

I. Begriff der Sicherheitentreuhand

A. Definition und Abgrenzung

Der Begriff Sicherheitentreuhand bezeichnet Vereinbarungen, nach denen Kreditsicherheiten durch einen Treuhänder gehalten, verwaltet oder abgerufen werden.¹⁾ Dem Treuhänder kommt dabei das Vollrecht aus dem Sicherungsgeschäft oder zumindest die Verfügungsberechtigung über die Kreditsicherheit zu, während der Treugeber durch die Treuhandabrede lediglich wirtschaftlich Berechtigter ist.²⁾ Charakteristisch ist somit, dass die **formelle** Berechtigung aus der Kreditsicherheit (Treuhänder) und die **wirtschaftliche** Berechtigung (Treugeber) **auseinanderfallen**.³⁾ Die wirtschaftliche Zuordnung an den Treugeber äußert sich insb darin, dass die Kreditsicherheiten seinem Sicherungsinteresse dienen und ein etwaiger Verwertungserlös an ihn herauszugeben ist.

Die Sicherheitentreuhand begegnet in der Praxis vor allem im Bankvertragsrecht (Besicherung von Konsortialkrediten),⁴⁾ im Kapitalmarktrecht (Anleihebesicherung)⁵⁾ und beim nachträglichen Pooling von Sicherheiten durch Gläubiger in der Insolvenz ihres Schuldners.⁶⁾ Die Einschaltung eines Treuhänders trägt dabei dem besonderen Bedürfnis der Beteiligten nach einer Vereinfachung der Verwaltung von Kreditsicherheiten und nach der Verkehrsfähigkeit der besicherten Forderungen Rechnung.⁷⁾ Die Konzentration beim Sicherheitentreuhand ermöglicht koordinierte Verfügungen über die Kreditsicherheiten im Interesse sämtlicher Gläubiger und dass bei der Abtretung einer gesicherten Forderung keine gesonderte Übertragung der Kreditsicherheiten erforderlich ist.

1) Vgl etwa *Heinsius* in FS Henckel 387.

2) Zum Treuhandbegriff s B (S 3).

3) *Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte 424.

4) Siehe dazu unten II.A (S 7). Weiterführend etwa *Riedler*, Sicherheitenbestellung; *derselbe* in BVR IX² 363 ff.

5) Siehe II.C.4 (S 33); *Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte 421 f; *Bliesener* in *Lwowski/Fischer/Langenbacher*, Kreditsicherung⁹ 885 ff; *Hartwig-Jacob*, Anleiheemissionen 363 ff, 395 ff und 435.

6) Siehe II.B (S 23); *Hödl*, Lieferantenpool; *Martinek/Omlor* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-HB⁵ § 97; *Merkel/Tetzlaff* in *Lwowski/Fischer/Langenbacher*, Kreditsicherung⁹ 103 ff; *Riedler* in BVR IX² 424 ff; *Schulyok* in *Konecny/Schubert* § 48 KO Rz 208 ff.

7) Vgl *Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte 416 ff; *Th. Hoffmann* in *Münchener VertragsHB* II⁷ 725; *Lwowski* in *Lwowski/Fischer/Langenbacher*, Kreditsicherung⁹ 891; dazu eingehend II.

Zu unterscheiden sind einerseits Konstellationen, in denen der Treuhänder neben den Kreditsicherheiten auch die gesicherte Forderung innehat bzw über diese verfügt, und andererseits solche, in denen die Treuhand nur das Sicherungsrecht selbst erfasst, die Forderung aber beim Treugeber verbleibt.⁸⁾ Im letzteren Fall, der für die Sicherheitentreuhand typisch ist, kommt die formelle Berechtigung aus der Kreditsicherheit einer anderen Person zu als die Gläubigerstellung aus der gesicherten Forderung (fehlende Gläubigeridentität), woraus sich besondere, für die Sicherheitentreuhand charakteristische Rechtsfragen ergeben.

Kreditsicherheiten im Rahmen einer Sicherheitentreuhand können alle Sicherungsgeschäfte sein, die im Sicherungsfall einen unmittelbaren Anspruch gegen den Sicherheitenbesteller vermitteln oder dingliche Rechte begründen, die eine Befriedigung der Forderung aus einer Sache ermöglichen.⁹⁾ Dazu zählen einerseits Personalsicherheiten (zB Bürgschaft, Garantie), andererseits dingliche Sicherheiten (Pfandrecht, Sicherungsübereignung, Sicherungszession und Eigentumsvorbehalt).

Begrifflich **abzugrenzen** ist die Sicherheitentreuhand von der **Sicherungsübereignung** und der Sicherungszession, die unter ähnlichen Bezeichnungen (zB Treuhandsicherheit, fiduziarische Sicherheit, Sicherungstreuhand) erfasst werden.¹⁰⁾ Bei diesen Sicherungsgeschäften handelt es sich um Fälle der eigen-nützigen Treuhand:¹¹⁾ Der gesicherte Gläubiger erwirbt anders als beim Pfandrecht kein beschränktes dingliches Recht, sondern ein Vollrecht, das er im Sicherungsfall verwerten darf.¹²⁾ Dabei kommt es jedoch nicht zwangsweise zu dem für die Sicherheitentreuhand charakteristischen Auseinanderfallen von formeller und wirtschaftlicher Berechtigung aus der Kreditsicherheit, weil der Sicherungseigentümer bzw -zessionar idR auch derjenige ist, der das wirtschaftliche Sicherungsinteresse trägt und einen etwaigen Verwertungserlös erhalten soll.

Freilich können auch das Sicherungseigentum und die Sicherungszession zugunsten eines **Sicherheitentreuhandlers** bestellt werden. Dieser hält dann einerseits die Kreditsicherheit treuhändig für den Besicherten und andererseits

⁸⁾ Vgl *Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte 417 und 423 ff.

⁹⁾ Nicht behandelt werden dagegen die bei Anleihen üblichen sonstigen Vertragsklauseln, denen eine gewisse Sicherungsfunktion zukommt (sog Zusicherungen oder Covenants, wie etwa Negativerklärungen, Pari-Passu-Klauseln, Cross-Default-Klauseln); s dazu *Arpagaus*, Anleihen 136 f; *Hartwig-Jacob*, Anleiheemissionen 363 f und 366; *Kaulamo* in *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Unternehmensfinanzierung³ § 17 Rn 51 ff.

¹⁰⁾ Vgl *Böhler* in *BVR VIII*² 42 ff; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 177; *Thurnher*, Grundfragen 30 f; *Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte 86 ff; *Hartwig-Jacob*, Anleiheemissionen 613; *Lwowski* in *Lwowski/Fischer/Langenbacher*, Kreditsicherung⁹ 14.

¹¹⁾ *Apathy* in *Bartsch/Pollak/Buchegger I*⁴ § 10 KO Rz 21; *Deixler-Hübner* in *Konecny* § 10 IO Rz 38; *Eccher* in *KBB*⁵ § 358 Rz 4.

¹²⁾ *Apathy* in *BVR IX*² Rz 4/2; *Harrer*, Sicherungsrechte 92; OGH 8 Ob 313/00p.

das zur Sicherung übertragene Vollrecht treuhändig für den Besteller der Kreditsicherheit.¹³⁾

B. Treuhandbegriff

Der österreichische Gesetzgeber bediente sich des Begriffs der Treuhand in sehr unterschiedlichem Kontext,¹⁴⁾ ohne ihn jedoch zu definieren.¹⁵⁾ Im vorliegenden Zusammenhang interessieren in erster Linie die Fälle der rechtsgeschäftlich begründeten Treuhand. Darunter verstehen Lehre und Rsp Vereinbarungen, nach denen der Treuhänder aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Disposition eine Rechtsposition innehat, die er nur entsprechend einer obligatorischen Innenbindung (der Treuhandabrede)¹⁶⁾ im eigenen Namen ausüben soll oder darf.¹⁷⁾ Dabei ist nicht erforderlich, dass die besagte Rechtsposition unmittelbar vom Vertragspartner aus der Treuhandabrede (dem Treugeber) an den Treuhänder übertragen wurde (sog Übertragungstreuhand).¹⁸⁾ Möglich ist auch, dass der Treuhänder eigenes Vermögen als Treugut widmet (Vereinbarungstreuhand) oder das Treugut von Dritten erwirbt (Erwerbstreuhand).¹⁹⁾

Üblicherweise wird nach der Reichweite der Rechtsmacht²⁰⁾ des Treuhänders zwischen der Vollrechtstreuhand (Fiduzia), der deutschrechtlichen Treuhand und der Ermächtigungstreuhand unterschieden.²¹⁾ Der aus dem römischen Recht stammende Begriff „Fiduzia“ und die Bezeichnung „deutschrechtliche Treuhand“ leiten sich aus den historischen Vorbildern dieser Rechts-

¹³⁾ Vgl *Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte 424.

¹⁴⁾ Vgl *Kastner*, JBl 1948, 305; *derselbe* in FS Hämmerle 164 und 167 ff; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 90 und 140; *Spitzer*, Aussonderung 166 ff; *Stanzl* in *Klang IV/1*² 788.

¹⁵⁾ RIS-Justiz RS0010444; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 90; *Stanzl* in *Klang IV/1*² 788; *Strasser* in *Rumme*³ § 1002 Rz 42.

¹⁶⁾ Die das Innenverhältnis regelnde Treuhandabrede ist in der Praxis meist ein Auftrag iSd § 1002 ABGB (*Strasser* in *Rumme*³ § 1002 Rz 42i). Das ist freilich nicht zwingend. So kann die Treuhandabrede auch in einem GesBR-Gesellschaftsvertrag oder im Rahmen einer Sicherungsabrede (etwa bei Sicherungsübergang oder -zession) erfolgen.

¹⁷⁾ RIS-Justiz RS0010482; RS0010444 (T 11); *Apathy* in FS Reischauer 35; *P. Bydliniski* in *KBB*⁵ § 1002 Rz 7; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 91; *Thurnher*, Grundfragen 21. Ob der Treuhänder lediglich entsprechend der Treuhandabrede verfügen darf oder ob er sogar dazu verpflichtet ist, hängt damit zusammen, ob die Treuhand eigennützig oder fremdnützig ist (zu diesen Begriffen etwa *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 95 ff mwN).

¹⁸⁾ *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 94; RIS-Justiz RS0010481.

¹⁹⁾ *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 94. Die verbreitete Definition, nach der ein Treuhänder Rechte *übertragen* bekomme, die er nur auf bestimmter Weise ausüben darf (vgl RIS-Justiz RS0010444 [T 11]; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1002 Rz 9), greift daher etwas zu kurz.

²⁰⁾ *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 93.

²¹⁾ *Kastner*, JBl 1948, 306 f; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 93; *Stanzl* in *Klang IV/1*² 788; RIS-Justiz RS0010458; RS0010457.

institute ab.²²⁾ Bei der **fiduziarischen Treuhand** hat der Treuhänder eine Rechtsposition (dingliches Recht, Forderung, Immaterialgüterrecht etc) uneingeschränkt inne und ist in der Verfügung darüber ausschließlich obligatorisch durch die Treuhandabrede gebunden.²³⁾ Bei der **deutschrechtlichen Treuhand** dagegen ist das zunächst gleich der Fiduzia uneingeschränkte (aber obligatorisch gebundene) Vollrecht auflösend bedingt oder befristet und fällt mit dem Eintritt der Bedingung bzw dem Ablauf der Frist ipso iure an den Begünstigten aus der Treuhandabrede.²⁴⁾ Bei der **Ermächtigungstreuhand** schließlich hat der Treuhänder lediglich die Rechtsmacht inne, über eine dem Treugeber formell zugeordnete Rechtsposition im eigenen Namen zu verfügen.²⁵⁾

Unter diesen drei Varianten kommt der **fiduziarischen Treuhand** die höchste praktische Bedeutung zu.²⁶⁾ Sie wird als die Treuhand schlechthin aufgefasst.²⁷⁾ Wie bereits ausgeführt, ist für die Fiduzia charakteristisch, dass der Treuhänder zwar Eigentümer des Treuguts ist, jedoch einer obligatorischen Verfügungsbeschränkung durch die Treuhandabrede unterliegt. Freilich führt nicht jede vertraglich vereinbarte Verfügungsbeschränkung zum Vorliegen einer fiduziarischen Treuhand.²⁸⁾ Vielmehr muss die Treuhandabrede die **wirtschaftliche Zuordnung** des Treuguts an den Treugeber bewirken.²⁹⁾ Dies ist der Fall, wenn Erwerb, Ausübung und Verlust des treuhändig gehaltenen Rechts auf Rechnung des Treugebers erfolgen und das Treugut bzw sein Surrogat³⁰⁾ nach Beendigung der Treuhand an den Treugeber zu übertragen ist. Die zentrale Rechtsfolge der fiduziarischen Treuhand und gleichzeitig die Komplettierung der wirtschaftlichen Zuordnung an den Treugeber ist, dass dieser das Treugut in der Insolvenz des Treuhänders **aussondern** und bei Exekution durch Treuhändergläubiger **exszindieren** kann.³¹⁾

²²⁾ Weiterführend *Spitzer*, Aussonderung 58.

²³⁾ *Kastner*, JBl 1948, 306; *Rubin Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 118 ff.

²⁴⁾ *Kastner*, JBl 1948, 306; *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 145 ff; *Stanzl in Klang IV/1² 789*. Das Treugut fällt daher bei der Beendigung idR an den Treugeber, sofern eine Drittbegünstigung vorliegt jedoch an den Destinatär (s III.A.2b) [S 48]).

²⁵⁾ *Kastner*, JBl 1948, 307; *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 158 ff; *Stanzl in Klang IV/1² 789*.

²⁶⁾ *Spitzer*, Aussonderung 58; *Strasser in Rummel³ § 1002 Rz 42 f.*

²⁷⁾ *Spitzer*, Aussonderung 58.

²⁸⁾ Folgende Fälle einer schuldrechtlichen Verfügungsbeschränkung des Eigentümers stellen beispielsweise keine Treuhand dar: Veräußerungs- und Belastungsverbote; Vorkaufsrechte und Wiederkaufsrechte; vertragliche Nutzungsrechte (zB Bestandrechte); die Pflicht zur Übereignung einer verkauften, aber noch nicht übergebenen Sache.

²⁹⁾ RIS-Justiz RS0010482; RS0004144; OGH 8 Ob 12/09 m (s FN 1383); *Apathy in FS Reischauer 43 f*; *Butschek*, ÖBA 2011, 96 (100); *Walter*, Treuhand 37 f; vgl auch *Apathy in Schwimann/Kodek⁴ § 1002 Rz 15*.

³⁰⁾ Als Surrogat wird bezeichnet, was dem Treugut zunächst oder an seine Stelle tritt (RIS-Justiz RS0008921; näher dazu VI.A.1b) [S 221]).

³¹⁾ Zur Aussonderung s VI.A (S 215); zur Exszindierung s IV.B (S 176).

Aufgrund der herausragenden praktischen Bedeutung der Fiduzia konzentriert sich auch die weitere Untersuchung auf diese Treuhandform. Wenn im Folgenden ohne weitere Konkretisierung von der Treuhand die Rede ist, ist damit die fiduziarische Treuhand gemeint.

C. Sicherheitentreuhand als vertragliches Phänomen – Gang der Untersuchung

Die Sicherheitentreuhand wurde vom Verkehr zur Bewältigung spezifischer Probleme entwickelt. Dieser Umstand bestimmt auch den Aufbau der vorliegenden Untersuchung. Ihr Ausgangspunkt ist der praktische Anwendungsbereich der Sicherheitentreuhand (II).³²⁾ Dabei wird gezeigt, welche Aufgaben die Sicherheitentreuhand im Rechtsverkehr erfüllt und was sie von anderen vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten unterscheidet. Zu diesem Zweck erfolgt ein Überblick über die umfangreiche Vertragspraxis zu Konsortialkrediten, Sicherheitenpools und der Anleihebesicherung. Anhand dessen wird erkennbar, welche Eigenschaften die Sicherheitentreuhand aufweisen muss, um den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs Rechnung zu tragen und die ihr zugeordneten Aufgaben zu erfüllen.

Ausgehend von den funktionalen Anforderungen, die der Rechtsverkehr an die Sicherheitentreuhand stellt, wird im Anschluss dargelegt, wie diese Vorgaben rechtlich umzusetzen sind (III).³³⁾ Dabei sind einerseits treuhandrechtliche Fragestellungen zu beachten, wie die Wahl der geeigneten Treuhandform, die Rechtseinräumung an den Treuhänder und die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Treugeber, dem Treuhänder und den Sicherungsgebern. Andererseits ist relevant, inwieweit das österreichische Privatrecht eine Ausgestaltung der Sicherheitentreuhand zulässt, die dem Interesse der Parteien entspricht. Im Mittelpunkt dieser Thematik steht die Frage, ob auch die akzesorischen Kreditsicherheiten des ABGB zugunsten eines Treuhänders bestellt werden können, der nicht der Gläubiger der besicherten Forderung ist. Dies ist für die Sicherheitentreuhand von zentraler Bedeutung, weil ihr Zweck häufig eine solche Aufspaltung der Gläubigerpositionen erfordert.

Der verbleibende Teil der Untersuchung widmet sich spezifischen Rechtsproblemen, die mit der Treuhand in den verschiedenen Phasen des Sicherungsgeschäfts einhergehen:

Bei der Vertragsanbahnung und während aufrechter Sicherungsphase (IV)³⁴⁾ spielen gegenseitige Sorgfaltspflichten der Beteiligten generell eine zentrale Rolle. Die vorliegende Untersuchung zeigt, inwiefern das Hinzutreten eines Treuhänders die Interessen- und Pflichtenlage im Vergleich zu klassischen Sicherungsgeschäften verschiebt. Im Verhältnis zu dritten Verkehrsteil-

³²⁾ S 7 ff.

³³⁾ S 39 ff.

³⁴⁾ S 153 ff.

nehmern ist während der aufrechten Sicherungsphase vor allem relevant, inwieweit das Treugut einem exekutiven Zugriff der Gläubiger des Treuhänders entzogen werden kann.

Ein weiterer Teil der Untersuchung befasst sich mit Rechtsfragen rund um die Verwertung der Kreditsicherheiten (V).³⁵⁾ Er behandelt sowohl die Kompetenz zum Abruf der Sicherheiten als auch seine Folgen. Neben den Regressmöglichkeiten etwaiger Interzedenten liegt hier das Augenmerk vor allem auf der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung rechtsgrundloser Vermögensverschiebungen unter Beteiligung des Treuhänders.

Den Abschluss der Untersuchung bilden insolvenzrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Sicherheitentreuhand (VI).³⁶⁾ Diesem Bereich kommt im Rahmen der vorliegenden kreditsicherungsrechtlichen Thematik naturgemäß ein hoher Stellenwert zu. Denn gerade in der Insolvenz des Kreditnehmers zeigt sich, ob die Treuhand ihren Sicherungszweck erfüllen kann. In der Insolvenz des Treuhänders dagegen ist in erster Linie relevant, inwieweit das Treugut einer Aussonderung durch die Treugeber zugänglich ist.

³⁵⁾ S 185 ff.

³⁶⁾ S 215 ff.

II. Anwendungsbereiche

A. Besicherung von Konsortialkrediten

Unter einem Konsortialkredit wird ein Darlehen verstanden, das von mehreren Kreditgebern auf gemeinsame Rechnung begeben wird.³⁷⁾ Die Vergabe durch ein Konsortium erfolgt in der Regel, weil einzelne Kreditinstitute das gewünschte Kapital nicht alleine aufbringen können oder aus regulatorischen Gründen nicht dürfen bzw um das Risiko eines Zahlungsausfalls des Kreditnehmers auf mehrere Gläubiger zu verteilen.³⁸⁾ Das Kreditverhältnis wird auf Kreditgeberseite zumeist nicht durch alle Konsorten gemeinsam abgewickelt, sondern nur durch ein Institut, den sogenannten **Konsortialführer**.³⁹⁾ Dieser nimmt mehrere oder alle Rechte und Pflichten des Konsortiums wahr: Er reicht etwa die Kreditvaluta aus, nimmt Rückzahlungen entgegen, macht Ansprüche gegen den Kreditnehmer geltend und hält die für die Kreditforderung bestellten Kreditsicherheiten.⁴⁰⁾ Werden dem Konsortialführer Rechte übertragen, die im Innenverhältnis den Mitkonsorten zustehen, ist er idR als fiduziarischer **Treuhänder** zu qualifizieren.⁴¹⁾

Je nachdem, ob das gesamte Konsortium gegenüber dem Kreditnehmer als Vertragspartner in Erscheinung tritt oder nur der Konsortialführer, wird zwischen Außen- und Innenkonsortium unterschieden.⁴²⁾ Die Konsorten

³⁷⁾ Vgl. *W. Jud*, GesRZ 1981, 129; *Kastner* in *GedS Gschnitzer* 214; *Riedler*, Sicherheitenbestellung 16; vgl. *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-HB³ § 87 Rn 1; *Th. Hoffmann* in *Münchener VertragsHB II* 721.

³⁸⁾ *W. Jud*, GesRZ 1981, 129; *Kutzelnigg/Ketzer/Hausmaninger* in *Wiener VertragsHB I* 2 581 f; *Riedler* in *BVR IX* 2 364; *Seeber*, Kreditkonsortium 3 ff; *Becker-Eberhard*, Sicherungsrechte 417; *Bleifeld*, Kreditsicherheiten 8 ff und 20 f; *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-HB³ § 87 Rn 4; *Th. Hoffmann* in *Münchener VertragsHB II* 721 f; *Scholze*, Konsortialgeschäft I 100.

³⁹⁾ Sog „echter“ Konsortialkredit im Gegensatz zum „unechten“, bei dem jede Konsortialbank ihren Anteil unmittelbar selbst dem Kreditnehmer zur Verfügung stellt (*Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-HB³ § 87 Rn 8 f).

⁴⁰⁾ *Thurnher*, Grundfragen 39; vgl. *Th. Hoffmann* in *Münchener VertragsHB II* 725.

⁴¹⁾ Dazu sogleich I (S 8).

⁴²⁾ Vgl. *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-HB³ § 87 Rn 43 ff. Diese Unterscheidung bezieht sich nicht darauf, ob die Existenz des Konsortiums vor dem Kreditnehmer offengelegt wird (offenes Konsortium) oder nicht (verdecktes Konsortium). Es geht um die Frage, ob das gesamte Konsortium als Vertragspartner, dh rechtlich in Erscheinung tritt.

regeln ihre Beziehung zueinander in einem sogenannten Konsortialvertrag.⁴³⁾ Ihr Verhältnis stellt in aller Regel eine **GesBR** dar.⁴⁴⁾

Die in der Praxis üblichen Konsortialverträge begründen eine GesBR,⁴⁵⁾ und halten dies oft auch ausdrücklich fest.⁴⁶⁾ Die GesBR-Eigenschaft kann jedoch mangels einer gemeinsamen Zweckverfolgung fehlen, wenn der nach außen auftretende Kreditgeber im Innenverhältnis nicht wirtschaftlich am Kredit beteiligt ist, sondern das gesamte Kreditverhältnis treuhändig für andere hält.⁴⁷⁾

Bedingt durch die wirtschaftliche Relevanz des Konsortialkredits und seine vielfältigen vertraglichen Ausgestaltungen wirft die Konsortialkreditpraxis eine hohe Zahl an Rechtsfragen auf.⁴⁸⁾ Hier sollen nur die Aspekte herausgegriffen werden, die für die Sicherheitentreuhand unmittelbar relevant erscheinen.

Notwendig erscheint dabei zunächst eine allgemeine Klarstellung des Verhältnisses zwischen fiduziarischem Treugut und GesBR-Gesellschaftsvermögen. Diese Thematik ist bis heute strittig, obwohl ihr große praktische Bedeutung zukommt. Sie kann bei der GesBR darüber entscheiden, ob am Vermögen eines Gesellschafters, das dem Gesellschaftszweck gewidmet ist, insolvenz- und exekutionsfeste Rechte der übrigen Gesellschafter bestehen. Zentrale Rechtsfolgen speziell der Sicherheitentreuhand hängen vom Verhältnis zwischen GesBR- und Treuhandrecht ab, wenn das Verhältnis der Treugeber, wie etwa beim Konsortialkredit, als GesBR einzustufen ist.

1. Fiduziarische Treuhand und GesBR

Die in den letzten Jahren wieder aufgeflammete Diskussion⁴⁹⁾ zum Verhältnis von Treuhand und GesBR geht im Wesentlichen auf einen Beitrag von

⁴³⁾ *Fellner*, RdW 2012, 582; *Riedler* in BVR IX² 370 ff; *Th. Hoffmann* in Münchener VertragsHB II⁷ 732 ff.

⁴⁴⁾ *Fellner*, RdW 2012, 582; *Kutzelnigg/Ketzer/Hausmaninger* in Wiener VertragsHB I² 582 f; *Riedler* in BVR IX² 371 und 403 f; *derselbe*, Sicherheitenbestellung 47 ff und 57 ff; *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-HB³ § 87 Rn 23; *Th. Hoffmann* in Münchener VertragsHB II⁷ 736.

⁴⁵⁾ Siehe die Vertragsmuster bei *Th. Hoffmann*, Münchener VertragsHB II⁷ 732 ff oder *Kutzelnigg/Ketzer/Hausmaninger* in Wiener VertragsHB I² 549 ff; vgl auch *Kastner*, GesRZ 1982, 2; *Seeber*, Kreditkonsortium 47.

⁴⁶⁾ *Riedler* in BVR IX² 373; vgl *Kutzelnigg/Ketzer/Hausmaninger* in Wiener VertragsHB I² 550.

⁴⁷⁾ *Fellner*, RdW 2012/619; *Riedler* in BVR IX² 404.

⁴⁸⁾ Weiterführend etwa *Kutzelnigg/Ketzer/Hausmaninger* in Wiener VertragsHB I² 549 ff; *Riedler* in BVR IX² 363 ff; *derselbe*, Sicherheitenbestellung; *Seeber*, Kreditkonsortium; *Th. Hoffmann* in Münchener VertragsHB II⁷ 711 ff; *Scholze*, Konsortialgeschäft I.

⁴⁹⁾ *Butschek*, ÖBA 2012, 820; *Riedler*, ÖBA 2014, 727; *Seeber*, Kreditkonsortium 45 ff; *Spitzer* in FS Nowotny 437 ff (auch veröffentlicht: in *Konecny* [Hrsg], Insolvenzf-Forum 2014, 31 ff).

*W. Jud*⁵⁰⁾ zurück, der sich mit dem Innenkreditkonsortium⁵¹⁾ beschäftigte. Laut *W. Jud* schlössen Treuhand und GesbR einander aufgrund ihres Wesens aus, weil ein Treuhänder die Interessen des Treugebers zu wahren habe, ein GesbR-Gesellschafter dagegen den Gesellschaftszweck.⁵²⁾ Bei einer Qualifikation des Kreditkonsortiums als GesbR sei der Konsortialführer daher lediglich GesbR-Gesellschafter und niemals Treuhänder.⁵³⁾

Dem ist allerdings zu entgegnen, dass die für die Treuhand charakteristische obligatorische Innenbindung auf unterschiedliche Weise ausgestaltet sein kann. Entscheidend ist lediglich, dass der Treuhänder das ihm übertragene Vollrecht nicht beliebig ausüben darf, sondern nur entsprechend seiner vertraglichen Verpflichtung. Das maßgebliche Innenverhältnis kann nicht nur in einem Auftrag begründet sein, sondern etwa auch in einem Gesellschaftsverhältnis.⁵⁴⁾ In diesem Fall geben der Gesellschaftsvertrag und der Gesellschaftszweck die schuldrechtliche Verfügungsbeschränkung des Treuhänders vor. Folglich kann ein GesbR-Gesellschafter bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen **grundsätzlich als Treuhänder der übrigen Gesellschafter fungieren**. Davon gehen auch die heute herrschende Lehre⁵⁵⁾ und der OGH⁵⁶⁾ aus.

a) Gesellschaftsvermögen ist nicht zwingend Treugut

Mangels Rechtsfähigkeit der GesbR fungieren die Gesellschafter als Träger des Gesellschaftsvermögens.⁵⁷⁾ Diesbezüglich sind sie Vollrechtsinhaber (etwa eines Miteigentumsanteils an einer Liegenschaft der Gesellschaft), unterliegen jedoch der vom Gesellschaftsvertrag vorgegebenen schuldrechtlichen Verfügungsbeschränkung: Sie können zwar ohne die Zustimmung der Mitgesellschafter und entgegen dem Gesellschaftszweck das Gesellschaftsvermögen veräußern oder belasten, dürfen es jedoch im Innenverhältnis nicht, weil sie damit die gesellschaftsvertragliche Widmung verletzen würden.⁵⁸⁾

Angesichts dieser Parallele zum fiduziarischen Treuhänder – auch er ist obligatorisch beschränkter Vollrechtsinhaber – und der grundsätzlichen Möglichkeit, durch den Gesellschaftsvertrag eine Treuhandbindung herzustellen,

⁵⁰⁾ *W. Jud*, GesRZ 1981, 129.

⁵¹⁾ Zu diesem gleich unten S 16.

⁵²⁾ *W. Jud*, GesRZ 1981, 129 (138).

⁵³⁾ *W. Jud*, GesRZ 1981, 129 (138).

⁵⁴⁾ Vgl *Jabornegg*, JBl 2000, 242 (Anm zu OGH 3 Ob 348/97s); *Kastner*, GesRZ 1982, 1.

⁵⁵⁾ *Kastner*, GesRZ 1981, 1; *König*, ZIK 1996, 73; *Riedler* in BVR IX² 405; *derselbe*, Sicherheitenbestellung 50f; *derselbe*, ÖBA 2014, 727; *Seeber*, Kreditkonsortium 51f; *Strasser* in *Rummel*^B § 1002 Rz 42g; *Thurnher*, Grundfragen 39 FN 127; *Warto* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1180 Rz 8.

⁵⁶⁾ OGH 5 Ob 297/05w; dazu *Riedler*, wbl 2007, 218.

⁵⁷⁾ *Jabornegg/Resch/Slezak* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1175 Rz 20; *Riedler* in *KBB*⁵ § 1175 Rz 5.

⁵⁸⁾ *Grillberger* in *Rummel*^B § 1183 Rz 4.

drängt sich die Frage auf, ob GesbR-Gesellschaftsvermögen per se fiduziarisches Treugut darstellt.

Allerdings setzt die Treuhand, wie bereits dargelegt,⁵⁹⁾ die **wirtschaftliche Zuordnung** des Treuguts an die Treugeber voraus. Diese äußert sich etwa darin, dass der Treugeber das Verlustrisiko sowie Nutzen und Lasten trägt und dass das Treugut ursprünglich vom Treugeber stammt oder zumindest auf dessen Rechnung beschafft wurde und später auf ihn übergehen soll. Der Treuhänder ist im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung tätig.

Das trifft nun aber zumindest auf den **Eigenanteil** eines GesbR-Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nicht zu.⁶⁰⁾ Wenn etwa der zu 20% an der GesbR beteiligte Gesellschafter auch 20% des Gesellschaftsvermögens hält, hat er nicht mehr Vermögen, als ihm wirtschaftlich zukommt. Die GesbR kann somit nicht per se als Treuhand bezeichnet werden. Vielmehr kann Treugut nur dann vorliegen, wenn und soweit ein Gesellschafter mehr als seinen Eigenanteil und damit Vermögen hält, das anderen Gesellschaftern wirtschaftlich zugeordnet ist.⁶¹⁾

Die aus diesen Gründen zutreffende Aussage *Jaborneggs*⁶²⁾, dass die Vermögensordnung der GesbR nicht generell als Treuhand aufgefasst werden dürfe, weil der Miteigentumsanteil des jeweiligen Gesellschafters diesem anders als einem Treuhänder auch wirtschaftlich zugewiesen sei, wurde in der Lit vielfach als eine generelle Ablehnung der Treuhand in der GesbR durch *Jabornegg* interpretiert.⁶³⁾ *Butschek*⁶⁴⁾ wiederum sieht in *Jaborneggs* Aussage eine Bejahung der Treuhand unter Ablehnung der Aussonderung, weil das GesbR-Recht als *lex specialis* zur Treuhand zu verstehen sei. Beides beruht auf einem Missverständnis. *Jabornegg* bezieht sich nicht auf treuhändig gehaltene Anteile der übrigen Gesellschafter, sondern nur auf den **Eigenanteil**, der dem formell berechtigten Gesellschafter auch wirtschaftlich zugewiesen ist.⁶⁵⁾ Das geht auch aus der im entsprechenden Beitrag glossierten E 3 Ob 348/97 s hervor, die nur den Eigenanteil betraf.

⁵⁹⁾ Siehe I.B (S 3).

⁶⁰⁾ *Jabornegg*, JBl 2000, 241 f (Anm zu OGH 3 Ob 348/97 s).

⁶¹⁾ OGH 3 Ob 348/97 s JBl 2000, 238 (*Jabornegg*); *Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 1180 Rz 21; *Jabornegg*, JBl 2000, 241 f (Anm zu OGH 3 Ob 348/97 s); *König*, ZIK 1996, 73; *Spitzer* in FS Nowotny 440f und 442f; weitergehend *Eckert* (in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 70) und ihm folgend *Trenker* (ZRB 2014, 111 [117f]): Treuhänderstellung des ausscheidenden Gesellschafters auch bzgl des Eigenanteils und Aussonderungsmöglichkeit der übrigen Gesellschafter. Dies abl *Spitzer* in FS Nowotny 441 mit zutreffendem Verweis auf die Unzulässigkeit der Begründung insolvenzfester Positionen nach der Insolvenzeröffnung.

⁶²⁾ *Jabornegg*, JBl 2000, 241 f (Anm zu OGH 3 Ob 348/97 s).

⁶³⁾ ZB *Riedler*, ÖBA 2014, 727; *Told*, Grundfragen 43 FN 230; *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1183 Rz 5 FN 9; offenbar auch *Spitzer* in FS Nowotny 438.

⁶⁴⁾ *Butschek*, ÖBA 2012, 820.

⁶⁵⁾ Vgl *Jabornegg*, JBl 2000, 241: Erfasst (...) ein Konkurs nur den einem Gesellschafter sachenrechtlich zugeordneten Miteigentumsanteil und blieben die Miteigentumsanteile der anderen als solche unberührt, so kann aus der gesellschaftsvertraglichen Bindung allein die Zulässigkeit der (...) Aussonderung nicht abgeleitet werden. (...) Solches [Anm: Exszindierungs- oder Aussonderungsrecht] käme nur gegenüber einem