

### III. Treuhandbeteiligungen

#### A. Das Treuhandverhältnis

##### 1. Pflichten des Treuhänders im Treuhandverhältnis

###### a) Die Pflichten des Treuhänders im Allgemeinen

Hauptpflicht des Treuhänders als Geschäftsbesorger iSd §§ 1002 ff ABGB ist die sorgfältige Verwaltung des Geschäftsanteils.<sup>510)</sup> Im Wesentlichen bedeutet dies, den Geschäftsanteil im eigenen Namen unter Wahrung der Interessen des Treugebers zu halten.<sup>511)</sup> Welche Pflichten daraus im Einzelnen resultieren, richtet sich nach dem Inhalt des Treuhandvertrags sowie der Parteienabsicht, wobei dem Zweck der Treuhand erhebliche Bedeutung zukommt.<sup>512)</sup> Zusätzlich kann auch die Treuepflicht, welcher der Treuhänder unterliegt<sup>513)</sup>, eine Hilfestellung bieten. Sie kommt bereits in der allgemeinen Beschreibung der Geschäftsbesorgungspflicht, nämlich die Interessen des Treugebers zu achten, zum Ausdruck. Die Treuepflicht, teils als neben die Geschäftsbesorgungspflicht hinzutretende Hauptpflicht<sup>514)</sup>, teils als Rahmenpflicht<sup>515)</sup> bezeichnet, konkretisiert die Pflichten des Treuhänders nach Lage des Einzelfalls.<sup>516)</sup> Aus ihr folgt, dass der Treuhänder die Interessen des Treugebers vor seine eigenen zu stellen

---

<sup>510)</sup> *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 2; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 3; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 5; vgl *Coing*, Treuhand 144 ff; *Kothbauer*, wobl 2009, 140; *Fenyves*, wobl 1992, 215; *Liebich/Matthews*, Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft<sup>2</sup> (1983) 97.

<sup>511)</sup> *Armbrüster*, Beteiligung 38.

<sup>512)</sup> OGH 25. 2. 1971, 1 Ob 26/71 EvBl 1972, 40 = HS 9355; 25. 5. 1999, 1 Ob 333/98x RdW 1999, 652 = EvBl 1999, 841 = bbl 1999, 205 = ÖBA 2000, 157; 5. 8. 1999, 1 Ob 43/99a RdW 2000, 16 = ÖBA 2000, 343; RIS-Justiz RS0010444; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 3; *Stanzl* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1<sup>2</sup> 814; *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 2.

<sup>513)</sup> OGH 18. 6. 1959, 6 Ob 184/59 EvBl 1959, 463; *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 17; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 25; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 6; *Stanzl* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1<sup>2</sup> 816; *Coing*, Treuhand 137; *Umlauf* in *Apathy* (Hrsg.), Treuhandschaft 38; *Kothbauer*, wobl 2009, 141; *Fenyves*, wobl 1992, 215.

<sup>514)</sup> OGH 20. 10. 1961, 2 Ob 376/61 SZ 34/153; *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 18.

<sup>515)</sup> *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 25; vgl auch *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB<sup>4</sup> (2014) § 1009 Rz 2 („Nebenpflicht“).

<sup>516)</sup> *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 18; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 25.

hat. Bei einer etwaigen Interessenkollision gebührt dem Treugeber somit der Vorrang.<sup>517)</sup> Zudem muss der Treuhänder den Treugeber über die Verwaltung des Geschäftsanteils am Laufenden halten und über drohende Gefahren rechtzeitig warnen.<sup>518)</sup> Er darf weder Anvertrautes noch im Rahmen des Treuhandverhältnisses bekannt Gewordenes gegenüber Dritten preisgeben, sofern die Interessen des Treugebers dadurch verletzt würden.<sup>519)</sup> Auch die Verschwiegenheitspflicht ist somit Ausfluss der Treuepflicht.<sup>520)</sup>

Einer der wichtigsten Nebenpflichten des Treuhänders ist seine Herausgabepflicht. Demnach hat der Treuhänder jeden erlangten Vorteil aus der Beteiligung auszufolgen.<sup>521)</sup> Bei aufrechtem Treuhandverhältnis ist damit vor allem der Gewinn aus der Beteiligung angesprochen. Dabei kann der Treuhänder entweder den empfangenen Betrag an den Treugeber auszahlen oder, in Verkürzung des Weges, seinen Gewinnanspruch an den Treugeber abtreten, damit dieser ihn selbst unmittelbar gegenüber der Gesellschaft geltend machen kann.<sup>522)</sup>

## b) Einzelne Pflichten im Besonderen

### (1) Weisungsgebundenheit des Treuhänders

#### aa) Grundlagen

Das Weisungsrecht des Treugebers stellt dessen wichtigstes Instrumentarium dar<sup>523)</sup>, um die Handlungspflichten des Treuhänders zu konkretisieren.<sup>524)</sup> Bei Treuhandbeteiligungen hat das vor allem Bedeutung dafür, das Verhalten des Treuhänders in der Gesellschaft zu steuern und damit Einfluss auf das Gesellschaftergeschehen auszuüben.<sup>525)</sup> An die Weisungen des Treugebers ist der

<sup>517)</sup> OGH 6. 11. 1979, 5 Ob 764/78 SZ 52/158 = NZ 1980, 147; P. Bydliński in KBB<sup>4</sup> § 1009 Rz 2; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 26.

<sup>518)</sup> Strasser in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 17; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 36; P. Bydliński in KBB<sup>4</sup> § 1009 Rz 2; Coing, Treuhand 150.

<sup>519)</sup> Strasser in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 17, 20; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 56; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 9; Stanzl in Klang/Gschnitzer, ABGB IV/1<sup>2</sup> 820; Umlauf in Apathy (Hrsg), Treuhandschaft 38.

<sup>520)</sup> Gruber, Treuhandbeteiligung 94; Kothbauer, wobl 2009, 141; Fenyves, wobl 1992, 215.

<sup>521)</sup> Strasser in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 23; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 17; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 9; Stanzl in Klang/Gschnitzer, ABGB IV/1<sup>2</sup> 822.

<sup>522)</sup> Gruber, Treuhandbeteiligung 90; Tebben, Unterbeteiligung 280; Eden, Treuhandschaft<sup>2</sup> 56. Näheres dazu siehe unten II.B.2.a)(1).

<sup>523)</sup> Vgl Seibt in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 15 Rz 228; Winter/Löbke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG I § 15 Rz 203; Armbrüster, Beteiligung 194; Maulbetsch, Beirat 157.

<sup>524)</sup> Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 12; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 37; Stanzl in Klang/Gschnitzer, ABGB IV/1<sup>2</sup> 815.

<sup>525)</sup> Armbrüster, Beteiligung 194; Maulbetsch, Beirat 157; Henssler, ZHR 157 (1993) 103.

Treuhänder aufgrund seiner Treuepflicht gebunden.<sup>526)</sup> Eingeschränkt ist diese Gehorsamspflicht aber zum einen dadurch, dass sie nur jene Weisungen betrifft, die sich im Rahmen des im Treuhandvertrag Vereinbarten halten. Über die Geschäftsbesorgungspflicht hinausgehende Pflichten können dem Treuhänder nicht auferlegt werden.<sup>527)</sup> Zum anderen setzt das Gesellschaftsrecht dem Weisungsrecht Grenzen. Der Treuhänder kann nicht dazu verpflichtet werden, gesellschaftsrechtswidrig zu handeln.<sup>528)</sup> Aber auch sonst gilt, dass der Treuhänder nicht zu blindem Gehorsam<sup>529)</sup> verpflichtet ist.<sup>530)</sup> Er hat vielmehr den Treugeber gemäß seiner Treuepflicht über unzweckmäßige oder dessen Interessen beeinträchtigende Weisungen zu informieren und seine Entscheidung abzuwarten.<sup>531)</sup> Das betrifft auch widersprüchliche oder nicht genügend bestimmte Weisungen<sup>532)</sup>, außer bei Gefahr im Verzug.<sup>533)</sup> Nur wenn der Treugeber weiterhin an seiner Weisung festhält, muss der Treuhänder diese ausführen oder das Treuhandverhältnis beenden.<sup>534)</sup>

Sofern der Treugeber keine Weisungen erteilt, hat der Treuhänder stets unter Wahrung der Treugeberinteressen nach eigenem Ermessen vorzugehen.<sup>535)</sup> Für *Armbrüster*<sup>536)</sup> ändert das aber nichts an der Einwirkungsmacht des Treugebers. Diesem verbleibe weiterhin die Möglichkeit, mittels Weisungen in das Gesellschaftsgeschehen einzugreifen. Zudem bewirke die Angst des Treuhänders, dass der Treugeber tatsächlich eingreifen werde, wenn er seinem

<sup>526)</sup> *Stanzl* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1<sup>2</sup> 815; vgl OGH 9. 4. 2002, 4 Ob 83/02p SZ 2002/46 = RdW 2002, 528 = EvBl 2002/144; *Armbrüster*, Beteiligung 39 f; *Seiler* in MünchKomm BGB IV<sup>6</sup> § 665 Rz 1; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 1832.

<sup>527)</sup> *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 14; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 38; *Stanzl* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1<sup>2</sup> 815; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 12; vgl *Coing*, Treuhand 147.

<sup>528)</sup> *Armbrüster*, Beteiligung 40. Siehe dazu sogleich 81 ff.

<sup>529)</sup> *Heck*, Grundriss des Schuldrechts (1929) 355.

<sup>530)</sup> *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 42; *Stanzl* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1<sup>2</sup> 814 f; *Gruber*, Treuhandbeteiligung 96; *Liebich/Matthews*, Treuhand<sup>2</sup> 98.

<sup>531)</sup> *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 14; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 44; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 13; *Stanzl* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1<sup>2</sup> 821; *Gruber*, Treuhandbeteiligung 97; *Kothbauer*, wobl 2009, 141; *Fenyves*, wobl 1992, 215; *Liebich/Matthews*, Treuhand<sup>2</sup> 98; vgl *Henssler*, ZHR 157 (1993) 103 f.

<sup>532)</sup> *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 14; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 8; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 43; OGH 23. 6. 1983, 6 Ob 610/83 RdW 1983, 106.

<sup>533)</sup> *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 13; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1009 Rz 46.

<sup>534)</sup> *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 13; *Stanzl* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1<sup>2</sup> 821; vgl *Armbrüster*, Beteiligung 40.

<sup>535)</sup> *Armbrüster*, Beteiligung 149, 195; *Henssler*, ZHR 157 (1993) 101 ff; *Than*, ZHR 157 (1993) 136.

<sup>536)</sup> *Armbrüster*, Beteiligung 195.

Interesse zuwiderhandelt, dass er sich immer nach dem Treugeberwillen richten wird. So gesehen hat das Weisungsrecht selbst dann eine starke Wirkung, wenn der Treugeber keine konkrete Weisung erteilt hat. Allein die Möglichkeit dazu, übt nach der Ansicht *Armbrüsters* genug Druck zu interessengerechtem Verhalten auf Seiten des Treuhänders aus. Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, doch wird der Treuhänder ganz allgemein darauf Bedacht sein, den Willen des Treugebers zu wahren. Allein die Konsequenzen, die aus einem weisungswidrigen Verhalten folgen können, nämlich die Kündigung des Treuhandverhältnisses<sup>537)</sup> oder ein Schadenersatzanspruch<sup>538)</sup>, sind Anlass genug. Trotzdem unterstreicht die Ansicht *Armbrüsters* umso mehr die Bedeutung des Weisungsrechts.

Diskussionswürdig erscheint die Frage, ob das Weisungsrecht des Treugebers ausgeschlossen werden kann. Der OGH bezeichnet die Pflicht des Treuhänders, weisungsgemäß zu handeln, als zum Wesen der Treuhand gehörig. Daraus könnte man schließen, das Weisungsrecht sei der Treuhand immanent. *Armbrüster*<sup>539)</sup> lässt dagegen den Ausschluss des Weisungsrechts grundsätzlich zu, weil dahinter sachliche Gründe stehen könnten und der Treuhänder weiterhin an die Interessen des Treugebers gebunden sei. Dagegen will ein Teil der Literatur<sup>540)</sup> den Ausschluss nur insoweit zulassen, als dass Grundlagengeschäfte davon ausgenommen sind. Dem Treugeber soll in diesen Fällen jedenfalls das Weisungsrecht zustehen, weil er auch bei direkter Beteiligung nicht von der Mitbestimmung bei Grundlagengeschäften ausgeschlossen werden könne und daher nicht schlechter dastehen solle als bei direkter Beteiligung.<sup>541)</sup> Zudem werde das Gleichgewicht, das zwischen Gehorsam des Treuhänders und unentgeltlicher Übertragung des Treuguts hergestellt werde, gestört.<sup>542)</sup> Offensichtlich geht es hier vor allem darum, den Treugeber davor zu schützen, dass der Treuhänder bei wichtigen Entscheidungen seinen Interessen zuwiderhandelt. Gegen diese Ansicht sprechen aber vor allem zwei Aspekte: Zum einen muss dem Treugeber die Entscheidung darüber überlassen sein, auf einen solchen Schutz zu verzichten. Wenn er dem Treuhänder soweit Vertrauen entgegenbringt, dass dieser seine Treupflicht wahren werde, so ist kein Grund ersichtlich, warum er nicht auf sein Weisungsrecht verzichten können soll. Selbst wenn kein solch großes Vertrauensverhältnis besteht, verbleibt dem Treugeber immer noch die Möglichkeit, das Treuhandverhältnis zu beenden und Scha-

<sup>537)</sup> *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1009 Rz 15; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1009 Rz 12; *Armbrüster*, Beteiligung 196.

<sup>538)</sup> OGH 9. 4. 2002, 4 Ob 83/02p SZ 2002/46 = RdW 2002, 528 = EvBl 2002/144; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1012 Rz 1; *Armbrüster*, Beteiligung 196; vgl *Coing*, Treuhand 147.

<sup>539)</sup> *Armbrüster*, Beteiligung 194 f, 231.

<sup>540)</sup> *Maulbetsch*, Beirat 135, 157; *Schiemann* in FS Zöllner I 517; *Tebben*, Unterbeteiligung 268.

<sup>541)</sup> *Maulbetsch*, Beirat 135, 157.

<sup>542)</sup> *Tebben*, Unterbeteiligung 268.

denersatz zu fordern. Er ist daher dem Treuhänder nicht schutzlos ausgeliefert. Zum anderen sind Weisungen keine Garantie dafür, dass der Treuhänder ihnen auch tatsächlich entspricht. Er könnte genauso über den Willen des Treugebers hinweg entscheiden. Dagegen könnte der Treugeber auch nicht vorgehen, denn, wie gleich zu zeigen sein wird, sind weisungswidrige Erklärungen des Treuhänders in der Gesellschaft wirksam. Im Ergebnis könnte der Treugeber auch in diesem Fall nur mit Widerruf und Schadenersatz reagieren. Daher spricht grundsätzlich nichts dagegen, dass der Treugeber sein Weisungsrecht einschließlich jenes hinsichtlich Grundlagengeschäfte ausschließt. Das ändert nichts daran, dass der Treuhänder weiterhin seine Interessen im Auge behalten muss. Im Einzelfall kann allerdings der Ausschluss sittenwidrig sein, vor allem dann, wenn der Treugeber damit seine freie Selbstbestimmung aufgeben würde. Daher hielt der BGH eine Vergleichsvereinbarung für nichtig, in dem der Treugeber sowohl sein Weisungsrecht als auch sein Recht, seinen Treuhänder frei zu wählen, ausschloss. Dies liefe auf eine Selbstentmündigung hinaus, die mit den Grundwerten der deutschen Rechtsordnung nicht vereinbar sei.<sup>543)</sup>

## bb) Stimmbindungen

### (i) Zulässigkeit von Stimmbindungen

Nach hM<sup>544)</sup> kommt allein dem Treuhänder das Stimmrecht in der Generalversammlung zu. Dem Treugeber soll jegliche Mitbestimmung in Form eines eigenen Stimmrechts verwehrt sein. Als wichtigstes Verwaltungsrecht<sup>545)</sup> in der Gesellschaft wird der Treugeber besonders daran interessiert sein, das Abstimmungsverhalten des Treuhänders zu kontrollieren.<sup>546)</sup> Obwohl ihm dafür das Weisungsrecht zusteht<sup>547)</sup>, werden ausdrücklich Stimmbindungen als Neben-

---

<sup>543)</sup> Vgl. BGH 12. 7. 1965, II ZR 118/63 BGHZ 44, 158 = NJW 1965, 2147; *Armbrüster*, Beteiligung 231.

<sup>544)</sup> OGH 20. 12. 2006, 7 Ob 203/06p wbl 2007, 244 = *ecolex* 2007, 444 = *GesRZ* 2007, 131 = *RdW* 2007, 280 = *NZ* 2007, 241; 22. 2. 2012, 3 Ob 217/11z *GES* 2012, 131 = *AnwBl* 2012, 416 = *RdW* 2012, 468; 10. 4. 2008, 6 Ob 37/08x *GesRZ* 2008, 238 (*Thöni*) = *ecolex* 2008, 747 = *RdW* 2008, 520 = *NZ* 2008, 281 = *AnwBl* 2009, 51 = *HS* 39.067 = *HS* 39.075; 18.2.2010, 6 Ob 1/10f *GeS* 2010, 19 = *GesRZ* 2010, 226 (*Schopper*) = *ecolex* 2010, 775 = *RdW* 2010, 341; BGH 21. 3. 1988, II ZR 308/87 BGHZ 104, 66 = *NJW* 1988, 1844 = *GmbHR* 1988, 304 = *AG* 1988, 233; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> § 39 Rz 9; *Enzinger in Straube* (Hrsg), *GmbHG* § 39 Rz 19; *Koppensteiner/Gruber in Rowedder/Schmidt-Leithoff*, *GmbHG*<sup>5</sup> § 47 Rz 19; *K. Schmidt in Scholz*, *GmbHG* II<sup>11</sup> § 47 Rz 18; *ders* in *MünchKomm HGB* Vor § 230 Rz 61; *Zöllner in Baumbach/Hueck*, *GmbHG*<sup>20</sup> § 47 Rz 35; *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*<sup>18</sup> § 47 Rz 4; *Roth/Thöni* in *FS* 100 Jahre *GmbH-Gesetz* 278.

<sup>545)</sup> *Armbrüster*, Beteiligung 229; *Tebben*, Unterbeteiligung 384.

<sup>546)</sup> *Herriger*, Stimmrechtsbindung im GmbH-Recht, *MittRhNotK* 1993, 269 (270); *Armbrüster*, Beteiligung 229; *Blaurock*, Unterbeteiligung 186.

<sup>547)</sup> *Roth/Thöni* in *FS* 100 Jahre *GmbH-Gesetz* 279; *Armbrüster*, Beteiligung 231; *Grage*, *RNotZ* 2005, 262.

pflicht<sup>548</sup>) im Treuhandvertrag vereinbart.<sup>549</sup>) Ein Teil der Literatur meint sogar, eine solche Vereinbarung sei bei Treuhandbeteiligungen unerlässlich.<sup>550</sup>) Das trifft nicht zu, weil der Treuhänder bereits aufgrund des Treuhandvertrags zu Gehorsam verpflichtet ist. Einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf es daher nicht.<sup>551</sup>)

Stimmbindungen sind nicht nur zwischen Gesellschaftern zulässig<sup>552</sup>), sondern nach überwiegender Meinung auch im Verhältnis zu Dritten.<sup>553</sup>) Zwar wird gegen Stimmbindungen zu Dritten vorgebracht, dass dadurch der notwendige Zusammenhang zwischen der Stimmrechtsausübung und der mitgliedschaftlichen Treuepflicht aufgelöst werde.<sup>554</sup>) Doch gilt das nicht für Treuhandverhältnisse. Denn zum einen ist der Treuhänder weiterhin an seine Treuepflicht gebunden.<sup>555</sup>) Zum anderen verfolgt der Treugeber als wirtschaftlicher Inhaber des Geschäftsanteils die gleichen Interessen wie die Gesellschafter. Der Gesellschaft nachteilige Weisungen treffen ihn in ihren Folgen gleichermaßen.<sup>556</sup>) Auch das Argument, Stimmbindungen seien mit dem Abspaltungsver-

<sup>548</sup>) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 19; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG<sup>5</sup> § 47 Rz 28; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 38; *Herriger*, MittRhNotK 1993, 270.

<sup>549</sup>) *Grage*, RNotZ 2005, 262.

<sup>550</sup>) *Schiemann* in FS Zöllner I 510; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 36, 42; *ders* in MünchKomm HGB III<sup>3</sup> Vor § 230 Rz 63; *ders*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 1832; vgl auch *Lutter/Grünewald*, AG 1989, 112. Siehe dazu die Kritik von *Armbrüster*, Beteiligung 231.

<sup>551</sup>) *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I/2, Die juristische Person (1983) 244; *Roth/Thöni* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 279; *Armbrüster*, Beteiligung 231.

<sup>552</sup>) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 19; *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 34 Rz 27; *Kastner*, Syndikatsverträge in der österreichischen Praxis, ÖZW 1980, 1; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 366; *Hüffer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 74; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 40; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> § 47 Rz 113; *Römermann* in *Michalski*, GmbHG II<sup>2</sup> § 47 Rz 492; *Lutter/Grünewald*, AG 1989, 111.

<sup>553</sup>) OGH 2. 12. 1953, 2 Ob 884/53 SZ 26/292; 22. 12. 1976, 1 Ob 797, 802/76 SZ 49/163 = EvBl 1977, 356; 20. 12. 1983, 5 Ob 708/83 GesRZ 1984, 105; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 19; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> § 47 Rz 113; *Römermann* in *Michalski*, GmbHG II<sup>2</sup> § 47 Rz 506; *Herriger*, MittRhNotK 1993, 273; *Behrens*, Stimmrecht und Stimmrechtsbindung, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992) 539 (551 ff); *Piehler*, Die Stimmbindungsabrede bei der GmbH, DStR 1992, 1654 (1658); einschränkend *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 368; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 42; differenzierend *Tichy*, Syndikatsverträge 129 ff; offen lassend *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 34 Rz 27; aA *Hüffer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 75; *Schäfer* in MünchKomm BGB V<sup>6</sup> § 717 Rz 25 mit Hinweis auf das Abspaltungsverbot; *Flume*, Personengesellschaft 230 f, FN 75; *ders*, Allgemeiner Teil I/2 242.

<sup>554</sup>) *Hüffer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 75.

<sup>555</sup>) *Römermann* in *Michalski*, GmbHG II<sup>2</sup> § 47 Rz 503; siehe dazu sogleich 81 ff.

<sup>556</sup>) *Blaurock*, Unterbeteiligung 193; *Armbrüster*, Beteiligung 236; vgl auch *Tichy*, Syndikatsverträge 131.

bot nicht vereinbar<sup>557</sup>), ist abzulehnen, weil Treuhandverhältnisse nach der hier vertretenen Meinung von diesem ohnehin ausgenommen sind.<sup>558</sup>) Im Ergebnis halten auch jene Kritiker, die Stimmbindungen zwischen Gesellschaftern und Dritten grundsätzlich ablehnen, diese bei der Treuhand für zulässig, jedoch mit abweichender Begründung.<sup>559</sup>) Sie argumentieren damit, dass dem Treugeber ein eigenes rechtlich anerkanntes Interesse am Geschäftsanteil zukomme<sup>560</sup>) und der Treugeber das „wirkliche“ Mitglied der Gesellschaft sei<sup>561</sup>). Insofern kann man daher sagen, dass nach hM<sup>562</sup>) Treugeber und Treuhänder wirksam Stimmbindungen vereinbaren können. Dies gilt auch dann, wenn Gegenstand der Stimmbindung Satzungsänderungen sind.<sup>563</sup>)

Ein Teil der deutschen Literatur<sup>564</sup>) schränkt die Zulässigkeit von Stimmbindungen formal betrachtet insoweit ein, als dass bei vinkulierten Geschäftsanteilen die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich sei. Der Zweck einer Vinkulierungsklausel erfasse nämlich auch unerwünschten Dritteinfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft. Dem ist insoweit zuzustimmen, als dass Stimmbindungen den Anwendungsbereich einer Übertragungsbeschränkung eröffnen können. Es ist aber im Einzelfall anhand dessen Zwecks zu beurteilen,

<sup>557</sup>) So aber grundsätzlich Hüffer in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 75; vgl. *Flume*, Juristische Person 242; kritisch *Zöllner*, Zu Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH, ZHR 155 (1991) 168 (181).

<sup>558</sup>) Im Ergebnis auch *Römermann* in *Michalski*, GmbHG II<sup>2</sup> § 47 Rz 503. Näheres dazu siehe 114 ff.

<sup>559</sup>) Hüffer in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 78; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 36, 42; *ders* in *MünchKomm HGB III*<sup>3</sup> Vor § 230 Rz 63; *Flume*, Juristische Person 243 f; *Tichy*, Syndikatsverträge 131 f.

<sup>560</sup>) Hüffer in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 78.

<sup>561</sup>) *Flume*, Juristische Person 243 f.

<sup>562</sup>) OGH 20. 1. 2004, 4 Ob 256/03f SZ 2004/8 = GeS 2004, 214 = RdW 2004, 342 = wbl 2004, 345 = ecolex 2004, 623; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 19; *Kastner*, ÖZW 1980, 2; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 368; *Umfahrer* in *Apathy* (Hrsg), Treuhandschaft 98; Hüffer in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 78; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 38, 42; *Flume*, Juristische Person 243 f; *Armbrüster*, Beteiligung 237; *Eden*, Treuhandschaft<sup>2</sup> 63; einschränkend *Blaurock*, Unterteilung 194; *Henssler*, AcP 196 (1996), 79; *Coing*, Treuhand 160; *Jansen*, Stimmrechtsausschluss 41; *Herfs*, Einwirkung Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH (1994) 367 f.

<sup>563</sup>) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 19; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 42; *Priester*, Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie, in *FS Werner* (1984) 657 (672 f); *Schaub*, DStR 1995, 1638 f; *Grage*, RNotZ 2005, 263; *Fleck*, Schuldrechtliche Verpflichtungen einer GmbH im Entscheidungsbereich der Gesellschafter, ZGR 1988, 104 (109); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 368; wohl auch Hüffer in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 78; aA *Lutter/Grünwald*, AG 1989, 111.

<sup>564</sup>) *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 48; *ders* in *MünchKomm HGB III*<sup>3</sup> Vor § 230 Rz 63; *Römermann* in *Michalski*, GmbHG II<sup>2</sup> § 47 Rz 506; *Schaub*, DStR 1995, 1639; *Beuthien*, ZGR 1974, 80; *Breuer*, MittRhNotK 1988, 87; *Lutter/Grünwald*, AG 1989, 112; *Herriger*, MittRhNotK 1993, 275 f; aA *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> § 47 Rz 113.

ob auch tatsächlich Zustimmungspflicht besteht.<sup>565</sup>) Da die Stimmbindung Nebenabrede zum Treuhandvertrag ist, folgt sie den gleichen Regeln wie diese. Diesbezüglich kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.<sup>566</sup>) Demgegenüber schränkt *Blaurock*<sup>567</sup>) die Zulässigkeit von Stimmbindungen inhaltlich auf jenen Bereich ein, in dem der Treuhänder Informationen über die Gesellschaft an den Treugeber weiterleiten dürfe. Es sei nur dann eine sinnvolle Einwirkung auf die Stimmabgabe gewährleistet, wenn der Treugeber über die erforderlichen Informationen zur Willensbildung verfüge. Ansonsten käme das Weisungsrecht einem Lotteriespiel gleich, das zu sanktionieren nicht Aufgabe der Rechtsordnung sei. Es mag zwar zutreffen, dass man sinnvollerweise umfassend informiert sein sollte, bevor man eine Entscheidung trifft. Doch sind auch Gesellschafter, die nicht ausreichend informiert sind, stimmberechtigt.<sup>568</sup>) Für den Treugeber muss daher das Gleiche gelten.

### (ii) Folgen einer weisungswidrigen Stimmrechtsausübung

Da die Stimmbindung allein intern, also nur zwischen Treugeber und Treuhänder wirkt, sind nach hM<sup>569</sup>) weisungswidrige Stimmabgaben gegenüber der Gesellschaft wirksam. Ein auf dieser Grundlage gefasster Beschluss ist weder nichtig noch anfechtbar.<sup>570</sup>) Der Treugeber kann lediglich Schadenersatz

<sup>565</sup>) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 20; *Reichert*, GmbHR 2012, 718; *Grage*, RNotZ 2005, 263.

<sup>566</sup>) Siehe 52 ff.

<sup>567</sup>) *Blaurock*, Unterbeteiligung 194; so auch *Breuer*, MittRhNotK 1988, 87.

<sup>568</sup>) *Armbrüster*, Beteiligung 236. Siehe sogleich 81 ff.

<sup>569</sup>) OGH 28. 4. 1993, 6 Ob 9/93 SZ 66/56 = EvBl 1993, 848 = RdW 1993, 242 = ecolex 1993, 605; 13. 10. 2011, 6 Ob 202/10i GES 2011, 434 = ecolex 2012, 146 = RdW 2012, 278 = GesRZ 2012, 259 (*Thiery*) = AnwBl 2012, 574; RIS-Justiz RS0059854; RS0079236; RG 2. 2. 1938, II 174/37 RGZ 157/52; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 21; *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 34 Rz 31; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 368; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 53; *Herriger*, MittRhNotK 1993, 277; *Piehler*, DStR 1992, 1659; *Henssler*, AcP 196 (1996), 79; *Roth/Thöni* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 280; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG I<sup>11</sup> § 15 Rz 228; *Winter/Löbke* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 83; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG<sup>5</sup> § 47 Rz 28; *Schaub*, DStR 1995, 1638; *Grage*, RNotZ 2005, 263; *Blaurock*, Unterbeteiligung 192; *Coing*, Treuhand 160; *Fleck*, ZGR 1988, 106 f; *Jansen*, Stimmrechtsausschluss 41 f; *Henssler*, ZHR 157 (1993) 106; nur unter der Bedingung, dass die Stimmabgabe nicht gegen die §§ 134, 138 BGB verstößt *Beuthien*, ZGR 1974, 64 und ihm folgend *Armbrüster*, Beteiligung 237 f.

<sup>570</sup>) OGH 5. 12. 1995, 4 Ob 588/95 RdW 1996, 165 = wbl 1996, 125 = ecolex 1996, 271 = NZ 1997, 294; 24. 1. 2001, 9 Ob 13/01d RdW 2001, 410 = ecolex 2001, 455; 13. 10. 2011, 6 Ob 202/10i GES 2011, 434 = ecolex 2012, 146 = RdW 2012, 278 = GesRZ 2012, 259 (*Thiery*) = AnwBl 2012, 574; RIS-Justiz RS0079236; RG 2. 2. 1938, II 174/37 RGZ 157/52; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 21; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 368; *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 34 Rz 31; *Herriger*, MittRhNotK 1993, 277; *Piehler*, DStR 1992, 1659; *Hüffer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 83; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 53; *Henssler*, ZHR 157 (1993) 106; *Blaurock*, Unterbeteiligung 192; *Beuthien*, ZGR 1974, 64; *Armbrüster*, Beteiligung 237 f.

geltend machen.<sup>571)</sup> Davon ausgenommen sollen nach *K. Schmidt*<sup>572)</sup> jene Fälle sein, in denen der Treuhänder bei offengelegter Treuhand sein Stimmrecht evident schädigend ausübt. Zu diesem Ergebnis gelangt er unter sinngemäßer Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht. Den Mitgesellschaftern sei es nämlich zuzumuten, in geeigneter Weise auf den Treuhandcharakter der Mitgliedschaft Rücksicht zu nehmen. Es ist allerdings umstritten, ob die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht auf die Treuhand anzuwenden sind. Die hM<sup>573)</sup> bejaht dies für die treuwidrige Verfügung über das Treugut, weil die Interessenlage bei Treuhand und Vollmacht gleich sei. Denn die Treuhand werde idR nicht deshalb gewählt, weil sich der Treugeber mit einem Missbrauch des Treuhänders eher abfindet als mit dem eines Bevollmächtigten, sondern aus anderen Gründen. Die gleiche Sanktion sei daher geboten.<sup>574)</sup> Dieser Ansicht ist zuzustimmen, weil Stellvertretern und Treuhändern gemein ist, dass sie eine weitergehende Rechtsmacht haben (können) als es im Innenverhältnis gewollt ist.<sup>575)</sup> In beiden Fällen scheinen daher Treugeber und Vertretener gleichermaßen schützenswert. Dagegen ist der Ansatz des BGH<sup>576)</sup> zu formal<sup>577)</sup> und daher abzulehnen, wenn er auf das Auftreten im Außenverhältnis abstellt. Der Stellvertreter handle nämlich im Namen des Vertretenen. Gegen dessen Willen könne das Geschäft nicht wirksam werden, sofern sein abweichender Wille bekannt war oder bekannt sein musste. Der Treuhänder dagegen handle im eigenen Namen und verfüge über ein eigenes Recht.

<sup>571)</sup> *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 34 Rz 31; *Raiser* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II Anh § 47 Rz 152 ff; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 53; *Herriger*, MittRhNotK 1993, 277; *Henssler*, AcP 196 (1996), 80; *Grage*, RNotZ 2005, 263; *Blaurock*, Unterbeteiligung 192; *Henssler*, ZHR 157 (1993) 106 f; aA *Tichy*, Syndikatsverträge 159 ff, der daneben die Leistungsklage zur Durchsetzung eines Syndikatsvertrags für möglich hält.

<sup>572)</sup> *K. Schmidt* in MünchKomm HGB III<sup>3</sup> Vor § 230 Rz 63; *ders*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> 1829 f; vgl *ders* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 53.

<sup>573)</sup> OGH 17. 6. 1993, 8 Ob 625/92 SZ 66/76 = EvBl 1993, 770 = JBl 1994, 118 = ecolex 1993, 732 = NZ 1994, 204; RIS-Justiz RS0010469; *Strasser* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 1002 Rz 42m; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1002 Rz 11; *Kastner* in FS Hämmerle 179 ff; *Umlauft* in *Apathy* (Hrsg), Treuhandschaft 63; *Gruber*, Der Treuhandmissbrauch, AcP 202 (2002), 435 (460 ff); *Butschek*, JBl 1991, 365 FN 8; *Eggelmeier*, wbl 1994, 194; *Thurnher*, Grundfragen 75 f; aA *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>101</sup> § 1002 Rz 193 (Stand März 2013, rdb.at).

<sup>574)</sup> OGH 17. 6. 1993, 8 Ob 625/92 SZ 66/76 = EvBl 1993, 770 = JBl 1994, 118 = ecolex 1993, 732 = NZ 1994, 204; RIS-Justiz RS0010469.

<sup>575)</sup> Vgl *Kastner* in FS Hämmerle 180.

<sup>576)</sup> BGH 4. 4. 1968, II ZR 26/67 NJW 1968, 1471 (*Kötz*); ihm folgend *Eden*, Treuhandschaft<sup>2</sup> 64; *Beuthien*, ZGR 1974, 60 ff; *Henssler*, AcP 196 (1996), 66 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB I (2009) § 167 Rz 99; *Schaub*, DStR 1996, 65; *Canaris* in FS Flume I 420 f; aA *Coing*, Treuhand 167 f; *Blaurock*, Unterbeteiligung 130 ff; *Tebben*, Unterbeteiligung 202; *Kötz*, Trust 141 f; *Schäfer* in *Staub*, HGB III<sup>5</sup> § 105 Rz 107; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB III<sup>3</sup> Vor § 230 Rz 69 mwN; kritisch *Armbrüster*, Beteiligung 241.

<sup>577)</sup> *K. Schmidt* in MünchKomm HGB III<sup>3</sup> Vor § 230 Rz 69.

Folglich sind die Grundsätze über den Vollmachtsmissbrauch auf die Treuhand sinngemäß anzuwenden. Das gilt über die Fälle der treuwidrigen Verfügung hinaus auch für die weisungswidrige Stimmrechtsausübung. Diese bildet jedenfalls dann einen Anfechtungsgrund, wenn die Gesellschafter und der Treuhänder in der Absicht zusammenwirken, den Treugeber zu schädigen (Kollusion).<sup>578)</sup> Aber auch dann, wenn die Treuwidrigkeit den Gesellschaftern bekannt oder für sie evident war.<sup>579)</sup> Daraus folgt freilich, dass den Gesellschaftern das Treuhandverhältnis bekannt sein muss. Für *Armbrüster*<sup>580)</sup> dagegen bewirkt die Offenlegung der Treuhand alleine nicht, dass einseitig Rechtsfolgen in der Gesellschaft wegen Verletzung des Treuhandvertrags ausgelöst werden. Vielmehr müsse eine mit Zustimmung der Gesellschaft begründete Treuhandbeteiligung vorliegen. Dagegen spricht aber, dass auch beim Vollmachtsmissbrauch die Kenntnis über das Vertretungsverhältnis ausreicht. Eine Zustimmung kommt gar nicht erst in Betracht. Zudem sind die Folgen in der Gesellschaft nicht einseitig hervorgerufen, sondern die Grundsätze über den Vollmachtsmissbrauch knüpfen ja an das Verhalten des Dritten, also an jenes der Gesellschafter an. Erst durch das Hinzutreten von Umständen auf Seiten der Gesellschafter führt die pflichtwidrige Stimmabgabe zu dessen Unwirksamkeit in der Gesellschaft. Daher reicht auch die bloße Kenntnis vom Treuhandverhältnis aus. Freilich ist den Gesellschaftern in Fällen der einfachen Treuhand eine Pflichtverletzung eher evident als bei bloß offener Treuhand. Denn eine Pflichtverletzung kann einem nur dann evident sein, wenn man auch über gewisse Kenntnisse des Treuhandverhältnisses verfügt.<sup>581)</sup>

Übt der Treuhänder daher sein Stimmrecht weisungswidrig aus und sind die Grundsätze über den Vollmachtsmissbrauch analog anwendbar, so kann der Treugeber den darauf beruhenden Beschluss anfechten. Denn, wie noch zu zeigen sein wird, kann auch der Treugeber zur Beschlussanfechtung aktivlegitimiert sein.<sup>582)</sup> Sofern ihm ein Anfechtungsrecht nicht zustehen sollte, bleibt dem Treugeber nur der Schadenersatzanspruch gegenüber dem Treuhänder. Zur Nichtigkeit des Beschlusses führt eine weisungswidrige Stimmrechtsausübung allerdings im Sinne der Rechtssicherheit nicht. Dies steht im Einklang damit, dass sittenwidrig<sup>583)</sup> oder treuwidrig abgegebene Stimmen nach hM<sup>584)</sup> nur einen Anfechtungsgrund bilden.

<sup>578)</sup> *Strasser in Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> §§ 1016, 1017 Rz 23b; *Apathy in Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1017 Rz 13; *Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1017 Rz 11 (Stand Dezember 2012, rdb.at).

<sup>579)</sup> RIS-Justiz RS0061587; *Apathy in Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> § 1017 Rz 13; *Koziol/Welser*, Grundriss I<sup>13</sup> 215; aA *Strasser in Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> §§ 1016, 1017 Rz 23b.

<sup>580)</sup> *Armbrüster*, Beteiligung 240.

<sup>581)</sup> Vgl *Armbrüster*, Beteiligung 240.

<sup>582)</sup> Siehe dazu unten III.B.2.a)(4).

<sup>583)</sup> Ein Beschluss ist nur dann nichtig, wenn dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt. Die Unsittlichkeit des Motivs, des Zwecks oder der Art des Zustandekommens des Beschlusses berechtigen dagegen nur zur Anfechtung (*Koppensteiner/Gruber in*

## cc) Kollision mit Treuepflicht aus dem Beteiligungsverhältnis

Der Treuhänder unterliegt als Gesellschafter der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und seinen Mitgesellschaftern.<sup>585)</sup> Gleichzeitig ist er gegenüber dem Treugeber verpflichtet, dessen Interessen zu wahren.<sup>586)</sup> Dass daraus eine Pflichtenkollision resultieren kann, liegt somit auf der Hand.<sup>587)</sup> Zu denken ist vor allem an Weisungen des Treugebers, dass der Treuhänder sein Stimmrecht treuwidrig gegenüber der Gesellschaft ausübe.<sup>588)</sup> Hier trifft die Treuepflicht aus dem Gesellschaftsverhältnis auf die Gehorsampflicht aus dem Treuhandverhältnis.

Eine Möglichkeit, um eine Pflichtenkollision zu vermeiden, besteht darin, den Gesellschaftsvertrag und den Treuhandvertrag aufeinander abzustimmen.<sup>589)</sup> Das kann in der Form geschehen, dass die Treugeberrechte beschränkt werden oder eine Mitwirkung der Mitgesellschafter bei der Herstellung der Treuhandbeziehung vereinbart wird.<sup>590)</sup> Wurden die Verträge nicht angeglichen und liegt eine Pflichtenkollision vor, so löst die hA<sup>591)</sup> dieses Problem grundsätzlich

*Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG<sup>5</sup> § 47 Rz 105; *Koppensteiner*, Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, ZIP 1994, 1325 [1326]; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 17; vgl auch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 394).

<sup>584)</sup> OGH 3. 11. 1954, 1 Ob 705/54 SZ 27/276 = EvBl 1954, 653; RIS-Justiz RS0060041; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rz 17, § 41 Rz 31; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG<sup>5</sup> § 47 Rz 105, 125 ff; *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325 ff; *ders*, GES 2012, 488 ff; *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 39 Rz 45; *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) 151 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 363; aA *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 142 ff, der für die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses bei treuwidriger Stimmabgabe ist.

<sup>585)</sup> OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12t GES 2013, 128 = NZ 2013, 149 = RdW 2013, 273 = wbl 2013, 346 = EvBl 2013/96 (*Told*) = GesRZ 2013, 219 = ecolx 2013, 710 (*Reich-Rohrwig*) = AnwBl 2013, 624; RIS-Justiz RS0026106; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 61 Rz 8 ff; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 358 ff; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Gesellschaftsrecht, Rz 4/353; *Armbrüster*, Beteiligung 242; *Blaurock*, Unterbeteiligung 17.

<sup>586)</sup> Siehe oben III.A.1.a); *Armbrüster*, Beteiligung 242; *Blaurock*, Unterbeteiligung 17; *Gruber*, Treuhandbeteiligung 12.

<sup>587)</sup> *Gruber*, Treuhandbeteiligung 6, 12; *Eden*, Treuhandschaft<sup>2</sup> 41.

<sup>588)</sup> *Gruber*, Treuhandbeteiligung 101; *Armbrüster*, Beteiligung 241; vgl zur Problematik auch *Behrens* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 551 ff.

<sup>589)</sup> *Grage*, RNotZ 2005, 259; *Schaub*, DStR 1995, 1636; *Eden*, Treuhandschaft<sup>2</sup> 42.

<sup>590)</sup> *Eden*, Treuhandschaft<sup>2</sup> 42; *Schaub*, DStR 1995, 1636; vgl auch *Gruber*, Treuhandbeteiligung 100 f.

<sup>591)</sup> BGH 10. 11. 1951, II ZR 111/50 BGHZ 3, 354 = NJW 1952, 178 = DB 1952, 36 = JZ 1952, 114; *Rauter* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 75 Rz 36; *Gruber*, Treuhandbeteiligung 79; *K. Schmidt* in MünchKomm HGB III<sup>3</sup> Vor § 230 Rz 73; *Schäfer* in *Staub*, HGB III<sup>5</sup> § 105 Rz 105; *Beuthien*, ZGR 1974, 41 ff; *Henssler*, AcP 196 (1996), 79; *Roth/Thöni* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 288; *Blaurock*, Unterbeteiligung 134; *Ehlke*, DB 1985, 800 („Primat der Gesellschafterpflichten“); vgl allgemein zum Vorrang der Treuepflicht *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 50; *Römermann* in *Michalski*, GmbHG II<sup>2</sup> § 47

mit dem Vorrang des Gesellschaftsverhältnisses vor dem Treuhandverhältnis. Die Rechtsstellung des Treugebers gegenüber dem Treuhänder finde nämlich ihre Grenzen und Schranken in den Grundlagen des Gesellschaftsrechts. Das Treuhandverhältnis könne nicht bewirken, dass die Stellung des Treuhänders als Gesellschafter berührt und damit unmittelbar in die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander eingegriffen wird.<sup>592)</sup> Daher soll der Treuhänder auch nur insoweit an Weisungen des Treugebers gebunden sein, als sie sich im Rahmen seiner Treuepflicht bewegen.<sup>593)</sup> Warum genau aber ausgerechnet dem Gesellschaftsverhältnis Vorrang gebühren soll, ist nicht ausreichend begründet. Schließlich handelt es sich beim Gesellschafts- und Treuhandvertrag um zwei schuldrechtliche und daher grundsätzlich gleichrangige Verträge.<sup>594)</sup> Der Vorrang eines der beiden bedarf daher besonderer Rechtfertigung.

Erster Anhaltspunkt für die Lösung der Pflichtenkollision ist der Treuhandvertrag. Die Auslegung der fraglichen Weisung kann bereits ergeben, dass der Treuhänder nur insoweit an Weisungen gebunden ist, als er seine gesellschaftsvertragliche Treuepflicht nicht verletzt.<sup>595)</sup> Das leuchtet auch ein, denn die Treuhand wird gerade zwecks Verwaltung eines Geschäftsanteils begründet. Dem Treugeber ist bewusst, dass die Existenz und Struktur der Gesellschaft dem Treuhandverhältnis vorgegeben sind.<sup>596)</sup> Das verleitet zur Annahme, dass er den Treuhänder nicht Schadenersatzpflichten<sup>597)</sup> aussetzen oder sogar dessen Ausschluss aus der Gesellschaft<sup>598)</sup> riskieren will. Dennoch kann die Auslegung der Weisung zu dem Ergebnis führen, dass der Treuhänder treuwidrig handeln soll. In diesem Fall sprechen die besseren Gründe für einen Vorrang der gesellschaftsvertraglichen Pflichten. Denn Gesellschaftsvertrag und Treuhandvertrag stehen zwar einander gleichberechtigt gegenüber. Eine Interessenabwägung schlägt aber zugunsten der Gesellschaft aus. Dafür kann zum einen das bereits

---

Rz 511; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> § 47 Rz 113; *Hüffer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II § 47 Rz 75; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG<sup>5</sup> § 47 Rz 31.

<sup>592)</sup> BGH 10. 11. 1951, II ZR 111/50 BGHZ 3, 354 = NJW 1952, 178 = DB 1952, 36 = JZ 1952, 114.

<sup>593)</sup> *Herriger*, MittRhNotK 1993, 276; *Breuer*, MittRhNotK 1988, 87; *Beuthien*, ZGR 1974, 79; *Henssler*, AcP 196 (1996), 79; *Blaurock*, Unterbeteiligung 191; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG II<sup>11</sup> § 47 Rz 50; *Roth/Thöni* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 280; *Schäfer* in *Staub*, HGB III<sup>5</sup> § 105 Rz 106.

<sup>594)</sup> *Beuthien*, ZGR 1974, 41; *Gruber*, Treuhandbeteiligung 102.

<sup>595)</sup> *Zöllner*, ZHR 155 (1991) 178; *Armbrüster*, Beteiligung 244; *Gruber*, Treuhandbeteiligung 103; vgl *Overrath*, Die Stimmrechtsbindung (1973) 72.

<sup>596)</sup> *Blaurock*, Unterbeteiligung 181; *Armbrüster*, Beteiligung 244; *Schaub*, DStR 1995, 1637.

<sup>597)</sup> *Armbrüster*, Beteiligung 244.

<sup>598)</sup> Siehe dazu II.B.2.b)(1); vgl zum Ausschluss eines Gesellschafters wegen Verletzung der Treuepflicht *Koppensteiner/Auer* in *Straube* (Hrsg), UGB I<sup>4</sup> § 133 Rz 7; *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II Anh § 34 Rz 12 mN; *Schäfer* in *Staub*, HGB III<sup>5</sup> § 105 Rz 106.