

Trehänder in GbR-/OHG-Publikumsgesellschaften – Zur Außenhaftungsfreistellung und ihrer Verjährung

Von Dr. Frank Rutschmann, Hamburg*

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH, dass Gesellschaftsanteile an (Publikums-)Personengesellschaften in Form eines offenen Treuhandverhältnisses dergestalt gehalten werden können, dass die Treugeber im Innenverhältnis so gestellt werden, als ob sie Gesellschafter wären. Selbst mit dieser Stellung als „Quasi-Gesellschafter“ geht keine Erstreckung der strengen Haftungsregeln der §§ 128, 130 HGB auch auf die persönliche Außenhaftung der Treugeber gegenüber Gesellschaftsgläubigern einher. Der Treuhänder hat deshalb im Binnenverhältnis zu seinen Treugebern ein hohes Interesse an einer Befreiung von seiner Außenhaftung. Mit dem nachfolgenden Beitrag wird problematisiert, wo hier Risiken für jenen Treuhänder lauern, der sich für seine Treugeber an GbR- oder OHG-Publikumsgesellschaften beteiligt.

1. Einleitung

Über das Vehikel Publikumsgesellschaft wird seit Jahrzehnten um die Bereitschaft von Privatanlegern zur kollektiven Geldanlage geworben. Auch wenn man hier in erster Linie an die GmbH & Co KG denkt, bedienen sich die Kapitalnachfrager solcher Publikumsgesellschaften auch in den Rechtsformen der hier fokussierten Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) sowie der Offenen Handelsgesellschaft (OHG). Vielfach sehen die Anlagekonzepte dabei eine mittelbare Beteiligung der Kapitalanleger an der Personengesellschaft über einen Treuhänder vor. Bei dem eingesetzten Treuhänder handelt es sich regelmäßig um eine Verwaltungsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH, die für ihre Tätigkeiten ein Treuhandentgelt erhält. Die Einschaltung des Treuhänders ist eine solche im technischen Sinn (fiduziarische Vollrechtstreuhand).

Charakteristisch hierfür ist, dass der Treuhänder Vollrechtsinhaber der Beteiligung an der Personengesellschaft im eigenen Namen (äußere Rechtszuständigkeit) aber für Rechnung der Anleger in dem Sinne wird, dass er diesen gegenüber zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus der Beteiligung nach Maßgabe der gleichlautenden Treuhandverträge berechtigt und verpflichtet ist (innere Bindung). Hinsichtlich der organisationsrechtlichen Auswirkungen der Treuhand auf die Fondsgesellschaft sind Abstufungen möglich¹. Besonders häufig ist eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand vorgesehen. Die Anleger-treugeber werden statutarisch mit unmittelbarem Stimmrecht, mit Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung, mit Einsichts-, Informations- sowie Kontrollrechten weitgehend wie ein Mitglied der Fondsgesellschaft gestellt und damit zulässig in den Gesellschaftsverband als „Quasi-Gesellschafter“ einbezogen².

Im Außenverhältnis führt selbst eine solch qualifizierte Verbindung der Treugeber zur Fondsgesellschaft nicht dazu, diese wie Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden unmittelbar persönlich einstehen zu lassen. So die überwiegende Ansicht im Schrifttum³, die der für das Bankrecht zuständige 11. Zivilsenat des BGH mit seiner jüngeren Judikatur bestätigt⁴. Adressat von auf die Gesellschafterstellung gestützten Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger ist und bleibt damit der Treuhänder, der bei der als OHG strukturierten Fondsgesellschaft gemäß §§ 128, 130 HGB unbeschränkt mit seinem persönlichen Vermögen haftet. Im Falle der unternehmenstragenden Fonds-GbR gilt hinsichtlich dieser Gesellschafterhaftung dasselbe⁵.

Auch mit der Erkenntnis, dass er sich seiner Gesellschafterhaftung rechtlich nicht entziehen kann, wird sich der Treuhänder mit Blick auf seine Treugeber aber nur als vorgeschobenes Haftungssubjekt begreifen. Denn ohne seine Zwischenschaltung, also bei Selbstwahrnehmung der eigenen Interessen, träfe die Treugeber das aus der Gesellschafterhaftung resultierende Risiko. Angesprochen ist damit der auf dem personalen Auseinanderfallen der Außenhaftungsverantwortlichkeit und der Interessenträgerschaft beruhende Konflikt. Wie bei den – hiervon zu trennenden – Rechten und Pflichten aus dem Verhältnis zur Gesellschaft geht auch bei dem Außenhaftungsverhältnis die Grundüberlegung dahin, im Binnenverhältnis zum Treugeber nicht ein Mehr oder Weniger beim Treuhänder zu belassen. Das Treuhänderinteresse richtet sich dabei auf eine seiner etwaigen Haftungsinanspruchnahme zeitlich möglichst weit vorangehende Konfliktbewältigung, mit der es seiner eigenen Leistung schon gar nicht bedarf. Handelt es sich beim Treuhänder um die stets konzeptionell eingesetzte (eigenkapitalschwache) Treuhand-GmbH, weiß diese auch die Gesellschaftsgläubiger an ihrer Seite. Sie werden, so ihre Ansprüche durch die Gesellschaft nicht bedient werden, nicht in der haftenden Treuhand-GmbH, sondern in den hinter ihr stehenden Treugebern ihre solventen Schuldner sehen.

Für das Innenverhältnis des Haftungsverantwortlichen zum Interessenträger hält das bürgerliche Recht hier als Regulativ mit der Schuldbefreiung einen eigenen Typus eines auf Vereinbarung oder gesetzlicher Grundlage beruhenden Anspruchs vor⁶. In allen Fällen hat der Befreiungsanspruch zum Inhalt, dass der Befreiungsschuldner den Befreiungsgläubiger von einer einem Dritten (Drittgläubiger) gegenüber bestehenden Verbindlichkeit (Drittverbindlichkeit) befreit. Die Befreiung bewirkt keine Mehrung des Aktivvermögens beim Befreiungsgläubiger, sondern eine Minderung seines Passivvermögens; es ist der Zustand herzustellen, der ohne Belastung mit der Verbindlichkeit bestünde⁷. Wie noch näher zu zeigen ist, liegt dabei eine Eigenart des Befreiungsanspruchs hier in seiner drei Rechtsverhältnisse tangierenden Konstellation: (1.) der Treuhänder (Befreiungsgläubiger) beansprucht i. S. des § 194 Abs. 1 BGB vom Treugeber (Befreiungsschuldner) die Freistellung von seiner (2.) Haftungsverbindlichkeit, die (3.) der Schuld der Fondsgesellschaft gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger (Drittgläubiger) akzessorisch ist (nachfolgend

Rutschmann: Treuhänder in GbR-/OHG-Publikumsgesellschaften – Zur Außenhaftungsfreistellung und ihrer Verjährung(DStR 2010, 555)

556

als sog. „Außenhaftungsfreistellung“ bezeichnet). Von praktischer Relevanz ist, welche rechtlichen Fallstricke sich für den Treuhänder aus dieser Schuldbefreiung ergeben können. Es soll dabei hier mit der Differenzierung nach dem Entstehungsgrund und der Anspruchsverjährung auf zwei wesentliche Aspekte näher eingegangen werden.

2. Zum Anspruch auf Außenhaftungsfreistellung

Im vorausschauenden Handeln ist der Treuhänder gut beraten, das erwünschte Ziel seiner Außenhaftungsfreistellung über den mit dem Fondsprospekt vorgegebenen Treuhandvertrag zu verwirklichen. Denn wird dieser Gesichtspunkt mit der Vertragskonzeption vernachlässigt, muss sich der auf das Gesetz zurückgeworfene Treuhänder schon von der Anspruchsgrundlage her mit vermeidbaren Risiken auseinandersetzen.

2.1 Treuhandvertragliche Vereinbarung

Die Anlegertreugeber können sich über eine vertragliche Vereinbarung mit dem Treuhänder verpflichten, diesen von seiner Außenhaftung nach §§ 128, 130 HGB freizustellen; die Drittgläubiger erwerben dadurch im Zweifel gegenüber den Treugebern kein Recht auf Leistung (§ 329 BGB). Die Verpflichtung ist zweckgemäß Bestandteil des Treuhandvertrages. Zur

Erzeugung einer verbindlichen Befreiungsverpflichtung ist darauf zu achten, dass die Außenhaftung, von der der Treuhänder befreit werden will, in klar erkennbarer Weise Gegenstand der vertraglichen Befreiungsübernahme wird⁸. Neben der Transparenz sollte sich der Klauselersteller selbstverständlich darüber hinaus unter AGB-rechtlichen Aspekten auch um die Angemessenheit der Freistellungsregelung bemühen. Zu entscheiden ist insbesondere, ob von sämtlichen oder nur von bestimmten Drittverbindlichkeiten zu befreien ist. Des Weiteren können u. a. Regelungen zur Einschränkung von Einreden und Einwendungen gegen den Freistellungsanspruch, zum Aspekt der Interessenwahrnehmung mit Blick auf die Drittverbindlichkeiten, von denen zu befreien ist, sowie nicht zuletzt dazu, ab wann der Treuhänder außer Haftung zu setzen ist (Fälligkeit des Anspruches), getroffen werden⁹. Mangels besonderer Absprachen bleibt die Art und Weise der Befreiung dagegen stets – wie beim Befreiungsanspruch aus Gesetz – in das Belieben des Treugebers gestellt¹⁰. In aller Regel wird die Befreiung durch tatsächliche, also hier dem Außenhaftungsverhältnis entsprechende Erfüllung der Drittverbindlichkeit seitens des Befreiungsschuldners an den Drittgläubiger bewirkt. Auch andere Leistungshandlungen sind möglich, etwa ein pactum de non petendo, in dem der Drittgläubiger auf die Inanspruchnahme des Befreiungsgläubigers verzichtet¹¹. Eine wesentliche Einschränkung ergibt sich für den Befreiungsschuldner, wenn der Befreiungsgläubiger insolvent ist. Er muss hier – mit Ausnahmen – den Wert des Befreiungsanspruchs gemäß § 45 Satz 1 InsO in die Masse leisten, es wird daher von einer Umwandlung des Befreiungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch gesprochen¹². Nicht zwingend zu einem Zahlungsanspruch dagegen kommt es im Fall der Abtretung¹³. Diese ist wegen ansonsten unzulässiger Inhaltsänderung des Anspruchs im Rahmen des § 399 BGB nur zugelassen vom Befreiungsgläubiger an dessen Gläubiger. Mit Abtretung an den (Dritt-)Gläubiger verwandelt sich der Befreiungsanspruch in eine Forderung auf die geschuldete Leistung¹⁴.

In der Praxis zeigen sich vor diesem Hintergrund unterschiedliche Ausgestaltungen solcher Freistellungsverpflichtungen. Die folgende, durch ihre Schlichtheit sehr weitläufige und damit ggf. auslegungsbedürftige Formulierung lag beispielsweise jüngeren OLG-Entscheidungen zu einem KG-Immobilienfonds zugrunde: „Soweit nach den handelsrechtlichen Vorschriften für den (im Auftrag des Treugebers im Handelsregister eingetragenen) Treuhänder eine persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft oder eine sonstige Haftung entsteht, hat der Treugeber den Treuhänder von dieser Haftung entsprechend seinem Anteil an der für ihn treuhänderisch gehaltenen Kommanditbeteiligung freizustellen. Der Treugeber haftet nicht für entsprechende Verpflichtungen der anderen Treugeber gegenüber dem Treuhänder“¹⁵.

2.2 Befreiungsanspruch aus Gesetz

Deutlich kniffliger stellt sich die Lage für den Treuhänder dar, wurde mit der prospektierten Fondskonzeption eine vertragliche Außenhaftungsfreistellung nicht vorgesehen¹⁶. Das ist zwar nicht sogleich eingängig. Denn kaum ein Autor, der sich hierzu erklärt, versäumt es darauf hinzuweisen, der Treuhänder könne von seinem Treugeber „(...) die Befreiung von Haftungsrisiken durch Freistellung oder Erstattung von Aufwendungen verlangen“¹⁷. Und auch die Rechtsprechung vermag diese Überzeugung zu bedienen¹⁸. Freilich ergibt eine genauere Betrachtung, dass die Problematik im Schrifttum zumeist als Annex behandelt wird und die Ausführungen häufig mit einem „Zitatenmantel“ umhüllt sind, bei dem nicht (mehr) klar wird, wo denn nun eigentlich die Begründung zu finden ist¹⁹. Zudem ist es wohl der historischen Entwicklung und dem Verbreitungsgrad geschuldet, dass die Problematik vorwiegend im Kontext der kupierten Publikums-KG erörtert wird²⁰. Zum weiteren mussten sich die Gerichte in der Vergangenheit auch deshalb weniger intensiv mit dem gesetzlichen Außenhaftungsfreistellungsanspruch

auseinandersetzen, weil sie beständig auf eine Freistellungsregelung im Treuhandvertrag abheben konnten²¹. Auf erste wenige Ausnahmen ist zurückzukommen²².

So findet ein Treuhänder ohne Weiteres Gehör, wenn er mangels treuhandvertraglicher Bestimmung die §§ 675 Abs. 1, 670,

Rutschmann: Treuhänder in GbR-/OHG-Publikumsgesellschaften – Zur Außenhaftungsfreistellung und ihrer Verjährung (DStR 2010, 555)

557

257 BGB für seine Außenhaftungsfreistellung als grundsätzlich geeignete Anspruchsgrundlage heranzieht²³. Es lässt sich allerdings die begehrte Außenhaftungsfreistellung nicht schablonenhaft den tatbestandlichen Anforderungen der gesetzlichen Normenkette unterordnen. § 257 BGB erweitert (hier über §§ 675 Abs. 1, 670 BGB) das Recht des Berechtigten auf Aufwendungsersatz dahingehend, dass schon dessen Eingehen einer Verbindlichkeit eine Aufwendung darstellt, für die ihm durch Befreiung Ersatz zu leisten ist²⁴. Dabei ist es aber richtigerweise so, dass sich allein die Haftungsbereitschaft des der Gesellschafterhaftung unterliegenden Treuhänders als möglicher Gegenstand des Befreiungsanspruchs nicht heranziehen lässt, weil damit eine Verbindlichkeit im Sinne des gesetzlichen Tatbestands nicht eingegangen ist²⁵. Die Haftung des Gesellschafters selbst ist keine Schuld, sondern ein Zustand, der ständig neue Haftungsverbindlichkeiten für ständig neue Fondsgesellschaftsverbindlichkeiten auslösen kann²⁶. (Haftungs-)Verbindlichkeiten des Treuhändergesellschafters werden also erst mit und nur im Umfang des Bestandes jeweiliger Gesellschaftsverbindlichkeiten begründet, die aber – anders als der unmittelbare Wortlaut des § 257 BGB dies fordert – nicht vom grundsätzlich aufwendungsersatzberechtigten Treuhänder eingegangen sind („... wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht ...“). In der veröffentlichten Rechtsprechung ist diese Klippe, soweit ersichtlich, bislang einzig durch das Landgericht Hagen angesprochen und über eine entsprechende Anwendung des § 257 BGB umschifft worden²⁷. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen mit dem dann schlichten Ergebnis: Eine Aufwendung des nach § 128 HGB haftenden Treuhänders ist im Zeitpunkt der Eingehung einer Gesellschaftsverbindlichkeit vorgenommen. Der Gesellschaftsbeitritt des Treuhänders dagegen ist maßgeblicher Zeitpunkt seiner Aufwendungen für schon begründete Verbindlichkeiten der bereits bestehenden Gesellschaft²⁸.

Spätestens bedrängt wird sich der Treuhänder durch Einwände sehen, wonach ihm aufgrund anderweitiger Rechtspositionen die Inanspruchnahme seiner Treugeber nur untergeordnet möglich oder gar in Gänze abgeschnitten sei. Das findet seine Herkunft in Überlegungen, die vor langer Zeit schon Beuthien unter zutreffendem Hinweis auf die „Interessenwahrungs-pflicht“²⁹ des Treuhänders mit der Aussage festgemacht hat, diesem stünde sein Befreiungsanspruch „(...) nur unter der aufschiebenden Bedingung zu (...), dass er zuvor vergeblich bei der Gesellschaft (§ 110 HGB) oder seinen Mitgesellschaftern (§ 426 BGB) Ausgleich gesucht hat“³⁰. Dieser Befund findet auch heute noch Unterstützung³¹. Er gründet in dem Spannungsverhältnis, das mit der charakteristischen Doppelstellung des Treuhänders sowohl in der Fondsgesellschaft als auch gegenüber den Treugebern einhergeht und für hier über den Treuhänder nach dem Motto „Abarbeitung der gesellschaftsrechtlichen Anspruchsebene vor Inanspruchnahme aus der Treuhandbeziehung“ aufgelöst werden soll³². Eine solche Subsidiaritätsvorgabe wird der Treuhänder dann umsetzen können, wenn er (1.) Außenhaftungsbefreiung von einer Geldverbindlichkeit verlangt, (2.) die Fondsgesellschaft auf Aufforderung nicht in der Lage oder bereit ist, den ihr gegenüber bestehenden Anspruch zu erfüllen³³ und er (3.) zudem die begehrte Außenhaftungsfreistellung gegenüber seinen Treugebern auf jenen Betrag beschränkt, den er im Gesamtschuldverhältnis der Gesellschafter selbst zu tragen verpflichtet ist. Letzteres ist dem Treuhänder schon nicht möglich, wenn der begehrten Außenhaftungsfreistellung unteilbare Nicht-Geldschulden der Fondsgesellschaft zugrunde liegen, für die die Gesellschafter grundsätzlich

inhaltsgleich haften³⁴. Und noch verworrener wird es für den Treuhänder in Fondsstrukturen, bei denen von der gesetzlichen Regel abweichende Verlustdeckungszusagen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene existieren, etwa ein einziger Gesellschafter im Innenverhältnis unbeschränkt haften soll³⁵. Jedenfalls in solchen Konstellationen wird sich der Treuhänder den konkludenten Ausschluss des gesetzlichen Außenhaftungsbefreiungsanspruchs von seinen Treugebern berechtigt entgegenhalten lassen müssen³⁶.

3. Zur Verjährung des Außenhaftungsfreistellungsanspruchs

Die notwendige Abgrenzung des auf §§ 675 Abs. 1, 670, 257 BGB beruhenden gesetzlichen zum direkt im Treuhandvertrag geregelten Außenhaftungsfreistellungsanspruch gerät neuerdings, ausgelöst durch die Neuregelung des Verjährungsrechts mit der Schuldrechtsreform, auch unter verjährungsrechtlicher Betrachtung in die Diskussion. Je nach Entstehungstatbestand des Anspruchs können sich hier beachtliche Unterschiede auf tun.

3.1 Verjährungsrechtliche Grundlagen

Bis zur Neuordnung des Verjährungsrechts fand auf „gemäß § 257 BGB oder kraft besonderer Vereinbarung“ bestehende Ansprüche die 30-jährige Regelverjährungsfrist Anwendung und nicht die zweijährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. Beim Befreiungsanspruch des Aufwendungsersatzberechtigten handelte es sich weder gemäß dem Tatbestand dieser Vorschrift um einen Anspruch „für die Besorgung fremder Geschäfte“, also um einen Vergütungsanspruch, noch um den Ersatz von „Auslagen“, im Sinne von erbrachten Zahlungen oder sonstigen Leistungen³⁷.

Die zum 1. 1. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform hat in diesen Bestand bekanntlich nachhaltig eingegriffen³⁸. Mangels

Rutschmann: Treuhänder in GbR-/OHG-Publikumsgesellschaften – Zur Außenhaftungsfreistellung und ihrer Verjährung(DStR 2010, 555)

558

Sonderregelung unterfällt der Befreiungsanspruch des Aufwendungsersatzberechtigten weiterhin der regelmäßigen Verjährung, die allerdings auf drei Jahre verkürzt wurde (§ 195 BGB). Für den Beginn des Fristlaufs jedoch ist nicht mehr nur die Anspruchsentstehung (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) gefordert. Mit einer im früheren Recht nicht vorgesehenen subjektiven Anknüpfung ist vielmehr kumulative Voraussetzung, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder sich dieser Kenntnis grob fahrlässig verschlossen hat (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Der Verjährungsbeginn ist nach dem Eingangshalbsatz des § 199 Abs. 1 BGB auf den Schluss des Jahres verschoben, in dem diese Ereignisse eingetreten sind (Ultimoregel). Die Wirkungsweise des subjektiven Elements wird durch die sog. kenntnisunabhängige Höchstfrist in § 199 Abs. 4 BGB begrenzt. Verjährung tritt danach ohne Rücksicht auf die Kenntnis ein, wenn seit der Entstehung des Anspruchs zehn Jahre vergangen sind.

Für der Regelverjährung unterliegende Ansprüche, die noch unter der Geltung des alten Verjährungsrechts entstanden und am 1. 1. 2002 unverjährt sind, sind die Fristen vom 1. 1. 2002 an zu berechnen, soweit zu diesem Stichtag die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns nach neuem Recht vorliegen³⁹. Bei späterer Kenntnis/grob fahrlässiger Unkenntnis verschiebt sich der Verjährungsbeginn entsprechend. In den Fristenvergleich in Bezug auf das neue Recht sind sowohl die kenntnisabhängige Regelfrist als auch die kenntnisunabhängige Höchstfrist einzubeziehen; maßgebend ist die im konkreten Fall früher ablaufende Frist⁴⁰.

3.2 Die Problematik der Fälligkeitsbestimmung

Angesichts eines Fristenzeitraumes dreier Jahrzehnte war vor der Schuldrechtsreform die Verjährung des Anspruchs auf Befreiung von (Außenhaftungs-)Verbindlichkeiten ohne praktische Bedeutung. Mit der nun deutlich kürzeren Regelverjährung jedoch hat der Verjährungseintritt dieses Anspruchs sein Schattendasein verloren. Für grundsätzliche rechtliche Auseinandersetzungen über den Beginn der Verjährung bleibt dabei das objektive Element bestimmend, also die Entstehung des Außenhaftungsfreistellungsanspruchs i. S. des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB⁴¹. Entstanden ist ein Anspruch im verjährungsrechtlichen Sinn nach der Rechtsprechung, sobald er im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. Dies setzt grundsätzlich seine Fälligkeit voraus, da erst von diesem Zeitpunkt an (§ 271 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB) der Gläubiger mit Erfolg die Leistung fordern und ggf. den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung unterbinden kann⁴². Die Möglichkeit der Bezifferung ist nicht notwendig; ausreichend ist die Möglichkeit einer Feststellungsklage⁴³. Für den auf Befreiung von Drittschulden gerichteten Anspruch stellt sich insofern die Frage, ob seine Fälligkeit von der Fälligkeit der Verbindlichkeit abhängt, der sich der Befreiungsgläubiger ausgesetzt sieht und von der er zu befreien ist.

3.2.1 Etablierter Meinungsstand

Hierzu hat sich höchstrichterlich zuerst der 8. Zivilsenat des BGH im Kontext der Prüfung eines auf einen vertraglichen Freistellungsanspruch gestützten Zurückbehaltungsrechtes aus § 273 BGB geäußert⁴⁴. Für den Zeitpunkt der Fälligkeit des Befreiungsanspruchs lässt er sich – soweit nicht vorrangige gesetzliche Regelungen bestehen – von den Kriterien des § 271 Abs. 1 BGB leiten. Das führt im Einzelnen zu folgenden Positionen: (1.) Aus speziellen gesetzlichen Vorschriften ergibt sich die sofortige Fälligkeit bestimmter gesetzlicher Befreiungsansprüche, namentlich des hier behandelten Befreiungsanspruchs des Aufwendungsersatzberechtigten sowie jener des ausscheidenden Gesellschafters und des Bürgen. Indem die §§ 257 Satz 2, 738 Abs. 1 Satz 3 und 775 Abs. 2 BGB dem Befreiungsschuldner das Recht einräumen, vor Fälligkeit der Drittverbindlichkeit, statt die Befreiung herbeizuführen, vorläufig Sicherheit zu leisten, setzen sie die sofortige Fälligkeit der dort geregelten Befreiungsansprüche auch vor Fälligkeit der Drittverbindlichkeit und damit unabhängig von dieser voraus. (2.) Ob hierin ein allgemeiner Rechtsgedanke zu erblicken ist, mit dem eine sofortige Fälligkeit auch aller anderen gesetzlichen Befreiungsansprüche vorgegeben wird, für die solche Sonderregelungen nicht bestehen, bleibt mit dem Urteil dahingestellt. (3.) Jedenfalls nicht über eine rechtsähnliche Anwendung dieser speziellen gesetzlichen Vorschriften determiniert wird die Fälligkeit eines vertraglichen Freistellungsanspruchs. Die den jeweiligen Umständen angemessene Regelung der Fälligkeitsfrage ist hier der Disposition der Parteien überlassen. Von einer sofortigen Fälligkeit nach § 271 Abs. 1 BGB ist daher erst dann auszugehen, wenn ein abweichender Parteiwille nicht feststellbar und auch den Umständen des Falles keine Lösung der Fälligkeitsfrage zu entnehmen ist.

Die Rechtsprechung findet in der Literatur allgemeine Zustimmung⁴⁵ und ist durch die Instanzgerichte angenommen⁴⁶. Der 9. Zivilsenat des BGH hat sie bekräftigt und bezüglich des gesetzlichen Befreiungsanspruches des Gesamtschuldners aus § 426 Abs. 1 BGB dahingehend weiter entwickelt, dass zur Bestimmung von dessen Fälligkeit die Sonderregelungen der §§ 257 Satz 2, 738 Abs. 1 Satz 3 und 775 Abs. 2 BGB nicht entsprechend anwendbar sind⁴⁷. Die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs eines Gesamtschuldners richtet sich deshalb vorrangig nach den Umständen, insbesondere den Vereinbarungen der Beteiligten⁴⁸.

3.2.2 Kehrtwende in der Rechtsprechung?

Das gefestigte Meinungsbild verlässt das OLG Karlsruhe in einer aktuellen Entscheidung zu einem OHG-Immobilienfonds mit zwischengeschalteter Treuhand-GmbH⁴⁹. Soweit hier von Interesse, hatte der vom Fondsgesellschaftsgläubiger (Bank) aus abgetretenem Recht der Treuhand-GmbH auf Rückzahlung

Rutschmann: Treuhänder in GbR-/OHG-Publikumsgesellschaften – Zur Außenhaftungsfreistellung und ihrer Verjährung (DStR 2010, 555)

559

restlicher Darlehensverbindlichkeiten verklagte Anleger (Treugeber) gegen den Klageanspruch aus §§ 675 Abs. 1, 670, 257 BGB i. V. m. § 398 Satz 2 BGB die Einrede der Verjährung erhoben. Das OLG wies die Einrede zurück. Weil die Fälligkeit des Außenhaftungsfreistellungsanspruchs nur von der Entstehung der Darlehensverbindlichkeit abhängt, so das Bekenntnis im Ausgangspunkt, sei zwar naheliegend, dass es auch für den Verjährungsbeginn nach § 199 Absatz 1 Nr. 1 BGB nicht auf die Fälligkeit dieser Drittverbindlichkeit ankomme. Angesichts der dreijährigen Verjährungsfrist neuen Rechts allerdings könne an dieser Gesetzesauslegung nicht festgehalten werden, da sie „(...) nicht zu sinnvollen Ergebnissen (führt)“⁵⁰. Vielmehr „befürwortet“ das Gericht „(...) eine allgemeine verjährungsrechtliche Lösung, nach der die kenntnisabhängige Verjährungsfrist des § 195 BGB bei Freistellungsansprüchen, die sich auf eine noch nicht fällige Verbindlichkeit beziehen, gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem (auch) diese Verbindlichkeit fällig wird“⁵¹.

Der 3. Zivilsenat des BGH vermutet mittlerweile in einem anderen Revisionsverfahren gleichermaßen, die Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist würde hier bei stringenter Anwendung zu wenig sinnvollen Ergebnissen führen⁵². Er deutet (ohne Entscheidungserheblichkeit) an, diesen könne möglicherweise „(...) dadurch begegnet werden, dass für den Beginn der Verjährung von Freistellungsansprüchen nicht auf deren Fälligkeit, sondern auf die Fälligkeit der Drittforderungen abzustellen ist, von denen zu befreien ist“⁵³. Das entspräche dem Vorgehen in der Entscheidung des OLG Karlsruhe; über die Revision hierzu ist allerdings noch zu befinden⁵⁴.

3.3 Stellungnahme

Es verdient weiterhin die ganz etablierte Auffassung zur Fälligkeit des Befreiungsanspruchs Anerkennung. Mit ihr findet der gesetzgeberische Wille Berücksichtigung, wie er für bestimmte Befreiungsansprüche mit Sonderregelungen u. a. in § 257 Satz 2 BGB sowie im Übrigen mit der Auslegungsregel des § 271 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gebracht wurde. Mit seiner sofortigen Fälligkeit im Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung⁵⁵ gilt für den gesetzlichen Außenhaftungsfreistellungsanspruch damit, was für den vertraglichen Freistellungsanspruch bei Abwesenheit fälligkeitsverzögernder Parteivereinbarungen/Umstände gilt (§ 271 Abs. 1 BGB). Unter verjährungsrechtlichem Blickwinkel hat dies zur Konsequenz, dass sich eine ungleiche Entwicklung des gesetzlichen sowie eines treuhandvertraglich geregelten Außenhaftungsfreistellungsanspruchs schon hinsichtlich der für den Verjährungsbeginn erforderlichen Entstehung des Anspruchs ergeben kann. Anhaltspunkte, der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes habe mit seinen verjährungsrechtlichen Neuregelungen hier inhaltliche Änderungen verbinden wollen, fehlen⁵⁶.

Die hierzu divergierende Ansicht des OLG Karlsruhe findet im Gesetz keine Grundlage. Das Gericht betätigt sich mit seiner jedenfalls für den gesetzlichen Befreiungsanspruch befürworteten „verjährungsrechtliche(n) Lösung“⁵⁷ in freier Rechtsschöpfung, soweit es die verjährungsrechtliche Entstehung des Befreiungsanspruchs nicht mehr an dessen – nicht

geleugnete – Fälligkeit, sondern an die Fälligkeit der Drittverbindlichkeit an-knüpft⁵⁸. Dieser Standpunkt wird teleologisch begründet: es soll dem Zweck des § 257 BGB, insbesondere dem Umstand Rechnung getragen werden, dass „(...) der Freistellungsanspruch nur bedingt durchsetzbar ist, solange der Schuldner nach § 257 Satz 2 BGB das Recht hat, statt der geschuldeten Befreiung Sicherheit zu leisten“⁵⁹.

Der Zweck des gesetzlichen Befreiungsanspruches besteht darin, einen drohenden Verlust im Aktivvermögen des Befreiungsgläubigers möglichst frühzeitig abzuwenden⁶⁰. In Verwirklichung dieses Zwecks wird mit § 257 BGB die Aufwendungsersatzberechtigung auf den Zeitpunkt der eingegangenen Drittverbindlichkeit (= Entstehung eines Passivums), unabhängig von deren Fälligkeit, „vorverlagert“. Das Vorgehen des OLG Karlsruhe hat damit nichts gemein; es entfaltet Wirkungen in die entgegengesetzte Richtung und führt, bei späterer Fälligkeit der Drittverbindlichkeit, schlicht zu einem de lege lata nicht vorgesehenen „nachgelagerten“ Verjährungseintritt. Das über § 257 BGB vom Gesetzgeber austarierte System gerät damit aus den Fugen: unbesehen der Fälligkeit der Drittverbindlichkeit kann der Befreiungsgläubiger seinen Befreiungsschuldner zur Befreiung heranziehen, während frühestens mit deren Fälligkeit die Verjährung seines Anspruches einsetzen soll. Der Ansatz des Gerichtes wirkt damit keinem unbilligen Zustand entgegen, sondern schafft ihn ohne Not. Denn die in der Tat denkbare Verjährung des sofort fälligen Befreiungsanspruchs vor Verjährung später fällig werdender Drittverbindlichkeiten ist verjährungsrechtliche Kehrseite der zeitgleich zur Aufwendung erreichbaren antizipierten Regressnahme, mit der gerade nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers die Bedürfnisse und Interessen der Parteien austariert werden⁶¹. Gerichtlicher Korrekturbedarf besteht auch deshalb nicht, weil der Befreiungsgläubiger die Verjährung – ggf. mit einer schon vor Fälligkeit der Drittverbindlichkeit möglichen (Leistungs-)Klage⁶² – selbst abwenden kann, bevor ihm hieraus Nachteile entstehen.

Der Annahme einer Entkoppelung des objektiven Verjährungselements vom Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs bedarf es auch nicht in Ansehung des § 257 Satz 2 BGB. Die dort bestimmte Möglichkeit zur Sicherheitsleistung vor Fälligkeit der Drittverbindlichkeit ist ein der Ersetzungsbefugnis (facultas alternativas) ähnliches Recht des Befreiungsschuldners („kann“), jedoch mit dieser nicht deckungsgleich, weil der Befreiungsanspruch mit der Sicherheitsleistung nicht zum Erlöschen gebracht wird⁶³. Vor Fälligkeit der Drittverbindlichkeit muss der Befreiungsgläubiger zwar die von ihm geschuldete Leistung gegenüber

Rutschmann: Treuhänder in GbR-/OHG-Publikumsgesellschaften – Zur Außenhaftungsfreistellung und ihrer Verjährung(DStR 2010, 555)

560

seinem Gläubiger noch nicht erbringen, er kann jedoch von seinem Befreiungsschuldner schon Befreiung von der eingegangenen Drittverbindlichkeit verlangen. Macht der Befreiungsgläubiger seinen Anspruch geltend, wird seinen Interessen daher angemessen Rechnung getragen, wenn der Befreiungsschuldner auf sein Recht aus § 257 Satz 2 BGB zurückgreift: die Sicherheit wird dafür geleistet, dass Befreiung bewirkt wird, sobald die Drittverbindlichkeit fällig ist. Zeitgleich zum Eintritt der Fälligkeit der Drittverbindlichkeit wird das Recht zur Sicherheitsleistung hinfällig. Ist der Befreiungsschuldner dem Befreiungsverlangen in unverjährter Zeit zunächst durch Sicherheitsleistung nachgekommen, kann er die Freigabe der Sicherheit nur Zug um Zug gegen Erfüllung der vollwirksamen Befreiungsverpflichtung verlangen; einem mit Fälligkeit der Drittverbindlichkeit erneuerten Befreiungsbegehren kann er nicht den Einwand der Verjährung entgegenhalten. Der Befreiungsgläubiger ist auch diesbezüglich gesichert: für den Zeitraum zwischen Sicherheitsleistung und Eintritt der Fälligkeit der Drittverbindlichkeit ist eine Hemmung der Verjährung anzunehmen⁶⁴.

Dass der in Rede stehende Befreiungsanspruch durch das Gericht ganz generell eine fehlerhafte Einordnung erfährt, offenbart sich auch in seinen Erwägungen zur scheinbaren Unsinnigkeit der bisherigen Gesetzesauslegung unter Geltung des neuen Verjährungsrechts⁶⁵. So ist es nach dem OLG Karlsruhe nicht folgerichtig, dass der Befreiungsschuldner bei nicht sofort fälligen Drittverbindlichkeiten durch seinen Befreiungsgläubiger, wenn dieser die Verbindlichkeiten später selbst erfüllt, nach Jahren noch voll in Anspruch genommen werden kann, wohingegen dessen Freistellungsanspruch, der wirtschaftlich auf einfachere Weise dasselbe Ergebnis herbeiführen soll, bereits verjährt ist⁶⁶. Der damit erhobene Vorwurf einer Anwendungsdivergenz, ausgelöst durch die Annahme zweier selbständig verjährender Ansprüche, ist freilich unbegründet⁶⁷. Die mit eigener Erfüllung des Befreiungsgläubigers wirksam werdende Erstattungsberechtigung ist kein in diesem Sinn eigenständiger Anspruch zum im Ausgangspunkt durch Befreiung zu bewirkenden „antizipierten Regress“⁶⁸. Der Anspruch erfährt vielmehr nur eine seine Identität wahrende Inhaltsänderung, wenn er seinen Zweck nicht mehr erreichen kann, weil der Befreiungsgläubiger an seinen Gläubiger geleistet hat. Er passt sich dem Risiko, das heißt dem dann im Aktivvermögen entstandenen Nachteil an und geht in eine Forderung des bisherigen Befreiungsgläubigers auf Zahlung (Wertersatz) über⁶⁹. Dieser Ausgleichsanspruch unterliegt einer einheitlichen Verjährung⁷⁰. Es besteht insofern eine strukturelle Parallelität zum Ausgleichsanspruch unter Gesamtschuldnern nach § 426 Abs. 1 BGB⁷¹.

4. Fazit

Das kautelarjuristisch geprägte, kurze Fazit dieses Beitrages mündet in die Empfehlung, die zwingende Haftungsadressatenstellung des Treuhänders aus §§ 128, 130 HGB über eine in ihrer Reichweite angemessene, transparente Regelung im Treuhandvertrag an die Treugeber durchzuleiten. Sich hier allein auf gesetzliche Rechtspositionen zurückzuziehen, kann für den Treuhänder zu ungewollten Überraschungen führen.

* Dr. Frank Rutschmann, Rechtsanwalt und Steuerberater, ist Partner bei Targan Voss Rutschmann, Hamburg.

¹ Karsten Schmidt, in: MüKo-HGB, 2. Aufl. 2007, Vor § 230 Rdnr. 42.

² BGH v. 13. 5. 1953, II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 49, NJW 1953, 1548; v. 11. 11. 2008, XI ZR 468/07, NZG 2009, 57, 58.

³ Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001, S. 420 ff. m. w. N.; Hopt, in: Baumbach/Hopt, 33. Aufl. 2008, § 105 Rdnr. 34; K. Schmidt, (Fn. 1), Vor § 230 Rdnr. 60; Tebben, ZGR 2001, 586, 612; Beuthien, ZGR 1974, 26, 48; a. A. Kindler, ZIP 2009, 1146 ff.; Pfeifle/Heigl, WM 2008, 1485, 1491 f.

⁴ BGH v. 11. 11. 2008, XI ZR 468/07, DStR 2009, 335 ff. sowie v. 21. 4. 2009, XI ZR 148/08, DStR 2009, 1920 ff.

⁵ BGH v. 26. 6. 2007, XI ZR 287/05, NJW-RR 2008, 66, 67.

⁶ Haase, Der Schuldbefreiungsanspruch gemäß § 257 BGB, 1939; Güntner, Der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit, 1967; Görmer, Die Durchsetzung von Befreiungsansprüchen im zivilprozessualen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, 1992; ders., JuS 2009, 7 ff.; Rimmelspacher, JR 1976, 89 ff.; Bischof, ZIP 1984, 1444 ff.; Zahn, ZfBR 2007, 627 ff.; Bischoff, ZJP 2007, 237 ff.; Muthorst, AcP 2009, 212 ff.; Ehrlicke, KTS 2009, 257 ff.

⁷ Muthorst, AcP 2009, 212, 216; Güntner, (Fn. 6), S. 104 f.

⁸ Güntner, (Fn. 6), S. 143; dazu auch OLG Rostock v. 19. 12. 2007, 6 U 132/07, BeckRS 2008, 13693, Rdnr. 38 ff. (zit. nach Juris).

⁹ Zum Gesichtspunkt der Fälligkeit/Verjährung ausführlicher unter 3.

10 Zur Funktionsäquivalenz zwischen gesetzlichem und vertraglichem Freistellungsanspruch vgl. Bittner, in: Staudinger, BGB, 2009, § 257 Rdnr. 24.

11 Statt anderer bei Güntner, (Fn. 6), S. 201 ff.

12 Hierzu Ehrlicke, KTS 2009, 257 ff.

13 BGH v. 22. 1. 1954, I ZR 34/53, BGHZ 12, 136 (Ls. 1), NJW 1954, 795.

14 Krüger, MüKo-BGB, 5. Aufl. 2007, § 257 Rdnr. 8; Jud, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 3. Aufl. 2008, § 257 Rdnr. 4; ungenau Bittner, (Fn. 10), § 257 Rdnr. 8.

15 OLG Karlsruhe v. 6. 8. 2009, 4 U 11/08, BeckRS 2009, 26421, Rdnr. 4 f.; OLG Celle v. 21. 1. 2009, 9 U 105/08, BeckRS 2009, 06045, Rdnr. 9 f. (beide zit. nach Juris).

16 Dazu auch Wagner, NZG 2009, 733 ff.

17 So stellvertretend für andere im Zitat nach K. Schmidt, (Fn. 1), Vor § 230 Rdnr. 75.

18 Bezeichnend BGH v. 28. 1. 1980, II ZR 250/78, NJW 1980, 1163, 1164; vgl. auch Urt. v. 11. 11. 2008, XI 468/07, DStR 2009, 335, 337.

19 Exemplarisch bei K. Schmidt, (Fn. 1), Vor § 230 in Fn. 322 zu Rdnr. 75.

20 Vgl. Kapitza, Die Rechtsstellung der Treugeber in geschlossenen Immobilienfonds in der Form der kupierten Publikumskommanditgesellschaft, 1996; Maulbetsch, Beirat und Treuhand in der Publikumspersonengesellschaft, 1983; wohl auch Armbrüster, (Fn. 3), S. 324 f.

21 Allerdings oft nicht sauber nach dem Entstehungsgrund differenzierend, wie etwa OLG Düsseldorf v. 20. 11. 2008, 6 U 8/08, BeckRS 2009, 06380, Rdnr. 96; OLG Brandenburg v. 23. 7. 2008, 7 U 230/07, Rdnr. 28; OLG Nürnberg v. 17. 1. 2008, 2 U 782/07, BeckRS 2009, 04123, Rdnr. 16, 70 ff.; aus der älteren BGH-Rspr. etwa Urt. v. 28. 1. 1980, II ZR 250/78, NJW 1980, 1163, Rdnr. 20, 23 (alle Urt. hier zit. nach Juris).

22 Vgl. insb. OLG Karlsruhe v. 30. 6. 2009, 17 U 401/08, NZG 2010, 151 ff.; siehe auch OLG München v. 16. 9. 2009, 7 U 4297/08, BeckRS 2009, 26408, WM 2009, 2309 ff.

23 Häufig ohne Zitierung des § 257 BGB, vgl. bspw. die in Fn. 18 zit. Urteile.

24 Krüger, (Fn. 14), § 257 Rdnr. 1; BGH v. 15. 2. 2007, III ZR 156/06, BeckRS 2007, 03796, Rdnr. 15.

25 Mit einem weiteren Verständnis neuerdings Muthorst, AcP 2009, 212 ff.

26 K. Schmidt, in: MüKo-HGB, 2. Aufl. 2006, § 128 Rdnr. 2.

27 LG Hagen v. 12. 3. 1974, 8 HO 231/78, BB 1976, 763 (zum Freistellungsanspruch des OHG-Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft).

28 Zur Fälligkeit des mit der Aufwendung entstandenen Außenhaftungsfreistellungsanspruchs unter 3.

29 Beuthien, ZGR 1974, 26, 40; vgl. auch Löhnig, Treuhand, 2006, S. 185 ff.

30 Beuthien, ZGR 1974, 26, 48. Dabei ist der Mitgeschafterregress der Inanspruchnahme der OHG aus § 110 HGB nachrangig (BGH v. 17. 12. 2001, II ZR 382/99, NJW-RR 2002, 455 f.) und die Anwendbarkeit des § 110 HGB bei der GbR wird bezweifelt (Langhein, in: MüKo-HGB, 2. Aufl. 2006, § 110 Rdnr. 5; Löhnig, (Fn. 29), S. 284).

31 Bspw. Singhof/Seiler, in: Singhof/Seiler/Schlitt, Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen, 2004, Rdnr. 545, 576.

32 Der Grundsatz ist zutreffend, wenn auch die damit verbundenen Schwierigkeiten nicht zu leugnen sind. Das aber kann nicht dazu berechtigen, die Konfliktlösung in umgekehrter Richtung anzugehen. Also dem Treuhänder die direkte Befreiung über die Treuhandbeziehung zu ermöglichen und sodann den Treugeber in die Position zu versetzen, die gesellschafts- und gesellschafterbezogenen Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen. Dagegen sprechen insbesondere die eben nur in der Person des Treuhänders bestehende Gesellschafterstellung sowie dessen besondere Pflichtenstellung aus der Treuhandbeziehung.

33 Dazu BGH v. 17. 12. 2001, II ZR 382/99, DStR 2002, 319 ff. m. Anm. Goette.

³⁴ So die h. M., vgl. K. Schmidt, (Fn. 26), § 128 Rdnr. 24.

³⁵ So der Sachverhalt zu OLG München v. 2. 7. 2009, 23 U 4240/08, BeckRS 2009, 20731, Rdnr. 54 (zit. nach Juris).

³⁶ Zur Dispositivität des Anspruchs vgl. Martinek, in: Staudinger, BGB, 2006, § 670 Rdnr. 5.

³⁷ BGH v. 7. 3. 1983, II ZR 82/82, NJW 1983, 1729; v. 28. 4. 1993, VIII ZR 109/92, NJW-RR 1993, 1227 f.; Bittner, (Fn. 10), § 257 Rdnr. 20.

³⁸ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. 11. 2001, BGBl I 2001, 3138 ff.

³⁹ So zur Überleitungsregel (Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB) BGH v. 21. 4. 2009, XI ZR 148/08, DStR 2009, 1920, 1922, m. w. H. Die Ultimoregel findet keine Anwendung (BGH v. 19. 3. 2008, III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237).

⁴⁰ BGH v. 23. 1. 2007, XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584, 1586.

⁴¹ Die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis (grob fahrlässig Unkenntnis) dagegen wird zwischen Treuhänder und Treugeber nur im Einzelfall kritisch sein.

⁴² St. Rspr. bspw. BGH v. 8. 7. 2008, XI ZR 230/07, NJW-RR 2009, 378, 379.

⁴³ BGH v. 18. 6. 2009, VII ZR 167/08, NJW 2010, 60, 61.

⁴⁴ BGH v. 11. 4. 1984, VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151 ff.

⁴⁵ Ellenberger, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 199 Rdnr. 3; Heinrichs, in: Palandt, 69. Aufl. 2010, § 257 Rdnr. 1; Bittner, (Fn. 10), § 271 Rdnr. 16 u. § 257 Rdnr. 19; Ebert, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 257 Rdnr. 6; Krüger, (Fn. 14), § 257 Rdnr. 7; Toussiant, in: Juris-PK-BGB, 3. Aufl. 2006, § 257 Rdnr. 10; Görmer, (Fn. 6), S. 56 ff. sowie ders., JuS 2009, 7, 10; Zahn, ZfBR 2007, 627, 629 f.

⁴⁶ OLG Saarbrücken v. 10. 5. 1989, 2 W 9/98, NJW-RR 1990, 963 f.; KG Berlin v. 20. 1. 2009, 7 U 98/08, BeckRS 2009, 05265; OLG Karlsruhe v. 6. 8. 2009, 4 U 11/08, BeckRS 2009, 26421 zum vertraglichen Freistellungsanspruch in einer KG; vgl. auch OLG Brandenburg v. 10. 6. 2009, 4 U 164/07, BeckRS 2009, 15964, Rdnr. 76 f. (zit. nach Juris).

⁴⁷ BGH v. 20. 7. 2006, IX ZR 44/05, NJW-RR 2006, 1718, 1719.

⁴⁸ BGH v. 20. 7. 2006, IX ZR 44/05, NJW-RR 2006, 1718 (Ls. 2).

⁴⁹ OLG Karlsruhe v. 30. 6. 2009, 17 U 401/08, NZG 2010, 151 ff. (n. rkr.); zustimmend Jagersberger, NZG 2010, 136 ff.

⁵⁰ OLG Karlsruhe v. 30. 6. 2009, 17 U 401/08, NZG 2010, 151, 153.

⁵¹ OLG Karlsruhe v. 30. 6. 2009, 17 U 401/08, NZG 2010, 151, 153.

⁵² BGH v. 12. 11. 2009, III ZR 113/09, BeckRS 2009, 88690.

⁵³ BGH v. 12. 11. 2009, III ZR 113/09, BeckRS 2009, 88690, Rdnr. 13.

⁵⁴ Az. III ZR 209/09.

⁵⁵ Dazu oben 2.2.

⁵⁶ Vielmehr wird die Beibehaltung der bisherigen Rechtslage betont, dazu Peters, in: Staudinger, BGB, 2009, § 199 Rdnr. 5.

⁵⁷ Obwohl die Entscheidung offensichtlich auf dem gesetzlichen Anspruch gemäß §§ 675 Abs. 1, 670, 257 BGB i. V. m. § 398 Satz 2 BGB fußt, scheint der Senat mit der von ihm befürworteten „allgemeine(n) verjährungsrechtliche(n) Lösung“ sämtliche Ansprüche auf Befreiung von einer Verbindlichkeit, unbeschleunigt ihres Entstehungsgrundes, erfassen zu wollen – vgl. OLG Karlsruhe v. 30. 6. 2009, 17 U 401/08, NZG 2010, 151, 153; so auch die Interpretation von Jagersberger, NZG 2010, 136.

⁵⁸ Nach dem Leitsatz des Urteils „(ist) ein Befreiungsanspruch (...) trotz eigener Fälligkeit nach § 257 Satz 2 BGB erst dann i. S. von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden, wenn auch die Verbindlichkeit fällig ist, auf die er sich bezieht“ – vgl. OLG Karlsruhe v. 30. 6. 2009, 17 U 401/08, NZG 2010, 151.

⁵⁹ OLG Karlsruhe v. 30. 6. 2009, 17 U 401/08, NZG 2010, 151, 153.

⁶⁰ Görmer, (Fn. 6), S. 60 ff.; Güntner, (Fn. 6), S. 104 f.; Haase, (Fn. 6), S. 19 ff.

⁶¹ Passt das gesetzliche Regelungsmodell nicht, können die Parteien – nicht das Gericht – von Beginn an oder nachträglich anderes vereinbaren.

⁶² Bittner, (Fn. 10), § 257 Rdnr. 19; Jud, (Fn. 14), § 257 Rdnr. 3; Bischof, ZIP 1984, 1444 f.; Rimmelspacher, JR 1976, 89 f. Einschränkung BGH v. 4. 10. 2000, VIII ZR 109/99, NJW 2001, 155, 156: Feststellungsklage, wenn Umfang der Verbindlichkeit noch nicht bestimmbar; dem ist nicht zuzustimmen, da die Klage auf Vornahme einer Handlung (Befreiung) und nicht auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet ist – vgl. Bischoff, ZJP 2007, 237, 240 f.

⁶³ So zutr. schon Gernsheim, Die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativas) im deutschen bürgerlichen Recht, 1906, S. 14 u. 241 f.; Bittner (Fn. 10), § 257 Rdnr. 19; Krüger, (Fn. 14), § 257 Rdnr. 14.

⁶⁴ Anknüpfung hierfür ist § 205 BGB. Auf Seiten des Schuldners besteht mit Sicherheitsleistung bis zur Fälligkeit der Drittverbindlichkeit eine dilatorische Einrede – so Muthorst, AcP 2009, 212, 231; ähnlich Görmer, JuS 2009, 7, 10.

⁶⁵ Es werden hier rechtspolitische Erwägungen des BGH (Urt. v. 7. 3. 1983, II ZR 82/82, NJW 1983, 1729) wortähnlich in die eigene Argumentation des OLG-Senats übernommen. Mit dem beachtlichen Unterschied, dass der BGH damit lediglich sein zur Anwendung der Regelverjährung zuvor gefundenes Auslegungsergebnis untermauern wollte.

⁶⁶ OLG Karlsruhe v. 30. 6. 2009, 17 U 401/08, NZG 2010, 151, 153.

⁶⁷ Fehlgehend daher auch die vom OLG Karlsruhe übernommene Aussage in BGH v. 7. 3. 1983, II ZR 82/82, NJW 1983, 1729; zutr. jedoch BGH v. 28. 4. 1993, VIII ZR 109/92, NJW-RR 1993, 1227, 1228; v. 15. 2. 2007, III ZR 156/06, BeckRS 2007, 03796, Rdnr. 15.

⁶⁸ Güntner, (Fn. 6), S. 201.

⁶⁹ Görmer, (Fn. 6), S. 41 ff.; Güntner, (Fn. 6), S. 216 ff.; Haase, (Fn. 6), S. 21 f.; Ehmann, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 670 Rdnr. 34; auch Bittner, (Fn. 10), § 257 Rdnr. 8 (Umwandlung in einen Zahlungsanspruch), wobei es zutreffend der Konstruktion eines „umgewandelten“ Befreiungsanspruchs nicht bedarf, weil die durch Zahlung auszugleichende Aufwendung auch dann noch die ursprünglich eingegangene Verpflichtung ist (Toussiant, (Fn. 45), § 257 Rdnr. 10).

⁷⁰ Mit der aktuellen Kommentierung wohl auch Bittner, (Fn. 10), § 257 Rdnr. 20 (dort neuer Satz 2 gegenüber Voraufgabe).

⁷¹ Dazu BGH v. 18. 6. 2009, VII ZR 167/08, NJW 2010, 60 ff.; OLG Karlsruhe v. 5. 11. 2008, 7 U 2/08, BeckRS 2008, 24154, WM 2009, 407 ff.

[□Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)