

Schlussstein: Thesen dieser Arbeit

§ 26. *De lege lata*

I. Zur Treuhand im deutschen Recht

- a) Das Innenverhältnis einer Treuhandvereinbarung wird abschließend durch die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über das Geschäftsbesorgungsverhältnis geregelt (§§ 662 ff. BGB). Ein allgemeines Treuhandrecht mit weiterreichenden Regeln existiert nicht. Auch eine etwaige gesteigerte Treuepflicht des Treuhänders kann und muss über das kodifizierte Geschäftsbesorgungsrecht begründet werden.
- b) Im Außenverhältnis kann es zwar zu einer sogenannten Treuhandwirkung kommen. Entgegen der heute herrschenden Meinung beruht diese Treuhandwirkung aber nicht auf einer Verdinglichung des Treuhandverhältnisses. Ein solches Treuhandverständnis verträgt sich schlicht nicht mit § 137 BGB und dem *Numerus Clausus* der Sachenrechte. Treuhandrecht ist vielmehr reines Billigkeitsrecht in der Zwangsvollstreckung einschließlich dem Einwendungs- und Aufrechnungsrecht: Die formelle Rechtslage wird wegen wirtschaftlicher Zugehörigkeit des Treuguts zum Vermögen des Treugebers materiell korrigiert, indem die Rechtsträgerschaft des Treugebers fingiert wird. Der zwangsvollstreckungsrechtliche Schutz des Treugebers wird nur dann versagt, wenn unter Berücksichtigung von Wertungskriterien wie der Bestandsdauer, Offenkundigkeit oder Vermögenstrennung ein Schutz nicht mehr billig und gerecht erscheint.

II. Zum Untersuchungsgegenstand

- a) Gegenstand dieser Untersuchung ist die qualifizierte Treuhand in der Publikums-KG. Die Anleger beteiligen sich hierbei mittelbar über eine Treuhandkommanditistin, meist in Gestalt einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (sog. Sammeltreuhand). Im Innenverhältnis zur Gesellschaft wird den Treugebern über die Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag die gleiche Rechtsstellung wie einem unmit-

telbar beteiligten Kommanditisten eingeräumt. Dies wird gemeinhin als qualifizierte Treuhand bezeichnet.

- b) Die Wahl der Kommanditgesellschaft als Anlagevehikel ist vor allem steuerrechtlich motiviert. Eine größere Gestaltungsfreiheit wird hingegen kein wesentlicher Grund mehr sein. Denn durch gesetzliche und richterliche Einschränkungen besteht diese kaum noch. Im Anwendungsbereich des KAGB tritt die Publikums-KG fast nur noch in ihrer Sonderform der geschlossenen Publikums-Investment-KG auf (§§ 124 Abs. 1 S. 1, 149 Abs. 1 S. 1 KAGB i.V.m. §§ 91 Abs. 2, 127 Abs. 1 KAGB). Unreguliert kann die Publikums-KG noch als Alt-fonds (§ 353 Abs. 1, Abs. 3 KAGB) oder bei bloßen Unternehmensfinanzierungen auftreten.
- c) Die Motive für eine qualifizierte Treuhandbeteiligung sind vielseitig. Zum einen erleichtert die Sammeltreuhand die Verwaltung: Die zahlreichen Registeranmeldungen fallen weg und der Willensbildungsprozess gestaltet sich regelmäßig einfacher. Zudem können die Anleger anonym bleiben. Sie erscheinen nicht im Handelsregister. Dennoch behalten sie ihre gesellschafterliche Wirkmacht im Innenverhältnis. Zudem gehen mit der qualifizierten Treuhand die steuerlichen Vorteile für die Anleger nicht verloren. Richtig umgesetzt, kann das Treuhandmodell schließlich auch dem Anlegerschutz dienlich sein.
- d) Die pauschale Annahme der herrschenden Meinung, mit § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB werde die Gleichstellung von Treugebern und unmittelbaren Kommanditisten *ipso iure* bewirkt, überzeugt aus historischen, systematischen und teleologischen Gründen nicht. Daher sollte § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB vielmehr als eine aufsichtsrechtliche Programmvor-schrift verstanden werden. So kann der qualifizierte Treugeber über die Mechanismen der objektivierten Gesellschaftsvertragsauslegung und Inhaltskontrolle geschützt werden. Bei nicht korrigierbaren Verstößen kann und muss die BaFin ihre aufsichtsrechtlichen Handlungsmöglichkeiten bemühen.
- e) Eine Untersuchung von 14 frei verfügbaren Gesellschafts- und Treuhandverträgen von Publikums-Investment-KGs ergab, dass sich der Beitritt als qualifizierter Treugeber regelmäßig über eine Erwerbstreuhand vollzieht. Zudem steht den Anlegern meistens die Wahl offen, nachträglich in die Position eines Außenkommanditisten zu wechseln. Schließlich muss aber festgestellt werden, dass sich in der Praxis keine typisierte Gestaltung der qualifizierten Treuhand herausgebildet hat. Es lässt sich nicht einmal eine Umsetzungstendenz erkennen. Dies ist nicht unproblematisch. Denn vorzufindende Strukturierungen, bei

denen die mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte nur derivativ, insbesondere nur schuldrechtlich, eingeräumt werden, sind mit Blick auf den Gleichstellungsauftrag in § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB als unzulässig zu bewerten.

III. Zur Rechtsnatur der qualifizierten Treuhand – zugleich Herleitung der Figur des stillen Kommanditisten

- a) Für den BGH führt die Verzahnung von Treuhand- und Gesellschaftsvertrag dogmatisch zu einer organisationsrechtlichen Überlagerung des Treuhandverhältnisses. Dadurch soll der Treugeber als Quasi-Mitgliedschafter in den Verband der Gesellschaft einbezogen werden. Die Einbeziehung soll also durch eine dingliche Verstärkung der Treuhandbeziehung erzeugt werden. Diese Ansicht ist abzulehnen. Denn Treuhandwirkungen werden im deutschen Recht gerade nicht durch eine Verdinglichung des Treuhandverhältnisses erzeugt.
- b) Ansichten, die in der qualifizierten Treuhand eine derivative Übertragung von Mitgliedschaftsrechten erkennen, können ebenfalls nicht überzeugen. Zum einen bezieht die kautelarjuristische Praxis den treugebenden Anleger regelmäßig durch Gesellschaftsbeitritt in die Hauptgesellschaft ein, sodass dieser Mitgliedschaftsrechte originär erhält. Zum anderen ist eine derivative Strukturierung im Anwendungsbereich des KAGB nicht mit den programmatischen Vorgaben des § 152 Abs. 1 S. 3 KAGB vereinbar.
- c) Das in der Literatur entworfene Modell der Einbeziehung in die Mitgliedschaft impliziert ebenfalls, dass die Treuhandbeziehung eine dingliche Wirkung auf das Treugut entfaltet. Außerdem kann es mit der Kernbereichslehre in Konflikt geraten, wenn so eine Mitgliedschaft im Verband begründet wird, ohne dass bestimmte Kernmitgliedschaftsrechte in der Person des Treugebers bestehen. Schließlich ist die Lehre von der Innen-KG im Innenverband im Bereich der qualifizierten Treuhand aus rechtsgeschäftlichen Gründen nicht vertretbar.
- d) Bei der qualifizierten Treuhand tritt der Treugeber daher unmittelbar der Hauptgesellschaft bei. Dies führt aber weder zu einer Außengesellschaftsrestellung, noch sollte das Institut der Mitgliedschaft zu einer Quasi-Mitgliedschaft fortentwickelt werden. Richtiger Anknüpfungspunkt muss die Anerkennung des Innenverhältnisses mit Verbandsqualität sein. Aus diesem Grund wird auch nichts Grundlegendes gegen K. Schmidts Theorie von der Innen-KG im Innenverband eingewandt.

Sie ist zulässige Rechtspraxis. Im Bereich der qualifizierten Treuhand tritt der Treugeber allerdings in das Innenverhältnis als echter Gesellschafter bei. Er wird sogenannter stiller Kommanditist und nicht nur Quasi-Mitglied.

- e) Eine solche reine Innenbeteiligung an einer Personengesellschaft war bereits im Handelsrecht des Mittelalters angelegt und wurde sogar im preußischen ALR sowie im österreichischen ABGB von 1812 ermöglicht. Sie ist aufgrund eines mittlerweile gewandelten Verbandsverständnisses auch heute möglich. Denn eine rechtliche Außenbeziehung ist keine Voraussetzung für eine Verbandsstruktur. Auch mit den zwingenden formellen und materiellen Prinzipien des Gesellschaftsrechts lässt sich die Figur des stillen Kommanditisten vereinbaren.
- f) Die Rechtsverhältnisse in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen stellen sich wie folgt dar: Der Treuhandkommanditist ist dinglicher Rechtsinhaber des Geschäftsanteils und als solcher ausschließlich verfügbungsbehaftet. Ihm steht im Umkehrschluss auch das Auseinandersetzungsgut haben zu. Die Treugeber können am Gesellschaftsvermögen jedoch schuldrechtlich beteiligt werden (virtuelles Gesellschaftsvermögen). Materiell ist der Treuhandkommanditist aber nur rechtstechnisches Mittel zum Zweck. Er vermittelt den stillen Kommanditisten die dingliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, damit diese nicht im Außenverhältnis erscheinen. Die aus der Mitgliedschaft resultierenden Vermögensrechte gehören wiederum originär den stillen Kommanditisten.

IV. Zur Haftung des stillen Kommanditisten

- a) Der qualifizierte Treugeber ist ein echter aber nur stiller Kommanditist, der nur am Innenverhältnis der Gesellschaft beteiligt ist. Daher trifft ihn auch nur eine wirtschaftliche Außenhaftung. Die Gläubigerinteressen werden dabei hinreichend geschützt. Ließe man eine Außenhaftung zu, würde hingegen eine ungeschriebene Figur des Außenkommanditisten ohne Registereintragung geschaffen werden. Das Außenverhältnis steht jedoch richtigerweise nicht zur Disposition der Gesellschafter.
- b) Eine echte Außenhaftung würde auch gegen die Grundsätze der Vertragsauslegung verstößen. Bei Hinzuziehung des gesamten Auslegungsmaterials, insbesondere dem Treuhandvertrag, ist eindeutig, dass die Parteien des Gesellschaftsvertrags den Treugeber nur im Innenverhältnis

nis in die Gesellschaft einbeziehen wollten. Zudem wäre eine Außenhaftung treuwidrig, weil man den nur still Beteiligten letztlich zum „Prellbock“ für die vorübergehende Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit der Hauptgesellschaft machen würde.

- c) Eine Außenhaftung ist auch nicht aufgrund von Korrelationen mit der Einwirkungsmacht oder dem wirtschaftlichen Interesse des stillen Kommanditisten in der Hauptgesellschaft geboten. Zwar ist eine Korrelation zwischen der Einwirkungsmacht eines Gesellschafters und seiner Verantwortbarkeit in der Gesellschaft nicht von der Hand zu weisen. Der stille Kommanditist ist jedoch von seinem gesellschafterlichen Wirken hinreichend selbstbetroffen (Disziplinargewalt, Treuebindung und wirtschaftliche Haftung). Das wirtschaftliche Interesse des stillen Kommanditisten ist von vornherein nicht ausreichend, um eine Außenhaftung zu begründen. Aus den genannten Gründen bleibt es bei einer nur wirtschaftlichen Außenhaftung.

V. Zur Aufrechnungsmöglichkeit des stillen Kommanditisten

- a) Den stillen Kommanditisten von der Möglichkeit auszuschließen, mit eigenen Ansprüchen aus Prospekthaftung gegen den in einen Zahlungsanspruch übergegangenen Freistellungsanspruch aus dem Treuhandverhältnis aufzurechnen, ist vor allem dann unbillig, wenn die Interessen der Gesellschaftsinitiatoren und Drittgläubiger ineinander verflochten sind. Denn dann profitieren gerade die, die für den Schaden verantwortlich sind.
- b) Einen Aufrechnungsausschluss aus der Treuhandabrede abzuleiten, ohne dass gewichtige Anhaltspunkte für einen solchen Parteiwillen vorliegen, verstößt zudem gegen allgemeine Auslegungsgrundsätze. Auch darf die wirtschaftliche Außenhaftung nicht zur Quasi-Außenhaftung werden. Eine solche verstößt gegen § 309 Nr. 3 BGB. Erst recht muss ein Aufrechnungsausschluss im Anwendungsbereich des KAGB für rechtswidrig erachtet werden. Den darin enthaltenen Regelungen (Vgl. insb. die §§ 156 Abs. 6, 149 Abs. 1 S. 2 und §§ 133 Abs. 2, 124 Abs. 1 S. 2 KAGB) ist zu entnehmen, dass das KAGB die Anleger vorrangig vor den Gesellschaftsgläubigern schützt.
- c) Ein Direktanspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen einen stillen Kommanditisten erlischt wieder, soweit der stille Kommanditist seiner Pflicht zur Einlagenleistung nachkommt (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB analog). Daher kann der stille Kommanditist mit einem Prospekthaftungs-

anspruch, der ihm gegen die Treuhandkommanditistin zusteht, auch gegen den Insolvenzverwalter, der Gläubigeransprüche gemäß § 171 Abs. 2 HGB geltend macht, aufrechnen. Diese Aufrechnungsmöglichkeit ist nicht aufgrund insolvenzrechtlicher Wertungen ausgeschlossen. Denn das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger kann nur soweit geschützt werden, wie dieses berechtigterweise gebildet werden konnte.

VI. Zum Auskunftsanspruch

- a) § 716 Abs. 1 BGB, § 713 BGB in Verbindung mit § 666 BGB und § 166 HGB sind jeweils vertraglich abdingbar. Daher ist derjenige, der einer Publikums-KG anonym beigetreten ist, zunächst einmal berechtigt dies auch zu bleiben. Zudem ist die Kenntnis der Mitanleger von der Identität des Anonymen zur gesellschaftlichen Zweckverfolgung grundsätzlich nicht zwingend erforderlich. Die Tatsache, dass die sachgerechte und informierte Ausübung von Anlegerrechten durch anonyme Beteiligte erschwert wird, wird von den Beteiligten in Kauf genommen und ist daher grundsätzlich hinzunehmen. Ein Auskunftsanspruch kann nur unter engeren Voraussetzungen bestehen. Es bedarf eines konkreten berechtigenden Grundes. Ein solcher kann etwa in einem Haftungsanspruch eines Anlegers gegen die anonymen Mitanleger bestehen.
- b) Für dieses Ergebnis spricht auch die Wertung des neuen § 67 Abs. 6 AktG: Nur der Anleger in einer personalistisch geprägten Gesellschaft hat das unverzichtbare Interesse, seine Mitgesellschafter zu kennen. Zudem kann dem berechtigten Interesse eines Anlegers, mit seinen Mitanlegern in Kontakt zu treten, über Alternativen zu einer direkten Auskunft Rechnung getragen werden, sodass eine Identitätsauskunft schon nicht zwingend erforderlich ist. Das Gespräch kann der Treuhandkommanditist für den Anleger suchen. Überdies kann ein Datentreuhänder eingesetzt werden. Schließlich kann ein Anlegerforum nach dem Vorbild des § 127a AktG eingerichtet werden. Nur dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem strengen Schutz personenbezogener Daten nach der DS-GVO.

§ 27. De lege ferenda

I. Allgemeines

Abschließend soll dem Leser ein Vorschlag für eine Kodifizierung des stillen Kommanditisten gegeben werden. Eine solche wäre in das Handelsgesetzbuch einzufügen. Es wurde vorgeschlagen die stille Kommanditbeteiligung unter dem freien § 237 HGB zu normieren.¹⁴⁴⁴ In der Tat liegt diese Überlegung nahe, da dem stillen Kommanditisten und dem stillen Gesellschafter nach §§ 230 ff. HGB die nach außen bestehende Geheimhaltung gemein ist. Jedoch steht der stille Kommanditist als echter Innengesellschafter dogmatisch dem Außenkommanditisten näher. Daher ist es vorzugswürdig für eine Kodifizierung des stillen Kommanditisten die ebenfalls nicht besetzten §§ 178 bis 229 HGB zu verwenden.

Wiedemann stellte im Übrigen die folgenden Anforderungen an eine Kodifizierung:

Inhaltlich soll die neue Regelung [...] nur Mindestbedingungen einer stillen Beteiligung festlegen. Dazu gehören die Eröffnung stiller Mitgliedschaften im Gesellschaftsvertrag, der Ausschluss stiller Beteiliger von der Geschäftsführung und der Ausschluss jeglicher Haftung gegenüber Dritten. Als Gesellschafter sind sie an Vertrags- und Strukturänderungen zu beteiligen und mit den heute für Kommanditisten geltenden Mindestinformations- und Kontrollrechten auszustatten, um ihre Interessen in der Gesellschaft wahrnehmen zu können. Für die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im Innenverhältnis herrscht im Übrigen Vertragsfreiheit. [...] Aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich dann, wie die Machtverhältnisse in der Gesellschaft geordnet sind. [...] Zur Lückenfüllung eines Gesellschaftsvertrags können die das Innenverhältnis betreffenden Vorschriften der Kommanditgesellschaft entsprechend herangezogen werden.

Der nachfolgende Vorschlag orientiert sich an den Erkenntnissen dieser Arbeit und den Anforderungen die *Wiedemann* in seinem eben zitierten Aufsatz aufstellte.

1444 So *Wiedemann* NZG 2016, 1, 3. Kritisch *K. Schmidt* ZHR 180 (2016), 411, 421.

II. Vorschlag für die Kodifizierung der stillen Kommanditbeteiligung

§ 178 [Stille Kommanditbeteiligung]

- (1) Derjenige, welcher der Gesellschaft eine bestimmte Vermögenseinlage mit der Bedingung anvertraut hat, dass er, statt der Zinsen, am Gewinn oder Verlust nach Verhältnis dieser Einlage teilnehmen soll, ist stiller Kommanditist.
- (2) Die Einlage ist im Verhältnis zu Dritten von einem im Handelsregister eingetragenen Gesellschafter im eigenen Namen, aber für Rechnung des stillen Kommanditisten zu leisten (Treuhandkommanditist).
- (3) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden in Ansehung auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter die für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

§ 179 [Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander]

Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander gelten in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die besonderen Vorschriften der §§ 180 und 181.

§ 180 [Auskunftsanspruch]

- (1) Ein Gesellschafter kann Auskunft über die Namen und Anschriften der stillen Kommanditisten verlangen.
- (2) Dies gilt nicht, wenn der Gesellschafter Anleger in einer Gesellschaft ist, die von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt (Publikums gesellschaft) und die Anonymität des stillen Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde.

§ 181 [Anlegerforum]

In Fällen des § 180 Absatz 2 ist die Gesellschaft verpflichtet, ein Anlegerforum entsprechend der Vorschrift des § 127a des Aktiengesetzes und der Verordnung über das Aktionärsforum nach § 127a des Aktiengesetzes zu führen.

§ 182 [Haftung des stillen Kommanditisten]

- (1) ¹Der stille Kommanditist haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur mit der Einlage oder, wenn dieselbe nicht eingezahlt ist, mit

dem versprochenen Betrag. ²Eine Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft besteht nicht.

(2) ¹Der Treuhandkommanditist kann einen Anspruch auf Befreiung von einer Gesellschaftsverbindlichkeit an den Gläubiger abtreten; die Abtreitung kann nicht ausgeschlossen werden. ²Der stille Kommanditist kann mit solchen Ansprüchen aufrechnen, die ihm wegen der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit eines Prospekts zustehen. ³Im Übrigen gilt § 129 entsprechend.

(3) ¹Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist. ²§ 171 Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) Leistet ein Gesellschafter auf eine Gesellschaftsverbindlichkeit, gilt § 426 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch in Ansehung der stillen Kommanditisten entsprechend, soweit dadurch ein Gesellschafter von seiner Haftung nach dieser Vorschrift frei geworden ist.