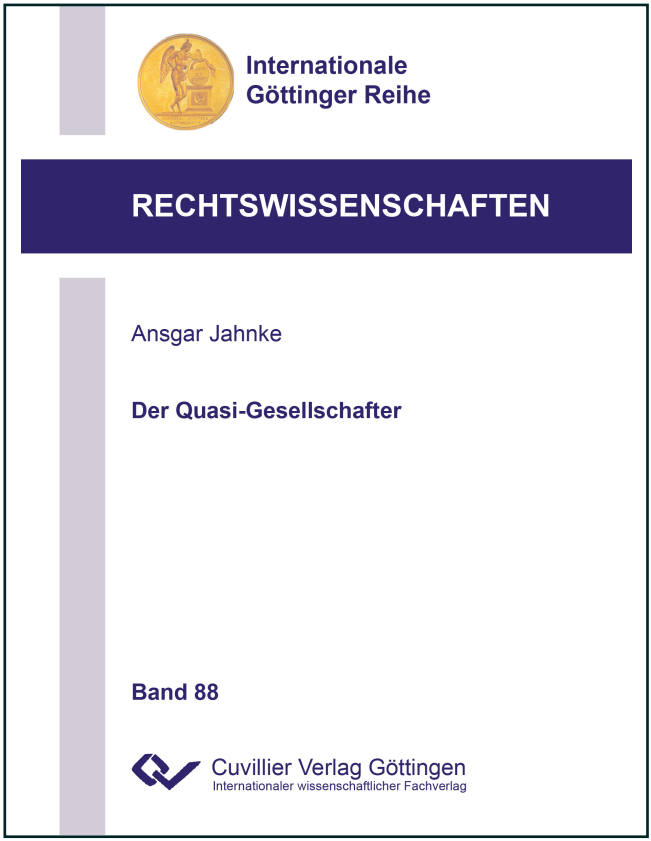
Ansgar Jahnke (Autor)

Der Quasi-Gesellschafter



https://cuvillier.de/de/shop/publications/8042

Copyright:
Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentzsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen, Germany
Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: https://cuvillier.de

Kapitel 1: Einleitung

A. Problemaufriss

Mit dem BGH-Urteil des XI. Zivilsenats vom 11.11.2008[1] begann die Begriffsbildung des „Quasi-Gesellschafters" und die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfigur. Als Sachverhalt lag diesem Urteil eine treuhänderische Beteiligung an einer Publikumsgesellschaft in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugrunde. Ein Gründungsgesellschafter der GbR fungierte dabei als Treuhänder und hielt die Gesellschaftsbeteiligungen der Treugeber als einheitlichen Gesellschaftsanteil. Der Treuhänder nahm formal die Gesellschafterstellung im Außenverhältnis ein. Nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages sollten die Treugeber im Innenverhältnis zur Gesellschaft durch die Übertragung von eigenen Rechten und Ansprüchen so gestellt werden, als ob sie unmittelbare Gesellschafter seien.[2] Der XI. Zivilsenat bezeichnete die Treugeber in diesem Urteil erstmalig als *Quasi-Gesellschafter* und entschied gleichzeitig über deren Außenhaftung, da diese zwar im Innenverhältnis zur Gesellschaft einem unmittelbaren Gesellschafter gleichgestellt wurden, im Außenverhältnis jedoch nicht in Erscheinung traten. Der BGH lehnte eine Außenhaftung der Treugeber für Gesellschaftsverbindlichkeiten trotz der durch den Gesellschaftsvertrag vermittelten unmittelbaren Rechte und Ansprüche ab, weil die Quasi-Gesellschafter keine formalen Gesellschafter der Gesellschaft seien. Im Außenverhältnis sei vielmehr allein der Treuhandgesellschafter berechtigt und verpflichtet.[3]

Das Urteil veranschaulicht die Friktion zwischen der Rechtsstellung eines „formalen" Gesellschafters und eines Quasi-Gesellschafters. Der Quasi-Gesellschafter wird zwar nach Ansicht des BGH durch die Übertragung von eigenen Rechten in den

1 BGH, Urt. v. 11.11.2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271 = NZG 2009, 57.
2 BGH, Urt. v. 11.11.2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271, 272 = NZG 2009, 57.
3 BGH, Urt. v. 11.11.2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271, 276 f. = NZG 2009, 57, 58.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

Gesellschaftsverband einbezogen[4], haftungsrechtlich muss er sich aber nicht wie ein „echter" Gesellschafter behandeln lassen. Wie weit die angestrebte Gleichstellung der Treugeber im Verhältnis zur Gesellschaft reichen kann, ist Gegenstand einer umfänglichen Rechtsprechung des BGH gewesen. Der BGH hat dabei im Verlaufe der letzten Jahre nicht nur den Begriff des Quasi-Gesellschafters geprägt, sondern diese „eigenartige Konstruktion"[5] ausdrücklich gebilligt und die Rechtsstellung des Quasi-Gesellschafters der eines unmittelbaren Gesellschafters nahezu angeglichen. Neben den Haftungsfragen im Hinblick auf die Quasi-Gesellschafterstellung entschied der BGH über Ausgleichansprüche von Treugeberkommanditisten gegen Mit-Treugeber im Falle der Tilgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten[6] und über das Kündigungsrecht der Treugeber und deren Abfindung.[7] Ebenfalls entschieden wurde über Auskunftsansprüche der Treugeber gegen die Gesellschaft auf Mitteilung der Namen und Anschriften aller anderen mittelbar und unmittelbar beteiligten Anleger.[8] Der BGH zeichnet dabei das Bild einer (neuen) Rechtsfigur, der gesellschaftsrechtliche Mitwirkungsrechte zugestanden werden, deren Rechtsstellung sich aber auf das gesellschaftliche Innenverhältnis beschränkt. *Wiedemann* sieht in der Entwicklung des Richterrechts zum Quasi-Gesellschafter, „zugespitzt formuliert", eine Annäherung der Rechtsfigur an einen gewöhnlichen Kommanditgesellschafter – nur ohne Außenhaftung und Registereintrag.[9]

Wie weit kann die Gleichstellung eines Treugebers mit einem unmittelbaren Gesellschafter zulässigerweise reichen? Welche verbandsrechtlichen Grundsätze stehen einer solchen Gleichstellung entgegen? Diese Fragen haben durch das

4 BGH, Urt. v. 11.11.2008 - XI ZR 468/07, BGHZ 178, 271, 276 = NZG 2009, 57, 58: „Eine solche Gestaltung der Treugeberstellung [...] führt zu einer Einbeziehung des Anlegers in den Gesellschaftsverband [...]".

5 *Tebben*, BB 2015, 523, 526.

6 BGH, Urt. v. 29.9.2015 – II ZR 403/13, NZG 2015, 1353.

7 BGH, Urt. v. 20.1.2015 – II ZR 444/13, NJW 2015, 1169.

8 BGH, Urt. v. 5.2.2013 - II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 = NZG 2013, 379.

9 *Wiedemann*, NZG 2016, 1, 2.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden. Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

Inkrafttreten des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB)[10] am 22. Juli 2013 noch einmal an Bedeutung gewonnen, weil der Quasi-Gesellschafter durch das KAGB Einzug in das einfache Recht gefunden hat. In § 152 Abs. 1 S. 2 und S. 3 KAGB hat der Gesetzgeber für die geschlossene Publikumsinvestmentkommanditgesellschaft eine mittelbare Beteiligung von Anlegern über einen Treuhänder ausdrücklich nur dann zugelassen, wenn „der mittelbar beteiligte Anleger im Innenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zueinander die gleiche Rechtsstellung wie ein Kommanditist" hat. Das Modell des Quasi-Gesellschafters wird somit vom Gesetzgeber zur einzig möglichen und zulässigen Gestaltungsvariante einer Treuhand an einer geschlossenen Publikumsinvestmentkommanditgesellschaft erklärt.[11] Hat der Gesetzgeber damit in Kenntnis des bisherigen Richterrechts eine neue Gruppe von Gesellschaftern etabliert? Die Gesetzesbegründung schweigt zu diesen Fragen und zur konkreten Ausgestaltung dieser Gleichstellung.[12]

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der Rechtsfigur des Quasi-Gesellschafters, die sowohl das gesellschaftsrechtliche Schrifttum als auch die Rechtsprechung im großen Maße beschäftigt. Die Untersuchung verfolgt dabei das Ziel, die Rechtstellung des Quasi-Gesellschafters umfassend darzustellen und anhand der jüngsten Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsentwicklungen kritisch einzuordnen.

Dazu werden im ersten Kapitel zunächst die Grundlagen einer treuhänderischen Beteiligung an einer Publikumspersonengesellschaft dargestellt, um anschließend im zweiten Kapitel die Rechtsprechungsentwicklung des BGH hinsichtlich der Rechtsstellung dieser Rechtsfigur aufzuzeigen und zu bewerten. Nachfolgend wird der Quasi-Gesellschafter im dritten Kapitel dogmatisch eingeordnet und dahingehend untersucht, inwiefern er sich mit verbandsrechtlichen Grundsätzen verträgt.

10 Kapitalanlagegesetzbuch vom 4. Juli 2013 (BGBl. I S. 1981), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 30. Juni 2016 (BGBl. I S. 1514) geändert worden ist.

11 *Casper* in: Staub/GroßKommHGB § 161 Rn. 240.

12 Vgl. RegBegr BT-Drs. 17/12294, S. 250. Zum Schweigen des Gesetzgebers siehe auch *Wiedemann*, NZG 2013, 1041, 1045 und *Casper*, ZHR 179 (2015), 44, 70.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

Das vierte Kapitel behandelt alle Haftungszenarien für einen Quasi-Gesellschafter, der zwar nach Ansicht des BGH keiner unmittelbaren Außenhaftung unterliegt, aber in bestimmten Fällen dennoch (mittelbar) wie ein unmittelbarer Gesellschafter haften kann. Ob und von wem der Quasi-Gesellschafter Auskunft über die Identität seiner Mitanleger verlangen kann, wird im fünften Kapitel untersucht. Darüber hinaus werden im sechsten Kapitel die neuen gesellschaftsrechtlichen Regelungen des KAGB untersucht. Neben dem Verhältnis des KAGB zum bisherigen Sonderrecht wird insbesondere die veränderte Haftungssituation für den Quasi-Gesellschafter aufgezeigt und bewertet. Im siebten Kapitel wird anhand der gesetzlichen Verankerung des Quasi-Gesellschafters die Rechtsentwicklung zu einer neuen Quasi-Gesellschafterklasse nachgezeichnet. Diese Rechtsentwicklung weist dabei erhebliche Parallelen zu der Rechtsentwicklung der Rechtsfähigkeit der GbR auf.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

Kapitel 2: Grundlagen

A. Grundlagen der treuhänderischen Beteiligung[13]

Im Folgenden sollen zunächst die Grundlagen dargestellt werden, die in rechtlicher Kombination miteinander zu einer Quasi-Gesellschafterstellung führen. Die wesentlichen Grundlagen sind dabei die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaftsanteilen und die Besonderheiten der sog. Publikumspersonengesellschaften.

I. Der Treuhandbegriff

Eine gesetzliche Regelung der Treuhand fehlt, und schon beim Versuch, die Treuhand begrifflich zu beschreiben, gibt es unterschiedliche Ansätze.[14] Versucht man die unterschiedlichen Definitionsansätze auf gemeinsame Kriterien zu reduzieren, so stellt sich eine Treuhand als ein Rechtsverhältnis zwischen mindestens zwei Personen – dem Treuhänder und dem Treugeber – dar, bei dem der Treuhänder eine vermögenswerte Position im Außenverhältnis als eigenes Recht innehat, im Innenverhältnis zum Treuhänder jedoch zu einem bestimmten Umgang damit verpflichtet ist.[15] Die Treuhand ist von einer überschießenden Rechtsmacht im Außenverhältnis geprägt, weil dem Treuhänder im Verhältnis zu Dritten mehr Rechtsmacht eingeräumt wird, als ihm im Innenverhältnis schuldrechtlich zugestanden wird.[16] Eine im Innenverhältnis erteilte Verfügungsbeschränkung entfaltet im Außenverhältnis wegen § 137 BGB keine Wirkung[17]. Orientiert man sich an

13 Vollumfänglich dazu *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung.

14 Vgl. MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 50; BGH, Urt. v. 11.10.1976 - II ZR 119/75, MDR 1977, 292: „[...] denn es gibt keinen typischen Treuhandvertrag, der sich nach bestimmten Regeln richtet [...]" und *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 21: „Zwischen dem „für sich haben" des Eigenrechts und dem „verlangen können" des schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs gibt es die Zwischensphäre des „Habens für einen Dritten", der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung".

15 *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 12; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 50.

16 RG, Urt. v. 19.12.1937 – V 205/36, RGZ 153, 366, 368; BGH, Urt. v. 3.12.1998 – III ZR 288/96, ZIP 1999, 59, 60; *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 13; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 50.

17 Ob der Treugeber bei einem Missbrauch durch den Treuhänder nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht geschützt wird, ist umstritten: Gegen die Anwendbarkeit BGH, Urt. v. 4.4.1968 – II ZR 26/67, NJW 1968, 1471 (m. Anm. *Kötz*); BGH, Urt. v. 4.11.2976 – II ZR 50/75, WM 1977, 525; *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 163; *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 459 ff. und 496. Als Argument wird insbesondere genannt, dass der Treuhänder nicht im fremden Namen handele und nicht über ein fremdes Recht verfüge. Vielmehr handele der Treuhänder im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts. A.A. *Kötz*, Trust und Treuhand, S. 141; *ders*., NJW 1968, 1471, 1472; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 133 und MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 69.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

diesen beiden Kriterien zur begrifflichen Umschreibung der Treuhand, so stellen sich nur solche Sachverhalte als Treuhand im technischen Sinne dar, in denen der Treuhänder vom Treugeber das Vollrecht erwirbt, sog. *fiduziarische Treuhand* oder *Vollrechtstreuhand*.[18] Im Falle der *fiduziarischen Vollrechtstreuhand* ist der Treuhänder Inhaber des Treugutes, im Falle einer Beteiligung an einer Gesellschaft somit der formale Gesellschafter.[19] Eine Definition zur fiduziarischen Treuhand an Gesellschaftsanteilen findet sich bei *K. Schmidt*[20]:

„Eine (fiduziarische Vollrechts-) Treuhand an einer Beteiligung liegt vor, wenn ein Gesellschafter (Treuhänder) Inhaber der Beteiligung für Rechnung eines (oder mehrerer) anderen in dem Sinne ist, dass er die Rechte aus der Beteiligung nur nach Maßgabe eines mit einem Treugeber (mit den Treugebern) geschlossenen Treuhandvertrags ausüben darf."

II. Funktionen der Treuhand

Der Funktion nach kann zwischen der eigennützigen- und der fremdnützigen Treuhand unterschieden werden.[21]

1. Eigennützige Treuhand

Bei der eigennützigen Treuhand steht die Sicherung des Treuhänders im Vordergrund.[22] Ein klassischer Fall der eigennützigen Treuhand ist die *Sicherungstreuhand*, bei der dem Treuhänder das Treugut zur Sicherheit übertragen wird. Der Treuhänder verfolgt im Rahmen einer Sicherungstreuhand an Gesellschaftsanteilen in der Regel keine mitunternehmerischen Ziele, sondern der Zweck der Treuhand erschöpft sich vielfach in der Kreditbesicherung.[23]

18 *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 13; MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 35; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 53.

19 Vgl. MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 35.

20 MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 36.

21 *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 38.

22 *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 67; *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 42 ff.

23 MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 39; vgl. BGH, Urt. v. 30. 6. 1980 - II ZR 219/79, BGHZ 77, 392 = NJW 1980, 2708 zur konkreten Ausgestaltung einer Sicherungstreuhand an einem Kommanditanteil zur Besicherung eines Kredits.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

2. Fremdnützige Treuhand

Weitaus relevanter im Zusammenhang mit der Treuhand an Gesellschaftsanteilen ist die fremdnützige Treuhand. Haupttypus der fremdnützigen Treuhand ist die *Verwaltungstreuhand,* bei der sich der Treuhänder in der Regel im Treuhandvertrag verpflichtet, die Verwaltung des Treugutes im Interesse des Treugebers durchzuführen.[24] Im Falle der fremdnützigen Verwaltungstreuhand an Gesellschaftsanteilen nimmt der Treuhänder zwar im Außenverhältnis die Stellung des unmittelbaren Gesellschafters ein, er ist jedoch durch die schuldrechtliche Vereinbarung mit dem Treugeber verpflichtet, die Interessen des Treugebers zu berücksichtigen.[25] Selbst ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Treuhänders an der Begründung der Treuhand oder eine an ihn bezahlte Vergütung stellt die Fremdnützigkeit grundsätzlich nicht in Frage.[26]

III. Unterscheidung nach Übertragungs-, Erwerbs- oder Vereinbarungstreuhand

Die Unterscheidung der Treuhand nach der Art und Weise wie diese begründet wird, ist im Rahmen der Treuhand an Gesellschaftsanteilen für Formvorschriften und die Zustimmung von Mitgesellschaftern von Bedeutung. Bei der *Übertragungstreuhand* überträgt der Treugeber das in seinem Vermögen stehende Treugut auf den Treuhänder.[27] Die Übertragung vollzieht sich dabei nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen – im Falle eines Anteils an einer Personengesellschaft durch Abtretung gem. §§ 413, 398 BGB.[28] Bei der *Vereinbarungstreuhand* ist der Treuhänder bereits der unmittelbare Gesellschafter und wird lediglich, ohne

24 *Gernhuber*, JuS 1988, 355, 356; *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 38; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 51.

25 *Grage*, RNotZ 2005, 251.

26 BGH, Urt. v. 5.5.1969 – VII ZR 79/67, WM 1969, 935; *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 40.

27 *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 93 ff.; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 154 f.; MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 53.

28 Ob die Abtretung von der Zustimmung der Mitgesellschafter abhängt, bestimmt sich dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages; enthält der Gesellschaftsvertrag keine Regelung zur Übertragung des Anteils, so ist grundsätzlich die Zustimmung der Mitgesellschafter erforderlich (BGH, Urt. v. 29.06.1981 - II ZR 142/80, BGHZ 81, 82, 84 = NJW 1981, 2747; BGH, Urt. v. 14.11.1960 - II ZR 55/59, WM 1961, 303, 304; Erman/*H. P. Westermann* § 719 Rn. 8; BeckOK BGB/*Schöne* § 719 Rn. 8; Palandt/*Sprau* § 719 Rn. 6). Auch der Umstand, dass es sich „lediglich" um die Begründung einer Treuhand handelt, macht die Zustimmung der Mitgesellschafter nicht entbehrlich (*Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 96; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 151 f.).

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

Anteilsübertragung, durch eine fiduziarische Abrede mit dem Treugeber zum Treuhänder – seine Gesellschaftsbeteiligung wandelt sich in eine treuhänderische Beteiligung um.[29] Bei der *Erwerbstreuhand* erwirbt der Treuhänder den Gesellschaftsanteil im eigenen Namen aber für Rechnung des Treugebers, in dem er sich entweder am Gründungsgeschäft beteiligt, im Rahmen einer Kapitalerhöhung, oder durch Erwerb von einem Dritten die Inhaberschaft am Gesellschaftsanteil erlangt.[30]

IV. Gestaltungsvarianten

Hinsichtlich der Gestaltungsvarianten im Gesellschaftsrecht lässt sich zwischen der *verdeckten* und der *offenen* bzw. *qualifizierten* Treuhand unterscheiden. Wie die begriffliche Unterscheidung bereits vermuten lässt, wird im Falle der verdeckten Treuhand das Treuhandverhältnis an einem Gesellschaftsanteil den übrigen Gesellschaftern nicht offen gelegt.[31] Bei der offenen Treuhand wird die Eingehung der Treuhand hingegen gegenüber den Mitgesellschaftern offengelegt und in der Regel von diesen auch gebilligt.[32] *K. Schmidt* weist zu Recht darauf hin, dass es bei dieser Unterscheidung eigentlich nicht um unterschiedliche Rechtstypen der Treuhand geht, sondern dass lediglich das Auftreten des Treuhänders in der Gesellschaft unterschieden wird.[33] Unabhängig von der Bezeichnung dieser Treuhandmodelle erfolgt eine Unterscheidung der Gestaltungsvarianten letztlich nach Art und Umfang der Einbeziehung des Treugebers in die Gesellschaft.[34]

1. Verdeckte Treuhand

Bei den „verdeckten" Treuhandmodellen an Gesellschaftsanteilen, bei denen die Eingehung der Treuhand ohne Kenntnis und Zustimmung der Mitgesellschafter

29 BGH, Urt. v. 19.4.1999 - II ZR 365/97, BGHZ 141, 207 = NJW 1999, 2594; *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand, S. 151 f.; *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 122; MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 54.

30 Vgl. BFH, Urt. v. 14. 10. 2003 - VIII R 22/02, DStRE 2004, 187; MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 55.

31 Wenn die Treuhand gegenüber den anderen Gesellschaftern nicht offengelegt wird, kann dies eine Pflichtwidrigkeit darstellen und die Mitgesellschafter können gegen den Treuhänder einen Anspruch auf Auskunft über die Person des Treugebers haben (MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 43; OLG Hamburg, Beschl. v. 30.04.1993 - 11 W 13/93, NJW-RR 1993, 868).

32 MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 43.

33 MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 43.

34 Darauf hinweisend *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 20 f.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

erfolgt, entspricht die Stellung des Treugebers aufgrund der Unübertragbarkeit der meisten Gesellschaftsrechte (§ 717 S. 1 BGB) der eines beliebigen Dritten.[35] Nach außen ist allein der Treuhänder der Vollrechtsinhaber, weshalb er eine weitergehende Rechtsstellung innehat, als es ihm durch die im Innenverhältnis auferlegten Pflichten und Bindungen vermittelt wird.[36]

2. Offene bzw. qualifizierte Treuhand

Eine *offene* Treuhand liegt dann vor, wenn das Treuhandverhältnis gegenüber den anderen unmittelbaren Gesellschaftern offengelegt wurde und eine Zustimmung der Mitgesellschafter vorliegt.[37] Die offene Treuhand bietet wegen der Zustimmung der Mitgesellschafter auch die Möglichkeit, den Treugebern im Innenverhältnis zur Gesellschaft eigene Rechte zu übertragen.[38] Für diesen Fall, dass die Treugeber durch die Übertragung von eigenen Rechten wie (Mit-)Gesellschafter behandelt werden sollen, hat *Ulmer* den Begriff der *qualifizierten* Treuhand geprägt.[39] Die „Qualifizierung" der offenen Treuhand solle darin liegen, dass die Gesellschafter ihre Zustimmung zur wirtschaftlichen Beteiligung des Treugebers erteilt haben.[40] Auch *Armbrüster* spricht im Falle der Übertragung von eigenen Rechten auf den Treugeber nicht mehr von einer offenen, sondern von einer qualifizierten Treuhand.[41] Terminologisch benutzte der BGH bei Treuhandverhältnissen, denen die Mitgesellschafter zugestimmt hatten und bei denen dem Treugeber unmittelbare Rechte in der Gesellschaft eingeräumt wurden, zunächst den Begriff der „offenen Treuhand".[42] Mittlerweile spricht auch der BGH für diese

35 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 91; *Schäfer* in: Staub/GroßKommHGB § 105 Rn. 104.

36 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 84.

37 MüKoBGB/*Schäfer* § 705 Rn. 92; Erman/*H. P. Westermann* §705 Rn. 26 f.; Soergel/*Hadding/Kießling* BGB § 705 Rn. 28; *Schäfer* in: Staub/GroßKommHGB § 105 Rn. 107; MüKoHGB/*K. Schmidt* vor § 230 Rn. 43. *Armbrüster* differenziert begrifflich noch weiter: im Falle der offen gelegten und von den Mitgesellschaftern gebilligten Treuhand spricht er von einer einvernehmlichen Treuhand. Nur wenn die offen gelegte Treuhand nicht gebilligt wurde spricht er von einer offengelegten Treuhand (*Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 20).

38 *Schäfer* in: Staub/GroßKommHGB § 105 Rn. 107.

39 *Ulmer*, FS Odersky, 873, 878 (für die Treuhand an GmbH-Anteilen).

40 *Ulmer*, FS Odersky, 873, 878.

41 *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung, S. 20, 21.

42 BGH, Urt. v. 13. 5. 1953 - II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49 = NJW 1953, 1548, 1549; BGH, Urt. v. 30. 03. 1987 - II ZR 163/86, NJW 1987, 2677.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.

Art der Treuhandverhältnisse von einer „offenen oder qualifizierten Treuhand" und bezeichnet den Treugeber als „qualifizierten" Treugeber.[43] Unter einer qualifizierten Treuhand versteht man daher ein offen gelegtes und von den Mitgesellschaftern gebilligtes Treuhandverhältnis, bei dem die Treugeber durch die Übertragung von eigenen Rechten wie Mitgesellschafter behandelt werden sollen.[44]

Es ist natürlich auch denkbar, dass sich das offen gelegte und von den Mitgesellschaftern gebilligte Treuhandverhältnis in den Regelungen des Treuhandvertrages erschöpft und dem Treugeber gerade keine Rechte im Verhältnis zur Gesellschaft eingeräumt werden.[45] Soll der Treugeber nicht durch eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag wie ein unmittelbarer Gesellschafter behandelt werden, spricht *Casper* sinnvollerweise von einer *„echten"* Treuhand.[46] Dieser terminologischen Differenzierung wird auch in dieser Arbeit gefolgt.

B. Publikumspersonengesellschaften

I. Allgemeines

Bestimmendes Wesensmerkmal einer Publikumsgesellschaft ist die erstrebte Beteiligung einer Vielzahl von Gesellschaftern[47] zum Zwecke der Kapitalaufnahme auf der Grundlage eines vorformulierten Gesellschaftsvertrages.[48] Die Gründung einer Publikumsgesellschaft erfolgt vornehmlich als Personengesellschaft in Form einer KG oder GbR, weil sich somit die vielen zwingenden Vorschriften im Bereich

43 BGH, Urt. v. 11. 10. 2011 – II ZR 242/09, NZG 2011, 1432, 1433; BGH, Urt. v. 5. 2. 2013 – II ZR 134/11, BGHZ 196, 131, 140 = NZG 2013, 379, 380.

44 Wie im Rahmen der qualifizierten Treuhand die Gleichstellung des Treugebers mit einem unmittelbaren Gesellschafter erreicht werden kann, wird in dieser Arbeit unter Kapitel 2:C.II.2 behandelt.

45 *Casper* in: Staub/GroßKommHGB § 161 Rn. 239.

46 *Casper* in: Staub/GroßKommHGB § 161 Rn. 239. In diesem Fällen sollte nicht von einer offenen Treuhand gesprochen werden um Missverständnisse und Abgrenzungsschwierigkeiten zur qualifizierten Treuhand zu vermeiden.

47 MüKoHGB/*Grunewald* § 161 Rn. 106; vgl. aber auch BGH, Urt. v. 09.11.1987 - II ZR 100/87, NJW 1988, 969, 971, wonach es für die Eigenschaft als Publikumsgesellschaft nur darauf ankommt, dass der Gesellschaftsvertrag auf die Aufnahme einer Vielzahl von noch zu werbenden Gesellschaftern gerichtet ist. Wie viele Gesellschafter demnach wirklich beitreten, soll für die Qualifizierung als Publikumsgesellschaft hingegen nicht entscheidend sein. Zur Frage, wann bei einer Publikumsgesellschaft von einer Vielzahl von Gesellschaftern gesprochen werden kann: BGH, Urt. v. 14. 4. 1975 - II ZR 147/73, BGHZ 64, 238, 239 = NJW 1975, 1318, wo eine KG mit 50 Gesellschaftern als Publikumsgesellschaft behandelt wurde.

48 BGH, Urt. v. 14. 4. 1975 - II ZR 147/73, NJW 1975, 1318, 1319; Baumbach/Hopt/*Roth* Anh. § 177a Rn. 52.

Dieses Werk ist copyrightgeschützt und darf in keiner Form vervielfältigt werden noch an Dritte weitergegeben werden.
Es gilt nur für den persönlichen Gebrauch.