

STEFAN J. GEIBEL

# Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht

*Jus Privatum*

132

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht  
Band 132





Stefan J. Geibel

# Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht

Mohr Siebeck

*Stefan J. Geibel*, geboren 1968; 1989–1994 Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen und Aix-en-Provence; 1992 *Maitrise en droit international*; 1994 Erste juristische Staatsprüfung; 1994–1997 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Tübingen; 1996 Zweite juristische Staatsprüfung; 1997–1998 Freie Mitarbeit bei internationaler Rechtsanwaltskanzlei in Berlin; 1998–1999 Promotionsstipendium des Landes Baden-Württemberg; 1999–2001 Rechtsanwalt in Frankfurt a.M.; seit 2001 Wissenschaftlicher Assistent an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen; 2002 Promotion; 2006 Habilitation; 2006/2007 Lehrauftrag an der Universität Bayreuth; 2007/2008 Lehrstuhlvertreter an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

e-ISBN PDF 978-3-16-151209-4  
ISBN 978-3-16-149574-8  
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.bd-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die in der Rechtspraxis gefundenen Antworten auf Fragen der rechtsgeschäftlichen Treuhand lassen sich in die über Jahrzehnte entwickelte Systematik des deutschen Privatrechts mit den bisher gefundenen Begründungsansätzen nicht widerspruchsfrei einordnen. Es werden Grundsätze und einschränkende Voraussetzungen für einen „quasi-dinglichen“ Schutz der Treugeberrechte aufgestellt, die eines einleuchtenden dogmatischen Fundaments entbehren, und es werden von den Grundsätzen Ausnahmen gemacht, deren Geltungsgründe ebenfalls im Dunkeln bleiben und an die Berechtigung der Grundsätze zweifeln lassen.

Der Zustand des Treuhandrechts kann als „heillos“ bezeichnet werden. Die Narben brechen immer wieder neu auf, wenn Erscheinungen aus der Praxis in das Blickfeld rücken und in rechtliche Strukturen eingepasst werden müssen, wie beispielsweise früher die Treuhandkonten, in früherer und jüngerer Zeit die Grundstückstreuhand, die Treuhand an Gesellschaftsanteilen oder die unselbstständige Stiftung oder in jüngster Zeit die Doppeltreuhand im Konsortialkreditgeschäft oder die Refinanzierung über Verbriefungstransaktionen mit *asset backed securities* oder *mortgage backed securities*. Für grenzüberschreitende Rechtsgeschäfte und im Hinblick auf eine mögliche Harmonisierung gewisser Rechtsbereiche in der Europäischen Union tut es besonders Not festzustellen, inwiefern das deutsche Treuhandrecht in den Ergebnissen von anderen Rechtsordnungen wirklich abweicht und welche Gründe hinter den Unterschieden stehen.

Das Recht der rechtsgeschäftlichen Treuhand ist vor diesem Hintergrund neu zu durchdenken. Auf der Grundlage einer Analyse dessen, was die Parteien eines Treuhandvertrags wollen und erklären, bietet das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein System von Regelungen und Rechtsinstituten, welche dem Parteiwillen und den Interessen von Treuhänder und Treugeber im Wesentlichen gerecht werden und hinsichtlich des Schutzes von Drittrechten und -interessen in der Gesamtrechtsordnung eingebettet sind. Die bisher gefundenen Ergebnisse der Rechtspraxis zu den verschiedenen Erscheinungsformen der Treuhand lassen sich so im Wesentlichen bestätigen und für künftige Entwicklungen fortführen.

Diese Grundthesen in den Einzelheiten zu entwickeln und zu untermauern, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit, die (zusammen mit einem steuerrecht-

lichen Teil) im Juli 2006 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Habilitationsschrift angenommen wurde. Vor der Drucklegung ist die Arbeit aktualisiert und ergänzt worden. Sie ist hinsichtlich Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur soweit möglich auf den Stand vom 31.12.2007 gebracht. Der ebenfalls in der Habilitationsschrift enthaltene Teil zur Verwaltungstreuhand im Steuerrecht wird gesondert veröffentlicht, um in der vorliegenden Druckfassung den Blick ganz auf die vorgeschlagene neue Dogmatik der rechtsgeschäftlichen Treuhand zu konzentrieren und den steuerrechtlichen Besonderheiten der Treuhand eigenständigen Raum zu lassen.

Für vielerlei wertvolle Ratschläge und Unterstützung danke ich ganz besonders meinem verehrten Lehrer *Prof. Dr. Gottfried Schiemann*, der mein Habilitationsvorhaben stets mit großem Wohlwollen betreut, mit fruchtbaren Anregungen gefördert und mir den notwendigen Freiraum für die umfangreiche Untersuchung gewährt hat. *Prof. Dr. Harm Peter Westermann* gilt mein besonderer Dank für seine äußerst rasche und ausführliche Zweitbegutachtung. Mein Dank richtet sich darüber hinaus an alle Professoren und Mitglieder der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Widmen möchte ich die Arbeit in Liebe meiner Frau *Christine* und meinen Eltern, *Dr. Johannes und Gisela Geibel*.

Tübingen, Januar 2008

*Stefan J. Geibel*

# Inhaltsübersicht

Einleitung .....	1
<i>1. Kapitel</i>	
Die Hauptprobleme des Treuhandrechts und die bisherigen Lösungsansätze .....	7
<i>2. Kapitel</i>	
Die gesellschaftsrechtliche Qualifizierung des Treuhandvertrags .....	85
<i>3. Kapitel</i>	
Die dingliche Zuordnung des Treuguts und die Bildung von Treuhandvermögen als Gesamthandvermögen .....	173
<i>4. Kapitel</i>	
Folgerungen hinsichtlich der Probleme der Treuhand im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht sowie im bürgerlichen Recht ...	279
<i>5. Kapitel</i>	
Auswirkungen der gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung in ausgewählten Rechtsgebieten und auf bestimmte Sonderfälle .....	369
<i>6. Kapitel</i>	
Zusammenfassung und Ausblick .....	451
Literaturverzeichnis .....	477
Sachregister .....	513



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXV
Einleitung .....	1
I. Problemstellung .....	1
II. Terminologisches .....	3
III. Gang der Untersuchung .....	5

## *1. Kapitel*

### Die Hauptprobleme des Treuhandrechts und die bisherigen Lösungsansätze

I. Die Frage einer Systematisierung rechtsgeschäftlicher Treuhandverhältnisse .....	7
1. Das Scheitern einer begründeten und klaren Begriffsbildung der Vollrechtstreuhand .....	7
a) Die verschiedenen Systematisierungsversuche anhand des Unmittelbarkeitsgrundsatzes .....	7
b) Die Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz und seine Einschränkungen .....	10
c) Die Schwächen einer Systematisierung allein aufgrund der „wirtschaftlichen“ Zuordnung des Treuguts zum Vermögen des Treugebers .....	14
d) Unsicherheiten bei der Abgrenzung von Treuhandverhältnissen zu Strohmangeschäften und missbräuchlichen Rechtsgeschäften .....	17
2. Unklarheit über die Einbeziehung der Sicherungs-, Ermächtigungs- und der Vollmachtstreuhand sowie der „germanischen Treuhand“ in die Treuhandkonzeption .....	21

a) Ermächtigungs- und Vollmachtstreuhand .....	21
b) Die „germanische Treuhand“ als treuhänderische Übertragung unter auflösender oder aufschiebender Bedingung .....	23
c) Sicherungs- und Verwaltungstreuhand .....	26
II. Die offenen Fragen der rechtsgeschäftlichen Vollrechtstreuhand im Zivil- und Verfahrensrecht .....	27
1. Die Frage nach Begründung und Grenzen einer „Verdinglichung“ des Treuhandvermögens in Zwangsvollstreckung und Insolvenz .....	27
a) Das Postulat einer „Verdinglichung“ der Treugeberposition und ihre Begrenzungen durch den Unmittelbarkeitsgrundsatz .....	27
aa) Der Unmittelbarkeitsgrundsatz und seine Ausnahmen bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder und in dessen Insolvenz .....	27
bb) Beschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bei Zwangs- vollstreckungsmaßnahmen gegen den Treugeber und in dessen Insolvenz? .....	29
cc) Die Kritik am Unmittelbarkeitsgrundsatz in der Literatur .....	30
b) Begründungs- und Einschränkungsversuche für das Postulat einer „Verdinglichung“ der Treugeberrechte am Treuhandvermögen ...	32
aa) Geltung der „Verdinglichung“ kraft Gewohnheitsrechts? .....	32
bb) Begründung mit dem Charakter eines „relativen Eigentums“ oder eines beschränkten dinglichen Rechts am Treugut? .....	33
cc) Begründung mit einem nur „eingeschränkten Eigentumserwerb“ durch den Treuhänder? .....	34
dd) Begründung mit einer Analogie zu § 51 Nr. 1 InsO? .....	35
ee) Begründung mit einer Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB? .....	35
ff) Erklärung mit der dinglichen Stellung des Treugebers bei „germanischen Treuhänderschaften“? .....	40
c) Versuch einer gesetzlichen Abhilfe durch die Einführung von Refinanzierungsregistern in §§ 22a–22o KWG .....	40
2. Die Frage eines Surrogationserwerbs .....	43
3. Schutz des Treugebers vor treuwidrigen Verfügungen des Treuhänders? .....	44
a) Überblick über den Stand in der Rechtsprechung .....	44
b) Überblick über den Stand in der Literatur und Vergleich mit den Grundsätzen über den Missbrauch einer Vertretungsmacht ....	45
c) Die Behandlung treuwidriger Verfügungen des Treuhänders als offenes Problem .....	49
4. Der Treugeber als Haftender und Anspruchsinhaber? .....	50
a) Die Frage der Haftung (nur) des Treuhänders oder (auch) des Treugebers? .....	50
aa) Problemstellung .....	50
bb) Bisheriger Stand zur Frage einer Treugeberhaftung im Kapitalgesellschaftsrecht .....	52

cc) Bisheriger Stand zur Frage einer Treugeberhaftung im Personengesellschaftsrecht .....	53
dd) "Gleichlauf" zwischen der Einräumung von Gesellschafterrechten an den Treugeber und seiner möglichen Haftung? .....	54
ee) Die Haftung des Treugebers im Steuerrecht .....	56
ff) Fazit .....	57
b) Die Frage einer direkten Geltendmachung einer treuhänderisch gehaltenen Forderung durch den Treugeber .....	57
5. Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht in den Fällen der Verwaltungstreuhand .....	58
a) Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht gegenüber einer treuhänderisch gehaltenen Forderung .....	58
aa) Die Frage der Aufrechnung mit Gegenforderungen gegen den Treuhänder persönlich bzw. des Zurückbehaltungsrechts wegen solcher Gegenforderungen .....	58
bb) Die Frage der Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen den Treugeber persönlich bzw. des Zurückbehaltungsrechts wegen einer solchen Gegenforderung .....	60
b) Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht im Zusammenhang mit einer Verpflichtung, welche der Treuhänder für Rechnung des Treugebers eingegangen ist .....	61
aa) Die Frage der Aufrechnung des Treuhänders mit Forderungen des Treugebers bzw. die Frage des Zurückbehaltungsrechts wegen solcher Forderungen .....	61
bb) Kann der Schuldner einer Forderung des Treugebers gegen diese mit einer Gegenforderung gegen den Treuhänder aufrechnen? .....	62
cc) Bislang nicht entschiedene Fallkonstellationen .....	62
c) Fehlen eines schlüssigen Gesamtkonzepts der Rechtsprechung .....	63
6. Die „zweiaktige“ Struktur rechtsgeschäftlicher Treuhandverhältnisse .....	63
7. Zwischenfazit .....	65
III. Gesetzlich geregelte besondere Treuhandverhältnisse als Anknüpfungspunkte für die Lösung der offenen Fragen? .....	65
1. Die gesetzliche Regelung der direkten Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) und die Qualifizierung der Treuhand als mittelbare Stellvertretung .....	65
a) Abgrenzung zur Vollmachtstreuhand .....	65
b) Die Treuhand als Fall einer mittelbaren Stellvertretung? .....	66
2. Die gesetzliche Regelung der Testamentsvollstreckung (§§ 2197 ff. BGB) .....	68
3. Die gesetzliche Regelung der Vor- und Nacherbschaft .....	72
4. Die investmentrechtliche Treuhand nach dem KAGG und dem InvG .....	73

5. Weitere gesetzliche Regelungen besonderer Treuhandverhältnisse .....	75
IV. Fazit und Hinführung zur Lösung der offenen Fragen .....	79
1. Das Treuhandrecht als Ansammlung gefundener Ergebnisse ohne befriedigende rechtliche Begründung .....	79
2. Die Frage, ob bei rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnissen ein Sondervermögen begründet wird .....	80

## 2. Kapitel

### Die gesellschaftsrechtliche Qualifizierung des Treuhandvertrags

I. Der Treuhandvertrag als gesetzlich nicht geregelter, typenfremder Vertrag .....	85
1. Die fehlende gesetzliche Regelung des Treuhandvertrags .....	85
2. Allgemein zum Verständnis von Vertragstypen als Typen „innerhalb“ und „hinter“ einer Vertragsart sowie als Verkehrstypen .....	86
3. Die Einordnung des Treuhandvertrags in die Kategorie typenfremder Verträge .....	89
II. Das Verhältnis des Treuhandvertrags zu den Typen des Geschäftsbesorgungsvertrags und des Gesellschaftsvertrags .....	91
1. Der Typus des Geschäftsbesorgungsvertrags nach § 675 Abs. 1 BGB .....	92
a) Überblick über die Einheits- und die Trennungstheorie zur Geschäftsbesorgung .....	92
b) Stellungnahme .....	94
2. Der Typus des Gesellschaftsvertrags nach §§ 705 ff. BGB .....	100
a) Die Gesellschaft als rechtlicher Strukturtypus „hinter“ der Vertragsart und seine Gliederung in Normaltypus und Untertypen .....	100
b) Der gesellschaftsrechtliche Typenzwang und die Qualifizierung typenfremder Verträge .....	102
c) Die typologische Zuordnung typenfremder Verträge zum Typus des Gesellschaftsvertrags .....	104
3. Das Verhältnis zwischen den Typen des Geschäftsbesorgungs- und des Gesellschaftsvertrags .....	109
4. Der Standort des Treuhandvertrags im Verhältnis zu den Typen des Geschäftsbesorgungs- und des Gesellschaftsvertrags .....	111
a) Der Treuhandvertrag als Untertypus des Geschäftsbesorgungstypus ..	111
b) Das Verhältnis des Treuhandvertrags zum Typus des Gesellschaftsvertrags .....	112

III. Der typologische Vergleich zwischen Verwaltungstreuhandvertrag und Gesellschaftsvertrag .....	113
1. Einführung .....	113
2. Die bisherigen Stellungnahmen zu der Frage, ob zwischen Treugeber und Treuhänder ein Gesellschaftsverhältnis besteht ...	114
3. Gemeinsamer Zweck und Verwaltungstreuhand .....	119
a) Die Interessenverschmelzung als Grundkriterium für die Gemeinsamkeit des Zwecks einer Treugutverwaltung .....	119
aa) Allgemein zum Merkmal der Interessenverschmelzung .....	119
bb) Vergleich des Merkmals der Interessenverschmelzung mit der Interessenlage im allgemeinen Verwaltungstreuhandverhältnis ....	121
cc) Die Interessenwahrungspflicht ‚stricto sensu‘ und die Theorie der eingeräumten Einwirkungsmacht zur Begründung von Treuepflichten .....	122
b) Allgemein zum typologischen Vergleich hinsichtlich des Merkmals eines gemeinsamen Zwecks einer Treugutverwaltung .....	124
aa) Notwendigkeit eines typologischen Vergleichs .....	124
bb) Allgemein zur Bildung von Kriterien für einen typologischen Vergleich hinsichtlich des Merkmals eines gemeinsamen Zwecks ..	125
cc) Die Kriterien im Beispiel der Abgrenzung einer Innengesellschaft bzw. stillen Gesellschaft von partiarischen Rechtsgeschäften ....	127
dd) Allgemeines zur Anwendung der Kriterien für einen gemeinsamen Zweck auf den Verwaltungstreuhandvertrag .....	131
c) Die Kriterien einer gemeinsamen Organisation und eines gemeinschaftlichen Zusammenwirkens der Beteiligten .....	133
aa) Bedeutung als bloße Indizien für die Gemeinsamkeit des Zwecks?	133
bb) Das bloße Halten und Verwalten von Gegenständen durch einen Beteiligten allein als gemeinsamer Zweck? .....	134
cc) „Gleichordnung“ der Beteiligten und „Gleichwertigkeit“ ihrer Beiträge als Kriterien für die Gemeinsamkeit des Zwecks? ...	139
d) Das Kriterium einer (vorliegenden oder fehlenden) Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung .....	140
aa) Entwicklungen im Recht der ‚societas‘ und der Personen- gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts ....	140
(1) Römisches Recht .....	140
(2) Entwicklung bis zum BGB .....	141
(3) Entwicklung seit Inkrafttreten des BGB .....	143
bb) Stellungnahme und Übertragung des Kriteriums einer Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung auf Verwaltungstreuhandverträge .....	146
cc) Der Sonderfall von Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen hinsichtlich des Kriteriums einer Gewinn- beteiligung des „Hauptbeteiligten“ .....	149
e) Der übereinstimmende Wille der Beteiligten zur Bildung von Sondervermögen .....	151
f) Gesamtwürdigung aller Kriterien zur Frage eines gemeinsamen Zwecks bei Verwaltungstreuhandverträgen .....	155

4. Die Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks und die Beitragspflicht bei der Verwaltungstreuhand .....	159
a) Die Zweckförderungs- und die Beitragspflicht des Treuhänders .....	159
b) Die Zweckförderungs- und die Beitragspflicht des Treugebers .....	161
5. Fazit zur gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung des Verwaltungstreuhandvertrags .....	163
IV. Der typologische Vergleich mit dem Gesellschaftsvertrag bei der Sicherungstreuhand und die Abgrenzung zu anderen Treuhandarten .....	165
1. Typologischer Vergleich zwischen Gesellschaft und Sicherungstreuhand .....	165
a) Die Sicherungstreuhand vor Eintritt des Sicherungsfalls und vor Erledigung des Sicherungszwecks .....	165
b) Die Sicherungstreuhand nach Eintritt des Sicherungsfalls oder nach Erledigung des Sicherungszwecks .....	167
2. Abgrenzung der gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Verwaltungstreuhand von anderen Treuhandarten .....	169
a) Abgrenzung zur Ermächtigungstreuhand .....	169
b) Abgrenzung zur Vollmachtstreuhand .....	171
c) Abgrenzung zur „germanischen Treuhand“ .....	171
V. Fazit .....	172

### 3. Kapitel

#### Die dingliche Zuordnung des Treuguts und die Bildung von Treuhandvermögen als Gesamthandvermögen

I. Allgemeine Vorfragen .....	173
1. Terminologische Unterscheidungen .....	173
2. Die Vorfrage, ob bei einer verdeckten Treuhand als einer Innengesellschaft überhaupt Treuhandvermögen als Sonder- vermögen gebildet werden kann .....	174
a) Überblick über den Stand in Rechtsprechung und Literatur zur Frage, ob bei einer Innengesellschaft Gesamthandvermögen gebildet werden kann .....	175
aa) Die nicht einheitliche Linie der Rechtsprechung .....	175
bb) Die Literaturauffassungen, welche ein Gesamthandvermögen bei Innengesellschaften ablehnen .....	176
cc) Die Literaturauffassungen, welche ein Gesamthandvermögen bei Innengesellschaften bejahen .....	178
b) Stellungnahme zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer Innengesellschaft mit Gesamthandvermögen .....	180

aa) Die Innengesellschaft als eine am Rechtsverkehr nicht teilnehmende Gesellschaft und die Möglichkeiten, bei einer Gesellschaft Gesamthandvermögen zu bilden .....	180
bb) Zur Frage, ob § 137 Satz 1 BGB und § 873 Abs. 1 BGB der Bildung von Gesamthandvermögen bei Innengesellschaften entgegenstehen .....	183
cc) Zu einem etwaigen Widerspruch zwischen dem „Wesen“ der Gesamthand und dem „Wesen“ der Innengesellschaft .....	184
dd) Zur Frage, ob vollstreckungsrechtliche Konsequenzen der Bildung von Gesamthandvermögen bei Innengesellschaften entgegenstehen .....	185
ee) Zum weiten Begriffsverständnis „Außengesellschaft“ und zur Frage, ob ein Gesamthandvermögen bei nichtrechtsfähigen Innengesellschaften ausgeschlossen ist .....	187
c) Fazit und Ausblick auf die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Außen- und Innengesellschaft für die Verwaltungstreuhand .	188
II. Die Bildung von Treuhandvermögen an Mobilien .....	189
1. Die Übertragungstreuhand an Mobilien .....	189
a) Die dingliche Einigung zwischen Treugeber und Treuhänder und ihre Auslegung .....	189
b) Auslegung der dinglichen Einigung aus Sicht eines objektiven Empfängers nach dem Zweck des Rechtsgeschäfts .....	190
c) Berücksichtigung der Interessenlage von Treugeber und Treuhänder bei der Auslegung der dinglichen Einigung .....	193
d) Die Übereignung des Treuguts als Erfüllung der Beitragspflicht des Treugebers und die dingliche Annahmeerklärung des Treuhänders	194
e) Die Übergabe des Treuguts oder ihre Ersetzung durch ein Übergabesurrogat .....	194
f) Gescheiterte sofortige und spätere Bildung eines Sondervermögens ...	196
2. Die Erwerbstreuhand an Mobilien .....	197
a) Die Sonderfälle des § 718 Abs. 2 BGB .....	197
b) Voraussetzungen für einen unmittelbaren Erwerb in das Treugut als Sondervermögen nach § 718 Abs. 1, 2. Alt. BGB .....	199
c) Der Fall einer „verdeckten“ Erwerbstreuhand .....	200
3. Die Vereinbarungstreuhand an Mobilien .....	204
4. Vergleich der Ergebnisse insbesondere mit dem bislang in der Rechtsprechung vertretenen Unmittelbarkeitsprinzip .....	205
5. Ursprüngliche Bestrebungen de lege ferenda zur Einführung von Refinanzierungs- und Konsortialregistern auch für bewegliche Sachen .....	208
III. Die Bildung von Treuhandvermögen an Grundstücken und an beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken .....	209
1. Die Übertragungstreuhand an Grundstücken und an beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken .....	209

a) Die Auslegung der Auffassung „zu treuen Händen“ sowie der dinglichen Einigung zur treuhänderischen Übertragung beschränkter dinglicher Rechte .....	209
aa) Allgemeines .....	209
bb) Der Maßstab für die Auslegung einer dinglichen Einigung im Vergleich zum Maßstab für die Auslegung von Grundbucheintragungen .....	210
cc) Die Auslegung einer dinglichen Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB als von den Parteien übereinstimmend treuhänderisch gewollt? ...	214
b) Die Auslegung der Eintragung des Treuhänders im Grundbuch und die Konsequenzen aus einer Abweichung zwischen Einigung und Eintragung .....	219
c) Abhilfe für künftige Fälle durch Eintragung des treuhänderischen Charakters der Rechtsinhaberstellung im Grundbuch .....	220
aa) Grundbucheintragung von Treuhandverhältnissen im Allgemeinen mittels eines Treuhandvermerks .....	220
bb) Grundbucheintragung im Sonderfall eines als rechtsfähige Außengesellschaft zu qualifizierenden Treuhandverhältnisses ....	223
d) Die treuhänderische Übertragung einer Briefhypothek oder einer Briefgrundschuld .....	226
2. Die Erwerbstreuhand und die Vereinbarungstreuhand an Grundstücken und an beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken .....	227
3. Vergleich der Ergebnisse mit den bislang in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Lösungen, insbesondere mit dem Unmittelbarkeitsprinzip .....	228
4. Die Einführung von Refinanzierungsregistern und die ursprünglich weitergehenden Bestrebungen eines Gesetzentwurfs vom 16. September 2004 .....	229
a) Der Gesetzentwurf vom 16. September 2004 zur Einführung von Refinanzierungs- und Grundpfandrechtsregistern und die neuen §§ 22a–22o KWG .....	229
b) Stellungnahme .....	231
aa) Die Regelung im Gesetzentwurf .....	231
bb) Die Regelung der §§ 22a ff. KWG, insbesondere des § 22j KWG ...	232
IV. Die Bildung von Treuhandvermögen an Forderungen .....	235
1. Die Übertragungstreuhand an Forderungen .....	235
2. Erwerbstreuhand und Vereinbarungstreuhand an Forderungen ..	236
3. Treuhandvermögen an Forderungen aus Verkauf und Kauf von Treugut und an aus der Erfüllung von treuhänderischen Forderungen Erlangtem .....	237
a) Forderungen aus dem Verkauf und dem Kauf von Treugut .....	237
b) Das in Erfüllung einer treuhänderisch gehaltenen Forderung Erlangte als Surrogat der Forderung .....	238
4. Die Bildung von Treuhandvermögen an Kontoguthaben .....	239

a)	Allgemeines zu Treuhandkonten und die Abgrenzung zur Treuhand- schaft von Banken an Geldbeträgen auf Sonderkonten .....	239
b)	Voraussetzungen für die Bildung von Treuhandvermögen an Kontoguthaben .....	240
c)	Bildung von Treuhandvermögen an Geldbeträgen, die noch nach Kündigung des Treuhandvertrags auf ein Treuhandkonto geleistet werden? .....	245
5.	Die Einführung von Refinanzierungsregistern und die weitergehenden Bestrebungen de lege ferenda .....	246
V.	Die Bildung von Treuhandvermögen an Wertpapieren .....	247
1.	Inhaberpapiere .....	247
a)	Übertragungstreuhand .....	247
b)	Vereinbarungstreuhand und Erwerbstreuhand .....	248
c)	Die besonderen Übereignungstatbestände der §§ 18 Abs. 3, 24 Abs. 2 Satz 1 DepotG .....	248
2.	Rektapapiere .....	249
3.	Orderpapiere .....	250
VI.	Die Bildung von Treuhandvermögen an Gesellschaftsanteilen .....	252
1.	Die Treuhandbeteiligung im Personengesellschaftsrecht .....	252
a)	Der Treuhandkommanditanteil .....	252
aa)	Die verschiedenen Konstellationen der Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand .....	252
bb)	Die Frage, ob eine Registereintragung (auch) des Treugebers zur Geltendmachung der treuhänderischen Bindung notwendig ist ...	256
b)	Die Treuhand am Gesellschaftsanteil eines OHG-Gesellschafters oder Komplementärs einer Kommanditgesellschaft .....	260
c)	Die Treuhandbeteiligung an Gesellschaftsanteilen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts .....	264
d)	Fazit und eine erste Folgerung hinsichtlich des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft .....	265
2.	Die Treuhandbeteiligung an einer GmbH .....	266
a)	Die verschiedenen Fälle einer Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand und das Formerfordernis nach § 15 Abs. 3 bzw. Abs. 4 Satz 1 GmbHG .....	267
aa)	Übertragungstreuhand .....	267
bb)	Erwerbstreuhand .....	269
cc)	Vereinbarungstreuhand .....	271
b)	Die weiteren Satzungsvoraussetzungen bei vinkulierten Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 5 GmbHG) .....	273
c)	Etwaige Anmeldevoraussetzungen nach §§ 16 Abs. 1, 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG .....	274
3.	Die Treuhandbeteiligung an einer Aktiengesellschaft .....	276
VII.	Fazit .....	277

## 4. Kapitel

Folgerungen hinsichtlich der Probleme der Treuhand  
im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht  
sowie im bürgerlichen Recht

I. Vollstreckungs- und insolvenzrechtliche Konsequenzen der dinglichen Einordnung des Treuhandvermögens .....	279
1. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder und Insolvenz des Treuhänders in den Fällen der Verwaltungstreuhand .....	279
a) Schutz des Treugebers bei Vollstreckungsmaßnahmen in Gegenstände des Treuhandvermögens aufgrund eines Titels gegen den Treuhänder .	279
b) Schutz des Treugebers hinsichtlich des Treuhandvermögens in der Insolvenz des Treuhänders .....	286
2. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treugeber und Insolvenz des Treugebers in den Fällen der Verwaltungstreuhand .....	288
a) Rechte des Treuhänders bei Vollstreckungsmaßnahmen in Gegenstände des Treuhandvermögens aufgrund eines Titels gegen den Treugeber ...	288
b) Rechte des Treuhänders hinsichtlich des Treuhandvermögens in der Insolvenz des Treugebers .....	291
3. Konsequenzen für Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei anderen Treuhandverhältnissen .....	292
a) Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei der Sicherungstreuhand	292
b) Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei Ermächtigungs-, Vollmachts- und „germanischer Treuhand“ .....	296
II. Überblick über die zivilrechtlichen Fragen im Außenverhältnis von Treugeber und Treuhänder zu Dritten .....	297
1. Vorab: Einige Fragen des Innenverhältnisses zwischen Treuhand und Treugeber .....	297
2. Schutz des Treugebers vor treuwidrigen Verfügungen des Treuhänders über Treuhandvermögen .....	300
a) Rechtslage bei einer dem Verfügungsempfänger verborgenen Treuhand .....	300
b) Rechtslage bei einer dem Verfügungsempfänger offen gelegten Treuhand .....	301
aa) Auslegung der Verfügungserklärung des Treuhänders .....	301
bb) Beschränkbarkeit der Verfügungsermächtigung und der Vertretungsmacht des Treuhänders? .....	301
(1) Die Frage einer unmittelbaren Erstreckung der Verfügungs- beschränkungen vom Innen- auf das Außenverhältnis .....	301

(2) Der Fall, dass der Treuhandvertrag eine Offenlegung des Treuhandverhältnisses nicht zulässt und der Treuhänder es dennoch offen legt .....	302
(3) Der Fall, dass der Treuhandvertrag eine Offenlegung des Treuhandverhältnisses zulässt .....	304
cc) Auswirkungen auf den Rechtsverkehr .....	304
dd) Fazit und Vergleich mit der Rechtslage bei Ermächtigungstreuhand und „germanischer Treuhand“ .....	308
3. Gutgläubiger Erwerb in das Treuhandvermögen durch den Treuhänder .....	309
4. Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht .....	311
a) Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht gegenüber treuhänderisch gehaltenen Forderungen .....	311
b) Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht im Zusammenhang mit Verpflichtungen, welche für Rechnung des Treugebers eingegangen sind .....	312
c) Fazit .....	314
5. Geltendmachung von treuhänderisch gehaltenen Ansprüchen gegenüber Dritten durch den Treugeber? .....	314
III. Die Haftungsverfassung bei der Verwaltungstreuhand und die Frage nach der „Rechtsfähigkeit“ der Treuhand .....	315
1. Die Außenhaftung von Treuhänder und Treugeber bei der Verwaltungstreuhand als nicht-rechtsfähiger Gesellschaft bürgerlichen Rechts .....	315
a) Die Haftung des Treuhänders .....	316
aa) Haftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten .....	316
bb) Schadensersatzhaftung wegen unerlaubter Handlungen .....	316
cc) Verpflichtungen aus §§ 812 ff. BGB .....	317
dd) Verpflichtungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag .....	321
b) Die Haftung des Treugebers .....	322
aa) Haftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten .....	322
(1) Abgrenzung zur Prämisse einer rechtsfähigen Außengesellschaft .....	322
(2) Die Treugeberhaftung unter der Prämisse des Treuhandverhältnisses als einer nicht-rechtsfähigen Gesellschaft .....	323
bb) Schadensersatzhaftung wegen unerlaubter Handlungen .....	324
cc) Verpflichtungen aus §§ 812 ff. BGB .....	325
dd) Verpflichtungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag .....	326
ee) Zwischenfazit .....	326
c) Mögliche Begrenzung des Haftungsumfangs auf das Treuhandvermögen .....	327
aa) Begrenzung der Treuhänderhaftung .....	327
bb) Begrenzung der Treugeberhaftung .....	329
2. Die „rechtsfähige Verwaltungstreuhand“ als rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Unterschiede in der Haftungsverfassung .....	333

a) Voraussetzungen für eine „rechtsfähige Verwaltungstreuhand“ unter Zugrundelegung der Rechtsprechungsgrundsätze nach BGHZ 146, 341 .....	333
aa) Anknüpfung der Rechtsfähigkeit an das Merkmal „Außengesellschaft“ und an weitere objektive Merkmale in BGHZ 146, 341 .....	334
bb) Das „Erforderlichkeitskriterium“ .....	336
cc) Zu den einzelnen objektiven Merkmalen und zu ihrem Verhältnis zueinander .....	338
(1) Am Rechtsverkehr teilnehmende Außengesellschaft als Kriterium?	338
(2) Fortbestand der Gesellschaft unabhängig vom Gesellschafter- wechsel als Voraussetzung der Rechtsfähigkeit .....	340
(3) Rechtsfähigkeit nur der unternehmenstragenden oder mit einer selbstständigen Organisation oder Identität ausgestatteten Gesellschaften? .....	342
(4) Rechtsfähigkeit der Gesellschaften allein schon wegen des Vorhandenseins eines Gesamthandvermögens? .....	344
dd) Das Erfordernis eines subjektiven Kriteriums zur Bejahung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts .....	346
ee) Übergang von einer nicht-rechtsfähigen in eine rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Recht und umgekehrt .....	348
ff) Ergebnis und Folgerung für die Verwaltungstreuhandverhältnisse	350
b) Einige wesentliche Konsequenzen für die Haftungsverfassung bei ausnahmsweise rechtsfähigem Treuhandverhältnis .....	351
aa) Akzessorische Haftung von Treuhänder und Treugeber als Gesellschaftern? .....	351
(1) Einführung und Bewertung von Doppelverpflichtungs- und Akzessorietätstheorie .....	351
(2) Der Begründungsansatz, die Gefahren einer Umgehung des gesetzlichen Gefüges der Gesellschaftsformen zu verhindern .....	354
(3) Begründung der persönlichen Gesellschafterhaftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten .....	356
(4) Begründung der persönlichen Gesellschafterhaftung für Verbindlichkeiten aus gesetzlichen Schuldverhältnissen .....	358
bb) Begrenzung der Haftung durch Beschränkung der Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag? .....	361
(1) Das Problem, wie begründet werden kann, dass Haftungs- begrenzungen nur durch Vereinbarung mit dem Gläubiger möglich sind .....	361
(2) Die Ausnahmen von dem Grundsatz, dass nur durch Vereinbarung mit dem Gläubiger die Gesellschafterhaftung begrenzt werden kann .....	365

## 5. Kapitel

Auswirkungen der gesellschaftsrechtlichen  
Qualifizierung in ausgewählten Rechtsgebieten  
und auf bestimmte Sonderfälle

I. Die Behandlung der Verwaltungstreuhand in einzelnen Rechtsgebieten .....	369
1. Verwaltungstreuhandbeteiligung an einer Personengesellschaft ..	369
a) Die Ausgestaltung der Beteiligung hinsichtlich der Rechte und Pflichten des Treugebers gegenüber der Hauptgesellschaft und deren Gesellschaftern .....	369
aa) Allgemein zur Trägerschaft am Gesellschaftsanteil .....	369
bb) Rechte, insbesondere Mitverwaltungsrechte des Treugebers in einer Personengesellschaft .....	370
(1) Der Standpunkt der Rechtsprechung und der mögliche Widerspruch zum Abspaltungsverbot und zum Grundsatz der Selbstorganschaft .....	370
(2) Lösung des Widerspruchs mit Hilfe der gesellschafts- rechtlichen Qualifizierung der Treuhandbeteiligung .....	372
(3) Erfordernis einer Zustimmung der anderen Gesellschafter der Hauptgesellschaft .....	374
(4) Weitere Voraussetzungen, unter denen der Treugeber ausnahms- weise bestimmte mitgliedschaftliche Rechte ausüben darf .....	374
cc) Pflichtenstellung des Treugebers gegenüber der Hauptgesellschaft und deren Gesellschaftern .....	380
b) Die Frage der Außenhaftung des Treugebers gegenüber den Gläubigern der Personengesellschaft .....	383
aa) Die Frage einer persönlichen Haftung des Treugebers bei Treuhandbeteiligungen an einem Kommanditanteil .....	383
(1) Grundsatz: Keine persönliche Haftung des Treugebers, wenn die Einlage geleistet ist oder noch nicht geleistet wurde .....	383
(2) Haftung des Treugebers wegen fehlender Eintragung im Handelsregister? .....	384
(3) Mögliche Haftung des Treugebers, wenn die Einlage zurück- gewährt wird .....	386
bb) Die persönliche Haftung des Treugebers bei Treuhand- verhältnissen an einem OHG-Anteil oder am Anteil eines Komplementärs .....	389
cc) Die persönliche Haftung des Treugebers bei Treuhand- beteiligungen an Gesellschaften bürgerlichen Rechts .....	390
dd) Fazit .....	391
c) Treuhandverhältnisse an Teilen von Gesellschaftsanteilen und die Abgrenzung von „reinen“ Unterbeteiligungen .....	392
d) Weitere Folgerungen aus der gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung der Treuhandbeteiligung an einer Personengesellschaft .....	394

aa)	Inhaltskontrolle von Publikumsgesellschaftsverträgen bei Zwischenschaltung eines Treuhänder-Gesellschafters	394
bb)	Das Widerrufsrecht bei Treuhandbeteiligungen an einer Publikumsgesellschaft über einen Treuhänder-Gesellschafter	395
2.	Die Verwaltungstreuhandbeteiligung an einer GmbH und an einer Aktiengesellschaft	398
a)	Die treuhänderische Beteiligung an einer GmbH	398
aa)	Die Frage der Ausübung von Gesellschafterrechten durch den Treugeber	398
(1)	Grundsätzliche Zulässigkeit einer Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Treugeber im Hinblick auf das Abspaltungsverbot	398
(2)	Voraussetzungen für die Ausübung von Gesellschafterrechten durch den Treugeber	401
bb)	Die Frage nach einer Pflicht zur Offenlegung der Treuhand- schaft gegenüber der Hauptgesellschaft oder deren Gesellschaftern	404
cc)	Die Gesellschafterpflichten des Treugebers gegenüber der Hauptgesellschaft	406
dd)	Die Frage der (entsprechenden) Anwendbarkeit von §§ 32a, 32b GmbHG und §§ 30, 31 GmbHG auf Darlehen des Treugebers an die GmbH	409
ee)	Die Frage der Außenhaftung des Treugebers gegenüber den Gläubigern der GmbH	409
b)	Die treuhänderische Beteiligung an einer Aktiengesellschaft	412
aa)	Die Ausübung von Aktionärsrechten durch Treuhänder oder Treugeber	412
bb)	Die Pflichten des Treugebers gegenüber der Aktiengesellschaft und den anderen Aktionären	414
c)	Die Abgrenzung der Treuhandbeteiligung an Kapitalgesellschaften von „reinen“ Unterbeteiligungen	415
3.	Die Zurechnung von Treuhandbeteiligungen im Konzernrecht	415
4.	Die rechtsgeschäftliche Treuhand im Handelsrecht	417
a)	Punktuelle Anwendung der Treuhandregeln auf Handelsgeschäfte	417
b)	Das Verhältnis der gesellschaftsrechtlich qualifizierten Verwaltungstreuhand zu §§ 392 Abs. 2, 422 Abs. 2, 457 Satz 2 HGB	419
5.	Die Anwendung des Rechts der Verwaltungstreuhand auf unselbstständige Stiftungen (die „Stiftungstreuhand“)	422
6.	Ausblick auf mögliche neue Ansätze für eine Transposition von trust-Verhältnissen in deutsches Recht	428
II.	Die Sonderfälle bei Beteiligung einer Mehrzahl von Treugebern und bei einer „doppel- oder mehrseitigen Treuhand“	432
1.	Die Verwaltungstreuhand für mehrere Treugeber	432
a)	Einführung und Abgrenzung der behandelten Fallgruppe	432
b)	Der Fall einer Vielzahl zweigliedriger Treuhandverhältnisse	432
c)	Der Fall eines einzigen mehrgliedrigen Treuhandverhältnisses	436

2. Die Behandlung der so genannten „doppel- oder mehr- seitigen Treuhand“ .....	438
a) Überblick über die verschiedenen Fälle der so genannten „Sicherungs- doppeltreuhand“ und des Treuhandliquidationsvergleichs .....	438
b) Konsequenzen aus der gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung der Verwaltungstreuhand für die Fälle der „doppel- oder mehrsseitigen Treuhand“ .....	442
aa) Die Verwaltungstreuhand an Sicherungsrechten .....	442
bb) Die Verwaltungstreuhand an Treugut, an dem ein Sicherungs- recht zugunsten eines Sicherungsnehmers eingeräumt wird .....	445
cc) Der außergerichtliche Treuhandliquidationsvergleich .....	447

### 6. Kapitel

#### Zusammenfassung und Ausblick

I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	451
II. Ausblick auf andere Rechtsgebiete, insbesondere auf die steuerrechtliche Behandlung rechtsgeschäftlicher Verwaltungs- treuhandverhältnisse .....	468
III. Schlussfazit .....	474
 Literaturverzeichnis .....	 477
 Sachregister .....	 513



## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von Österreich (1811)
abl.	ablehnend
ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Jahrgang, Serie, Nummer)
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861)
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AfA	Absetzung für Abnutzung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e)
Alt.	Alternative
a. M.	am Main
AnfG	Anfechtungsgesetz (Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuslInvestmG	Auslandinvestment-Gesetz, Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

BankA	Bank-Archiv: Zeitschrift für das Bank- und Börsenwesen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebsberater, Zeitschrift für Recht und Wirtschaft
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung / bearbeitet
begr.	begründet
Beil.	Beilage
Beschl. v.	Beschluss vom (Datum)
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bl.	Blatt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BNotO	Bundesnotarordnung
BörsG	Börsengesetz
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BSG	Bundessozialgericht
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
D.	Digesten
DB	Der Betrieb
dens.	denselben
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift

Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	DStR-Entscheidungsdienst
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Entscheidungssammlung)
Einl	Einleitung
Entsch.	Entscheidung
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
Erg.lfg.	Ergänzungslieferung
erl.	erläutert
EStG	Einkommensteuergesetz
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende (Seite)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende (Seiten)
FG	Festgabe oder Freundesgabe
Fn.	Fußnote
fortgef.	fortgeführt
FR	Finanz-Rundschau für Einkommensteuer mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer
FS	Festschrift
Gai. Inst.	Gaius Institutiones
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GBV	Grundbuchverfügung (Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung)
GemO	Gemeindeordnung
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GrS	Großer Senat
grsl.	grundsätzlich
GrStG	Grundsteuergesetz
GrSZ	Großer Senat für Zivilsachen
GruchBeitr	Gruchot Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Band, Seite)
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Halbbd.	Halbband
HGB	Handelsgesetzbuch

h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HypBankG	Hypothekendarbankgesetz
i. Erg.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Inst. Iust.	Institutiones Iustiniani
InvG	Investmentgesetz
InVo	Insolvenz und Vollstreckung
IPRax	Praxis des Internationalen Privatrechts (Zeitschrift)
i. V. m.	in Verbindung mit
JherJb	(Jherings) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Band, Jahrgang)
JMBL. NRW	Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung (außer Kraft getreten, mit der VgLO zusammengeführt in der InsO)
krit.	kritisch
KS	Kartellsenat
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (Konkurs, Treuhand, Sanierung)
KWG	Kreditwesengesetz
KWG-E	Kreditwesengesetz in der Fassung des Gesetzentwurfs des BMJ zur Änderung der InsO, des KWG und anderer Gesetze vom 16. September 2004
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	littera (Buchstabe)
LM	Lindenmaier-Möhring (Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes)
LS	Leitsatz
LwZS	Landwirtschaftlicher Zivilsenat
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht

m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
m. N.	mit Nachweis(en)
Mot. I	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I (1888)
Mot. II	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II (1888)
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NJW-Spezial	NJW-Spezial: Die wichtigsten Informationen zu speziellen Rechtsgebieten (Beilage der NJW)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
o. ä.	oder ähnliche(s)
OFD	Oberfinanzdirektion
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (ab 1900)
OLGR	OLG-Report (getrennt für jedes OLG)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (ab 1965)
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
Paul.	Paulus
PfandBG	Pfandbriefgesetz
prALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
Prot. I	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band I
Prot. II	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band II
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts)
RegE	Regierungsentwurf
RFH	Reichsfinanzhof
RFHE	Entscheidungssammlung des Reichsfinanzhofes

RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite / Satz
Sen.	Senat
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Seite)
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StrS	Strafsenat
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift für die gesamte Steuerwissenschaft)
Teilbd.	Teilband
u. a.	unter anderem
Ulp.	Ulpianus
UmwG	Umwandlungsgesetz
UR	Umsatzsteuerrundschau
Urt. v.	Urteil vom (Datum)
UStG	Umsatzsteuergesetz
v.	von, vom
v. a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz (inzwischen außer Kraft)
Verf.	Verfasser
VerglO	Vergleichsordnung (außer Kraft getreten, mit der KO zusammengeführt in der InsO)
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
Vol.	Volumen (Band)
Vorbem.	Vorbemerkung
VU	Versäumnisurteil
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
Warn	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
WG	Wechselgesetz
Wiss. Red.	Wissenschaftliche Redaktion
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb / Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfgKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (und Insolvenzpraxis)
Zit.	Zitierweise
ZPO	Zivilprozessordnung
ZS	Zivilsenat
z. T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess



# Einleitung

## I. Problemstellung

Bis heute ist die rechtsgeschäftliche Treuhand ein „rätselhaftes Rechtsinstitut“ geblieben.<sup>1</sup> Kaum eine gesetzlich ungeregt gebliebene Materie des Privatrechts hat länger und drängender die Frage nach einer spezifisch rechtlichen Begründung aufgeworfen wie das Problem, warum der Treugeber so behandelt werden soll, als ob er Rechtsinhaber des Treuguts sei, obwohl die gängige rechtliche Konstruktion dem Treugeber nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Treuhänder in Bezug auf das Treugut zubilligt. Nach dem Grund für diese „Als-ob-Behandlung“ zu fragen, heißt zugleich, ihre Grenzen auszuloten. Umgekehrt können im Einzelfall die rechtlichen Bedingungen und Kriterien dafür, dass der Treugeber wie ein dinglich Berechtigter gelten soll, nur bestimmt werden, wenn jene Grundfrage beantwortet ist. Formeln wie zum Beispiel diejenige, der Treugeber sei „wirtschaftlicher“ Eigentümer,<sup>2</sup> ihm sei das Treugut „haftungsrechtlich zugeordnet“,<sup>3</sup> ihm gebühre der Schutz wie einem Rechtsinhaber wegen der „Anforderungen, die ... die materielle Gerechtigkeit stellt“,<sup>4</sup> sind stets Zweifeln ausgesetzt, wie weit die „wirtschaftliche“ oder „haftungsrechtliche“ Zuordnung des Treuguts oder die Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit gehen sollen. Gerade die Grenzen dessen, was eine rechtsgeschäftliche Treuhand zu einer „echten“ Treuhand mit einer „quasi-dinglichen“ Rechtsstellung für den Treugeber machen kann, sowie die dahinter stehenden rechtlichen Wertungen scheinen von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet, von Rechtsproblem zu Rechtsproblem und sogar von Fall zu Fall verschieden zu sein.

Für die einzelnen Rechtsbereiche hat sich in Wissenschaft und Rechtspraxis eine Vielzahl bestimmter Voraussetzungen herauskristallisiert, unter denen der fiduziarisch gebundene „Vollrechts“-Treuhandler eben doch nicht als „voller“ Rechtsinhaber behandelt werden soll. Dies zeigen sowohl die grundlegenden

---

<sup>1</sup> So *K. Schmidt*, in: FS Wiegand, 2005, 933 (962, ferner 935 und im Titel), mit besonderem Bezug auf das Treuhandkonto.

<sup>2</sup> Zu solchen und ähnlichen Formulierungen vgl. z.B. RG (VII. ZS), Urt. v. 9.6.1931, RGZ 133, 84 (87) = JW 1931, 3105; BGH (IX. ZS), Urt. v. 19.11.1992, WM 1993, 83 (84) = NJW-RR 1993, 301.

<sup>3</sup> *Henckel*, in: FS Coing, Bd. 2, 1982, 137 (147).

<sup>4</sup> RG (V. ZS), Urt. v. 20.3.1912, RGZ 79, 121 (122).

Werke von *Siebert*,<sup>5</sup> *Coing*<sup>6</sup> und *Grundmann*<sup>7</sup> sowie der Beitrag von *Henssler*<sup>8</sup> als auch Monographien zu spezielleren Teilproblemen der Treuhand wie aus neuester Zeit zum Beispiel diejenigen von *Armbrüster*<sup>9</sup> und *Koos*<sup>10</sup> und die jüngst veröffentlichten weiteren Habilitationsschriften von *Bitter*<sup>11</sup> und *Löhnig*.<sup>12</sup> Angesichts dieser beeindruckend dichten wissenschaftlichen Durchdringung des Themas mögen die Ansätze für eine dogmatische Begründung der in der Rechtspraxis zu einzelnen Treuhandproblemen gefundenen Lösungen auf den ersten Blick ausgereizt erscheinen. Dennoch stellt sich eine Reihe von Fragen, die nach wie vor nicht endgültig gelöst sind: Weshalb beispielsweise soll der Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders oder bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Treugut im Grundsatz nur dann dinglichen Schutz genießen, wenn er dem Treuhänder unmittelbar das Eigentum oder eine andere Vollrechtsinhaberschaft am Treugut übertragen hat, mithin wenn das Unmittelbarkeitsprinzip gewahrt wird? Ist es gerechtfertigt, dass der Treugeber in den Fällen weniger Schutz verdient, in welchen der Treuhänder Rechtsinhaber des Treugutgegenstands ist oder den Gegenstand von einem Dritten erwirbt, bevor er mit dem Treugeber vereinbart, den Gegenstand treuhänderisch für den Treugeber zu halten? Warum wird der Treugeber nicht auch bei einer missbräuchlichen Verfügung des Treuhänders über das Treugut gegenüber Dritten so behandelt, als hätte der Treugeber ein dingliches Recht am Treugut? Worin unterscheidet sich die Pflicht des Treuhänders zur strikten Wahrung der Interessen des Treugebers – *Grundmann* nennt diese Pflicht „Interessenwahrungspflicht *strictu sensu*“<sup>13</sup> – von anderen Treupflichten? Warum sind alle Versuche gescheitert, ein „einheitliches“ Treuhandrecht zu entwickeln, das Verwaltungs- und Sicherungstreuhand sowie die fiduziarische Treuhand, die Ermächtigungstreuhand, die Vollmachtstreuhand und die aufschiebend oder auflösend bedingten Treuhandübertragungen durch eine gemeinsame Klammer verbindet? Angesichts dieser und noch einiger weiterer Fragen, die sogleich in einem einführenden ersten Kapitel erörtert werden, soll in der vorliegenden Arbeit versucht werden, bezogen auf das Außenverhältnis der rechtsgeschäftlichen Treuhand eine die verschiedenen Rechtsgebiete übergreifende Begründung zu erarbeiten,

---

<sup>5</sup> Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis: Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem, 1933.

<sup>6</sup> Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973.

<sup>7</sup> Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand, 1997.

<sup>8</sup> „Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit“, AcP 196 (1996), 37 ff.

<sup>9</sup> Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001.

<sup>10</sup> Fiduziarische Person und Widmung: Das stiftungsspezifische Rechtsgeschäft und die Personifikation treuhänderisch geprägter Stiftungen, 2004.

<sup>11</sup> Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand, 2006.

<sup>12</sup> Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, 2006.

<sup>13</sup> *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 167, 169, 192 ff.

die sich in das Gesamtsystem der Rechtsordnung einpasst und am Willen der Parteien eines Treuhandvertrags ausrichtet.

Wie der Titel der Arbeit verrät, soll die rechtsgeschäftliche Treuhand mit der Gesamthand in Verbindung gebracht werden. Diese ist gesetzlich geregelt und könnte der übergeordnete Typus sein, dem die rechtsgeschäftliche Treuhand zuzurechnen wäre. Treuhand und Gesamthand wurden bislang voneinander abgegrenzt, ohne dass aus möglicherweise bestehenden Gemeinsamkeiten der beiden Rechtsinstitute Schlüsse für die Treuhand gezogen worden wären. Ähnlichkeiten bestehen schon bei flüchtigem Betrachten zum Beispiel hinsichtlich der Zweckrichtung von rein vermögensverwaltenden Gesellschaften und Verwaltungstreuhandverhältnissen, hinsichtlich der Möglichkeit einer Innengesellschaft einerseits und einer verdeckten Treuhand andererseits, in dinglicher Hinsicht die Behandlung auch eines Treuguts als Sondervermögen und in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht die häufig konstatierten Überschneidungen zwischen Treuhand- und Unterbeteiligung. Es muss zudem untersucht werden, wie sich ein gesellschaftsrechtliches Verständnis der Treuhand oder jedenfalls bestimmter Treuhandverhältnisse auf den Gebieten des privaten Wirtschafts- und Verfahrensrechts auswirkt. Bewährt sich ein solches Verständnis, könnte dies wiederum Rückschlüsse auf die gesellschaftsrechtliche Qualifizierung der Treuhand zulassen oder diese Qualifizierung bestätigen.

## II. Terminologisches

Die Rechtsprechung sortiert rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse in die Kategorien der „echten“ und der „unechten Treuhand“ ein.<sup>14</sup> Die Bedeutung dieser Kategorien verblasst allerdings angesichts der Fragen, worin materiell die Unterschiede zwischen den einzelnen Treuhandverhältnissen liegen sollen, warum sie bestehen und wie die unterschiedlichen Rechtsfolgen zu erklären sind. Nur auf diese Unterschiede soll es im Folgenden ankommen.

Nach dem Zweck und der Funktion wird allgemein die Verwaltungstreuhand von der Sicherungstreuhand abgegrenzt. Dieses Begriffspaar soll hier zunächst als vorgefunden verwendet werden, bevor Berechtigung und Begründung dieser Unterscheidung näher zu untersuchen sind. Bei der Sicherungstreuhand, insbesondere einer Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung, handelt der Sicherungsnehmer eigennützig. Er kann insoweit nicht mit einem Verwaltungstreuhand verglichen werden, der fremdnützig die Interessen des Treugebers wahrnimmt. Der Begriff der Verwaltungstreuhand soll in einem möglichst weitgehenden Sinne verstanden werden, um einen weiten Blickwinkel einnehmen und alle Treuhandverhältnisse außer der Sicherungstreuhand

---

<sup>14</sup> Siehe sogleich näher S. 8, 10 ff.

erfassen zu können. Unter den Begriff einer Verwaltungstreuhand soll nicht nur eine Verwaltungstätigkeit gefasst werden, sondern auch ein bloß treuhänderisches Halten eines aus dem Vermögen des Treugebers ausgeschiedenen Gegenstands im Interesse und für Rechnung des Treugebers. Zum Beispiel die Inkassozeession oder das Notaranderkonto können ebenfalls Verwaltungstreuhand sein.<sup>15</sup>

Nach der rechtlichen Einkleidung werden im Wesentlichen die fiduziarische („Vollrechts-“)Treuhand, die Ermächtigungs-, die Vollmachtstreuhand und die Treuhandverhältnisse unterschieden, bei denen der Gegenstand des Treuguts unter einer auflösenden Bedingung (vom Treugeber an den Treuhänder) oder unter einer aufschiebenden Bedingung (vom Treuhänder an den Treugeber) übertragen wird. Für diese rechtlichen Möglichkeiten kann ein gemeinsamer Nenner allenfalls darin gefunden werden, dass sie mehr oder minder ähnlichen Zwecken dienen und damit einem übergeordneten Typus der Treuhand angehören. Daraus allein können jedoch keine rechtlichen Schlüsse gezogen werden. Wegen der dogmatischen Unsicherheiten über den Schutz des Treugebers bei der fiduziarischen Treuhand ist verschiedentlich vorgeschlagen worden, auf die anderen Möglichkeiten rechtlicher Einkleidung auszuweichen oder die fiduziarische Treuhand sogar ganz durch eine dieser anderen Möglichkeiten zu ersetzen.

Ferner werden die offene und die verdeckte Treuhand in bestimmter Hinsicht verschieden behandelt. Bisher nicht hinreichend geklärt sind die Rechtsfolgen einer Offenlegung des Treuhandverhältnisses im Rechtsverkehr mit Dritten. Bei Treuhandbeteiligungen an Gesellschaften stellt sich zusätzlich das Problem, welche Bedeutung die Offenlegung der Treuhand gegenüber der Gesellschaft und deren Gesellschaftern einerseits und die Offenlegung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft andererseits haben kann. Hinsichtlich der verdeckten, „stillen“ Verwaltungstreuhand wird überwiegend daran festgehalten, dass der Treugeber einen „quasi-dinglichen“ Schutz am Treugut unter bestimmten Voraussetzungen auch dann genießen kann, wenn der Treuhänder das Treuhandverhältnis gegenüber Dritten nicht offenlegt. Eine dogmatische Begründung für diese Entscheidung steht nach wie vor aus und wird umso dringlicher gesucht, als die Gerichte in Einzelfällen und einige Autoren im Allgemeinen den Schutz des Treugebers von der Einhaltung eines Offenheitsprinzips abhängig machen.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Z. T. wird die Verwaltungstreuhand enger verstanden, vgl. z.B. *Gernhuber*, JuS 1988, 355 (356) (die Inkassozeession ausklammernd); MünchKomm-*Ganter*, InsO, 2. A., 2007, § 47 Rn. 359; die Inkassozeession jedoch als Fall der Verwaltungstreuhand begreifend z.B. BGH (VIII. ZS), Urt. v. 22.10.1957, BGHZ 25, 360 (367).

<sup>16</sup> Vgl. an dieser Stelle nur *Canaris*, in: FS Flume, Bd. 1, 1978, 371 (412 ff.); *Heinsius*, in: FS Henckel, 1995, 387 (395, 397, 399).

Bei der Unterscheidung zwischen Übertragungstreuhand, Erwerbstreuhand und „reiner“ Vereinbarungstreuhand handelt es sich um die begriffliche Fassung bestimmter Sachverhaltskonstellationen, in welcher Weise das Treugut zum Treuhänder gelangt. Auf diese Unterscheidung soll sogleich in Kapitel 1<sup>17</sup> und in Kapitel 3<sup>18</sup> näher eingegangen werden.

### III. Gang der Untersuchung

Ausgangspunkt für diese Untersuchung sind die offen gebliebenen Streitfragen, wie die rechtsgeschäftliche Treuhand in die bestehende Rechtsordnung allgemein und in das Recht der Treuhandverhältnisse im Besonderen konsistent und systematisch integriert werden kann, sowie die hierfür in der Rechtspraxis und in der Wissenschaft gegebenen Antworten. In einem einführenden ersten Kapitel werden diese Systematisierungsversuche und ihre möglichen Schwächen erörtert (Kapitel 1, I.) und die wesentlichen zivilrechtlichen und zivilverfahrensrechtlichen Fragen, Widersprüche und Lücken des Rechts der rechtsgeschäftlichen Treuhand zusammen mit den bisherigen Lösungskonzepten vorgestellt (II.). Zu untersuchen ist ferner, ob der Gesetzgeber für manche gesetzlichen Treuhandverhältnisse Grundmuster entwickelt hat, die auf rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse angewendet werden können (III.). Dies alles mündet in die entscheidende Frage, wie der „quasi-dingliche“ Charakter der Treugeberstellung und die rechtsgeschäftliche Bildung eines Sondervermögens am Treugut zivilrechtlich begründet werden können (IV.).

In einem zweiten, schuldrechtlich angelegten Kapitel steht die rechtliche Qualifizierung eines Treuhandvertrags im Mittelpunkt. Es wird zunächst der typenfremde Charakter eines Treuhandvertrags (Kapitel 2, I.) und sein Verhältnis zu den Typen des Geschäftsbesorgungsvertrags und des Gesellschaftsvertrags untersucht (II.), bevor eingehend der Verwaltungstreuhandvertrag (III.) und sodann Sicherungstreuhand, Ermächtigungstreuhand und andere Treuhandarten mit einem Gesellschaftsvertrag typologisch verglichen werden (IV.).

In einem dritten, sachenrechtlich ausgerichteten Kapitel wird erörtert, wie das Treugut dinglich zuzuordnen ist und unter welchen Voraussetzungen rechtsgeschäftlich ein Treuhandsondervermögen als ein Gesamthandvermögen gebildet werden kann. Nach terminologischen Unterscheidungen und der Vorfrage, ob bei einer verdeckten (Verwaltungs-)Treuhand überhaupt ein Sondervermögen begründet werden darf (Kapitel 3, I.) – muss im Einzelnen zwischen beweglichen Sachen (II.), Grundstücken und beschränkt dinglichen Rechte an Grundstücken (III.), Forderungen (einschließlich Treuhandkonten) (IV.),

---

<sup>17</sup> Siehe unten S. 9.

<sup>18</sup> Siehe Kapitel 3, II–VI (S. 189 ff.), zur Frage der Bildung von Treuhandvermögen.

Wertpapieren (V.) und Gesellschaftsanteilen (VI.) sowie jeweils zwischen den Konstellationen der Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand differenziert werden.

Eine neue gesellschaftsrechtliche Qualifizierung der Verwaltungstreuhand kann nur aufrechterhalten werden, wenn sie sich im Gefüge der Rechtsordnung bewährt. Deswegen werden in den Kapiteln 4 und 5 Folgerungen und Auswirkungen der vertretenen Thesen in den einzelnen Rechtsbereichen analysiert. In Kapitel 4 werden die vollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Konsequenzen aus einer dinglichen Einordnung des Treuhandvermögens gezogen (Kapitel 4, I.). Die wesentlichen, in Kapitel 1 aufgeworfenen offenen Fragen der Verwaltungstreuhand im Zivilrecht werden aus einem gesellschaftsrechtlichen Verständnis der Verwaltungstreuhand heraus neu beleuchtet, wobei sich die Untersuchung auf die Probleme des Außenverhältnisses der Treuhand konzentriert (II.). Hinsichtlich der Außenhaftung von Treuhänder und Treugeber bei der rechtsgeschäftlichen Verwaltungstreuhand muss zusätzlich die Frage aufgeworfen werden, ob es neben nicht-rechtsfähigen auch rechtsfähige Treuhandverhältnisse in Anlehnung an die Rechtsprechung zur rechtsfähigen Außengesellschaft bürgerlichen Rechts gibt (III.).

Die weiteren Auswirkungen einer gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung der Verwaltungstreuhand in ausgewählten Rechtsbereichen und für bestimmte Sonderfälle sind Gegenstand von Kapitel 5. Unter den ausgewählten Rechtsbereichen (Kapitel 5, I.) liegt ein Schwerpunkt auf den Treuhandbeteiligungen an Personen- und Kapitalgesellschaften, ferner wird auf die Zurechnung von Treuhandbeteiligungen im Konzernrecht, auf das Verhältnis der Verwaltungstreuhand zu Handelsgeschäften mit Treuhandcharakter sowie auf die Behandlung unselbstständiger Stiftungen („Stiftungstreuhand“) und die Transposition anglo-amerikanischer *trusts* in deutsches Recht eingegangen. Die Sonderfälle (II.) betreffen die Beteiligung einer Mehrzahl von Treugebern und die Behandlung der so genannten „doppel- oder mehrseitigen Treuhand“.

Kapitel 6 enthält eine Zusammenfassung der wesentlichen Thesen und einen Ausblick auf weitere Konsequenzen der hier befürworteten, neu ausgerichteten Treuhanddogmatik für andere Rechtsgebiete, vor allem für das Steuerrecht. Insbesondere werden die zuvor für die privatrechtliche Behandlung rechtsgeschäftlicher Verwaltungstreuhandverhältnisse aufgestellten Thesen in Beziehung gesetzt zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht und zu einigen wesentlichen Aspekten des Einkommensteuerrechts. Auf eine eingehende Behandlung rechtsgeschäftlicher Verwaltungstreuhandverhältnisse im Steuerrecht wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit verzichtet. Dieses Thema soll an anderer Stelle gesondert erörtert werden.

## 1. Kapitel

# Die Hauptprobleme des Treuhandrechts und die bisherigen Lösungsansätze

## I. Die Frage einer Systematisierung rechtsgeschäftlicher Treuhandverhältnisse

### 1. Das Scheitern einer begründeten und klaren Begriffsbildung der Vollrechtstreuhand

#### a) Die verschiedenen Systematisierungsversuche anhand des Unmittelbarkeitsgrundsatzes

Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse werden vielfach definiert als „Rechtsgeschäfte ..., bei denen jemandem (dem Treuhänder) Rechte eingeräumt werden, die er im eigenen Namen, aber (zum mindesten auch) im Interesse eines anderen (des Treugebers oder eines Dritten, Begünstigten) ausüben soll und bei deren Ausübung er mit Rücksicht auf diesen Zweck in bestimmter Weise gebunden ist“<sup>1</sup>. Diese Definition ist nur ein Beispiel für viele ähnliche Formulierungen.<sup>2</sup> Sie sind geprägt von dem frühen Bemühen, Treuhandgeschäfte von unwirksamen Scheingeschäften abzugrenzen.<sup>3</sup> Insbesondere *Regelsberger* griff im 19. Jahrhundert auf die römisch-rechtliche *fiducia* zurück, um Treuhandgeschäfte dem Einwand zu entziehen, sie seien simuliert und daher nichtig.<sup>4</sup> Dieser Simulationseinwand gegen die Wirksamkeit von Treuhandgeschäften wird jedenfalls seit Geltung von § 117 BGB nicht mehr ernsthaft erwogen. Zurück bleibt die Frage,

---

<sup>1</sup> Staudinger-*Coing*, BGB, 11. A., 1957, Einl. vor § 104 ff. Rn. 60.

<sup>2</sup> Für ähnlich formulierte Definitionen vgl. z.B. *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2, 15. A., 1960, § 148 II (S. 920); *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. 2, 1965, § 19 I 1 (S. 71 f.); *Heinsius*, in: FS Henckel, 1995, 387 (388); *Bork*, AT, 2. A., 2006, Rn. 1313; MünchKomm-*Ganter*, InsO, 2. A., 2007, § 47 Rn. 355. Zur geschichtlichen Darstellung der einzelnen Entwicklungsstränge vgl. z.B. *Wiegand*, in: FS Fikentscher, 1998, S. 329 (331 ff.).

<sup>3</sup> Hierzu ausführlich aus historischer Sicht z.B. *Löhnig*, Treuhand, 2006, S. 17 ff.

<sup>4</sup> Vgl. *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157 (172 f., 177); ferner z.B. *v. Lang*, AcP 83 (1894), 336 ff. Zur Treuhandtheorie des 19. Jahrhunderts siehe z.B. *Coing*, *RabelsZ* 37 (1973), 202 (203 ff.); ausführlich *Hofer*, in: *Helmholz/Zimmermann*, *Itinerae Fiduciae*, 1998, S. 389 ff.; sowie jüngst *Löhnig*, aaO. S. 13 ff. (speziell zu *Regelsberger* S. 23 ff.).

welche Differenzierungskraft Formulierungen haben können, mit denen umschrieben werden soll, was rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse sind, und welche Folgerungen sich für die rechtliche Behandlung dieser Verhältnisse ergeben.

Mehr als eine gemeinsame Klammer sind Definitionen wie die erwähnte nie gewesen. Sie können neben der Vollrechtstreuhand oder fiduziarischen Treuhand sogar die Sicherungstreuhand<sup>5</sup> sowie die Ermächtigungs- und die Vollmachtstreuhand umfassen. Fraglich ist, ob diese letzteren Rechtsverhältnisse und ferner die „germanischen Treuhänderschaften“ mit begrenzter Rechtsmacht nach außen in eine einheitliche Treuhandkonzeption passen und in welchem Verhältnis sie zueinander und zur Vollrechtstreuhand stehen.<sup>6</sup> Rechtliche Schlüsse können aus den Definitionsversuchen allein nicht gezogen werden. Dies hat sich zum Beispiel bei der Suche nach einem Merkmal für die Unterscheidung zwischen Treuhand- und Unterbeteiligung gezeigt.<sup>7</sup> Inzwischen begnügt sich die kommentierende Literatur meist mit der Feststellung, dass es einen eindeutigen Rechtsbegriff der Treuhand nicht gebe.<sup>8</sup>

Bereits der herkömmliche Versuch einer begrifflichen Systematisierung in „echte“ und „unechte“ Treuhandverhältnisse<sup>9</sup> sorgt für Unklarheiten. Zum Beispiel wird teilweise nur die fiduziarische Treuhand – darunter auch die Sicherungstreuhand – als „echte“ Treuhand bezeichnet, nicht aber zum Beispiel Ermächtigungs- oder Vollmachtstreuhand.<sup>10</sup> Demgegenüber hat die Rechtsprechung früh auch unter den Vollrechts- oder fiduziarischen Treuhandverhältnissen „echte“ Treuhandverhältnisse oder Treuhandverhältnisse „im Rechtsinne“ von „unechten“ oder „uneigentlichen“ Treuhandverhältnissen unterschieden, und zwar nach dem zentralen Erfordernis des „Anvertrauens zu treuen Händen“.<sup>11</sup> Darunter verstand das Reichsgericht, dass ein Gegenstand

<sup>5</sup> Zur „überschießenden Rechtsmacht“ bei der Sicherungstreuhand siehe nur den Titel der Arbeit von *Michel*, Überschießende Rechtsmacht als Problem abstrakter und nicht-akzessorischer Konstruktionen: Eine Untersuchung anhand einzelner Durchbrechungen bei Sicherungseigentum/-abtretung, bei der Sicherungsgrundschuld, bei Scheck und Wechsel und bei der Vollmacht, 2000.

<sup>6</sup> Dies soll hier noch zurückgestellt und erst unter 2. (S. 21 ff.) angesprochen werden.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. *Henssler*, AcP 196 (1996), 37 (44); *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000, S. 67. Siehe näher vor allem Kapitel 2, III 3d cc (S. 149 ff.) und Kapitel 5, I 1c (S. 392 ff.).

<sup>8</sup> Vgl. z.B. *Staudinger-Busch*, BGB, Neubearb. 2005, Einl. §§ 398 ff. Rn. 51; MünchKomm-*Ganter*, InsO, 2. A., 2007, § 47 Rn. 355; *Larenz*, Allgemeiner Teil, 7. A., 1989, § 30 I b 2 (S. 588); MünchKomm-*Schramm*, BGB, 5. A., 2006, Vor § 164 Rn. 28; siehe ferner *Gernhuber*, JuS 1988, 355.

<sup>9</sup> Vgl. an dieser Stelle nur *Staudinger-Martinek*, BGB, Neubearb. 2006, Vorbem. §§ 662 ff., Rn. 41.

<sup>10</sup> So z.B. *Ganter*, in: FS Kref, 2004, 251 = ZInsO 2004, 1217.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. RG (VII. ZS), Urt. v. 19.2.1914, RGZ 84, 214 (217); (V. ZS), Urt. v. 10.10.1917, RGZ 91, 12 (16); (VI. ZS), Urt. v. 6.3.1930, RGZ 127, 341 (344); (VII. ZS), Urt. v. 9.6.1931,

aus dem Vermögen der einen Vertragspartei (des Treugebers) einem anderen (dem Treuhänder) „zu treuen Händen anvertraut, d.h. übereignet“ wird, „und zwar derart, dass der andere das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll“<sup>12</sup>. Dieses Erfordernis wurde später als *Unmittelbarkeitsgrundsatz* bezeichnet.<sup>13</sup> Hieran knüpfte die Rechtsprechung vor allem die Lösung der Frage, ob der Treugeber im Konkurs bzw. in der Insolvenz des Treuhänders und bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen ihn ein Aussonderungsrecht geltend machen bzw. eine Drittwiderspruchsklage erheben kann.<sup>14</sup> Der Treugeber soll also insbesondere dann nicht nach §§ 771 ZPO, 47 InsO geschützt sein, wenn der Treuhänder das Treugut von einem Dritten erwirbt, um es treuhänderisch für den Treugeber zu halten und zu verwalten.<sup>15</sup> Dies wird häufig als *Erwerbstreuhand* bezeichnet. Des Schutzes durch die erwähnten Rechte soll der Treugeber auch zum Beispiel dann entbehren, wenn er mit dem Treuhänder lediglich vereinbart, dass der Treuhänder einen seiner Verfügungsmacht unterstehenden Gegenstand künftig treuhänderisch für den Treugeber zu halten und zu verwalten habe. Letzteres wird oft „reine“ Vereinbarungstreuhand genannt, um sie von allen übrigen rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnissen zu unterscheiden, die zusätzlich zur Vereinbarung zwischen Treugeber und Treuhänder einen Erwerbs- oder Übertragungsakt enthalten.<sup>16</sup> Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes gemeint ist, soll im Folgenden die „reine“ Vereinbarungstreuhand schlicht Vereinbarungstreuhand genannt werden. Die Unterscheidung zwischen Übertragungstreuhand, Erwerbstreuhand und Vereinbarungstreuhand hat sich inzwischen weitgehend durchgesetzt,<sup>17</sup> auf sie wird noch mehrfach zurückzukommen sein.

---

RGZ 133, 84 (87) = JW 1931, 3105; BGH (VIII. ZS), Urt. v. 7.4.1959, NJW 1959, 1223 (1224 f.) = WM 1959, 686.

<sup>12</sup> RG (VII. ZS); Urt. v. 19.2.1914, RGZ 84, 214 (217).

<sup>13</sup> Vgl. z.B. BGH (VIII. ZS), Urt. v. 7.4.1959, NJW 1959, 1223 (1225); aus der Literatur vgl. z.B. *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. 2, 1965, § 19 II 2 (S. 81) (mit Nachweisen zur älteren Literatur).

<sup>14</sup> Siehe dazu näher sogleich unter II 1 (S. 27 ff.).

<sup>15</sup> Vgl. z.B. RG (V. ZS), Urt. v. 10.10.1917, RGZ 91, 12 (16); *Kötz*, Trust und Treuhand, 1963, S. 129; krit. z.B. *MünchKomm-Stodolkowitz*, InsO, 2001, § 84 Rn. 15.

<sup>16</sup> Zur Zweiaktigkeit der Treuhandverhältnisse siehe näher unten II 6 (S. 63 f.).

<sup>17</sup> Vgl. z.B. *Schlegelberger-K. Schmidt*, HGB, 5. A., 1986, Vorbem. § 335 (§ 230 n.F.) Rn. 46 ff.; *ders.*, in: FS W. Wiegand, 2005, 933 (936 ff.); *Heidner*, DStR 1989, 276; *Roth/Thöni*, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, 245 (251); *Henssler*, AcP 196 (1996), 37 (43); *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001, S. 15 ff.; *ders.*, DZWIR 2003, 485 (486); *Ganter*, in: FS Kref, 2004, 251 (257 ff.).

*b) Die Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz  
und seine Einschränkungen*

Zu den Schwierigkeiten einer klaren Begriffsbildung und Systematisierung tritt vor allem die Frage, ob der Unmittelbarkeitsgrundsatz die innere Berechtigung und die Trennschärfe bietet, um den Einzelfall allein durch Zuordnung zur „echten“ oder zur „unechten“ Treuhand lösen zu können. Von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit hat die Rechtsprechung hinsichtlich Drittwiderspruchsklage und Aussonderungsrecht eine Ausnahme zunächst für Anderkonten<sup>18</sup> und dann auch für offene Treuhandsonderkonten gemacht, welche ausschließlich zu einem bestimmten Treuhandzweck eingerichtet und genutzt werden.<sup>19</sup> Geldbeträge, die der Treuhänder kraft einer Ermächtigung des Treugebers auf ein solches Konto überwiesen erhält und die in Erfüllung einer Forderung des Treugebers gezahlt werden, seien dem Treuhänder vom Treugeber „anvertraut“.<sup>20</sup> Der Offenkundigkeitsgrundsatz hinsichtlich des Kontos soll nicht zusätzlich zum Unmittelbarkeitsgrundsatz hinzutreten; vielmehr hält der BGH die Publizität der treuhänderischen Bindung nicht für eine zwingende Voraussetzung für ein Widerspruchsrecht des Treugebers nach § 771 ZPO und ein Aussonderungsrecht des Treugebers in der Insolvenz des Treuhänders.<sup>21</sup> Unerlässlich sei letztlich nur, dass das Konto nachweisbar ausschließlich zur Aufnahme treuhänderisch gebundener Fremdgelder – nicht notwendig von einem einzigen Treugeber – bestimmt ist.<sup>22</sup> Jedenfalls für Anderkonten soll aber eine Ausnahme gelten, wenn dem Treuhänder vom Treugeber gestattet ist, mit dem auf dem Konto eingegangenen Geld auch eigene Schulden zu tilgen.<sup>23</sup> Eine Begründung für diese Ausnahme wird nicht gegeben.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Vgl. zu den erst allmählich erkannten Schwierigkeiten des Anderkontenrechts mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz z.B. *Opitz*, BankA 1931, 35 ff.; *ders.*, BankA 1933, 81 ff.; *Loewenberg*, BankA 1931, 157 (159 f.); *Siebert*, BankA 1931, 386 f.; *Aengenbeister*, Das Treuhandkonto, 1933, S. 86 ff., 93 f.; *Heilbrunn*, ZHR 98 (1933), 185 (190).

<sup>19</sup> Vgl. z.B. BGH (IV. ZS), Urt. v. 5.11.1953, NJW 1954, 190 (191) (insoweit nicht in BGHZ 11, 37 abgedruckt); (VIII. ZS), Urt. v. 7.4.1959, NJW 1959, 1223 (1225); Urt. v. 16.12.1970, NJW 1971, 559 (560) = WM 1971, 220; verneinend für nicht offenkundige Treuhandkonten BGH (IX. ZS), Urt. v. 19.11.1992, WM 1993, 83 (84) = NJW-RR 1993, 301; enger als der BGH wohl BAG, Urt. v. 24.9.2003, BAGE 108, 1 (14 f.). Aus der Literatur vgl. z.B. *Hadding/Häuser*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. A., 2007, § 37 Rn. 25 ff.; *Ganter*, in: FS Kreft, 2004, 251 (255 ff., 258 ff., 262 ff.).

<sup>20</sup> Vgl. z.B. BGH (VIII. ZS), Urt. v. 7.4.1959, aaO.

<sup>21</sup> Vgl. BGH (IX. ZS), Urt. v. 1.7.1993, NJW 1993, 2622 = WM 1993, 1524; Urt. v. 8.2.1996, WM 1996, 662 = NJW 1996, 1543; OLG Hamm, Urt. v. 11.2.1999, WM 1999, 1111 (1112); so auch z.B. *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. A., 1988, Rn. 280 a.E.; *Hadding/Häuser*, aaO. Rn. 30.

<sup>22</sup> Vgl. z.B. BGH (IX. ZS), VU v. 24.6.2003, NJW-RR 2003, 1375 (1376) = ZIP 2003, 1404; (III. ZS), Urt. v. 7.7.2005, ZIP 2005, 1465 (1466, II.2). Siehe auch die Darstellung bei *F.-H. Lange*, NJW 2007, 2513 f.

<sup>23</sup> Vgl. BGH (IX. ZS), Urt. v. 8.2.1996, NJW 1996, 1543 (1544) = WM 1996, 662 (663 f.).

<sup>24</sup> Vgl. auch z.B. *Stürner*, KTS 2004, 259 (261).

Warum für bestimmte Treuhandkonten abweichend vom Unmittelbarkeitsgrundsatz ein Widerspruchs- oder Aussonderungsrecht des Treugebers bestehen soll, begründet die Rechtsprechung nicht. Im Dunkeln bleibt, warum die für Treuhandsonderkonten und Anderkonten aufgestellten Regeln nicht auch sonst, jedenfalls für die Treuhand an anderen Forderungen maßgebend sein könnten. Für ein Anderkonto hat der BGH sogar weder auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz noch auf die Offenlegung der Treuhandbindung abgestellt, sondern allein auf die „Beschränkung der Rechtsmacht des Verwaltungstreuhänders im Innenverhältnis“<sup>25</sup>, obwohl in dem zugrunde liegenden Fall die Annahme nahe gelegen hätte, dem Offenkundigkeitsgrundsatz sei allein schon durch die Berufsstellung des Anderkonteninhabers als Rechtsanwalt Genüge getan.<sup>26</sup> Statt dessen beschwört der BGH durch Formulierungen wie die soeben zitierte die Gefahr herauf, dass die Grenzziehung zwischen „echten“ und „unechten“ Treuhandverhältnissen vollends unklar wird. Knüpfte man allgemein an die beschränkte Rechtsmacht des Treuhänders im Innenverhältnis zum Treugeber oder etwa an die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Treuguts an, müsste eine „Verdinglichung“<sup>27</sup> der Rechte des Treugebers auch an solchen Gegenständen eintreten, die der Treuhänder zum Beispiel für den Treugeber erwirbt, ohne dass sie unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers stammen.

Ferner macht der BGH eine bemerkenswerte Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz im Fall einer doppel- oder mehrseitigen Treuhand, also einer Kombination aus Verwaltungs- und Sicherungstreuhand.<sup>28</sup> Ein Rechtsanwalt hatte in seiner Eigenschaft als vorläufiger Vergleichsverwalter ein Treuhandkonto einerseits als Verwaltungstreuhänder für Rechnung eines Bauunternehmens geführt, über dessen Vermögen das Vergleichsverfahren eröffnet war. Andererseits hatte der Rechtsanwalt mit dem Bauherrn vereinbart, dass den Subunternehmern nach § 328 Abs. 1 BGB ein eigener Anspruch auf Befriedigung aus dem Treuhandkonto eingeräumt werden sollte, auf welchem sich ein Guthaben ausschließlich aus Zahlungen des Bauherrn befand. In dieser Hinsicht lag nach Ansicht des BGH eine Sicherungstreuhand im Interesse der Subunternehmer vor. Der Rechtsanwalt könne als „Treuhand“ ein Absonderungsrecht im (Anschluss-)Konkurs des Bauunternehmens geltend machen. In diesem Zusammenhang erwähnt der BGH, dass der Unmittelbarkeitsgrundsatz „hier keine Anwendung“ finde.<sup>29</sup> Wenn man diese Annahme des BGH auf das Verhältnis des Rechtsanwalts zu dem Bauunternehmen bezöge, käme darin lediglich die bereits angesprochene Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz bei

<sup>25</sup> BGH (IX. ZS), Urt. v. 8.2.1996, WM 1996, 662.

<sup>26</sup> So z.B. *Canaris*, in: FS Flume, Bd. 1, 1978, 371 (416f.); *ders.*, Bankvertragsrecht, 3. A., 1988, Rn. 280.

<sup>27</sup> BGH (IX. ZS), Urt. v. 19.11.1992, WM 1993, 83 (84).

<sup>28</sup> Vgl. BGH (IX. ZS), Urt. v. 12.10.1989, BGHZ 109, 47 (53) = NJW 1990, 45.

<sup>29</sup> Vgl. BGH aaO. S. 45f.

offenen Treuhandkonten zum Ausdruck. Auf diese Beziehung ist aber die Aussage des BGH offenbar nicht begrenzt. Vielmehr soll das Unmittelbarkeitsprinzip auch für das Sicherungstreuhandverhältnis zu den Subunternehmern nicht angewendet werden. Das Guthaben auf dem Treuhandkonto stammte unmittelbar weder aus dem Vermögen des Bauunternehmens noch des Rechtsanwalts, sondern aus dem des Bauherrn.<sup>30</sup> Ob allein der Offenkundigkeitsgrundsatz diese Abweichung vom Unmittelbarkeitsprinzip trägt, erscheint zweifelhaft, weil die Kontobezeichnung lediglich das vom Bauunternehmen durchzuführende Objekt enthielt, die Einräumung eigener Befriedigungsansprüche an die Subunternehmer hingegen jedenfalls nicht ausdrücklich offengelegt wurde. Über die Frage, ob allgemein das Unmittelbarkeitsprinzip für die Sicherungstreuhand keine Geltung beanspruchen soll, ist damit zwar nicht entschieden. Mindestens für den Sonderfall einer doppel- oder mehrseitigen Treuhand an einer Kontoforderung soll es nach Ansicht des BGH nicht anzuwenden sein. Die Frage, ob diese Abweichung vom Unmittelbarkeitsgrundsatz auch auf andere Fälle einer doppel- oder mehrseitigen Treuhand angewendet werden kann – wie zum Beispiel bei einer Anleihetreuhand oder einem Konsortialkredit – bleibt offen, spielt aber insbesondere für den Kapitalmarkt eine bedeutsame Rolle.<sup>31</sup>

Während die Rechtsprechung zu offenen Treuhandkonten ein „echtes“ Treuhandverhältnis unter – gegenüber dem Unmittelbarkeitsgrundsatz – erleichterten Voraussetzungen bejaht, ist sie bei Treuhandverhältnissen an *Grundstücken* strenger. Rechte wie das Aussonderungsrecht nach § 47 InsO knüpft der BGH auch hier an die Einordnung als „echtes“ Treuhandverhältnis<sup>32</sup> und gesteht sie in seiner jüngsten Entscheidung zur Grundstückstreuhand vom 24. Juni 2003 einem Treugeber nur dann zu, wenn entweder das Grundbuch unrichtig oder der Anspruch des Treugebers auf Rückübertragung des Grundstückseigentums durch eine Vormerkung gesichert ist.<sup>33</sup> Dies steht in Widerspruch zu einer anderen Rechtsprechung des BGH, wonach allgemein der Gläubiger eines obligato-

<sup>30</sup> Darüber hinaus wird zwischen dem Rechtsanwalt und den Subunternehmern möglicherweise auch ein Verwaltungstreuhandverhältnis vorgelegen haben, aufgrund dessen der Rechtsanwalt treuhänderisch die Sicherungsrechte der Subunternehmer im Konkurs des Bauunternehmens wahrgenommen hat. Diese Rechtsbeziehung und ihre Einordnung als „echtes“ oder „unechtes“ Treuhandverhältnis war jedoch nicht entscheidungserheblich.

<sup>31</sup> Vgl. z.B. *Heinsius*, in: FS Henckel, 1995, 387 (394f., 396ff.), der selbst für eine Abweichung vom Unmittelbarkeitsgrundsatz in diesen Fällen plädiert. Siehe auch *Stürmer*, KTS 2004, 259ff., der trotz seines Vorschlags, die Konsortialbanken könnten sich die zur Aussonderung berechtigenden Ansprüche der Sicherungsgeber abtreten lassen, der Auffassung ist (aaO. S. 274), dass „auf Dauer“ auch Konsortialbanken „die Begründung wirksamer Treuhandverhältnisse“ erleichtert werden solle. Zur fehlenden Anwendbarkeit der §§ 22a ff. KWG auf das Konsortialkreditgeschäft vgl. z.B. *Obermüller*, ZInsO 2005, 1079 (1085).

<sup>32</sup> Vgl. BGH (IX. ZS), Urt. v. 24.6.2003, BGHZ 155, 227 (232f.) = NJW 2003, 3414 = WM 2003, 1733.

<sup>33</sup> Vgl. BGH (IX. ZS), Urt. v. 24.6.2003, aaO. BGHZ 155, 227 (236f.). Ablehnende Stim-

rischen Verschaffungsanspruchs, der auf Übertragung von Eigentum an einem Grundstück gerichtet ist, auch dann kein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO haben soll, wenn der Anspruch durch eine Vormerkung gesichert ist.<sup>34</sup> Diese andere Rechtsprechung erwähnt der BGH in seiner Entscheidung vom 24. Juni 2003 nicht. Wenn mithin allein die Sicherung der Treugeberansprüche durch eine Vormerkung noch nicht den Schutz nach § 771 ZPO zu rechtfertigen scheint, bleibt unklar, worin in dieser Hinsicht der Grund für die unterschiedliche Behandlung von Treugeberansprüchen auf Rückübertragung von Grundstückseigentum einerseits und von solchen Ansprüchen sonstiger Gläubiger andererseits liegen soll. In der Tatsache, dass dem Treugeber das Grundstück einmal gehört hat und er es aus seinem Vermögen unmittelbar an einen anderen zu treuen Händen übereignet hat, kann der Grund wohl nicht liegen, weil der BGH in seiner Entscheidung vom 24. Juni 2003 die Geltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes als Abgrenzungsmerkmal gerade offen lässt.<sup>35</sup>

Eine weitere Einschränkung erfahren die an den Unmittelbarkeitsgrundsatz gekoppelten „quasi-dinglichen“<sup>36</sup> Rechte des Treugebers in der Rechtsprechung dann, wenn der Treuhänder unrechtmäßig über das Treuhandvermögen verfügt, weil es dann auch wirtschaftlich aus dem Vermögen des Treugebers ausscheidet.<sup>37</sup> Der BGH formuliert in diesem Zusammenhang sogar weitergehend, die Interventionsmöglichkeit des Treugebers nach § 771 ZPO bestehe „nur soweit, als der Treuhänder mit dem Treugut dem Treuhandverhältnis entsprechend verfährt“<sup>38</sup>. Habe zum Beispiel ein Kontotreuhänder nicht mehr den Willen, das Kontoguthaben für den Treugeber zu verwalten, bestünden Bedenken gegen die Zulassung einer Drittwiderspruchsklage, und zwar offenbar auch dann, wenn der Treuhänder nicht über das Guthaben verfügt. Ferner knüpft der BGH in einer bereits zitierten Entscheidung den Treuhandcharakter eines Anderkontos daran, ob vom Treuhandzweck abweichende Entnahmen zugunsten des Treuhänders zuvor mit dem Treugeber jeweils einzeln vereinbart worden sind.<sup>39</sup> Dass der BGH den Kreis „echter“ Treuhandverhältnisse derart einzuschränken scheint, indem er den „quasi-dinglichen“ Schutz des Treuge-

---

men aus der Literatur sind zahlreich, vgl. nur *Stürmer*, KTS 2004, 259 (261 f.); *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, S. 61 ff., 78 ff.

<sup>34</sup> Vgl. BGH (XI. ZS), Urt. v. 19.10.1993, NJW 1994, 128 (129 f.); so auch z.B. Münch-Komm-K. *Schmidt*, ZPO, 3. A., 2007, § 771 Rn. 39, § 772 Rn. 10; *Musielak-Lackmann*, ZPO, 5. A., 2007, § 771 Rn. 26; *Zöller-Herget*, ZPO, 26. A., 2007, § 771 Rn. 14 („Obligatorische Rechte“).

<sup>35</sup> Vgl. BGH (IX. ZS), Urt. v. 24.6.2003, BGHZ 155, 227 (231 f.).

<sup>36</sup> Diesen Begriff verwendet auch der BGH, vgl. zuletzt BGH (IX. ZS), Urt. v. 24.6.2003, aaO. BGHZ 155, 227 (233).

<sup>37</sup> Vgl. z.B. RG (V. ZS), Urt. v. 19.2.1937, RGZ 153, 366 (369 f.); BGH (VIII. ZS), Urt. v. 7.4.1959, NJW 1959, 1223 (1225) = WM 1959, 686.

<sup>38</sup> BGH aaO.

<sup>39</sup> Vgl. BGH (IX. ZS), Urt. v. 8.2.1996, NJW 1996, 1543 (1544) = WM 1996, 662 (663 f.).

bers am Treuhandvermögen insgesamt von der Einhaltung der Treuhandbindung im Innenverhältnis und offensichtlich vom Vorliegen eines permanenten „Verwaltungswillens“ des Treuhänders abhängig macht,<sup>40</sup> hat große Unsicherheit für die Rechtsanwendung zur Folge. Eine Begründung für diese weitgehende Einschränkung bleibt der BGH schuldig.

Wie bereits bei der Grundstückstreuhand erwähnt worden ist, lässt die Rechtsprechung mittlerweile in vielen Fällen offen, ob überhaupt noch am Unmittelbarkeitsprinzip festzuhalten sei; sie entscheidet vielmehr bezogen auf den jeweiligen Einzelfall.<sup>41</sup> Ein allgemeines Abgrenzungskriterium, das den Unmittelbarkeitsgrundsatz ersetzen könnte, wird aber nicht genannt. Dies hat zur Folge, dass die Ergebnisse künftiger Gerichtsentscheidungen nicht verlässlich eingeschätzt werden können. Eine kohärente Abgrenzung „echter“ Treuhandverhältnisse mit „verdinglichter“ Rechtsstellung des Treugebers anhand des Unmittelbarkeitsgrundsatzes kann als gescheitert bezeichnet werden. Die Beratungspraxis, welche sich am sichersten Weg für den Mandanten orientieren muss, legt das Unmittelbarkeitsprinzip als strengstes Abgrenzungskriterium zugrunde und flüchtet in Hilfskonstruktionen, um dem Unmittelbarkeitsgrundsatz nach außen hin Genüge zu tun.<sup>42</sup> Solche Konstruktionen – beispielsweise Hin- und Herübertragungen vom Treuhänder an den Treugeber und zurück – sind unübersichtlich und kostspielig. Es besteht sogar die Gefahr, dass diesen Rechtsgeschäften unter Umständen wegen Umgehung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes die rechtliche Anerkennung versagt wird. Mittlerweile ist deshalb die Zahl der Kritiker des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Literatur Legion.<sup>43</sup>

*c) Die Schwächen einer Systematisierung allein aufgrund der „wirtschaftlichen“ Zuordnung des Treuguts zum Vermögen des Treugebers*

Häufig verlegt sich die Rechtsprechung darauf, Entscheidungen zu privatrechtlichen Fragen des Außenverhältnisses einer Treuhand rechtlich damit zu begründen, dass wegen der im Innenverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber bestehenden Beschränkung der Rechtsmacht des Treuhänders das Treugut auch im

<sup>40</sup> Dies erinnert auf den ersten Blick an § 868 BGB, wo an den Fremdbesitzwillen des Besitzmittlers angeknüpft wird. Ändert dieser seinen Besitzwillen, kann z.B. eine Übereignung mit antizipiertem Besitzkonstitut scheitern. Der BGH zieht den Vergleich mit § 868 BGB jedoch nicht.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. BGH (VIII. ZS), Urt. v. 16.12.1970, NJW 1971, 559 (560) = WM 1971, 220; (IX. ZS), Urt. v. 24.6.2003, BGHZ 155, 227 (232 f.) = NJW 2003, 3414 = WM 2003, 1733; den Unmittelbarkeitsgrundsatz dagegen wieder jüngst bejahend BGH (IX. ZS), Urt. v. 2.6.2005, ZIP 2005, 1651 (1653).

<sup>42</sup> Vgl. z.B. *Hachenburg*, JW 1915, 964 (Anmerkung zu Ziffer 16); *Rosenau*, DB 1966, Beil. 18, 1 (3); *MünchKomm-Ganter*, InsO, 2. A., 2007, § 47 Rn. 357; *Heinsius*, in: FS Henckel, 1995, 387 (397, 400).

<sup>43</sup> Siehe näher mit Nachweisen unten II 1a cc (S. 30 ff.).

Außenverhältnis „sachlich“, „materiell“ und „wirtschaftlich“ dem Vermögen des Treugebers zuzuordnen sei.<sup>44</sup> Damit setzt sich die Rechtsprechung jedoch in Widerspruch zu ihrer eigenen Unterscheidung in „echte“ und „unechte“ Treuhandverhältnisse gemäß dem Unmittelbarkeitsgrundsatz. Denn rein wirtschaftlich können durchaus auch Gegenstände dem Vermögen des Treugebers zugerechnet werden, welche der Treuhänder für Rechnung des Treugebers von Dritten erwirbt oder welche der Treuhänder auch nur verspricht, später an den Treugeber zu übertragen.<sup>45</sup> So haben denn auch konsequenterweise Rechtsprechung und Schrifttum für das von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise geprägte Steuerrecht anerkannt, dass die Vereinbarungstreuhand von § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO ebenfalls erfasst wird, weil diese Vorschrift nicht nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz zwischen Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand differenziert.<sup>46</sup> Eine frühere gegenteilige Rechtsprechung<sup>47</sup> hat der BFH ausdrücklich aufgegeben.<sup>48</sup> Bis auf diese aufgegebene Rechtsprechung des BFH haben die Unterscheidungen des Reichsgerichts und des BGH nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz im Steuerrecht niemals eine Rolle gespielt.<sup>49</sup>

Außerdem kann die wirtschaftliche Betrachtungsweise aus sich heraus nicht den Maßstab für eine Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten“ Treuhandverhältnissen liefern. Die Grenze würde verschwimmen. Wirtschaftliche Gesichtspunkte können bei der Auslegung einer Rechtsnorm zwar durchaus herangezogen werden oder Argumente für oder gegen eine rechtliche Einordnung oder Abgrenzung liefern oder ihre Ergebnisse und die hinter ihr stehenden Wertungen beschreiben.<sup>50</sup> Ohne dass die wirtschaftlichen Gesichtspunkte

<sup>44</sup> Vgl. z.B. RG (V. ZS), Urt. v. 23.12.1899, RGZ 45, 80 (85); (VII. ZS), Urt. v. 9.6.1931, RGZ 133, 84 (87) = JW 1931, 3105; BGH (IX. ZS), Urt. v. 19.11.1992, WM 1993, 83 (84) = NJW-RR 1993, 301; OLG Hamm, Urt. v. 11.2.1999, WM 1999, 1111 (1112); OLG Zweibrücken, Urt. v. 9.12.1999, WM 2000, 2489 (2490).

<sup>45</sup> Vgl. z.B. *Andres*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand: September 2005, § 47 Rn. 37. Dies zeigt nicht zuletzt auch die Einbeziehung der Erwerbstreuhand in § 11 Ziff. 3 Steueranpassungsgesetz a.F., was in § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO nicht mehr eigens erwähnt wird.

<sup>46</sup> Vgl. z.B. BFH, Urt. v. 15.7.1997, BStBl. II 1998, 152 (155 f.) = DStRE 1997, 759 (762) (mit ausführlicher Darstellung und Nachweisen); Tipke/Kruse, AO, Stand: April 2006, § 39 Rn. 42. Schon früher wurde die Vereinbarungstreuhand in besonderen Zusammenhängen anerkannt, vgl. z.B. BFH, Urt. v. 11.10.1984, BStBl. II 1985, 247 (249); Urt. v. 1.10.1992, BStBl. II 1993, 574 (576).

<sup>47</sup> Vgl. BFH, Urt. v. 25.9.1968, BStBl. II 1969, 18 (24) = BFHE 93, 444; Urt. v. 18.9.1984, BStBl. II 1985, 55 (56) = BFHE 142, 130 (zur Berücksichtigung „wirtschaftlichen Eigentums“ im Rahmen von § 17 EStG); dem folgte auch ein Teil der steuerrechtlichen Literatur, vgl. z.B. *Kirsten/Matheja*, Treuhand und Treuhänder im Steuerrecht, 2. A., 1978, Rn. 30.

<sup>48</sup> Vgl. ausführlich z.B. *Heidner*, DB 1996, 1203 (1205).

<sup>49</sup> Vgl. z.B. *Frey*, JW 1934, 3089 f., 3092; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 200 f.; Tipke/Kruse, AO, Stand: April 2006, § 39 Rn. 31 ff.

<sup>50</sup> Dies ist vor allem im Steuerrecht der Fall; hierauf wird an anderer Stelle ausführlich einzugehen sein. Vgl. ferner z.B. *Nipperdey*, in: FS Nikisch, 1958, 307 (308 ff.).

selbst zu Rechtsnormen geworden sind,<sup>51</sup> können sie aber jedenfalls im Zivilrecht und in den angrenzenden Rechtsgebieten des privaten Wirtschaftsrechts, des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts die rechtliche Begründung einer Entscheidung allein nicht ersetzen oder gar die Entscheidung entgegen einer rechtlichen Qualifizierung tragen. Ansonsten wäre die Rechtssicherheit nicht gewährleistet.

Die Vokabel eines „wirtschaftlichen Eigentums“ wird vor allem im Zusammenhang mit dem Drittwiderspruchsrecht nach § 771 ZPO und dem Aussonderungsrecht nach § 47 InsO (bzw. § 43 KO a.F.) verwendet, und zwar speziell in Bezug auf Verwaltungstreuhandverhältnisse,<sup>52</sup> zuweilen auch auf Fälle der Sicherungstreuhand.<sup>53</sup> Der Treugeber bzw. Sicherungsgeber soll als wirtschaftlicher Eigentümer diese Rechte geltend machen dürfen, obwohl nicht er, sondern der Treuhänder bzw. Sicherungsnehmer rechtlicher Eigentümer ist. Unklar bleiben die Grenzen eines solchen wirtschaftlichen Eigentums, insbesondere ob es nur relativ gegenüber dem Treuhänder bzw. Sicherungsnehmer wirkt oder auch gegenüber dessen Gläubigern und gegenüber anderen Dritten.<sup>54</sup> Ferner wird die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch dazu verwendet, Inhaber bloß obligatorischer Ansprüche auf Verschaffung eines Rechts vom Schutz der §§ 771 ZPO, 47 InsO auszuschließen: Diese Anspruchsinhaber seien „nicht materiell und wirtschaftlich“ Inhaber des Rechts, ihnen stünden weder Drittwiderspruchsklage noch Aussonderungsrecht zu.<sup>55</sup> Was den Treugeber als Inhaber eines obligatorischen Anspruchs auf Rückübertragung des Eigentums oder eines anderen Rechts am Treugut von anderen Inhabern obligatorischer Ansprüche auf Übertragung unterscheidet, kann aber wirtschaftlich nicht bestimmt werden, ohne auch rechtlich ein Abgrenzungsmerkmal zu finden. Zu Recht wird es von einer wachsenden Zahl von Autoren abgelehnt, für die Ent-

<sup>51</sup> Zur Frage nach einer Bildung von Gewohnheitsrecht siehe näher unten II 1b aa (S. 32f.).

<sup>52</sup> Vgl. z.B. RG (V. ZS), Urt. v. 19.2.1937, RGZ 153, 366 (369); BGH (IV. ZS), Urt. v. 5.11.1953, BGHZ 11, 37 (41 f.) = NJW 1954, 190; (VIII. ZS), Urt. v. 7.4.1959, NJW 1959, 1223 (1224) = WM 1959, 686; (IX. ZS), Urt. v. 19.11.1992, WM 1993, 83 (84) = NJW-RR 1993, 301; OLG Hamm, Urt. v. 10.11.1976, NJW 1977, 1159 (1160); *Reinhardt/Erlinghagen*, JuS 1962, 41 (43 f.); *G. Kuhn*, WM 1964, 998 (1005); *Böhm*, Auslegung und systematische Einordnung des § 392 Abs. 2 HGB, 1971, S. 78; *Zöller-Herget*, ZPO, 26. A., 2007, § 771 Rn. 14 („Treuhänder“); *Musiak-Lackmann*, ZPO, 5. A., 2007, § 771 Rn. 21; *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, Stand: September 2005, § 47 Rn. 37; *F.-H. Lange*, NJW 2007, 2513 (2514 ff.).

<sup>53</sup> Vgl. z.B. RG (VII. ZS), Urt. v. 2.10.1934, RGZ 145, 188 (193 f.).

<sup>54</sup> Vgl. z.B. *L. Raiser*, JZ 1954, 440. Zur ablehnenden Haltung des Schweizer Bundesgerichts gegenüber der Kategorie „wirtschaftlichen Eigentums“ siehe näher *Staudinger-W. Wiegand*, BGB, Neubearb. 2004, Anh. zu §§ 929-931 Rn. 9.

<sup>55</sup> So z.B. BGH (III. ZS), Urt. v. 15.3.1990, BGHZ 111, 14 (18). „Materielle“ und wirtschaftliche Inhaberschaft von Rechten werden meist synonym verwendet, vgl. z.B. *Gottwald*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, 3. A., 2006, § 40 Rn. 31.

scheidung über Drittwiderspruchsklage oder Aussonderungsrecht allein wirtschaftliche Gesichtspunkte vorzubringen.<sup>56</sup>

Der BGH hält im Zusammenhang mit verdeckten Treuhandkonten an der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nur vordergründig in der Formulierung fest und sieht sich veranlasst, nach einer „notwendigen ‚Verdinglichung‘ der Rechtsstellung des Treugebers“ zu fragen, „die gegeben sein muß, um seine wirtschaftliche Inhaberschaft im Rahmen der Aussonderung der rechtlichen Inhaberschaft gleichstellen zu können“.<sup>57</sup> An der Findung rechtlicher Kriterien, die sich in die übrige Rechtsordnung einfügen lassen, wird man daher für eine Systematisierung des Treuhandrechts nicht vorbeikommen.

*d) Unsicherheiten bei der Abgrenzung von Treuhandverhältnissen zu Strohmanngeschäften und missbräuchlichen Rechtsgeschäften*

Die Sorge um eine begriffliche Kontur der Treuhand wird allgemein geteilt.<sup>58</sup> Das Reichsgericht hat das für „echte“ Treuhandverhältnisse aufgestellte Erfordernis eines „Anvertrauens zu treuen Händen“ im Sinne des Unmittelbarkeitsgrundsatzes damit begründet, dass ohne dieses Erfordernis der Begriff der Treuhand „völlig ins Unbestimmte zerfließen“ würde.<sup>59</sup> Dahinter steht vor allem das Bemühen, dem Missbrauch von Treuhandverhältnissen im Wege der Begriffsbildung dadurch einen Riegel vorzuschieben, dass schützenswerte „echte“ Treuhandverhältnisse den „unechten“ Treuhandverhältnissen gegenübergestellt werden. Am Einzelfall orientierte Erwägungen über die Möglichkeit der missbräuchlichen Verwendung von Treuhandverhältnissen werden verallgemeinert und finden so Eingang in die allgemeine Definition der Treuhand. Erwerbstreuhand und Vereinbarungstreuhand werden von den „echten“ Treuhandverhältnissen pauschal ausgeklammert, obwohl die Erkenntnis nicht ge-

---

<sup>56</sup> Vgl. z.B. *Schönfeld*, in: FG der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 1929, S. 190 (225); *Klausing*, DJZ 1932, 1529 (1530); *Paulus*, ZZZP 64 (1951), 169 (173) (in Bezug auf Sicherungseigentum); *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969, S. 269; *Henckel*, ZZZP 84 (1971), 447 (456); *Weckerle*, Die Verwaltungstreuhand, 1971, S. 72; *Gernhuber*, JuS 1988, 355 (358 f.); *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. A., 2002, § 771 Rn. 17; *Wieling*, Sachenrecht, Bd. 1, 2. A., 2006, § 18 III 1 (S. 842) („niedliches, aber kaum überzeugendes Kunststückchen“); krit. auch z.B. *Henckel*, in: FS Coing, Bd. 2, 1982, 137 f.; *Gaul*, in: FS Serick, 1992, 105 (119); *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckung, 11. A., 1997, § 41 V 2 (S. 667); im Ansatz auch LG Hannover, Urt. v. 9.11.1951, NJW 1952, 978 f.; im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH ebenfalls ablehnend *Wilhelm*, NJW 1977, 1887 f.; allgemein gegen die Berücksichtigung „wirtschaftlicher Identität“ *MünchKomm-K. Schmidt*, ZPO, 3. A., 2007, § 771 Rn. 50.

<sup>57</sup> BGH (IX. ZS), Urt. v. 19.11.1992, WM 1993, 83 (84, unter II 1 a.E.) = NJW-RR 1993, 301.

<sup>58</sup> Vgl. nur *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933, S. 14 f., 205 (sowie die Darstellung weiterer Auffassungen S. 208 ff.).

<sup>59</sup> Vgl. RG (VII. ZS), Urt. v. 19.2.1914, RGZ 84, 214 (217).

sichert ist, dass sie typischerweise missbräuchlich verwendet werden. Darüber hinaus kann auch die Übertragungstreuhand missbraucht werden und kann selbst die Nichtanerkennung zum Beispiel der Treugeberrechte aus §§ 771 ZPO, 47 InsO bei Erwerbstreuhand und Vereinbarungstreuhand dadurch umgangen werden, dass das Treugut zuvor an den Treugeber und von diesem an den Treuhänder übertragen wird.<sup>60</sup> Jedes Treuhandverhältnis kann in irgendeiner Weise missbraucht werden; es unterscheidet sich insoweit nicht von anderen Rechtsverhältnissen. Auch untereinander lassen sich Treuhandverhältnisse nicht allgemein nach dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs unterscheiden. Vorzugswürdig ist daher festzustellen, in welcher Weise die Parteien ein Treuhandverhältnis ausgestalten wollen, und das Gewollte rechtlich einzuordnen, bevor unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften, welche das missbrauchte Recht regeln, über die Folgen des Rechtsmissbrauchs entschieden wird.

Im Besonderen wird unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs oft der Begriff des *Strohmanngeschäfts* als Gegenstück zu Treuhandverhältnissen eingeführt. Meist unausgesprochen steckt in solchen Abgrenzungsversuchen das Bemühen, die missbräuchliche Verwendung von Treuhandverhältnissen unter eine Rubrik der „Strohmanngeschäfte“ zu fassen, um sodann bestimmte Rechtsfolgen, die sonst für Treuhandverhältnisse gelten sollen, für diese Strohmanngeschäfte abzulehnen. So soll nach Auffassung der Rechtsprechung und eines großen Teils der Literatur der Hintermann in der Insolvenz des Strohmanns kein Aussonderungsrecht haben und bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern des Strohmanns nicht zur Drittwiderspruchsklage berechtigt sein, sofern es sich nicht um ein „echtes“ Treuhandverhältnis handelt.<sup>61</sup> Einen Begriff des Strohmanngeschäfts, an den unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind und der gewissermaßen negativ zur Definition „echter“ Treuhandverhältnisse herangezogen werden könnte, kennt die Rechtsordnung jedoch nicht. Meist wird nur festgestellt, das Vorschieben eines Strohmanns als Vertragsschließender erfolge in der Regel nicht zum Schein, sondern sei von den Beteiligten ernsthaft gewollt, da anderenfalls der mit dem Vertrag erstrebte, vom Hintermann allein nicht zu verwirklichende Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht würde.<sup>62</sup> Dies gelte

<sup>60</sup> Vgl. z.B. die Revisionsbegründung in RG (VII. ZS), Urt. v. 9.6.1931, RGZ 133, 84 (89) = JW 1931, 3105.

<sup>61</sup> Vgl. z.B. BGH (VIII. ZS), Urt. v. 11.12.1963, WM 1964, 179 (unter I.); *G. Kubn*, WM 1964, 998 (1006); *Soergel-Leptien*, BGB, 13. A., 1999, Vor § 164 Rn. 37; *MünchKomm-Ganter*, InsO, 2. A., 2007, § 47 Rn. 370; *Gottwald*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, 3. A., 2006, § 40 Rn. 43; *Smid*, in: *Insolvenzordnung*, 2. A., 2001, § 47 Rn. 32; *Hess*, Insolvenzrecht, Bd. I, 2007, § 47 InsO, Rn. 265; *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck*, InsO, § 47 Rn. 53; im Grundsatz auch *Staudinger-Schilken*, BGB, Neubearb. 2004, Vorbem. zu §§ 164 ff. Rn. 49.

<sup>62</sup> Vgl. z.B. BGH (VIII. ZS), Urt. v. 2.12.1958, NJW 1959, 332 (333); (VII. ZS), Urt. v. 20.9.1962, WM 1962, 1174 (1175); Urt. v. 13.6.1966, WM 1966, 925; (III. ZS), Urt. v. 22.10.1981, NJW 1982, 569 f.; (XI. ZS), Urt. v. 6.12.1994, NJW 1995, 727; (IX. ZS), Urt. v. 18.12.1997,

auch dann, wenn die Eigenschaft des Strohmanns dem anderen Vertragspartner bekannt ist, es sei denn dieser ist damit einverstanden, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäfts unmittelbar in der Person des Hintermanns eintreten.<sup>63</sup>

Eine Entgegensetzung von Strohmanggeschäften zu „echten“ Treuhandverhältnissen fällt deshalb schwer, weil Strohmanggeschäfte von den Beteiligten rechtlich häufig in ein Verwaltungstreuhandverhältnis gekleidet werden und es Rechtsprechung und Wissenschaft bislang nicht gelungen ist, verlässliche Unterscheidungsmerkmale zu finden. Dass die Eigenschaft eines Beteiligten als Strohmang und seine Beziehung zu einem Hintermann geheim gehalten wird,<sup>64</sup> kann allein nicht der entscheidende Wesenszug eines Strohmanggeschäfts sein, weil auch im Treuhandrecht verdeckte Treuhandverhältnisse nicht unbekannt sind, sondern sogar häufig vorkommen.<sup>65</sup> Über die Frage, ob der Offenkundigkeit des Treuhandverhältnisses nach außen Bedeutung zukommt, ist damit nicht entschieden, nur zur Abgrenzung von Strohmanggeschäften taugt die Offenkundigkeit nicht. Ob die Beteiligten die Absicht haben, mit dem Strohmanggeschäft eine rechtliche Vorgabe zu umgehen oder Dritte zu täuschen, rechtfertigt keine eigenständige rechtliche Kategorie des Strohmanggeschäfts. Erstens hält auch die Rechtsprechung Strohmanggeschäfte nicht allgemein für sittenwidrig oder rechtsmissbräuchlich.<sup>66</sup> Zweitens verfolgen die Parteien auch bei Treuhandverhältnissen oft die Absicht der Umgehung von Gesetzen oder der Verbergung von Umständen.<sup>67</sup> Welche Rechtsfolgen die Umgehung oder Verbergung im Einzelfall zeitigen, ist eine komplexe Frage; die Antworten auf sie sind schwer zu verallgemeinern.<sup>68</sup> Ob man diejenigen Treuhandverhältnisse, bei denen eine Umgehungs- oder Verbergungsabsicht festgestellt werden kann, als Strohmanggeschäfte bezeichnet, ist demgegenüber nur eine terminologische

---

NJW 1998, 597 (599); OLG Köln, Urt. v. 13.11.1992, NJW 1993, 2623; OLG Hamm, Urt. v. 23.5.1997, NJW-RR 1998, 1567 (1568 f.); siehe ferner auch bereits BGH (II. ZS), Beschl. v. 9.10.1956, BGHZ 21, 378 (381) (Abgrenzung der „Strohmang“-Gründung einer GmbH von einer Scheingründung).

<sup>63</sup> Vgl. z.B. BGH (VIII. ZS), Urt. v. 2.12.1958, aaO.; (III. ZS), Urt. v. 22.10.1981, aaO. S. 570; (XI. ZS), Urt. v. 29.10.1996, NJW-RR 1997, 238.

<sup>64</sup> Vgl. z.B. *Bork*, AT, 2. A., 2006, Rn. 1318.

<sup>65</sup> Keinen Unterschied zwischen Strohmang- und Treuhandverhältnissen machen unter dem Aspekt der Offenkundigkeit auch z.B. *O. Kubn*, Strohmanggründung bei Kapitalgesellschaften, 1964, S. 106 f.; *Gerhardt*, in: FS Lücke, 1997, 121 (129, 136 f.); auf die Möglichkeit der Offenlegung abstellend *Crezelius*, in: FS Otte, 2005, 39 (43).

<sup>66</sup> Vgl. z.B. RG (II. ZS), Urt. v. 23.12.1938, RGZ 159, 272 (281); aus der Literatur siehe nur *Frensch*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2. A., 2007, § 164 Rn. 13 („im Einzelfall zu prüfen“); für Treuhandbeteiligungen z.B. *Winter/Löbbe*, in: Ulmer/Habersack/Winter, Großkommentar GmbHG, 2005, § 15 Rn. 189.

<sup>67</sup> Vgl. zu diesen Funktionen z.B. *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933, S. 32; *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 11 ff.; *Beuthien*, ZGR 1974, 26 (31, 32 ff.).

<sup>68</sup> Siehe z.B. näher die Monographien von *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, 1962; *Sieker*, Umgehungsgeschäfte, 2001; *Benecke*, Gesetzesumgehung im Zivilrecht, 2004.

Frage. Auch eine Differenzierung danach, ob der Treuhänder das Treuhandvermögen von seinem Privatvermögen getrennt hält oder nicht – nur in letzterem Fall solle ein Strohmannesgeschäft vorliegen<sup>69</sup> – dürfte nur vordergründig einen Nutzen bringen. Denn dieses Kriterium wird bei Treuhandverhältnissen ohnehin in Gestalt der Bestimmtheit oder jedenfalls Bestimmbarkeit des Treuguts stets als Mindestanforderung angesehen.<sup>70</sup> Im Übrigen wäre der Begriff des Strohmannesgeschäfts zu stark verengt, wenn er auf diejenigen Treuhandverhältnisse beschränkt würde, bei welchen im nachhinein nicht mehr bestimmt werden kann, was Treuhandvermögen und was Eigenvermögen ist. Gleiches gilt für ein zeitliches Kriterium – Strohmannesgeschäfte seien nur vorübergehend, Treugut müsse dagegen für einen längeren Zeitraum beim Treuhänder bleiben.<sup>71</sup> Dieses Kriterium ist zudem unbestimmt. Die Definition einer rechtlichen Kategorie „Strohmannesgeschäfte“ mit eigenständigen Rechtsfolgen ist bislang nicht gelungen,<sup>72</sup> so dass auch eine Bestimmung dessen, was ein „echtes“ Treuhandverhältnis im Unterschied zu einem Strohmannesgeschäft ausmachen soll, nicht möglich ist.

Bisweilen bezeichnet der Begriff des Strohmannesgeschäfts nicht nur „echte“, sondern auch andere Treuhandverhältnisse an einem bestimmten Gegenstand im Hinblick auf eine Umgehung besonderer Vorschriften. Dies ist der Fall der so genannten Strohmännergründung im Kapitalgesellschaftsrecht in Bezug auf die Vorschriften zur Kapitalaufbringung. Wer sich eines Strohmannes zur Gründung einer GmbH bediene, sei – so der BGH – hinsichtlich der Verpflichtung zur Aufbringung des Stammkapitals wie ein Gesellschafter zu behandeln.<sup>73</sup> Auch hier hilft die Bezeichnung als „Strohmännergründung“ nicht weiter. Die Feststellung, dass das Verschieben eines Strohmannes rechtsmissbräuchlich ist, genügt als solches noch nicht, um über eine im Einzelfall gegebene Haftung beispielsweise aus § 826 BGB<sup>74</sup> hinaus *generell* begründen zu können, warum in diesen Fällen der Treugeber haften solle. Ob und inwieweit ein solcher Haf-

<sup>69</sup> In diese Richtung z.B. *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, 4. A., 2007, Rn. 11.15 a (bei Fußnote 44).

<sup>70</sup> Vgl. z.B. *Assfalg*, Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders, 1960, S. 133, 170, 176; *Coing*, Die Treuhänderkraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 179; *Canaris*, in: FS Flume, Bd. 1, 1978, 371 (411); *Einsele*, JZ 1990, 1005 (1012); *Heinsius*, in: FS Henckel, 1995, 387 (395, 397, 399); *Bitter*, WuB VI C. § 47 InsO 2.03 (unter 5.); siehe näher *Grundmann*, Der Treuhändervertrag, 1997, S. 315 f., 319, 320, 322.

<sup>71</sup> Vgl. z.B. *Siebert*, BB 1954, 417 (419); dagegen ausdrücklich z.B. *O. Kubn*, Strohmännergründung bei Kapitalgesellschaften, 1964, S. 107 f.

<sup>72</sup> Vgl. auch *Crezelius*, in: FS Otte, 2005, 39 (51) (mit dem Hinweis, auch im Steuerrecht werde der Begriff des Strohmannes ohne einen subsumtionsfähigen Obersatz verwendet).

<sup>73</sup> Vgl. z.B. BGH (II. ZS), Urt. v. 14.12.1959, BGHZ 31, 258 (266 ff.) = NJW 1960, 285; Urt. v. 13.4.1992, BGHZ 118, 107 (110 ff.) = NJW 1992, 2023; siehe dazu näher unten in diesem Kapitel unter II 4a bb (S. 52 f.) sowie in Kapitel 5, I 2a cc (S. 406 ff.).

<sup>74</sup> Vgl. z.B. RG (II. ZS), Urt. v. 16.11.1937, JW 1938, 862 (864 f.).

tungsdurchgriff auf den Treugeber allgemein gerechtfertigt werden kann, soll in Kapitel 4<sup>75</sup> erörtert werden.

## 2. Unklarheit über die Einbeziehung der Sicherungs-, Ermächtigungs- und der Vollmachtstreuhand sowie der „germanischen Treuhand“ in die Treuhandkonzeption

### a) Ermächtigungs- und Vollmachtstreuhand

Die eingangs unter I 1a) erwähnte Definition treuhänderischer Verhältnisse durch die „überschießende Rechtsmacht“ umfasst nicht nur die Vollrechtstreuhand, bei welcher der Treuhänder ein dingliches Vollrecht, zum Beispiel Eigentum erhält, jedoch schuldrechtlich dem Treugeber gegenüber gebunden ist, mit diesem Recht nicht beliebig, sondern nur in dem vom Treugeber vorgegebenen Rahmen zu verfahren. Vielmehr kann die Definition die Ermächtigungstreuhand und die Vollmachtstreuhand einschließen, wenn Ermächtigung und Vollmacht nicht mit Wirkung auch im Außenverhältnis begrenzt sind.<sup>76</sup> Dem Ermächtigten bzw. Bevollmächtigten kann im Außenverhältnis eine über die Beschränkung im Innenverhältnis hinausgehende Möglichkeit gegeben werden, über Gegenstände des Geschäftsherrn zu verfügen oder ihn rechtsgeschäftlich zu binden. Wenn allerdings die Beschränkung direkt auf das Außenverhältnis durchschlägt, liegt keine „überschießende Rechtsmacht“ vor. Die Möglichkeit einer wirksamen Verfügung gegenüber Gutgläubigen vermag daran nichts zu ändern,<sup>77</sup> weil diese Möglichkeit jeder Nichtberechtigte hat, ohne dadurch Treuhänder zu sein. Doch kann eine mit Wirkung nach außen begrenzte Ermächtigung oder Vollmacht einen treuhänderischen Zweck wie den der Arbeitsteilung oder der Umgehung erfüllen und wird insoweit als „Treuhand“ eingeordnet. Wie sich diese nach außen beschränkte Ermächtigungs- bzw. Vollmachtstreuhand zur Vollrechtstreuhand verhält, bleibt im Unklaren.

Ermächtigungstreuhand und Vollmachtstreuhand gehorchen ihren je eigenen Regeln. Bei der Anwendung dieser Regeln kommt es nicht darauf an, dass die Parteien ihrem Rechtsverhältnis jeweils eine ähnliche Funktion beimessen, zum Beispiel zur Arbeitsteilung oder zur Verbergung gewisser Umstände. In welche rechtliche Form die Parteien ihre Ziele gießen wollen, ist durch Auslegung zu ermitteln. Steht fest, welche Regeln zur Anwendung kommen sollen, wirft die Anwendung der für die Ermächtigungs- und die Vollmachtstreuhand

<sup>75</sup> Siehe unten Kapitel 4, III 1b, 2b (S. 322 ff., 351 ff.).

<sup>76</sup> Vgl. z.B. *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2, 15. A., 1960, § 148 II (S. 921, 922, 926); ausführlich *Nipperdey*, in: FS Nikisch, 1958, 307 (316 ff.).

<sup>77</sup> So aber z.B. *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933, S. 305: Der Ermächtigte habe auch dann immerhin „eine Macht, die über das Dürfen entschieden hinausgeht“.

geltenden Vorschriften keine besonderen Schwierigkeiten auf. Bei diesen Treuhandverhältnissen bleibt der Treugeber im Unterschied zur Vollrechtstreuhand Eigentümer oder sonst Vollrechtsinhaber hinsichtlich des Treuguts. Alle Probleme, die sich bei der Vollrechtstreuhand deswegen stellen, weil dort der Treugeber das Vollrecht am Treugut verliert, tauchen bei der Ermächtigungs- und bei der Vollmachtstreuhand nicht auf – insbesondere kann der Treugeber bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Ermächtigten bzw. Bevollmächtigten Drittwiderspruchsklage erheben und im Fall von dessen Insolvenz das Treugut aussondern.<sup>78</sup> Bei Anderkonten wurde anfänglich vorgeschlagen, den Anderkonteninhaber als lediglich Ermächtigten anzusehen,<sup>79</sup> bevor sich in der Rechtsprechung die Auffassung durchsetzte, für Anderkonten eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz zu machen.

Ein generelles Verständnis oder eine generelle Ausgestaltung von Treuhandverhältnissen als Ermächtigungs- oder Vollmachtstreuhand statt als Vollrechtstreuhand konnte sich in der Praxis nicht durchsetzen<sup>80</sup>. Dies hat seinen Grund vor allem darin, dass der ermächtigende Treugeber eine umfassende Rechtsmacht behält, die mit derjenigen des Treuhänders konkurriert, und dass der Treugeber dem Treuhänder dessen Rechtsmacht jederzeit entziehen kann.<sup>81</sup> Dies würde im Rechtsverkehr Unsicherheit über Bestehen und Reichweite der Verfügungsbefugnis des Treuhänders im Einzelfall auslösen. Ähnliches gilt auch für die widerruflich ausgestaltete Vollmachtstreuhand. In beiden Fällen gibt es aber einen gewissen Verkehrsschutz unmittelbar gemäß oder entsprechend<sup>82</sup> §§ 170–173 BGB und über die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Der Nachteil der Vollmachtstreuhand liegt vor allem darin, dass der Treuhänder in jedem Fall offen legen müsste, im Namen des Treugebers zu handeln. Eine verdeckte Treuhand könnte es dann nicht geben. Bei einer Ermächtigungstreuhand kann ferner der Treuhänder aufgrund der Ermächtigung keine Verpflichtungen zu Lasten des Treugebers eingehen, sofern man nicht eine Verpflichtungsermächtigung anerkennen würde.<sup>83</sup> Außerdem kann durch eine Ermächtigung unmittelbar kein Treuhandverhältnis hinsicht-

<sup>78</sup> Vgl. für die Ermächtigungstreuhand z.B. *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. A., 1988, Rn. 278; *Gottwald*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, 3. A., 2006, § 40 Rn. 29f.

<sup>79</sup> So z.B. *Siebert*, BankA 1931, 386 f.; vgl. auch später noch für Treuhandkonten *Canaris*, NJW 1973, 825 (830 f.).

<sup>80</sup> Andere ähnliche Interpretationen der Treuhand als eine Verwaltung eigener Art konnten sich ebenfalls nicht durchsetzen, vgl. z.B. näher *Sethe*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 177.

<sup>81</sup> Vgl. zur Treuhandkontenführung z.B. *Opitz*, BankA 1933, 81 (85).

<sup>82</sup> Vgl. zur entsprechenden Anwendung der §§ 170 ff. BGB auf die Ermächtigung z.B. *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. A., 1988, Rn. 179, 274.

<sup>83</sup> Dies wird vor allem im Zusammenhang mit debitorisch geführten Treuhandkonten angeführt; vgl. z.B. OLG Zweibrücken, Urt. v. 9.12.1999, WM 2000, 2489 (2490); *Canaris*, aaO., Rn. 268 f.; siehe zu Treuhandkonten näher unten Kapitel 3, IV 4 (S. 239 ff.).

lich von Gegenständen begründet werden, welche der Treuhänder im eigenen Namen von einem Dritten erwirbt, sei es auch als Ersatz für bereits vorhandenes Treugut.<sup>84</sup> All diese Nachteile sprechen zwar nicht dagegen, dass im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände eine Ermächtigungs- oder eine Vollmachtstreuhand angenommen werden kann. Doch können nicht alle rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnisse als Ermächtigungs- oder Vollmachtstreuhand interpretiert werden und sind die durch eine Vollrechtstreuhand aufgeworfenen Fragen nicht mit der Rechtslage bei einer Ermächtigung oder Vollmacht zu erklären.

*b) Die „germanische Treuhand“ als treuhänderische Übertragung unter auflösender oder aufschiebender Bedingung*

Das germanische Recht kannte eigene Treuhänderschaften wie insbesondere diejenige des Salmanns. Solche Treuhänder des germanischen Rechts unterschieden sich grundlegend von der römischrechtlichen *fiducia* dadurch, dass dem germanischen Treuhänder nur eine auf den Treuhandzweck begrenzte Rechtsmacht nach außen verliehen wurde, während der Fiduziar vollwertiges und unbeschränktes Eigentum erhielt.<sup>85</sup> Diese Treuhänderschaften lassen sich nicht in die eingangs zu diesem Kapitel erwähnte romanistisch geprägte Definition der Treuhand als eines Rechtsverhältnisses mit „überschießender Rechtsmacht“ einfügen. Die Frage, ob dennoch neben fiduziarischen Rechtsgeschäften auch die Treuhandverhältnisse germanischer Prägung unter Geltung des BGB rechtlich ausgedrückt werden können, hat wohl erstmals *Schultze* bejaht: Das geltende Recht gestatte, die Übertragung von Eigentum an den Treuhänder unter eine auflösende Bedingung zu stellen und die Bedingung mit dem Treuhandzweck zu verknüpfen, zum Beispiel an einen zweckwidrigen Gebrauch der übertragenen Sache.<sup>86</sup> Gemäß § 161 Abs. 2 BGB seien die Verfügungen des Treuhänders über das Treugut insoweit unwirksam, als sie die Rückübertragung an den Treugeber vereiteln oder beeinträchtigen würden; die dem Treuhänder eingeräumte Rechtsmacht könne dadurch nach außen weitestgehend auf den im Innenverhältnis vorgegebenen Rahmen eingeschränkt werden. Bei der Auslegung des Treuhandvertrags sei eine so verstandene „deutsche Treuhänderschaft“ zu vermuten.<sup>87</sup> Auch später ist dieser Vorschlag aufgegriffen worden: Durch eine an der Funktion der fremdnützigen Treuhand orientierte Auslegung sei anzunehmen, dass die Parteien eines Treuhandvertrags *stets* eine Art

<sup>84</sup> Vgl. z.B. *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933, S. 299.

<sup>85</sup> Zu diesem Unterschied vgl. ausführlich z.B. *Schultze*, JherJb 43 (1901), 1 (6 ff.). Siehe näher die historische Darstellung bei *Löhnig*, Treuhand, 2006, S. 54 ff.

<sup>86</sup> Vgl. *Schultze*, aaO. S. 20 ff.

<sup>87</sup> So *Schultze*, aaO. S. 103.