveränität bejaht werden. Jemand der auf diese Weise der Gesellschaft beitritt wird Gesellschafter und verliert seinen Status als Dritter.[1002] Der stille Kommanditist unterliegt daher wie ein Außengesellschafter der gesellschaftsrechtlichen Förder- und Treuepflicht.[1003] Nur er trägt das wirtschaftliche Risiko für seinen Gesellschaftsanteil.[1004] Letztlich ist der stille Kommanditist von Entscheidungen der Gesellschafter in gleicher Weise betroffen wie die anderen (Außen-)Gesellschafter.[1005]

b) Prinzip der Selbstorganschaft

Das Prinzip der Selbstorganschaft entscheidet nicht über das „Ob" einer Anerkennung, sondern bestimmt vielmehr die Reichweite, mit der die Figur des stillen Kommanditisten anerkannt werden kann.[1006] Es geht grundsätzlich davon aus, dass die organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei Personenhandelsgesellschaften nur den persönlich und unbeschränkt haftenden Gesellschaftern zusteht.[1007] Da die Gesellschafter unbeschränkt haften, muss die Kontrolle über die Geschäfte der Gesellschaft ihnen grundsätzlich vorbehalten sein.[1008] Das Prinzip der Selbstorganschaft dient daher dem Schutz der Handlungsfähigkeit im eige-

---

999 BGHZ 33, 105, 107; *Flume* Die Personengesellschaft, § 14 VIII (S. 239 f.).
1000 MüKoHGB/*Enzinger* § 109 Rn. 18; *Priester* FS Werner, 657, 663 f.; *Wiedemann* FS Schilling, 105, 111.
1001 Oetker/*Lieder* HGB, § 109 Rn. 24; Staub/*Schäfer* HGB, § 109 Rn. 30; *Grunewald* GS Hübner, 485.
1002 Ausführlich dazu S. 216.
1003 Vgl. BGH NZG 2015, 269; 2015, 1353; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 341, 355; *Tebben* ZGR 2001, 586, 610.
1004 Vgl. BGHZ 178, 271, 277; 185, 310, 319; 196, 131, 139 f.; NZG 2011, 1432, 1435; 2015, 269, 272; *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 286; *Tebben* VGR 2010, 161, 170; *Grundmann* Treuhandvertrag, S. 510.
1005 Zum Korrektiv der Selbstbetroffenheit ausführlich unter c).
1006 Vgl. *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 201 ff.
1007 MüKoHGB/*Enzinger* § 109 Rn. 19; Staub/*Schäfer* HGB, § 109 Rn. 33.
1008 *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 1, § 6 IV 1 a) a.E.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen Rechtskreis der unbeschränkt haftenden Gesellschafter; es schützt wie die Verbandssouveränität vor Selbstentmündigung.[1009] Reflexartig schützt das Prinzip der Selbstorganschaft auch den Rechtsverkehr. Dieser profitiert von einer wegen unbegrenzter und persönlicher Haftung verantwortungsbewussten Vertretung der Gesellschaft.[1010] Nach heutiger Auffassung ergänzt § 170 HGB das Prinzip der Selbstorganschaft und schützt daher die Komplementäre vor einer Abhängigkeit von den nur beschränkt haftenden Kommanditisten.[1011] Vor dem Hintergrund der Privatautonomie, kann ein Kommanditist von der Vertretung aber nur bis zum dafür gebotenen Ausmaß ausgeschlossen sein. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Kommanditisten als Gesellschafter ebenfalls am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt sind, sodass die Gefahr unverantwortlichen Handelns typischerweise geringer als bei gesellschaftsfremden Vertretern ist.[1012]

Zwar ist der stille Kommanditist echter Gesellschafter und als solcher wirtschaftlich am Gesellschaftsvermögen wie ein Außengesellschafter beteiligt. Die Frage, ob dem stillen Kommanditisten daher organschaftliche Vertretungsmacht eingeräumt werden kann, stellt sich jedoch nicht.[1013] Da die tatbestandliche Voraussetzung des stillen Kommanditisten die nur stille Beteiligung an der Gesellschaft ist, würde eine organschaftliche Vertretungskompetenz einen unauflösbaren Widerspruch herbeiführen.

Bezüglich der Möglichkeit dem stillen Kommanditisten rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht einzuräumen, ist hingegen nach Maßgabe der Rechtslage beim Außenkommanditisten zu differenzieren. Grundsätzlich kann dem stillen Kommanditisten rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht eingeräumt werden. Dabei kann ihm sogar eine der Reichweite von § 126 HGB nachgebildete Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden.[1014] Basiert die Vertretungsmacht aber auf dem Gesellschaftsver-

1009 Zum Prinzip der Handlungsfähigkeit im eigenen Rechtskreis: *v. Tuhr* FS Laband, 44, 61; *Flume* Die Personengesellschaft, S. 236 f.; *Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 425; *Huber* Vermögensanteil, S. 33; *Nitschke* Personengesellschaft, S. 240; vgl. auch Staub/*Schäfer* HGB, § 109 Rn. 33; *Hüffer* ZHR 151 (1987), 396, 408; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 1, § 6 IV 1 a); *ders*. FS Schilling, 105, 109 f.; *Westermann* FS Lutter, 955 ff.; *Reuter* FS Steindorff, 229, 232 f.

1010 Staub/*Schäfer* HGB, § 109 Rn. 33; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 14 II 2 e).

1011 MüKoHGB/*Grunewald* § 170 Rn. 10 f.; Oetker/*Oetker* HGB, § 170 Rn. 1; BeckOK HGB/*Häublein* 27. Edition (2020), § 170 Rn. 1.

1012 Vgl. MüKoHGB/*Grunewald* § 170 Rn. 15.

1013 Vgl. zur Diskussion MüKoHGB/*Grunewald* § 170 Rn. 13; *Bergmann* ZIP 2006, 2064, 2066 ff.

1014 Vgl. für den Außenkommanditisten BGHZ 17, 392, 394 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trag, ist dies zugunsten des stillen Kommanditisten zu berücksichtigen. So muss zum Beispiel eine ohne Zustimmung oder wichtigen Grund entzogene Prokura unmittelbar wiedererteilt werden.[1015] Parallel zur Rechtslage beim Außenkommanditisten reicht es für eine persönliche Haftung zwar nicht aus, dass beim Auftreten des stillen Kommanditisten unklar bleibt, ob es sich bei diesem um einen Außenkommanditisten handelt. Geriert sich der stille Kommanditist aber wie ein Außengesellschafter und war dies für die Willenserklärung des schutzwürdigen Gläubigers kausal, gibt es keinen Grund, den stillen Kommanditisten nicht auch entsprechend haften zu lassen. Dies kann dann nach den Grundsätzen der Rechtsfigur des Scheingesellschafters auch eine unbeschränkt persönliche Haftung sein.[1016]

Hinsichtlich der Frage, in welchem Maße dem stillen Kommanditisten eine Geschäftsführungskompetenz eingeräumt werden kann, bestehen hingegen keinerlei Unterschiede zum Außenkommanditisten. Denn das Innenverhältnis der Gesellschafter konfligiert nicht mit Interessen von außenstehenden Dritten, weshalb dieses grundsätzlich frei gestaltbar ist.[1017] Entsprechend der Rechtsprechung zur Geschäftsführungskompetenz des (Außen-)Kommanditisten bedeutet dies, dass der stille Kommanditist ebenfalls organschaftliche Geschäftsführungskompetenz haben kann, sodass ihm diese nur nach Maßgabe des § 117 HGB entzogen werden kann.[1018] Daneben kann bestimmt werden, dass alle Komplementäre von der Geschäftsführung ausgeschlossen oder an die Weisungen des stillen Kommanditisten gebunden sind,[1019] sofern die Handlungsfähigkeit der persönlich Haftenden nicht vollständig beseitigt wird.[1020] Letzterem wäre aber bereits durch die Annahme eines Widerspruchsrechts der persönlich Haftenden nach § 116 Abs. 2 HGB Genüge getan, weil – wie direkt im Anschluss zu sehen sein wird – der stille Kommanditist wie der Außen-

1015 BGHZ 17, 392, 394 ff.

1016 Vgl. BGHZ 17, 13, 17; Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/*Mock* HGB, § 170 Rn. 12; *Wiedemann* FS Bärmann, 1037, 1052.

1017 Vgl. BGHZ 10, 44, 50; 196, 131, 136; NZG 2015, 269, 270.

1018 Vgl. BGHZ 17, 392, 395; BB 1976, 526; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 164 Rn. 7; MüKoHGB/*Grunewald* § 164 Rn. 22; Oetker/*Oetker* HGB, § 164 Rn. 40.

1019 Vgl. BGHZ 45, 204, 209; 51, 198, 201; OLG Karlsruhe DB 2009, 1977, 1979; OLG Stuttgart ZIP 2010, 131, 132; MüKoHGB/*Grunewald* § 164 Rn. 23; *Bork* AcP 184 (1984), 465, 470.

1020 Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 164 Rn. 7; Heymann/*Horn* HGB, § 164 Rn. 31 ff.; MüKoHGB/*Grunewald* § 164 Rn. 23; Schlegelberger/*Martens* HGB, § 164 Rn. 29 ff.; *Dietrich* Möglichkeiten und Grenzen, S. 151; *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommanditist zu einem gesellschaftsinteressengerechten Verhalten durch seine Selbstbetroffenheit angehalten wird.[1021]

c) Hinreichende Selbstbetroffenheit

Nach den bisherigen Feststellungen verstößt die Figur des stillen Kommanditisten nicht gegen das Prinzip der Verbandssouveränität. Zudem verstößt diese Beteiligungsform selbst bei Einräumung von gesellschaftsvertraglich eingeräumter Vertretungsmacht sowie organschaftlicher Geschäftsführungskompetenz nicht grundsätzlich gegen das Prinzip der Selbstorganschaft. Bei all diesen Prinzipien klingt ein gemeinsames übergeordnetes Grundprinzip an: Ein Gesellschafter einer Personengesellschaft muss hinreichend selbstbetroffen sein, um nicht als Dritter zu gelten. Auch das Abspaltungsverbot beinhaltet diesen zwingenden Gedanken,[1022] weshalb von vielen das Abspaltungsverbot trotz fehlender echter Abspaltung bei der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil diskutiert wird.[1023]

Nach dem Prinzip der Richtigkeitsgewähr durch Selbstbetroffenheit, verhält sich ein Gesellschafter deshalb verantwortungsvoll und im Gemeinschaftsinteresse, weil er selbst von den Folgen seines Handelns betroffen ist.[1024] Der BGH umschreibt diesen Grundsatz mit den Worten: „Die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft [ist] nach der bestehenden Rechtsordnung allgemein auf eine in sich abgestimmte Einheit von Rechten, Pflichten und Verantwortung hin angelegt […].“[1025] Im Folgenden muss also auch hierzu Stellung genommen werden. Es geht um die Frage, ob die Figur des stillen Kommanditisten mit diesem Rechtsgrundsatz der hinreichenden Selbstbetroffenheit vereinbar ist. Das Maß der Selbstbetroffenheit

---

1021 So auch Staub/*Casper* HGB, § 164 Rn. 33; Oetker/*Oetker* HGB, § 164 Rn. 39; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 164 Rn. 7.

1022 Vgl. nur *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 107 ff., 113 f.; *Jaeniche* Dritteinflußnahme, S. 211.

1023 So etwa *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 147.

1024 *Teichmann* Gestaltungsfreiheit, S. 191 f.; *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte, S. 330; *ders*. Gesellschaftsrecht I, § 6 IV 1; *ders*. JZ 1969, 469, 471 f. (zugl. Anm. zu BGHZ 51, 198); *ders*. WM-Beil. 4/1994, 1, 11; *Schön* ZHR 158 (1994), 229, 257; *Reuter* ZGR 1978, 633, 640; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 147; *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 117 ff.; *Jaeniche* Dritteinflußnahme, S. 210 f.

1025 BGHZ 129, 136, 148; WM 1976, 1247, 1250.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eines Verbandsmitglieds muss mit den Kategorien der wirtschaftlichen Betroffenheit, Treuepflicht und Disziplinargewalt ermittelt werden.[1026]

aa) Dass es für die Frage nach der hinreichenden wirtschaftlichen Betroffenheit in der Personengesellschaft grundsätzlich nicht von Belang ist, ob der Gesellschafter auch unbeschränkt haftet, zeigt schon das Haftungsregime des Außenkommanditisten. Dieser haftet Gläubigern bis zur Höhe seiner übernommenen Hafteinlage unmittelbar. Die persönliche Haftung ist aber nur dann ausgeschlossen, wenn die Einlage geleistet ist (§ 171 Abs. 1 HGB) und lebt wieder auf, wenn sie zurückgezahlt wird (§ 172 Abs. 4 HGB). Daneben kommt es für die wirtschaftliche Selbstbetroffenheit des Außenkommanditisten maßgeblich auf folgende drei Mechanismen an: Die Kommanditisten nehmen am Gewinn und Verlust teil (vgl. §§ 161 Abs. 2, 120 i.V.m. § 167 HGB). Wird die Gesellschaft aufgelöst, steht dem Kommanditisten der Auflösungserlös zu (vgl. §§ 161 Abs. 2, 145 Abs. 1 HGB). Daneben steht dem Kommanditisten grundsätzlich auch ein an seinem Kapitalanteil orientierter Abfindungsbetrag zu, wenn er aus der Gesellschaft austritt oder ausgeschlossen wird (vgl. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, §§ 738 ff BGB).

Der stille Kommanditist ist von den unternehmerischen Entscheidungen der Gesellschaft im Ergebnis gleichermaßen betroffen.

Zum einen haftet der stille Kommanditist bei nicht eingezahlter Hafteinlage, zurückgezahlter Hafteinlage oder zu viel gezahltem Gewinn mittelbar persönlich, weil er dem Treuhandkommanditisten zum Ausgleich verpflichtet ist (§§ 675, 670 BGB). Diese Haftung kann sogar nach Abtretung an den Gesellschaftsgläubiger unmittelbar gegenüber dem stillen Kommanditisten bestehen – und zwar entgegen § 399 Alt. 1 BGB selbst dann, wenn der Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten (gem. § 257 BGB oder aus Vertrag) abgetreten wird, obwohl dieser in der Hand des Gesellschaftsgläubigers zu einem Zahlungsanspruch wird.[1027] Zudem wird in Bezug auf den in einen Zahlungsanspruch umgewandelten Befreiungsanspruch auch die Aufrechnungsbeschränkung zwischen qualifiziertem Treugeber und Gesellschaft entsprechend § 129 HGB über das Institut der ergänzenden Vertragsauslegung angewendet.[1028] Die Regressnorm des § 426 Abs. 1 BGB wird entsprechend auf das Verhältnis

1026 Eindrucksvoll insbesondere *Tebben* ZGR 2001, 586, 609 f.

1027 BGH WM 1975, 305; 1975, 1226; NJW 1993, 2232; 2010, 2197; 2013, 452, 454; 2011, 2351.

1028 BGHZ 189, 45, 55; 194, 180, 189 f.; WM 2012, 2238, 2240 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unter den qualifizierten Treugebern angewendet,[1029] und diese haften grundsätzlich für etwaige Liquidationsfehlbeträge.[1030] Zudem erhält der Treugeber nach Beendigung des Treuhandverhältnisses das Treugut in seiner gegenwärtigen wirtschaftlichen Wertigkeit zurück, sodass er das Risiko für Wertveränderungen trägt (§ 667 BGB).[1031] Letztlich stehen dem stillen Kommanditist die Ansprüche aus §§ 161 Abs. 2, 145 Abs. 1 HGB und §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, §§ 738 ff. BGB persönlich zu.[1032]

Nach alldem steht es außer Frage, dass eine Beteiligung des stillen Kommanditisten am Innenverhältnis der Gesellschaft zu einer hinreichenden finanziellen Verbundenheit mit der Gesellschaft führt und der stille Kommanditist daher hinreichend selbst von der wirtschaftlichen Entwicklung betroffen ist.[1033] Es ist daher in der Konsequenz auch davon auszugehen, dass der stille Kommanditist typischerweise sein Verhalten „richtig", das heißt am Wohl der Gesellschaft, ausrichtet:[1034] Wegen der dargelegten mittelbaren wirtschaftlichen Selbstbetroffenheit ist der stille Kommanditist an einer vernünftigen Gesellschaftsverwaltung interessiert, da sich die Unternehmensleistung im Wert seiner Beteiligung wiederspiegelt.

bb) Wie erwähnt, stellt die wirtschaftliche Selbstbetroffenheit des Gesellschafters aber nur einen Teil der Trias der hinreichenden Selbstbetroffenheit dar. Eine weitere Komponente ist die Frage, nach einer gesellschafterlichen Förder- und Treuepflicht. Aber auch diesbezüglich bestehen bei der Figur des stillen Kommanditisten keine Probleme: Ein Gesellschafter unterliegt auch der gesellschaftsrechtlichen Förder- und Treuepflicht, gleich ob er sich unmittelbar oder nur mittelbar am Kapital beteiligt.[1035]

1029 BGHZ 207, 54.

1030 BGH NZG 2011, 1432, 1433; 2012, 1345, 1346; 2015, 269, 271. Im Falle der Publikums-Investment-KG gilt die Nachschusspflicht von Gesetzes wegen nicht, § 127 Abs. 3 S. 3 und § 152 Abs. 3 S. 3 KAGB.

1031 Zur wirtschaftlichen Außenhaftung ausführlich S. 101, 114, 120, 240 und 246 f.

1032 Dazu ausführlich im Anschluss.

1033 So bereits *Fleck* FS Fischer, 107, 119 f., 127, der allerdings von einer Doppelzuständigkeit am Gesellschaftsanteil ausgeht, *ders*. FS Fischer, 107, 127.

1034 Anders aber *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1147; *Weipert* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Bd. 2, § 12 Rn. 53 ff. 56.

1035 BGH NZG 2015, 269; 2015, 1353; MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 78; Staub/*Schäfer* HGB, § 105, Rn 107; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 341, 355; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 136; *ders*. ZGR 2001, 586, 610; *Krenzel* Treuhand an Kommanditanteilen, S. 159 ff., 167; *Sojka* Der Schutz mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen, S. 11; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 202 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht eine solche Pflicht sogar *argumentum a minori ad maius* im Vergleich zur herrschenden Meinung, die in der qualifizierten Treuhand nur eine gesellschaftergleiche Einbeziehung des Treugebers sehen will.[1036] Denn nach der hier vertretenen Auffassung ist der stille Kommanditist als *echtes* Mitglied verpflichtet, den Gesellschaftszweck zu fördern und sich seinen Mitgesellschaftern gegenüber treu zu verhalten.[1037] Er ist von Entscheidungen der Gesellschafter in gleicher Weise betroffen, wie die anderen Gesellschafter. Dies resultiert schlicht aus der organisatorischen Verbindung gemäß § 705 BGB, die wie gezeigt auch bloße Innengesellschafter einbinden kann.[1038] Es ist also falsch, die Frage nach der Stellung des Treugebers von derjenigen nach der Treubindung zu trennen.[1039] Beides geht Hand in Hand. Eine schuldhafte Verletzung der Treuepflicht wird in der Regel mit einer Schadensersatzpflicht gegenüber den betroffenen Gesellschaftern oder der Gesellschaft begegnet.[1040]

cc) Letztlich unterliegt der stille Kommanditist auch der gesellschaftsrechtlichen Disziplinargewalt. Als Innengesellschafter sind die Vorschriften über das Innenverhältnis auf ihn vollständig anwendbar, sofern nichts anderes vereinbart wird. Das heißt etwa, dass den stillen Kommanditisten unter Umständen eine Zustimmungspflicht zu Geschäftsführungsmaßnahmen oder Grundlagengeschäften treffen kann.[1041] Wurde dem stillen Kommanditisten organschaftliche Geschäftsführungskompetenz verliehen,[1042] kann ihm diese nach §§ 161 Abs. 2, 117 HGB wieder entzogen werden. Bei wichtigem Grund kann der stille Kommanditist sogar aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden oder die Auflösung der Gesellschaft beantragt werden (§§ 133, 140 HGB).[1043] Auch ein Wettbewerbsverbot ist entgegen § 165 HGB möglich (§ 112 Abs. 1 HGB), wenn die Stellung des stillen Kommanditisten derjenigen eines persönlich haftenden Gesellschaf-

1036 Dazu S. 172.
1037 Vgl. Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 705 Rn. 33; MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 157 f., 222; vgl. auch *Hüffer* FS Steindorff, S. 59, 64 ff.; *Lutter* AcP 180 (180), 84, 117; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 19 III 3 b), § 20 IV 1 b); *Zöllner* Schranken, S. 350; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 334.
1038 Vgl. auch *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 136.
1039 So aber *Sojka* Der Schutz mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen, S. 29 f., 31 f.
1040 *Tebben* ZGR 2001, 586, 609.
1041 Zu Einzelheiten vgl. nur MüKoHGB/*Enzinger* § 119 Rn. 25 ff.; zur Zustimmungspflicht bei Grundlagengeschäften vgl. BGHZ 44, 40, 41; 64, 253, 257; 98, 276, 279; NJW 1961, 724; 1973, 1602.
1042 Dazu S. 229.
1043 *Tebben* ZGR 2001, 586, 609.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ters hinsichtlich Mitsprache- und Informationsrechten gleicht.[1044] Durch diese empfindlichen Möglichkeiten, in die Rechtsposition des stillen Kommanditisten einzugreifen, wenn seine Beteiligung den Gesellschaftszweck gefährdet, wird die Richtigkeit seines gesellschafterlichen Wirkens maßgeblich mitgewährleistet.[1045]

dd) Folglich stehen den mitgliedschaftlichen Rechten umfassende wirtschaftliche Risiken, Pflichten und eine empfindliche Sanktionierung gegenüber, die in ihrer Wirkungsweise denen des Außenkommanditisten gleichstehen. Die Selbstbetroffenheit des stillen Kommanditisten ist daher hinreichend, um eine typische Richtigkeit seines Verhaltens in der Gesellschaft annehmen zu können.

VI. Dingliche Rechtsverhältnisse und anwendbare Rechtsnormen

Wie an anderer Stelle bereits herausgearbeitet wurde, lebt die Figur des stillen Kommanditisten von der Einsicht, dass das Recht des Verbandes als Willensorganismus mit Zweckverfolgung und Förderpflicht verallgemeinert werden muss, bildlich gesprochen also „vor die Klammer" des besonderen Gesellschaftsrechts der verschiedenen Gesellschaftsformen zu ziehen ist.[1046] Ist anzuerkennen, dass die organisatorische Verbundenheit losgelöst vom Außenverhältnis existiert, kann auch ein Gesellschafter reines Innenmitglied einer Außengesellschaft werden.[1047] Damit sind die Rechtsverhältnisse in der Unterkategorie des treuhänderisch Beteiligten klar vorgegeben: Formelles Mitglied in Bezug auf die Treuhandeinlage ist der Treuhänder, der den entsprechenden Gesellschaftsanteil als fiduziarischer Treuhänder im eigenen Namen aber für Rechnung der Treugeber hält. Im Innenverhältnis ist der jeweilige wirtschaftliche Eigentümer des

1044 BGHZ 89, 162, 165 f.; 180, 105; NJW 2002, 1046, 1047; Staub/*Schäfer* HGB, § 112 Rn. 9; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Bergmann* HGB, § 112 Rn. 5; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 165 Rn. 3; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 2, § 8 II 5 a) aa).

1045 Daher ist die unmittelbare Anwendbarkeit dieser gesellschafterlichen Disziplinargewalt auf den qualifizierten Treugeber nicht nur von untergeordneter Bedeutung. So aber *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 115.

1046 Für die Herausbildung eines allgemeinen Verbandsrechts insb. schon *Lutter* AcP 180 (1980), 83, passim; *K. Schmidt* ZGR 2011, 108, passim; *Merkt* ZfPW 2018, 300, passim.

1047 So schon *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 260; Ähnlich *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 248 ff., 432 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Geschäftsanteils als stiller Kommanditist und damit echter Gesellschafter in die Hauptgesellschaft einbezogen.[1048] Das heißt, dass sämtliche Vorschriften, die das Innenverhältnis (insb. §§ 109–122 und 163–169 HGB) zwischen den Mitgliedern regeln, unmittelbar gelten.[1049] Vorschriften, die die Rechtsbeziehung zwischen der Gesellschaft beziehungsweise den Gesellschaftern und Dritten regeln oder im Interesse des Geschäftsverkehrs bestehen (insb. §§ 106-108, 123–130, 162 und 170 ff. HGB) sind auf den Treuhandkommanditisten anzuwenden.

Etwas komplizierter stellen sich die Rechtsverhältnisse in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen dar. Sofern die dingliche Rechtslage angesprochen ist, gilt der Treuhandkommanditist als Rechtsinhaber – auch gegenüber den restlichen Gesellschaftern. Das heißt, dass grundsätzlich er die dingliche Verfügungsmacht über den Gesellschaftsanteil hat. Auch er ist letztlich Gläubiger des Auseinandersetzungsguthabens, welches nur an die Stelle des Gesellschaftsanteils tritt. Das gilt wiederum nicht für die aus der Mitgliedschaft resultierenden Vermögensrechte. Wegen ihrer Herkunft aus der Mitgliedschaft, bestehen sie originär beim stillen Kommanditisten.[1050] Jedoch wird der Treuhandkommanditist regelmäßig ermächtigt sein, einen etwaigen Gewinn für den stillen Kommanditisten in Empfang zu nehmen.

Darüber hinaus können die Außengesellschafter und stillen Kommanditisten (der gesamte Verband) ein fiktives Gesellschaftsvermögen bilden. Das im eigenen Namen aber für Rechnung der Treugebervielzahl gehaltene Vermögen des Treuhandkommanditisten wird im Innenverhältnis wie Gesellschaftsvermögen aller Verbandsmitglieder behandelt.[1051] Bei der treuhänderischen Beteiligung ist dies so strukturiert, dass zwar die Treuhandkommanditistin mit der treuhänderisch gehaltenen Einlage direkt an der Kommanditgesellschaft beteiligt ist, im Innenverhältnis allerdings jeder Treugeber virtuell in entsprechender Höhe seines Innen-Kapitalkontos an der Gesellschaft beteiligt ist. Weil nur die Treuhandlommanditistin Außengesellschafterin ist und die Einlagen bloß im Innenverhältnis der Beteiligten den Treugebern zugewiesen werden, ist diese Doppelfunk-

1048 Ähnlich *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 378, 441.

1049 So auch der BGH. Zu § 110 HGB vgl. BGH NZG 2012, 1024; zur Einlagenleistung vgl. BGHZ 217, 237.

1050 Insoweit auch *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 638, dem allerdings in Bezug auf die Außenhaftung des Treugebers nicht gefolgt werden kann.

1051 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 288; *K. Schmidt* NZG 2016, 641, 641 f.; zur Anerkennung des schuldrechtlichen Beteiligungskapitals vgl. *Florstedt* FS K. Schmidt (2019), 399 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tion der Einlage unproblematisch.[1052] Das Innenverhältnis berührt nur die daran Beteiligten, sodass Gläubigerinteressen nicht berührt werden. Diese können nach wie vor im Außenverhältnis auf die echte Hafteinlage der Treuhandkommanditistin zugreifen. Dann wird freilich im Innenverhältnis der Zugriff auf das Vermögen der Treuhandkommanditistin zum Treugeber durchgereicht (§§ 675 Abs. 1, 670 BGB). Das Innenverhältnis ist daher weitgehend frei gestaltbar.[1053]

VII. Zusammenfassung

Der qualifizierte Treugeber wird als echter Innengesellschafter, als sogenannter stiller Kommanditist, in die Kommanditgesellschaft einbezogen. Nur dieses Verständnis verträgt sich mit der überwiegenden Umsetzung der qualifizierten Treuhand in der Praxis und der aufsichtsrechtlichen Gleichstellungsvorgabe in § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB. Die von der herrschenden Meinung vertretene Vorstellung, dass die qualifizierte Treuhand zu einer dinglichen Überlagerung der Mitgliedschaft oder umgekehrt zu einer gesellschaftsrechtlichen Überlagerung der Treuhandbeziehung führt, ist schon aus allgemeinen treuhanddogmatischen Prinzipien abzulehnen. Denn dies impliziert jeweils, dass die Treuhand allein vermag, den Treugeber mit dinglichen Rechten auszustatten. Eine solche Wirkung kann die Treuhand aber nicht haben. Der Treugeber tritt vielmehr als echter Gesellschafter in das Innenverhältnis ein. Weil sich seine Beteiligung auf das Innenverhältnis beschränkt und seine mittelbare Haftung auf die Treuhand-Einlage begrenzt ist, soll er stiller Kommanditist genannt werden.

Die Figur des Innenkommanditisten ist aus dem preußischen ALR und österreichischen ABGB von 1812 bekannt und schaffte es noch bis in den ersten Entwurf für ein ADHGB. Heute muss vor allem begründet werden, warum sich jemand an einer Außengesellschaft als reiner Innengesellschafter beteiligen können soll. Die Antwort liegt in der Natur des Verbandes als privatautonome Schaffung einer dinglichen Organisationsstruktur unter den Mitgliedern. Seine Tatbestandsmerkmale sind die rechtsgeschäftliche Unterwerfung des Einzelnen unter den gemeinsamen Zweck durch die Vereinbarung einer Förder- und Treuepflicht, sowie die Verfassung einer Organisation zur einheitlichen Willensbildung durch Mitgliederbeschluss. Eine Verbandsstruktur muss es daher auch ohne ein Außenrechts-

1052 Vgl. *K. Schmidt* ZHR 178 (2014), 10, 19, 31.
1053 BGHZ 10, 44, 50; 196, 131, 136; NZG 2015, 269, 270.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verhältnis geben können. Ist dies so, steht der Figur des stillen Kommanditisten grundlagendogmatisch nichts entgegen.

Die Figur des stillen Kommanditisten verträgt sich auch mit den besonderen formellen und materiellen Prinzipien des Personengesellschaftsrechts. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang noch einmal, dass der stille Kommanditist echter Innengesellschafter ist und als solcher eben kein Dritter mehr. Ein grundrechtlich verhältnismäßiger Typenzwang steht dem ebenfalls nicht entgegen, da ein solcher nur zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger und des Rechtsverkehrs bestehen kann, diese aber mangels Vertrauensbildung nicht schutzwürdig sind. Dies gilt jedenfalls solange, wie der stille Kommanditist den Tatbestand der stillen Beteiligung erfüllt, insbesondere also im Verkehr nicht als Außengesellschafter auftritt. Auch ein Verstoß gegen die Verbandsouveränität und das Prinzip der Selbstorganschaft ist schon kategorisch ausgeschlossen, weil der stille Kommanditist echter Innengesellschafter ist. Schließlich ist das interessenkonforme Verhalten des stillen Kommanditisten wegen seiner umfassenden Selbstbetroffenheit von unternehmerischen Entscheidungen ebenfalls gewährleistet.

Weil der stille Kommanditist echter Innengesellschafter ist, und als solcher einem Außenkommanditisten in nichts nachsteht, sind die diesbezüglichen Vorschriften uneingeschränkt auf den stillen Kommanditisten anwendbar. Die Rechtsverhältnisse in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen stellen sich dagegen wie folgt dar: Der Treuhandkommanditist ist dinglicher Rechtsinhaber des Geschäftsanteils und als solcher ausschließlich verfügungsbefugt. Ihm steht im Umkehrschluss auch das Auseinandersetzungsguthaben zu. Die aus der Mitgliedschaft resultierenden Vermögensrechte gehören jedoch dem stillen Kommanditisten absolut – denn insoweit ist wieder das Innenverhältnis betroffen. Letztlich kann die Gesellschaft ein virtuelles Gesellschaftsvermögen bilden. Im Innenverhältnis wird das Gesellschaftsvermögen dann lediglich schuldrechtlich allen Verbandsmitgliedern gemeinschaftlich zugeordnet.

§ 23. *Die Außenhaftung des stillen Kommanditisten*

Nach dem bislang entwickelten Verständnis von der qualifizierten Treuhand als reine Innenbeteiligung haftet der als stiller Kommanditist verstandene Treugeber prinzipiell solange nicht unmittelbar nach außen, wie er den Tatbestand der stillen Beteiligung erfüllt. Eine Außenhaftung kommt also erst bei Eintritt der Voraussetzungen des § 176 HGB oder

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach Rechtsscheingrundsätzen in Betracht. Bis dahin ist seine Haftung eine nur wirtschaftliche Außenhaftung, die sich nach den Grundsätzen des Auftragsrechts vollzieht. So wird das im Ergebnis auch von der Rechtsprechung gesehen (dazu I.). Dem folgt ein Großteil der Lehre. Eine gewichtige Gegenansicht hält jedoch an der Ansicht fest, dass auch der qualifizierte Treugeber unmittelbar nach außen zu haften habe (dazu II.). Dieses Ergebnis wird unterschiedlich hergeleitet, einmal von der grundsätzlich verschiedenen dogmatischen Einordnung der qualifizierten Treuhand und einmal institutionell.

I. Die Ansicht der Rechtsprechung

1. Typenzwang im Außenverhältnis

Wie gezeigt stellte schon BGHZ 10, 44 fest, dass es unzulässig ist, die formelle Gesellschafterstellung des Treugebers allein durch Abrede unter den Parteien des Gesellschaftsvertrages zu erzeugen.[1054] Die formelle Gesellschafterstellung sei zwingend an die Eintragung im Handelsregister geknüpft.[1055] In einem späteren Urteil, allerdings nicht zur qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil, stellte der BGH klar, dass eine Auszahlung, die zum Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung gemäß §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB führt, im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern nur der (einfachen) Treuhandkommanditistin als formale Gesellschafterin zuzurechnen ist.[1056] Jedoch treffe die Haftung wirtschaftlich den Treugeber, der, sofern nichts anderes vereinbart wird, gemäß §§ 675, 670 BGB Erstattung nach Befriedigung der Gläubiger zu leisten habe oder auf Befreiung gemäß § 257 BGB in Anspruch genommen werden könne.[1057]

Erst im Jahr 2008 folgte ein Urteil zur qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil. Der BGH bestätigte, dass einem Treugeber durch die Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag die Stellung eines Quasi-Gesellschafters eingeräumt werden könnte.[1058] Allerdings fehle für die Annahme einer persönlichen Außenhaftung des qualifizierten Treugebers

1054 BGHZ 10, 44, 48. Dazu S. 153.
1055 BGHZ 10, 44, 48 mit Verweis auf RGZ 165, 265; OGHZ 2, 253; 4, 241.
1056 BGHZ 76, 127, 130.
1057 BGHZ 76, 127, 131 f.
1058 BGHZ 178, 271, 276.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemäß §§ 128, 130 HGB die zwingende gesetzliche Grundlage.[1059] Nach der Gesetzeslage setze die unmittelbare Außenhaftung eine echte Gesellschafterstellung voraus.[1060] Die Einräumung von weitreichenden Macht- und Kontrollbefugnissen führe hingegen nur zur Einbeziehung in das Innenverhältnis.

2. Keine (doppelte) Analogie zu Haftungsnormen

Auch zur Frage einer (im Falle der Gesellschaft bürgerlichen Rechts doppelten) Analogie der §§ 128, 130 HGB nimmt BGHZ 178, 271 Stellung: Dafür fehle es an einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke. Nur der Treuhandgesellschafter hafte nach § 128 HGB. Es gäbe keinen sachlich gerechtfertigten Grund, einem Gesellschaftsgläubiger über diese Außenhaftung hinaus einen weiteren Schuldner zu verschaffen.[1061] Dem Argument, eine haftungsrechtliche Gleichstellung müsse wegen einer gesetzlich verlangten Korrelation zwischen Einwirkungsmacht in der Gesellschaft oder wirtschaftlichem Eigentum am Gesellschaftsanteil und der Haftung im Außenverhältnis, angenommen werden, erteilte der BGH eine Absage.[1062] Zudem führe die qualifizierte Treuhand nicht schon für sich zu einer Rechtsscheinhaftung, da der Treugeber sich aus Sicht der Gläubiger regelmäßig nicht wie ein echter Gesellschafter geriere. Vielmehr sei der Treugeber nach außen erkennbar in den Gesellschaftsverbund einbezogen.[1063] Weil nur die Treuhandkommanditistin echte Gesellschafterin sei, der Treugeber also nur wirtschaftlich an der Kommanditgesellschaft beteiligt sei und ein auf §§ 171, 172 HGB gestützter Anspruch nur gegen die Treuhandgesellschafterin gerichtet werden könne, könne folglich der Treugeber auch nicht Freistellung von seiner (eben nichtexistenten) Außenhaftung von der Treuhandkommanditistin verlangen.[1064] In Wirk-

1059 BGHZ 178, 271, 276 f.
1060 BGHZ 178, 271, 277 mit Verweis auf Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. § 105 Rn. 34; *Tebben* ZGR 2001, 586, 612; *Weipert* ZHR 157 (1993), 513, 515; *Fleck* EWiR 1991, 801 (zugl. Anm. zu OLG Düsseldorf DB 1991, 1274).
1061 BGHZ 178, 271, 277; so auch später BGH NZG 2009, 779, 780. Zusammenfassend *Stöber* NZG 2011, 738, 739; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 269 f.
1062 BGHZ 178, 271, 277 mit Verweis auf *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 199 ff. und 209 ff. sowie BGHZ 45, 204, 206.
1063 BGHZ 178, 271, 277 f.
1064 BGH NZG 2009, 380, 385.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lichkeit handele es sich um die Frage, ob die Treuhandkommanditistin gemäß §§ 675, 670 BGB Aufwandsersatz verlangen kann.[1065]

3. Das Dogma der wirtschaftlichen Außenhaftung

Schon BGHZ 178, 271 stellte in Anlehnung an *Tebben* fest, dass Gläubiger nicht durch eine direkte Inanspruchnahmemöglichkeit geschützt werden müssen, weil sie mittelbar auf deren Vermögen zugreifen können, „indem sie den für die Gesellschaftsschuld persönlich haftenden Treuhänder in Anspruch nehmen und aus einem Titel gegebenenfalls in dessen Anspruch aus §§ 675, 670 BGB gegen den Treugeber vollstrecken".[1066]

Diesen Befund baut der BGH in späteren Urteilen zum Dogma der wirtschaftlichen (mittelbaren) Außenhaftung aus: Eine direkte Außenhaftung gemäß §§ 128, 130, 171, 172 Abs. 4 HGB (jeweils analog) bestehe zwar nicht, aber das ändere nichts an der Tatsache, dass der Treugeber im Ergebnis wirtschaftlich vom Erfolg und Misserfolg der Gesellschaft genauso betroffen sei, als wäre er echter Gesellschafter.[1067] Dies würde beim Treugeber-Kommanditisten durch den Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB, beziehungsweise der Regelungen in den Treuhandverträgen bewirkt werden.[1068] Haftet die Treuhandkommanditistin beispielsweise wegen Gewinnausschüttungen, die trotz Entstehung eines negativen Kapitalkontos getätigt wurden (§§ 128, 171, 172 Abs. 4 HGB), kann die Treuhandkommanditistin Regress beim Treugeber nehmen. Der Erfolg oder Misserfolg wird so schlussendlich zum Treugeber durchgereicht. Er und nicht die Treuhandkommanditistin trägt das wirtschaftliche Risiko der Beteiligung des Anlegers.

Die wirtschaftliche Gefahrtragung des Treugebers zeigt sich nach Ansicht des BGH auch bei der Frage, ob sich an einer Sanierung beteiligende Treugeber bei sich daran nicht beteiligenden Treugebern schadlos halten können, wenn erstere gemäß eines Sanierungskonzeptes einen Teil der unmittelbar bezogenen Ausschüttungen zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung zurückgezahlt haben.[1069] Die Frage stellte sich, weil diese Ausschüt-

---

1065 So schon BGHZ, 127, 131 f.
1066 BGHZ 178, 271, 278 mit Verweis auf *Tebben* ZGR 2001, 586, 612, 613. Zusammenfassend *Stöber* NZG 2011, 738, 739; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 269 f.
1067 BGHZ 196, 131, 139 f.; NZG 2015, 269, 272.
1068 Vgl. nur NZG 2015, 269, 272.
1069 BGHZ 207, 54, 55 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tungen in der Person der Treuhandkommanditistin gemäß §§ 172 Abs. 4 S. 1, 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB die unmittelbare Außenhaftung bis zur Höhe der Haftsumme wiederaufleben ließ. Wären die Beteiligten echte Gesellschafter gewesen, hätten diese über die Ausgleichshaftung aus § 426 Abs. 1 HGB bei den nicht an der Sanierung Teilnehmenden Regress nehmen können.[1070] Daher könnten auch die Treugeber eine Haftung gemäß § 426 Abs. 1 BGB nicht mit dem Argument abwenden, sie seien gar keine echten Gesellschafter (§ 242 BGB).[1071] Durch die mit der Verzahnung erfolgte Einbeziehung der Treugeber in das Innenverhältnis der Gesellschaft seien sie wie Vollgesellschafter verpflichtet, den Gesellschaftszweck zu fördern; ebenso träfe sie die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Folglich hafteten auch die nicht zahlenden Treugeber entsprechend § 426 Abs. 1 BGB den sanierungswilligen Treugebern in Höhe des ihrer Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden anteiligen Betrags.

4. Direkte Außenhaftung nach Abtretung des Freistellungsanspruchs

Eine mittelbare Außenhaftung kann nach der Rechtsprechung jedoch in eine unmittelbare Außenhaftung umschlagen, wenn der Freistellungsanspruch der Treuhandkommanditistin gemäß § 257 BGB in Verbindung mit §§ 675, 670 BGB oder einer entsprechenden vertraglichen Regelung an den Begünstigten aus dem Freistellungsanspruch abgetreten wird.[1072] Eine Abtretung ist in ständiger Rechtsprechung trotz einer damit einhergehenden Änderung des Anspruchsinhalts von einer Freistellungspflicht in eine Zahlungspflicht möglich. Zwar verbietet dies § 399 Alt 1. BGB grundsätzlich. Die Norm wird aber teleologisch reduziert, wenn der Zahlungsempfänger des Freistellungsanspruchs der Zessionar ist.[1073] Auch ein vertragliches Abtretungsverbot (§ 399 Alt. 2 BGB) stehe einer Abtretung des Befreiungsanspruchs nicht entgegen. Denn dadurch würde das Treuhandverhältnis nicht obsolet.[1074] Außerdem müsse einem verständigen und redlichen Treugeber bewusst sein, „dass der Ausschluss seiner selb-

1070 BGHZ 207, 54, 60 f.
1071 BGHZ 207, 54, 62 ff.
1072 BGHZ 185, 310, 314 ff. Zusammenfassend *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 269 f.
1073 So schon RGZ 158, 6, 12; BGHZ 12, 136, 141; vgl. auch BGH NJW 1993, 2232, 2233 und darauf bezugnehmend BGHZ 185, 310, 314 f.; BGHZ 189, 45, 49; BGH NZG 2012, 1024; dazu auch MüKoBGB/*Krüger* § 257 Rn. 9. Zustimmend *Lieder* WuB II F § 171 HGB 1.11 (zugl. Anm. zu BGHZ 189, 45).
1074 BGHZ 185, 310, 317.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ständigen Gesellschafterhaftung nach außen nur dann mit den Interessen des Treuhänders und auch der Gesellschaftsgläubiger in einem ausgewogenen Verhältnis" stehe, wenn die Gläubiger neben dem Aufwendungsersatzanspruch des Treuhänders auch dessen Freistellungsanspruch pfänden und sich überweisen lassen können.[1075] Sei dem so, müsse es aber im Sinne eines ausgewogenen Rechtsverhältnisses möglich sein, dass der Treuhänder sich durch die Abtretung des Freistellungsanspruchs von einer gegen ihn gerichteten Klage frei macht.[1076] Mit der Abtretung verwirkliche sich vielmehr nur das mit dem Treuhandvertrag verbundene Ziel, dass die wirtschaftlichen Folgen der Kommanditbeteiligung die Treugeber selbst treffen.[1077] Ein vertragliches Abtretungsverbot lasse sich auch nicht dem Treuhandvertrag im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) entnehmen, insbesondere auch nicht aus einer etwaigen Verschwiegenheitspflicht der Treuhandkommanditistin, die „im Falle der Kommanditistenhaftung schon dem Auskunftsanspruch des Gläubigers gegen [den Fonds] und auch gegen [die Treuhandkommanditistin]" widerspreche.[1078]

II. Die Ansicht der Literatur

1. Außenhaftung des qualifizierten Treugebers

a) Rechtliche Außenhaftung aus der Natur der Sache

Schäfer befürwortet eine rechtliche Außenhaftung des qualifizierten Treugebers.[1079] Er folgt hinsichtlich der dogmatischen Einordnung der qualifizierten Treuhand bei genauerer Betrachtung der Ansicht *Ulmers*: Der Treugeber würde durch die qualifizierte Treuhand am Gesellschaftsanteil in die Mitgliedschaft des Treuhandkommanditisten einbezogen. Die Qualifizierung des Treuhandverhältnisses führe dann zu einer „gesellschaftsrechtlichen Doppelzuständigkeit von Treuhänder und Treugeber".[1080] Es würde dann aber keinerlei Sinn machen, den Treugeber im Innenverhältnis weitgehender haften zu lassen, als im Außenverhältnis. Vielmehr hält er

1075 BGHZ 185, 310, 317; ähnlich schon BGHZ 178 271, 278.
1076 BGHZ 185, 310, 317.
1077 BGHZ 189, 45, 50; vgl. auch BGH NZG 2011, 1432, 1435.
1078 OLG Hamm NZG 2017, 1104, 1105.
1079 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, passim; MüKoBGB/*ders*. § 705 Rn. 92.
1080 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 637. Zur Begründung *Ulmers*, die qualifizierte Treuhand führe zu einer Einbeziehung in die Mitgliedschaft, S. 164 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine Außenhaftung aus der Natur der qualifizierten Treuhand heraus für geboten. Auch diesbezüglich folgt er der Ansicht *Ulmers*.[1081] Die Gläubiger würden auf eine Abtretung des Freistellungsanspruchs des Treuhänders angewiesen sein, ohne dass dem ein anerkennenswertes Interesse des Treugebers entgegenstünde.[1082] Sei im Jahr 2009 vielleicht noch keine planwidrige Regelungslücke für eine analoge Anwendung der §§ 128, 130, 171 f. HGB begründbar gewesen, müsse dies mittlerweile anders gesehen werden, zumal der Treugeber nun anerkanntermaßen unmittelbar im Innenverhältnis hafte und der an den Forderungsgläubiger abgetretene Freistellungsanspruch immun gegen Einwendungen aus dem Gesellschaftsverhältnis sei.[1083] Dies mache den Treuhänder zu einem lediglich „technischen Mittel".[1084] Nach alldem sei zumindest eine Wertungslücke entstanden.[1085]

Man könne auch nicht behaupten, dass eine Gleichstellung nur für das Innenverhältnis gewollt sei. Dafür gebe es schlicht keinen Beleg. Vielmehr sei das primäre Ziel, die Anleger als Mitunternehmer einzubeziehen.[1086] Tatsächlich würde sogar oft darauf hingewiesen, dass die Anleger als Treugeber möglicherweise mit ihrem Vermögen persönlich haften.[1087] Speziell die Haftung aus § 172 Abs. 4 HGB betreffend führt *Schäfer* an, dass es wiedersinnig wäre, den Treugeber unmittelbar haftbar gegenüber der Hauptgesellschaft zu machen, ihn dann aber vor einer Außenhaftung freizuhalten. Letztere solle doch gerade denjenigen treffen, der die rechtswidrige Leistung erlangt habe.[1088]

1081 Staub/*Ulmer* 4. Auflage (2005), § 105 Rn. 102, § 106 Rn. 17.

1082 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 635. Vgl. auch *Pfeifle/Heigl* WM 2008, 1485, 1492. Vgl. auch *Strohn* ZInsO 2013, 12, 15 und *Schlick* WM 2014, 581, 590, die eine Außenhaftung zumindest erwägen.

1083 Ähnlich *Schlick* WM 2014, 581, 590. Dazu ausführlich S. 255 ff.

1084 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 638 mit Verweis auf *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1788, der diesen Begriff zuvor in diesem Zusammenhang benutzte. Vgl. auch MüKoBGB/*ders*. § 705 Rn. 92. Ähnlich *Pfeifle/Heigl* WM 2008, 1485, 1491 f., die auf die sonst bestehende Ungleichbehandlung zu direkt beteiligten Anlegern hinweisen.

1085 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 636 mit Verweis auf die Urteile BGHZ 178, 271, 277; BGH NZG 2009, 779, 780.

1086 Dieser Gedanke kommt auch bei *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 82 und *Thurnher* DB 1994, 1709, 1711, 1714 zum Ausdruck.

1087 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 637.

1088 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 639.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Kehrseite der Gesellschaftergleichstellung

Auch *Schiemann* greift den Aspekt der Semipermeabilität der Grenze zwischen Gesellschaftsverhältnis und Treuhandverhältnis auf und führt seine Überlegungen hin zu einem *argumentum minori ad maius*: Die strikte Unterscheidung von Organisationsverhältnis und Schuldverhältnis verliere auch bei den Publikumsgesellschaften „ihre Selbstverständlichkeit und scheinbar unüberwindbare Notwendigkeit".[1089] Diese Grenzdurchlässigkeit dürfe aber nicht einschränkungslos nur zur Erweiterung der Rechte eines mittelbar Beteiligten führen. Schon die Rechtsprechung habe anerkannt, dass dem Treugeber auch gewisse Gesellschafterpflichten treffen. Wenn aber die Treugeber mitunternehmerisch beteiligt sind und dies bei der qualifizierten Treuhand allgemein erkennbar geschehe, dann liege ein Erst-recht-Schluss zur Haftung eines Scheingesellschafters nahe.[1090] Wenn jemand, der im Rechtsverkehr den zurechenbaren Rechtsschein erweckt, Gesellschafter zu sein, persönlich für Gesellschaftsschulden hafte, dann müsse eine persönliche Haftung erst recht denjenigen treffen, der bei einer Zusammenschau von Treuhandabrede und Gesellschaftsvertrag als Gesellschafter erscheint.[1091]

Einen durchaus noch rigoroseren Weg bestreitet *Kindler*, dessen Auffassung bereits im Rahmen der Dogmatik der qualifizierten Treuhand dargelegt wurde:[1092] Es sei aus dem Umfang und der Ausgestaltung der Rechtsstellung des Treugebers in der Gesellschaft zu folgern, dass der Treugeber vollständiger (Außen-)Gesellschafter würde. Die Natur der Beteiligung sei schließlich Sache der objektiven Vertragsauslegung.[1093] Eine vollständige Gesellschafterstellung sei gewollt, was vor allem die Einräumung eines eigenen Stimmrechts zeige. Die Außenhaftung sei auch im Hinblick auf materielle Prinzipien des Gesellschaftsrechts zu fordern. Denn dieses verlange bei entsprechender Einwirkungsmacht in der Personengesellschaft nicht nur Treuepflichten, sondern auch die Außenhaftung. Daneben sei sonst das Prinzip der Selbstorganschaft verletzt. Wer ein eigenes Stimmrecht habe, sei Organ und ein Organ könne nur echter Gesellschafter sein.[1094]

1089 *Schiemann* FS Zöllner, S. 503, 510.
1090 *Schiemann* FS Zöllner, S. 503, 511.
1091 Zustimmend *Pfeifle/Heigl* WM 2008, 1485, 1492.
1092 Dazu S. 170.
1093 *Kindler* ZIP 2009, 1146 f.; *ders*. FS K. Schmidt (2009), 871.
1094 *Kindler* ZIP 2009, 1146.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schließlich sei auch der gesellschaftsrechtliche Typenzwang verletzt, wenn man einen bloßen Innengesellschafter ohne Außenhaftung anerkenne.[1095]

c) Kehrseite des wirtschaftlichen Interesses

Man könnte eine unmittelbare Außenhaftung auch mit dem wirtschaftlichen Interesse des treuhänderisch Beteiligten Anlegers begründen. Der BGH hat jedenfalls eine unmittelbare Haftung des qualifizierten Treugebers einer Publikums-KG mittlerweile insoweit anerkannt, als es die das Innenverhältnis betreffende Einlagenleistung betrifft.[1096] Er folgt der Sache nach damit seiner Rechtsprechung in Bezug auf mittelbare Beteiligungen an GmbH-Gesellschaftsanteilen:[1097] Eine Haftung gegenüber der Gesellschaft gemäß §§ 19, 24 GmbHG sei dem Treugeber zumutbar, weil er das wirtschaftliche Interesse an der Gesellschafterstellung des Treuhänders habe.[1098]

Mit derselben Begründung könnte man schließlich auch eine Außenhaftung des stillen Kommanditisten herleiten. Eine etwaige Begründung könnte wie folgt formuliert werden: Kann sich ein Treugeber als stiller Kommanditist beteiligen, dergestalt, dass er in den Genuss der Früchte seiner Beteiligung kommt, und muss er dabei nicht die Konsequenz einer Außenhaftung fürchten, so würde dies das gesellschaftsrechtliche Grundprinzip von wirtschaftlichem Interesse und Verantwortlichkeit empfindlich stören; die Moral könnte heißen: beteilige dich nur mittelbar und genieße alle Chancen unternehmerischen Handelns in einer Personengesellschaft, ohne dabei größeren Risiken ausgesetzt zu sein.

2. Bloß wirtschaftliche Außenhaftung

Der überwiegende Anteil der Literatur geht wie die Rechtsprechung hingegen davon aus, dass es bei einer nur wirtschaftlichen Außenhaftung

---

1095 *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1148 mit Verweis auf das GbR mbH-Urteil des BGH, BGHZ 142, 315.
1096 BGHZ 217, 237; NZG 2011, 1432, 1434; 2012, 1345; 2018, 580.
1097 BGHZ 118, 107, 113. Dazu *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1889.
1098 Vgl. auch *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 82 und *Thurnher* DB 1994, 1709, 1711, 1714.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Treugebers bleibt, auch wenn dieser qualifiziert beteiligt ist.[1099] Unmittelbar soll also nur der nach außen in Erscheinung tretende Treuhänder haften, der dann in der Regel getätigte Zahlungen an Dritte über §§ 675, 670 BGB zurückerlangen kann.[1100] Auch eine Abtretung des Befreiungsanspruchs nach § 257 BGB an den Forderungsgläubiger halten diese Stimmen für unproblematisch, obwohl sich dabei der Forderungsinhalt (etwa von einem Schadensersatzanspruch) in einen Zahlungsanspruch ändern kann.[1101] Schließlich sei der Treugeber auch nach Maßgabe von § 129 HGB mit seinen Einwendungen ausgeschlossen, sodass es im Ergebnis überhaupt keiner Außenhaftung aus Gläubigerschutzgesichtspunkten bedürfe.[1102]

Auch sonst sieht diese Ansicht keinerlei Notwendigkeit oder gar Rechtfertigung, den Treugeber nach außen wie einen Außengesellschafter haften zu lassen. Es bestehe keine zwingende Korrelation zwischen Einwirkungsmacht und Haftung.[1103] Genauso wenig lasse sich aus dem Gesetz eine solche zwingende Korrelation hinsichtlich wirtschaftlichem Interesse und Haftung ableiten.[1104] Ließe man eine Außenhaftung zu, käme man zu „schwierigen Folgeproblemen" hinsichtlich des Verhältnisses der jeweiligen Haftungen zueinander. Den Treuhänder nur subsidiär bei nicht aufklärbarer Identität des Treugebers haften zu lassen, wie zum Teil vorgeschlagen wird,[1105] sei auch keine Lösung, weil man bedenken müsse,

---

1099 Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* HGB, § 105 Rn. 163; *ders.* NZG 2013, 285, 286; Henssler/Strohn/*Henssler* § 105 HGB Rn. 173; *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888 ff.; *ders*. NJW 2009, 2167, 2167 ff.; *ders*. Treuhänderische Beteiligung, S. 420 f.; *Brömmelmeyer* NZG 2006, 529, 530 f.; *Zeising* DZWIR 2016, 551, 560 ff.; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 272; *Tebben* VGR 2011, 166 ff.; *ders*. ZGR 2001, 586, 612 f.; *Beuthien* ZGR 1974, 25, 48; *Wiesner* FS Ulmer, 673, 677 ff.; *Adams* Mittelbare Beteiligung, S. 75 ff.; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand S. 216 f.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 111 ff.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 268 ff., 275 f., 288 ff. Zum Begriff der wirtschaftlichen Außenhaftung außerdem S. 101, 114, 120, 240 und 246 f.

1100 Siehe nur *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1890; *ders*. NJW 2009, 2167, 2169; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 269 f.; *Tebben* ZGR 2001, 586, 612 f.; *Wiesner* FS Ulmer, 673, 680 f.

1101 Siehe nur *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 286; *Zeising* DZWIR 2016, 551, 563; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 269 f.

1102 Dazu ausführlich S. 263.

1103 *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 272; *Adams* Mittelbare Beteiligung, S. 75 ff.

1104 *Armbrüster* ZIP 2009, 1885; *Adams* Mittelbare Beteiligung, S. 76; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 216.

1105 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 640 f.; MüKoBGB/*ders*. § 705 Rn. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass den Gläubigern dann der eingetragene Außengesellschafter als Primärschuldner entzogen werde.[1106]

III. Stellungnahme

1. Hinreichende Wahrung von Gläubigerinteressen

Eine Außenhaftung ist nicht unter dem Gesichtspunkt der Gläubigerinteressen angezeigt. Dabei stimmt die Annahme bereits nicht, dass die Gläubiger auf eine Inanspruchnahme der qualifizierten Treugeber angewiesen wären.[1107] In diesem Zusammenhang spielt der Aufwendungsersatzanspruch des Treuhänders und die Möglichkeit, diesen an den Forderungsgläubiger abzutreten, eine zentrale Rolle. Selbst bei Zahlungsunwilligkeit des Treuhänders kann der Gläubiger notfalls den Befreiungsanspruch pfänden und sich überweisen lassen und steht am Ende wirtschaftlich nicht schlechter dar, als wenn der Außenkommanditist auch der wirtschaftliche Inhaber der Beteiligung wäre. Selbst wenn man eine analoge Anwendung von § 129 HGB – oder dessen Rechtsgedankens – ablehnt, ist der Gläubiger daher noch hinreichend geschützt.[1108]

Zudem stimmt der Vorwurf nicht, die Lösung der wirtschaftlichen Außenhaftung mache keinen Sinn, weil dann ohne Rechtfertigung die Innenhaftung weiterginge, als die Außenhaftung. Die Sinnhaftigkeit liegt doch gerade in der privatautonomen Entscheidung der Parteien, den Kapitalgeber nur still am Innenverhältnis der Gesellschaft teilhaben zu lassen und die Außengesellschafterstellung einem Treuhänder zu überlassen.[1109] Insofern stimmt auch die Unterstellung nicht, eine Außenhaftung würde in der Regel von den Beteiligten hingenommen werden.[1110] Das ist typischerweise gerade nicht der Fall. Die Entscheidung für eine nur mittelbare Beteiligung am Gesellschaftsvermögen wird neben anderen Motiven auch durch die nur wirtschaftliche Außenhaftung motiviert sein.

1106 *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 272.

1107 So aber *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 635. Vgl. auch *Pfeifle/Heigl* WM 2008, 1485, 1492. Vgl. auch *Strohn* ZInsO 2013, 12, 15 und *Schlick* WM 2014, 581, 590, die eine Außenhaftung zumindest erwägen.

1108 Der Verfasser lehnt eine analoge Anwendung von § 129 HGB, sei es auch nur dessen Rechtsgedanke, ab, dazu S. 266 ff.

1109 Vgl. *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 272 („Die Konstruktion des BGH harmoniert mit der gewählten Konstruktion der mittelbaren Beteiligung").

1110 Dazu auch S. 249.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wird, wie hier, vertreten, dass der qualifizierte Treugeber in Wahrheit als echter Innengesellschafter im Außenverband beteiligt ist (sog. stiller Kommanditist), sollte dieses Verständnis nicht durch die Hintertür der rechtlichen Außenhaftung nach §§ 128, 130 und 171 f. HGB analog übergangen werden. *De facto* ließe man dadurch eine ungeschriebene Figur des Außenkommanditisten ohne Registereintragung zu.[1111] Außenhaftung und Registerpublizität bedingen sich aber gegenseitig. Gibt es das eine nicht, wird das andere auch nicht erforderlich, beziehungsweise kann das andere auch nicht existieren. Insoweit hat der BGH zu Recht schon früh im Zusammenhang mit der qualifizierten Treuhand klargestellt, dass das Außenverhältnis gerade nicht zur Disposition der Parteien steht. Auch wenn die Handelsregistereintragung nur deklaratorisch wirke, müsse eine solche von den Parteien doch zumindest beabsichtigt sein.[1112] Es besteht also ein das Außenverhältnis betreffender Typenzwang, dergestalt, dass ein persönlich haftender Außengesellschafter nur mit entsprechendem Willen existieren kann.

Man könnte sogar das Argument der Gläubigerinteressen umkehren und von einer Übervorteilung der Gläubiger sprechen, wenn ihnen plötzlich zusätzliche unmittelbare Schuldner bekannt würden, mit denen sie vorher überhaupt nicht rechnen durften. Wer ihnen gegenüber persönlich haftet, leitet sich, wie gesagt, aus dem Handelsregister ab. Dass der persönlich haftende Gesellschafter unter Umständen auch zahlungsunfähig ist, ist das allgemeine Bonitätsrisiko des Gläubigers, von dem auch das Handelsregister nicht befreien kann. Nichts anderes kann bei Treuhandkonstruktionen gelten. Daher würde auch allgemein die Funktion des Handelsregisters verkannt werden, wenn man eine rechtliche Außenhaftung aus der Natur der qualifizierten Treuhand heraus annehmen würde.[1113] Der Vorschlag, der Gläubiger solle sich primär an den Treugeber halten müssen und könne nur bei nicht aufklärbarer Identität seinen zusätzlichen Anspruch gegen den Treuhänder durchsetzen, ist schließlich unsachgemäß: Die Gesellschaftsgläubiger werden sich primär an denjenigen halten wollen, den sie von Anfang an für den persönlichen Schuldner hielten und sollten dies auch dürfen.

1111 So auch *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 308.

1112 BGHZ 10, 44, 48 mit Verweis auf RGZ 165, 265; OGHZ 2, 253; 4, 241.

1113 *Tassius* Die Innen-KG, S. 112; Zur Funktion des Handelsregisters, vgl. BGH NJW 1998, 1071; OLG Düsseldorf NJW-RR 2010, 107, 108; Heymann/*Förster* HGB, § 8 Rn. 9 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Schaub* HGB, § 8 Rn. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Die richtige Vertragsauslegung

Das häufig anzutreffende Argument, eine Außenwirkung der qualifizierten Treuhand sei das Ergebnis des übereinstimmenden Willens von Gesellschaft und beitretenden Anlegern und führe zu einer Übernahme eines Haftungsrisikos durch den Treugeber, geht ebenfalls fehl.[1114] Der isolierte Blick in den Gesellschaftsvertrag könnte zwar einen Haftungsübernahmewillen vermuten lassen. Aber auch wenn bei isoliertem Blick in den Gesellschaftsvertrag eine auf das Innenverhältnis begrenzte Beteiligung nicht erkennbar wäre, verletzt die Annahme einer Außenhaftung aus den folgenden Gründen die Prinzipien der (ergänzenden) Auslegung von Verträgen (§§ 133, 157 BGB):

a) Kein erkennbarer Wille zur Außenhaftung

Das verzahnte Treuhandkonstrukt ist in seiner Gesamtheit auszulegen, sodass bei einem Blick allein auf den Gesellschaftsvertrag nicht das vollständige Auslegungsmaterial zugrunde gelegt würde.[1115] Die Auslegung hat nämlich ebenfalls „verzahnt" mit dem Treuhandvertrag zu erfolgen. Durch die Hinzuziehung des Treuhandvertrages muss ein objektiver Dritter in der Situation der Vertragsschließenden davon ausgehen, dass nur die *endgültige* Gefahrtragung des Treugebers in Bezug auf die Werthaltigkeit des Anteils beabsichtigt wurde und daneben kein weitergehendes Risiko der persönlichen Inanspruchnahme auf die Treugeber übertragen werden sollte. Ein solches Modell wird in der Beitrittserklärung nicht angeboten und schon gar nicht von den interessierten Anlegern angenommen.[1116] Die Parteien wollen mit der Konstruktion erreichen, dass der Treugeber nur das *endgültige* (!) Gewinn- und Verlustrisiko der Mitgliedschaft trägt; der Treugeber soll gerade nicht Außengesellschafter werden, sondern nur

1114 Vor allem *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 621, 642; *Kindler* ZIP 2009, 1146, 1146 f. Dieser Gedanke kommt auch, wenn auch nur schwach, bei *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 82 und *Thurnher* DB 1994, 1709, 1711, 1714 zum Ausdruck.

1115 Vgl. dazu BGHZ 63, 359, 362; NJW-RR 1992, 773; Palandt/*Ellenberger* BGB, § 133 Rn. 5; *Wolf/Neuner* BGB AT, § 35 Rn. 7.

1116 Im Ergebnis ebenso *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1887; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 302 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stiller Kommanditist.[1117] Denn das ist gerade das Wesen der fiduziarischen Treuhand, welches ihnen in Haftungsfragen nicht ohne weiteres „zum Vorwurf gereicht" werden kann.[1118]

Kein anderes Ergebnis folgt aus dem zu berücksichtigenden Grundsatz der objektivierten, normgleichen Auslegung nach dem Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften.[1119] Nach dem Auslegungsmaterial, insbesondere dem Gesellschaftsvertrag in Verbindung mit dem Treuhandvertrag ist es evident, dass der Treugeber nur die Folgen des wirtschaftlichen Handelns der Gesellschaft tragen und von allen Zwischenschritten verschont bleiben soll. Es findet eine Vermögenszuordnung nach den Gefahrtragungsregeln des Auftragsrechts – insbesondere durch die §§ 667, 670 BGB – statt, die ihre abschließende Wirkung in aller Regel erst bei einer konkreten Aufwendungsersatzverpflichtung oder der Rückgabe des Treuguts an den Treugeber nach Beendigung des Treuhandverhältnisses entfalten. Die echte Gesellschafterstellung reicht über das Innenverhältnis daher nicht hinaus.

b) Auslegung nach Treu und Glauben

In verzahnter Auslegung des Treuhandkonstrukts ist also gewollt, dass der Treugeber das Risiko wirtschaftlichen Misserfolgs der Gesellschaft trägt, ohne einer Außenhaftung ausgesetzt zu sein. Unterstellt man den Willen, dass der Treugeber darüber hinaus auch ein rechtliches Außenhaftungsrisiko tragen soll, würde man zugleich unterstellen, dass der Treugeber über das Insolvenzrisiko der Gesellschaft hinaus auch das Risiko vorübergehender Zahlungsunfähigkeit oder gar bloßer Zahlungsunwilligkeit der Gesellschaft gegenüber ihren Gläubigern übernehmen wollte. Eine solche Auslegung verbietet sich aber gerade im Hinblick auf Treu und Glauben:

Die vorübergehende fehlende Zahlungsfähigkeit oder -willigkeit ist noch kein Insolvenzgrund.[1120] Liegt eins von beiden Hindernissen auf Ebene der Hauptgesellschaft vor, ist ein Gläubiger regelmäßig motiviert, den nach § 128 HGB akzessorisch haftenden Gesellschafter unmittelbar in Anspruch zu nehmen, weil es gerade sein Privileg ist, nicht die Zahlungs-

1117 Vgl. BGH NZG 779, 780; *Brömmelmeyer* NZG 2006, 529, 531; *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888; *Tassius* Die Innen-KG, S. 111 f.
1118 Vgl. BGHZ 45, 204, 206.
1119 Dazu ausführlich S. 132 f.
1120 MüKoInsO/*Eilenberger* § 17 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fähigkeit oder -willigkeit der Gesellschaft abwarten zu müssen. Die Gegenansicht führt also dazu, dass der stille Kommanditist zum „Prellbock" für die Gesellschaft wird, wenn nun auch gegen ihn direkt vorgegangen werden kann. Richtig ist zwar, dass der Treugeber mittelbar über §§ 675, 670 BGB für die vorübergehende Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit haftet. Im Gegensatz zur unmittelbaren Außenhaftung hat der Treugeber aber bei der nur mittelbaren Außenhaftung noch die Chance, dass der Treuhandkommanditist nach Befriedigung des Gläubigers anschließend die Gesellschaft in Anspruch nimmt und wartet, bis diese wieder zahlungsfähig oder -willig ist (§ 110 HGB), bevor er gegen den Treugeber vorgeht. Dies ist bei verhaltensökonomischer Betrachtung das wahrscheinlichste Vorgehen des Treuhänders, da dieser aufgrund seiner Treuhänderfunktion schon rechtlich im „Lager" der Treugeber stehen muss. Aus demselben Grund wird der Treuhandkommanditist fernab einer Krise auch nicht vorschnell von seiner Möglichkeit Gebrauch machen, den Freistellungsanspruch gegen den Treugeber aus §§ 670, 257 BGB an den Gläubiger abzutreten.[1121]

Aus diesen Gründen würde man in treuwidriger Weise den Parteienwillen überdehnen, wenn man in verzahnter Auslegung von Gesellschafts- und Beitrittsvertrag über die gewollte wirtschaftliche Risikozuordnung hinausginge und eine rechtliche Risikoübertragung annähme.[1122] Denn gerade die verhaltensökonomische Betrachtung zeigt, dass es einen großen Unterschied macht, ob der Treugeber bei Beitritt das vollständige Risiko einer Inanspruchnahme übernehmen will oder nur das endgültige Gewinn- und Verlustrisiko der Beteiligung tragen will. *Schäfer* missachtet diesen Umstand, wenn er vom Willen der wirtschaftlichen Risikozuordnung auf den Willen der Außenwirkung der Gleichstellungsabrede schließt.[1123]

3. Keine zwingende Korrelation zwischen Einwirkungsmacht und Haftung

Auch aus der Einwirkungsmacht, die dem Treugeber bei der Einbeziehung in das Innenverhältnis der Gesellschaft insbesondere durch die originäre

1121 Vgl. auch *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 301 ff.
1122 Vgl. auch *Blaurock* Unterbeteiligung, S. 216 und *Ulmer* ZHR 156 (1992), 377, 380 f., die jeweils darauf hinweisen, dass das wirtschaftliche Interesse des Treugebers noch nicht dessen Haftung nach außen zu begründen vermag.
1123 *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 642.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entstehung eines Stimmrechts zur Verfügung steht, folgt noch nicht zwingend eine Außenhaftung. Tatsächlich sieht zwar das Gesetz einen Zusammenhang zwischen wirtschaftlichem Interesse und vermögensrechtlicher Verantwortlichkeit, zwischen Chance und Risiko, zwischen Gewinn und Haftung vor – die formellen und materiellen Prinzipien des Gesellschaftsrechts beinhalten allesamt diesen Gedanken.[1124] Allerdings wurde bereits dargelegt, dass weder der Typenzwang, noch die Verbandssouveränität, das Prinzip der Selbstorganschaft oder ein allumfassendes materielles Prinzip der hinreichenden Selbstbetroffenheit verletzt wird, wenn dem Treugeber die Gesellschafterstellung nur im Innenverhältnis zuerkannt wird und eine Außenhaftung nicht besteht.[1125] Denn er ist gleichwohl der gesellschafterlichen Treue- und Förderpflicht unterworfen, untersteht dennoch der gesellschaftlichen Disziplinargewalt mit der *ultima ratio* des Ausschlusses aus wichtigem Grund und ist wirtschaftlich wie ein Außengesellschafter selbstbetroffen.[1126] Letzteres leitet sich nicht nur aus der schon mehrfach erläuterten wirtschaftlichen Außenhaftung ab.[1127] Der stille Kommanditist erhält nach Beendigung des Treuhandvertrages die Beteiligung am Gesellschaftskapital im *status quo* zurück (§ 667 BGB). Der zufällige Wertverlust bis hin zur Wertlosigkeit des Anteils geht zu seinen wirtschaftlichen Lasten.

Darüber hinaus wurde völlig zurecht mehrfach darauf hingewiesen, dass das Gesetz überhaupt keinen zwingenden Gleichlauf von Einwirkungsmacht im Innenverhältnis und rechtlicher Außenhaftung kennt.[1128] Dies zeigt bereits die gesetzliche Unabhängigkeit von Anteil und Außenhaftung. So kann die verlautbarte Haftsumme des Außenkommanditisten deutlich geringer als die im Innenverhältnis zugesagte Pflichteinlage sein. Aber auch der echte Nießbrauch am Gesellschaftsanteil führt nie zu einer Außenhaftung.[1129] Dass eine solche zwingende Korrelation im Recht nicht vorgesehen ist zeigt zudem die Tatsache, dass der unbeschränkt haftende Gesellschafter von der Geschäftsführung und der Vertretung ausgeschlos-

---

1124 Zu den Prinzipien ausführlich S. 216 ff.
1125 Vgl. dazu ausführlich S. 217 ff., 226 f., 227 f. und 230 f.
1126 So insb. auch *Wiesner* FS Ulmer, 673, 680 ff.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 270.
1127 Zum Begriff der wirtschaftlichen Außenhaftung etwa S. 101, 114, 120, 240.
1128 So insb. *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1888 ff.; *Beuthien* ZGR 1974, 24, 54; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 18 IV 1 b) bb); *Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 271 ff., 328 ff.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 108, 270.
1129 *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1889; *ders*. Treuhänderische Beteiligung, S. 203 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen werden kann (§ 114 Abs. 2, 117, 125 Abs. 1, 127 HGB), ohne dass dies eine direkte Auswirkung auf die Reichweite der Außenhaftung hat; dem Kommanditisten soll sogar entgegen der §§ 164, 170 HGB die Geschäftsführungskompetenz und eine Prokura gesellschaftsvertraglich eingeräumt werden können, ohne dass seine Außenhaftung ausgeweitet wird.[1130] Ein weiterer Beleg ist die Anerkennung der GmbH & Co. KG,[1131] da das Hauptgründungsmotiv hier regelmäßig die Haftungsbegrenzung zugunsten der beteiligten natürlichen Personen ist.[1132]

4. Keine zwingende Korrelation zwischen wirtschaftlichem Interesse und Haftung

Letztlich erscheint es auch nicht geboten, wegen des wirtschaftlichen Interesses des mittelbar Beteiligten eine Außenhaftung anzunehmen. Es ist richtig, dass der BGH eine Einlagenhaftung der Treuhandbeteiligten in der GmbH gemäß §§ 19, 24 GmbHG unter anderem mit der Zumutbarkeit begründet hat, demjenigen diese Haftung aufzubürden, der das wirtschaftliche Interesse der Beteiligung trägt.[1133] Diese Rechtsprechung vermag aber bereits wegen der ungleichen Interessenlagen keine unmittelbare Außenhaftung begründen. Denn die Einlagenhaftung dient zwar unmittelbar dem Gläubigerschutz. Als juristische Person haftet den Gesellschaftsgläubigern jedoch grundsätzlich nur die GmbH, sodass die Kapitalaufbringung und -erhaltung zum Schutze des Rechtsverkehrs unabweisbar ist.[1134]

Anders verhält es sich bei der Personengesellschaft. Der BGH hat zwar auch hier (zu Recht) eine direkte Pflicht zur Einlagenleistung in der Personengesellschaft angenommen.[1135] Sie ist aber auf die Verbandszugehörigkeit zu stützen. Die Ratio liegt nicht direkt im Gläubigerschutz, schließlich gibt es ja grundsätzlich einen formellen Gesellschafter, der nicht nur der Gesellschaft gegenüber zur Einlagenleistung verpflichtet ist, sondern auch

---

1130 Zum Kommanditisten: BGHZ 17, 394; WM 1976, 1451; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 164 Rn. 7 und § 170 Rn. 4. Vgl. auch *Zeising* DZWIR 2016, 551, 561.

1131 So zurecht *Wiesner* FS Ulmer, 673, 677; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 215; *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 203.

1132 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Henze/Notz* HGB, Anh. § 177a, Anh. 1: GmbH & Co. KG Rn. 11.

1133 BGHZ 118, 107, 113.

1134 Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG, § 19 Rn. 2; Roth/Altmeppen/*Altmeppen* GmbHG, § 30 Rn. 1 ff.

1135 BGHZ 217, 237; NZG 2011, 1432, 1434; 2012, 1345; 2018, 580.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unmittelbar nach außen haftet. Der Gläubigerschutz wird durch die Einbeziehung des Treugebers in den Pflichtenkreis also gar nicht erheblich erweitert. Vielmehr liegt der Kern dieser Rechtsprechung in der Verbandszugehörigkeit und der damit bestehenden gesellschafterlichen Förderpflicht des qualifiziert Beteiligten. Das dies mittelbar auch den Gläubigern zugutekommt, weil diese auf das eingezahlte Haftkapital letztlich zugreifen können, ist nur ein aus Sicht der Gläubiger erfreulicher Nebeneffekt. Er vermag keinesfalls eine Außenhaftung zu begründen. *Blaurock* lag daher schon früh mit der Aussage richtig, dass die Tatsache des wirtschaftlichen Genusses von der Beteiligung allein es nicht rechtfertige, den Treugeber in Bezug auf die Außenhaftung wie den „wirklichen" Gesellschafter zu behandeln.[1136] Letztlich sind auch die Institute des echten Nießbrauchs am Anteil, dessen Verpfändung oder die Abtretung des Gewinnrechts Belege für ein Fehlen eines solchen zwingenden Konnexes, genau wie die Tatsache, dass der Anteil an der Gewinnbeteiligung nichts mit dem Haftungsanteil zu tun hat.[1137]

IV. Zusammenfassung

In BGHZ 178, 271 lehnte der BGH eine unmittelbare Außenhaftung jenseits der Rechtsscheinhaftung ab. Der qualifizierte Treugeber beteilige sich gerade nicht am, einer freien Gestaltung nicht zugänglichen, Außenverhältnis. Daher sei auch eine analoge Anwendung der Haftungsvorschriften der §§ 128, 130, 171 f. HGB nicht anzunehmen. Dieses Ergebnis wird in der Literatur stark bestritten. Zum Teil nimmt man eine institutionelle Außenhaftung des qualifizierten Treugebers an oder findet, dass eine Außenhaftung bei Akzeptanz der Grundsätze zur Haftung des Scheingesellschafters erst recht auch beim qualifizierten Treugeber anzunehmen sei. Zum Teil wird gar die Konstruktion der qualifizierten Treuhand dogmatisch als Beitritt in das Außenverhältnis eingestuft.

Richtig ist jedoch die Ablehnung einer solchen unmittelbaren Außenhaftung. Der qualifizierte Treugeber wird ein echter aber nur stiller Kommanditist, der nur am Innenverhältnis der Gesellschaft beteiligt ist. In der Tat steht einer institutionellen Außenhaftung analog §§ 128, 130, 171 f. HGB das Erfordernis einer Handelsregistereintragung entgegen. Hielte man diese für nicht zwingend, würde man eine neue Form des Außen-

1136 *Ders*. Unterbeteiligung und Treuhand, S. 216.
1137 *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1890; *Zeising* DZWIR 2016, 551, 561.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kommanditisten ohne Eintragungspflicht schaffen. Weil der stille Kommanditist der wirtschaftlichen Außenhaftung ausgesetzt ist, bedarf es auch aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht einer unmittelbaren Außenhaftung. Zudem verstieße die Annahme einer unmittelbaren Außenhaftung auch gegen zwingende Auslegungsgrundsätze. In der Regel wird bereits dem zugrunde zu legenden Auslegungsmaterial eindeutig zu entnehmen sein, dass eine unmittelbare Außenhaftung gerade nicht gewollt ist. Aber auch eine ergänzende Vertragsauslegung würde den berechtigten Erwartungen des stillen Kommanditisten widersprechen, gerade nicht direkt in Anspruch genommen werden zu können. Letztlich bedingt weder die im Innenverhältnis bestehende Einwirkungsmacht noch das wirtschaftliche Interesse in der Gesellschaft eine unmittelbare Außenhaftung, sodass es bei der nur wirtschaftlichen Außenhaftung bleibt.

§ 24. Aufrechnung gegen Ansprüche aus dem Freistellungsverhältnis

In diesem Abschnitt geht es um die Frage, ob ein stiller Kommanditist eigene Ansprüche, die ihm gegen die Treuhandkommanditistin zustehen, gegen direkt gegen ihn gerichtete Zahlungsansprüche von Gesellschaftsgläubigern entgegenhalten kann. Diese Frage stellte sich in der Rechtsprechung oft in Bezug auf Aufrechnungen mit Prospekthaftungsansprüchen. Zunächst wird die Ansicht der Rechtsprechung ausführlich dargelegt, wobei hierunter noch einmal die sehr anspruchsvollen Haftungskonstellationen ausführlich aufgearbeitet werden (dazu I.). Das Schrifttum schließt sich der strengen Ansicht der Rechtsprechung mehrheitlich an – eine Aufrechnung (wie generell die Erhebung von Einwendungen) aus dem Verhältnis zur Gesellschaft, soll prinzipiell nicht gegen den (umgewandelten) Freistellungsanspruch erfolgen können (dazu II.). Diese Auffassung wird vom Verfasser jedoch nicht geteilt, wobei die Begründung hierfür auf zwei Ebenen erfolgt: einer vertraglichen und einer gesetzlichen Ebene. Auf letzterer sind neben den Wertungen von Treu und Glauben auch das AGB-Recht und KAGB zu berücksichtigen (dazu III.).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Die Ansicht der Rechtsprechung

1. Einwendungen des Anlegers gegen eine Inanspruchnahme

Wenn in der Vergangenheit Gläubiger einer Publikumsgesellschaft gegen die akzessorisch haftende Treuhandkommanditistin zur Befriedigung ihrer Gesellschaftsansprüche vorgingen, hielten die hinter der Treuhandkommanditistin stehenden Anleger mitunter eigene Ansprüche gegen die Treuhandkommanditistin aus allgemeiner oder besonderer Prospekthaftung[1138] entgegen.[1139] Auf diese Weise wurde versucht, den Verlust der Einlage wegen der Forderungen aus §§ 675, 670, 257 BGB so gering wie möglich zu halten. Das gleiche gilt, wenn Insolvenzverwalter durch Geltendmachung von Einlagenansprüchen versucht haben, die Insolvenzmasse zu vergrößern (vgl. die Kompetenz des Insolvenzverwalters nach § 171 Abs. 2 HGB).

Dies führte zu der vom BGH zu klärenden Frage, ob Anleger mit eigenen Schadensersatzansprüchen, die ihnen gegen die Treuhandkommanditistin zustehen sollen, gegen direkt gegen sie geltend gemachte Zahlungsansprüche, welche aus der treuhandvertraglichen Freistellungspflicht herrühren, aufrechnen können.[1140] Die Aufrechnung ist mangels Gleichartigkeit von Zahlungs- und Freistellungsanspruch vor der Umwandlung des Freistellungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch ausgeschlossen.[1141] Nach der Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Gesellschaftsgläubiger sind die Ansprüche aber gleichartig, da sich der Freistellungsanspruch mit der Abtretung an den Freistellungsbegünstigten in einen Zahlungsanspruch des Gläubigers umwandelt,[1142] und es für die Gleichartigkeit nur darauf ankommt, ob diese im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung vorliegt.[1143] Ob die mit der Erstabtretung entstandene Gleichartigkeit bei einer Rückabtretung an die Treuhandkommanditistin auch bestehen bleibt, ließ der BGH offen.[1144] Vor (oder nach) der (Rück-)Abtretung kann sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch umwandeln,

---

1138 Überblick über das Institut der Prospekthaftung bei Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh § 177a Rn. 59 ff.
1139 *Schlick* WM 2014, 581, 588. Vgl. z.B. die Sachverhalte bei BGHZ 189, 45; 194, 180; WM 2012, 2238; NJW 2009, 380; 1987, 2677.
1140 BGHZ 189, 45; 194, 180; OLG Köln NZG 2009, 543.
1141 *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 287.
1142 BGHZ 185, 310, 314 ff.; 189, 45, 49; 194, 180; WM 2012, 2238, 2239.
1143 BGH NJW 1954, 795 f.; vgl. auch *Zinger* BB 2014, 458, 460.
1144 BGHZ 194, 180, 187; WM 2012, 2238, 2240 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wenn der Treugeber eine ihm gesetzte Frist fruchtlos verstreichen lässt oder die Erfüllung seiner Freistellungspflicht ernsthaft und endgültig verweigert.[1145] Dann ist zum Beispiel eine Abtretung auch nicht mehr notwendig, wenn der Insolvenzverwalter den Anspruch geltend macht (§ 171 Abs. 2 HGB).[1146]

2. Aufrechnung gegen den Insolvenzverwalter der Gesellschaft

Zunächst befasste sich der BGH mit der Frage, ob der Treugeber mit einem Prospekthaftungsanspruch gegen einen Einlagenrückforderungsanspruch aufrechnen kann, der von einem Insolvenzverwalter geltend gemacht wird.[1147] Die Frage wurde zuvor in der OLG-Rechtsprechung unterschiedlich bewertet. So bejahte das OLG Karlsruhe eine Aufrechnungslage.[1148] Es widersprach damit ausdrücklich der Meinung des OLG Düsseldorf, welches eine Aufrechnung aus Kapitalschutzgesichtspunkten ausschloss.[1149] Das OLG Karlsruhe hielt dafür, dass nur die Treuhandkommanditistin als echte Gesellschafterin die Pflicht zur Kapitalerhaltung treffe. Darüber hinaus seien Gläubiger auch nicht schutzwürdig, da ihr Vertrauen nur so weit geschützt werde, wie das Handelsregister Auskunft gibt oder geben kann. Darin stünden aber nur die Treuhandkommanditisten.[1150] Daneben lehnte das OLG Karlsruhe die Sicht des OLG Nürnbergs ab, in BGH NJW 1980, 1162 sei ein Verbot der Besserstellung von (qualifizierten) Treugebern aufgestellt worden, was die Kehrseite des Schlechterstellungsverbots sei.[1151]

Letztlich aber entschied sich der BGH für die Ansicht der ablehnenden vorinstanzlichen Gerichte. Die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters ergab sich in BGHZ 189, 45 richtigerweise nicht aus § 171 Abs. 2 HGB, sondern aus abgetretenem Recht.[1152] Zur Begründung des Aufrechnungsausschlusses stellte der BGH auf einen lang etablierten Grundsatz im

---

1145 BGHZ 194, 180, 189.
1146 Anders entschied der BGH allerdings in BGHZ 194, 180 und hielt eine Abtretung trotzdem für erforderlich. Das leuchtet vor dem Inhalt von § 171 Abs. 2 HGB nicht ein. Zum Norminhalt vgl. MüKoHGB/*K. Schmidt* § 171 Rn. 98 ff.
1147 BGHZ 189, 45. Zusammenfassend *Schlick* WM 2014, 581, 589.
1148 OLG Karlsruhe NZG 2009, 1107, 1108 f.
1149 OLG Düsseldorf DStR 1991, 1532.
1150 OLG Karlsruhe NZG 2009, 1107, 1109.
1151 Vgl. OLG Nürnberg WM 2009, 942.
1152 BGHZ 189, 45, 48. Dazu ausführlich S. 280 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht der Aufrechnung ab, wonach neben gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelten Fällen eine Aufrechnung auch dann ausgeschlossen sein kann, „wenn nach dem besonderen Inhalt des zwischen den Parteien begründeten Schuldverhältnisses der Ausschluss als stillschweigend vereinbart angesehen werden muss (§ 157 BGB) oder wenn die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheinen lassen".[1153] Weil der Treugeber nach der gewählten Beteiligungsstruktur (qualifizierte Treuhand) nicht schlechter, aber auch nicht besser als ein unmittelbar Beteiligter stehen dürfe, treffe ihn ebenso wie einen unmittelbar Beteiligten das Anlagerisiko. Dies äußere sich beim unmittelbar beteiligten Kommanditisten durch die Außenhaftung nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB, sodass die Freistellungsverpflichtung in ihrer Reichweite gleich sein müsse.[1154]

3. Aufrechnung gegen Treuhandkommanditisten und Gesellschaftsgläubiger

De facto hält der BGH mit seiner Begründung eine Aufrechnung auch dann für ausgeschlossen, wenn die Freistellungsansprüche an Gesellschaftsgläubiger abgetreten werden. Ausdrücklich hat der BGH das zwar nicht entschieden, dies geht allerdings aus einer Gesamtschau der Urteile BGHZ 189, 45 und BGHZ 194, 180 hervor. In BGHZ 189, 45 stützte der BGH die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters wie dargelegt auf die rechtmäßige Abtretung des Freistellungsanspruchs und der damit bewirkten Gleichartigkeit der Ansprüche. Eine Aufrechnung gegen den vom Insolvenzverwalter geltend gemachten, nunmehrigen Zahlungsanspruch, schloss der BGH aus materiellen Gründen (§ 242 BGB) aus. In BGHZ 194, 180 ging es hingegen um eine Rückabtretung vom Gesellschaftsgläubiger an einen Treuhandgesellschafter in einer offenen Handelsgesellschaft. Der BGH ließ hier offen, ob ein Freistellungsanspruch der sich durch die Erstabtretung an den Gesellschaftsgläubiger in einen Zahlungsanspruch umgewandelt habe, wieder zu einem Freistellungsanspruch werde, wenn der Gesellschaftsgläubiger diesen zurück an die Treuhandkommanditistin abtritt.[1155] Jedenfalls wandele sich der Freistellungsanspruch in einen Zah-

1153 Vgl. nur BGHZ 95, 109, 113.
1154 BGHZ 189, 45, 55 m.V.a. BGHZ 104, 50, 55.
1155 BGHZ 194, 180, 187; WM 2012, 2238, 2240 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lungsanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, Abs. 2, § 250 BGB um, wenn der Treugeber die Erfüllung des Befreiungsanspruchs ernsthaft und endgültig verweigere oder dem Treugeber erfolglos eine Frist zur Vornahme der Freistellung gesetzt wurde.[1156] Spätestens dann stellt sich die Frage der Aufrechenbarkeit mit eigenen Schadensersatzansprüchen auch gegenüber der Treuhandkommanditistin.

Inhaltlich stützte sich der BGH wieder auf den in BGHZ 189, 45 vorangestellten Grundsatz, dass eine Aufrechnung auch aus Treu und Glauben ausgeschlossen sein kann.[1157] Wieder ist man davon geleitet, dass weder eine Schlechterstellung, noch eine Besserstellung des Treugebers, verglichen mit einem echten Gesellschafter legitim sei,[1158] weil der Treugeber das Anlagerisiko gleich einem echten Gesellschafter treffe.[1159] Schließlich verdeutlicht der BGH, dass der Aufrechnungsausschluss auf vertragsimmanenten Wertungen basiert: In den unterzeichneten Beitrittserklärungen hätten die Treugeber erklärt, „dass sie über die Verpflichtung zur Leistung ihrer Einlage hinaus mit ihrem sonstigen Vermögen gegenüber den Gläubigern hafteten".[1160] Daher müsse „einem verständigen und redlichen Treugeber bewusst sein, dass der Ausschluss der selbstständigen Gesellschafterhaftung des Treugebers nach außen mit den Interessen des Treuhänders nur dann in einem ausgewogenen Verhältnis steht, wenn [die Gesellschaftsgläubiger] nicht nur auf den Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB, sondern auch auf den Freistellungsanspruch zugreifen können".

Diese Begründung reiht sich nahtlos in den in BGHZ 189, 45 etablierten Grundsatz ein, dass nicht etwa rein vertragsfremde Umstände den Ausschluss bewirkten, sondern dieser aus vertragsabgeleiteten Wertungen hergeleitet wird. Es komme nämlich auf die „Natur der Rechtsbeziehung" und den „Zweck der geschuldeten Leistung" an, die sich jeweils aus dem Vertragsinhalt ergeben.[1161] Liege das Anlagerisiko – nach dem privatautonomen Willen – bei den Treugebern, sodass diese materiell echten Gesellschaftern gleichstehen, dürfe das „wirtschaftliche Risiko treuwidrigen beziehungsweise schädigenden Verhaltens", welches dem Treugeber anlas-

1156 BGHZ 194, 180, 189.
1157 BGHZ 189, 45, 54 f.; 194, 180, 189 f.; WM 2012, 2238, 2240 f.; jeweils mit Verweis auf BGHZ 95, 109, 113.
1158 So schon OLG Düsseldorf ZIP 1991, 1494; OLG Köln NZG 2009, 543, 544.
1159 Ähnlich BGHZ 189, 45, 55; 194, 180, 190; WM 2012, 2238, 2240 f. Vgl. auch *Menkel* NZG 2014, 1253, 1254.
1160 BGHZ 194, 180, 191; WM 2012, 2238, 2240.
1161 So richtig *Klöhn* VGR 2013, S. 143, Abschn. IV 2 a).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tet, nicht auf die Gesellschaftsgläubiger abgewälzt werden.[1162] Werden die treugebenden Anleger durch das Treuhandverhältnis in die Gesellschaft eingebunden, soll sie materiell auch die Außenhaftung der Treuhandkommanditistin treffen, und zwar im selben Umfang.[1163]

Letztlich ändere sich nichts an der Situation, wenn der Treuhandgesellschafter den umgewandelten Zahlungsanspruch geltend mache. Weil das Vermögen des Treuhandgesellschafters im Regelfall auf die Freistellungsansprüche gegen die Treugeber beschränkt sei und der Gesellschaftsgläubiger daher in der Gesellschaftskrise regelmäßig nur dann befriedigt werden könne, wenn der Treugeber den Treuhänder von seiner persönlichen Haftung befreit, bewirke auch hier das Besserstellungsverbot einen Aufrechnungsausschluss.[1164]

4. Keine analoge Anwendung von § 129 HGB

Der BGH wendet § 129 Abs. 1 HGB bewusst nicht analog an, da dies in der Sache zu kurz greifen würde. Die Norm verbietet es dem Gesellschafter nämlich nicht, mit persönlichen Forderungen gegen die akzessorische Forderung des Gesellschaftsgläubigers aufzurechnen oder sonstige persönliche Einwendungen gegen diese zu erheben.[1165] Auch nach Abtretung besteht die Aufrechnungslage grundsätzlich fort (§ 406 BGB).[1166] Gerade das soll dem Treugeber aber verwehrt sein. Die Aufrechnung mit einer persönlichen Forderung gegenüber der Treuhandkommanditistin und über § 406 BGB gegenüber Gesellschaftsgläubigern oder dem Insolvenzverwalter soll trotz Gleichartigkeit für unzulässig erklärt werden, weil sonst die der Aufrechnung immanente Begrenzung durch Treu und Glauben überschritten würde.[1167] In Abwägung der widerstreitenden Interessen von Gesellschaftsgläubiger und Treugeber kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass das Einwendungsinteresse des Treugebers im Hinblick auf das übernommene Anlagerisiko den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nachrangig sei. Selbst

1162 OLG Köln NZG, 2009, 543, 544.
1163 BGHZ 189, 45, 55; 194, 180, 190 f.
1164 BGHZ 194, 180, 193.
1165 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 129 Rn. 2; Oetker/*Boesche* HGB, § 129 Rn. 6; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 129 Rn. 6; Henssler/Strohn/*Steitz* HGB, § 129 Rn. 13.
1166 Vgl. *Menkel* NZG 2014, 1253, 1254.
1167 Zur sog. Innentheorie der Rechtsprechung vgl. BGH NJW-RR 2005, 619, 620; NJW 2012, 3424, 3425 f.; NJW-RR 2015, 457, 459; Jauernig/*Mansel* BGB, § 242 Rn. 32 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bei einer Aufrechnung gegenüber dem Treuhandkommanditisten und Insolvenzverwalter fordere der Gläubigerschutz einen Ausschluss.

Auch wenn der BGH damit zwar nicht § 129 HGB analog anwendet, so orientiert er sich doch maßgeblich an dessen Rechtsgedanken. Neben persönlichen Einwendungen (eine solche soll der Schadensersatzanspruch gegen die Treuhandkommanditisten gerade nicht sein)[1168] kann der Treugeber nur noch jene Einwendungen geltend machen, die in der Gesellschaft als eigentliche Forderungsschuldnerin begründet sind. Deutlich wird dies in BGH WM 2012, 2238. Der qualifizierten Treuhand in Verbindung mit der treuhandvertraglichen Freistellungsabrede sei zu entnehmen, dass Treuhänder und Treugeber bei Eingehung des Treuhandverhältnisses darüber eingekommen sind, dass der Treugeber zwar nicht formell nach außen hafte, jedoch materiell über den Aufwendungsersatz- und Freistellungsanspruch wie ein unmittelbarer Gesellschafter haften soll.[1169] Dann sei aber der in einen Zahlungsanspruch übergegangene Freistellungsanspruch materiell wie eine originäre Gesellschaftsgläubigerforderung zu behandeln, sodass § 129 HGB der Sache nach anwendbar wäre.[1170] Die organisatorische Eingliederung in den Gesellschaftsverband führt so im Ergebnis zu einer zumindest partiellen Außenwirkung der Treuhand, da „auch die Haftung der Treuhandkommanditistin gegenüber Gesellschaftsgläubigern" erfasst wird.[1171]

II. Die Ansicht der Literatur

1. Befürwortende Stimmen

Auch das Schrifttum spricht sich überwiegend gegen eine Aufrechnungsmöglichkeit des Treugebers mit eigenen Prospekthaftungsansprüchen aus. Zum Teil wird dabei nur allgemein der Zuspruch erteilt und auf die Vereinbarkeit mit allgemeinem Gerechtigkeitsempfinden verwiesen. So sei der Treuhänder schließlich nur „Strohmann" zur Vermeidung von persönlicher Haftung und solche Versuche würden regelmäßig von der

1168 Dazu ausführlich *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 287; *ders*. EWiR 2012, 599, 600 (zugl. Anm. zu BGH NZG 2012, 1024).
1169 Vgl. BGH WM 2012, 2238, 2240 f.
1170 Der Hintergrund für den Aufrechnungsausschluss wird gut erklärt bei *Wertenbruch* NZG 2013, 285.
1171 BGHZ 189, 45, 55; 194, 180, 190; WM 2012, 2238, 2240.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsprechung nicht akzeptiert.[1172] Zudem wird begrüßt, dass der BGH der Anlageentscheidung des Treugebers konsequent auch zu seinem Nachteil Geltung verschafft.[1173] So habe sich der Anleger privatautonom für diese Beteiligungsstruktur entschieden und müsse die im Verkaufsprospekt offengelegten Risiken auch letztendlich tragen.[1174] Er habe sich vor Beitritt mit dem Anlagemodell vertraut zu machen.[1175] Eine Treuwidrigkeit der Aufrechnung ergebe sich zudem auch daraus, dass der Gesellschaft sonst die Möglichkeit genommen würde eine etwaige Insolvenz abzuwenden. Würden die Treugeber massenhaft aufrechnen, entzögen sie der Treuhandgesellschafterin und mittelbar auch der Gesellschaft die einzig zur Verfügung stehenden Mittel, mit denen die Gesellschaft wieder aus der Krise finden könnte.[1176] Des Weiteren seien die Gesellschaftsgläubiger nicht an den Vereinbarungen zwischen Treugeber und Treuhänder beteiligt, sodass es unbillig wäre, wenn diese das Risiko von Pflichtverletzungen vor Vertragsschluss und das Bonitätsrisiko des Treuhänders tragen müssten.[1177]

Auch begründe die Tatsache, dass der Gesellschaftsgläubiger *de facto* dann zwei akzessorische Schuldner für die Hafteinlage hat, anstatt wie im Handelsregister verzeichnet, eines Gesellschafters, kein Geschenk des Himmels. Zum einen offenbare schon die Abtretungsvereinbarung zwischen Treuhänder und Gläubiger die wirtschaftlich hinter dem Treuhänder stehende Person und zum anderen bestehe der einzige Unterschied in der Eintragung einer einzigen Treuhandkommanditistin anstatt einer Vielzahl von Anleger-Kommanditisten.[1178] Werde behauptet, dass ein uneingeschränkter Aufrechnungsausschluss letztlich hieße, dass der Gesellschaftsgläubiger auch dann seinen Anspruch durchsetzen kann, wenn hinter dem Gesellschaftsgläubiger die Fondsinitiatoren stehen, die letztlich auch hinter der prospektverantwortlichen Treuhänderin stehen, könne dem ebenfalls nicht beigepflichtet werden, weil es sich dennoch um zwei

1172 *Marhewka* BB 2012, 2586, 2591 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180); ähnlich *Menkel* NZG 2014, 1253, 1258. Vgl. auch *Stöber* NJW 2013, 832, 833 f.

1173 *Stöber* NJW 2013, 832, 833 f.; *Berg* GWR 2012, 414 (Zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180); *Stumpf* BB 2012, 1429, 1434. Vgl. auch *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 148 ff.; 159.

1174 *Schlick* WM 2014, 581, 590; *Stumpf* BB 2013, 146, 148 (zugl. Anm. zu BGH ZIP 2012, 2250).

1175 *Berg* GWR 2012, 414 (Zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180).

1176 *Stumpf* BB 2013, 146, 148 (zugl. Anm. zu BGH ZIP 2012, 2250) in Anlehnung an BGH ZIP 2012, 2250.

1177 *Menkel* NZG 2014, 1253, 1255; ebenfalls kritisch *Schäfer* ZHR 177 (2013), 619, 631 f.

1178 *Menkel* NZG 2014, 1253, 1255.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

getrennt voneinander zu betrachtende Rechtssubjekte handele, denen außerhalb der §§ 31, 278 BGB das Verhalten des Anderen nicht wechselseitig zugerechnet werden könne.[1179]

Menkel ergänzt das Spektrum mit einem besonderen Vergleich. Die Aufklärungspflichtverletzung vor Vertragsschluss und der daraus resultierende Prospekthaftungsanspruch sei mit der fehlerhaften Gesellschaft vergleichbar. Dann aber solle sich auch ein Treugeber nicht auf „Eingehungsmängel" dergestalt berufen können, dass das Vertragsverhältnis rückabgewickelt wird. Denn auch echte Gesellschafter könnten sich nicht mit *ex tunc* Wirkung vom Gesellschaftsvertrag lösen, sondern müssen dieses kündigen, sodass die Außenhaftung wie beim herkömmlichen Gesellschaftsaustritt besteht. Der echte Gesellschafter könne sich folgerichtig auch nicht auf Eingehungsmängel im Rahmen von § 129 HGB berufen. Das gleiche gelte beim „fehlerhaft beigetretenen Treugeber".[1180]

2. Insbesondere: Anwendung des Rechtsgedankens aus § 129 Abs. 1 HGB

Einen hervorzuhebenden Begründungsansatz wählt *Wertenbruch*. Für ihn muss der Ausgangspunkt für die Frage, ob einem in einen Zahlungsanspruch übergegangenem Anspruch des Treuhänders oder Gesellschaftsgläubigers ein Schadensersatzanspruch des Treugebers entgegengehalten werden kann, der treuhandvertragliche Freistellungszweck sein.[1181] Dieser Zweck könne nur erreicht werden, wenn eine Symmetrie zwischen dem „Umfang der Freistellungspflicht [und] der akzessorischen Haftung des Treuhänders" besteht. Somit nehme die Freistellungsverpflichtung zwingend Bezug auf die Haftung aus § 128 HGB, dessen Reichweite durch § 129 HGB bestimmt würde.[1182] Der Rechtsgedanke von § 129 HGB bestehe darin, dass Gesellschaftsgläubigern nur diejenigen Einwendungen entgegengehalten werden können, die der Gesellschaft oder dem Gesellschafter persönlich gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger zustehen (vgl. § 129 Abs. 1 HGB).

1179 So insb. *Stumpf* BB 2013, 146, 148 (zugl. Anm. zu BGH ZIP 2012, 2250); den Fall der Personenidentität von Fondsinitiatoren und Gesellschaftsgläubiger ausklammernd *Menkel* NZG 2014, 1253, 1256 f.

1180 *Menkel* NZG 2014, 1253, 1256.

1181 *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 287.

1182 Zustimmend *Menkel* NZG 2014, 1253, 1256, der allerdings mit Blick auf § 309 Nr. 3 BGB bewusst keinen Bezug zur Treuhandvereinbarung herstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nun übersieht *Wertenbruch* freilich nicht, dass die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch gegenüber dem Treuhänder grundsätzlich eine solche aufrechenbare persönliche Forderung ist und das auch nach Abtretung an den Gesellschaftsgläubiger bleibt (§ 406 BGB).[1183] Für ihn ist aber der Rechtsgedanke aus § 129 Abs. 1 HGB in Verbindung mit dem treuhandvertraglichen Freistellungszweck entscheidend, der die Wertung nach § 242 BGB bestimmen soll: Danach können Einwendungen aus der Beziehung zu einem Dritten nicht dem Gesellschaftsgläubiger, der aus § 128 HGB vorgeht, entgegengehalten werden.[1184] Die treuhandvertragliche Freistellungsverpflichtung aber führe gerade dazu, dass die Schadensersatzforderung des Treugebers wie eine Drittforderung zu behandeln ist, und zwar sowohl vor der Abtretung des Freistellungsanspruchs, als auch danach, wenn dieser sich jeweils in einen Zahlungsanspruch umgewandelt hat. Im Ergebnis stehe der Treugeber hinsichtlich der Haftung für Gesellschaftsschulden einem „durch Anteilserwerb neu eintretende[n] Gesellschafter" in nichts nach.[1185]

Der Gedankengang lässt sich also wie folgt vereinfacht zusammenfassen: Weil der Zweck der treuhandvertraglichen Freistellungsverpflichtung darin besteht, die Haftung des Treugebers an die Außenhaftung nach den §§ 128, 129 HGB anzupassen, verstoße die Aufrechnung gegenüber dem Treuhänder und trotz § 406 BGB auch dem Gesellschaftsgläubiger nach einer Zession gegenüber, gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Denn der Freistellungsanspruch muss so behandelt werden, als handele es sich dabei von Anfang an um eine Forderung des Gesellschaftsgläubigers, gegen die wegen § 129 Abs. 1 HGB nicht mit einer Schadensersatzforderung gegenüber dem Treuhänder aufgerechnet werden könne.

3. Ablehnende Stimmen

Die Gegenansicht hingegen stellt sich klar auf den Standpunkt, dass ein Aufrechnungsausschluss jedenfalls dann zu untragbaren Ergebnissen komme, wenn, wie nicht selten, der Gesellschaftsgläubiger wirtschaftlich mit der Treuhandkommanditistin verflochten ist, etwa weil an beiden die

1183 Deutlich bei *Menkel* NZG 2014, 1253, 1254. Vgl. auch *Lindfeld* EWIR 2010, 645 f. (zugl. Anm. zu OLG Stuttgart NZG 2010, 716).

1184 *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 287.

1185 *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 287; *ders*. EWiR 2012, 599, 600 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Fondsinitiatoren mehrheitlich beteiligt sind.[1186] „Höchst unvernünftig" sei das Ergebnis in Fällen, wie jenem, der dem BGH in ZIP 2012, 2250 zugrunde lag.[1187] Dort waren die Gläubigerin, die geschäftsführende Gesellschafterin und die Treuhandgesellschafterin Schwestergesellschaften, die zu 100 % im Eigentum einer Beteiligungsgesellschaft standen. Es sei in solchen Fällen unbillig die Aufrechnung mit eigenen Prospekthaftungsansprüchen gegenüber denjenigen auszuschließen, die die Fehlerhaftigkeit der Angaben zu verantworten haben.[1188] Zum Teil wird ein Ausschluss nur in diesen beschriebenen Fällen der personellen Verflechtung angenommen.[1189]

Aber auch jenseits von solchen Sonderfällen leuchtet für einige Autoren ein Aufrechnungsausschluss wertungsmäßig nicht ein. Zunächst ist dabei auf die Rechtsprechung des OLG Karlsruhe hinzuweisen,[1190] welche im Lager der Befürworter naturgemäß große Zustimmung erhält.[1191] Ein Vertrauensschutz hinsichtlich des Treuhandversprechens kenne das Gesetz im Gegensatz zum Bestand oder Nichtbestand der persönlichen Gesellschafterhaftung gerade nicht.[1192] Es gebe auch keinen allgemeinen Grundsatz nach dem der Treugeber im Außenverhältnis nicht besser gestellt werden dürfe als ein tatsächlicher Gesellschafter.[1193] Im Gegenteil müssten die Gläubiger regelmäßig damit rechnen, dass ein Freistellungsanspruch gar nicht existiere.[1194] Dann oblige es aber den Vertragsparteien über vorvertragliche Auskünfte der anderen Partei sich ein Bild von der Mithaftung weiterer Personen zu machen.[1195] Auch sonst seien die Gläubiger nicht zu schützen, sodass der Aufrechnungsausschluss vielmehr ein Zufallsge-

1186 So etwa Erman/*Westermann* BGB, § 705 Rn. 28; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 355.
1187 *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. V 3.
1188 *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. V 3; *Zinger* BB 2014, 458, 461.
1189 So *Menkel* NZG 2014, 1253, 1257.
1190 OLG Karlsruhe NZG 2009, 1107.
1191 So etwa *Bitter/Thelen* WuB II E § 128 HGB 1.12 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180); *Zinger* BB 2014, 458; *Lindfeld* EWIR, 643, 646; *Klöhn* VGR 2013, 143. Ähnlich *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, S. 329.
1192 Zur Reichweite des handelsgesetzlichen Vertrauensschutzes außerdem S. 222 ff.
1193 *Bitter/Thelen* WuB II E § 128 HGB 1.12 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180); *Lindfeld* EWIR 2010, 645 f. (zugl. Anm. zu OLG Stuttgart NZG 2010, 716); *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 335, 340 ff.
1194 So insb. *Bitter/Thelen* WuB II E § 128 HGB 1.12 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180) m.V.a. BGH WM 1980, 307.
1195 So insb. *Zinger* BB 2014, 458, 461 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schenk sei, welches sich nicht mit der Systematik und privatautonom gewählten Form der mittelbaren Beteiligung vertrage.[1196] Zudem würde ein Aufrechnungsausschluss im Konflikt mit § 309 Nr. 3 BGB stehen, da *de facto* die Treuhandvereinbarung – als ein Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer – einen Aufrechnungsausschluss bewirke.[1197]

III. Stellungnahme

In der Tat ist nichts gegen die Abtretbarkeit des Freistellungsanspruchs aus §§ 670, 257 BGB, respektive vertraglicher Freistellungsverpflichtung an den Gläubiger der Freistellungforderung einzuwenden. Zwar ändert sich dadurch der Inhalt des Anspruchs in einen Zahlungsanspruch, da Inhaber des Anspruchs der Freistellungsbegünstigte selber wird. Diese Inhaltsänderung wird aber nicht von dem Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 1 BGB erfasst.[1198] Denn der zu befriedigende Gläubiger hat ein Interesse daran, durch die Abtretung zur Befriedigung seines Anspruchs zu kommen,[1199] sodass der Schutzgedanke der Norm nicht mehr greift.[1200] Auch kann der Schuldner nicht den Einwand vorbringen, die Abtretung verletze die Treuepflicht des Freistellungsgläubigers, da er gemäß §§ 404, 406 BGB grundsätzlich alle Einwendungen aus dem Verhältnis zum Zedenten gegenüber dem Zessionar behält.[1201] Insoweit besteht kein Unterschied zur Pfändung und Überweisung des Freistellungsanspruchs nach gerichtlicher Inanspruchnahme des Treuhänders.[1202] Ist die Abtretung aber möglich,

1196 *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. IV 3 a) cc). Vgl. auch *Bitter/Thelen* WuB II E § 128 HGB 1.12 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180); *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 328 f.

1197 Erman/*Westermann* BGB, § 705 Rn. 28; *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. IV 3 b) bb); *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 333 f. Das sieht auch *Menkel* kritisch und will daher den Ausschluss auf einen Wertungsvergleich zur fehlerhaften Gesellschaft stützen, *ders*. NZG 2014, 1253, 1254.

1198 So schon RGZ 140, 373, 378; 158, 6, 12. Später übernommen durch den BGH in BGHZ 12, 136, 141. Vgl. auch BGHZ 41, 203, 205; 185, 310; BGH NJW 1993, 2232, 2233; NJW 2011, 2351, 2352; Staudinger/*Busche* BGB (2017), § 399 Rn. 27; *Zinger* BB 2014, 458, 460.

1199 So insb. BGHZ 41, 203, 205.

1200 Vgl. zum Normzweck MüKoBGB/*Roth/Kieninger* § 399 Rn. 2.

1201 So auch schon BGHZ 41, 203, 205.

1202 *Zinger* BB 2014, 458, 460.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

muss auch der Treugeber als stiller Kommanditist seine Aufrechnungsmöglichkeit beibehalten. Dies wird im Folgenden zu begründen sein.

1. Richtige Interpretation des Freistellungszwecks

Der BGH und insbesondere *Wertenbruch* sehen schon in der vertraglichen Freistellungsvereinbarung den Grund für die Begrenzung der Aufrechnungsmöglichkeit des Treugebers. *Wertenbruch* meint, dass der Ausgangspunkt für die Bewertung der Aufrechnungsfrage der treuhandvertragliche Freistellungszweck sein muss. Mit anderen Worten haben die Parteien zwangsläufig zumindest konkludent vereinbart, dass die Schadensersatzforderung des Treugebers vor und nach der Abtretung an den Gesellschaftsgläubiger wie eine Drittforderung zu behandeln ist und daher § 129 Abs. 1 HGB bei Einwendungsfragen wertungsmäßig mit einzubeziehen ist.[1203] Aber auch der BGH geht, wenn auch subtiler, von einer vertraglichen Verankerung des Ausschlusses aus.

Diese Beurteilung hat schon *Klöhn* richtig herausgearbeitet: Der BGH verfolgt (zu Recht) den Grundsatz, dass ein Aufrechnungsausschluss, neben den gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelten Fällen, auch stillschweigend vereinbart werden oder aus der Natur der Rechtsbeziehung oder dem Leistungszweck resultieren kann.[1204] Wird der Aufrechnungsausschluss aber aus der Natur der Rechtsbeziehung oder dem Zweck der geschuldeten Leistung hergeleitet, sind es gleichermaßen „vertragsimmanente Wertungen" auf denen der Ausschluss beruht, da sich auch die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung aus dem Vertragsinhalt ergeben und nicht aus außerhalb des Vertrags stehenden Wertungen abzuleiten sind.[1205]

Eine Herleitung des Aufrechnungsausschlusses aus dem Treuhandvertrag verstößt jedoch gegen allgemeine Prinzipien der Vertragsauslegung und den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse.

1203 Dazu S. 263.
1204 Vgl. nur BGHZ 95, 109, 113.
1205 So richtig *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. IV 2 a).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Erfordernis gewichtiger Anhaltspunkte

Schon das OLG Düsseldorf hat in diesem Zusammenhang zurecht darauf hingewiesen, dass eine Herleitung eines Aufrechnungsausschlusses aus dem Treuhandvertrag einer hohen Auslegungshürde bedarf. Es müsse „gewichtige Anhaltspunkte" dafür vorliegen.[1206] Solche gewichtigen Anhaltspunkte gibt es in der Regel aber nicht. Es kann zwar nicht geleugnet werden, dass die Treuhandparteien eine wirtschaftliche Haftung anstreben. Tatsächlich ist diese im Regelfall beabsichtigt.[1207] Aber von dem beiderseitigen Willen, die wirtschaftliche Gefahr der Beteiligung im Endergebnis auf den Treugeber zu verlagern, zu schließen, dass eine derart gravierende Vereinbarung wie ein Aufrechnungsausschluss gewollt ist, entbehrt jeder Grundlage und wirkt vielmehr willkürlich. Dies gilt erst recht bei Prospekthaftungsansprüchen des Treugebers.[1208]

Hinzu kommt, dass die bezweckte wirtschaftliche Haftung des Treugebers auch dann noch angenommen werden kann, wenn der Treugeber sein Aufrechnungsrecht behält. Kann der Treugeber mit eigenen Schadensersatzansprüchen aufrechnen, stehen beide am Ende wirtschaftlich genauso dar, als wäre der Treuhänder von Anfang nur treuhänderisch bevollmächtigt oder ermächtigt und der Treugeber Außenkommanditist gewesen. Was der Aufrechnungsausschluss also zuvörderst bewirkt, ist eine Verlagerung des Risikos einer Insolvenz des Treuhänders vom Gesellschaftsgläubiger hin zum Treugeber, ohne dass es dafür einen hinreichenden vertraglichen Anknüpfungspunkt gibt. Es stimmt also, wenn behauptet wird, dass der BGH funktional eine Regelung geschaffen hat, die „das Außenverhältnis betrifft und dem Gläubigerschutz dient".[1209]

b) Keine Berücksichtigung von Gläubigerinteressen

Auch sonst leuchtet es nicht ein, warum es mit der treuhandvertraglichen Haftungszuordnung unvereinbar sein soll, wenn der Treugeber aufrechnen kann und der Gesellschaftsgläubiger daher von vornherein nur den

1206 OLG Düsseldorf DStR 1991, 1532, 1534.
1207 Vgl. *Zinger* BB 2014, 458, 460 f.
1208 Vgl. *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. IV 3 a) bb); *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 330 ff.
1209 *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. IV 3 a) bb).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Treuhänder in Anspruch nimmt.[1210] Es liegt doch gerade in der Natur der treuhandvertraglichen mittelbaren Haftung, dass der Treugeber nur wirtschaftlich haften soll, also nur am Ende wirtschaftlich so wie ein unmittelbarer Gesellschafter stehen soll; und nichts anderes haben die Parteien vereinbart. Das heißt aber noch lange nicht, dass eine vollendete Außenwirkung der Treuhandabrede erforderlich ist, um der Freistellungspflicht einen Sinn zu geben.[1211] Denn im Normalgang trägt der Gesellschaftsgläubiger das Bonitätsrisiko des im Handelsregister stehenden Treuhänders und letzterer das Bonitätsrisiko seines Vertragspartners, also dem Treugeber. Die Freistellungsverpflichtung soll dem Treuhänder in erster Linie ermöglichen, sich von seiner Haftung befreien zu lassen, indem der Treuhänder einen durchsetzbaren Anspruch auf Befreiung hat. Die Befreiung kann durch Dritterfüllung (§ 267 BGB), Erlassvertrag, Verzicht oder befreiende Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB) erfolgen.[1212] Wenn der Treuhänder und der Gesellschaftsgläubiger darüber hinaus übereinkommen, dass die Freistellungsforderung an Erfüllung statt abgetreten wird (nur dann wäre überhaupt eine mit einer echten Gesellschafterstellung vergleichbare Situation geschaffen), ist das ein aus Treuhändersicht guter Verhandlungserfolg, der aber nur eintreten kann, wenn der Gesellschaftsgläubiger zustimmt. In der Regel wird der Gesellschaftsgläubiger aber nur bereit sein, die Abtretung als Leistung erfüllungs- oder gar nur sicherungshalber anzunehmen.[1213]

Das zeigt aber, dass das Außenverhältnis zwischen Treuhänder und Gesellschaftsgläubiger völlig losgelöst von den Vereinbarungen zwischen Treuhänder und stillem Kommanditisten zu betrachten ist und von der Verhandlungsstärke des Treuhänders abhängig ist. Zu argumentieren, dass der Zweck der Freistellungsverpflichtung vor allem darin liegt, die wirtschaftliche Haftung an die Haftungsreichweite der §§ 128, 129 HGB anzugleichen, um den Gesellschaftsgläubiger nicht mit dem Wohlverhaltensrisiko des Treugebers zu belasten gelingt daher nicht. Auch *Wertenbruchs* These, der Treugeber sei im Hinblick auf den Freistellungszweck wie ein beitretender Außengesellschafter zu behandeln, ist falsch und entlarvt die Konsequenz eines Aufrechnungsausschlusses.[1214] Der Treugeber wird wie

1210 So aber *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 287 f.
1211 Ähnlich *Zinger* BB 2014, 458, 460 f.; *Lindfeld* EWIR, 643, 646 (zugl. Anm. zu NZG 2010, 716); *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 328 ff.
1212 Vgl. MüKoBGB/*Krüger* § 257 Rn. 4.
1213 Zur Abgrenzung vgl. MüKoBGB/*Fetzer* § 364 Rn. 6.
1214 *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 286.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ein Außengesellschafter behandelt. Nach der privatautonom getroffenen Entscheidung der Beteiligten, soll er aber gerade nur stiller Kommanditist, also bloßer Innengesellschafter, werden.

c) Achtung des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse

Abschließend lässt sich auch ein Verstoß gegen den fundamentalen Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen feststellen, wenn man ohne vertragliche Anknüpfung eine Aufrechnungsmöglichkeit nach Abtretung des Freistellungsanspruchs ausschließt, diesen Ausschluss aber dennoch auf vertragsimmanente Wertungen stützt.[1215] Schuldverhältnisse wirken immer nur im Parteienverhältnis und stehen damit im direkten Gegensatz zum dinglichen Recht, welches absolut, das heißt gegenüber jedermann wirkt.[1216] Kann der Treugeber nicht mit seinen Ansprüchen aus dem Treuhandverhältnis gegen einen abgetretenen Freistellungsanspruch aufrechnen und wurde ein solcher Ausschluss auch nicht vereinbart, wirkt, wie schon dargelegt, der treuhandvertragliche Freistellungszweck primär gläubigerschützend. Ein Gläubigerschutz kann aber ohne konkrete Vereinbarung nicht auf die vertragliche Abrede zwischen den Treuhandparteien gestützt werden, da diese allein das Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder regelt. Tut man dies, kommt der Vertragsvereinbarung eine dingliche Wirkung zu, die dem Grundsatz der relativen Wirkungsweise von Schuldverhältnissen widerspricht.

2. Kein Ausschluss nach Treu und Glauben

Es konnte bislang festgestellt werden, dass sich ein Aufrechnungsausschluss bei fehlender ausdrücklicher Regelung jedenfalls nicht aus dem Treuhandvertrag ableiten lässt. Dies verstieße regelmäßig gegen Auslegungsgrundsätze und gegen fundamentale Prinzipien des deutschen Schuldrechts. Dies wird wohl vereinzelt auch von eine Aufrechnung ablehnenden Stimmen erkannt und könnte der Grund sein, warum *Menkel* auf

1215 Zur Relativität der Schuldverhältnisse ausführlich *Looschelders/Makowsky* JA 2012, 721; vgl. auch *Weitnauer* FS Larenz, 705, 712 ff., der gesetzliche Ausnahmen von diesem Grundsatz untersucht.

1216 BGHZ 83, 257; Jauernig/*Mansel* BGB, § 241 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einen Wertungsvergleich mit der fehlerhaften Gesellschaft abstellt[1217] oder *Foerster* auf die Zuordnung der Mitgliedschaft zum Quasi-Gesellschafter verweist.[1218] Der BGH, der seine Meinung primär auf vertragsimmanente Wertungen stützt, scheint seinen Standpunkt ebenfalls zusätzlich mit vertragstranszendenten Wertungen zu begründen. Dabei ist es grundsätzlich unproblematisch, einen Aufrechnungsausschluss über § 242 BGB ausschließlich auf Umstände zu stützen, die nicht in der Vertragsbeziehung selbst liegen.[1219] Werden die widerstreitenden Interessen aber sachgerecht gegenübergestellt, zeigt sich, dass es keinesfalls erforderlich ist, den qualifizierten Treugeber mit seiner Aufrechnungsmöglichkeit gegen Einlagenrückgewähr- oder umgewandelte Freistellungsansprüche auszuschließen.

a) Keine Quasi-Außenhaftung

Man könnte zunächst den Aufrechnungsausschluss damit begründen, dass das „wirtschaftliche Risiko treuwidrigen beziehungsweise schädigenden Verhaltens" in Bezug auf den Treuhandgesellschafter (sog. Wohlverhaltensrisiko) dem Treugeber anlastet und wertungsmäßig nicht auf die Gesellschaftsgläubiger abgewälzt werden darf.[1220] Der aufmerksame Leser wird gegebenenfalls hier an die Ausführungen oben erinnert und eine Nähe zu vertragsimmanenten Begründungen erkennen.[1221] Der BGH und die ihm folgende Lehre sieht aber dieses Wohlverhaltensrisiko als objektive Folge des übernommenen Anlagerisikos in der Hauptgesellschaft: Die Rechtsposition des qualifizierten Treugebers soll an die Rechtsposition eines „wirklichen" Gesellschafters angeglichen werden. Der Treugeber soll daher insbesondere das Anlagerisiko tragen und darf weder besser noch schlechter als ein Außengesellschafter gestellt werden. Für den BGH ist die Anlastung des Wohlverhaltensrisiko also die billige Folge seines privatautonom übernommenen Anlagerisikos.

Wie der BGH dabei allerdings gedanklich den Sprung vom übernommenen Anlagerisiko zum zu tragenden Wohlverhaltensrisiko vornimmt,

---

1217 *Menkel* NZG 2014, 1253, 1254.
1218 *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 159, 169.
1219 Vgl. Palandt/*Grüneberg* BGB, § 387 Rn. 15; Jauernig/*Stürner* BGB, § 387 Rn. 11 f.; MüKoBGB/*Schlüter* § 387 Rn. 60; Staudinger/*Gursky* BGB (2016), § 387 Rn. 203, 212, 259; *Wertenbruch* NZG 285, 287; BeckOK BGB/*Dennhardt* 56. Edition (2020), BGB, § 387 Rn. 37.
1220 So OLG Köln NZG, 2009, 543, 544.
1221 Dazu S. 259 und 267.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bleibt dabei unklar. Es besteht kein zwingender Konnex zwischen beidem. Das Anlagerisiko des qualifizierten Treugebers umfasst zwar neben der Gefahr der zufälligen Wertverschlechterung der Beteiligung die wirtschaftliche Außenhaftung.[1222] Letzteres setzt aber keine Quasi-Außenhaftung voraus. Eine solche wird aber konstruiert, wenn man die Aufrechnung mit eigenen Schadensersatzansprüchen ausschließt.[1223] Auch sonst leuchtet eine allgemeine Prämisse, dass der Treugeber *de facto* wie ein Außengesellschafter haften muss, nur weil die Parteien die Gleichstellung im Innenverhältnis wollten, nicht ein. Nach der Konstruktion des stillen Kommanditisten ist dieser gerade nur Innengesellschafter und steht als solcher gerade nicht in Rechtsbeziehung – auch nicht nur mittelbarer Rechtsbeziehung – zu außenstehenden Dritten.[1224]

b) Keine Schutzbedürftigkeit der Gesellschaftsgläubiger

Ein Aufrechnungsausschluss lässt sich auch nicht aus einer Schutzbedürftigkeit der Gesellschaftsgläubiger herleiten. Zwar dient der Freistellungsanspruch grundsätzlich als Finanzierungsgrundlage der Publikumsgesellschaft.[1225] Der Schluss der Gegenmeinung darauf, dass die Treugeber daher das Risiko eines schädigenden Verhaltens durch den Treuhänder tragen müssten und nicht durch eine Aufrechnung auf die Gesellschaftsgläubiger abwälzen dürften, leuchtet dennoch nicht ein. Auch hier gilt das Mantra, dass der Treugeber nach der privatautonomen Gestaltung der Parteien in das Innenverhältnis der Gesellschaft als stiller Kommanditist beigetreten ist und in keinerlei Beziehung zu den Gesellschaftsgläubigern steht.[1226]

Zudem sind die Gesellschaftsgläubiger nach den gesetzlichen Wertvorstellungen nicht schutzbedürftig. Wie schon das OLG Karlsruhe völlig zurecht dargelegt hat, schützt das Gesetz das Vertrauen der Gläubiger

1222 Zum Begriff der wirtschaftlichen Außenhaftung S. 101, 114, 120, 240 und 246 f.

1223 Vgl. *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 149.

1224 Daher sieht *Foerster* zurecht in der BGH-Rechtsprechung eine Unschlüssigkeit, *ders*. Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 147. Vgl. auch *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 335, 340 ff.

1225 Vgl. *Zinger* BB 2014, 458, 461; *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 148.

1226 Vgl. auch *Lindfeld* EWIR, 643, 646 (zugl. Anm. zu NZG 2010, 716); *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 333.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nur soweit das Handelsregister auf das Bestehen der Kommanditeinlagen schließen lässt.[1227] Und die Publizitätsfunktion des Handelsregisters bietet keine Vollständigkeitsgewähr im Sinne einer lückenlosen Darstellung der Unternehmer und Unternehmen.[1228] Die Gläubiger können und dürfen daher auch nicht auf das Bestehen durchsetzbarer Freistellungsansprüche vertrauen und müssen mit einkalkulieren, dass diese aufgrund von Schadensersatzansprüchen der Anleger nicht werthaltig sind.[1229] Sie müssen sich über Auskünfte der Publikumsgesellschaft oder des Treuhänders Sicherheit verschaffen und dann gegebenenfalls einen Aufrechnungsausschluss individualvertraglich mit den Anlegern aushandeln. Nach der Rechtsprechung aber kommt den Gesellschaftsgläubigern zu Unrecht ein Zufallsgeschenk zu.[1230] Diese Sicht wird dadurch bestätigt, dass nach der Rechtsprechung des BGH die Freistellungsansprüche abbedungen werden können,[1231] sodass selbst dann kein schutzwürdiges Vertrauen angenommen werden kann, wenn den Gesellschaftsgläubigern die Identität der Treugeber bekannt ist.[1232]

c) Widersprüchlichkeit

Auch verstrickt sich der BGH mit seiner Rechtsprechung zum Aufrechnungsausschluss in einen evidenten Widerspruch zu seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung. So wurde in BGHZ 12, 136 gesagt, dass die Abtretung eines Freistellungsanspruchs an den Forderungsgläubiger nicht treuwidrig gegenüber dem Schuldner ist, weil letzterer nach §§ 404, 406 ff BGB durch die Abtretung nicht davon abgehalten wird, dem Zessionar die Einwendungen entgegenzuhalten, die er gegen den Zedenten hätte erheben können.[1233] *Argumentum e contrario* ist dann aber die Abtretung treuwidrig, wenn die Aufrechnung ausgeschlossen werden soll oder aber

1227 OLG Karlsruhe NZG 2009, 1107. Vgl. auch *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 351 f.
1228 OLG Düsseldorf NZG 2009, 1355. Dagegen explizit *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft, S. 163.
1229 So auch *Zinger* BB 2014, 458, 462; *Klöhn* VGR 2013, 143, 156; *Bitter/Thelen* WuB II E § 128 HGB 1.12 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180).
1230 *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. 3 a) cc).
1231 BGHZ 76, 127.
1232 Vgl. auch *Bitter/Thelen* WuB II E § 128 HGB 1.12 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180).
1233 BGHZ 12, 136, 141.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Aufrechnung ist zuzulassen. Sowohl die Abtretung zuzulassen also auch einen Aufrechnungsausschluss anzunehmen steht folglich in Widerspruch zu BGHZ 12, 136.[1234]

d) Unverhältnismäßigkeit

Letztlich wirkt der Ausschluss der Aufrechenbarkeit unverhältnismäßig und ist in manchen Einzelfällen sogar unerträglich ungerecht. Selbst wenn keine Verflechtung zwischen den Fondsinitiatoren und dem Gesellschaftsgläubiger, der gegen den Treuhandkommanditisten persönlich vorgeht, besteht, sind es doch die Gesellschaftsgläubiger selbst, die eher in der Lage wären, Prospektfehler aufzudecken als die Kleinanleger. Bei diesen Gläubigern handelt es sich nämlich in der Regel um hoch spezialisierte Kreditinstitute.[1235] Darüber hinaus wird aber oft zusätzlich eine personelle oder wirtschaftliche Verflechtung bestehen. So war es etwa in BGH NJW 2013, 862 der Fall. Hier war eine Beteiligungsgesellschaft Alleingesellschafterin unter anderem der Treuhandgesellschafterin und der Gesellschaftsgläubigerin. Für die Bereitstellung eines Baudarlehens wurde zudem eine Vertriebsprovision gewährt.[1236]

Es erscheint unter diesen Gesichtspunkten äußerst unbillig, wenn man das Insolvenzrisiko den Anlegern aufbürdet, während die Treuhandkommanditistin mindestens gleichermaßen, wenn nicht sogar noch mehr im „Lager" des Gesellschaftsgläubigers steht. Das Argument des BGH, der Anleger hätte sich im Vorhinein überlegen müssen, ob er bei einer derartigen Verflechtung investieren möchte,[1237] zählt nicht, da es in sein Gegenteil umgekehrt werden kann. Auch der Gesellschaftsgläubiger hätte sich überlegen müssen, ob er bei dieser Haftungssituation ein Darlehen vergeben möchte. Der BGH liefert das Argument gegen einen Aufrechnungsausschluss sogar *de facto* selbst, wenn er meint, dass dem Gesellschaftsgläubiger bekannt gewesen sein muss, „dass die Treugeber keine förmlichen Gesellschafter sind und [den Gesellschaftsgläubigern] daher nicht direkt,

1234 Vgl. auch *Bitter/Thelen* WuB II E § 128 HGB 1.12 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180).

1235 Vgl. *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. V 3. Ähnlich *Fleck* EWiR 1991, 801, 802 (zugl. Anm. zu OLG Düsseldorf DB 1991, 1274); *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung, S. 329, 421.

1236 BGH NJW 2013, 862, 865.

1237 BGH NJW 2013, 862, 863 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sondern nur vermittelt über den Treuhandgesellschafter haften".[1238] Sie also mittelbar über einen Aufrechnungsausschluss zu schützen ist nicht richtig.[1239] Womöglich profitiert im Falle der personellen Verflechtung sogar derjenige, der den Schadensersatzanspruch mitzuverantworten hat.[1240]

3. Insbesondere: Unvereinbarkeit mit § 309 Nr. 3 BGB

a) Unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Der BGH wendet in ständiger Rechtsprechung die §§ 305 ff. BGB auf Treuhandverträge an.[1241] Dagegen könnte die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB sprechen. Die Problematik wurde an anderer Stelle ausführlich aufgegriffen. Man kam zu dem Ergebnis, dass zumindest die Wertungen der §§ 305 ff. BGB über eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB zur Anwendung kommen müssen.[1242]

Die Diskussion spielt jedoch an dieser Stelle keine Rolle. Denn im Rahmen des treuhandvertraglichen Aufrechnungsausschlusses stellt sich schon die Frage, ob ein direkter Verstoß gegen die §§ 305 ff. BGB vorliegt. Denn unstreitig unmittelbar anwendbar sind die §§ 305 ff. BGB, wenn die fragliche Vertragsbestimmung außerhalb des Mitgliedschaftsverhältnisses liegt und daher per se nicht vom Umfang des § 310 Abs. 4 BGB umfasst ist.[1243] Das ist bei der Beurteilung eines Aufrechnungsausschlusses zulasten des stillen Kommanditisten der Fall. Die Aufrechnungsmöglichkeit steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der treuhandvertraglichen Freistellungspflicht. Letztere bezieht sich aber auf das Geschäftsbesorgungsverhältnis zum Treuhänder und hat daher nichts mit dem Mitgliedschaftsverhältnis zu tun. Dieser Befund wird bestätigt, wenn man sich klar macht, dass es dabei um die Freistellung von einer Außenhaftung des Treuhänders

1238 BGH NJW 2013, 862, 865.
1239 So insb. auch *Klöhn* VGR 2013, 143; *Zinger* BB 2014, 458, 462; *Bitter/Thelen* WuB II E § 128 HGB 1.12 (zugl. Anm. zu BGHZ 194, 180); *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 355.
1240 *Klöhn* VGR 2013, 143, Abschn. V 3.
1241 Zum alten AGB-Recht BGHZ 104, 50, 55 f.; 125, 74; BGH NJW 1980, 1162, 1163; NZG 2008, 742, 747. Vgl. nunmehr BGHZ 185, 310 in dem der BGH von einer Anwendbarkeit von § 305c Abs. 2 BGB ausgeht.
1242 Dazu ausführlich S. 133 ff.
1243 BGH BB 1992, 89, 90; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 710; MüKoBGB/*Basedow* § 310 Rn. 91; *Hey* Freie Gestaltung, S. 302.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

geht, die aber schon strukturell nichts mit dem stillen Gesellschaftsverhältnis des Treugebers zu tun hat. Der stille Kommanditist wird nur in das Innenverhältnis der Publikumsgesellschaft einbezogen.[1244]

b) Verstoß

Ist aber eine Inhaltkontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB vorzunehmen, stellt sich die Frage, ob der Aufrechnungsausschluss rechtswidrig ist, weil er gegen § 309 Nr. 3 BGB verstößt. Danach ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen „eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen", unwirksam. Es ist unstreitig, dass dieses Verbot auch greift, wenn der Ausschluss konkludent oder der Sache nach erfolgt.[1245] Das Gesetz soll nämlich mit diesem Verbot den Grundsatz von Treu und Glauben bewahren.[1246] Daher beschränkt sich der Tatbestand auf unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Forderungen. Das Bedürfnis, die Aufrechnung solange auszuschließen, wie der Bestand der Gegenforderung noch umstritten ist, kann wertend betrachtet auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen billig und gerecht sein.[1247]

Auch in den vorliegend untersuchten Konstellationen liegt in den allermeisten Fällen ein materieller Aufrechnungsausschluss vor, ohne dass es zu einer vertraglichen Einigung darüber kam. Einen solchen materiellen Ausschluss nimmt auch die Rechtsprechung an, die den Ausschluss unter anderem auf vertragsimmanente Wertungen stützt.[1248] Wie aber eben dargelegt wurde, ist ein Verstoß gegen § 309 Nr. 3 BGB jedenfalls dann zu bejahen, wenn es dieser faktische Aufrechnungsausschluss unmöglich macht, mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aufzurechnen. Ein so weitgehender Pauschalausschluss ist in formularmäßig verwendeten Massenverträgen im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis unbillig. Es leuchtet nicht ein, warum das im Rahmen

1244 In Ergebnis ist zwar *Klöhn* VGR 2013, 143 zuzustimmen, jedoch wird dieses Ergebnis ohne eine teleologische Reduktion von § 310 Abs. 4 BGB erreicht.
1245 Jauernig/*Stadler* BGB, § 309 Rn. 4.
1246 BGHZ 153, 293, 299; MüKöBGB/*Wurmnest* § 309 Rn. 1, 6; NK-BGB/*Kollmann* § 309 Rn. 52; BeckOGK BGB/*Weiler* § 309 Rn. 5.
1247 Eine Inhaltskontrolle beschränkt sich dann auf die Vorschrift des § 307 BGB, vgl. MüKoBGB/*Wurmnest* § 309 Rn. 6.
1248 Dazu S. 259.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von formularmäßig abgeschlossenen Treuhandverträgen mit Anlegern in Publikumsgesellschaften anders sein sollte.[1249]

Aus diesem Grund ist auch nicht *Menkel* zu folgen. Er erkennt die AGB-Problematik und versucht diese damit zu umgehen, dass er in der Begründung für einen Aufrechnungsausschluss den Ansatz des treuhandvertraglichen Freistellungszwecks bewusst weglässt.[1250] Der Ausschluss soll vielmehr aus den Wertungen zur „fehlerhaften Gesellschaft" heraus folgen. Auch beim Aufrechnungsausschluss ginge es um Eingehungsmängel (Verschulden bei Vertragsverhandlungen). Dann müsse es gleichermaßen untersagt sein, das Vertragsverhältnis zwischen Treuhandkommanditisten und Treugeber *ex tunc* rückabzuwickeln. Dieser Begründungsweg ändert aber nichts an der Tatsache, dass der Treuhandvertrag dann trotzdem der maßgebliche Auslöser für den Aufrechnungsausschluss ist, was nach § 309 Nr. 3 BGB verboten sein soll.[1251]

4. Insbesondere: Unvereinbarkeit mit den Wertungen des KAGB

a) Anlegerschutz als Gesetzeszweck

Ein weiteres Argument gegen die Annahme eines Aufrechnungsausschlusses lässt sich aus den Wertungen des KAGB ziehen. Dem KAGB ist die gesetzgeberische Wertung zu entnehmen, dass der Anleger grundsätzlich vorrangig vor den Gesellschaftsgläubigern zu schützen ist.[1252] So verdrängt § 152 Abs. 6, 149 Abs. 1 S. 2 KAGB für die geschlossene Investment-KG die allgemeinen Regeln zur Nachhaftung des Kommanditisten: Gemäß § 156 Abs. 6 S. 1 KAGB führt die Erfüllung eines Abfindungsanspruchs (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3, 738 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht zum Wiederaufleben der Außenhaftung gemäß §§ 176 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB, wenn der Anleger während der Laufzeit der Investment-KG ausgeschieden ist. S. 2 schließt eine Nachhaftung für Verbindlichkeiten, deren Rechtsgrund in die Zeit

1249 So auch *Klöhn* VGR 2013, 413, IV. 3 b) bb).
1250 *Menkel* NZG 2014, 1253, 1256.
1251 Vgl. auch *Klöhn* VGR 2013, 413, IV. 3 b) bb), der zurecht auf diese Wirkung bei der BGH-Rechtsprechung hinweist.
1252 Vgl. auch Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 28 i.V.m. Weitnauer/Boxberger/Anders/*Lorenz* KAGB, § 133 Rn. 12; *Veith* BKR 2015, 233, 236; *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1043.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vor dem Austritt fällt (§§ 160, 161 Abs. 2 HGB), grundsätzlich aus,[1253] sodass S. 1 Bedeutung nur im praktisch wenig relevanten Austritts-/Eintrittsmodell hat.[1254] Eine inhaltsgleiche Regelung gilt gemäß § 133 Abs. 2, 124 Abs. 1 S. 2 KAGB für Anleger in der offenen Investment-KG. Diese Regelungen bewirken eine Angleichung der Haftung in der investment-KG an die bessere Haftungssituation in der Investment-AG.[1255] Aber auch umgekehrt wird die Haftung von Aktionären in der Investmentgesellschaft in Richtung der besseren Stellung in der Kommanditgesellschaft privilegiert. Nach § 116 Abs. 2 S. 5 KAGB gilt bei der Rücknahme von Aktien die Zahlung des Erwerbspreises nicht als Einlagenrückgewähr, sodass die Ansprüche nach §§ 57, 62 AktG nicht bestehen.[1256] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die kapitalanlagerechtliche Privilegierung der Anleger auf die Problematik des Aufrechnungsausschlusses zulasten des Treugebers durchschlägt.

b) Analoge Anwendung von § 152 Abs. 6 KAGB auf den Treugeber

Das Argument eines Durchschlags dieser Schutzwertung würde erheblich entkräftet werden, wenn der Nachhaftungsausschluss nicht für den ausscheidenden stillen Kommanditisten gälte. Es muss daher zunächst die Frage geklärt werden, ob § 152 Abs. 6 KAGB auf den treugebenden Anleger anwendbar ist. Eine unmittelbare Anwendung scheidet aus, weil diese vom Wortlaut nicht umfasst ist. Zwar sind jegliche Normen, die das Innenverhältnis der Mitglieder betreffen, unmittelbar auf den stillen Kommanditisten anzuwenden. Auch das hilft hier aber nicht weiter, weil § 152 Abs. 6 KAGB (genau wie § 133 Abs. 2 KAGB) allein das Außenverhältnis betrifft.[1257]

Zum Teil wird eine Analogie mit dem Hinweis auf das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke abgelehnt.[1258] § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB betreffe nur das Innenverhältnis und auch sonst würde im KAGB scharf zwischen Treugeber und Kommanditisten unterschieden. Darüber hinaus sei

---

1253 Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 30 f.; Moritz/Klebeck/Jesch/*Hoffert* KAGB, § 152 Rn. 71.
1254 *Casper* ZHR 179 (2015), 44, 68.
1255 Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 31; BT-Drs 17/12294, S. 250 f. (zu § 152 Abs. 6) und S. 245 (§ 133 Abs. 2).
1256 Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 31.
1257 Vgl. Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 35.
1258 *Veith* BKR 2015, 233, 236.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine analoge Anwendung auch gar nicht notwendig, weil in der Praxis der Treuhänder regelmäßig seine Einlage reduziere, ohne dass er eine Haftung fürchten müsse. Letzteres bewirke gerade § 152 Abs. 6 KAGB.[1259] Diese Ansicht verkennt allerdings, dass eine Analogie dennoch den Schutz des Treugebers verbessern würde. Zum einen ist nicht gesagt, ob die Rechtsprechung § 152 Abs. 6 KAGB in diesem Fall anwenden würde, da auch dieser Fall nicht vom Wortlaut umfasst ist (danach muss der Kommanditist ausgeschieden sein). Zum anderen kann nicht darauf vertraut werden, dass der Treuhandkommanditist tatsächlich immer seine Einlage um den Anteil des ausscheidenden Treugebers reduziert.

Ist damit die grundsätzliche Notwendigkeit einer Analogie begründet, kann aber noch nicht direkt auf eine planwidrige Regelungslücke geschlossen werden. Diese muss gleichwohl angenommen werden, wenn man die Gesetzesbegründung zu § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB betrachtet. Danach soll eine Gleichstellung des treugebenden Anlegers mit dem direkten Kommanditisten sichergestellt werden. Zeigt aber die Gesetzesbegründung, dass der Gesetzgeber eine Gleichbehandlung im Innenverhältnis zum Schutze der Treugeber wollte, macht es auf der anderen Seite keinen Sinn, dass er eine Schlechterstellung gegenüber Außenkommanditisten im Falle der (mittelbaren) Nachhaftung billigt.[1260] Dies stünde auch dem Nivellierungszweck von § 152 Abs. 6 KAGB entgegen, da es eine vergleichbare Haftung von Anlegern bei anderen Formen der Investmentgesellschaft nicht gibt.[1261] Letztlich muss davon ausgegangen werden, dass bei der nahezu identischen Übernahme von § 133 Abs. 2 KAGB in das Recht der geschlossenen Investment-KG die zusätzliche Problematik der mittelbaren Außenhaftung von Treugebern schlicht übersehen wurde und das Weglassen einer Entsprechensregelung ein redaktionelles Versehen ist. Denn die Treuhandanlage existiert nur im Regime der geschlossenen Investment-KG.

Ist die planwidrige Regelungslücke begründet, ist es nicht mehr schwer, die vergleichbare Interessenlage des geregelten Falls zum ungeregelten Fall der mittelbaren Nachhaftung zu begründen. Im Vordergrund steht dabei der Zweck des Anlegerschutzes. Anleger sollen sich nicht mehr einer Haftung über den Zeitpunkt ihres Investments hinaus ausgesetzt sehen. Dabei wird bewusst eine Schlechterstellung von Gesellschaftsgläubigern und ver-

1259 *Veith* BKR 2015, 233, 236.
1260 Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 35.
1261 Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 35; Paul GWR 2015, 463.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bleibenden Gesellschaftern in Kauf genommen.[1262] Diese Wertung trifft auch auf den treuhänderisch Beteiligten zu. Auch er sollte sich nicht mehr einer Haftung über §§ 670, 257 BGB ausgesetzt sehen, wenn er vertraglich nichts mehr mit dem Fonds zu tun hat. Somit schließt § 152 Abs. 6 KAGB eine Inanspruchnahme des Treugebers aus diesen Vorschriften aus. Die zusätzliche Schlechterstellung des Treuhandkommanditisten ist ebenfalls in Kauf zu nehmen.

c) Durchschlag auf die Aufrechnungsproblematik

Es ist also evident, dass im Anwendungsbereich des KAGB der Anleger in der Kommanditgesellschaft verglichen mit den Gesellschaftsgläubigern als schutzwürdiger angesehen wird.[1263] Diese Besserstellung ist über eine analoge Anwendung von § 152 Abs. 6 KAGB auch auf den Treugeber zu übertragen. Zwar bezieht sich § 152 Abs. 6 KAGB ausdrücklich auf die Zeit nach der Mitgliedschaft und die Aufrechnungsproblematik betrifft hauptsächlich die Zeit während der Mitgliedschaft. Dennoch stärkt die analoge Anwendbarkeit von § 152 Abs. 6 KAGB die These, dass der Aufrechnungsausschluss falsch ist. Der Ausschluss der Nachhaftung ist ein klares Bekenntnis, dass auch der treuhänderische Anleger haftungsrechtlich zu privilegieren ist. Das deckt sich zudem mit dem Grundkonzept des KAGB, welches richtlinienüberschießend zusätzlich den Anlegerschutz bezweckt. Wenn das aber so ist, steht einem Aufrechnungsausschluss diese Schutzintention klar entgegen.[1264] Auch aus diesem Grund sollte dem stillen Kommanditisten daher nicht die Möglichkeit genommen werden, mit eigenen Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Treuhänder gegen dessen Ersatzforderungen aufzurechnen, oder nach der Abtretung an den Gesellschaftsgläubiger diesem die Forderung entgegenzuhalten.

5. Sonderfall: Insolvenzverfahren

Im Insolvenzverfahren macht der Insolvenzverwalter oder Sachwalter als gesetzlicher Prozessstandschafter die Kommanditistenhaftung an Stelle der

1262 Moritz/Klebeck/Jesch/*Hoffert* KAGB, § 152 Rn. 71; Weitnauer/Boxberger/Anders/*Paul* KAGB, § 152 Rn. 32.
1263 Vgl. auch *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1043.
1264 So auch *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 346, 354.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gesellschaftsgläubiger geltend. Die Forderung wird treuhänderisch (Ermächtigungsfunktion) in das Gesellschaftsvermögen eingezogen.[1265] Nur diesen Sachverhalt regelt § 171 Abs. 2 HGB.[1266] Die Norm ist nämlich eine Sondervorschrift zu § 98 InsO bei beschränkter Kommanditistenhaftung.[1267] Sie dient dem Insolvenztypischen Schutzzweck der Vermeidung von Gläubigerwettläufen um das verbleibende Vermögen.[1268] Über den Regelungsbereich des § 171 Abs. 2 HGB hinaus, können ungedeckte Einlagen – auch jene, die über die im Register ausgewiesene Hafteinlage hinausgehen –[1269] oder etwaige Nachschusspflichten vom Insolvenzverwalter nur dann gefordert werden, wenn diese zur Schuldendeckung nicht entbehrlich sind.[1270] Zieht der Insolvenzverwalter Einlagen oder Nachschüsse ein, kann ein stiller Kommanditist nicht mit eigenen Schadensersatzansprüchen gegen die Treuhandkommanditistin aufrechnen. In diesem Fall besteht schon keine Gegenseitigkeit der Forderungen. Es mangelt zwar grundsätzlich auch an einer Gegenseitigkeit, wenn der Insolvenzverwalter Forderungen nach § 171 Abs. 2 HGB treuhänderisch zur Insolvenzmasse zieht. Eine Aufrechnung mit einem eigenen Schadensersatzanspruch ist nach herrschender Meinung dennoch möglich, weil der Kommanditist an die Gesellschaft mit befreiender Wirkung leisten kann (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB).[1271]

a) Entsprechende Anwendung von §§ 171 Abs. 1 Hs. 2, Abs. 2 HGB

Nach der hier vertretenen Ansicht gilt diese Rechtslage uneingeschränkt auch beim stillen Kommanditisten. Denn das Recht des Einlagenverhältnisses bezieht sich auf das Innenverhältnis.[1272] § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB

1265 BGHZ 27, 51, 56; BGHZ 42, 192, 193 f.; Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/*Mock* HGB, § 171 HGB, Rn. 61.

1266 § 171 Abs. 2 HGB bewirkt im Umkehrschluss eine Sperrung der Legitimation der Gesellschaftsgläubiger: MüKoHGB/*K. Schmidt* §§ 171, 172 Rn. 108, 113. Vgl. auch Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 171 Rn. 13.

1267 MüKoHGB/*K. Schmidt* §§ 171, 172 Rn. 98, 102.

1268 Vgl. nur Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 171 Rn. 11.

1269 Insb. Agio oder die gesplittete Einlage, vgl. MüKoHGB/*K. Schmidt* §§ 171, 172 Rn. 99.

1270 BGH NJW 1981, 2251; Oetker/*Oetker* HGB, § 171 Rn. 57.

1271 Vgl. zur Rechtslage beim Außenkommanditisten: BGHZ 58, 72; 75; NJW 1981, 232; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 171 Rn. 13; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Strohn* HGB, § 171 Rn. 111; MüKoHGB/*K. Schmidt* §§ 171, 172 Rn. 113.

1272 Dazu S. 234 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bewirkt folglich auch, dass mit der Einlagenleistung des stillen Kommanditisten ein nach Abtretung des Freistellungsanspruchs entstandener Direktanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen den stillen Kommanditisten in entsprechender Höhe wieder erlischt. Dies ist die Kehrseite des unmittelbaren Einlagenanspruchs der Gesellschaft gegenüber dem stillen Kommanditisten.[1273] Hält ein Gesellschaftsgläubiger einen solchen direkten Zahlungsanspruch gegen einen stillen Kommanditisten, besteht aber auch die mit § 171 Abs. 2 HGB identische Situation, in der ein Kommanditist im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft unmittelbar gegen einen Gesellschaftsgläubiger haftet. Folglich kann auch der Treugeber grundsätzlich mit seinen Ansprüchen gegen den Treuhänder gegen die Forderung gemäß § 171 Abs. 2 HGB aufrechnen.

Ist im Insolvenzverfahren der Freistellungsanspruch noch nicht an den Gesellschaftsgläubiger abgetreten worden, muss dieser an den Insolvenzverwalter abgetreten werden.[1274] Bis das passiert ist, kann der Insolvenzverwalter nur aus dem Einlagenanspruch der Gesellschaft vorgehen, was aber wiederum Erforderlichkeit voraussetzt. Parallel zur Rechtslage beim Außenkommanditisten besteht in diesem Fall mangels Gegenseitigkeit keine Aufrechnungsmöglichkeit.

b) Ausnahmsweiser Aufrechnungsausschluss?

Es fragt sich aber, ob diese Aufrechnung ausnahmsweise auszuschließen ist. Eine Ausnahme könnte aufgrund der besonderen Wertungen, die in der Insolvenz gelten, erforderlich sein. Man könnte argumentieren, dass die stillen Kommanditisten eine besondere Finanzierungsverantwortung trifft und § 171 Abs. 2 HGB die „gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger" bezweckt.[1275] Diese Argumentationslinie verfolgt *Menkel*. Grundsätzlich sei eine Aufrechnung abzulehnen, außer es handele sich um einen bösgläubigen Gesellschaftsgläubiger.[1276] Das sind solche Gläubiger, die

1273 Vgl. BGH NZG 2011, 1432; ZIP 2012, 2291; 2012, 2295. Vgl. auch die Rechtslage in der Liquidationsphase BGH ZIP 2018, 721.

1274 So richtig BGHZ 189, 45, 48. Auf § 171 Abs. 2 HGB kommt es dann nicht mehr an. Anders wohl *Bergmann* WM 2018, Sonderbeilage Nr. 1, 3, 42 f.

1275 MüKoHGB/*K. Schmidt* § 171 Rn. 102.

1276 *Menkel* NZG 2014, 1253, 1257. *Stumpf* BB 2011, 1807, 1810 (zugl. Anm. zu BGH BB 2011, 1807) vertritt daher die Linie der Rechtsprechung und hält auch bei der Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter eine Aufrechnung wegen der Gleichbehandlungspflicht für ausgeschlossen.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aufgrund ihrer Gesellschaftsstruktur personell eng mit der Treuhandkommanditistin verflochten sind, wie es in BGH NJW 2013, 862 der Fall war. Davon wiederum sei eine Rückausnahme zu machen, wenn der Insolvenzverwalter die Gläubigerforderung geltend macht. In dieser Konstellation sei eine Aufrechnung grundsätzlich unzulässig, also auch bei personeller Verflechtung.[1277]

Richtig ist aber, auch bei der Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter die Aufrechnung des stillen Kommanditisten zuzulassen.[1278] Denn wenn die Ratio der Norm (richtigerweise) darin liegt, die Gläubiger in der Insolvenz der Gesellschaft gleich zu behandeln, die Norm also so wie § 98 InsO im Schutzinteresse der Gläubiger besteht, dann kann ihre inhaltliche Reichweite auch nur so weit gehen, wie ein Schutz notwendig ist. Zentrale Wichtigkeit hat in diesem Zusammenhang wieder die Funktion des Handelsregisters. Es geht nicht um die Frage, ob dem Gesellschaftsgläubiger mit der Aufrechnungsmöglichkeit überhaupt jede Möglichkeit genommen werden soll, eine (quotale) Befriedigung zu erlangen.[1279] Der Gesellschaftsgläubiger muss sich allerdings zuvörderst an die im Handelsregister eingetragenen Gesellschafter halten, und kann folglich in der Insolvenz nur erwarten, dass der Insolvenzverwalter die Hafteinlage vom Treuhänder eintreibt. Nur soweit das Handelsregister Auskunft gibt, darf er berechtigterweise vertrauen, dass das Haftkapital in Höhe der eingetragenen Summe der Gesellschaft zur Verfügung gestellt wurde.[1280] Der Befreiungsanspruch besteht nur im Interesse des Treuhänders und kann nicht ohne Weiteres die Rechtsposition des Gesellschaftsgläubigers verstärken. Auch die häufig anzutreffende Gestaltungskonstellation, bei der eine enge Verflechtung zwischen Gesellschaftsgläubiger und der Gesellschaft (insb. Treuhänder) besteht, spricht klar gegen eine solche Schutzbedürftigkeit.[1281] Das Gleichstellungsgebot gilt nur für das Innenverhältnis und rechtfertigt auch in der Insolvenz keine Quasi-Außenhaftung.[1282] Es ist letztlich Aufgabe der Gesellschaftsgläubiger, über Verhandlungsgeschick eine Absicherung in

1277 *Menkel* NZG 2014, 1253, 1257.
1278 So insb. auch *Klöhn* VGR 2013, 143; *Lindfeld* EWIR, 643, 646.
1279 Anders *Stumpf* BB 2011, 1807, 1810 (zugl. Anm. zu BGH BB 2011, 1807), der auf einen Notwendigen Schutz verweist.
1280 So insb. auch *Lindfeld* EWiR 2010, 645, 646 (zugl. Anm. zu OLG Stuttgart NZG 2010, 716).
1281 Dazu auch S. 274 f.
1282 Anders insb. *Stumpf* BB 2011, 1807, 1810 (zugl. Anm. zu BGH BB 2011, 1807); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Notz* HGB, Anh. § 177a, Anh. 2: Die Publikumskommanditgesellschaft Rn. 163; *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 287 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Form eines Aufrechnungsausschlusses zu erwirken.[1283] Etwas anderes gilt daher bei entsprechender vertraglicher Regelung.

IV. Zusammenfassung

Der BGH hat mit seinen Entscheidungen in BGHZ 189, 45 und BGHZ 194, 180 die auf OLG-Ebene umstrittene Frage nach einem Aufrechnungsausschluss im Sinne der Gesellschaftsgläubiger entschieden – und zwar selbst dann, wenn diese mit der Treuhandkommanditistin personell verflochten sind, wie es der Entscheidung in BGH NJW 2013, 862 zugrunde lag. Die dahinterstehende Ratio lautet: Der qualifizierte Treugeber soll nach den Parteivereinbarungen wirtschaftlich weder schlechter noch besser als ein unmittelbar beteiligter Außenkommanditist stehen. Zwar wendet der BGH dabei § 129 HGB nicht analog an; hinter dem Aufrechnungsausschluss steht dennoch der in dieser Norm verankerte Rechtsgedanke: Der Treugeber soll nach der frei gewählten Beteiligungsstruktur das Anlagerisiko tragen und daher nicht mit einer Drittforderung gegen eine Gesellschaftsforderung aufrechnen können. Dogmatisch knüpft der BGH an dem etablierten Grundsatz an, dass neben den gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelten Fällen eine Aufrechnung auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Ausschluss als stillschweigend vereinbart angesehen werden muss oder wenn die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheinen lassen.

Diese Ansicht kann jedoch nicht geteilt werden. Vielmehr muss es dem stillen Kommanditisten unbenommen bleiben, mit etwaigen Prospekthaftungsansprüchen gegen einen übergegangenen Freistellungsanspruch aufzurechnen. Etwas anderes kann nur gelten, wenn ein Aufrechnungsausschluss individualvertraglich mit dem Treugeber vereinbart wurde. An der Gleichartigkeit mangelt es ohnehin nicht. Denn der Freistellungsanspruch wandelt sich mit der Abtretung an den Freistellungsbegünstigten in einen Zahlungsanspruch um. Davor kann er in der Hand der Treuhandkommanditistin nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 2, 250 BGB in einen Zahlungsanspruch übergehen.

Gegen die Ansicht der Rechtsprechung und herrschenden Lehre spricht zunächst der häufige Fall, in dem die Treuhandkommanditistin personell mit der aktivlegitimierten Bank eng verflochten ist – eben so, wie das

1283 *Lindfeld* EWiR 2010, 645, 646 (zugl. Anm. zu OLG Stuttgart NZG 2010, 716).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Fall in BGH NJW 2013, 862 war. Nimmt man dennoch einen Aufrechnungsausschluss an, profitieren womöglich diejenigen, die den Haftungsanspruch selbst zu vertreten haben. Zudem werden durch einen Aufrechnungsausschluss die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu sehr zu Lasten der schutzwürdigeren Anleger gewichtet. Denn das Bonitätsrisiko der Treuhandkommanditistin müssen billigerweise erstere tragen. Das gilt insbesondere bei eigenen Prospekthaftungsansprüchen. Hinzu kommt, dass ein Aufrechnungsausschluss die nur wirtschaftliche Außenhaftung in eine Quasi-Außenhaftung des stillen Kommanditisten verkehrt, was nicht vom Parteiwillen gedeckt ist. Schließlich sprechen auch § 309 Nr. 3 BGB und die Gesamtwertung des KAGB gegen einen Aufrechnungsausschluss, der sich auch nicht mit besonderen Wertungen im Insolvenzverfahren rechtfertigen lässt.

§ 25. Auskunftsansprüche über die Identität des stillen Kommanditisten

Die Gerichte beschäftigten sich in der Vergangenheit oft mit der Frage, ob ein Anleger in einer Publikumspersonengesellschaft einen Anspruch auf Bekanntgabe der Identität von anonym beigetretenen Treugebern gegen die Treuhandgesellschafterin oder die Hauptgesellschaft hat. Auch wenn hier die qualifizierte Treuhand dogmatisch als echter Beitritt in die Hauptgesellschaft angesehen wird, ist die Frage nicht eindeutig zu beantworten. Denn die Parteien bestimmen in der Treuhandvereinbarung regelmäßig ausdrücklich, dass die Beteiligung des Treugebers Dritten nur mit dessen Zustimmung offengelegt werden darf, „soweit nichts anderes gesetzlich vorgeschrieben ist oder es dem begründeten Interesse der Treuhänderin entspricht".[1284] Zudem ist das Informationsrecht von Gesellschaftern nach dem anzuwendenden Personengesellschaftsrecht weitgehend disponibel. Dennoch ist die Ansicht der Rechtsprechung diesbezüglich eindeutig: Niemand soll seine Identität in einer Personengesellschaft vor seinen Mitanlegern verbergen können (dazu I.). Diese Ansicht ist in der Literatur nur teilweise auf Zustimmung gestoßen, wobei die Kritik breit gestreut ist und in die Bereiche der Vertragsauslegung, des Gesellschaftsrechts und des Datenschutzrechtes ragt (dazu II.). Genau diese Bereiche müssen eingehend analysiert und auf die hier interessierende Frage angewendet werden, um

1284 So etwa § 8 Abs. 6 des Treuhandvertrages der HTB 8. Geschlossene Immmobilieninvestment Portfolio GmbH & Co. KG (Verkaufsprospekt nach § 268 Abs. 1 KAGB vom 14. März 2017).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zu einem ausgewogenen, allen berechtigten Interessen gerecht werdenden Ergebnis zu kommen (dazu III.).

I. Die Ansicht der Rechtsprechung

1. Recht auf Kenntnis seines Vertragspartners als natürliches Recht

In einem Hinweisbeschluss aus dem Jahr 2009 entschied der BGH zunächst für die Publikums-GbR, dass ein unmittelbar beteiligter Gesellschafter als natürliches Recht aus dem Vertrag sowie § 716 Abs. 1 BGB, den Anspruch habe, seine Mitgesellschafter zu kennen. Man könne vertraglich kein Recht vereinbaren, anonym zu bleiben, da „das Recht, seinen Vertragspartner zu kennen, […] in jedem Vertragsverhältnis derart selbstverständlich" sei, „dass es nicht wirksam ausgeschlossen werden" könne.[1285] Faktisch könne die Anonymität der anderen Anleger das Recht zur Einberufung außerordentlicher Gesellschafterversammlungen beseitigen, da es für einen Minderheitsgesellschafter zwingend erforderlich sein könne, zur Erreichung des Quorums Mitgesellschafter im Vorhinein zu kontaktieren.[1286] Auch der Datenschutz könne eine Geheimhaltung von Namen und Adresse der anderen Anleger nicht rechtfertigen. Vor einem Missbrauch sei der betroffene Anleger hinreichend durch die gesellschafterliche Treuepflicht geschützt. Eine abstrakte Missbrauchsgefahr rechtfertige ein Geheimhaltungsinteresse jedenfalls nicht.[1287] In späteren Urteilen baut der BGH seine Argumentationslinie aus, indem er jeweils Argumente für ein schutzwürdiges Interesse auf Kenntnis der Mitanleger und gegen ein schutzwürdiges Anonymitätsinteresse der betroffenen Anleger sammelt:

a) Grundrecht auf Kenntnis seiner Mitanleger

So könnten zum Beispiel in der Person eines Anlegers Gründe vorliegen, die die Ausübung des Stimmrechts verbieten. Um beurteilen zu können, ob ein Stimmverbot vorliegt, müssen die übrigen Anleger (Treugeber und echte Kommanditisten) die Identität ihrer Mitanleger kennen. Nur so könnten alle Anleger ihr Recht durchsetzen, dass niemand mit Stimmver-

1285 BGH NJW 2010, 439; vgl. dazu insb. später BGH NZG 2015, 269, 270.
1286 BGH NJW 2010, 439; vgl. auch später BGH ZD 2015, 181, 182.
1287 BGH NJW 2010, 439, 440.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bot an Beschlussfassungen teilnimmt.[1288] Das Gleiche gelte, um kontrollieren zu können, ob andere Anleger ihre gesellschafterliche Treuepflicht verletzen, weil sie etwa Geschäfte treuwidrig an sich ziehen, obwohl aufgrund konkreter Umstände diese bereits dem Geschäftsbereich der Gesellschaft zuzuordnen sind.[1289] Ein schützenswertes Informationsinteresse der Anleger leitet der BGH auch aus dem Umstand ab, dass es für den Anleger von elementarem Wert sei, zu wissen, wie sich der Anlegerkreis zusammensetzt. Nur dann könne er seine Stimmrechte informiert und somit sinnvoll ausüben. Er müsse etwa wissen, wie sich die Machtverhältnisse in der Gesellschaft verteilen und könne aus der Kenntnis bestimmter Anleger deren Stimmverhalten ableiten.[1290]

b) Kein Recht auf Anonymität

Diesen berechtigten Vertragsinteressen könne auch dann kein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse entgegengehalten werden, wenn der Treugeber wie ein echter Kommanditist, aber eben nur treuhänderisch beteiligt, in das Innenverhältnis der Gesellschaft einbezogen werde.[1291] Niemand könne das Recht besitzen, Verträge anonym zu schließen, was auch für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gelte. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG 2003 (nunmehr Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO)[1292] greife letztlich nicht durch, weil der Anleger bei vernünftiger Betrachtung auf die Datenverwendung zur Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte angewiesen sei.[1293] Wird die Kenntnis über einen Mitgesellschafter konkret missbraucht oder droht ein solcher Missbrauch nachweislich, schütze die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und das Schikaneverbot gemäß § 226 BGB hinreichend.[1294] Was die vereinbarte Anonymitätsklausel in den Treuhandverträgen angeht, sei es bei zusätzlichen Innengesellschaften unter den Treugebern bereits abzulehnen, die anderen Treugeber für Dritte im Sinne der Klausel zu halten.[1295]

1288 BGHZ 196, 131, 143.
1289 BGHZ 196, 131, 143 mit Verweis auf BGH ZIP 1989, 986, 987.
1290 BGHZ 196, 131, 144.
1291 BGHZ 196, 131, 147.
1292 Dazu jüngst OLG München NZG 2019, 540.
1293 BGHZ 196, 131, 147; NJW 2010, 439, 440; NZG 2011, 276, 278.
1294 BGH NZG 2011, 276, 279; ZD 2015, 181, 182; NZG 2015, 269, 270.
1295 BGH NZG 2011, 276, 279.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Eine abstrakte Missbrauchsgefahr durch Interessenvertreter wie Anwälte rechtfertige eine Versagung des Auskunftsrechts ebenfalls nicht.[1296] Zum einen hätten diese berufs-, datenschutz- und wettbewerbsrechtliche Konsequenzen zu fürchten und zum anderen träfe dann noch nicht zwingend auch den Anleger der Missbrauchsvorwurf.[1297] Solange keine konkreten Anhaltspunkte vorlägen, die die Annahme rechtfertigten, dass ein Anwalt kollusiv mit dem Anleger dessen Auskunftsrecht zu eigenen Zwecken missbraucht, bestehe noch kein Grund dem Anleger das Auskunftsrecht zu verweigern.

c) Keine Wertungsanalogie zu § 67 Abs. 6 AktG

Die körperschaftliche Strukturierung der Publikums-KG rechtfertige nicht eine analoge Anwendung von § 67 Abs. 6 AktG.[1298] Zwar beschränkt die Regelung den Aktionär auf die Einsichtnahme in seine eigenen Daten im Aktienregister. Jedoch sei die Rechtsstellung des treugebenden Anlegers insoweit nicht mit der eines Aktionärs vergleichbar.[1299] Außerdem gebe es selbst bei Kapitalgesellschaften keinen unbegrenzten Anonymitätsschutz der Kapitalanleger.[1300] Zum Beleg führt der BGH vor allem § 3 WpHG an, dessen Meldepflicht auch den Treugeber treffe,[1301] und zum anderen das Recht der GmbH, welches auch Treuhänder-Gesellschaftern eine Vorenthaltung der Person des Treugebers verbieten können soll.[1302]

2. Informationsansprüche bei konstruierbarer Treugeber-Innen-GbR

Seine Rechtsprechung zur Publikums-GbR[1303] führte der BGH zunächst im Jahr 2011 fort. Der unter den Treugebern und der Treuhandkom-

1296 BGH NJW 2010, 439, 440; vgl. auch BGHZ 196, 131, 141.
1297 BGHZ 196, 131, 148.
1298 BGHZ 196, 131, 142; BGH NZG 2011, 276, 278.
1299 BGH NZG 2011, 276, 278.
1300 BGHZ 196, 131, 142.
1301 BGHZ 196, 131, 142 mit Verweis auf BGHZ 190, 291 und *Assmann/Schneider* WpHG, 6. Aufl., § 22 Rn. 56 ff.
1302 BGHZ 196, 131, 142 mit Verweis auf u.a. Scholz/*Emmerich* GmbHG, 11. Aufl., § 2 Rn. 58a und MüKoGmbHG/*Reichert/Weller* § 15 Rn. 228; vgl. auch später BGH ZD 2015, 181, 182.
1303 BGH NJW 2010, 439.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

manditistin abgeschlossene Treuhandvertrag führte nach Auffassung des Gerichts zur Entstehung einer Innen-GbR unter den Beteiligten.[1304] Gemeinsam verfolgter Zweck sei die Wahrnehmung der Verwaltungsrechte in der Anlegerversammlung der Publikums-KG wie sie im jeweils gleichlautenden Treuhandvertrag zwischen dem einzelnen Anleger und der Treuhandkommanditistin geregelt wurden. Diese Rechte gingen über die Rechte hinaus, die jedem Anleger gegenüber der Treuhandkommanditistin separat zustünden. Die Parteien der Treuhandverträge verpflichteten sich, diesen gemeinsamen Zweck zu fördern. Besondere Förder- und Verwaltungspflichten seien den Treugebern in den Treuhandverträgen zwar nicht auferlegt worden. Dies sei jedoch auch nicht notwendig, da „die aus dem Halten der Beteiligung folgende Verpflichtung, den gemeinsamen Zweck zu fördern", als Beitragspflicht ausreiche.[1305] Dem rechtlich verbindlichen Willen, einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen, stehe das fehlende Bewusstsein, in eine zusätzliche Innen-Gesellschaft einzutreten, solange nicht entgegen, wie die Beteiligten Kenntnis darüber gehabt hätten, mit Abschluss des Treuhandvertrages in ein besonderes Rechtsverhältnis der Anleger untereinander einzutreten.[1306] Handelndes Organ dieser Innen-GbR gegenüber der Publikums-KG sei die Treuhandkommanditistin.[1307] Haben aber die Treugeber eine solche Innen-GbR gebildet, stehe ihnen allerdings auch ein unabdingbares Auskunftsrecht zu Namen und Anschriften ihrer Mitgesellschafter in der Innengesellschaft zu. Dies resultiere aus § 716 Abs. 1 BGB „sowie aus dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vertragsverhältnis als solchem".[1308]

3. Transparenz aus der Natur der Beteiligung

In den Urteilen aus den Jahren 2009 und 2011 musste der BGH den Auskunftsanspruch der Anleger nicht auf die Rechtsnatur des Beteiligungsverhältnisses mittelbarer Anleger in der Treuhandform stützen. Einmal (2009), weil es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelte und somit ein unmittelbarer Anleger Kenntnis von seinem unmittelbaren Mit-

1304 BGH NZG 2011, 276, 277.
1305 BGH NZG 2011, 276, 278 mit Verweis auf MüKoBGB/*Ulmer*/*Schäfer* 5. Aufl., § 706 Rn. 17; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 59 II 4.
1306 BGH NZG 2011, 276, 278.
1307 BGH NZG 2011, 276, 278.
1308 BGH NZG 2011, 276, 277.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gesellschafter verlangte. Und einmal (2011), weil man sich mit der Konstruktion einer Innengesellschaft unter sämtlichen Treugeber-Anlegern zusammen mit der Treuhandkommanditistin behalf und somit wieder an die Rechtsprechung zum unmittelbaren Beteiligungsverhältnis aus dem Jahr 2009 angeknüpft werden konnte.

Dies änderte sich im Jahr 2013 als der BGH schließlich das Auskunftsrecht mittelbar beteiligter Anleger auf deren Beteiligungsverhältnis zur Publikums-KG stützte.[1309] Dabei schloss er sich in der Begründung der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2009 an und stellte fest, dass wegen der unmittelbaren Beteiligung des Treugeber-Anlegers im Innenverhältnis, nichts anderes im zu entscheidenden Fall gelten könne.[1310] Infolge der Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandverhältnis sei „der Kläger über seine schuldrechtliche Beziehung zu der Treuhänderin hinaus entsprechend einem unmittelbaren Gesellschafter in den Gesellschaftsverband einbezogen" worden.[1311] Sei der Gesellschafter aber im Innenverhältnis wie ein unmittelbarer Gesellschafter einbezogen worden, dann müssten ihm insoweit auch die einem solchen nicht entziehbaren Kernrechte zustehen.[1312] In gleicher Weise sei der Treugeber (und jeder andere Anleger) berechtigt kontrollieren zu können, ob jemand mit Stimmverbot an Beschlussfassungen teilnimmt oder rechtswidrig einer Geschäftschance der Gesellschaft nachgeht.[1313] In gleicher Weise sei für den Treugeber wichtig zu wissen, wer an der Publikums-KG tatsächlich beteiligt ist, um sein Stimmrecht informiert und daher sinnvoll ausüben zu können.[1314]

1309 BGHZ 196, 131; so auch später BGH NZG 2015, 269, 270.
1310 BGHZ 196, 131, 135 f. So auch schon im Ergebnis OLG München NZG 2011, 861.
1311 BGHZ 196, 131, 136 mit Verweis auf BGHZ 178, 271; vgl. zur Verzahnungsdoktrin schon S. 35 f. und insb. 155 ff.
1312 Vgl. dazu auch BGH NZG 2011, 276, 279.
1313 BGHZ 196, 131, 143.
1314 BGHZ 196, 131, 144.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Die Ansicht der Literatur

1. Befürwortende Stimmen

Die Rechtsprechung des BGH fand in der Literatur nur eingeschränkt Zustimmung.[1315] *Altmeppen* etwa stimmt der Rechtsprechung nur insoweit zu, als sie sich auf unmittelbare Beteiligungen an einer Publikums-GbR bezieht.[1316] Zwar ergebe sich der Anspruch, anders als der BGH behaupte, aus dem Gesellschaftsvertrag (§§ 705, 133, 157, 242 BGB), in der Sache sei es aber richtig, dass niemand das Recht haben könne einer solchen Gesellschaft anonym beizutreten. Denn wegen ihres personenrechtlichen Charakters gehöre es zu den *essentialia negotii* einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich seinen Mitgesellschaftern offenbaren zu müssen.[1317]

Einen Schritt weiter gehen andere Autoren, und halten auch eine Anonymität unter Treugebern in Publikums-KGs für unhaltbar. So habe es in BGH NZG 2011, 276 eine „planmäßig organisierte Verbindung" unter der Treugebern gegeben, die sich in dem Bestehen einer Treugeber-Versammlung manifestiert hat.[1318] In der gemeinsamen Wahrnehmung der Anlegerrechte sei zudem die gemeinsame Zweckverfolgung zu sehen und die Pflicht diesen Zweck zu fördern reiche aus, um von einer Beitragspflicht auszugehen. Lasse sich eine Innen-GbR konstruieren, sei wiederum die richtige Rechtsprechung zur Publikums-GbR anzuwenden.[1319] *K. Schmidt* hält diese Rechtsprechung sogar weitergehend für eine Bestätigung seiner Theorie von der Innen-KG im Innenverband.[1320] Er geht noch deutliche Schritte weiter und hält bei Publikumsfonds stets eine Eingliederung eines Innenverbandes in der Form einer nicht rechtsfähigen Innen-GmbH & Co. KG in den Innenverband des Fonds für gegeben.[1321]

Auf der dritten Ebene – der uneingeschränkten Offenbarungspflicht bei ausschließlicher Beteiligung an der Publikums-KG – findet die BGH-

---

1315 Grundsätzlich die Rechtsprechung befürwortend, *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1045; *ders*. NZG 2016 1.

1316 *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1325 ff.; *Altmeppen* ZIP 2011, 326, 326 f. (zugl. Anm. zu BGH NJW 2010, 439).

1317 *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1322.

1318 *Priester* ZIP 2011, 697, 700.

1319 *Priester* ZIP 2011, 697, 701.

1320 Dazu ausführlich S. 168 ff.

1321 Vgl. insb. MüKoHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 43 ff. Ferner *ders.* NZG 2016, 641, 642; *ders.* NZG 2016, 4, 6; *ders*. NZG 2014, 881, 883; NZG 2011, 361, 364. Allgemeiner *ders.* ZHR 178 (2014), 10, 40.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsprechung nur noch deutlich reduziert Zustimmung. Im Kern wird dabei vor allem die Anerkennung begrüßt, dass es selbstverständlich sei, den Kreis der eingegliederten stimmberechtigten Mitanleger zu kennen. Dies sei auch vor allem mit Blick auf die Notwendigkeit der sachgerechten und informierten Ausübung eigener Mitgliedschaftsrechte essenziell.[1322] Zum Teil werden jedoch leichte Einschränkungen befürwortet. So soll es zulässig sein, dass das grundsätzlich anlassunabhängige Auskunftsrecht ausnahmsweise von einer plausiblen Darlegung der Notwendigkeit einer Kenntnisnahme abhängig gemacht wird, wenn besonders viele Anlegerdaten begehrt werden.[1323]

2. Kritische Stimmen

Die Mehrheit in der rechtswissenschaftlichen Literatur folgt dem BGH hingegen nicht, oder nur eingeschränkt.

a) Privatautonomie

Ein gemeinsamer Kritikpunkt vieler Gegenansichten ist die von der Rechtsprechung unzureichend gewichtete Privatautonomie der betroffenen Parteien.[1324] Es sei das gute Recht eines Anlegers in einer Publikums-KG, in dieser anonym zu bleiben. Dieser habe sich durch die treuhänderische Beteiligung bewusst gegen die Preisgabe seiner Identität entschieden.[1325] Allerdings wird die Quelle des Willensschutzes unterschiedlich bestimmt. Teilweise sieht man diese in der treuhandvertraglichen Verbindung zum Treuhandkommanditisten verankert.[1326] Den Parteien werde bei der Ge-

1322 Staub/*Casper* HGB, § 161 Rn. 251; *Wiedemann* NZG 2016, 1, 2. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive: *Wehmeyer* PinG 2019, 182, 183 f.

1323 Staub/*Casper* HGB, § 161 Rn. 251.

1324 *Holler* ZIP 2010, 2429, 2430, 2432; *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1588; *Wolfer* NZG 2011, 854, 855; *Markwardt* BB 2011, 643, 648; *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 186; *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 377; *Krämer* FS Blaurock, 225, 230; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 142, 146.

1325 Insb. *Holler* ZIP 2010, 2429, 2430; *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437; *Markwardt* BB 2011, 643, 648; *Adams* Mittelbare Beteiligung, S. 151; *Krämer* FS Blaurock, 225, 230.

1326 *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1326; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1588; *Markwardt* BB 2011, 643, 648.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

staltung ihrer Beteiligungsstruktur von der Rechtsprechung weitgehende Gestaltungsfreiheit eingeräumt. Dann sei es jedoch auch legitim, wenn man bei der Einräumung gesellschaftlicher Rechte und Pflichten Ausnahmen mache. Durch die Verzahnung von Treuhandvertrag und Gesellschaftsvertrag sei es auch unproblematisch, wenn eine solche Anonymitätsklausel nur im Treuhandvertrag untergebracht würde.[1327] Andere verweisen auf die grundsätzlich weitgehende Vertragsfreiheit in der Personengesellschaft. Den Gesellschaftern sei es unbenommen, ihre Realstruktur an die einer Massen-Kapitalgesellschaft anzupassen.[1328]

b) Im Regelfall keine (zusätzliche) Vertragsbeziehung zu Mitanlegern

Auch wird häufig bemängelt, dass unter den treuhänderisch beteiligten Anlegern oft keine Vertragsbeziehung bestehe, worauf ein Anspruch auf Bekanntmachung der Identität gestützt werden könnte. Dabei wird die Rechtsprechung des BGH zur Annahme einer Innengesellschaft unter den Anlegern kritisiert.[1329] Die mittelbaren Anleger träten regelmäßig nicht in gesellschaftsvertragliche Beziehungen untereinander ein; ihnen würde schlicht ein dahingehender Rechtsbindungswille fehlen, sodass der Schluss von einer übergeordneten Zielsetzung auf einen tiefergehenden und folgenreicheren gesellschaftlichen Kooperationswillen eine schlichte Unterstellung sei.[1330]

Auch sei die Annahme eines gemeinsamen Zwecks in der Regel falsch. Dieser sei allenfalls gemeinschaftlicher Natur (Kapitalsammelbecken zur Gewinnerzielung).[1331] Den Anlegern fehle jedwede persönliche Verbindung untereinander; die Ausstattung des Einzelnen mit Rechten und

1327 *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1588. Vgl. auch *Markwardt* BB 2011, 643, 648.

1328 *Holler* ZIP 2010, 2429, 2432.

1329 BGH NZG 2011, 276.

1330 *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1326; *Holler* ZIP 2010, 2429, 2434; *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1583, 1586, 1588; *Wolfer* NZG 2011, 854, 854 f.; *Tassius* Die Innen-KG, S. 83 ff. Vgl. auch *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 378; *Krämer* FS Blaurock, 225, 230 f.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 132.

1331 So insb. *Holler* ZIP 2010, 2429, 2434; *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2438; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 129 f. Ähnlich *Markwardt* BB 2011, 643, 646. Zweifelnd auch *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1326.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Pflichten in der Hauptgesellschaft erfolge nur zweigliedrig.[1332] Und wenn ausnahmsweise eine darüber hinausgehende Anlegerversammlung gebildet werde (dies war in BGH NZG 2011, 276 der Fall), reiche dies allein auch noch nicht aus, um auf eine gemeinsame Zweckverfolgung zu schließen.[1333] Dies gelte erst recht, wenn wie im Fall des BGH der Sinn dieser Versammlung primär darin liegt, mit rechtsverbindlicher Wirkung eine neue Treuhandkommanditistin für den Fall des Ausscheidens der bisherigen Treuhänderin aus der Publikums-KG zu bestellen. Eine kollektive Meinung zur Stimmrechtsausübung in der Hauptgesellschaft solle regelmäßig nicht gebildet werden.[1334]

Schließlich wird problematisch gesehen, dass die in der Person der Treuhandkommanditisten liegende Beteiligung nicht gesamthänderisch gebundenes Vermögen werde.[1335] Folglich könne auch nicht von einer vereinbarten Förderpflicht allein aufgrund des Haltens einer Beteiligung in dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgegangen werden.[1336]

c) Kein berechtigtes Interesse uneingeschränkter Information

Zudem wird mehrheitlich ein uneingeschränktes Informationsrecht in Publikums-KGs für nicht erforderlich und unangemessen gehalten.[1337] Dabei wird regelmäßig auf die Rechtslage in der Aktiengesellschaft hingewiesen. Mit dem neuen § 67 Abs. 6 S. 1 AktG komme zum Ausdruck, dass das Interesse, seine Identität in einer kapitalistischen Massengesellschaft verdeckt zu halten, ebenfalls kernbereichsrelevant geschützt ist. In solchen Gesellschaften werde dem Datenschutz mehr Gewicht eingeräumt, als dies

1332 *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437 f.; *Wolfer* NZG 2011, 854, 854 f.; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1586; *Krämer* FS Blaurock, 231. Vgl auch *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1322, der zugleich einen Verstoß gegen das Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse beklagt.

1333 *Markwardt* BB 2011,643, 647; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1583; *Tassius* Die Innen-KG, S. 86 f.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 129 f.

1334 *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1583.

1335 *Markwardt* BB 2011, 643, 647.

1336 So auch *Tassius* Die Innen-KG, S. 84; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 130 f.

1337 *Holler* ZIP 2010, 2429, 2434; *Markwardt* BB 2011, 643, 647 f.; *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 377; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 264 f.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 142. Ebenfalls kritisch *Grunewald* JA 2011, 881, 883.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in personalistisch geprägten Gesellschaften sei.[1338] Das Interesse einzelner Anleger, sich zur Durchsetzung von Maßnahmen zu verbinden, müsse im Umkehrschluss neu bewertet werden. In diesem Zusammenhang werden hauptsächlich drei Maßnahmen genannt, die einen in der Publikumsgesellschaft gebotenen Ausgleich schaffen könnten, sodass ein uneingeschränktes Informationsrecht schon gar nicht erforderlich sein könne:

Zum einen sei niemand daran gehindert, den Treuhandkommanditisten anzuweisen, bei den übrigen Anlegern für das Vorhaben im Namen des initiierenden Anlegers zu werben. Interessierte Anleger könnten dann auf den jeweiligen Initiator zugehen. Weiterhin sei es möglich, einen Datentreuhänder einzuschalten, der die Namen und Anschriften der jeweiligen anonymen Anleger treuhänderisch erfährt und stellvertretend für den auskunftsbegehrenden Anleger auf diese zugeht. Letztlich könnte eine Plattform nach Vorbild des Aktionärsforums geschaffen werden (§ 127a AktG).[1339]

Ansonsten müsse ein Auskunftsanspruch auf Fälle begrenzt werden, in denen ein berechtigtes und konkretes Interesse auf direkte Mitteilung der Informationen bestehe.[1340] Der Wunsch mit möglichst vielen Mitanlegern in Kontakt zu treten, sei zwar „nachvollziehbar", rechtlich aber unerheblich. Vielmehr müsse der einzelne Anleger wissen, dass er in einer kapitalistischen Publikumsgesellschaft Probleme haben werde, dies zu tun.[1341] Letztlich würde die vom BGH gewählte Bevorzugung des individuellen Interesses auf Kenntnis der Mitanleger Gefahren begünstigen, die von missbräuchlichen Begehren ausgingen.[1342]

1338 *Markwardt* BB 2011, 643, 648; *Holler* ZIP 2010, 2431 ff. (kein gläserner Aktionär); *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 145 f. Vgl auch *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 264.

1339 Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh. § 177a Rn. 72; *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 376 f., 378; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1589; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 264; *Krämer* FS Blaurock, 225, 234 f.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 144 f. Vgl. auch *Adams* Mittelbare Beteiligung, S. 153 (Datentreuhänder).

1340 *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 264. Vgl. auch *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 377.

1341 *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1327.

1342 *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 265.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Datenschutzrechtliche Einwände

Schließlich werden auch spezifische datenschutzrechtliche Bedenken gegen ein anlassunabhängiges Auskunftsrecht erhoben. Zum einen sei die Übermittlung der personenbezogenen Daten nicht erforderlich, um einen Vertrag mit dem anonymen Anleger durchzuführen (heutiger Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DS-GVO).[1343] Zum anderen sei eine Übermittlung auch nicht zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verlangenden erforderlich; jedenfalls aber würden die geschützten Interessen des betroffenen Anlegers überwiegen (heutiger Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO).[1344]

In diesem Zusammenhang wird vielfach auf die besondere Sensibilität der Daten hingewiesen. Mit den Namen und Anschriften des jeweiligen Anlegers seien Rückschlüsse auf Folgeinformationen möglich, die dem Bankgeheimnis unterstünden. Denn typischerweise sei ein Anleger in einer Publikumspersonengesellschaft besonders finanzkräftig.[1345] Zum Teil wird eine Erforderlichkeit der Weitergabe zur Vertragsdurchführung bereits mit dem Fehlen einer vertraglichen Verbindung zwischen dem verlangenden Anleger und dem anonymen Anleger verneint.[1346] In der Sache treffender wird von Anderen auf die allgemein hingenommene Beteiligungsstruktur der Gesellschaft Bezug genommen und darauf verwiesen, dass nach dem Gesellschaftsmodell nun einmal ein Treuhänder die Mitgliedschaft vieler Treugeber abwickeln soll. Zudem sei wegen der vorhandenen Alternativwege[1347] die Übermittlung der Daten nicht erforderlich, um die Gesellschafterrechte auszuüben.[1348] Letztlich könne es daher auch kein (sonstiges) berechtigtes Interesse des Anlegers geben. Ein solches scheitere an den schützenswerten Interessen des anonymen Anlegers, zumal insoweit auch keine Abwägung widerstreitender Interessen vorzunehmen sei, sondern bereits das Vorliegen entgegenstehender Interessen zu

1343 *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437; *Markwardt* BB 2011, 643, 645; *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 185; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 144 f. Kritisch auch *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 265.

1344 *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437 f.; *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 186. Allgemein *Becker* GWR 2009, 395 (zugl. Anm. zu NZG 2010, 317); *Sester/Voigt* NZG 2010 375, 378; *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1327.

1345 *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437; *Markwardt* BB 2011, 643, 645; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 144. Vgl. auch *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 184.

1346 So *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437.

1347 Dazu soeben und ausführlich S. 308.

1348 *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 185.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einem Ausschluss führe. Spätestens aber wegen der mangelnden Erforderlichkeit einer Datenübermittlung müsse auch dieser Erlaubnistatbestand ausgeschlossen werden.[1349]

III. Stellungnahme

1. Die richtige Anspruchsgrundlage

Einleitend muss zunächst untersucht werden, auf welche Rechtsvorschriften sich ein Anleger in einer Publikums-KG überhaupt berufen könnte, um ein Auskunftsrecht bezüglich seiner Mitanleger geltend zu machen. Wegen der Verweissystematik im Personengesellschaftsrecht kommen hier gleich eine Vielzahl von Vorschriften in Betracht. Ihre Anwendbarkeit hängt zum Teil davon ab, ob sich der Anspruch gegen einen Geschäftsführer oder die Gesellschaft als solche richtet.[1350]

Im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommen zunächst die über die Verweisnormen der §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB möglicherweise anwendbaren Vorschriften des § 716 Abs. 1 BGB und des § 713 BGB in Verbindung mit § 666 BGB in Betracht. Weiter kommt § 118 HGB im Recht der offenen Handelsgesellschaft in Betracht, der für Kommanditisten über § 166 HGB eine Anpassung erfährt. Darüber hinaus ist auch ein Informationsrecht als ungeschriebenes Mitgliedschaftsrecht denkbar.[1351] Der allgemeinzivilrechtliche Anspruch auf Einsicht in Urkunden (§ 810 BGB), scheidet von vornherein als richtige Anspruchsgrundlage aus, da die genannten gesellschaftsrechtlichen Vorschriften eine abschließende Regelung haben.[1352]

1349 *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2438 f.; *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 186.

1350 Das ist grundsätzlich etwa der Fall bei § 716 BGB (Palandt/*Sprau* BGB, § 716 Rn. 1) und § 118 HGB (Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 118 Rn. 1). Ausnahmsweise kann bei sachlich berechtigten Gründen ein Anspruch aber auch gegen einen Mitgesellschafter geltend gemacht werden, BGH NZG 2015, 269, 272 m.w.N.

1351 Darauf insb. hinweisend *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1322. Auch der BGH weist auf diese Rechtsquelle hin: vgl. BGHZ 196, 131, 143; NZG 2011, 276, 277.

1352 Palandt/*Sprau* § 809 Rn. 2; Jauernig/*Stadler* BGB, § 811 Rn. 1 („Sondervorschriften").

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) § 716 Abs. 1, beziehungsweise § 118 Abs. 1 HGB

Zunächst ist festzuhalten, dass die Anspruchsgrundlagen des § 716 BGB und § 118 HGB inhaltlich gleichlaufend sind. Letztere Vorschrift ist lediglich auf das handelsrechtliche Umfeld, in dem diese sich befindet, angepasst (Handels- statt Geschäftsbücher, Bilanz statt Übersicht, Jahresabschluss statt Stand des Gesellschaftsvermögens).[1353] Dennoch wäre § 716 BGB nach wie vor eine relevante Anspruchsgrundlage, wenn, wie insbesondere in BGH NZG 2011, 276 geschehen, unter den stillen Kommanditisten eine zusätzliche Innen-GbR festzustellen wäre. Rekurriert man auf die organisatorische Eingliederung der Anleger in die Hauptgesellschaft – etwa, weil eine Innen-GbR nicht begründbar ist –, würde § 716 Abs. 1 BGB durch § 118 Abs. 1 HGB verdrängt werden.[1354] Die Vorschrift ist unproblematisch auch zugunsten und zulasten von nur in das Innenverhältnis einbezogenen stillen Kommanditisten anwendbar, da sie das gesellschaftliche Innenverhältnis regelt.[1355] Zwar richtet sich der Anspruch grundsätzlich gegen die Gesellschaft selbst und wird vorprozessual durch ihre geschäftsführenden Organe erfüllt.[1356] Eine Ausnahme davon ist jedoch zu machen, wenn ohne eine Auskunft von einem Mitgesellschafter keine Klarheit über die Verhältnisse gewonnen werden kann.[1357]

Es wurde jedoch in der Literatur darauf hingewiesen, dass diese Vorschriften für das Begehren, die Identität von anonymen Mitanlegern aufzudecken, von vornherein ungeeignet seien, da es sich dabei nicht um eine „Angelegenheit der Gesellschaft" handele.[1358] Zudem sei das in diesen Vorschriften verankerte Kontrollrecht der Gesellschafter nicht in der Lage, ein solches Auskunftsbegehren zu tragen.[1359] Dem ist jedoch nicht zuzustimmen.[1360] Der Tatbestand der „Angelegenheiten der Gesellschaft" ist weit und die Person des (stillen) Anlegers ist sehr wohl eine Angelegenheit der

1353 Westerman/Wertenbruch/*Wertenbruch* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20, § 22 Rn. 437a, 442; MüKoHGB/*Enzinger* § 118 Rn. 4; Baumbach/Hopt/*Roth* § 105 Rn. 16.

1354 *Wolfer* NZG 2011, 854. Vgl. auch Staub/*Schäfer* HGB, § 105 Rn. 63.

1355 Dazu ausführlich S. 234 f.

1356 Westermann/Wertenbruch/*Wertenbruch* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20, § 22 Rn. 439c.

1357 Vgl. Nachweise in Fn. 1350.

1358 *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1322; *ders*. ZIP 2011, 326; *Priester* ZIP 2011, 697, 700.

1359 *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1322.

1360 Wie hier BGH NJW 2010, 439; 2011, 921; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 118 Rn. 3; Henssler/Strohn/*Finckh* HGB, § 118 Rn. 3, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gesellschaft. Dies gilt vor allem mit Blick auf die mittelbare Haftung der stillen Anleger,[1361] die zum Innenregressanspruch bei anderen mittelbaren Anlegern nach Tilgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten führen kann (§ 426 BGB analog).[1362] Der Hinweis auf die nur mittelbare Außenhaftung gelingt daher nicht.[1363] Zudem muss jeder Anleger vorbehaltlich eines anzuerkennenden Anonymitätsschutzes grundsätzlich dazu in der Lage sein, sein Stimmrecht informiert und sinnvoll auszuüben, erforderliche Mindestquoren für außerordentliche Anlegerversammlungen zu initiieren oder das rechtmäßige Verhalten seiner Mitanleger zu überprüfen (Stimmrechtverbote oder Treupflichtverstöße). Diesbezüglich ist daher dem BGH uneingeschränkt zuzustimmen.[1364]

b) Besonderheit in der Kommanditgesellschaft (§ 166 HGB)

Diese Rechtslage erfährt noch einmal eine signifikante Modifikation im Recht der KG. Gemäß § 166 Abs. 1 HGB steht dem Kommanditisten zunächst nur das Recht zu, „die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen". § 166 Abs. 2 HGB stellt negativ formuliert dann noch einmal klar, dass „die in § 118 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte […] dem Kommanditisten nicht zu[stehen]". Davon macht § 166 Abs. 3 eine Rückausnahme, wenn „wichtige Gründe" vorliegen. Dann kann auf Antrag ein Gericht anordnen, dass unter anderem „sonstige Aufklärungen" mitgeteilt werden. Weil § 166 HGB systematisch eine einschränkende Spezialregelung zu § 118 HGB darstellt (vgl. § 166 Abs. 2 HGB), ist der Begriff der sonstigen Aufklärung so auszulegen, dass darunter auch die Angelegenheiten der Gesellschaft im Sinne des § 118 Abs. 1 HGB fallen. Wie gezeigt, fällt darunter auch die Identität der Mitanleger.

Es wird jedoch vertreten, und insbesondere der BGH nimmt diesen Standpunkt ein, dass dies zu eng gefasst sei. Es sei das natürliche Recht eines Gesellschafters, und zwar auch eines als (mittelbaren) Kommanditisten

---

1361 Vgl. die Argumentation bei *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 375 f. in Bezug auf unmittelbare Beteiligungen.

1362 Die analoge Anwendbarkeit von § 426 BGB bejahend BGHZ 207, 54.

1363 So aber *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1322. Insoweit ist auch *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 378 zu widersprechen.

1364 BGHZ 196, 131, 143. Vgl. auch BGH NZG 2015, 269; 2011, 276; *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 376.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beteiligten, seine Mitanleger zu kennen.[1365] Auch dem ist grundsätzlich zuzustimmen, ohne damit die Frage der Abdingbarkeit dieses Rechts aufzugreifen.[1366] Das Recht eines (stillen) Kommanditisten, seine Mitanleger zu kennen, auf Fälle zu beschränken, in denen ein wichtiger Grund vorliegt, würde dem Umstand nicht gerecht werden, dass der Gesetzgeber bei der Fassung der Norm wohl schlicht nicht an die Notwendigkeit gedacht hatte, ein solches Auskunftsrecht bedingungslos festzuschreiben. Er hatte das Leitbild einer durch enge Beziehungen geprägten Personengesellschaft vor Augen.[1367] Erst recht hatte er dabei zudem das Bild eines im Handelsregister aufgeführten Außenkommanditisten vor Augen. Dem Gesetzgeber fehlte somit schlicht das Bewusstsein für die Notwendigkeit einer dahingehenden Klarstellung.[1368] Folglich ist § 166 HGB so auszulegen, dass das Recht auf Kenntnis seiner Mitanleger unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes besteht.

c) § 713 BGB in Verbindung mit § 666 BGB

Schließlich ist auch der Auskunftsanspruch gemäß § 713 BGB in Verbindung mit § 666 BGB in Betracht zu ziehen.[1369] Mangels anderslautender handelsrechtlicher Vorschriften ist diese Anspruchsgrundlage auch auf die offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft anwendbar (vgl. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB).[1370] Dennoch ist sie für den Zweck der Auskunft über die Identität von treugebenden Mitanlegern nur von geringem Nutzen.

Zunächst richtet sich der Anspruch gegen den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713 BGB). In der Regel ist der Treuhandkommanditist aber kein Geschäftsführer der Publikums-KG.[1371] Diese Anspruchsgrundlage wird dann nur noch nützlich sein, wenn unter den stillen Anlegern und dem Treuhandkommanditisten eine gesonderte Innen-GbR besteht. Denn zu Recht hat etwa das OLG Hamburg in Übereinstimmung mit der Auf-

---

1365 BGHZ 196, 131, 143; NZG 2011, 276, 277.
1366 Dazu S. 302 ff.
1367 Vgl. *Markwardt* BB 2011, 643, 644.
1368 Ähnlich MüKoHGB/*Grunewald* § 166 Rn. 13 ff.; Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 166 Rn. 11; Oetker/*Oetker* HGB, § 166 Rn. 14 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Weipert* HGB, § 166 Rn. 166.
1369 Vgl. OLG Hamburg NZG 2010, 1342; LG Aachen NZG 2010, 1339, 1341.
1370 Vgl. nur Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, § 114 Rn. 14.
1371 Dazu S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fassung des LG Hamburg angenommen, dass in diesem Fall der Treuhandkommanditist geschäftsführendes Organ dieser Innen-GbR ist.[1372]

In diesem Fall ist aber weiter problematisch, dass Anspruchsinhaber nur die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sind.[1373] Das schließt zwar eine Geltendmachung durch den einzelnen (Innen-)Gesellschafter im Rahmen der *actio pro socio* nicht aus.[1374] Dem Auskunftsanspruch kann aber das Schikaneverbot aus § 226 BGB und das Verbot unzulässiger Rechtsausübung aus § 242 BGB entgegengehalten werden, wenn eine Auskunft über die Identität der anonymen Mitanleger zugunsten des gesamten Gesellschafterkreises nicht erforderlich und zumutbar ist.[1375] Weil Anspruchsinhaber die Gesellschaftergesamtheit ist, muss dieses legitime Auskunftsinteresse auch tatsächlich zu ihren Gunsten bestehen. Zudem stehen jedem einzelnen Gesellschafter bereits die Auskunfts- und Informationsrechte aus §§ 716, 721 BGB zu, was gegen eine Erforderlichkeit sprechen kann. Ein vernünftiges Interesse der Gesellschaftergesamtheit an einer Auskunft über die Identität sämtlicher anonymer Anleger wird daher in der Regel schwerer zu begründen sein als das individuelle Interesse eines einzelnen Gesellschafters.[1376]

d) Ungeschriebenes Recht sui generis

Der Rechtsprechung stellt neben den genannten Vorschriften auch auf ein ungeschriebenes Recht jedes Gesellschafters ab, seine Mitgesellschafter zu kennen.[1377]

Entgegen der Ansicht des BGH darf im Anwendungsbereich der vorgenannten Vorschriften jedoch nicht ohne weiteres auf ein ungeschriebenes Grundrecht auf Kenntnis seiner Mitanleger ausgewichen werden. Damit

1372 OLG Hamburg NZG 2010, 1342, 1343.
1373 Palandt/*Sprau* BGB, § 713 Rn. 5; Erman/*Westermann* BGB, § 713 Rn. 3; MüKoBGB/*Schäfer* § 713 Rn. 8 f.; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 713 Rn. 6; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB, § 713 Rn 7; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 141.
1374 Palandt/*Sprau* BGB, § 713 Rn. 5; MüKoBGB/*Schäfer* § 713 Rn. 8; Erman/*Westermann* BGB, § 713 Rn. 3; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 713 Rn. 6.
1375 Vgl. BGH WM 1984, 1164; Palandt/*Sprau* BGB, § 666 Rn. 1.
1376 Erman/*Westermann* BGB, § 713 Rn. 3; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003), § 713 Rn. 8.
1377 BGH NJW 2010, 439; vgl. dazu insb. später BGH NZG 2015, 269, 270.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wird die Diskussion um die Abdingbarkeit dieses Rechts verfälscht.[1378] Denn wenn man, wie der BGH es zurecht tut, § 716 Abs. 1 BGB beziehungsweise § 118 Abs. 1 HGB insoweit für anwendbar hält, muss auch eine hinreichende Begründung geliefert werden, warum entgegen des Wortlauts von § 716 Abs. 2 BGB beziehungsweise § 118 Abs. 2 HGB dieses Recht nicht gesellschaftsvertraglich einschränkbar ist. Die Vorschriften sind Spezialregelungen und dürfen nicht einfach über ungeschriebene Grundsätze umgangen werden. Dasselbe gilt auch im Falle von § 166 HGB. Wenn das (grundsätzlich bedingungslos zustehende) Recht, seinen Mitanleger zu kennen, der Grundnorm des § 118 Abs. 1 HGB entspringt, dann wäre es auch insoweit falsch, die Diskussion über eine etwaige Einschränkbarkeit dieses Rechts (§ 118 Abs. 2 HGB) dadurch zu umgehen, dass man parallel dazu ein ungeschriebenes Recht auf Kenntnis seiner Mitanleger annimmt.

2. Ausgangspunkt: Recht auf Anonymität

Alle demzufolge in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen für einen Auskunftsanspruch bieten Einfallstore für eine mögliche Verkürzung des Rechts auf Kenntnis seiner Mitanleger. § 716 Abs. 2 BGB und § 118 Abs. 2 HGB stellen klar, dass die jeweiligen Auskunftsansprüche bis zum Grad des Verdachts auf unredliche Geschäftsführung abdingbar sind.[1379] § 166 Abs. 2 und 3 HGB schließen den Kommanditisten ohnehin weitgehend vom Informationsrecht aus. Zwar wurde eben festgestellt, dass wegen der historischen Vorstellung des Gesetzgebers, das Informationsrecht des Kommanditisten über die Identität von Mitanlegern entgegen dem Wortlaut des § 166 Abs. 2 HGB nicht grundsätzlich nicht besteht. Jedoch muss dann erst recht angenommen werden, dass sein Informationsrecht entsprechend zu § 118 Abs. 2 HGB ebenfalls verkürzt werden kann. Letztlich stellt auch § 713 BGB klar, dass im Gesellschaftsvertrag etwas anderes vereinbart werden kann. Wenn auch mit gesellschaftsrechtlicher statt auftragsrechtlicher Begründung, kann also der Aussage von *Altmeppen* zugestimmt werden: Wird vereinbart, dass ein Anleger in einer Publikums-KG als solcher auch gegenüber seinen Mitanlegern anonym bleibt, „hat [der Anleger] das

1378 Dazu direkt im Anschluss.

1379 Auf die Disponibilität in diesem Zusammenhang weisen vor allem hin: *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1322; *Priester* ZIP 2011, 697, 700; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 264; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 141 f.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht zunächst auf seiner Seite".[1380] Nicht die Anonymität muss sich dann bewähren, sondern umgekehrt das Außerachtlassen dieser Vereinbarung.

Der Gegenansicht kann daher nicht gefolgt werden. Sie geht, wie gezeigt, von einer falschen Ausgangslage aus: Grundsätzlich sei der Mitgliederkreis in jeder Gesellschaftsform transparent. Nur die aktienrechtliche Neuregelung in § 67 Abs. 6 S. 1 AktG habe diesen Grundsatz durchbrochen.[1381] Das entspricht, wie gerade gesehen, schon nicht der personengesellschaftsrechtlichen Gesetzeslage. Auch kann kein allgemeiner Grundsatz erkannt werden, nachdem es kein Recht gibt, vor seinem Vertragspartner anonym zu bleiben.[1382] Die Rechtstatsächlichkeit zeigt gerade etwas anderes. In vielen täglich geschlossenen Verträgen bleibt die Identität der anderen Vertragspartei gewollt unbekannt – und zwar bei einmaligen Schuldverhältnissen und Dauerschuldverhältnissen.[1383] In Vertragskonstellationen, bei denen die Identität für die Durchführung des Vertrags von keiner wesentlichen Bedeutung ist, ist ein (vertraglich vereinbarter!) Anonymitätsschutz der jeweiligen Vertragspartei auch rechtlich zulässig.

Dies ist beim Beitritt in eine Publikums-KG der Fall. Denn der Hauptzweck eines Anlegers ist die gewinnbringende Platzierung von Kapital. Er überlässt seine Einlage der Verwaltung eines aus seiner Sicht kompetenten Kapitalverwalters. Mit der Kapitalverwaltung, wie auch der allgemeinen Gesellschaftsverwaltung, will der Anleger folglich so wenig wie möglich, bestenfalls überhaupt nicht, befasst werden. Die Kenntnis seiner Mitanleger ist ihm folglich ebenfalls grundsätzlich egal.[1384]

Dabei soll nicht das Missverständnis entstehen, dass bei fehlender Regelung im Gesellschaftsvertrag im Zweifel kein Recht auf Kenntnis der anderen Gesellschafter bestehen soll. Das Gegenteil ist der Fall – in diesem Zusammenhang wurde eben festgestellt, dass § 166 Abs. 2 und 3 HGB in der kapitalistischen Publikums-KG einschränkend so auszulegen ist, dass es grundsätzlich keines wichtigen Grundes bedarf, Auskunft über seine Mitanleger zu erhalten.[1385] Das gilt aber nur für den Grundfall. Aufgrund

---

1380 *Altmeppen* ZIP 2011, 326, 327 (zugl. Anm. zu BGH NZG 2011, 276); vlg. auch *Priester* ZIP 2011, 697; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1586; *Krämer* FS Blaurock, 225, 229 f.

1381 So zusammenfassend *Priester* ZIP 2011, 697, 700.

1382 *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 376; *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 186. Vgl. auch Palandt/*Ellenberger* BGB, 69. Aufl. (2010), Einf v. § 145 Rn. 3.

1383 Vgl. *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 186.

1384 Vgl. insb. *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 376; *Wolfer* NZG 2011, 854, 855.

1385 Dazu S. 299.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Disponibilität gesellschaftsrechtlicher Auskunfts- und Informationsansprüche muss eine Anonymitätsklausel zunächst einmal Wirksamkeit behalten und darf nicht grundsätzlich unzulässig sein.

Auch geht es hier noch nicht um die Frage, ob es unter besonderen Umständen selbst in einer kapitalistischen Personengesellschaft mit Anonymitätsschutz der Anleger erforderlich sein kann, von diesem Schutz wieder Rückausnahmen zu machen.[1386] Es geht vielmehr um die Frage, ob die Möglichkeit besteht, in eine Personengesellschaft anonym einzutreten oder ob die Privatautonomie insoweit von vornherein eingeschränkt sein soll, sodass immer ein anlassunabhängiges Recht auf Kenntnis seines Mitanlegers besteht. Letzteres ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Fall. Wird ein Anonymitätsschutz zugunsten eines (stillen) Anlegers in einer Publikums-KG vereinbart, kann kein anlassunabhängiges Begehren auf Bekanntgabe der Identität dieses Anlegers gewährt werden.

3. Bestätigung durch aktienrechtliche Wertungen

Es ist anerkannt, dass die Gesellschafter einer Personengesellschaft ihr Innenverhältnis an die tatsächlichen Gegebenheiten anpassen können.[1387] Das Sonderrecht der Publikumspersonengesellschaften reagiert dabei durch die gezielte und sachgerechte Anpassung des anzuwendenden Rechts. So sind etwa korporative Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag satzungsgleich, das heißt objektiv auszulegen oder Vorschriften einer Inhaltskontrolle, die sich am AGB-Recht orientiert, zu unterziehen.[1388] Früh hat der BGH zum Beispiel auch Einschränkungen bei der Anwendbarkeit des Bestimmtheitsgrundsatzes gemacht, mit der Begründung, dass eine Publikumspersonengesellschaft die Eigenart aufweist, als Kapitalsammelbecken zu fungieren.[1389]

a) Ratio des § 67 Abs. 6 AktG

Es stellt sich also zurecht die Frage, ob die rechtliche Anerkennung eines vereinbarten Anonymitätsschutzes in einer Publikums-KG nicht auch

1386 Dazu S. 312 ff.
1387 Vgl. BGHZ 10, 44, 50; vgl. auch BGHZ 196, 131, 136; NZG 2015, 269, 270.
1388 Dazu ausführlich S. 132 ff.
1389 BGHZ 66, 82, 85 f.; 69, 160; 71, 53, 58.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vor dem Hintergrund einer kapitalistischen Realstruktur geboten ist. Wie schon erwähnt, wurde in diesem Zusammenhang vielfach auf die aktienrechtliche Vorschrift des § 67 Abs. 6 S. 1 AktG verwiesen.[1390] Vor ihrer Einführung durch das NaStraG[1391] war es jedem Aktionär möglich, umfassend in das damals als Aktionärsbuch bezeichnete Register Einsicht zu nehmen (vgl. § 67 Abs. 5 AktG a.F.).[1392] Das war bei der Bevölkerung auf Sorge und Unmut gestoßen und wurde schließlich auch vom Gesetzgeber datenschutzrechtlich als verfehlt angesehen.[1393]

Das Recht zur Einsichtnahme in das Aktienregister wurde daher auf die zur eigenen Person eingetragenen Daten verkürzt. § 67 Abs. 6 S. 2 AktG macht deutlich, dass dieses Recht bei börsennotierten Gesellschaften nicht und bei nichtbörsennotierten Gesellschaften nur durch Satzungsregelung gelockert werden kann. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bei dieser Abstufung eine gezielte Interessenabwägung vorgenommen hat: Aktionäre in einer „kleinen AG" hätten „häufig ein legitimes Interesse daran, vollständig über den Gesellschafterkreis und jede Veränderung informiert zu sein".[1394] Im Umkehrschluss ist dieses Interesse in einer Publikums-AG in der Regel nicht legitim. Dies gilt nach der Einschätzung des Gesetzgebers vor allem für börsennotierte AGs. Aber auch das Auskunftsinteresse von Anlegern in „großen" nichtbörsennotierten AGs ist grundsätzlich nicht schutzwürdig. Bei ihnen ist keine Möglichkeit einer kapitalmarktrechtlichen Transparenz über das WpHG gegeben; dennoch soll ein anlassunabhängiger Auskunftsanspruch nur bei entsprechender Satzungsregelung bestehen.

b) Übertragung auf die Publikumspersonengesellschaft

Diese Wertung gilt nicht nur für die AG. Insbesondere sind die Überlegungen nicht – wie der BGH und die ihm folgende Literatur behauptet – aktienrechtsspezifischer Natur.[1395] Diese Einschränkung kann nicht den

1390 So insb. *Markwardt* BB 2011, 643, 648; *Holler* ZIP 2010, 2431 ff. (kein gläserner Aktionär). Vgl. auch *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 264.

1391 Gesetz vom 18.01.2001 – Bundesgesetzblatt Teil I 2001 Nr. 4 24.01.2001 S. 123.

1392 Vgl. auch *Priester* ZIP 2011, 697, 699.

1393 Vgl. Stellungnahme des Handelsrechtsausschuss DAV abgedr. in: NZG 2000, 443, 445.

1394 BT-Drs. 14/ 4051, S. 11.

1395 So aber BGHZ 196, 131, 142; BGH NZG 2011, 276, 278; *Priester* ZIP 2011, 697, 700. Wie hier *Markwardt* BB 2011, 643, 648; *Holler* ZIP 2010, 2431 ff.;

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gesetzesmaterialien entnommen werden. Wie gezeigt nimmt die Begründung in Bezug auf die Schutzwürdigkeit des auskunftsbegehrenden Anlegers ausschließlich Bezug auf die Publikumsstruktur der Gesellschaft. Nur der Anleger in einer personalistisch geprägten Gesellschaft könne regelmäßig ein legitimes Interesse auf anlassunabhängige Auskunft über seine Mitanleger haben. Das lässt sich auch auf personengesellschaftsrechtliche Strukturen übertragen.[1396] Wie schon erwähnt tritt ein Anleger hier regelmäßig mit der Erwartung ein, nicht mit der Anlagenverwaltung befasst zu werden. Erst recht hält er es mit seinem Beitritt zunächst auch nicht für erforderlich, überhaupt einmal mit seinen Mitanlegern in Kontakt treten zu müssen. Wird dann zusätzlich gesellschaftsvertraglich vereinbart, dass die Namen und Anschriften der einzelnen (stillen) Anleger nicht an Mitanleger herausgegeben werden dürfen, ohne dass der Betroffene der Datenverarbeitung zuvor zugestimmt hat, ist darin ein legitimes und achtenswertes Anonymitätsinteresse zu sehen. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Außenkommanditist über das Handelsregister identifizierbar ist und dies daher auch beim stillen Kommanditisten gelten muss. Denn die Informationen im Handelsregister sind dem Gläubigerschutz gewidmet.[1397] Dass gegebenenfalls auch ein Mitanleger über diesen Weg an die erforderlichen Informationen über andere Anleger kommen kann, ist ein für diesen positiver Nebeneffekt, der aber nicht zu einer anderen rechtlichen Bewertung führen kann. Dies gilt umso mehr, als dass jeder Anleger Anfangs weiß, dass er in eine Gesellschaft investiert, in der der Anlegerkreis intransparent ist.

Weist der BGH darauf hin, dass eine Wertungsanalogie auch deshalb nicht gelingt, weil die Identität des Aktionärs ebenfalls nicht grenzenlos gewährleistet ist und etwa durch kapitalmarktrechtliche Transparenzvorschriften gelockert würde, ist dies kein den Anonymitätsschutz schwächendes Argument, sondern vielmehr ein Argument für die hier vertretene Ansicht. Denn was nicht vertreten wird, ist dass unter keinen Umständen eine konkrete Auskunft über stille Mitanleger in einer Publikums-KG verlangt werden kann. Aber wenn ein Anonymitätsschutz gesellschaftsvertraglich vereinbart wurde, bedarf es eines konkreten Anlasses, der eine

---

Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani ZD 2014, 182, 183, 185; *Schürnbrand* ZGR 256, 264; *Krämer* FS Blaurock, 225, 231 ff.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 145 f.

1396 Wie hier insb. auch *Krämer* FS Blaurock, 225, 233 f.

1397 So insb. auch *Wolfer* NZG 2011, 854, 855.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Relativierung dieses Anonymitätsschutzes rechtfertigt.[1398] Das ist auch die Rechtslage im Kapitalmarktrecht. Der rechtfertigende Anlass ist dort die veränderte Beteiligungsstruktur durch etwa die Akkumulation von Stimmrechten (vgl. § 40 Abs. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und § 38 Abs. 1 S. 1, § 39 Abs. 1 S. 1 WpHG).

4. Keine Erforderlichkeit

Der BGH und die ihm folgende Literatur hält eine Anonymitätsklausel in Publikums-KGs auch und vor allem mit der Begründung für rechtsunwirksam, dass ein Anleger sein Stimmrecht sonst nicht informiert und sinnvoll ausüben könne. Dazu sei es essenziell, zu wissen wie sich der Anlegerkreis zusammensetzt, um den Ausgang von Abstimmungen abschätzen zu können.[1399] Auch würde sonst regelmäßig das Recht, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einzuberufen, für Minderheitsgesellschafter faktisch beseitigt werden. Gerade ein Minderheitsgesellschafter sei darauf angewiesen, Mitgesellschafter im Vorhinein zu kontaktieren, um das erforderliche Quorum zu erreichen.[1400]

Dem ist ebenfalls nicht zuzustimmen. Hier wird mit anderen Worten unterstellt, dass es kein milderes, gleichgeeignetes Mittel als ein anlassunabhängiges Auskunftsrecht gäbe, um jedem Anleger in einer Publikumspersonengesellschaft mit anonymen Anlegern die Möglichkeit zu eröffnen, sein Stimmrecht sachgerecht ausüben zu können. In diesem Zusammenhang ist zunächst abzulehnen, dass es für eine sachgerechte Wahrnehmungsmöglichkeit des Stimmrechts zwingend erforderlich ist, die Zusammensetzung des Anlegerkreises zu kennen. Diese Möglichkeit besteht auch nicht für den mit einem Anleger in einer Publikums-KG vergleichbaren Aktionär in einer AG, in der nicht von § 67 Abs. 6 S. 1 AktG abgewichen wurde und dessen Anlegerstruktur auch nicht über kapitalmarktrechtliche Transparenzvorschriften offenkundig ist. Es leuchtet nicht ein, einen Anleger in einer wesensgleichen Publikums-KG besser zu stellen. Schließlich ist er mit Wissen um diese Komplikation beigetreten.[1401]

1398 So insb. auch *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 146.
1399 BGHZ 196, 131, 144.
1400 BGH NJW 2010, 439; vgl. auch später BGH ZD 2015, 181, 182.
1401 *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1327. Auf eine hinzunehmende informationelle Schlechterstellung weisen auch *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1588 hin.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Mildere Mittel

Allerdings kann es das berechtigte Interesse eines Anlegers sein, Maßnahmen zur Beendigung einer schlechten Geschäftsführung oder Anlagenverwaltung zu ergreifen. Das effektivste Mittel dazu ist die Einberufung einer außerordentlichen Anlegerversammlung und in diesem Zusammenhang das Bewerben einer entsprechenden gesellschaftlichen Maßnahme bei anderen Anlegern. Dieses Bedürfnis besteht vor allem in der Unternehmenskrise und kann signifikante Vermögensverluste verhindern. Jedoch erfordert auch dieses Interesse kein Auskunftsrecht über Namen und Anschriften sämtlicher anonymer Mitanleger. Wie bereits ausgeführt, gibt es drei Wege, die jedem Anleger eröffnet werden können, um die genannten Ziele in gleich geeigneter Weise zu verwirklichen.[1402] Gemeint ist die Anweisung des Treuhandkommanditisten, im Namen des jeweiligen Anlegers auf die anonymen Anleger zuzugehen, die Einsetzung eines Datentreuhänders und die Einrichtung eines Anlegerforums nach dem Vorbild von § 127a AktG.[1403]

b) Insbesondere: Das Anlegerforum

Insbesondere ein Anlegerforum würde dabei eine verhältnismäßige Alternative zum Auskunftsanspruch darstellen, die nicht nur das Interesse auf Anonymität der Anleger bewahrt, sondern zugleich in der Sache auch effizienter wäre, als die bloße Herausgabe der Anlegeridentität.[1404] Es könnte besonders einfach mit den heutigen technischen Möglichkeiten, die das Internet bietet, umgesetzt werden. Analog zu § 127a AktG und zur Aktionärsforumsverordnung (AktFoV) wäre eine digitale Plattform einzurichten, auf der die Anregung zur Einberufung einer außerordentlichen Anlegerversammlung oder zur bestimmten Ausübung des Stimmrechts in einer Gesellschafterversammlung in zeitlicher Reihenfolge einzupflegen wären. Durch technische Einrichtungen analog zu § 3 AktFoV (Registrie-

1402 Wie hier insb. auch Baumbach/Hopt/*Roth* HGB, Anh. § 177a Rn. 72; *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 376 f., 378; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1589; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 264; *Krämer* FS Blaurock, 225, 234 f. Vgl. auch *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 185.

1403 Dazu schon S. 307 ff.

1404 Insoweit wird *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1588 widersprochen, die von einer weniger effektiven Willensbildung durch die vorhandenen Alternativen ausgehen.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rung und Zuteilung eines Benutzernamens und eines Kennworts) könnte auch vor missbräuchlicher Verwendung geschützt werden. Vor allem aber eröffnete ein digitales Anlegerforum die Möglichkeit für jeden Anleger, sich umfassend über die entsprechende Aufforderung zu informieren. Über die erforderlichen Mindestangaben nach § 127a Abs. 2 AktG analog hinaus, könnten über das digitale Forum weiterführende Begründungen des Auffordernden oder Stellungnahmen des von der Aufforderung Betroffenen zugänglich gemacht werden (Vgl. § 127a Abs. 3 und 4 AktG sowie § 5 AktFoV).

Der einzige aus Sicht des auskunftsbegehrenden Anlegers bestehende Nachteil eines digitalen Anlegerforums bestünde in der fehlenden Möglichkeit, durch den persönlichen Kontakt mit den anonymen Anlegern, den emotionalen Entscheidungsdruck zu eigenen Gunsten zu erhöhen. Warum der Anleger aber darauf einen Anspruch haben sollte, leuchtet nicht ein, zumal er mit Wissen um die Anonymität der anderen Anleger beigetreten ist.[1405] Zudem ist es gerade auch diese persönliche Kontaktaufnahme, die ein Anleger in legitimer Weise vermeiden will, wenn er anonym beitritt. Letztlich macht diese fehlende Kontaktmöglichkeit die Alternative des Anlegerforums – insbesondere in Kombination mit der Möglichkeit, einen Datentreuhänder einzuschalten oder den Treuhandkommanditisten entsprechend anzuweisen – nicht weniger geeignet als einen umfassenden Auskunftsanspruch, sondern aus den genannten Gründen eher besser geeignet.

5. Datenschutzrechtliche Unzulässigkeit

a) Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO (Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung)

Die maßgebliche Vorschrift zur Beurteilung der datenschutzrechtlichen Legitimität des Auskunftsrechts ist Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO.[1406] Art. 6 Abs. 1 DS-GVO konkretisiert Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO, wonach personenbezogene Daten „auf rechtmäßige Weise" verarbeitet werden müssen.[1407] Genau wie schon Art. 7 DS-RL folgt die Vorschrift dem Ansatz

1405 Vgl. insb. *Wolfer* NZG 2011, 854, 855; *Holler* ZIP 2010, 2429, 2432; *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 265 f.

1406 Vgl. Schaffland/Wiltfang/*Schaffland/Holthaus* DS-GVO, Losebl., EL 2/20, Art. 6 Rn. 1.

1407 Ehmann/Selmayr/*Heberlein* DS-GVO, Art. 6 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt.[1408] Nach der daher eng auszulegenden[1409] Erlaubnisvorschrift des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist eine Verarbeitung unter anderem rechtmäßig, wenn „die Verarbeitung […] für die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, [erforderlich ist]". Eine Verarbeitung (hierzu gehört auch die Offenlegung durch Übermittlung, Art. 4 Nr. 2 DS-GVO) ist nur dann für die Erfüllung eines Vertrages erforderlich, „wenn sie für die Erfüllung der konkreten Vertragszwecke notwendig und nicht nur nützlich ist".[1410] Dabei wird selbstverständlich eine rechtmäßige Zweckbestimmung vorausgesetzt,[1411] die sich nach der Gesetzessystematik wiederum nach den Grundsätzen des Art. 5 DS-GVO zu orientieren hat.[1412]

In diesem Zusammenhang spielt insbesondere die Sensibilität der Daten im konkreten Fall eine wichtige Rolle.[1413] Diese begründet sich mit den zusätzlichen Informationen, die jemand mittelbar erlangt, wenn er Auskunft über die Identität eines Fondsanlegers erhält. Die unmittelbaren Informationen lassen Rückschlüsse auf eine besondere Finanzkraft des jeweiligen Anlegers zu, sowie die Tatsache, dass jemand Einkünfte durch ein Investment in ein bestimmtes Anlagevehikel erzielt und vermutlich hohe Steuerschulden hat.[1414] Ferner spielt in diesem Zusammenhang eine Rolle, dass die anonymen Anleger mit der legitimen Erwartung beigetreten sind, sich ihren Mitanlegern nicht offenbaren zu müssen. Auf der anderen Seite wusste jeder Anleger, dass es Mitanleger gibt, die sich bewusst gegen die Preisgabe ihrer personenbezogenen Daten entschieden haben. Letztlich muss auch dem nur kapitalistischen Gesellschaftsmodell (Sammlung und Bereitstellung von Anlagekapital zur Erzielung von Erlösen) Rechnung getragen werden.[1415] Die jeweilige datenschutzrechtliche Relevanz ergibt

---

1408 Ehmann/Selmayr/*Heberlein* DS-GVO, Art. 6 Rn. 1; Schaffland/Wiltfang/*Schffland/Holthaus* DS-GVO, Losebl., EL 2/20, Art. 6 Rn. 1; *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437.

1409 *Wehmeyer* PinG 2019, 182, 183.

1410 Ehmann/Selmayr/*Heberlein* DS-GVO, Art. 6 Rn. 13; Kühling/Buchner/*Buchner/Petri* DS-GVO/BDSG, Art. 6 Rn. 42, 45; Gola/*Schulz* DS-GVO, Art. 6 Rn. 36.

1411 Schanz/Wolff/*Wolff* Das neue Datenschutzrecht, Rn. 429; Ehmann/Selmayr/*Heberlein* DS-GVO, Art. 6 Rn. 13.

1412 Vgl. Schaffland/Wiltfang/*Schffland/Holthaus* DS-GVO, Losebl., EL 2/20, Art. 6 Rn. 6a.

1413 So schon zu § 67 AktG a.F. *Leuering* ZIP 1999, 1745, 1750.

1414 So auch *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2436 f.; *Markwardt* BB 2011, 643, 645; *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 184; *Krämer* FS Blaurock, 225, 234.

1415 *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 185.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO. Danach müssen personenbezogene Daten nach Treu und Glauben, das heißt unter Berücksichtigung der „vernünftigen Erwartungen" der betroffenen Person, verarbeitet werden.[1416]

Schon die Sensibilität der Daten und die allgemeine Vertragssituation (Erwartungshaltung und Offenkundigkeit der Beteiligungsmodelle) müssen also zu dem Schluss führen, dass die Kontaktaufnahme zu anonymen Anlegern zur Abstimmung bei Gesellschafterversammlungen oder zur Verfolgung von sonstigen allgemeinen Anliegen, wie dem Ankauf weiterer Beteiligungen an dem Fonds,[1417] schon nicht vom rechtmäßigen Vertragszweck gedeckt sind. Es ist das berechtigte und vereinbarte (!) Interesse dieser Anleger, gerade nicht jedem beliebigen Mitanleger bekannt zu werden.[1418]

Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man den Vertragszweck allgemeiner formuliert. Dann scheitert die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer Offenlegung an der Notwendigkeit im Sinne der oben genannten Definition. So könnte man den Vertragszweck zwar auch auf die informierte und sachgerechte Verwaltung der eigenen Mitgliedschaft beziehen, würde dann aber, wie an anderer Stelle schon ausgeführt, zu dem Ergebnis kommen müssen, dass dafür eine Herausgabe der Daten an den Anleger nicht notwendig wäre. Denn alternativ kann ein Anlegerforum eingerichtet werden. Daneben steht die Weisung des Treuhandkommanditisten und Einschaltung eines Datentreuhänders zur Wahl.[1419]

b) Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO (allgemeines berechtigtes Interesse)

Ist demnach eine Rechtmäßigkeit nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO nicht gegeben, kann auch nicht ausweichend auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zurückgegriffen werden. Danach können Daten zwar „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sein". Allerdings kann eine vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtung nicht einfach durch vertragsexterne Interessen ausgehebelt werden.[1420]

1416 DS-GVO Erwägungsgründe 47 und 50.

1417 So der Sachverhalt bei OLG München NZG 2019, 540.

1418 Vgl. auch OLG Hamburg NZG 2010, 317; OLG Frankfurt am Main v. 5.12.2007 – 23 U 248/06.

1419 Dazu ausführlich S. 307 ff.

1420 Gola/*Schulz* DS-GVO, Art. 6 Rn. 13; *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 185. Vgl. auch Gola/*Schumerus* BDSG, § 28 Rn. 10; sowie *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Darüber hinaus sind auch die tatbestandlich vorgesehenen Kriterien des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO mit derselben Begründung wie zu Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO nicht gegeben. Die Verarbeitung muss zur Wahrung der berechtigten Interessen erforderlich sein und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, dürfen nicht überwiegen. Aufgrund der hohen Sensibilität der zu schützenden Daten sowie der berechtigten Erwartung des anonymen Anlegers, diese nicht preisgeben zu müssen, auf der einen Seite und des Bewusstseins über die bestehende Anonymität der Mitanleger sowie der rein kapitalistischen Realstruktur einer Publikumsgesellschaft auf der anderen Seite, muss sowohl ein berechtigtes Interesse des auskunftbegehrenden Anlegers abgelehnt werden, als auch ein Überwiegen der schutzwürdigen Interessen und Rechte des betroffenen Anlegers angenommen werden.

Ein Überwiegen der Interessen der betroffenen Person wird auch dadurch verstärkt, dass die geforderten Datensicherheitsmaßnahmen (Kapitel IV der DS-GVO) bei einer derartigen Masse an Anlegerdaten mit einer hohen Wahrscheinlichkeit durch einen Privatanleger ohne Datenschutzerfahrungen verletzt werden. Auf der anderen Seite bestehen große Schwierigkeiten diese Verstöße von Privatpersonen festzustellen und deren Folgen zu beseitigen.[1421] Darüber hinaus kann die vereinbarte Anonymität auch als antizipierter Widerspruch gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 DS-GVO gewertet werden.[1422] Dann kommt es nämlich auf die schärferen Ausnahmekriterien dieser Vorschrift an, die erst recht nicht erfüllt werden.

6. Nur Anlassbezogenes Auskunftsrecht

a) Maßstab

Bis jetzt wurde festgestellt, dass ein anlassunabhängiger Auskunftsanspruch rechtswidrig ist. Das schließt allerdings nicht aus, dass unter bestimmten konkreten Umständen ausnahmsweise doch ein direkter Auskunftsanspruch bestehen kann. Dann muss aber ein gewichtigeres Interesse als die bloße Kontaktaufnahme zum Zwecke der strategischen Auseinandersetzung oder des An- oder Verkaufs von Beteiligungen bestehen. So sah das das OLG Hamburg auch: „Ein Einsichts- oder Auskunftsanspruch

1421 *Fargó/Hänold/Pfeiffenbring/Pieper/Tehrani* ZD 2014, 182, 186.
1422 Gola/*Schulz* DS-GVO, Art. 21 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Klägerin [kommt] wegen § 242 BGB […] nur innerhalb der Grenzen des Erforderlichen und Zumutbaren in Betracht."[1423] Dabei bezieht sich das Gericht unter anderem auf eine ältere Rechtsprechung des BGH zur Erfindervergütung des Arbeitnehmers. Darin heißt es unter anderem: „Angaben kann [der Arbeitnehmererfinder] nur verlangen, soweit sie zur Nachprüfung unter Berücksichtigung seiner berechtigten Interessen erforderlich sind."[1424] Jedenfalls soll das Interesse, jederzeit mit seinen Mitanlegern in Kontakt zu treten, auch „zum Zwecke der Erörterung konkreter Sachfragen" unzulässig sein.[1425]

Mit anderen Worten muss es auf Umstände ankommen, die ein Informationsinteresse trotz der vereinbarten Anonymität des Mitanlegers legitimieren. Und zum anderen muss das Auskunftsrecht das aus datenschutzrechtlicher Sicht mildeste Mittel unter allen gleich geeigneten sein. Letztlich muss die Auskunft in Relation zum verfolgten Zweck als noch angemessen erscheinen.[1426]

b) Beispiel: Innenregressanspruch nach BGHZ 207, 54

Dieser Maßstab wird vor allem in Fällen eines konkreten Ausgleichsanspruchs erfüllt sein. In diesem Zusammenhang erlangt erneut das Urteil des BGH zum Innenregress stiller Kommanditisten Bedeutung.[1427] Danach hat ein stiller Kommanditist, der sich zur Rettung des Unternehmens durch Befriedigung von Gesellschaftsverbindlichkeiten an einem beschlossenen Sanierungskonzept beteiligt hat, einen Ausgleichsanspruch gegen seine Mitanleger – gleich ob diese als Außenkommanditisten oder stille Kommanditisten beteiligt sind – sofern der die Schuld begleichende Anleger keinen Aufwendungsersatz von der Gesellschaft erhält (§ 110 HGB).[1428] Das gilt grundsätzlich auch bei freiwilligen Zahlungen oberhalb der Hafteinlage, jedoch ist der Regressanspruch dann auf den Betrag begrenzt, von dem der Mitanleger durch die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger

1423 OLG Hamburg NZG 2010, 1342, 1343.
1424 BGHZ 137, 162, 169.
1425 OLG Hamburg NZG 2010, 1342, 1343.
1426 Ähnlich *Schürnbrand* ZGR 2014, 256, 264; *Holler* ZIP 2010, 2429, 2433. Vgl. auch *Sester/Voigt* NZG 2010, 375, 377.
1427 Dazu ausführlich S. 240 f.
1428 BGHZ 207, 54 (Anm. *Anzinger* WuB 2015, 2233; 2016, 190). Ausführlich *Wertenbruch* NZG 2016, 401; *Altmeppen* NJW 2016, 1761. Siehe auch *K. Schmidt* JuS 2016, 361; *Kindler* FS K. Schmidt (2019), 641, 646 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mittelbar frei geworden ist (zur Erinnerung: die wirtschaftliche Außenhaftung setzt sich zusammen aus dem Anspruch des Treuhandkommanditisten gegen den jeweiligen Treugeber nach § 670 BGB, gegebenenfalls in Verbindung mit § 257 BGB als Freistellungsanspruch, der an den Gesellschaftsgläubiger trotz § 399 Alt. 1 BGB abtretbar ist)[1429].[1430] Diese wertmäßige Grenze wiederum bemisst sich nach dem Teil der Hafteinlage des Treuhandkommanditisten, der auf den jeweiligen sanierenden Treugeber fällt, abzüglich der eigenen anteiligen Aufwendungshaftung.[1431] Diesen Anspruch leitet der BGH aus einer analogen Anwendung von § 426 Abs. 1 BGB ab.

Die Rechtsprechung ist richtig. Zwar haftet der stille Kommanditist nicht unmittelbar nach außen, wie für eine Gesamtschuld eigentlich vorauszusetzen ist.[1432] Jedoch ist der stille Kommanditist echter Innen-Gesellschafter. Als solcher würde er seine Treuepflicht gegenüber seinen Mitanlegern verletzen, die ein beschlossenes Sanierungskonzept umsetzen.[1433] Er würde zudem zu Unrecht an künftigen Gewinnchancen teilhaben und wegen seiner ohnehin bestehenden mittelbaren Außenhaftung zu Unrecht von der Befriedigung durch Mitanleger profitieren.[1434]

Hat also ein Anleger in einem solchen Fall Regressansprüche, ist er selbstverständlich darauf angewiesen zu wissen, gegen welche Personen diese Ansprüche konkret bestehen. Dazu ist es unvermeidbar, die Personen der stillen Kommanditisten zu kennen. Er kann sich auch nicht anderer, weniger einschneidenderer Mittel bedienen. Tatsächlich hilft in diesem Fall allein die Offenbarung der Namen und Anschriften der anonymen Treugeber. Der Fall eines Innenregressanspruchs gegen stille Kommanditisten ist nur ein Beispiel an dem aber deutlich wird, wann die oben herausgearbeiteten Voraussetzungen für eine Bekanntgabe der Identität der stillen Mitanleger trotz Anonymitätsvereinbarung erfüllt sein sollten.[1435]

1429 Zum Begriff der wirtschaftlichen Außenhaftung außerdem S. 101, 114, 120, 240 und 246 f.

1430 *Altmeppen* NZG 2016, 1761, 1762 f.; *Wertenbruch* NZG 2016, 401, 404.

1431 BGHZ 207, 54, 63 f.; *Lubberich* DNotZ 2016, 416, 420.

1432 Darauf hinweisend *Kindler* FS K. Schmidt (2019), S. 641, 647.

1433 BGHZ 207, 54, 62.

1434 BGHZ 207, 54, 63 f.; *Lubberich* DNotZ 2016, 416, 420 f. Krit. hingegen *Menkel* NZG 2016, 261, 262 f.; *Kindler* FS K. Schmidt (2019), 641, 647 ff.

1435 Vgl. auch *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1586; *Altmeppen* ZIP 2011, 326, 327 (zugl. Anm. zu BGH NZG 2011, 276).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

7. Die Relevanz der zusätzlichen Innen-GbR

Nach richtigem Verständnis spielt also die Frage, ob neben der treuhänderischen Beteiligung zusätzlich eine Innen-GbR unter den Anlegern und der Treuhandkommanditistin geschlossen wurde, im Falle der stillen Kommanditbeteiligung keine Rolle. Das Informationsrecht, sofern es denn trotz Anonymitätsklauseln besteht, leitet sich aus der echten Mitgliedschaft der stillen Kommanditisten in der Hauptgesellschaft ab. Dies vorangestellt hilft der Weg über die zusätzliche Innen-GbR tatsächlich nur weiter, wenn eine solche Einbeziehung in die Hauptgesellschaft nicht besteht. Wegen des Gleichstellungspostulats in § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB ist aber eine Treuhandbeteiligung ohne Einbeziehung in die Publikums-KG nach hier vertretener Auffassung nicht mehr denkbar.[1436]

Bei der Annahme einer solchen Innen-GbR ist jedoch Vorsicht geboten. Der BGH jedenfalls hat in seinem zweiten wichtigen Urteil zum Auskunftsrecht von treuhänderisch beteiligten Anlegern die Grenze der Auslegung überschritten.[1437] Dabei sind die Ausführungen zum gemeinsamen Zweck und der Beitragspflicht zwar richtig. Allerdings muss in jedem Einzelfall genau geprüft werden, ob die beteiligten Personen nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 157 BGB) einen (zusätzlichen) Gesellschaftsvertrag schließen wollten. Entscheidend ist, ob die Parteien nach dem objektiven Empfängerhorizont – also aus der Sicht eines unbefangenen Dritten in der Situation des Erklärungsempfängers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte –[1438] die Beitrittssituation so verstehen mussten, dass sie mit der Abgabe ihrer Beitrittserklärung in eine zusätzliche gesellschaftliche Verbindung eintreten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft über die bloße gemeinschaftliche Zielverfolgung hinausgeht und als gemeinsame, solidarische und treugebundene Zweckverfolgung zu verstehen ist.[1439] Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass das zur Verfügung stehende Auslegungsmaterial sorgfältig analysiert wird.[1440] Insbesondere das Beitrittsformular, der Verkaufsprospekt, der Treuhandvertrag und Gesellschaftsvertrag der Hauptgesellschaft sind zu berücksichtigen. Aus diesen Unterlagen muss

1436 Dazu ausführlich S. 139 ff.
1437 Vgl. BGH NZG 2011, 276.
1438 St. Rspr., vgl. nur BGHZ 36, 30, 33; 103, 280; NJW 1990, 3206; 1992, 1446; 2006, 3777.
1439 Auf die Abgrenzung zur nur gemeinschaftlichen Zweckverfolgung insb. hinweisend *Holler* ZIP 2010, 2429, 2434.
1440 Dazu *Priester* ZIP 2011, 697, 700; allg. Palandt/*Ellenberger* BGB, § 133 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich ergeben, dass der Anleger einer zusätzlichen Organisation beitritt, die nicht nur von einer übergeordneten Zielsetzung geprägt ist, sondern die sich durch einen tiefergehenden und folgenreicheren gesellschaftlichen Kooperationswillen auszeichnet.[1441] Die Voraussetzungen dafür sind in Anbetracht der allgemeinen Vertragssituation streng zu handhaben. Denn der einzelne Anleger zielt mit seiner Beitrittserklärung zuvörderst auf eine Eingliederung in die Hauptgesellschaft ab. Es bedarf deutlicher Anzeichen, um annehmen zu können, dass er zusätzlich intendiert (Rechtbindungs*wille*) in eine Innen-GbR im beschriebenen Umfang beizutreten. Das bloße Existieren einer parallelen Anlegerversammlung hat dabei keine zwingende Indizwirkung, wenn nicht weitere Umstände hinzutreten.[1442]

Ist eine solche Innen-GbR anzunehmen, sind die Erkenntnisse zum Auskunftsrecht des Anlegers dennoch nur dann uneingeschränkt anwendbar, wenn es sich um kapitalistische Massenbeteiligungen an dieser Innen-GbR handelt. Nur dann sind die Wertungen einschlägig, die letztlich zur Akzeptanz einer anonymen Beteiligung führen müssen. Bei personalistischer Ausgestaltung der Innen-GbR, muss aufgrund des Näheverhältnisses der Beteiligten untereinander davon ausgegangen werden, dass eine anonyme Beteiligung nicht in das Bild dieser Gesellschaftsform passt. Es verträgt sich nicht mit dem in diesen Gesellschaften verankerten Grundprinzip der auf personeller Verbundenheit beruhenden Kooperation.[1443]

IV. Zusammenfassung

Der BGH hält es grundsätzlich für unzulässig, einer Publikumspersonengesellschaft anonym beizutreten. Er stützte das Recht eines Anlegers Auskunft über die Identität anonym beigetretener Treugeber zu erlangen auf zwei Grundlagen: einmal auf eine unter den Anlegern und der Treuhand-GmbH separat gebildeten Innen-GbR (BGH NZG 2011, 276), und einmal auf die Mitgliedschaft in der Hauptgesellschaft selbst, wenn der Treugeber unmittelbar in diese einbezogen wurde (BGHZ 196, 131). Begründet wurde dies zum einen mit einer organisationsrechtlichen Selbstverständlich-

1441 Vgl. *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1326; *Holler* ZIP 2010, 2429, 2434; *Hoeren* ZIP 2010, 2436, 2437; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1583, 1586, 1588; *Wolfer* NZG 2011, 854, 854 f.; *Krämer* FS Blaurock, 231; *Tassius* Die Innen-KG, S. 83 ff.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 132.

1442 *Markwardt* BB 2011,643, 644, 647; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1583; *Tassius* Die Innen-KG, S. 86 f.; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 129 f.

1443 Vgl. insoweit insb. *Altmeppen* NZG 2010, 1321, 1322.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit seine Mitgesellschafter zu kennen und zum anderen mit der Notwendigkeit der Kenntnis, um seine eigenen Rechte in der Hauptgesellschaft kontrolliert und informiert ausüben zu können. Einem konkreten Missbrauch der Daten könne mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und dem Schikaneverbot gemäß § 226 BGB begegnet werden und eine abstrakte Missbrauchsgefahr sei schon der Sache nach ungeeignet, das wichtige Recht auf Kenntnis seiner Mitgesellschafter auszuschließen. Letztlich lehnt die Rechtsprechung auch eine Wertungsanalogie zu § 67 Abs. 6 AktG mangels vergleichbarer Interessenlage ab.

Mit der herrschenden Gegenmeinung im Schrifttum ist diese Ansicht als dogmatisch verfehlt, in dieser Pauschalisierung nicht erforderlich und in Bezug auf die Belange der anonym beigetretenen Anleger unverhältnismäßig anzusehen. Sie ist somit rechtswidrig und daher abzulehnen. Nach der Systematik des Gesetzes ist die Reichweite der Informationsrechte von Gesellschaftern durchaus modifizierbar (vgl. § 716 Abs. 1 BGB, §§ 118 und 166 HGB sowie § 713 BGB i.V.m. § 666 BGB), sodass sich bei erfolgtem anonymem Beitritt das Recht des Auskunftbegehrenden bewähren muss und nicht umgekehrt desjenigen, der mit berechtigten Schutzerwartungen anonym beigetreten ist. Die Ansicht des BGH verkennt, dass der anonym Beitretende das Recht zunächst auf seiner Seite hat (so insbesondere schon *Altmeppen* ZIP 2011, 326, 327). Diese Sicht wird durch § 67 Abs. 6 AktG bestätigt. Die Vorschrift zeigt, dass nur der Anleger in einer personalistisch geprägten Gesellschaft das unverzichtbare Interesse hat, seine Mitgesellschafter zu kennen. In einer Publikumsgesellschaft existiert ein solches Näheverhältnis nicht.

Dem Einwand, man brauche gewisse Informationen, um seine Gesellschafterrechte, insbesondere das Stimmrecht, kontrolliert und informiert ausüben zu können, kann und muss mit anderen milderen Mitteln begegnet werden. Die Treuhandkommanditistin kann zum Beispiel angewiesen werden die Mitanleger an Stelle des Anlegers zu kontaktieren; weiter kann ein Datentreuhänder eingesetzt werden; letztlich könnte auch ein Anlegerforum nach dem Vorbild des § 127a AktG eingerichtet werden. Letzteres würde dem vom BGH vorgebrachten Bedürfnis sogar noch besser dienen.

Nur dieses Verständnis steht, wie sich gezeigt hat, im Einklang mit dem strengen Schutz personenbezogener Daten nach der DS-GVO. Letztlich wird also bei bestehenden Anonymitätsklauseln in den Treuhandverträgen ein Auskunftsverlangen nur dann Erfolg haben dürfen, wenn ein unabweisbarer dringender Grund für die Kenntnis des anonymen Anlegers besteht. Ein solcher kann etwa bei direkten Ausgleichsansprüchen bestehen. Ein allgemeines Kenntnisnahmerecht besteht hingegen nicht.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schlussteil: Thesen dieser Arbeit

§ 26. De lege lata

I. Zur Treuhand im deutschen Recht

a) Das Innenverhältnis einer Treuhandvereinbarung wird abschließend durch die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über das Geschäftsbesorgungsverhältnis geregelt (§§ 662 ff. BGB). Ein allgemeines Treuhandrecht mit weiterreichenden Regeln existiert nicht. Auch eine etwaige gesteigerte Treuepflicht des Treuhänders kann und muss über das kodifizierte Geschäftsbesorgungsrecht begründet werden.

b) Im Außenverhältnis kann es zwar zu einer sogenannten Treuhandwirkung kommen. Entgegen der heute herrschenden Meinung beruht diese Treuhandwirkung aber nicht auf einer Verdinglichung des Treuhandverhältnisses. Ein solches Treuhandverständnis verträgt sich schlicht nicht mit § 137 BGB und dem *Numerus Clausus* der Sachenrechte. Treuhandrecht ist vielmehr reines Billigkeitsrecht in der Zwangsvollstreckung einschließlich dem Einwendungs- und Aufrechnungsrecht: Die formelle Rechtslage wird wegen wirtschaftlicher Zugehörigkeit des Treuguts zum Vermögen des Treugebers materiell korrigiert, indem die Rechtsträgerschaft des Treugebers fingiert wird. Der zwangsvollstreckungsrechtliche Schutz des Treugebers wird nur dann versagt, wenn unter Berücksichtigung von Wertungskriterien wie der Bestandsdauer, Offenkundigkeit oder Vermögenstrennung ein Schutz nicht mehr billig und gerecht erscheint.

II. Zum Untersuchungsgegenstand

a) Gegenstand dieser Untersuchung ist die qualifizierte Treuhand in der Publikums-KG. Die Anleger beteiligen sich hierbei mittelbar über eine Treuhandkommanditistin, meist in Gestalt einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (sog. Sammeltreuhand). Im Innenverhältnis zur Gesellschaft wird den Treugebern über die Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag die gleiche Rechtsstellung wie einem unmit-

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

telbar beteiligten Kommanditisten eingeräumt. Dies wird gemeinhin als qualifizierte Treuhand bezeichnet.

b) Die Wahl der Kommanditgesellschaft als Anlagevehikel ist vor allem steuerrechtlich motiviert. Eine größere Gestaltungsfreiheit wird hingegen kein wesentlicher Grund mehr sein. Denn durch gesetzliche und richterliche Einschränkungen besteht diese kaum noch. Im Anwendungsbereich des KAGB tritt die Publikums-KG fast nur noch in ihrer Sonderform der geschlossenen Publikums-Investment-KG auf (§§ 124 Abs. 1 S. 1, 149 Abs. 1 S. 1 KAGB i.V.m. §§ 91 Abs. 2, 127 Abs. 1 KAGB). Unreguliert kann die Publikums-KG noch als Altfonds (§ 353 Abs. 1, Abs. 3 KAGB) oder bei bloßen Unternehmensfinanzierungen auftreten.

c) Die Motive für eine qualifizierte Treuhandbeteiligung sind vielseitig. Zum einen erleichtert die Sammeltreuhand die Verwaltung: Die zahlreichen Registeranmeldungen fallen weg und der Willensbildungsprozess gestaltet sich regelmäßig einfacher. Zudem können die Anleger anonym bleiben. Sie erscheinen nicht im Handelsregister. Dennoch behalten sie ihre gesellschafterliche Wirkmacht im Innenverhältnis. Zudem gehen mit der qualifizierten Treuhand die steuerlichen Vorteile für die Anleger nicht verloren. Richtig umgesetzt, kann das Treuhandmodell schließlich auch dem Anlegerschutz dienlich sein.

d) Die pauschale Annahme der herrschenden Meinung, mit § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB werde die Gleichstellung von Treugebern und unmittelbaren Kommanditisten *ipso iure* bewirkt, überzeugt aus historischen, systematischen und teleologischen Gründen nicht. Daher sollte § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB vielmehr als eine aufsichtsrechtliche Programmvorschrift verstanden werden. So kann der qualifizierte Treugeber über die Mechanismen der objektivierten Gesellschaftsvertragsauslegung und Inhaltskontrolle geschützt werden. Bei nicht korrigierbaren Verstößen kann und muss die BaFin ihre aufsichtsrechtlichen Handlungsmöglichkeiten bemühen.

e) Eine Untersuchung von 14 frei verfügbaren Gesellschafts- und Treuhandverträgen von Publikums-Investment-KGs ergab, dass sich der Beitritt als qualifizierter Treugeber regelmäßig über eine Erwerbstreuhand vollzieht. Zudem steht den Anlegern meistens die Wahl offen, nachträglich in die Position eines Außenkommanditisten zu wechseln. Schließlich muss aber festgestellt werden, dass sich in der Praxis keine typisierte Gestaltung der qualifizierten Treuhand herausgebildet hat. Es lässt sich nicht einmal eine Umsetzungstendenz erkennen. Dies ist nicht unproblematisch. Denn vorzufindende Strukturierungen, bei

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

denen die mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte nur derivativ, insbesondere nur schuldrechtlich, eingeräumt werden, sind mit Blick auf den Gleichstellungsauftrag in § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB als unzulässig zu bewerten.

III. Zur Rechtsnatur der qualifizierten Treuhand – zugleich Herleitung der Figur des stillen Kommanditisten

a) Für den BGH führt die Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag dogmatisch zu einer organisationsrechtlichen Überlagerung des Treuhandverhältnisses. Dadurch soll der Treugeber als Quasi-Gesellschafter in den Verband der Gesellschaft einbezogen werden. Die Einbeziehung soll also durch eine dingliche Verstärkung der Treuhandbeziehung erzeugt werden. Diese Ansicht ist abzulehnen. Denn Treuhandwirkungen werden im deutschen Recht gerade nicht durch eine Verdinglichung des Treuhandverhältnisses erzeugt.

b) Ansichten, die in der qualifizierten Treuhand eine derivative Übertragung von Mitgliedschaftsrechten erkennen, können ebenfalls nicht überzeugen. Zum einen bezieht die kautelarjuristische Praxis den treugebenden Anleger regelmäßig durch Gesellschaftsbeitritt in die Hauptgesellschaft ein, sodass dieser Mitgliedschaftsrechte originär erhält. Zum anderen ist eine derivative Strukturierung im Anwendungsbereich des KAGB nicht mit den programmatischen Vorgaben des § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB vereinbar.

c) Das in der Literatur entworfene Modell der Einbeziehung in die Mitgliedschaft impliziert ebenfalls, dass die Treuhandbeziehung eine dingliche Wirkung auf das Treugut entfaltet. Außerdem kann es mit der Kernbereichslehre in Konflikt geraten, wenn so eine Mitgliedschaft im Verband begründet wird, ohne dass bestimmte Kernmitgliedschaftsrechte in der Person des Treugebers bestehen. Schließlich ist die Lehre von der Innen-KG im Innenverband im Bereich der qualifizierten Treuhand aus rechtsgeschäftlichen Gründen nicht vertretbar.

d) Bei der qualifizierten Treuhand tritt der Treugeber daher unmittelbar der Hauptgesellschaft bei. Dies führt aber weder zu einer Außengesellschafterstellung, noch sollte das Institut der Mitgliedschaft zu einer Quasi-Mitgliedschaft fortentwickelt werden. Richtiger Anknüpfungspunkt muss die Anerkennung des Innenverhältnisses mit Verbandsqualität sein. Aus diesem Grund wird auch nichts Grundlegendes gegen *K. Schmidts* Theorie von der Innen-KG im Innenverband eingewandt.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sie ist zulässige Rechtspraxis. Im Bereich der qualifizierten Treuhand tritt der Treugeber allerdings in das Innenverhältnis als echter Gesellschafter bei. Er wird sogenannter stiller Kommanditist und nicht nur Quasi-Mitglied.

e) Eine solche reine Innenbeteiligung an einer Personengesellschaft war bereits im Handelsrecht des Mittelalters angelegt und wurde sogar im preußischen ALR sowie im österreichischen ABGB von 1812 ermöglicht. Sie ist aufgrund eines mittlerweile gewandelten Verbandsverständnisses auch heute möglich. Denn eine rechtliche Außenbeziehung ist keine Voraussetzung für eine Verbandsstruktur. Auch mit den zwingenden formellen und materiellen Prinzipien des Gesellschaftsrechts lässt sich die Figur des stillen Kommanditisten vereinbaren.

f) Die Rechtsverhältnisse in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen stellen sich wie folgt dar: Der Treuhandkommanditist ist dinglicher Rechtsinhaber des Geschäftsanteils und als solcher ausschließlich verfügungsbefugt. Ihm steht im Umkehrschluss auch das Auseinandersetzungsguthaben zu. Die Treugeber können am Gesellschaftsvermögen jedoch schuldrechtlich beteiligt werden (virtuelles Gesellschaftsvermögen). Materiell ist der Treuhandkommanditist aber nur rechtstechnisches Mittel zum Zweck. Er vermittelt den stillen Kommanditisten die dingliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, damit diese nicht im Außenverhältnis erscheinen. Die aus der Mitgliedschaft resultierenden Vermögensrechte gehören wiederum originär den stillen Kommanditisten.

IV. Zur Haftung des stillen Kommanditisten

a) Der qualifizierte Treugeber ist ein echter aber nur stiller Kommanditist, der nur am Innenverhältnis der Gesellschaft beteiligt ist. Daher trifft ihn auch nur eine wirtschaftliche Außenhaftung. Die Gläubigerinteressen werden dabei hinreichend geschützt. Ließe man eine Außenhaftung zu, würde hingegen eine ungeschriebene Figur des Außenkommanditisten ohne Registereintragung geschaffen werden. Das Außenverhältnis steht jedoch richtigerweise nicht zur Disposition der Gesellschafter.

b) Eine echte Außenhaftung würde auch gegen die Grundsätze der Vertragsauslegung verstoßen. Bei Hinzuziehung des gesamten Auslegungsmaterials, insbesondere dem Treuhandvertrag, ist eindeutig, dass die Parteien des Gesellschaftsvertrags den Treugeber nur im Innenverhält-

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nis in die Gesellschaft einbeziehen wollten. Zudem wäre eine Außenhaftung treuwidrig, weil man den nur still Beteiligten letztlich zum „Prellbock" für die vorübergehende Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit der Hauptgesellschaft machen würde.

c) Eine Außenhaftung ist auch nicht aufgrund von Korrelationen mit der Einwirkungsmacht oder dem wirtschaftlichen Interesse des stillen Kommanditisten in der Hauptgesellschaft geboten. Zwar ist eine Korrelation zwischen der Einwirkungsmacht eines Gesellschafters und seiner Verantwortbarkeit in der Gesellschaft nicht von der Hand zu weisen. Der stille Kommanditist ist jedoch von seinem gesellschafterlichen Wirken hinreichend selbstbetroffen (Disziplinargewalt, Treuebindung und wirtschaftliche Haftung). Das wirtschaftliche Interesse des stillen Kommanditisten ist von vornherein nicht ausreichend, um eine Außenhaftung zu begründen. Aus den genannten Gründen bleibt es bei einer nur wirtschaftlichen Außenhaftung.

V. Zur Aufrechnungsmöglichkeit des stillen Kommanditisten

a) Den stillen Kommanditisten von der Möglichkeit auszuschließen, mit eigenen Ansprüchen aus Prospekthaftung gegen den in einen Zahlungsanspruch übergegangenen Freistellungsanspruch aus dem Treuhandverhältnis aufzurechnen, ist vor allem dann unbillig, wenn die Interessen der Gesellschaftsinitiatoren und Drittgläubiger ineinander verflochten sind. Denn dann profitieren gerade die, die für den Schaden verantwortlich sind.

b) Einen Aufrechnungsausschluss aus der Treuhandabrede abzuleiten, ohne dass gewichtige Anhaltspunkte für einen solchen Parteiwillen vorliegen, verstößt zudem gegen allgemeine Auslegungsgrundsätze. Auch darf die wirtschaftliche Außenhaftung nicht zur Quasi-Außenhaftung werden. Eine solche verstößt gegen § 309 Nr. 3 BGB. Erst recht muss ein Aufrechnungsausschluss im Anwendungsbereich des KAGB für rechtswidrig erachtet werden. Den darin enthaltenen Regelungen (Vgl. insb. die §§ 156 Abs. 6, 149 Abs. 1 S. 2 und §§ 133 Abs. 2, 124 Abs. 1 S. 2 KAGB) ist zu entnehmen, dass das KAGB die Anleger vorrangig vor den Gesellschaftsgläubigern schützt.

c) Ein Direktanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen einen stillen Kommanditisten erlischt wieder, soweit der stille Kommanditist seiner Pflicht zur Einlagenleistung nachkommt (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB analog). Daher kann der stille Kommanditist mit einem Prospekthaftungs-

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anspruch, der ihm gegen die Treuhandkommanditistin zusteht, auch gegen den Insolvenzverwalter, der Gläubigeransprüche gemäß § 171 Abs. 2 HGB geltend macht, aufrechnen. Diese Aufrechnungsmöglichkeit ist nicht aufgrund insolvenzrechtlicher Wertungen ausgeschlossen. Denn das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger kann nur soweit geschützt werden, wie dieses berechtigterweise gebildet werden konnte.

VI. Zum Auskunftsanspruch

a) § 716 Abs. 1 BGB, § 713 BGB in Verbindung mit § 666 BGB und § 166 HGB sind jeweils vertraglich abdingbar. Daher ist derjenige, der einer Publikums-KG anonym beigetreten ist, zunächst einmal berechtigt dies auch zu bleiben. Zudem ist die Kenntnis der Mitanleger von der Identität des Anonymen zur gesellschaftlichen Zweckverfolgung grundsätzlich nicht zwingend erforderlich. Die Tatsache, dass die sachgerechte und informierte Ausübung von Anlegerrechten durch anonyme Beitritte erschwert wird, wird von den Beteiligten in Kauf genommen und ist daher grundsätzlich hinzunehmen. Ein Auskunftsanspruch kann nur unter engeren Voraussetzungen bestehen. Es bedarf eines konkreten berechtigenden Grundes. Ein solcher kann etwa in einem Haftungsanspruch eines Anlegers gegen die anonymen Mitanleger bestehen.
b) Für dieses Ergebnis spricht auch die Wertung des neuen § 67 Abs. 6 AktG: Nur der Anleger in einer personalistisch geprägten Gesellschaft hat das unverzichtbare Interesse, seine Mitgesellschafter zu kennen. Zudem kann dem berechtigten Interesse eines Anlegers, mit seinen Mitanlegern in Kontakt zu treten, über Alternativen zu einer direkten Auskunft Rechnung getragen werden, sodass eine Identitätsauskunft schon nicht zwingend erforderlich ist. Das Gespräch kann der Treuhandkommanditist für den Anleger suchen. Überdies kann ein Datentreuhänder eingesetzt werden. Schließlich kann ein Anlegerforum nach dem Vorbild des § 127a AktG eingerichtet werden. Nur dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem strengen Schutz personenbezogener Daten nach der DS-GVO.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 27. De lege ferenda

I. Allgemeines

Abschließend soll dem Leser ein Vorschlag für eine Kodifizierung des stillen Kommanditisten gegeben werden. Eine solche wäre in das Handelsgesetzbuch einzufügen. Es wurde vorgeschlagen die stille Kommanditbeteiligung unter dem freien § 237 HGB zu normieren.[1444] In der Tat liegt diese Überlegung nahe, da dem stillen Kommanditisten und dem stillen Gesellschafter nach §§ 230 ff. HGB die nach außen bestehende Geheimhaltung gemein ist. Jedoch steht der stille Kommanditist als echter Innengesellschafter dogmatisch dem Außenkommanditisten näher. Daher ist es vorzugswürdig für eine Kodifizierung des stillen Kommanditisten die ebenfalls nicht besetzten §§ 178 bis 229 HGB zu verwenden.

Wiedemann stellte im Übrigen die folgenden Anforderungen an eine Kodifizierung:

> *Inhaltlich soll die neue Regelung […] nur Mindestbedingungen einer stillen Beteiligung festlegen. Dazu gehören die Eröffnung stiller Mitgliedschaften im Gesellschaftsvertrag, der Ausschluss stiller Beteiligter von der Geschäftsführung und der Ausschluss jeglicher Haftung gegenüber Dritten. Als Gesellschafter sind sie an Vertrags- und Strukturänderungen zu beteiligen und mit den heute für Kommanditisten geltenden Mindestinformations- und Kontrollrechten auszustatten, um ihre Interessen in der Gesellschaft wahrnehmen zu können. Für die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im Innenverhältnis herrscht im Übrigen Vertragsfreiheit. […] Aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich dann, wie die Machtverhältnisse in der Gesellschaft geordnet sind. […] Zur Lückenfüllung eines Gesellschaftsvertrags können die das Innenverhältnis betreffenden Vorschriften der Kommanditgesellschaft entsprechend herangezogen werden.*

Der nachfolgende Vorschlag orientiert sich an den Erkenntnissen dieser Arbeit und den Anforderungen die *Wiedemann* in seinem eben zitierten Aufsatz aufstellte.

1444 So *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3. Kritisch *K. Schmidt* ZHR 180 (2016), 411, 421.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Vorschlag für die Kodifizierung der stillen Kommanditbeteiligung

§ 178 ***[Stille Kommanditbeteiligung]***

(1) Derjenige, welcher der Gesellschaft eine bestimmte Vermögenseinlage mit der Bedingung anvertraut hat, dass er, statt der Zinsen, am Gewinn oder Verlust nach Verhältnis dieser Einlage teilnehmen soll, ist stiller Kommanditist.

(2) Die Einlage ist im Verhältnis zu Dritten von einem im Handelsregister eingetragenen Gesellschafter im eigenen Namen, aber für Rechnung des stillen Kommanditisten zu leisten (Treuhandkommanditist).

(3) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden in Ansehung auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

§ 179 ***[Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander]***

Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander gelten in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die besonderen Vorschriften der §§ 180 und 181.

§ 180 ***[Auskunftsanspruch]***

(1) Ein Gesellschafter kann Auskunft über die Namen und Anschriften der stillen Kommanditisten verlangen.

(2) Dies gilt nicht, wenn der Gesellschafter Anleger in einer Gesellschaft ist, die von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt (Publikumsgesellschaft) und die Anonymität des stillen Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde.

§ 181 ***[Anlegerforum]***

In Fällen des § 180 Absatz 2 ist die Gesellschaft verpflichtet, ein Anlegerforum entsprechend der Vorschrift des § 127a des Aktiengesetzes und der Verordnung über das Aktionärsforum nach § 127a des Aktiengesetzes zu führen.

§ 182 ***[Haftung des stillen Kommanditisten]***

(1) [1]Der stille Kommanditist haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur mit der Einlage oder, wenn dieselbe nicht eingezahlt ist, mit

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem versprochenen Betrag. [2]Eine Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft besteht nicht.

(2) [1]Der Treuhandkommanditist kann einen Anspruch auf Befreiung von einer Gesellschaftsverbindlichkeit an den Gläubiger abtreten; die Abtretung kann nicht ausgeschlossen werden. [2]Der stille Kommanditist kann mit solchen Ansprüchen aufrechnen, die ihm wegen der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit eines Prospekts zustehen. [3]Im Übrigen gilt § 129 entsprechend.

(3) [1]Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist. [2]§ 171 Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) Leistet ein Gesellschafter auf eine Gesellschaftsverbindlichkeit, gilt § 426 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch in Ansehung der stillen Kommanditisten entsprechend, soweit dadurch ein Gesellschafter von seiner Haftung nach dieser Vorschrift frei geworden ist.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Literaturverzeichnis

Adams, Matthias: Mittelbare Beteiligung an einer Publikumspersonengesellschaft über einen Treuhänder, Berlin 2018, zugl. Diss. Würzburg 2017 (zit. *Adams* Mittelbare Beteiligung).

Altmeppen, Holger: Pflicht zur Herausgabe der Gesellschafterliste einer Fondsgesellschaft?, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2010, S. 1321–1327.

Altmeppen, Holger: Verwirrung über die gesamtschuldnerische Kommanditistenhaftung, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2016, S. 1761–1763.

Anschütz, August: Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches – Veitröge zur Beurtheilung desselben, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 1859, S. 161–185.

Armbrüster, Christian: Die Schranken der „unbeschränkten" persönlichen Gesellschafterhaftung in der BGB-Gesellschaft, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2005, S. 34–62.

Armbrüster, Christian: Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, Köln 2001, zugl. Habil. 1999/2000 (zit. *Armbrüster* Treuhänderische Beteiligung).

Armbrüster, Christian: Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter – Zur Treugeberhaftung in der Personengesellschaft, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2009, S. 1885–1890.

Armbrüster, Christian: Haftung des Treugebers für Gesellschaftsschulden bei fehlerhaftem Fondsbeitritt, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, S. 2167-2173.

Armbrüster, Christian: Treuhänderische GmbH-Beteiligungen (I) – Begründung, Übertragung, Umwandlung, Beendigung, in: GmbH-Rundschau (GmbHR) 2001, S. 941–950.

Armbrüster, Christian: Kapitalanleger als Verbraucher? Zur Reichweite des europäischen Verbraucherschutzrechts, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2006, S. 406–415.

Asmus, Thomas und *Markwardt*, Karsten: Der anonyme Quasi-Gesellschafter, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2012, S. 1581–1590.

Asmus, Wolfgang: Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand – eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre, Frankfurt am Main 1977, zugl. Diss. Mannheim 1977 (zit. *Asmus* Dogmengeschichtliche Grundlagen).

Assfalg, Dieter: Die Behandlung von Treugut im Konkurse des Treuhänders – Rechtsvergleichende Studie zur Grenzbereinigung zwischen Schuld- u. Treuhandverhältnis, zugl. Diss. Berlin/Tübingen 1960 (zit. *Assfalg* Die Behandlung von Treugut).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Assfalg, Dieter: Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1963, S. 1582–1686.

Assmann, Heinz-Dieter, *Schütze*, Rolf A. und *Buck-Heeb*, Petra: Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl., München 2020 (zit. Assmann/Schütze/Buck-Heeb/*Bearbeiter* Handbuch des Kapitalanlagerechts).

Assmann, Heinz-Dieter, *Wallach*, Edgar und *Zetsche*, Dirk A.: Kommentar zum Kapitalanlagegesetzbuch, Köln 2019 (zit. Assmann/Wallach/Zetsche/*Bearbeiter* KAGB).

Bachmann, Gregor: Verwaltungsvollmacht und „Aktionärsdemokratie": Selbstregulative Ansätze für die Hauptversammlung, in: Die Aktiengesellschaft (AG) 2001, S. 635–644.

Bähr, Otto: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, Berlin 1983 (zit. *Bähr* Urteile des Reichsgerichts).

Bälz, Ulrich: Treuhandkommanditist, Treuhänder der Kommanditisten und Anlegerschutz – Für eine organschaftliche Publikumstreuhand, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1980, S. 1–100.

Ballerstedt, Kurt: Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personalgesellschaften, in: Juristische Schulung (JuS) 1963, S. 253–263.

Baumann, Wolfgang: Das OLG Schleswig (2 W 141/05) als Notar – zur Gestaltung eines Nießbrauchs an Personengesellschaftsanteilen, in: Festschrift für Rainer Kanzleiter zum 70. Geburtstag, S. 53–74.

Baumbach, Adolf (Begr.) und *Hopt*, Klaus J.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 39. Aufl., München 2020 (zit. Baumbach/Hopt/*Bearbeiter* HGB).

Baumbach, Adolf (Begr.) und *Hueck*, Alfred: Kommentar zum Gesetzt betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Aufl., München 2019 (zit. Baumbach/Hueck/*Bearbeiter* GmbHG).

Baur, Jürgen, *Tappen*, Falko, *Mehrkah*, Elnaz und *Behme*, Caspar: Investmentgesetze – Kommentar zum KAGB und Investmentsteuergesetz, Band 2: §§ 91–213 KAGB, InvStG, 4. Aufl., Berlin 2020 (zit. Baur/Tappen/Merkhah/Behme/*Bearbeiter* KAGB).

Baur, Jürgen F. und *Stürner*, Rolf: Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009 (zit. *Baur/Stürner* Sachenrecht).

Beckmann, Klaus, *Scholz*, Rolf-Detlef und *Vollmer*, Lothar: Investment-Handbuch, Loseblattwerk, Ergänzungslieferung 2/20, Köln 2020 (zit. Beckmann/Scholz/Vollmer/*Bearbeiter* Investment-Handbuch, KAGB, Losebl., EL 2/20).

Beck-online Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, gesamthrsg. *Gsell*, Beate, *Krüger*, Wolfgang, *Lorenz*, Stephan und *Reymann*, Christoph, München 2020 (zit. BeckOGK BGB/*Bearbeiter*).

Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. *Bamberger*, Heinz G., *Roth*, Herbert, *Hau*, Wolfgang und *Poseck*, Roman, 56. Edition, Stand 01.11.2020 (zit. BeckOK BGB/*Bearbeiter* 56. Edition (2020)).

Beck'scher Online-Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. *Häublein*, Martin und *Hoffmann-Theinert*, Roland, 57. Edition, Stand 15.01.2020 (zit. BeckOK HGB/*Bearbeiter* 27. Edition (2020)).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, hrsg. *Prinz*, Ulrich und *Kahle*, Holger, 5. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter* Beck'sches Handbuch Personengesellschaften).

Bergmann, Alfred: Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Personengesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 2018, Sonderbeilage Nr. 1, S. 3–52.

Bergmann, Andreas: Ein Plädoyer für § 54 Satz 1 BGB: Der nicht rechtsfähige Verein als körperschaftlich verfasste Gesellschaft – Zugleich ein Beitrag zur geplanten Reform des Vereinsrechts, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2005, S. 654–685.

Beuthien, Volker: Die Gesamthand – was ist das eigentlich? – Die kühle Antwort des BGB –, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2019, S. 664–701.

Beuthien, Volker: Gibt es doch noch die herkömmliche GbR, noch dazu auf vielerlei Art? – Zum Verhältnis von Gesamthand, Bruchteilsgemeinschaft und Rechtsfähigkeit, in: Neue Zeitschrift für Gessellschaftsrecht (NZG) 2019, S. 41–45.

Beuthien, Volker: Setzt die Rechtsfähigkeit der GbR besondere Organisationselemente voraus? – Vergleich mit der juristischen Person, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2011, S. 1589–1595.

Beuthien, Volker: Treuhand an Gesellschaftsanteilen, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1974, S. 26-85.

Bitter Georg: Die Rechtsprechung des BGH zu Treuhandkonten in der Insolvenz des Treuhänders, in: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZinsO) 2004, S. 1217-1223.

Bitter, Georg: Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung – Außenrecht der Verwaltungstreuhand, Tübingen 2006, zugl. Habil. Bonn 2005 (zit. *Bitter* Rechtsträgerschaft).

Blaurock, Uwe: Handbuch der stillen Gesellschaft, 9. Aufl., Köln 2020 (zit. Blaurock/*Bearbeiter* Handbuch der stillen Gesellschaft).

Blaurock, Uwe: Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen – Formen mittelbarer Teilhabe an Gesellschaftsverhältnissen, Baden-Baden 1981, zugl. Habil. Freiburg 1978 (zit. *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand).

Blaurock, Uwe und *Berninger*, Axel: Unterbeteiligung an einem GmbH-Anteil in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (I), in: GmbH-Rundschau (GmbHR) 1990, S. 11–16.

Blomeyer, Arwed: Zivilprozessrecht – Vollstreckungsfragen, Berlin 1975 (zit. *Blomeyer* Zivilprozessrecht – Vollstreckungsfragen).

Blümich – Kommentar zum Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, hrsg. *Brandis*, Peter *und Heuermann*, Bernd, Stand: August 2019 (149. Ergänzungslieferung), (zit. Blümich/*Bearbeiter* EStG, Losebl., 149. EL 8/19).

Bötticher, Eduard: Die "Selbstexekution" im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, in: Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien, Mainz 1969, S. 95–110.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Borchardt, Siegfried: Der Nürnberger Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Deutschland, in: Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht 7 (AWR) 1858, S. 361–363.

Bork, Reinhard: Die Haftung des entlohnten Gesellschafter-Geschäftsführers bei der GmbH & Co. KG, in: Archiv für die civilistische Praxis 184 (AcP) 1984, S. 465–496.

Brandes, Helmut: Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH & Co. KG und zur Publikumsgesellschaft, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 1987, Sonderbeilage Nr. 1, S. 1–19.

Bremkamp, Till: Causa – der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts, Berlin 2008, zugl. Diss. Trier 2007/2008 (zit. *Bremkamp* Causa).

Brinckmann, Karl H. L.: Lehrbuch des Handelsrechts (mit Ausschluß der Lehren des Wechsel-, See- und Assekuranzrechtes), Heidelberg 1853–1860 (zit. *Brinckmann* Lehrbuch des Handelsrechts).

Brömmelmeyer, Christoph: Fehlerhafte Treuhand? – Die Haftung der Treugeber bei der mehrgliedrigen Treuhand an Beteiligungen, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2006, S. 529–533.

Bucher, Valentin: Das Recht der stillen Gesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897, Leipzig 1908, zugl. Diss. Leipzig 1908 (zit. *Bucher* Das Recht der stillen Gesellschaft).

Bürkle, Annegret: Rechte Dritter in der Satzung der GmbH, Frankfurt am Main 1991, zugl. Diss. Frankfurt am Main 1990 (zit. *Bürkle* Rechte Dritter).

Bunke, Erwin: Der Nießbrauch an der Beteiligung an einer Personengesellschaft, in: Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 1968, S. 5–19.

Burmeister, Christian: Einlagepflicht eines Treugeberkommanditisten einer Publikums-GmbH & Co. KG trotz Widerrufs des Beitritts, in: Der Betrieb (DB) 2018, S. 1135.

Burwitz, Gero: Neuere Entwicklungen im Steuerrecht – Reform des Investmentsteuerrechts, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2017, S. 851–853.

Bydlinski, Franz: System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996, Nachdr. Wien 2013 (zit. *Bydlinski* System und Prinzipien).

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125-130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2004, S. 69–125.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 371–427.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis 184 (AcP) 1984, S. 201–246.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz. Stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Berlin 1999 (zit. *Canaris* Grundrechte und Privatrecht).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Canaris, Claus-Wilhelm: Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, in: Juristenzeitung (JZ) 1987, S. 993–1004.

Casper, Matthias: Die Investmentkommanditgesellschaft: große Schwester der Publikums-KG oder Kuckuckskind?, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 179 (ZHR) 2015, S. 44–82.

Classen, Peter: Kodifikation im 12. Jahrhundert: Die Constituta usus et legis von Pisa, in: Recht und Schrift im Mittelalter, S. 311–318.

Coing, Helmut: Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973, zugl. Diss. Köln 1973 (zit. *Coing* Die Treuhand).

Coing, Helmut: Zur Auslegung der Verträge von Personengesellschaften, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1978, S. 659–677.

Dauner-Lieb, Barbara: Die BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Phantom oder zulässige Spielart der GbR?, in: Deutsches Steuerrecht (DStR) 1998, S. 2014–2020.

Dauner-Lieb, Barbara: Die Kommanditistenhaftung vor Eintragung, (§ 176 Abs. 1 HGB), in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 835–849.

Dietrich, Joachim: Möglichkeiten und Grenzen einer vertraglichen "Entrechtung" der Komplementäre zu Gunsten der Kommanditisten im Bereich der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft, Mainz 1998, zugl. Diss. Mainz 1998 (zit. *Dietrich* Möglichkeiten und Grenzen).

Durchlaub, Wolfgang: Überlegungen zur Unterbeteiligung an Unternehmen, in: Der Betrieb (DB) 1978, 873–875.

Dreher, Meinrad: Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, in: Juristenzeitung (JZ) 1997, S. 167–178.

Droysen, Gustaf: Beiträge zur Beurteilung des Handelsrechtes im Allgemeinen Preußischen Landrecht, Halle an der Saale 1896, zugl. Diss. Halle Wittenberg 1896 (zit. *Droysen* Beiträge zur Beurteilung des Handelsrechts).

Ebenroth, Carsten T., *Boujong*, Karlheinz (Begr.), *Joost*, Detlev und *Strohn*, Lutz: Handelsgesetzbuch, Band 1: §§ 1–342e HGB, 4. Aufl., München 2020 (zit. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Bearbeiter* HGB).

Eden, Siegfried: Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 2. Aufl., Bielefeld 1989, zugl. Diss. Hamburg 1981 (zit. *Eden* Treuhandschaft an Unternehmen).

Ehmann, Erik: Schuldanerkenntnis und Vergleich, München 2005, zugl. Diss. München 2004 (zit. *Ehmann* Schuldanerkenntnis und Vergleich).

Ehmann, Eugen und *Selmayr*, Martin: Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO – Kommentar, 2. Aufl., München 2018 (zit. Ehmann/Selmayr/*Bearbeiter* DS-GVO).

Einsele, Dorothee: Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips, in: Juristenzeitung (JZ) 1990, S. 1005–1014.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Endemann, Wilhelm: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 1, Leipzig 1881 (zit. Endemann/*Bearbeiter* Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts).

Engler, Carsten: Die Kommanditgesellschaft (KG) und die Stille Gesellschaft im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861, Frankfurt am Main 1999, zugl. Diss. Hamburg 1999 (zit. *Engler* Die Kommanditgesellschaft).

Enneccerus, Ludwig und *Nipperdey*, Hans C.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959 (*Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil).

Erman – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, hrsg. *Westermann*, Harm P., *Grunewald*, Barbara und *Meier-Reimer*, Georg, 15. Aufl., Köln 2017 (zit. Erman/*Bearbeiter* BGB).

Fargó, Nikolaus, *Hänold*, Stefanie, *Pfeiffenbring*, Julia, *Pieper*, Fritz und *Tehrani*, Dania H.: Anonymitätsinteressen von Anlegern in der Publikums-KG – Kritische Betrachtung der BGH-Rechtsprechung aus datenschutzrechtlicher Perspektive, in: Zeitschrift für Datenschutz (ZD) 2014, S. 182–188.

Fikentscher, Wolfgang und *Heinemann*, Andreas: Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., Berlin 2017 (zit. *Fikentscher/Heinemann* Schuldrecht).

Fischer, Ferdinand: Preußens kaufmännisches Recht – Gesetzbuch, Lehrbuch und Kommentar, Breslau 1856 (zit. *Fischer* Preußens kaufmännisches Recht).

Fischer, Robert: Das obiter dictum – aus revisionsrechtlicher Sicht –, in: Festschrift für Otto Mühl zum 70. Geburtstag, Stuttgart 1981, S. 139–167.

Fischer, Robert: Gedanken über den Minderheitenschutz bei Personengesellschaften, in: Festschrift für Carl Hans Barz zum 65. Geburtstag, Berlin 1974, S. 33–48.

Fleck, Hans-Joachim: Stimmrechtsabspaltung in der GmbH?, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, S. 107–129.

Fleischer, Holger und *Mock*, Sebastian: Gesellschaftsverträge und Satzungen im Wandel der Zeiten, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2020, S. 161–169.

Flitsch, Michael: Die Vereinbarungstreuhand in der Insolvenz des Treuhänders, in: Festschrift für Jobst Wellensiek zum 80. Geburtstag, München 2011, S. 382–397.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts

- Band I/1: Die Personengesellschaft, Berlin und Heidelberg 1977 (zit. *Flume* Die Personengesellschaft);
- Band II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin und Heidelberg 1992 (zit. *Flume* Das Rechtsgeschäft).

Flume, Werner: Gesellschaft und Gesamthand, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 136 (ZHR) 1972, 177–207.

Florstedt, Tim: Der „stille Verband", Köln 2007, zugl. Diss. Bonn 2005/2006 (zit. *Florstedt* Der stille Verband).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Florstedt, Tim: Die Innen-KG als steuerrechtliche Mitunternehmerschaft, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Band I, München 2019, S. 339–356.

Foerster, Max: Die Zuordnung der Mitgliedschaft, Tübingen 2018, zugl. Habil. München 2017 (zit. *Foerster* Die Zuordnung der Mitgliedschaft).

Frank, Johann: Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, in: Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (MittBayNot) 2010, S. 96–104.

Freitag, Robert: Die „Investmentkommanditgesellschaft" nach dem Regierungsentwurf für ein Kapitalanlagegesetzbuch, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2013, S. 329–335.

Freitag, Robert und *Fürbaß*, Jan: Wann ist ein Fonds eine Investmentgesellschaft? Zivilrechtliche Fragen des Betriebs des materiellen Fondsgeschäfts im unzulässigen Rechtskleid, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2016, S. 729–759.

Friedmann, Alfred: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses?, in: Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentag, Band 1: Gutachten, Berlin und Leipzig 1930, S. 805–1140 (zit. *Friedmann* Gutachten zum 36. DJT).

Friehe, Christan-Friedrich: Die Unterbeteiligung bei Personengesellschaften, Köln 1974, zugl Diss. Berlin 1973 (zit. *Friehe* Die Unterbeteiligung).

Fürbaß, Jan: Das Investmentsondervermögen – Ein Plädoyer für die Schaffung eines genuinen Fondsvehikels durch rechtliche Verselbstständigung, Berlin 2016, zugl. Diss. Erlangen-Nürnberg 2016 (zit. *Fürbaß* Das Investmentsondervermögen).

Ganter, Hans G.: Der Surrogationsgedanke bei der Aus- und Absonderung, in: Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI) 2008, S. 583–588.

Ganter, Hans G.: Die Rechtsprechung des BGH zu Treuhandkonten in der Insolvenz des Treuhänders, in: Festschrift für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag, Recklinghausen 2004, S. 251–266.

Ganter, Hans G.: Die Rechtsprechung des BGH zu Treuhandkonten in der Insolvenz des Treuhänders, in: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZinsO) 2004, S. 1217–1223.

Gaul, Hans F.: Neuere „Verdinglichungstendenzen" zur Rechtsstellung des Sicherungsgebers, in: Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1992, S. 105–152.

Geibel, Stefan J.: Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, Tübingen 2008, zugl. Habil. Tübingen 2006 (zit. *Geibel* Treuhandrecht).

Gerlinger, Sebastian: Die doppelseitige Sanierungstreuhand in der Unternehmenskrise, Berlin 2016, zugl. Diss. München 2016 (zit. *Gerlinger* Sanierungstreuhand).

Gern, Alfons: Zur Möglichkeit öffentlichrechtlicher Verträge zwischen Privaten, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, S. 694–696.

Gernhuber, Joachim: Die fiduziarische Treuhand, in: Juristische Schulung (JuS) 1988, S. 355–363.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gernhuber, Joachim: Handbuch des Schuldrechts – Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., Tübingen 1994 (zit. *Gernhuber* Die Erfüllung und ihre Surrogate).

Gesmann-Nuissl, Dagmar: Die Rechts- und Parteifähigkeit sowie Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Urteil des BGH, II ZR 331/00 = WM 2001, 408, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 2001, S. 973–979.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht – Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, 3. Aufl., unveränd. Nachdr. d. 2. Aufl. v. 1936, Leipzig 2010 (zit. *v. Gierke* Deutsches Privatrecht I).

Gierke, Otto v.: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1948 (zit. *v. Gierke* Die soziale Aufgabe des Privatrechts).

Gierke, Otto v.: Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 3. Nachdr. der Ausg. Berlin 1887 (zit. *v. Gierke* Genossenschaftstheorie).

Goebel, Joachim: Der Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Außeneinflusses im Personengesellschaftsrecht, Berlin 2004, zugl. Habil. Regensburg 2001 (zit. *Goebel* Der Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen).

Godin, Reinhard Freiherr v.: Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin 1949 (zit. *v. Godin* Nutzungsrecht an Unternehmen).

Gola, Peter: Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO – Kommentar, 2. Aufl., München 2018 (zit. Gola/*Bearbeiter* DS-GVO).

Goldschmidt, Levin: Universalgeschichte des Handelsrechts – 1. Lieferung, Norderstedt 2017, Nachdr. d. Ausg. v. 1891 (zit. *Goldschmidt* Universalgeschichte des Handelsrechts).

Gottwald, Peter und *Haas*, Ulrich: Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., München 2020 (zit. Gottwald/Haas/*Bearbeiter* Insolvenzrechts-Handbuch).

Grabitz, Eberhard (Begr.), *Hilf*, Meinhard und *Nettesheim*, Martin: Kommentar zum Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Loseblattwerk, Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2019, 68. Aufl., München 2019 (zit. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Bearbeiter* AEUV, Losebl., EL 10/19).

Graf-Schlicker, Marie L.: Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Köln 2020 (zit. Graf-Schlicker/*Bearbeiter*, InsO).

Grundmann, Stefan: Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand, München 1997, zugl. Habil. München 1994/1995 (zit. *Grundmann* Der Treuhandvertrag).

Grunewald, Barbara: Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1995, S. 68–92.

Grunewald, Barbara: Neuere Entwicklungen im Recht der Personengesellschaften, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2011, S. 881–885.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Grunewald, Barbara: Unterschiedliche Grenzen bei der Verlagerung von Entscheidungskompetenzen auf Beiräte im Recht der Kommanditgesellschaft und der GmbH? – Dargestellt am Beispiel der Verlagerung der Kompetenz zur Anweisung der Geschäftsführungsorgane, zur Durchführung von Satzungsänderungen, zur Aufnahme und zum Ausschluss von Gesellschaftern, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner, Heidelberg 2012, S. 485–492.

Gsell, Beate: Wohnraummietrecht als Verbraucherrecht, in: Wohnungswirtschaft und Mietrecht (WuM) 2014, S. 375–387.

Habersack, Mathias: Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, in: Betriebs-Berater (BB) 2001, S. 477–483.

Habersack, Mathias: Die Mitgliedschaft – subjektives und "sonstiges" Recht, Tübingen 1996, zugl. Habil. Heidelberg 1995 (zit. *Habersack* Die Mitgliedschaft).

Hadding, Walther: Korporationsrechtliche oder rechtsgeschäftliche Grundlagen des Vereinsrechts?, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, S. 165–196.

Hadding, Walther: Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2001, S. 712–743.

Haemmerle, Hermann: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses?, in: Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentag, Band 1: Gutachten, Berlin und Leipzig 1930, S. 632 ff. (zit. *Haemmerle* Gutachten zum 36. DJT).

Heiderhoff, Bettina: Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts – Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung, München 2016, zugl. Habil. Leipzig 2003 (zit. *Heiderhoff* Grundstrukturen).

Heinsheimer, Rudolf: Über die Teilhaberschaft – Beiträge zum inneren Recht der Personalgesellschaften, Heidelberg 1930, zugl. Diss. Heidelberg 1930 (zit. *Heinsheimer* Über die Teilhaberschaft).

Henckel, Wolfram: Buchbesprechungen, in: Zeitschrift für Zivilprozess 84 (ZZP) 1971, S. 447–462.

Henckel, Wolfram: Zur Dogmatik der besitzlosen Mobiliarsicherheiten, in: Festschrift für Albrecht Zeuner zum 70. Geburtstag, Tübingen 1994, S. 193–218.

Henssler, Martin: Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit, in: Archiv für die civilistische Praxis 196 (AcP) 1996, S. 37–87.

Henssler, Martin und *Strohn*, Lutz: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 2019 (zit. Henssler/Strohn/*Bearbeiter* HGB).

Hey, Felix: Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, München 2004, zugl. Habil. München 2000/2001 (zit. *Hey* Freie Gestaltung).

Heymann – Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. *Horn*, Norbert, Band 2: §§ 105–237, 3. Aufl., Berlin 2020 (zit. Heymann/*Bearbeiter* HGB).

Hoeren, Thomas: Datenschutz und Auskunftsansprüche des Treugebers bei der Publikums-KG, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2010, S. 2436–2440.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Hofmann, Achim: Die Rechtsstellung des Treugebers in der kupierten Publikums-KG, Göttingen 1985, zugl. Diss. Göttingen (zit. *Hofmann* Die Rechtsstellung des Treugebers).

Hofmann, Franz: Die Übertragung von Rechten – Ein Überblick, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2008, 253–256.

Holler, Lorenz: Der „gläserne" Treugeber-Kommanditist? – Zum Anspruch des Kapitalanlegers auf Anonymität im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Im Anschluss an BGH v. 21.9.2009 – II ZR 264/08, ZIP 2010, 27 und OLG Hamburg v. 26.6.2009 – 11 U 75/09, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2010, S. 2429–2436.

Hopt, Klaus: Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine Regelung des Anlegerschutzes?, in: Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentag, Band 1: Gutachten, 1976 (zit. *Hopt* Gutachten zum 51. DJT).

Hueck, Alfred: Das Recht der offenen Handelsgesellschaft – Systematisch dargestellt, 4. Aufl., Berlin 1971 (zit. *Hueck* Das Recht der offenen Handelsgesellschaft).

Huber, Ulrich: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970, zugl. Habil. Heidelberg 1967/1968 (zit. *Huber* Vermögensanteil).

Hüffer, Uwe: Die Publikumsgesellschaft und das Problem des Anlegerschutzes, in: Juristische Schulung (JuS) 1979, S. 457–465.

Hüffer, Uwe: Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher Generalklausel, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990, S. 59–78.

Hüffer, Uwe: 100 Bände BGHZ – Personengesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 151 (1987), S. 396–421.

Immenga, Ulrich: Die personalistische Kapitalgesellschaft – Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten, Bad Homburg 1970, zugl. Habil. Bielefeld 1970 (zit. *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft).

Jacobs, Jörn: Die institutionelle Haftungsbeschränkung bei atypischen Erscheinungsformen der Außen-GbR, Köln 2007, teilw. zugl. Diss. Münster 2005/2006 (zit. *Jacobs* Die institutionelle Haftungsbeschränkung).

Jaeger, Ernst (Begr.), *Henckel*, Wolfram und *Gerhardt*, Walter: Insolvenzordnung – Großkommentar, 1. Aufl., Berlin 2004 (zit. Jaeger/*Bearbeiter* InsO).

Jaeniche, Steffen: Die Dritteinflußnahme bei Personengesellschaften, München 1995, zugl. Diss. Mannheim 1995 (zit. *Jaeniche* Dritteinflußnahme).

Jauernig – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, hrsg. *Stürner*, Rolf, 17. Aufl., München 2018 (zit. Jauernig/*Bearbeiter* BGB).

John, Uwe: Die organisierte Rechtsperson – System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Berlin 1977, zugl. Habil. Mannheim 1977 (zit. *John* Die organisierte Rechtsperson).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Juris Praxiskommentar BGB, Band 2 – Schuldrecht, hrsg. *Herberger*, Maximilian, *Martinek*, Michael, *Rüßmann*, Helmut, *Weth*, Stephan und *Würdinger*, Markus, 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (zit. JurisPK-BGB/*Bearbeiter*).

Kanzler, Hans-Joachim: Beiläufiges über Beiläufiges – Das obiter dictum in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, in: Deutsches Steuerrecht (DStR) 2013, S. 1505–1509.

Kapitza, Martin: Die Rechtsstellung der Treugeber in geschlossenen Immobilienfonds in der Form der kupierten Publikumskommanditgesellschaft, Berlin 1996, zugl. Diss. 1995 (zit. *Kapitza* Die Rechtsstellung der Treugeber).

Kaulbach, Ann-Marie: Typenzwang im BGB?, in: Juristische Schulung (JuS) 2011, S. 397-401.

Kellermann, Alfred: Zur Anwendung körperschaftsrechtlicher Grundsätze und Vorschriften auf die Publikums-Kommanditgesellschaft, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, Berlin 1985, S. 295–306.

Kern, Christoph A.: Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts – ein Beitrag zur Standardisierung übertragbarer Güter, Tübingen 2013, zugl. Habil. Freiburg 2011 (zit. *Kern* Typizität).

Kindler, Peter: Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter – Zur Treugeberhaftung in der Personengesellschaft, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2009, S. 1146–1149.

Kindler, Peter: Der Kommanditist hinter dem Kommanditisten – Zur Treugeberhaftung in der Insolvenz der Publikums-GmbH & Co. KG, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 871–891.

Kindler, Peter: Der Kommanditist hinter dem Kommanditisten (II) – Qualifizierte Treuhand und Haftungsregress, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Band I, München 2019, S. 641–654.

Kirchhof, Paul und *Seer*, Roman: Kirchhof Einkommenssteuergesetz – Kommentar, 19. Aufl., Köln 2020 (zit. Kirchhof/*Bearbeiter*).

Klöhn, Lars: „Ansparer" versus „Sofortzahler" bei der Abwicklung geschlossener Fonds gem. §§ 145 ff. HGB – Eine Nachlese zu BGH NZG 2018, 539 (MLR Beteiligungsgesellschaft), in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2020, S. 154–180.

Klöhn, Lars: Treuhandkonstruktionen in Publikums-Personengesellschaften – Das Aufrechnungsverbot nach BGHZ 189, 45 und BGH NZG 2012, 1024, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion (VGR) 2013, S. 143.

Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. *Hess*, Harald, Band 1: §§ 1–55, 1. Aufl., Köln 2016 (zit. KKInsO/*Bearbeiter*).

Koenigs, Folkmar: Die stille Gesellschaft, Berlin 1961, zugl. Habil Hamburg 1956 (zit. *Koenigs* Die stille Gesellschaft).

Kötz, Hein: Trust und Treuhand – Eine rechtsvergleichende Darstellung des angloamerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts, Göttingen 1963, zugl. Diss. Hamburg 1962 (zit. *Kötz* Trust und Treuhand).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Koller, Ingo, *Kindler*, Peter, *Roth*, Wulf-Henning und *Drüen*, Klaus-Dieter: Handelsgesetzbuch – Kommentar, 9. Aufl., München 2019 (zit. Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Bearbeiter* HGB).

Koppensteiner, Hans-Georg: Verbraucherleitbilder bei der Bewerbung von Kapitalanlagen, in: Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 371–382.

Krämer, Achim: Zum Anspruch auf Offenlegung der Identität von Mitgesellschaftern, in: Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 225–235.

Kraft, Alfons: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Publikums-KG zwischen Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, S. 321–338.

Krause, Tobias: Investmenttreuhand und Investmentgesamthand, Baden-Baden 2018, zugl. Diss. Heidelberg 2017 (zit. *Krause* Investmentgesamthand).

Krenzel, Joachim: Treuhand an Kommanditanteilen unter besonderer Berücksichtigung der Pflichtenbindung des Treuhänders in der kupierten Publikums-Kommanditgesellschaft, Frankfurt am Main 1991, zugl. Diss. Köln 1991 (zit. *Krenzel* Treuhand an Kommanditanteilen).

Krieger, Albrecht: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung der Publikums-KG?, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, Berlin 1985, S. 307–333.

Kühling, Jürgen und *Buchner*, Benedikt: Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG – Kommentar, 2. Aufl., München 2018 (zit. Kühling/Buchner/*Bearbeiter* DS-GVO/BDSG).

Kümmerlein, Hartmut: Erscheinungsformen und Probleme der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften, Münster 1971, zugl. Diss. Münster 1970 (zit. *Kümmerlein* Erscheinungsformen).

Kümpel, Siegfried, *Mülbert*, Peter, *Früh*, Andreas und *Seyfried*, Thorsten: Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Köln 2019 (zit. Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried/*Bearbeiter* Bank- und Kapitalmarktrecht).

Lammel, Siegbert: Die Haftung des Treuhänders aus Verwaltungsgeschäften – zur Dogmatik des Verwaltungshandelns im Privatrecht, Frankfurt am Main 1972, zugl. Diss. Frankfurt am Main 1971 (zit. *Lammel* Die Haftung des Treuhänders).

Larenz, Karl und *Wolf*, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004 (zit. *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil).

Lastig, Gustav: Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 24 (ZHR) 1979, S. 387–449.

Lehnen, Christof: Vom Grundsatz der komplementärgleichen Kommanditistenhaftung – ein Beitrag zur Enträtselung des § 176 HGB, Tübingen 2013, zugl. Diss. Trier 2013 (zit. *Lehnen* Komplementärgleiche Kommanditistenhaftung).

Leuering, Dieter: Das Aktienbuch, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1999, S. 1745-1751.

Liebich, Dieter und *Mathews*, Kurt: Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft – Ein Handbuch, 2. Aufl., Berlin 1983 (zit. *Liebich/Mathews* Treuhand und Treuhänder).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lieder, Jan: Die Rechtsgeschäftliche Sukzession – eine methodenpluralistische Grundlagenuntersuchung zum deutschen Zivilrecht und Zivilprozessrecht sowie zum Internationalen und Europäischen Privatrecht, Tübingen 2015, zugl. Habil. Jena 2013 (zit. *Lieder* Rechtsgeschäftliche Sukzession).

Lieder, Jan: Öffnungs- und Mehrheitsklauseln im Wohnungseigentums- und Gesellschaftsrecht, in: Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis (notar) 2016, S. 283–299.

Lieder, Jan und *Wüstenberg*, Timm: Kommissionsgeschäft und Forderungszuordnung – Dogmatische Grundsatzfragen des § 392 Abs. 2 HGB, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2016, S. 1229–1240.

Löhnig, Martin: Treuhand – Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, Tübingen 2006, zugl. Habil. Regensburg 2006 (zit. *Löhnig* Treuhand).

Looschelders, Dirk und *Makowski*, Mark: Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 2012, S. 721–729.

Loritz, Karl-Georg und *Rickmers*, Benedikt: Unternehmensfinanzierung im Kapitalmarkt und Kapitalanlagegesetzbuch bei operativ tätigen Unternehmen, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2014, S. 1241–1250.

Loritz, Karl-Georg und *Uffmann*, Katharina: Der Geltungsbereich des Kapitalanlagegesetzbuches (KAGB) und Investmentformen außerhalb desselben – Erste Überlegungen, auch zum Auslegungsschreiben der BaFin vom 14.6.2013 –, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 2013, S. 2193–2203.

Lubberich, Finn: Sanierungsbeiträge und Innenausgleich in der Treuhand-KG: Ausgleichsansprüche gegen Mit-Treugeber – Zugleich Anmerkungen zum Urt. des BGH v. 29.9.2015 – II ZR 403/13 –, in: Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 2016, S. 416–423.

Lücke, Jörg: Begründungszwang und Verfassung – Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente, Tübingen 1987 (zit. *Lücke* Begründungszwang und Verfassung).

Lutter, Marcus: Theorie der Mitgliedschaft, in: Archiv für die civilistische Praxis 180 (AcP) 1980, S. 84–159.

Markwardt, Karsten: Keine Anonymität in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: Betriebsberater (BB) 2011, S. 643–648.

Markwardt, Manfred: Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse bei Personenhandelsgesellschaften, Marburg 1973, zugl. Diss. Marburg 1973 (zit. *Markwardt* Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse).

Marwede, Jan: Rechtsnatur und Außenschutz des Trust und der Treuhand – zugleich ein Beitrag zur Dinglichkeit und zum System subjektiver Privatrechte, 1972, zugl. Diss. Bonn 1971 (zit. *Marwede* Rechtsnatur und Außenschutz).

Maulbetsch, Hans-Chrstoph: Beirat und Treuhand in der Publikumspersonengesellschaft, Bonn 1984, zugl. Diss. Tübingen 1983 (zit. *Maulbetsch* Beirat und Treuhand).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Maulbetsch, Hans-Chrstoph: Die Unabhängigkeit des Treuhandkommanditisten von der Geschäftsführung bei der Publikumspersonengesellschaft, in: Der Betrieb (DB) 1984, S. 2232–2235.

Maunz/Dürig – Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattwerk, hrsg. *Herdegen*, Matthias, *Herzog*, Roman, *Klein*, Hans H. und *Scholz*, Rupert, Stand: Dezember 2019 (90. Ergänzungslieferung), 89. Aufl., München 2020 (zit. Maunz/Dürig/*Bearbeiter* GG, Losebl., 90. EL 12/19).

Maurer, Hartmut und *Waldhoff*, Christian: Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017 (zit. *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht).

Martens, Klaus-Peter: Rechtsgeschäft und Drittinteressen, in: Archiv für die civilistische Praxis 177 (AcP) 1977, S. 113–188.

Martinek, Michael: Das allgemeine Geschäftsbesorgungsrecht und die analoge Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB, in: Festschrift für Hans Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 355–382.

Mattheus, Daniela und *Schwab*, Martin: Kommanditistenhaftung und Registerpublizität, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2008, S. 65-109.

Mazza, Francesca: Kausale Schuldverträge – Rechtsgrund und Kondizierbarkeit, Tübingen 2002, zugl. Diss. Heidelberg 2000/2001 (zit. *Mazza* Kausale Schuldverträge).

Menkel, Andreas: Die Aufrechnungsbefugnis der Treugebergesellschafter gegen den Zessionar bei Abtretung des Freistellungsanspruchs durch die Treuhandgesellschafterin, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2014, S. 1253–1258.

Menkel, Andreas: Gesamtschuldnerische Haftung von Treugeber-Kommanditisten?, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2016, S. 261–263.

Mentz, Alexander: Der Nießbrauch an OHG- und KG-Mitgliedschaftsrechten, Frankfurt 1972, zugl. Diss. Frankfurt 1972 (*Mentz* Der Nießbrauch).

Medicus, Dieter: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis 192 (AcP) 1992, S. 35–70.

Merkt, Hanno: Entwicklungen in Theorie und Praxis der Verbandsmitgliedschaft, in: Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW) 2018, S. 300–327.

Miebach, Martin: Zur Willkür- und Abwägungskontrolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile, München 1990, zugl. Diss. München 1989 (zit. *Miebach* Zur Willkür- und Abwägungskontrolle).

Mitlehner, Stephan: Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, 4. Aufl., Köln 2016 (zit. *Mitlehner* Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren).

Moritz, Joachim, *Klebeck*, Ulf und *Jesch*, Thomas A.: Frankfurter Kommentar zum Kapitalanlagerecht, Band 1: KAGB (Kapitalanlagegesetzbuch), 1. Aufl., Frankfurt am Main 2016 (zit. Moritz/Klebeck/Jesch/*Bearbeiter* KAGB).

Müller-Feldhammer, Ralf: Einwendungen und Aufrechnung beim Treuhandauftrag, in: Juristische Rundschau (JR) 2009, S. 136–141.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Münchener Anwaltshandbuch zum Personengesellschaftsrecht, hrsg. *Gummert*, Hans, 3. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter* Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht).

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (zit. *Bearbeiter* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd.),
Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, hrsg. *Gummert*, Hans und *Weipert*, Lutz, 5. Aufl., München 2019;
Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, hrsg. *Gummert*, Hans und *Weipert*, Lutz, 5. Aufl., München 2019;
Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, hrsg. *Beuthien*, Volker, *Gummert*, Hans und *Schöpflin*, Martin, 4. Aufl., München 2016.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2: §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, hrsg. *Goette*, Wulf, *Habersack*, Mathias und *Kalss*, Susanne, 5. Aufl., München 2019 (zit. MüKoAktG/*Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: §§ 705–853, PartGG, ProdHaftG, hrsg. *Ulmer*, Peter, 3. Aufl., München 1997 (zit. MüKoBGB/*Bearbeiter* (3. Aufl.)).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von *Säcker*, Franz J., *Rixecker*, Roland, *Oetker*, Hartmut und *Limperg*, Bettina (zit. MüKoBGB/*Bearbeiter*),
Band 1: §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018;
Band 2: §§ 241–310, 8. Aufl., München 2019;
Band 3: §§ 311–432, 8. Aufl., München 2019;
Band 7: §§ 705–853, PartGG, ProdHaftG, 7. Aufl., München 2017;
Band 8: §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, 8. Aufl., München 2020.

Münchener Kommentar zum GmbHG, hrsg. *Fleischer*, Holger und *Goette*, Wulf, 3. Aufl., München 2018 (zit. MüKoGmbHG/*Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. *Schmidt*, Karsten (zit. MüKoHGB/*Bearbeiter*),
Band 2: §§ 105–160, 4. Aufl., München 2019;
Band 3: §§ 161–237, Konzernrecht der Personengesellschaften, 4. Aufl., München 2019;
Band 5: §§ 343–406, CISG, 4. Aufl., München 2018.

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1: §§ 1–79, InsVV, hrsg. *Stürner*, Rolf, *Eidenmüller*, Horst und *Schoppmeyer*, Heinrich, 4. Aufl., München 2019 (zit. MüKoInsO/*Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. *Rauscher*, Thomas und *Krüger*, Wolfgang (zit. MüKoZPO/*Bearbeiter*),
Band 2: §§ 355–945b, 5. Aufl., München 2020;
Band 3: §§ 946–1117, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 5. Aufl., München 2017.

Nasall, Wendt: Die Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrages der »kupierten« Publikums-Kommanditgesellschaft, in: Betriebs-Berater (BB) 1988, S. 286–289.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nitschke, Manfred: Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970, zugl. Habil. Münster 1966/1967 (zit. *Nitschke* Personengesellschaft).

Noack, Ulrich: Die organisierte Stimmrechtsvertretung auf Hauptversammlungen – insbesondere durch die Gesellschaft, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 1463–1483.

Noack, Ulrich: Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1994, zugl. Habil. Tübingen 1993 (zit. *Noack* Gesellschaftervereinbarungen).

Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, gesamthrsg. *Dauner-Lieb*, Barbara, *Heidel*, Thomas und *Ring*, Gerhard (zit. NK-BGB/*Bearbeiter*),
Band 1: Allgemeiner Teil, EGBGB, 3. Aufl., Baden-Baden 2016;
Band 2/1: §§ 241–610, 3. Aufl., Baden-Banden 2016.

Obermüller, Manfred, *Kuder*, Karen und *Obermüller*, Martin: Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl., Köln 2016 (zit. *Obermüller* Insolvenzrecht in der Bankpraxis).

Obermüller, Walter und *Obermüller*, Manfred: Die Unterbeteiligung im Bankgeschäft, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, Berlin 1984, S. 607-638.

Oetker, Hartmut: Handelsgesetzbuch – Kommentar, 6. Aufl., München 2019 (zit. *Oetker*/Bearbeiter).

Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, hrsg. *Brudermüller*, Gerd, *Ellenberger*, Jürgen, *Götz*, Isabell, *Grüneberg*, Christian, *Herrler*, Sebastian, *Sprau*, Hartwig, *Thorn*, Karsten, *Weidenkaff*, Walter, *Weidlich*, Dietmar und *Wicke*, Hartmut, 79. Aufl., München 2020 (zit. Palandt/*Bearbeiter*).

Paul, Wolfgang: Sanieren oder Ausscheiden (Teil 2) – Aufsichts- und kapitalanlagerechtliche Problemfelder, in: Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR) 2015, S. 463–468.

Paulick, Heinz: Die Unterbeteiligung in gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1974, S. 253–295.

Paulus, Christoph und *Zenker*, Wolfgang: Grenzen der Privatautonomie, in: Juristische Schulung (JuS) 2011, S. 1–9.

Peltzer, Martin: Die Vertretung der Aktionäre in Hauptversammlungen von Publikumsgesellschaften, in: Die Aktiengesellschaft (AG) 1996, S. 26–32.

Peters, Freia: Treuhand und Unterbeteiligung an Gesellschaftsanteilen – Eine vergleichende Betrachtung für den Bereich des Gesellschafts- und des Steuerrechts, Frankfurt am Main 2003, zugl. Diss. Kiel 2002 (zit. *Peters* Treuhand und Unterbeteiligung).

Pfefferle, Simon: Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, Berlin 2013, zugl. Diss. Berlin 2012/2013 (zit. *Pfefferle* Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts).

Pfeifle, Dorothee und *Heigl*, Ilka: Treugeberhaftung, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 2008, S. 1485-1492.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Pohlmann, Petra: Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Folgen für Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und freiwillige Gerichtsbarkeit –, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 2002, S. 1421–1432.

Priester, Hans-Joachim: Drittbildung des Stimmrechts und Satzungsautonomie, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, Berlin 1984, S. 657–679.

Priester, Hans-Joachim: Transparenz contra Anonymität bei Treugeber-Innengesellschaften – Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 11.1.2011 – II ZR 187/09, ZIP 2011, 322, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2011, S. 697–702.

Queck, Mathias: Der Nießbrauch am Anteil einer offenen Handelsgesellschaft – eine Form der (un-)mittelbaren Unternehmensbeteiligung, Frankfurt am Main 2000, zugl. Diss. Saarbrücken 1999/2000 (zit. *Queck* Der Nießbrauch).

Rasner, Henning: Die atypische stille Gesellschaft – ein Institut des Gesellschaftsrechts, Bielefeld 1961, zugl. Nachdr. d. Diss. Bonn 1960 (zit. *Rasner* Die atypische stille Gesellschaft).

Regelsberger, Ferdinand: Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 63 (1880), S. 157–207.

Reiff, Peter: Die unbeschränkte Gesellschafterhaftung in der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Ausnahmen – Besprechung des Urteils BGHZ 150, 1, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2003, S. 550–576.

Reiff, Peter: Die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten nach § 176 I HGB, in: Ad Legendum (AL) 2014, S. 336–343.

Reinhardt, Rudolf und *Erlinghausen*, P.: Die rechtsgeschäftliche Treuhand – ein Problem der Rechtsfortbildung, in: Juristische Schulung (JuS) 1962, S. 41–52.

Reinicke, Dietrich und *Tiedke*, Klaus: Sonderfälle des Sicherungseigentums, Zwangsvollstreckung und Verwertung, in: Der Betrieb (DB) 1994, S. 2601–2609.

Renaud, Achilles: Das Recht der Commanditgesellschaften, Leipzig 1881 (zit. *Renaud* Das Recht der Commanditgesellschaften).

Renaud, Achilles: Das Recht der stillen Gesellschaften und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, Heidelberg 1885 (zit. *Renaud* Das Recht der stillen Gesellschaften).

Reuter, Dieter: Der Beirat der Personengesellschaft, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990, S. 229–248.

Reuter, Dieter: Die Bestandssicherung von Unternehmen – ein Schlüssel zur Zukunft des Handelsgesellschaftsrechts, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 181 (1981), S. 1–30.

Reuter, Dieter: Die "Wesenselemente" der Personengesellschaft in der neueren Rechtsprechung – Bestandsaufnahme, literarische Gegenbewegungen, Konsequenzen –, GmbH-Rundschau (GmbHR) 1981, S. 129–139.

Reuter, Dieter: Richterliche Kontrolle der Satzung von Publikums-Personengesellschaften, in: Die Aktiengesellschaft (AG) 1979, S. 321–330.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Reuter, Dieter: Stimmrechtsvereinbarungen bei treuhänderischer Abtretung eines GmbH-Anteils – Besprechung der Entscheidung vom 11.10.1976 – II ZR 119/75, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1978, S. 633–642.

Röder, Erik: Reformüberlegungen zum Recht der GbR, in: Archiv für die civilistische Praxis 215 (AcP) 2015, S. 450–532.

Röhricht, Volker, *Graf von Westphalen*, Friedrich und *Haas*, Ulrich: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, Köln 2019 (zit. Röhricht/Graf von Westphalen/Haas/*Bearbeiter* HGB).

Rolle, Jacqueline: Treuhandverhältnisse und deren Behandlung in der Insolvenz, Hamburg 2011, zugl. Diss. Potsdam 2011 (zit. *Rolle* Treuhandverhältnisse).

Roth/Altmeppen – Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, hrsg. *Altmeppen*, Holger, 9. Aufl., München 2019 (zit. Roth/Altmeppen/*Bearbeiter* GmbHG).

Rüthers, Bernd: Die privatautonome Gestaltung der Vererbung des Anteils an einer Offenen Handelsgesellschaft durch eine beschränkte Nachfolgeklausel, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 168 (1968), S. 263–285.

Schäfer, Carsten: Zu Fragen der Treugeberhaftung bei qualifizierten Treugeberbeteiligungen an Publikumspersonengesellschaften, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 177 (ZHR) 2013, S. 619–642.

Schaffland, Hans-Jürgen und *Wiltfang*, Noeme: Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)/ Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) – Kommentar, Loseblattwerk, Ergänzungslieferung Stand: Februar 2020, Berlin 2020 (zit. Schaffland/Wiltfang/*Bearbeiter* DS-GVO, Losebl., EL 2/20).

Schantz, Peter und *Wolff*, Heinrich A.: Das neue Datenschutzrecht – Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis, 1. Aufl., München 2017 (zit. Schantz/Wolff/*Bearbeiter* Das neue Datenschutzrecht).

Scharrenberg, Claudia: Die Rechte des Treugebers in der Zwangsvollstreckung, zugl. Diss. Mainz 1989 (zit. *Scharrenberg* Die Rechte des Treugebers).

Schewe, Benedikt: Kommanditgesellschaften im Regelungsbereich des Investmentrechts – Eine Analyse des Spannungsverhältnisses zwischen personengesellschaftsrechtlicher Organisationsverfassung und dem System der kollektiven Vermögensverwaltung im KAGB sowie dessen Auswirkungen im Steuerrecht, Berlin 2017, zugl. Diss. Osnabrück 2016 (zit. *Schewe* Kommanditgesellschaften).

Schiemann, Gottfried: Haftungsprobleme bei der Treuhand an Gesellschaftsanteilen, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Köln 1998, S. 503–519.

Schimanski, Herbert, *Bunte*, Hermann-Josef und *Lwowski*, Hans-Jürgen: Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., München 2017 (zit. Schimanski/Bunte/Lwowski/*Bearbeiter* Bankrechts-Handbuch).

Schlegelberger, Franz: Handelsgesetzbuch in der seit dem 1. Oktober 1937 geltenden Fassung (ohne Seerecht), Band 2, 3. Aufl., München 1955 (zit. Schlegelberger/*Bearbeiter* HGB, 3. Aufl. (1955)).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schlegelberger, Franz (Begr.) und *Ernst*, Geßler: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, Halbband 2: §§ 161–177a, §§ 335–342 (§§ 230–237 n.F.), 5. Aufl., München 1986 (zit. Schlegelberger/*Bearbeiter* HGB).

Schlick, Wolfgang: Die aktuelle Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH zum Kapitalanlagerecht – Teil I –, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 2014, S. 581–590.

Schlosser, Peter: Sonderanknüpfungen von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozeßrecht – Eine Studie unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsprechung zu Differenzeinwand und Börsentermingeschäftsfähigkeit, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990, S. 1379–1392.

Schlüter, Wilfried: Das obiter dictum: die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, München 1973, zugl. Habil. Münster 1972 (zit. *Schlüter* Das obiter dictum).

Schmidt, Karsten: Auflösung der stillen Gesellschaft: Blitzschlag oder Abwicklungsprozedur? – Überlegungen zum Urteil des BGH vom 8.12.2015 – II ZR 333/14, NZG 2016, 422, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2016, S. 641–645.

Schmidt, Karsten: Das Rätsel Treuhandkonto – Gedanken über Unmittelbarkeit, Mittelherkunft und Offenkundigkeit als Kriterien der Verwaltungstreuhand, in: Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 933–963.

Schmidt, Karsten: Das Recht der Mitgliedschaft: Ist „korporatives Denken" passé?, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2011, S. 108–135.

Schmidt, Karsten: Die Innenkommanditgesellschaft – wirklicher Verband und virtueller Rechtsträger –, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 178 (2014), S. 10–54.

Schmidt, Karsten: Die Personengesellschaft als Juristentagsthema – Zum Juristentagsgutachten von Carsten Schäfer, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 180 (ZHR) 2016, S. 411–421.

Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002 (zit. *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht).

Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht: Haftungsverhältnisse bei Treugeberkommanditisten, in: Juristische Schulung (JuS) 2016, S. 361–363.

Schmidt, Karsten: Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 6. Aufl., Köln 2014 (zit. *K. Schmidt* Handelsrecht).

Schmidt, Karsten: Register-Unfähigkeit der GmbH & Still, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2014, S. 881–885.

Schmidt, Karsten: Sozialansprüche und actio pro socio bei der „GmbH & Still" – Zur Binnenverfassung der mehrgliedrigen stillen Gesellschaft, in: Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2000, S. 401–413.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schmidt, Karsten: Stimmrecht bei Anteilsnießbrauch – Besprechung des Urteils BGH NJW 1999, 571, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1999, S. 601–612.

Schmidt, Karsten: Struktur und Transparenz einer Treugeber-Innengesellschaft – Thesen zum Urteil des BGH vom 11.1.2011 – II ZR 187/09, NZG 2011, 276, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2011, S. 361–367.

Schmidt, Karsten: Umwandlung stiller Beteiligungen in GmbH-Geschäftsanteile – Überlegungen nach dem Urteil des BGH vom 3.11.2015 – II ZR 13/14, NZG 2015, 1396, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2016, S. 4–8.

Schmidt, Karsten: Was wird aus der unbeschränkten Kommanditistenhaftung nach § 176 HGB? Auslegung, Vertragsgestaltung und Gesetzgebung vor einer haftungsrechtlichen Neubesinnung, in: GmbH-Rundschau (GmbHR) 2002, S. 341–348.

Schmidt, Karsten: Zur Gesellschafterhaftung in der „Innen-KG" – Bemerkungen zur typisch-atypischen stillen Gesellschaft –, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2016, S. 361–364.

Schmitt-Gaedke, Gernot: Die Constituta legis et usus von Pisa (1160) – Gesetzbuch im Kosmos hochmittelalterlicher Rechtsgelehrtheit, Berlin 2009, zugl. Diss. Frankfurt am Main 2006 (zit. *Schmitt-Gaedke* Die Constituta legis et usus).

Schniepp, Steffen und *Giesecke*, Cordula: Virtuelle Anteile und AGB, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2017, S. 128–133.

Schoch, Friedrich, *Schneider*, Jens-Peter und *Bier*, Wolfgang: Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblattwerk, Ergänzungslieferung Stand: Juni 2019, 37. Aufl., München 2019 (zit. Schoch/Schneider/Bier/*Bearbeiter* VwGO, Losebl., EL 6/19).

Schön, Wolfgang: Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 158 (ZHR) 1994, S. 229–270.

Schliemann, Adolph: Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelgesetzbuches – nach den Beschlüssen der 2. Lesung, Schwerin 1858 (zit. *Schliemann* Kritische Bemerkungen).

Schubert, Werner: Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Band 2, Teilband 2, Frankfurt am Main 1988 (zit. *Schubert* Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, II/2).

Schürnbrand, Jan: Publikumspersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2014, S. 256–283.

Schulze-Osterloh, Joachim: Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, München 1972, zugl. Habil. Hamburg 1971 (zit. *Schulze-Osterloh* Das Prinzip).

Schulze-Osterloh, Joachim: Erneuter Beginn der Verjährung von Ansprüchen gegen Gesellschafter durch Feststellung des Jahresabschlusses, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 1487–1503.

Schwintowski, Hans-Peter: Das Konzept des deutschen Gesellschaftsrechts – Funktionen, Entwicklung, offene Fragen, in: Juristische Arbeitsblätter (JA) 1993, S. 97-104.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band 2, Die einfache Sicherungsübertragung – Erster Teil, 2. Aufl., Heidelberg 1986 (zit. *Serick* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 2/1).

Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band 3, Die einfache Sicherungsübertragung – Zweiter Teil, Heidelberg 1970 (zit. *Serick* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 3).

Servos, Rüdiger: Die Personenhandelsgesellschaften und die stille Gesellschaft in den Kodifikationen und Kodifikationsentwürfen vom ALR bis zum ADHGB, Köln 1984, zugl. Diss. Köln 1983 (zit. *Servos* Die Personenhandelsgesellschaften).

Sester, Peter und *Voigt*, Daniel: Anspruch auf Offenlegung der Identität von Mitgesellschaftern – Zugleich eine Besprechung des BGH-Beschlusses vom 21.9.2009 – II ZR 264/08, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2010, S. 375–379.

Siebert, Wolfgang: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis – Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem, Frankfurt am Main 1970, Nachdr. d. Ausg. 1933 (zit. *Siebert* Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis).

Singer, Reinhard: Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, in: Juristenzeitung (JZ) 1995, S. 1133–1188.

Singhof, Bernd, *Seiler*, Oliver und *Schlitt*, Michael: Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, Köln 2004 (zit. *Singhof/Seiler/Schlitt* Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen).

Soergel, Hans-Theodor (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zit. Soergel/*Bearbeiter* BGB),
Band 2: Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240, 13. Aufl., Stuttgart 1999;
Band 11/1: Schuldrecht 9/1, §§ 705–758, 13. Aufl., Stuttgart 2011;
Band 14: Sachenrecht 1, §§ 854–984, 13. Aufl., Stuttgart 2002;
Band 16: Sachenrecht 3, §§ 1018–1296, 13. Aufl., Stuttgart 2001.

Sojka, Jürgen: Der Schutz mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen gegen beeinträchtigendes Verwaltungshandeln der Gesellschafter, Köln 1992, zugl. Diss. Köln 1992 (zit. *Sojka* Der Schutz mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen).

Spies, Axel: Die über die Haftsumme des § 171 HGB hinausgehende Kommanditistenhaftung, Frankfurt am Main 1983, zugl. Diss. Saarbrücken 1982 (zit. *Spies* Kommanditistenhaftung).

Spindler, Gerald und *Stilz*, Eberhard: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2: §§ 150–410, SpruchG, SE-VO, 4. Aufl., München 2019 (zit. Spindler/Stilz/*Bearbeiter* AktG).

Staub, Herrmann (Begr.) u.a.: Handelsgesetzbuch, Teil: Band 2 / Halbband 1, §§ 105–144, Register für Halbbände 1 und 2, 3. Aufl., Berlin 1973 (zit. Staub/*Bearbeiter* HGB, 3. Aufl. (1973)).

Staub, Herrmann (Begr.) u.a.: Handelsgesetzbuch, Teil: Band 2, §§ 105–237, 4. Aufl., Berlin 2005 (zit. Staub/*Bearbeiter* HGB, 4. Aufl. (2005)).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Staub, Herrmann (Begr.) u.a.: Handelsgesetzbuch (zit. Staub/*Bearbeiter* HGB), Band 3: §§ 105–160, 5. Aufl., Berlin 2009;
Band 4: §§ 161–237, 5. Aufl., Berlin 2015;
Band 5: Bankvertragsrecht, 4. Aufl., Berlin 2005.

Staudinger, Julius v. (Begr.) u.a.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 705–740, 12. Aufl., Berlin 1979 (zit. Staudinger/*Bearbeiter* BGB. 12. Aufl. (1979)).

Staudinger, Julius v. (Begr.) u.a.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (zit. Staudinger/*Bearbeiter* BGB),
Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2018;
Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243 (Treu und Glauben), Berlin 2015;
§§ 328–345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Berlin 2015;
§§ 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), Berlin 2016;
§§ 397–432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Berlin 2017;
§§ 662–675b (Auftrag und Geschäftsbesorgung), Berlin 2017;
§§ 705–740 (Gesellschaftsrecht), Berlin 2003;
§§ 779–811 (Vergleich, Schuldversprechen, Anweisung, Schludverschreibung), Berlin 2015;
ErbauRG; §§ 1018–1112 (Erbbaurechtsgesetz, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten), Berlin 2017.

Stimpel, Walter: Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der Publikums-Kommanditgesellschaft, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, S. 771–784.

Stöber, Kurt und *Otto*, Dirk-Ulrich: Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. Köln 2016 (zit. *Stöber/Otto* Handbuch Vereinsrecht).

Stöber, Michael: Die Haftung der Anleger notleidender Immobilienfonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2011, S. 738–741.

Stöber, Michael: Persönliche Haftung für Gesellschaftsschulden bei mittelbarer Beteiligung an Immobilienfonds-Personengesellschaften, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, S. 832–834.

Strohn, Lutz: Aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Personengesellschaftsrecht, Zeutschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO) 2013, S. 12–16.

Stumpf, Wolf: Rechtsprobleme bei der Inanspruchnahme des (mittelbaren) Kommanditisten aus § 172 Abs. 4 HGB, in: Betriebs-Berater (BB) 2012, S. 1429–1434.

Sudhoff, Heinrich: Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1971, S. 481–486.

Tassius, Isabelle: Die Innen-KG – Analyse einer neuen Interpretation von stillen Gesellschaften und Treuhandkonstruktionen, Köln 2019, zugl. Diss. Mainz 2018 (zit. *Tassius* Die Innen-KG).

Tebben, Joachim: Der Treuhandkommanditist, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion (VGR) 2011, S. 161–186.

Tebben, Joachim: Die qualifizierte Treuhand im Personengesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2001, S. 586–614.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tebben, Joachim: Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, Baden-Baden 2000, zugl. Diss. Hamburg 1999 (zit. *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand).

Teichmann, Arndt: Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – Gesellschaftsrechtlicher Teil, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1972, S. 1-23.

Teichmann, Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970, zugl. Habil. Göttingen 1969 (zit. *Teichmann* Gestaltungsfreiheit).

Thomas, Jürgen: Die rechtsgeschäftliche Begründung von Treuhandverhältnissen, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1968, 1705–1709.

Thomsen, Joachim: Die Unterbeteiligung an einem Personengesellschaftsanteil – Recht, Steuer, Betriebswirtschaft, Bielefeld 1978 (zit. *Thomsen* Die Unterbeteiligung).

Thurnher, Victor: Treuhand bei Unternehmensverbindungen, in: Der Betrieb (DB) 1994, S. 1709–1714.

Tuhr, Andreas v.: Die unwiderrufliche Vollmacht, in: Festschrift Paul Laband zur fünfzigsten Wiederkehr des Tages seiner Doktorpromotion, Tübingen 1987, Nachdr. d. Ausg. v. 1908.

Uhlenbruck – Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. *Hirte*, Heribert und *Vallender*, Heinz, 9. Aufl., München 2019 (zit. Uhlenbruck/*Bearbeiter* InsO).

Ulbrich, Clemens: Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen, Göttingen 1982, zugl. Diss. Augsburg 1981 (zit. *Ulbrich* Unterbeteiligungsgesellschaft).

Ulmer, Peter: Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, Berlin 1984, S. 911–932.

Ulmer, Peter: Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?, in: Archiv für die civilistische Praxis 198 (AcP) 1998, S. 113–151.

Ulmer, Peter: Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft – Stand und Perspektiven im Lichte neuerer BGH-Urteile, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2003, S. 1113–1122.

Ulmer, Peter: Nochmals: Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 1297–1322.

Ulmer, Peter: Zur Bedeutung des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots für den Nießbrauch am OHG (KG)-Anteil, in: Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag, Berlin 1988, S. 383–400.

Ulmer, Peter: Zur Treuhand an GmbH-Anteilen: Haftung des Treugebers für Einlageansprüche der GmbH?, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 156 (ZHR) 1992, S. 377–393.

Ulmer, Peter: Zur Treuhand an GmbH-Anteilen – Notwendige Differenzierung zwischen einfacher (verdeckter) und qualifizierter (offener) Treuhand, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, Berlin 1996, S. 873–896.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Veith, Julian: Die Haftung des aus der geschlossenen Publikumskommanditgesellschaft ausgeschiedenen Treugebers für Gesellschaftsverbindlichkeiten, in: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR) 2015, S. 233–236.

Vieweg, Klaus und *Werner*, Almuth: Sachenrecht, 8. Aufl., München 2018 (zit. *Vieweg/Werner* Sachenrecht).

Voormann, Volker: Der Beirat im Gesellschaftsrecht, Köln 1990, zugl. Nachdr. d. Diss. Köln 1980 (zit. *Voormann* Der Beirat im Gesellschaftsrecht).

Wälzholz, Eckhard: Aktuelle Gestaltungsprobleme des Nießbrauchs am Anteil an einer Personengesellschaft, in: Deutsches Steuerrecht (DStR) 2010, S. 1786–1790.

Wagner, Klaus-R.: Ausstieg aus fremdfinanzierten geschlossenen Immobilienfonds per HWiG, VerbrKrG, Anlageberatungshaftung und Prospekthaftung, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2000, S. 169–182.

Wagner, Klaus-R.: Geschlossene Fonds gemäß dem KAGB, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR) 2015, S. 113–118.

Wagner, Klaus-R.: Sind Kapitalanleger Verbraucher? Zum Verhältnis von Kapitalanlagerecht und Verbraucherrecht, in: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR) 2003, S. 649–656.

Wallach, Edgar: Die Regulierung von Personengesellschaften im Kapitalanlagegesetzbuch, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2014, S. 289–328.

Walter, Gerhard: Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand, Tübingen 1974, zugl. Diss. Tübingen 1973/1974 (zit. *Walter* Unmittelbarkeitsprinzip).

Weber, Christoph: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht, Tübingen 2000, zugl. Habil. Mainz 1999 (zit. *Weber* Privatautonomie und Außeneinfluß).

Weber, Max: Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, Norderstedt 2016, Nachdr. d. Ausg. v. 1889 (zit. *M. Weber* Geschichte der Handelsgesellschaften).

Wedemann, Frauke: Ist der Nießbraucher eines Gesellschaftsanteils wie ein Gesellschafter zu behandeln?, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2016, S. 798–838.

Wehmeyer, Stefan: Kapitalanlagerecht und DSGVO, in: Privacy in Germany (PinG) 2019, S. 182–185.

Weipert, Lutz: Zum Problem der Bedingungskongruenz im Verhältnis zwischen Publikums-Kommanditgesellschaft, Treuhandkommanditist und Kapitalanleger, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 157 (ZHR) 1993, S. 513–518.

Weitnauer, Wolfgang, *Boxberger*, Lutz und *Anders*, Dietmar: Kommentar zum Kapitalanlagegesetzbuch, Investmentsteuergesetz, zur EuVECA-VO, EuSEF-VO und ELTIF-VO, 2. Aufl., München 2017 (zit. Weitnauer/Boxberger/Anders/*Bearbeiter* KAGB).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Weitnauer, Wolfgang: Handbuch Venture Capital – Von der Innovation zum Börsengang, 6. Aufl., München 2019 (zit. Weitnauer/*Bearbeiter* Handbuch Venture Capital).

Weitnauer, Wolfgang: Verdinglichte Schuldverhältnisse, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1989, S. 705–722.

Wertenbruch, Johannes: Das Stimmrecht von Treugebern, stillen Gesellschaftern und Unterbeteiligten in der Personengesellschaft, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2017, S. 81–88.

Wertenbruch, Johannes: Gesamtschuldregress sanierender Treugeber und stiller Gesellschafter – „Sanierung ohne Ausscheiden", in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2016, S. 401–409.

Wertenbruch, Johannes: Status und Haftung des Treugebers bei der Personengesellschafts-Treuhand, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2013, S. 285–289.

Wertenbruch, Johannes und *Westermann*, Harm P.: Handbuch Personengesellschaften, Loseblattwerk, Stand: März 2020 (76. Ergänzungslieferung), Köln 2020 (zit. Westermann/Wertenbruch/*Bearbeiter* Handbuch Personengesellschaften, Losebl., 76. EL 03/20).

Westermann, Harm P.: Die geltungserhaltende Reduktion im System der Inhaltskontrolle, in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag, Berlin 1985, S. 69–92.

Westermann, Harm P.: Die grundsätzliche Bedeutung des Grundsatzes der Selbstorganschaft im Personengesellschaftsrecht, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 955–973.

Westermann, Harm P.: Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin 1970, zugl. Habil. Köln 1969 (zit. *Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit).

Wiedemann, Herbert: Alte und neue Kommanditgesellschaft, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2013, S. 1041–1046.

Wiedemann, Herbert: Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, in: Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, S. 1073–1056.

Wiedemann, Herbert: Die Auslegung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen, in: Deutsche Notarzeitschrift (DNotZ) 1977, Sonderheft, S. 99–111.

Wiedemann, Herbert: Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 1990, Sonderbeilage Nr. 8, S. 1–30.

Wiedemann, Herbert: Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaft, in: Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, S. 585–601.

Wiedemann, Herbert: Die Personengesellschaft – Vertrag oder Organisation, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1996, S. 286–299.

Wiedemann, Herbert: Die stille Beteiligung – ein Vorschlag für die Gesetzgebung, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2016, S. 1–4.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht – ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band 1: Grundlagen, München 1980 (zit. *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 1).

Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht – ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band 2: Grundlagen, München 2004 (zit. *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 2).

Wiedemann, Herbert: Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 1975, Sonderbeilage Nr. 4, S. 1–44.

Wiedemann, Herbert: Rechtsverhältnisse der BGB-Gesellschaften zu Dritten, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 1994, Sonderbeilage Nr. 4, S. 1–19.

Wiedemann, Herbert: Treuhand an einer Mitgliedschaft – Gedanken zur Einzel- und Sammeltreuhand im Personengesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2012, S. 1786–1791.

Wiedemann, Herbert: Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München 1965, zugl. Habil. München 1965 (zit. *Wiedemann* Mitgliedschaftsrechte).

Wiedemann, Herbert: Verbandssouveränität und Außeneinfluß – Gedanken zur Errichtung eines Beirats einer Personengesellschaft, in: Festschrift für Wolfgang Schilling zum 65. Geburtstag, Berlin 1973, S. 105–122.

Wiesner, Georg: Zur Haftung des Treugeber-Kommanditisten bei der qualifizierten Treuhand, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 673–682.

Wilke, Dieter: Der praktische Fall – Öffentliches Recht, in: Juristische Schulung (JuS) 1966, S. 48–486.

Wimmer, Klaus: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Aufl., Köln 2018 (zit. FK-InsO/*Bearbeiter*).

Wolf, Manfred und *Neuner*, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020 (zit. *Wolf/Neuner* BGB AT).

Wolfer, Hendrik: Anspruch auf Daten von Mitgesellschaftern in Personengesellschaften? – Ein Überblick über die Rechtsprechung nach BGH, Az. II ZR 187/09, in: Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR) 2011, S. 77–80.

Wolfer, Hendrik: Auskunftsansprüche des mittelbar beteiligten Anlegers an einer Publikums-KG auf Daten seiner Mitgesellschafter und Zulässigkeit Kommunikation regelnder Vertragsklauseln, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2011, S. 854–855.

Wrogemann, Markus: Die Haftung des Treugebers in Kommanditgesellschaften und Investmentkommanditgesellschaften, Berlin 2020, zugl. Diss. Trier 2020 (zit. *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers).

Zeising, Jörg: Die Außenhaftung des Treugebers bei Personen-Publikumsgesellschaften, in: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 2016, S. 551–568.

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zeising, Jörg: Das fiduziarische Treuhandverhältnis in Personen-Publikumsgesellschaften, in: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 2016, S. 301–314.

Zetzsche, Dirk und *Preiner*, Christina: Was ist ein AIF?, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Herausgebergemeinschaft Wertpapiermitteilungen (WM) 2013, S. 2101–2110.

Ziemer, Angelika und *Gutermuth-Hausen*, Daniela: Beteiligung an einer Publikums-KG über eine Treuhandkommandistin, in: Verbraucher und Recht (VuR) 2007, S. 445–447.

Zinger, Georg: Die Haftung des Treugebers bei der Treuhand an Personengesellschaftsanteilen, in: Betriebs-Berater (BB) 2014, S. 458–462.

Zöllner, Wolfgang: Beschluß, Beschlußergebnis und Beschlußergebnisfeststellung – Ein Beitrag zur Theorie und Dogmatik des Beschlußrechts –, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 821–831.

Zöllner, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963, zugl. Habil. München 1960 (zit. *Zöllner* Schranken).

Zöllner, Wolfgang: Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 85–125.

Zuleeg, Manfred: Die Rechtsform der Subventionen, Berlin 1965 (zit. *Zuleeg* Subventionen).

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748927716, am 07.09.2024, 00:26:52
Open Access – (cc) BY-SA – https://www.nomos-elibrary.de/agb