

Geschlossene Fonds: Einwendungslose Außenhaftung des Treugeberkommanditisten¹

Ass.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker, Innsbruck

Übersicht:

I. Problemaufriss	142
A. Ausgangssachverhalt	142
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	143
II. Inanspruchnahme des Freistellungsanspruchs durch KG-Gläubiger	146
A. Grundlage und Rechtsnatur des Freistellungsanspruchs	146
B. Umwandlung des Freistellungs- in einen Zahlungsanspruch durch Abtretung	147
C. Freistellungsanspruch hinsichtlich betagter/bedingter Ansprüche?	148
D. Abtretungsverbot des Freistellungsanspruchs?	149
E. Keine Subsidiarität der Freistellungspflicht gegenüber Gesellschaftshaftung	150
III. Akzessorietät der Freistellungspflicht zur Gesellschaftsschuld (§ 129 UGB)	151
A. Grundsatz	151
B. Schulderrlass/Stundung ausschließlich gegenüber der Gesellschaft	152
C. Versprechen „nicht ernsthafter Einforderung“	153
1. Auslegung der „Stillhaltevereinbarung“	153
2. Restgültigkeit oder Wegfall der Stillhaltevereinbarung (§ 878 Satz 2 ABGB)?	156
IV. Einwendung des Treugebers gegen den Treuhänder	157
A. Problemaufriss	157
B. BGH: „Wirtschaftliche Außenhaftung“ qua Einwendungsausschluss	158
C. Rezeption der Lehre	160
D. Stand der österreichischen Judikatur	162
E. Stellungnahme	164
1. Gang der folgenden Untersuchung	164
2. Konkludenter Einwendungsausschluss kraft (ergänzender) Vertragsauslegung?	164
3. Einwendungsausschluss aus Gläubigerschutzgründen	167
a. Methodisches	167
b. Registerrechtliches Gläubigerschutzkonzept	167
c. Interessenlage – Relativität schuldrechtlicher Beziehungen	169
d. Innenhaftung gegenüber der KG als ausreichende Rechtsfortbildung	172

¹ Die vorliegenden Ausführungen entsprechen mit einigen Aktualisierungen im Wesentlichen dem auf einer Anfrage aus der Praxis beruhenden Beitrag *Trenker, (Außen-)Haftung des Treugeberkommanditisten*, GesRZ 2017, 32 und 95. Auf Einzelverweise auf diesen Beitrag wird verzichtet.

4. Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	174
a. Zusammenhang zum Einwendungsausschluss	174
b. Übertragbarkeit der Wertungsgrundlagen auf Verhältnis Treugeber – Treuhänder	175
c. Einschränkung der Lehre vom fehlerhaften Beitritt für gewisse Ansprüche	180
d. Fazit	181
V. Resümee	181

I. Problemaufriss

A. Ausgangssachverhalt

Geschlossene Immobilienfonds machten in den letzten Jahren immer wieder Schlagzeilen in der Wirtschafts(rechts)presse. Geradezu berühmt-berüchtigt geworden sind die sogenannten Schiffsfonds und zumindest in Österreich auch „Holland“-Fonds.² 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 (auch „kupierte Publikums-KG“³).⁴ 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 (vgl § 152 Abs 1 Satz 2, 3 dKAGB).⁵ Insbesondere gilt dies hinsichtlich der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, am Gewinn und Verlust, dem Anspruch auf ein allfälliges Auseinandersetzungsguthaben oder einen Liquidationserlös; auch zur Ausübung des Stimmrechts sind die Treugeber befugt. Diese vertragliche Ausgestaltung basiert auf „zwei Säulen“:⁶ Einerseits einem Gesellschaftsvertrag, in dem die Möglichkeit einer treuhänderischen Beteiligung explizit berücksichtigt wird, andererseits einem Treuhandvertrag. Man bezeichnet den Treugeber bei dieser Verzahnung von Treuhand und Gesellschaft treffend auch als „Quasi-Kommanditisten“ oder „Quasi-Gesellschafter“.⁷

² Zu deren wirtschaftlicher Funktionsweise s *Eckert/Cohen*, in diesem Band auf S 113 (114).

³ OGH 9 Ob 68/08b GesRZ 2009, 361 (*Oppitz*); *Krenzel*, Treuhand an Kommanditanteilen (1991) 25 ff; *Tebben*, Der Treuhandkommanditist, in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010 (2011), 161 (162).

⁴ 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. Geschlossene Fonds: Wiederaufleben der Außenhaftung, VbR 2016, 163.

⁵ Siehe nur die Sachverhaltsdarstellungen in BGH II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706; III ZR 150/11 NJW 2013, 862; III ZR 297/11 ZIP 2012, 2246.

⁶ So *Kindler*, Der Kommanditist hinter dem Kommanditisten – Zur Treugeberhaftung in der Insolvenz der Publikums-GmbH & Co KG, in *Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer* (Hrsg), FS Karsten Schmidt (2009) 871 (872 f).

⁷ Statt vieler BGH II ZR 242/09 ZIP 2011, 2299; *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen bei Publikumspersonengesellschaften – Das Aufrechnungsverbot nach BGHZ 189, 45 und BGH NZG 2012, 1024, in VGR, Gesellschaftsrecht in Diskussion 2012 (2013) 143 (145); *Schiirnbrand*,

Obwohl solche Treuhand-KGen schon seit längerer Zeit eine verbreitete Ausprägung einer Publikums-KG sind,⁸ 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).⁹ Wird ihm die Einlage zurückbezahlt, lebt seine Haftung gem § 172 Abs 3 UGB im Ausmaß der Rückgewähr wieder auf.¹⁰ Als eine solche Einlagenrückgewähr ist es gem § 172 Abs 3 Satz 2 UGB anzusehen, wenn dem Kommanditisten Gewinne zurückbezahlt werden, obwohl tatsächlich keine solchen erwirtschaftet wurden.¹¹ Letzteres ist bei den nunmehr krisengebeutelten Schiff- und Hollandfonds – entsprechend den Gesellschaftsverträgen sogar planmäßig – geschehen,¹² 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.

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Soweit bloße „Scheingewinne“ ausbezahlt wurden, was im Folgenden als richtig unterstellt wird, 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).¹³ Bei der „Treuhandvariante“ ist hingegen prinzipiell allein der Treu-

Publikumpersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, ZGR 2014, 256 (259) je mwN.

⁸ Vgl dazu zB OGH 8 Ob 522/91 GesRZ 1991, 164; 8 Ob 19/91 RdW 1992, 11; RIS-Justiz RS0010762; *Krenzel*, Treuhand an Kommanditanteilen (1991) *passim*; *Gruber*, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001) 77 ff; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), Kommentar zum UGB Bd I² (2010) § 161 Rz 64 ff, insb Rz 71; *Eckert* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB² (2016) § 161 Rz 32 f; aus Deutschland ausf zu den Motiven, Vorteilen und Gefahren der PublikumsKG *Horbach* in *Gummert/Weipert* (Hrsg), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd 2⁴ (2014) § 61 Rz 1 ff; zur historischen Entwicklung instruktiv zB *Wiedemann*, Treuhand an einer Mitgliedschaft – Gedanken zur Einzel- und Sammeltreuhand im Personengesellschaftsrecht, ZIP 2012, 1786 mwN.

⁹ Statt aller *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/839 ff, 2/850; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 1323.

¹⁰ RIS-Justiz RS0061943, zB OGH 8 Ob 16/94 SZ 68/28.

¹¹ Näher *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (19. Lfg; 2009) § 172 Rz 9.

¹² Für Österreich s nur *D. Holzinger*, Keine Ausnahme von der Regel. Geschlossene Fonds: Außenhaftung des Treugebers, VbR 2016, 162; *S. Schumacher*, VbR 2016, 163; *Oppitz*, Treuhandbeteiligungen an geschlossenen Fonds – aktuelle Rechtsfragen, GesRZ 2017, 137 (138).

¹³ Konkret *Eckert/Cohen*, oben 113 (117) allgemein *Koppensteiner/Auer* in *WK-UGB* § 172 Rz 10; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1346. Im Vergleich zum deutschen Recht ist seit dem HaRÄG zu beachten, dass die der Gewinnausschüttung zugrundeliegende Bilanz nicht in gutem Glauben aufgestellt worden sein muss (s ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 47).

handkommanditist Adressat der Haftung gem § 172 Abs 3 UGB.¹⁴ Eine unmittelbare Außenhaftung des Treugebers in Analogie zu § 172 Abs 3 UGB hat der BGH¹⁵ indes mehrfach explizit ausgeschlossen, was mit wenigen Ausnahmen¹⁶ auch in der Lehre auf Zustimmung stößt.¹⁷ Auch die vom OGH in stRsp vertretene „Trennungsthese“ legt ein solches Ergebnis nahe (ausf unten IV.D.).

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 Treugeber-Anlegers durch KG-Gläubiger denkbar, nämlich wenn dem Gläubiger (oder dem Insolvenzverwalter) dieser Anspruch vom Treuhandkommanditisten abgetreten wird. Tatsächlich lag dem OGH in 1 Ob 246/15f⁸ dieser Sachverhalt zugrunde und hat er eine Haftung des Treugeber-Anlegers gegenüber der Finanzierungsbank als KG-Gläubigerin bejaht. Tritt der Treuhänder den Freistellungsanspruch nicht freiwillig ab, könnte der KG-Gläubiger diesen exekutiv pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen (§§ 294, 308 EO).¹⁹

Der Weg über den Freistellungsanspruch wirft jedoch äußerst schwierige Fragen auf: Abgesehen davon, dass der jüngst sogar als „unbekanntes Wesen“²⁰ bezeichnete

¹⁴ ZB Stöber, Die Haftung der Anleger notleidender Immobilienfonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft, NZG 2011, 738 (739).

¹⁵ BGH XI ZR 468/07 BGHZ 178, 271; III ZR 90/08, NZG 2009, 380; XI ZR 148/08 ZIP 2009, 1266; II ZR 271/08 EWiR 2011, 387 (Wertenbruch); II ZR 216/09 EWiR 2011, 567 (Gehling); II ZR 211/09 ZIP 2012, 1231; vgl auch bereits II ZR 250/78, BGHZ 76, 127.

¹⁶ Insbesondere Kindler in FS K. Schmidt 871 (874 ff); ders, Der Gesellschafter hinter dem Kommanditisten – Zur Treugeberhaftung in der Personengesellschaft, ZIP 2009, 1146; ferner Pfeifle/Heigl, WM 2008, 1485 (1489 ff); nunmehr auch Schäfer, Zu Fragen der Treugeberhaftung bei qualifizierten Treuhandbeteiligungen an Publikumspersonengesellschaften, ZHR 177 (2013) 619 (634 ff); wN bei 625 FN 25 f) (s dagegen noch dens in Großkomm HGB III³ [2009] § 105 Rz 103); ebenso für Österreich Eckert/Cohen, oben 113 (126 ff).

¹⁷ Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften (2001) 420; ders, Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter – zur Treugeberhaftung in der Personengesellschaft, ZIP 2009, 1885; ders, Haftung des Treugebers für Gesellschaftsschulden bei fehlerhaftem Fondsbeitritt, NJW 2009, 2167 f; Brömmelmeyer, Die Haftung der Treugeber bei der mehrgliedrigen Treuhand an Beteiligungen, NZG 2006, 529 (531 f); K.-R. Wagner, Keine Haftung mittelbar Beteiligter, NZG 2009, 213 ff; Tebben in VGR 2010, 161 (166 ff); Gottschalk, Anleger können für Liquidationsverluste ihrer Fonds haften, NZG 2012, 461 (463); Stöber, NZG 2011, 738 (739); K. Schmidt in K. Schmidt (Hrsg) Münchener Kommentar zum HGB III³ (2012) Vor § 230 Rz 60; Wertenbruch, Status und Haftung des Treugebers bei Personengesellschafts-Treuhand, NZG 2013, 285 (287 ff); Schürmbrand, ZGR 2014, 256 (272 f); Zinger, Die Haftung des Treugebers bei der Treuhand an Personengesellschaftsanteilen, BB 2014, 458 (459); Henze/Notz in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg), Handelsgesetzbuch I³ (2014) Anhang nach § 177a Anhang B Rz 164 je mwN; Casper in Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg), Staub Handelsgesetzbuch Großkomm IV⁵ (2015) § 161 Rz 253 uvm.

¹⁸ VbR 2016/105 (Leupold).

¹⁹ Gruber, Treuhandbeteiligung 88.

²⁰ So G. Kodek, Der schadenersatzrechtliche Befreiungsanspruch – das unbekanntes Wesen, Zak 2015, 204.

Freistellungsanspruch bislang in Österreich wenig erforscht ist,²¹ 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 jüngst dementsprechend die Frage, welche Auswirkung die Zusage eines Gesellschaftsgläubigers gegenüber der KG, diese für einen gewissen Zeitraum nicht ernsthaft in Anspruch zu nehmen, auf die Treugeberhaftung hat (dazu III.). Zum anderen belangt der Gläubiger den Treugeber-Anleger auf Grundlage des auf ihn übertragenen Befreiungsanspruchs des Treuhänders. Der Treugeber wird daher mitunter versuchen, sich mit Einwendungen aus seiner Rechtsbeziehung zum Treuhandkommanditisten zu verteidigen. Solche Einwendungen/Gegenansprüche sind gerade bei den „pathologischen“ Fonds auf Basis zahlreicher Rechtsgrundlagen denkbar – die Palette reicht von Prospekthaftung kraft § 11 KMG oder allgemein-zivilrechtlicher Vertrauenshaftung bzw. *culpa in contrahendo*, Arglist- und Irrtumsanfechtung bis 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 Wenn der Anleger solche Ansprüche – ihre Existenz vorausgesetzt²⁴ – dem Treuhänder nach allgemeinen Grundsätzen entgegenhalten könnte, müsste er dies aufgrund des zessionsrechtlichen „Schlechterstellungsverbots“ (§§ 1394, 1396 ABGB bzw §§ 404, 406 BGB) auch dem KG-Gläubiger gegenüber tun können. Dennoch verneint der BGH die Zulässigkeit derartiger Einwendungen in mittlererweile stRsp (unten IV.).²⁵

Ist der Untersuchungsgegenstand sohin ohnehin schon äußerst weit, gilt es *in praxi* noch eine zentrale international-privatrechtliche Facette zu beachten: Es handelt sich bei den betroffenen Fondsgesellschaften um deutsche Gesellschaften und auch die einschlägigen Vertragsmuster sehen dem Vernehmen nach die Anwendung deutschen Rechts vor. Dennoch ist wegen Art 6 ROM-I-VO und der im Anschluss an die EuGH-Entscheidung *VKI/Amazon*²⁶ bestehenden Zweifel an der Wirksamkeit dieser Rechtswahl in den vorliegenden Konstellationen eine Anwendung österreichischen Rechts auf österreichische Treugeber, selbst bei gültiger Rechtswahl aber der zwingenden Schutzvorschriften Österreichs (Art 6 Abs 2 Satz 2 ROM-I-VO) keineswegs von vornherein auszuschließen. Als Vorfrage hierzu ist freilich zu klären, ob

²¹ Siehe allerdings insb *Oberhofer*, Die entstandene Ersatzverpflichtung als Schadensbild, ÖJZ 1995, 180, sowie jüngst *Ramharter*, Anlegerschaden: Klagebegehren bei komplexen Finanzprodukten, VbR 2015, 64; *G. Kodek*, Zak 2015, 204.

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

²³ OGH 3 Ob 112/15i ÖBA 2016, 207 (*Klausberger/Lenz*); s auch OLG Wien 34 R 125/15z; vgl aber auch die letztlich abweisenden E OGH 5 Ob 133/15t VbR 2016, 122 (*Kolba*); 6 Ob 193/15y ÖBA 2016, 289.

²⁴ Ausf und sehr kritisch zum Bestehen solcher Ansprüche gegenüber dem Treuhänder jüngst *Oppitz*, GesRZ 2017, 137 (140 ff).

²⁵ BGH II ZR 271/08 EWiR 2011, 387 (*Wertenbruch*); II ZR 224/08 BB 2011, 1807; II ZR 216/09 EWiR 2011, 567 (*Gehling*); II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706; III ZR 150/11 NJW 2013, 862.

²⁶ EuGH 28. 7. 2016, C-191/15, VbR 2016/97.

die ROM-I-VO überhaupt anzuwenden oder – wie dies etwa *Oppitz*²⁷ jüngst vertritt – aufgrund der „engen inhaltlichen Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag“ die Bereichsausnahme des Art 1 Abs 2 lit f ROM-I-VO greift. Die Erörterung der damit zusammenhängenden Fragen würde jedoch erstens den Rahmen sprengen und wurde zweitens bereits im Aufsatz von *Eckert/Cohen*²⁸ vorgenommen, weshalb sich der vorliegende Beitrag auf die Untersuchung des Ausgangssachverhalts unter Geltung österreichischen Sachrechts beschränkt. Freilich ist dafür eine (kritische) Auseinandersetzung mit deutscher Judikatur und Lehre unerlässlich. Die wesentlichen Gesichtspunkte sind – mit einigen Abweichungen, die selbstverständlich gesondert erwähnt werden – vor dem Hintergrund einer fast identischen Gesetzeslage ohnehin dieselben.

II. Inanspruchnahme des Freistellungsanspruchs durch KG-Gläubiger

A. 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-Reformgesetz (BGBl I 2014/83) wurde diese Norm für die GesBR in § 1203 Abs 3 ABGB fast wortgleich übernommen.²⁹ Aus der Rsp ist insbesondere 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.³⁰

Letzteres ist auch die gesetzliche Grundlage für einen Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten gegenüber seinem Treugeber.³¹ § 1014 letzter Satz ABGB ist zwar grundsätzlich dispositiv (s allerdings noch unten IV.E.3.c. bei Fn 191),³² ein Freistellungsanspruch in den einschlägigen Vertragsmustern aber wie gesagt (I.B.)

²⁷ Treuhandbeteiligungen an geschlossenen Fonds – aktuelle Rechtsfragen, *GesRZ* 2017, 137 (138, 149).

²⁸ Oben 113 (121 ff).

²⁹ ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 20.

³⁰ OGH 1 Ob 1062/29 SZ 11/239; 8 Ob 721/89 SZ 63/92; 2 Ob 52/00m EvBl 2000/157; 6 Ob 167/13x ÖBA 2015, 63; RIS-Justiz RS0113252: zum Kommissionsgeschäft; aus der Literatur zB *P. Bydlinski* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁴ (2014) § 1014 Rz 3; *Trenker* in *Petsche/Lager* (Hrsg), Handbuch Vertriebsrecht (2017) 5. Kommissionär und Kommissionsagent Rz 25.

³¹ IdS OGH 1 Ob 246/15f VbR 2016, 156 (insoweit zust *Leupold*); *Gruber*, Treuhandbeteiligung 87 ff; *Holzinger*, VbR 2016, 162; BGH III ZR 209/09 NZG 2010, 790.

³² *F. Bydlinski*, Die Risikohaftung des Auftraggebers (1996) 96; *Strasser* in *Rummel*, ABGB I³ (2000) §§ 1014, 1015 Rz 8; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (Stand 1. 6. 2015, rdb.at) § 1014 Rz 1.

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*.³³ 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 tilgenden Schuld direkt befriedigen, mit ihm aber auch eine private Schuldübernahme vereinbaren oder ihn – theoretisch – zu einem Verzicht auf seine Forderung überreden.³⁴ Die Exekution ist folgerichtig nach den Regeln über die Durchsetzung einer vertretbaren Handlung (§ 353 EO) vorzunehmen.

B. Umwandlung des Freistellungs- 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.³⁵ 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. Insbesondere erlangt der Freistellungsberechtigte (Treuhandkommanditist) einen Zahlungsanspruch, wenn er seinen Gläubiger (KG-Gläubiger) selbst befriedigt.³⁶ 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).³⁷ Auch bei der Zession des Freistellungsanspruchs entledigt sich der Befreiungsberechtigte zumindest vorübergehend seiner Verbindlichkeit: Unabhängig davon, ob die Zession

³³ Oberhofer, ÖJZ 1995, 180 (182); G. Kodek, Zak 2015, 204 (205); grundlegend zum deutschen Recht Gerhardt, Der Befreiungsanspruch. Zugleich ein Beitrag zum arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch (1966) 10 ff.

³⁴ OGH 6 Ob 167/13x ÖBA 2015, 63; Oberhofer, ÖJZ 1995, 180 (181); zum deutschen Recht zB BGH VIII ZR 302/82 NJW 1984, 2151; Krüger in Sacker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB II⁷ (2016) § 257 Rz 4; C. Bittner in Staudinger, BGB (2014) § 257 Rz 7; Lorenz in Bamberger/Roth (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB (40. Edition; Stand: 1. 1. 2015) § 257 Rz 4.

³⁵ RG VII 186/08 RGZ 70, 257; BGH I ZR 34/53 NJW 1954, 795; II ZR 19/76 NJW 1978, 1314; III ZR 209/09 NZG 2010, 790; Gerhardt, Befreiungsanspruch 78 ff; Wertenbruch, NZG 2013, 285 (286) mwN; für Österreich: Leupold, VbR 2016, 158 (Anm); implizit auch OGH 1 Ob 246/15f.

³⁶ Dies gilt, wie sich der Wertung der §§ 1042, 1422 ABGB entnehmen lässt, unabhängig von den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (ausf Oberhofer, ÖJZ 1995, 180 [182]; zum deutschen Recht zB Krüger in MüKoBGB II⁷ § 257 Rz 5; C. Bittner in Staudinger, BGB § 257 Rz 8, 21).

³⁷ So Oberhofer, ÖJZ 1995, 180 (182); G. Kodek, Zak 2015, 204 (206).

an Zahlungs/Erfüllungs statt oder – praktisch naheliegender – zahlungs-/erfüllungshalber vollzogen wurde,³⁸ muss sich der Gläubiger nunmehr primär an den Freistellungsschuldner halten.³⁹ 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.⁴⁰

C. Freistellungsanspruch hinsichtlich betagter/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 (Aufwands-)Ersatzansprüche tritt zumindest nach hA in Deutschland ebenfalls schon mit dem Entstehen der Drittverbindlichkeit ein, unabhängig davon, ob diese selbst schon fällig ist.⁴¹ Bei vertraglichen Befreiungsansprüchen ist der Fälligkeitszeitpunkt hingegen im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln.⁴² Nach hA zu § 1014 ABGB soll wiederum jedenfalls zusätzlich die entsprechende Geltendmachung/Einmahnung erforderlich sein.⁴³ Unabhängig davon, ob man diesen Rechtsätzen in jeder Hinsicht folgt und insbesondere die sofortige Fälligkeit von (gesetzlichen) Freistellungsansprüchen auch im österreichischen Recht überzeugt,⁴⁴ kann sich somit die Frage stellen, ob ein Freistellungsschuldner tatsächlich bereits vor Fälligkeitseintritt der Verbindlichkeit leisten muss.

§ 257 Satz 2 BGB (s auch § 738 Abs 1 3. Satz; § 775 Abs 2 BGB) 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, 4. EVHGB und nunmehr § 137 Abs 3 Satz 2 UGB sowie § 1203 Abs 3 ABGB

³⁸ Siehe konkret *Stöber*, NZG 2011, 738 (740).

³⁹ RIS-Justiz RS0032742, zB OGH 6 Ob 15/75 JBl 1975, 603; 7 Ob 13/09a; *Koziol* in KBB⁴ § 1414 Rz 4; *Stabentheiner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1414 Rz 8 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).

⁴⁰ Tatsächlich wird der Treugeber als *debitor cessus* entgegen erstem 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.

⁴¹ *Krüger* in MüKoBGB II⁷ § 257 Rz 8; *Lorenz* in BeckOK BGB⁴⁰ § 257 Rz 2; *C. Bittner* in *Staudinger*, BGB § 257 Rz 19; zum konkreten Problemkreis ebenso *Klimke* in *Häublein/Hoffmann-Theinert* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar HGB (14. Edition; Stand: 1. 8. 2016) § 105 Rz 84.

⁴² BGH VIII ZR 302/82 NJW 1984, 2151; *Krüger* in MüKoBGB II⁷ § 257 Rz 8; *C. Bittner* in *Staudinger*, BGB § 257 Rz 25.

⁴³ OLG Graz 3 R 290/83 MietSlg 35.122; *P. Bydlinki* in KBB⁴ § 1014 Rz 3 mwN.

⁴⁴ So für Schadenersatzansprüche *Oberhofer*, ÖJZ 1995, 180; vgl auch *Strasser* in *Rummel*^F §§ 1014, 1015 Rz 7.

⁴⁵ *Krüger* in MüKoBGB II⁷ § 257 Rz 15.

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*,⁴⁶ die Bestimmung sei als Spezialnorm gerade nicht analogiefähig, 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 GesBR-Reformgesetz 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 „Zufalls-geschenk“. Die Sicherstellungspflicht vor Fälligkeit hat den Zweck, den Freistellungsberechtigten (Treuhandskommanditist) vom Risiko der plötzlichen Inanspruchnahme zum Fälligkeitstermin entlasten.⁴⁸ Mit der Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Gläubiger entfällt dieses Schutzbedürfnis jedoch. Dasselbe gilt für eine aus § 1014 ABGB abgeleitete Vorschusspflicht des Treugebers.⁴⁹ Auch über den Umweg der Zession einer Vorschusspflicht des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer kann der Drittgläubiger keinen Zahlungsanspruch vor Fälligkeit erlangen. Eine derartige sachlich nicht gerechtfertigte Besserstellung des Drittgläubigers übersteigt den Zweck der Vorschusspflicht, die Auftragsdurchführung für den Auftragnehmer vermögensneutral zu gestalten.⁵⁰ Es ist aufgrund dieser Zwecksetzung, dem spezifischen Schutz gerade des Auftragnehmers, zweifelhaft, ob eine isolierte Zession dieses Anspruchs an den Drittgläubiger überhaupt zulässig ist. Jedenfalls hat die Zession interessengerechterweise aber unter dem Vorbehalt zu stehen, dass der Dritte nicht besser gestellt wird, indem er plötzlich vor Fälligkeit Leistung verlangen kann.

D. Abtretungsverbot des Freistellungsanspruchs?

In der mehrfach erwähnten E 1 Ob 246/15f sah sich der 1. Senat 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 Treuhands ab. Der OGH befand diesen Einwand „mangels jeglicher substanzieller Argumentation“ für haltlos.

⁴⁶ ÖJZ 1995, 180 (182), der im Ergebnis ohnehin zu demselben Ergebnis gelangt.

⁴⁷ Auch *Ramharter* (VbR 2015, 64 [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 2015/25, 178.

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

⁴⁹ *Eckert/Cohen*, oben 113 (133).

⁵⁰ Insoweit zutr. *Eckert/Cohen* oben 113 (131) mwN.

Ein vereinbartes Zessionsverbot stünde einer Inanspruchnahme des Treugebers durch einen KG-Gläubiger in der Tat entgegen, weil ein nicht zwischen zwei Unternehmen ausgehandeltes Zessionsverbot richtigerweise absolut wirkt.⁵¹ Das ergibt sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte von § 364c ABGB anlässlich der 3. Teilnovelle⁵² als auch jener von § 1396a ABGB.⁵³ Jedoch kann ein solches Verbot keineswegs mit solch hinreichender Deutlichkeit aus einer Verschwiegenheitspflicht der Treuhänder 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.⁵⁴

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 sich selbst dem Gläubiger als allein Passivlegitimierter gegenüberstellt. Der Regelfall ist dies aber nicht, insbesondere wenn sich ein Treuhänder andernfalls einer erheblichen Gefahr der eigenen Zahlungsunfähigkeit aussetzen würde, wie dies bei großen Publikums-KGen der Fall ist. Der Entscheidung 1 Ob 246/15f ist daher zuzustimmen.⁵⁵

E. 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 beglichene Gesellschaftsschuld verlangen.⁵⁶ Im Innenverhältnis ist die Haftung des Gesellschafters in diesem Sinne subsidiär gegenüber jener der Gesellschaft. Von Teilen des Schrifttums wird es folglich befürwortet, dass sich auch ein Treuhänder-

⁵¹ Thöni in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang³ (2011) § 1393 ABGB Rz 84ff; *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1396a ABGB Rz 1; implizit auch OGH 9 Ob 34/12h ÖBA 2013, 196 (*Apathy*) = EvBl 2013/74, 508 (*Jurgutyte*); abw möglicherweise OGH 6 Ob 113/06w MietSlg 58.181; 3 Ob 68/06f; nicht eindeutig *Neumayr* in KBB⁴ § 1396 Rz 1 f, 5.

§ 1396a ABGB gilt überdies zumindest nach seinem Wortlaut nur für Geldforderungen, bei der Freistellungsverpflichtung handelt es sich aber um einen sonstigen Leistungsanspruch (oben II.A.).

⁵² Bericht der Kommission für Justizgegenstände des HH, 78 Blg 21. Sess 1912 (HHB) 44.

⁵³ ErläutRV 861 BlgNR 4, wonach „[i]n anderen privatrechtlichen Bereichen [...] kein Bedarf für eine Regelung zur Einschränkung von Zessionsverboten zu bestehen [scheint]“.

⁵⁴ OGH 9 Ob 34/12h ÖBA 2013, 196 (*Apathy*) = EvBl 2013/74, 508 (*Jurgutyte*), wenngleich die Abtretung an einem nicht dem Bankgeheimnis unterliegenden Dritten gesetzwidrig und daher nichtig (§ 879 ABGB) sein könnte; idS auch zu anderen gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten OGH 10 Ob 91/00f SZ 73/144: Rechtsanwalt; 2 Ob 231/02p SZ 2002/129: Wirtschaftstreuhänder; RIS-Justiz RS0114272.

⁵⁵ Ebenso bereits BGH III ZR 209/09 NZG 2010, 790; *Tebben* in VGR 2010, 161 (171 f); *Stöber*, NZG 2011, 738 (740).

⁵⁶ Statt vieler OGH 1 Ob 520, 521/92 SZ 65/21; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/552 ff; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 128 Rz 18; näher *Zeising*, Das fiduziarische Treuhänderverhältnis in Personen-Publikumsgesellschaften, DZWIR 2016, 301 (309 f).

Kommanditist vorrangig an die KG halten müsse, bevor er den Freistellungsanspruch des Treugebers überhaupt geltend machen kann.⁵⁷

Sofern eine solche Vorgehensweise jedoch nicht zwischen Treuhänder und Treugeber vereinbart wurde,⁵⁸ 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.⁵⁹ 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;⁶⁰ damit entspricht die mangelnde Subsidiarität des Freistellungsanspruchs dem Vertragsziel, den Treugeber im Innenverhältnis wie einen Kommanditisten zu stellen. Dass den Treuhänder dagegen eine Interessenwahrungspflicht in dem Sinn treffen soll, dass er zunächst alle Regressaussichten ausschöpft,⁶¹ ist vor diesem Hintergrund einer „Quasi-Gesellschafterstellung“ des Treugebers nicht überzeugend. Es gibt mit *Zeising*⁶² 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 entgegengehalten werden.

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

A. 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 §§ 128f 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 wirkt etwa ein Schulderrlass, 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 Gesellschafter.⁶³

⁵⁷ Dafür *Rutschmann*, Treuhänder in GbR-/OHG-Publikumsgesellschaften – Zur Außenhaftungsfreistellung und ihrer Verjährung, DStR 2010, 555 (557); *Wagner*, Aktuelle Fragen und Probleme bei Publikumpersonengesellschaften, NZG 2012, 58 (60); ebenso bereits *Beuthien*, Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1974, 26 (48).

⁵⁸ *Zeising*, DZWIR 2016, 301 (311).

⁵⁹ Ausf *Zeising*, DZWIR 2016, 301 (309 ff).

⁶⁰ Bei Quasi-Kommanditisten ergibt sich der Ersatzanspruch des Treugebers gegen die Gesellschaft mE schon aus der (ergänzenden) Vertragsauslegung (idS BGH II ZR 403/13 NZG 2015, 1353; *Strohn*, ZInsO 2013, 12 [14]).

⁶¹ So bereits *Beuthien*, ZGR 1974, 26 (48); *Rutschmann*, DStR 2010, 555 (557).

⁶² DZWIR 2016, 301 (311).

⁶³ *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 129 Rz 3; *Koppensteiner/Auer* in WK-UGB (16. Lfg; 2009) § 129 Rz 4; *Duursma/Duursma-Keplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 735.

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 entgegen halten.⁶⁴

B. Schulderrlass/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 Gesellschafter vorgenommen werden kann.⁶⁵ In gleicher Weise ist folgerichtig ein dahingehendes Moratorium zu beurteilen, dass zunächst/primär die Gesellschafter in Anspruch genommen werden müssen.⁶⁶ Die vom OGH in 6 Ob 667/80⁶⁷ im Anschluss an ältere Auffassungen⁶⁸ implizit anerkannte Möglichkeit des Gläubigers, mit einer nach Treu und Glauben hinreichenden Deutlichkeit erkennen zu lassen, dass er den Schulderrlass nur gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Gesellschaftern gewähren wollte, ist hingegen überholt. Die Anerkennung derartiger Gestaltungen ohne Zustimmung⁶⁹ des betroffenen Gesellschafters würde erstens nichts anderes als die Billigung eines Vertrags zulasten Dritter bedeuten.⁷⁰ Zweitens läuft eine solche Vereinbarung auf eine akzessorische Haftung der Gesellschafter für eine nicht mehr existente Schuld hinaus, weshalb darin dogmatisch richtigerweise sogar ein rechtlich unmöglicher Vertrag iSd § 878 ABGB erblickt wird.⁷¹

⁶⁴ BGH II ZR 242/09 ZIP 2011, 2299; LG Frankfurt a.M. 2-21 O 240/15 ZIP 2016, 1584; K.-R. Wagner, Keine Haftung mittelbar Beteiligter, Zum Rückgriffsanspruch gegen mittelbar beteiligte Kapitalanleger, NZG 2009, 733 (736); Wertenbruch, NZG 2013, 285 (287); im Ergebnis ebenso Zeising, DZWIR 2016, 301 (312 f): § 129 HGB analog.

⁶⁵ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht Bd II: Personengesellschaften⁴ (1993) 216; *Koppensteiner/Auer* in WK-UGB § 129 Rz 6; *Schauer* in *Kalls/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/543; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I⁵ § 129 Rz 19; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 129 Rz 3; aus Deutschland: BGH II ZR 220/65 BGHZ 47, 376; *K. Schmidt* in MüKo HGB II⁴ (2016) § 128 Rz 17, § 129 Rz 16; *Habersack* in Großkomm HGB⁵ § 128 Rz 21; *Hillmann* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I³ § 128 Rz 19 je mwN.

⁶⁶ Richtig *Klimke* in BeckOK HGB¹⁴ § 128 Rz 37; wohl aA *M. Roth* in *Baumbach/Hopt* (Hrsg), HGB³⁷ (2016) § 129 Rz 3; *Emmerich* in *Heymann* (Hrsg), Handelsgesetzbuch II (1989) § 128 Rz 8.

⁶⁷ HS 10.393.

⁶⁸ Siehe insb noch RG II 412/27 JW 1928, 2612; s ferner die Nw bei *Emmerich* in *Heymann*, HGB II § 128 Rz 7.

⁶⁹ Bei Zustimmung des Gesellschafters ist eine derartige Gestaltung im Ergebnis möglich (so schon BGH II ZR 220/65 BGHZ 47, 376; III ZR 76/72 WM 1975, 974), bereitet aber gewisse konstruktive Schwierigkeiten; s dazu zB *Habersack* in Großkomm HGB III⁵ § 128 Rz 21.

⁷⁰ *Klimke* in BeckOK HGB¹⁴ § 128 Rz 37; vgl auch BGH II ZR 220/65 BGHZ 47, 376.

⁷¹ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1: Die Personengesellschaft³ (1977) § 16 II 2b, 292 f; *K. Schmidt* in MüKo HGB II⁴ § 128 Rz 17; *Koppensteiner/Auer* in WK-UGB § 128 Rz 6; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB² § 129 Rz 3; *Habersack* in Großkomm HGB⁵ § 128 Rz 21; *Haas* in *Röhrich/von Westphalen/Haas* (Hrsg), Handelsgesetzbuch Kommentar⁴ (2014) § 128 Rz 7; *Klimke* in BeckOK HGB¹⁴ § 128 Rz 37.

Nach § 878 ABGB ist dementsprechend zu klären, ob eine Vereinbarung, die nach dem erkennbaren Willen des Gläubigers nur zugunsten der Gesellschaft, nicht aber ihrer Gesellschafter wirken soll, teilnichtig oder sogar zur Gänze unwirksam ist.⁷² Ersteres hätte zur Konsequenz, dass sich auch die 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.⁷³

Gemäß § 878 Satz 2 ABGB ist indessen grundsätzlich von Teilgültigkeit auszugehen, „wenn anders aus dem Verträge nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgeondert werden könne.“ Richtigerweise ist das dahingehend zu verstehen, dass primär der hypothetische Parteiwille maßgebend ist, im Zweifel aber lediglich Teilnichtigkeit anzunehmen ist.⁷⁴ 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 Vertrags ist daher für Österreich nur dann zuzustimmen, wenn nach dem hypothetischen Willen der Vertragsparteien im konkreten Fall eine Nachsicht gegenüber der Gesellschaft lediglich unter der Bedingung vereinbart worden wäre, dass die Gesellschafter weiterhin in Anspruch genommen werden können, ansonsten jedoch von jeder Nachsicht abgesehen worden wäre.⁷⁵

C. Versprechen „nicht ernsthafter Einforderung“

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 Treugeber-Anlegern.

Konkret hatte das LG Frankfurt a.M. jüngst den Einwand eines beklagten Anlegers zu prüfen, dass der klagende Gläubiger der KG zugesichert hat, seine Forderung

⁷² AA BGH II ZR 220/65 BGHZ 47, 376, der dies aus dem Vorliegen eines gemeinsamen Irrtums ableiten will.

⁷³ BGH II ZR 220/65 BGHZ 47, 376; *Habersack* in Großkomm HGB⁵ § 128 Rz 21; *K. Schmidt* in MüKo HGB II⁴ § 128 Rz 17; *Emmerich* in *Heymann*, HGB II § 128 Rz 7; *Koppensteiner/Auer* in WK-UGB § 128 Rz 6; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 129 Rz 16.

⁷⁴ OGH 6 Ob 328/64; 3 Ob 562/95 SZ 68/161; 2 Ob 236/08g; RIS-Justiz RS0087391, wobei im Rechtsatz ein entscheidendes „nicht“ fehlt (s Beisatz T 2); *Eilmansberger*, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen, JBl 2009, 337 (342 f); *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 878 Rz 9 f; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 878 Rz 14 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at); *Bollenberger* in KBB⁴ § 878 Rz 5.

⁷⁵ Insoweit zutr *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 129 Rz 20.

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 zu Gute käme, sodass es die Klage gegen den Anleger abwies.⁷⁶ 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 abgegeben wurde, liegt es auf den ersten Blick tatsächlich nahe, darin die Begründung eines Leistungsverweigerungsrechts der Gesellschaft zu erblicken,⁷⁷ sei es im Wege einer Stundung oder eines zeitweiligen *pactum de non petendo*.⁷⁸ Allerdings halten die Vertragsverfasser offenbar bisweilen 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 stRsp meint, fällige Verbindlichkeiten könnten „bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nur außer Betracht [bleiben], sofern sie mindestens rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen – gestundet sind“.⁷⁹ Man könnte dies als eine rein „insolvenzrechtliche Stundung“ bezeichnen, die kein Leistungsverweigerungsrecht begründet. Folgt man dem,⁸⁰ kann der Sanierungszweck erreicht werden, ohne dass der Gesellschaft ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt wird. Das Ergebnis wäre, dass dem Treugeber mangels Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft von vornherein keine Einwendung zustehen kann.

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass eine solche „unverbindliche insolvenzrechtliche Stundung“ tatsächlich stets dem Willen der Parteien entspricht, sondern bleibt eine Auslegung im Einzelfall 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 14 U 9/16 wegen der insolvenzrechtlichen Zwecksetzung bloß

⁷⁶ LG Frankfurt a.M. 2-21 O 240/15 ZIP 2016, 1584.

⁷⁷ IdS konkret LG Frankfurt a.M. 2-21 O 240/15 ZIP 2016, 1584.

⁷⁸ Die hM in Österreich hält ein *pactum de non petendo* als absoluten Rechtsschutzverzicht für unzulässig (zB RIS-Justiz RS0057588; OGH 9 ObA 181/88 SZ 61/197; 1 Ob 568/92 SZ 65/65; *Konecny in Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I³ [2013] Einleitung 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] 3/38 f); jedenfalls kann dasselbe Ergebnis durch eine sogenannte „reine Stundung“ (dazu unten bei und in FN 80) erzielt werden.

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

⁸⁰ AA zB noch *H.-F. Müller in Henckel/Gerhardt* (Hrsg), Jaeger, Insolvenzordnung Großkommentar I (2004) § 17 Rz 9.

eine „insolvenzrechtlich relevante Absichtserklärung“ angenommen wurde, werde der KG nach 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, insbesondere wenn erstens eine zeitliche Begrenzung des „Nicht ernsthaft Einforderns“ und zweitens ein Widerrufsrecht des KG-Gläubigers unter gewissen genau definierten Bedingungen vereinbart wurde.

Im österreichischen Recht⁸¹ ist allerdings von vornherein davon auszugehen, dass eine rein faktische Stillhaltevereinbarung ohne rechtliche Bindung eine Zahlungsunfähigkeit gem § 66 Abs 3 IO nicht beseitigen kann. Dafür spricht § 66 Abs 3 IO.⁸² 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“ Stundung⁸³ – entgegensteht.⁸⁴ Ob der Gläubiger seine Forderung zudem „ernsthaft einfordert“, ist anders als in Deutschland gerade kein ausschlaggebendes Kriterium.⁸⁵

Soweit sich eine „Stillhaltevereinbarung“ mit dem Zweck einer Gesellschaftsanierung folglich auf eine Gesellschaft mit ihrem COMI (*centre of main interests*) in Österreich bezieht,⁸⁶ 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 Gläubi-

⁸¹ In dieser Frage besteht in den praktischen Konstellationen freilich kein Zweifel an der Anwendung deutschen Rechts, weil es um die Auslegung der zwischen einer deutschen KG (mit COMI in Deutschland) und einer deutschen Gläubigerin abgeschlossenen Vereinbarung geht.

⁸² Vgl ErläutRV 3 BgNR 15. GP 49, wonach das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit unabhängig vom Andrängen von Gläubigern sei.

⁸³ Zum Begriff zB *Koziol-Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II⁴ (2015) Rz 142; RIS-Justiz RS0017554; s ferner insbesondere OGH 7 Ob 578/92 JBl 1993, 456, worin klargestellt wird, dass die „reine Stundung“ ein Leistungsverweigerungsrecht begründet, das – im Wege der Akzessorietät – auch dem Bürgen zu Gute kommen soll.

⁸⁴ Siehe *Dellinger* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (7. Lfg; 1999) § 66 KO Rz 37; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ § 66 KO (2004) Rz 40; ebenso zum deutschen Recht *H.-F. Müller* in *Jaeger*, Großkomm § 17 Rz 9.

⁸⁵ 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 (ausf *Eilenberger* in *Kirchhof/Stürner/Eidenmüller* [Hrsg], Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung I³ [2013] § 17 Rz 7a).

⁸⁶ Die Insolvenzgründe richten sich nach der *lex fori concursus*, das sich wiederum nach dem COMI des Schuldners richtet (Art 3 f EuInsVO aF bzw Art 3, 7 EuInsVO nF; statt vieler *Trenker*, Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung, ZIK 2015, 8 [11]).

ger eine hinreichende Sicherheit haben, dass wegen der nachrangigen Insolvenzforderung gerade keine Zahlungsunfähigkeit eintritt.⁸⁷ Für beides ist ein Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschaft in Österreich unerlässlich.⁸⁸

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 f UGB rechtlich unvereinbar. Die entscheidende Frage ist also: Wäre jegliche „Nachsicht“ gegenüber der Gesellschaft unterblieben oder iSe Teilnichtigkeit nur der Vorbehalt der Inanspruchnahme der Gesellschafter? Dabei kommt es allein auf die Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an,⁸⁹ andernfalls der Gläubiger entsprechend der nachträglichen Entwicklungen (Sanierungsverlauf) entscheiden könnte, ob er eine(n) Stundung/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-/KG-Gesellschafter ausgegangen werden kann, eine „Nachsicht“ gegenüber der Gesellschaft unter Vorbehalt der unveränderten Weiterhaftung der Gesellschafter somit gänzlich unwirksam sei.⁹⁰ 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 (oben III.C.1.). Ob (Groß)Gläubiger der KG (in den einschlägigen Fällen: die finanzierende Bank) jedoch wirklich die – möglicherweise Gegenansprüche ausgesetzte (dazu IV.) – Inanspruchnahme gegenüber den Anlegern für allenfalls zu Unrecht bezogene Gewinne dem dadurch im Endeffekt wohl verursachten Insolvenzszenario der Fonds-KG vorziehen würden, ist mE keineswegs zwingend gesagt. Denn zu bedenken ist insbesondere, 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 Treugeber-Anlegern zugunsten des Insolvenzverwalters einbüßen würde.⁹¹ Bereits erlangte Zah-

⁸⁷ Vgl nur *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, II/2⁴ § 66 KO Rz 39.

⁸⁸ Zur Überschuldung vgl BGH IX ZR 133/14 NJW 2015, 1672; ferner *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, II/2⁴ § 67 KO Rz 109 mwN.

⁸⁹ *Mayer-Maly*, Zur Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, in *Jakobs/Knobbe-Keuk/Picker/Wilhelm* (Hrsg), FS Flume (1978) 621 (626); *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 914 ABGB Rz 81 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at).

⁹⁰ Oben III.B. bei und in FN 70.

⁹¹ 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 (BGH I ZR 34/53 BGHZ 12, 136; *Grüneberg* in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁵ [2016] § 399 Rz 4; *C. 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

lungen wären von der Anfechtung gem §§ 27 ff IO bedroht.⁹² Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass finanzierenden Banken aufbauend auf der EUMIG-Rsp⁹³ bei Vorliegen eines „qualifizierten maßgebenden Einflusses“ sogar eine persönliche Haftung wegen Beitragstäterschaft zu einer möglichen Insolvenzverschleppung (§ 1301 ABGB iVm § 69 IO iVm § 1311 ABGB)⁹⁴ oder die anfechtungsrechtliche Rückersatzpflicht als Vertragspartner eines nachteiligen Rechtsgeschäfts (§ 31 Abs 1 Z 3 IO) in Höhe des Quotenschadens⁹⁵ drohen könnte.⁹⁶ Unter Berücksichtigung der Regel des § 878 Satz 2 ABGB, wonach bei Nichtfeststellbarkeit eines allfälligen Parteiwillens Teilwirksamkeit eines unmöglichen Rechtsgeschäfts vorliegt (III.B.), 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.⁹⁷

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 (III.A.). Auch ein denkbare Sicherstellungs- oder Vorschussanspruch zugunsten des KG-Gläubigers als Zessionar scheidet diesfalls wie oben herausgearbeitet (II.C. aE) aus.

IV. Einwendung des Treugebers gegen den Treuhänder

A. Problemaufriss

Soweit die Verbindlichkeit der KG fällig und der „Freistellungsfall“ somit eingetreten ist, wird praktisch vor allem darüber gestritten, ob ein beklagter Anleger

auf den Insolvenzverwalter übergeht; denn auch Erfüllungssurrogate kommen diesfalls dem Insolvenzverwalter zu (zutr *Stöber*, NZG 2011, 738 [739 mwN]). 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.

⁹² Denn Leistungen eines Kommanditisten an einen Gläubiger auf Grundlage seiner Außenhaftung gem §§ 171f UGB sind insoweit richtigerweise als Rechtshandlung/Befriedigung seitens der KG iSd §§ 27 ff IO zu fingieren (ausf *Häsemeyer*, Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, ZHR 1985, 42 [57]; *K. Schmidt*, Einlage und Haftung des Kommanditisten [1977] 138 f).

⁹³ OGH 1 Ob 571/86 JBl 1986, 713 (*Reich-Rohrwig*); 6 Ob 508, 509/86 ÖBA 1988, 828 (*Apathy*); ausf dazu *Karollus*, ÖBA 1990, 337 ff.

⁹⁴ Grundlegend OGH 2 Ob 2336/96k RdW 1998, 666; RIS-Justiz RS0110394; weiter gehend *Koziol*, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung, RdW 1983, 34 ff; zum Ganzen *Dellinger in Konecny/Schubert* (19. Lfg; 2005) § 69 KO Rz 115 ff.

⁹⁵ RIS-Justiz RS0110410, zB OGH 6 Ob 110/00w ÖBA 2002, 238; dazu *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung⁵ (2014) Rz 11/72 ff; *Rebernik in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 31 KO Rz 33 f; § 39 Rz 44.

⁹⁶ Vgl *S. Schumacher*, VbR 2016, 163.

⁹⁷ Nochmals sei betont, dass bei einer Beurteilung nach deutschem Recht der Unterschied zu beachten ist, dass § 139 BGB gerade eine gegenteilige Zweifelsregel aufstellt.

dem KG-Gläubiger Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Treuhänder entgegen halten kann. Die Anleger behaupten in vielen Fällen nämlich – wie bereits einleitend dargelegt (I.B.) –, dass erstens der Treuhandvertrag und damit ihr „Beitritt“ zur Publikums-KG unwirksam sei, womit auch ihre Freistellungspflicht entfällt, zweitens ihnen Schadenersatzansprüche gegen den Treuhänder-Kommanditisten 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.⁹⁸ Insbesondere kann der Gesellschafter seine Haftung zumindest nach Firmenbucheintragung⁹⁹ der Gesellschaft 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 (näher unten E.4.c.).¹⁰⁰

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“; §§ 1394, 1396 ABGB bzw §§ 404, 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 gezeigt in einen Zahlungsanspruch um (II.B.), sodass spätestens ab diesem Zeitpunkt die Gleichartigkeit zu bejahen wäre.¹⁰¹ 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.

B. BGH: „Wirtschaftliche Außenhaftung“ qua Einwendungsausschluss

Der BGH geht dennoch in mittlerweile stRsp davon aus, dass eine Aufrechnung mit Ansprüchen gegen den Befreiungsanspruch unzulässig ist. Erstmals hat der BGH

⁹⁸ 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 HS 2 UGB bereits auf Tatbestandsebene ausgeschlossen wird.

⁹⁹ Die Eintragung ist nach hM Voraussetzung der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zB *U. Torggler* in WK-UGB § 105 Rz 92 mwN; *ders*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 100; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 105 Rz 51; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht 2/199.

¹⁰⁰ Für Österreich: RIS-Justiz RS0061517; *U. Torggler* in WK-UGB § 105 Rz 89 mwN; vgl auch *G. H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² (2006) Rz 225 ff, insb 230 ff; ausdrücklich zum deutschen Recht: BGH II ZR 267/64 NJW 1966, 107; XI ZR 112/07 ZIP 2008, 1317; II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706; *Brömmelmeyer*, NZG 2006, 529 (531 f); *M. Roth* in *Baumbach/Hopt*, HGB³⁷ (2016) § 105 Rz 85, 87; *Menkel*, Die Aufrechnungsbefugnis der Treugebergesellschafter gegen den Zessionar bei Abtretung des Freistellungsanspruchs durch die Treuhandgesellschafterin, NZG 2014, 1253 (1256); eingehend *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband (2002) 76 ff; 321.

¹⁰¹ *Tebben* in VGR 2010, 161 (173); *Zinger*, BB 2014, 458 (460).

dies in den sogenannten „Falk-Entscheidungen“¹⁰² vertreten, bei denen dem klagenden Insolvenzverwalter über das Vermögen der Fonds-KG Freistellungsansprüche abgetreten worden waren, denen der beklagte Treugeber wiederum Prospekthaltungsansprüche gegen den Treuhänder-Kommanditisten entgegenhielt.¹⁰³ In der Folge wurde die Rsp 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,¹⁰⁴ einmal auch ohne diesen „Zwischenschritt“.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶

Die Begründung hierfür lässt sich am besten dadurch nachvollziehen, dass man sie in ihr methodisches und ihr sachliches Argument aufsplittet:¹⁰⁷ Letzteres besteht in der sogenannten „Gleichstellungsthese“,¹⁰⁸ deren Ausgestaltung am besten in den Worten des BGH wiedergegeben wird: „[D]er 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 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 Gesellschaftsgläubigern“.¹⁰⁹ „[E]in 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.“¹¹⁰

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“ entgegenstehe.¹¹¹

Zum besseren Verständnis dieser Judikatur sei vorweg nochmals festgehalten, dass sich der BGH vor diesen Entscheidungen mehrmals darauf festgelegt hat, dass

¹⁰² Zu den näheren Hintergründen ausf *Stöber*, NZG 2011, 738 ff.

¹⁰³ BGH II ZR 271/08 EWIR 2011, 387 (*Wertenbruch*); II ZR 224/08 BB 2011, 1807; II ZR 216/09 EWIR 2011, 567 (*Gehling*).

¹⁰⁴ BGH II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706; III ZR 297/11 ZIP 2012, 2246.

¹⁰⁵ BGH III ZR 150/11 NJW 2013, 862.

¹⁰⁶ BGH II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706; III ZR 150/11 NJW 2013, 862; III ZR 297/11 ZIP 2012, 2246.

¹⁰⁷ Treffend *Klöhn* in VGR 2012, 143 (150 ff).

¹⁰⁸ Vgl BGH III ZR 297/11 ZIP 2012, 2246, wonach diese Gleichstellungsthese der „tragende Grund für das Aufrechnungsverbot“ sei.

¹⁰⁹ BGH II ZR 271/08 EWIR 2011, 387 (*Wertenbruch*); II ZR 224/08 BB 2011, 1807; II ZR 216/09 EWIR 2011, 567 (*Gehling*).

¹¹⁰ BGH II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706.

¹¹¹ BGH II ZR 271/08 EWIR 2011, 387 (*Wertenbruch*); II ZR 224/08 BB 2011, 1807; II ZR 216/09 EWIR 2011, 567 (*Gehling*).

den Treugeberkommanditisten gerade keine Außenhaftung gem § 171 Abs 1 HGB analog trifft.¹¹² 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“,¹¹³ Karsten Schmidt von einer „unerbitterlichen Innenhaftung“.¹¹⁴ 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 II ZR 297/11¹¹⁵ ausdrücklich klarstellt.¹¹⁶ 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.¹¹⁷

C. Rezeption der Lehre

Neben zahlreichen bloß referierenden Stellungnahmen¹¹⁸ hat der Einwendungsausschluss des BGH viel explizite Zustimmung in der Lehre gefunden.¹¹⁹ Umstritten ist unter den Befürwortern jedoch, ob als dogmatische Grundlage tatsächlich ein stillschweigender Aufrechnungsausschluss – wohl kraft ergänzender Vertragsauslegung¹²⁰ – anzunehmen¹²¹ oder die Anknüpfung an Treu und Glauben

¹¹² Oben I.B. bei und in FN 14.

¹¹³ BGH II ZR 242/09 ZIP 2011, 2299; vgl idS Strohn, ZInsO 2013, 12 (15).

¹¹⁴ S bei Hecker, Diskussionsbericht, in VGR, Gesellschaftsrecht in Diskussion 2010 (2011) 181 (182); dies greifen Klöhn in VGR 2012, 143 (148); Zinger, BB 2014, 458 (460), sowie Schürnbrand, ZGR 2014, 256 (269) auf.

¹¹⁵ ZIP 2012, 1706.

¹¹⁶ Eine Haftung des Treuhandkommanditisten für „Informationsmängel“ beim „Beitritt“ von Treugebern behandelnd zB BGH II ZR 124/81 NJW 1982, 2493; II ZR 9/12 NJW-RR 2013, 1255; II ZR 340/14 ZIP 2015, 2414.

¹¹⁷ BGH II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706; Wertenbruch, NZG 2013, 285 (289).

¹¹⁸ ZB K.-R. Wagner, Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen 2013 in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds, NZG 2014, 408; Schweizer in MüHdb GesR 2⁴ § 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/Boujong/Joost/Strohn, HGB I³ Anhang nach § 177a Anhang B Rz 166; Oetker in Oetker (Hrsg), Handelsgesetzbuch² (2017) § 172 Rz 58.

¹¹⁹ Stöber, NZG 2011, 738 (741); Stumpf, Rechtsprobleme bei der Inanspruchnahme des (mittelbaren) Kommanditisten aus § 172 Abs 4 HGB, BB 2012, 1429 (1433); K. Schmidt in MüKoHGB III³ Vor § 230 Rz 59; Wertenbruch, NZG 2013, 285 (286 ff); Schürnbrand, ZGR 2014, 256 (269); Menkel, NZG 2014, 1253 (1256 ff); Haas/Mock in Röhrich/von Westphalen/Haas, HGB⁴ § 172 Rz 76; Jaletzke in MüHdb GesR 2⁴ § 63 Rz 18; Casper in Großkomm HGB IV⁵ § 161 Rz 255.

¹²⁰ Vgl Schäfer, ZHR 177 (2013) 619 (631), Zinger, BB 2014, 458 (461) sowie Leupold, VbR 2016, 158 (Anm), die diesem Ansatz aber ohnehin allesamt kritisch gegenüber stehen.

¹²¹ Stöber, NZG 2011, 738 (741); Schürnbrand, ZGR 2014, 256 (269); Jaletzke in MüHdb GesR 2⁴ § 63 Rz 18.

als Gläubigerschutzvorkehrung rein objektiv zu verstehen ist.¹²² Die Unterscheidung ist rechtsfolgenreich insofern bedeutsam, als die Parteien das Kompensationsverbot unter ersterer Prämisse abbedingen könnten,¹²³ während dies mit der Annahme einer gläubigerschützenden Stoßrichtung konsequenterweise unvereinbar wäre. *Wertenerbruch*¹²⁴ 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.

Überhaupt einen Schritt weiter als der BGH geht *Schäfer*,¹²⁵ der diese wirtschaftliche Außenhaftung entsprechend der von *Kindler*¹²⁶ angeführten Mindermeinung zu einer „echten“ Außenhaftung analog §§ 171 f UGB weiterentwickeln will; 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.¹²⁷ Auch *Klimke*¹²⁸ und *Menkel*¹²⁹ halten eine unmittelbare Außenhaftung für vorzugswürdig; letzterer erachtet den Einwendungsausschluss insofern als konsequente Ausprägung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. *Strohn*¹³⁰ 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.

Ausführliche Ablehnung erfährt der Einwendungsausschluss indes bei *Klöhn*,¹³¹ dessen Kritik im Rahmen der folgenden Stellungnahme (IV.E.) noch aufzugreifen sein wird. Auch *Zinger*¹³² steht der Judikatur kritisch gegenüber und lehnt sie entgegen BGH III ZR 150/11¹³³ zumindest insoweit ausdrücklich ab, als sie zugunsten eines KG-Gläubigers eingreift, der selbst Initiator der Fondskonstruktion ist oder dessen Organwalter mit jenen der Fondsgesellschaft bzw Treuhänderin (teilweise) identisch sind. Auch *Kindler*¹³⁴ ist gegen einen Einwendungseinschluss, befürwortet aber wie gesagt eine unmittelbare Außenhaftung.

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 Ein-

¹²² *Menkel*, NZG 2014, 1253 (1256 ff); *Stumpf*, BB 2012, 1429 (1433); *K. Schmidt* in MüKoHGB III³ Vor § 230 Rz 60.

¹²³ So ausdrücklich *Schürnbrand*, ZGR 2014, 256 (269).

¹²⁴ NZG 2013, 285 (286 ff); auf § 129 HGB Bezug nehmend auch *Henze/Notz* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I³ Anhang nach § 177a Anhang B Rz 166.

¹²⁵ ZHR 177 (2013) 619 (629 ff).

¹²⁶ *Kindler* in FS K. Schmidt 871 (874 ff); *ders*, ZIP 2009, 1146 ff; s ferner oben I.B. die Nw in FN 15.

¹²⁷ *Schäfer*, ZHR 177 (2013) 619 (640 f).

¹²⁸ In BeckOK HGB¹⁴ § 105 Rz 90 ff.

¹²⁹ NZG 2014, 1253 (1256 ff).

¹³⁰ ZInsO 2013, 12 (15).

¹³¹ In VGR 2012, 143 ff.

¹³² BB 2014, 458 (461 f); insoweit zust *Casper* in Großkomm HGB IV⁵ § 161 Rz 255; s auch *Klöhn* in VGR 2012, 143 (164).

¹³³ NJW 2013, 862.

¹³⁴ *Kindler* in *Koller/Kindler/Roth/Morck* (Hrsg), HGB⁸ (2015) § 105 Rz 20; § 161 Rz 25; wohl bloß die abw Ansicht referierend *ders*, aaO § 161 Rz 13.

wendungsausschluss des BGH Stellung: Während *Leupold*¹³⁵ und – jedenfalls bei einer Haftung gegenüber der ins Fondskonzept involvierten Finanzierungsbank – auch *S. Schumacher*¹³⁶ sowohl den methodischen Ansatz über eine (ergänzende) Vertragsauslegung als auch die dahinterstehende Wertung der Zuweisung des „Täuschungs- und Insolvenzrisikos“ des Treuhänders zum Treugeber ablehnen, hält *D. Holzinger*¹³⁷ aufbauend auf der Gleichstellungsthese des BGH einen Aufrechnungsausschluss in Analogie zu § 63 Abs 3 Satz 2 GmbHG für berechtigt. Auch *Oppitz*¹³⁸ hat jüngst einem Einwendungsausschluss iSd der BGH-Judikatur ausgehend von der seines Erachtens gebotenen Gleichstellung von Kommanditisten und „Quasi-Kommanditisten“ das Wort geredet. Ähnlich argumentieren *Eckert/Cohen*.¹³⁹

D. Stand der österreichischen Judikatur

Die Rsp 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 der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern aus dem Kommanditverhältnis berechtigt und verpflichtet“ sei; zwischen der Gesellschaft und den Treugebern bestehe indes keine Rechtsbeziehung.¹⁴⁰ In der Sache waren Ursprung dieser Judikatur Rechtsfragen, in denen es jedoch nicht um die Pflichtenebene des Treugebers, sondern dessen Rechte ging: Insbesondere wurde der Rechtssatz als Begründung dafür herangezogen, dass der Treugeber keinen unmittelbaren Abfindungsanspruch gegenüber der KG habe.¹⁴¹ In weiteren einschlägigen Entscheidungen wurden damit Informations- und Kontrollrechte des Treugebers gem § 166 HGB¹⁴² sowie ein Anspruch auf Feststellung der „treuhändischen Kommanditistenstellung“¹⁴³ verneint. Freilich lagen diesen Entscheidungen noch Vertragsgestaltungen zugrunde, die dem Treugeber – anders als in den gegenständlichen Fondskonstruktionen – noch keine Stellung als „Quasi-Gesellschafter“ einräumten.¹⁴⁴ In den einschlägigen neueren Vertragsmustern ist hingegen häufig sogar ein unmittelbarer Anspruch der Treugeber auf Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsguthaben sowie Ausübung sonstiger gesellschaftsrechtlicher Rechte verankert und dürften dagegen auch nach der Rsp keine Bedenken bestehen.¹⁴⁵ Jedenfalls ist

¹³⁵ *Leupold*, VbR 2016, 158 (159) (Anm).

¹³⁶ VbR 2016, 163.

¹³⁷ VbR 2016, 162.

¹³⁸ GesRz 2017, 137 (146 ff).

¹³⁹ Oben 113 (138).

¹⁴⁰ RIS-Justiz RS0010762, insbesondere auch mit Beisatz T 1, 2; grundlegend OGH 4 Ob 546/60 EvBl 1961/148, 272.

¹⁴¹ OGH 6 Ob 585/91 GesRZ 1991, 164; 6 Ob 585/91 ecolex 1991, 856; 6 Ob 544/92 ecolex 1992, 846; ähnlich 6 Ob 2352/96t NZ 1998, 300.

¹⁴² OGH 6 Ob 1028/95 HS 26.576.

¹⁴³ OGH 1 Ob 320/99m ZIK 2000, 216.

¹⁴⁴ Vgl auch bereits *Gruber*, Treuhandbeteiligung 138 insbesondere zur Grundsatzentscheidung OGH 4 Ob 546/60 EvBl 1961/148, 272

¹⁴⁵ Implizit wohl 8 Ob 16/94 ZIK 1995, 200, wenngleich dies *in concreto* verneint wurde; vgl auch OGH 5 Ob 516/93 ecolex 1993, 809 (zur atypisch stillen Gesellschaft); 6 Ob 563/95

festzuhalten, dass die Wendung, wonach *nur* der Treuhänder *gegenüber den Gesellschaftsgläubigern verpflichtet* sei, soweit ersichtlich überhaupt nur *obiter* verwendet wurde.¹⁴⁶ Sie kann dennoch schwerlich anders gedeutet werden, als dass der OGH einer unmittelbaren Außenhaftung des Treugebers ablehnend gegenüber steht (s schon I.B. sowie unten IV.E.3.).

Bedeutsam ist ferner, dass sich der OGH in 8 Ob 2035/96i¹⁴⁷ 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 8 Ob 16/94¹⁴⁸ hat der OGH einen „Konkursteilnahmeanspruch“¹⁴⁹ 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 E 9 Ob 68/08b.¹⁵⁰ Darin erklärte der OGH den übermäßig langen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts¹⁵¹ 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 leitet die Rechtstellung eines Treugeberkommanditisten somit primär aus schuldrechtlichen und nicht gesellschaftsrechtlichen Wertungen ab und misst insbesondere 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.

ecolex 1996, 607, wo auf die Bedeutung der einzelfallbezogenen vertraglichen Ausgestaltung der Rechtsstellung hingewiesen wird.

¹⁴⁶ So neben den in den vorigen Fn genannten E zB OGH 4 Ob 6/93 MR 1993, 101; 8 Ob 135/10a ecolex 2012, 480 (*Wilhelm*); referierend 1 Ob 208/11m ÖBA 2013, 356 (*Koller*).

¹⁴⁷ Insoweit nicht abgedruckt in HS 27.074, 27.078, 27.437.

¹⁴⁸ ZIK 1995, 200.

¹⁴⁹ Dieser Begriff wird in der neueren Lehre abgelehnt (*Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz [2007] 361 f), worauf vorliegend nur hingewiesen werden soll.

¹⁵⁰ GesRZ 2009, 361 (*Oppitz*).

¹⁵¹ *Oppitz* (GesRZ 2017, 137 [147]) betont grundsätzlich zu Recht, dass die Entscheidung nur für dieses Problem zwingend eine Hintanstellung gesellschaftsrechtlicher Prinzipien befürwortet. Dass dies im Übrigen aber nicht so sei, das „gesellschaftsrechtliche Konstrukt an sich – und insb seine Haftungsverfassung – [...] in den hier untersuchten Gestaltungen jedenfalls unberührt“ bleibe, ist nicht mehr als eine nicht näher begründete Behauptung.

E. Stellungnahme

1. Gang der folgenden Untersuchung

Es bietet sich für eine kritische Untersuchung der BGH-Judikatur an, zwischen den beiden aufgezeigten (oben IV.B.) methodischen Ansätzen 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 f UGB auf Treugeberkommanditisten nicht analog angewendet werden kann. 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.¹⁵² 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 entgegen halten kann, egal ob er vom Treuhänder oder nach vollzogener Zession von einem KG-Gläubiger belangt wird.

2. Konkludenter Einwendungsausschluss kraft (ergänzender) Vertragsauslegung?

Zum vertragsrechtlichen Ansatz ist zunächst festzuhalten, dass eine Vereinbarung, wonach der Treugeber dem Treuhänder hinsichtlich seiner ursprünglichen oder gem § 172 Abs 4 UGB aufgelebten 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 Sinne einen Vertrag zugunsten Dritter zu schließen. In diesem Sinne könnte – aus Sicht der hM wohlwollend interpretiert – etwa die in BGH II ZR 297/11¹⁵³ zitierte Wendung aus dem zugrundeliegenden Vertrag verstanden werden, wonach den Treugebern bekannt sei, dass sie gegenüber den Gläubigern haften.¹⁵⁴

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[] vernünftige[r] Grund, daran zu zweifeln“ (§ 863 ABGB), zurück bliebe. 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

¹⁵² Vgl *Menkel*, NZG 2014, 1253 (1254). Etwas irreführend ist demgegenüber der Titel des Beitrags von *D. Holzinger*, VbR 2016, 162: „Keine Ausnahme von der Regel“, wenn darin ein Einwendungsausschluss befürwortet wird.

¹⁵³ ZIP 2012, 1706.

¹⁵⁴ So auch *Zinger*, BB 2014, 458 (461).

einerseits in seinem Interesse ihr gegenüber bestehende Ansprüche in eigenem Namen durchsetzen kann, er andererseits im Interesse der KG auch für „anteilsbezogene Verbindlichkeiten“ einzustehen hat. Der Einwendungsausschluss iSd 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.¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ Erkennt man den Einwendungsausschluss dementsprechend 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?

Insbesondere 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 Vertrags gerichtet sind, aus dem sich der Einwendungsausschluss ergeben soll.¹⁵⁷ 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 widerspräche vielmehr der Interessenlage und deshalb auch der „Übung des redlichen Verkehrs“ (§ 914 ABGB) diametral.¹⁵⁸

Ferner ist ein Einwendungsausschluss entgegen *Wertenbruch*¹⁵⁹ 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* iSe einer akzessorischen Haftung gem §§ 128 f 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.¹⁶⁰

Maßgeblich gegen einen stillschweigend vereinbarten Aufrechnungs- oder Einwendungsausschluss spricht schließlich die Grundregel, dass eine Undeutlichkeit im

¹⁵⁵ Völlig zutr *Klöhn* in VGR 2012, 143 (155).

¹⁵⁶ BGH II ZR 271/08 EWiR 2011, 387 (*Wertenbruch*); II ZR 224/08 BB 2011, 1807; II ZR 216/09 EWiR 2011, 567 (*Gehling*).

¹⁵⁷ Treffend *Klöhn* in VGR 2012, 143 (158) mwN: „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.“

¹⁵⁸ Überzeugend *Klimke* in BeckOK HGB¹⁴ § 128 Rz 90; ebenso *Leupold*, VbR 2016, 158 (Anm).

¹⁵⁹ *Wertenbruch*, NZG 2013, 285 (286 f).

¹⁶⁰ Hinzu kommt, dass § 129 UGB Einwendungen, die in der Person des Gesellschafters begründet sind, gerade nicht ausschließt (so *Menkel*, NZG 2014, 1253 [1254]).

Vertrag gem § 915 Satz 2 ABGB zu Lasten des Vertragsrichters und nicht dessen Vertragspartner geht.¹⁶¹ 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, 879 Abs 3 ABGB) mehr als zweifelhaft, im regelmäßig eröffneten Anwendungsbereich des KSchG insbesondere mit der Wertung von § 6 Abs 1 Z 8 KSchG kaum vereinbar.¹⁶² Jedenfalls abzulehnen ist es aber *a maiore ad minus*, eine solchermaßen bedenkliche Bestimmung zu Lasten des schützenswerten Vertragspartners des AGB-Verwenders im Wege ergänzender Vertragsauslegung „aus dem Hut zu zaubern“.¹⁶³

Zusammengefasst ist die Annahme eines stillschweigenden Einwendungsausschlusses abzulehnen. Das zugrundeliegende Sachargument der „Gleichstellungsthese“ verfängt 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.¹⁶⁴

Wenn *Klöhn*¹⁶⁵ dem BGH zu Recht vorwirft, er begründe „auf vertragsrechtlicher Grundlage [...], was ihm tatsächlich unter *Schutzgesichtspunkten* einleuchtet“, 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 (vgl oben IV.B.).

¹⁶¹ Pointiert *Zinger*, BB 2014, 458 (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.“

¹⁶² Vgl schon *S. Schumacher*, VbR 2016, 163.

¹⁶³ *Klöhn* in VGR 2012, 143 (158 f); *Menkel*, NZG 2014, 1253 (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 II ZR 147/73 NJW 1975, 1318; II ZR 135/87 NJW 1988, 1903) und subsumiert Treuhandverträge iZm Gesellschaftsbeteiligungen überhaupt gar nicht unter diese Bereichsausnahme (BGH III ZR 209/09 NZG 2010, 790; *Basedow* in MüKoBGB II⁷ § 310 Rz 89; näher *Klöhn* in VGR 2012, 143 [158 f] mwN).

¹⁶⁴ So *Schäfer*, 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*, ZGR 2014, 256 (272), der aus der gewollten Gleichstellung im Innenverhältnis folgert, dass der Treugeber notfalls für die Schulden der Gesellschaft wie ein solcher einstehen müsse.

¹⁶⁵ In VGR 2012, 143 (156).

3. Einwendungsausschluss aus Gläubigerschutzgründen

a. Methodisches

Will man den Einwendungsausschluss unabhängig von der vertraglichen Ausgestaltung und allein auf Basis von Gläubigerschutzermäßigungen 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 an Stelle der funktional vergleichbaren, wirtschaftlichen Außenhaftung des BGH kraft Einwendungsausschlusses überhaupt eine analoge Anwendung von §§ 171 f UGB/HGB 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 bejahen. 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 Gläubigerschutzermäßigungen 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 Gläubigerschutzermäßigungen schwer zu erklären ist, insbesondere 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 (oben IV.B. aE). Gerade dieses Ergebnis, das bezeichnenderweise im offensichtlichen Widerspruch zum Grundsatz „*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*“¹⁶⁶ 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.

b. Registerrechtliches Gläubigerschutzkonzept

Ausgangspunkt der Untersuchung des Gläubigerschutzbedarfs ist, dass die hM in Deutschland eine analoge Anwendung von § 171 f UGB auf den Treuhandkommanditisten wie mehrfach erwähnt ablehnt.¹⁶⁷ Stellungnahmen zum österreichischen

¹⁶⁶ Vgl konkret zB *Menkel*, NZG 2014, 1253 f; allgemein OGH 3 Ob 182/94 SZ 57/220.

¹⁶⁷ Oben bei und in FN 14 und 16.

Recht sind selten,¹⁶⁸ dennoch dürfte der in stRsp geprägte Rechtssatz, wonach der Treuhänder „allein gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern aus dem Kommanditverhältnis berechtigt und verpflichtet“ ist,¹⁶⁹ kaum anders als in diesem Sinne zu verstehen sein (vgl oben IV.D.).

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*¹⁷⁰ dem die beabsichtigte Einräumung einer „echten Gesellschafterstellung“ nach dem Gesellschaftsvertrag entgegenhält, setzt er sich über den erweislichen Willen der Vertragsparteien hinweg, die eine Quasi-Gesellschafterstellung eben nur für das Innenverhältnis beabsichtigen;¹⁷¹ insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (IV.E.2.).

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,¹⁷² trifft nicht zu. Der gesellschaftsrechtliche Typenzwang (besser: „Rechtsformzwang“¹⁷³) ist mE nämlich nur insoweit als Prinzip zugunsten des Verkehrsschutzes anzuerkennen, als er abweichende Dispositionen in Bezug auf die rechtliche Struktur im Außenverhältnis verbietet.¹⁷⁴ Solange der nach außen hin auftretende und insbesondere ins Firmenbuch eingetragene Gesellschafter nicht der Treugeber ist, bestehen keine Verkehrsschutzbedenken. Nur auf die Haftung des im Firmenbuch eingetragenen Kommanditisten besteht ja ein schutzwürdiges Vertrauen des Verkehrs.¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶ Selbst *Schäfer*,¹⁷⁷ ein maßgebender Befürworter der unmittelbaren Außenhaftung, erachtet dieses Ergebnis für nicht gerechtfertigt. Seine Lösung, wonach die Haftung des Treuhänders nur subsidiär ausgestaltet sein soll, „[s]olange der Treuhänder nicht Namen und ladungsfähige Anschrift der Treugeber präsentieren kann“, überzeugt jedoch nicht. Erstens findet sie keinerlei Anhaltspunkte im Gesetz, zweitens stellt sie den Gläubiger entgegen dem firmenbuchrechtlicher Publizitätskonzept mitunter sogar schlechter als im gesetzli-

¹⁶⁸ Explizit gegen eine (analoge) Anwendung von § 171 UGB *Leupold*, VbR 2016, 158 (159) (Anm); allgemein idS auch *U. Torggler* in WK-UGB § 105 Rz 56; dafür aber *Eckert/Cohen*, oben 113 (126 ff).

¹⁶⁹ RIS-Justiz RS0010762 (Hervorhebung durch den Verf).

¹⁷⁰ In FS K. Schmidt 871 (874 ff).

¹⁷¹ Zutr *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885 (1887).

¹⁷² Ebenso ohne nähere Begründung *Oppitz*, GesRZ 2017, 137 (147).

¹⁷³ Siehe nur *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT Rz 53, 100.

¹⁷⁴ Siehe schon *Gruber*, Treuhandbeteiligung 139 mwN; aA offenbar *Kindler* in FS K. Schmidt 871 (879); *ders*, ZIP 2009, 1146 (1148 f), wobei die von ihm maßgebend herangezogene E BGH VI ZR 24/98 BGHZ 142, 315 eben gerade eine Konstellation betraf, in der das Außenverhältnis einer GesBR modifiziert werden sollte (so schon *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885 [1889]; vgl auch *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT Rz 100, der einen Typenzwang iSd Auffassung *Kindlers* überhaupt verneint).

¹⁷⁵ Dies betonen vorliegend zB *Tebben*, in VGR 2010, 161 (169); *Casper* in Großkomm HGB IV⁵ § 161 Rz 253.

¹⁷⁶ *Klöhn* in VGR 2012, 143 (156).

¹⁷⁷ ZHR 177 (2013) 619 (640 f).

chen Regelmodell, wenn der Treugeber nämlich über geringere Bonität als der im Firmenbuch eingetragene Treuhänder verfügt.

Dass die Haftung eines neu eintretenden „echten“ Gesellschafters nach überwiegender Ansicht unabhängig von der Firmenbucheintragung eintritt,¹⁷⁸ vermag die Bedeutung der Firmenbucheintragung im vorliegenden Kontext nicht zu mildern. Denn bei der Außenhaftung des Treugebers soll anders als beim Eintritt eines „echten“ Gesellschafters einer Person im Wege der Rechtsfortbildung eine unmittelbare Außenhaftung auferlegt werden, die gerade keine Gesellschafterstellung im Außenverhältnis einnehmen will. Da somit weder der Wille zur Übernahme der Kommanditistenstellung noch Firmenbucheintragung vorliegt, die einen Vertrauens- und Verkehrsschutz entgegen der vertraglichen Vereinbarungen rechtfertigen könnte, fehlt es für eine analoge Anwendung des § 171 UGB sowie den funktional vergleichbaren Einwendungsausschluss an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen.¹⁷⁹

Die Bedeutung der registerrechtlichen Publizität als konzeptioneller Grundpfeiler des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes 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.¹⁸⁰ Die Firmenbucheintragung als prinzipielle Grundlage der Außenhaftung des Kommanditisten ist kein unsachliches Abgrenzungskriterium. Damit entpuppt sich zugleich das Gleichstellungsargument des BGH (oben IV.B.) als unbewiesene Behauptung: Dass ein im Innenverhältnis weitestgehend als „Gesellschafter“ zu behandelnder Treugeber *auch im Außenverhältnis* – und darum geht es wie gezeigt (oben IV.E.2. bei Fn 151) bei funktionaler Betrachtungsweise beim Einwendungsausschluss – nicht besser als ein „echter“ Gesellschafter gestellt werden darf, ist wegen der fehlenden Firmenbucheintragung alles andere als selbstverständlich, sondern bedürfte einer besonderen Begründung.

c. Interessenlage – Relativität schuldrechtlicher Beziehungen

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 zu Gute kommt.¹⁸¹ Dieser Befund ergibt sich schlicht aus der Relativität schuldrechtlicher Beziehungen:¹⁸² Es liegt im Wesen der Treuhand, dass der Treuhänder anders als bei der Stellvertretung

¹⁷⁸ *Koppensteiner/Auer* in WK-UGB § 130 Rz 6; *Schummer* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB Großkommentar II (2017) § 130 Rz 11 mwN auch der Gegenansicht.

¹⁷⁹ Daher überzeugt der Versuch von *Eckert/Cohen*, (oben 113 [127]), sowohl die Bedeutung der Firmenbucheintragung als auch die vertragliche Vereinbarung mit dem Gesellschafter für die Außenhaftung im vorliegenden Fall zu entkräften, mE nicht.

¹⁸⁰ So aber *Pfeifle/Heigl*, Treugeberhaftung, WM 2008, 1485 (1491); *Oppitz*, GesRZ 2017, 137 (147).

¹⁸¹ Vgl *Tebben* in VGR 2010, 161 (169); *Casper* in Großkomm HGB IV⁵ § 161 Rz 253.

¹⁸² Treffend idS *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885 (1887 f); vgl auch *Casper* in Großkomm HGB IV⁵ § 161 Rz 253.

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.¹⁸³ Gläubiger müssen sich bei der mittelbaren Stellvertretung somit an den indirekten Vertreter handeln, mit dem sie kontrahiert haben. Ob ihnen dabei mittelbar die Bonität des Treugebers im Wege einer Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Treuhänder zu Gute kommt, 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 bekanntgegebene Treuhandkommanditist haftet.¹⁸⁴ 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 zu Gute kommt, bleibt ungeklärt. Die Systemwidrigkeit der hM wird umso deutlicher, als der BGH¹⁸⁵ wie gesagt so weit geht, dem Treugeber auch im Prozess gegen den Treuhänder selbst Einwendungen aus *deren unmittelbarer* Rechtsbeziehung zu verwehren.

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 iWV verlangen kann (oben IV.B. aE), weist man nämlich ihm das Insolvenzrisiko zu. *Wertenbruch*¹⁸⁶ und *Casper*¹⁸⁷ halten 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, über-

¹⁸³ OGH 4 Ob 99/53 SZ 26/181; *Kastner*, JBl 1949, 420 (423); *Egglmeier*, wbl 1994, 188 (189); *Rubin* in *Kletečka-Schauer*¹⁰² § 1002 Rz 185; vgl auch RIS-Justiz RS0010420; aA noch OGH 4 Ob 536/33 JBl 1934, 121 (*Klang*).

¹⁸⁴ Vgl *Tebben* in VGR 2010, 161 (168f). Ins Gegenteil verkehrt *Oppitz* (GesRZ 2017, 137 [148]) diese Zusammenhänge, wenn er – freilich ohne Bezugnahme auf das hier skizzierte allgemeine Haftungsregime im Treuhandrecht – behauptet, es wäre systeminkonform, wenn ein Gesellschaftsgläubiger den als Gesellschafter ausgewiesenen Treuhänder in Anspruch nehmen müsste. Wenn er ferner meint, dies widerspreche dem „Kernzweck“ des Freistellungsanspruchs, weil anschließend ja der Treuhänder seinerseits Regress beim Treugeber suchen müsste, übersieht er, dass es vorliegend gerade um jene Fälle geht, in denen der Treugeber eine Pflicht gegenüber dem Treuhänder zur Freistellung bestreitet, weil er eben Einwendungen/Gegenansprüche behauptet. Es wird also keineswegs eine „Regressfolge“ ausgelöst, wenn der Treugeber dem Gläubiger die Nichtexistenz eines Freistellungsanspruchs entgegenhalten will.

¹⁸⁵ BGH II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706; III ZR 297/11 ZIP 2012, 2246.

¹⁸⁶ NZG 2013, 285 (288).

¹⁸⁷ *Casper* in Großkomm HGB IV⁵ § 161 Rz 255.

haupt 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.¹⁸⁸ Unabhängig davon, ob einem Treugeber-Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt des Abspaltungsverbots überhaupt sämtliche Stimmrechte eingeräumt werden können,¹⁸⁹ hat der BGH im berühmten „Rektorfall“¹⁹⁰ nämlich im Personengesellschaftsrecht einen allgemeinen Rechtssatz abgelehnt, wonach Einwirkungsmacht und Außenhaftung zwingend korrelieren.¹⁹¹ Das überzeugt, weil andernfalls bei der „Fülle der verschiedenartigen Gestaltungsmöglichkeiten einer Typenvermischung [...] eine[] unheilvolle[] Rechtsunsicherheit“¹⁹² entstünde. 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 Rsp¹⁹³ hingegen ohnehin das Verbot der Einlagenrückgewähr analog § 82 f GmbHG (dazu noch unten IV.E.3.d.).

Allenfalls verbleibende Schutzlücken in besonders gelagerten Ausnahmekonstellationen sind nicht durch generalisierende (und damit überschießende) Rechtsfortbildung zu bewältigen, sondern allenfalls durch Anwendung der gerade zu diesem Zweck existenten Generalklauseln des Rechtsmissbrauchs (§ 1295 Abs 2 ABGB)¹⁹⁴

¹⁸⁸ AA *Kindler* in FS K. Schmidt 871 (876).

¹⁸⁹ Nach hM ist dies wohl zulässig: BGH II ZR 134/11 BGHZ 196, 131; wohl auch *Tebben* in VGR 2010, 161 (167); aA *Kindler* in FS K. Schmidt 871 (877); *Wertenbruch*, NZG 2013, 285 (286); wohl auch *Wiedemann*, ZIP 2012, 1786 (1789); ausf zum Ganzen im österreichischen Recht *Gruber*, Treuhandbeteiligung 114 ff, insb 159 ff.

¹⁹⁰ BGH II ZR 282/63 BGHZ 45, 204; zust zB *Grunewald* in MüKoHGB III³ § 164 Rz 24; *Häublein* in BeckOK HGB¹⁴ § 164 Rz 55; vgl für Österreich: *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 164 Rz 13; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB² § 164 Rz 6; *Kammel* in WK-UGB § 164 Rz 11.

¹⁹¹ Ebenso schon *Flume*, Personengesellschaft³ § 14 VIII, 244; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften (1970) 271 ff; im gegebenen Kontext: *Brömmelmeyer*, NZG 2006, 529 (531); *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885 (1888); *Tebben* in VGR 2010, 161 (167 f); aA *Kindler* in FS K. Schmidt 871 (876); im Ergebnis wohl auch *Eckert/Cohen*, (oben 113 [138 f]), wenn sie aus der Stellung im Innenverhältnis ableiten, der Treugeber müsse auch im Außenverhältnis die Folgen seiner „direkten Rechtsstellung“ tragen.

¹⁹² BGH II ZR 282/63 BGHZ 45, 204.

¹⁹³ 2 Ob 225/07p RWZ 2008, 260 (*Wenger*) = GesRZ 2008, 310 (*Stingl*) = GeS 2008, 315 (*Bauer*) = ÖBA 2009, 60 (*Bollenberger*); 6 Ob 171/15p RWZ 2016, 125 (*Wenger*) = GesRZ 2016, 281 (*Schörghofer*); 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (*Brugger*); RIS-Justiz RS0123863.

¹⁹⁴ Konkret *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 164 Rz 13; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB² § 164 Rz 6 mwN; vgl auch zu einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf eine im Firmenbuch eingetragene Haftungsbeschränkung RIS-Justiz RS0061844, zB OGH 4 Ob 543/83 SZ 57/116; 8 Ob 1/93 wbl 1993, 227.

und der Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 879 ABGB).¹⁹⁵ Der BGH hat einen Rechtsmissbrauch bei Installation eines vermögenslosen Komplementärs und faktisch alleiniger Geschäftsführung durch den Kommanditisten im erwähnten „Rektorfall“ zwar verneint. Soll ein mittelloser Gesellschafter freilich nur zum Zwecke der Haftungsabschottung zugunsten einem oder mehrerer in Wahrheit die Geschäfte führenden Treugebern 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 Strohmanneigenschaft 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.¹⁹⁶

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 Treugeber-Anlegern 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 in III ZR 297/11¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸

Zusammengefasst spricht eine Abwägung der Interessen der Treugeber-Anleger und der KG-Gläubiger ausgehend von der Relativität schuldrechtlicher Beziehungen gegen einen Einwendungsausschluss, insbesondere 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 9 Ob 68/08b im Interesse der Treugeber-Anleger insofern Rechnung trägt, als er auf deren Rechtsbeziehung allgemein schuldrechtliche Regeln anwendet (oben IV.D. bei FN 146f)

d. 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 Rsp ohnehin bereits eine Rechtsfortbildung des gesetzlichen Gläubigerschutzkonzepts vollzogen wurde: Bei einer GmbH & Co KG ohne natürli-

¹⁹⁵ Dazu ausf zB *Bollenberger*, Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter? JBl 2013, 137 (140 ff).

¹⁹⁶ *Tebben* (in VGR 2010, 161 [170]) hält den Freistellungsanspruch sogar für zwingend, allerdings zum Schutz des Treuhänders vor einem Knebelungsvertrag; idS möglicherweise auch BGH II ZR 134/11 BGHZ 196, 131; aA zB *Casper* in Großkomm HGB IV⁵ § 161 Rz 254.

¹⁹⁷ ZIP 2012, 2246.

¹⁹⁸ Zu Recht krit *Klöhn* in VGR 2012, 143 (164); *Zinger*, BB 2014, 458 (462).

che Person als Komplementärin gelte ebenfalls das Verbot der Einlagenrückgewähr gem §§ 82 f GmbHG, sodass fremdunübliche Leistungen der KG an Kommanditisten nichtig sind und den Kommanditisten zum Rückersatz der Einlage gegenüber der Gesellschaft verpflichten.¹⁹⁹ Da das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 GmbHG nach ganz hM auch für Treugeber eines Geschäftsanteils gilt,²⁰⁰ sind konsequenterweise auch Treugeberkommanditisten zum Rückersatz zu Unrecht bezogener Gewinne verpflichtet. Sie können gegen diese Rückersatzpflicht nach jüngster Rsp analog § 63 Abs 3 Satz 2 GmbHG auch nicht mit Ansprüchen aus verbotener Einlagenrückgewähr aufrechnen.²⁰¹

Auch wenn die Grundsatzentscheidung des 2. Senats von der Lehre mit beachtlichen Argumenten kritisiert wurde,²⁰² ist sie mittlerweile vom 6. Senat²⁰³ mehrfach bestätigt worden und die analoge Anwendung von §§ 82 f 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.²⁰⁴ Für eine solche, darüber hinausgehende unmittelbare oder wirtschaftliche Außenhaftung im Wege einer zweiten Rechtsfortbildung besteht indessen keine Veranlassung und auch keine Rechtfertigung mehr. Vielmehr würde damit systemwidrigerweise der firmenbuchrechtliche Vertrauensschutz als Anker der personengesellschaftsrechtlichen Außenhaftung²⁰⁵ ignoriert sowie ohne Not die Relativität schuldrechtlicher Rechtsverhältnisse durchbrochen.

¹⁹⁹ OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310 (*Stingl*); 6 Ob 171/15p GesRZ 2016, 281 (*Schörghofer*); 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (*Brugger*).

²⁰⁰ Statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007) § 83 Rz 7; *Köppl* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbH-Gesetz (GmbHG) Kurzkomentar (2014) § 82 Rz 13; eingehend *Gruber*, Treuhandbeteiligung 254 ff; vgl zum deutschen Recht ferner BGH II ZR 225/91 NJW 1992, 2093.

²⁰¹ OGH 6 Ob 72/16f GesRZ 2016, 343 (*Ettmayer/Arnold*).

²⁰² Siehe insb *U. Torggler*, Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine neue Gesellschaftsform, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 3 ff; *Koppensteiner*, Haftung der Kommanditisten aus dem Vermögen einer GmbH & Co KG, ebendort 13 ff; sowie die Diskussionsbeiträge bei *Trenker*, ebendort 77 ff.

²⁰³ 6 Ob 171/15p GesRZ 2016, 281 (*Schörghofer*); 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (*Brugger*).

²⁰⁴ So auch der Befund zur dt Rsp bei *Wiedemann*, ZIP 2012, 1786 (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“.

²⁰⁵ Aus diesem Grund ist es nicht überzeugend, wenn *Kindler* (in FS K. Schmidt 871 [888]) und *Schäfer* (ZHR 177 [2013] 619 [637 f]) aus der Rsp zur Innenhaftung des Treugebers

Aufgrund dieser Erwägung scheidet übrigens auch § 63 Abs 3 GmbHG als taugliche (Analogie-)Grundlage für das Aufrechnungsverbot gegenüber einem Treuhänder aus,²⁰⁶ zumal diese Vorschrift eben nur das kapitalgesellschaftsrechtliche Innenverhältnis betrifft. Ähnliche Argumente sind auch der Heranziehung von § 7 EKEG²⁰⁷ entgegenzuhalten. Dem EKEG liegt eine Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter zugrunde, die es ihnen verbietet, durch Zufuhr von Kapital eine Gesellschaft in der Krise am Leben erhalten, ohne das insolvenzrechtliche Risiko eines Totalausfalls zu tragen. Es ist sicherlich überzeugend, das auch auf Gesellschafter-Treugeber zu übertragen, wie dies § 7 EKEG tut. Was daraus aber für die Rechtsbeziehung zwischen dem Treugeber und Treuhänder bzw die daraus abgeleitete funktionale Außenhaftung gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger zu gewinnen sein soll, noch dazu außerhalb der für die Anwendung des EKEG zentralen „Krise“, ist nicht nachvollziehbar.

Aus der Warte deutschen Rechts sei abschließend der Hinweis erlaubt, dass das Kapital einer deutschen GmbH & Co KG zwar ebenfalls vor unzulässigen/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, 31 dGmbHG).²⁰⁸ Dennoch gebietet dieser Unterschied mE keine andere Beurteilung der Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung des Gläubigerschutzkonzepts für eine „Treuhänder-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,²⁰⁹ nicht einer planwidrigen Gesetzeslücke.

4. Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

a. Zusammenhang zum Einwendungsausschluss

Vermag damit weder der Treuhänder- bzw Gesellschaftsvertrag noch eine Rechtsfortbildung im Gläubigerinteressen eine überzeugende Grundlage zu liefern, verbleibt noch die vom BGH²¹⁰ indirekt angesprochene Argumentation, wonach der Einwendungsausschluss letztlich nur eine Ausprägung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (im Folgenden: „LfG“) sei.²¹¹

Dieser Ansatz beruht auf der bereits oben (IV.A.) dargelegten Erkenntnis, dass die LfG einem Gesellschafter verbietet, Mängel seines Beitrittsversprechens gegenüber der Gesellschaft erstens mit der Folge zu relevieren, dass sein Beitritt *ex tunc*

im GmbH-Recht Rückschlüsse auf eine Außenhaftung im Personengesellschaftsrecht ziehen wollen.

²⁰⁶ AA *Holzinger*, VbR 2016, 162; *Oppitz*, GesRZ 2017, 137 (147).

²⁰⁷ So *Oppitz*, GesRZ 2017, 137 (147).

²⁰⁸ BGH II ZR 268/88 NJW 1990, 1725; II ZR 30/94 NJW 1995, 1960; II ZR 238/89 NJW 1991, 1057.

²⁰⁹ Siehe nur RIS-Justiz RS0105518; vgl auch bereits EB 236 BlgStP HH 17. Session 89.

²¹⁰ II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706.

²¹¹ Ebenso *Tebben* in VGR 2010, 161 (175 ff); *Menkel*, NZG 2014, 1253 (1256 ff); schon zuvor *Brömmelmeyer*, NZG 2006, 529 (532 f); vgl auch *Oppitz*, GesRZ 2017, 137 (148).

für unwirksam erklärt wird. 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.²¹² Auf genau jenes – offenbar verpönte – Ergebnis laufe es aber hinaus, wenn ein Treugeber dem Treuhandkommanditisten (Schaden-)Ersatzansprüche entgegenhalten können, um dadurch seiner Pflicht zur Einlageleistung bzw seiner *qua* Freistellungsvereinbarung mittelbar bestehenden Pflicht zum Rückersatz einer zurückbezahlten Einlage zu entgehen. Die LfG gebiete, dass die Interessen eines Gesellschafters insoweit hinter jenen seiner Mitgesellschafter sowie der Gesellschaftsgläubiger zurückstehen müssen.²¹³

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 (vgl oben IV.E.3.c. vor FN 180 ff), sondern überhaupt das Täuschungsrisiko auch im Verhältnis zum schädigenden Treuhänder (!) aufgebürdet, was freilich nicht mit der Auffassung des BGH in II ZR 297/11²¹⁴ übereinstimmt (oben IV.B. aE).

b. Übertragbarkeit der Wertungsgrundlagen auf 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 LfG nach wie vor kein umfassender Konsens erzielt wurde und folglich einiges umstritten ist: In aller gebotenen Kürze beruht die LfG nach hM auf der verallgemeinerungsfähigen Wertung von §§ 216, 218 AktG, dass die rückwirkende Beseitigung eines in Vollzug gesetzten Rechtsträgers²¹⁵ unerträgliche Rückabwicklungsschwierigkeiten sowie Gläubigerschutzdefizite hervorrufen würde.²¹⁶ Gerade vorliegend darf freilich nicht vernachlässigt werden, dass diese Wertungsgrundlagen bei unterschiedlichen Gesellschaftsformen sowie der Anwendung der LfG auf andere „Strukturänderungen“ als die Gründung des Rechtsträgers selbst in abgestufter Intensität verwirklicht sind.²¹⁷

²¹² Siehe zB *Gruber*, Kapitalmarktinformationshaftung der AG 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, ecollex 2011, 1121 (1122); *Trenker*, Nachrangigkeit kapitalmarktrechtlicher Ansprüche, ÖBA 2013, 187; vgl konkret *Menkel*, NZG 2014, 1253 (1256).

²¹³ Vgl *Tebben* in VGR 2010, 161 (175 f).

²¹⁴ ZIP 2012, 1706.

²¹⁵ Die Anwendung auf die nicht rechtsfähige (Außen-)GesBR ist umstritten (dagegen zB *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT Rz 101 iVm Rz 418 ff; aA zur GesBR *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht [2007] Rz 52). Zur Nichtanwendbarkeit auf bloße Innengesellschaften s noch unten bei und in FN 231 ff.

²¹⁶ OGH 1 Ob 685/90 JBl 1992, 183; *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in FS Straube (2009) 113 (126); *U. Torggler* in WK-UGB § 105 Rz 90; ausf *Schäfer*, Lehre 71 ff, 120 ff mwN.

²¹⁷ Vgl *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT Rz 144 f.

Die Qualifikation des vom BGH befürworteten Einwendungsausschlusses im Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhandkommanditist als Ausprägung der LfG setzt nämlich *erstens* voraus, dass diese überhaupt auf einen Beitritt von Gesellschaftern übertragbar ist. Das ist zwar weitestgehend unbestritten;²¹⁸ ebenso unbestreitbar ist aber der Umstand, dass die herausgearbeiteten Wertungsgrundlagen insoweit nur eingeschränkt gegeben sind, als durch die rückwirkende Unwirksamerklärung eines einzelnen Beitritts nicht die Existenz des Rechtsträgers in Frage gestellt würde. Folglich relativieren sich die konstatierten Rückabwicklungsschwierigkeiten im Innenverhältnis erheblich, weil weder Zuordnungsprobleme des Vermögens bestehen noch verschiedenartige Beschlüsse mit nachträglicher Unwirksamkeitsanordnung bedroht sind.²¹⁹ 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 (vgl § 82 GmbHG), bei der Personengesellschaft den Gläubigern überhaupt Gesellschafter als unmittelbare Haftungsadressaten verloren gingen.²²⁰

Wird die LfG somit zu Recht auch auf einen fehlerhaften Beitritt angewendet, äußert sich das abgeschwächte Verkehrerschutzbedürfnis schon darin, dass der Bestandschutz der einzelnen Mitgliedschaft nach hM vorrangigen Schutzinteressen der beteiligten Gesellschafter weichen müsse.²²¹ Dies wird bei Geschäftsunfähigkeit eindeutig,²²² bei vollmachtloser Vertretung beim Beitrittsgeschäft zumindest überwiegend bejaht,²²³ während die neuere Lehre eine Arglistanfechtung mit Wirkung *ex tunc* eher ablehnt.²²⁴ Ferner wird noch auf den von der Rsp befürworteten Vorrang kapitalmarktrechtlicher Schadenersatzansprüche einzugehen sein. Schließlich wird die LfG 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.²²⁵

²¹⁸ Schäfer, Lehre 302 ff, insb 321; G. H. Roth/Fitz, Unternehmensrecht² Rz 231; Westermann, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei Anlagegesellschaften des Personengesellschaftsrechts in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008 (2009) 145 (149); U. Torggler, Gesellschaftsrecht AT Rz 174; vgl auch die prominente EuGH-Entscheidung 15. 4. 2010 C-215/08, E. Friz.

²¹⁹ Diese Aspekte sind richtigerweise die tragfähigen Grundlagen der LfG aus Sicht des Innenverhältnisses, wie Schäfer (Lehre 79 ff) eindrucksvoll herausgearbeitet hat.

²²⁰ Schäfer, Lehre 302 ff, insb 321; Rüffler in FS Straube, 113 (126); U. Torggler, Gesellschaftsrecht AT Rz 174.

²²¹ OGH 4 Ob 233/00v RdW 2001, 148; Krejci, Gesellschaftsrecht Band I: Allgemeiner Teil und Personengesellschaften (2005) 75; G. H. Roth/Fitz, Unternehmensrecht² Rz 226, 229; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/202.

²²² Statt vieler Kastner/Doral/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 19; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 3 Rz 14 f.

²²³ ZB U. Torggler in WK-UGB § 105 Rz 94; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 3 Rz 11 je mwN.

²²⁴ OGH 8 Ob 12/93 SZ 66/111; G. H. Roth/Fitz, Unternehmensrecht² Rz 226; U. Torggler in WK-UGB § 105 Rz 93; ausf zum Meinungsstand Told, GesRZ 2011, 346 (352 bei und in FN 105)

²²⁵ Koppensteiner/Auer in WK-UGB § 130 Rz 4; Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 130 Rz 13; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/515 je mwN.

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 besteht hierfür wie gezeigt (oben IV.E.3.) auch kein durchschlagendes Schutzbedürfnis. Dennoch bejaht der BGH die Anwendung der LfG auf Treuhandgesellschafter insofern, als sie *gegenüber der Gesellschaft* keine Wurzelängel ihres Beitritts mit der Folge geltend machen können, dass sie ihre Einlage unabhängig von der wirtschaftlichen Gebarung der Gesellschaft zurückerlangen.²²⁶ Konsequenterweise wäre es dem Treugeber auch verwehrt, seine Einlage wegen eines Mangels beim Beitrittsversprechen gegenüber der Gesellschaft zu verweigern.²²⁷ In solchen Fällen ist die Anwendung der LfG gerade bei einer Publikums-KG ohne natürliche Person als Vollhafterin ausgehend vom – allerdings seinerseits umstrittenen – vergleichbaren Gläubigerschutzbedürfnis solcher „verdeckter“ wie bei echten Kapitalgesellschaften (s schon oben IV.E.3.d.) 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 LfG 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 LfG im Verhältnis zur Gesellschaft sowie die analoge Anwendung von §§ 82 f GmbHG (oben IV.E.3.d.) gesichert ist, auch noch die Möglichkeit entzogen werden soll, den mit ihm nur schuldrechtlich verbundenen unmittelbaren Schädiger/Irreführenden in Anspruch zu nehmen, ist aber schlicht unerfindlich.

Die Gefahr, dass der Haftungsfonds des Treuhänders als Kommanditist aufgrund der Ansprüche der Treugeber-Anleger aufgezehrt wird, ist aufgrund dieser Absicherung der Einlage aus Gläubigersicht erstens vernachlässigbar. Zweitens besteht wie gezeigt (IV.E.3.b. und c.) kein hinreichender Grund, warum ausgerechnet in diesem Fall die Haftungsverhältnisse des allgemeinen Treuhandrechts im Gläubigerinteresse durchbrochen werden sollten. Auch „unerträgliche Rückabwicklungsschwierigkeiten“ im Innenverhältnis bestehen nicht, wenn ein Treugeber seinem Treuhänder schadenersatz-/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

²²⁶ BGH II ZR 304/00 DStR 2001, 1355; *Schweizer* in MÜHdb GesR 24§ 96 Rz 72.

²²⁷ 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 II ZR 242/09 ZIP 2011, 2299; OLG Naumburg 12 U 48/13 BeckRS 2013, 22621).

Treuhänder zustünden.²²⁸ Es kommt wohl nicht von ungefähr, dass der BGH (oben IV.B.) somit entgegen den Grundsätzen der LfG davon ausgeht, dass der Treugeber mit einer eigenständigen Klage sehr wohl seine Ansprüche gegen den Treuhänder verfolgen kann.²²⁹

Als letztes Argument für die Befürworter der Anwendung der LfG bleibt allerdings noch das Bestehen einer Risikogemeinschaft unter den Treugeber-Anlegern, das in Frage gestellt würde, wenn einzelne Treugeber zulasten der übrigen Investoren Ersatz erhielten.²³⁰ Tatsächlich berufen sich im gegebenen Kontext *Menke*²³¹ auf das „Anlegerrisiko“, *Tebben*²³² ferner darauf, die LfG solle ein „Windhundrennen“ unter den getäuschten Anlegern verhindern. Diese Ansicht geht wiederum auf die Rsp des BGH zurück, mit der er die Grundsätze der LfG auch für die (typische) stille Gesellschaft fruchtbar macht.²³³ Letzteres zeigt allerdings, welche 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.²³⁴ Die Grenzen zwischen schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen würden vollends verwischt.²³⁵ Richtigerweise bildet das Bestehen einer Risikogemeinschaft für sich allein betrachtet daher mE keine tragfähige Grundlage für die mit der LfG einhergehenden Rechtsfolgen. Dementsprechend halten Teile der neueren Lehre die LfG richtigerweise bei Innengesellschaften nicht für anwendbar.²³⁶ Auch dem OGH genügt es – anders als dem BGH – nicht, dass eine „typische stil-

²²⁸ Es ist anerkannt, dass die LfG Schadenersatzansprüche gegen Initiatoren der Gesellschaft, die Gründungsgesellschafter und diejenigen, die sonst für die Fehlerhaftigkeit des Gesellschafterbeitritts verantwortlich sind, nicht ausschließt (BGH II ZR 354/02 DStR 2004, 1799; *Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB I³ § 105 Rz 264).

²²⁹ II ZR 297/11 ZIP 2012, 1706.

²³⁰ Vgl nur OGH 4 Ob 233/00v SZ 73/163: „[E]s 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“.

²³¹ NZG 2014, 1253 (1256f).

²³² In VGR 2010, 161 (175f) unter Berufung auf *Westermann* in VGR 2008, 145 (150, 166f).

²³³ Grundlegend BGH II ZR 158/69 BGHZ 55, 5 mit einer Begründung, die sich der OGH in 4 Ob 233/00v SZ 73/163 (Fn 225) fast wortwörtlich zu eigen macht.

²³⁴ Vgl wie hier *Ulmer/Schäfer* in MüKoBGB V⁶ (2013) § 705 Rz 359. Berechtigt mag – im Insolvenzfall – eine nachrangige Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Beitrittsversprechen solcher Gläubiger sein, die nachrangiges Kapital im Sinne des BWG zeichnen (so OGH 296/01i GesRZ 2002, 146).

²³⁵ Treffend die Wortmeldung von *Schäfer* in *Hecker*, VGR 2010 (2011) 181 (182f): „Durch die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft würde das Treuhandverhältnis aufgrund einer ergebnisorientierten Perspektive faktisch wie ein Mitgliedschaftsverhältnis behandelt.“

²³⁶ *Flume*, Personengesellschaft³ § 2 III, 26f; *Schäfer*, Lehre 143ff; *Ulmer/Schäfer* in MüKoBGB V⁶ § 705 Rz 359; *Schöne* in BeckOK BGB⁴⁰ § 705 Rz 162; für Österreich ebenso *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT Rz 101 iVm Rz 418ff, der generell nur rechtsfähige Gesellschaften einbezieht.

le Gesellschaft als auf Dauer angelegte Gesellschaft eine echte Risikogemeinschaft“ darstelle, um damit eine Anwendung der LfG zu rechtfertigen.²³⁷ Wenn er hiervon wiederum für atypisch stille Gesellschaften eine Ausnahme macht,²³⁸ wird dies von Teilen des Schrifttums mit Recht abgelehnt.²³⁹

All dies gilt auch (oder besser: erst recht) für das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder,²⁴⁰ mag die Treuhandbeteiligung auch als Publikums-Modell ausgestaltet sein. Dafür spricht nicht zuletzt die Auffassung des OGH in 9 Ob 68/08b,²⁴¹ worin er wie gezeigt (oben IV.D.) im Interesse der Anleger die schuldrechtliche gegenüber der gesellschaftsrechtlichen Komponente ihrer Beteiligungen in den Vordergrund rückt. Selbst wenn zwischen den einzelnen Treugeber-Anlegern eine GesBR anzunehmen wäre,²⁴² handelt es sich dabei wiederum um eine bloße Innen-Gesellschaft, die nach dem Gesagten keinen besonderen Bestandschutz rechtfertigt.

Allenfalls verbleibende Restzweifel daran, ob die Vermeidung eines „Windhundrennens“ nicht doch als Rechtfertigung der LfG dienen kann, sind mE spätestens seit jener Judikatur beseitigt, die aus der Wertung von § 11 KMG ableitet, dass die LfG Ersatzansprüchen geschädigter Anleger-Gesellschafter auf kapitalmarktrechtlicher Grundlage entgegensteht (dazu sogleich IV.E.4.c.).²⁴³ Denn gerade bei diesen Anspruchsgrundlagen sind typischerweise eine Vielzahl von geschädigten Anlegern zu vergewärtigen, die miteinander in Konkurrenz treten.

Zusammengefasst rechtfertigen weder besondere Rückabwicklungsschwierigkeiten noch Gläubigerschutzerwägungen eine Anwendung der Grundsätze der LfG auf das Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber.²⁴⁴ 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.

²³⁷ OGH 4 Ob 233/00v SZ 73/163.

²³⁸ OGH 8 Ob 12/93 SZ 66/111.

²³⁹ U. Torggler/Straube in Straube (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch (2003) § 178 Rz 7; Ulmer/Schäfer in MüKoBGB V⁶ § 705 Rz 359 mwN; s auch Trenker in U. Torggler, UGB² § 179 Rz 9: „zweifelhaft[]“.

²⁴⁰ Auf die Parallele von stiller Gesellschaft und Treuhand in diesem Kontext weist schon Tebben in VGR 2010, 161 (175 f) hin.

²⁴¹ GesRZ 2009, 361 (Oppitz).

²⁴² Vgl konkret nur Westermann in VGR 2008, 145 (165).

²⁴³ OGH 7 Ob 77/10i GesRZ 2011, 251 (Diregger); 6 Ob 28/12d GesRZ 2012, 252 (Schuhmacher); ebenso BGH II ZR 140/03 NZG 2005, 472 („Göttinger Gruppe“); aA noch OGH 8 Ob 7/95 HS 26.301. Da der OGH den vielen kritischen Stellungnahmen im Schrifttum (Nw bei Trenker, ÖBA 2013, 188 in FN 10) bewusst entgegengetreten ist, erscheint eine Judikaturwende nicht zu erwarten und ist folglich vernünftigerweise von der Richtigkeit dieser Ansicht auszugehen.

²⁴⁴ Explizit so bereits Armbrüster, NJW 2009, 2167 (2169); s auch die Wortmeldungen von K. Schmidt und Schäfer in Hecker in VGR 2010 (2011) 181 (182 f); ebenso noch Tebben, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (2000) 246 ff.

c. Einschränkung der Lehre vom fehlerhaften Beitritt für gewisse Ansprüche

Selbst wenn man einer Anwendung der LfG 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.²⁴⁵ Denn diese Ansprüche gehen nach Auffassung des Höchstgerichts sogar der LfG bzw den Kapitalaufbringungs-/erhaltungsvorschriften im Verhältnis eines „echten“ Aktionärs zu einer AG vor.²⁴⁶

Fraglich ist, wieweit diese „Bereichsausnahme“ gezogen wird. Der OGH hat die Durchbrechung der Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt bislang für Prospekthaftungsansprüche gem § 11 KMG²⁴⁷ sowie Schadenersatzansprüche wegen Marktmanipulation (§ 48a BörseG) und Verletzung der Verpflichtung zur Ad-hoc-Publizität gem § 48d BörseG²⁴⁸ 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.²⁴⁹

Woraus er diesen Befund ableitet, wird allerdings nicht näher erklärt. Rückschlüsse darauf, wieweit die damit begonnene Erosion der Lehre vom fehlerhaften Beitritt geht, sind daher schwierig. Insbesondere stellt sich die Frage, ob und warum die LfG zwar nicht der Prospekthaftung, jedoch einem Schadenersatzanspruch wegen *culpa in contrahendo*, der ursprünglichen Grundlage der Prospekthaftung, sowie einer Vertragsanfechtung wegen Irrtum oder zumindest wegen Arglist entgegenstehen soll. Von Teilen des Schrifttums wird ein solches Ergebnis als wertungswidersprüchlich charakterisiert (freilich mit der Konsequenz, dass die LfG auch gegenüber der Prospekthaftung prävaliere).²⁵⁰ *Told*²⁵¹ 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. Auch wenn man dementsprechend Schadenersatzansprüchen aus dem Beitritt gegenüber der Gesellschaft weiterhin ausschließen will, wenn sie auf einer nicht kapitalmarktrechtlichen Anspruchsgrundlage iWb beruhen, ist nicht zu bestreiten, dass die Überzeugungskraft der Lehre vom fehlerhaften Beitritt durch diese Judikatur zunehmend Risse erfahren hat.²⁵² Nicht

²⁴⁵ OGH 6 Ob 28/12d GesRZ 2012, 252 (*Schuhmacher*).

²⁴⁶ Oben IV.E.4.b. bei und in FN 238.

²⁴⁷ OGH 7 Ob 77/10i GesRZ 2011, 251 (*Diregger*); RS0126930.

²⁴⁸ OGH 6 Ob 28/12d GesRZ 2012, 252 (*Schuhmacher*).

²⁴⁹ Diese Begründung geht maßgeblich auf *Rüffler* (in FS Straube, 113 [121 ff]) zurück.

²⁵⁰ *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).

²⁵¹ Prospekthaftung versus Kapitalerhaltung bei Kapital- und Personengesellschaften, GesRz 2011, 346 (352 f).

²⁵² Noch weitergehend *Zib* in *Zib/Dellinger* UGB § 105 Rz 105; abw weiterhin *Eckert/Co-hen*, oben 113 (137 f).

extensive Ausdehnung, sondern zurückhaltende Anwendung ist daher geboten, was ein weiteres Argument gegen deren Übertragbarkeit auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber ist.

d. 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 LfG ist auf das Rechtsverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder nicht anwendbar. Die Wertungsgrundlagen der LfG sind auf das zweiseitige Verhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber nicht übertragbar, nicht zuletzt 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 LfG. Der Treugeber kann seiner Freistellungsverpflichtung folglich alle Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zum Treuhänder entgegen halten, egal ob dieser selbst oder ein KG-Gläubiger den Freistellungsanspruch geltend macht.

V. Resümee

Unter der Annahme der umfassenden Anwendung österreichischen Rechts kann zur Frage nach der einwendungslosen Außenhaftung des Treugeberkommanditisten zusammengefasst Folgendes festgehalten werden:

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 f GmbHG auf die GmbH & Co KG – ohnehin den Gläubigern zu Gute kommen kann. Für eine darüber hinausgehende „wirtschaftliche“ (Einwendungsausschluss iSd BGH-Judikatur) oder „echte“ (§§ 171 f 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 zu Gute kommen oder gänzlich entfallen soll. Auslegungsschwierigkeiten im Einzelfall sind vorprogrammiert – Judikatur des OGH zu den vorliegenden Problemkreisen bleibt mit großer Spannung zu erwarten.