

**Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden**  
**Rechtsanwalt und Notar · Fachanwalt für Steuerrecht**

**Mittelbare Beteiligungen an geschlossenen**  
**Immobilienfonds gemäß dem KAGB**

**Inhalt**

I.	Mittelbare Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds in der Zeit vor Inkrafttreten des KAGB	2
1.	Die unterschiedlichen mittelbaren Beteiligungen in der Praxis	3
a)	Vertikale Innen-Rechtsbeziehungen	4
a1)	Die zweigliedrige schuldrechtliche mittelbare Beteiligung	4
a2)	Die zweigliedrige mittelbare Beteiligung von Quasi-Gesellschaftern	5
b)	Dauer der mittelbaren Beteiligung	7
2.	Horizontale Innen-Rechtsbeziehungen	8
3.	Haftung mittelbar Beteiligter ?	9
a)	Primärer Freistellungs-/Rückgriffsanspruch des Treuhandkommanditisten gegen die Publikums-KG (§§ 161 Abs. 2, 110 Abs. 1 HGB) und subsidiärer Freistellungs-/Rückgriffsanspruch gegen unmittelbar beteiligte Gesellschafter	11
b)	Folgen der rechtlichen Außenhaftung des Treuhandkommanditisten für mittelbare Beteiligte	12
c)	Excurs: Zur rechtlichen Außenhaftung von unmittelbar beteiligten Gesellschaftern einer GbR bzw. OHG – Übertragbarkeit auf mittelbar Beteiligte ?	12
c1)	Gesetzlicher Freistellungsanspruch	15
c2)	Vertraglicher Freistellungsanspruch	15
d)	Verjährung von Freistellungsansprüchen	16
4.	Nachschusspflicht für mittelbar Beteiligte ?	16
5.	Keine fehlerhafte Beteiligung bei mittelbaren Beteiligungen	16
6.	Rückabwicklung mittelbarer Beteiligungen	16
7.	Prospekthaftung von Gründungsgesellschaftern gegenüber mittelbar Beteiligten	17
a)	Schadensersatzverpflichtung von Gründungs- bzw. Treuhandgesellschaftern gegenüber mittelbar Beteiligten	17
b)	Aufrechnungsverbot mit Prospekthaftungsansprüchen gegen Freistellungsansprüche	19
c)	Recht auf fristlose Kündigung	20

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: Europarecht; privates Baurecht;  
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;  
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Finanzgerichtsprozesse (incl. BFH); Verfassungsrecht

Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr  
Hinweis gemäß § 33 BDSG: personenbezogene Daten werden gespeichert / telefonische Auskünfte sind unverbindlich

Bankverbindungen

**Rechtsanwalt**  
Wiesbadener Volksbank eG  
BIC: WIBADE5W  
IBAN: DE78 5109 0000 0000 2347 10

**Notar**  
Wiesbadener Volksbank eG  
BIC: WIBADE5W  
IBAN: DE10 5109 0000 0000 2532 00

8.	Auskunftsanspruch	20
a)	Unmittelbare Beteiligung	20
b)	Mittelbare Beteiligung	20
b1)	Inhalt des Auskunftsanspruchs	20
b2)	Adressat des Auskunftsanspruchs	21
9.	Verfassungsrecht	21
10.	EU-Gemeinschaftsrecht	23
11.	Zwischenergebnis zum Recht vor Inkrafttreten des KAGB	24
II.	Mittelbare Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds gemäß dem KAGB	27
1.	Zum Vergleich: Die unmittelbare Beteiligung	27
2.	Die vertikal zweigliedrige mittelbare Beteiligung	28
3.	Die vertikal zweigliedrige mittelbare Beteiligung nebst horizontaler Beteiligung an einer Innen-GbR	28
4.	Die mittelbare Beteiligung über eine Beteiligung an einer Außen-GbR	28
III.	Fazit	29

*Mittelbare Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds waren in der Zeit vor dem Inkrafttreten des KAGB weit verbreitet. Auch das KAGB läßt sie zu. Insbesondere das Thema der wirtschaftlichen Innenhaftung scheint sich erledigt zu haben.*

## **I. Mittelbare Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds in der Zeit vor Inkrafttreten des KAGB**

Geschlossene Immobilienfonds wurden als Publikums-KGs, GbR- und OHG-Fonds aufgelegt. Und mittelbare Beteiligungen über einen Treuhand-Gesellschafter wurden vor allem deshalb konzipiert, um bei Publikums-KGs und OHG-Fonds den mit unmittelbaren Beteiligungen verbundenen Registeraufwand zu vermeiden und bei Publikums-KGs, GbR- und OHG-Fonds Außenhaftungsrisiken für Anleger zu vermeiden. Die Art der mittelbaren Beteiligungen war unterschiedlich: Es konnte sich um vertikal zweigliedrige Beteiligungen über einen Treuhandgesellschaftler handeln, es konnte aber auch sein, daß die solchermaßen beteiligten Anleger zusätzlich untereinander in einer GbR als Innengesellschaft verbunden waren. Mitunter gab es auch Konzeptionen, bei welchen Anleger sich an einer Außen-GbR beteiligten, die ihrerseits über den Treuhandgesellschaftler mittelbar an einer Publikums-KG bzw. einem GbR- oder OHG-Fonds beteiligt waren.<sup>1)</sup>

Geschlossene Fonds in der Rechtsform der Publikums-Personengesellschaften (OHG-, KG-, GbR-Fonds) suggerier(t)en, daß über einen Treuhandgesellschaftler nur mittelbar beteiligte Anleger zwar Rechte wie bei unmittelbar beteiligten Gesellschaftern übertragen werden können, sie aber keinen Haftungsrisiken ausgesetzt seien. Durch die nachfolgend nochmals aufgezeigte Rechtsprechung des BGH, die zu Lasten mittelbar Beteiligter *rückwirkend* zur Anwendung

---

1) Zum Überblick siehe Wagner GWR 2013, 7; Wagner in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2014, § 17 Rdn. 410 f., 424 und § 18 Rdn. 187 – 206, 267 – 315 und § 20 Rdn. 13 - 33

kommt, erweist sich dies jedoch als Trugschluss, mit teils existentiellen Folgen für Betroffene,<sup>2)</sup> was bedeutete, daß dort, wo man Haftungsrisiken für mittelbar Beteiligte vermeiden wollte, gesonderte vertragliche Regelungen Vorsorge hätte geschaffen werden müssen, andernfalls über Haftungsrisiken gesondert aufzuklären war.

## 1. Die unterschiedlichen mittelbaren Beteiligungen in der Praxis

Mittelbaren Beteiligungen von Kapitalanlegern an geschlossenen Fonds lagen verschiedene Modelle zu Grunde. Einerseits wurde vom Quasi-Gesellschafter bzw. als ob-Gesellschafter bei einem offenen Treuhandverhältnis gesprochen, wenn durch eine Vertragsgestaltung mit den Gesellschaftern der Fonds-Gesellschaft bzw. weil dies von vornherein im Gesellschaftsvertrag der Fonds-Gesellschaft so vorgesehen war, die mittelbar Beteiligten so gestellt wurden, als ob sie Gesellschafter wären.<sup>3)</sup> Andererseits sprach der BGH auch von einem von gesellschaftsrechtlichen Beziehungen überlagerten Treuhandverhältnis.<sup>4)</sup> Das, was vom BGH mal so oder so bezeichnet wurde, hatte mit *Wiedemann*<sup>5)</sup> unterschiedliche dogmatische Einordnungen zum Gegenstand. Im ersteren Fall wurde der mittelbar Beteiligte quasi mitgliedschaftlich in die Hauptgesellschaft integriert,<sup>6)</sup> im letzteren Fall dagegen wurde die Rechtsposition des mittelbar Beteiligten „in das Mitgliedschaftsverhältnis des Treuhänders eingebettet.“<sup>7)</sup>

Mittelbar an geschlossenen Fonds Beteiligte unterlagen mit der Rechtsprechung *rechtlich* zwar keiner direkten Außenhaftung.<sup>8)</sup> Aber wie nachfolgend aufgezeigt, unterlagen mittelbar an geschlossenen Fonds Beteiligte unter bestimmten Voraussetzungen *wirtschaftlich* einer Innenhaftung, die dadurch zur Außenhaftung werden konnte, daß der Treuhandgesellschafter vertragliche bzw. gesetzliche Freistellungsansprüche (§§ 675, 670 BGB), die er gegen mittelbar Beteiligte hatte, an Gläubiger des Fonds abtrat, die aus diesen zedierten Freistellungsansprüchen gegen mittelbar Beteiligte auf Zahlung klagen konnten.<sup>9)</sup> Insoweit verstieß dies nicht gegen § 399

---

2) *Stöber* NJW 2013, 832; *Wagner* GWR 2013, 7

3) BGH 30.03.1987 – II ZR 163/86, WM 1987, 811 f.; BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16 – 17m.w.N. ; *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1787

4) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 18

5) *Wiedemann* ZIP 2012, 1786

6) BGH 18.09.2012 – II ZR 201/10, WM 2012, 2234; BGH 18.09.2012 – II ZR 178/10, WM 2012, 2231 Rdn. 13

7) *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1787

8) BGH 04.07.1961 – VI ZR 84/60, BB 1961, 988 (gegen Haftung bei gesellschaftsrechtlicher Treuhand); BGH 06.11.1963 – IV ZR 32/63, BB 1964, 327 (gegen Haftung von stillen Gesellschaftern); BGH 17.03.1966 – II ZR 282/63, BGHZ 45, 204 und BGH 29.03.1973 – II ZR 25/70, BGHZ 60, 324 (gegen unbeschränkte Kommanditistenhaftung); BGH 11.11.2008 – XI ZR 468/07, ZIP 2008, 2354, 2356 (dazu *Wagner* NZG 2009, 213 m.w.N.); BGH 12.02.2009 – III ZR 90/08, WM 2009, 593 Rdn.35; BGH 21.04.2009 – XI ZR 148/08, DB 2009, 1397; BGH 20.07.2010 – XI ZR 465/07, WM 2010, 1555, 1557; BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, DB 2011, 1099 Rdn. 10; BGH 22.03.2011 – II ZR 224/08, BB 2011, 1807 Rdn. 11 m.w.N.; OLG Frankfurt 25.06.2009 – 15 U 101/08, WM 2010, 673, 674; OLG Karlsruhe 06.08.2009 – 4 U 09/08, ZIP 2009, 1810, 1811.; *Gottschalk* NZG 2012, 461 - So auch *Armbrüster* NJW 2009, 2167, 2168; *Armbrüster* ZIP 2009, 1885; *Nobbe* WN 2007, Beilage 1, Seite 2, 10; *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (10/2009), Fach 7330 Rdn. 137 f.; *Wagner* BKR 2008, 57; *Wagner* ZNotP 2009, 101, 103; *Wagner* NZG 2009, 213 m.w.N.; *Wagner* NZG 2009, 733; *Wagner* WM 2010, 1684, 1689 m.w.N.; *Wagner* ZNotP 2011, 201, 292; *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 286 – a.A. *Kindler* ZIP 2009, 1146; *Pfeifle/Heigl* WM 2008, 1485, 1491

9) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 35

BGB.<sup>10)</sup> Und soweit die Rechtsprechung mittelbar Beteiligte zu Quasi-Gesellschaftern gemacht hatte, mußten diese auch die §§ 735, 739 BGB gegen sich gelten lassen, so daß die These bereits im Ansatz unzutreffend war, im schlimmsten Fall müßten Anleger erhaltene Ausschüttungen zurückzahlen.<sup>11)</sup> Vielmehr waren mittelbar Beteiligte als sog. Quasi-Gesellschafter – auch rückwirkend - erheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt,<sup>12)</sup> was ihnen i.d.R. bei Eingehen eines Engagements, das Jahre vor dieser Rechtsprechung lag, unbekannt war.

#### a) Vertikale Innen-Rechtsbeziehungen

Die rechtliche Einordnung mittelbarer Beteiligungen hing davon ab, auf welcher vertraglichen Gestaltung sie beruhten. Wurde von vornherein konzeptionell und vertraglich vorgesehen, daß Anleger sich über einen Treuhandkommanditisten an einer Publikums-KG beteiligten und wurde dies auch im Gesellschaftsvertrag der Publikums-KG von vornherein so vorgesehen, so nannte der BGH<sup>13)</sup> dies ein „offenes Treuhandverhältnis“ bzw. sprach von einer von „gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerten Treuhandbeziehung.“<sup>14)</sup> Nach dem Inhalt des Gesellschafts- und Treuhandvertrages konnten mit dieser Rechtsprechung im Innenverhältnis der Gesellschafter der Publikums-KG und der mittelbar Beteiligten letzteren gesellschaftsrechtliche Rechte und Ansprüche eingeräumt werden, wobei dem das Abspaltungsverbot von Mitgliedschaftsrechten nicht entgegen stand, wenn dem die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zugestimmt hatten.<sup>15)</sup> Dazu gehörten z.B. Kontroll- und Überwachungsrechte,<sup>16)</sup> Anweisungsbefugnisse zu Gunsten mittelbar Beteiligter gegenüber der Gesellschaft,<sup>17)</sup> direkte Zahlungen von der Gesellschaft an die mittelbar Beteiligten unabhängig von Gewinnausschüttungsansprüchen,<sup>18)</sup> Gewinnausschüttungsanspruch mittelbar Beteiligter gegenüber dem geschäftsführenden Gesellschafter der Publikums-KG<sup>19)</sup> etc..

#### a1) Die zweigliedrige schuldrechtliche mittelbare Beteiligung

Beruhete die mittelbare Beteiligung alleine darauf, daß zwischen dem Treugeber und dem Treuhandgesellschafter ein schuldrechtlicher Treuhandvertrag geschlossen worden war, ohne daß weitere vertikale vertragliche Bindungen – etwa zur Publikums-Personengesellschaft bzw. deren Gesellschaftern - bestanden, dann sprach man von einer zweigliedrig schuldrechtlichen mittelba-

---

10) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, WM 2011, 897 Rdn. 14 – 15; BGH 22.03.2011 – II ZR 224/08, BB 2011, 1807 Rdn. 14 ff.; *Wagner* WM 2010, 1684, 1690 m.w.N.; *Wagner* ZNotP 2012, 45, 46

11) Scope Ratings 29.05.2012

12) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 35 - 36

13) BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 51

14) BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614

15) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16

16) BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 50

17) BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 50

18) BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614, 1615

19) BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614 f.

ren Beteiligung bzw. von einer verdeckten Treuhand.<sup>20)</sup> Erforderlich war, daß diese Art der mittelbaren Beteiligung samt der Gleichstellung mittelbar Beteiligter mit unmittelbar beteiligten Gesellschaftern sich aus dem Gesellschaftsvertrag der Fonds-Gesellschaft und dem Treuhandvertrag mit dem Treuhänder ergab.<sup>21)</sup>

Ansprüche des Treuhandgesellschafters gegen den Treugeber waren solche gem. §§ 669, 670 BGB. Und der im Wege der Außenhaftung haftende Treuhandgesellschaftler hatte Freistellungsansprüche gegen den Treugeber, sei es aufgrund Treuhandvertrages, sei es aufgrund § 257 Satz 1 BGB.<sup>22)</sup>

## a2) Die zweigliedrige mittelbare Beteiligung von Quasi-Gesellschaftern

Im Unterschied zu dem zuvor Ausgeführten konnte aber die vertikale Rechtsbeziehung auch so gestaltet sein, daß der Treugeber zwar mit dem Treuhandgesellschaftler einen Treuhandvertrag geschlossen hatte, die unmittelbar beteiligten Gesellschafter aber dem Treuhandgesellschaftler zugestanden, Treugebern, die nicht unmittelbar beteiligte Gesellschafter wurden, unmittelbare gesellschaftlerliche Rechte und Ansprüche zuzubilligen.<sup>23)</sup> Dies konnten Kontrollrechte und Anweisungsbefugnisse sein, es sollte aber auch zulässig sein, daß die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten – wozu auch die Treugeber gehören – so gestaltet werden, als ob die Treugeber unmittelbar beteiligte Gesellschafter waren.<sup>24)</sup> Mit dem BGH<sup>25)</sup> war dieses Innenverhältnis vertraglich frei gestaltbar und war nicht durch zwingendes Recht eingeschränkt. Man sprach von einem offenen Treuhandverhältnis.<sup>26)</sup>

Es war aber mit dem BGH auch unbedenklich gestaltbar, daß Treugeber außer dem Vertragsabschluss mit einem Treuhandgesellschaftler darüber hinaus einen weiteren Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern der Gesellschaft abschlossen und auf diese Weise so gestellt wurden, als ob sie unmittelbar beteiligte Gesellschafter waren, obwohl sie es nicht waren.<sup>27)</sup> Dies war auch dann der Fall, wenn eine solche Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand bereits im Gesellschaftsver-

---

20) BGH 11.11.2008 – XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rdn.20; BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2013, 555 Rdn. 13; Staub/C. Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rdn. 103, 105; Münchener Kommentar/K. Schmidt, HGB, 3. Aufl. 2012, Vor § 230 Mittelbare Teilhabe an Unternehmen, Rdn. 43

21) Wiedemann ZIP 2012, 1786, 1790

22) Staub/C. Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rdn. 106

23) BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16

24) BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 50; BGH 30.03.1987 – II ZR 163/86, NJW 1987, 2677; BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2012, 555 Rdn. 13 – 14 m.w.N.; Staub/C. Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rdn. 107

25) BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 50; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16

26) BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2013, 555 Rdn. 14; Staub/C. Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rdn. 103; Wertenbruch NZG 2013, 285

27) BGH 30.03.1987 – II ZR 163/86, NJW 1987, 2677; BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16; BGH 18.09.2012 – II ZR 201/10, ZIP 2012, 2291; BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2013, 555 Rdn. 15; Wertenbruch NZG 2013, 285

trag angelegt war.<sup>28)</sup> Der BGH<sup>29)</sup> sah darin kein klassisches Treuhandverhältnis, sondern „eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung“, so daß es sich dabei um Anspruchsbeziehungen gesellschaftsrechtlicher Art handelte, die mit dem BGH<sup>30)</sup> über schuldrechtliche Beziehungen zum Treuhänder deutlich hinausgingen. Mittelbar Beteiligte konnten dann als sog. Quasi-Gesellschafter unmittelbares Stimmrecht auf Gesellschafterversammlungen und Teilnahmerechte an Gesellschafterversammlungen erhalten<sup>31)</sup> ebenso wie Einsichts-, Informations- und Kontrollrechte.<sup>32)</sup> Auch insoweit betont der BGH,<sup>33)</sup> daß das Innenverhältnis auch auf diese Weise frei gestaltbar war und durch zwingendes Recht nicht eingeschränkt war. Denn das Abspaltungsverbot betreffend Mitgliedschaftsrechte stand dem nicht entgegen, weil/wenn dem alle Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zugestimmt hatten.<sup>34)</sup>

Der BGH<sup>35)</sup> hielt es für möglich, daß im Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft für den Fall mittelbarer Beteiligungen dem mittelbar Beteiligten Rechte und Ansprüche wie einem unmittelbar Beteiligten zugebilligt werden konnten (sog. als ob Gesellschafter). Dies betraf aber das Innenverhältnis und nicht die Außenrechtsbeziehung. Und der BGH<sup>36)</sup> iudiziert, die Gestaltung der Innenrechtsbeziehungen sei durch zwingendes Recht nicht eingeschränkt, sondern sei der freien vertraglichen Vereinbarung zugänglich.

Durch vorgenannte Regelungen wurde mit dem BGH *rechtlich* nicht nur das Innenverhältnis zwischen dem jeweiligen Treugeber und Treuhandgesellschafter angesprochen, sondern auch das Innenverhältnis des jeweiligen Treugebers zu den unmittelbar beteiligten Gesellschaftern.<sup>37)</sup> Als *wirtschaftlichen* Vertragspartner des Treugebers bezeichnet der BGH<sup>38)</sup> die Fondsgesellschaft, denn diese sei „auch ohne Bestehen unmittelbarer rechtlicher Beziehungen zwischen ihr und den Anlegern“ Empfänger und Inhaber der vom jeweiligen Treugeber zu erbringenden Leistungen.

Wurde eine Publikums-Personengesellschaft aufgelöst, dann bestand mit dem BGH eine Verlustausgleichs- bzw. Nachschusspflicht gem. § 735 BGB nicht nur für die unmittelbar beteiligten Gesellschafter sondern auch für die sog. Quasi-Gesellschafter,<sup>39)</sup> sofern § 735 BGB nicht aus-

---

28) BGH 30.03.1987 – II ZR 163/86, NJW 1987, 2677; BGH 13.07.2006 – III ZR 361/04, WM 2006, 1621 Rdn. 10; BGH 11.11.2008 – XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rdn. 20; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16

29) BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 18

30) BGH 11.11.2008 – XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rdn. 20

31) a.A. *Wertenbruch* NZG 2013, 285, der ein eigenes Stimmrecht eines Treugebers wegen fehlender Mitgliedschaft verneint und dabei verkennt, daß eine Abspaltung von Mitgliedschaftsrechten mit der Rechtsprechung des BGH bei Publikumpersonengesellschaften zulässig ist.

32) BGH 11.11.2008 – XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rdn. 20

33) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16

34) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16

35) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/08, WM 2011, 2327 Rdn. 16; BGH 11.11.2008 – XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rdn. 20 u.H.a. BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49 f.

36) BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 16

37) BGH 30.03.1987 – II ZR 163/86, NJW 1987, 2677

38) BGH 02.07.2011 – II ZR 304/00, BGHZ 148, 201, 205

39) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 40; *Gottschalk* NZG 2012, 461

drücklich gesellschaftsvertraglich – auch für mittelbar Beteiligte – ausgeschlossen worden war.<sup>40)</sup> Offen gelassen hatte der BGH<sup>41)</sup> die Beantwortung der Frage, ob bei Fehlen einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Regelung Liquidatoren Nachschüsse gem. § 735 BGB geltend machen konnten.

Und für mittelbar Beteiligte als Quasi-Gesellschafter bestand wegen der Einschlägigkeit des § 739 BGB auch ein Fehlbetragshaftungsrisiko, sobald die mittelbare Beteiligung endet..

Die Rechtsprechung, die mittelbar Beteiligte zu Quasi-Gesellschaftern gemacht hatte, weil diesen Rechte wie unmittelbar beteiligten Gesellschaftern eingeräumt wurde, hat zugleich – für mittelbar Beteiligte unbemerkt – rückwirkend auch zu folgenden Risiken bzw. Lasten geführt:

- Freistellungsverpflichtung gegenüber dem Treuhandgesellschafter, wenn dieser haftungsmäßig in Anspruch genommen wurde. Dies nicht nur im Falle einer vertraglichen Freistellungsvereinbarungsregelung sondern für den Fall des Fehlens einer solchen gesetzlich gem. § 257 BGB.
- Nachschussverpflichtung gem. § 735 BGB im Falle der Liquidation der Gesellschaft,<sup>42)</sup> sofern § 735 BGB gesellschaftsvertraglich für mittelbar Beteiligte nicht abbedungen wurde. Und falls er abbedungen wurde und im Liquidationsfall der Gesellschaft der unmittelbar beteiligte Treuhandgesellschafter im Wege der Außenhaftung in Anspruch genommen wurde, griff für mittelbar Beteiligte das zuvor angesprochene Freistellungshaftungsrisiko, falls dieses nicht ausdrücklich zwischen dem Treuhandgesellschafter und dem mittelbar Beteiligten vertraglich abbedungen worden war.

*Wiedemann* hielt diese Entwicklung der Rechtsprechung für bedenklich, da die unmittelbar beteiligten Gesellschafter aufgrund der Kernbereichslehre nicht zu Gunsten von sog. Quasi-Gesellschaftern auf eigene Mitgliedschaftsrechte hätten verzichten können.<sup>43)</sup> Und war die mittelbare Beteiligung keine gesellschaftsrechtliche Einbindung in die Hauptgesellschaft sondern eine besondere Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses, so blieb mit *Wiedemann*<sup>44)</sup> ungeklärt, wie bezüglich der Rechte und Pflichten die solchermaßen belastete Mitgliedschaft des Treuhänders und die Rechte und Pflichten der Treugeber untereinander aufgeteilt waren.

## **b) Dauer der mittelbaren Beteiligung**

Die Dauer der mittelbaren Beteiligung ergab sich normalerweise aus dem Treuhand- bzw. Gesellschaftsvertrag. Fraglich war jedoch, was zu gelten hatte, wenn es keine solche Regelung gab. Endete dann z.B. das mittelbare Beteiligungsverhältnis mit dem Ende der Publikums-KG als werbender Gesellschaft und dem Beginn der Publikums-KG als Liquidationsgesellschaft oder wurden auch ohne gesetzliche und vertragliche Regelung die mittelbar Beteiligten Liquidations-

---

40) Zur Disponibilität des § 735 BGB: Münchener Kommentar/*Ulmer/Schäfer*, BGB, 5. Aufl. 2009, § 735 Rdn. 2; *Erman/Westermann*, BGB, 13. Aufl. 2011, Rdn. 2; *Schöne* in: *Bamberger/Roth*, BGB BeckOK, (01.02.2012), § 735 Rdn. 8; *Soergel/Hadding/Kießling*, 12. Aufl. 2007, § 735 Rdn. 2;

41) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 41

42) BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2013, 555 Rdn. 21

43) *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1788 m.w.N. in FN 20

44) *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1789

Als-ob-Gesellschafter ? Davon ging der BGH ohne weitere Begründung aus und bejaht eine Verlustausgleichspflicht des nur mittelbar Beteiligten in der Liquidation (§ 735 BGB).<sup>45)</sup> Ohne nachvollziehbare Begründung iudizierte das OLG München thesenartig, die Behandlung mittelbar Beteiligter als Quasi-Gesellschafter habe zur Folge, daß auf diese auch die Regelungen des Gesellschaftsvertrages über die Beendigung der Gesellschafterstellung unmittelbar anzuwenden seien,<sup>46)</sup> was zur Folge hatte, daß ohne jede erkennbare vertragliche Regelung mittelbar Beteiligte plötzlich zu Liquidations-Als-ob-Gesellschaftern wurden mit denen schon angesprochenen gesetzlichen Nachschussfolgen des § 735 BGB.

Wurden mittelbar Beteiligte Liquidations-Als-ob-Gesellschafter der Publikums-KG, so verwies der BGH<sup>47)</sup> auf den Grundsatz, daß Einzelansprüche solcher Gesellschafter im Liquidationsverfahren einer Durchsetzungssperre unterlagen. Solche Einzelansprüche wurden dann i.d.R. unselbständige Rechnungsposten und konnten nicht mehr isoliert geltend gemacht werden.<sup>48)</sup> ABER ausnahmsweise konnte mit dem BGH dann etwas anderes gelten, wenn zwar im Gesellschaftsvertrag dazu nichts abweichend geregelt wurde, sich aber aus dem Sinn und Zweck der gesellschaftsvertraglichen Regelungen ergab, daß Ansprüche nicht unselbständige Rechnungsposten werden sollten, sondern ihre Selbständigkeit behalten sollten<sup>49)</sup> bzw. fest stand, daß zum Zeitpunkt der Beendigung ein bestimmter Betrag zu zahlen sein sollte.<sup>50)</sup>

## 2. Horizontale Innen-Rechtsbeziehungen

Bestand nicht nur eine vertikale jeweils zweigliedrige Rechtsbeziehung zwischen dem jeweils mittelbar beteiligten Anleger und dem Treuhandgesellschafter sondern waren auch jeweils horizontale Rechtsbeziehungen der mittelbar Beteiligten i.V.m. dem Treuhandgesellschafter untereinander, dann war insoweit eine GbR-Innengesellschaft gegeben. Dies wenn diese Personen sich untereinander zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks verbunden hatten.<sup>51)</sup> Eine GbR-Innengesellschaft hatte der BGH bei Vorliegen folgender Merkmale angenommen:<sup>52)</sup>

- Die mittelbar beteiligten Anleger verfolgten keinen gemeinschaftlichen sondern einen gemeinsamen Zweck.<sup>53)</sup>

---

45) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 37 ff.; dazu *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1787

46) OLG München 11.01.2012 – 7 U 2253/11, Rdn.14 (Juris); kritisch zu diesem Ansatz – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen - *Wagner* NZG 2012, 58, 61 f. – Gemäß OLG München 16.09.2009 – 7 U 4297/08, ZIP 2010, 182 kann ein mittelbar Beteiligter, der nicht Quasi-Gesellschafter ist, im Falle der Liquidation einer OHG mittelbar beteiligt bleiben und auch in diesem Stadium Freistellungsansprüchen des Treuhänders ausgesetzt sein.

47) BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614, 1615

48) BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614, 1615 u.H.a. BGH 15.05.2000 – II ZR 06/99, WM 2000, 1443, 1444

49) BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614, 1615 u.H.a. BGH 02.10.1997 – II ZR 249/96, WM 1997, 2220, 2221

50) BGH 02.10.1997 – II ZR 249/96, WM 1997, 2220, 2221

51) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, WM 2011, 317Rdn. 21; *Wagner* ZNotP 2011, 291, 295

52) Dazu *Wagner* ZNotP 2011, 291, 295

53) Der Unterschied ist in folgendem zu sehen: Bei einem gemeinsamen Zweck verfolgen mehrere ein und denselben Zweck, bei einem gemeinschaftlichen Zweck verfolgt von mehreren jeder seinen eigenen Zweck.



- Im Treuhandvertrag wurden nicht nur die vertikalen Rechtsbeziehungen des Anlegers zum Treuhandgesellschafter sondern auch horizontale Rechtsbeziehungen mittelbar Beteiligter untereinander geregelt.
- Es kam zu Anlegerversammlungen mit entsprechenden Beschlussfassungen der mittelbar Beteiligten, was von der Gesellschafterversammlung der unmittelbar Beteiligten getrennt zu sehen war.

Ob mittelbar Beteiligte untereinander eine GbR-Innengesellschaft bildeten, mußte sich aufgrund vertraglicher Regelungen bzw. aus einer Vertragsauslegung ergeben.<sup>54)</sup>

War an dieser GbR-Innengesellschaft auch die Treuhänderin beteiligt, um Koordinierungsaufgaben wahrzunehmen, so sprach *Wiedemann*<sup>55)</sup> von einer sog. „Sammeltreuhand.“ Und hatten bei einer Fonds-Gesellschaft Anleger wählen können, ob sie sich als mittelbar Beteiligte oder als unmittelbar Beteiligte beteiligten, so sprach nach *Wiedemann*<sup>56)</sup> nichts dagegen, daß auch solche unmittelbar beteiligte Anleger Mitglied in vorgenannter GbR-Innengesellschaft („Interessengemeinschaft“) wurden.

### 3. Haftung mittelbar Beteiligter ?

Zum Beginn geschlossener Fonds versprach man sich auf Anbieter- und Anlegerseite von der Konzeption mittelbarer Beteiligungen von Anlegern folgende Vorteile: Keine Haftungsrisiken,<sup>57)</sup> keine Registereintragungen, Anlegerrechte vergleichbar zu unmittelbar beteiligten Gesellschaftern und steuerliche Mitunternehmerschaft.<sup>58)</sup> Diese Zeiten änderten sich aufgrund der jüngeren Rechtsprechung bezüglich der Frage der Haftung mittelbar Beteiligter.

Der Treuhandkommanditist als unmittelbar beteiligter Gesellschafter der Publikums-KG konnte einer direkten Außenhaftung gegenüber Gläubigern der Publikums-KG nicht ausgesetzt sein, wenn und soweit er seine Einlage geleistet hatte (§ 171 Abs. 1 HGB) und es zu keiner Einlagerückgewähr gekommen war, durch die die im Handelsregister eingetragene Haftsumme unterschritten wurde bzw. der Treuhandkommanditist keine Entnahme getätigt hat, die zur Unterschreitung der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme geführt hatte (§ 172 Abs. 4 HGB). Und Gläubiger der Publikums-KG konnten keinen direkten Außenhaftungsanspruch gegen nur mittelbar Beteiligte haben, da diese nicht unmittelbar beteiligt waren und für mittelbar Beteiligte die §§ 171, 172 HGB keine Anwendung fanden,<sup>59)</sup> auch nicht analog. Denn selbst wenn sich die Rechtsposition eines mittelbar Beteiligten nicht wesentlich von der eines unmittelbar Beteiligten unterschieden, so wurde er deshalb nicht zum Vollgesellschafter. Und die gesetzliche Haftungs-

---

54) *Wagner* ZNotP 2011, 291, 295

55) *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1790 f.

56) *Wiedemann* ZIP 2012, 1786, 1791

57) *Deutscher ZfIR* 2009, 631

58) *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 1. Aufl. 1990, § 22 Rdn. 60

59) z.B. BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, WM 2011, 897 Rdn. 10; BGH 22.03.2011 – II ZR 224/08, BB 2011, 1807 Rdn. 11 m.w.N.; *Armbrüster* ZIP 2009, 1885; *Wagner* NZG 2009, 213; *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (10/2009), Fach 7330 Rdn. 137 f.; *Wagner* WM 2010, 1684, 1689 m.w.N.

verfassung setzte – so der BGH – zwingend eine „wirkliche Gesellschafterstellung“ voraus.<sup>60)</sup> Und zu einer wirtschaftlichen Innenhaftung von mittelbar Beteiligten, wenn es darum ging, den Treuhandkommanditisten von Außenhaftungsrisiken freizustellen, kam es dann nicht, wenn der Treuhandkommanditist keiner Außenhaftung unterlag.<sup>61)</sup>

Stand dem Treuhandkommanditisten gegen mittelbar Beteiligte ein Freistellungsanspruch zu, wenn der Treuhandkommanditist aus Außenhaftung von einem Gläubiger der KG in Anspruch genommen wurde, dann konnte der Treuhandkommanditist diesen Freistellungsanspruch an diesen Gläubiger abtreten, ohne gegen § 399 BGB zu verstoßen.<sup>62)</sup>

Auch in folgendem Fall lag kein Verstoß gegen § 399 BGB vor: Hatte ein Treuhandkommanditist eines geschlossenen Fonds an mittelbar Beteiligte „Ausschüttungen“ mit Mitteln vorgenommen, die beim Treuhandkommanditisten zur Einlagenrückgewähr und Unterschreitung seiner im Handelsregister eingetragenen Haftsumme führte (§ 172 Abs. 4 Satz 1 HGB), so daß der Treuhandkommanditist der Außenhaftung ausgesetzt war,<sup>63)</sup> so stand dem Treuhandkommanditisten ein Freistellungsanspruch gegen die mittelbar Beteiligten zu. Dieser Freistellungsanspruch war im Insolvenzfall der Publikums-KG vom Treuhandkommanditisten ohne Verstoß gegen § 399 BGB an den Insolvenzverwalter der KG abtretbar, der aus abgetretenem Recht auf Zahlung gegen die mittelbar Beteiligten vorgehen konnte.<sup>64)</sup>

Wurde der Treuhandkommanditist im Wege der Außenhaftung in Anspruch genommen, so hatte er wegen der Gefahr für mittelbar Beteiligte, auf Freistellung in Anspruch genommen zu werden, vorab die mittelbar Beteiligten über die Außenhaftungsanspruchnahme zu informieren. Unterließ der Treuhandkommanditist dies, so konnte dies zu Gunsten von mittelbar Beteiligten zu Schadensersatzansprüchen gegen den Treuhandkommanditisten führen, wenn dieser bei unberechtigter Haftungsanspruchnahme durch einen Gläubiger der Publikums-KG sich dagegen nicht wehrte,<sup>65)</sup> sondern sogar noch per Vereinbarung angebliche Freistellungsansprüche, die der Treuhandkommanditist gegenüber mittelbar Beteiligten zu haben glaubte, an den Gläubiger der Publikums-KG abtrat, der diese dann gegen mittelbar Beteiligte gerichtlich geltend machte. Denn der Treuhandkommanditist hatte für den Fall unberechtigter Haftungsanspruchnahme eine Verpflichtung, sich dagegen zu wehren und die mittelbar Beteiligten von der unberechtigten Inanspruchnahme in Kenntnis zu setzen, damit diese zur Abwehr unberechtigter Ansprüche beitragen konnte.<sup>66)</sup>

---

60) BGH 11.11.2008 – XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 Rdn. 21

61) OLG München 13.12.2010 – 19 U 1594/08, WM 2012, 446, 448

62) BGH 05.05.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rdn. 12, 18; BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, WM 2011, 897 Rdn. 14; BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 33; OLG Celle 21.01.2009 – 9 U 105/08, WM 2009, 935, 937

63) OLG Koblenz 11.12.2008 – 6 U 1353/07, WM 2009, 939, 942

64) OLG Koblenz 11.12.2008 – 6 U 1353/07, WM 2009, 939, 940; OLG Jena 13.01.2009 – 5 U 63/08, WM 2009, 937, 938 f.; OLG Celle 21.01.2009 – 9 U 105/08, WM 2009, 935, 937; OLG Karlsruhe 06.08.2009 – 4 U 09/08, NZG 2009, 1108

65) OLG München 16.09.2009 – 7 U 4297/08, WM 2009, 2309, 2312, wenn die Treuhandgesellschafterin ihre Rechte aus § 129 HGB gegenüber Gläubigern der Gesellschaft nicht geltend gemacht hat; *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

66) BGH 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1745 mit Anm. *Ayad/Schnell*; *Wagner* ZNotP 2012, 45, 47

Unterlag dagegen der Treuhandkommanditist der unmittelbaren Außenhaftung gegenüber Gläubigern der Publikums-KG, weil es bei ihm zu einer Einlagenrückgewähr oder Entnahme mit Unterschreitung der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme gekommen war, stellte sich die Frage, ob und inwieweit der Treuhandkommanditist gegenüber wem wegen der Haftungsanspruchnahme Freistellung verlangen konnte.

**a) Primärer Freistellungs-/Rückgriffsanspruch des Treuhandkommanditisten gegen die Publikums-KG (§§ 161 Abs. 2, 110 Abs. 1 HGB) und subsidiärer Freistellungs-/Rückgriffsanspruch gegen unmittelbar beteiligte Gesellschafter**

Wurde ein Treuhandkommanditist von einem Gläubiger der Publikums-KG haftungsmäßig in Anspruch genommen, weil wegen Einlagenrückgewähr bzw. Entnahme die im Handelsregister eingetragene Haftsumme unterschritten wurde,<sup>67)</sup> so konnte der Treuhandkommanditist sich wegen Freistellung primär an die Publikums-KG und sekundär an die anderen unmittelbar Beteiligten wenden und Freistellung verlangen.<sup>68)</sup> Und hatte der Treuhandkommanditist im Rahmen seiner Haftungsanspruchnahme Aufwendungen für die Publikums-KG an deren Gläubiger getätigt, dann stand dem Treuhandkommanditisten ein Auslagererstattungsanspruch gem. § 110 Abs. 1 HGB primär gegen die Publikums-KG zu, ohne daß sich der Gesellschafter einen von ihm zu tragenden Verlustanteil anrechnen lassen müßte, denn § 110 HGB sollte ja gewährleisten, daß der haftungsmäßig in Anspruch genommene Gesellschafter nicht entgegen § 707 BGB mit einem Sonderopfer belastet wurde.<sup>69)</sup>

Weigerte sich die KG oder war sie dazu nicht in der Lage, den Aufwendungsersatzanspruch gem. § 110 HGB zu erfüllen, dann und auch erst dann und konnte der haftungsmäßig in Anspruch genommene Kommanditist subsidiär gegen die anderen unmittelbar beteiligten Gesellschafter der KG in Höhe deren jeweiliger Verlustanteile vorgehen.<sup>70)</sup> Zwar setzte - so der BGH<sup>71)</sup> - § 426 BGB voraus, daß mehrere Gesellschafter im Außenverhältnis den Gesellschaftsgläubigern gesamtschuldnerisch hafteten. Aber der BGH<sup>72)</sup> ließ § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB auch dann eingreifen, wenn ein Kommanditist freiwillig Schulden der KG gegenüber einem Gläubiger der KG tilgte und dadurch wie ein Komplementär handelte. In einem solchen Fall konnte der haftungsmäßig in Angriff genommene Kommanditist dann, wenn die primär in Anspruch genommene KG ihm dies nicht erstattete - weil sie nicht konnte oder nicht wollte -, den Komplementär subsidiär entsprechend § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB in Anspruch nehmen.<sup>73)</sup>

---

67) OLG Stuttgart 14.11.2012 – 14 U 12/12, WM 2013, 751, 752

68) BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 40; BGH 19.07.2011 – II ZR 300/08, WM 2011, 1658 Rdn. 59 f.; *Wagner* WM 2010, 1684, 1686 m.w.N.; *Wagner* NZG 2011, 1058, 1059; *Wagner* ZNotP 2012, 45, 46

69) BGH 13.05.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 55; BGH 09.05.1963 – II ZR 124/61, BGHZ 39, 319, 324 oben; BGH 17.12.2001 – II ZR 382/99, WM 2002, 291, 292; OLG Stuttgart 14.11.2012 – 14 U 12/12, WM 2013, 751, 756 f.

70) BGH 17.12.2001 – II ZR 382/99, WM 2002, 291, 293

71) BGH 17.12.2001 – II ZR 382/99, WM 2002, 291, 293

72) BGH 17.12.2001 – II ZR 382/99, WM 2002, 291, 293

73) Zur primären Inanspruchnahmepflicht der Gesellschaft und sekundären Inanspruchnahmemöglichkeit der Gesellschafter jeweils auf Befreiung bzw. Rückgriff siehe BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, W; 2007, 2289 Rdn. 17, 19

**b) Folgen der rechtlichen Außenhaftung des Treuhandkommanditisten für mittelbare Beteiligte**

Wurde eine Treuhandkommanditistin im Falle von Ausschüttungen bzw. Entnahmen, die zu Haftsummenunterschreitungen führen,<sup>74)</sup> haftungsmäßig in Anspruch genommen, so hatte sie aufgrund des mit dem mittelbar Beteiligten geschlossenen Treuhandvertrages i.V.m. §§ 675, 670 BGB gegen diesen als Quasi-Gesellschafter einen Freistellungsanspruch bzw. sofern sie an den Gläubiger gezahlt haben sollte, einen Erstattungsanspruch.<sup>75)</sup> Damit war der mittelbar Beteiligte zwar *rechtlich* keiner Außenhaftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft ausgesetzt, wohl aber einer *wirtschaftlichen* Innenhaftung.<sup>76)</sup> Mittelbar Beteiligte konnten sich mit dem BGH<sup>77)</sup> dadurch verteidigen,

- daß sie entweder einwandten, der eingeforderte Betrag werde für die KG bzw. deren Liquidation nicht gebraucht oder
- daß sie auf § 129 HGB verwiesen.<sup>78)</sup>

**c) Excurs: Zur rechtlichen Außenhaftung von unmittelbar beteiligten Gesellschaftern einer GbR bzw. OHG – Übertragbarkeit auf mittelbar Beteiligte ?**

Unmittelbar beteiligte Gesellschafter einer GbR bzw. OHG haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gem. § 128 HGB (analog) akzessorisch. War nichts anderes vertraglich bezüglich einer quotalen Außenhaftung geregelt, so hafteten die Gesellschafter aufgrund eines echten Gesamtschuldverhältnisses gesamtschuldnerisch, worauf § 426 Abs. 1 BGB Anwendung fand.<sup>79)</sup> Wurde ein solcher Gesellschafter von einem Gläubiger der Gesellschaft wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so hatte er einen primären Befreiungs- bzw. Rückgriffsanspruch gegen die Gesellschaft und falls diese nicht freistellte bzw. erstattete, einen sekundären Befreiungs- und Rückgriffsanspruch gegen die Mitgesellschafter, sei es aufgrund vertraglicher Regelung sei es kraft Gesetzes (§ 257 Satz 1 BGB),<sup>80)</sup> wobei im letzteren Fall der Ersatzpflichtige statt Befreiung von einer noch nicht fälligen Verbindlichkeit statt dessen Sicherheit leisten konnte (§ 257 Satz 2 BGB). Ein diesbezüglicher Freistellungsanspruch entstand bereits mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB). Und dies war bei einer fälligen Forderung des Gläubigers der Gesellschaft dann der Fall,

---

74) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, WM 2011, 897 Rdn. 19: Der Umfang, in dem die Haftung des Kommanditisten gem. § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt, ist in 3-facher Hinsicht begrenzt: (1) durch die im Handelsregister eingetragene Haftsumme, (2) durch die Höhe des ausgezahlten bzw. entnommenen Betrages und (3) durch das Ausmaß der Haftsummenunterdeckung .

75) BGH 28.01.1980 – II ZR 250/78, BGHZ 76, 127, 131 f.; BGH 05.05.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rdn. 11

76) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 35

77) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 Rdn. 36

78) *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 288

79) BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, WM 2007, 2289 Rdn. 14

80) BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, WM 2007, 2289 Rdn. 14 ff.; *Wagner* WM 2010, 1684, 1686

- wenn die ernsthafte Möglichkeit bestand, daß der Gesellschafter vom Gläubiger der Gesellschaft in Anspruch genommen wurde und
- nachdem die Gesellschaft eine Freistellung abgelehnt hatte, weil sie nicht zahlen konnte oder nicht wollte.<sup>81)</sup>

Wurde ein Treuhand-Gesellschafter betreffend eine Verbindlichkeit der Gesellschaft haftungsmäßig gemäß/analog § 128 HGB in Anspruch genommen, dann war er zwecks Meidung der Geltendmachung eines Freistellungsanspruches verpflichtet, alles zur Abwehr unbegründeter Haftungsanspruchnahme erforderliche zu unternehmen. Zugleich mußte der auf Haftung in Anspruch genommene denjenigen informieren, den er als zur Freistellung Verpflichteten ansah.<sup>82)</sup> Entsprach der auf Haftung in Anspruch genommene diesen Anforderungen nicht, machte er sich gegenüber dem Freistellungsverpflichteten gemäß §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig.<sup>83)</sup>

Mit diesen Grundsätzen stand im Widerspruch, indem der BGH dem Treuhandgesellschafter gestattete, zwecks Abwendung einer eigenen Insolvenzgefahr des Treuhandgesellschafters aufgrund Haftungsinanspruchnahme mit dem Gläubiger der Gesellschaft eine Vereinbarung zu schließen, die eine Haftungsinanspruchnahme des Treuhandgesellschafters gegen Abtretung von Freistellungsansprüchen vermied.<sup>84)</sup> Da im Abtretungsfall aus dem Freistellungsanspruch des Treuhandgesellschafters ein Zahlungsanspruch des Gläubigers der Gesellschaft (Zessionars) entstand, stellte sich die Frage, ob dagegen der Treugeber mit eigenen Schadensersatzansprüchen, die er gegen der Treuhandgesellschafter (Zedenten) hatte, aufrechnen konnte. Dies hing mit der noch nicht abschließend geklärten Frage der entsprechenden Anwendbarkeit der § 129 HGB zusammen.<sup>85)</sup>

Der BGH hat sich mit folgenden Fragen nicht befaßt:

Würde ein Kapitalanleger als unmittelbar Beteiligter durch einen Gläubiger der Gesellschaft in Anspruch genommen, so hätte er primär die Gesellschaft und subsidiär die Mitgesellschafter (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB) auf Freistellung in Anspruch nehmen können<sup>86)</sup> bzw. wenn er den Gläubiger der Gesellschaft bereits bezahlt hätte, im Wege des Zahlungsrückgriffes in Anspruch nehmen können. Daß dem mittelbar Beteiligten als Quasi-Gesellschafter vergleichbare Möglichkeiten zugestanden werden, wenn dieser vom unmittelbar haftenden Gesellschafter auf Zahlung bzw. Rückgriff in Anspruch genommen wurde, sollte dieser durch einen Gläubiger der Gesellschaft in Anspruch genommen worden sein, hat der BGH bisher nicht entschieden, was beanstandet wurde.<sup>87)</sup> Denn immerhin galt es folgendes zu bedenken:

---

81) BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, WM 2007, 2289

82) BGH 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1745 mit Anm. *Ayad/Schnell*; *Wagner ZNotP* 2012, 45, 47

83) BGH 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1745 mit Anm. *Ayad/Schnell*; *Wagner ZNotP* 2012, 45, 47

84) BGH 18.10.2012 – III ZR 150/11, WM 2012, 2186 Rdn. 24 ff.

85) *Wertenbruch NZG* 2013, 285, 287

86) BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, WM 2007, 2289 Rdn. 17; BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, NZG 2011, 580 Rdn. 40; BGH 22.02.2011 – II ZR 158/09, WM 2011, 765 Rdn. 14; *Wagner WM* 2010, 1684, 1686; *Wagner ZNotP* 2012, 45, 46 f.

87) *Wagner NZG* 2011, 291, 292; *Wagner NZG* 2012, 58; *Wagner ZNotP* 2012, 45, 46

In der Entscheidung des BGH<sup>88)</sup> vom 17.12.2001 war ein an einer KG als atypisch stiller Gesellschafter Beteiligter gesellschaftsvertraglich einem Kommanditisten gleichgestellt worden. Er war mithin ebenfalls Quasi-Gesellschafter der KG. Und in diesem Fall gestand der BGH diesem Quasi-Gesellschafter einen Primäranspruch gegen die KG gem. § 110 HGB und einen Subsidiäranspruch gegen Mitgesellschafter (den Komplementär) analog § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB sogar in Anbetracht des Umstandes zu, obwohl normalerweise die Regreßvorschrift des § 426 BGB voraussetzt, daß mehrere Gesellschafter im Außenverhältnis den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch haften, was im Entscheidungsfall nicht gegeben war.

Statt diesen Gedanken für mittelbar Beteiligte als wirtschaftlich Haftende weiter zu entwickeln, erklärte der BGH<sup>89)</sup> die mittelbar Beteiligten zwar zu Quasi-Gesellschaftern, machte sie aber zu wirtschaftlich haftenden gegenüber dem Treuhänder bzw. nach Zession gegenüber dem Gläubiger der Gesellschaft, an den der Treuhandgesellschafter eigene Freistellungs- bzw. Rückgriffsansprüche zediert hat, ohne zu entscheiden, warum der Treuhandgesellschafter nicht verpflichtet gewesen sei, zuvor Primäransprüche gegen die Gesellschaft und Sekundäransprüche gegen die Mitgesellschafter geltend zu machen. Die von *Wagner*<sup>90)</sup> beanstandete Folge war, daß mittelbar Beteiligte als wirtschaftlich Haftende ungleich schlechter stehen, als unmittelbar Beteiligte bzw. als Quasi-Gesellschafter bei einem KG-Fonds.<sup>91)</sup> Auf solche Haftungsrisiken hatte solche mittelbar an GbR-Fonds Beteiligte vor ihrem Beitritt niemand hingewiesen wie auch eine verfassungsrechtlich bedenkliche rückwirkende wirtschaftliche Haftung begründet wurde, ohne daß es dafür eine ausreichende gesetzliche Grundlage i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gab.<sup>92)</sup>

Ein weiteres kam hinzu: Ein haftungsmäßig in Anspruch genommener Gesellschafter z.B. einer GbR konnte primär die GbR und subsidiär deren Gesellschafter – also seine Mitgesellschafter – auf Freistellung in Anspruch nehmen. Dies bei einer werbenden GbR. Anders war dies jedoch bei einer Liquidations-GbR. Bei dieser waren nämlich Ansprüche gegen die Gesellschaft bzw. Mitgesellschafter unselbständige Rechnungsposten in der Schlussabrechnung und nicht eigenständig durchsetzbar<sup>93)</sup> wie auch unmittelbar Beteiligte gesetzlich zum Nachschuss verpflichtet waren (§ 735 BGB), wenn Fehlbeträge es erforderlich machten, gemeinschaftliche Schulden zu begleichen,<sup>94)</sup> sofern gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschlossen. Dagegen waren lt. BGH<sup>95)</sup> Freistellungsansprüche eines Treuhandgesellschafters einer Liquidations-OHG gegen mittelbar Beteiligte – also gegen Quasi-Gesellschafter – eigenständig durchsetzbar.<sup>96)</sup>

---

88) BGH 17.12.2001 – II ZR 382/99, WM 2002, 291, 292 f.

89) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327

90) *Wagner* NZG 2012, 58

91) BGH 17.12.2001 – II ZR 382/99, WM 2002, 291, 292 f.

92) *Wagner* NZG 2012, 58, 61 f.

93) BGH 22.02.2011 – II ZR 158/09, WM 2011, 765 ; *Wagner* ZNotP 2011, 291, 293

94) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327; BGH 11.10.2011 – II ZR 248/09 (Juris); *Deutscher ZfIR* 2012, 346, 348

95) BGH 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327

96) *Wagner* ZNotP 2011, 291, 294

### c1) Gesetzlicher Freistellungsanspruch

Fehlte es an einem vertraglichen Freistellungsanspruch des haftungsmäßig in Anspruch genommenen Gesellschafters gegenüber mittelbar Beteiligten, dann sollte diesem gegen mittelbar Beteiligte ein gesetzlicher Freistellungsanspruch (§ 257 Satz 1 BGB) zustehen,<sup>97)</sup> der sich in dem Moment in einen Zahlungsanspruch wandelt, in welchem er seitens des Treuhandgesellschafters abgetreten wurde.<sup>98)</sup> In der Rechtsprechung ungeklärt war die rechtliche Schlechterstellung mittelbar Beteiligter gegenüber unmittelbar Beteiligten.<sup>99)</sup> Denn ein haftungsmäßig in Anspruch genommener Gesellschafter konnte seine unmittelbar beteiligten Mitgesellschafter nur subsidiär auf Freistellung in Anspruch nehmen, nachdem er zuvor seinen primären Freistellungsanspruch gegenüber der Gesellschaft nicht hatte durchsetzen können. Einen solchen Subsidiäreinwand gestand der BGH nur mittelbar Beteiligten bei deren Freistellungsinanspruchnahme nicht zu, so daß es schon deshalb keinen Grundsatz der Gleichstellung von mittelbaren und unmittelbaren Gesellschaftern gab.<sup>100)</sup>

### c2) Vertraglicher Freistellungsanspruch

Die überwiegende Rechtsprechung der OLGs bejahte die rechtlich zulässige vertragliche Haftungsfreistellung.<sup>101)</sup> Einzig der 23. Senat des OLG Frankfurt<sup>102)</sup> hat in einer von dieser OLG Rechtsprechung unberücksichtigt gelassenen Entscheidung im Rahmen der Inhaltskontrolle eine solche Vertragsklausel wegen Verstoßes gegen §§ 3, 9 AGBG für unwirksam erklärt. Auch der BGH<sup>103)</sup> hat inzwischen die Wirksamkeit einer vertraglichen Verpflichtung zur Freistellung aufgrund treuhandvertraglicher Regelung i.V.m. §§ 675, 670 BGB bejaht. Er ist dabei der Rechtsprechung des OLG Frankfurt zur Inhaltskontrolle und zum Verstoß gegen §§ 3, 9 AGBG ausdrücklich nicht gefolgt.

---

97) *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

98) BGH 12.11.1009 – III ZR 113/09, NZG 2010, 192 Rdn. 10; *Wagner* NZG 2011, 489, 492

99) *Wagner* NZG 2012, 58

100) Entgegen *Stumpf* BB 2013, 148

101) OLG Düsseldorf 28.03.1991 – 6 U 163/90, ZIP 1991, 1494, 1499; OLG Rostock 19.12.2007 – 6 U 132/07, BeckRS 2008, 13693; OLG München 17.01.2008 – 7 U 21118/06, n. V.; OLG Nürnberg 17.01.2008 – 2 U 782/07, BeckRS 2009, 04123, Rdn. 75; OLG Koblenz 11.12.2008 – 6 U 1353/07, WM 2009, 939, 941; OLG Frankfurt 25.06.2009 – 15 U 101/08, WM 2010, 673, 674; OLG Stuttgart 18.03.2010 – 14 U 50/09, WM 2010, 1077, 1078. Dazu *Wagner* NZG 2009, 1215; *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

102) OLG Frankfurt 04.02.2004 – 23 U 66/03, NJW-RR 2004, 991. Dazu *Wagner* NZG 2009, 1215, 1216; *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

103) BGH 05.05.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rdn. 11, 14 f.; BGH 18.10.2012 – III ZR 150/11, WM 2012, 2186 Rdn. 17; *Wagner* WM 2010, 1684, 1690

#### **d) Verjährung von Freistellungsansprüchen**

Der Freistellungsanspruch verjährte ab dem Ende des Jahres in 3 Jahren, in dem die Drittforde-  
rung fällig geworden war, wenn es sich um einen gesetzlichen Freistellungsanspruch (§ 257  
BGB) handelte (§§ 199, 195 BGB).<sup>104)</sup> War dagegen ein vertraglicher Freistellungsanspruch ge-  
geben, so war die Rechtsprechung des BGH zu § 257 BGB nicht so ohne weiteres zu übertragen,  
sondern für den Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem vertraglich  
der Freistellungsanspruch fällig wurde, wenn die Auslegung des Vertrages zu diesem Ergebnis  
führte.<sup>105)</sup>

#### **4. Nachschusspflicht für mittelbar Beteiligte ?**

Waren mittelbar Beteiligte als sog. Quasi-Gesellschafter unmittelbar Beteiligten gleichgestellt,  
stellte sich die Frage, ob eine gesellschaftsvertragliche Nachschussregelung i.V.m. mit einem  
entsprechenden Nachschussbeschluss bei einer werbenden Personengesellschaft auch für mittel-  
bar Beteiligte galt. Dies wurde bejaht.<sup>106)</sup> Dies hatte zur Folge, daß dann, wenn ein Nachschuss-  
beschluss fehl schlug, weil er nicht (wirksam) zustande gekommen war und deshalb die Perso-  
nengesellschaft in die Liquidation ging, dann auch für mittelbar Beteiligte die gesetzliche Nach-  
schusspflicht wegen analoger Anwendbarkeit des § 735 BGB greifen konnte.<sup>107)</sup>

#### **5. Keine fehlerhafte Beteiligung bei mittelbaren Beteiligungen**

Die Grundsätze der fehlerhaften Beteiligung waren nach dem OLG Frankfurt<sup>108)</sup> auf nur mittel-  
bar Beteiligte nicht anzuwenden. Auch dies erlaubte die These nicht, es gebe einen Grundsatz der  
Gleichstellung von mittelbaren und unmittelbaren Gesellschaftern.<sup>109)</sup>

#### **6. Rückabwicklung mittelbarer Beteiligungen**

Machte ein mittelbar Beteiligter einen Schadensersatzanspruch z.B. gegenüber dem Kapitalanla-  
gevertrieb geltend, dann – so der BGH<sup>110)</sup> – mußte der Anleger nicht beantragen, Zug um Zug  
seine Beteiligung an den Beklagten abzutreten. Es reichte vielmehr, wenn im Rahmen des Scha-

---

104) BGH 12.11.2009 – III ZR 113/09, WM 2010, 72 Rdn. 13; BGH 05.05.2010 – III ZR 209/09, BGHZ 185, 310  
Rdn. 22; BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, WM 2011, 897 Rdn. 23; *Wagner* WM 2010, 1684, 1686; *Wagner*  
NZG 2011, 489, 492. – Zur Rechtslage des Verjährungsrechts betr. Freistellungsansprüchen aus der Zeit vor  
BGH 12.11.2009 – III ZR 113/09, WM 2010, 72 Rdn. 13 siehe zusammenfassend *Link* BB 2012, 856 f.

105) BGH 12.11.2009 – III ZR 113/09, WM 2010, 72 Rdn. 15; *Wagner* NZG 2011, 489, 492. – *Link* BB 2012, 856,  
857 f. zum streitigen Meinungsstand im Fachschrifttum.

106) OLG Celle 17.08.2005 – 9 U 33/05, WM 2006, 30 für den Fall einer mittelbaren Beteiligung an einer OHG.  
Ferner *Wagner* DSStR 2006, 1044.

107) *Deutscher ZfIR* 2012, 346

108) OLG Frankfurt 17.09.2012 – 23 U 190/11, BeckRS 2012, 20459 = Rdn. 45 (Juris)

109) Entgegen *Stumpf* BB 2013, 148

110) BGH 20.12.2011 – XI ZR 295/11, BKR 2013, 158 Rdn. 1



densersatzanspruches im Rahmen des Zug um Zug-Antrages die Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Treuhandvertrag angeboten wurde.<sup>111)</sup> Dies selbst dann, wenn die Übertragung von Fondsanteilen von der Zustimmung Dritter abhängig war.<sup>112)</sup> Die Abtretung der Rechte aus der Beteiligung bzw. dem Treuhandvertrag genügte, um den Zessionar in Annahmeverzug zu setzen.<sup>113)</sup>

Dagegen wurde Kritik erhoben. Denn die Zug um Zug Abtretungsnotwendigkeit entsprang dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung, wonach der Beklagte zum Schadensersatz nur verpflichtet war, wenn der Kläger erlangte Vorteile herausgab, die mit dem schädigenden Ereignis in einem adäquaten Zusammenhang standen. War aber die Abtretung von der Zustimmung eines Dritten abhängig, die nicht eingeholt wurde oder bestand bezüglich abzutretender Rechte aus der Beteiligung ein gesellschaftsvertragliches bzw. treuhandvertragliches Abtretungsverbot, dann konnte der Beklagte nicht in Annahmeverzug geraten.<sup>114)</sup>

## **7. Prospekthaftung von Gründungsgesellschaftern gegenüber mittelbar Beteiligten**

### **a) Schadensersatzverpflichtung von Gründungs- bzw. Treuhandgesellschaftern gegenüber mittelbar Beteiligten**

Mit dem BGH<sup>115)</sup> konnten Gründungsgesellschafter eines geschlossenen Fonds von mittelbar Beteiligten aus Prospekthaftung im weiteren Sinne bzw. *cic* (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB bzw. aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) in Anspruch genommen werden. Dies dann, wenn der mittelbar Beteiligte wie ein unmittelbar beteiligter Gesellschafter behandelt werden sollte und wenn bei Beitritt ein fehlerhafter Prospekt verwandt wurde – einerlei ob durch Gründungsgesellschafter oder gem. § 278 BGB ob durch Dritte –, da Gründungsgesellschafter für schuldhaft Verletzung von Aufklärungspflichten einzustehen haben.<sup>116)</sup> Wurden für die Anlageentscheidung erhebliche Aufklärungspflichten durch Gründungsgesellschafter schuldhaft verletzt, konnten diese auch aus Delikt haften (§§ 823 Abs. 2 BGB, 264a StGB).<sup>117)</sup>

Aber auch dann, wenn der Treuhandkommanditist kein Gründungsgesellschafter war, war dieser dem beitretenden Anleger zur Aufklärung über wesentliche Punkte, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung waren, aufklärungspflichtig. Dies, wenn der Treuhandkommanditist beim Zustandekommen des Beitrittes persönliches Vertrauen in Anspruch genom-

---

111) BGH 20.12.2011 – XI ZR 295/11, BKR 2013, 158 Rdn. 1 u.H.a. BGH 07.12.2009 – II ZR 15/08, WM 2010, 262 Rdn. 29; BGH 06.07.2010 – XI ZB 40/09, WM 2010, 1673 Rdn. 14

112) BGH 20.12.2011 – XI ZR 295/11, BKR 2013, 158 Rdn. 1 u.H.a. BGH 28.11.2007 – III ZR 214/06, Rdn. 3 (*iuris*); BGH 06.07.2010 – XI ZB 40/09, WM 2010, 1673 Rdn. 14

113) BGH 20.12.2011 – XI ZR 295/11, BKR 2013, 158 Rdn. 3 u.H.a. BGH 07.12.2009 – II ZR 15/08, WM 2010, 262 Rdn. 29

114) *Wagner* NJW 2013, 198, 201 f.

115) BGH 01.03.2011 – II ZR 16/10, WM 2011, 792; BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184; BGH 23.04.2012 – II ZR 75/10, WM 2012, 1293 Rdn. 9. So auch KG Berlin 01.06.2011 – 19 U 90/11, WM 2011, 1938, 1939; *Wagner* ZNotP 2012, 45, 48

116) BGH 14.05.2012 – II ZR 69/12, WM 2012, 1298: Zur Haftung von Gründungsgesellschaftern bei von diesen eingeschalteten Untervermittlern. Zur Prospekthaftung von Gründungsgesellschaftern gegenüber mittelbar beteiligten Quasi-Gesellschaftern OLG München 28.10.2011 – 5 U 5544/10, WM 2012, 1427, 1428

117) KG Berlin 01.06.2011 – 19 U 90/11, WM 2011, 1938, 1940 f.; *Wagner* NZG 2010, 696, 697; *Wagner* ZNotP 2012, 45, 48 f.

men hatte oder die Anbahnung der Beteiligung an der Publikumpersonengesellschaft unter Verwendung von Prospekten erfolgt war.<sup>118)</sup> Treuhandkommanditisten hatten die vorvertragliche Aufklärungspflicht, die künftigen Treugeber über alle regelwidrigen Auffälligkeiten zu informieren.<sup>119)</sup> Wurde dagegen verstoßen, wurde das Verschulden vermutet.<sup>120)</sup>

Haftungsbegründende Fehler eines Fondsprospekts konnten in der unterlassenen Aufklärung über Umstände und Risiken gegeben sein, die den Vertragszweck vereiteln konnten.<sup>121)</sup> Nach der Lebenserfahrung waren sie ursächlich für die Anlageentscheidung, so daß die Vermutung des aufklärungspflichtigen Verhaltens des Anlegers galt.<sup>122)</sup>

Als Schadensersatz konnte der Anleger Naturalrestitution verlangen, also so gestellt zu werden, als wenn er dem geschlossenen Fonds nicht beigetreten wäre. Der Anleger kann folglich die Rückgabe der „Anlage“ und die Erstattung getätigter Aufwendungen abzgl. erhaltener Ausschüttungen verlangen.<sup>123)</sup> Was aber war bei einer mittelbaren Beteiligung eines Quasi-Gesellschafters die „Anlage“? Der BGH<sup>124)</sup> beantwortete diese Frage wie folgt, da der nur mittelbar Beteiligte ja keine Fondsbeteiligung abtreten konnte: Es „genüge“, wenn der Anleger seine Ansprüche aus dem Treuhandvertrag an die Treuhandkommanditistin „zurückgebe“ bzw. die Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Treuhandvertrag anbiete.

Anders war dies jedoch, wenn ein mittelbar beteiligter Anleger Schadensersatzansprüche gegenüber einem Anlagevermittler bzw. einem Anlageberater geltend machte. Denn diesen gegenüber konnte er seine mittelbare Beteiligung nicht zurückgeben, sondern nur abtreten. Dazu mußte der Anleger aber auch dafür sorgen, daß er seine mittelbare Beteiligung abtreten konnte, indem er – weil solche Anlagen i.d.R. vinkuliert waren und für den Fall der Übertragung der Zustimmung des Treuhandkommanditisten bedurfte – nachwies, daß der Treuhandkommanditist dem zustimmte. Und machte der mittelbar Beteiligte statt dessen Schadensersatz Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der eigenen Beteiligung – statt der Abtretung der eigenen Beteiligung – geltend,<sup>125)</sup> dann sollte er nachweisen, daß er dazu auch befugt war; denn in vielen Fondsgesellschaftsverträgen war die Abtretung von Rechten aus Fonds-Beteiligungen untersagt, was ein Abtretungsverbot i.S.d. § 399 Alt. 2 BGB darstellte.

---

118) BGH 13.07.2006 – III ZR 361/04, WM 2006, 1621 Rdn. 9; BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 23

119) BGH 06.11.2008 – III ZR 231/07, NZG 2009, 218 Rdn. 4; BGH 12.02.2009 – III ZR 90/08, NZG 2009, 380 Rdn. 8 m.w.N.; BGH 08.10.2009 – III ZR 207/07, WM 2009, 2358 Rdn. 6; OLG München 18.11.2008 – 5 U 2856/08, WM 2009, 652, 653

120) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 31

121) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 13 ff.

122) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 30; OLG München 28.10.2011 – 5 U 5544/10, WM 2012, 1427, 1429

123) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 33

124) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 37 u.H.a. BGH 07.12.2009 – II ZR 15/08, WM 2010, 262 Rdn. 29

125) BGH 10.07.2012 – XI ZR 272/10, WM 2012, 1589 Rdn. 11

**b) Aufrechnungsverbot mit Prospekthaftungsansprüchen gegen Freistellungsansprüche**

Hatte der Treuhandgesellschafter gegen einen mittelbar beteiligten Quasi-Gesellschafter einen Freistellungsanspruch betr. solche Ansprüche, derentwegen der Treuhandgesellschafter vom Gläubiger der Gesellschaft selbst haftungsmäßig in Anspruch genommen wurde, dann durfte mit der Rechtsprechung des BGH der mittelbar beteiligte Quasi-Gesellschafter nach Abtretung dieses Freistellungsanspruches sich dieser auf ihn übergegangenen Haftung nicht dadurch entziehen, daß er mit Prospekthaftungsansprüchen dagegen aufrechnete.<sup>126)</sup> Dies galt gleichermaßen für mittelbar beteiligte Quasi-Gesellschafter bei einer Publikums-KG wie auch bei mittelbar beteiligten Quasi-Gesellschaftern einer Publikums-OHG.<sup>127)</sup> Tragender Grund für das Aufrechnungsverbot sollte sein, daß der mittelbar beteiligte Quasi-Gesellschafter haftungsmäßig nicht besser gestellt werden sollte, als wenn er unmittelbar beteiligt gewesen wäre.<sup>128)</sup>

Dies änderte aber nichts daran, daß dem mittelbar Beteiligten nicht verwehrt war, im Hinblick auf Schadensersatzansprüche – auch Prospekthaftungsansprüche – gegen den Treuhandgesellschafter Klage bzw. Widerklage und im Falle der Inanspruchnahme durch einen Gläubiger der Gesellschaft aus abgetretenem Recht des Treuhandgesellschafters eine isolierte Drittwiderklage zu erheben.<sup>129)</sup> Das Problem war allerdings, daß oft Treuhandkommanditisten wirtschaftlich nicht in der Lage waren, solche Ansprüche des Anlegers zu bedienen.<sup>130)</sup>

Dem widersprach *Klöhn*<sup>131)</sup> und wies auf folgendes hin:

Das Gleichstellungsargument, wonach der mittelbar Beteiligte nicht besser als der unmittelbar Beteiligte gestellt werden dürfe, sei vom BGH lediglich „postuliert“ nicht aber begründet worden. Es sei nicht erkennbar, daß gesellschaftsvertraglich bzw. treuhandvertraglich eine Gleichstellung von Außenhaftung unmittelbar Beteiligter mit Innenhaftung mittelbar Beteiligter gewünscht gewesen sei. Deshalb diene das Gleichstellungsargument des BGH nur dazu, aus Gründen des Gläubigerschutzes Aufrechnungen gegen an diese zedierte Freistellungsansprüche zu

---

126) BGH 24.07.2012 – II ZR 297/11, WM 2012, 1664 Rdn. 34 m.w.N. (ständige Rspr.); BGH 18.10.2012 – III ZR 150/11, WM 2012, 2186 Rdn. 29 f.; BGH 18.10.2012 – III ZR 279/11, WM 2012, 2238

127) BGH 24.07.2012 – II ZR 297/11, WM 2012, 1664 Rdn. 34 – 35 f.; *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 287

128) BGH 24.07.2012 – II ZR 297/11, WM 2012, 1664 Rdn. 37; a. A. *Klöhn*, Treuhandkonstruktion bei Publikumpersonengesellschaften, in: *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, 2013*, Seite 143, 152 ff.

129) BGH 24.07.2012 – II ZR 297/11, NJW 2013, 452 Rdn. 40; *Klöhn*, Treuhandkonstruktion bei Publikumpersonengesellschaften, in: *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, 2013*, Seite 143, 149; *Stöber* NJW 2013, 832, 834; *Wertenbruch* NZG 2013, 285, 288 f.

130) *Klöhn*, Treuhandkonstruktion bei Publikumpersonengesellschaften, in: *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, 2013*, Seite 143, 149

131) *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen bei Publikumpersonengesellschaften, Das Aufrechnungsverbot nach BGHZ 189, 45 und BGH NZG 2012, 1024, in: *GRV, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, 2013*, Seite 143, 152 ff.

verhindern.<sup>132)</sup> Auch sonst gebe es keinen Rechtsgrundsatz im deutschen Recht, daß Prospekthaftungsansprüche im Interesse von Gesellschaftsgläubigern zurücktreten müßten.<sup>133)</sup>

Im Wege der Methodenkritik wies *Klöhn*<sup>134)</sup> darauf hin, daß sich ein Aufrechnungsverbot mit Prospekthaftungsansprüchen i.d.R. aus den Verträgen (Gesellschaftsvertrag, Treuhandvertrag) nicht ergebe und ein Aufrechnungsverbot auch der Wertung des § 309 Nr. 3 BGB widerspreche. Denn wenn mittelbare Beteiligungsverträge nicht der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB unterfielen, führe bei einer AGB-Kontrolle ein Aufrechnungsverbot gem. § 309 Nr. 3 BGB zur Nichtigkeit desselben.

### c) **Recht auf fristlose Kündigung**

War der Prospekt fehlerhaft, indem er nach seinem Gesamteindruck keine Zweifel an der Sicherheit und Verlässlichkeit hinterließ, ohne ausreichend deutlich auf die Risiken einer Investition in diesen geschlossenen Fonds hinzuweisen, dann konnte mit dem OLG Karlsruhe<sup>135)</sup> der mittelbar Beteiligte seine mittelbare Beteiligung gegenüber der Anlagegesellschaft aufgrund der dem Gründungsgesellschaft zuzurechnenden Prospektfehler fristlos kündigen.

## 8. **Auskunftsanspruch**

Hier mußte man unterscheiden, was Inhalt eines Auskunftsanspruches war und wer Adressat desselben war.

### a) **Unmittelbare Beteiligung**

Unmittelbar beteiligte Anleger hatten gegen die Gesellschaft und die geschäftsführende Gesellschafterin einen Auskunftsanspruch auf Namen und Anschrift der anderen unmittelbar beteiligten Gesellschafter und auf Namen und Anschrift mittelbar beteiligter Anleger.<sup>136)</sup>

### b) **Mittelbare Beteiligung**

#### b1) **Inhalt des Auskunftsanspruchs**

Hatten Anleger sich über einen Treuhandgesellschafter an einem geschlossenen Fonds beteiligt, dann stand ihnen analog § 716 BGB bzw. aufgrund dem Treuhandvertrag (§ 666 BGB) ein Aus-

---

132) *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen bei Publikumpersonengesellschaften, Das Aufrechnungsverbot nach BGHZ 189, 45 und BGH NZG 2012, 1024, in: GRV, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, 2013, Seite 143, 155

133) *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen bei Publikumpersonengesellschaften, Das Aufrechnungsverbot nach BGHZ 189, 45 und BGH NZG 2012, 1024, in: GRV, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, 2013, Seite 143, 159 - 160

134) *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen bei Publikumpersonengesellschaften, Das Aufrechnungsverbot nach BGHZ 189, 45 und BGH NZG 2012, 1024, in: GRV, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, 2013, Seite 143, 157 f.

135) OLG Karlsruhe 14.02.2013 – 9 U 33/12, Rdn. 132 f.

136) BGH 05.02.2013 – II ZR 136/11, ZIP 2013, 619

kunftsanspruch betreffend Namen und Anschrift anderer mittelbar Beteiligten zu, einerlei ob die mittelbar Beteiligten untereinander eine Innengesellschaft bildeten oder nicht.<sup>137)</sup> Damit war geklärt, daß auch mittelbar Beteiligte einer Fonds-Gesellschaft einen Auskunftsanspruch über Namen und Anschriften der Mitgesellschafter hatten – ggf. mittels Computerausdrucken – und dies vertraglich nicht wirksam ausgeschlossen werden konnte.<sup>138)</sup> Vergleichbares galt mit dem BGH auch bei mittelbar Beteiligten, die untereinander eine Innengesellschaft bildeten.<sup>139)</sup>

Allerdings verwunderte die Begründung des BGH, wenn er ausführt, dies folge als unentziehbares *mitgliedschaftliches Recht* des mittelbar Beteiligten aus dem durch Gesellschaftsvertrag begründeten Vertragsverhältnis, hat doch der BGH noch in seiner Entscheidung vom 23.04.2012 iudiziert, der Treugeber sei nicht unmittelbarer Inhaber der Fondsbeteiligung,<sup>140)</sup> so daß er auch kein Mitgliedschaftsrecht haben könne. Dies wurde aber vom BGH sogleich geklärt, indem er davon sprach, daß der mittelbar Beteiligte, der vertraglich einem unmittelbar Beteiligten gleichgestellt sei, eine einer unmittelbaren Mitgliedschaft *entsprechende* Berechtigung erhalten habe.<sup>141)</sup>

## b2) Adressat des Auskunftsanspruchs

Mit dem OLG München war Adressat des Auskunftsanspruchs der Treuhandgesellschaften.<sup>142)</sup> Der BGH dagegen ging von der Fondsgesellschaft bzw. deren geschäftsführenden Organen (Komplementär bzw. ggf. Treuhandkommanditisten) als richtigen Adressaten aus.<sup>143)</sup>

## 9. Verfassungsrecht

Gegen die Rechtsprechung des BGH, mittelbar Beteiligte zu Quasi-Gesellschaftern zu machen, habe ich<sup>144)</sup> folgende Kritik erhoben:

- Bei der Gesellschaft, derentwegen der BGH zu entscheiden hatte, habe es sich um eine Publikums-OHG gehandelt, die aufgrund des Verkaufs ihrer einzigen Immobilie zur Liquidations-OHG geworden war. Wann endete in einem solchen Fall das Treuhandverhältnis, wenn über das Ende weder im Gesellschaftsvertrag noch im Treuhandvertrag eine Regelung gegeben war? Schließlich könne nicht einfach unterstellt werden, daß der mittelbar Beteiligte sich mittelbar an einer Liquidations-OHG hätte beteiligen wollen. Und wäre mit der Veräu-

---

137) BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2013, 555; OLG München 12.03.2012 – 19 U 4227/11, BeckRS 2012, 10519; a.A. zu dieser Sachverhaltskonstellation *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581

138) BGH 21.09.2009 – II ZR 264/08, NZG 2010, 61 Rdn. 8 – 10; BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2013, 555 Rdn. 12, 32 f.

139) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, NZG 2012, 276

140) BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, NZG 2012, 744 Rdn. 37

141) BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2013, 555 Rdn. 20 f.

142) OLG München 12.03.2012 – 19 U 4227/11, BeckRS 2012, 10519; a.A. zu dieser Sachverhaltskonstellation *Asmus/Markwardt* ZIP 2012, 1581

143) BGH 05.02.2013 – II ZR 134/11, WM 2013, 555 Rdn. 46 ff.; BGH 05.02.2013 – II ZR 136/11, ZIP 2013, 619 Rdn. 44; *Vosberg/Klawns* EWiR 2013, 345

144) *Wagner* NZG 2012, 58

berung der Immobilie die OHG zur Liquidationsgesellschaft geworden, so daß dadurch das Treuhandverhältnis geendet hätte, dann wäre die BGH-Entscheidung nicht nachvollziehbar, daß der mittelbar Beteiligte den Treuhandgesellschafter von der Haftungsanspruchnahme eines Gläubigers der OHG im Liquidationsstadium der OHG freizustellen hätte.

- Der unmittelbar beteiligte Treuhandgesellschafter habe für den Fall seiner Haftungsanspruchnahme durch einen Gläubiger der Gesellschaft primär einen Haftungsfreistellungsanspruch gegen die Gesellschaft und subsidiär gegenüber den anderen unmittelbar Beteiligten. In welchem Verhältnis diese Haftungsfreistellungsansprüche gegenüber einem vermeintlichen Haftungsfreistellungsanspruch des Treuhandgesellschafters gegenüber dem mittelbar Beteiligten stünden, sei ungeklärt.
- Mitgliedschaftliches Anteilseigentum sei verfassungsrechtliches Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.<sup>145)</sup> Wenn der BGH den mittelbar Beteiligten zum Quasi-Gesellschafter mache, dann unterfalle auch diese Art der mittelbaren Beteiligung dem Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Warum solle dann aber ein solcher mittelbar Beteiligter schlechter als ein unmittelbar Beteiligter gestellt werden können, indem dem unmittelbar Beteiligten der Subsidiäreinwand zustehe, dem mittelbar Beteiligten jedoch der Einwand versagt werde, der Treuhandgesellschafter solle sich für den Fall seiner Haftungsanspruchnahme zunächst auf Freistellung an die Gesellschaft, dann subsidiär an seine unmittelbar beteiligten Mitgesellschafter richten ? Wo sei für diesen Fall der Schlechterstellung von mittelbar beteiligten Quasi-Gesellschaftern die gesetzliche Grundlage i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, zumal diese neue rückwirkend belastende Rechtsprechung mittelbar Beteiligte erstmals jetzt nach Jahrzehnten rückwirkend schlechter stelle, ohne daß sie daran aufgrund eigener Privatautonomie mitgewirkt hätten !?

Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR samt den haftungsrechtlichen Folgen für Gesellschafter der GbR war Gegenstand richterlicher Rechtsfindung bzw. Rechtsfortbildung. Daß dazu ein früheres anderes Normverständnis aufgegeben wurde, beanstandete das BVerfG für den Fall der Rechtsfortbildung nicht.<sup>146)</sup> Aber das BVerfG räumte auch im Fall der Rechtsfortbildung dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes einen besonderen Stellenwert ein.<sup>147)</sup> Danach ist eine Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nur

*„dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer **vorhersehbaren Entwicklung** hält. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden.“<sup>148)</sup>*

---

145) BVerfG 07.09.2011 – 1 BvR 1460/10, NZG 2011, 1379 Rdn. 16; BVerfG 16.05.2012 – 1 BvR 96/09 u.a., AG 2012, 625 f.; BVerfG 24.05.2012 – 1 BvR 3221/10, WM 2012, 1683, 1684

146) BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, NJW 2009, 1469 Rdn. 57

147) BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, NJW 2009, 1469 Rdn. 57

148) BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, NJW 2009, 1469 Rdn. 85

Die Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR samt den haftungsrechtlichen Folgen für Gesellschafter der GbR war vom BGH hinreichend begründet worden und soweit sich im Hinblick auf seine frühere Rechtsprechung i.S. der persönlichen Haftung der Gesellschafter mit dem Privatvermögen ein Vertrauen gebildet hatte, hatte der BGH dem mit seiner Vertrauensrechtsprechung Rechnung getragen, denn: Diese Zeit von rd. 22 Jahren (vom 30.04.1979 - 29.01.2001) bzw. von rd. 24 Jahren (betr. den 07.04.2003) und die in dieser Zeit unveränderte Rechtsprechung des BGH begründete für Anleger, die in dieser Zeit Publikums-GbR's als Gesellschafter beitraten, die Erwartung, dann nicht mit ihrem Privatvermögen zu haften, wenn keiner der vorgenannten Ausnahmefälle gegeben war.<sup>149)</sup> Erst Recht konnten mittelbar Beteiligte nicht mit einer Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Innenhaftung rechnen.<sup>150)</sup>

Auch *Loritz*<sup>151)</sup> - wenngleich in anderem Zusammenhang – hatte sich verfassungsrechtlich mit der BGH-Rechtsprechung befaßt, soweit sie *rückwirkend* Haftungstatbestände schaffte und zeigte deren verfassungsrechtliche Bedenklichkeit auf, soweit diese BGH-Rechtsprechung sich nicht im Rahmen einer „vorhersehbaren Entwicklung“ hielt.<sup>152)</sup>

## 10. EU-Gemeinschaftsrecht

Die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU (VerbrR-RiL) über die Rechte der Verbraucher vom 25.10.2011 wurde am 22.11.2011 im Amtsblatt der EU veröffentlicht<sup>153)</sup> und trat am 12.12.2011 in Kraft. Zwar ist eine Bereichsausnahme für notariell beurkundete Verbraucherverträge nur wegen der Mitwirkung eines Notars in der VerbrR-RiL nicht enthalten. Aber gemäß Art. 3 Abs. 3 d) i.V.m. Art. 12 Nr. 12. unterfallen Geldanlagen als Finanzdienstleistungen nicht der VerbrR-RiL.

Damit verbleibt es nach wie vor bei der Frage, ob Anleger als Gesellschafter geschlossener Fonds unter die Klauselrichtlinie 93/13/EWG (VerbrRL) unterfallen. Und führte die neuere Rechtsprechung des BGH, mittelbar Beteiligte zu Quasi-Gesellschaftern zu erklären, dazu, daß es sich bei dem Treuhandvertrag um einen Vertrag auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts handeln sollte, mit der Folge, daß dadurch für das Rechtsverhältnis des mittelbar Beteiligten zum Treuhandgesellschaftler und anderen die Bereichsausnahme des Erwägungsgrundes 10 Satz 3 der Klauselrichtlinie 93/13/EWG (VerbrRL) galt ? Die Frage der Einschlägigkeit der VerbrRL ist von deutschen Gerichten von Amts wegen zu klären (sog. Amtsermittlungsgrundsatz).<sup>154)</sup> Evident haben deutsche Gerichte sich damit bisher nicht befaßt.<sup>155)</sup>

---

149) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241: Schuldbeitritt oder Mitwirkung des Gesellschafters am Vertragsabschluß oder dadurch, daß der geschäftsführende Gesellschafter bei Vertragsabschluss für ihn handelt und dazu eine entsprechende Vertretungsmacht besitzt. – Zur rückwirkenden Beseitigung der Vertrauensschutzrechtsprechung *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2152 f. m.w.N.

150) *Wagner* GWR 2013, 340994

151) *Loritz* NZG 2013, 411

152) *Loritz* NZG 2013, 411, 415 u.H.a. BVerfG 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, 277

153) ABl. L 304 vom 22.11.2011, Seite 64 ff.

154) EuGH 06.10.2009 – Rs. C-40/08 (Nogueira), EuZW 2009, 852 Rdn. 32

155) Erneut offen gelassen in BGH 23.04.2012 – II ZR 211/09, WM 2012, 1184 Rdn. 45; BGH 23.04.2012 – II ZR 75/10, WM 2012, 1293 Rdn. 33

Der EuGH<sup>156)</sup> hat iudiziert, der Beitritt eines Verbrauchers zu einem geschlossenen Immobilienfonds falle in den Anwendungsbereich der HaustRL (85/577/EWG). Dies hat die Schlussfolgerung nahegelegt, daß für den Beitritt eines Anleger-Verbrauchers zu einem geschlossenen Fonds die VerbrRL (93/13/EWG) ebenfalls Anwendung finde, was allerdings gemäß Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRL (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) zur Bereichsausnahme bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts führe.<sup>157)</sup> Geklärt wurde die Frage betreffend die Bereichsausnahme allerdings immer noch nicht.<sup>158)</sup> In diese unklare Rechtslage wurden mittelbar Beteiligte einbezogen, wenn diese rückwirkend auf den Zeitpunkt ihres Beitrittes plötzlich zu Quasi-Gesellschaftern erklärt wurden und damit unklar wurde, ob deren Beteiligungsverträge Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts waren, die der Bereichsausnahme des Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRL (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) unterfielen.

Wären Beteiligungsverträge mittelbar Beteiligter keine Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts gewesen, die folglich nicht der Bereichsausnahme des Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRL (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) unterfallen wären, so wäre folgendes zu beachten gewesen: Die Vertragsklauseln des jeweiligen mittelbaren Beteiligungsvertrages wären zivilrechtlich einer Inhaltskontrolle dahingehend zu unterwerfen, ob es missbräuchliche Klauseln i.S. von Art. 1, 3 i.V.m. Anhang VerbrRL gab. Denn missbräuchliche Vertragsklauseln sind für Verbraucher „nicht verbindlich,“ ohne daß Verbraucher sie vorher hätte angefochten haben müssen.<sup>159)</sup> Wenn der EuGH betreffend den Verbraucher von einer fehlenden Verbindlichkeit und nicht von einer Unwirksamkeit missbräuchlicher Klauseln spricht, dann hängt dies damit zusammen, daß der EuGH iudiziert hat, auch eine missbräuchliche Klausel müsse dann nicht unangewendet bleiben, wenn der Verbraucher nach entsprechendem Hinweis des Gerichts – und für den beurkundenden Notar und dessen Hinweis gilt nichts anderes – die Missbräuchlichkeit und Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte.<sup>160)</sup> Der Verbraucher entscheidet mithin letztlich, ob es bei missbräuchlichen Vertragsklauseln bei einer ihn betreffenden fehlenden Verbindlichkeit bleiben soll oder ob er diese Unverbindlichkeit nicht geltend machen möchte.

## 11. Zwischenergebnis zum Recht vor Inkrafttreten des KAGB

Kapitalanleger, die sich in den 90iger Jahren des vorigen Jahrhunderts an geschlossenen Fonds mittelbar beteiligten, wurden u.a. damit eingeworben, sie hätten gesellschaftsrechtlich und steuerrechtlich vergleichbare Rechte wie unmittelbar Beteiligte, wären aber keinen Haftungsrisiken

---

156) EuGH 15.04.2010 – Rs. C-215/08 (Fritz), WM 2010, 882; dazu *Armbrüster* EuZW 2010, 614

157) *Wagner* NZG 2011, 489

158) Für Beachtung der Bereichsausnahme: *Drygala* ZIP 1997, 968, 970; *Michalski/Schulenburg* NZG 1999, 898. Gegen Bereichsausnahme: *Armbrüster* ZIP 2006, 406, 413; *Basedow* in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2007, § 310 Rdn. 83; *Heinrichs* NJW 1996, 2190, 2192; *ders.* NJW 1998, 1447, 1462. Zu den Rechtsfolgen, wenn die Bereichsausnahme nicht einschlägig wäre *Wagner* ZfIR 2005, 605, 620 f.; *Wagner* NZG 2008, 447, 450; *Wagner* NZG 2011, 489 f.

159) EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Mostaza Claro), NJW 2007, 135 Rdn. 29; EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 Rdn. 25, 28 mit Anm. *Pfeiffer*

160) EuGH 04.06.2009 – Rs. C-243/08 (Györfi), NJW 2009, 2367 Rdn. 33, 35: „.... daß das nationale Gericht verpflichtet ist, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen, sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt. Ist es der Auffassung, dass eine solche Klausel missbräuchlich ist, so läßt es sie unangewendet, sofern der Verbraucher dem nicht widerspricht.. ...“



ausgesetzt und würden in Fällen von Publikums-OHG's bzw. –KG's nicht im Handelsregister eingetragen.<sup>161)</sup> Das zuvor Ausgeführte verdeutlicht, daß insoweit sich die Rechtslage seit 2010 zu Lasten mittelbar Beteiligter geändert hat und zwar sogar rückwirkend. Über die Besonderheiten der mittelbaren Beteiligung und der damit verbundenen Risiken hätten Kapitalanleger vor ihrem Beitritt von Gründungsgesellschaftern, im Prospekt und durch den Kapitalanlagevertrieb aufgeklärt werden müssen, um dann erst eine sachgerechte Anlageentscheidung treffen zu können. Dies geschah jedoch in den 90iger Jahren des vorigen Jahrhunderts nicht, da damals eine Rechtsprechung des BGH noch unbekannt war, die ab 2010 rückwirkend mittelbar Beteiligte zu Quasi-Gesellschaftern mit Freistellungspflichten gegenüber haftenden Treuhandgesellschaftern einer Publikums-Personengesellschaft machte und auf mittelbar Beteiligte als sog. Quasi-Gesellschafter die §§ 735, 739 BGB anwendete. Das eigentliche Problem, das weder die Rechtsprechung noch das Fachschrifttum angehen, war in folgendem begründet:

Unmittelbar beteiligte Gesellschafter und mittelbar Beteiligte sind eben gerade nicht so vergleichbar, als dass man die mittelbar Beteiligten mit dem Schlagwort des „Quasi-Gesellschafter“ versehen könnte und meinen könnte, es sei möglich, einfach gesellschaftsvertragliche Regelungen auf mittelbar Beteiligte zu übertragen, sei es durch analoge Anwendung sei es aufgrund vertraglicher Regelungen. Denn:

- Daß auf mittelbar Beteiligte als Quasi-Gesellschafter im Falle der Beendigung der mittelbaren Beteiligung das Anwachsungsprinzip des § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB Anwendung findet, wurde bisher weder in der Rechtsprechung entschieden, noch im Fachschrifttum vertreten. Also standen dem mittelbar Beteiligten im Fall der Beendigung der mittelbaren Beteiligung auch keine Ansprüche gem. § 738 Abs. 1 Satz 2 f. BGB zu. Woher sollte sich dann aber im Falle einer negativen Entwicklung des Fonds die Fehlbetragshaftung gem. § 739 BGB zu Lasten mittelbar Beteiligter ableiten ?
- Unmittelbar Beteiligte und mittelbar Beteiligte unterlagen grundlegend unterschiedlichen Haftungssystemen: Unmittelbar beteiligte Gesellschafter unterliegen in den oben beschriebenen Fällen einer Außenhaftung und können davon gegenüber der Gesellschaft (§ 110 HGB) bzw. subsidiär gegenüber den unmittelbar beteiligten Mitgesellschaftern Freistellung begehren (§ 426 Abs. 1 BGB). Gerade dies gesteht der BGH mittelbar Beteiligten aber nicht zu, da diese keiner direkten Außenhaftung ausgesetzt seien. Statt dessen wurden mittelbar Beteiligte der wirtschaftlichen Innenhaftung per vertraglichem oder gesetzlichem Freistellungsanspruch (§ 257 BGB) ausgesetzt, der im Abtretungsfall zur Zahlungspflicht mit vergleichbarer Situation wie bei einer Außenhaftung werden kann.<sup>162)</sup> Und da in der Rechtsprechung nicht iudiziert wird, mittelbar Beteiligte könnten aus Freistellungsverpflichtung erst dann in Anspruch genommen werden, nachdem der unmittelbar haftende Treuhandgesellschaftler primär die Gesellschaft und subsidiär seine Mitgesellschafter in Anspruch genommen habe, werden zur Freistellung Verpflichtete mittelbar Beteiligte in Anspruch genommen, ohne bei der Gesellschaft ihrerseits Freistellung reklamieren zu können und ohne daß sie subsidiär ihrerseits unmittelbar beteiligte Gesellschafter auf Freistellung in Anspruch nehmen könnten.

---

161) *Deutscher ZfIR* 2009, 631; *Deutscher ZfIR* 2012, 346, 347; *Wagner NZG* 2012, 58, 59

162) *Deutscher ZfIR* 2012, 346, 347

Mittelbar beteiligte Anleger unterlagen mithin wie in diesem Beitrag verdeutlicht, inzwischen keinem Haftungsschutz, da an die Stelle der nicht vorhandenen Außenhaftung die wirtschaftliche Innenhaftung getreten war, die nach Abtretung solcher Ansprüche der Außenhaftung vergleichbar war.<sup>163)</sup> Und mittelbar Beteiligte wurden inzwischen haftungsmäßig sogar ungleich schlechter behandelt als unmittelbar haftende Gesellschafter, so daß die im Fachschrifttum anzutreffende Aussage unzutreffend war/ist, es sei aufgrund der „begrüßenswürdigen“ ( ? ) jüngeren Rechtsprechung quasi zu einer Gleichstellung von mittelbar und unmittelbar Beteiligten gekommen.<sup>164)</sup> Hinzu kommt, daß mittelbar Beteiligte sog. Quasi-Gesellschafter mit der Rechtsprechung des BGH auch den Risiken der §§ 735, 739 BGB ausgesetzt sein konnten,<sup>165)</sup> falls vertraglich nicht ausgeschlossen. Für künftige Fonds-Konzeptionen hat dies zur Folge, daß im Prospektbeiblatt,<sup>166)</sup> im Prospekt und vor allem im Gespräch mit Anlageinteressenten dort auf diesen Umstand deutlich aufmerksam gemacht werden mußte, wo mittelbare Beteiligungen konzeptionell vorgesehen waren. Und in Anbetracht dessen war dies mit einem deutlichen worst-case-Hinweis<sup>167)</sup> zu versehen, im Prospektbeiblatt, im Prospekt und vor allem im Gespräch mit Anlageinteressenten. Mithin hatten auch Prospektprüfer bei Erstattung eines Prospektprüfungsgutachten gemäß den Grundsätzen des IDW S4 sich dieser Thematik anzunehmen.

Das Fazit für die Rechtslage in den wenigen Jahren vor dem in Kraft treten des KAGB war mithin: Für Anleger, die Risiken einer Beteiligung an einem geschlossenen Fonds nicht eingehen wollten,<sup>168)</sup> war die Konzeption mittelbarer Beteiligungen aufgrund der neueren Rechtsprechung und der Tendenz in der Rechtsprechung, rückwirkend Belastungen für Anleger einzuführen, nicht geeignet. Im Gegenteil.<sup>169)</sup> Sollten mittelbare Beteiligungen gleichwohl konzeptionell vorgesehen werden, empfahl es sich, im Prospekt und in der Anlageberatung wie folgt vorzugehen:

- Es hätte in einer für Anleger verständlichen Weise beschrieben/erklärt werden sollen, welche – hier verdeutlichten – Haftungsrisiken für mittelbar Beteiligte drohen konnten.
- Es hätte weiterhin in einer für Anleger verständlichen Weise beschrieben/erklärt werden sollen, auf welche Weise diese Risiken ausgeschlossen wurden.
- Wenn Restrisiken verblieben, hätte weiterhin in einer für Anleger verständlichen Weise beschrieben/erklärt werden sollen, welches Restrisiken verblieben und welches jeweils der worst case Fall wäre, wenn sich eines oder mehrere dieser Restrisiken verwirklichen würde.

---

163) *Deutscher ZfIR* 2009, 631; *Deutscher ZfIR* 2012, 346: Einen umfassenden Haftungsschutz gibt es für mittelbar Beteiligte nicht.

164) *Stumpf BB* 2012, 1429, 1430

165) *Deutscher ZfIR* 2012, 346, 348 f., 351 f.

166) *Rinas/Pobortscha BB* 2012, 1615

167) BGH 14.06.2007 – III ZR 300/05, NJW-RR 2007, 1329 Rdn. 13 f.; BGH 14.06.2007 – III ZR 125/06, WM 2007, 1503 Rdn. 14 f.; BGH 06.03.2008 – III ZR 87/06, Rdn. 8 (Juris); BGH 06.03.2008 – III ZR 219/06, Rdn. 8 (Juris); BGH 06.03.2008 – III ZR 256/06, Rdn. 9 (Juris)

168) FAZ vom 15.06.2012, Seite 23

169) *Stöber NJW* 2013, 832, 834; *Wagner GWR* 2013, 7

## II. Mittelbare Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds gemäß dem KAGB

Das KAGB ist in Umsetzung der AIFM-RiL ab 22.07.2013 Gesetz geworden.<sup>170)</sup> Nach dem KAGB zugelassen sind nur offene und geschlossene Investmentkommanditgesellschaften (sog. InvestKGs), während andere Rechtsformen (GbR oder OHG) nicht zugelassen sind.<sup>171)</sup> „Normale“ Anleger können sich nur an geschlossenen InvestKGs beteiligen (§§ 149 ff. KAGB). Es fallen allerdings nur solche geschlossenen Fonds unter den Anwendungsbereich des KAGB, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 KAGB erfüllen. Nach Meinung der BaFin fallen mithin solche geschlossenen Immobilienfonds nicht unter das KAGB, die nur operativ tätig sind<sup>172)</sup> bzw. Projektentwicklung betreiben,<sup>173)</sup> während der Erwerb, die Vermietung, die Verpachtung, die Verwaltung sowie der Verkauf von Immobilien keine operative Tätigkeit sein soll, so daß hier das KAGB einschlägig sein soll.<sup>174)</sup> Das KAGB gilt für InvestKGs, die nach dem 22.07.2013 gegründet worden sind, mithin also nicht mit Wirkung ab 22.07.2013 für Publikums-KGs, die vor diesem Datum gegründet wurden.

### 1. Zum Vergleich: Die unmittelbare Beteiligung

Direkt beteiligte Anleger-Kommanditisten haften bei nicht vollständig erbrachter Einlage Dritten erst mit der Eintragung als Kommanditist im Handelsregister, so daß § 176 HGB ausgeschlossen ist (§§ 127 Abs. 4, 152 Abs. 4 KAGB). Ferner dürfen für Kommanditisten auch keine Nachschusspflichten begründet werden (§§ 127 Abs. 3, 152 Abs. 3 KAGB). Hat allerdings der Kommanditist seine Einlagepflicht erfüllt, erlischt seine Haftung (§§ 127 Abs. 3, 152 Abs. 3 KAGB) wie auch die Zahlung einer Abfindung bei seinem Ausscheiden aus der geschlossenen InvestKG seine Haftung (§ 172 Abs. 4 HGB) nicht wieder aufleben läßt (§ 152 Abs. 5 KAGB). Kommanditisten geschlossener InvestKGs haften nach Beendigung der Liquidation nicht für Verbindlichkeiten der InvestKG (§§ 138 Abs. 2, 161 Abs. 2 KAGB).

---

170) *Loritz/Uffmann* WM 2013, 2193; *Burgard/Heimann* WM 2014, 820; *Möllers/Seidenschwann* in: Möllers/Kloyer (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, 2013, Rdn. 1; *Voigt* in: Möllers/Kloyer (Hrsg.), Das neue Kapitalanlagegesetzbuch, 2013, Rdn. 129

171) *Servatius* ZfIR 2014, 134, 135; *Wiedemann* NZG 2013, 1041, 1042; *Zetsche* AG 2013, 613. - Sich mit den Finanzprodukten befassend, die nicht vom KAGB erfaßt sind, siehe *Loritz/Uffmann* WM 2013, 2193. Dazu gehören u.a.

- Investitionen ohne eine festgelegte Anlagestrategie (Umkehrschluss zu § 1 Abs. 1 KAGB).
- Anlegergelder dürfen nicht durch ein außerhalb des Finanzsektors operativ tätiges Unternehmen eingesetzt werden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB).

172) *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1156: z.B. die Immobilien nur betreiben (Hotels oder Pflegeeinrichtungen)

173) *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1156: z.B. Konzeption, Ankauf, Entwicklung der Immobilie und anschließender Verkauf der selbst entwickelten Immobilie

174) *Niewerth/Rybarz* WM 2013, 1154, 1156

## **2. Die vertikal zweigliedrige mittelbare Beteiligung**

Die Beteiligung an/in einer geschlossenen InvestKG kann gesellschaftsrechtlicher oder schuldrechtlicher Art sein<sup>175)</sup> und kann eine direkte oder eine mittelbare Beteiligungen sein.<sup>176)</sup> Wegen der mittelbaren Beteiligung von Anleger über einen Treuhandkommanditisten wird auf § 152 Abs. 1 Satz 3 KAGB verwiesen.<sup>177)</sup> Anleger müssen in diesem Fall sich über einen Treuhandkommanditisten beteiligen und im Innenverhältnis der Gesellschaft und Gesellschafter die gleiche Stellung wie ein Kommanditist erhalten (§ 152 Abs. 1 Satz 3 KAGB). Dieserhalb hat der Gesetzgeber die vertikal zweigliedrige mittelbare Beteiligung vor Augen, mit der Gleichstellung des mittelbar Beteiligten mit unmittelbar Beteiligten. Da der Gesetzeswortlaut nicht definiert, welcher Art diese Gleichstellung zu sein hat, wird es sich um eine über den Treuhandkommanditisten erfolgende Gleichstellung in der Vermögensbeteiligung, bei den Stimmrechten und bei den Informations- und Kontrollrechten handeln, wie sie der oben angesprochenen BGH-Rechtsprechung entspricht.

Fraglich ist, wie es mit der wirtschaftlichen Innenhaftung mittelbar Beteiligter steht. Mit dem oben Ausgeführten ist diese Ausfluss und Folge der Außenhaftung des Treuhandkommanditisten (gewesen), wenn dieser seine Einlage nicht erbracht hatte (§ 171 Abs. 1 HGB) oder es zur Einlagerückgewähr bei diesem gekommen war (§ 171 Abs. 4 HGB). In dem Maße wie aber mit dem zuvor ausgeführten der unmittelbar beteiligte Treuhandkommanditist keiner Außenhaftung ausgesetzt sein kann, entfällt damit für mittelbar Beteiligte auch das Risiko wirtschaftlicher Innenhaftung gegenüber dem Treuhandkommanditisten wie auch der Treuhandkommanditist dann keine Möglichkeit mehr hat, irgendwelche Freistellungsansprüche – die es nicht mehr gibt – an Dritte abzutreten.

## **3. Die vertikal zweigliedrige mittelbare Beteiligung nebst horizontaler Beteiligung an einer Innen-GbR**

Daß über einen Treuhandkommanditisten an einer InvestKG mittelbar beteiligte Anleger zusätzlich untereinander in einer Innen-GbR beteiligt sind, um das Anlegerverhalten untereinander zu koordinieren, ist nichts, was mit den gesetzlichen Regelungen des KAGB im Widerspruch steht. Denn § 152 Abs. 1 Satz 3 KAGB spricht das vertikale Rechtsverhältnis des mittelbar Beteiligten zur InvestKG bzw. deren Gesellschafter an. Das KAGB befaßt sich aber nicht mit dem horizontalen Rechtsverhältnis der mittelbar Beteiligten untereinander.

## **4. Die mittelbare Beteiligung über eine Beteiligung an einer Außen-GbR**

§ 152 Abs. 1 Satz 3 KAGB regelt, daß der mittelbar Beteiligte vertikal zur Gesellschaft und den Gesellschaftern der InvestKG die gleiche Stellung wie ein Kommanditist hat. Das Gesetz geht in § 152 Abs. 1 Satz 2 KAGB davon aus, daß sich Anleger mittelbar über einen Treuhandkommanditisten an der InvestKG beteiligt, nicht aber, daß die Mittelbarkeit ihrerseits dadurch verlängert wird, daß Anle-

---

175) *Hartrott/Goller* BB 2013, 1603

176) *Hartrott/Goller* BB 2013, 1603, 1605

177) *Servatius* ZfIR 2014, 134, 140

ger sich unmittelbar an einer Außen-GbR beteiligen, die sich ihrerseits über einen Treuhandkommanditisten an einer InvestKG beteiligt.

Andererseits beschreibt das KAGB nicht, wer „Anleger“ sein kann, ob dies folglich nur eine natürliche Person sein kann oder auch eine Außen-GbR, mittels deren sich daran beteiligte Anleger über einen Treuhandkommanditisten an einer InvestKG beteiligen können.

### **III. Fazit**

Mittelbare Beteiligungen von Anlegern als natürliche Personen über einen Treuhandkommanditisten an einer unter das KAGB fallenden InvestKG vermeiden wirtschaftliche Innenhaftungsrisiken, wie sie mittelbaren Beteiligungen an Publikums-KGs vor Inkrafttreten des KAGB noch immanent waren.

Daß an InvestKGs mittelbar beteiligte Anleger auch ab Inkrafttreten des KAGB keinen Außenhaftungsrisiken unterliegen, bleibt unverändert. Es steht mit dem KAGB nicht im Widerspruch, wenn über einen Treuhandkommanditisten an einer InvestKG vertikal mittelbar Beteiligte untereinander horizontal in einer Innen-GbR eingebunden sind.