

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 Mit Anleger 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 Gleichstellung³ 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.

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 gesellschaftliche 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.

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.

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 (Treuhandler) 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.

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

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 Aufrechnungen¹⁸ 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 Vollstreckungsschutz²² 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.

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.

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 Nutzungstreuhander 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.

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 Kommissionsgeschäft (§§ 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 Aufrechnung⁴⁰ 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.

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* Insolvenzsrechts-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* Insolvenzsrechts-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.

§ 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 Massen Anleger 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.

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 Publikumpersonengesellschaften bekannt ist.⁵³ Dieses Schutzbedürfnis wird mit der typischen Verhandlungs- und Einflusschwäche 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 Publikumpersonengesellschaften 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 Massenkaptalgeber 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.

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; Kapitzka Die Rechtsstellung der Treugeber, passim.; Krenzel Treuhand an Kommanditeanteilen, S. 24 ff., 123 ff.; Kümmerlein Erscheinungsformen und Probleme, S. 16 f.;

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.

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 Dritter⁷⁰ 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 Gesamt-hand] 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/Klump* BGB (2015), Vorbem. zu §§ 328 ff., Rn. 53.

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

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 mitgliederschaftlichen 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 mitgliederschaftliche 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.

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 Unmittelbarkeitszusammenhangs 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.

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 Treuhandmodell 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* Treuhandhaft 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.

initiatoren 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 Legitimation⁸⁶ der offenen beziehungsweise qualifizierten Treuhand bestätigte und konkretisierte.⁸⁷ Es folgten Monografien⁸⁸ und Artikel⁸⁹ 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.

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 Haftung⁹³ und Auskunftsansprüche⁹⁴ 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 *Altmeyden* NZG 2010, 1321; *ders.* NJW 2016, 1761; *Armbrüster* NJW 2009, 2167; *ders.* ZIP 2009, 1885; *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581; *Fargo/Hänold/Pfeifferbrin/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.

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.