

Spätlese

Ausgewählte Veröffentlichungen aus der Zeit von 2004 bis 2016

Bearbeitet von
Herbert Wiedemann, Prof. Dr. Martin Henssler

1. Auflage 2017. Buch. X, 275 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 70287 7
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 750 g

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen >
Methodenlehre, Rechtstheorie](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

II. Gesellschaftsrechtliche Einbeziehung von Treugebern

1. Rückblick

Die verschiedenen Modelle, die eine Einbeziehung von Treugebern in die Organisation der Personengesellschaft (Grund- oder Hauptgesellschaft) erklären und begründen wollen, berufen sich durchweg auf die Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 13. Mai 1953.⁹ Indessen wird in den Gründen die Stellung eines Treugebers mit Informationsrechten in der Gesellschaft nur beispielhaft erwähnt, dem Urteil allerdings ein zu weit gefaßter Leitsatz vorausgestellt. Eine argumentative Auseinandersetzung findet sich in dem Urteil vom 11. Oktober 1976¹⁰ zur verwandten Problematik der Zulässigkeit einer unwiderruflichen Stimmrechtsausübung durch den Treugeber. Maßgebend für die spätere Rechtsprechung und für die Diskussion im Schrifttum wurde erst die Entscheidung vom 15. März 1987, in der die Stellung des Treugebers ausführlich erläutert wird:¹¹

„Wie der Senat im Urteil vom 13. Mai 1953 ausgeführt hat, ist es im Falle eines offenen Treuhandverhältnisses denkbar, daß im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern die Treugeber, also diejenigen, die nicht die Stellung als Gesellschafter erhalten haben, so gestellt werden, als ob sie die Kommanditisten seien (BGHZ 10, 44, 49f.). Ein solches Vertragsverhältnis mit den Gesellschaftern wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn – wie bei Publikumsgesellschaften häufig – die mittelbare Beteiligung erst noch zuwerbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand von vornherein vorgesehen ist und im Hinblick drauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrage geregelt sind. Eine solche Regelung ist rechtlich unbedenklich; sollen im Einzelfall die Treugeber Rechte ausüben dürfen, die von der Mitgliedschaft des Treuhänders grundsätzlich nicht abgespalten werden können, wäre das ausnahmsweise zulässig, weil dem alle Gesellschafter zugestimmt haben (vgl. MünchKomm-Ulmer, 2. Aufl., § 705 Rdnr. 78; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1381; Bälz, ZGR 1980, 1, 95).“

Im gegebenen Fall betont der Senat die Eingliederung des Treugebers und beschreibt seine Rechtsstellung dahin, dass er durch den Gesellschaftsvertrag „direkt an der Gesellschaft beteiligt wird“. Die Nachfolgeurteile bringen zunächst keine zusätzlichen Erläuterungen, aber weitgehende Folgerungen für die Binnenhaftung des Treugebers hinsichtlich der Kapitalaufbringung¹² und für die Verlustausgleichspflicht des nur mittelbar Beteiligten in der Liquidation.¹³ Das Urteil vom 23. Juni 2003¹⁴ enthält eine erläuternde, doch im Ansatz abweichende Bestätigung:

⁹ BGH v. 13.5.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, S. 44, 49 (KG).

¹⁰ BGH v. 11.10.1976 – II ZR 119/75, WM 1976, S. 1247 (GmbH).

¹¹ BGH v. 30.3.1987 – II ZR 163/86, ZIP 1987, S. 912, 913 (KG): Haftung des Gründergesellschafters einer PubliKG gegenüber über einen Treuhandkommanditisten beigetretenen Kapitalanlegern.

¹² BGH v. 13.4.1992 – II ZR 225/91, BGHZ 118, S. 107: GmbH-Strohmanngründung.

¹³ BGH v. 11.10.2011 – II ZR 242/09, ZIP 2011, S. 2299 (OHG): Liquidation eines geschlossenen Immobilienfonds in Form einer OHG, Gesellschafterstellung des Treugebers im Innenverhältnis.

¹⁴ BGH v. 23.6.2003 – II ZR 46/02, ZIP 2003, S. 1702 (GbR): Zinszahlungen.

„Es ist seit langem anerkannt, daß Treugebern, die nicht selber Gesellschafter werden, sondern für die ein Gesellschafter treuhänderisch Anteile hält, unmittelbare Rechte und Ansprüche zugebilligt werden können (vgl. Senat, BGHZ 10, S. 44, 49). Nach dem Treuhandvertrag handelt es sich bei dem Verhältnis zwischen den Gesellschaftern einerseits und den Treugebern andererseits nicht um ein klassisches Treuhandverhältnis, sondern um eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung.“

Eine für das gegenwärtige Verständnis des Senats maßgebende Formulierung gibt die Entscheidung vom 11. Oktober 2011¹⁵ für einen Immobilienfonds in Form der OHG.

Rn. 16: (Es entspreche einer langjährigen Rechtsprechung,) „dass im Falle einer so genannten offenen oder qualifizierten Treuhand gerade bei der treuhänderischen Zusammenfassung zahlreicher Geldgeber die Beteiligten ihr gesellschaftlerliches Innenverhältnis so gestalten können, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären. Durch eine solche Regelung besteht für die Beteiligten die Möglichkeit, ihre Rechtsbeziehungen untereinander der wirklichen Sachlage anzupassen. In dieser Hinsicht, das heißt, bezogen auf das Innenverhältnis sind sie durch zwingendes Recht nicht eingeschränkt, weil die Gestaltung ihrer internen Rechtsbeziehungen im allgemeinen einer vertraglichen Vereinbarung zugänglich ist (Urteil vom 13. Mai 1953, BGHZ 10, 44, 49f.) ... Eine solche Regelung ist rechtlich unbedenklich, sollen im Einzelfall die Treugeber Rechte ausüben dürfen, wie z. B. das Stimmrecht von der Mitgliedschaft des Treuhänders grundsätzlich nicht abgespalten werden können, ist das ausnahmsweise zulässig, weil dem alle Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zugestimmt haben ... Aufgrund der vertraglichen Bestimmungen insbesondere der Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag hat die Beklagte (sc. die Treugeberin) im Innenverhältnis zur Klägerin (sc. der Hauptgesellschaft) die Stellung einer unmittelbaren Gesellschafterin erlangt (Quasi-Gesellschafterin).“

Die Beurteilung der Judikatur ist nicht ganz einfach. Gemeinsam ist vielfach eine globale Betrachtungsweise, die die Treugeber in die Rechtsverhältnisse der Grundgesellschaft einbinden soll und nicht etwa einzelne quasi-mitgliedschaftliche Rechte einräumen oder sie mit einer schuldrechtlichen Gleichstellungsabrede begünstigen will. Den höchstrichterlichen Entscheidungen liegen, wenn ich es recht verstehe, zwei gänzlich verschiedene Denkmuster zugrunde. Im ersten Modell erhalten der oder die Treugeber eine mitgliedschaftliche Rechtsposition in der Hauptgesellschaft, die sie unmittelbar mit gesellschaftsrechtlichen Befugnissen begünstigt, aber auch mit mitgliedschaftlichen Pflichten belastet. Als Alternative wird die Rechtsposition der Treugeber in das Mitgliedschaftsverhältnis des Treuhänders eingebettet, so dass er darauf beruhende Rechte und Pflichten versieht. Die Gerichtssprache kennzeichnet die erste Herangehensweise mit der Kennzeichnung als „Quasi-Gesellschafter“ und die zweite mit dem Bild der „Überlagerung des Treuhandverhältnisses“. Dem entsprechen in der Lehre die Suche nach einem „umfassenden Organisationsverhältnis“¹⁶,

¹⁵ BGH v. 11.10.2011 – II ZR 242/09, ZIP 2011, S. 2299 (OHG): Liquidation eines geschlossenen Immobilienfonds in Form einer OHG, Gesellschafterstellung des Treugebers im Innenverhältnis.

¹⁶ Vgl. in dieser Richtung Karsten Schmidt, in: MünchKomm (2. Aufl. 2009), Vor § 230 HGB, Rn. 78ff.; kritisch dazu Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften (2001), S. 182f.

auf der anderen Seite die Beschreibung als „qualifizierte Treuhand“¹⁷. Beide Varianten sind getrennt zu untersuchen.

2. Einbeziehung in die Grundgesellschaft

Die Rechtsprechung und das ihr folgende Schrifttum erklären die mittelbare Beteiligung von einem oder mehreren Treugebern an einer Personengesellschaft überwiegend dahin, dass der Treugeber – entsprechende Vertragsabsprachen vorausgesetzt – mit der Hauptgesellschaft ein unmittelbares mitgliedschaftliches Rechtsverhältnis begründet. Der Beitritt wird dabei durch den Treuhandgesellschafter vorbereitet und vermittelt, die Rechte und Pflichten des oder der Treuhänder werden aber dann unmittelbar zwischen ihnen und der Verbandsperson selbst vollzogen. Die mitgliedschaftlichen Rechte der Treugeber werden in den Vertragsvereinbarungen regelmäßig nicht alle aufgezählt; Mitverwaltungs- und Kontrollrechte sowie Beitrags- und Abwicklungspflichten sollen sich vielmehr aus der Integration der Kapitalanleger von selbst ergeben.

- Die Stellungnahme zu dieser gesellschaftsrechtlich verankerten Treugeberposition wird zunächst daran erinnern, dass die Zeitgenossen der frühen Rechtsprechung von einer schuldrechtlichen Grundlage ausgingen und einen gesellschaftsrechtlichen Charakter ausdrücklich ablehnten;¹⁸ er wurde in die Urteile des Bundesgerichtshofs erst später hineingelesen.
- Für die Wirtschaftspraxis wirft die Einführung einzelner Gesellschafterrechte oder eines eigenen Assoziierungsstatus des Treugebers schwer lösbare Rechtsprobleme auf, die die ordentliche Gerichtsbarkeit bisher nicht entschieden hat. Sollen die Treugeber eine eigene Gesellschafterklasse bilden? Soll sich ihre Beschränkung auf das Innenverhältnis nur auf den Ausschluß der Organvertretung auswirken oder auch auf einzelne Beschlussgegenstände in der Hauptgesellschaft? Sollen ihnen auch originäre Kündigungs- und Abwehrrechte zustehen, wenn in der Gesellschaft über Nachschußpflichten, Gewinnbeschränkungen oder andere Vertragsänderungen abgestimmt wird? Welche Rechte verbleiben dem Treuhänder?¹⁹ Und wenn dieser, wie der Senat sagt, nur ein technisches Mittel abgibt, muß dann nicht auch der unmittelbar berechnigte Quasi-Gesellschafter – wie in der GmbH – wenigstens im Innenverhältnis eine Haftung entsprechend den §§ 128, 171 HGB treffen?
- Weiter stößt eine partielle Beteiligung, die weder zur Teilhabe an der Gesamthand noch an den Gesamthandsschulden führen soll, auf rechtliche Bedenken.²⁰ Auch mit allseitiger Zustimmung der Gesellschafter kann einem Dritten keine

¹⁷ Vgl. in dieser Richtung *Ulmer*, in: Festschrift für Walter Odersky (1996), S. 873.

¹⁸ Vgl. *Robert Fischer*, Anmerkung zu LM § 198 AktG Nr. 1; *ders.*, in: Großkomm HGB (3. Aufl. 1973), § 105 HGB, Anm. 28b; nicht eindeutig *Gefßler*, in: Schlegelberger (4. Aufl. 1963), § 161 HGB, Rn. 32.

¹⁹ Vgl. die Bedenken gegen eine „Verdoppelung“ der Gesellschafterrechte bei *Armbrüster*, ZIP 2009, S. 1885, 1886.

²⁰ Kritisch dazu *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften (2001), S. 175 ff.; *Tebben*, ZGR 2001, S. 586, 595 ff.

Quasi-Mitgliedschaft und nur beschränkt ein gesellschaftliches Vermögensrecht übertragen oder unwiderruflich überlassen werden, weil die Mitgliedschaften in einer Gesellschaft auf eine in sich abgestimmte Einheit von Zuständigkeiten, Rechten und Pflichten angelegt ist und es zu erheblichen Störungen des gesellschaftsrechtlichen Gefüges wie auch zur Rechtsunsicherheit führen kann, wenn diese Einheit durch eine dauernde und von den Gesellschaftern nicht abänderliche Einmischung Dritter gesprengt wird, § 717 BGB.²¹ Bezogen auf ihre Beteiligung ist es den Gesellschaftern grundsätzlich nicht möglich, auf ihre Selbstbestimmung ganz oder teilweise zugunsten Dritter zu verzichten und sich damit ihrer eigenen Vertragsfreiheit zu entäußern. Das ist heute weitgehend anerkannt²² und wird durch die so genannte Kernbereichslehre im Einzelnen ausgeformt. Die Zurückhaltung der Rechtsordnung gegenüber dem Verzicht auf Selbstbestimmung gilt auch gegenüber der Gesellschaft als solcher, die sich ihrer Verbandsautonomie nicht begeben kann.²³ In unserem Zusammenhang ist allerdings zu fragen, ob es besondere Gründe gibt, bei der Vereinbarung von Treuhandverhältnissen an Anteilen davon abzuweichen. Zur Begründung der Zulässigkeit verweist der Senat auf die allseitige Zustimmung der Mitgesellschafter und deren Dokumentation im Gesellschaftsvertrag, die in der Tat notwendig, aber nicht hinreichend²⁴ ist. In der Rechtslehre wird deshalb vorgeschlagen, die Einschränkung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze damit zu begründen, daß der – zusätzlich oder alternativ – mit Gesellschafterrechten ausgestattete Treugeber im Gegensatz zu einem beliebigen Dritten ebenfalls die Interessen der Hauptgesellschaft verfolgen wird, da es sich um sein eigen Hab und Gut handelt. Dabei wird aber nicht berücksichtigt, dass auf mitgliedschaftliche Grundrechte im Voraus nicht verzichtet werden kann, weil der Inhaber nicht voraussehen kann, wann und unter welchen Umständen er auf ihre Hilfe angewiesen sein wird – ein typischer Fall begrenzter Rationalität im Sinn der Verhaltensökonomie.²⁵ Der Schutz gilt gleichermaßen dem einzelnen Gesellschafter wie ihrer Gesamtheit.

- *Last not least* erübrigt sich die widerspruchsvolle Rechtsfortbildung, wenn die Beitrittserklärung den Kapitalzeichnern die Wahl zwischen der ordentlichen Mitgliedschaft in der Projektgesellschaft und der mittelbaren Beteiligung als Treugeber anbietet, was heute in der Kautelarjurisprudenz vielfach geschieht.

²¹ Vgl. BGH v. 11.10.1976 – II ZR 119/75, WM 1976, S. 1247, 1250 (KG): Unwiderrufliche Stimmrechtsausübung; dazu *Reuter*, ZGR 1978, S. 633.

²² BGH v. 14.5.1956 – II ZR 229/54, BGHZ 20, S. 363 (KG); *Baumbach/Hopt* (34. Aufl. 2010), § 119 HGB, Rn. 36; *Flume*, Personengesellschaft (1977), S. 230, 237; *Hermanns*, ZIP 2005, S. 2284, 2286; *Ulmer/Schäfer*, MünchKomm (5. Aufl. 2009), § 709 BGB, Rn. 90ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Band II (2004), § 3 III 2, S. 219f.

²³ Vgl. *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften (2001), S. 276; *Herfs*, Einwirkung Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH (1994), S. 53ff.; *Schlegelberger/Martens* (5. Aufl. 1992), § 109 HGB, Rn. 9ff.; *Tebben*, ZGR 2001, 586, 607; *Wiedemann*, in: Festschrift für Wolfgang Schilling (1973), S. 105.

²⁴ Ebenso *Tebben*, ZGR 2001, S. 590, 595ff. m. w. N.

²⁵ Dazu *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), Beitrag der Verhaltenökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht: ZHR-Beiheft 75.

Auch ohne ein solches Angebot kann ein Kapitalzeichner sein Engagement davon abhängig machen, einen Platz in der Hauptgesellschaft selbst zu erhalten.²⁶

3. Einbeziehung in die Treuhandmitgliedschaft

Ein ganz anderes Modell versucht den Einfluss eines Treugebers auf die Grundgesellschaft mit einer besonderen Ausformung des Treuhandverhältnisses, nämlich durch Abstimmung mit den anderen Hauptgesellschaftern, zu begründen. Der oder die Treugeber werden nicht am Innenverhältnis der Hauptgesellschaft beteiligt, ihre Rechtsverhältnisse werden vielmehr gegenüber dem Treuhänder mit Rücksicht auf den besonderen Charakter des Treugutes ausgestaltet. Die privatrechtliche Treuhand hat bekanntlich im deutschen Recht keine dem angelsächsischen Vorbild²⁷ mit seiner Aufgabenteilung entsprechende Organisationsform erfahren; gleichwohl erscheint es nicht ausgeschlossen, für die Treuhand an Beteiligungen eine solche Rechtsfigur im Wege der Rechtsfortbildung anzuerkennen.²⁸ Auf diese Weise findet die Treuhand an Beteiligungen ihren Schwerpunkt zutreffend in der Weiterführung des Treuhandrechts und nicht des Gesellschaftsrechts. Die Vereinbarungen zwischen den Beteiligten begründen danach keine eigenständigen Rechtsverhältnisse zwischen der Hauptgesellschaft bzw. ihren Mitgliedern einerseits und den wirtschaftlich beteiligten Treugebern andererseits, das Treuhandverhältnis beschränkt sich vielmehr auf die Abreden zwischen den Vertragspartnern.

Auf der Suche nach verwandten Rechtsformen scheidet die Gruppenbildung innerhalb der Gesellschaft durch eine sog. Vertreterklausel aus, weil die vertretenen Teilhaber Vollmitglieder sind. Weiterführend ist dagegen der Vergleich mit dinglichen Belastungen von Sachgütern oder Forderungen und hier insbesondere die Bestellung eines Nießbrauchs an einer Beteiligung. Der Besteller eines Nießbrauchs bleibt dabei Rechtsinhaber und Vollgesellschafter, überläßt jedoch die Nutzungen der Mitgliedschaft einem außenstehenden Dritten. Eine gesetzliche Grundlage für das Nießbrauchsverhältnis bietet der Rechtsgedanke der §§ 1068, 1074 BGB, die freilich für Gesellschaftsanteile keine nähere Anweisung enthalten. In der Rechtslehre ist deshalb bis heute nicht gesichert, wie die einzelnen aus der Beteiligung fließenden Rechte und Pflichten zwischen dem Inhaber der belasteten Mitgliedschaft und dem Nutzungsberechtigten aufzuteilen sind und wer vor allem die Verwaltungsrechte auszuüben berechtigt ist. Manche meinen, das Stimmrecht stehe ausschließlich dem Besteller zu, andere wollen es im Zweifel dem Nießbraucher überlassen; eine dritte Auffassung schlägt eine Rechtsgemeinschaft zwischen Besteller und Nießbraucher vor, die sich dann der Rechtsteilung entsprechend einigen

²⁶ Vgl. nur den Sachverhalt in BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, ZIP 2011, S. 1657: Auskunft über die Mitgesellschafter.

²⁷ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band I (1971), S. 328 ff; zur Rechtslage der Treuhandvereinbarung im deutschen Privatrecht *Grundmann*, Der Treuhandvertrag (1997).

²⁸ Dazu *Ulmer*, in: Festschrift für Walter Odersky (1996), S. 873, 889; *Tebben*, ZGR 2001, S. 586.

müssen.²⁹ In der höchstrichterlichen Rechtsprechung garantiert der BGH dem Eigentümer die Ausübung der ihm aus der Kernbereichslehre entspringenden Befugnisse.³⁰ Die unterschiedlichen Auffassungen im Schrifttum stimmen wenigstens darin überein, dass Eigentümer und Nießbraucher nach außen gemeinsam berechtigt sind; wie beide es untereinander handhaben, braucht hier nicht entschieden zu werden. Das gedankliche Modell lässt sich für Treuhandverhältnisse fruchtbar machen, auch wenn man berücksichtigt, dass der Treugeber eine wirtschaftlich stärkere Stellung hat als der Nießbraucher. Maßgebend ist dabei der Gedanke, daß das Treuhandverhältnis eine durch die Besonderheit des Treugutes geprägte Rechtsgemeinschaft zwischen den Beteiligten entstehen lässt, die dann dem Treugeber je nach Vertragsinhalt auch die *Ausübung* von Treuhänderrechten in der Grundgesellschaft eröffnet. Das Treuhandverhältnis wird dadurch nicht zu einem Gesellschaftsverhältnis, und es werden keine Rechte aus der Treuhandmitgliedschaft abgespalten. Für das Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber ist der Treuhandvertrag zuständig, hilfsweise das gesetzliche Geschäftsbesorgungsrecht. Sieht der Vertrag über das Weisungsrecht hinaus vor, dass der Treugeber Befugnisse aus der Treuhandbeteiligung selbst wahrnehmen könne (qualifizierte Treuhand), so bedarf dies nach Form und Inhalt auch einer Rechtsgrundlage im Statut der Grundgesellschaft. Der Treugeber übt keine eigenen Stimm- oder Informationsrechte, sondern diejenigen aus dem Vertragsverhältnis aus – was freilich einen abgekürzten Zahlungsverkehr zwischen Gesamthand und Treugeber nicht ausschließt.³¹ Die Kautelarjurisprudenz muss unter diesen Umständen mithin Gesellschaftsvertrag und Treuhandvertrag aufeinander abstimmen und außerdem die Zuteilung der mitgliederschäftlichen Rechte und korrespondierenden Pflichten im Treuhandvertrag vorsehen. Ohne eine solche Vorsorge müssen sich die Vertragspartner über ihr Vorgehen allgemein oder *ad hoc* einigen; das ist die Kehrseite einer der Vertragsfreiheit überlassenen Rechtsfigur. Zu den ungelösten Fragen gehört die Verteilung der Zuständigkeiten für unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte, also den Kernbereich der Stimm-, Informations- und Kündigungsrechte in der Grundgesellschaft. Angesichts der herkömmlichen Treuhandlehre, die dem Treuhänder die volle Rechtsinhaberschaft zuerkennt, spricht manches dafür, ihm auch den verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Mindestschutz jedes Gesellschafters zu belassen; alles andere setzt eine Rechtsfortbildung der Treuhand zu einem eigenständigen Rechtsinstitut mit vorgezeichneter Zuständigkeitsverteilung voraus. Dem entspricht die volle Haftung des Treuhandgesellschafters im Innen- wie im Außenverhältnis für Einlagenschulden und je nach Rechtsform gegenüber Gesellschaftsgläubigern. Die Rechtsprechung zu den Personengesellschaften lehnt eine Haftung des Treugebers direkt oder analog nach den §§ 128, 130, 171 ff. HGB gegenüber den Gesellschaftsgläubi-

²⁹ Vgl. dazu eingehend Karsten Schmidt, in: MünchKomm HGB (3. Aufl. 2009), Vor § 230 HGB, Rn. 21; Schön, ZHR 158 (1994), S. 229, 260 ff.; Ulmer, in: MünchKomm BGB (5. Aufl. 2009), § 705 BGB, Rn. 97 ff.

³⁰ BGH v. 9.11.1998 – II ZR 213/97, ZIP 1999, S. 68, 69 (GbR): Zuständigkeit für Grundlagenbeschlüsse verbleibt trotz Nießbrauchs beim Inhaber der Mitgliedschaft.

³¹ Dazu BGH v. 28.1.1980 – II ZR 250/78, BGHZ 76, S. 127, 129.

gern überwiegend ab.³² Dagegen hält sie eine unmittelbare Inanspruchnahme des Treugebers für offene Einlageforderungen und unberechtigte Kapitalausschüttungen für zulässig.³³

Das Modell des in die Mitgliedschaft integrierten Treuhandverhältnisses läßt sich mit der Dogmatik des Gesellschaftsrechts besser abstimmen als die verschwommenen Vorstellungen³⁴ einer unmittelbaren Beteiligung von mittelbar Berechtigten. Viele Einzelheiten wie die Gründungsanforderungen im Statut der Hauptgesellschaft, die Erhaltung der einheitlichen Treuhandmitgliedschaft trotz Einbeziehung des Treugebers oder dessen Einbindung in die Gesellschaftertreue lassen sich mit einer Vorstellung „dinglicher“ Belastung eines Gesellschaftsanteils gut vereinbaren. Die Schwäche dieser Herangehensweise liegt in ihrer Beschränkung auf klassische Treuhandverhältnisse, bei denen lediglich ein oder mehrere Treugeber an einer personalistischen Grundgesellschaft beteiligt werden. Die in Rechtsprechung und Rechtslehre einschlägigen Aussagen betreffen denn auch meist diesen Lebenssachverhalt und lassen sich mit der dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden Personengesellschaft gut vereinen. Für Publikumsgesellschaften, in denen ein Treuhänder mehrere hundert Kapitalanleger in der Fondsgesellschaft vertritt, ist der Ansatz wenig geeignet, da er nach dem Vorbild der dinglichen Belastung eine Kooperation unter den Mitberechtigten voraussetzt.

III. Schuldrechtlich verstärkte Treugeberstellung

1. Die Gleichstellungsabrede

Wer die Begründung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche der Treugeber in einer Publikumspersonengesellschaft für nicht möglich und in einer klassischen Treuhandsgestaltung für entwicklungsbedürftig hält, muß sich fragen lassen, ob und gegebenenfalls wie eine schuldrechtliche Einbeziehung der Kapitalanleger in das Finanzierungswerk verwirklicht werden kann. Wie erwähnt haben die Urheber der mittelbaren Beteiligung in der Rechtsprechung die Einbeziehung von Treugebern in das Finanzvorhaben schuldrechtlich qualifiziert. Dieser Ursprung hat sich in den Formularverträgen bis in die Gegenwart erhalten und in „als ob“-Klauseln niedergeschlagen. Das deutsche Privatrecht macht von dieser Rechtsfigur häufig Gebrauch,

³² BGH v. 28.1.1980 – II ZR 250/78, BGHZ 76, S. 127, 130 (KG): Mittelbare Einstandspflicht bei unmittelbarer Einlagenrückgewähr; BGH v. 11.11.2008 – XI ZR 468/07, BGHZ 178, S. 271, 274 (Gbr): keine Haftung des Treugebergesellschafters; BGH v. 21.4.2009 – XI ZR 148/08, ZIP 2009, S. 1266 (Gbr: keine Außenhaftung eines nur wirtschaftlich Beteiligten); BGH v. 5.5.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, S. 310 (OHG): Verjährung des Freistellungsanspruchs; BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, ZIP 2011, S. 1657 (Gbr): Haftung eines treugeberischen Mitgesellschafters; BGH v. 11.10.2011 – II ZR 242/09, ZIP 2011, S. 2299 (OHG): Haftung eines Treugebers gegenüber der „eigenen“ Gesellschaft; Nachweise zur Rechtsprechung der Obergerichte zusammengestellt von *Tebben*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion (2011), S. 161, 164.

³³ BGH v. 13.4.1992 – II AZR 225/91, BGHZ 118, S. 107: Strohmangründung einer GmbH.

³⁴ Vgl. schon *Flechtheim*, in: Düringer/Hachenburg (3. Aufl. 1932), § 161 HGB, Anm. 9.

wobei sich die Bezugnahme auf einzelne Regeln oder auf einen ganzen Rechtsstatus erstrecken kann, wie er im Arbeitsrecht für die Gleichbehandlung der nicht organisierten Arbeitnehmer mit den tarifgebundenen Arbeitnehmern geläufig ist.³⁵ An der Zulässigkeit einer breitflächigen Gleichstellung der Kapitalanleger mit den Mitgliedern der Hauptgesellschaft besteht kein Zweifel. Die Voraussetzungen einer wirksamen Gleichstellung lauten ähnlich wie diejenigen einer quasi-gesellschaftsrechtlichen Aufnahme. Es bedarf der Grundlage im Vertrag der Hauptgesellschaft und in der Treuhandvereinbarung, wobei entweder einzelne Befugnisse mit entsprechenden Verpflichtungen auf beiden Seiten, z. B. Informationsrechte verschiedener Art (laufende Berichterstattung, Einsicht in Unterlagen, Auskunft über die Interna der Gesellschaft wie der Treuhandverwaltung) vorgesehen werden können; die Rechte des Treugebers sollten deutlich abgegrenzt und ihre Ausübung vorgezeichnet sein. Die Beteiligten können darüber hinausgehen und eine allgemeine oder unter Vorbedingungen (Unternehmenskrise) eintretende Gleichbehandlung aufbauen. Die Zulässigkeit solcher schuldrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse stößt an die gleichen Grenzen wie der Versuch einer Stimmrechtsabtretung oder der unwiderruflichen Vollmacht.³⁶ Das Ergebnis ist auch sachlich angemessen, weil der Treuhänder gegenüber Dritten gesamthänderisch berechtigt und gesamtschuldnerisch verantwortlich – also nicht nur rechtstechnisches Mittel zur Verfolgung fremder Interessen – ist. Um eine allseitige Bindung zu erreichen, muß auch die schuldrechtliche Gleichstellung im Gesellschaftsvertrag und im Treuhandvertrag niedergelegt werden; Form- und Genehmigungserfordernisse wie § 1822 Nr. 3 BGB erstrecken sich damit automatisch auf eine teilweise oder generelle Gleichbehandlung. Unterschiede zeigen sich bei der Beendigung der Rechtsbeziehungen zwischen Treugeber und Hauptgesellschaft, weil dem Treugeber kein Kündigungsrecht nach § 723 Abs. 3 BGB erwächst und eine Handelsgesellschaft keine Ausschlußklage nach den §§ 133, 140 HGB trifft. Ob mit dem Erlöschen der Rechtsbeziehungen zu der Gesellschaft auch die Treuhand- und Verwaltungsabrede abgewickelt werden muß, ergibt sich aus der Auslegung des Vertragswerkes. Mit den beschriebenen Zusatzabreden läßt sich dem Bedürfnis der Wirtschaftspraxis Rechnung tragen, auch lediglich mittelbar beteiligten Kapitalanlegern Informations- und Kontrollrechte und – in beschränktem Umfang – auch Mitverwaltungsrechte einzuräumen; einer innergesellschaftlichen Unterorganisation oder eines umfassenden Gesamtverbandes bedarf es dazu nicht. Die Problematik erinnert etwas an ähnliche Überlegungen im Konzernrecht, wenn dort für die Unternehmensgruppe eine eigene Organisationseinheit oder eine neue Verbandsform gesucht wird. Die Suche war hier wie dort bisher nicht erfolgreich und das Vertragsrecht gewährt den Parteien im Zweifel den größeren Gestaltungsspielraum.

³⁵ Vgl. die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Gleichstellung von nicht organisierten Arbeitnehmern mit tarifgebundenen Arbeitnehmern, zusammengestellt in AP § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

³⁶ BGH vom 10.11.1951 – II ZR 111/50, BGHZ 3, S. 354; *Flume*, Personengesellschaft (1997), § 14 IV; *Hermanns*, ZIP 2005, S. 2284; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (IV. Aufl. 2002), § 19 III 4; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II (2004), § 3 III 2.