

(Außen-)Haftung des Treugeberkommanditisten (Teil I)

MARTIN TRENKER*

Die Beteiligung von Anlegern an einem geschlossenen Schiffs- oder Immobilienfonds hat in der jüngeren Vergangenheit einen großen „Boom“ erlebt; die Wertentwicklung dieser Beteiligungen entwickelte sich hingegen – gelinde gesagt – oftmals enttäuschend bis hin zu wirtschaftlichen Krisenszenarien der Fondsgesellschaft. Als Konsequenz daraus stellen sich bei der gängigen Konstruktion, wodurch dem Anleger als Treugeber durch Zwischenschaltung einer Treuhandkommanditistin die Stellung als Quasi-Kommanditist einer GmbH & Co KG vermittelt wird, äußerst diffizile Rechtsfragen. Aktuell besonders brisant ist die mögliche Haftung der Anleger wegen zu Unrecht bezogener Gewinnausschüttungen, vor allem im Verhältnis zu KG-Gläubigern. Der OGH hat in der Entscheidung vom 28.4.2016, 1 Ob 246/15f,¹ eine Ersatzpflicht des Anlegers gegenüber einem Gläubiger der KG bejaht, der sich allerdings auf einen ihm vom Treuhänder abgetretenen Freistellungsanspruch gegen den Anleger gestützt hatte. Anders als in der deutschen Judikatur ist bislang freilich idZ noch ungeklärt, ob und inwieweit Anleger einer solchen mittelbaren Außenhaftung gegenüber einem Gläubiger der KG Gegenansprüche aus ihrem Innenverhältnis zum Treuhänder entgegenhalten können. Auch Einwendungen aufgrund der Akzessorietät der Haftung kommen in Frage, wenn und weil der Gläubiger der KG zugesagt hat, sie (vorübergehend) „nicht ernsthaft in Anspruch zu nehmen“, was bereits Gegenstand mehrerer unterinstanzlicher Entscheidungen aus Deutschland war.

I. Problemaufriss

1. Ausgangssachverhalt

Geschlossene Immobilienfonds machten in den letzten Jahren immer wieder Schlagzeilen in der Wirtschafts(rechts)presse. Geradezu berühmt-berüchtigt geworden sind die sog Schiffsfonds und zumindest in Österreich auch die sog Hollandfonds. Gemeinsam haben jedenfalls die „Prototypen“ dieser Veranlagungsformen ihre rechtliche Konstruktion: Es handelt sich um eine in Deutschland gegründete GmbH & Co KG, an der sich die Anleger entweder als „echte“, dh im Firmenbuch eingetragene Kommanditisten oder als bloße Treugeber beteiligen können (sog kupierte Publikums-KG²).³ In letzterem – vorliegend interessierenden – Fall hält die Anteile formal eine zwischengeschaltene GmbH als Treuhandkommanditistin. Vereinbart ist aber, dass der Treugeber wirtschaftlich bzw im Innenverhältnis, also gegenüber den übrigen Gesellschaftern und der KG, wie ein Kommanditist zu behandeln ist.⁴ Insb gilt dies hinsichtlich der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, Gewinn- und Verlust, des Anspruchs auf ein allfälliges Auseinandersetzungsguthaben oder einen Liquidationserlös; auch zur Ausübung des Stimmrechts sind sie befugt. Diese vertragliche Ausgestaltung basiert auf „zwei

Säulen“:⁵ einerseits auf einem Gesellschaftsvertrag, in dem die Möglichkeit einer treuhänderischen Beteiligung explizit berücksichtigt wird, andererseits auf einem Treuhandvertrag. Man bezeichnet den Treugeber bei dieser Verzahnung von Treuhand und Gesellschaft treffend auch als „Quasi-Kommanditisten“ oder „Quasi-Gesellschafter“.⁶

Obwohl solche Treuhand-KGs schon seit längerer Zeit eine verbreitete Ausprägung einer Publikums-KG sind,⁷ hatte sich die deutsche Rechtswissenschaft erst aus Anlass der erwähnten Schiffsfonds mit der gegenständlichen Problematik zu beschäftigen, die – mit der fast schon „üblichen“ Verzögerung – nunmehr auch in zahlreichen Verfahren die österreichischen Gerichte beschäftigt: Der Kommanditist haftet bekanntlich den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis unmittelbar in Höhe seiner Haftsumme, soweit er diese nicht durch Leistung seiner Pflichteinlage abgedeckt hat (§ 171 Abs 1 UGB).⁸ Wird ihm die Einlage zurückbezahlt, lebt seine Haftung gem § 172 Abs 3 UGB im Ausmaß der Rückgewähr wieder auf.⁹ Als eine solche Einlagenrückgewähr ist es gem § 172 Abs 3 Satz 2 UGB anzusehen, wenn

* MMag. Dr. Martin Trenker ist Assistenzprofessor am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Anfrage aus der Praxis.

¹ VbR 2016/105 (Leupold).

² OGH 29.6.2009, 9 Ob 68/08b, GesRZ 2009, 361 (Oppitz); Krenzel, Treuhand an Kommanditanteilen (1991) 25; Tebben, Der Treuhandkommanditist, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010 (2011) 161 (162).

³ ZB Pfeifle/Heigl, Treugeberhaftung, WM 2008, 1485; Strohn, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Personengesellschaftsrecht, ZInsO 2013, 12 (14); S. Schumacher, Es kommt auf den Einzelfall an, VbR 2016, 163.

⁴ Vgl für Deutschland § 152 Abs 1 Satz 2 und 3 KAGB; siehe nur die Sachverhaltsdarstellungen in BGH 24.7.2012, II ZR 297/11, ZIP 2012, 1706; 18.10.2012, III ZR 150/11, NJW 2013, 862; 18.10.2012, III ZR 279/11, ZIP 2012, 2246.

⁵ So Kindler, Der Kommanditist hinter dem Kommanditisten, in FS K. Schmidt (2009) 871 (872 f).

⁶ Statt vieler BGH 11.10.2011, II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299; Klöhm, Treuhandkonstruktionen bei Publikumpersonengesellschaften, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012 (2013) 143 (145); Schürnbrand, Publikumpersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, ZGR 2014, 256 (259).

⁷ Vgl dazu zB OGH 14.2.1991, 8 Ob 522/91; 12.9.1991, 8 Ob 19/91; RIS-Justiz RS0010762; Krenzel, Treuhand, *passim*; Gruber, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001) 77; Jabornegg/Artmann in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² (2010) § 161 Rz 64 ff, insb Rz 71; Eckert in *U. Torggler*, UGB² (2016) § 161 Rz 32 f; aus Deutschland ausführlich zu den Motiven, Vorteilen und Gefahren der Publikums-KG Horbach in *Gummert/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II⁴ (2014) § 61 Rz 1 ff; zur historischen Entwicklung instruktiv zB Wiedemann, Treuhand an einer Mitgliedschaft, ZIP 2012, 1786.

⁸ Statt aller Schörghofer in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/839 ff und 2/850; Duursma/Duursma-Keppinger/M. Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 1323.

⁹ RIS-Justiz RS0061943; zB OGH 9.2.1995, 8 Ob 16/94.

dem Kommanditisten Gewinne zurückbezahlt werden, obwohl tatsächlich keine solchen erwirtschaftet wurden.¹⁰ Letzteres ist bei den nunmehr krisenbeutelten Schiffs- und Hollandfonds – entsprechend den Gesellschaftsverträgen sogar planmäßig – geschehen,¹¹ weshalb sich im Umfang der Gewinnausschüttungen die Frage nach der Haftung der Anleger gegenüber KG-Gläubigern – oder in der Insolvenz der KG: gegenüber dem Insolvenzverwalter (§ 171 Abs 2 UGB) – stellt.

2. Untersuchungsgegenstand

Soweit tatsächlich bloße „Scheingewinne“ ausbezahlt wurden, ist die Außenhaftung von Anlegern, die als *unmittelbare* Kommanditisten ins Firmenbuch eingetragen wurden, dem Grunde nach zweifellos zu bejahen, sofern die Gewinnausschüttungen nicht in gutem Glauben bezogen wurden (§ 172 Abs 4 UGB).¹² Bei der Treuhandvariante ist hingegen prinzipiell allein der Treuhandkommanditist Adressat der Haftung gem § 172 Abs 3 UGB.¹³ Eine unmittelbare Außenhaftung des Treugebers in Analogie zu § 172 Abs 3 UGB hat der BGH indes mehrfach explizit ausgeschlossen,¹⁴ was mit wenigen Ausnahmen¹⁵ auch in der Lehre auf Zustimmung stößt.¹⁶ Auch die vom OGH in stRSpr vertretene Trennungsthese legt ein solches Ergebnis nahe.¹⁷

Damit ist der Treugeber aber keineswegs vor jeder Haftung gefeit: Kraft Gesetzes sowie bei den gängigen Vertragsmustern auch *ex contractu* ist er nämlich dazu verpflichtet, den Treuhandkommanditisten von allen Verbindlichkeiten freizustellen, die sich aus dem Treuhandverhältnis ergeben können. Über den Umweg dieses Freistellungsanspruchs ist sehr wohl eine direkte Inanspruchnahme des Treugeberanlegers durch KG-Gläubiger denkbar, nämlich wenn dem Gläubiger (oder dem Insolvenzverwalter) dieser vom Treuhandkommanditisten abgetreten wird. Tatsächlich lag dem OGH in der E 1 Ob 246/15f dieser Sachverhalt zugrunde und er hat eine Haftung des Treugeberanlegers gegenüber der Finanzie-

rungsbank als KG-Gläubigerin bejaht. Tritt der Treuhänder den Freistellungsanspruch nicht freiwillig ab, könnte der KG-Gläubiger diesen exekutiv pfordern und sich zur Einziehung überweisen lassen (§§ 294 und 308 EO).¹⁸

Der Weg über den Freistellungsanspruch wirft jedoch äußerst schwierige Fragen auf: Abgesehen davon, dass der jüngst sogar als „*unbekanntes Wesen*“¹⁹ bezeichnete Freistellungsanspruchs bislang in Österreich wenig erforscht ist,²⁰ gilt es, vorliegend eine „doppelt-mediatisierte“ Haftung in einer Vier-Personen-Konstellation zu beurteilen: Zum einen leitet sich der Anspruch des KG-Gläubigers gegen den unmittelbaren Kommanditist aus seiner Forderung gegen die KG ab, weshalb die Haftung des Kommanditisten streng akzessorisch ist (§ 129 UGB) und somit Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen Gläubiger und KG bestehen können. In mehreren unterinstanzlichen Entscheidungen deutscher Gerichte stellte sich demgemäß jüngst die Frage, welche Auswirkung auf die Treugeberhaftung die Zusage eines Gesellschaftsgläubigers gegenüber der KG hat, diese für einen gewissen Zeitraum nicht ernsthaft in Anspruch zu nehmen.²¹ Zum anderen belangt der Gläubiger den Treugeberanleger aus dem freiwillig oder zwangsweise auf ihn übertragenen Befreiungsanspruch des Treuhänders. Der Treugeber wird daher mitunter versuchen, sich mit Einwendungen aus seiner Rechtsbeziehung zum Treuhandkommanditisten zu verteidigen. Solche Einwendungen bzw Gegenansprüche sind gerade bei den „pathologischen“ Fonds auf Basis zahlreicher Rechtsgrundlagen denkbar – die Palette reicht von Prospekthaftung kraft § 11 KMG über allgemein-zivilrechtliche Vertrauenshaftung bzw *culpa in contrahendo*, Arglist- und Irrtumsanfechtung bis hin zu Rücktrittsrechten nach KSchG (§ 3a leg cit) und KMG (§ 5 leg cit).²² Zumindest gegenüber den Anlageberatern hat der OGH bereits Ersatzansprüche aus dem Beteiligungserwerb an Schiffsfonds anerkannt.²³ Obwohl der Anleger solche Ansprüche gegen den Treuhänder dem KG-Gläubiger aufgrund des zessionsrechtlichen Schlechterstellungsverbots (§§ 1394 und 1396 ABGB; §§ 404 und 406 BGB) eigentlich entgegenhalten können müsste, verneint dies der BGH in mittlerweile stRSpr.²⁴

Ist der Untersuchungsgegenstand sohin ohnehin schon äußerst weit, sind damit keineswegs alle Fragen abgedeckt, die sich in der Praxis stellen: Insb ist hervorzuheben, dass es sich bei den gegenständlichen KGs dem Vernehmen nach stets um deutsche Gesellschaften handelt und auch die einschlägigen Vertragsmuster die Anwendung deutschen Rechts vorsehen. Dennoch sind gerade die Wirksamkeit dieser Rechtswahlklauseln sowie der Umfang des jedenfalls anzuwendenden zwingenden Verbraucherschutzrechts heftig umstritten. Der vorliegende Beitrag bezieht sich von vornherein auf österrei-

¹⁰ Näher *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 172 Rz 9.

¹¹ Für Österreich siehe nur *D. Holzinger*, Keine Ausnahme von der Regel, VbR 2016, 162; *S. Schumacher*, VbR 2016, 163.

¹² *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 172 Rz 10; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht, Rz 1346. Im Vergleich zum deutschen Recht ist seit dem HaRÄG, BGBl I 2005/120, zu beachten, dass die der Gewinnausschüttung zugrunde liegende Bilanz nicht in gutem Glauben aufgestellt worden sein muss; vgl ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 47.

¹³ *ZB Stöber*, Die Haftung der Anleger notleidender Immobilienfonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft, NZG 2011, 738 (739).

¹⁴ BGH 11.11.2008, XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271; 12.2.2009, III ZR 90/08, NZG 2009, 380; 21.4.2009, XI ZR 148/08, ZIP 2009, 1266; 22.3.2011, II ZR 271/08, EWIR 2011, 387 (*Wertenbruch*); 22.3.2011, II ZR 216/09, EWIR 2011, 567 (*Gehling*); 23.4.2012, II ZR 211/09, ZIP 2012, 1231; vgl auch bereits BGH 28.1.1980, II ZR 250/78, BGHZ 76, 127.

¹⁵ Insb *Kindler*, Kommanditist, 874 ff; *ders*, Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter, ZIP 2009, 1146; vgl ferner *Pfeifle/Heigl*, WM 2008, 1489 ff; nunmehr auch *Schäfer*, Zu Fragen der Treugeberhaftung bei qualifizierten Treuhandbeteiligungen an Publikumpersonengesellschaften, ZHR 177 (2013), 619 (634 ff); siehe dagegen noch *Schäfer* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 105 Rz 103.

¹⁶ *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften (2001) 420; *ders*, Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter, ZIP 2009, 1885; *ders*, Haftung des Treugebers für Gesellschaftsschulden bei fehlerhaftem Fondsbeitritt, NJW 2009, 2167; *Brömmelmeyer*, Fehlerhafte Treuhand? NZG 2006, 529 (531 f); *K.-R. Wagner*, Keine Haftung mittelbar Beteiligter, NZG 2009, 213; *Tebben*, Treuhandkommanditist, 166 ff; *Gottschalk*, Anleger können für Liquidationsverluste ihrer Fonds haften, NZG 2012, 461 (463); *Stöber*, NZG 2011, 739; *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB*³, Vor § 230 Rz 60; *Wertenbruch*, Status und Haftung des Treugebers bei Personengesellschafts-Treuhand, NZG 2013, 285 (287 ff); *Schürnbrand*, ZGR 2014, 272 f; *Zinger*, Die Haftung des Treugebers bei der Treuhand an Personengesellschaftsanteilen, BB 2014, 458 (459); *Henze/Notz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohm*, HGB I⁴ (2014) Anh § 177a Anh B Rz 164; *Casper* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 161 Rz 253.

¹⁷ Siehe Pkt IV.4.

¹⁸ *Gruber*, Treuhandbeteiligung, 88.

¹⁹ So *Kodek*, Der schadenersatzrechtliche Freistellungsanspruch – das unbekanntes Wesen, Zak 2015, 204.

²⁰ Siehe allerdings insb *Oberhofer*, Die entstandene Ersatzverpflichtung als Schadensbild, ÖJZ 1995, 180; jüngst *Ramharter*, Anlegerschaden: Klagebegehren bei komplexen Finanzprodukten, VbR 2015, 64; *Kodek*, Zak 2015, 204 ff.

²¹ Siehe Pkt III.3.

²² Vgl *S. Schumacher*, VbR 2016, 163.

²³ OGH 17.9.2015, 3 Ob 112/15i, ÖBA 2016, 207 (*Klausberger/Lenz*); siehe auch OLG Wien 18.11.2015, 34 R 125/15z; vgl aber auch letztlich abweisend OGH 26.11.2015, 6 Ob 193/15y; 22.3.2016, 5 Ob 133/15t, VbR 2016/82 (*Kolba*).

²⁴ BGH 22.3.2011, II ZR 271/08; 22.3.2011, II ZR 224/08, BB 2011, 1807; 22.3.2011, II ZR 216/09; 24.7.2012, II ZR 297/11; 18.10.2012, III ZR 150/11; siehe Pkt IV.2.

chisches Sachrecht, wenngleich eine (kritische) Auseinandersetzung mit deutscher Judikatur aufgrund weitgehender Übereinstimmung der Gesetzeslage unerlässlich ist. Keine Stellung soll aber zur Frage bezogen werden, ob es dem OGH – im Falle einer etwaigen Maßgeblichkeit deutschen Rechts – überhaupt zusteht, die höchstrichterliche Judikatur des BGH in Zweifel zu ziehen. Denn dies widerspräche der zumindest verbreiteten Meinung, dass die Anwendung ausländischen Rechts auch die Beachtung der dort anzutreffenden höchstrichterlichen Rspr erfordert.²⁵

II. Inanspruchnahme des Freistellungsanspruchs durch KG-Gläubiger

1. Grundlage und Rechtsnatur des Freistellungsanspruchs

Freistellungsansprüche haben – wie gesagt – in der österreichischen Jurisprudenz bislang eher eine stiefmütterliche Behandlung erfahren. Im Gesetz finden sich wenige Regelungen. An prominenter Stelle ist ein solcher vor allem in § 137 Abs 3 UGB geregelt: Demnach hat der aus einer OG ausscheidende Gesellschafter Anspruch darauf, von den Gesellschaftsschulden, für die er haftet, freigestellt zu werden. Ist die Schuld noch nicht fällig, kann ihm die Gesellschaft auch Sicherstellung gewähren. Mit dem GesBR-RG²⁶ wurde diese Norm für die GesBR in § 1203 Abs 3 ABGB fast wortgleich übernommen.²⁷ Aus der Rspr ist insb jene bis 1929 zurückdatierende Judikaturlinie zu nennen, wonach ein Auftraggeber seinen Auftragnehmer aufgrund der Risikohaftung gem § 1014 letzter Satz ABGB von Verbindlichkeiten freizustellen hat, die der Auftragnehmer in dessen Interesse eingegangen ist.²⁸

Letzteres ist auch die gesetzliche Grundlage für einen Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten gegenüber seinem Treugeber.²⁹ § 1014 letzter Satz ABGB ist zwar grundsätzlich dispositiv,³⁰ ein Freistellungsanspruch in den einschlägigen Vertragsmustern aber – wie gesagt³¹ – sogar explizit verankert. Dass gerade die Außenhaftung des Treuhandkommanditisten für die Verbindlichkeiten der KG ein Anwendungsfall für einen Freistellungsanspruch ist, bedarf wohl keiner näheren Erörterung.

Der Freistellungsanspruch ist ein Leistungsanspruch, allerdings kein *Geldleistungsanspruch*.³² Letzteres wird zu Recht damit begründet, dass der Freistellungsschuldner mehrere Möglichkeiten hat, seine Pflicht zu erfüllen: Neben der Zurverfügungstellung der geschuldeten Mittel an den Freistellungsberechtigten kann er den Gläubiger der zu til-

genden Schuld direkt befriedigen, mit ihm aber auch eine private Schuldübernahme vereinbaren oder ihn – theoretisch – zu einem Verzicht auf seine Forderung überreden.³³ Die Exekution ist folgerichtig nach den Regeln über die Durchsetzung einer vertretbaren Handlung (§ 353 EO) vorzunehmen.

2. Umwandlung des Freistellungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch durch Abtretung

Es mag nun überraschen, dass der Gläubiger der zu tilgenden Schuld (KG-Gläubiger), dem der Freistellungsanspruch vom Freistellungsberechtigten (Treuhandkommanditisten) abgetreten wurde, nunmehr plötzlich einen Zahlungsanspruch geltend machen können soll, wie von der ganz hM angenommen wird.³⁴ Denn *prima facie* ist damit eine eigentlich unzulässige Schlechterstellung des Treugebers als *debitor cessus* verbunden, dem sein Wahlrecht hinsichtlich der Art der Erfüllung genommen wird. Dennoch ist der hM zuzustimmen.

Zu einer solchen „Transformation“ des Befreiungs- in einen Leistungsanspruch kommt es nämlich im Ergebnis auch in vergleichbaren Konstellationen. Insb erlangt der Freistellungsberechtigte (Treuhandkommanditist) einen Zahlungsanspruch, wenn er seinen Gläubiger (KG-Gläubiger) selbst befriedigt.³⁵ Damit steht im Einklang, dass der Befreiungsberechtigte (Treuhandkommanditist) in der Exekution die Kosten für die Befriedigung seines Gläubigers (KG-Gläubiger) als „Ersatzvornahme“ vom Befreiungsschuldner (Treugeber) verlangen kann (§ 353 EO).³⁶ Auch bei der Zession des Freistellungsanspruchs entledigt sich der Befreiungsberechtigte zumindest vorübergehend seiner Verbindlichkeit: Unabhängig davon, ob die Zession an Zahlungs bzw Erfüllung statt oder – praktisch naheliegender – zahlungs- bzw erfüllungshalber vollzogen wurde,³⁷ muss sich der Gläubiger nunmehr primär an den Freistellungsschuldner halten.³⁸ Der Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten wandelt sich somit in gleicher Weise, wie wenn er selbst den KG-Gläubiger befriedigt hätte, zugleich mit der Zession und *wegen* der damit verbundenen (vorübergehenden) Haftungsentlassung des Treuhandkommanditisten in einen Zahlungsanspruch um. Die Modifikation der Schuld des Freistellungsschuldners liegt damit gewissermaßen in der Natur der Sache, namentlich im Umstand, dass das dreipersonale Schuldverhältnis auf ein zweipersonales reduziert wurde.³⁹

²⁵ Vgl § 3 IPRG; *Verschraegen in Rummel*, ABGB³, § 3 IPRG Rz 3.

²⁶ GesBR-Reformgesetz, BGBl I 2014/83.

²⁷ ErlRV 270 BlgNR 25. GP, 20.

²⁸ OGH 26.11.1929, 1 Ob 1062/29, SZ 11/239; 31.5.1990, 8 Ob 721/89; 16.3.2000, 2 Ob 52/00m; 15.5.2014, 6 Ob 167/13x; RIS-Justiz RS0113252; vgl zum Kommissionsgeschäft; aus der Literatur zB *P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1014 Rz 3; *Trenker in Petsche/Lager*, Handbuch Vertriebsrecht (2017) Kap 5 Rz 25.

²⁹ IdS OGH 28.4.2016, 1 Ob 246/15f; *Gruber*, Treuhandbeteiligung, 87 ff; *D. Holzinger*, VbR 2016, 162; BGH 5.5.2010, III ZR 209/09, NZG 2010, 790.

³⁰ *F. Bydlinski*, Die Risikohaftung des Arbeitgebers (1986) 96; *Strasser in Rummel*, ABGB³, §§ 1014, 1015 Rz 8; *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰², § 1014 Rz 1; siehe im Teil II dieses Beitrags Pkt IV.5.3.3.

³¹ Siehe Pkt I.2.

³² *Oberhofer*, ÖJZ 1995, 182; *Kodek*, Zak 2015, 205; grundlegend zum deutschen Recht *Gerhardt*, Der Befreiungsanspruch (1966) 10.

³³ OGH 15.5.2014, 6 Ob 167/13x; *Oberhofer*, ÖJZ 1995, 181; zum deutschen Recht zB BGH 11.4.1984, VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151; *Krüger in MünchKomm BGB*⁷, § 257 Rz 4; *Bittner in Staudinger*, BGB, § 257 Rz 7; *Lorenz in Bamberger/Roth*, Beck'scher Online-Kommentar BGB⁴⁰, § 257 Rz 4.

³⁴ RG 5.2.1909, Rep VII 186/08, RGZ 70, 257; BGH 22.1.1954, I ZR 34/53, BGHZ 12, 136; 20.3.1978, II ZR 19/76, NJW 1978, 1314; 5.5.2010, III ZR 209/09; *Gerhardt*, Befreiungsanspruch, 78 ff; *Wertenbruch*, NZG 2013, 286; vgl für Österreich *Leupold*, VbR 2016, 158; implizit auch OGH 28.4.2016, 1 Ob 246/15f.

³⁵ Dies gilt, wie sich der Wertung der §§ 1042 und 1422 ABGB entnehmen lässt, unabhängig von den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag; vgl ausführlich *Oberhofer*, ÖJZ 1995, 182; zum deutschen Recht zB *Krüger in MünchKomm BGB*⁷, § 257 Rz 5; *Bittner in Staudinger*, BGB, § 257 Rz 8 und 21.

³⁶ So *Oberhofer*, ÖJZ 1995, 182; *Kodek*, Zak 2015, 206.

³⁷ Siehe konkret *Stöber*, NZG 2011, 740.

³⁸ RIS-Justiz RS0032742; zB OGH 20.3.1975, 6 Ob 15/75, JBl 1975, 603; 29.4.2009, 7 Ob 13/09a; *Koziol in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴, § 1414 Rz 4; *Staben-theiner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰², § 1414 Rz 8.

³⁹ Tatsächlich wird der Treugeber als *debitor cessus* entgegen dem ersten Anschein auch gar nicht schlechter gestellt – theoretisch bliebe ihm immer noch die Möglichkeit, den KG-Gläubiger zu einem Forderungsverzicht zu bewegen und dadurch den Treuhänder endgültig von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

3. Freistellungsanspruch hinsichtlich betagter bzw bedingter Ansprüche?

Ein Befreiungsanspruch entsteht dem Grunde nach bereits in dem Zeitpunkt, zu dem die Verbindlichkeit des Freistellungsberechtigten begründet wird. Die Fälligkeit eines Befreiungsanspruchs auf Grundlage gesetzlicher (Aufwand-)Ersatzansprüche tritt zumindest nach hA in Deutschland ebenfalls schon mit dem Entstehen der Drittverbindlichkeit ein, unabhängig davon, ob diese selbst schon fällig ist.⁴⁰ Bei vertraglichen Befreiungsansprüchen ist der Fälligkeitszeitpunkt hingegen im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln.⁴¹ Nach hA zu § 1014 ABGB sollen wiederum jedenfalls zusätzlich die entsprechende Geltendmachung bzw Einmahnung erforderlich sein.⁴² Unabhängig davon, ob man diesen Rechtssätzen in jeder Hinsicht folgt und insb die sofortige Fälligkeit von (gesetzlichen) Freistellungsansprüchen auch im österreichischen Recht überzeugt,⁴³ kann sich somit die Frage stellen, ob ein Freistellungsschuldner tatsächlich bereits vor Fälligkeits Eintritt der Verbindlichkeit leisten muss.

§ 257 Satz 2 BGB⁴⁴ beantwortet diese Frage dadurch, dass der Freistellungsschuldner seiner Pflicht zur Freistellung von einer noch nicht fälligen Verbindlichkeit durch bloße Sicherstellung nachkommen kann (zeitlich beschränkte *facultas alternativa*).⁴⁵ Diese Norm wurde über Art 7 Nr 15 Abs 4 EVHGB und nunmehr § 137 Abs 3 Satz 2 UGB sowie § 1203 Abs 3 ABGB auch ins österreichische Recht übernommen. Sie ist mE im Wege der Analogie auf sämtliche Befreiungsansprüche zu übertragen, die vor Fälligkeit der Drittverbindlichkeit fällig werden. Das methodische Argument von *Oberhofer*, die Bestimmung sei als Spezialnorm gerade nicht analogiefähig,⁴⁶ vermag nicht zu überzeugen. Da sich im ABGB planwidrig überhaupt keine Regeln zu Befreiungsansprüchen finden, bedürfte es umgekehrt einer besonderen Begründung, warum diese sachgerechte Lösung für das Gesellschaftsrecht nicht verallgemeinerungsfähig sein solle. Eine solche ist aber nicht ersichtlich. Zudem ist der Einwand der „Spezialität“ des Norminhalts mit der Aufnahme in § 1203 ABGB durch das GesbRRG zusätzlich entkräftet worden. Der Freistellungsschuldner kann sich daher vor Fälligkeit jener Forderung, von der er freistellen muss, durch Sicherstellung befreien.⁴⁷

Wird der Freistellungsanspruch dem Gläubiger der betreffenden Verbindlichkeit aber wie in der vorliegenden Konstellation abgetreten, besteht mE vor Fälligkeit nicht einmal ein solcher Sicherstellungsanspruch. Der Gläubiger (KG-Gläubiger) erhalte andernfalls eine Sicherheit für seine Forderung als ungerechtfertigtes „Zufallsgeschenk“. Die Sicher-

stellungspflicht vor Fälligkeit hat den Zweck, den Freistellungsberechtigten (Treuhandkommanditist) vom Risiko der plötzlichen Inanspruchnahme zum Fälligkeitstermin entlasten.⁴⁸ Mit der Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Gläubiger entfällt dieses Schutzbedürfnis jedoch.

4. Abtretungsverbot des Freistellungsanspruchs?

In der mehrfach erwähnten E 1 Ob 246/15f sah sich der 1. Senat des OGH mit der Verteidigung des beklagten Treugebers konfrontiert, der Zession des Freistellungsanspruchs hätte ein schlüssig vereinbartes Abtretungsverbot entgegengestanden. Die Beklagten leiteten ein solches aus dem – in den einschlägigen Verträgen standardmäßig enthaltenen – Offenlegungsverbot der Treuhand ab. Der OGH befand diesen Einwand „*mangels jeglicher substanzieller Argumentation*“ für haltlos.

Ein vereinbartes Zessionsverbot stünde einer Inanspruchnahme des Treugebers durch einen KG-Gläubiger in der Tat entgegen, weil ein nicht zwischen zwei Unternehmern ausgehandeltes Zessionsverbot richtigerweise absolut wirkt.⁴⁹ Das ergibt sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte von § 364c ABGB anlässlich der 3. Teilnovelle⁵⁰ als auch jener von § 1396a ABGB.⁵¹ Jedoch kann ein solches Verbot keineswegs mit solch hinreichender Deutlichkeit aus einer Verschwiegenheitspflicht der Treuhand abgeleitet werden, dass „*kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln*“ (§ 863 ABGB), übrig bliebe. Dieses Ergebnis steht im Einklang damit, dass der 9. Senat des OGH jüngst aus dem Umstand, dass ein Rechtsgeschäft dem Bankgeheimnis unterliegt, ebenfalls kein konkludentes Zessionsverbot ableiten konnte.⁵²

Es mag sicherlich Konstellationen geben, in denen eine besondere Interessenwahrungspflicht den Treuhänder nach ihrer Zweckausrichtung gerade dazu verpflichtet, den Treugeber nach außen hin in der Weise „abzuschirmen“, dass er selbst sich dem Gläubiger als allein Passivlegitimierter gegenüberstellt. Der Regelfall ist dies aber nicht, insb wenn sich ein Treuhänder andernfalls einer erheblichen Gefahr der eigenen Zahlungsunfähigkeit aussetzen würde, wie dies bei großen Publikums-KGs der Fall ist. Der E 1 Ob 246/15f ist daher zuzustimmen.⁵³

5. Keine Subsidiarität der Freistellungspflicht gegenüber Gesellschaftshaftung

Nach hA kann sich ein Kommanditist nach Inanspruchnahme seitens eines Gläubigers an die KG halten und gem § 110 UGB (analog) Aufwändersatz für die von ihm begli-

⁴⁰ *Krüger* in MünchKomm BGB⁷, § 257 Rz 8; *Lorenz* in BeckOK BGB⁴⁰, § 257 Rz 2; *Bittner* in *Staudinger*, BGB, § 257 Rz 19; zum konkreten Problemkreis ebenso *Klimke* in *Häublein/Hoffmann-Theinert*, Beck'scher Online-Kommentar HGB¹⁴, § 105 Rz 84.

⁴¹ BGH 11.4.1984, VIII ZR 302/82; *Krüger* in MünchKomm BGB⁷, § 257 Rz 8; *Bittner* in *Staudinger*, BGB, § 257 Rz 25.

⁴² LGZ Graz 12.10.1983, 3 R 290/83, MietSlg 35.122; *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴, § 1014 Rz 3.

⁴³ So für Schadenersatzansprüche *Oberhofer*, ÖJZ 1995, 180; vgl auch *Strasser* in *Rummel*, ABGB⁷, §§ 1014, 1015 Rz 7.

⁴⁴ Siehe auch § 738 Abs 1 Satz 3 und § 775 Abs 2 BGB.

⁴⁵ *Krüger* in MünchKomm BGB⁷, § 257 Rz 15.

⁴⁶ *Oberhofer*, ÖJZ 1995, 182, der im Ergebnis ohnehin zu demselben Ergebnis gelangt.

⁴⁷ Auch *Ramharter* (VbR 2015, 65) kommt – wie hier, allerdings methodisch im Wege eines Größenschlusses zu § 1052 ABGB – zum Ergebnis, dass ein zur Freistellung verpflichteter Anlageberater dem Geschädigten Sicherstellung leisten muss, wenn die Durchsetzung des Freistellungsanspruchs ausnahmsweise unmöglich oder unzumutbar wäre; ebenso *Leupold*, EvBl 2015, 177 (178).

⁴⁸ *Bittner* in *Staudinger*, BGB, § 257 Rz 19.

⁴⁹ *Thöni* in *Klang*, ABGB³, § 1393 Rz 84 ff; *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01}, § 1396a Rz 1; implizit auch OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013, 196 (*Apathy*) = EvBl 2013/74 (*Jurgutyte*); abweichend möglicherweise OGH 26.4.2006, 3 Ob 68/06f; 29.6.2006, 6 Ob 113/06w; nicht eindeutig *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴, § 1396 Rz 1, 2 und 5. § 1396a ABGB gilt überdies zumindest nach seinem Wortlaut nur für Geldforderungen, bei der Freistellungsverpflichtung handelt es sich aber um einen sonstigen Leistungsanspruch; siehe auch Pkt II.1.

⁵⁰ RGBI 1961/69; vgl HHB 78 BlgHH 21. Sess, 44.

⁵¹ ErlRV 861 BlgNR 22. GP, 4, wonach „in anderen privatrechtlichen Bereichen ... kein Bedarf für eine Regelung zur Einschränkung von Zessionsverboten zu bestehen [scheint]“.

⁵² OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h, wengleich die Abtretung an einen nicht dem Bankgeheimnis unterliegenden Dritten gesetzwidrig und daher nichtig (§ 879 ABGB) sein könne; idS auch zu anderen gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten OGH 19.9.2000, 10 Ob 91/00f (Rechtsanwalt); 10.10.2002, 2 Ob 231/02p (Wirtschaftstreuhänder); RIS-Justiz RS0114272.

⁵³ Ebenso bereits BGH 5.5.2010, III ZR 209/09; *Tebben*, Treuhandkommanditist, 171 f; *Stöber*, NZG 2011, 740.

chene Gesellschaftsschuld verlangen.⁵⁴ Im Innenverhältnis ist die Haftung des Gesellschafters idS subsidiär gegenüber jener der Gesellschaft. Von Teilen des Schrifttums wird es folglich befürwortet, dass sich auch ein Treuhandkommanditist vorrangig an die KG halten müsse, bevor er den Freistellungsanspruch des Treugebers überhaupt geltend machen kann.⁵⁵

Sofern eine solche Vorgehensweise jedoch nicht zwischen Treuhänder und Treugeber vereinbart wurde,⁵⁶ ist mE keine gesetzliche Grundlage dafür ersichtlich, dass der Treuhänder seine Freistellung vom Treugeber erst verlangen können soll, nachdem er erfolglos Regress bei der KG begehrt hat.⁵⁷ Der Treugeber trägt im Verhältnis zwischen ihm und dem Treuhänder vielmehr das Risiko der Gesellschaftsbeteiligung. Der Treugeber muss den Treuhänder von seinem Haftungsrisiko befreien und kann sich anschließend im Innenverhältnis um Regress bemühen;⁵⁸ damit entspricht die mangelnde Subsidiarität des Freistellungsanspruchs dem Vertragsziel, den Treugeber im Innenverhältnis wie einen Kommanditisten zu stellen. Dass den Treuhänder dagegen eine Interessenwahrungspflicht idS treffen soll, dass er zunächst alle Regressaussichten ausschöpft,⁵⁹ ist vor diesem Hintergrund einer Quasi-Gesellschafterstellung des Treugebers nicht überzeugend. Es gibt – mit *Zeising*⁶⁰ – somit keinen „Grundsatz der vorrangigen ‚Abarbeitung‘ der gesellschaftsrechtlichen vor der treuhandvertraglichen Anspruchsebene“. Auch einem Gesellschaftsgläubiger, der sich auf den ihm abgetretenen Freistellungsanspruch stützt, kann die Möglichkeit des Binnenregresses daher nicht entgegeng gehalten werden.

III. Akzessorietät der Freistellungspflicht zur Gesellschaftsschuld (§ 129 UGB)

1. Grundsatz

Grundvoraussetzung für die Haftung des Treugebers als Freistellungsschuldner ist freilich, dass den Treuhänder selbst überhaupt eine Leistungspflicht trifft. Bei einer KG ist die Außenhaftung des Kommanditisten gem § 171 iVm §§ 128 und 129 UGB wiederum streng akzessorisch zur Verpflichtung der Gesellschaft. Der Treugeber muss dem KG-Gläubiger somit nur leisten, wenn nicht der KG selbst oder dem Treuhänder ein wie immer geartetes Leistungsverweigerungsrecht zusteht (§ 129 Abs 2 UGB). Im Resultat könnte man insofern von einer *doppelt akzessorischen Haftung* sprechen.

Deshalb wirken etwa ein Schulderlass, eine Stundung oder jede andere Art der Nachsicht des Gesellschaftsgläubigers gegenüber der Gesellschaft – anders als bei einer „reinen“

Solidarschuld (§ 894 ABGB) – stets auch gegenüber dem Gesellschaftler.⁶¹ Mittelbar schlägt eine solche Vereinbarung ebenso auf den gegenständlichen Freistellungsanspruch durch, indem eine Leistungspflicht des Treugebers mangels aufrechter oder zumindest fälliger Haftung des Treuhandkommanditisten zu verneinen wäre. Im Ergebnis kann der Treugeber der Inanspruchnahme aus dem abgetretenen Freistellungsanspruch sämtliche Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis des KG-Gläubigers zur KG entgegenhalten.⁶²

2. Schulderlass bzw Stundung ausschließlich gegenüber der Gesellschaft

Ferner folgt aus der zwingenden Akzessorietät der Haftung, dass eine Nachsicht der Gesellschaftsschuld nach hM auch nicht unter Vorbehalt der unveränderten Haftung der Gesellschaftler vorgenommen werden kann.⁶³ In gleicher Weise ist folgerichtig ein dahin gehendes Moratorium zu beurteilen, dass zunächst bzw primär die Gesellschaftler in Anspruch genommen werden müssen.⁶⁴ Die vom OGH in der Entscheidung vom 19.11.1980, 6 Ob 667/80,⁶⁵ im Anschluss an ältere Auffassungen⁶⁶ implizit anerkannte Möglichkeit des Gläubigers, mit einer nach Treu und Glauben hinreichenden Deutlichkeit erkennen zu lassen, dass er den Schulderlass nur gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Gesellschaftlern gewähren wollte, ist hingegen überholt. Die Anerkennung derartiger Gestaltungen ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters⁶⁷ würde erstens nichts anderes als die Billigung eines Vertrages zulasten Dritter bedeuten.⁶⁸ Zweitens läuft eine solche Vereinbarung auf eine akzessorische Haftung der Gesellschaftler für eine nicht mehr existente Schuld hinaus, weshalb darin dogmatisch richtigerweise sogar ein rechtlich unmöglicher Vertrag iSd § 878 ABGB erblickt wird.⁶⁹

Nach § 878 ABGB ist dementsprechend zu klären, ob eine Vereinbarung, die nach dem erkennbaren Willen des Gläubigers nur zugunsten der Gesellschaft, nicht aber ihrer Gesellschaftler wirken soll, teilnichtig oder sogar zur Gänze unwirksam ist.⁷⁰ Ersteres hätte zur Konsequenz, dass sich auch die

⁵⁴ Statt vieler OGH 19.2.1992, 1 Ob 520/92 ua; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/552 ff; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB², § 128 Rz 18; näher *Zeising*, Das fiduziarische Treuhandverhältnis in Personen-Publikumsgesellschaften, DZWIR 2016, 301 (309 f).

⁵⁵ Dafür *Rutschmann*, Treuhänder in GbR-/OHG-Publikumsgesellschaften, DStR 2010, 555 (557); *K.-R. Wagner*, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Haftungsrechtsprechung des BGH betreffend mittelbar Beteiligte an geschlossenen Fonds, NZG 2012, 58 (60); ebenso bereits *Beuthien*, Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1974, 26 (48).

⁵⁶ *Zeising*, DZWIR 2016, 311.

⁵⁷ Ausführlich *Zeising*, DZWIR 2016, 309 ff.

⁵⁸ Bei Quasi-Kommanditisten ergibt sich der Ersatzanspruch des Treugebers gegen die Gesellschaft mE schon aus der (ergänzenden) Vertragsauslegung; idS BGH 29.9.2015, II ZR 403/13, NZG 2015, 1353; *Strohn*, ZInsO 2013, 14.

⁵⁹ So bereits *Beuthien*, ZGR 1974, 48; *Rutschmann*, DStR 2010, 557.

⁶⁰ *Zeising*, DZWIR 2016, 311.

⁶¹ *Eckert* in *U. Torggler*, UGB², § 129 Rz 3; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 129 Rz 4; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht, Rz 735.

⁶² BGH 11.10.2011, II ZR 242/09; LG Frankfurt am Main 27.7.2016, 2-21 O 240/15, ZIP 2016, 1584; *K.-R. Wagner*, Zum Rückgriffsanspruch gegen mittelbar beteiligte Kapitalanleger, NZG 2009, 733 (736); *Wertenbruch*, NZG 2013, 287; im Ergebnis ebenso *Zeising*, DZWIR 2016, 312 f (§ 129 dHGB analog).

⁶³ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ (1993) 216; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 129 Rz 6; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/543; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I², § 129 Rz 19; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB², § 129 Rz 3; vgl aus Deutschland BGH 20.4.1967, II ZR 220/65, BGHZ 47, 376; *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB*⁴, § 128 Rz 17 und § 129 Rz 16; *Habersack* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 128 Rz 21; *Hillmann* in *Ebenroth* ua, HGB I³, § 128 Rz 19.

⁶⁴ Richtig *Klimke* in *BeckOK HGB*¹⁴, § 128 Rz 37; wohl aa *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁷ (2016) § 129 Rz 3; *Emmerich* in *Heymann*, HGB II (1989) § 128 Rz 8. HS 10.393.

⁶⁵ Siehe insb noch RG II 412/27, JW 1928, 2612; siehe ferner die Nachweise bei *Emmerich* in *Heymann*, HGB II, § 128 Rz 7.

⁶⁶ Bei Zustimmung des Gesellschafters ist eine derartige Gestaltung im Ergebnis möglich (so schon BGH 20.4.1967, II ZR 220/65; 26.5.1975, III ZR 76/72, WM 1975, 974), bereitet aber gewisse konstruktive Schwierigkeiten; siehe dazu zB *Habersack* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 128 Rz 21.

⁶⁷ *Klimke* in *BeckOK HGB*¹⁴, § 128 Rz 37; vgl auch BGH 20.4.1967, II ZR 220/65.

⁶⁸ *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I/1 (1977) 292; *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB*⁴, § 128 Rz 17; *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 128 Rz 6; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB², § 129 Rz 3; *Habersack* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 128 Rz 21; *Haas* in *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, HGB⁴ (2014) § 128 Rz 7; *Klimke* in *BeckOK HGB*¹⁴, § 128 Rz 37.

⁶⁹ AA BGH 20.4.1967, II ZR 220/65, der dies aus dem Vorliegen eines gemeinsamen Irrtums ableiten will.

Gesellschafter auf den Erlass oder die Stundung berufen können; bei gänzlicher Unwirksamkeit wäre hingegen die Vereinbarung selbst gegenüber der Gesellschaft unwirksam, sodass der Gläubiger sowohl die Gesellschaft als auch ihre Gesellschafter nach dem unveränderten ursprünglichen Schuldinhalt in Anspruch nehmen könnte. Die ganz hM geht – im Regelfall – von Letzterem aus.⁷¹

Gem § 878 Satz 2 ABGB ist indessen grundsätzlich von Teilgültigkeit auszugehen, „wenn anders aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne.“ Richtigerweise ist das dahin gehend zu verstehen, dass primär der hypothetische Parteiwille maßgebend ist, im Zweifel aber lediglich Teilnichtigkeit anzunehmen ist.⁷² Im deutschen Recht ordnet § 139 BGB hingegen – worauf bei der Verwertung deutscher Judikatur und Lehre stets Bedacht zu nehmen ist – ein gegenteiliges Regel-Ausnahme-Verhältnis an, wonach mangels anderer Anhaltspunkte von der vollständigen Unwirksamkeit auszugehen ist. Der hM von der gänzlichen Unwirksamkeit des Vertrages ist daher für Österreich nur insoweit zuzustimmen, als der hypothetische Wille der Vertragsparteien im konkreten Fall dahin geht, dass eine Nachsicht gegenüber der Gesellschaft nur unter der Bedingung vereinbart worden wäre, dass die Gesellschafter weiterhin in Anspruch genommen werden können, ansonsten jedoch von jeder Nachsicht abgesehen worden wäre.⁷³

3. Versprechen nicht ernsthafter Einforderung

3.1. Auslegung der Stillhaltevereinbarung

Hintergrund der ausführlichen Darstellung der Akzessorietät der Haftung von KG-Gesellschaftern ist folgender: In den einschlägigen Fällen haben die nunmehr klagenden Gläubiger der KG im Rahmen von Sanierungsvereinbarungen deren vorläufige Nichtinanspruchnahme, ein Stillhalten, zugesagt, wie mehrere untergerichtliche Entscheidungen aus Deutschland belegen. Ausdrücklich vorbehalten haben sich die Gläubiger aber die Verfolgung der Freistellungsansprüche gegenüber den Treugeberanlegern.

Konkret hatte das LG Frankfurt am Main jüngst den Einwand eines beklagten Anlegers zu prüfen, dass der klagende Gläubiger der KG zugesichert hat, seine Forderung ihr gegenüber „nicht ernsthaft einzufordern“; es hat diesen Einwand offenbar als Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft verstanden, das aufgrund der Akzessorietät der Haftung des Treugebers auch diesem zugutekäme, sodass es die Klage gegen den Anleger abwies.⁷⁴ Das ist keineswegs selbstverständlich, weshalb im ersten Schritt zu untersuchen ist, was unter der Zusage, einen Anspruch „nicht ernsthaft“ geltend zu machen, überhaupt zu verstehen ist. Sofern diese Stillhaltevereinbarung für einen bestimmten Zeitraum ab-

gegeben wurde, liegt es auf den ersten Blick tatsächlich nahe, darin die Begründung eines Leistungsverweigerungsrechts der Gesellschaft zu erblicken,⁷⁵ sei es im Wege einer Stundung oder eines zeitweiligen *pactum de non petendo*.⁷⁶ Allerdings halten die Vertragspartner mitunter sogar explizit fest, dass es sich gerade um kein *pactum de non petendo* handeln und auch die bestehende Fälligkeit unberührt bleiben soll, was dafür sprechen könnte, dass die Parteien diese Zusage als unverbindliche Absichtserklärung verstanden wissen wollten.

In Betracht käme ein solches Auslegungsergebnis aber wiederum wohl nur, wenn mit einer unverbindlichen Erklärung die mit den – mitunter sogar als „Sanierungsvereinbarungen“ bezeichneten – Verträgen offensichtlich bezweckte Vermeidung der materiellen Insolvenz der KG und der damit verbundenen Insolvenzantragspflicht bewerkstelligt werden kann. Der BGH bejaht dies, wenn er in stRspr meint, fällige Verbindlichkeiten könnten bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nur außer Betracht bleiben, sofern sie mindestens „rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – gestundet sind“.⁷⁷ Man könnte dies als eine rein „insolvenzrechtliche Stundung“ bezeichnen, die kein Leistungsverweigerungsrecht begründet. Folgt man dem,⁷⁸ kann der Sanierungszweck erreicht werden, ohne dass der Gesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt wird. Das Ergebnis wäre, dass auch dem Treugeber mangels Leistungsverweigerungsrechts der Gesellschaft keine Einwendung zustehen kann.

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass eine solche unverbindliche insolvenzrechtliche Stundung tatsächlich stets dem Willen der Parteien entspricht, sondern eine Auslegung im Einzelfall bleibt unerlässlich und bereitet in den einschlägigen Konstellationen offenbar große Schwierigkeiten: So sind zwei unterschiedliche Senate des OLG Stuttgart jüngst im Rahmen zweier Hinweisbeschlüsse gem § 522 Abs 2 dZPO hinsichtlich zumindest ähnlicher Sachverhalte zu gegenteiligen Ergebnissen gelangt. Während in der E 14 U 9/16 wegen der insolvenzrechtlichen Zwecksetzung bloß eine insolvenzrechtlich relevante Absichtserklärung angenommen wurde, wurde der KG nach der E 9 U 133/16 sehr wohl ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt, das auch auf den Treugeber durchschlage. Letzteres wird damit begründet, dass im Zweifel nicht von einem unverbindlichen Versprechen auszugehen sei, insb wenn erstens eine zeitliche Begrenzung des Nichternsthaft-Einforderns und zweitens ein Widerrufsrecht des KG-Gläubigers unter gewissen genau definierten Bedingungen vereinbart wurde.

Im österreichischen Recht ist allerdings von vornherein davon auszugehen, dass eine rein faktische Stillhaltevereinba-

⁷¹ BGH 20.4.1967, II ZR 220/65; Habersack in Staub, Großkomm HGB⁵, § 128 Rz 21; K. Schmidt in MünchKomm HGB⁴, § 128 Rz 17; Emmerich in Heymann, HGB II, § 128 Rz 7; Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I¹, § 128 Rz 6; Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB I¹, § 129 Rz 16.

⁷² OGH 3.2.1965, 6 Ob 328/64; 13.9.1995, 3 Ob 562/95; 25.3.2009, 2 Ob 236/08g; RIS-Justiz RS0087391, wobei im Rechtssatz das entscheidende Wort „nicht“ fehlt (siehe Beisatz [T2]); Eilmansberger, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (Teil I), JBl 2009, 337 (342 f.); Krejci in Rummel, ABGB³, § 878 Rz 9 f.; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰², § 878 Rz 14; Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴, § 878 Rz 5.

⁷³ Insoweit zutreffend Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB I¹, § 129 Rz 20.

⁷⁴ LG Frankfurt am Main 27.7.2016, 2-21 O 240/15.

⁷⁵ IdS konkret LG Frankfurt am Main 27.7.2016, 2-21 O 240/15.

⁷⁶ Die hM in Österreich hält ein *pactum de non petendo* als absoluten Rechtsschutzverzicht für unzulässig; vgl zB RIS-Justiz RS0057588; OGH 14.9.1988, 9 ObA 181/88; 24.4.1992, 1 Ob 568/92; Konecny in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze I³ (2013) Einl Rz 61. Abgesehen davon, dass diese Auffassung mangels überzeugender Argumente abzulehnen ist, was an dieser Stelle nicht vertieft werden kann, dürfte ein nur zeitweiliger Rechtsschutzverzicht ohnedies selbst von der hM für zulässig erachtet werden; vgl Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I (2011) Rz 3/38 f. Jedenfalls kann dasselbe Ergebnis durch eine sog „reine“ Stundung (dazu unten bei und in FN 80) erzielt werden.

⁷⁷ BGH 19.7.2007, IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286; 14.5.2009, IX ZR 63/08, NJW 2009, 434; 22.11.2012, IX ZR 62/10, ZIP 2013, 79.

⁷⁸ AA zB noch H.-F. Müller in Jaeger, InsO I (2004) § 17 Rz 9.

rung ohne rechtliche Bindung eine Zahlungsunfähigkeit gem § 66 Abs 3 IO nicht beseitigen kann. Dafür spricht § 66 Abs 3 IO.⁷⁹ Der Norm ist nämlich die Wertung zu entnehmen, dass eine Forderung im Rahmen der Zahlungsunfähigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, solange ein Gläubiger seinen Anspruch jederzeit durchsetzen kann, der Durchsetzung also keine rechtsverbindliche Absprache – sei es als fälligkeitsverschiebende oder „reine“ Stundung⁸⁰ – entgegensteht.⁸¹ Ob der Gläubiger seine Forderung zudem ernsthaft einfordert, ist – anders als in Deutschland – gerade kein ausschlaggebendes Kriterium.⁸²

Soweit sich eine Stillhaltevereinbarung mit dem Zweck einer Gesellschaftssanierung folglich auf eine Gesellschaft mit ihrem *centre of main interests* in Österreich bezieht,⁸³ ist daher mE mangels anderer Anhaltspunkte von der Begründung eines Leistungsverweigerungsrechts der Gesellschaft auszugehen. Andernfalls könnte der Zweck der Sanierungsvereinbarung nämlich nicht erreicht werden. Erst recht spricht es für eine verbindliche Abrede, wenn Stillhalteerklärungen mit einem Rangrücktritt nach § 67 Abs 3 IO kombiniert werden. Nachrangigkeitsvereinbarungen verfolgen nämlich typischerweise den Zweck, eine Insolvenzantragspflicht des Schuldners zu vermeiden, indem solche Verbindlichkeiten bei der Überschuldungsprüfung außer Betrachtung bleiben dürfen (§ 67 Abs 3 IO) und die übrigen Gläubiger eine hinreichende Sicherheit haben, dass wegen der nachrangigen Insolvenzforderung gerade keine Zahlungsunfähigkeit eintritt.⁸⁴ Für beides ist ein Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft in Österreich unerlässlich.⁸⁵

3.2. Restgültigkeit oder Wegfall der Stillhaltevereinbarung (§ 878 Satz 2 ABGB)?

Kommt man zum Ergebnis, dass die Zusage des Nicht-ernsthaft-Einforderns als rechtsverbindliche Einräumung eines Leistungsverweigerungsrechts zu verstehen war, ist in einem zweiten Schritt – *sub specie* Total- oder Teilunwirksamkeit – der hypothetische Parteiwille zu ermitteln. Denn eine Entlastung der Gesellschaft unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Kommanditisten- bzw Treugeberhaftung ist – wie gezeigt – mit der Akzessorietät gem §§ 128 und 129 UGB rechtlich unvereinbar. Die entscheidende Frage ist also: Wäre jegliche Nachsicht gegenüber der Gesellschaft unterblieben oder ist einer Teilnichtigkeit nur der Vorbehalt der Inanspruchnahme

der Gesellschafter? Dabei kommt es allein auf die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an,⁸⁶ andernfalls der Gläubiger entsprechend der nachträglichen Entwicklungen (Sanierungsverlauf) entscheiden könnte, ob er eine Stundung bzw einen Verzicht auch im Nachhinein gegen sich gelten lassen will oder nicht.

Die hM steht – wie gesagt – allgemein auf dem Standpunkt, dass üblicherweise von keinem Verzicht auch zugunsten der OG- bzw KG-Gesellschafter ausgegangen werden kann, eine Nachsicht gegenüber der Gesellschaft unter Vorbehalt der unveränderten Weiterhaftung der Gesellschafter somit gänzlich unwirksam sei.⁸⁷ Das mag tatsächlich oftmals naheliegen. Im vorliegenden Fall ist aber zu bedenken, dass es sich bei der Stundung um eine Sanierungsmaßnahme handelt, ohne die die Publikums-KG – jedenfalls nach österreichischem Recht – wohl regelmäßig zahlungsunfähig und/oder überschuldet wäre.⁸⁸ Ob (Groß-)Gläubiger der KG (in den einschlägigen Fällen: die finanzierende Bank) jedoch wirklich die – möglicherweise Gegenansprüchen ausgesetzte^{88a} – Inanspruchnahme gegenüber den Anlegern für allenfalls zu Unrecht bezogene Gewinne dem dadurch im Endeffekt wohl verursachten Insolvenzzenario der Fonds-KG vorziehen würden, ist mE keineswegs zwingend gesagt. Denn zu bedenken ist insb, dass die Bank im Falle einer Insolvenzeröffnung gem § 171 Abs 2 IO ihre Anspruchslegitimation hinsichtlich der Außenhaftung des Kommanditisten und damit im Ergebnis ihren Anspruch gegenüber den Treugeberanlegern zugunsten des Insolvenzverwalters einbüßen würde.⁸⁹ Bereits erlangte Zahlungen wären von der Anfechtung gem §§ 27 ff IO bedroht.⁹⁰ Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass finanzierenden Banken – aufbauend auf der *Eumig*-Rspr⁹¹ – bei Vorliegen eines „qualifizierten maßgebenden Einflusses“ sogar eine persönliche Haftung wegen Beitragstäterschaft zu einer möglichen Insolvenzverschleppung (§ 1301 ABGB iVm § 69 IO iVm § 1311 ABGB)⁹² oder die anfechtungsrechtliche Rückersatzpflicht als Vertragspartner eines nachteiligen Rechtsgeschäfts (§ 31 Abs 1 Z 3 IO) in Höhe des Quotenscha-

⁷⁹ Vgl ErlRV 3 BlgNR 15. GP, 49, wonach das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit unabhängig vom Andrängen von Gläubigern sei.

⁸⁰ Zum Begriff zB *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹⁴ (2015) Rz 142; RIS-Justiz RS0017554; siehe ferner insb OGH 9.7.1992, 7 Ob 578/92, worin klargestellt wird, dass die „reine“ Stundung ein Leistungsverweigerungsrecht begründet, das – im Wege der Akzessorietät – auch dem Bürgen zugutekommen soll.

⁸¹ Siehe *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze, § 66 KO Rz 37; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 66 KO Rz 40; ebenso zum deutschen Recht *H.-F. Müller in Jaeger*, InsO I, § 17 Rz 9.

⁸² Bezeichnenderweise wurde die Auffassung von der insolvenzrechtlichen Fälligkeit in Deutschland gerade vor dem Hintergrund entwickelt, dass es für die Zahlungsunfähigkeit auf das Erfordernis des ernsthaften Einforderns der Gläubiger ankomme; dazu ausführlich *Eilenberger* in MünchKomm InsO³, § 17 Rz 7a.

⁸³ Die Insolvenzgründe richten sich nach der *lex fori concursus*, das sich wiederum nach dem *centre of main interests* des Schuldners richtet (Art 3 und 4 EuInsVO aF; Art 3 und 7 EuInsVO nF); vgl statt vieler *Trenker*, Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung, ZIK 2015, 8 (11).

⁸⁴ Vgl nur *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴, § 66 KO Rz 39.

⁸⁵ Zur Überschuldung vgl BGH 5.3.2015, IX ZR 133/14, NJW 2015, 1672; ferner *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴, § 67 KO Rz 109.

⁸⁶ *Mayer-Maly*, Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, in FS Flume (1978) 621 (626); *Heiss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01}, § 914 Rz 81.

⁸⁷ Siehe FN 71.

⁸⁸ Siehe Pkt III.3.1.

^{88a} Siehe Pkt IV.

⁸⁹ Das ergibt sich daraus, dass ein Freistellungsanspruch nach ganz hM *nur an den Gläubiger* abgetreten werden kann, gegenüber dem die Verbindlichkeit besteht, auf die sich der Freistellungsanspruch bezieht; vgl BGH 22.1.1954, I ZR 34/53; *Grüneberg in Palandt*, BGB⁷⁵ (2016) § 399 Rz 4; *Bittner in Staudinger*, BGB, § 257 Rz 11. Aktivlegitimiert sind nämlich im Insolvenzfall nicht mehr die einzelnen Gläubiger, sondern der Insolvenzverwalter (§ 171 Abs 2 UGB), sodass der zedierte Freistellungsanspruch nachträglich auf den Insolvenzverwalter übergeht; denn auch Erfüllungssurrogate kommen diesfalls dem Insolvenzverwalter zu; zutreffend *Stöber*, NZG 2011, 739. Andernfalls könnten einzelne Gläubiger über den Umweg der ihnen vor Insolvenzeröffnung zedierten Freistellungsansprüche die von § 171 Abs 2 UGB bezweckte Haftungskonzentration beim Insolvenzverwalter im Interesse der *par condicio creditorum* (zB *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht, Rz 1365) ohne Weiteres unterlaufen.

⁹⁰ Denn Leistungen eines Kommanditisten an einen Gläubiger auf Grundlage seiner Außenhaftung gem §§ 171 und 172 UGB sind insoweit richtigerweise als Rechts-handlung bzw Befriedigung seitens der KG iSd §§ 27 ff IO zu fingieren; dazu ausführlich *Häsemeyer*, Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, ZHR 149 (1985), 42 (57); *K. Schmidt*, Einlage und Haftung des Kommanditisten (1977) 138.

⁹¹ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 (*Reich-Rohrwig*); 9.2.1988, 6 Ob 508/86 ua, ÖBA 1988, 828 (*Apathy*); dazu ausführlich *Karollus*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen (Teil I), ÖBA 1990, 337.

⁹² Grundlegend OGH 13.8.1998, 2 Ob 2336/96k; RIS-Justiz RS0110394; weitergehend *Kozioł*, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung (Teil I), RdW 1983, 34; vgl zum Ganzen *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze, § 69 KO Rz 115 ff.

dens⁹³ drohen könnte.⁹⁴ Unter Berücksichtigung der Regel des § 878 Satz 2 ABGB, wonach bei Nichtfeststellbarkeit eines allfälligen Parteiwillens Teilwirksamkeit eines unmöglichen Rechtsgeschäfts vorliegt,⁹⁵ sprechen somit – vorbehaltlich der Besonderheiten der jeweiligen Einzelfallkonstruktion – die besseren Gründe dafür, dass es dem hypothetischen Parteiwillen widerspräche, das Stillhalteabkommen gegenüber der Gesellschaft für hinfällig zu erachten.

Folgerichtig wäre diesfalls kraft Akzessorietät auch der Zahlungsanspruch gegenüber den Treuhandkommanditisten für die ausdrücklich bedungene Frist, oder solange die KG ihre „Insolvenzreife“ nicht überwindet, aufgeschoben. Vom Treugeber als Freistellungsschuldner kann dementsprechend mangels Fälligkeit der Verbindlichkeit, von der er den Treuhänder befreien muss, keine Zahlung verlangt werden.⁹⁶ Auch ein denkbarer Sicherstellungsanspruch zugunsten des KG-Gläubigers als Zessionar scheidet diesfalls – wie oben herausgearbeitet⁹⁷ – aus.

IV. Einwendungen des Treugebers gegen den Treuhänder

1. Problemaufriss

Soweit die Verbindlichkeit der KG fällig und der Freistellungsfall somit eingetreten sind, wird praktisch vor allem darüber gestritten, ob ein beklagter Anleger dem KG-Gläubiger Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Treuhänder entgegenhalten kann. Die Anleger behaupten in vielen Fällen nämlich – wie bereits einleitend dargelegt⁹⁸ –, dass erstens der Treuhandvertrag und damit ihr Beitritt zur Publikums-KG unwirksam sei, womit auch ihre Freistellungspflicht entfallt und ihnen zweitens Schadenersatzansprüche gegen den Treuhandkommanditisten zustehen würden, mit denen sie gegen ihre Freistellungspflicht aufrechnen könnten.

Wirft man einen Blick auf die Rechtsstellung eines „echten“ Kommanditisten, kann dieser seiner Haftung im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gem § 171 Abs 1 UGB keine Einwendungen aus dem gesellschaftsinternen Rechtsverhältnis entgegensetzen.⁹⁹ Insb kann der Gesellschafter seine Haftung – zumindest nach Firmenbucheintragung der Gesellschaft¹⁰⁰ – nicht dadurch zum Erlöschen bringen, dass er den Gesellschaftsvertrag bzw seinen Beitritt mit Wirkung *ex tunc* anfigt. Denn einem solchen Ergebnis steht die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bzw vom fehlerhaften Beitritt entgegen.¹⁰¹

Da gegenüber einem Anleger aber nicht die unmittelbare Außenhaftung gem § 171 Abs 1 UGB, sondern der vom Treuhänder abgeleitete Anspruch auf Freistellung geltend gemacht

wird, müssten die Einwendungen des Treugebers aus dem Innenverhältnis zum Treuhänder nach zessionsrechtlichen Grundsätzen (Schlechterstellungsverbot gem §§ 1394 und 1396 ABGB bzw §§ 404 und 406 BGB) sehr wohl gegenüber dem KG-Gläubiger releviert werden können. Auch das Erfordernis der Gleichartigkeit der kompensierten Ansprüche bereitet keine durchgreifenden Bedenken, obwohl der Freistellungsanspruch des Treuhänders keine Geldforderung ist. Denn mit der Abtretung wandelt sich dieser – wie gezeigt¹⁰² – in einen Zahlungsanspruch um, sodass spätestens ab diesem Zeitpunkt die Gleichartigkeit zu bejahen wäre.¹⁰³ Ob die Gegenseitigkeit (und damit die Aufrechnungslage) rechtskonstruktiv eine „juristische Sekunde“ *vor, nach* oder *zugleich* mit der Abtretung entsteht, macht bei wertender Betrachtung mE keinen Unterschied.

2. BGH: Wirtschaftliche Außenhaftung qua Einwendungsausschluss

Der BGH geht dennoch in mittlerweile stRspr davon aus, dass eine Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Befreiungsanspruch unzulässig ist. Erstmals hat der BGH dies in den sog *Falk*-Entscheidungen¹⁰⁴ vertreten, bei denen dem klagenden Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fonds-KG Freistellungsansprüche abgetreten worden waren, denen der beklagte Treugeber wiederum Prospekthaftungsansprüche gegen den Treuhandkommanditisten entgegenhielt.¹⁰⁵ In der Folge wurde die Rspr auf Treugeber einer OHG-Beteiligung ausgedehnt, wobei in diesen Entscheidungen der Treuhänder selbst den Freistellungsanspruch geltend gemacht hat, und zwar in zwei Fällen nach voriger Abtretung und Rückabtretung gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger,¹⁰⁶ einmal auch ohne diesen Zwischenschritt.¹⁰⁷ In diesen Entscheidungen wurde ferner nicht nur eine Aufrechnung, sondern die Geltendmachung jedweder Gegenrechte – sei es eines Zurückbehaltungsrechts oder einer *Dolo-agit*-Einrede – für ausgeschlossen erachtet.¹⁰⁸

Die Begründung hierfür lässt sich am besten dadurch nachvollziehen, dass man sie in ihr methodisches und ihr sachliches Argument aufsplittet:¹⁰⁹ Letzteres besteht in der sog Gleichstellungsthese,¹¹⁰ deren Ausgestaltung am besten in den Worten des BGH wiedergegeben wird: „Der Anleger [darf] zwar grundsätzlich, soweit sich das nicht aus der Zwischenschaltung des Treuhänders unvermeidbar ergibt, nicht schlechter stehen, als wenn er selbst Kommanditist wäre; er darf aber auch nicht besser gestellt werden, als wenn er sich unmittelbar beteiligt hätte. Ihn

⁹³ RIS-Justiz RS0110410; zB OGH 23.11.2000, 6 Ob 110/00w; dazu König, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung⁵ (2014) Rz 11/72 ff.; Rebernik in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze, § 31 KO Rz 33 f und § 39 KO Rz 44.

⁹⁴ Vgl S. Schumacher, VbR 2016, 163.

⁹⁵ Siehe Pkt III.2.

⁹⁶ Siehe Pkt III.1.

⁹⁷ Siehe Pkt II.3.

⁹⁸ Siehe Pkt I.2.

⁹⁹ Einzige Ausnahme ist das Vorbringen, er habe seine Einlage geleistet. Diese Ausnahme ist jedoch nur eine scheinbare, weil durch die Einlageleistung seine Haftung nach expliziter Anordnung von § 171 Abs 1 Halbsatz 2 UGB bereits auf Tatbestands-ebene ausgeschlossen wird.

¹⁰⁰ Die Eintragung ist nach hM Voraussetzung der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft; vgl zB U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴, § 105 Rz 92; ders, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 100; Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB I², § 105 Rz 51; Schauer in Kalls/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 2/199.

¹⁰¹ Vgl für Österreich RIS-Justiz RS0061517; U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴, § 105 Rz 89; vgl auch G. H. Roth/Fitz, Unternehmensrecht² (2006) Rz 225 ff, insb Rz 230 ff; ausdrücklich zum deutschen Recht BGH 8.11.1965, II ZR 267/64, NJW 1966, 107; 17.6.2008, XI ZR 112/07, ZIP 2008, 1317; 24.7.2012, II ZR 297/11; Brömmelmeyer, NZG 2006, 531 f; M. Roth in Baumbach/Hopt, HGB⁹⁷, § 105 Rz 85 und 87; Menkel, Die Aufrechnungsbefugnis der Treugebergesellschafter gegen den Zessionar bei Abtretung des Freistellungsanspruchs durch die Treuhandgesellschaften, NZG 2014, 1253 (1256); eingehend Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband (2002) 76 und 321; siehe näher im Teil II dieses Beitrags Pkt IV.5.4.3.

¹⁰² Siehe Pkt II.2.

¹⁰³ Tebben, Treuhandkommanditist, 173; Zinger, BB 2014, 460.

¹⁰⁴ Zu den näheren Hintergründen ausführlich Stöber, NZG 2011, 738 ff.

¹⁰⁵ BGH 22.3.2011, II ZR 271/08; 22.3.2011, II ZR 224/08; 22.3.2011, II ZR 216/09.

¹⁰⁶ BGH 24.7.2012, II ZR 297/11; 18.10.2012, III ZR 279/11.

¹⁰⁷ BGH 18.10.2012, III ZR 150/11.

¹⁰⁸ BGH 24.7.2012, II ZR 297/11; 18.10.2012, III ZR 150/11; 18.10.2012, III ZR 279/11.

¹⁰⁹ Treffend Klöhn, Treuhandkonstruktionen, 150 ff.

¹¹⁰ Vgl BGH 18.10.2012, III ZR 279/11, wonach diese Gleichstellungsthese der „tragende Grund für das Aufrechnungsverbot“ sei.

trifft daher, wenn keine besonderen Verhältnisse vorliegen, auch das Anlagerisiko so, als ob er sich unmittelbar als Kommanditist beteiligt hätte ... Die Einbindung der Anleger durch das Treuhandverhältnis erfasst auch die Haftung der Treuhandkommanditistin gegenüber Gesellschaftsgläubigern¹¹¹. „Ein Kommanditist ... könne sich aber gegenüber einer Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger nicht mit dem Einwand verteidigen, er sei im Zuge seines Beitritts nicht ordnungsgemäß über die Risiken der Anlage aufgeklärt worden. Er hafte vielmehr jedenfalls nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft.“¹¹²

Die methodische Einfallspforte für diese Gleichstellungsthese wird nicht eindeutig offengelegt. Der BGH verweist lediglich darauf, dass eine Aufrechnung verboten sei, wenn dies entweder stillschweigend vereinbart worden sei oder „die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung einer Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar“ entgegenstehen.¹¹³

Zum besseren Verständnis dieser Judikatur sei vorweg nochmals festgehalten, dass sich der BGH vor diesen Entscheidungen mehrmals darauf festgelegt hat, dass den Treugeberkommanditisten gerade keine Außenhaftung gem § 171 Abs 1 dHGB analog trifft.¹¹⁴ Im Ergebnis behandelt er den Treugeber mit seinen Einwendungen gegen den dem Gläubiger abgetretenen Freistellungsanspruch aber nunmehr dennoch weitgehend so, als träfe ihn eine unmittelbare Haftung. Der BGH spricht dementsprechend von einer „wirtschaftlichen Außenhaftung“,¹¹⁵ K. Schmidt von einer „unerbitterlichen Innenhaftung“.¹¹⁶ Zu beachten ist aber, dass der Treugeber sogar schlechter gestellt wird als bei einer echten Außenhaftung, weil ihm auch Einwendungen gegenüber dem Treuhänder selbst verwehrt sind, wenn er von diesem in Anspruch genommen wird. Keine Bedenken hegt der BGH allerdings dagegen, dass der Treugeber selbst als Kläger auftritt und Ansprüche aus dem Beitrittsversprechen gegen den Treuhänder einklagt, wie er in der Entscheidung vom 24.7.2012, II ZR 297/11, ausdrücklich klarstellt.¹¹⁷ Das Ergebnis ist somit, dass der Treugeber derartige Ansprüche zwar nicht *compensando* gegenüber einer Klage des Treuhänders auf Freistellung einwenden kann, diese aber jederzeit selbständig einklagen kann (und muss), wofür ihm sogar die Möglichkeit der Widerklage offensteht.¹¹⁸

3. Rezeption der Lehre

Neben zahlreichen bloß referierenden Stellungnahmen¹¹⁹ hat der Einwendungsausschluss des BGH viel explizite Zu-

stimmung in der Lehre gefunden.¹²⁰ Umstritten ist unter den Befürwortern jedoch, ob als dogmatische Grundlage tatsächlich ein stillschweigender Aufrechnungsausschluss – wohl kraft ergänzender Vertragsauslegung¹²¹ – anzunehmen¹²² oder die Anknüpfung an Treu und Glauben als Gläubigerschutzvorkehrung rein objektiv zu verstehen ist.¹²³ Die Unterscheidung ist rechtsfolgenseitig insofern bedeutsam, als die Parteien das Kompensationsverbot unter ersterer Prämisse abbedingen könnten,¹²⁴ während dies mit der Annahme einer gläubigerschützenden Stoßrichtung konsequenterweise unvereinbar wäre. *Wertenbruch* will den Kern des Einwendungsausschlusses hingegen von vornherein bei § 129 HGB verankert wissen, weil diese Norm Einwendungen abschneide, die aus dem Rechtsverhältnis zu einem Dritten (das ist der Treuhänder) resultieren.¹²⁵

Überhaupt einen Schritt weiter als der BGH geht *Schäfer*, der diese wirtschaftliche Außenhaftung – entsprechend der von *Kindler* angeführten Mindermeinung¹²⁶ – zu einer „echten“ Außenhaftung analog §§ 171 und 172 dHGB weiterentwickeln will;¹²⁷ um eine Verdoppelung der Haftung zugunsten der Gläubiger zu vermeiden, sei die Haftung des Treuhandkommanditisten aber gegenüber dem Treugeber subsidiär; ihr käme lediglich noch Sicherungsfunktion zu.¹²⁸ Auch *Klimke*¹²⁹ und *Menkel*¹³⁰ halten eine unmittelbare Außenhaftung für vorzugswürdig; Letzterer erachtet den Einwendungsausschluss insofern als konsequente Ausprägung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. *Strohn* erachtet eine unmittelbare Außenhaftung ebenfalls für diskussionswürdig, befürwortet aber jedenfalls den Einwendungsausschluss, weil dadurch „eine konsequente Umsetzung der Entscheidung der Anleger, ein Treuhandverhältnis nur pro forma zwischenzuschalten“, gewährleistet sei.¹³¹

Ausführliche Ablehnung erfährt der Einwendungsausschluss indes bei *Klöhn*,¹³² dessen Kritik im Rahmen der folgenden Stellungnahme noch aufzugreifen sein wird.¹³³ Auch *Zinger* steht der Judikatur kritisch gegenüber und lehnt sie – entgegen der BGH-Entscheidung vom 18.10.2012, III ZR 150/11 – zumindest insoweit ausdrücklich ab, als sie zugunsten eines KG-Gläubigers eingreift, der selbst Initiator der Fondskonstruktion ist oder dessen Organwalter mit jenen der

¹¹¹ BGH 22.3.2011, II ZR 271/08; 22.3.2011, II ZR 224/08; 22.3.2011, II ZR 216/09.

¹¹² BGH 24.7.2012, II ZR 297/11.

¹¹³ BGH 22.3.2011, II ZR 271/08; 22.3.2011, II ZR 224/08; 22.3.2011, II ZR 216/09.

¹¹⁴ Siehe Pkt I.2.

¹¹⁵ BGH 11.10.2011, II ZR 242/09; vgl idS *Strohn*, ZInsO 2013, 15.

¹¹⁶ Siehe bei *Hecker*, Bericht über die Diskussion des Referats Tebben, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010 (2011) 181 (182); dies aufgreifend *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen, 148; *Zinger*, BB 2014, 460; *Schürnbrand*, ZGR 2014, 269.

¹¹⁷ Eine Haftung des Treuhandkommanditisten für „Informationsmängel“ beim Beitritt von Treugebern bejahend zB BGH 24.5.1982, II ZR 124/81, NJW 1982, 2493; 9.7.2013, II ZR 9/12, NJW-RR 2013, 1255; 22.9.2015, II ZR 340/14, ZIP 2015, 2414.

¹¹⁸ BGH 24.7.2012, II ZR 297/11; *Wertenbruch*, NZG 2013, 289.

¹¹⁹ ZB K.-R. *Wagner*, Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen 2013 in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds, NZG 2014, 408; *Schweizer* in MünchHdB Gesellschaftsrecht II⁴, § 96 Rz 75; *Stari/Beuster*, Die Haftung des mittelbar an einem geschlossenen Fonds beteiligten Anlegers, DStR 2014, 271; ohne Stellungnahme auch *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁷, Anh § 177a Rz 79; *Häublein* in BeckOK HGB¹⁴, § 161 Rz 40; *Henze/Notz* in *Ebenroth* ua, HGB I³, Anh § 177a Anh B Rz 166; *Oetker* in *Oetker*, HGB⁴ (2015) § 172 Rz 58.

¹²⁰ *Stöber*, NZG 2011, 741; *Stumpf*, Rechtsprobleme bei der Inanspruchnahme des (mittelbaren) Kommanditisten aus § 172 Abs. 4 HGB, BB 2012, 1429 (1433); *K. Schmidt* in MünchKomm HGB³, Vor § 230 Rz 59; *Wertenbruch*, NZG 2013, 286 ff; *Schürnbrand*, ZGR 2014, 269; *Menkel*, NZG 2014, 1256 ff; *Haas/Mock* in *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, HGB⁴, § 172 Rz 76; *Jaletzke* in MünchHdB Gesellschaftsrecht II⁴, § 63 Rz 18; *Casper* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 161 Rz 255.

¹²¹ Vgl *Schäfer*, ZHR 177 (2013), 631; *Zinger*, BB 2014, 461; *Leupold*, VbR 2016, 158, die diesem Ansatz aber ohnehin allesamt kritisch gegenüberstehen.

¹²² *Stöber*, NZG 2011, 741; *Schürnbrand*, ZGR 2014, 269; *Jaletzke* in MünchHdB Gesellschaftsrecht II⁴, § 63 Rz 18.

¹²³ *Menkel*, NZG 2014, 1256 ff; *Stumpf*, BB 2012, 1433; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB³, Vor § 230 Rz 60.

¹²⁴ So ausdrücklich *Schürnbrand*, ZGR 2014, 269.

¹²⁵ *Wertenbruch*, NZG 2013, 286 ff; auf § 129 dHGB Bezug nehmend auch *Henze/Notz* in *Ebenroth* ua, HGB I³, Anh § 177a Anh B Rz 166.

¹²⁶ *Kindler*, Kommanditist, 874 ff; *ders*, ZIP 2009, 1146 ff; siehe ferner die Nachweise in FN 15.

¹²⁷ *Schäfer*, ZHR 177 (2013), 629 ff.

¹²⁸ *Schäfer*, ZHR 177 (2013), 640 f.

¹²⁹ *Klimke* in BeckOK HGB¹⁴, § 105 Rz 90 ff.

¹³⁰ *Menkel*, NZG 2014, 1256 ff.

¹³¹ *Strohn*, ZInsO 2013, 15.

¹³² *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen, 143 ff.

¹³³ Siehe im Teil II dieses Beitrags Pkt IV.5.

Fondsgesellschaft bzw Treuhänderin (teilweise) identisch sind.¹³⁴ Auch *Kindler* ist gegen einen Einwendungseinschluss, befürwortet aber – wie gesagt – eine unmittelbare Außenhaftung.¹³⁵

Obwohl sich der OGH in der besagten E 1 Ob 246/15f mit keinen Einwendungen des Beklagten gegenüber dem Treuhandkommanditisten auseinanderzusetzen hatte, bezogen die im Anschluss daran ergangenen Beiträge aus Österreich auch zum Einwendungsausschluss des BGH Stellung: Während *Leupold*¹³⁶ und – jedenfalls bei einer Haftung gegenüber der ins Fondskonzept involvierten Finanzierungsbank – auch *S. Schumacher*¹³⁷ sowohl den methodischen Ansatz über eine (ergänzende) Vertragsauslegung als auch die dahinter stehende Wertung der Zuweisung des „Täuschungs- und Insolvenzrisikos“ des Treuhänders zum Treugeber ablehnen, hält *D. Holzinger* – aufbauend auf der Gleichstellungsthese des BGH – einen Aufrechnungsausschluss in Analogie zu § 63 Abs 3 Satz 2 GmbHG für berechtigt.¹³⁸

4. Stand der österreichischen Judikatur

Die Rspr in Österreich hat zum vorliegenden Problemkreis bislang nicht Stellung beziehen müssen. Es ergingen allerdings mehrere Entscheidungen zur Treuhand-KG, die es auf mögliche Rückschlüsse für die gegenständliche Fragestellung zu untersuchen gilt. Allem voran ist der prominente Rechtssatz zu erwähnen, wonach bei einer Treuhänderbeteiligung „dieser allein gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern aus dem Kommanditverhältnis berechtigt und verpflichtet“ sei; zwischen der Gesellschaft und den Treugebern bestehe indes keine Rechtsbeziehung.¹³⁹ In der Sache waren Ursprung dieser Judikatur Rechtsfragen, in denen es jedoch nicht um die Pflichtenebene des Treugebers, sondern dessen Rechte ging: Insb wurde der Rechtssatz als Begründung dafür herangezogen, dass der Treugeber keinen unmittelbaren Abfindungsanspruch gegenüber der KG habe.¹⁴⁰ In weiteren einschlägigen Entscheidungen wurden damit Informations- und Kontrollrechte des Treugebers gem § 166 HGB¹⁴¹ sowie ein Anspruch auf Feststellung der treuhändischen Kommanditistenstellung verneint.¹⁴² Freilich lagen diesen Entscheidungen noch Vertragsgestaltungen zugrunde, die dem Treugeber – anders als in den gegenständlichen Fondskonstruktionen – noch keine Stellung als Quasi-Gesellschafter einräumten.¹⁴³ In den einschlägigen neueren Vertragsmustern ist hingegen häufig sogar ein unmittelbarer Anspruch der Treugeber auf Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsguthaben sowie Ausübung sonstiger gesellschafts-

rechtlicher Rechte verankert und dagegen dürfen auch nach der Rspr keine Bedenken bestehen.¹⁴⁴ Jedenfalls ist festzuhalten, dass die Wendung, wonach *nur* der Treuhänder *gegenüber den Gesellschaftsgläubigern verpflichtet* sei, – soweit ersichtlich – überhaupt nur *obiter* verwendet wurde.¹⁴⁵ Sie kann dennoch schwerlich anders gedeutet werden, als dass der OGH einer unmittelbaren Außenhaftung des Treugebers ablehnend gegenübersteht.¹⁴⁶

Bedeutsam ist ferner, dass sich der OGH in der Entscheidung vom 12.9.1996, 8 Ob 2035/96i, der oben als tragenden Pfeiler der BGH-Judikatur skizzierten Gleichstellungsthese anschließt, wonach es keinen Grund gäbe, „den über einen Treuhandkommanditisten an einer Publikumsgesellschaft Beteiligten besser zu stellen, als wenn er unmittelbar beteiligt wäre.“ In dieser Entscheidung – sowie bereits zuvor in der Entscheidung vom 9.2.1995, 8 Ob 16/94 – hat der OGH einen „Konkursteilnahmeanspruch“¹⁴⁷ auf Abfindung eines ausgeschiedenen Treugebers verneint. Der Treugeber stützte sich dabei allerdings auf den ihm vom Treuhänder abgetretenen Anspruch, sodass die Begründung des OGH in Wahrheit keine weiteren Rückschlüsse auf die originäre Rechtsstellung des Treugebers zulässt, außer dass ihm eben grundsätzlich kein eigenständiger Anspruch auf Abfindung gegen die KG zusteht. Einer Berufung auf eine besondere Gleichstellungsthese hätte es indes von vornherein nicht bedurft, weil der Treugeber aus einem vom Treuhänder als Kommanditisten abgeleiteten Recht ohnehin nie mehr Rechte als dieser geltend machen kann (§ 442 Satz 2 ABGB).

Aufschlussreich sind schließlich mehrere Aussagen der Entscheidung vom 29.6.2009, 9 Ob 68/08b. Darin erklärte der OGH den übermäßig langen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts eines als Treugeber beteiligten Anlegers für sittenwidrig. Mehr als dieses Ergebnis interessiert vorliegend jedoch die Begründung: Betont wird nämlich, dass die – in Form standardisierter und vorgegebener Verträge vollzogene – Beteiligung von rein kapitalistischen Anlegern als Treugeber an einer KG maßgebend vom Leitbild einer Personengesellschaft abweiche. Profiteur dieser Konstruktion sei allein die KG, was bei der Beurteilung konkreter Rechtsfolgen beachtet werden müsse. Der 9. Senat des OGH leitet die Rechtsstellung eines Treugeberkommanditisten somit primär aus schuldrechtlichen und nicht aus gesellschaftsrechtlichen Wertungen ab und misst insb der wirtschaftlichen Funktion als bloßem Anlageinstrument maßgebende Bedeutung zu, obwohl vertraglich explizit festgehalten wurde, dass die Treugeber bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Stellung als Kommanditisten einnehmen würden.

Die Fortsetzung dieses Beitrags finden Sie im nächsten Heft.

¹³⁴ Zinger, BB 2014, 461 f; insoweit zustimmend Casper in Staub, Großkomm HGB⁵, § 161 Rz 255; siehe auch Klöhn, Treuhandkonstruktionen, 164.

¹³⁵ Kindler in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB⁸ (2015) § 105 Rz 20 und § 161 Rz 25, der in § 161 Rz 13 wohl bloß die abweichende Ansicht referiert.

¹³⁶ Leupold, VbR 2016, 159.

¹³⁷ S. Schumacher, VbR 2016, 163.

¹³⁸ D. Holzinger, VbR 2016, 162.

¹³⁹ RIS-Justiz RS0010762, insb (T1) und (T2); grundlegend OGH 7.2.1961, 4 Ob 546/60, EvBl 1961/148.

¹⁴⁰ OGH 5.9.1991, 6 Ob 585/91; 9.7.1992, 6 Ob 544/92; ähnlich OGH 10.4.1997, 6 Ob 2352/96t.

¹⁴¹ OGH 25.10.1995, 6 Ob 1028/95.

¹⁴² OGH 22.2.2000, 1 Ob 320/99m.

¹⁴³ Vgl auch bereits Gruber, Treuhandbeteiligung, 138 (insb zur Grundsatzentscheidung OGH 7.2.1961, 4 Ob 546/60).

¹⁴⁴ Implizit wohl OGH 9.2.1995, 8 Ob 16/94, wenngleich dies *in concreto* verneint wurde; vgl auch OGH 15.6.1993, 5 Ob 516/93 (zur atypisch stillen Gesellschaft); 21.12.1995, 6 Ob 563/95, wo auf die Bedeutung der einzelfallbezogenen vertraglichen Ausgestaltung der Rechtsstellung hingewiesen wird.

¹⁴⁵ So neben den in den vorigen Fußnoten genannten Entscheidungen zB OGH 23.2.1993, 4 Ob 6/93; 24.10.2011, 8 Ob 135/10a, ecolex 2012/205 (*Wilhelm*); referierend OGH 22.12.2011, 1 Ob 208/11m, ÖBA 2013, 356 (*Koller*).

¹⁴⁶ Siehe Pkt I.2. sowie im Teil II dieses Beitrag Pkt IV.5.3.

¹⁴⁷ Dieser Begriff wird in der neueren Lehre (*Nummer-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz [2007] 361) abgelehnt, worauf vorliegend nur hingewiesen werden soll.

(Außen-)Haftung des Treugeberkommanditisten (Teil II)

MARTIN TRENKER*

Im ersten Teil dieses Beitrags wurde der einem KG-Gläubiger abgetretene Freistellungsanspruch des Treuhänder gegen den Treugeberkommanditisten als Grundlage einer Außenhaftung von Anlegern einer Publikums-KG dargestellt. Insb wurde zum einen die Frage nach einem möglichen Leistungsverweigerungsrecht des Treugebers thematisiert, wenn der KG-Gläubiger (nur) gegenüber der Gesellschaft das Versprechen abgibt, seine Forderung „nicht ernsthaft einzufordern“. Zum anderen wurde anhand von Judikatur und Lehre die Frage aufbereitet, ob der Treugeber dem Gläubiger Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Treuhänder entgegenhalten kann.¹ Im Folgenden soll die eigene Auffassung des Autors hierzu dargestellt werden.

5. Stellungnahme

5.1. Gang der Untersuchung

Es bietet sich für eine kritische Untersuchung der BGH-Judikatur an, zwischen den beiden aufgezeigten methodischen Ansätzen² zu differenzieren. Zunächst soll die Überzeugungskraft der Annahme eines aus dem Vertragsverhältnis abgeleiteten stillschweigenden Einwendungsverzichts überprüft werden. Anschließend wird die Frage nach einem unabhängig davon eingreifenden Einwendungsausschluss im Interesse des Gläubigerschutzes in einer Treuhand-KG thematisiert. Dabei ist die bislang als zutreffend vorausgesetzte hM zu überprüfen, wonach §§ 171 und 172 UGB auf Treugeberkommanditisten nicht analog angewendet werden können. Schließlich wird auf den weiteren vom BGH angedeuteten und im Schrifttum vertieften Lösungsansatz eingegangen, wonach der Einwendungsausschluss eine Ausprägung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sei.

Vorweg sei nochmals betont, dass der Einwendungsausschluss von allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen abweicht und daher die Begründungslast bei deren Befürwortern liegt.³ Erweist sich demnach keiner der zu überprüfenden Ansätze als überzeugend, hat es bei der allgemeinen Regel zu bleiben, wonach der Treugeber dem Freistellungsanspruch des Treuhänders alle Einwendungen aus deren Rechtsverhältnis entgegenhalten kann, egal, ob er vom Treuhänder oder nach vollzogener Zession von einem KG-Gläubiger belangt wird.

5.2. Konkludenter Einwendungsausschluss kraft (ergänzender) Vertragsauslegung?

Zum vertragsrechtlichen Ansatz ist zunächst festzuhalten, dass eine Vereinbarung, wonach der Treugeber dem Treuhänder

der hinsichtlich seiner ursprünglichen oder gem § 172 Abs 4 UGB aufgelegten Einlageverpflichtung keinerlei Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zu diesem entgegenhalten kann, zulässig wäre. Auch sprechen keine Bedenken dagegen, solches nur für den Fall zu verabreden, dass ein KG-Gläubiger den abgeleiteten Freistellungsanspruch geltend macht, mithin zumindest im weiteren Sinn einen Vertrag zugunsten Dritter zu schließen. IdS könnte – aus Sicht der hM wohlwollend interpretiert – etwa die in der BGH-Entscheidung vom 24.7.2012, II ZR 297/11,⁴ zitierte Wendung aus dem zugrunde liegenden Vertrag verstanden werden, wonach den Treugebern bekannt sei, dass sie gegenüber den Gläubigern haften.⁵

Der typischerweise anzutreffenden Klausel, wonach der Treugeber im Innenverhältnis wie ein Kommanditist zu behandeln sei, kann ein Einwendungsausschluss im Verhältnis zu KG-Gläubigern hingegen mE nicht entnommen werden, schon gar nicht in einer Deutlichkeit, dass „mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln“ (§ 863 ABGB), zurückbliebe. Richtigerweise bezweckt die Gleichstellung im Innenverhältnis mE nicht mehr und nicht weniger, als dass der Treugeber gegenüber der Gesellschaft als Kommanditist behandelt wird, damit er einerseits in seinem Interesse ihr gegenüber bestehende Ansprüche in eigenem Namen durchsetzen kann und andererseits im Interesse der KG auch für anteilsbezogene Verbindlichkeiten einzustehen hat. Der Einwendungsausschluss idS BGH-Judikatur geht darüber weit hinaus: Er läuft im wirtschaftlichen Ergebnis auf eine unbedingte Haftung des Treugebers gegenüber den KG-Gläubigern „über die Hintertür“ hinaus und betrifft dementsprechend funktional das Außenverhältnis.⁶ Das dürfte auch der BGH so sehen, wenn er den Einwendungsausschluss damit begründet, dass „die Einbindung der Anleger“ in den Verband „durch das Treuhandverhältnis ... auch die Haftung der Treuhandkommanditistin gegenüber Gesellschaftsgläubigern“ umfasst.⁷ Erkennt man den Einwendungsausschluss dementspre-

* MMag. Dr. Martin Trenker ist Assistenzprofessor am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Anfrage aus der Praxis.

¹ Vgl. Trenker, (Außen-)Haftung des Treugeberkommanditisten (Teil I), GesRZ 2017, 32. Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.2.

² Vgl. Menkel, Die Aufrechnungsbefugnis der Treugebergesellschaften gegen den Zessionar bei Abtretung des Freistellungsanspruchs durch die Treuhandgesellschaften, NZG 2014, 1253 (1254). Etwas irreführend ist demgegenüber der Titel des Beitrags von D. Holzinger, Keine Ausnahme von der Regel, VbR 2016, 162, wenn darin ein Einwendungsausschluss befürwortet wird.

⁴ ZIP 2012, 1706.

⁵ So auch Zinger, Die Haftung des Treugebers bei der Treuhand an Personengesellschaftsanteilen, BB 2014, 458 (461).

⁶ Völlig zutreffend Klöhn, Treuhandkonstruktionen bei Publikums-personengesellschaften, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012 (2013) 143 (155).

⁷ BGH 22.3.2011, II ZR 271/08, EWiR 2011, 387 (Wertenbruch); 22.3.2011, II ZR 224/08, BB 2011, 1807; 22.3.2011 II ZR 216/09, EWiR 2011, 567 (Gehling).

chend als eine Regelung des Außenverhältnisses, zeigt sich deutlich, dass die vertraglich beabsichtigte Gleichstellung im Innenverhältnis kein Argument für die hM, sondern gegen diese ist. Welchen Sinn hätte denn sonst die explizite Beschränkung der Gleichstellungsabrede auf das Innenverhältnis überhaupt noch?

Insb ist die Annahme eines konkludenten vertraglichen Einwendungsausschlusses insoweit abzulehnen, als davon sogar solche Gegenansprüche erfasst sein sollen, die in ihrer Funktion auf eine Beseitigung oder Rückabwicklung gerade jenes Vertrages gerichtet sind, aus dem sich der Einwendungsausschluss ergeben soll.⁸ Es vermag nicht zu überzeugen, den Treuhänder im Wege ergänzender Vertragsauslegung vor der Einwendung gesetzlicher Gegenansprüche wegen einer im weiteren Sinn zu vertretenden Informationspflichtverletzung beim Vertragsabschluss zu schützen. Dies widerspricht vielmehr der Interessenlage und deshalb auch der „Übung des redlichen Verkehrs“ (§ 914 ABGB) diametral.⁹

Ferner ist ein Einwendungsausschluss – entgegen *Wertenbruch*¹⁰ – nicht daraus abzuleiten, dass in den einschlägigen Verträgen beim Freistellungsanspruch auf § 129 UGB Bezug genommen wird. Damit soll mE nichts anderes ausgedrückt werden, als dass sich die Freistellungspflicht auch auf solche Gesellschaftsverbindlichkeiten bezieht, für die der Treuhänder kraft akzessorischer Haftung einzustehen hat. Dass der Treugeber indessen im Verhältnis zum Treuhänder iS einer akzessorischen Haftung gem §§ 128 und 129 UGB auf solche Einwendungen beschränkt sei, die auch die Gesellschaft erheben könnte, lässt sich dieser Klausel wiederum – vorsichtig ausgedrückt – zumindest nicht mit dem von § 863 ABGB geforderten Maß an Sicherheit entnehmen.¹¹

Maßgeblich gegen einen stillschweigend vereinbarten Aufrechnungs- oder Einwendungsausschluss spricht schließlich die Grundregel, dass eine Undeutlichkeit im Vertrag gem § 915 Satz 2 ABGB zulasten des Vertragserrichters und nicht dessen Vertragspartner geht.¹² Errichtet wird der Vertrag nämlich typischerweise vom Treuhänder – oder der mit ihm regelmäßig wirtschaftlich verflochtenen KG –, und zwar in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen, was zum nächsten Einwand überleitet: Selbst die Wirksamkeit eines ausdrücklich vereinbarten Einwendungsausschlusses wäre *sub specie* Klausel- und Inhaltskontrolle (§ 864a und § 879 Abs 3 ABGB) mehr als zweifelhaft, im regelmäßig eröffneten Anwendungsbereich des KSchG insb mit der Wertung von § 6 Abs 1 Z 8 KSchG kaum vereinbar.¹³ Jedenfalls abzulehnen ist es aber *argumento a maiore ad minus*, eine solchermaßen bedenkliche Bestimmung zulasten des schützenswerten Vertragspartners

des AGB-Verwenders im Wege ergänzender Vertragsauslegung „aus dem Hut zu zaubern“.¹⁴

Zusammengefasst ist die Annahme eines stillschweigenden Einwendungsausschlusses abzulehnen. Das zugrunde liegende Sachargument der sog Gleichstellungsthese verfährt auf vertraglicher Ebene deshalb nicht, weil die Vertragsparteien eben nur beabsichtigen, den Treugeber im Innenverhältnis wie einen Kommanditisten zu stellen, der Einwendungsausschluss funktional aber das Außenverhältnis betrifft. Ausgehend von dieser vertraglichen Differenzierung ist zugleich das Argument widerlegt, der Einwendungsausschluss sei überzeugend, weil er zu einem Gleichlauf von Innen- und Außenhaftung führe.¹⁵

Wenn *Klöhn* dem BGH zu Recht vorwirft, er begründe „auf vertragsrechtlicher Grundlage ..., was ihm tatsächlich unter Schutzgesichtspunkten einleuchtet“,¹⁶ ist damit allerdings schon die Brücke zur nächsten Frage geschlagen, nämlich ob ein Einwendungsausschluss nicht unabhängig von der konkreten vertraglichen Gestaltung aus Gläubigerschutzgründen abzuleiten und folgerichtig sogar zwingendes Recht ist. Auch der BGH deutet diesen Weg mit seiner Berufung auf Treu und Glauben möglicherweise an.¹⁷

5.3. Einwendungsausschluss aus Gläubigerschutzgründen?

5.3.1. Methodisches

Will man den Einwendungsausschluss unabhängig von der vertraglichen Ausgestaltung und allein auf Basis von Gläubigerschutzgründen begründen, kommt hierfür – zumindest in Österreich mangels einer § 242 BGB entsprechenden Norm – wohl nur eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung in Betracht. Erforderlich wäre hierfür eine planwidrige Gesetzeslücke, die wiederum den Nachweis voraussetzt, dass das gesetzliche Gläubigerschutzkonzept gerade bei einer Publikums-KG (bzw einer Publikums-GmbH & Co KG), an der Treugeber als Quasi-Treuhandkommanditisten beteiligt sind, planwidrig unzureichend ist.

Bejaht man eine solche Lücke, drängt sich die Frage auf, ob nicht anstelle der funktional vergleichbaren, wirtschaftlichen Außenhaftung des BGH kraft Einwendungsausschlusses überhaupt eine analoge Anwendung von §§ 171 und 172 UGB vorzugswürdig wäre. Andernfalls müsste man begründen, warum es zwar an einer für die unmittelbare Außenhaftung erforderlichen Lücke fehle, der Gläubigerschutz aber immerhin lückenhaft genug sei, um einen Einwendungsausschluss entgegen allgemeinen zessionsrechtlichen Grundlagen zu be-

⁸ Treffend *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen, 158: „Aus vertragsimmanenten Wertungen herzuleiten, dass der Treugeber nicht mit einem gesetzlichen Anspruch aufrechnen kann, der ihm das Recht gibt, sich von dem Vertrag zu lösen, erscheint – vorsichtig ausgedrückt – ein wenig gewagt.“

⁹ Überzeugend *Klimke* in *Häublein/Hoffmann-Theinert*, Beck'scher Online-Kommentar HGB¹⁴, § 128 Rz 90; ebenso *Leupold*, VbR 2016, 158.

¹⁰ *Wertenbruch*, Status und Haftung des Treugebers bei Personengesellschafts-Treuhand, NZG 2013, 285 (286 f).

¹¹ Hinzu kommt, dass § 129 UGB Einwendungen, die in der Person des Gesellschafters begründet sind, gerade nicht ausschließt; so *Menkel*, NZG 2014, 1254.

¹² Pointiert *Zinger*, BB 2014, 461: „Die aus einer unzureichenden Regelung resultierenden Risiken weist der BGH dem Anleger zu und erfreut damit die rechtlich versierten Initiatoren, die es zumindest fahrlässig versäumt haben, ein Aufrechnungsverbot ausdrücklich zu vereinbaren.“

¹³ Vgl schon *S. Schumacher*, Es kommt auf den Einzelfall an, VbR 2016, 163.

¹⁴ *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen, 158 f; *Menkel*, NZG 2014, 1254. Wohl entgegen erstem Anschein dürften diese Argumente in Deutschland gleichermaßen relevant sein: Obwohl gem § 310 Abs 4 BGB eine AGB-Kontrolle für Gesellschaftsverträge nicht vorgesehen ist, befürwortet der BGH nämlich gerade bei der Publikums-KG eine vergleichbare Inhaltskontrolle gem § 242 BGB (BGH 14.4.1975, II ZR 147/73, NJW 1975, 1318; 21.3.1988, II ZR 135/87, NJW 1988, 1903) und subsumiert Treuhandverträge iZm Gesellschaftsbeteiligungen überhaupt gar nicht unter diese Bereichsausnahme (BGH 5.5.2010, III ZR 209/09, NZG 2010, 790); vgl *Basedow* in *MünchKomm BGB*⁷, § 310 Rz 89; näher *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen, 158 f.

¹⁵ So *Schäfer*, Zu Fragen der Treugeberhaftung bei qualifizierten Treuhandbeteiligungen an Publikumpersonengesellschaften, ZHR 177 (2013), 619 (630 f), der freilich selbst zugesteht, dass der Ansatz einer (ergänzenden) Vertragsauslegung zweifelhaft sein mag. Innen- und Außenverhältnis vermengt auch *Schürnbrand*, Publikumpersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, ZGR 2014, 256 (272), der aus der gewollten Gleichstellung im Innenverhältnis folgert, dass der Treugeber notfalls für die Schulden der Gesellschaft wie ein solcher eintreten müsse.

¹⁶ *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen, 156.

¹⁷ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.2.

jahren. Gegen dieses Verständnis spricht, dass bei funktionaler Betrachtung beide Ansätze ähnlichen Gläubigerschutz bewirken, nur dass ein KG-Gläubiger nach der BGH-Lösung den Umweg über den entweder zwangsweise (§ 308 EO) oder freiwillig (§§ 1392 ff ABGB) übertragenen Freistellungsanspruch gehen muss. Sind aber Gläubigerschutzwägungen Hintergrund der BGH-Judikatur, erscheint es doch überraschend, dass den Gläubigern der umständlichere Weg zugemutet wird.

Hinzu kommt, dass den Treugebern nach dem vom BGH befürworteten Konzept auch die einredeweise Geltendmachung von Gegenansprüchen gegenüber dem schädigenden Treuhänder selbst verwehrt wird, was mit Gläubigerschutzwägungen schwer zu erklären ist, insb weil der Treuhänder ohnehin wieder zum Rückersatz verpflichtet werden kann, wenn ihn der Treugeber seinerseits in der Klägerrolle belangt; denn dagegen hegt der BGH – wie gezeigt – keine Bedenken.¹⁸ Gerade dieses Ergebnis, das bezeichnenderweise im offensichtlichen Widerspruch zum Grundsatz „*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*“¹⁹ steht, ist zudem aus prozessökonomischer Sicht abzulehnen.

Vorliegend bedarf es freilich ohnehin keiner „Wahl“ der besser geeigneten Rechtsfortbildung, weil überhaupt kein hinreichendes Bedürfnis nach einer Erweiterung des gesetzlichen Gläubigerschutzkonzepts bei der Beteiligung von Treugebern als Quasi-Kommanditisten besteht.

5.3.2. Registerrechtliches Gläubigerschutzkonzept

Ausgangspunkt der Untersuchung des Gläubigerschutzbedarfs ist, dass die hM in Deutschland eine analoge Anwendung von §§ 171 und 172 dHGB auf den Treuhandkommanditisten – wie mehrfach erwähnt – ablehnt.²⁰ Stellungnahmen zum österreichischen Recht sind selten,²¹ dennoch dürfte der in stRspr geprägte Rechtssatz, wonach der Treuhänder „*allein gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern aus dem Kommanditverhältnis berechtigt und verpflichtet*“ ist,²² kaum anders als idS zu verstehen sein.²³

Dieser Ansicht ist mE zuzustimmen, und zwar auch in jenen Fällen, in denen die Treugeberstellung im Innenverhältnis weitestgehend der eines „echten“ Kommanditisten gleichkommt. Soweit *Kindler* dem die beabsichtigte Einräumung einer „echten“ Gesellschafterstellung nach dem Gesellschaftsvertrag entgegenhält,²⁴ setzt er sich über den erweislichen Willen der Vertragsparteien hinweg, die eine Quasi-Gesellschafterstellung eben nur für das Innenverhältnis beabsichtigen;²⁵ insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.²⁶

Auch das Argument, dass durch die Anerkennung eines Quasi-Kommanditisten im Innenverhältnis eine Art dritte Gruppe von Gesellschaftern geschaffen würde und dies dem

gesellschaftsrechtlichen Typenzwang widerspräche, trifft nicht zu. Der gesellschaftsrechtliche Typenzwang (besser: Rechtsformzwang)²⁷ ist mE nämlich nur insoweit als Prinzip zugunsten des Verkehrsschutzes anzuerkennen, als er abweichende Dispositionen in Bezug auf die rechtliche Struktur im Außenverhältnis verbietet.²⁸ Im Außenverhältnis kommt es aber besonders nach der Grundsatzentscheidung des UGB-Gesetzgebers zugunsten des Systems konstitutiver Firmenbucheintragung²⁹ für die Bestimmung des Gesellschafterkreises von eingetragenen Personengesellschaften allein auf den Firmenbuchstand an. Kommanditist ist nur derjenige, der im Firmenbuch als solcher eingetragen ist. Nur auf dessen Haftung besteht ja auch ein schutzwürdiges Vertrauen des Verkehrs.³⁰ So gesehen führte eine unmittelbare oder wirtschaftliche Außenhaftung des Treugebers zu einem sachlich nicht gerechtfertigten *windfall profit* in Form einer „Verdoppelung“ des den KG-Gläubigern zustehenden Haftungsfonds.³¹ Selbst *Schäfer*, ein maßgebender Befürworter der unmittelbaren Außenhaftung, erachtet dieses Ergebnis für nicht gerechtfertigt. Seine Lösung, wonach die Haftung des Treuhänders nur subsidiär ausgestaltet sein soll, „*solange der Treuhänder nicht Namen und ladungsfähige Anschrift der Treugeber präsentieren kann*“,³² überzeugt jedoch nicht. Erstens findet sie keinerlei Anhaltspunkte im Gesetz, zweitens stellt sie den Gläubiger entgegen dem firmenbuchrechtlicher Publizitätskonzept mitunter sogar schlechter als im gesetzlichen Regelmodell, wenn der Treugeber nämlich über geringere Bonität als der im Firmenbuch eingetragene Treuhänder verfügt.

Die Bedeutung der registerrechtlichen Publizität als Grundpfeiler des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes im österreichischen Recht verkennt schließlich jene Auffassung, die eine Haftung der Treugeberkommanditisten gem § 171 UGB gerade bei den gegenständlichen Fondsgestaltungen fordert, weil die Treugeber andernfalls in unsachlicher Weise besser gestellt würden als jene Anleger, die sich unmittelbar beteiligt hätten.³³ Die Firmenbucheintragung als prinzipielle und konstitutive Grundlage der Außenhaftung des Kommanditisten ist kein unsachliches Abgrenzungskriterium. Damit entpuppt sich zugleich das Gleichstellungsargument des BGH³⁴ als unbewiesene Behauptung: Dass ein im Innenverhältnis weitestgehend als „Gesellschafter“ zu handelnder Treugeber auch im Außenverhältnis – und darum geht es wie gezeigt bei funktionaler Betrachtungsweise beim Einwendungsausschluss³⁵ – nicht besser als ein „echter“ Gesellschafter gestellt werden darf, ist wegen der fehlenden Firmenbucheintragung alles andere als selbstverständlich, sondern bedürfte einer besonderen Begründung.

²⁷ Siehe nur *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 53 und 100.

²⁸ Siehe schon *Gruber*, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001) 139; aA offenbar *Kindler*, Kommanditist, 879; *ders.*, Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter, ZIP 2009, 1146 (1148 f), wobei die von ihm maßgebend herangezogene Entscheidung des BGH vom 27.9.1999, II ZR 371/98, BGHZ 142, 315, eben gerade eine Konstellation betraf, in der das Außenverhältnis einer GesBR modifiziert werden sollte; so auch *Armbrüster*, ZIP 2009, 1889; vgl auch *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht, Rz 100, der einen Typenzwang idS Auffassung *Kindlers* überhaupt verneint.

²⁹ ErlRV 1058 BlgNR 22. GP, 11 f.

³⁰ Dies betonen vorliegend zB *Tebben*, Der Treuhandkommanditist, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010 (2011) 161 (169); *Casper* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 161 Rz 253.

³¹ *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen, 156.

³² *Schäfer*, ZHR 177 (2013), 640 f.

³³ So aber *Pfeifle/Heigl*, Treugeberhaftung, WM 2008, 1485 (1491).

³⁴ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.2.

³⁵ Siehe Pkt IV.5.2.

¹⁸ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.2.

¹⁹ Vgl konkret zB *Menkel*, NZG 2014, 1253 f; allgemein OGH 30.11.1994, 3 Ob 182/94.

²⁰ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt I.2.

²¹ Explizit gegen eine (analoge) Anwendung von § 171 UGB *Leupold*, VbR 2016, 159; allgemein idS auch *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 105 Rz 56.

²² RIS-Justiz RS0010762.

²³ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.4.

²⁴ *Kindler*, Der Kommanditist hinter dem Kommanditisten, in FS K. Schmidt (2009) 871 (874 ff).

²⁵ Zutreffend *Armbrüster*, Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter, ZIP 2009, 1885 (1887).

²⁶ Siehe Pkt IV.5.2.

5.3.3. Interessenlage – Relativität schuldrechtlicher Rechtsverhältnisse

Eine solche Begründung vermag auch eine Abwägung der involvierten Interessen nicht zu liefern. Selbst wenn der betreffende Gläubiger die Treuhandkonstruktion der jeweiligen KG nämlich kennt, vermag dies kein schutzwürdiges Vertrauen, sondern nur eine von der Rechtsordnung nicht geschützte Hoffnung zu begründen, dass ihm der Haftungsfonds der Treugeber mittelbar zugutekommt.³⁶ Dieser Befund ergibt sich schlicht aus der Relativität schuldrechtlicher Beziehungen:³⁷ Es liegt im Wesen der Treuhand, dass der Treuhänder anders als bei der Stellvertretung nicht im Namen des Treugebers handelt und diesen folgerichtig nicht unmittelbar berechtigten und verpflichten kann. Gewissermaßen als Ausgleich hierfür haftet der Treuhänder dem Dritten als dessen unmittelbarer Vertragspartner nach ganz hM mit seinem gesamten Vermögen und nicht etwa nur begrenzt mit dem ihm übergebenen Treugut.³⁸ Gläubiger müssen sich bei der mittelbaren Stellvertretung somit an den indirekten Vertreter halten, mit dem sie kontrahiert haben. Ob ihnen dabei mittelbar die Bonität des Treugebers im Wege einer Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Treuhänder zugutekommt, hängt allein vom Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber ab.

Nichts anderes als die konsequente Fortführung dieser Grundsätze ist es, wenn einem KG-Gläubiger nur, aber immerhin der ihm über das Firmenbuch bekannt gegebene Treuhandkommanditist haftet.³⁹ Warum ausgerechnet hier – anders als bei sonstigen Fällen der offenen Treuhand – das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder ausgeblendet werden soll, damit Gesellschaftsgläubigern unter allen Umständen der Haftungsfonds des Treugebers zugutekommt, bleibt ungeklärt. Die Systemwidrigkeit der hM wird umso deutlicher, als der BGH – wie gesagt – so weit geht, dem Treugeber auch im Prozess gegen den Treuhänder selbst Einwendungen aus deren unmittelbarer Rechtsbeziehung zu verwehren.⁴⁰

Aufbauend auf dieser Erkenntnis erweist sich eines der Hauptargumente im Schrifttum für den Einwendungsausschluss als Trugschluss: Es geht dabei um die Wertungsfrage, ob der Treugeber oder der Gesellschaftsgläubiger das Insolvenzrisiko des Treuhänders zu tragen hat. Wenn der Treugeber dem Freistellungsanspruch des Treuhänders keine Einwendung entgegenhalten, sondern nur nach Inanspruchnahme vom Treuhänder Schadenersatz wegen der Irreführung im weiteren Sinn verlangen kann,⁴¹ weist man nämlich ihm das Insolvenzrisiko zu. *Wertenbruch*⁴² und *Casper*⁴³ hal-

ten dies ohne Weiteres für gerechtfertigt, weil sich der Treugeber den Treuhänder als Vertragspartner ausgesucht hat. Diese auf den ersten Blick so überzeugend anmutende Lösung ignoriert freilich den Umstand, dass sich der KG-Gläubiger den Treuhänder ebenfalls ausgesucht hat, und zwar als denjenigen, der ihm in Höhe seiner Hafteinlage unmittelbar haftet. Zwischen dem Gläubiger und dem Treugeber besteht hingegen überhaupt keine Rechtsbeziehung, was aber Voraussetzung dafür wäre, dass die Frage, wem das Insolvenzrisiko Dritter zuzuweisen ist, überhaupt Maßgeblichkeit erlangt. Vorliegend haben Treugeber und KG-Gläubiger zwei grundsätzlich voneinander losgelöste Rechtsbeziehungen zum Treuhänder, deren wechselseitige Relevanz als Ausnahme vom Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen erst seinerseits einer Begründung bedürfte, bevor über Fragen der Risikoverteilung zwischen diesen beiden Personen nachgedacht werden kann.

Eine derartige Durchbrechung der Relativität von Schuldverhältnissen rechtfertigt auch nicht der Umstand, dass Treugeber durch ihr Stimmrecht über maßgebende Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gesellschaft verfügen.⁴⁴ Unabhängig davon, ob einem Treugebergesellschafter unter dem Gesichtspunkt des Abspaltungsverbots überhaupt sämtliche Stimmrechte eingeräumt werden können,⁴⁵ hat der BGH im berühmten *Rektor-Fall*⁴⁶ nämlich im Personengesellschaftsrecht einen allgemeinen Rechtssatz abgelehnt, wonach Einwirkungsmacht und Außenhaftung zwingend korrelieren.⁴⁷ Das überzeugt, weil andernfalls bei der „Fülle der verschiedenartigen Gestaltungsmöglichkeiten einer Typenvermischung ... eine unheilvolle Rechtsunsicherheit“ entstünde.⁴⁸ Nach der folgerichtig stattdessen gebotenen typisierenden Betrachtungsweise bietet die persönliche Haftung der unmittelbaren Gesellschafter ausreichend Schutz vor gläubigerschädigender Einflussnahme durch Außenstehende. Bei der GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Vollhafter, bei der die „Bremsfunktion“ der unbegrenzten Komplementärhaftung zugegebenermaßen nicht in gleicher Weise eingreift, gilt nach mittlerweile gefestigter Rspr hingegen ohnehin das Verbot der Einlagenrückgewähr analog §§ 82 und 83 GmbHG.⁴⁹

Allenfalls verbleibende Schutzlücken in besonders gelagerten Ausnahmekonstellationen sind nicht durch generalisierende (und damit überschießende) Rechtsfortbildung zu

⁴⁴ AA *Kindler*, Kommanditist, 876.

⁴⁵ Nach hM ist dies wohl zulässig; vgl BGH 5.2.2013, II ZR 134/11, BGHZ 196, 131; wohl auch *Tebben*, Treuhandkommanditist, 167; aA *Kindler*, Kommanditist, 877; *Wertenbruch*, NZG 2013, 286; wohl auch *Wiedemann*, Treuhand an einer Mitgliedschaft, ZIP 2012, 1786 (1789); ausführlich zum Ganzen im österreichischen Recht *Gruber*, Treuhandbeteiligung, 114 ff, insb 159 ff.

⁴⁶ BGH 17.3.1966, II ZR 282/63, BGHZ 45, 204; zustimmend zB *Grunewald* in MünchKomm HGB⁵, § 164 Rz 24; *Häublein* in BeckOK HGB⁵, § 164 Rz 55; vgl für Österreich *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² (2010) § 164 Rz 13; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB² (2016) § 164 Rz 6; *Kammel* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 164 Rz 11.

⁴⁷ Ebenso schon *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I/1 (1977) 244; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften (1970) 271; im gegebenen Kontext *Brömmelmeyer*, Fehlerhafte Treuhand? NZG 2006, 529 (531); *Armbrüster*, ZIP 2009, 1888; *Tebben*, Treuhandkommanditist, 167 f; aA *Kindler*, Kommanditist, 876.

⁴⁸ BGH 17.3.1966, II ZR 282/63.

⁴⁹ OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p, GesRZ 2008, 310 (*Stingl*) = GES 2008, 315 (*Bauer*) = RWZ 2008/72 (*Wenger*) = ÖBA 2009, 60 (*Bollenberger*); 23.2.2016, 6 Ob 171/15p, GesRZ 2016, 281 (*Schörghofer*) = RWZ 2016/28 (*Wenger*); 30.8.2016, 6 Ob 198/15h, NZ 2016/149 (*Brugger*); siehe näher Pkt IV.5.3.4.

³⁶ Vgl *Tebben*, Treuhandkommanditist, 169; *Casper* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 161 Rz 253.

³⁷ Treffend idS *Armbrüster*, ZIP 2009, 1887 f; vgl auch *Casper* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 161 Rz 253.

³⁸ OGH 7.7.1953, 4 Ob 99/53; *Kastner*, Die Treuhandhaftung im österreichischen Recht, JBl 1949, 420 (423); *Eggmeier*, Überlegungen zu einer grundbücherlichen Anmerkung der fiduziarischen Treuhand, WBl 1994, 188 (189); *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB¹⁰², § 1002 Rz 185; vgl auch RIS-Justiz RS0010420; aA noch OGH 19.12.1933, 4 Ob 536/33, JBl 1934, 121 (*Klang*).

³⁹ Vgl *Tebben*, Treuhandkommanditist, 168 f.

⁴⁰ BGH 24.7.2012, II ZR 297/11; 18.10.2012, III ZR 279/11, ZIP 2012, 2246.

⁴¹ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.2.

⁴² *Wertenbruch*, NZG 2013, 288.

⁴³ *Casper* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 161 Rz 255.

bewältigen, sondern allenfalls durch Anwendung der gerade zu diesem Zweck existenten Generalklauseln des Rechtsmissbrauchs (§ 1295 Abs 2 ABGB)⁵⁰ und der Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 879 ABGB).⁵¹ Der BGH hat einen Rechtsmissbrauch bei Installation eines vermögenslosen Komplementärs und faktisch alleiniger Geschäftsführung durch den Kommanditisten im erwähnten *Rektor*-Fall zwar verneint. Soll ein mittelloser Gesellschafter freilich nur zum Zwecke der Haftungsabschottung zugunsten eines oder mehrerer in Wahrheit die Geschäfte führender Treugeber eingesetzt werden, wäre mE gerade bei sehr hohen Haftsummen ein Rechtsmissbrauch nicht ausgeschlossen. Durchaus „verdächtig“ ist es idS, wenn die Freistellungspflicht gem § 1014 ABGB abbedungen wurde; dies indiziert nämlich Strohmameigenschaft des tatsächlichen Gesellschafters, weil eine solche Gestaltung aus seiner Sicht mangels besonderer Rechtfertigung wenig interessengerecht scheint. Es ist daher durchaus erwägenswert, ob ein Verzicht auf den Freistellungsanspruch nicht sogar wegen sittenwidriger Gläubigerschädigung unzulässig wäre.⁵²

In den gegenständlichen Konstellationen sind derartige Anhaltspunkte aber nicht einmal im Ansatz vorhanden, wo der maßgebende *impetus* für die Fondsgestaltung ja gar nicht von den Treugeberanlegern selbst ausgeht und der Freistellungsanspruch sogar explizit vereinbart wurde. Bezeichnenderweise ist die Interessenlage vorliegend umgekehrt sogar so, dass die finanzierende Bank als jene Gläubigerin, die vorwiegend an einer persönlichen Haftung der Treugeber interessiert ist, die rechtliche Struktur der KG von vornherein im Detail kennt und diese mitunter wohl sogar mitgestaltet haben dürfte. In der vom BGH im Urteil vom 18.10.2012, III ZR 279/11, entschiedenen Konstellation war die betroffene Gläubigerin mit der geschäftsführenden Gesellschafterin der KG sogar konzernmäßig verflochten; eine Zuweisung des Täuschungs- und Insolvenzrisikos auf die Anleger im Interesse einer solchen Gläubigerin erscheint in solchen Fällen aus Billigkeitserwägungen geradezu kontraintuitiv.⁵³

Zusammengefasst spricht eine Abwägung der Interessen der Treugeberanleger und der KG-Gläubiger ausgehend von der Relativität schuldrechtlicher Beziehungen gegen einen Einwendungsausschluss, insb sofern dieser zugunsten der fondsfinanzierenden Bank wirken soll. Das gilt umso mehr, als der OGH der realtypischen Ausgestaltung von Beteiligungen, die sich weit vom gesetzlichen Leitbild einer Personengesellschaft entfernen, in der Entscheidung vom 29.6.2009, 9 Ob 68/08b,⁵⁴ im Interesse der Treugeberanleger insofern Rechnung trägt, als er auf deren Rechtsbeziehung allgemeinschuldrechtliche Regeln anwendet.⁵⁵

5.3.4. Innenhaftung gegenüber der KG als ausreichende Rechtsfortbildung

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass gerade für den praktischen Hauptanwendungsfall der Inanspruchnahme der Freistellungsverpflichtung, nämlich der Rückgewähr der Einlage im Wege nicht gewinngedeckter Ausschüttungen (§ 172 Abs 3 UGB), von der Rspr ohnehin bereits eine Rechtsfortbildung des gesetzlichen Gläubigerschutzkonzepts vollzogen wurde: Bei einer GmbH & Co KG ohne natürliche Person als Komplementärin gelte ebenfalls das Verbot der Einlagenrückgewähr gem §§ 82 und 83 GmbHG, sodass fremdübliche Leistungen der KG an Kommanditisten nichtig sind und den Kommanditisten zum Rückersatz der Einlage gegenüber der Gesellschaft verpflichtet.⁵⁶ Da das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 GmbHG nach ganz hM auch für Treugeber eines Geschäftsanteils gilt,⁵⁷ sind konsequenterweise auch Treugeberkommanditisten zum Rückersatz zu Unrecht bezogener Gewinne verpflichtet. Sie können gegen diese Rückersatzpflicht nach jüngster Rspr analog § 63 Abs 3 Satz 2 GmbHG auch nicht mit Ansprüchen aus verbotener Einlagenrückgewähr aufrechnen.⁵⁸

Auch wenn die Grundsatzentscheidung des OGH vom 29.5.2008, 2 Ob 225/07p, von der Lehre mit beachtlichen Argumenten kritisiert wurde,⁵⁹ ist sie mittlerweile vom 6. Senat mehrfach bestätigt worden⁶⁰ und die analoge Anwendung von §§ 82 und 83 GmbHG auf die GmbH & Co KG vernünftigerweise als gegeben hinzunehmen. Für den vorliegenden Problemkreis bewirkt das einen wirksamen Schutz vor der Gefahr, dass die Einlagen der Kommanditisten *causa societatis* an eine Vielzahl von nicht persönlich haftenden Treugebern zurückbezahlt werden, den Gläubigern indessen nur der – in Anbetracht der kumuliert immens hohen Haftsummen – unzureichende Haftungsfonds des Treuhandkommanditisten verbliebe. Dass diesem typisch kapitalgesellschaftsrechtlichen Risiko mit einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft und keiner dem Kapitalgesellschaftsrecht fremden unmittelbaren oder wirtschaftlichen Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern begegnet wird, ist stimmig.⁶¹ Dieses Resultat überzeugt auch deshalb, weil der Treugeber eben – wie mehrfach betont – nur im Innenverhältnis gleich einem „echten“ Kommanditisten behandelt werden will. Für eine darüber hinausgehende unmittelbare oder wirtschaftliche Außenhaftung im Wege einer zweiten Rechtsfortbildung bestehen keine Veranlassung und auch keine Rechtfertigung. Vielmehr würde damit systemwidrigerweise der firmen-

⁵⁶ OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p; 23.2.2016, 6 Ob 171/15p; 30.8.2016, 6 Ob 198/15h.

⁵⁷ Statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 83 Rz 7; *Köppl* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 82 Rz 13; eingehend *Gruber*, Treuhandbeteiligung, 254 ff; vgl zum deutschen Recht ferner BGH 13.4.1992, II ZR 225/91, NJW 1992, 2023.

⁵⁸ OGH 26.4.2016, 6 Ob 72/16f, GesRZ 2016, 343 (*Ettmayer/St. Arnold*).

⁵⁹ Siehe insb *U. Torggler*, Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine neue Gesellschaftsform, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 1; *Koppensteiner*, Haftung der Kommanditisten bei Zuwendungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 13; weiters die Diskussionsbeiträge bei *Trenker* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 77.

⁶⁰ OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p; 30.8.2016, 6 Ob 198/15h.

⁶¹ So auch der Befund zur deutschen Rspr bei *Wiedemann*, ZIP 2012, 1789: „Die Rechtsprechung zu den Personengesellschaften lehnte eine Haftung direkt oder analog §§ 128, 130, 171 ff. HGB gegenüber den Gesellschaftsgläubigern überwiegend ab. Dagegen hält sie eine unmittelbare Inanspruchnahme des Treugebers für offene Einlageforderungen und berechnete Kapitalausschüttungen für zulässig.“

⁵⁰ Konkret *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I², § 164 Rz 13; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB², § 164 Rz 6; vgl auch zu einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf eine im Firmenbuch eingetragene Haftungsbeschränkung OGH 26.6.1984, 4 Ob 543/83; 18.2.1993, 8 Ob 1/93.

⁵¹ Dazu ausführlich zB *Bollenberger*, Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter? JBl 2013, 137 (140 ff).

⁵² *Tebben* (Treuhandkommanditist, 170) hält den Freistellungsanspruch sogar für zwingend, allerdings zum Schutz des Treuhänders vor einem Knebelungsvertrag; idS möglicherweise auch BGH 5.2.2013, II ZR 134/11; aA zB *Casper* in *Staub*, Großkomm HGB⁵, § 161 Rz 254.

⁵³ Zu Recht kritisch *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen, 164; *Zinger*, BB 2014, 462.

⁵⁴ GesRZ 2009, 361 (*Oppitz*).

⁵⁵ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.4.

buchrechtliche Vertrauensschutz als Anker der personengesellschaftsrechtlichen Außenhaftung⁶² ignoriert sowie ohne Not die Relativität schuldrechtlicher Rechtsverhältnisse durchbrochen.

Aus rechtsvergleichender Sicht sei abschließend der Hinweis erlaubt, dass das Kapital einer deutschen GmbH & Co KG zwar ebenfalls vor unzulässigen bzw verdeckten Gewinnausschüttungen geschützt wird. Dort wird jedoch am Kapitalerhaltungsregime der Komplementär-GmbH angesetzt, sodass im Ergebnis lediglich solche Gewinnzahlungen an Kommanditisten (bzw wohl auch Treugeber) verboten sind, aufgrund derer eine Unterbilanz der Komplementär-GmbH erzeugt wird (§§ 30 und 31 dGmbHG).⁶³ Dennoch gebietet dieser Unterschied mE keine andere Beurteilung der Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung des Gläubigerschutzkonzepts für eine Treuhand-Publikums-KG. Die Beschränkung des Kapitalschutzes auf das Stammkapital der GmbH ist lediglich systemkonforme Folge eines im Vergleich zu Österreich weniger strengen Kapitalerhaltungsgrundsatzes im deutschen GmbH-Recht,⁶⁴ nicht einer planwidrigen Gesetzeslücke.

5.4. Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft?

5.4.1. Zusammenhang zum Einwendungsausschluss gegenüber dem Treuhänder

Vermag damit weder der Treuhand- bzw Gesellschaftsvertrag noch eine Rechtsfortbildung im Gläubigerinteresse eine überzeugende Grundlage zu liefern, verbleibt noch die vom BGH indirekt angesprochene Argumentation, wonach der Einwendungsausschluss letztlich nur eine Ausprägung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sei.⁶⁵

Dieser Ansatz beruht auf der bereits oben dargelegten Erkenntnis, dass es die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft einem Gesellschafter verbietet, Mängel seines Beitrittsversprechens gegenüber der Gesellschaft erstens mit der Folge zu relevieren, dass sein Beitritt *ex tunc* für unwirksam erklärt wird.⁶⁶ Zweitens dürfe er seine Einlage nicht unabhängig von der wirtschaftlichen Gebarung der Gesellschaft in der ursprünglich geleisteten Höhe zurückverlangen, und zwar auch nicht auf Basis schadenersatzrechtlicher Ansprüche aus dem Beitritt.⁶⁷ Auf genau jenes – offenbar verpönte – Ergebnis laufe es aber hinaus, wenn ein Treugeber dem Treuhandkommanditisten (Schaden-)Ersatzansprüche entgegenhalten könne, um dadurch seiner Pflicht zur Einlageleistung bzw seiner *qua* Freistellungsvereinbarung mittelbar bestehenden Pflicht zum Rückersatz einer zurückbezahlten Einlage zu ent-

gehen. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gebiete es, dass die Interessen eines Gesellschafters insoweit hinter jenen seiner Mitgesellschafter sowie der Gesellschaftsgläubiger zurückstehen müssen.⁶⁸

Nach dieser Ansicht würden dem Treugeber folgerichtig nicht nur Einwendungen gegen den Freistellungsanspruch, sondern überhaupt die Ausübung seiner Ansprüche aus einem fehlerhaften Beitritt gegenüber dem Treuhänder untersagt. Dem Treugeber würde also nicht nur das Insolvenzrisiko des Treuhänders,⁶⁹ sondern überhaupt das Täuschungsrisiko auch im Verhältnis zum schädigenden Treuhänder (!) aufgebürdet, was freilich nicht mit der Auffassung des BGH in der E II ZR 297/11 übereinstimmt.⁷⁰

5.4.2. Übertragbarkeit der Wertungsgrundlagen auf das Verhältnis Treugeber – Treuhänder?

Der skizzierten Argumentation liegen freilich einige gedankliche Zwischenschritte zugrunde, die keineswegs selbstverständlich, sondern überprüfungsbedürftig sind. Dies wird dadurch erschwert, dass über die genauen Wertungsgrundlagen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nach wie vor kein umfassender Konsens erzielt wurde und folglich einiges umstritten ist: In aller gebotenen Kürze beruht die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nach hM auf der verallgemeinerungsfähigen Wertung von §§ 216 und 218 AktG, dass die rückwirkende Beseitigung eines in Vollzug gesetzten Rechtsträgers⁷¹ unerträgliche Rückabwicklungsschwierigkeiten sowie Gläubigerschutzdefizite hervorrufen würde.⁷² Gerade vorliegend darf freilich nicht vernachlässigt werden, dass diese Wertungsgrundlagen bei unterschiedlichen Gesellschaftsformen sowie der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf andere Strukturänderungen als die Gründung des Rechtsträgers selbst in abgestufter Intensität verwirklicht sind.⁷³

Die Qualifikation des vom BGH befürworteten Einwendungsausschlusses im Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhandkommanditist als Ausprägung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft setzt nämlich erstens voraus, dass diese überhaupt auf einen Beitritt von Gesellschaftern übertragbar ist. Das ist zwar weitestgehend unbestritten;⁷⁴ ebenso unbestreitbar ist aber der Umstand, dass die herausgearbeiteten Wertungsgrundlagen insoweit nur eingeschränkt gegeben sind, als durch die rückwirkende Unwirksamklärung eines einzelnen Beitritts nicht die Existenz des Rechtsträgers in Frage gestellt würde. Folglich relativieren sich die konsta-

⁶² Aus diesem Grund ist es nicht überzeugend, wenn *Kindler* (Kommanditist, 888) und *Schäfer* (ZHR 177 [2013], 637 f) aus der Rspr zur Innenhaftung des Treugebers im GmbH-Recht Rückschlüsse auf eine Außenhaftung im Personengesellschaftsrecht ziehen wollen.

⁶³ BGH 19.2.1990, II ZR 268/88, NJW 1990, 1725; 22.10.1990, II ZR 238/89, NJW 1991, 1057; 27.3.1995, II ZR 30/94, NJW 1995, 1960.

⁶⁴ Siehe nur RIS-Justiz RS0105518; vgl auch bereits ErlRV 236 BlgHH 17. Sess, 89.

⁶⁵ BGH 24.7.2012, II ZR 297/11; ebenso *Tebben*, Treuhandkommanditist, 175 ff; *Menkel*, NZG 2014, 1256 ff; schon zuvor *Brömmelmeyer*, NZG 2006, 532 f.

⁶⁶ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.1.

⁶⁷ Siehe zB *Gruber*, Kapitalmarktinformationshaftung der Aktiengesellschaft und Kapitalerhaltungsgrundsatz (Teil II), JBl 2007, 90 (91 ff); *Eckert*, Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und aktienrechtliche Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 88 (92); *U. Torggler*, Emittentenhaftung: Roma locuta und alle Fragen offen, Anmerkung zu 7 Ob 77/10i, ecolex 2011, 1121 (1122); *Trenker*, Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche in der Insolvenz der emittierenden AG, ÖBA 2013, 187; vgl konkret *Menkel*, NZG 2014, 1256.

⁶⁸ Vgl *Tebben*, Treuhandkommanditist, 175 f.

⁶⁹ Siehe Pkt IV.5.3.3.

⁷⁰ Siehe im Teil I dieses Beitrags Pkt IV.2.

⁷¹ Die Anwendung auf die nicht rechtsfähige (Außen-)GesBR ist umstritten; dagegen zB *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht, Rz 101 iVm Rz 418 ff; aA zur GesBR *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 52; zur Nichtanwendbarkeit auf bloße Innengesellschaften siehe sogleich.

⁷² OGH 18.9.1991, 1 Ob 685/90; *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in FS Straube (2009) 113 (126); *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I¹, § 105 Rz 90; ausführlich *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband (2002) 71 und 120.

⁷³ Vgl *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht, Rz 144 f.

⁷⁴ *Schäfer*, Lehre, 302 ff, insb 321; *G. H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² (2006) Rz 231; *Westermann*, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei Anlagegesellschaften des Personengesellschaftsrechts, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008 (2009) 145 (149); *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht, Rz 174; vgl auch die prominente EuGH-Entscheidung vom 15.4.2010, Rs C-215/08, E. *Friz*.

tierten Rückabwicklungsschwierigkeiten im Innenverhältnis erheblich, weil weder Zuordnungsprobleme des Vermögens bestehen noch verschiedenartige Beschlüsse mit nachträglicher Unwirksamkeitsanordnung bedroht sind.⁷⁵ Die Rechtfertigung für die Lehre vom fehlerhaften Beitritt wird allerdings zu Recht im Gläubigerschutz gesehen, weil andernfalls der Kapitalgesellschaft ihr zwingend aufzubringendes Kapital zugunsten eines Eigenkapitalgebers entzogen würde,⁷⁶ bei der Personengesellschaft den Gläubigern überhaupt Gesellschafter als unmittelbare Haftungsadressaten verloren gingen.⁷⁷

Wird die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft somit zu Recht auch auf einen fehlerhaften Beitritt angewendet, äußert sich das abgeschwächte Verkehrsschutzbedürfnis schon darin, dass der Bestandschutz der einzelnen Mitgliedschaft nach hM vorrangigen Schutzinteressen der beteiligten Gesellschafter weichen müsse.⁷⁸ Dies wird bei Geschäftsunfähigkeit eindeutig,⁷⁹ bei vollmachtloser Vertretung beim Beitrittsgeschäft zumindest überwiegend bejaht,⁸⁰ während die neuere Lehre eine Arglistanfechtung mit Wirkung *ex tunc* eher ablehnt.⁸¹ Ferner wird noch auf den von der Rspr befürworteten Vorrang kapitalmarktrechtlicher Schadenersatzansprüche einzugehen sein. Schließlich wird die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beim Beitritt von der hA in Österreich insofern eingeschränkt, als ein fehlerhaft Beigetretener trotz § 130 UGB nicht für Gesellschaftsschulden haftet, die vor seinem Eintritt begründet wurden.⁸²

Ausgehend vom abgeschwächten, primär gläubigerorientierten Bestandschutzbedürfnis bei der Lehre vom fehlerhaften Beitritt stößt der zweite Schritt, nämlich die Ausdehnung auf Treugeber einer Publikums-KG, bereits auf größere Schwierigkeiten. Denn der Treugeber haftet den Gläubigern nach der gesetzlichen Konzeption von vornherein nicht und hierfür besteht – wie gezeigt – auch kein durchschlagendes Schutzbedürfnis.⁸³ Dennoch bejaht der BGH die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf Treuhandgesellschaften insofern, als sie gegenüber der Gesellschaft keine Wurzelmängel ihres Beitritts mit der Folge geltend machen können, dass sie ihre Einlage unabhängig von der wirtschaftlichen Gebarung der Gesellschaft zurückerlangen.⁸⁴ Konsequenterweise wäre es dem Treugeber auch verwehrt, seine Einlage wegen eines Mangels beim Beitrittsversprechen ge-

genüber der Gesellschaft zu verweigern.⁸⁵ In solchen Fällen ist die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gerade bei einer Publikums-KG ohne natürliche Person als Vollhafterin ausgehend vom – allerdings seinerseits umstrittenen – vergleichbaren Gläubigerschutzbedürfnis solcher verdeckter wie bei echten Kapitalgesellschaften⁸⁶ zumindest noch nachvollziehbar. Andernfalls könnten der Gesellschaft im Ergebnis ihre Einlagen durch nachträgliche Austritte mit Wirkung *ex tunc* entzogen werden, ohne dass die persönliche Haftung des Treuhänders bei einer Publikums-KG mit zahllosen Treugebern dafür äquivalenten Ersatz bieten würde.

Die dritte Erweiterung, nämlich die Ausweitung auch auf das Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhandkommanditisten, ist ausgehend vom ursprünglichen *telos* indessen nicht mehr überzeugend zu rechtfertigen. Die Auffassung von *Menkel* und *Tebben* läuft darauf hinaus, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht nur – wie vom BGH judiziert – für Ansprüche des Treugebers gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber dem Treuhänder gelten soll. Warum einem Nicht-Gesellschafter, dessen Einlageversprechen ohnehin durch die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Verhältnis zur Gesellschaft sowie durch die analoge Anwendung von §§ 82 und 83 GmbHG⁸⁷ gesichert ist, auch noch die Möglichkeit entzogen werden soll, den mit ihm nur schuldrechtlich verbundenen unmittelbaren Schädiger bzw Irreführenden in Anspruch zu nehmen, ist aber schlicht unerfindlich.

Die Gefahr, dass der Haftungsfonds des Treuhänders als Kommanditist aufgrund der Ansprüche der Treugeberanleger aufgezehrt wird, ist aufgrund dieser Absicherung der Einlage aus Gläubigersicht erstens vernachlässigbar. Zweitens besteht – wie gezeigt – kein hinreichender Grund, warum ausgerechnet in diesem Fall die Haftungsverhältnisse des allgemeinen Treuhandrechts im Gläubigerinteresse durchbrochen werden sollten.⁸⁸ Auch unerträgliche Rückabwicklungsschwierigkeiten im Innenverhältnis bestehen nicht, wenn ein Treugeber seinem Treuhänder schadenersatz- bzw bereicherungsrechtliche Ansprüche aus dem Beitrittsversprechen entgegenhält. Schließlich ist zu bedenken, dass selbst demjenigen, der in den einschlägigen Konstruktionen die Option wählt, sich unmittelbar als Kommanditist zu beteiligen, unstreitig Schadenersatzansprüche gegen einen ihn irreführenden Treuhänder zustünden.⁸⁹ Es kommt wohl nicht von ungefähr, dass der BGH somit entgegen den Grundsätzen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft davon ausgeht, dass der Treugeber mit einer eigenständigen Klage sehr wohl seine Ansprüche gegen den Treuhänder verfolgen kann.⁹⁰

⁷⁵ Diese Aspekte sind richtigerweise die tragfähigen Grundlagen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft aus Sicht des Innenverhältnisses, wie *Schäfer* (Lehre, 79 ff) eindrucksvoll herausgearbeitet hat.

⁷⁶ Vgl § 82 GmbHG.

⁷⁷ *Schäfer*, Lehre, 302 ff, insb 321; *Rüffler*, Haftung, 126; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht, Rz 174.

⁷⁸ OGH 24.10.2000, 4 Ob 233/00v; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005) 75; *G. H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht², Rz 226 und 229; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/202.

⁷⁹ Statt vieler *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 19; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 3 Rz 14 f.

⁸⁰ ZB *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I¹, § 105 Rz 94; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 3 Rz 11.

⁸¹ OGH 16.9.1993, 8 Ob 12/93; *G. H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht², Rz 226; *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I¹, § 105 Rz 93; ausführlich zum Meinungsstand *Told*, Prospekthaftung versus Kapitalerhaltung bei Kapital- und Personengesellschaften, GesRZ 2011, 346 (352).

⁸² *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I¹, § 130 Rz 4; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I¹, § 130 Rz 13; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/515.

⁸³ Siehe Pkt IV.5.3.

⁸⁴ BGH 2.7.2001, II ZR 304/00, BGHZ 148, 201; *Schweizer* in *Gummert/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II¹ (2014) § 96 Rz 72.

⁸⁵ Damit sich diese Fragen überhaupt stellen können, müssen dem Treugeber freilich aufgrund seiner Stellung im Innenverhältnis als Quasi-Gesellschafter unmittelbare Rechte und Pflichten gegen die KG zustehen; bejahend BGH 11.10.2011, II ZR 242/09, ZIP 2011, 2299; OLG Naumburg 12.6.2013, 12 U 48/13, BeckRS 2013, 22621.

⁸⁶ Siehe Pkt IV.5.3.4.

⁸⁷ Siehe Pkt IV.5.3.4.

⁸⁸ Siehe Pkt IV.5.3.2. und IV.5.3.3.

⁸⁹ Es ist anerkannt, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft Schadenersatzansprüche gegen Initiatoren der Gesellschaft, die Gründungsgesellschafter und diejenigen, die sonst für die Fehlerhaftigkeit des Gesellschafterbeitritts verantwortlich sind, nicht ausschließt; vgl BGH 19.7.2004, II ZR 354/02, DStR 2004, 1799; *Wertbruch* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I³ (2014) § 105 Rz 264.

⁹⁰ BGH 24.7.2012, II ZR 297/11.

Als letztes Argument für die Befürworter der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bleibt allerdings noch das Bestehen einer Risikogemeinschaft unter den Treugeberanlegern, das in Frage gestellt würde, wenn einzelne Treugeber zulasten der übrigen Investoren Ersatz erhielten.⁹¹ Tatsächlich berufen sich im gegebenen Kontext *Menkel* auf das Anlegerrisiko,⁹² *Tebben* ferner darauf, die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft solle ein „Windhundrennen“ unter den getäuschten Anlegern verhindern.⁹³ Diese Ansicht geht wiederum auf die Rspr des BGH zurück, mit der er die Grundsätze der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch für die (typische) stille Gesellschaft fruchtbar macht.⁹⁴ Letzteres zeigt allerdings, welch uferlose Ergebnisse diese Begründung provoziert; folgerichtig müsste nämlich nicht nur stillen Gesellschaftern, sondern wohl auch „echten“ Fremdkapitalgebern, zumindest wenn sie partiarisch beteiligt sind (zB Gewinnschuldverschreibungen), eine rückwirkende Anfechtung ihrer Investition bzw eine schadenersatzrechtliche Entschädigung verwehrt sein.⁹⁵ Die Grenzen zwischen schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen würden vollends verwischt.⁹⁶ Richtigerweise bildet das Bestehen einer Risikogemeinschaft für sich allein betrachtet daher mE keine tragfähige Grundlage für die mit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft einhergehenden Rechtsfolgen. Dementsprechend halten Teile der neueren Lehre die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft richtigerweise bei Innengesellschaften nicht für anwendbar.⁹⁷ Auch dem OGH genügt es – anders als dem BGH – nicht, dass eine „*typische stille Gesellschaft als auf Dauer angelegte Gesellschaft eine echte Risikogemeinschaft*“ darstelle, um damit eine Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zu rechtfertigen.⁹⁸ Wenn er hiervon wiederum für atypisch stille Gesellschaften eine Ausnahme macht,⁹⁹ wird dies von Teilen des Schrifttums mit Recht abgelehnt.¹⁰⁰

All dies gilt auch (oder besser: erst recht) für das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder,¹⁰¹ mag die Treuhandbeteiligung auch als Publikumsmodell ausgestaltet sein. Dafür spricht nicht zuletzt die Auffassung des OGH in der E 9 Ob 68/08b, worin er – wie gezeigt – im Interesse der Anleger die schuldrechtliche gegenüber der gesellschaftsrechtlichen Komponente ihrer Beteiligungen in den Vordergrund rückt.¹⁰² Selbst wenn zwischen den einzelnen Treugeberanlegern eine GesBR anzunehmen wäre,¹⁰³ handelt es sich dabei wiederum um eine bloße Innengesellschaft, die nach dem Gesagten keinen besonderen Bestandschutz rechtfertigt.

Allenfalls verbleibende Restzweifel daran, ob die Vermeidung eines „Windhundrennens“ nicht doch als Rechtfertigung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dienen kann, sind mE spätestens seit jener Judikatur beseitigt, die aus der Wertung von § 11 KMG ableitet, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft Ersatzansprüchen geschädigter Anlegergesellschaften auf kapitalmarktrechtlicher Grundlage entgegensteht.¹⁰⁴ Denn gerade bei diesen Anspruchsgrundlagen ist typischerweise eine Vielzahl von geschädigten Anlegern zu vergewärtigen, die miteinander in Konkurrenz treten.

Zusammengefasst rechtfertigen weder besondere Rückabwicklungsschwierigkeiten noch Gläubigerschutzwägungen eine Anwendung der Grundsätze der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf das Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber.¹⁰⁵ Es ist nicht einzusehen, dass dem Treugeber das Täuschungsrisiko gegenüber dem täuschenden Treuhänder aufgebürdet wird, wenn der Verkehr ohnehin über entsprechende Ansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Treugeber als Quasi-Gesellschafter geschützt ist.

5.4.3. Einschränkung der Lehre vom fehlerhaften Beitritt für gewisse Ansprüche

Selbst wenn man einer Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhandkommanditisten das Wort reden wollte, kann damit nach der soeben referierten Judikatur jedenfalls kein Ausschluss solcher Ansprüche gerechtfertigt werden, die aus der Verletzung kapitalmarktrechtlicher Verhaltensnormen resultieren.¹⁰⁶ Denn diese Ansprüche gehen nach Auffassung des Höchstgerichts sogar der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bzw den Kapitalaufbringungs- bzw -erhaltungsregeln im Verhältnis eines „echten“ Aktionärs zu einer AG vor.¹⁰⁷

⁹¹ Vgl nur OGH 24.10.2000, 4 Ob 233/00v: „Es würde zu unerträglichen Ergebnissen führen, eine derart auf Dauer angelegte und tatsächlich vollzogene Leistungsgemeinschaft, für die die Beteiligten Beiträge erbracht und Werte geschaffen, die Gewinnchancen genutzt und vor allem gemeinschaftlich das Risiko getragen haben, ohne weiteres mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben zu streichen und damit so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte.“

⁹² *Menkel*, NZG 2014, 1256 f.

⁹³ *Tebben*, Treuhandkommanditist, 175 f, unter Berufung auf *Westermann*, Lehre, 150 und 166 f.

⁹⁴ Grundlegend BGH 29.6.1970, II ZR 158/69, BGHZ 55, 5, mit einer Begründung, die sich der OGH in der Entscheidung vom 24.10.2000, 4 Ob 233/00v, fast wörtlich zu eigen macht.

⁹⁵ Vgl wie hier *Ulmer/Schäfer* in MünchKomm BGB⁶, § 705 Rz 359. Berechtigt mag – im Insolvenzfall – eine nachrangige Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Beitrittsversprechen solcher Gläubiger sein, die nachrangiges Kapital iSd BWG zeichnen; so OGH 18.4.2002, 8 Ob 296/01i.

⁹⁶ Treffend die Wortmeldung von *Schäfer* in *Hecker*, Bericht über die Diskussion des Referats *Tebben*, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010 (2011) 181 (182 f): „Durch die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft würde das Treuhandverhältnis aufgrund einer ergebnisorientierten Perspektive faktisch wie ein Mitgliedschaftsverhältnis behandelt.“

⁹⁷ *Flume*, Allgemeiner Teil I/1, 26 f; *Schäfer*, Lehre, 143 ff; *Ulmer/Schäfer* in MünchKomm BGB⁶, § 705 Rz 359; *Schöne* in *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online-Kommentar BGB⁴⁰, § 705 Rz 162; für Österreich ebenso *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht, Rz 101 iVm Rz 418 ff, der generell nur rechtsfähige Gesellschaften einbezieht.

⁹⁸ OGH 24.10.2000, 4 Ob 233/00v.

⁹⁹ OGH 16.9.1993, 8 Ob 12/93.

¹⁰⁰ *U. Torggler/Straube* in *Straube*, HGB I³ (2003) § 178 Rz 7; *Ulmer/Schäfer* in MünchKomm BGB⁶, § 705 Rz 359; siehe auch *Trenker* in *U. Torggler*, UGB², § 179 Rz 9 („zweifelhaft“).

¹⁰¹ Auf die Parallele von stiller Gesellschaft und Treuhand in diesem Kontext weist schon *Tebben* (Treuhandkommanditist, 175 f) hin.

¹⁰² Siehe im ersten Teil dieses Beitrags Pkt IV.4.

¹⁰³ Vgl konkret nur *Westermann*, Lehre, 165.

¹⁰⁴ OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i, GesRZ 2011, 251 (*Diregger*); 15.3.2012, 6 Ob 28/12d, GesRZ 2012, 253 (*Schuhmacher*); ebenso BGH 21.3.2005, II ZR 140/03, NZG 2005, 472; aA noch OGH 21.12.1995, 8 Ob 7/95. Da der OGH den vielen kritischen Stellungnahmen im Schrifttum (Nachweise bei *Trenker*, ÖBA 2013, 188 FN 10) bewusst entgegengetreten ist, ist eine Judikaturwende nicht zu erwarten und es ist folglich vernünftigerweise von der Richtigkeit dieser Ansicht auszugehen; siehe näher Pkt IV.5.4.3.

¹⁰⁵ Explizit so bereits *Armbrüster*, Haftung des Treugebers für Gesellschaftsschulden bei fehlerhaftem Fondsbeitritt, NJW 2009, 2167 (2169); siehe auch die Wortmeldungen von *K. Schmidt* und *Schäfer* in *Hecker* Bericht, 182 f; ebenso noch *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (2000) 246.

¹⁰⁶ OGH 15.3.2012, 6 Ob 28/12d.

¹⁰⁷ Siehe Pkt IV.5.4.2.

Fraglich ist, wieweit diese Bereichsausnahme gezogen wird. Der OGH hat die Durchbrechung der Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt bislang für Prospekthaftungsansprüche gem § 11 KMG¹⁰⁸ sowie Schadenersatzansprüche wegen Marktmanipulation (§ 48a BörseG) und Verletzung der Verpflichtung zur *Ad-hoc*-Publizität gem § 48d BörseG¹⁰⁹ bejaht. All diese Normen würden nämlich die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck bringen, dass der geschädigte Gesellschafter im Anwendungsbereich dieser Bestimmungen eher als Drittgläubiger denn als Verbandsmitglied behandelt wird.¹¹⁰

Woraus er diesen Befund ableitet, wird allerdings nicht näher erklärt. Rückschlüsse darauf, wie weit die damit begonnene Erosion der Lehre vom fehlerhaften Beitritt geht, sind daher schwierig. Insb stellt sich die Frage, ob und warum die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zwar nicht der Prospekthaftung, jedoch einem Schadenersatzanspruch wegen *culpa in contrahendo*, der ursprünglichen Grundlage der Prospekthaftung, sowie einer Vertragsanfechtung wegen Irrtums oder zumindest wegen Arglist entgegenstehen soll. Von Teilen des Schrifttums wird ein solches Ergebnis als wertungswidersprüchlich charakterisiert (freilich mit der Konsequenz, dass die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch gegenüber der Prospekthaftung prävaliere).¹¹¹ *Told* sieht das Differenzierungsmerkmal darin, dass bei Arglist, Irrtum und *culpa in contrahendo* typischerweise ein konkreter persönlicher Kontakt zum Vertragspartner bestehe, während es bei der Prospekthaftung um einen institutionalisierten Vertrauensschutz gehe, wobei das Funktionieren des Kapitalmarkts in den Vordergrund gerückt werde.¹¹² Auch wenn man dementsprechend Schadenersatzansprüchen aus dem Beitritt gegenüber der Gesellschaft weiterhin ausschließen will, wenn sie auf einer nicht kapitalmarktrechtlichen Anspruchsgrundlage im weiteren Sinn beruhen, ist nicht zu bestreiten, dass die Überzeugungskraft der Lehre vom fehlerhaften Beitritt durch diese Judikatur zunehmend Risse erfahren hat. Nicht extensive Ausdehnung, sondern zurückhaltende Anwendung ist daher geboten, was ein weiteres Argument gegen deren Übertragbarkeit auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber ist.

5.5. Fazit

Für einen Einwendungsausschluss iSd Judikatur des BGH bestehen keine hinreichenden Sachgründe. Die vertragliche Gleichstellung des Treugebers mit einem Kommanditisten bloß im Innenverhältnis spricht gegen einen solchen, zumal gerade die Haftungsfrage bei funktionaler Betrachtung einen Aspekt des Außenverhältnisses betrifft. Ferner erzeugt die treuhändige Beteiligung als Quasi-Gesellschafter keine planwidrige Lücke des Gläubigerschutzkonzepts, die eine Rechtsfortbildung rechtfertigen würde. Auch die

Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist auf das Rechtsverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder nicht anwendbar. Die Wertungsgrundlagen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sind auf das zweipersonale Verhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber nicht übertragbar, nicht zuletzt deshalb, weil es an einem registerrechtlich geschützten Vertrauen des Verkehrs fehlt, den Haftungsfonds des Treugebers ausschöpfen zu können. Die Risikogemeinschaft zwischen den Anlegern bietet von vornherein keine taugliche Grundlage für die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Der Treugeber kann seiner Freistellungsverpflichtung folglich alle Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zum Treuhänder entgegenhalten, egal, ob dieser selbst oder ein KG-Gläubiger den Freistellungsanspruch geltend macht.

V. Resümee

Der Freistellungsanspruch eines Treuhandkommanditisten gegenüber seinem Treugeber bietet eine attraktive und effektive Möglichkeit für Gesellschaftsgläubiger, Befriedigung ihrer Forderungen gegen die KG zu erlangen. Der Umstand, dass der Freistellungsanspruch mithin den Haftungsfonds der KG-Gläubiger zu erweitern vermag, darf aber nicht dazu verleiten, dessen Grundlage zu vergessen, nämlich das Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber. Die praktische Verwendung des Freistellungsanspruchs als Rechtsbehelf zum Gläubigerschutz gebietet daher nach dem Grundsatz der Relativität schuldrechtlicher Beziehungen keine Modifikation dieses Rechtsverhältnisses in der Form, dass der Treugeber gehindert wäre, Gegenansprüche aus seinem „Beitritt“ zur Publikums-KG als Treugeberkommanditist gegen diese Freistellungsverpflichtung einzuwenden. Anderes ergibt sich auch nicht aus der vertraglichen Abrede, den Treugeber im Innenverhältnis wie einen Kommanditisten zu behandeln. Denn daraus lässt sich nur ableiten, dass der Treugeber der Gesellschaft gegenüber wie ein Gesellschafter verpflichtet ist, was mittelbar – gerade aufgrund der analogen Anwendung von §§ 82 und 83 GmbHG auf die GmbH & Co KG – ohnehin den Gläubigern zugutekommen kann. Für eine darüber hinausgehende wirtschaftliche (Einwendungsausschluss iSd BGH-Judikatur) oder echte (§§ 171 und 172 UGB) Außenhaftung des Treugebers gegenüber den KG-Gläubiger bleibt daneben kein Platz.

Die kraft Akzessorietät vorgegebene Abhängigkeit der Haftung des Treuhänders vom Rechtsverhältnis des Gläubigers zur KG erstreckt sich im Ergebnis auch auf die Freistellungsverpflichtung des Treugebers. Jegliche Nachsicht gegenüber der Gesellschaft gilt daher zwingend für die Freistellungspflicht des Treugebers. Ein Vorbehalt der unveränderten Haftung der Gesellschafter bzw Treugeber ist rechtlich unmöglich, was gem § 878 Satz 2 ABGB zur Folge hat, dass nach dem hypothetischen Parteiwillen zu ermitteln ist, ob die Nachsicht entweder auch den Gesellschaftern zugutekommen oder gänzlich entfallen soll. Auslegungsschwierigkeiten im Einzelfall sind vorprogrammiert – Judikatur des OGH zu den vorliegenden Problemkreisen bleibt mit großer Spannung zu erwarten.

¹⁰⁸ OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i; RIS-Justiz RS0126930.

¹⁰⁹ OGH 15.3.2012, 6 Ob 28/12d.

¹¹⁰ Diese Begründung geht maßgeblich auf *Rüffler* (Haftung, 121 ff) zurück.

¹¹¹ *Gruber*, Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73 (82);

Karollus, Nochmals: Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, ZFR 2010, 50 (54 f); *Krejci*, Anlegerschutz des Aktionärs, Kapitalerhaltung und fehlerhafte AG, GesRZ 2011, 193 (194 f).

¹¹² *Told*, GesRZ 2011, 352 f.