



**Kommentar zum Urteil des BGH 11.11.2008 (XI ZR 468/07)**  
**von Herrn Rechtsanwalt Ricken**

Am 11.11.2008 hat der XI. Senat des Bundesgerichtshofs ein Urteil verkündet, dessen bedeutsamer Leitsatz zu a) wie folgt lautet:

„Ein Treugeber, der nicht selbst Gesellschafter einer Personengesellschaft wird, sondern für den ein Gesellschafter den Geschäftsanteil treuhänderisch hält, haftet für Gesellschaftsschulden nicht analog §§ 128, 130 HGB persönlich.“

Damit hat der XI. Senat des BGH nur offiziell das bestätigt, was dessen Vorsitzender, Herrn Dr. Nobbe, bereits in seinem Aufsatz „Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu fehlgeschlagenen Immobilienfinanzierungen“ (Sonderbeilage zu WM Nr. 1/1907) mehr in einem Nebensatz ausgeführt hatte:

Ist eine Immobilienfondsgesellschaft so konstruiert, dass die Kapitalanleger nicht unmittelbar Gesellschafter werden, sondern ihren Geschäftsanteil durch einen sogenannten „Gesellschaftstreuhänder“ halten lassen, besteht auch dann keine Haftung des Anlegers für die Schulden der Fondsgesellschaft gegenüber den Banken, wenn, wie in solchen Fällen üblich, im Innenverhältnis die Stellung des Treugeber-Gesellschafters einer unmittelbaren Beteiligung stark angenähert ist (zum Beispiel durch das Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, Abgabe des Stimmrechts etc. – sogenannte „offene Treuhand“).

Die Begründung des Bundesgerichtshofes hierfür ist ebenso einfach wie schlagend: Es besteht keine gesetzliche Rechtsgrundlage für eine solche Haftung. Nur derjenige, der direkt an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts beteiligt ist, haftet für deren Schulden im Außenverhältnis analog §§ 128, 130 HGB. Dies ist in Fällen solcher Konstruktionen allein der (vom Initiator gestellte) Treuhänder. Die gesetzliche Haftungsverfassung der §§ 128, 130 HGB setzt – so der BGH – eine „wirkliche“ Gesellschafterstellung voraus.

Für eine „doppelt analoge“ Anwendung der §§ 128, 130 HGB auf einen Treugeber-Gesellschafter fehle es schon an einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke im Gesetz, da der Treuhänder-Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern haftet.

**Damit steht nunmehr endgültig fest, dass Gesellschafter von geschlossenen Immobilienfonds, die sich mittelbar über einen Gesellschaftstreuhänder an der Fondsgesellschaft beteiligt haben, unter keinen Umständen im Außenverhältnis gegenüber den Banken für die Schulden der Fondsgesellschaft (insbesondere die Bankdarlehen) haften.**

Diese klare und eindeutige Aussage des BGH wird auch nicht dadurch relativiert, dass der BGH auf S. 11 unten/ S. 12 oben des Urteilsumdrucks ausführt, es bestehe für eine Erstreckung der strengen Haftungsregeln der §§ 128, 130 HGB auf den Treugeber-Gesellschafter im Wege höchstrichterlicher Rechtsfortbildung schon deshalb kein Bedürfnis, weil die Gesellschaftsgläubiger (Banken) mittelbar auf das Vermögen des Anlegers (Treugebers) dadurch zugreifen können, dass sie den für die Gesellschaftsschuld persönlich haftenden Treuhänder in Anspruch nehmen und aus einem Titel gegen diesen ggf. in dessen Befreiungsansprüche aus §§ 675, 670 BGB gegen den Treugeber-Gesellschafter vollstrecken. Mit dieser Erwägung hat der BGH nur zusätzlich („zudem“) den Normalfall angesprochen, dass der Gesellschaftstreuhänder einen Befreiungsanspruch gegen den Anleger-Treugeber hat. Er hat es jedoch ersichtlich nicht zur Voraussetzung für die Nichthaftung des Treugeber-Gesellschafters gemacht, dass ein solcher Befreiungsanspruch tatsächlich bestehen muss. Denn als zweite Erwägung („überdies“) hat der BGH ausgeführt, dass es dem Gesellschaftsgläubiger (Bank) aufgrund der Vertragsfreiheit unbenommen sei, mit dem Treugeber-Gesellschafter auch im Außenverhältnis eine Mithaftungsübernahme zu vereinbaren.

Von entscheidender Bedeutung für die Nutzung dieser neuen Rechtsprechung durch den Anleger ist es, ob im Innenverhältnis ein Befreiungsanspruch des Gesellschaftstreuhänders aufgrund des abgeschlossenen Treuhandvertrages gegeben ist oder nicht. Denn wenn dieser gegeben ist, nützt es, wie der BGH ausgeführt hat, dem Anleger recht wenig, sich der Bank gegenüber auf ein Fehlen der Haftung zu berufen, weil dann die Bank den Gesellschaftstreuhänder in Anspruch nehmen und im Zuge der Vollstreckung gegen diesen dessen Befreiungsanspruch gegen den Kapitalanleger

pfänden kann mit der Folge, dass der Anleger dann doch an die Bank zahlen muss.

Ob der Treuhandvertrag, der den Anleger mit dem Gesellschaftstreuhandverwalter verbindet, wirksam ist oder nicht, hängt von der Konstruktion des Fonds im Einzelfall ab, insbesondere davon, ob der Anleger den Treuhandvertrag mit dem Gesellschaftstreuhandverwalter selbst und eigenhändig geschlossen hat oder in Vertretung durch einen Dritten. Hat er den Gesellschaftstreuhandvertrag eigenhändig abgeschlossen, dürften gegen dessen Wirksamkeit in aller Regel keine Bedenken bestehen mit der Folge, dass der im Treuhandvertrag meist geregelte (und sich in Abwesenheit einer solchen Regelung aus dem Gesetz ergebende) Befreiungsanspruch besteht.

In vielen Fondsgesellschaften liegt jedoch die Konstellation vor, dass der Kapitalanleger den Gesellschaftstreuhandvertrag nicht selbst mit dem Gesellschaftstreuhandverwalter abgeschlossen hat, sondern mittels eines Vertreters. Diesen Vertreter hat er in einer sogenannten „Vollmacht zur treuhänderischen Beteiligung“ ermächtigt, alle rechtlichen Erklärungen im Zusammenhang mit seinem (mittelbaren) Beitritt abzugeben, insbesondere auch den Gesellschaftstreuhandvertrag mit dem initiatorseitig vorgegebenen Gesellschaftstreuhandverwalter zu schließen. Dieser Vertreter, der vom Anleger in der Zeichnungserklärung bevollmächtigt wurde, wurde in aller Regel ebenfalls vom Initiator gestellt und war kein Rechtsanwalt, sondern ein Kaufmann oder eine gewerblich tätige Gesellschaft, die nicht über die Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügt. Ist dies der Fall, so stellt die Erteilung solcher umfangreichen Vollmachten im Zeichnungsschein an den Vertreter die Übertragung einer Vielzahl von gravierenden rechtsbesorgenden Angelegenheiten für den Anleger außerhalb des Gesellschaftsvertrages auf einen Dritten dar, der dazu zwingend der Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz bedarf (BGH Urteil vom 17.10.2006, XI ZR 19/05). Solche Vollmachten sind daher wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam mit der Folge, dass der im Zeichnungsschein Bevollmächtigte mangels wirksamer Vollmachten nicht in der Lage war, einen wirksamen Treuhandvertrag zwischen dem Gesellschaftstreuhandverwalter und dem Anleger zu schließen. Fehlt es an einem solchen wirksamen Treuhandvertrag, gibt es auch keine Regressansprüche des Gesellschaftstreuhandverwalters gegen den Anleger, die dieser im Falle seiner Inanspruchnahme durch die Bank geltend machen könnte oder die die Bank pfänden könnte. In diesem Falle bleibt die Haftung im Außenverhältnis allein beim Gesellschaftstreu-

händer „hängen“.

Diese Konstruktion, dass der Anleger den Gesellschaftstreuhandvertrag nicht direkt mit dem Gesellschaftstreuhandhaber schließt, sondern durch einen im Zeichnungsschein Bevollmächtigten schließen lässt, findet sich insbesondere in den „späten“ Fonds des Emissionshauses Dr. Görlich, insbesondere in einigen Fonds der MEGA-Reihe oder der Ziel-Reihe. Hier wurde jeweils im Zeichnungsschein eine Person oder eine Gesellschaft, die nicht über die Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz verfügt, bevollmächtigt, unter anderem den Gesellschaftstreuhandvertrag mit dem Gesellschaftstreuhandhaber Dr. Görlich Grundbesitz Beteiligungs GmbH namens des Anlegers zu schließen. Dieser ist daher unwirksam. Die Dr. Görlich Grundbesitz Beteiligungs GmbH, die sich zwischenzeitlich in Insolvenz befindet, kann deshalb im Falle ihrer Inanspruchnahme durch die Bank im Außenverhältnis keine Regressansprüche gegen ihre Treugeber, die Kapitalanleger, geltend machen.

**Dies bedeutet in diesen Fällen, dass die Anleger nicht nur mit Erfolg die Vollstreckung aus den zu Gunsten der Banken errichteten Urkunden bekämpfen können, sondern gleichzeitig auch gerichtlich feststellen lassen können, für die Schulden der Fondsgesellschaft bei den darlehensgebenden Banken nicht persönlich zu haften. Diese Klagen sind jetzt nach dem Urteil des BGH vom 11.11.2008 jedenfalls in den Fällen der mittelbaren Beteiligung geradezu ein „Selbstgänger“.**

Düsseldorf, den 13.01.2009

Peter A. Ricken