

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 dienen 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 Mit Anleger 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

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 Außengeschafterstellung 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 offene⁶²² 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.

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.

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 zuwerbenden 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.

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 bestätigt⁶³⁷ 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.

(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, tatierte 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.

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 inne habe, gelte für ihn gleichermaßen die gesellschaftliche 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.

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 Fällen⁶⁵¹ 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.

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.

pflichtet sei, den Gesellschaftszweck zu fördern und die gesellschaftliche 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 Treuhänderinnenverhältnis 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.

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 Figur⁶⁹⁸ 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 Bezenberger, 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.

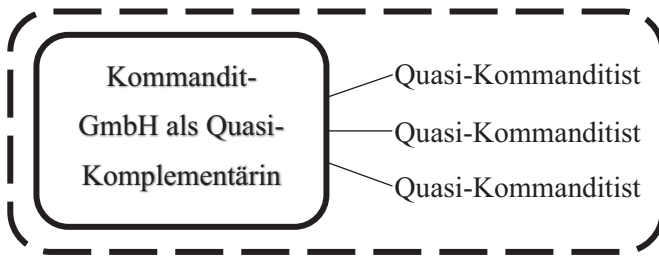
701 *MüKoHGB/K. Schmidt* § 230 Rn. 81; *ders.* NZG 2014, 881, 883 ff.

702 *MüKoHGB/K. Schmidt* § 230 Rn. 81.

703 *K. Schmidt* FS Bezenberger, 401, 405.

704 *MüKoHGB/K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 44 f., 77, 79.

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.

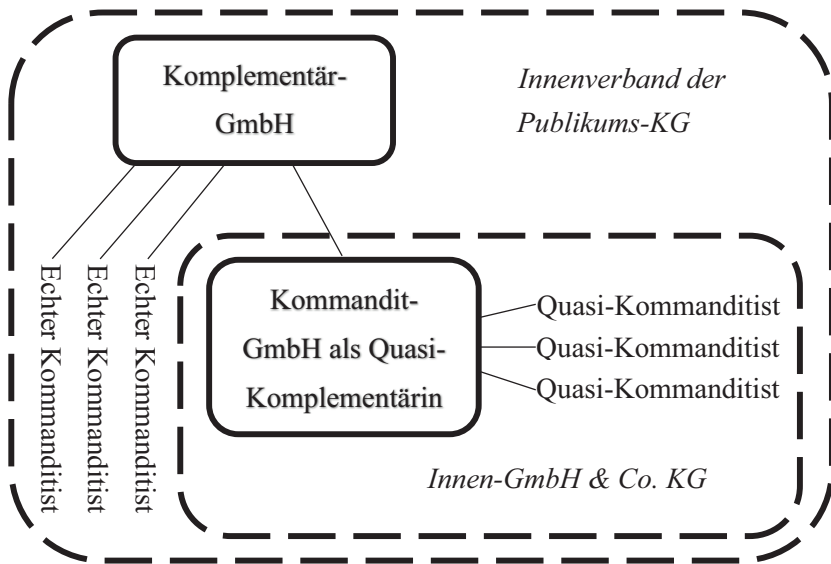
707 K. Schmidt NZG 2014, 881, 883.

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 Bezenberger, 401, 405.

710 K. Schmidt NZG 2014, 881, 884.

711 K. Schmidt NZG 2016, 641, 642; ders. NZG 2011, 361, 366 f.; ders. FS Bezenberger, 401, 402 ff.



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.

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 Stimmt 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 Treuhandsprechen: 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.

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 Außenhaftung⁷²⁴ 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).

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 ungeregt. 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.

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 neu erfundenen 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.

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 beitrifft.

§ 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-

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 Rechtsprechung⁷⁴⁶ 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.

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.

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.

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 an⁷⁶⁰ 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.

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.

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 zugrundeliegende 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 Kümmelerin 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.

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 Nutzung 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 *Altmeyden* 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.

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 Altmeyden 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.

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 regelmäßig zur Wahl gestellt, sich als Außenskommanditist 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 berechnigte Interesse der Beteiligten, privat-autonom 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.

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.

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.

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 gesellschaftlichen 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.

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.

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.

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 Wohnheitsrecht 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

Stantes zusammen, die reine Kapitalgeber der Gesellschaft waren. Der *Tractor* war nur zu einem Drittel, die *Stantes* zu zwei Dritteln am Gesellschaftskapital beteiligt. Dennoch entfiel die Hälfte des Gewinns immer auf den *Tractor*.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.

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' Marcantì* 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 *Ordonnance de Colbert de 1673 sur le Commerce* geregelt, *Renaud* Das Recht der Kommanditgesellschaften, 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-

§. 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.

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.

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 beteiligen (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.

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 Lesung⁸³⁹ 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* Komplementärtgleiche 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.

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 *Anschutz* KritV 1859, 164, 174.

849 Dazu S. 189 ff.

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 eingegliederten Kommanditisten durch die Entwicklung der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil Geltung. Ihre höchstrichterliche Anerkennung erlangte die qualifizierte Treuhand im Jahr 1953⁸⁵² und wurde schnell als Mittel zur Bündelung von Massenanlagen 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.

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

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/Habermeyer 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.

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 Gesamthandsbegriffs⁸⁶² 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.

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 Ansicht⁸⁶⁷ 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 *Altmeyden* 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.

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 *Altmeyen* 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 *Altmeyen* ZIP 2011, 326.

⁸⁷⁶ Diese These arbeitete zuvor *Florstedt* heraus, *ders.* Der stille Verband, S. 14 ff.

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.

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.

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).

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.; Forster 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.

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.

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. Zustimmung 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 Bezenberger, 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.

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.

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); *Blau-rock* 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.

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 gesellschaftlichen 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.

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.

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.

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/Schöpfung 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.

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 Nichtgesellschaftler 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.

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.

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 ff.; 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.

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. Liefße 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.

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.

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 Hafeinlage 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 Hafeinlage 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).

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 mitglied-schaftlichen 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 quotaal, 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.

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.

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.

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.

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 GmbH* 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.

trag zu ändern⁹⁹⁹ 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 Verbandsouveränität bejaht werden. Jemand der auf diese Weise der Gesellschaft beitrifft 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.

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.

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, so dass 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.

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.

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.

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 alledem 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 widerspiegelt.

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 gesellschaftlicher 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.

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 schuldhaft Verletzung der Treupflicht 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 Disziplinalgewalt. 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 Soyka 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.

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 gesellschaftlichen 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 gesellschaftlichen 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.

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 Geschäftsanteil hat. Auch er ist letztlich Gläubiger des Auseinandersetzungsguthabens, welches nur an die Stelle des Geschäftsanteils 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 Treuhandkommanditistin 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.

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 Haftenlage 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.

verhältnis geben können. Ist dies so, steht der Figur des stillen Kommanditisten grundlegendogmatisch 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 interessenskonforme 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 Verfügungsbefugter. 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

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.

gemäß §§ 128, 130 HGB die zwingende gesetzliche Grundlage.¹⁰⁵⁹ Nach der Gesetzeslage setze die unmittelbare Außenhaftung eine echte Gesellschaftserstellung 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.

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 Inanspruchnahmefähigkeit 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 Aufwandsersatzanspruch 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.

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 *Schürmbrand* 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. Zustimmung *Lieder* WuB II F § 171 HGB 1.11 (zugl. Anm. zu BGHZ 189, 45).

1074 BGHZ 185, 310, 317.

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.

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 anerkanntswertes 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 alledem 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 widersinnig 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.

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 Zustimmung *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.

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.

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.; Schürmbrand 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; Schürmbrand 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; Schürmbrand ZGR 2014, 256, 269 f.

1102 Dazu ausführlich S. 263.

1103 Armbrüster ZIP 2009, 1885, 1888; Schürmbrand 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.

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 harmonisiert mit der gewählten Konstruktion der mittelbaren Beteiligung“).

1110 Dazu auch S. 249.

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.

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; *Wolff/Neuner* BGB AT, § 35 Rn. 7.

1116 Im Ergebnis ebenso *Armbrüster* ZIP 2009, 1885, 1887; *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 302 f.

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 Publikumpersonengesellschaften.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.

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 vor schnell 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 Risikoordnung 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 Risikoordnung 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.

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 gesellschaftlichen 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.

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.

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 gesellschaftlichen 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.

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.).

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 Prospekthaftung¹¹³⁸ 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.

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 Nürnberg 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.

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 wandle 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.

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 Beitritts-erklärungen 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).

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.

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 einkommen 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.

Rechtsprechung nicht akzeptiert.¹¹⁷² Zudem wird begrüßt, dass der BGH der Anlagendeckung 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 Treuhandgesellschaftserin 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 beigespflichtet werden, weil es sich dennoch um zwei

1172 *Marheuka* 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.

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 Gesellschafts Austritt 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.

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 handle 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).

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.

schenk sei, welches sich nicht mit der Systematik und privatautonom gewählten Form der mittelbaren Beteiligung verträge.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 Freistellungsforderung 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.

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).

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).

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.

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 Freistellungs zweck 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 einer 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.

einen Wertungsvergleich mit der fehlerhaften Gesellschaft abstellt¹²¹⁷ 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 privat-autonom 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.

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.

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.

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 Treuhandgesellschaft 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.

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/*Base-dow* § 310 Rn. 91; *Hey* Freie Gestaltung, S. 302.

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; MüKoBGB/Wurmnest § 309 Rn. 1, 6; NK-BGB/Kollmann § 309 Rn. 52; BeckOGK BGB/Weiler § 309 Rn. 5.

1247 Eine Inhaltkontrolle beschränkt sich dann auf die Vorschrift des § 307 BGB, vgl. MüKoBGB/Wurmnest § 309 Rn. 6.

1248 Dazu S. 259.

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 Frestellungszwecks 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.

vor dem Austritt fällt (§§ 160, 161 Abs. 2 HGB), grundsätzlich aus,¹²⁵³ so dass 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 zugunsten 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.

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 Entsprechungsregelung 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.

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.

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.

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 handle 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.

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 einreibt. 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.

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 Prospekthafungsansprüchen 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).

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 Treuhandgesellschaftlerin 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 Immobilieninvestment Portfolio GmbH & Co. KG (Verkaufsprospekt nach § 268 Abs. 1 KAGB vom 14. März 2017).

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 gesellschaftliche 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.

bot an Beschlussfassungen teilnimmt.¹²⁸⁸ Das Gleiche gelte, um kontrollieren zu können, ob andere Anleger ihre gesellschaftliche 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 Mitgeschafter 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.

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 Vor Enthaltung der Person des Treugebers verbieten können soll.¹³⁰²

2. Informationsansprüche bei konstruierbarer Treugeber-Innen-GbR

Seine Rechtsprechung zur Publikums-GbR¹³⁰³ 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.

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.

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 anknüpft 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.

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.

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/Pfeifferbring/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 Altmeyen NZG 2010, 1321, 1326; Asmus/Markwardt ZIP 2012, 1581, 1588; Markwardt BB 2011, 643, 648.

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 *Altmeyden* 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 *Altmeyden* NZG 2010, 1321, 1326.

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.

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 Publikums-gesellschaft gebotenen Ausgleich schaffen könnten, sodass ein uneinge-schränktes 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 initiiierenden 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 jewei-ligen 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 unerheb-lich. Vielmehr müsse der einzelne Anleger wissen, dass er in einer kapita-listischen Publikums-gesellschaft 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 Aktio-när); 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 Treu-gebers, S. 144 f. Vgl. auch Adams Mittelbare Beteiligung, S. 153 (Datentreuhän-der).

1340 Schürnbrand ZGR 2014, 256, 264. Vgl. auch Sester/Voigt NZG 2010, 375, 377.

1341 Altmeyden NZG 2010, 1321, 1327.

1342 Schürnbrand ZGR 2014, 256, 265.

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 unterständen. Denn typischerweise sei ein Anleger in einer Publikumpersonengesellschaft 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 Alternativwege¹³⁴⁷ 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 Schüßnbrand 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.

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 allgemeinivilrechtliche 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 Altmeyden 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“).

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. Rekuriert 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“ handle.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 Altmeyen NZG 2010, 1321, 1322; ders. ZIP 2011, 326; Priester ZIP 2011, 697, 700.

1359 Altmeyen 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.

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 Mindestquoten 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 *Altmeyden* 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.

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/Grunevald* § 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.

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 Mit Anleger 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 anonymen 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 Mitgesellschaften 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 Mit Anleger ausgewichen werden. Damit

1372 OLG Hamburg NZG 2010, 1342, 1343.

1373 Palandt/Sprau BGB, § 713 Rn. 5; Erman/Westermann BGB, § 713 Rn. 3; MüKo-BGB/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.

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 Einschränkung 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.

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.

der Disponibilität gesellschaftsrechtlicher Auskunft- 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 Publikumpersonengesellschaften 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 Publikumpersonengesellschaft 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.

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 NaStraG¹³⁹¹ 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 Publikumpersonengesellschaft

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 *Schürmbrand* 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.;

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 Mit Anleger 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 Mit Anlegern in Kontakt treten zu müssen. Wird dann zusätzlich gesellschaftsvertraglich vereinbart, dass die Namen und Anschriften der einzelnen (stillen) Anleger nicht an Mit Anleger 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 Mit Anleger 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 Mit Anleger 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.

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 Publikums-personengesellschaft 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 *Altmeyden* NZG 2010, 1321, 1327. Auf eine hinzunehmende informationelle Schlechterstellung weisen auch *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581, 1588 hin.

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; Schürmbrand ZGR 2014, 256, 264; Krämer FS Blaurock, 225, 234 f. Vgl. auch Fargó/Hänold/Pfeifferbring/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.

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 beitrifft. 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.

eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt.¹⁴⁰⁸ Nach der daher eng auszulegen-
den¹⁴⁰⁹ Erlaubnisvorschrift des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist eine Verar-
beitung 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 Da-
ten 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 je-
weiligen 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/Schff-
land/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.

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 berechnete 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.

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.

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 Haftenlage, 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 *Werthenbruch* NZG 2016, 401; *Altmeppen* NJW 2016, 1761. Siehe auch *K. Schmidt* JuS 2016, 361; *Kindler* FS K. Schmidt (2019), 641, 646 ff.

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 Aufwendungs haftung.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 vorzusetzen 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 *Altmeyen* 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; *Altmeyen* ZIP 2011, 326, 327 (zugl. Anm. zu BGH NZG 2011, 276).

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 Beitrittsituation 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.

sich ergeben, dass der Anleger einer zusätzlichen Organisation beitrifft, 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 (*Rechtbindungswille*) 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 Publikumspersonen-gesellschaft 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.

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 milderer Mitteln begegnet werden. Die Treuhandkommanditistin kann zum Beispiel angewiesen werden die Mit Anleger 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.