

46. Jahrgang / Juni 2017 / Nr. 3

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Nikolaus Adensamer / Johannes Mittrecker
Der Brexit und das österreichische Gesellschaftsrecht

Martin Oppitz
Treuhandbeteiligungen an geschlossenen Fonds

Susanne Kalss
Änderung der Bemessungsgrundlage für eine Vergütung

Florian Kuszniar
Vorteilsanrechnung bei Vorstandshaftung

Andreas Hable / Zurab Simonishvili
Zur Aufsichtsratspflicht im GmbH-Konzern

Viktor Thurnher / Gabriele Meusbürger-Hammerer
Soziale Verantwortung der Unternehmen durch Bilanzrecht?

Aus dem Firmenbuchalltag
Der Verweis in § 2 Abs 3 UmwG auf § 232 Abs 1a AktG

Aus der aktuellen Rechtsprechung
OGH-Entscheidungen zu Kapitalgesellschaften,
zur Offenlegung sowie zu Privatstiftungen

Unternehmensrecht aktuell
Aktuelle Entwicklungen auf EU-Ebene
Frauenquote im Aufsichtsrat

Treuhandbeteiligungen an geschlossenen Fonds – aktuelle Rechtsfragen

MARTIN OPPITZ*

Die rechtliche Strukturierung sog geschlossener Fonds als Personengesellschaften, idR GmbH & Co KGs, wirft insb im Hinblick auf die Stellung des als Treugeber bei Erwerb einer Kommanditbeteiligung fungierenden Anlegers eine Reihe haftungsrechtlicher Fragen auf, die im Gefolge der Finanzkrise praktische Bedeutung erlangt haben. Im Vordergrund stehen dabei der Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten gegenüber Anlegern, die sich als Treugeber an einer Fondsgesellschaft beteiligen, die Abtretbarkeit dieses Anspruchs sowie Inhalt und Reichweite von Einwendungsausschlüssen im Hinblick auf allfällige Gegenforderungen des Treugebers. Als Quasi-Gesellschafter ist der Treugeberanleger einer wirtschaftlichen Außenhaftung ausgesetzt. Nachdem es in der Praxis überwiegend um ausländische (deutsche) Gesellschaften geht, ergeben sich überdies international-privatrechtliche Fragestellungen.

I. Einleitung

Auf der Suche nach Rendite versprechenden Anlagen haben sich auch in Österreich in den Jahren vor der Finanzkrise zahlreiche Anleger von traditionellen Instrumenten wie Publikumsfonds, Aktien oder Anleihen abgewendet und – zumindest teilweise – in geschlossene Fondsprodukte investiert. In Deutschland betrug der Gesamtumsatz von Anteilen an geschlossenen Fonds – ungeachtet des Wegfalls der Steuervorteile für dieses Anlageprodukt¹ – 2007 fast 13 Mrd €.² Nach wie vor stellen geschlossene Fonds ein Veranlagungsinstrument dar, welches beachtliche Investitionsvolumina aufweist: Nach den Ergebnissen einer Studie des deutschen Verbands Geschlossene Fonds e.V. (VGF) wurden 2012 insgesamt 4,5 Mrd € Eigenkapital in geschlossene Fonds investiert. Private Anleger investierten 3,14 Mrd €. Von institutionellen Investoren wurden 1,36 Mrd € in geschlossene Fonds investiert.³

Das Anlagekonzept des geschlossenen Fonds wird primär in der Rechtsform von Personengesellschaften, vornehmlich der im Folgenden ausschließlich behandelten GmbH & Co KG, angeboten und betrieben.⁴ Zweck der Gesellschaft ist die Realisierung von – auch betragsmäßig – im Voraus definierten Investitionsprojekten.⁵

Ausgangspunkt der nachstehenden Überlegungen ist folgende Konstruktion, wie sie für derartige Modelle, seien sie nun als Schiffs-, Immobilien-, Flugzeug-, oder auch als erneuerbarer Energiefonds konstruiert, typisch ist:

Der Fonds finanziert seine zu Anlagezwecken getätigten Investitionen gewöhnlich aus Fremd- und Eigenmitteln.⁶ Die regelmäßig langfristig gebundenen⁷ Eigenmittel werden größtenteils durch den Vertrieb von Anteilen (Kommanditanteilen) an Privatanleger aufgebracht. Die Anleger haben idR die Wahl, sich als Kommanditisten unmittelbar (durch Eintragung in das jeweilige deutsche Handelsregister) oder mittelbar (über einen Treuhänder) an der KG zu beteiligen. Als Treuhänder fungiert oftmals einer der Gründungskommanditisten des Fonds, der vom Fonds auch eine Vergütung erhält.⁸ Auch die mittelbar beitretenden Anleger haben idR das Recht zur Mitwirkung in der Gesellschafterversammlung (insb durch Ausübung des Stimmrechts) und werden nach den Regelungen der einschlägigen Gesellschaftsverträge im Innenverhältnis regelmäßig wie Gesellschafter und im Verhältnis zur Gesellschaft wie Kommanditisten behandelt. Das zeigt sich nicht nur anhand der erwähnten Stimmrechtsausübung, sondern betrifft auch die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und am Gewinn bzw Verlust sowie die Ausübung gesetzlicher und vertraglicher Kontrollrechte. Der Treuhänder verfügt zwar über eine Vollmacht der Anleger, darf diese jedoch nur ausüben, wenn der jeweilige Treugeber in der Versammlung nicht anwesend oder bereits vertreten ist oder gegenteilige Weisungen erteilt hat.

Die weit überwiegende Zahl der Anleger beteiligt sich auf indirektem Weg über den Treuhänder an der Fondsgesell-

* Priv.-Doz. Dr. Martin Oppitz ist Rechtsanwalt in Wien. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Anregung aus der Praxis.

¹ Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, dBGBI I 2005, 3683.

² Vgl den Nachweis bei Haar, Anlegerschutz in geschlossenen Fonds, in FS Hopt (2010) 1865 (bei und in FN 2).

³ VGF, Branchenzahlen Geschlossene Fonds 2012 (2013), online abrufbar unter http://www.sachwerteverband.de/fileadmin/downloads/zahlen/branchenzahlen/branchenzahlen_2012/VGF_Branchenzahlen_2012_Broschuere.pdf.

⁴ Seit seinem Inkrafttreten am 22.7.2013 gilt in Deutschland das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) für alle nach diesem Zeitpunkt aufgelegten geschlossenen Fonds. Das KAGB beschränkt die nunmehr zulässigen Gesellschaftsformen im Wesentlichen auf die AG (§§ 140 ff KAGB) und die KG (§§ 149 ff KAGB). Das österreichische AIFMG enthält keine Vorgaben, was die Rechtsform geschlossener Fonds betrifft.

⁵ Ist der geforderte Eigenmittelanteil aufgebraucht, so wird der Fonds geschlossen; vgl bereits den Hinweis im WAG-Leitfaden der WKO aus dem Jahr 2007, zitiert bei Heidinger in Gruber/N. Raschauer, WAG (2010) § 1 Rz 83.

⁶ Zum Fremdkapitalanteil etwa Klöhn, Treuhandkonstruktionen bei Publikumspersonengesellschaften, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012 (2013) 143 (146).

⁷ Die Laufzeiten geschlossener Fonds variieren je nach Unternehmensgegenstand. Eine vorzeitige Kündigung ist idR ausgeschlossen. Die Anteile an einem geschlossenen Fonds werden nicht über die Börse gehandelt und sind idR auch nicht beliebig veräußerbar. Die Anleger haben gewöhnlich auch kein Recht auf Rückgabe ihres Fondsanteils; vgl Richter/Steinmüller/Gollan, Stiftungen als Investoren, in Jesch/Striegel/Boxberger, Rechts Handbuch Private Equity (2010) 1 (7); Sagasser in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerrechts⁴ (2015) § 27 Rz 291 f.

⁸ Der Treuhandkommanditist ist „wahrlich keine moderne Erfindung“; vgl die Nachweise bei Schürnbrand, Publikumspersonengesellschaften in Rechtsprechung und Literatur, ZGR 2014, 256 (258); ähnlich Tebben, Der Treuhandkommanditist, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010 (2011) 161 (162), mit Verweis auf die 10. Auflage des Staub-Kommentars zum dHGB aus dem Jahr 1920: „Man könnte daher meinen, das Thema sei nach neunzig Jahren etwas abgestanden.“

schaft. Der Beitritt erfolgt durch Unterzeichnung einer Beitrittserklärung, mit welcher der Treuhänder zum Erwerb der entsprechenden Beteiligungen im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung beauftragt wird; regelmäßig nimmt der Treuhänder die Beitrittserklärung durch Unterschrift an.

Zeitgleich mit Unterzeichnung der Beitrittserklärung wird ein Treuhandvertrag zwischen Anleger und Treuhänder abgeschlossen. Um dem Zweck des Beteiligungskonzepts gerecht zu werden, bestimmt dieser regelmäßig, dass die Stellung der Treugeber (Anleger) wirtschaftlich der eines unmittelbar an der Gesellschaft beteiligten Kommanditisten entspricht.⁹ Darüber hinaus verpflichtet sich der Treugeber idR, den Treuhänder von allen Verbindlichkeiten und Verpflichtungen iZm der treuhändisch gehaltenen Beteiligung an der KG freizustellen.

Derartige geschlossene Fonds, wie sie (auch) an österreichische Anleger vertrieben wurden, gelang(t)en überwiegend in Deutschland zur Emission, aber auch in Österreich wurden derartige Fondsprodukte aufgelegt und vertrieben. Es entspricht angesichts der hohen in Deutschland emittierten Volumina freilich einer typischen Konstellation, dass der Gesellschaftsvertrag und auch der Treuhandvertrag (sowie alle Ansprüche aus oder iZm diesem) dem Recht der BRD unterliegen. Diesbezügliche Rechtswahlklauseln in den Treuhandverträgen müssen sich im Übrigen nicht an den Wirksamkeitskriterien messen lassen, die der EuGH jüngst in der VKI/Amazon-Entscheidung¹⁰ für AGB-mäßige Klauseln formuliert hat (Missbräuchlichkeit bei Unterlassung einer Unterrichtung des Verbrauchers über die Wirkung der die Rechtswahl iSd Günstigkeitsprinzips nach Art 6 Abs 2 der Rom I-VO¹¹ beschränkenden zwingenden Vorschriften). Vielmehr ergibt sich aus der engen inhaltlichen Verzahnung¹² von Gesellschafts- und Treuhandvertrag, dass die Beurteilung des anwendbaren Rechts „Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht“ iSv Art 1 Abs 2 lit f der Rom I-VO betrifft; die kollisionsrechtliche Anknüpfung hat sich daher nach § 10 IPRG, nach welchem das Gesellschaftsstatut maßgeblich ist, zu richten. Insofern gelangt man auch ohne Rechtswahlklausel zur Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den jeweiligen Treuhandvertrag, dessen einziger Zweck ja auch ist, die materielle Gesellschafterposition des Treugebers zu determinieren.

Nachdem die durch Eigen- und Fremdkapital finanzierten Investitionsgüter (Immobilien, Schiffe) naturgemäß erst angeschafft, vermietet bzw verchartert und in Betrieb genommen werden mussten, ist es bei derartigen Anlagemodellen

aufgrund der anfallenden Anlaufkosten regelmäßig nicht möglich, unmittelbar nach Auflage des Fonds in die Gewinnzone zu gelangen und den Anlegern durch Gewinne gedeckte Ausschüttungen zukommen zu lassen. Auch zu späteren Zeitpunkten übersteigen die Liquiditätszuflüsse aus den laufenden Einnahmen (zB Mieteinnahmen) die handelsrechtlichen Jahresüberschüsse, und zwar aufgrund nicht liquiditätswirksamer Aufwandspositionen, insb der handelsrechtlich vorgesehenen Abschreibungen auf die Investitionsgüter (AfA).

Um die Anleger an der laufenden, in der Gesellschaft nicht benötigten Liquidität partizipieren zu lassen, wird in den Gesellschaftsverträgen solcher Fondsmodelle häufig vereinbart, dass – abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen des § 169 dHGB – auch gewinnunabhängige Ausschüttungen an die Kommanditisten zulässig sind.¹³ Zahlreiche Fondsgesellschaften haben somit jährliche nicht durch Gewinne gedeckte Auszahlungen aus der laufenden Liquidität an die Kommanditisten geleistet, welche – im Falle indirekt beteiligter Anleger – vom Treuhänder anteilig an die Anleger weiterzuleiten waren. Derartige „Überschussbeteiligungen“ räumen dem Kommanditisten einen gewinnunabhängigen Anspruch auf Auszahlung der jährlichen Liquiditätsüberschüsse ein. Je nach Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages liegen damit in rechtlicher Hinsicht ausdrücklich vereinbarte und damit zulässige Einlagenrückzahlungen vor, die man – ökonomisch betrachtet – als Vorleistungen oder Vorschüsse auf zukünftige Gewinnauszahlungs- oder Schlussverteilungsansprüche beschreiben kann.¹⁴ Aufgrund des darlehensähnlichen Charakters¹⁵ derartiger Ausschüttungen haben diese idR nicht den Charakter einer unzulässigen Einlagenrückgewähr.¹⁶

Derartige nicht gewinn gedeckte Auszahlungen führen zu einem Wiederaufleben der persönlichen Haftung der Kommanditisten (so auch des Treuhänders) gegenüber den Gläubigern gem § 171 Abs 1, § 172 Abs 4 und § 161 Abs 2 iVm § 128 dHGB.¹⁷ Dies gilt sowohl für den Fall, dass den Aus-

⁹ Die Möglichkeit, dass die an der Gesellschaft Beteiligten ihr gesellschaftliches Innenverhältnis so gestalten können, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären, bejaht der BGH seit der Grundsatzentscheidung vom 13.5.1953, II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, in stRspr; zur diesbezüglichen Vertragspraxis bestätigend Zander in *Derleder/Knops/Bamberger*, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht IP³ (2017) § 64 Rz 33.

¹⁰ EuGH 28.7.2016, Rs C-191/15, VKI/Amazon; dazu etwa Micklitz/Reich, Rechtswahlklauseln auf dem Prüfstand, VbR 2016, 12; A. Stadler, Die AGB-Kontrolle von Rechtswahlklauseln – Der Fall „Amazon“, VbR 2016, 168; Reichholf, Überlegungen zum Günstigkeitsprinzip gem Art 6 Abs 2 Rom I-VO, VbR 2017, 17; Dorfmayr/Komuczky, Anwendbares Recht bei der Kontrolle von AGB im Verbandsprozess, ZfRV 2016, 268.

¹¹ Verordnung (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177 vom 4.7.2008, S 6.

¹² Der Begriff „Verzahnung“ wird vom BGH iZm der Erlangung der Gesellschafterposition des Anlegers ausdrücklich verwendet; vgl BGH 11.10.2011, II ZR 242/09, NZG 2011, 1432.

¹³ Zur Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen Casper in Staub, Großkomm HGB⁵, § 169 Rz 17; BGH 16.2.2016, II ZR 348/14, NZG 2016, 424. Strenger ist die österreichische Judikatur im Kontext mit § 82 GmbHG; vgl dazu die Leitentscheidung des OGH vom 29.5.2008, 2 Ob 225/07p, wonach für einen GmbH & Co KG die §§ 82 und 83 GmbHG auf die Rückzahlung von Einlagen an die Kommanditisten anzuwenden sind, die bestätigende Folgeentscheidung des OGH vom 23.2.2016, 6 Ob 171/15p, sowie jüngst OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h; näher zu diesem Komplex etwa Kals, Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG, in GedS W.-D. Arnold² (2016) 37; Ch. Nowotny, Gewinn, Entnahmen und Eigenkapital bei der GmbH & Co KG, in GedS W.-D. Arnold² (2016) 63, der auf S 76 dennoch einen Anwendungsbereich für zulässige vertragliche Regelungen („Gewinnvoraus“ als Gewährung eines Darlehens an den Gesellschafter) identifiziert.

¹⁴ Vgl Anzinger, Verdeckte Einlagenrückgewähr an den (un-)tätigen Kommanditisten, in FS Schneider (2011) 15 (28).

¹⁵ Zum Darlehenscharakter St. Schneider, Ausschüttung und Rückforderung von Liquiditätsüberschüssen bei Schiffonds, DStR 2017, 548.

¹⁶ Zutreffend Anzinger, Verdeckte Einlagenrückgewähr, 28; zur Zulässigkeit solcher Ausschüttungen auch Könen, Rückforderung gewinnunabhängiger Liquiditätsausschüttungen in der Kommanditgesellschaft, ZIP 2016, 2002 (2003 f).

¹⁷ Für einen möglichen Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft im Innenverhältnis stellt der BGH (12.3.2013, II ZR 73/11, NZG 2013, 738) das gesellschaftsvertragliche Fundament in den Vordergrund: „Wird an einen Kommanditisten auf der Grundlage einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag eine Auszahlung geleistet, obwohl sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert wird, ist der Kommanditist nur dann zur Rückzahlung an die Gesellschaft verpflichtet, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht“; vgl weiters Pöschke/Steenbreker, Gewinnunabhängige Auszahlungen an Kommanditisten, NZG 2016, 841 (843). Das OLG Oldenburg (28.11.2014, 6 U 111/14, BeckRS 2016, 04538, Rn 54 und 56) hat eine Rückforderungsklausel für unwirksam gehalten, in der die Voraussetzungen und Modalitäten der Rückzahlung nicht näher geregelt waren. Auf die zwingende Kapitalerhaltungsvorschrift des § 172 Abs 4 dHGB hat die konkrete gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung hingegen keinen Einfluss.

zahlungen aufgrund der jeweiligen Jahresergebnisse kein handelsrechtlicher Gewinn der KG zugrunde lag, als auch für den Fall, dass Gewinne durch vorherige Verluste oder vorangehende nicht gewinngedeckte Ausschüttungen nicht ausschüttungsfähig sind (Verlustvorträge), dh, die Kapitalkonten der Anleger zum Zeitpunkt der Auszahlung bereits durch vorherige Verluste gemindert waren.¹⁸ Diese dem Gläubigerschutz dienende Regelung ist zwingend; eine abweichende Vereinbarung (etwa im Gesellschaftsvertrag) ist im Außenverhältnis unwirksam.¹⁹ Auch auf einen gutgläubigen Empfang der Auszahlungen kann sich der Anleger regelmäßig nicht berufen, setzt § 172 Abs 5 dHGB doch eine Gutgläubigkeit hinsichtlich einer unrichtigen Bilanz voraus.²⁰ Dabei ist es für einen Gläubiger – und sei er neben seiner Funktion als Darlehensgeber auch Gründungsgesellschafter und Initiator eines Fonds – nicht erforderlich, zunächst die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen; er kann klagsweise direkt gegen den Kommanditisten vorgehen.²¹ Durch die Tilgung der Forderung des Gesellschaftsgläubigers wird der (mittelbare) Kommanditist im selben Ausmaß von der ihn – wenn auch nur mittelbar – nach §§ 171 und 172 dHGB treffenden Außenhaftung befreit.²²

Die Fondskonzepte sahen eine Tilgung des aufgenommenen Fremdkapitals regelmäßig durch die laufende Nutzung und anschließende Verwertung der Investitionsgüter vor. Aufgrund der wirtschaftlichen Auswirkungen der Finanz- und Immobilienkrise auf den Wert und die Nutzung der Fondsobjekte war es vielen Fonds nicht möglich, die aufgenommenen Darlehen vereinbarungsgemäß an die Banken zurückzuzahlen. Die finanzierenden Banken sicherten ihre Rechtsposition üblicherweise durch Verpfändungen der im Fonds enthaltenen Investitionsgüter (Immobilien, Schiffe) ab; abrundend – und diese Konstellation gibt insb Anlass zu weiteren rechtlichen Überlegungen – können sich finanzierende Banken direkt an die Kommanditisten wenden sowie sich die Ansprüche des Treuhänders gegen die Anleger auf Freistellung von der wieder aufgelebten Außenhaftung abtreten lassen und diese Ansprüche gerichtlich geltend machen.²³

Dieser Freistellungsanspruch stützt sich insb auf regelmäßig in den Treuhandverträgen aufgenommene Freistellungsklauseln. Zusätzlich und völlig unabhängig vom Bestehen einer vertraglichen Regelung ergibt sich die Freistellungsverpflichtung aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis gem § 675 iVm § 670 und § 257 BGB bzw § 1014 ABGB. Dieses Element der finalen Belastung des Anlegers als Treugeber mit dem Haftungsrisiko ist charakteristisch für eine derartige Beteiligungsform.²⁴

Der OGH hat kürzlich in der Entscheidung vom 28.4.2016, 1 Ob 246/15f,²⁵ in einer derartigen Konstellation das Bestehen einer Befreiungs- und Freistellungsverpflichtung des beklagten Anlegers sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht ausdrücklich bejaht und klargestellt, dass es dabei auf die Gültigkeit etwaiger Vertragsklauseln über die Übernahme einer solchen Freistellungsverpflichtung nicht ankommt. Inhaltlich qualifiziert der OGH diesen Freistellungsanspruch als Ausprägung der Verpflichtung einer Vertragspartei, die andere von bestimmten (etwa mit dem Eigentum am Kaufobjekt verbundenen) Lasten und Verbindlichkeiten zu befreien. Diese Freistellungspflicht kann nach Auffassung des OGH „ohne weiteres auch mit einem Größenschluss aus § 1014 ABGB begründet werden: Wenn der Auftraggeber sogar zur Leistung eines Vorschusses für künftige Auslagen verpflichtet ist, muss ihn eine entsprechende Zahlungspflicht umso mehr dann treffen, wenn im Vermögen des beauftragten Treuhänders die Verbindlichkeit bereits entstanden ist.“

Konfrontiert mit den nun geltend gemacht Ansprüchen, sehen sich Anleger in folgender Situation: Zum einen hat die kumulierte Realisierung von Risiken – befördert durch die Finanzkrise – die Renditeerwartungen grob enttäuscht; das Totalverlustrisiko schlägt bei vielen derartigen Fonds durch. Dazu kommt, dass die durch Liquidität, nicht aber durch Gewinne gedeckten Ausschüttungen vergangener Jahre gleichsam als „Angeld“ des erhofften Gesamterfolgs des Projekts wie selbstverständlich entgegengenommen wurden; nun führen Treuhänder bzw im Falle der Abtretung von Freistellungsansprüchen auch finanzierende Banken den Anlegern die von ihnen wohl mitunter verdrängten Risiken ihrer Kommanditbeteiligung mit unternehmerischem Charakter vor Augen, wenn derartige Ansprüche in Österreich eingeklagt werden.²⁶

Im Falle der Insolvenz des Fonds wird in ganz ähnlicher Konstellation der Anspruch durch den bestellten Insolvenzverwalter gegen die Anleger geltend gemacht. Insofern ist für den Anlegerkommanditisten im Insolvenzzenario des geschlossenen Fonds kein Vorteil ersichtlich: Die Judikatur gesteht auch Insolvenzverwaltern iSd Regelung des § 171 Abs 2 dHGB die klagsweise Betreibung der aus ausgeschütteter Liquidität resultierenden Forderungen ausdrücklich zu.²⁷

Beklagte Anleger begegnen den geltend gemachten Ansprüchen erfahrungsgemäß mit Verweisen auf allfällige Fehlerberatung und/oder Prospektmängel und der aufrechnungsweisen Einwendung daraus resultierender Forderungen.

Im Folgenden werden die sich in der Praxis stellenden Rechtsfragen rund um derartige Einwendungskonstellationen beleuchtet.

¹⁸ BGH 20.4.2009, II ZR 88/08, NZG 2009, 746.

¹⁹ BGH 5.5.2008, II ZR 105/07, NZG 2008, 506. Auch nach österreichischem Recht ist die analoge Bestimmung des § 172 Abs 3 UGB den Gläubigern gegenüber zwingend; vgl RIS-Justiz RS0062055.

²⁰ BGH 20.4.2009, II ZR 88/08; 22.3.2011, II ZR 271/08, BGHZ 189, 45. Gleiches gilt gem § 172 Abs 4 UGB; vgl *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I¹, § 172 Rz 10.

²¹ BGH 28.1.2014, II ZR 154/13.

²² BGH 29.9.2015, II ZR 403/13, BGHZ 207, 54.

²³ Die Abtretung und darauf folgende gerichtliche Rechtsverfolgung durch die darlehensgebende Bank stellt keine schikanöse Rechtsausübung und auch kein kollusives Zusammenwirken zwischen Bank und Treuhänder dar; vgl BGH 9.7.2007, II ZR 95/06, NZG 2007, 822; 18.10.2012, III ZR 150/11, NJW 2013, 862.

²⁴ So *Werthenbruch*, Status und Haftung des Treugebers bei der Personengesellschafts-Treuhand, NZG 2013, 285 (286).

²⁵ VbR 2016/105 (*Leupold*).

²⁶ Anleger neigen dazu, derartige Risiken – auch wenn sie in Prospekten aufgezeigt und in der Anlageberatungssituation mehr oder minder detailliert erläutert wurden – in Erwartung der Vereinnahmung prognostizierter Renditen zu verdrängen. In den *behavioral economics* wurden diese Zusammenhänge unter den Schlagworten des *overoptimism* bzw des *wishful thinking* von Anlegern bereits vor geraumer Zeit transparent gemacht; vgl nur *Oppitz*, Die „Risikogeneigntheit“ von Wertpapieren – Chimäre oder Irrtumskriterium? GesRZ 2013, 71 (74).

²⁷ Vgl etwa BGH 22.3.2011, II ZR 216/09, ZIP 2009, 1810 (der Insolvenzverwalter hatte sich von der Treuhandkommanditistin deren Freistellungsansprüche gegen die Anleger abtreten lassen).

II. Zur Funktion des Treuhänders (als Gründungskommanditist) im Rahmen der Aufklärung bzw Anlageberatung

1. Empirische Evidenz

Der Treuhänder steht dem Anleger bei geschlossenen Fonds als Vehikel zur Beteiligung an einer KG gegenüber. IdR wird vereinbart, dass der Treuhänder die Beteiligung des als Treugeber fungierenden Anlegers gemeinsam mit weiteren Beteiligungen anderer Treugeber aufgrund inhaltlich gleichlautender Treuhandverträge im Außenverhältnis als einheitliche Kommanditbeteiligung an der Anlagegesellschaft hält.²⁸

Bei dem – wie dargelegt – idR deutschem Recht unterliegenden Treuhandverhältnis handelt es sich um eine treuhänderische Beteiligung iS einer uneigennütigen Verwaltungstreuhand.²⁹ Damit verbunden ist eine Verpflichtung des Treuhänders, dem Treugeber alles herauszugeben, was er in Ausübung des Treuhandvertrages aufgrund des dadurch begründeten Treuhandverhältnisses oder aufgrund seiner Rechtsstellung als Treuhandkommanditist für ihn erlangt.

Die Auswertung repräsentativer Treuhandverträge zeigt, dass die Informationspflichten standardisierte „Regelberichterstattung“ zum Gegenstand haben. Üblicherweise wird einmal jährlich ein schriftlicher Treuhandbericht erstattet und den Anlegern übermittelt. Zusätzlich werden den Anlegern die Jahresabschlüsse der Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt. Im Falle einer Präsenzversammlung der Anleger ist der Treuhänder verpflichtet, über wichtige Ereignisse der Gesellschaft auch mündlich zu berichten. Dazu kommen gesellschaftsrechtlich motivierte Informationspflichten (wie etwa die rechtzeitige Unterrichtung über Einladungen zu Gesellschafterversammlungen, über die Tagesordnung und über Beschlussgegenstände bzw bevorstehende Gesellschafterbeschlüsse, die außerhalb einer Gesellschafterversammlung gefasst werden sollen).

2. Haftungsrechtliche Konsequenzen

2.1. Der Treuhänder fungiert nicht als Anlageberater

2.1.1. Zur faktischen Rolle des Treuhänders

Die Funktion eines Anlageberaters übernimmt der regelmäßig in Deutschland domizilierte Treuhandkommanditist gegenüber österreichischen Anlegern grundsätzlich nicht. Ob der Treuhandkommanditist tatsächlich in Einzelfällen als Anlageberater auftritt oder nicht, ist eine einzelfallbezogene Sachverhaltsfrage. Bei der Konzeption geschlossener Fonds in der skizzierten Form hat der Treuhänder in aller Regel ausschließlich administrative Funktionen. Zweck der Bündelung

der Treugeber ist die Vereinfachung der Verwaltung,³⁰ welche im Ergebnis den Interessen der Anleger in hohem Maße Rechnung trägt, wie sich anhand einzelner Aspekte gängiger Treuhandkonstruktionen zeigen lässt:

- Die Kosten der deutschen Handelsregistereintragung und die damit einhergehende Handelsregistervollmacht (notarielle Beglaubigung erforderlich), die die Anleger sonst tragen müssten, fallen nicht an.
- Die für Anleger mitunter störende Registerpublizität kann vermieden werden.
- Der Treuhänder hat von seiner „Zwischenschaltung“ hingegen keinen Vorteil: Er hat in jedem Fall Berichterstattung, Betreuung und Durchführung von Gesellschafterversammlungen sowie die Datenverwaltung für sämtliche Anleger zu besorgen. Die Treuhandvergütung ist regelmäßig auch davon unabhängig, ob sich Anleger direkt oder mittelbar beteiligen.
- Ein Nachteil für die Anleger ist nicht ersichtlich, weil diese nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich (nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrages der Fondsgesellschaft) den Direktkommanditisten gleichgestellt sind.³¹

Aufgaben der Anlageberatung übernimmt der Treuhänder idR nicht und sie werden diesem auch im Treuhandvertrag regelmäßig nicht zugewiesen.

Rechtliche Grundlage einer zivilrechtlichen Haftung aus dem Titel der Anlageberatung ist regelmäßig ein Beratungsvertrag zwischen dem Anlageberater und dem Anleger.³² Gerade diese Hauptpflicht einer Informations- und Beratungsleistung über die standardisierten Inhalte der „Regelberichterstattung“ hinaus wird vom Treuhänder gegenüber den Anlegern nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich, übernommen. Auch für einen stillschweigenden Vertragsabschluss fehlt es diesbezüglich an Anhaltspunkten: Der Anleger tritt gerade nicht an den Treuhänder heran, um über die Anlagemöglichkeit informiert und beraten zu werden bzw ein Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages abzugeben.

In der Wertschöpfungskette geschlossener Fonds ist es vielmehr regelmäßig ein Vertriebspartner des Emissionshauses (zB ein Kreditinstitut oder eine Wertpapierfirma), welcher den Direktkontakt zum Kunden wahrnimmt, gegebenenfalls Anlageberatungsleistungen erbringt und die Vermittlung der geschlossenen Fondsanteile (in Form von Direkt- oder Treuhandbeteiligungen) vornimmt. Aufklärungen können im Übrigen auch durch die Übergabe von Prospektmaterial erfolgen.³³ Treuhandkommanditisten sind hingegen regelmäßig nicht Partei eines Vertriebsvertrages.

²⁸ Die in der Lehre erwogene Möglichkeit der Qualifizierung des Innenverhältnisses zwischen Treuhänder und Treugeber als GesBR (Kastner, Die Unterbeteiligung, JBl 1965, 72 [73]; Gruber, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften [2001] 298) kommt nach Auffassung des OGH (29.6.2009, 9 Ob 68/08b, GesRZ 2009, 361 [Oppitz]) bei derartigen Konstellationen nicht in Betracht: „Das Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten ist nicht gleichrangig. Der Anlegerin wurde ein fertiges Gefüge aus dem Gesellschaftsvertrag der KG und dem Treuhandvertrag präsentiert, auf das sie keinen Einfluss hatte. Die Anleger und die Treuhänderin haben sich zu keinem gemeinsamen Zweck zusammengeschlossen. Die Treuhänderin ist den Anlegern gegenüber zur Treuhand, zur Verwaltung des Gesellschaftsanteils und zur Wahrung der Interessen der Anleger verpflichtet, selbst aber nicht Teil eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen ihr und den Anlegern.“

²⁹ Dieser fremdnützigen Treuhand liegt ein Auftragsverhältnis zugrunde; vgl P. Bydliński in Kozioł/Bydliński/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1002 Rz 7. Im Rahmen der (fremdnützigen) Treuhand ist das Treugut (Geschäftsanteil) dem Treugeber bereits wirtschaftlich zugeordnet; vgl OGH 19.3.2015, 6 Ob 63/14d.

³⁰ So wörtlich Zinger, Die Haftung des Treugebers bei der Treuhand an Personengesellschaftsanteilen, BB 2014, 458. Stari/Beuster (Die Haftung des mittelbar an einem geschlossenen Fonds beteiligten Anlegers, DStR 2014, 271) sprechen ähnlich von der „vereinfachten Handhabung der Gesellschaft im Rechtsverkehr“.

³¹ Das zwischengeschaltete Treuhandverhältnis ist lediglich ein rechtstechnisches Mittel zum Zweck; so auch BGH 5.2.2013, II ZR 134/11, BGHZ 196, 131. Nachteile für den Anleger sind nicht ersichtlich.

³² Ist die Anlageberatung die Hauptpflicht eines Vertrages, so handelt es sich um einen Auskunfts- oder Beratungsvertrag, der einen freien Dienstvertrag darstellt; vgl die Nachweise bei Kals/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht⁴ (2015) § 6 Rz 5.

³³ In der Rspr des BGH ist anerkannt, dass es als Mittel der Aufklärung genügen kann, wenn dem Interessenten statt einer mündlichen Aufklärung ein Prospekt über die Kapitalanlage überreicht wird, sofern dieser nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln; vgl BGH 5.3.2009, III ZR 17/08, WM 2009, 739, Rn 12; 26.2.2013, XI ZR 345/10; 12.12.2013, III ZR 404/12, ZIP 2014, 381; zur Aufklärung über das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung nach § 172 Abs 4 dHGB idS jüngst BGH 18.2.2016, III ZR 14/15, BKR 2016, 510.

Das vom Kunden wahrgenommene Gegenüber im Hinblick auf den Informationsfluss, der sich aus einem Beratungs- oder Auskunftsvertrag ergibt, ist sohin primär der Vertriebspartner; der Treuhänder selbst erweckt schon durch die regelmäßig in den Prospekten zu geschlossenen Fondsbeteiligungen abgedruckten Treuhandverträge und den darin umschriebenen Pflichtenkreis keinerlei Rechtsschein oder Vertrauenstatbestand, dass er selbst im Vorfeld der Anlageentscheidung als Berater auftreten würde. Es ist aus der Sicht des Anlegers auch wenig plausibel, anzunehmen, dass ihm neben dem Vertriebspartner des Emissionshauses – oft handelt es sich um die Hausbank des Anlegers – noch weitere Beratungsinstanzen zur Verfügung stehen sollten. Eine derartige Mehrfachberatung wäre unübersichtlich und letztendlich kundenfeindlich, weil dem Kunden nicht zugemutet werden kann, simultan mehrere Anlageberater zu konsultieren bzw auf diese angewiesen zu sein. Auch die in derartigen Konstellationen regelmäßig verwendeten vertraglichen Dokumentationen sowie die Inhalte des Prospekts lassen eine derartige Schlussfolgerung regelmäßig nicht zu.

2.1.2. Anwendbares Recht

Grundsätzlich fungiert der Treuhandkommanditist somit nicht als Anlageberater. Sollte er diese Funktion ausnahmsweise im konkreten Einzelfall doch übernehmen, wäre im Falle einer Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten des deutschen Treuhänders gegenüber dem österreichischen Anleger von der Anwendbarkeit deutschen Rechts auszugehen.³⁴ Gem Art 12 Abs 1 der Rom II-VO³⁵ ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrages das Recht anzuwenden, das auf den Vertrag anzuwenden ist oder anzuwenden wäre, wenn er geschlossen worden wäre.³⁶ Das (hypothetische) Vertragsstatut richtet sich nach der Rom I-VO. Es besteht damit gem Art 3 Abs 1 der Rom I-VO eine freie Rechtswahl der Parteien. Gesellschaftsvertrag und Treuhandvertrag sehen regelmäßig vor, dass der Vertrag deutschem Recht unterliegt.³⁷ Die hypothetische Rechtswahl führt daher zwanglos zur Anwendbarkeit deutschen Rechts.

2.2. Zur Erfüllungsgehilfenthematik

Die Ablehnung einer Anlageberatungszuständigkeit des Treuhandkommanditisten entspricht auch dem Modell, welches das WAG 2007 als österreichisches Aufsichtsgesetz im Gefolge der Umsetzung der MiFID I³⁸ bei Konstellationen der Involvierung mehrerer Dienstleister, die dem Kunden gegenüberstehen, verwirklicht hat. Diese Regelungen sind durch das Anliegen der Vermeidung von Pflichtenverdoppelungen gekennzeichnet und vom Prinzip der Kundeninformation

durch das kundennähere Unternehmen getragen: Nur das kundennähere Unternehmen trifft etwa die Pflicht zur Einholung von Kundeninformationen, wenn mehrere Wertpapierdienstleister gestaffelt eingeschaltet sind. Der ausführende bzw entgegennehmende Rechtsträger trägt die Verantwortung für die Erbringung der Wertpapierdienstleistung oder für den Abschluss des Geschäfts auf Grundlage der Angaben des kundennäheren Rechtsträgers (§ 27 Abs 3 WAG 2007).

Sohin wird für das Wertpapiergeschäft überzeugend vertreten: Der Anleger, der sich etwa von einer Wertpapierfirma seiner Wahl beraten lässt oder Vermittlungsleistungen in Anspruch nimmt, kann bei entsprechender Transparenz der Arbeitsteilung mit seiner depotführenden Bank grundsätzlich nicht mehr damit rechnen, dass die Empfehlungen der Wertpapierfirma – oder der Weg hin zu dieser Empfehlung (Erfüllung der Nachforschungs- bzw Explorationspflichten) – von der depotführenden Bank, die formal als Rechtsträger ebenso dem WAG 2007 unterliegt, noch einmal überprüft werden.³⁹ Diese Transparenz der Arbeitsteilung unter den involvierten Rechtsträgern wird im Falle geschlossener Fonds jedenfalls durch den Prospektinhalt, der das Dreieck zwischen Fondsgesellschaft, Treuhandkommanditist und Vertriebspartner idR deutlich ausweist, hergestellt.

Dem steht auch die deutsche Judikaturlinie nicht entgegen, wonach ein Gründungsgesellschafter, der sich zu den vertraglichen Verhandlungen über den Beitritt eines Anlegers zu einer Fondsgesellschaft eines Vertriebspartners bedient und diesem oder von diesem eingeschalteten Untervermittlern die geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten überlässt, für deren unrichtige oder unzureichende Angaben haftet.⁴⁰ Der BGH geht dabei von einer Konstellation aus, in der die Gründungsgesellschafterin die Pflicht hatte, einem Beitrittsinteressenten für seine Beitrittsentscheidung ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt zu vermitteln und ihn über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, verständlich und vollständig aufzuklären. Der Gründungsgesellschafter, der sich zu den vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt eines Vertriebspartners bedient und diesem oder von diesem eingeschalteten Untervermittlern die geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten überlässt, haftet nach dieser Rspr über § 278 BGB für deren unrichtige oder unzureichende Angaben. Er muss sich das Fehlverhalten von Personen, die er mit den Verhandlungen zum Abschluss des Beitrittsvertrages ermächtigt hat, zurechnen lassen.⁴¹

Eine derartige Erfüllungsgehilfenhaftung, wie sie im österreichischen Recht in § 1313a ABGB geregelt ist, kommt freilich nur dann zum Tragen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen im konkreten Anlassfall auch tatsächlich gegeben sind.

In Österreich hat der OGH die durch § 27 WAG 2007 vorgesehene und oben skizzierte Aufgliederung des Pflichtenkreises von kundennäheren und kundenferneren Unternehmen durch die Erfüllungsgehilfenhaftung in den letzten Jah-

³⁴ Vgl idS auch LG Hamburg 4.12.2015, 329 O 343/14.

³⁵ Verordnung (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl L 199 vom 31.7.2007, S 40.

³⁶ Derartige Ansprüche sind – korrelierend dazu – aus dem Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgeschlossen (Art 1 Abs 2 lit i der Rom I-VO).

³⁷ Wie unter Pkt I. dargelegt, ergibt sich diese Anknüpfung bereits aus dem maßgeblichen Gesellschaftsstatut nach § 10 IPRG.

³⁸ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl L 145 vom 30.4.2004, S 1.

³⁹ Vgl die Nachweise bei Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht², § 5 Rz 157; zur Diskussion des Meinungsstands Lamplmayr, Der arbeitsteilige Vertrieb von Wertpapieren (2015) 214.

⁴⁰ BGH 14.5.2012, II ZR 69/12, NZG 2012, 787.

⁴¹ Vgl die Judikaturnachweise in BGH 14.5.2012, II ZR 69/12, Rn 13.

ren – vorexerziert anhand der Zusammenarbeit von Kreditinstituten und Strukturvertrieben – präzisiert. Die ständige Betrauung eines selbständigen Wertpapierdienstleisters mit dem Vertrieb bestimmter Finanzprodukte steht dabei als rechtliche Anknüpfung im Zentrum: Durch diese ständige Betrauung entstehe ein wirtschaftliches Naheverhältnis, das es – ungeachtet einer eigenen vertraglichen Verpflichtung des Beraters gegenüber dem Kunden – rechtfertige, ein Verschulden des Beraters nach § 1313a ABGB zB einer (ansonsten bloß depotführenden und beratungsfrei wirkenden) Bank zuzurechnen. Die ständige Betrauung begründe zusammen mit der regelmäßigen produkt- und umsatzabhängigen Provision die Gefahr, dass der Vermittler nicht mehr ausschließlich oder doch überwiegend im Interesse des Kunden tätig wird, sondern auch andere Erwägungen (insb die Maximierung des eigenen Gewinns) in seine Tätigkeit einfließen lässt. Dies erfolge im Interesse der Bank, die den Vertrieb ihrer Produkte vertraglich auslagert und so die Vorteile der Arbeitsteilung für sich in Anspruch nimmt.⁴²

Die Erfüllungsgehilfenhaftung trifft nach § 1313a ABGB ausschließlich denjenigen, der „*einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist*“; Erfüllungsgehilfe ist daher, wer zur Erfüllung einer bestehenden Sonderverbindung eingesetzt wird.⁴³ Der dogmatische „Kunstgriff“ bei der vom OGH entwickelten Zurechnungsjudikatur besteht darin, ein Aufrechtbleiben der Beratungspflichten der Bank anzunehmen, wenn der eigentliche (externe) Berater derart intensiv in die Interessenverfolgung der Bank eingebunden ist; es bestehe dann kein legitimes Vertrauen auf eine objektive Beratung durch einen Dritten.⁴⁴ Tatsächlich ist die Konsequenz dieser Judikatur die Aushebelung der Eigenhaftung des Beraters (oder auch Vermögensverwalters), der im Wege von § 1313a ABGB dem Geschäftsherrn, der den Vertrieb idS steuert, zurechnen würde.⁴⁵

Umgelegt auf die hier behandelte Konstellation ist jedoch fraglich, ob dieser Erfüllungsgehilfenzusammenhang (vom Gründungsgesellschafter bis hin zu einem – sonstigen externen – Vertriebspartner der Fondsgesellschaft) tatsächlich besteht bzw – falls eine Verbindung besteht – ob diese nicht derart aufgeweicht ist, dass ein Zusammenhang als nicht vorhanden bzw konstruiert qualifiziert werden müsste.

Vor Klärung einer allfälligen Haftungszurechnung ist zunächst fraglich, ob im konkreten Fall überhaupt eine Verpflichtung des Treuhandkommanditisten zur Aufklärung der mittelbaren Kommanditisten besteht.

Nach der Rspr des BGH bestehen bei einem Beitritt zu einer Gesellschaft, der sich durch Vertragsschluss mit den übrigen Gesellschaftern vollzieht, (vor)vertragliche Beziehun-

gen zwischen Gründungsgesellschaftern und dem über einen Treuhänder beitretenden Kommanditisten jedenfalls dann, wenn der Treugeber nach dem Gesellschaftsvertrag wie ein unmittelbarer Kommanditist behandelt werden soll.⁴⁶

Wie aufgezeigt, beschränkt sich der tatsächliche Aufgabenbereich des Treuhänders in den untersuchten Konstellationen gewöhnlich auf rein administrative Tätigkeiten; er fungiert lediglich als „Schnittstelle“ zwischen Anleger und Fondsverwaltung. Der Vertrieb der Anteile und die Beratung der Anleger liegt konzeptionell und auch nach den Prospekt- und Vertragsunterlagen regelmäßig nicht in der Zuständigkeit des Treuhänders. In derartigen Konstellationen fehlt es somit vor dem Beitritt der Anleger idR am (persönlichen) Kontakt zwischen Treuhänder und Anleger; es besteht auch kein Vertragsverhältnis zwischen dem Treuhänder und der für den Vertrieb zuständigen Stelle. Gewöhnlich erfolgt auch keine Vergütung der Vertriebsgesellschaft durch den Treuhänder und dieser hat auch keinen Einfluss auf die Beitrittsverhandlungen und -abschlüsse mit den zukünftigen (mittelbaren) Kommanditisten.

Insb in Fällen, in denen der Treuhänder auch keinen Einfluss auf die Gestaltung der Vertragsunterlagen, die Konzeption des Fondsmodells und die laufende Geschäftsführung des Fonds hat und eine rein fremdnützige Beteiligung vorliegt, wird eine Haftung des Treuhandkommanditisten zu verneinen sein.⁴⁷ Die (werbemäßige) Nennung des Namens der Treuhandkommanditistin im Kapitalmarktprospekt allein reicht zur Begründung einer Prospekthaftung im weiteren Sinn jedenfalls nicht aus.⁴⁸

Selbst bei Bejahung einer grundsätzlichen Aufklärungspflicht des Treuhänders ist für eine Zurechnung allfälligen Fehlverhaltens der Vertriebsstelle die Konstellation im konkreten Einzelfall maßgeblich. Steht es dem Vertriebspartner bspw mangels eines Geschäftsbesorgungsverhältnisses frei, Kommanditanteile zu vermitteln (oder auch nicht), ist von einer deutlich gelockerten „Bindung“ auszugehen, welche die Annahme einer Erfüllungsgehilfenkonstellation kaum rechtfertigen würde. Es fehlt dann an der von der Rspr vorausgesetzten Instrumentalisierung des kundennäheren Dienstleisters durch den kundenferneren für dessen eigene wirtschaftliche Zwecke; arbeitsteiliges Kooperieren führt keineswegs automatisch zu einer Erfüllungsgehilfenbeziehung.

Auch die unter Anlegerschutzaspekten entwickelte These, das Pflichtenregime des § 27 WAG 2007 werde bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte oder gar positivem Wissen des ausführenden Rechtsträgers über Verfehlungen des kundennäheren Rechtsträgers durchbrochen,⁴⁹ hat im vorliegenden Zusammenhang kaum praktische Relevanz: Die Abarbeitung der Kundenprofile und der Abgleich der Fondsbeteiligung mit den persönlichen Anlagezielen des Kunden etc finden gänzlich außerhalb der Sphäre von Fondsgesellschaft und Treuhandkommanditist statt. Die vermittelnden Banken und

⁴² Vgl ua OGH 4.11.2013, 10 Ob 34/13t, eolex 2014/82 (*Wilhelm*); weiters die Nachweise bei *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht², § 6 Rz 52.

⁴³ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht², § 5 Rz 161.

⁴⁴ OGH 17.12.2012, 4 Ob 129/12t, ÖBA 2013, 431 (*Rabl*); 24.1.2013, 8 Ob 104/12w; 17.6.2013, 2 Ob 24/13p; 4.11.2013, 10 Ob 34/13t; 23.7.2014, 8 Ob 66/14k; kritisch *Rabl*, ÖBA 2013, 433 (434); *Riss*, ÖBA 2014, 530 (533 f); anders OGH 13.12.2012, 1 Ob 48/12h: „Eine Verdoppelung der Information des Anlegers ist nicht sinnvoll und nicht praktikabel, weil sie nur zu Verzögerungen führt, die nicht im Interesse eines durch den kundennäheren Rechtsträger bereits informierten Anlegers sind. Nach weitgehend einhelliger Meinung im Schrifttum ist aber der Order-ausführende Rechtsträger dem Kunden dann zur Aufklärung verpflichtet, wenn er konkrete Anhaltspunkte dafür hat oder sogar weiß, dass der kundennähere Wertpapierdienstleister seinen Pflichten nicht nachgekommen ist ...“

⁴⁵ Vgl *Oppitz in Schäfer/Seth/Lang*, Handbuch der Vermögensverwaltung² (2016) § 56 Rz 9.

⁴⁶ So etwa BGH 23.4.2012, II ZR 211/09, NZG 2012, 744.

⁴⁷ So kürzlich auch LG Berlin 29.7.2016, 31 O 100/16, GWR 2016, 385 (*Aurich*); vgl auch *Habbe/Angermann*, Haftung des Gründungskommanditisten für eine fehlerhafte Aufklärung durch Anlagevermittler, NZG 2012, 1255 (1256). Auch der BGH bestätigt eine Ausnahme von der Haftung für „kapitalistische“ Gründungsgesellschafter; vgl etwa BGH 9.7.2013, II ZR 9/12, NZG 2013, 980, Rn 28.

⁴⁸ BGH 4.5.2004, XI ZR 41/03, NJW-RR 2005, 23.

⁴⁹ Vgl *Rapani*, Haftung der Depotbank in Folge der Durchbrechung des Pflichtenregimes des § 27 WAG 2007, in FS W. Jud (2012) 513.

Wertpapierdienstleister sind es, die ihre Kunden dergestalt aufzuklären und zu beraten haben. Weder die Fondsgesellschaft noch der Treuhandkommanditist bekommen den Kunden bei Zeichnung der Veranlagung zu Gesicht und sind daher auch nicht in der Lage, einen Verdacht auf Defizite bei der Handhabung der Wohlverhaltensregeln des WAG 2007 zu entwickeln.

Die BGH-Rspr zur Haftung eines Gründungsgesellschafters kann daher nicht pauschal auf jedwede Treuhandkommanditisten-Konstellation anwendbar gestellt werden; wiederum ist auf den Einzelfall Bedacht zu nehmen. Dabei fällt auf, dass Treuhandkommanditisten – wie dargelegt – als rein administrative Vehikel keine vertriebssteuernde Funktion entfalten; sie stehen in keinem Vertragsverhältnis mit den tatsächlich in den Vertrieb eingeschalteten Kreditinstituten bzw Wertpapierfirmen. Als Adressat einer Zurechnung iSd Erfüllungsgehilfenhaftung scheiden sie daher aus.

2.3. Konzessionsrechtliche Aspekte

Darüber hinaus nehmen Treuhandkommanditisten bei geschlossenen Fonds auch aufgrund ihrer Rechtsform bzw fehlender öffentlich-rechtlicher Berechtigungen⁵⁰ regelmäßig nicht für sich in Anspruch, gegenüber Kunden als Anlageberater aufzutreten. Fälle, in denen Treuhandkommanditisten etwa als Wertpapierfirmen oder Kreditinstitute organisiert sind, treten selten auf.

Dies ist aus den dargestellten Gründen plausibel: Anlageberatungsdienstleistungen bedürfen, sollten sie in Österreich erbracht werden, einer konzessionsrechtlichen Grundlage (gegebenenfalls im Wege des Europasses). Sie sind allerdings weder geplant noch werden sie – und dies entspricht dem empirischen Befund – tatsächlich erbracht. Bereits die regelmäßig in Vertriebsvereinbarungen zwischen den Emissionshäusern und den lokalen Vertriebspartnern abgegrenzten Pflichtenkreise und darauf basierende Provisionsregelungen schließen idR aus, dass Treuhandkommanditisten (oder die Emissionshäuser selbst) im Rahmen der Anlageberatung an die Seite der lokalen Vertriebspartner treten.

2.4. Zur Prospekthaftung des Treuhänders

2.4.1. Rechtsgrundlagen

Nach deutschem Recht ist die Prospekthaftung im weiteren Sinn ein Anwendungsfall der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss nach § 280 Abs 1 und 3 iVm § 282 iVm § 241 Abs 2 und § 311 Abs 2 BGB. Abgesehen vom Sonderfall des § 311 Abs 3 BGB, in dem auch ein Dritter haften kann, wenn er in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat, trifft die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss denjenigen, der den Vertrag im eigenen Namen abschließen will. Das sind bei einem Beitritt zu einer KG grundsätzlich die schon beigetretenen Gesellschafter, mit Ausnahme der rein kapitalistisch beigetretenen Gesellschafter.⁵¹ Vertragspartner des prospektiven Treugeberkommanditisten ist regelmäßig der Treuhandkommanditist, mit dem der Anleger gemäß dem Zeichnungsschein den Erwerb und das

treuhänderische Halten der Kommanditbeteiligung an der Fondsgesellschaft vereinbart.⁵²

Die Judikatur des BGH nimmt den Treuhänder im Kontext mit der Prospekthaftung in bestimmten Konstellationen in die Pflicht: Der Treuhänder muss über Prospektmängel aufklären, wenn der Prospekt unmittelbare Fehler enthält und bestimmte für den Anlageerfolg wesentliche Punkte aus dem Prospekt nicht ersichtlich sind.⁵³

Einer entsprechenden Pflicht wird der Treuhänder nach Auffassung des BGH nicht deshalb entoben, weil der Treuhänder mit den Anlegern nicht in einen persönlichen Kontakt trat und seine Aufgabe als die einer bloßen Abwicklungs- und Beteiligungstreuhanderin verstand. Der BGH misst vielmehr dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass sich der Beitritt durch Abschluss eines Treuhandvertrages vollzog.⁵⁴

Auch nach österreichischem Recht kann es – nach allgemeinen Grundsätzen und daher je nach Lage des Falles – zu einer Einbeziehung von Treuhandkommanditisten in den zivilrechtlichen Haftungsverbund kommen. Bereits in einer älteren Entscheidung zeigte sich der OGH diesbezüglich zumindest grundsätzlich offen: „Die Personen und Unternehmen, die mit Rücksicht auf ihre allgemein anerkannte Stellung oder ihre Eigenschaft als berufsmäßige Sachkenner eine Garantstellung einnehmen, haften deshalb dem der Gesellschaft beigetretenen Anleger für Schadenersatz aus Verschulden bei Vertragsabschluss sowie für die Verletzung von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten schon vor Geschäftsabschluss.“ Und weiter: „Der Kreis der haftenden Personen ist jedenfalls weit gezogen: er umfaßt die Initiatoren, Gründer und Gestalter der Kommanditgesellschaft, die sie beherrschen oder Einfluß auf sie haben und mit deren Willen und Wissen der Prospekt in Verkehr gebracht wurde.“⁵⁵

Die Praxis zeigt, dass es freilich vielfach bloße Vertriebsbroschüren sind, auf welche Anleger bei der Geltendmachung ihrer behaupteten Ansprüche den Schwerpunkt legen; in aller Regel steht der Vorwurf im Vordergrund, die konkrete Anlageberatung sein unvollständig bzw unrichtig gewesen. Jene Informationen, deren Verschleierung Anleger regelmäßig beklagen (etwa hinsichtlich der „Weichkosten“ des Fonds, des Fremdkapitalanteils oder des fehlenden Sekundärmarkts) finden sich in zahlreichen Kapitalmarktprospekten durchaus. Im zivilgerichtlichen Beweisverfahren geht es dann primär darum, zu klären, ob bzw wann der Anleger solche Prospekte erhalten hat und auf welche Weise relevante Prospektinhalte in die konkrete Beratungssituation transformiert wurden. Treuhandkommanditisten sind idR nicht für die Erstellung von Prospektmaterial zuständig, treten demgemäß auch nicht als Prospektersteller auf und werben auch selbst keine Anleger ein. In der Funktions- und Wertschöpfungskette des Fondsvertriebs sind sie auf die erwähnte administrative Rolle beschränkt. Insofern fällt es von vornherein schwer, Anknüpfungspunkte dafür zu fin-

⁵² Vgl nur LG Hamburg 4.12.2015, 329 O 343/14.

⁵³ Vgl die Nachweise bei Zinger, BB 2014, 460.

⁵⁴ BGH 6.11.2008, III ZR 231/07, NJW-RR 2009, 329, mit Verweis auf BGH 24.5.1982, II ZR 124/81, BGHZ 84, 141; 13.7.2006, III ZR 361/04, NJW-RR 2007, 406, Rn 9; 22.3.2007, III ZR 98/06, NJW-RR 2007, 1041, Rn 15; 29.5.2008, III ZR 59/07, NJW-RR 2008, 1129, Rn 8.

⁵⁵ OGH 5.9.1991, 6 Ob 585/91.

⁵⁰ Zu den für den Vertrieb geschlossener Fonds erforderlichen Berechtigungen vgl etwa Oppitz, Wohin mit den geschlossenen Fonds? ÖBA 2014, 48.

⁵¹ BGH 9.7.2013, II ZR 9/12, Rn 26 f.

den, dass Treuhandkommanditisten einer Prospekthaftung ausgesetzt sein sollten. Auch der Katalog der nach § 11 KMG in Betracht kommenden Prospekthaftungsadressaten erfasst Treuhandkommanditisten in der skizzierten Rolle nicht: Die einzig denkbare Subsumption unter den Intermediärstatbestand des § 11 Abs 1 Z 3 KMG scheidet bereits daran, dass Treuhandkommanditisten den Handel bzw die Vermittlung von Wertpapieren oder Veranlagungen nicht – wie das Gesetz ausdrücklich verlangt – „gewerbsmäßig“ betreiben. Im Gegenteil: Die Treuhandkommanditisten „handeln“ und „vermitteln“ von vornherein nicht; von dritter Seite angesprochene und beratene Anleger unterfertigen aus gesellschaftsrechtlicher Notwendigkeit Beitrittserklärungen, um selbst im Treuhandweg Kommanditistenstellung zu erlangen.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken: Für Ansprüche aus der Prospekthaftung sind darüber hinaus die anzuwendenden Verjährungsfristen zu beachten. § 199 Abs 3 Z 1 BGB sieht für derartige Ansprüche eine 10-jährige Verjährungsfrist, ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des vermeintlichen Geschädigten, beginnend mit der Entstehung der Ansprüche, vor. Hinsichtlich der Entstehung der Prospekthaftungsansprüche ist auf den Erwerbszeitpunkt abzustellen.⁵⁶ Auch das österreichische KMG sieht in § 11 Abs 7 eine solche Präklusivfrist vor; für vor dem 10.8.2005 entstandene Ansprüche beträgt die Frist fünf Jahre.⁵⁷ Da die große Mehrzahl der sich nun in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Fonds im Zeitraum vor der Finanz- und Immobilienkrise ab dem Jahr 2007 aufgelegt wurden, wird die Geltendmachung von Prospekthaftungsansprüchen regelmäßig bereits an der Verjährung scheitern.⁵⁸

2.4.2. Anwendbares Recht

Der OGH folgt in einer jüngeren Entscheidung zum international-privatrechtlichen Charakter von Prospekthaftungsregelungen der nun auch gem Art 4 Abs 3 der Rom II-VO⁵⁹ (Ort der offensichtlich engeren Verbindung) vorgezeichneten⁶⁰ Maßgeblichkeit des Marktstatuts.⁶¹ Bei einem Angebot in Österreich (im Wege eines österreichischen Vertriebspartners des Emissionshauses) wird daher in aller Regel das österreichische Prospekthaftungsregime zur Anwendung kommen.

⁵⁶ Vgl Assmann in Assmann/Schütze, Kapitalanlagerecht⁴, § 5 Rz 201 f.

⁵⁷ Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 11 Rz 33, mit Verweis auf die KMG-Novelle BGBl I 2005/78.

⁵⁸ Dies umso mehr, wenn man zusätzlich zur objektiven fünfjährigen (nunmehr: 10-jährigen) Frist des KMG die subjektive dreijährige Frist des § 1489 ABGB anwendet. Dafür sprechen systematische Überlegungen, wenn auch der OGH die Sphären des KMG und des allgemeinen Zivilrechts im Bereich der Verjährung zu trennen scheint; vgl OGH 10.9.2012, 10 Ob 88/11f; 24.10.2013, 6 Ob 16/13s; 27.4.2016, 8 Ob 26/16f.

⁵⁹ Zu deren Anwendbarkeit auf Prospekthaftungskonstellationen grundlegend von Hein, Die internationale Prospekthaftung im Lichte der Rom II-Verordnung, in FS Hopt (2008) 371 (378).

⁶⁰ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht², § 12 Rz 8.

⁶¹ OGH 15.12.2015, 4 Ob 112/15x: „Marktort ist daher bei der zivilrechtlichen Prospekthaftung der Markt, für den der Prospekt erstellt und zum zielgerichteten Vertrieb eingesetzt wurde (vgl zum Marktort als dem Vertriebsort auch 8 Ob 126/09a; 7 Ob 31/13d; 2 Ob 78/06v). Wie auch das Verfassen und Absenden eines Briefes nicht schon die anknüpfungsrelevante Handlung ist, sondern erst dessen Kenntnisnahme durch den Empfänger (RIS-Justiz RS0076853), ist nicht schon das Erstellen des Prospekts, sondern erst dessen zielgerichtete Platzierung auf dem Markt relevant. Denn erst dadurch wird der durch außenwirksame Mitwirkung geschaffene Vertrauenstatbestand wirksam und wirkt auf die Anleger (Marktgegenseite) ein.“

3. Zwischenergebnis

Typischerweise beschränken sich die Funktionen des Treuhandkommanditisten auf die Gestionierung der Treuhandbeteiligungen; eine Involvierung in Vertriebsaktivitäten ist nicht die Regel. Sollte eine Schwestergesellschaft des Treuhandkommanditisten oder aber ein sonstiger (gesellschaftsrechtlich mit ihm nicht verbundener) Vertriebspartner für die Platzierung der (indirekten) Kommanditbeteiligungen zuständig sein, ergibt sich eine Zurechnung des Haftungspotenzials auf derartige Vertriebsaktivitäten an den Treuhänder lediglich in Ausnahmefällen.

Dabei ist idR vorauszusetzen, dass zwischen dem Treuhänder und den für den Vertrieb zuständigen Gesellschaften keine Vertragsbeziehungen bestehen und der Treuhänder – wie oben skizziert – weder nach dem Prospekt noch aufgrund sonstiger vertraglicher Vereinbarungen eine Pflicht zur Beratung bzw Aufklärung von Anlegern übernommen hat.

Eine gruppeninterne Arbeitsteilung auf der Seite der Fondsgesellschaft bietet für die wechselseitige Zurechnung unter Schwestergesellschaften wohl kaum Anhaltspunkte. Die für Erfüllungsgehilfenkonstruktionen typische vertragliche Regelung, welche eine Auslagerung bestimmter Tätigkeiten (hier: Anlageberatung bzw Produktaufklärung) zum Inhalt hat, fehlt im Rahmen der typischen Emissionsstrukturen bei geschlossenen Fonds: Jede der beteiligten Gesellschaften hat ihr eigenes (im Prospekt üblicherweise ausgewiesenes) Geschäftsfeld und entsprechende Zuständigkeiten. Dementsprechend treten Anhaltspunkte für eine (wechselseitige) Erfüllungsgehilfenhaftung – auch aus der Wahrnehmung des Anlegers – in den Hintergrund.

Darüber hinaus ist gerade aufgrund der prospektmäßig ausgewiesenen Zuständigkeiten eine Eigenhaftung einzelner gruppenzugehöriger Gesellschaften durch Setzung eines Vertrauenstatbestands ausgeschlossen. Die Erfahrungen mit dem Vertrieb geschlossener Fonds in Österreich zeigen, dass die Rollen der einzelnen Akteure nicht nur in den Prospekten, sondern meist auch in den Zeichnungsscheinen – unter Angabe des inländischen Vertriebspartners und unter Umschreibung von dessen Funktion – klar abgegrenzt sind. Aus der Sicht des Kunden ist dann hinreichend klaggestellt, welche Gesellschaft als Vermittler, als Treuhänder bzw Fondsgesellschaft (Emittent) auftritt.

Jenseits der im vorliegenden Zusammenhang somit in den Hintergrund tretenden Erfüllungsgehilfenhaftung könnten sich Haftungszurechnungen innerhalb der Gruppe der Fondsgesellschaft allenfalls nach allgemein-konzernrechtlichen Grundsätzen ergeben; Anhaltspunkte für derartige (Durchgriffs-)Haftungstatbestände drängen sich allerdings nach der bei der Auflage geschlossener Fonds typischen Ausgangssituation ebenso wenig auf: Die Rspr nimmt etwa bei qualifizierter Unterkapitalisierung in Konzernsituationen einen Haftungsdurchgriff an, der auf einer teleologischen Reduktion von § 48 AktG (bzw § 61 Abs 2 GmbHG) beruht und rein objektiv gefasst ist.⁶² Von Relevanz könnte allenfalls die Frage einer Haftung wegen faktischer Geschäftsführung sein, wenn der faktische Geschäftsführer dauerhaft und ausgeprägt

⁶² Vgl die Nachweise bei Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 15 Rz 84.

den Platz eines Organs einnimmt, was im Falle einer weitgehenden Verdrängung des bestellten Geschäftsführungsorgans zu bejahen sein wird.⁶³ Eine Haftung einzelner gruppenzugehöriger Gesellschaften kann sich in Sonderkonstellationen aus deliktischen Haftungstatbeständen ergeben; diese werden als Anwendungsfälle der Durchgriffshaftung angesehen.⁶⁴

Prospekthaftungsansprüche gegen den Treuhänder sind sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht grundsätzlich (jedoch nicht nach den Regelungen des KMG) denkbar, setzen aber naturgemäß Prospektfehler und die Übernahme einer Prospektverantwortung voraus. Bei Angeboten in Österreich wird angesichts der Maßgeblichkeit des Marktstatuts regelmäßig das österreichische Prospekthaftungsregime zur Anwendung kommen.

III. Allfällige Aufrechnungslagen

1. Der Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten

Die Behauptung von Aufrechnungslagen ist anlegerseitig durch das Wiederaufleben der persönlichen Haftung der Kommanditisten gegenüber den Gläubigern gem § 171 Abs 1, § 172 Abs 4 und § 161 Abs 2 iVm § 128 dHGB motiviert. Die gedämpften bzw negativen Jahresergebnisse der Fonds hatten zur Konsequenz, dass die aus laufender Liquidität dargestellten Auszahlungen nicht durch handelsrechtliche Gewinne der KG gedeckt werden konnten (bzw die Kapitalkonten einzelner Anleger waren zum Zeitpunkt der Auszahlung durch Verlustvorträge bereits gemindert).

Isd Regelung in den Treuhandverträgen zwischen Treuhandkommanditist und Anleger berufen sich die Treuhandkommanditisten – wie dargelegt – regelmäßig auf die Freistellungsklausel des Treuhandvertrages sowie auf die Freistellungsverpflichtung aus dem Geschäftsbesorgungsverhältnis gem § 675 iVm § 670 und § 257 BGB bzw § 1014 ABGB.

Der OGH hat sich gegenüber der Geltendmachung dieses Freistellungsanspruchs⁶⁵ aufgeschlossen gezeigt. Er erachtet es in einer jüngeren Entscheidung als unzweifelhaft, dass den *in concreto* beklagten Treugeber, an den die Ausschüttungen im Umfang des Klagsbetrags geflossen waren, „sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht eine Befreiungs- oder Freistellungsverpflichtung trifft.“ Diese ergebe sich bereits ohne Weiteres aus dem Wesen der (fremdnützigen) Treuhand, nachdem die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile der formell auf den Treuhänder übertragenen Rechtsposition im Innenverhältnis allein den Treugeber treffen sollen.⁶⁶ Unproblematisch erscheint nach dieser Rspr auch die Übertragung von Ansprüchen des Treuhänders an eine dritte Person.

In verjährungsrechtlicher Hinsicht kommt für unmittelbare Ansprüche der Fondsgesellschaft gegen den Treugeber die allgemeine dreijährige Frist (§ 195 BGB) zur Anwendung. Sie beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch

entstanden ist und die Fondsgesellschaft von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hat. Diese Frist gilt auch für den Freistellungsanspruch des Treuhänders gegenüber dem Treugeber. Er verjährt nach der Rspr frühestens mit dem Schluss des Jahres, in dem die Forderung fällig wird, von der zu befreien ist,⁶⁷ und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs 1 BGB).

2. Gegenforderungen der Treugeber?

2.1. Allgemeines zu den Aufrechnungsvoraussetzungen

Im Bewusstsein der geringen Chancen, die Wirksamkeit von Rückzahlungsklauseln an der Wurzel zu bekämpfen, gehen betroffene Anleger (Treugeber) mitunter dazu über, die Rückzahlungspflicht durch die Behauptung einer Aufrechnungslage neutralisieren zu wollen.⁶⁸ Voraussetzung für die schlüssige Formulierung derartiger Aufrechnungseinreden ist naturgemäß die haftungsmäßige Inpflichtnahme des Treuhänders in verschiedener (oben einleitend skizzierter) Hinsicht; der Treuhänder soll den Anleger getäuscht haben, für fehlerhaften Prospektinhalt (mit)verantwortlich sein und auch das Haftungsrisiko für eine Fehlberatung des Anlegers tragen.

Der Treuhänder kann seinen Freistellungsanspruch an einen Gesellschaftsgläubiger abtreten.⁶⁹ Dieser kann den Anspruch im eigenen Namen gegen den Treugeber (Anleger) geltend machen; dies mit der Folge, dass der Gesellschaftsgläubiger (etwa eine finanzierende Bank) die Außenhaftung unmittelbar gegen den mittelbaren Kommanditisten geltend machen kann.⁷⁰ Durch die Abtretung wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch.⁷¹ Der Ausschluss der Abtretbarkeit nach § 399 Fall 1 BGB (Veränderung des Leistungsinhalts) wird dadurch vermieden, dass der Freistellungsanspruch gerade an den Gläubiger der zu tilgenden Schuld abgetreten wird.⁷²

⁶⁷ BGH 12.11.2009, III ZR 113/09, ZIP 2010, 1299; 5.5.2010, III ZR 209/09, ZIP 2010, 1295; 22.3.2011, II ZR 100/09: Wäre für den Lauf der Verjährungsfrist auf die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs abzustellen, wäre die Treuhandkommanditistin regelmäßig bereits zu einem Zeitpunkt zur Geltendmachung ihres Freistellungsanspruchs gegenüber den Treugebern gezwungen, in dem weder die Fälligkeit der Drittforderung, von der freizustellen ist, absehbar ist noch feststeht, ob zu deren Erfüllung überhaupt auf Mittel der Treugeber zurückgegriffen werden muss; vgl im Kontext mit § 1014 ABGB OGH 31.5.1990, 8 Ob 721/89. Die österreichische Rspr nimmt für den Aufwandsersatzanspruch – sofern nicht Forderungen des täglichen Lebens (Betriebs- und Heizkosten, öffentliche Abgaben etc) vorliegen – die Anwendbarkeit der 30-Jahres-Frist an; vgl OGH 26.11.1981, 7 Ob 762/81; 13.11.1985, 1 Ob 680/85; weiters P. Bydliński in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB⁴, § 1014 Rz 5; Strasser in Rummel, ABGB³, §§ 1014, 1015 Rz 7.

⁶⁸ Anschaulich Tebben, Treuhandkommanditist, 173: „Wir sehen, es wird bedrohlich für den Treugeber. ... Als Letztes bleibt der Versuch, gegen den Freistellungsanspruch aufzurechnen mit Schadenersatzansprüchen gegen den Treuhandkommanditisten.“

⁶⁹ Zur deutschen Rechtslage vgl die Nachweise bei Klöhn, Treuhandkonstruktionen, 147; Schäfer, Zu Fragen der Treugeberhaftung bei qualifizierten Treuhandbeteiligungen an Publikumpersonengesellschaften, ZHR 177 (2013), 619 (627 FN 36). Nach Veit (Die Haftung des aus der geschlossenen Publikumsmanditgesellschaft ausgeschiedenen Treugebers, BKR 2015, 233 [234]) ist diese Abtretung „selbsttendend“ möglich; ablehnend zum Abtretungshindernis allfälliger Verschwiegenheitspflichten zutreffend Tebben, Treuhandkommanditist, 171 f.

⁷⁰ OGH 28.4.2016, 1 Ob 246/15f; D. Holzinger, Keine Ausnahme von der Regel, VbR 2016, 162.

⁷¹ Zwar ist der Freistellungsanspruch schon zuvor praktisch idR durch Zahlung erfüllbar (und materiell primär auf diese gerichtet), allerdings kann die Freistellung daneben durch Handlungen anderer Art (zB eine Schuldübernahme) ebenso bewirkt werden. Diese Auffächerung entfällt durch die Abtretung; zur Grundlage und Rechtsnatur des Freistellungsanspruches vgl auch die Nachweise bei Trenker, (Außen-)Haftung des Treugeberkommanditisten (Teil I), GesRZ 2017, 32 (34).

⁷² Vgl Schürbrand, ZGR 2014, 270; gegen die Annahme eines schlüssig vereinbarten Abtretungsverbots OGH 28.4.2016, 1 Ob 246/15f; ebenso Trenker, GesRZ 2017, 35.

⁶³ OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00w; 29.4.2004, 6 Ob 313/03b, GesRZ 2004, 379 (Harner) = ÖZW 2005, 21 (Artmann) = GES 2005, 19 (Fantur); iZm der Konkursverschleppung OGH 17.12.2007, 8 Ob 124/07d, GES 2008, 62 (Fantur).

⁶⁴ Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³, § 15 Rz 85.

⁶⁵ Vgl allgemein zu diesem Begriff aus der Sicht des österreichischen Rechts Kodek, Der schadenersatzrechtliche Freistellungsanspruch – das unbekannte Wesen, Zak 2015, 204; zum deutschen Recht statt aller Tebben, Treuhandkommanditist, 169 ff.

⁶⁶ OGH 28.4.2016, 1 Ob 246/15f, mit Verweis insb auf OGH 28.10.1971, 1 Ob 282/71; 29.2.1972, 4 Ob 505/72.

Sind die sonstigen Voraussetzungen für eine Aufrechnung gegeben, kann der Anleger gegen den Gesellschaftsgläubiger bzw Zessionar alle Einwendungen geltend machen, die er auch gegen den Treuhänder erheben könnte.⁷³

2.2. Zum Mangel einer aufrechenbaren Gegenforderung in concreto

2.2.1. Allgemeines

Im gegebenen Zusammenhang scheidet eine Aufrechnung aus der Sicht der Treugeber jedoch gleich aus mehreren Gründen, und zwar sowohl nach österreichischem als auch nach deutschem Recht.

Die Zulässigkeit der Aufrechnung ist nach deutschem Recht zu beurteilen: Ist das Recht zur Aufrechnung nicht vertraglich vereinbart (wovon bei geschlossenen Fondskonstruktionen regelmäßig auszugehen ist), so gilt für die Aufrechnung das Recht, dem die Forderung unterliegt, gegen die aufgerechnet wird (Art 17 der Rom I-VO).⁷⁴ Anleger trachten, gegen den (abgetretenen) Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten aufzurechnen; Letzterer unterliegt deutschem Recht. Daher gilt für die Aufrechnung – und auch ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen – deutsches Recht.

2.2.2. Keine Haftung des Treuhandkommanditisten

Aufrechnung ist die Tilgung gleichartiger gegenseitiger Forderungen ohne Leistungsaustausch.⁷⁵ Einseitige Aufrechnung (um die es hier geht) erfordert insb Gegenseitigkeit. Der Gläubiger muss auch Schuldner seines Schuldners sein und umgekehrt (§§ 1438 und 1441 Satz 1 ABGB).⁷⁶ Entsprechendes sieht § 387 BGB vor. Abweichende Vereinbarungen, wonach die Gegenseitigkeit keine Aufrechnungsvoraussetzung darstellt, sind zwar möglich,⁷⁷ in den vorliegenden Konstellationen jedoch regelmäßig unwahrscheinlich bzw von vornherein nicht gegeben.

Damit muss die Aufrechnung regelmäßig bereits am Gegenseitigkeitserfordernis scheitern; wie oben herausgearbeitet wurde, fehlt es grundsätzlich (auch wenn Prospekthaltungsfälle denkbar sind) an tauglichen Rechtsgrundlagen für eine Haftbarmachung des Treuhandkommanditisten für Anlegerschäden, die sich allenfalls auf rechtswidrig-schuldhaftes Verhalten von Anlageberatern – typischerweise also nicht Treuhandkommanditisten – zurückführen lassen.

2.2.3. Gesellschaftsrechtlich motivierte Aufrechnungssperre

Selbst unter der theoretischen Annahme des Bestehens von Gegenansprüchen, die den Anleger als Treugeber in die Lage versetzen könnten, die Aufrechnungsvoraussetzungen vordergründig zu erfüllen, zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass die (ebenso nach deutschem Recht zu beurteilenden) ge-

sellschaftsrechtlichen Gegebenheiten eine Aufrechnungsmöglichkeit unterbinden.

Der BGH hat sich bereits vor einigen Jahren zum Ausschluss einer Gegenrechnung eines Anlegers aus einer Aufklärungspflichtverletzung des Treuhandgesellschafters einer Publikumpersonengesellschaft gegenüber dem Anspruch des Treuhandgesellschafters auf Freistellung von der Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger geäußert.⁷⁸ Die deutsche Rspr geht dabei von gesetzlich oder vertraglich geregelten Aufrechnungsverboten aus,⁷⁹ die sich nach dem besonderen Inhalt des zwischen den Parteien begründeten Schuldverhältnisses als stillschweigend vereinbart qualifizieren lassen (§ 157 BGB).⁸⁰ Alternativ können „die Natur der Rechtsbeziehung oder der Zweck der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar (§ 242 BGB) erscheinen lassen“.⁸¹

Diese Grundsätze hat der BGH auf geschlossene Fonds mit dem Hauptargument angewendet, dass die Treugeber (Anleger) in ihrer Rechtsstellung einem unmittelbaren Gesellschafter weitgehend angenähert seien. Auch der unmittelbare Gesellschafter kann seiner Inanspruchnahme nach § 128 dHGB keine Einwände aus dem Innenverhältnis der Gesellschaft entgegenhalten, sondern ihm stehen – abgesehen von seinen persönlichen Einwendungen – nur die Einwendungen offen, die auch die Gesellschaft gegen die erhobene Forderung richten könnte (§ 129 dHGB). Diese Quasi-Gesellschafterstellung⁸² des Treugebers führt zu einer weitgehenden Gleichstellung zwischen Treugebern und Direktkommanditisten. Dies entspricht der Vertragspraxis: Die mittelbar beteiligten Anleger sind nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich den Direktanlegern vollständig gleichgestellt. In einschlägigen Gesellschaftsverträgen finden sich Formulierungen wie: „Im Innenverhältnis der Gesellschafter und im Verhältnis zur Gesellschaft werden die der Gesellschaft mittelbar beitretenden Treugeber wie Kommanditisten behandelt.“ Anhand des systematischen Vergleichs der Pflichtenstellung eines Treugebers, der sich an einer Fondsgesellschaft in der Rechtsform einer OHG bzw an einer Publikums-KG beteiligt, kommt der BGH zu folgendem Ergebnis: „Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft haften ebenso wie die Kommanditisten den Gesellschaftsgläubigern persönlich mit ihrem gesamten Vermögen. Die Haftung der Kommanditisten ist – abgesehen von dem Sonderfall des § 176 HGB – lediglich durch die Höhe der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme begrenzt und kann durch Zahlung der Einlage in Höhe der Haftsumme ganz ausgeschlossen werden. Dieser Unterschied rechtfertigt es jedoch nicht, nur beim (Treugeber-)Kommanditisten ein Aufrechnungsverbot anzunehmen, nicht dagegen auch bei dem unbegrenzt haftenden (Treugeber-)Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Der tragende Grund für das Aufrechnungsverbot, dass nämlich der Treugeber in Gesellschaften der vorliegen-

⁷³ RIS-Justiz RS0032740.

⁷⁴ Vgl auch OGH 2.9.2003, 1 Ob 38/03z.

⁷⁵ Dullinger, Schuldrecht Allgemeiner Teil⁴ (2010) Rz 4/23.

⁷⁶ Auf welchem Rechtsgrund die Forderungen beruhen und welche Art von Verhältnis zwischen den Parteien besteht, ist für die Frage der Gegenseitigkeit ohne Belang; vgl Dullinger, Schuldrecht Allgemeiner Teil⁴, Rz 4/25.

⁷⁷ OGH 20.9.2000, 3 Ob 300/98h (zur Konzernverrechnungsklausel; Aufrechnungsvertrag zugunsten Dritter).

⁷⁸ BGH 24.7.2012, II ZR 297/11, WM 2012, 1664; 18.10.2012, III ZR 279/11, ZIP 2012, 2246; im Hinblick auf einen an den Insolvenzverwalter abgetretenen Freistellungsanspruch eines Treuhandkommanditisten auch BGH 22.3.2011, II ZR 271/08; 18.10.2011, II ZR 37/10.

⁷⁹ Vgl auch die Nachweise bei Klöhn, Treuhandkonstruktionen, 148.

⁸⁰ Auch die österreichische Rspr bejaht einen solchen konkludenten Ausschluss der Aufrechnung aufgrund des Vertragszwecks; vgl RIS-Justiz RS0014220.

⁸¹ BGH 18.10.2012, III ZR 279/11.

⁸² BGH 20.1.2015, II ZR 444/13, NZG 2015, 387; vgl weiters die Nachweise bei Klöhn, Treuhandkonstruktionen, 145; kritisch dazu Leupold, VbR 2016, 158.

den Art grundsätzlich nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden soll als der unmittelbare Gesellschafter und er deshalb das Anlagerisiko ebenso wie der unmittelbare Gesellschafter tragen soll, trifft auf beide Gesellschaftsformen gleichermaßen zu.⁸³

Damit setzt der BGH das Konzept der „wirtschaftlichen Außenhaftung“⁸⁴ um, welches vom Prinzip des Ausschlusses von Einwendungen aus dem Treuhandverhältnis getragen ist. Auch ein Gesellschafter kann den Gesellschaftsgläubigern keine Einwendungen aus seinem Verhältnis zur Gesellschaft entgegenhalten, sondern sich lediglich auf Einwendungen der Gesellschaft (oder eigene) gegenüber dem jeweiligen Gläubiger berufen (§ 129 dHGB).⁸⁵ Hier kommt auch der Gedanke zum Tragen, dass die Vereinbarung einer Beschränkung der Aufrechnung mit allfälligen Rückforderungsansprüchen wegen eines Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften unzulässig ist.⁸⁶ Zugespielt lässt sich formulieren, dass der Treugeber im Innenverhältnis in eine Art „Quasi-Kommanditistenstellung“ gebracht wird, dies mit der Folge, dass die abgelehnte Außenhaftung als Kommanditist durch eine „unerbittliche Innenhaftung“ substituiert werde.⁸⁷ Dies ist auch konsistent mit der bei derartigen Teilnehmungsmodellen in aller Regel vorherrschenden Möglichkeit der Anleger, zwischen einem direkten und indirekten Beitritt frei zu wählen, und dem daraus resultierenden Bedürfnis, die Rechtsposition sämtlicher Anleger weitestgehend anzugleichen.⁸⁸

Man mag dem in der deutschen Judikatur verfestigten Prinzip der wirtschaftlichen Außenhaftung kritisch gegenüberstehen;⁸⁹ derartige Kritik verfängt allenfalls aus rechtspolitischen Erwägungen, die dem Schutz auch von Anlegern verpflichtet sind, die unternehmerische Beteiligungen bei Publikumpersonengesellschaften eingehen. In rechtsgemäßer Hinsicht lässt sich das Aufrechnungsverbot *de lege lata* und auf Basis gefestigter Judikatur hingegen nicht in Zweifel

ziehen. Die gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten bei KGs lassen sich auch nicht mit dem Argument beiseiteschieben, dass die für Anlegermodelle typische Konstruktion der Publikums-KG die personalistischen Elemente in den Hintergrund treten lasse.⁹⁰ Diese Aspekte hat der OGH zwar in einer Sonderkonstellation (mit einem für die vorliegend behandelten Fälle schon wegen schwach ausgeprägter Mitwirkungsrechte sowie wirtschaftlicher Benachteiligung der Anleger nicht repräsentativen Sachverhalt)⁹¹ identifiziert;⁹² spezielle Rechtsfolgen ergaben sich jedoch auch dabei nur in Teilaspekten (wie der vom OGH konkret behandelten Kündigungsmöglichkeit von Treugeberanlegern). Das gesellschaftsrechtliche Konstrukt an sich – und insb seine Haftungsverfassung – bleibt in den hier untersuchten Gestaltungen jedenfalls unberührt. Den Anlegern werden „umfassende, den Kernbereich einer Kommanditbeteiligung ausmachende Mitgliedschaftsrechte eingeräumt“.⁹³ Das erweist sich anhand folgender vertragstypischer Merkmale:

- Die Treugeber sind regelmäßig anteilig am Vermögen sowie am Gewinn und Verlust der Fondsgesellschaft beteiligt.
- Die Treugeber haben ein Teilnahmerecht an den ordentlichen und außerordentlichen Gesellschafterversammlungen der Fondsgesellschaft.
- Die Treugeber haben ein anteiliges Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen der Fondsgesellschaft.
- Den Treugebern stehen Kontroll- und Auskunftsrechte zu.
- Die Treugeber haben hinsichtlich ihrer Beteiligung ein Übertragungsrecht.

Auch der OGH sieht – wie der BGH – keinen Grund, den über einen Treuhandkommanditisten an einer Publikums-gesellschaft Beteiligten besser zu stellen, als wenn er unmittelbar beteiligt wäre.⁹⁴ Jede andere Lösung würde nicht nur ohne Not Rechtssicherheitsdefizite provozieren, sondern darüber hinaus auch dem durch die vertragliche Vermittlung der Kommanditistenstellung gerade berücksichtigten Typenzwang des Gesellschaftsrechts⁹⁵ zuwiderlaufen. Das Prinzip der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht findet seine Grenze jedenfalls dort, wo zwingende Regelungen (etwa des Gläubigerschutzes) unterlaufen würden.⁹⁶

⁸³ BGH 18.10.2012, III ZR 279/11 (Hervorhebung nicht im Original).

⁸⁴ Schäfer, ZHR 177 (2013), 627.

⁸⁵ Zur österreichischen Rechtslage mit demselben Ergebnis *D. Holzinger*, VbR 2016, 162, mit dem Hinweis, dass eine Aufrechnung des Gesellschafters mit Gegenforderungen gegen Ansprüche aus der verbotenen Rückgewähr von Einlagen nicht zulässig ist, da der Gesellschaft entzogenes Kapital wieder verschafft werden soll (OGH 26.4.2016, 6 Ob 72/16f). *D. Holzinger* resümiert aaO zutreffend, dass der OGH der Wiederherstellung des Haftungsfonds und dem Schutz der Gläubiger also Vorrang vor dem Befreiungs- und Sicherungszweck der Aufrechnung einräumt.

⁸⁶ Zu § 63 Abs 3 Satz 2 GmbHG vgl. OGH 26.4.2016, 6 Ob 72/16f, mit Verweis auf OGH 1.9.2010, 6 Ob 132/10w; 13.9.2012, 6 Ob 110/12p.

⁸⁷ K. Schmidt, Diskussionsbeitrag, zitiert in Hecker, Bericht über die Diskussion des Referats Tebben, in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010 (2011) 181 (182).

⁸⁸ Wie der BGH (29.9.2015, II ZR 403/13) treffend ausgeführt hat, „besteht zwischen dem Beklagten als Treugeber, den anderen Treugebern und den unmittelbaren Gesellschaftern ein solches durch den Gesellschaftsvertrag und den Treuhandvertrag begründetes Rechtsverhältnis, das infolge der Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandverhältnis dadurch gekennzeichnet ist, dass der Kläger über seine schuldrechtliche Beziehung zu der Treuhänderin hinaus im Innenverhältnis zu den anderen Treugebern, den Gesellschaftern und der Fondsgesellschaft eine einem unmittelbaren Gesellschafter entsprechende Rechtsstellung erlangt hat.“

⁸⁹ Klöhn, Treuhandkonstruktionen, 143 ff; für Österreich Leupold, VbR 2016, 158 f, welche die Begründung einer (ergänzenden) Auslegung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag nach dem Parteiwillen gerade in Fällen einer fehlerhaften Beitrittsentscheidung nicht für überzeugend hält und Gleichstellungsthese nur dann für einleuchtend ansieht, wenn die Zwischenschaltung des Treuhänders bloß den Interessen des Treugebers dient; weiters auch S. Schumacher, Es kommt auf den Einzelfall an, VbR 2016, 163, der ohne taugliche Begründung bereits das Vorliegen einer fremdnützigen Treuhand in Abrede stellen will; *Trenker*, (Außen-)Haftung des Treugeberkommanditisten (Teil II), GesRZ 2017, 95 (95 f), der sich gegen die Annahme eines stillschweigenden Einwendungsausschlusses mit dem Argument ausspricht, dass die Vertragsparteien nur beabsichtigen würden, den Treugeber im Innenverhältnis wie einen Kommanditisten zu stellen, „der Einwendungsausschluss funktional aber das Außenverhältnis betrifft.“ *Trenker* wendet sich auf S 96 ff auch gegen einen Einwendungsausschluss aus Gläubigerschutzgründen.

⁹⁰ So aber offenbar S. Schumacher, VbR 2016, 163.

⁹¹ Dennoch führt *Trenker* (GesRZ 2017, 99) diese Entscheidung als Beleg für das Ergebnis seiner Interessenabwägung an, nach der ein Einwendungsausschluss zu verneinen sei.

⁹² OGH 29.6.2009, 9 Ob 68/08b, wobei er hier von einer vertraglichen Konstellation auszugehen hatte, die gerade nicht durch die wirtschaftliche und rechtliche Gleichstellung der Treugeber mit Direktkommanditisten gekennzeichnet war: Der Treugeber leistete seine Einlage in Form von monatlichen (Anspar-)Zahlungen über 12 bis 20 Jahre. Es bestand keine laufende Gewinn- und Verlustbeteiligung; das ordentliche Kündigungsrecht des Treugebers war zur Gänze ausgeschlossen; der Treugeber hatte kein Teilnahme- und Stimmrecht bei Gesellschafterversammlungen. In den vorliegenden Fällen ist das Treugut hingegen dem Treugeber rechtlich und wirtschaftlich zugeordnet (OGH 19.3.2015, 6 Ob 63/14d), weshalb die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile der formell auf den Treuhänder übertragenen Rechtsposition allein den Treugeber treffen (OGH 28.4.2016, 1 Ob 246/15f). Der über den Treuhandkommanditisten Beteiligte ist somit dem unmittelbar beteiligten Gesellschafter gleichgestellt (OGH 12.9.1996, 8 Ob 2035/96i).

⁹³ Treffend *Kindler*, Der Kommanditist hinter dem Kommanditisten, in FS K. Schmidt (2009) 871 (876).

⁹⁴ So ausdrücklich OGH 12.9.1996, 8 Ob 2035/96i. *Trenker* (GesRZ 2017, 41) leitet aus dieser Entscheidung zutreffend ab, dass sich der OGH der „Gleichstellungsthese“ des BGH anschließt.

⁹⁵ Zutreffend *Kindler*, Kommanditist, 881, der eine Außenhaftung derjenigen Personen für geboten erachtet, die „sich einer gegen den Typenzwang verstößenden Gestaltung bedienen“.

⁹⁶ Vgl. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 1/9.

Eine illustrative wertungsmäßige Parallele ergibt sich aus der normativen Verfestigung des Treugebergesellschafters im Eigenkapitalersatzrecht.⁹⁷ Hält ein Gesellschafter einen Gesellschaftsanteil als Treuhänder für einen Dritten als Treugeber, so gilt der Treugeber als Gesellschafter (§ 7 Abs 1 Satz 1 EKEG). Und: Gewährt ein Dritter als Treuhänder für einen Gesellschafter der Gesellschaft einen Kredit, so werden die Gesellschafterstellung des Treugebers und dessen Kenntnis der Krise dem Treuhänder zugerechnet (§ 7 Abs 2 EKEG).

Verstärkend tritt hinzu, dass der Zweck der treuhandvertraglichen Freistellungsverpflichtung nur erreicht werden kann, wenn der Gläubiger (Zessionar) auch bei Inanspruchnahme des Treugebers nur die auf die Gesellschaftsverbindlichkeit bezogenen Einwendungen (§ 129 dHGB) erwarten muss und insofern eine Symmetrie im Haftungsumfang der unmittelbaren und mittelbaren Kommanditisten besteht. Ansonsten wäre der vorsichtige Gläubiger systeminkonform (weil die treuhandvertragliche Haftungsordnung verlassend) veranlasst, den Treuhänder in Anspruch zu nehmen.⁹⁸ Dieser wäre wiederum genötigt, seinerseits den Treugeber in Regress zu nehmen. Die Vermeidung einer solchen Regressfolge ist Kernzweck der Freistellungsverpflichtung.

Auch der BGH bestätigt, dass einem verständigen und redlichen Treugeber bewusst sein muss, dass der Ausschluss seiner selbständigen Gesellschafterhaftung nach außen nur dann mit den Interessen des Treuhänders und auch der Gesellschaftsgläubiger in einem ausgewogenen Verhältnis steht, wenn diese nicht nur auf den Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB, sondern auch auf den Freistellungsanspruch greifen können und der Treuhänder sich durch dessen Abtretung nicht einer gegen ihn gerichteten Klage aussetzen muss.⁹⁹

Ein weiteres systematisches Argument¹⁰⁰ nimmt Anleihen am Recht der fehlerhaften Gesellschaft: Bei fehlerhafter Eingehung des Gesellschaftsvertrages ist eine Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses nur *ex nunc* möglich; der Gesellschafter kann sich nicht *ex tunc* aus der Gesellschaft lösen. Ebenso wenig kann sich der Treugeber (der die durch den Treuhandvertrag vorgegebene Haftungsordnung akzeptiert hat) gegenüber Gläubigern auf einen jetzt *Compensando*-Einwendungen eröffnenden „Eingehungsmangel“ bei Abschluss des Treuhandvertrages berufen, zumal es beim Treuhandvertrag um ein anderes Schuldverhältnis geht als jenes des Gläubigers zur Gesellschaft.

Auch aus einem anderen Blickwinkel liegt es nahe, die Einschaltung eines Treuhandkommanditisten als Verwaltungs- und Abwicklungsvehikel nicht zum Anlass einer Verdünnung der Pflichten der Treugeber zu nehmen. Ähnlich wie bei schuldrechtlichen Zertifikaten, die Aktien vertreten,

etwa um die Handelbarkeit von Namensaktien sicherzustellen,¹⁰¹ nimmt der Treuhandkommanditist bloß eine Art Überbindungs- oder Transformationsfunktion ein. Der OGH hat diese Funktionseinschränkung in Bezug auf die *Ad-hoc*-Meldepflicht insofern bestätigt, als er die Emittentin von Zertifikaten (konkret: die OeKB als Wertpapiersammelbank) nicht als Normadressatin der börsengesetzlichen *Ad-hoc*-Publizität qualifizierte und dabei auch keine Rechtsschutzlücke identifizierte.¹⁰² Würde man aus der jeweils ähnlich gelagerten Dienstleistungsfunktion eines Emittenten von Zertifikaten einerseits und eines Treuhandkommanditisten andererseits deutlich unterschiedliche rechtliche Konsequenzen ableiten, was den Pflichtenkreis jener Akteure betrifft, mit denen sie in Vertragsbeziehungen stehen, verstrickte man sich in grundlegende Wertungswidersprüche.¹⁰³ Allein das Merkmal der Vermittlung der Kommanditistenstellung durch einen Treuhänder rechtfertigt keine Sonderbehandlung des Treugebers nach dem Muster des *cherry picking*.¹⁰⁴

Aus kollisionsrechtlichen Gründen (die Anknüpfung für alle gesellschaftsrechtlichen Fragen richten sich nach dem tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung der KG)¹⁰⁵ besteht idR ein Gleichklang zu den Rechtswahlklauseln in den einschlägigen Treuhandverträgen.¹⁰⁶ Aus österreichischer Sicht legt auch eine Berufung auf den kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz gem Art 6 Abs 2 der Rom I-VO keine gegenüber der deutschen Rechtslage abweichenden Ergebnisse nahe:

Nach Art 6 Abs 2 der Rom I-VO darf eine Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem mangels Rechtswahl anzuwendenden Recht nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Der OGH hatte in der nunmehrigen Leitentscheidung 1 Ob 246/15f – angesichts der weit fortgeschrittenen Harmonisierung verbraucherschutzrechtlicher Normen im EU-Raum wenig überraschend – keine Veranlassung gesehen, auf Basis von Art 5 Abs 2 EVÜ (nunmehr: Art 6 Abs 2 der Rom I-VO) Verbraucherschutzdefizite nach deutschem Recht zu monieren, welche den kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz ausgelöst hätten. Vielmehr verwies der OGH in der zitierten Entscheidung auf die Üblichkeit von Schad- und Klagloshaltungsverpflichtungen und auf die Möglichkeit der Begründung der Freistellungspflicht mit einem Größenschluss aus § 1014 ABGB: „Wenn der Auftraggeber sogar schon zur Leistung eines Vorschusses für künftige Auslagen verpflichtet ist,

⁹⁷ Auch wenn das EKEG nur Kredite erfasst, die von Personen mit Finanzierungsverantwortung gewährt werden (dazu zählen zB Gesellschafter, die mit mindestens 25 % am Grundkapital der AG beteiligt sind; vgl § 5 Abs 1 Z 2 EKEG), ist auf den generellen, im EKEG für Sonderkonstellationen präzisierten Gedanken der Kapitalerhaltung und das allgemeine Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG) zu verweisen, welches jeden Aktionär, unabhängig von der Höhe und Qualität der Beteiligung, erfasst; vgl Schopper in Schopper/Vogt, EKEG (2004) § 4 Rz 12 f.

⁹⁸ Wertenbruch, NZG 2013, 287.

⁹⁹ BGH 11.11.2008, XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271; 5.5.2010, III ZR 209/09.

¹⁰⁰ Menkel, Die Aufrechnungsbefugnis der Treugebergesellschafter gegen den Zessionar bei Abtretung des Freistellungsanspruchs durch die Treuhandgesellschaften, NZG 2014, 1253 (1256); ablehnend Trenker, GesRZ 2017, 100 ff.

¹⁰¹ Näher Kals, Das Aktien vertretende Zertifikat, ÖBA 2009, 339.

¹⁰² OGH 23.10.2015, 6 Ob 56/15a, GesRZ 2016, 65 (Hasenauer).

¹⁰³ Was im Übrigen auch die bereits geäußerten Bedenken gegen die grundsätzliche Heranziehung des Treuhandkommanditisten als Prospekthaftungsadressaten verstärkt.

¹⁰⁴ Treffend daher die Anmerkungen von Könen, ZIP 2016, 2007, zur Rückforderbarkeit von Liquiditätsausschüttungen generell: „Die Kommanditisten einer Anlegergesellschaft müssen sich dementsprechend in redlicher Weise darauf einlassen, dass Unklarheiten bei der Auslegung, wenn möglich, anhand des gesetzlichen Leitbilds zu beseitigen sind. Schließlich sind die Vertragsparteien bei der individualvertraglichen Gestaltung von dem gesetzlichen Leitbild ausgegangen und wollten dieses modifizieren. Dadurch, dass dieser an das gesetzliche Leitbild anknüpfende Wille der Gesellschafter als Ausfluss der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen ist, ist im Falle der gewinnunabhängigen Liquiditätsausschüttung im Rahmen des Sinnzusammenhangs der Ausschüttungsklausel von einem Rückzahlungsanspruch für den Fall des krisenbedingten Liquiditätsbedarfs auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage auszugehen.“

¹⁰⁵ Personalstatut gem Art 1 Abs 2 lit e EVÜ = Art 1 Abs 2 lit f der Rom I-VO iVm § 10 IPRG.

¹⁰⁶ Zum anwendbaren Recht auch OGH 28.4.2016, 1 Ob 246/15f.

muss ihn eine entsprechende Zahlungspflicht umso mehr dann treffen, wenn im Vermögen des beauftragten Treuhänders die Verbindlichkeit bereits entstanden ist. Auch der eigentliche Aufwandsatz kann durch Befreiung von der Verbindlichkeit erfolgen, wenn der Aufwand des Beauftragten im Eingehen einer Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten besteht“.

Zu ergänzen ist: Die dem Gesellschaftsrecht – und daher nach § 10 IPRG dem Personalstatut – zuzuordnende Frage der Haftung des Treugebers ist einer wirtschaftlichen Außenhaftung samt Beurteilung allfälliger Aufrechnungsmöglichkeiten entzieht sich – schon mangels Rechtswahlkonstellation – dem Regime des Art 6 Abs 2 der Rom I-VO. Insofern wären auch Bemühungen, die Grundsätze des anwendbaren deutschen Personengesellschaftsrechts über das internationale Privatrecht gleichsam auszuhebeln, zum Scheitern verurteilt:

Die fehlende Aufrechnungsmöglichkeit des Treugebers ist das Prinzip der wirtschaftlichen Außenhaftung findet ihre Grundlage im Personalstatut der KG. Der BGH verweist insofern treffend auf den besonderen Inhalt des mit dem Gesellschaftsverhältnis verbundenen Treuhandverhältnisses:¹⁰⁷ Die Treugeber dürfen durch die Zwischenschaltung eines Treuhänders nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden als im Falle einer unmittelbaren Beteiligung. Insofern liegt eine der kollisionsrechtlichen Beurteilung der Durchgriffshaftung ähnliche Konstellation vor; Fragen des Gesellschaftsrechts (wie insb die Haftung von Gesellschaftern für Gesellschaftsschulden) sind vom Anwendungsbereich der Rom I-VO ausgenommen (Art 1 Abs 2 lit f der Rom I-VO).¹⁰⁸ Auch wenn § 10 IPRG selbst keine ausdrückliche Aussage über die Reichweite des Personalstatuts enthält, lässt sich somit über die Wertungen der Rom I-VO und der Rom II-VO und der darin enthaltenen Bereichsausnahmen der Schluss ziehen, dass ein Haftungsdurchgriff auf Gesellschafter nach dem Personalstatut der Gesellschaft zu beurteilen ist, nicht aber nach den beiden Verordnungen.¹⁰⁹ Gleiches gilt für die Haftungssituation nicht nur des unmittelbaren, sondern auch des mittelbaren Gesellschafters.

3. Zwischenergebnis

Der Treuhänder kann seinen gegen die Treugeber gerichteten Freistellungsanspruch an einen Gesellschaftsgläubiger abtreten.

Der Treugeber (Anleger) ist in seiner Rechtsstellung einem unmittelbaren Gesellschafter weitgehend angenähert. In der deutschen Judikatur hat sich das Prinzip der wirtschaftlichen Außenhaftung des Treugebers verfestigt.

Damit einher geht ein Aufrechnungsverbot des Treugebers gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger. Der Gläubiger (Zessionar), etwa eine finanzierende Bank, muss auch bei Inanspruchnahme des Treugebers nur die auf die Gesellschaftsverbindlichkeit bezogenen Einwendungen (§ 129 dHGB) erwarten, nicht aber Einwendungen, die aus dem Treuhandvertrag – sohin aus einem anderen Schuldverhältnis – resultieren. Eine Aufrechnung mit behaupteten Ansprüchen gegen den Treuhänder zB aus dem Titel der Prospekthaftung oder

der fehlerhaften Anlageberatung scheidet daher, selbst wenn solche Ansprüche tatsächlich bestehen sollten, aus.

IV. Ergebnisse

1. Bei den untersuchten Fondskonstruktionen des geschlossenen Typs unterliegen sowohl der Gesellschaftsvertrag als auch der Treuhandvertrag (sowie alle Ansprüche aus oder iZm diesem) regelmäßig dem Recht der BRD. Aus der engen inhaltlichen Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag folgt, dass die Beurteilung des anwendbaren Rechts „Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht“ iSv Art 1 Abs 2 lit f der Rom I-VO betrifft. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung hat sich daher nach § 10 IPRG, nach welchem das Gesellschaftsstatut maßgeblich ist, zu richten. Insofern gelangt man auch ohne Rechtswahlklausel zur Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den jeweiligen Treuhandvertrag. Im Übrigen zeigt sich eine weitgehende Übereinstimmung der Ergebnisse, was die Beurteilung der hier behandelten Fragen nach deutschem und österreichischem Recht anlangt.

2. Die Funktionen des in Deutschland domizilierten Treuhandkommanditisten eines geschlossenen Fonds beschränken sich typischerweise auf die Gestionierung der Treuhandbeteiligungen; eine Involvierung in Vertriebsaktivitäten ist nicht die Regel. Anlageberatungsfälle sind denkbar, aber beim Vertrieb über inländische (österreichische) Vertriebspartner unwahrscheinlich, zumal eine Erfüllungsgehilfenkonstellation nur in Ausnahmefällen vorliegen wird. Prospekthaftungsfälle sind allerdings denkbar.

3. Vorvertragliches Verschulden des Treuhänders gegenüber österreichischen Anlegern ist nach deutschem, eine allfällige Prospekthaftung nach österreichischem Recht zu beurteilen.

4. Nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Außenhaftung (entwickelt vom BGH und aufgenommen vom OGH) soll der Treugeber in Publikums-KGs grundsätzlich nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden als der unmittelbare Gesellschafter. Er soll deshalb das Anlagerisiko ebenso wie der unmittelbare Gesellschafter tragen.

5. Der BGH befürwortet angesichts der materiellen Gesellschaftsstellung des Treugebers (Anlegers) den Ausschluss einer Gegenrechnung des Anlegers aus einer Aufklärungspflichtverletzung des Treuhandgesellschafters einer Publikumpersonengesellschaft gegenüber dem Anspruch des Treuhandgesellschafters auf Freistellung von der Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger. Dieses Aufrechnungsverbot ist im Falle österreichischer Treugeber und eines deutschen Treuhandkommanditisten nach deutschem Recht zu beurteilen. Nach österreichischem Recht gelangt man zum selben Ergebnis.

6. Der Freistellungsanspruch des Treuhänders gegenüber dem Treugeber (Anleger) – konkret im Hinblick auf die Inanspruchnahme auf Rückzahlung von nicht durch Gewinne gedeckten Ausschüttungen aus laufender Liquidität – ist sowohl nach österreichischem als auch nach deutschem Recht abtretbar. Er wandelt sich im Zuge der Abtretung in einen Zahlungsanspruch.

¹⁰⁷ BGH 22.3.2011, II ZR 224/08, BB 2011, 1807, Rn 27; 22.3.2011, II ZR 271/08, Rn 27; 24.7.2012, II ZR 297/11; 18.10.2012, III ZR 150/11, Rn 28 ff.

¹⁰⁸ Sinngleich Art 1 Abs 2 der Rom II-VO.

¹⁰⁹ Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 338.

GesRZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Jahresabo 2017 inkl. Onlinezugang und App
(46. Jahrgang 2017, Heft 1-6)

EUR 170,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53