

MARTIN LÖHNIG

Treuhand

Jus Privatum

109

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 109



Martin Löhnig

Treuhand

Interessenwahrnehmung und
Interessenkonflikte

Mohr Siebeck

Martin Löbnig, geboren 1971, Studium der Rechtswissenschaften in Regensburg, Erste Juristische Staatsprüfung 1996, Zweite Juristische Staatsprüfung 1998, Promotion 2001, Habilitation 2006, Privatdozent in Regensburg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT

978-3-16-157954-7 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-149078-9

ISBN-13 978-3-16-149078-1

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2006 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 Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Vorliegende Untersuchung wurde im Januar 2006 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Habilitationsschrift angenommen.

Dieser Befund ist nicht nur das Ergebnis mehrjähriger Forschungsarbeit, sondern auch der Beiträge verschiedener Menschen, denen ich großen Dank schulde. Die fünf wichtigsten sind, ohne daß die anderen damit vergessen wären, *Prof. Dr. Hans-Jürgen Becker*, der mich im Sommer 2001 an seinem Lehrstuhl aufgenommen hat. Er hat mir stets den Freiraum gewährt und das Wohlwollen entgegengebracht, das für eine solch umfangreiche Untersuchung unerlässlich ist. *Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab*, an dessen Lehrstuhl ich bis zu seiner Emeritierung tätig sein durfte. Er hat die Entstehung dieser Untersuchung gleichermaßen wohlwollend begleitet und sich ebenfalls unerschrocken den Mühen ihrer Begutachtung ausgesetzt. *Renate* und *Manfred Löhnig*, die mich – wie schon während meiner gesamten juristischen Ausbildung – in jeder Weise großzügig unterstützt haben. Und *Dr. Cordula Scholz Löhnig*, die – trotz vielfältiger eigener Aufgaben – auch in der Habilitationszeit meine Partnerin in Leben und Arbeit war. Ihr ist dieses Buch gewidmet.

Regensburg, Juli 2006

Martin Löhnig

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI

§ 1. Einleitung	1
-----------------------	---

Teil 1

Die Entstehung des modernen deutschen Treuhandrechts

§ 2. Fiduziarische Treuhand als Gegenbegriff zur Simulation	13
§ 3. Die Treuhand in den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch ..	39
§ 4. Die Treuhand im Konkurs des Treuhänders Teil 1: Die Entwicklung der Treuhanddogmatik bis zur Arbeit Schultzes	46
§ 5. Die Treuhand im Konkurs des Treuhänders Teil 2: Die Entwicklung der Treuhanddogmatik bis zur Arbeit Sieberts	66
§ 6. Ansätze zu einer Treuhanddogmatik auf Grundlage des Verhältnisses zwischen Treugeber und Treuhänder	106

Teil 2

Das Treuhandverhältnis im geltenden deutschen Schuldrecht

§ 7. Treuhand als Wahrnehmung fremder Interessen	115
§ 8. Gesetzliche Regelungen von Treuhandverhältnissen	135

§ 9.	Machtmittel des Treuhänders und Resultate der Interessenwahrnehmung	159
§ 10.	Die Pflichten des Treuhänders	185
§ 11.	Die Pflichten des Treugebers	258

Teil 3

Interessenkonflikte als Folge einer Spaltung der Treugeberposition

§ 12.	Quantitative Spaltung der Treugeberposition	289
§ 13.	Antagonistische Treugeber	306
§ 14.	Treuhandbegründer und Treuhandbegünstigter	325

Teil 4

Interessenkonflikte als Folge mehrerer nebeneinander bestehender Treuhandverhältnisse

§ 15.	Grundlagen	345
§ 16.	Vermeidung von Pflichtenkonflikten durch den Treuhänder	357
§ 17.	Regeln zur Auflösung von Pflichtenkonkurrenzen Teil 1: Prioritätsprinzip und Geschäftschancenlehre	371
§ 18.	Regeln zur Auflösung von Pflichtenkonkurrenzen Teil 2: Die Anordnung absoluten Vorrangs der Interessen eines Treugebers	401
§ 19.	Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 1: Inhabilitätsregelungen	424
§ 20.	Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 2: Beendigung oder Nichtbegründung des Treuhandverhältnisses durch den Treugeber	443
§ 21.	Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 3: Beendigung oder Nichtbegründung des Treuhandverhältnisses durch den Treuhänder	491
§ 22.	Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 4: Beschränkung der Machtmittel nach formal anknüpfenden Kriterien	506

§ 23.	Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 5: Beschränkung der Machtmittel nach materiellen Kriterien	541
§ 24.	Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 6: Veränderung der Pflichten des Treuhänders	550
§ 25.	Pflicht des Treuhänders zur Gleichbehandlung aller Treugeber aus Treu und Glauben	559

Teil 5

Interessenkonflikte bei der Willensbildung von Mittreuhändern

§ 26.	Stimmverbote	565
§ 27.	Ergänzung der Stimmverbote durch weitere Maßnahmen	591

Teil 6

Rechtsfolgen einer Verletzung der Konfliktlösungsregeln

§ 28.	Pflichtverletzungsfolgen unter Aufrechterhaltung des Treuhandverhältnisses	601
§ 29.	Die Beendigung des Treuhandverhältnisses als Pflichtverletzungsfolge	631
§ 30.	Probleme der Beweislast bei der Durchsetzung der Treugeberrechte	638

Teil 7

Interessenkonflikte zwischen Treugeber und Dritten

§ 31.	Pflichtwidriger Gebrauch von Legitimationen durch den Treuhänder	651
§ 32.	Pflichtwidriger Gebrauch der Rechtsinhaberschaft durch den Treuhänder	686
§ 33.	Der Zugriff von Treuhändergläubigern auf treuhänderische Machtmittel und Resultate Teil 1: Wege zur Lösung des „Treuhandersproblems“	720

§ 34. Der Zugriff von Treuhändergläubigern auf treuhänderische Machtmittel und Resultate Teil 2: Treuhänderisch gehaltene Rechtspositionen als Sondervermögen	750
§ 35. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	830
Literaturverzeichnis	851
Stichwortverzeichnis	901

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
§ 1. Einleitung	1
I. Thema der Untersuchung	1
1. Interessenkonflikte im Treuhandrecht	1
2. An treuhandrechtlichen Interessenkonflikten beteiligte Rechtssubjekte	2
a) Treugeber und Treuhänder	2
b) Treuhandfremde Treugeber	2
c) An einem Treuhandverhältnis unbeteiligte Dritte	3
3. Interessen der beteiligten Rechtssubjekte	3
a) Interessen des Treugebers	3
b) Interessen des Treuhänders	4
c) Interessen Dritter	4
4. Interessenkonflikte	5
a) Interne Konflikte	5
b) Konflikte im Innenverhältnis	5
c) Konflikte in Außenverhältnis	5
II. Stand der Forschung	6
III. Forschungsbedürfnis	7
IV. Gang der Darstellung	9

Teil 1

Die Entstehung des modernen deutschen
Treuhandrechts

§ 2. Fiduziarische Treuhand als Gegenbegriff zur Simulation	13
I. Einleitung	13
II. Ausgangsfälle	13
1. Sicherungsübereignung	14
a) Verbot der Mobiliarhypothek	14
aa) Partikulargesetzgebung	14
bb) Einheitsgesetzgebung	14
b) Auswege der Rechtspraxis	15
2. Vollindossament zu Inkassozwecken	16
III. Die Simulationseinrede	17
1. Problemstellung	17
2. Simulation und Vollindossament zu Inkassozwecken	18
a) Argumente zugunsten des Simulationseinwands	18
b) Argumente gegen den Simulationseinwand	19
c) Die Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts	20
aa) Das Indossament als abschließender Literalkontrakt	20
bb) Charakter der Simulation	21
d) Begriffsschöpfungen in der Literatur	22
aa) Verdeckte Geschäfte (Kohler)	22
bb) Fiduziarische Geschäfte (Regelsberger)	23
cc) Keine Verbindung zur römischen fiducia	24
dd) Ungewollter Einfluß auf die weitere Debatte	25
e) Wirtschaftlicher Zweck versus rechtsgeschäftlicher Wille	26
f) Erhalt der Einreden des Wechselschuldners	27
3. Simulation und Sicherungsverkauf	28
a) Argumente zugunsten des Simulationseinwands	28
b) Anknüpfung an das Vollindossament zu Inkassozwecken	29
c) Abstraktheit der Übereignung	30
d) Erörterungen in der Rechtslehre	32
aa) Kohler	32
bb) Regelsberger	33
cc) Hellwig	33
d) Die Rolle des Reichsgerichts	35
e) Kurskorrektur der Lehre	36
IV. Zusammenfassung	37

§ 3. Die Treuhand in den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch	39
I. Einleitung	39
II. Die Regelung zum Scheingeschäft	39
III. Simulation bei der Forderungsübertragung	40
IV. Simulation bei der Übereignung zu Sicherungszwecken	41
1. Der Standpunkt Johows	41
2. Sicherungsübereignung und Besitzpfand	41
V. Zuordnung von Rechten nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten	44
 § 4. Die Treuhand im Konkurs des Treuhänders Teil 1: Die Entwicklung der Treuhanddogmatik bis zur Arbeit Schultzes	 46
I. Grundfragen des Treuhandrechts	47
II. Zugriff durch Gläubiger des Treuhänders auf das Treugut	47
1. Allgemeines	47
2. Zur Entstehung des § 43 KO	48
a) § 43 KO als Verweisungsnorm	48
b) Die Anträge Goldschmidts	49
c) Wertung	51
III. Die Diskussion um das Aussonderungsrecht bis 1900	52
1. Argumente gegen ein Aussonderungsrecht	52
2. Argumente zugunsten eines Aussonderungsrechts	53
IV. Die „deutschrechtliche Treuhand“ als Lösungsmodell	54
1. Einführung	54
2. Deutschrechtliche Treuhandmodelle	55
a) Albrechts Gewere	55
b) Der Salmann	56
3. Die „deutschrechtliche Treuhand“ Schultzes	58
a) Die historischen Forschungen	58
b) „Der Treuhänder im geltenden Recht“	59
V. Konsequenzen für die weitere Entwicklung	63

§ 5. Die Treuhand im Konkurs des Treuhänders Teil 2: Die Entwicklung der Treuhanddogmatik bis zur Arbeit Sieberts	66
I. Einleitung	66
II. Ablehnung des Aussonderungsrechts	68
III. „Germanische Fiducia“ – vermutete Resolutivbedingung	70
IV. Versuche zur Überwindung der „Sollbruchstelle“ der Vollrechtstreuhand	71
1. Billigkeit und Gewohnheitsrecht	71
2. Analoge Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB	73
3. Begründungen aus dem Konkursrecht	74
V. Lösungsmodelle auf der Grundlage neuartiger dinglicher Rechte	76
1. Qualitative Eigentumsspaltung	76
2. Kritik	77
3. Quantitative Eigentumsspaltung	79
4. Neue Formen dinglicher Rechte	80
5. Überhöhung des treugeberischen Rückforderungs- anspruches	81
6. „Dingliches Verwaltungsrecht“ des Treuhänders	82
VI. Die Lösung der Rechtsprechung: Formelles und materielles Eigentum	84
1. „Materielle und wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit“ ..	84
2. Kritik	85
3. Das Unmittelbarkeitskriterium	86
4. Zustimmung in der Literatur	88
5. Kritik	90
VII. Lösungsmodelle auf Grundlage einer nicht-dinglicher Treugeberposition	91
1. Ermächtigungstreuhand	91
2. Formallegitimation	93
3. Vollmachtstreuhand	94
VIII. Zusammenfassung: Konsolidierung des Meinungsbildes durch Siebert	95
1. Sieberts Ausgangshypothesen	95

2. Das fiduziarische Treuhandverhältnis	98
a) Das Schutzproblem	98
b) Das Begründungsproblem	99
3. Das deutschrechtliche Treuhandverhältnis	101
a) Bedingte Vollrechtsübertragung	101
b) Ermächtigung	101
c) Dingliches Verwaltungsrecht	102
d) Vollmachtstreuhand	103
e) Gesamthänderische Berechtigung am Treugut	103
4. Stufenfolge von Treuhandformen	104
IX. Konsequenzen für die weitere Entwicklung	105
§ 6. Ansätze zu einer Treuhanddogmatik auf Grundlage des Verhältnisses zwischen Treugeber und Treuhänder	106
I. Einleitung	106
II. Der Ansatz Beyerles	107
1. Vertretungsweise uneigennützige Belangwahrung	107
2. Zeitgenössische Kritik	109
III. Das obligatorische Treuhandverhältnis bei Emmerich	110
IV. Zusammenfassung	112

Teil 2

Das Treuhandverhältnis im geltenden deutschen Schuldrecht

§ 7. Treuhand als Wahrnehmung fremder Interessen	115
I. Treuhand als schuldrechtliche Grundform	115
II. Treuhand als Interessenwahrnehmung kraft eigener Macht ...	117
III. Reichweite der Interessenwahrnehmung	119
IV. Unterscheidung von Treuhandverhältnissen und Sicherungsgeschäften	121
V. Verfolgung von gleichgerichteten Eigeninteressen durch den Treuhänder	123
VI. Treuhand als Dauerschuldverhältnis	124
1. Allgemeines	124

2. Dauertreuhandverhältnisse	125
a) Das Modell Oetkers	125
b) Das Modell von J. Schmidt	127
c) Besonderheiten bei der Dauertreuhand	128
VII. Typengemischte Verträge	130
1. Verträge mit treuhandrechtlichem Schwerpunkt	130
2. Verträge mit untergeordneten Treuhandbestandteilen	132
§ 8. Gesetzliche Regelungen von Treuhandverhältnissen	135
I. § 675 Abs. 1 BGB als treuhandrechtliche Generalnorm	135
1. Allgemeines	135
2. Einordnung des Geschäftsbesorgungsvertrags	136
a) Zurücktreten austauschvertraglicher Elemente	136
b) Geschäftsbesorgung, Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag	138
aa) Einheitstheorie	138
bb) Trennungstheorie	139
c) Eigene Lösung	141
aa) Anwendung der Grundformentrias Beyerles	141
bb) Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag	142
3. Die gängige Definition im Lichte der neuen Ergebnisse	143
4. Der Treuhandvertrag als Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter	146
5. Kritik der Treuhandkonstruktion Grundmanns	149
II. Besonders geregelte Treuhandverhältnisse	152
1. Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse	152
2. Treuhand kraft gesetzlicher Anordnung	154
a) Notwendige Treuhandverhältnisse	154
b) Gesetzliche Anordnung in anderen Fällen	155
c) Treuhand kraft gesetzlicher Erklärungsfiktion	156
3. Treuhand kraft Anordnung durch staatliche Behörden	158
§ 9. Machtmittel des Treuhänders und Resultate der Interessenwahrnehmung	159
I. Allgemeines	159
II. Einwirkungsmacht statt „Treugut“	160
1. Verschiedene Formen treuhänderischer Macht	160
2. Keine Kategorienbildung nach der Art der Macht	162
III. Machtmittel und Resultate	162

1. Die Unterscheidung zwischen Machtmitteln und Resultaten	162
2. Der Anspruch des Treugebers auf „Herausgabe“ der Resultate	163
a) Der Anspruch aus § 667 Alt. 2 BGB	163
b) Treuhänder auf eigene Rechnung	165
IV. Machtbezogene Pflichten des Treuhänders	168
1. Abstraktheit der Machteinräumung	168
a) Treuhandverträge	168
b) Andere Treuhandverhältnisse	170
2. Pflichten des Treuhänders bei Bestehen des Treuhand- verhältnisses	171
a) Diskrepanz von Können und Dürfen	171
b) Kein Einfluß des Machtmittels auf die treuhänderische Hauptpflicht	173
3. Machtbezogene Pflichten bei Beendigung des Treuhand- verhältnisses	174
a) Der Anspruch auf Herausgabe aus § 667 Alt. 1 BGB	174
b) Vernichtung von Machtmitteln durch Zeitablauf	176
aa) Problemstellung	176
bb) Die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht des Handelsvertreters	177
cc) Nachvertragliche Wettbewerbsabreden	179
dd) Verhinderung von Machtmißbrauch bei Rechtsanwälten ..	181
4. Exkurs: Machtbezogene Pflichten ohne Treuhand- verhältnis	182
§ 10. Die Pflichten des Treuhänders	185
I. Die Interessenwahrnehmungspflicht des Treuhänders	185
1. Wahrnehmung des fremden Interesses quasi mea	185
2. Die Höchstpersönlichkeit der Interessenwahrnehmung ...	186
a) Die Regel des § 664 BGB und Sonderregelungen	186
aa) Unmittelbarer Anwendungsbereich	186
bb) Die Anwendung des § 664 BGB auf die entgeltliche Treuhand	188
b) Beispiele zulässiger Delegation	191
aa) Vertragliche Gestattung: Vermögensverwaltung	191
bb) Gesetzliche Gestattung: Institutsfremde Überweisung ..	191
[1.] Rechtslage bis 1. Januar 2002	191
[2.] Veränderung der Rechtslage durch §§ 676ff BGB? ...	192
c) Erteilung einer Generalvollmacht durch den Testaments- vollstrecker	195

3. Die treuhänderische Hauptpflicht als Rahmenpflicht	195
a) Allgemeines	195
aa) Situationsangepaßte Interessenwahrnehmung	196
bb) Ermittlung von Einzelpflichten	196
b) Ausfüllung des Rahmens durch den Treuhänder	198
aa) Ermessensfehlerfreies Handeln des Treuhänders	198
bb) Wahrnehmungsziele	199
[1.] Abstrakt-generelle Weisung	199
[2.] Gesetzgeberische Zielanordnung	202
cc) Einzelne Treuhandverhältnisse	202
dd) Grenzen der Pflichtenkonkretisierung durch den Treuhänder	204
c) Ausfüllung des Rahmens durch den Treugeber (Konkrete Weisung)	206
aa) Weisungsrecht des Treugebers	206
bb) Grenzen des treugeberischen Weisungsrechts	207
cc) Weisungswiderruf	209
dd) Denkender Gehorsam des Treuhänders	210
[1.] Jeder Treuhänder	210
[2.] Kompetenztreuhänder	211
ee) Exkurs: Hinweispflicht im vorvertraglichen Stadium	212
II. Die Benachrichtigungspflicht als Teil der Interessen- wahrnehmungspflicht	214
1. Benachrichtigungspflicht nach § 666 Var. 1 BGB	214
a) Nachricht als Grundlage von Treugeberentscheidungen	214
b) Die Benachrichtigung über Interessenkonflikte	215
aa) Voraussetzungen der Benachrichtigungspflicht	215
bb) Grenzen der Benachrichtigungspflicht	219
c) Dispositivität der Benachrichtigungspflicht	220
2. Ausstrahlung der Benachrichtigungspflicht auf das vorvertragliche Stadium	220
a) Vorvertragliche Benachrichtigungspflicht	220
b) Prospekthaftung als Ausgangspunkt der Benachrichtigungs- pflicht	222
c) Benachrichtigung über Interessenkonflikte außerhalb von § 311 Abs. 2 BGB	224
aa) Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern	224
bb) Informationspflicht nach § 675a BGB	224
cc) Offenlegung von Interessenkonflikten nach WpHG	226
3. Exkurs: Hinweis-, Benachrichtigungs- und Beratungs- pflicht	227
III. Auskunft und Rechnungslegung als Teil der Interessenwahrnehmungspflicht	230

1. Allgemeines	230
2. Auskunft	230
a) Der allgemeine Auskunftsanspruch aus § 666 Var. 2 BGB	230
b) Sonderregelungen zum Auskunftsanspruch des Treugebers ...	231
c) Treuhand bei der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs .	234
3. Rechenschaft	235
a) Umfang der Rechenschaft	235
b) Zeitpunkt der Rechenschaft	236
4. Entlastung des Treuhänders	239
a) Entlastung im Gesellschaftsrecht	239
b) „Entlastung“ im Familienrecht	241
c) Entlastung im allgemeinen Treuhandrecht	242
aa) Negatives Schuldanerkenntnis	243
bb) Treu und Glauben	243
[1.] Tätigwerden des Treugebers	244
[2.] Schweigen des Treugebers	245
[3.] Feststellungsklage des Treuhänders	246
cc) Beispiel: Die Entlastung des Testamentsvollstreckers	246
IV. Die Überwachungspflicht bei Spaltung der Treuhänderposition	247
1. Allgemeines	247
2. Reine Überwachungstreuhänder	248
a) Gesellschaftsrecht	248
b) Familienrecht	250
3. Die Überwachungspflicht im Treuhänderkollegium	251
a) Gesellschaftsrecht	251
b) Familienrecht	253
4. Folgerungen für das allgemeine Treuhandrecht	255
a) Rechtsgeschäftliche Bestellung eines Überwachungs- treuhänders	255
b) Überwachungstestamentsvollstrecker	256
§ 11. Die Pflichten des Treugebers	258
I. Die Vergütungspflicht des Treugebers	258
1. Vergütungspflicht als Regelfall	258
2. Erfolgsbezogen vergütete dienstvertragliche Interessenwahrnehmung	259
a) Partiarische Konstruktion	259
b) Unterschiedliche Regelungen zur Vergütungsgefahr	261
3. Der Ausgleich zwischen Beendigungs- und Vergütungsinteresse	262

a)	Beendigungsrecht des Treugebers	262
aa)	Grund- und fristlose Kündigung nach § 627 BGB	263
bb)	Sonderregelung für Absatzmittler	264
cc)	Abberufung des Geschäftleiters einer Kapital- gesellschaft	265
b)	Schutz des Vergütungsinteresses	268
aa)	Dienstvertragliche Treuhand	268
bb)	Werkvertragliche Treuhand	268
cc)	Sonderregelungen im Recht der Absatzmittler	270
4.	Vergütung ohne Interessenwahrnehmung	272
a)	Mitwirkungsobliegenheiten des Treugebers	272
aa)	Dienstvertragliche Treuhand	272
bb)	Werkvertragliche Treuhand	273
b)	Mitwirkungspflichten des Treugebers	274
aa)	Ausdrückliche Vereinbarung oder Anordnung	274
bb)	Ermittlung durch Auslegung	275
cc)	Gesetzliche Treuhandverhältnisse	277
II.	Die Pflicht zur Zahlung von Aufwendersersatz	278
1.	Aufwendersersatz	278
a)	§ 670 BGB als Konfliktlösungsregel	278
b)	Aufwendungen	279
2.	Vorschuß	282
3.	Ersatz für Zufallsschäden	283
a)	Problemstellung	283
b)	Allgemeine Risikohaftung	284

Teil 3

Interessenkonflikte als Folge einer Spaltung der Treugeberposition

§ 12.	Quantitative Spaltung der Treugeberposition	289
I.	Allgemeines	289
II.	Gesamthandsgemeinschaft mehrerer Treugeber	289
1.	Entstehung der Gesamthandsgemeinschaft	289
2.	Gleichstufige Verbindung der Mitglieder	291
III.	Interessengemeinschaft mehrerer Treugeber	292
1.	Die Figur der Interessengemeinschaft	292
2.	Rechtsgemeinschaften	293

3. Andere Interessengemeinschaften	294
4. Keine Verallgemeinerung	295
5. Gleichbehandlung im Versicherungsvertragsrecht?	297
a) Der Versicherungsvertrag als Treuhandverhältnis	297
b) Keine Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	299
IV. Folgerungen für das allgemeine Treuhandrecht	301
1. Rechtsgeschäftliche Fiktion einer Gesamthands- gemeinschaft	301
2. Rechtsgeschäftliche Fiktion einer Interessen- gemeinschaft	302
V. Zusammenfassung	304
§ 13. Antagonistische Treugeber	306
I. Einleitung	306
II. Einzelne Schiedsrichter-Treuhandler	307
1. Zivilgerichte	307
2. Schiedsrichter	309
3. Schiedsgutachter	311
4. Insolvenzverwalter und Treuhandler im Restschul- befreiungsverfahren	312
5. Der Treuhandvergleich	314
a) Mechanismus	314
b) Die Hauptpflicht des Treuhandlers	315
6. Der Treuhandler im Versicherungsvertragsrecht	319
III. Zusammenfassung	321
§ 14. Treuhandbegründer und Treuhandbegünstigter	323
I. Allgemeines	323
II. Einzelne Fälle der Spaltung in Treuhandbegründer und Treuhandbegünstigten	323
1. Unselbständige Stiftung	323
a) Die Errichtung der unselbständigen Stiftung	323
b) Die unselbständige Stiftung als Treuhandverhältnis	324
aa) Das Beendigungsrecht des Stifters	325
bb) Das Vollstreckungsproblem	327
cc) Keine Errichtung der Stiftungstreuhand durch Auflagenschenkung	329
c) Ermittlung des treuhänderischen Pflichtenkatalogs	330

2. Testamentvollstreckung	332
a) Der Testamentvollstrecker als „Willensvollstrecker“ des Erblassers	332
b) Der Erblasser als Treuhandbegründer	334
c) Die Stellung des Erben als Treuhandbegünstigtem	335
3. Versicherungsvertrag	337
a) Der Versicherer als Treuhänder des Versicherten	337
b) Der Versicherungsnehmer als Treuhänder des Versicherten ...	339
III. Schlußfolgerungen	339
1. Keine spezifischen Interessenkonflikte	339
2. Wahrnehmung der Interessen des Treuhandbegründers ...	340
3. Wahrnehmung der Interessen des Treuhandbegünstigten ..	341

Teil 4

Interessenkonflikte als Folge mehrerer nebeneinander bestehender Treuhandverhältnisse

§ 15. Grundlagen	345
I. Das Bestehen mehrerer Treuhandverhältnisse als Regel	345
II. Arten von Pflichtenkonflikten	346
III. Konfliktlösungsnormen	347
1. Einzelne Sonderregelungen	347
2. Das Präventionsprinzip als ungeschriebene Regel	349
IV. Die Abkehr vom Präventionsprinzip im Treuhandrecht	349
V. Ermessenslose Bindung des Treuhänders an Konfliktlösungsregeln	351
VI. Der Treuhänder als Treuhänder seiner selbst	353
§ 16. Vermeidung von Pflichtenkonflikten durch den Treuhänder ..	357
I. Konfliktvermeidungsgebot	357
II. Benachrichtigung als Instrument der Konfliktvermeidung? ..	359
1. Benachrichtigung als Entscheidungsgrundlage	359
2. Entscheidungsmöglichkeiten des Treugebers	360
III. Schaffung von Vertraulichkeitsbereichen	361

1. Funktionsweise der „Chinese Walls“	361
2. Chinese Walls und Wissenszusammenrechnung	362
3. Wissenszusammenrechnung und Konfliktvermeidungs- pflicht im WpHG	364
4. Organisationsmaßnahmen in anderen Bereichen	367
IV. Unterlassen bestimmter Geschäftspraktiken	369
§ 17. Regeln zur Auflösung von Pflichtenkonkurrenzen Teil 1: Prioritätsprinzip und Geschäftschancenlehre	371
I. Allgemeines	371
II. Konfliktlösungsregel 1: Die Geschäftschancenlehre	372
1. Rezeption der Corporate Opportunity Doctrine	372
2. Einordnung der Geschäftschancenlehre im deutschen Recht	372
3. Die Zuordnung einer Geschäftschance an die Gesellschaft	374
a) Allgemeines	374
b) „Formale Kriterien“	375
aa) Erstkontakt oder Erstentscheidung	375
bb) Angebot an die Gesellschaft	376
cc) Verwendung von Gesellschaftsressourcen	377
c) Zusammenhang mit der Treuhänderstellung	377
d) Materielle Kriterien	379
aa) Geschäftskreis der Gesellschaft	379
bb) Wesentlichkeit oder Vorteilhaftigkeit für die Gesellschaft	380
e) Vorteilhaftigkeit – und ihre Grenzen	380
4. Pflichtwidrigkeit der Nutzung einer Geschäftschance	381
5. Zusammenfassung	383
III. Konfliktlösungsregel 2: Das Prioritätsprinzip bei der Kommission	383
1. Meinungsstand	383
2. Geltung des Prioritätsprinzips	385
3. Das Kriterium des Einstandswillens	386
IV. Folgerungen für das Treuhandrecht insgesamt	388
1. Trennung der Interessensphären	388
2. Anwendung des Prioritätsprinzips im allgemeinen Treuhandrecht	390

a) Allgemeines	390
b) Mechanismus	391
aa) Zeitpunkt der Entstehung einer Einzelpflicht	391
bb) Recht oder Pflicht zur Gleichbehandlung	393
[1.] Gleichzeitige Entstehung der Pflicht	393
[2.] Vorteilhafte oder neutrale Abweichung	394
c) Geltungsgrund des Prioritätsprinzips	395
aa) Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse	396
bb) Gesetzliche Treuhandverhältnisse	397
d) Vergleich mit dem Präventionsprinzip	398
3. Synthese von Geschäftschancenlehre und Prioritätsprinzip	399
§ 18. Regeln zur Auflösung von Pflichtenkonkurrenzen Teil 2: Die Anordnung absoluten Vorrangs der Interessen eines Treugebers	401
I. Allgemeines	401
II. Funktion der Wettbewerbsverbote	401
III. Gesetzliche Wettbewerbsverbote	402
IV. Rechtfertigung der Wettbewerbsverbote	404
1. Position des Treugebers	404
2. Zumutbarkeit für den Treuhänder	406
V. Analoge Anwendung der Wettbewerbsverbote	408
1. Allgemeines	408
2. Persönliche Reichweite	409
a) Einflußreiche Gesellschafter	409
b) Einflußpersonen ohne Gesellschafterstellung	410
3. Sachliche Reichweite des Wettbewerbsverbots	411
a) Kapitalgesellschaften	411
b) Personenhandelsgesellschaften	412
4. Ausnahmen von der Geltung des Wettbewerbsverbots	413
a) Einwilligung	413
b) Exkurs: Doppelmandate von Vorstandsmitgliedern im Konzern	414
c) Die Ausnahmevorschrift des § 112 Abs. 2 HGB	415
VI. Zum Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters	416
1. Allgemeines	416
2. Wahrzunehmende Interessen	416

3. Herkömmliche Auffassung:	
Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters	417
4. Die Gegenauffassung	419
VII. Die Vereinbarung des Interessenvorrangs und ihre Grenzen ..	420
1. Allgemeines	420
2. Abwägung	421
VIII. Zusammenfassung	422
§ 19. Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 1:	
Inhabilitätsregelungen	424
I. Allgemeines	424
II. Inhabilität des Treuhänders	426
1. Gesetzliche Regelungen	426
a) Zivilgerichtsbarkeit	426
b) Aufsichtsrat	428
c) Abschlußprüfer	430
2. Inhabilität im allgemeinen Treuhandrecht	431
a) Aufsichtsratsmandate in Konkurrenzunternehmen	431
b) Ermittlung der Inhabilität ausschließlich anhand formaler Kriterien	434
c) Die Beseitigung einer zweifelhaften Inhabilitätsregel durch das BilReG	434
aa) Mängel der §§ 318f HGB a.F.	434
bb) Neufassung durch das Bilanzrechtsreformgesetz	437
d) Weitere Streitfragen	438
aa) Wechsel aus dem Vorstand in den Aufsichtsrat	438
bb) WEG-Verwalter als Mitglied des Verwaltungsbeirates ...	439
cc) Gegenseitige Überwachung von Nebenvormündern	439
dd) Überwachung „über Kreuz“ im Insolvenzrecht	440
ee) Inhabilität des Testamentsvollstreckers	441
III. Zusammenfassung	441
§ 20. Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 2:	
Beendigung oder Nichtbegründung des Treuhandverhältnisses durch den Treugeber	443
I. Allgemeines	443
II. Nichtrechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse	443
1. Allgemeines	443

2. Zivilrichter	444
a) Ausschließung eines befangenen Richters	444
b) Auswirkungen der Befangenheit auf das Urteil	446
3. Schiedsrichter	449
a) Allgemeines	449
b) Auswirkungen der Befangenheit eines Schiedsrichters auf den Schiedsspruch	449
aa) Allgemeines	449
bb) Zur Auffassung Schlossers	450
cc) Zur Auffassung der Rechtsprechung	452
c) Eigene Lösung	452
4. Insolvenzverwalter	453
5. Abschlußprüfer	455
6. Familienrecht	457
a) Vormundschaft	457
b) Betreuung	458
c) Pflegschaft	461
d) Eltern	462
aa) Kindeswohlgefährdung	462
bb) Verhältnismäßigkeit	464
e) Zusammenfassung	465
aa) Zweistufiges Modell	465
bb) Teilbeendigung	466
III. Folgerungen	467
1. Beendigungsvoraussetzungen bei nichtrechts- geschäftlicher Treuhand	467
a) Befangenheit	467
b) Verschiebung des Maßstabs	469
c) Erfordernis eines formalisierenden Akts	470
2. Anwendungsbeispiele	470
a) Amtsenthebung von Aufsichtsratsmitgliedern	470
b) Entlassung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses	472
c) Sonderfall: Entziehung der Verwaltung nach §§ 2129, 1052 BGB	473
3. Teilbeendigung außerhalb des § 1666 BGB	474
IV. Übertragung des Maßstabs auf rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisses	477
1. Vollbeendigung	477
2. Teilbeendigung	479
3. Abmahnung	481

V. Zusammenfassung	481
VI. Exkurs: Die Suspendierung des Treuhänders	482
1. Allgemeines	482
2. Vertragliche Treuhandverhältnisse	483
a) Suspendierung im Dienstvertragsrecht	483
b) Duplizität der Suspendierung von Treuhandvertrag und Machtmittel	484
c) Suspendierung der Bestellung eines Vorstandsmitglieds	485
3. Gesetzliche Treuhandverhältnisse	486
a) Allgemeines	486
b) Zivilrichter	486
c) Testamentsvollstrecker	487
d) Vormund	487
3) Insolvenzverwalter	489
4. Zusammenfassung	490
§ 21. Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 3: Beendigung oder Nichtbegründung des Treuhandverhältnisses durch den Treuhänder	491
I. Allgemeines	491
II. Das Recht zur Beendigung eines Treuhandverhältnisses durch den Treuhänder	492
1. Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse	492
2. Nichtrechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse	492
3. Wichtiger Grund	494
4. Begründung des konfliktträchtigen Treuhandverhältnisses als Pflichtverletzung	497
5. Zusammenfassung	498
III. Die Beendigungspflicht des Treuhänders	499
1. Rechtsanwälte	499
2. Richter	500
3. Aufsichtsratsmitglieder	501
a) Konkurrierende Unternehmen	501
b) Übernahmefälle	502
4. Folgerungen	503

§ 22. Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 4: Beschränkung der Machtmittel nach formal anknüpfenden Kriterien	506
I. Allgemeines	506
II. Beschränkung der Vertretungsmacht bei Pflichtenkollision, § 181 BGB	507
1. Allgemeines	507
2. Verbot des Insihgeschäfts	508
3. Ausnahmen von der Machtbeschränkung des § 181 BGB ..	509
a) Gesetzliche Gestattung	509
b) Rechtsgeschäftliche Gestattung	510
4. Beschränkung und Ausweitung des § 181 BGB	511
a) Normzweckbedingte Einschränkungen	511
b) Erweiterungen auf andere Konfliktfälle	513
5. Anwendung des § 181 BGB auf andere Legitimationen	517
6. Familienrechtliche Erweiterung des § 181 BGB	518
a) Allgemeines	518
b) Regelungsgehalt des § 1795 BGB	519
c) Versicherungsvertragsrecht	521
7. § 112 AktG als aktienrechtliche Parallelnorm zu § 181 BGB	521
a) Anwendungsbereich des § 112 AktG	521
b) Rechtsfolgen	522
8. Das Dreipersonenmodell bei der Kommission	524
a) Die typische Interessenverkettung bei der Kommission	524
b) Der Selbsteintritt des Kommissionärs	524
III. Weitere Legitimationsbeschränkungen	527
1. Allgemeines	527
2. Elternschaft, Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft	527
a) Schenkungsverbote	527
b) Weitere Legitimationsbeschränkungen	528
c) Exkurs: Minderjährigenhaftungsbeschränkung	529
3. Eheleiche Gütergemeinschaft	531
a) Allgemeines	531
b) Insbesondere: Das „Vermögen im Ganzen“	532
4. Erbrecht	535
a) Unentgeltlichkeit	535
b) Folgen	538
V. Zusammenfassung	539

§ 23. Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 5:	
Beschränkung der Machtmittel nach materiellen Kriterien	541
I. Allgemeines	514
II. Sonderregelungen im Familienrecht	542
1. § 1796 BGB	542
2. Einzelfälle	543
3. Insbesondere: Der gesetzliche Vertreter als Testamentsvollstrecker	544
III. Übertragung auf andere Treuhandverhältnisse	546
1. Allgemeines	546
2. Bestellung eines Sonderverwalters im Insolvenzrecht	547
a) Erhebliche punktuelle Interessenkonflikte	547
b) Die Figur des „Sonderverwalters“	547
§ 24. Regeln zur Behandlung von Pflichtenkollisionen Teil 6:	
Veränderung der Pflichten des Treuhänders	550
I. Allgemeines	550
II. Pflicht gegenüber Drittinteressenträger vs. Pflicht gegenüber sich selbst	550
III. Kollision zweier Pflichten gegenüber Drittinteressenträgern .	551
1. Bilaterale Lösung	551
a) Verzicht nach Entstehung der Pflichtenkollision	552
b) Antizipierter Verzicht	553
2. Multilaterale Lösung	554
a) Maklerrecht	554
aa) Die gängige Auffassung zur Tätigkeit als Doppelmakler .	554
bb) Zutreffende Auffassung	555
b) Familienrecht	557
§ 25. Pflicht des Treuhänders zur Gleichbehandlung aller Treugeber aus Treu und Glauben	559
I. Gleichbehandlung wegen Vorliegens einer Interessen- gemeinschaft	559
II. Gleichbehandlungspflicht des Treugebers	560

Teil 5

Interessenkonflikte bei der Willensbildung von Mittreuhändern

§ 26. Stimmverbote	565
I. Allgemeines	565
1. Mittreuhänder - Nebentreuhänder	565
2. Beschlußfassung als Akt der Willensbildung im Treuhänderkollegium	566
3. Interessenkonflikte bei der Willensbildung	568
II. Formal anknüpfende Stimmverbote	569
1. Gesetzlich geregelte Stimmverbote für Mittreuhänder	569
2. Weitere formal anknüpfende Stimmverbote für Mittreuhänder	570
a) Gesellschaftsrecht	570
b) Verallgemeinerung außerhalb des Gesellschaftsrechts	571
aa) Allgemeines	571
bb) Der Gläubigerausschuß als Treuhänder der Gläubiger ...	572
cc) Stimmverbote im Gläubigerausschuß	573
3. Feststellungsverfahren	574
III. Materielle Stimmverbote	576
1. Erfordernis materieller Möglichkeiten	576
2. Problemstellung	578
3. Rechtsgrundlage	579
4. Formalisierungsmechanismus	580
a) Der Formalisierungsmechanismus im Rahmen des § 1796 BGB	581
b) Der Formalisierungsmechanismus in anderen Fällen	582
IV. Konfliktlösung durch Veränderung der Interessen- wahrnehmungspflicht	584
1. Problemstellung	584
2. Lösung	585
V. Zusammenfassung	586
VI. Exkurs: Stimmverbote für Mitreugeber	587
1. Willensbildung durch Beschluß	587
2. Stimmverbote für Mitreugeber	588

§ 27. Ergänzung der Stimmverbote durch weitere Maßnahmen	591
I. Allgemeines	591
II. Weitere Maßnahmen bei formal anknüpfenden Stimmverboten	592
III. Weitere Maßnahmen bei materiellen Stimmverboten	594
IV. Verfahren und Fazit	596

Teil 6

Rechtsfolgen einer Verletzung der Konfliktlösungsregeln

§ 28. Pflichtverletzungsfolgen unter Aufrechterhaltung des Treuhandverhältnisses	601
I. Allgemeines	601
II. Schadenersatz	602
1. Sonderregelungen	602
2. Allgemeine Schadenersatzhaftung	603
a) Nicht nachholbare Pflicht	604
b) Nachholbare Pflicht	606
aa) Erfüllung der Pflicht	606
bb) Nichterfüllung der Pflicht	606
c) Vertretenmüssen	607
III. Teilweiser Verlust der Vergütung	608
IV. Verwirkung der Vergütung	610
1. Sonderregelungen	610
2. Verallgemeinerung durch die Rechtsprechung	612
3. Kritik	613
a) Vergütungsverwirkung und Schadenersatzanspruch	613
b) Vergütung des Treuhänders im Wege von Provisionen oder Gebühren	614
c) Umfassendere Treuhandverhältnisse	614
V. Gewinnabschöpfung	616
1. Allgemeines	616
2. Besondere gesetzliche Regelungen zur Gewinn- abschöpfung	617
a) Gesellschaftsrecht	617
b) Dingliche Surrogation	619

3. Gewinnabschöpfung nach § 667 Alt. 2 BGB	619
a) Schmiergelder, Bonifikationen etc.	620
b) Mißbrauch von Geschäftschancen etc.	621
4. Gewinnabschöpfung nach § 285 BGB	622
5. Gewinnabschöpfung nach § 687 Abs. 2 BGB	624
6. Gewinnabschöpfung nach §§ 113 HGB, 88 AktG analog ..	625
a) Analogie	625
b) Verjährung	627
7. Umfang der Gewinnherausgabe	628
VI. Zusammenfassung	629
§ 29. Die Beendigung des Treuhandverhältnisses als Pflichtverletzungsfolge	631
I. Allgemeines	631
II. Kündigung	632
III. Rücktritt	634
1. Voraussetzungen	634
2. Rechtsfolgen	636
IV. Schadenersatz statt der ganzen Leistung	637
§ 30. Probleme der Beweislast bei der Durchsetzung der Treugeberrechte	638
I. Allgemeines	638
II. Beweislast für das Vorliegen einer Pflichtverletzung des Treuhänders	638
1. Beweislastumkehr nach §§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, 34 Abs. 2 Satz 2 GenG	638
2. Geltung für andere Treuhandverhältnisse	640
a) Principal-Agent-Theory	640
b) Grundformspezifisches Informationsungleichgewicht	641
c) Zumutbarkeit einer Beweislastumkehr	642
3. Substantiierungslast	643
III. Beweislast im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität ..	644
1. Auffassung der Rechtsprechung	644
2. Das Modell von H. Roth	646
IV. Zusammenfassung	647

Teil 7

Interessenkonflikte zwischen Treugeber und Dritten

§ 31. Pflichtwidriger Gebrauch von Legitimationen durch den Treuhänder	651
I. Allgemeines	651
II. Ungeschriebene Einschränkungen der Vertretungsmacht	653
1. Allgemeines	653
2. § 138 Abs. 1 BGB – Kollusion	654
3. „Mißbrauch der Vertretungsmacht“	655
a) § 242 BGB – Einrede des Rechtsmißbrauchs	655
b) Außenwirkung des Innenverhältnisses	656
c) Mißbrauch oder Durchgriff?	658
aa) Die Vertretungsmacht ist kein Recht	658
bb) Durchgriffsvoraussetzungen	659
4. Pflicht zum Unterlassen des Vertragsschlusses	662
a) Allgemeines	662
b) Pflichtverletzung	662
aa) Erkundungsrisiko des Dritten	662
bb) Parallele 1: Vertragsschluß mit dem Interessenträger selbst	664
cc) Parallele 2: Trennung von Willenserklärung und Motiven	664
dd) Übertragung der Ergebnisse	667
c) Abweichungen bei organschaftlicher Vertretungsmacht?	668
e) Besonderheiten bei Liquidatoren	671
aa) Vertretung „innerhalb des Geschäftskreises“	671
bb) Ausstrahlung des § 269 AktG n.F.	672
cc) Sonderfall: Der Liquidator der Personenhandels- gesellschaft	673
dd) Fazit	674
f) Abweichungen bei gesetzlicher Vertretungsmacht?	675
III. Übertragung auf andere Legitimationen	676
1. Allgemeines	676
2. Ermächtigung	677
3. Parteien kraft Amtes	678
a) Insolvenzverwalter	678
b) Nachlaßverwalter	679
c) Testamentvollstrecker	679
d) Fazit	680
4. Schlüsselgewalt	681

IV. Zusammenfassung	682
V. Exkurs: Machtmißbrauch durch den Kommissionär	682
1. Allgemeines	682
2. Einzelprobleme	683
§ 32. Pflichtwidriger Gebrauch der Rechtsinhaberschaft durch den Treuhänder	686
I. Allgemeines	686
II. Gesetzlich angeordnete Verfügungsbeschränkungen des Treuhänders	687
1. Allgemeines	687
2. Verfügungsbeschränkungen des Nacherben, § 2112ff BGB	688
a) Der Vorerbe als Treuhänder	688
b) Verfügungsverbote zulasten des Vorerben	689
c) Kritik	691
3. Das Verfügungsverbot nach § 9 KAGG	692
4. Zusammenfassung	693
III. Treugeberschutz im allgemeinen Treuhandrecht	694
1. „Umbau des Systems“	694
2. Deliktischer Schutz der schuldrechtlichen Beziehung Treugeber – Treuhänder	694
a) Der Ansatz Marwedde	694
b) Deliktischer Forderungsschutz	695
3. Vertrag mit Lastwirkung	697
4. Analogie zum Vollmachtsmißbrauch	699
a) Allgemeines	699
b) Die Auffassung der Rechtsprechung	699
c) Kritik der Rechtsprechung	701
d) Der Einwand des § 137 Satz 1 BGB	701
IV. Eigene Lösung	704
1. Allgemeines	704
a) „Durchgriff auf das Innenverhältnis“	704
b) „Mißbrauch der Vertretungsmacht“	706
c) Haftung nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB	706
2. Einbeziehung des Treugebers in die Schutzwirkung des Vertrages?	707

3. § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB	709
a) Allgemeines	709
b) Rollenwechsel bei der Eigenhaftung des Vertreters	710
c) Rollenwechsel im Treuhandrecht	712
d) Pflichtverletzung des Geschäftspartners des Treuhänders	714
4. Exkurs: Auswirkung auf das Verpflichtungsgeschäft	716
V. Zusammenfassung, Deutschrechtliche Treuhand	716
§ 33. Der Zugriff von Treuhändergläubigern auf treuhänderische Machtmittel und Resultate Teil 1: Wege zur Lösung des „Treuhänderproblems“	720
I. Allgemeines	720
II. Machtpositionen, die dem Zugriff Dritter ausgesetzt sind	721
1. Zugriff durch Aufrechnung	721
2. Zugriff durch Einzel- oder Gesamtvollstreckung	722
III. Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung nach dem Krieg	723
IV. Der Meinungsstand zum „Treuhänderproblem“ in der Literatur seit 1960	725
1. Verdinglichung der Treugeberposition	725
a) Das Benefiziarrecht des Treugebers	726
aa) Die Rezeption englischen Rechts bei Assfalg	726
bb) Kritik	727
b) Die Dauerberechtigungsbeziehung zwischen Treugeber und Treuhänder	729
c) Die Verdinglichung des obligatorischen Rückübertragungs- anspruchs	731
aa) Verdinglichung durch Publizität	731
bb) Kritik	732
2. Neue dingliche Rechte	734
a) Treuhandeigentum	734
aa) Die historische Argumentation bei Wiegand	734
bb) Kritik	736
cc) Kausales Eigentum kraft Gesetzes	737
b) Die rechtsvergleichende Argumentation bei Kötz	739
aa) Der Umbau des Sachenrechts	739
bb) Kritik	740
c) Beschränkt dingliche Rechte eigener Art	742

3. Treugeberschutz als zulässige Lastwirkung gegenüber Dritten	743
a) Vollstreckungsbeschränkende Abrede	743
b) Abwägung der Interessen	744
V. Zusammenfassung: Die Bestimmbarkeit löst die Unmittelbarkeit ab	746
§ 34. Der Zugriff von Treuhändergläubigern auf treuhänderische Machtmittel und Resultate Teil 2: Treuhänderisch gehaltene Rechtspositionen als Sondervermögen	750
I. Einleitung	750
II. Der Schutz von Resultaten der Interessenwahrnehmung bei der Kommission	750
1. Allgemeines	750
a) Ratio legis	750
b) Reichweite des Schutzes	752
aa) Surrogate	752
bb) Aufrechnung	753
2. Keine Analogie für andere Treuhandfälle	754
III. Sonderregelungen zum Schutz der Machtmittel vor Treuhändergläubigern	756
1. § 2115 BGB bei der Vorerbschaft	756
a) Allgemeines	756
b) Wirkungsweise des § 2115 BGB	757
c) Anwendungsbereich	758
2. Weitere Fälle aus dem Erb- und Familienrecht	759
a) Testamentsvollstreckung	759
b) Eheleiche Gütergemeinschaft	761
3. Insolvenzrecht	761
4. Die Regelungen des KAGG	762
a) Das Investmentvermögen als Sondervermögen	762
b) Das Sondervermögen in der Vollstreckung	763
c) Die Bedeutung der Regelungen im KAGG für das Treuhandrecht	764
IV. Die Lehre Coings zum „Treugut“ als Sondervermögen	765
1. Treuhand als Halten und Verwalten von Vermögens- rechten	765

2. Kritik des Ansatzes	766
a) Singularität der Surrogationsregelungen	766
b) Grundsatz der Vermögenseinheit	769
c) Neutrales Handeln	770
V. Der Treuhänder bei der Restschuldbefreiung	771
1. Die Regelungen in § 292 InsO	771
2. Der Ausgangspunkt des Gesetzgebers der Insolvenz- ordnung	772
a) Vollstreckungsschutz	773
b) Ablehnung der Unmittelbarkeit	774
c) Zweckbindung als entscheidendes Kriterium	775
VI. Entwicklung des Treuhandbildes – Von der Ausnahme zur Regel	776
VII. Exkurs: Methodologische Probleme	778
1. Der Widerspruch bezüglich der Rechtsfähigkeit der GbR	779
a) Die traditionelle Auffassung	779
b) Impulse durch das UmwG	779
aa) Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts	779
bb) Kritik	782
c) Die Kehrtwende der Rechtsprechung	783
2. Der Umgang mit dem Widerspruch	784
a) Die Hinnahme des Widerspruchs	784
b) Auflösung des Widerspruchs	785
c) Konfliktlösung auf der subjektiven Ebene	786
aa) Allgemeines	786
bb) Dynamischer Wille	787
cc) Heutiger Gesetzgeber	788
dd) „Korrekturebene“	789
[1.] Vorrang des „neuen“ Willens	789
[2.] Vorrang des „alten“ Willens	790
d) Konfliktlösung auf der objektiven Ebene	791
aa) Grenzen der Auslegung	792
[1.] Wortlautgrenze	792
[2.] Willensgrenze	793
[3.] Synthese	794
bb) Geltungszeitliches Rechtsverständnis	796
VIII. Die Auflösung des Widerspruchs im Wege des „Funktionswandels“	797

1. Exkurs: Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts	797
2. Treuhandrecht	798
a) Der Grundsatz der Vermögenseinheit	798
b) Stillschweigende Voraussetzung eines treuhänderischen Sondervermögens	799
c) Abwägung	799
d) Zur Dogmatik des Sondervermögens	800
aa) Das Sondervermögen als fiktives Rechtssubjekt	801
bb) Das Sondervermögen als Zweckvermögen	802
cc) Haftungsrechtliche Strukturgleichheit realer und fiktiver Rechtsträger	804
[1.] Allgemeines	804
[2.] Einseitig abgeschottete Sondervermögen	805
[3.] Beiderseitig abgeschottete Sondervermögen	805
[4.] Folgerungen für ein Sondervermögen des atypischen Treuhänders	806
IX. Das treuhänderische Sondervermögen	807
1. Entstehung des Sondervermögens	807
a) Gesetzlich geregelte Treuhandverhältnisse	807
b) Atypische Treuhandverhältnisse	808
aa) Maßgeblichkeit des Treuhandvertrags	808
bb) Der Bestimmtheitsgrundsatz	809
2. Die Unterscheidung zwischen verschiedenen Gläubigergruppen	809
3. Der Vollstreckungszugriff durch Treuhändergläubiger	810
a) Allgemeines	810
b) Interventionsrecht des Treugebers	811
aa) § 771 ZPO	811
bb) Andere Interventionsrechte	812
c) Interventionsrecht des Treuhänders	812
d) Die Position des Treugebers	813
aa) Klage gegen den Treuhänder	814
bb) Geltendmachung der Treuhänderrechte durch den Treugeber	815
[1.] Allgemeines	815
[2.] Gesellschafterklage gegen Dritte als Vorbild für die „Treugeberklage“	816
[3.] Zur Dogmatik der Gesellschafterklage	818
[4.] Herleitung der Treugeberklage aus dem Treuhand- vertrag	820
[5.] Prozessuale Fragen	822
4. Vollstreckungszugriff von Treuhandgläubigern	824

5. Vollstreckungszugriff von Treugebergläubigern	825
a) Allgemeines	825
b) Einzelvollstreckung	825
c) Insolvenz	826
X. Zusammenfassung	828
§ 35. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	830
Literaturverzeichnis	851
Stichwortverzeichnis	901

§ 1. Einleitung

I. Thema der Untersuchung

1. Interessenkonflikte im Treuhandrecht

Jedes Rechtssubjekt hat rechtliche, wirtschaftliche und ideelle Interessen. Das Privatrecht regelt Konflikte zwischen den Interessen mehrerer Privatrechtssubjekte.¹ Das einzelne Rechtssubjekt kann in einer liberalen Privatrechtsordnung seine Interessen grundsätzlich frei und nach eigenem Willen verfolgen,² denn eine liberale Rechtsordnung geht davon aus, daß jedes Rechtssubjekt seinen Interessen im Widerstreit mit anderen Rechtssubjekten, die ebenfalls ihre Interessen verfechten, zur angemessenen Geltung verhelfen könne. Die bürgerlich-rechtliche Gesetzgebung in einem liberalen Rechtsstaat setzt der eigennützigen Interessenverfolgung durch das einzelne Rechtssubjekt lediglich äußerste Grenzen.

Dieses – in bestimmten Grenzen – freie Spiel des Ausgleichs widerstreitender Interessen mindestens zweier Rechtssubjekte im Rahmen einer liberalen Rechtsordnung soll nicht insgesamt Thema dieser Abhandlung sein. Es sollen vielmehr Interessenkonflikte beleuchtet werden, die im Zusammenhang mit Treuhandverhältnissen auftreten können. Diese Schuldverhältnisse zeichnen sich dadurch aus, daß ein Rechtssubjekt seine Interessen teilweise oder insgesamt nicht selbst wahrnimmt. Als Treuhänder wird infolgedessen jedes Rechtssubjekt angesehen, das vertraglich oder gesetzlich dazu verpflichtet ist, Interessen eines anderen Rechtssubjekts – des Treugebers – wahrzunehmen. Durch dieses Auseinanderfallen von Interessenträgerschaft und Interessenwahrnehmung entstehen spezifische Interessenkonflikte, die in Austauschschulverhältnissen, bei denen sich die Vertragsparteien als Antagonisten gegenüberstehen, oder Gesellschaftsverträgen, bei denen die Vertragsparteien idealtypisch ihre gleichgerichteten Interessen gemeinsam verfolgen, nicht in dieser Weise auftreten.

¹ *Staudinger/Coing* Einl. Rn. 114, 183.

² *Staudinger/Schäfer* § 826 BGB Rn. 3.

2. An treuhandrechtlichen Interessenkonflikten beteiligte Rechtssubjekte

a) Treugeber und Treuhänder

An einem Treuhandverhältnis sind mindestens ein Treugeber und ein Treuhänder beteiligt. Allerdings können auf der Treuhänder- und Treugeberseite jeweils mehrere Personen stehen. So hat beispielsweise ein minderjähriges Kind miteinander verheirateter Eltern grundsätzlich zwei Treuhänder in Form seiner beiden Elternteile, die als sogenannte Mittreuhänder gemeinschaftlich die Treuhänderstellung wahrnehmen, § 1629 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB. Es ist aber auch denkbar, daß die Treuhänder, sogenannte Nebentreuhänder, unterschiedliche Kompetenzen haben, indem ein Treuhänder für die Geschäftsführung zuständig ist und der andere Treuhänder diesen Geschäftsführer kontrolliert. Dieses Modell findet sich mit den Treuhändern Vorstand und Aufsichtsrat im Recht der Kapitalgesellschaften.

Beauftragen Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, einen Vermögensverwalter mit der Verwaltung einiger Positionen aus dem Gesamtgut, § 1416 Abs. 1 BGB, so füllen sie gemeinsam und gleichberechtigt die Treugeberposition aus, die damit quantitativ gespalten ist. Gleiches gilt für das Verhältnis mehrerer Erben zu einem Testamentsvollstrecker. Außerdem ist es denkbar, daß sich die Position des Treugebers in der Weise auf zwei Beteiligte verteilt, daß es zu einer qualitativen Spaltung der Treugeberposition kommt: Eine Person begründet die Treuhand (Treuhandbegründer), eine andere Person soll den Nutzen aus der Treuhand ziehen (Treuhandbegünstigter). Ein gesetzlich geregelter Fall dieser Form der Spaltung der Treugeberposition ist die Testamentsvollstreckung; dort ist der Erblasser Treuhandbegründer, während der Erbe Treuhandbegünstigter ist. Ähnliche Konstellationen können auch vertraglich im Wege eines Vertrages zugunsten eines Dritten oder durch Errichtung einer Stiftung geschaffen werden. Schließlich kann die Treugeberposition auch in der Weise qualitativ gespalten sein, daß sich Treugeber als Antagonisten gegenüberstehen, wie das etwa bei den Parteien eines Schiedsverfahrens der Fall ist, in dem der Schiedsrichter als Treuhänder der Parteieninteressen fungiert, soweit der Streitgegenstand reicht.

b) Treuhandfremde Treugeber

Treuhänder werden regelmäßig Treuhandverhältnisse mit mehreren verschiedenen Treugebern oder Treugebergruppen begründen, die – anders als bei den unter a) geschilderten Fällen – keinerlei Verbindung miteinander aufweisen. Aus Sicht des einzelnen Treugebers handelt es sich dabei um sogenannte Dritttreugeber. Eltern mögen etwa die Sorge für mehrere Kinder haben, Rechtsanwälte

oder Vermögensverwalter haben mehrere Mandanten, Kommissionäre oder Kommissionsagenten werden von mehreren Kommittenten beauftragt, Banken haben eine Vielzahl von Kunden, für die sie Konten führen, Überweisungen vornehmen, Schecks einlösen oder Wertpapiergeschäfte ausführen. Umgekehrt haben die meisten Rechtssubjekte auch mehrere, miteinander unverbundene Treuhänder.

c) An einem Treuhandverhältnis unbeteiligte Dritte

Schließlich stehen die an einem Treuhandverhältnis beteiligten Personen in rechtlichen oder tatsächlichen Beziehungen zu dritten, nicht am Treuhandverhältnis beteiligten Personen. Der Treuhänder schließt im Rahmen seiner Tätigkeit Verträge mit Dritten, möglicherweise schädigt er auch geschützte Rechtsgüter Dritter. Hieraus können Ansprüche dieser Personen gegen Treuhänder und/oder Treugeber entstehen.

Zu berücksichtigen sind zudem die Gläubiger von Treugeber und Treuhänder, deren Ansprüche durch das Handeln des Treugebers oder des Treuhänders „als Privatmann“, also unabhängig von der Treuhand, entstanden sind (Eigengläubiger).

3. Interessen der beteiligten Rechtssubjekte

a) Interessen des Treugebers

Der Treugeber hat zunächst ein Interesse daran, daß er ein rechtsgeschäftliches Treuhandverhältnis nach seinen Vorstellungen begründen kann und dabei keinen Restriktionen ausgesetzt ist. Desweiteren ist er daran interessiert, daß der Treuhänder seine, des Treugebers, Anweisungen befolgt, auch ansonsten die Treugeberinteressen optimal wahrnimmt und dabei insbesondere eigene Interessen genauso wie die Interessen von Drittreugebern oder Dritten hinstellt. Der Treuhänder soll seine Befugnisse, die ihm aus seiner Treuhänderstellung erwachsen, nicht mißbrauchen, am besten soll er zu einem solchen Mißbrauch überhaupt nicht in der Lage sein. Außerdem ist dem Treugeber wichtig, daß nicht mittelbar über den Treuhänder andere Personen auf Vermögenswerte zugreifen können, an denen er (der Treugeber) interessiert ist, und diese gegebenenfalls haftbar machen oder ihre Entscheidung an die Stelle der Treuhänderentscheidung setzen können. Schließlich wäre es ideal für den Treugeber, wenn sein Vermögen nicht für das Handeln des Treuhänders haftbar wäre.

b) Interessen des Treuhänders

Der Treuhänder möchte bei der Interessenwahrnehmung für den Treugeber vermeiden, daß er in irgendeiner Weise für sein Handeln persönlich haftbar gemacht werden kann. Er möchte, daß nur Rechtspositionen, die dem Treugeberinteresse zu dienen bestimmt sind, in die Vermögensmasse fallen, die bei Treuhandgeschäften haftet, während sein Eigenvermögen verschont bleibt. Vor allem in Fällen notwendiger Treuhand (damit sind Fälle gemeint, in denen der Treugeber zwingend auf einen Treuhänder angewiesen ist, weil er selbst seine Interessen nicht wahrnehmen kann, wie das etwa bei einem geschäftsunfähigen Treugeber oder einer juristischen Person als Treugeber der Fall ist) möchte der Treuhänder außerdem möglichst unbeeinflußt von irgendwelchen Aufsichtsorganen handeln können. Der Treuhänder möchte, besonders wenn er gewerblich handelt, nicht daran gehindert sein, möglichst viele Treuhandverhältnisse zu begründen. Zudem möchte der Treuhänder durch die Verwaltung fremder Interessen nicht an einer sachgerechten Wahrung eigener Interessen gehindert werden. Er möchte auch nicht zu übertriebener Sorgfalt oder übertriebenem Aufwand verpflichtet sein. Schließlich möchte jedenfalls der gewerblich handelnde Treuhänder einen möglichst hohen Gewinn aus der Interessenwahrnehmung für die Treugeber ziehen.

c) Interessen Dritter

Die Eigengläubiger des Treuhänders haben ein Interesse daran, gegebenenfalls auch auf vermögenswerte Positionen, die der Treuhänder für den Treugeber hält, zugreifen zu können; das gleiche Interesse haben die Eigengläubiger des Treugebers. Die Treuhandgläubiger haben ein Interesse daran, auf treuhänderisch gehaltene vermögenswerte Positionen zugreifen zu können, würden jedoch gerne auch das Eigenvermögen des Treugebers und/oder Treuhänders und vermögenswerte Positionen aus anderen Treuhandverhältnissen des Treugebers und/oder Treuhänders haftbar machen.

Alle anderen Beteiligten am Rechtsverkehr, die in irgendeiner Weise mit der Treuhand in Berührung kommen, haben ein Interesse daran, durch die Begründung der Treuhand, die eine personelle Spaltung zwischen Interessenträgerschaft und Interessenwahrnehmung mit sich bringt, keine Nachteile im Vergleich zum Zustand der eigenhändigen Interessenwahrnehmung zu erleiden. Dazu gehört insbesondere, daß Dritte vermeiden wollen, durch interne Abreden oder Verpflichtungen zwischen Treugeber und Treuhänder Rechtsnachteile zu erleiden.

4. Interessenkonflikte

a) Interne Konflikte

Bereits innerhalb der Treugeber- oder Treuhänderposition können verschiedene Interessenkonflikte auftreten. Einmal ist es denkbar, daß mehrere Treugeber bei quantitativ gespaltener Treugeberposition uneins über die Ausübung der Treugeberbefugnisse oder ihre Haftung sind. Dann bedarf es eines Konfliktlösungs- und Entscheidungsmechanismus innerhalb der Treugebergruppe. Gleiches gilt bei quantitativer Spaltung der Treuhänderposition.

Außerdem kann die Treugeberposition qualitativ auf einen Treuhändergründer und einen Treuhänderbegünstigten oder mindestens zwei Streitparteien aufgespalten sein. Hier stellt sich die Frage, welche Befugnisse jeweils welchem Beteiligten zustehen und wer wofür haftet. Gleiches gilt bei qualitativer Spaltung der Treuhänderposition in mehrere Nebentreuhänder.

b) Konflikte im Innenverhältnis

Im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder kann es zu verschiedenen Konflikten kommen. Das Interesse des Treuhänders an einem möglichst weiten Spielraum bei der Interessenwahrnehmung kollidiert mit dem Interesse des Treugebers, den Treuhänder an die eigenen Vorgaben zu binden. Zudem kann das Interesse des Treugebers an optimaler Interessenwahrnehmung in Konflikt mit den vom Treuhänder wahrgenommenen Eigeninteressen geraten. Vor allem ist denkbar, daß ein Konflikt der Treugeberinteressen mit dem Interesse anderer Treugeber, sogenannter Dritttreugeber, für die der Treuhänder ebenfalls tätig ist, entsteht. Hier stellt sich jeweils die Frage, welchem Interesse der Vorrang einzuräumen ist. Erst im Lichte der hier anwendbaren Konfliktlösungsregeln erhält die Interessenwahrnehmungspflicht des Treuhänders ihr endgültiges Gepräge; die Einhaltung dieser Regeln wird durch die Anordnung von Pflichtverletzungsfolgen sanktioniert. Schließlich haben beide Seiten ein Haftungsverschonungs- bzw. Haftungsbegrenzungsinteresse, wollen also ihre Haftung für Verbindlichkeiten, die sich aus dem Treuhänderverhältnis ergeben, möglichst gering halten und geraten auf diese Weise in einem Konflikt. Es bedarf also der Ermittlung entsprechender Haftungsregeln im Treuhänderrecht.

c) Konflikte im Außenverhältnis

Im Außenverhältnis zu Dritten kollidieren Zugriffsinteressen Dritter mit dem Haftungsverschonungs- bzw. Haftungsbegrenzungsinteresse von Treuhänder und Treugeber sowie dem Interesse des Treugebers am Erhalt vom Machtmittel, die er dem Treuhänder eingeräumt hat. Es ist die Frage zu klären, ob Dritte

auf vollstreckungsfähige Machtmittel, die der Treugeber dem Treuhänder eingeräumt hat, zugreifen dürfen und ob der Treugeber einen derartigen Zugriff abwehren kann. Dritte wollen außerdem keine Nachteile dadurch erleiden, daß sie mit einem Treuhänder in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, während der Treugeber ein Interesse daran hat, an Rechtsgeschäfte des Treuhänders, die nicht seinen Interessen dienen, rechtlich und wirtschaftlich nicht gebunden sein. In diesem Zusammenhang sind deshalb die Folgen eines Machtmissbrauchs durch den Treuhänder zu erörtern.

II. Stand der Forschung

Konflikte im Außenverhältnis sind der klassische Untersuchungsgegenstand im Treuhandrecht, denn die Treuhand wird herkömmlich über diese Probleme definiert. *Siebert*³ sieht in seiner 1933 erschienenen umfassenden Monographie über „Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis“ denjenigen als Treuhänder, der „zur Ausübung eines Vermögensrechts in fremdem Interesse bestellt und dazu mit eigener Rechtszuständigkeit an diesem Rechte ausgestattet ist“. Auch *Coing*⁴ definiert vierzig Jahre später die Treuhand noch ähnlich, nämlich als rechtsgeschäftliche Verpflichtung, bestimmte Rechte, die einer Person zustehen oder über die sie verfügen kann, nicht im eigenen, sondern in fremdem Interesse zu halten und auszuüben. Kriterium ist also jeweils die Übertragung dinglicher Befugnisse vom Treugeber auf den Treuhänder, „die Macht des Treuhänders [beruht] auf seiner dinglichen Ausstattung“⁵. Zudem wird auf ein bestimmtes „Treugut“, das nur in einem „Vermögensrecht“ oder „Recht“ bestehen könne, abgestellt.

Diese Kriterien lassen sich nur aus der Funktion, die der Rechtsfigur „Treuhand“ im Gefüge der Zivilrechtsdogmatik zugewiesen wurde, verstehen. Sie sollte zunächst ermöglichen, bestimmte Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber als gültig und nicht simuliert anzuerkennen. Vor allem sollte diese Rechtsfigur in der Lage sein, ein bestimmtes „Treugut“ im Verhältnis zu Dritten dem Treugeber zuzuordnen, auch wenn Rechtsträger der Treuhänder war. Das wurde deshalb erforderlich, weil vor allem in Fällen der Sicherungsübereignung der Sicherungsgeber gezwungen ist, dem Sicherungsnehmer ein Mehr an Rechten, nämlich das volle Eigentum, zu übertragen, als eigentlich für die Sicherung erforderlich ist, die auch durch ein im BGB allerdings nicht vorgesehenes besitzloses Pfandrecht erfolgen könnte. Es geht also nach bis heute gängiger Auffassung darum, daß „im Verhältnis des Treuhänders zu seinen Gläubigern und den Gläubigern des Treugebers eine billigenwerte Berücksichtigung einerseits der

³ *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 22.

⁴ *Coing*, Treuhand, S. 85.

⁵ *Lammel*, Haftung, S. 17.

Rechtsstellung des Treuhänders zum Treugut, andererseits der wirtschaftlichen Zuordnung des Treugutes zum Treugeber gleichermaßen⁶ erreicht wird. Das Treuhandrecht hat sich vor allem an der Auflösung des Konflikts zwischen dem Zugriffsinteresse von Gläubiger des Treuhänders und dem Treuguterhaltungsinteresse des Treugebers, dem sogenannten Treuhänderproblem, entwickelt.

Andere Interessenkonflikte im Treuhandrecht bleiben bei diesen Erörterungen außer Betracht. Lediglich *Grundmann* erörtert in seiner Monographie aus dem Jahre 1996 das Treuhandrecht auch in Beziehung auf das Verhältnis von Treugeber und Treuhänder. *Grundmann* wiederum beschäftigt sich allerdings ebenfalls ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines bestimmten Interessenkonflikts mit dem Treuhandrecht: Er geht davon aus, daß der Treuhänder eine „Interessenwahrungspflicht *stricto sensu*“ habe und deshalb sämtliche andere Interessen hinter die Treugeberinteressen zurückstellen müsse.⁷ Er wählt auf diese Weise wiederum eine verengte Ausgangsposition, nämlich eine bestimmte Lösung eines von vielen treuhandrechtlichen Interessenkonflikten, weil er das Ziel verfolgt, bestimmte Treuhandelemente in das Gesellschaftsrecht zu importieren und mit ihrer Hilfe gesellschaftsrechtliche Treuepflichten zu begründen. Neben den klassischen Monographien *Sieberts*, *Coings* und *Grundmanns* existieren unzählige Arbeiten zum Treuhänderproblem und zu einzelnen Treuhandverhältnissen, die jedoch keine dogmatische Gesamtschau des Treuhandrechts anstreben.

Vorliegende Untersuchung möchte hingegen nicht – wie bisher im Treuhandrecht üblich – von der Lösung eines bestimmten Interessenkonflikts in bestimmter Weise als Definitionsmerkmal „der Treuhand“ ausgehen, von der dann bestimmte Regeln abgeleitet werden, sondern ein Treuhandmodell entwerfen, das sämtlich auftretende Interessenkonflikte auf befriedigende Weise zu lösen vermag. Ausgeklammert werden Fragen der Treuhand an Gesellschaftsanteilen, die zuletzt von *Armbrüster* und *Tebben* eingehend erörtert worden sind.

III. Forschungsbedürfnis

„Interessenwahrung und Interessenkonflikte“ ist nach Auffassung von *Hopt* „ein ebenso aktueller wie grundlegender Fragenkreis der modernen Dienstleistungsgesellschaft, ist es doch ein Kennzeichen unserer Zeit, daß die Komplexität allenthalben anschwillt, und sich nur noch mit Hilfe vom Intermediären, spezialisierten Dienstleistern und Interessenwahrern bewältigen läßt“.⁸ Die Fortentwicklung des Vertragsrechts findet zum großen Teil auf diesem Gebiet

⁶ *Soergel/Schultze-von Lasaulx* vor § 164 BGB Rn. 64.

⁷ Eingehend dazu unten § 8 I 5.

⁸ *Hopt* ZGR 33, 1, 2.

statt. *Martinek*⁹ spricht von einem „ungemein dynamischen Prozeß der sich potenzierenden Vermehrung von Untertypen“ in diesem Bereich.

Trotzdem fehlt es bislang an einer Untersuchung, in der die treuhandrechtlichen Interessenkonflikte umfassend behandelt werden und die das Treuhandrecht nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Lösung eines bestimmten Interessenkonflikts sieht. Lediglich für einzelne Treuhandverhältnisse finden sich Erörterungen zu Interessenkonflikten, die aber meist nur bei einer bestimmten Form der Interessenwahrnehmung erörtert werden und damit zu einer noch stärkeren Zerfaserung des Treuhandrechts beitragen. Nach Auffassung von *Hopt*¹⁰ ist deshalb die Rechtswissenschaft aufgerufen, „über die Zufälligkeiten des Fallrechts unter den verschiedenen Rechtsquellen hinaus allgemeine Grundsätze rechtlicher Behandlung von Interessenkonflikten zu entwickeln“.

Vorliegende Untersuchung möchte einen Beitrag zur Entwicklung eines „Allgemeinen Treuhandrechts“ leisten, indem sie Konfliktlösungsregeln aufzeigt, die für sämtliche Treuhandverhältnisse gelten oder die wenigstens auf bestimmte Gruppen von Treuhandverhältnissen unterschiedslos angewendet werden können, ohne dabei freilich die unzähligen einzelnen Treuhandverhältnisse sämtlich abzuhandeln zu können. Versteht man dabei Treuhand als einen Grundtypus des Privatrechts, der sich durch eine bestimmte Interessenverketzung mindestens zweier Privatrechtssubjekte kennzeichnet,¹¹ wird deutlich, daß es sich bei „Interessenkonflikten im Treuhandrecht“ um ein Querschnittsproblem handelt, das die gesamte Privatrechtsordnung durchzieht.¹² Dieses Problem soll einer rechtsdogmatischen, also vorrangig auf das geltende Recht bezogenen Untersuchung zugeführt werden. Rechtshistorische Entwicklungslinien können dabei freilich nicht außer Acht bleiben, denn allein sie machen deutlich, warum ein Allgemeines Treuhandrecht bislang in Deutschland nicht entwickelt werden konnte und warum bestimmte treuhandrechtliche Problemstellungen entstanden sind. Der Reiz der historischen Untersuchung liegt darin, daß die Treuhand eine vom Gesetzgeber weitgehend unbehinderte Schöpfung von Rechtsprechung und wissenschaftlicher Doktrin ist.

Einen weiteren Anlaß für diese Untersuchung geben gesetzgeberische Impulse aus der jüngeren Vergangenheit – nicht etwa die Schuldrechtsmodernisierung, sondern Gesetzesänderungen in „Randbereichen“ der Rechtsordnung, die mit der Figur des Treuhänders arbeiten. Zu nennen sind etwa der Treuhänder im Versicherungsrecht, §§ 172, 178g VVG, oder der Treuhänder im Restschuldbefreiungsverfahren, §§ 291 ff InsO. Eine Fortentwicklung des Treuhandrechts können zudem auch die Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen in §§ 31 ff WpHG oder die Neufassung der Regelungen über den Buchprüfer in

⁹ *Staudinger/Martinek* § 675 BGB Rn. A3.

¹⁰ *Hopt* ZGR 33, 1, 51.

¹¹ Eingehend dazu unten § 6 und § 7.

¹² Vgl. *Isele*, Geschäftsbesorgung, S. 1.

§§ 318 ff HGB anstoßen. Hinzuzufügen sind außergesetzliche Entwicklungen insbesondere im Bereich der Kapitalgesellschaften, enthält doch der Deutsche Corporate Governance Kodex Regelungen zu Interessenkonflikten. Es sind also nicht zuvorderst Elemente des Treuhandrechts in das Gesellschaftsrecht zu übertragen, sondern vielmehr kann das Gesellschaftsrecht umgekehrt die Entwicklung eines Allgemeinen Treuhandrechts befördern.

IV. Gang der Darstellung

Die Untersuchung beginnt in Teil 1 mit einer historischen Analyse der modernen Treuhanddogmatik. Sie soll aufzeigen, auf welchen zufälligen geschichtlichen Entwicklungen die gängige Treuhanddogmatik beruht. Das ist um so wichtiger, als das Inkrafttreten des BGB, das den Treuhänder nicht erwähnt, im Treuhandrecht keinen Schnitt bedeutet hat und deshalb die gängige Dogmatik noch heute Kategorien aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts verhaftet scheint.

Anschließend werden in Teil 2 die Grundlagen für die Analyse der Interessenkonflikte im Treuhandrecht gelegt, indem ein von der gängigen Treuhanddogmatik abweichender Ausgangspunkt der Untersuchung begründet wird. Dieser Ansatz soll eine Verengung des Blicks auf bestimmte Interessenkonflikte oder bestimmte Konfliktlösungsergebnisse verhindern. Auf dieser Grundlage wird das Treuhandverhältnis in die Dogmatik des geltenden Schuldrechts, insbesondere der Dauerschuldverhältnisse, eingeordnet. Anschließend wird ermittelt, welche gesetzlichen Regelungen zu Treuhandverhältnissen sich finden und wie sie zu verstehen sind. Schließlich werden die Pflichten des Treuhänders und des Treugebers im Treuhandrecht umrissen.

Teil 3 behandelt Interessenkonflikte, die aus einer quantitativen oder qualitativen Spaltung der Treugeberposition auf mehrere Treugeber entstehen und stellt Regeln auf, an denen sich der Treuhänder bei seiner Interessenwahrnehmung für eine Treugebergruppe aus mehreren Treugebern mit gegebenenfalls widerstreitenden Interessenträger zu orientieren hat. Anschließend werden in Teil 4 Interessenkonflikte behandelt, die entstehen, wenn ein Treuhänder Interessen mehrerer Treugeber oder Treugebergruppen wahrnimmt, die nicht miteinander verbunden sind. Die Interessen dieser Treugeber können miteinander konfliktieren, was das Entstehen miteinander konfliktierender Treuhänderpflichten zur Folge haben kann. Zunächst ist zu erörtern, inwieweit der Treuhänder zur Vermeidung solcher Konflikte verpflichtet ist. Anschließend werden Konfliktauflösungsregeln erarbeitet; dabei sind die Konflikttypen Pflichtenkonkurrenz und Pflichtenkollision zu unterscheiden. Teil 5 beschäftigt sich mit den Konflikten, die infolge einer Spaltung der Treuhänderposition entstehen können und ihren Auswirkungen auf die Interessenwahrnehmungspflicht der Treu-

händergruppe. In Teil 6 werden die Sanktionen pflichtwidriger Konfliktauflösung dargestellt. Dabei ist zwischen Sanktionen die das Treuhandverhältnis als solches nicht berühren und Sanktionen, die das Treuhandverhältnis insgesamt beenden, zu unterscheiden; außerdem werden Fragen der Durchsetzung dieser Sanktionen durch den Treugeber behandelt.

In Teil 7 werden schließlich die klassischen Konfliktfelder des Treuhandrechts erörtert: Die treuwidrige Verfügung des Treuhänders über die ihm vom Treugeber als Machtmittel übertragenen Rechtspositionen im Spannungsfeld der Interessen von Treugeber und Verfügungspartner des Treuhänders und das „Treuhandproblem“, also die Frage des Zugriffs von Treuhändergläubigern auf „Treuhandgut“, wo es zu einem Konflikt der Interessen von Treugeber und Gläubiger kommt. Dabei werden vielfach gängige, aber unzutreffend begründete Auffassungen auf neuer Grundlage bestätigt werden. Eine neue Dogmatik in einem Rechtsgebiet muß sich nämlich auch dadurch beweisen, daß sie in der Lage ist, den geltenden und als befriedigend empfundenen Rechtszustand im großen und ganzen zu bestätigen. „Eine (neue) Dogmatik, nach der die meisten ‚Fälle‘ anders zu entscheiden wären als bisher, wäre schon deshalb ‚falsch‘“. Vielmehr dient sie Einzelkorrekturen und soll Einfluß auf die Rechtsfortbildung nehmen.¹³

¹³ Pawlowski, Ehe, S. 8.

Teil 1

Die Entstehung des modernen
deutschen Treuhandrechts

§2. Fiduziarische Treuhand als Gegenbegriff zur Simulation

I. Einleitung

Das deutsche Treuhandrecht entsteht im 19. Jahrhundert völlig neu. Es besteht keine Kontinuität zu ähnlichen im Mittelalter und der frühen Neuzeit geläufigen Rechtsfiguren, die längst aus der Übung gekommen waren.¹ Erst nach der festen Etablierung des Rechtsinstituts der Treuhand in Rechtspraxis und -lehre des 19. Jahrhunderts wird zum Teil² eine solche Kontinuität zu alten „deutschrechtlichen“ Rechtsfiguren mit treuhänderischem Charakter behauptet. Dieser Versuch, die Treuhand als deutschrechtliche Figur zu reklamieren, dürfte allerdings allein vor dem Hintergrund der Auseinandersetzungen zwischen Romanisten und Germanisten zu sehen sein.³ Die Ursprünge des modernen deutschen Treuhandrechts liegen vielmehr in der Rechtspraxis des 19. Jahrhunderts, die darauf reagiert hat, daß das geltende Recht den wirtschaftlichen Bedürfnissen in einer Zeit rasanter Industrialisierung nicht mehr entsprochen hat.⁴

II. Ausgangsfälle

Im 19. Jahrhundert entwickelten sich in der Rechtspraxis vor allem zwei Rechtsfiguren, die wir noch heute kennen: die Sicherungsübereignung (allerdings in Form des Sicherungsverkaufes) und das Vollindossament zu Inkassozwecken.⁵

¹ Vgl. dazu auch *Hellwig* AcP 64, 369; *Otten*, Entwicklung, S. 48.

² *Mitteis/Liebrich*, DPrR, S. 28; *Planitz*, DPrR, S. 26; *Schultze* JherJB 43, 19 f. und 102 f.

³ *Asmus*, Grundlagen, S. 2.

⁴ Vgl. *Nathan*, Übertragung, S. 1. Eine solche Funktion der Treuhand ist freilich nichts Neues in der Geschichte treuhänderischer Rechtsinstitute, die immer wieder als Reaktion auf Schwächen des geltenden Rechts entwickelt wurden: Als Vollmachtersatz, solange eine Stellvertretung nicht anerkannt war, oder als Testamentersatz, solange eine gewillkürte testamentarische Erbfolge nicht möglich war.

⁵ *Coing*, Treuhand, S. 32 und 34, nennt mit Sicherungsabtretung und Depotwechsel noch weitere Fälle, die aber nicht diese tragende entwicklungsgeschichtliche Rolle gespielt haben.

1. Sicherungsübereignung

a) Verbot der Mobiliarhypothek

aa) Partikulargesetzgebung

Die deutschen Partikularrechte⁶ kannten in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu meist nur ein Besitzpfandrecht. Das war freilich nicht immer so. Die Entwicklung hin zum Besitzpfandrecht zu Lasten der gemeinrechtlichen Mobiliarhypothek begann erst in der Gesetzgebung des 18. und frühen 19. Jahrhunderts;⁷ an ihrem Ende steht das BGB mit seiner bereits vor Inkrafttreten von der Rechtswirklichkeit überholten, detaillierten Regelung des Besitzpfandrechts in §§ 1204 ff. BGB.

Der Grund für die Hinwendung der Gesetzgebung zum Besitzpfandrecht liegt in der Möglichkeit des Mißbrauchs besitzloser Pfandrechte zu Lasten des Rechts- und Kreditverkehrs. Ein besitzloses Pfandrecht oder die Anwendung des *constitutum possessorium* bei der Pfandbestellung sei „Quelle unendlicher Betrügereien“, meinte Svarez bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (ALR) von 1794, das deshalb nur noch ein Besitzpfandrecht zuließ, I 20 § 105 ALR. Die Gesetzgeber der Partikularrechte hielten sich also aus Gründen des Verkehrsschutzes streng an den sachenrechtlichen Offenkundigkeitsgrundsatz. Ein Pfandrecht sollte für Dritte, die sich über den Kredit eines Teilnehmers am Rechtsverkehr orientieren wollen, sicher erkennbar sein.⁸

bb) Einheitsgesetzgebung

Zudem wurden die in bestimmten Gebieten noch zulässigen besitzlosen Pfandrechte durch gebietsübergreifende gesetzgeberische Maßnahmen unattraktiv gemacht. Art. 306 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) bestimmte beispielsweise, daß die Übergabe einer im Handelsbetrieb von einem Kaufmann veräußerten oder verpfändeten Sache jedes frühere Pfandrecht an ihr gegenüber dem gutgläubigen Erwerber kraftlos macht. Diese Regelung bezieht sich ersichtlich nur auf besitzlose Pfandrechte, denn nur in diesem Fall kann der Verpfänder die Pfandsache dem Erwerber oder Pfandgläubiger übergeben.

In den §§ 14 ff. des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung (EGKO) und § 40 der Konkursordnung (KO) wurde den Inhabern besitzloser Pfandrechte

⁶ Vgl. etwa Art. 2072 CC; Art. 245 f. Württembergisches Pfandgesetz von 1825; §§ 466 f., 486 Sächsisches BGB; I 20 § 105 ALR: Die Gültigkeit eines Pfandrechts erfordert, daß „die Pfandsache nicht im Naturalgewahrsam des Schuldners gelassen oder dahin zurückgegeben werde“; § 3 Bayerisches Hypothekengesetz von 1822; § 451 österreichisches ABGB.

⁷ Vgl. *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 41 ff.

⁸ *Hellwig* AcP 64, 369 f. und 378.

kein Aussonderungsrecht im Konkurs des Sacheigentümers gewährt. Auch diese Norm beruht auf dem Publizitätsgrundsatz.⁹ „Sollen die späteren Gläubiger in der Beurteilung der Vermögenslage ihres Schuldners nicht ungebührlich getäuscht und der Kredit überhaupt nicht empfindlich verletzt werden, so muß Jedermann in der Lage gewesen sein, diese rechtliche Absonderung des Gegenstandes thatsächlich zu erkennen.“¹⁰ Also sei nur ein Besitzpfandrecht und nicht die „laxe Auffassung“ des gemeinen Rechts anzuerkennen, das ein Pfand mit Besitzkonstitut zulasse.¹¹ Im Besitzpfandrecht gelange das deutsche Rechtsbewußtsein zum Ausdruck, man könne die „Mobiliarhypothek zu Grabe tragen“.¹²

In der Tat waren besitzlose Pfandrechte damit keine taugliche Kreditsicherheit mehr, denn „ein Pfandrecht lebt und stirbt nämlich mit seiner Gestaltung in Zwangsvollstreckung und Konkurs“.¹³

b) Auswege der Rechtspraxis

Die wirtschaftliche Entwicklung zur Zeit der Industrialisierung, der Übergang vom Agrar- zum Industriestaat gegen Mitte des neunzehnten Jahrhunderts, erzeugte einen immensen Bedarf an Verbraucher- und Produzentenkrediten. Die Mehrzahl der Bürger, Handwerker, kleinen Händler und sonstigen Gewerbetreibenden verfügte jedoch über kein Grundeigentum und konnte Kreditgebern deshalb keine Grundpfandrechte als Sicherheiten bestellen.¹⁴ Eine Verpfändung von wertvollen Mobilien schied aus, weil diese Gegenstände vielfach unentbehrlich waren und gerade bei Gewerbetreibenden oftmals die wirtschaftliche Grundlage des Gewerbes bildeten.¹⁵ Das Faustpfandprinzip, meint *Caemmerer* deshalb zu Recht, trage „gewisse aristokratisch-exklusive Züge in sich“.¹⁶ Zudem hatten die Kreditgeber auch kein Interesse daran, große Mengen von Pfändern verwalten zu müssen.

Es bestand deshalb das Bedürfnis nach einer besitzlosen Mobiliarsicherheit, wobei allerdings wohl nicht mehr der entscheidende Gesichtspunkt war, einen Realkredit gegen Pfandsicherung zu gewähren, sondern den Personalkredit zu verstärken, indem man sich nicht etwa gegen den Pfandschuldner, sondern gegen konkurrierende Gläubiger sichern wollte. Dieses wirtschaftliche Bedürfnis

⁹ *Hahn*, Materialien, S. 185 ff.

¹⁰ *Hahn*, Materialien, S. 186.

¹¹ *Hahn*, Materialien, S. 193.

¹² *Hahn*, Materialien, S. 191.

¹³ *Caemmerer*, Rechtsgültigkeit, S. 13.

¹⁴ Vgl. zu diesem Befund mit Kritik an der *KO Leist*, Sicherung, S. 7 ff.; *Leonhard*, 15. DJT I, S. 109, der meint, man habe durch die Abschaffung des Vertragspfands „das Kind mit dem Bade ausgeschüttet“; *Linckelmann*, ABR 7, 209 ff.

¹⁵ *Hromádka*, Faustpfandprinzip, S. 135 ff.

¹⁶ *Caemmerer*, Rechtswirksamkeit, S. 20.

hatte der Gesetzgeber, zum Beispiel der Konkursordnung, jedoch völlig übergangen.¹⁷

Mangels entsprechender gesetzlicher Regelung wurden deshalb Mobilien unter Vereinbarung eines Rückkaufrechts an den Kreditgeber verkauft, der sie wiederum dem Kreditnehmer vermietete. Kaufpreis und Darlehensschuld wurden verrechnet, der Rückkaufpreis entsprach der Darlehensschuld, der Mietzins dem Darlehenszins.¹⁸ Diese Konstruktion erfreute sich offenbar größter Beliebtheit, denn, so *Hellwig*, „man kann fast sagen, daß an hiesigen Gerichten kein Terminstag vergeht, an welchem nicht eine [...] Klage auf Grund derartiger Verträge [...] verhandelt wird“.¹⁹ *Bähr*²⁰ weist in den Beratungen zum Anfechtungsgesetz sehr eindringlich auf den Sicherungsverkauf als massenhafte Praxis gegen das preußische Gesetz über die Ungültigkeit der Bestellung von Mobilienhypotheken hin.

Der Sicherungsverkauf war unentbehrliche Kreditgrundlage für alle Teilnehmer am Rechtsverkehr geworden, die nicht oder nicht in ausreichendem Maße über Grund und Boden verfügten.²¹ Die im Vergleich zur heutigen Sicherungsübereignung aufgrund eines Sicherungsvertrages, der gleichzeitig dem übereignenden Sicherungsgeber nach Tilgung des Kredites einen Rückübereignungsanspruch gegen den Kreditgeber und Sicherungsnehmer einräumt, sehr umständliche Konstruktion des Sicherungsverkaufes erklärt sich daraus, daß man bei der Übereignung noch nach dem Modell von *titulus* und *modus* verfuhr. Nach gemeinem Recht mußte zu dem *modus aquirendi* ein *titulus*, die *iusta causa* für den Eigentumserwerb, hinzukommen;²² diese lag im Kaufvertrag. Auch nach I 9 § 2 ALR war für den Eigentumserwerb ein „gesetzlicher Grund“ erforderlich; gleiches galt für das bayerische und das französische Recht.²³

2. Vollindossament zu Inkassozwecken

Die zweite Konstellation, aus der das moderne deutsche Treuhandrecht entstanden ist, ist das Vollindossament zu Inkassozwecken. Darunter ist die volle Übertragung einer Wechselforderung durch den Inhaber (Indossant) an eine Person (Indossatar) zu verstehen, die nach Übereinkunft der Parteien lediglich zur Einziehung der Forderung auf Rechnung des Indossanten berechtigt sein sollte.²⁴

¹⁷ *Caemmerer*, Rechtswirksamkeit, S. 14 ff.

¹⁸ *Kohler* JherJB 16, 151.

¹⁹ *Hellwig* AcP 64, 386.

²⁰ *Hahn*, Materialien, S. 759.

²¹ Vgl. auch *Luettegebrune*, Sicherungsübereignung, S. 57.

²² Vgl. etwa noch RG JW 1896, 82.

²³ § 2.3.7.2 CMBC; Art. 711, 1138 CC.

²⁴ *Oppenheimer*, Eigentumsübertragung, S. 27, weist auf den eigenartigen Umstand hin, daß das Vollindossament in der historischen Entwicklung aus der Bevollmächtigung zum

Diese Konstruktion war in der Praxis offenbar üblich, obwohl ein sogenanntes Prokuraindossament zu genau diesem Zweck in der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung (AWO) vorgesehen war.²⁵ Trotzdem gehörten Prokuraindossamente „bekanntlich [...] zu den größten Seltenheiten“.²⁶ Die Vollrechtsübertragung entsprach offenbar eher den Handelsgepflogenheiten und hatte vor allem den Wegfall von Einwendungen des Schuldners gegen den Indossanten zur Folge, Art. 82 AWO.

III. Die Simulationseinrede

1. Problemstellung

Es war nur eine Frage der Zeit, bis sich die Rechtsprechung mit der Zulässigkeit und den Rechtswirkungen dieser in der Rechtspraxis gebräuchlichen Figuren auseinanderzusetzen hatte. Sie konnte dabei nicht auf umfassende theoretische Vorarbeiten zurückgreifen und arbeitete deshalb ganz punktuell an der Lösung von Einzelfällen und -problemen. Die Rechtslehre bemühte sich erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts um eine umfassende wissenschaftliche Durchdringung dieser Rechtsinstitute. Lange Zeit wird die Diskussion in den Fachzeitschriften allein von Praktikern, die als Richter oder Rechtsanwälte mit entsprechenden Problemen konfrontiert waren, geführt.

Die häufigen Streitigkeiten um Sicherungsverkauf und Vollindossament zu Inkassozwecken hatten nahezu ausschließlich²⁷ das Verhältnis zwischen Sicherungsverkäufer bzw. Indossatar und einem Dritten zum Gegenstand, der behauptete, der Verkauf oder das Indossament sei ungültig, weil simuliert. Wenn also ein Vollindossatar zu Inkassozwecken gegen einen Wechselschuldner klagte, dann verteidigte sich dieser mit dem Einwand, der Indossatar sei nur Bevollmächtigter des vorgeblichen Indossanten, der in Wahrheit Forderungsinhaber geblieben sei. Deswegen dürfe er, der Wechselschuldner, Einreden, die ihm gegen den vorgeblichen Indossanten zustehen, auch gegen den vorgeblichen Indossatar als Kläger erheben. Das Interesse von Indossant und Indossatar an der Wirksamkeit ihres Geschäfts geriet also in Konflikt mit dem Interesse des Wechselschuldners, durch die Anwendung der *praeter legem* entwickelten Figur des Vollindossaments zu Inkassozwecken keine Rechtsnachteile im Vergleich zur

Inkasso hervorgegangen sei, weil man früher nur auf dem Wechsel notiert habe, daß man eine Zahlung an N.N. gegen sich gelten lasse. Später sei dann regelmäßig ausgemacht worden, daß N.N. das Geld endgültig behalten dürfe. Diese Konstruktion werde jetzt plötzlich wieder verwendet, um den ursprünglichen Zweck zu erreichen. Vgl. auch *Lehmann*, Wechselrecht, S. 63 f.

²⁵ Vgl. auch *Berolzheimer*, *Zession*, S. 24 f.

²⁶ *Kohler* JherJB 16, 149 f.; vgl. auch *Werthauer* GrünhutZ 13, 587; ROHGE 6, 55.

²⁷ Vgl. *Werthauer* GrünhutZ 13, 590 f.

Situation beim Prokuraindossament, wo der Indossatar gleichsam als Bevollmächtigter des Indossanten handelt, zu erleiden.

Gläubiger des Sicherungsverkäufers, die einen zur Sicherheit verkauften Gegenstand verwerten wollten, brachten vor, der Sicherungsverkauf sei als Scheingeschäft nichtig und der Gegenstand befinde sich deshalb noch immer im Eigentum des vorgeblichen Verkäufers. Der Verkauf des Gegenstands sei nämlich in Wahrheit nicht beabsichtigt gewesen, denn der vorgebliche Käufer solle ihn nicht endgültig behalten dürfen, sondern müsse ihn dem vorgeblichen Verkäufer irgendwann zurückgeben. Auch hier ist also das Wirksamkeitsinteresse der Parteien des Sicherungsverkaufes berührt, dem das Publizitätsinteresse des Rechtsverkehrs, der hier in Form konkurrierender Gläubiger des Sicherungsverkäufers auftritt, entgegenstand.

Die Gerichte hatten zu entscheiden, ob Sicherungsverkauf und Vollindossament zu Inkassozwecken simuliert und damit unwirksam oder aber wirksam waren, ob sich also das Wirksamkeitsinteresse der Vertragsparteien oder die Interessen von Dritten, die durch diese Vereinbarungen betroffen werden, durchsetzen.

2. Simulation und Vollindossament zu Inkassozwecken

In der Tat haben einige Gerichte²⁸ entschieden und Autoren²⁹ die Auffassung vertreten, ein Vollindossament zu Inkassozwecken sei als Scheingeschäft unwirksam. Es setzte sich jedoch nach und nach die Auffassung durch, daß Vollindossamente zu Inkassozwecken keine simulierten Rechtsgeschäfte und damit gültig seien.

a) Argumente zugunsten des Simulationseinwands

Das OAG Dresden³⁰ stützt sich in einem Urteil aus dem Jahre 1857 auf die Nebenabrede zwischen Indossanten und Indossatar, nach der der Indossatar lediglich zur Einziehung der Forderung auf Rechnung des Indossanten befugt war. Diese Nebenabrede sei zu beachten, auch wenn sie im Wechsel keinen Ausdruck gefunden habe, und verhindere deshalb den Eigentumsübergang am Wechsel.

Ähnlich das OAG Kassel im Jahre 1864: Der Kläger, „obwohl er formell Eigentümer des fraglichen Wechsels geworden, [klage] doch zufolge des der

²⁸ Zum Indossament zu Inkassozwecken: OLG Lemberg ZHR 13, 297; Österreichischer OGH ZHR 13, 296; OAG Rostock SeuffA 24, 74; OAG Dresden SeuffA 12, 190. Zur Sicherungsübereignung: OT Stuttgart SeuffA 10, 243; RGZ 2, 175.

²⁹ Zum Indossament zu Inkassozwecken: Busch AWH 1, 200; Hoffmann, AWH 14, 246; Kräwel, AWH 3, 120; Wolff, AWH 15, 164.

³⁰ OAG Dresden ZRV 16, 460.

Wechselbegebung an ihn zu Grunde liegenden Verhältnisses materiell nur für Rechnung seines Indossanten den Wechsel ein“. Der österreichische OGH³¹ führt in einer Entscheidung aus dem Jahre 1868 als Argument für die Unwirksamkeit des Vollindossaments zu Inkassozwecken die Tatsache an, daß die Wechselforderung in den Büchern des Indossanten weiterhin als Aktivposten verzeichnet sei, „daher dieser Giro nur als eine Scheinhandlung zu betrachten ist“. Es könne nicht sein, führt das OAG Rostock³² ein Jahr später aus, daß das „durch das ertheilte Indossament formell begründete Recht dazu benutzt werden soll, dem Beklagten Einreden abzuschneiden, welche ihm bei Aufdeckung des wahren Sachverhaltes zustehen würden“.

Davidsohn war der Auffassung, daß das materielle Recht das formelle Recht „überwinde“. ³³ Ihm kam es also nicht darauf an, wer formal Inhaber der Wechselforderung ist, sondern wem sie wirtschaftlich zusteht. Auf diese eigenartige Unterscheidung zwischen „formeller“ und „materieller“ Rechtslage wird noch häufiger zurückzukommen sein.³⁴

b) Argumente gegen den Simulationseinwand

Von anderen Obergerichten wurde gegen den Scheineinwand jedoch die wechselrechtliche Formstrenge angeführt. Der Wechsel sei ein in sich abschließender Literalvertrag.³⁵ Es dürfe – so das Preußische Obertribunal in einem Urteil aus dem Jahre 1851 – allein „die Absicht der Interessenten [maßgeblich sein], daß das Geschäft recht eigentlich in der Art und Weise, wie es sich aus dem Inhalt der Wechselschrift ergibt, geschlossen worden sey.“³⁶ Es sei, so das OAG Rostock einige Jahre später, „irrelevant, daß der Kläger sich verpflichtet haben mag, bei der Realisierung des Wechsels den Instructionen seines Mandanten zu folgen“.³⁷ Im Indossament „nicht beurkundete Beschränkungen oder Nebenabreden“ waren auch nach Auffassung des OAG Celle „ohne Bedeutung“.³⁸

Auch in der von Praktikern dominierten Literatur³⁹ wurde vielfach auf die besondere Form des Indossaments hingewiesen. Nur aus dem Indossament selbst sei der Wille der Parteien zu ermitteln, nicht dagegen aus etwaigen form-

³¹ Österreichischer OGH ZHR 13, 296.

³² OAG Rostock SeuffA 24, 125.

³³ *Davidsohn* Gruchot 18, 7 f.

³⁴ Siehe dazu insbesondere unten § 5 VI.

³⁵ PreußOT SeuffA 9, 86.

³⁶ PreußOT SeuffA 9, 87; genauso OT Stuttgart SeuffA 12, 190; OAG Rostock SeuffA 18, 163; OAG Celle SeuffA 22, 162.

³⁷ OAG Rostock SeuffA 18, 266.

³⁸ OAG Celle SeuffA 22, 246.

³⁹ *Hartmann*, Wechselrecht, S. 267 und 523 f; *Renaud*, Wechselrecht, § 62; *Thöl*, Wechselrecht, § 318; *Volkmar/Loewy*, Wechselrecht, S. 310; *Gelpke*, ZfH 1, 142 f; *Jolly* AWH 5, 72 f; *Koch* AWH 15, 270 ff.

losen Nebenabreden wie der Inkassoabrede. Es komme also nur darauf an, daß der Wille der Parteien auf die Vollrechtsübertragung gerichtet sei, was sich allein aus dem Indossament ergebe.

In anderen Entscheidungen⁴⁰ wurde der Scheineinwand nicht zugelassen, weil der Schuldner nicht „über den Willen der Contrahenten [...] verfügen“⁴¹ könne. Überdies war die Auffassung verbreitet, der Schuldner könne Mängel der Zession nur dann geltend machen, wenn er ein besonderes Interesse daran habe.⁴² Davon könne regelmäßig nicht ausgegangen werden, denn den Schuldner und „Beklagten für seine Person berührt jenes Abkommen an sich nicht“.⁴³

c) Die Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts

aa) Das Indossament als abschließender Literalkontrakt

Das Reichsoberhandelsgericht (ROHG) erkannte bereits im Jahre 1870 (die Entscheidung ist gleich im ersten Band der amtlichen Sammlung abgedruckt) die Wirksamkeit des Vollindossaments zu Inkassozwecken an. Im Wechselrecht seien bestimmte Formen vorgeschrieben. „Wer nun Form des reinen Indossaments wählt, der will auch dessen gesetzlich festgestellte Wirkung, ungeachtet er dem Indossatar erklärt, daß seine Absicht nur auf die Ertheilung eines Procuraindossaments gerichtet sei“.⁴⁴ Der Indossatar werde voller Rechtsinhaber. Damit hatte sich die Rechtsfigur des Vollindossaments und damit das Zulässigkeitsinteresse der Parteien des Indossaments in der Rechtspraxis endgültig durchgesetzt.

Gegen das Argument des Indossaments als abschließendem Literalkontrakt wurde in der Literatur zum Teil allerdings eingewandt, die wechselrechtliche Formstrenge schließe die Simulation nicht per se aus.⁴⁵ Schon in einem Urteil aus dem Jahre 1857 hatte das OAG Dresden ähnliche Kritik geübt:⁴⁶ „Die Eigenthümlichkeit des Wechsels als eines an sich rein formalen Rechtsinstituts kann den Mißbrauch dieser Form zur Erreichung rechtswidriger Zwecke nicht rechtfertigen“. Außerdem mache die Form des Indossaments den erforderlichen dahinterstehenden Willen nicht überflüssig, sondern lasse nur die widerlegliche Vermutung zu, daß dieser Wille vorgelegen habe.

⁴⁰ Preußisches OT SeuffA 12, 337; OAG Rostock SeuffA 21, 43; OAG Dresden SeuffA 22, 34.

⁴¹ Preußisches OT SeuffA 12, 337.

⁴² Förster, PreußPR, § 53 Fn. 16 und § 99 Fn. 226; Dernburg, PreußPR, § 85 Nr. 7; OAG Dresden SeuffA 22, 34.

⁴³ OAG Dresden SeuffA 22, 53.

⁴⁴ ROHGE 1, 171; genauso ROHGE 6, 54; ähnlich ältere Literatur zum Wechselrecht, etwa Hartmann, Wechselrecht, S. 524 oder Wächter, Wechselrecht, S. 238

⁴⁵ Regelsberger AcP 63, 182 und 186; ZHR 18, 70 ff.; Goltz, Rechtsgeschäft, S. 37 ff.

⁴⁶ OAG Dresden SeuffA 12, 256.

bb) Charakter der Simulation

Das Reichsoberhandelsgericht führte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1872 allerdings ein weiteres Argument zur Stützung seiner Auffassung an, indem es den Begriff der Simulation klar definierte. „Simulieren heißt: das erklärte Rechtsgeschäft nicht wollen, sondern ein anderes oder gar keines“. ⁴⁷ Die Inkongruenz der gewollten Regelung und der zu ihrer Erreichung gewollten Rechtswirkung allein lasse nicht den Schluß auf ein Scheingeschäft zu, „denn es steht rechtlich nichts im Wege, für einen beschränkten Zweck ein über denselben hinausgreifendes Mittel zu wählen“. ⁴⁸ Als Beispiel zählt das Gericht den Schuldbeitritt statt der Bürgschaft, die Eigentumsübertragung statt der Verpfändung und die Zession oder Übereignung statt der Bevollmächtigung auf. „Für eigene Rechnung' und ‚im eigenen Namen' decken sich nicht“. ⁴⁹ Die Erhebung der Simulationseinrede sei beim Vollindossament zu Inkassozwecken weder grundsätzlich möglich, noch prinzipiell ausgeschlossen. Es sei allerdings regelmäßig ⁵⁰ davon auszugehen, daß das Geschäft gewollt sei.

Zuvor hatte man unter „Simulation“ oftmals das Auseinanderfallen der angestrebten materiellen und der tatsächlich durch Erklärungsakt begründeten und gewollten Rechtslage verstanden. ⁵¹ Geht man von diesem Begriff der Simulation aus, wäre die Nebenabrede, daß der Indossatar eigentlich nur Interessenvertreter des Indossanten sein solle, in der Tat als Hinweis auf die Simulation aufzufassen gewesen. ⁵² Das Reichsoberhandelsgericht schaltet also den Simulationsseinwand durch eine bestimmte Definition der Simulation aus, die sich übrigens später in § 117 BGB wiederfinden wird. Beachtenswert ist schließlich folgendes: Wenn das Gericht in seinem Urteil weitere Fälle des über den Zweck hinausgreifenden Mittels anführt, etwa den Schuldbeitritt statt einer Bürgschaft und die Sicherungsübereignung statt eines Pfandes, unternimmt es bereits eine Abstrak-

⁴⁷ ROHGE 6, 57. Dagegen behauptet *Kräwel* AWH 26, 187, gerade deshalb liege Simulation vor, weil die Parteien eben keinen vollen Übergang der Forderung wollten. Er geht aber von der Prämisse aus, daß die Parteien ihr Ziel auf direktem Wege erreichen müßten, vgl. *Oppenheimer*, Eigentumsübertragung, S. 20 f.

⁴⁸ ROHGE 6, 54.

⁴⁹ ROHGE 6, 55.

⁵⁰ Freilich ist die Simulation nicht denknotwendig ausgeschlossen, vgl. ROHGE 6, 45; *Oppenheimer*, Eigentumsübertragung, S. 28 f. Andere sind der Auffassung, daß die Formstrenge den Schein einwand nie zulasse: *Werthauer* GrünhütZ 13, 631; *Koch*, Vorträge, S. 30 f. „Aus dem Vorhandensein eines Wechsels entsteht eine bestimmte Folge, ohne daß man für deren Begründung noch weiteres, etwa den Konsens der Parteien als den Grund dieser Folge aufzunehmen hätte.“, sagt *Liebe*, Wechselordnung, S. 22. Wir haben hier also als Ursache einen Streit in der Dogmatik des Wechsels. *Liebe* vertritt die sog. „Formalaktstheorie“, während andere die dingliche Einigung für den Rechtsübergang verlangen und damit Raum für Simulation bleibt.

⁵¹ *Crelinger/Gräff*, Wechselrecht, S. 146 ff.; *Oppenheimer*, Eigentumsübertragung, S. 19; *Werthauer*, GrünhütZ 13, 625; PreußOTE 7, 34 ff.; PreußOTE 9, 335 ff.

⁵² Vgl. ROHGE 6, 61.

tion hin zu einer bestimmten Kategorie des Rechtsgeschäfts, die sich durch dieses „Hinausgreifen des Mittels über den Zweck“ auszeichnet.⁵³

d) Begriffsschöpfungen in der Literatur

Erst nach der Anerkennung der Wirksamkeit des Vollindossaments zu Inkassozwecken durch die Rechtsprechung unter Verwendung einer bestimmten Sichtweise der Simulation begann in der wissenschaftlichen Literatur die Durchdringung des Simulationsproblems.⁵⁴

aa) Verdeckte Geschäfte (Kohler)

*Kohler*⁵⁵ stellte in einem Aufsatz aus dem Jahre 1878 den simulierten, unwirksamen die verdeckten, wirksamen Geschäfte entgegen, bei denen wirtschaftlicher Zweck und rechtliche Gestaltung voneinander abweichen, was durchaus zulässig sei.⁵⁶ Wer ein Rechtsgeschäft simuliere, schließe kein Rechtsgeschäft ab und erzeuge nur den Schein eines solchen, wer ein verdecktes Geschäft abschließe, wolle hingegen dieses Geschäft mit allen seinen Rechtsfolgen, er wolle es aber „zu ökonomischen Zwecken, welche dem Geschäft selbst oder seinen Rechtsfolgen nicht homogen sind.“⁵⁷ Kennzeichnend für das verdeckte Geschäft sei die „Inkongruenz zwischen der [verdeckten] wirtschaftlichen und juristischen Seite des Geschäfts“.⁵⁸ Diese Geschäftstypen seien bislang nicht sauber voneinander getrennt worden, denn beide würden zur „Täuschung“ im weitesten Sinne eingesetzt.

Die Unterscheidung *Kohlers* ist wegweisend für die gesamte weitere Entwicklung, denn *Kohler* faßt die Simulation wie das Reichsoberhandelsgericht auf und gewinnt dadurch Raum für die schon vom Gericht angedachte, völlig neue Kategorie von Rechtsgeschäften, die sich einerseits durch das Hinausgreifen des Mittels über Zweck, andererseits durch die Abgrenzung von der Simulation definiert. Interessant ist dabei, daß *Kohler* beim Vollindossament zu Inkassozwecken von einer „Bevollmächtigung im Gewande des Eigenrechts“⁵⁹, später von „Unvollkommener Stellvertretung“⁶⁰ spricht und das Verhältnis zwischen Indossanten und Indossatar mit jenem zwischen Kommittenten und Kommis-

⁵³ Darauf weist *Hofer*, Treuhandtheorien, S. 396 gegen *Coing*, Treuhänder, S. 35, hin, der behauptet, daß *Regelsberger* die Figur geschaffen habe. In der Tat kommt jedoch nicht nur das Fallmaterial, sondern auch der Ansatz zur Systematisierung aus der Praxis.

⁵⁴ Diese Kausalität wird etwa von *Caemmerer*, Rechtswirksamkeit, S. 26 verkannt.

⁵⁵ *Kohler* JherJB 16, 149 f.

⁵⁶ *Kohler* JherJB 16, 140 ff.

⁵⁷ *Kohler* JherJB 16, 141.

⁵⁸ *Kohler* JherJB 16, 142.

⁵⁹ *Kohler* JherJB 16, 150.

⁶⁰ *Kohler*, BR I, § 188.

sionär vergleicht, also einem Fall „mittelbarer Stellvertretung“. Später wird man Treuhandgeschäfte und Fälle mittelbarer oder gar unmittelbarer Stellvertretung zu Unrecht vielfach streng trennen, was die Treuhanddogmatik in eine Sackgasse führt.⁶¹

bb) Fiduziarische Geschäfte (Regelsberger)

*Regelsberger*⁶² definierte zwei Jahre später Scheingeschäfte als Geschäfte, die dem äußeren Anschein nach auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichtet sind, ohne daß der Wille bestehe, diese Wirkung tatsächlich herbeizuführen. Dieser Umstand solle aber vor Dritten geheim gehalten werden, damit der Eindruck entstehe, man wolle diese Rechtswirkung doch herbeiführen.⁶³ Die Parteien wollen in diesem Fall das Erklärte also nicht. Davon unterschied *Regelsberger* Geschäfte, bei denen die Herbeiführung der Rechtsfolge gewollt sei, freilich in der Voraussetzung, daß „derjenige, welchem dadurch eine gewisse rechtliche Macht geschaffen wird, seine Stellung nur zu einem bestimmten, nicht zu allen dadurch ermöglichten Zwecken ausnützen“⁶⁴ werde. Auch *Regelsberger* wollte also die seiner Ansicht nach zutreffende Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts dogmatisch untermauern.⁶⁵ Solche Geschäfte bezeichnet er als „fiduziarische Geschäfte“⁶⁶ – der Begriff war geboren und die neu geschaffene Kategorie von Rechtsgeschäften wurde seither immer mit *Regelsbergers* Namen in Verbindung gebracht; *Kohler* hatte sich mit seinem „verdeckten Geschäft“ nicht durchsetzen können. Wie so oft haben also nicht die wirklichen „Erfinder“, nämlich das Reichsoberhandelsgericht und *Kohler*, die Lorbeeren davongetragen.

Regelsberger prägte Formulierungen, die weitreichenden Einfluß⁶⁷ auf das im Entstehen begriffene moderne Treuhandrecht hatten: „Charakteristisch ist für dasselbe das Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel“.⁶⁸ In Abgrenzung zur Simulation stehen aber „Wille und Erklärung in Einklang“.⁶⁹ Dieses aus der Abgrenzung zum Scheingeschäft eher zufällig gewonnene Charakteristikum ist

⁶¹ Siehe dazu insbesondere unten § 5 III und § 5 VI 3.

⁶² *Regelsberger* AcP 63, 157 f.

⁶³ *Regelsberger* AcP 63, 171.

⁶⁴ *Regelsberger* AcP 63, 172.

⁶⁵ *Regelsberger* AcP 63, 183.

⁶⁶ *Regelsberger* AcP 63, 173.

⁶⁷ Vgl. nur *Brinz*, Pandekten 4, § 524; *Dernburg*, Pandekten 1, § 100; *Regelsberger*, Pandekten 1, § 141; *Wendt*, Pandekten § 247. Dagegen wendet sich *Crome*, der meint, man solle die Dinge nicht bloß durch ihren Gegensatz bezeichnen, sondern aus sich selbst herauskonstruieren. Er erörtert das ganze bei den abstrakten Geschäften, *Crome*, BGB 1, § 76; auch *Endemann* korrigiert sich ab der 9. Auflage aus 1903 und erklärt in § 73, beim simulierten Geschäft, daß das fiduziarische Geschäft eben nicht hierher gehöre; genauso *Berolzheimer*, *Zession*, S. 3.

⁶⁸ *Regelsberger* AcP 63, 173.

⁶⁹ *Regelsberger* AcP 63, 173.

bis heute Kernbestandteil der klassischen Definition der Treuhand,⁷⁰ hat die Weiterentwicklung der Treuhand stark beeinflusst und vielfach blockiert.⁷¹ Während also das Reichsoberhandelsgericht lediglich die Simulation präzise definierte und regelmäßig – aber nicht prinzipiell – das Vollindossament zu Inkassozwecken nicht unter diese Definition faßte, gab die Literatur dem Kind einen Namen und ein Wesensmerkmal und schuf so einen neuen Rechtsbegriff für diese nicht simulierten Geschäfte. Die Rechtsfigur der Treuhand ist also letztlich ein Produkt der begriffsjuristischen Methode, Treuhand ist der „Gegenbegriff“ zur Simulation. Das wird deutlich, daß Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Treuhand (zum Teil noch bis heute) bei § 117 BGB abhandeln.

cc) Keine Verbindung zur römischen *fiducia*

Die Anregung für die Wahl der Bezeichnung und die Rechtfertigung für die Schaffung einer neuen Kategorie von Rechtsgeschäften überhaupt fand *Regelsberger* in der *fiducia* des klassischen römischen Rechts und den bereits erörterten neueren Gerichtsentscheidungen.⁷² Ihnen entnahm er das Kriterium für das Vorliegen eines fiduziarischen Geschäfts, die Inkongruenz von Wille und gewählter Rechtsform.⁷³ Trotz der Berufung auf die *fiducia* entstand das Modell der fiduziarischen Treuhand, also einer Vollrechtsübertragung vom Treugeber an den Treuhänder mit lediglich schuldrechtlichen Beschränkungen der Rechtsmacht des Treuhänders im Innenverhältnis, ohne Anknüpfung an das römische Vorbild. Die *fiducia* war zu *Regelsbergers* Zeit ein – wie *Oertmann* formuliert – „aller praktischen Bedeutung bares Gebilde der Vorzeit“.⁷⁴ Auch *Dernburg* führte aus, daß die fiduziarischen Rechtsgeschäfte im „heutigen Recht ausgebildet“⁷⁵ worden seien.

Der von *Regelsberger*⁷⁶ geprägte Begriff der „fiduziarischen Treuhand“ ist also lediglich eine Reminiszenz an die eher oberflächlich bekannte⁷⁷ *fiducia*, bei der „eine Rechtsform gewählt [wird], welche mehr gewährt, als zur Erzielung [des gewünschten] Erfolges erforderlich ist“⁷⁸. Die Tatsache, daß es eine solche Rechtsfigur schon einmal gegeben hat, gibt *Regelsberger* allerdings eine

⁷⁰ Siehe dazu oben § 5 VIII.

⁷¹ Siehe dazu unten § 7.

⁷² *Regelsberger* AcP 63, 72 f.

⁷³ Zur Methode *Regelsbergers* in diesem Sinne *Hofer*, Treuhandtheorien, S. 394 zu Recht gegen *Coing RabelsZ* 37, 207, der *Regelsbergers* Vorgehen „begriffsjuristisch“ nennt.

⁷⁴ *Oertmann*, *Fiducia*, Vorwort.

⁷⁵ *Dernburg*, *Pandekten* I, § 100.

⁷⁶ *Regelsberger* AcP 63, 173. Allerdings klingt der Begriff auch schon bei *Kohler* JherJB 16, 149 an.

⁷⁷ Vgl. nur *Dernburg*, *Pandekten* I, § 100; *Keller*, *Pandekten*, § 381; *Vangerow*, *Pandekten* I, § 363; *Windscheid*, *Pandekten* I, § 224.

⁷⁸ *Regelsberger* AcP 63, 173.

gewisse Sicherheit und „quellenmäßige Unterlage“⁷⁹ bei der Ausbildung der fiduziarischen Treuhand,⁸⁰ die – wie *Oertmann*⁸¹ ausführt – in Rom aufgrund von Mängeln des geltenden Rechts entstanden, heute jedoch kraft freier Wahl aus wirtschaftlichen Bedürfnissen neu gebildet worden sei. Es entstand eine „eigentümliche Verknüpfung zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik“.⁸² *Regelsberger* sah den geschichtlichen Stoff letztlich als Materiallager an juristischer Technik. Inhalt oder Funktion der fiducia in Rom und der fiduziarischen Geschäfte in der Gegenwart beachtete er nicht.⁸³

dd) Ungewollter Einfluß auf die weitere Debatte

Was bei der Vorgehensweise *Regelsbergers* zudem nicht übersehen werden darf: *Regelsberger*, der übrigens die Sicherungsübereignung gerade nicht als fiduziarisches Geschäft sah,⁸⁴ ging unkritisch von einer bestimmten Sichtweise der römischrechtlichen fiducia als Vollrechtsinhaberschaft aus. Ob der Fiduziar im römischen Recht Vollrechtsinhaber war oder irgendeine andere Form von Recht hatte, war 1880, als *Regelsberger* publizierte, umstritten und ist letztlich bis heute nicht geklärt.⁸⁵ *Huschke*⁸⁶ und *Scheurl*⁸⁷ waren etwa der Auffassung, daß das Eigentum am Treugut nur zu vorübergehenden Zwecken aufgegeben werde, der Fiduziar dabei nur ein formelles Eigentumsrecht erhalte und der Gegenstand im Vermögen des Fiduzianten bleibe.⁸⁸ Der materielle Gehalt des Eigentums entspreche letztlich dem eines Pfandrechts.⁸⁹ Es finde also eine Aufteilung des Eigentums statt. *Fuchs*⁹⁰ sah das Treuhand Eigentum als „resolutiv bedingtes Eigentum“ an.

⁷⁹ *Regelsberger* AcP 63, 179.

⁸⁰ *Otten*, Entwicklung, S. 145.

⁸¹ *Oertmann*, Fiducia, S. 257 f.

⁸² *Coing*, Treuhänder, S. 37; *Coing* *RabelsZ* 37, 202 f.

⁸³ *Hofer*, Treuhandtheorien, S. 405 f.

⁸⁴ Dazu auch unten § 7 IV.

⁸⁵ Vgl. etwa *Kaser* ZRG 61, 184 f; *Wubbe* TR 28, 35 ff.

⁸⁶ *Huschke* ZgR 14, 229 ff.

⁸⁷ *Scheurl*, Beiträge II/1, S. 29 ff.

⁸⁸ *Scheurl*, Beiträge II/1, S. 37. Das sind Gedanken, die später auch für das geltende Recht aufgenommen werden, vgl. etwa die Rechtsprechung des Reichsgerichts oder *Brütt*, Forderung, S. 8.

⁸⁹ *Scheurl*, Beiträge II/1, S. 40.

⁹⁰ *Fuchs*, Wesen, S. 95. *Asmus*, Grundlagen, S. 112, weist auf den aufschlußreichen Umstand hin, daß *Siebert*, Treuhänder, S. 35, Fn. 3 den Romanisten *Fuchs* germanistischer Einsprengsel bezichtigt, weil das Bedingungsmodell nach *Schultze* eben als Gemeingut „die“ germanistische Treuhandauffassung geworden ist. *Siebert* übersieht dabei freilich, daß *Fuchs* einige Jahre vor *Schultze* schreibt, und zeigt dadurch, wie holzschnittartig *Siebert* von dem Gegensatz zwischen romanistischer und germanistischer Treuhand beeinflusst ist, dazu unten § 5 VIII.

*Dernburg*⁹¹ hingegen erkannte keinen Unterschied zwischen fiduziarischem und „normalem“ Eigentum.⁹² Widersprüche, etwa daß nach Gai. 3, 201 der Fiduziant nicht als Dieb gilt, wenn er dem Fiduziar das Treugut wegnimmt, übergang er mit vagen Erklärungen.⁹³ *Asmus*⁹⁴ ist zu Recht der Auffassung, daß *Dernburg* die Quellen mit „einer bereits vorgefaßten, doktrinären Auffassung“ behandelt hat. *Regelsberger* setzte sich mit den Gegenauffassungen überhaupt nicht auseinander und übernahm kritiklos die ihm genehme Auffassung *Dernburgs*. Er wählte also – vermutlich sehenden Auges – einen umstrittenen Ansatz, ohne dies offenzulegen, um der von ihm gebilligten Rechtspraxis und Rechtsprechung eine Grundlage zu verschaffen.

Erst *Oertmann* zementierte, nach der Anerkennung auch der Sicherungsübereignung als fiduziarischem und wirksamem Geschäft, das von *Regelsberger* verwendete Bild der Fiduzia als Übertragung vollen Eigentums⁹⁵ in seiner Monographie aus dem Jahre 1890. Unklar ist, ob er das bewußt mit Blick auf das gegenwärtig neu entstehende Treuhandrecht getan hat; seine weiter oben zitierten Äußerungen lassen das eher unwahrscheinlich erscheinen. *Asmus*⁹⁶ geht jedenfalls zu weit, *Oertmann* vorzuwerfen, daß er „in Wirklichkeit eine in der Romanistik angedeutete Entwicklung verhindert [hat], fiduziarisches Eigentum als Sondereigentum, als kausales bzw. relatives Eigentum zu qualifizieren und damit der Zweckbeschränkung dingliche Wirkung beizumessen“. Tatsache ist allerdings, daß *Oertmanns* Werk zwei Folgen zeitigt: Es verhindert Zweifel an *Regelsbergers* dogmatischem Fundament und beeinflusst *Schultze*, der bei seiner Entwicklung der „deutschrechtlichen Treuhand“ einige Jahre später ein bestimmtes „Feindbild“ der Fiducia vor Augen hat.⁹⁷ Festzuhalten bleibt, daß durch *Regelsberger* die dogmatischen Koordinaten festgelegt wurden, in denen die „fiduziarischen Rechtsgeschäfte“ zukünftig zu diskutieren waren.

e) Wirtschaftlicher Zweck versus rechtsgeschäftlicher Wille

Im Begriff des „verdeckten Geschäfts“ oder „fiduziarischen Geschäfts“ werden wirtschaftlicher Zweck und rechtsgeschäftlicher Wille der Parteien unterschieden. Die Möglichkeit dieser Unterscheidung dürfte der pandektistischen Fortentwicklung der Lehre von der Willenserklärung zu verdanken sein. Vor allem

⁹¹ Interessant ist, daß *Dernburg* von seiner Auffassung später in Ausführungen zugunsten eines „relativen Eigentums“ abweicht. Er weist aber in der 2. Auflage seiner Pandekten I, S. 230, Fn. 9 ausdrücklich darauf hin, daß dies nur für das geltende Recht zutrefte. Das verkennt *Asmus*, Grundlagen, S. 151, der *Dernburg* einen Meinungsumschwung unterstellt.

⁹² *Dernburg*, Pfandrecht I, S. 11 und 23.

⁹³ *Dernburg*, Pfandrecht I, S. 24.

⁹⁴ *Asmus*, Grundlagen, S. 103.

⁹⁵ *Oertmann*, Fiducia, S. 3 und 162.

⁹⁶ *Asmus*, Grundlagen, S. 150.

⁹⁷ Dazu unten § 4 IV.

Savigny hat in seiner Dogmatik der Willenserklärung den rechtsgeschäftlichen Willen von allen dahinterstehenden Motiven oder Zweckerwägungen zum Schutze des Rechtsverkehrs freigehalten und damit die noch heute gängige Trennung von Erklärungsinhalt und Motiven, vgl. nur § 119 BGB, geschaffen. Diese Unterscheidung macht die Inkongruenz von Zweck (Motiv) und Wille (also gewolltem Mittel) überhaupt erst zulässig, die an der Wiege des Treuhandrechts steht und das konstitutive Element des Treuhandbegriffs bildet. Diese Einflußlinie wird beispielsweise deutlich, wenn *Goltz*⁹⁸ in seiner Dissertation über fiduziarische Rechtsgeschäfte aus dem Jahre 1901 schreibt: „Der von den Parteien [...] verfolgte Zweck ist nur ein rechtlich nicht zu beachtendes Motiv“.

f) Erhalt der Einreden des Wechselschuldners

Was zu berichten bleibt, ist die Ausgestaltung der Stellung des Wechselschuldners nach Anerkennung des Vollindossaments zu Inkassozwecken. Es hat sich nämlich keineswegs das Interesse der Parteien des Indossaments einseitig gegen das Interesse der Wechselschuldner durchgesetzt; vielmehr wurde beiden Interessen gleichermaßen zur Geltung verholfen. Die Wechselschuldner haben den Simulationseinwand im Prozeß vor allem erhoben, um sich ihre Einreden gegen den Indossanten so zu erhalten, wie sie bei Vorliegen eines bloßen Prokuraindossaments bestünden. Wenn das Vollindossament zu Inkassozwecken mangels Simulation regelmäßig wirksam war, so blieb die Frage, wie der Wechselschuldner gegen Vollindossamente, die lediglich dem Abschneiden seiner Einreden dienen sollten, vgl. Art. 82 AWO, geschützt werden konnte. Hier wurde der Wechselschuldner auf die *exceptio doli* verwiesen.

*Kohler*⁹⁹ begründete das damit, daß der Indossatar in fremdem (des Indossanten) Interesse handle. Damit ging *Kohler* nach Anerkennung der Vollrechtsübertragung an den Indossatar freilich wieder einen halben Schritt zurück und billigte dem Indossatar doch keine volle Gläubigerstellung zu; *Kohler* widersprach sich damit letztlich selbst. Überzeugender argumentierte *Regelsberger*, der den Grund für die *exceptio doli* entweder in der Teilnahme des Indossatars an der Arglist des Indossanten sah oder darin, daß der Indossatar wenigstens wissentlich sein formelles Recht dahingehend ausnutzt, dem Indossanten auf Kosten des Schuldners einen Vermögensvorteil zu verschaffen, der ihm nicht zusteht.¹⁰⁰ In diesen Fällen müsse der Indossatar die Einreden des Wechselschuldners gegen sich gelten lassen, die gegen den Indossanten bestanden.

Das Reichsoberhandelsgericht¹⁰¹ hat es zunächst für erforderlich gehalten, daß der Indossant dem Schuldner Einreden abschneiden wollte und der Indos-

⁹⁸ *Goltz*, Rechtsgeschäft, S. 13.

⁹⁹ *Kohler* JherJB 16, 151; genauso *Davidsohn* Gruchot 18, 1 ff.

¹⁰⁰ *Regelsberger* AcP 63, 189.

¹⁰¹ ROHGE 7, 249 f.; ROHGE 11, 111; ROHG 23, 338 f.

satar bereits bei Wechselbegebung hiervon und von den Einreden wußte und diese Einreden für stichhaltig halten mußte, ihm also klar war, „daß er als Werkzeug dazu dienen sollte, einen unbegründeten Anspruch gegen den Verklagten für Klägers Rechnung zu verfolgen und dem Verklagten seine begründeten Einreden abzuschneiden“. Es war also Kollusion zum Nachteil des Schuldners erforderlich.¹⁰² Das Reichsgericht¹⁰³ ließ später die Kenntnis des Indossatars von diesen Umständen noch im Wechselprozeß genügen. Entscheidend sei der Mißbrauch der formalen Rechtsstellung des Indossatars zur Verhinderung von Einreden. Dem folgte die Literatur,¹⁰⁴ so daß das Vollindossament zu Inkassozwecken letztlich dem Prokuraindossament angeglichen wurde.

3. *Simulation und Sicherungsverkauf*

Ähnlich wie beim Vollindossament zu Inkassozwecken verlief auch die Argumentation beim Sicherheitsverkauf von der anfänglichen Beachtung des Simulationseinwandes hin zur Anerkennung des Sicherungsverkaufs und seines Nachfolgers, der Sicherungsübereignung. Lediglich in einigen Territorien setzte sich der Sicherheitsverkauf nicht durch, weil er ausdrücklich verboten wurde, vgl. etwa § 19 des braunschweigischen Mobiliarpfandgesetzes von 1878,¹⁰⁵ das allerdings mit Inkrafttreten des BGB seine Geltung verloren hat.¹⁰⁶

a) *Argumente zugunsten des Simulationseinwands*

Das OT Stuttgart führte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1856 aus, Simulation liege vor, weil „von den Contrahenten die Eingehung eines Kaufes nicht ernstlich beabsichtigt“, das Geschäft „nur zum Schein in die Form eines Kaufvertrages eingekleidet“¹⁰⁷ worden sei und ein Eigentumsübergang deshalb nicht stattgefunden habe. Zur Begründung berief sich das Gericht auf die üblichen Kautelen des Sicherungsverkaufes, die auf mangelnde Ernstlichkeit deuteten. Das Gericht schloß also von der Simulation des Kaufvertrages – der „Käufer“ sollte die Sache ja nicht endgültig behalten dürfen – auf die Unwirksamkeit der Übereignung. Diese Argumentation ist vor dem Hintergrund der Lehre von titulus und modus zu verstehen.

¹⁰² ROHGE 23, 338.

¹⁰³ RGZ 4, 100; RGZ 11, 9.

¹⁰⁴ Kohler JherJB 16, 150 f; Regelsberger AcP 63, 191; Dreyer Gruchot 40, 465.

¹⁰⁵ Bei Linckelmann ABR 7, 223.

¹⁰⁶ Vgl. Scharpwinkel, Sicherungsübereignung, S. 29.

¹⁰⁷ OT Stuttgart SeuffA 10, 349.

Auch das Reichsgericht¹⁰⁸ erklärte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1880, vorliegender Sicherungsverkauf trage „unverkennbar den Charakter einer verschleierten Verpfändung an sich“ und versagte dem Geschäft deshalb die Anerkennung. Das Gericht schloß also nicht von der Unwirksamkeit des Kaufvertrages auf die Unwirksamkeit der Übereignung, sondern knüpfte an der Übereignung selbst an. Es handle sich um eine verdeckte Verpfändung und keine Übereignung. Interessant ist, daß es sich bei dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall um einen der vergleichsweise seltenen Fälle von auflösend bedingter Sicherungsübereignung handelte. Vielleicht ist in der Tatsache, daß sich das Gericht gerade in diesem Fall gegen die Wirksamkeit des Sicherungsverkaufes entschieden hat, eine Ursache für die spätere Abneigung der Rechtspraxis gegen dieses einige Jahre nach dem geschilderten Urteil von *Schultze* propagierte Modell der auflösend bedingten Übereignung zu sehen.

b) Anknüpfung an das Vollindossament zu Inkassozwecken

Andere Gerichte haben dem Sicherungsverkauf die Anerkennung nicht versagt. Unter Anwendung des Modells von *titulus* und *modus* hat das OAG Rostock bereits sehr früh entschieden, daß es nur darauf ankomme, „daß die gesetzlichen Erfordernisse des Kaufes selbst und des Eigentumserwerbes wirklich beobachtet sind“.¹⁰⁹ Für den rechtlichen Bestand des Kaufes als *titulus* sei „der besondere Zweck, welchen die Contrahenten dabei vor Augen haben, [...] völlig gleichgültig“.¹¹⁰ Auch hier werden also – wie beim Vollindossament zu Inkassozwecken – wirtschaftlicher Zweck und Parteiwille unterschieden, ohne daß man zur Stützung dieser Unterscheidung allerdings ein Äquivalent zur wechselrechtlichen Formstrenge heranziehen hätte können.¹¹¹ Das führt nochmals die Bedeutung der Scheidung von Erklärungsinhalt und Motiven vor Augen.

¹⁰⁸ RGZ 2, 174 f. (III. Senat), kritisch dazu *Hellwig* AcP 64, 369; genauso das Reichsgericht in Urteilen aus dem gleichem Jahr *SeuffA* 36, 8 und 99, während der I. Senat, RGZ 2, 168 ff. ein solches Vorgehen billigte und sich damit letztlich durchsetzte, wie etwa ein Verweis in RGZ 13, 202 auf dieses Urteil zeigt.

¹⁰⁹ OAG Rostock *SeuffA* 7, 328.

¹¹⁰ OAG Rostock *SeuffA* 7, 327.

¹¹¹ *Caemmerer*, Rechtsgültigkeit, S. 49 f. zeigt den interessanten Umstand auf, daß zu dieser Zeit in Mecklenburg noch die römischrechtliche Mobilienhypothek möglich gewesen sei, nach dem dort gültigen Konkursrecht aber auch Pfandrechtsinhaber – zwar vorrangig – am Konkurs teilnehmen, so daß nur die Übereignung dem Gläubiger eine Sicherheit am Konkurs vorbei verschaffen konnte. Deshalb ist *Caemmerer* mit dem Ergebnis unter Simulationsgesichtspunkten einverstanden, vermißt jedoch den Gesichtspunkt des in *fraudem legis* agere.

c) Abstraktheit der Übereignung

In einer weiteren Entscheidung, die etwas mehr als zehn Jahre später (1863) erging, fand das OAG Rostock eine zusätzliche Begründung: Man könne dem „Willen zur Eigentumsübertragung [nicht] allen Rechtseffekt absprechen, wenn derselbe auch durch das unterliegende Rechtsgeschäft nicht genügend motiviert wird und etwa über die mit dem letzten bezielten Zweck hinausgeht“. ¹¹² Es möge zwar bei „Incongruenz der causa und des bei der Tradition documentierten Willens der Eigentumsübertragung“ ein Restitutionsanspruch bestehen. Davon unabhängig werde der Eigentumsübergang aber „ausschließlich durch die Willensübereinstimmung beider Paciscenten in Bezug auf die Übertragung und den Empfang des Eigentums herbeigeführt“. ¹¹³ Deshalb sei es unzutreffend, wenn die Vorinstanz der Übereignung mangels *iusta causa* die Wirkung abgesprochen habe. ¹¹⁴

Das OAG Rostock hat in seiner zweiten Entscheidung also nicht mehr das Modell von *titulus* und *modus* angewendet, sondern sieht den Eigentumserwerb abstrakt zur *causa*. Die Klarheit und überzeugende Argumentation der Entscheidung zeigt, welche Rolle das von *Savigny* ¹¹⁵ propagierte Abstraktionsprinzip als elegante Begründung für die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung gespielt hat. Man konnte also den dem Sicherungsverkauf zugrundeliegenden Kaufvertrag ohne weiteres für simuliert halten, was jedoch auf die Eigentumsübertragung keinen Einfluß hatte und dem „Verkäufer“ nur eine *condictio* gewährte. ¹¹⁶ Die Unwirksamkeit der Übereignung im Rahmen des Sicherungsverkaufs wurde zwar vereinzelt auch unter Anerkennung des Abstraktionsprinzips vertreten, indem man mit der Figur der Fehleridentität von obligatorischem und dinglichem Geschäft arbeitete. ¹¹⁷ Trotzdem zeigt die Durchsicht der Entscheidungen deutlich, daß die Anerkennung der Sicherungsübereignung ¹¹⁸ ganz erheblich durch die Anerkennung der Abstraktheit der Übereignung vom obligatorischen Geschäft begünstigt wurde. ¹¹⁹ Dieser Einfluß wird auch daran deutlich daß man in Frank-

¹¹² OAG Rostock SeuffA 19, 122; in der Folge genauso OLG Rostock SeuffA 30, 124; OLG Hamburg SeuffA 41, 86; RGZ 13, 200 unter Billigung von OLG Rostock SeuffA 41, 85 und Berufung auf RGZ 2, 168 ff. und Distanzierung unter Verhinderung einer Anrufung des Großen Senates von RGZ 2, 173, denn der Unterschied liege an „den Umständen des einzelnen Falles“; RGZ 26, 180.

¹¹³ OAG Rostock SeuffA 19, 198.

¹¹⁴ Genauso das OLG Hamburg SeuffA 40, 135: Die Eigentumsübertragung sei nur unwirksam, wenn der Wille, das Eigentum zu übertragen, „in Wirklichkeit nicht vorhanden, wenn er simuliert war“.

¹¹⁵ Angesprochen ist hier *Savignys* Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag in *Savigny*, System III, S. 312; dazu auch *Felgenträger*, Einfluß, S. 31 ff.

¹¹⁶ Vgl. nur OLG Rostock SeuffA 41, 85; OLG Hamburg SeuffA 41, 86.

¹¹⁷ OAG Celle SeuffA 14, 90; RG SeuffA 36, 99.

¹¹⁸ Gleiches gilt für die Sicherungszession, vgl. etwa ROHG 19, 130; RGZ 24, 161.

¹¹⁹ So auch *Coing*, Treuhand, S. 31.

reich, wo das Abstraktionsprinzip sich nicht durchsetzte, zur gegenteiligen Auffassung kam: dem Sicherungsverkauf wurde die Anerkennung versagt.¹²⁰

Das Abstraktionsprinzip ermöglichte also,¹²¹ daß der Wille zur Übertragung der Eigentums im Rahmen der Übereignung als eigenständigem Rechtsgeschäft nicht nur (wie bei der Anerkennung des Vollindossaments zu Inkassozwecken) von allgemeinen wirtschaftlichen Zwecken des Geschäfts insgesamt, sondern auch von Willensinhalten aus dem konkreten Verpflichtungsgeschäft geschieden wurde. Weil im Zuge der Anerkennung des Abstraktionsprinzips die Übereignung zum eigenständigen Vertrag¹²² wurde, konnte selbst der Verpflichtungsvertrag zum Motiv dieses Vertrages werden.¹²³ Es ging überhaupt nicht mehr darum, warum jemand Eigentum hatte, das Abstraktionsprinzip war also der letzte Schritt zur „Lösung von Zwecken“¹²⁴, die *Savigny*¹²⁵ zur Vollendung getrieben hat. Umgekehrt gewann sicherlich auch die Lehre *Savignys* durch ihre augenscheinliche Geeignetheit, ja Notwendigkeit, für die Konstruktion einer besitzlosen Mobiliarsicherheit an Durchsetzungskraft.¹²⁶ Beim Vollindossament zu Inkassozwecken war der Verweis auf die Abstraktheit des Indossaments wegen der Formstrenge des Wechselrechts hingegen nicht so notwendig und wohl auch umstrittener.¹²⁷ Auch dieses Produkt „*Savigny'sche(r) formale(r) Rechtsauffassung*“¹²⁸ in seiner systematischen Klarheit konnte sich in einem Verkehrsschutzklima und dem Interesse einer kapitalistischen Gesellschaft an der Ablösung des Umsatzaktes von anderem¹²⁹ durchsetzen.¹³⁰ *Ihering* sprach deutlich aus, was der „Zweck dieser ganzen Manipulation“¹³¹ sei: Zirkulation, Verkehrssicherheit,¹³² „Sicherheit des Eigentums“¹³³. *Ranieri* weist darauf hin, daß ein so verstandener zweckfreier Wille „der Wille der berechnenden Rechtsordnung und nicht mehr der Wille des einzelnen Rechtssubjekts“¹³⁴ sei. Der

¹²⁰ Cour de Cassation, Dalloz 79.1.401.

¹²¹ Vgl. auch *Löbl* AcP 129, 332 f.

¹²² Auch hier prägend *Savigny*, System III, S. 312; genauso *Bähr*, Anerkennung, S. 10 f.

¹²³ *Ranieri*, Lehre, S. 92.

¹²⁴ *Ranieri*, Lehre, S. 102; das zeigt sich durchgehend bei *Savigny*, ein anderes Beispiel ist die Unbeachtlichkeit des „Motivirrtums“.

¹²⁵ *Savigny*, System III, S. 356; *Savigny*, Obligationenrecht, S. 258: auf die „umgebenden Umstände, Absichten, Zwecke“ komme es nicht an.

¹²⁶ *Brandt*, Eigentumserwerb, S. 107 f. geht sogar davon aus, daß sich das Abstraktionsprinzip letztlich nur wegen der Debatte um die Sicherungsübereignung durchgesetzt habe.

¹²⁷ Vgl. *Regelsberger* AcP 63, 165. Dafür jedenfalls *Bähr* JherJB 1, 396; *Koch* AWH 15, 284; OAG Wiesbaden SeuffA 13, 18; OAG Jena SeuffA 13, 90. Dagegen wohl OAG Celle SeuffA 5, 150; *Karlowa*, Rechtsgeschäft, S. 270 f.

¹²⁸ *Ranieri*, Lehre, S. 102.

¹²⁹ *Wieacker*, Pandektenwissenschaft, S. 15 f.

¹³⁰ Beispielhaft auch §§ 253, 256 SächsBGB.

¹³¹ *Ihering*, Geist I, S. 209.

¹³² *Wiegand* AcP 190, 119.

¹³³ *Ihering*, Geist I, S. 209.

¹³⁴ *Ranieri*, Lehre, S. 104.

Gesetzgeber des BGB hat übrigens später den doppelten Verkehrsschutz durch Abstraktheit und Gutgläubensschutz offenbar nicht bemerkt.¹³⁵ Das Eigentum des Treuhänders war also dinglich völlig abstrakt von und ungebunden an irgendwelche Parteiabreden in der causa. Damit wurde die Inkongruenz des Willens zur Einräumung einer bestimmten dinglichen Rechtsmacht zum Zweck dieser Machteinräumung als wesensbestimmende Inkongruenz von dinglichem Können und schuldrechtlichem Dürfen des Treuhänders noch vertieft.

d) Erörterungen in der Rechtslehre

In der Literatur wird das Problem der Sicherungsübereignung erst spät aufgegriffen. Die Relevanz der Sicherungsübereignung für die Rechtspraxis wurde offenbar über Jahre hinweg völlig übersehen.¹³⁶ Anders als beim Vollindossament zu Inkassozwecken wird in der wissenschaftlichen Diskussion die Position der Obergerichte jedoch nicht vertieft und untermauert.

aa) Kohler

Kohler stellte die Sicherungsübereignung dem Vollindossament zu Inkassozwecken als verdecktes Geschäft gleich. Ein solches Geschäft könne „ganz ernst und mit der vollen Absicht der juristischen Wirkungen gemeint sein“.¹³⁷ Nicht jedes verdeckte Geschäft müsse jedoch wirksam sein, was aber nichts mit der vielfach behaupteten Simulation zu tun habe; es gebe nämlich wirksame und unwirksame verdeckte Geschäfte. Zu letzteren gehöre die Sicherungsübereignung. Dort erfolge eine „Manipulation“ zu Lasten der Publizität, die ein solches Geschäft verbiete.

Kohler gab mit seinen Erörterungen also der Auffassung, daß die Sicherungsübereignung verboten sei, eine andere Richtung, weg von der Simulation. Die Realsicherung an einer Moblie dürfe nur unter Publikmachung, also Inbesitznahme der Sache durch den Inhaber der Sicherheit, erfolgen.¹³⁸ Die Normen zum Faustpfandrecht in den Partikularrechten und §§ 40 KO, 14 EGKO enthielten gleichsam einen allgemeinen Gesetzesbefehl der Sachsicherung unter Publizität, das wirtschaftliche Zweckstreben nach Sachsicherung habe ausschließlich im Pfandrecht seinen Ausdruck gefunden. Die Vorschriften über die Publizität bezögen sich nicht nur auf das Rechtsinstitut des Pfandrechts, sondern auf das „Zweckstreben“¹³⁹ nach Sachsicherung insgesamt. Diese Vorschriften würden bei Zulassung eines besitzlosen Pfandrechts umgangen.

¹³⁵ Vgl. dazu *Wacke*, Besitzkonstitut, S. 31 f. und 38 ff.

¹³⁶ *Otten*, Entwicklung, S. 178.

¹³⁷ *Kohler* JherJB 16, 151.

¹³⁸ *Kohler* JherJB 16, 151 f.

¹³⁹ *Kohler* JherJB 16, 144; hiergegen *Becker*, Sicherung, S. 16.

Kohler trennte also die Kategorien der Simulation und der *fraus legis*, die in dem Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1880 noch ineinandergelassen waren. Das Reichsgericht hatte mit dem Argument der Gesetzesumgehung („verschleierte Verpfändung“) letztlich Simulation bejaht; das Gericht verfallte auf die Simulation, weil ihm *fraus* vorschwebe, kritisierte *Otto Bähr* später.¹⁴⁰

bb) Regelsberger

*Regelsberger*¹⁴¹ ordnete zwei Jahre nach *Kohler* den Sicherungsverkauf nicht in seine Kategorie der „fiduziarischen Rechtsgeschäfte“, allerdings auch nicht in jene der Scheingeschäfte ein. Er behauptete noch eine dritte Kategorie der „rechtsgeschäftlichen Schleichwege“, unter die er den Sicherungsverkauf faßte. Ihr Charakteristikum sei die Umgehung der adäquaten Rechtsform. Es werde damit nämlich, im Gegensatz zur *fiducia*, deren Charakteristikum die überschießende Rechtsmacht sei, ein von der Rechtsordnung nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen erwünschter Erfolg erreicht: eine Realsicherung an Mobilien sei nur unter Inbesitznahme der Mobilie durch den Sicherungsnehmer erwünscht. Mit den fiduziarischen Geschäften hätten die Schleichwege gemeinsam daß, im Gegensatz zur Simulation, Wille und Erklärung der Handelnden in Einklang stehen. Mit der Simulation allerdings – und deswegen habe es bisher an einer sauberen Trennung gefehlt – der Zweck, „dem Gesetz eine Nase zu drehen“.¹⁴²

Diese Unterscheidung setzte sich nicht durch. Zu Recht, denn die beiden Fragen der erlaubten oder unerlaubten Gesetzesumgehung und der Inkongruenz von Geschäftszweck und gewähltem Mittel bewegen sich auf völlig verschiedenen Ebenen.¹⁴³

cc) Hellwig

*Hellwig*¹⁴⁴ faßte ein Jahr nach *Regelsberger* den Sicherungsverkauf folgerichtig in die Kategorie des „fiduziarischen Geschäfts“ und grenzte ihn damit von der Simulation ab. Das lag aufgrund *Regelsbergers* Rekurs auf die römischrechtliche *fiducia* als Übertragung vollen Eigenrums auf einen Treuhänder durchaus nahe und war nur folgerichtig. *Hellwig* kannte neben der Simulation jedoch *fraus legis* als weiteren, völlig unabhängigen Unwirksamkeitsgrund, der beim Sicherungsverkauf greife.¹⁴⁵ Bei der Simulation beziehe sich die Täuschung auf die juristische Form, bei dem verdeckten Geschäft auf das wirtschaftliche Ziel – das

¹⁴⁰ *Bähr*, Urteile, S. 63.

¹⁴¹ *Regelsberger* AcP 63, 185.

¹⁴² *Regelsberger* AcP 63, 173 f.

¹⁴³ *Hromádka*, Faustpfandprinzip, S. 159.

¹⁴⁴ *Hellwig* AcP 64, 379 f. und 392.

¹⁴⁵ *Hellwig* AcP 64, 375.

wahre wirtschaftliche Streben werde hinter einer ernstlich gewollten Rechtsform verschleiert, während bei der Simulation der Schleier nicht ernstlich gewollt sei.¹⁴⁶ *Regelsberger* konnte also nur deshalb die Sicherungsgeschäfte nicht als fiduziarische Geschäfte einordnen, weil ihm die Abschichtung der *fraus legis* nicht gelungen war.

*Hellwig*¹⁴⁷ wendete also das Abstraktionsprinzip folgerichtig an und gelangte zu der Auffassung, daß selbst ein simulierter Kaufvertrag die Sicherungsübereignung – und damit auch die Zuordnung des Eigentums zum anderen Teil – unberührt lasse. Freilich sieht er wie *Kohler* eine *fraus legis*, weil dem Gläubiger ein Vorzugsrecht für Gegenstände, die im Besitz des Schuldners bleiben, gewährt wird, ein „den Credit und den gutgläubigen Verkehr gefährdendes Verhältnis“.¹⁴⁸ Die Pfandrechtsvorschriften in den Gesetzen wollten gleichsam bestimmte wirtschaftliche Resultate, hier das besitzlose Pfandrecht, ausschließen und trügen insoweit Verbotscharakter. Also seien auch Umgehungsversuche, die das wirtschaftliche Resultat auf andere Weise erreichen wollten, vom Sinn und Zweck einer Norm erfaßt. *Bähr*, der *Hellwig* gänzlich zustimmt, sagte plastisch, die Publizitätsnormen beim Faustpfand seien „Prohibitivgesetze, gerichtet gegen das wirtschaftlich mißbilligte Verhältnis, daß ein Gläubiger ein Vorzugsrecht erwirbt an Sachen des Schuldners, welche dieser in seinem Besitz behält, und deren Besitz ihm scheinbar eine Kreditwürdigkeit verleiht, die ihm in der Tat nicht zukommt“.¹⁴⁹

Der Umgehungsbegriff, die *fraus legis*, die hier entstand, hat als Ausgangspunkt also eine bestimmte Methode der Gesetzesauslegung,¹⁵⁰ die nicht am Wortlaut der Norm, an der juristischen Form haftet, sondern Sinn und Zweck der Norm im Rechtsgefüge sieht, weil eben Pfandrecht und Sicherungsübereignung den gleichen Zweck erfüllen sollen, ein „Vorzugsrecht“ an einer Mobilität zu gewähren. „Das Gesetz hat mit der Normierung des Besitzerfordernisses beim Pfandrecht ein öffentliches Interesse geschützt, und dieser Schutz klammert sich nicht an den Namen des Pfandrechts fest, sondern muß bei Wiederkehr einer der Interessengestaltung beim Pfandrecht in anderem juristischen Gewande in entsprechender Weise eintreten. Verkennen wir diesen für die Geset-

¹⁴⁶ *Hellwig* AcP 64, 376.

¹⁴⁷ *Hellwig* AcP 64, 388 f.

¹⁴⁸ *Hellwig* AcP 64, 380. Jahre später (1912) revidiert er diese Auffassung zugunsten wirtschaftlicher Erwägungen zugunsten der Sicherungsübereignung *de lege ferenda*, *Hellwig*, Gläubigernot, S. 8.

¹⁴⁹ *Bähr*, Urteile, S. 61.

¹⁵⁰ So ausdrücklich *Kohler* [Jher]B 16, 144: „Das ganze ist nur eine Frage der Gesetzesauslegung [...]“. Das wird auch in der Verteidigung der Sicherungsübereignung bei *Linckelmann* ABR 7, 225 deutlich, der sagt, die Mißbilligung der Sicherungsübereignung durch den Gesetzgeber habe im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und die bloßen Motive des Gesetzgebers könnten einen Gesetzesanwendung niemals über den Gesetzeswortlaut hinaus rechtfertigen. Zur kontroverse vgl. *Enneccerus*, BGB AT, § 49.

zesauslegung fundamentalen Gesichtspunkt, so wird diese einer schrankenlosen Willkür ausgeliefert.“¹⁵¹ Auch hier wird nochmals klar, daß in dem ganzen Feld von Simulation, fraud legis und Treuhand, so die schließlich entwickelten Kategorien, mangels entsprechender gemeinrechtlicher Vorarbeiten oder wegen mangelnder Präzision¹⁵² noch erhebliche Unsicherheit herrschte.

Die Auffassung *Hellwigs* gewinnt weitere Anhänger, weil ein vom Gesetzgeber mißbilligtes Ziel in Form der Mobiliarhypothek, also unter Verletzung des Publizitätsprinzips,¹⁵³ erstrebt werde.¹⁵⁴ Außerdem werde das Verbot der *lex commissaria* (Verfallklauselverbot) umgangen.¹⁵⁵ Nach Inkrafttreten des BGB können sich die Vertreter dieser Auffassung auf § 1205 BGB (Publizität) und § 1229 BGB (Verbot der Verfallsklausel) berufen. Festzuhalten bleibt: Der Rechtswissenschaft gelang es, die Kategorien der Simulation und des in fraudem legis agere sauber zu trennen. Der Simulationseinwand hat jedenfalls bei der Sicherungsübereignung letztlich überhaupt nur deshalb eine Bedeutung erhalten, weil man beide Figuren bislang nicht sauber unterschieden hatte. Auch aufgrund dieser entwicklungsgeschichtlichen Zufälle sind also Vollindossament zu Inkassozwecken und Sicherungsübereignung in Abgrenzung zur Simulation in eine eigene Kategorie des „fiduziarischen Geschäfts“ gefaßt worden.

d) Die Rolle des Reichsgerichts

Das Reichsgericht entschied im Jahre 1885 zweimal zugunsten des Sicherungsverkaufs,¹⁵⁶ ohne lange Erörterungen zur Begründung des Ergebnisses oder eine Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Literaturauffassung, die damals durch-

¹⁵¹ *Nathan*, Übertragung, S. 35.

¹⁵² Vgl. *Savigny*, System III, S. 325; *Thöl*, DPrR, S. 160, die nicht an den rechtsgeschäftlichen Willen, sondern (auch) auf objektive Gesichtspunkte abstellen. Vgl. dazu auch die oben erörterte Entscheidung des OT Stuttgart SeuffA 10, 349, die davon spricht, daß die Sicherungsübereignung „nur zum Schein in die Form eines Kaufvertrages eingekleidet“ wurde.

¹⁵³ Bei der Sicherungszession wurde insofern parallel argumentiert, als hier die Publizität ebenfalls nicht gewahrt sei, während die Verpfändung einer Forderung, wie später in § 1280 BGB geregelt, dem Schuldner angezeigt werden müsse. Deshalb sei auch die Sicherungszession unzulässig, *Bähr*, Urteile, S. 252; *Hellwig* AcP 64, 369 ff.; *Kohler* JherJB 16, 151.

¹⁵⁴ *Bütow*, Sicherungsübereignung, S. 16 ff.; *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 17 f. und 35 ff.; *Endemann* ZHR 40, 306 f; *Goltz*, Rechtsgeschäft, S. 32; *Katzenstein* Gruchot 49, 337 ff.; *Kuhlenbeck*, Rechtsprechung I, S. 164 ff.; *Leist*, Sicherung, S. 69 ff.; *Nathan*, Übertragung, S. 19 ff., der allerdings dann schweren Herzens auf S. 50 den Status des Gewohnheitsrechts auspackt; *Pfaff*, Lehre, S. 152 ff.; *Wilutzki* DJZ 1901, 20; a.A. *Engel*, Sicherungsübereignung, S. 21; *Linckelmann* ABR 7, 209 ff.

¹⁵⁵ *Bütow*, Sicherungsübereignung, S. 14 ff.; *Hellwig* AcP 64, 380; *Kohler* JherJB 16, 91 ff.; *Leist*, Sicherung, S. 75; zum Teil wurde freilich auch eine Anwendung des Verbots auf die Sicherungsübereignung befürwortet, *Brill*, Sicherung (1896); *Linckelmann* ABR 7, 221.

¹⁵⁶ RGZ 13, 200 ff. und 298 ff.; vgl. zuvor auch die oben erwähnte Entscheidung des I. Senats RGZ 2, 168 ff. mit Vorinstanz OLG Rostock SeuffA 41, 85, dessen Argumentation sich RGZ 13, 200 ff. anschließt.

aus „herrschend“ war, zu bieten.¹⁵⁷ Das Gericht stellte sich einfach auf den Standpunkt, der Gesetzgeber habe den Sicherungsverkauf nicht verbieten wollen. Man könne nur gebietende oder verbietende Gesetze umgehen und solche bestünde im Bereich des Sicherungsverkaufes nicht. Eine entsprechende Absicht komme nämlich im Gesetz nicht zum Ausdruck. Möglicherweise ist diese Auffassung des Gerichts also durch eine konservativere Auslegungsmethode bedingt, die nur an Wortlaut und systematischer Stellung der Normen und Begriffe anknüpft, nicht aber an dem vom Gesetzgeber intendierten Normzweck. Möglicherweise legte das Gericht bewußt konservativ aus, um das gewollte Ergebnis zu erreichen.

Bereits fünf Jahre später erkannte das Reichsgericht eine „ständige Rechtsprechung“ zugunsten der besitzlosen Mobiliarsicherheit.¹⁵⁸ Nachdem das neue BGB keine klare Stellungnahme in dieser Kontroverse zwischen Rechtsprechung und Lehre brachte, sich bei der Regelung des Pfandrechts vielfach an die Partikularrechte anlehnte und das Besitzkonstitut zur Übereignung in § 930 BGB schrankenlos zuließ,¹⁵⁹ sah sich das Reichsgericht auch nach dem 1. Januar 1900 zu keiner Korrektur seiner Rechtsprechung veranlaßt.¹⁶⁰ Mit der Durchsetzung des gutgläubigen Erwerbs dinglicher Rechte kam es wohl überdies nicht mehr so sehr darauf an, zweite „Pfandnehmer“ vor Erwerb oder Pfandnahme einer bereits im Wege der Sicherungsübereignung „verpfändeten“ Sache zu schützen.

e) Kurskorrektur der Lehre

Die Lehre, die zunächst mehrheitlich die Wirksamkeit des Sicherungsverkaufs abgelehnt hatte, erkannte aufgrund der gegenteiligen Entscheidungen des Reichsgerichts den Sicherungsverkauf schließlich mehrheitlich an.¹⁶¹ Selbst *Kohler*¹⁶² änderte seine Auffassung dahingehend. Das Wirksamkeitsinteresse

¹⁵⁷ Die gegenteilige Auffassung wurde in der Rechtsprechung im Anschluß an die Literatur – soweit ersichtlich – überhaupt nur vom OLG Kiel SeuffA 40, 287 vertreten.

¹⁵⁸ RGZ 26, 180 ff.; *Schäfer* ABR 38, 11 ff. zeigt, daß freilich der Simulationseinwand im Einzelfall greifen konnte, wenn der Gegner die Simulation nachwies.

¹⁵⁹ Der Antrag auf Einführung eines § 930 II BGB in der zweiten Kommission, der § 930 BGB zur Beendigung des „unerquicklichen Zustand[s] der Rechtsprechung“ in dieser Frage ausschließen sollte, wenn „durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden soll“, wurde abgelehnt, Prot. III, S. 197 ff. Es sei keineswegs notwendig, bloß weil das beim Pfandrecht so sei, auch für die Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherung körperliche Übergabe vorzuschreiben.

¹⁶⁰ Vgl. die erste Entscheidung nach Inkrafttreten des BGB, RGZ 59, 146 ff. und die Besprechungen von *Landsberg* DJZ 1905, 921 und *Weinstein* DJZ 1905, 833.

¹⁶¹ Vgl. etwa *Cosack*, BR 2, § 244 II 3 b; *Dernburg*, Pandekten I, § 100; *Dernburg*, BR III, S. 783; *Endemann*, BR 2, S. 544 ff.; *Hallbauer*, Recht 1905, S. 661 ff.; *Gierke*, DPrR III, § 170; *Lilienthal* DJZ 1902, 542; *Luettegebrune*, Konstruktionsversuch, S. 17 f.; *Planck*, BGB, § 223 Anm. 3, § 929 Anm. 5, § 930, Anm. 5 und § 1205 Anm. 1b; *Oertmann* DJZ 1911, 1178; *Staudinger*, BGB, § 1205, Anm. 4; *Stobbe*, DPrR II/2, § 165; *Wendt*, Pandekten, § 247; *Windscheid*, Pandekten II, § 224; RGZ 13, S. 203 f.

¹⁶² *Kohler* ABR 7, 234 f. sieht nun keine Verbotsgesetze mehr; insbesondere sei § 1205

der Parteien des Sicherungsgeschäfts hatte sich also gegen die Interessen Dritter durchgesetzt.

Auch wenn beim Streit über die Zulässigkeit des Sicherungsverkaufs bzw. der Sicherungsübereignung von Rechtsprechung und Lehre unterschiedliche Auslegungsmethoden herangezogen wurden, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führten, waren es doch vermutlich wirtschaftliche Aspekte, die „zu der hartnäckigen Verschlossenheit unserer höchstrichterlichen Rechtsprechung gegen die Beweisführung der Literatur“¹⁶³ geführt haben. Das zeigen auch die Erörterungen auf dem 15. Deutschen Juristentag, wo keine dogmatischen, sondern wirtschaftliche Fragen eine Rolle spielten: Sollten Arbeiter, kleinere Händler und Handwerker durch das Besitzpfandrecht vor dem Ruin bewahrt werden, indem man ihnen verbot, ihre Lebensgrundlage als Kreditunterlage zu verwenden?¹⁶⁴ Oder war von der Kreditvermehrung durch Sicherheitenvermehrung ein wirtschaftlicher Aufschwung zu erwarten, der ausbleiben würde, wenn man bestimmte Bevölkerungskreise vom Kredit ausschließt und sie noch dazu bei der Verwendung ihres Eigentums bevormundet?¹⁶⁵ Argumente, die uns auch heute noch in der Verbraucherschutzdiskussion begegnen, allerdings wohl das gegenteilige Ergebnis brächten. Um weite Bevölkerungskreise vor dem Ruin zu bewahren, wurde schließlich nicht die Sicherungsübereignung verboten, sondern bereits 1894 das Abzahlungsgesetz erlassen.

IV. Zusammenfassung

Die längst überholte Diskussion¹⁶⁶ zur Abgrenzung der fiduziarischen Treuhand vom Scheingeschäft (Simulation) ist deshalb wichtig, weil aus dieser Abgrenzungsarbeit die Treuhand entstanden ist und ihr dabei Konturen gegeben worden sind, die sich bis heute erhalten haben: Das Mißverhältnis von „Können“ (überschießender Macht) und „Dürfen“, von „eingesetztem Mittel“ und „erstrebten Zweck“, das abstrakte Nebeneinander von „dinglichem Vertrag“ und „obligatorischer Nebenabrede“, der Dualismus von Innen- und Außenverhältnis. Die Treuhand beruht geradezu auf „allen möglichen Gegensätzen“.¹⁶⁷ Sie ist im Zuge pandektistischer System- und Begriffsklärungen entstanden und hat diese Klärungen ihrerseits befördert. Das fiduziarische Geschäft wird als Gegenbegriff zum Scheingeschäft angelegt, was entstehungsgeschichtlich be-

BGB keines. Dieser Meinungsumschwung geschieht als Anhang zu dem vorstehenden Aufsatz von *Linckelmann*.

¹⁶³ *Caemmerer*, Rechtsgültigkeit, S. 27.

¹⁶⁴ *Brunner*, 15. DJT II, S. 108; *Reuling*, 15. DJT II, S. 111.

¹⁶⁵ *Leonhard*, 15. DJT II, S. 103 ff. und 114; genauso *Linckelmann* ABR 7, 211.

¹⁶⁶ Einer der letzten Vertreter des Scheingeschäfts ist beispielsweise *Bernstein*, Wechselordnung, S. 112 ff., im Jahre 1907.

¹⁶⁷ *Friedmann*, 36. DJT I, S. 855.

dingt ist, obschon man bei Treuhandgeschäften wie bei jedem anderen Geschäft fragen muß, ob es simuliert ist oder nicht.¹⁶⁸ Hinzukommt die Festlegung auf die Inhaberschaft eines bestimmten Rechts (Forderungsinhaberschaft, Eigentum) des Treuhänders als „Eigenrecht“, als „Treugut“. „Seine [des Treuhänders] Unterordnung unter das Treugut steht gewissermaßen naturgesetzlich fest“ sagt *Friedmann* in seinem Gutachten für den 36. Deutschen Juristentag¹⁶⁹ scheinbar ganz ohne Ironie. Das ist geschichtlich bedingt, ging es doch um die Simulation der Rechtsübertragung, aber auch den Pfandrechtsersatz. Auch diese Auffassung hat sich bis heute gehalten, auch wenn die Frage der Simulation längst entschieden ist und auch das Verhältnis von Sicherungsübereignung und Pfandrechtl geklärt scheint.

Ermöglicht wurde diese Schaffung des „fiduziarischen Geschäfts“ durch zwei Bedingungen: Bereinigung des rechtsgeschäftlichen Willens von sämtlichen Motiven. *Hofer*¹⁷⁰ führt aus, daß entscheidend sei, „wie ernst *Regelsberger* das Kriterium des Willens nimmt“, und Anerkennung der Abstraktheit des eigenständigen dinglichen Geschäfts von der causa, die die Übereignung „Angriffen aus dem Kausalverhältnis“ entrückt.¹⁷¹ Hier sind Ursache und Wirkung freilich nicht zu trennen.

Das Anknüpfen an die Abstraktheit der Übertragung des Treuguts vom Treugeber auf den Treuhänder und vor allem die tagtäglichen Rechtsfälle mit Bezug zu Dritten haben vermutlich das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder völlig aus dem Blick gebracht und zu einer Definition der Treuhand über die Außenseite, die Drittbeziehungen der Treuhand, geführt. Auf Grundlage dieser als konstitutiv angesehenen Merkmale konnte über die beiden erörterten Ausgangsfälle hinaus die Gattung des „fiduziarischen Geschäfts“ geschaffen werden.¹⁷² Ein Blick in *Medicus'* klassisches „Bürgerliches Recht“ (Rn. 488) genügt, um die Strahlkraft des Ansatzes bis in die heutige Zeit zu erkennen.

¹⁶⁸ *Schöny*, Treuhandgeschäfte, S. 42.

¹⁶⁹ *Friedmann*, 36. DJT I, S. 822.

¹⁷⁰ *Hofer*, Treuhandtheorien, S. 394.

¹⁷¹ *Caemmerer*, Rechtsgültigkeit, S. 48.

¹⁷² Vgl. nur *Crome*, System 1, S. 334; *Dreyer* Gruchot 40, 233 ff. und 449 ff.; *Endemann*; BR I, § 62, 4; *Enneccerus*, BGB, § 139 II; *Planck/Flad*, BGB, § 117 BGB, Anm. 7; *Lang* AcP 83, 336 ff.; *Leist*, Sicherung, insb. S. 78; *Leonhard*, SchR AT, § 344; *Regelsberger*, Pandekten, § 141; *Staudinger/Rietzler*, Bd. I, S. 413; *von Tuhr*, BGB AT, § 77; *Windscheid*, Pandekten I⁹, § 75. Der Begriff wird so schnell populär, daß etwa *Luetgebrune*, Sicherungsübereignung, S. 2 im Jahre 1906 schon die umgekehrte Denkrichtung, die Deduktion einschlagen kann: „Durch dieses Mißverhältnis [zwischen Mittel und Zweck] gibt sich übrigens die Sicherungsübereignung unschwer als fiduziarisches Rechtsgeschäft zu erkennen.“

§ 3. Die Treuhand in den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch

I. Einleitung

Das BGB findet zu keiner ausdrücklichen Regelung der „fiduziarischen Rechtsgeschäfte“. In seinem Gutachten auf dem 36. Deutschen Juristentag im Jahre 1931 stellt *Haemmerle* deshalb fest, daß „dem Privatrechte [...] ausgesprochene Treuhänderverhältnisse fremd“ seien,¹ wenn auch oftmals darauf verwiesen wird, daß das BGB in § 223 Abs. 2 BGB² Treuhandgeschäfte anerkenne.³ Bereits der 31. Deutsche Juristentag forderte 1912 Nachbesserungen im Bereich der Sicherungsübereignung. Dieses (vordergründige⁴) Schweigen des Gesetzbuches führte zu der reizvollen Möglichkeit, die Treuhanddiskussion aus dem neunzehnten Jahrhundert unverändert in der Zeit nach Inkrafttreten des BGB weiterzuführen. Anders als in anderen Bereichen verursachte also der Erlaß der Kodifikation kein Abreißen der dogmatischen Diskussion.

In den Erwägungen der Verfasser des BGB spiegelt sich allerdings sehr wohl die Diskussion um die Simulationsfrage wieder, interessant sind vor allem einige abgelehnte weiterführende Anträge, bei deren Erörterung sich die Standpunkte der Kommissionsmehrheit und damit „des Gesetzgebers“ deutlich herauslesen lassen.

II. Die Regelung zum Scheingeschäft

Die erste Kommission war der Auffassung, unter Simulation sei der der Mentalreservation verwandte Fall zu verstehen, bei dem erklärter und wirklicher Willen bewußt auseinanderfallen, die Täuschungsabsicht aber nicht auf den Erklä-

¹ *Haemmerle*, 36. DJT I, S. 651.

² Heute: § 214 Abs. 2 BGB.

³ Vgl. ohne Anspruch auf Vollständigkeit *Hönsch*, Stellvertretung, S. 18; *Cohn*, Rechtsgeschäft, S. 15; *Enneccerus/Nipperdey* § 139 II 1; *Haemmerle*, 36. DJT I, S. 650; *Kunisch*, Stellung, S. 60; *Luetgebrune*, Sicherungsübereignung, S. 17; *Oertmann*, § 117 BGB, Anm. 5; *Planck*, § 223 BGB, Anm. 3; *Schless*, Stellvertretung, S. 106; RGZ 57, S. 174; *Seidel*, Sicherungsübereignung, S. 6.

⁴ Vgl. jedoch unten § 8 I.

rungsempfänger, sondern auf Dritte gerichtet sei. In diesen Fällen komme es auf den wirklichen Willen an.⁵ Aufgrund der großen praktischen Bedeutung der Simulation, die Kommission spielt hier wohl auf die oben geschilderten Konstellationen an, müsse dies unbedingt in einer Vorschrift geregelt werden. Deshalb lautete § 96 BGB-E I: „Ein zum Schein vorgenommenes Rechtsgeschäft ist nichtig. Wird bei Vornahme eines Scheingeschäfts von den Parteien die Errichtung eines anderen Rechtsgeschäfts beabsichtigt, so bestimmt sich die Gültigkeit dieses anderen Rechtsgeschäfts nach den für dasselbe geltenden Vorschriften.“. Diese Fassung kam dem heutigen § 117 BGB schon sehr nahe.

In der Vorkommission des Reichsjustizamtes stellt *Börner* 1891 den Antrag, § 96 folgendermaßen zu fassen: „Eine Willenserklärung, welche im Einverständnis mit dem Empfänger nur zum Schein abgegeben wird, ist nichtig. Einem Dritten, welcher auf die Echtheit der Erklärung vertraute, kann die Nichtigkeit nicht entgegengesetzt werden.“⁶ Ähnliches beantragten auch *Struckmann* und *Achilles*.⁷ Die Antragsteller wollten also den gutgläubigen Rechtsverkehr vor den Auswirkungen der Simulation schützen und ihre Wirkungen auf das Innenverhältnis begrenzen. Die Kommissionsmehrheit strich jedoch lediglich § 96 Satz 2 BGB-E I als rein deklaratorisch und lehnte die Anträge ab. Über den Schutz hinaus, den der redliche Verkehr nach dem Entwurf bereits genieße, bestehe ein weiteres Schutzbedürfnis nicht.⁸ Entsprechende Anträge wiederholten die Antragsteller in der zweiten Kommission. Einziges Ergebnis der Beratungen in dieser Kommission war jedoch, daß der gestrichene zweite Satz zum gültigen verdeckten Rechtsgeschäft wieder hinzugefügt wurde, § 92 BGB-E II. Im BGB findet sich also der in der Treuhand-Debatte entwickelte Simulationsbegriff wieder.

III. Simulation bei der Forderungsübertragung

In der Debatte um §§ 302, 303 BGB-E I, in denen es um Einreden des Schuldners gegen einen neuen Gläubiger nach Abtretung bzw. um den Erhalt der Aufrechnungsmöglichkeit des Schuldners geht, vgl. §§ 404, 406 BGB, nahm die erste Kommission ausdrücklich Stellung zum Simulationsproblem beim Vollindossament zu Inkassozwecken. Eine Forderungsabtretung sei nicht schon allein deshalb simuliert, weil der neue Gläubiger auf Rechnung des alten Gläubigers handle.⁹ Mit Simulation habe es nichts zu tun, „wenn die Parteien nicht den Rechtsakt wählen, welcher zunächst zur Erreichung ihrer wirtschaftli-

⁵ Prot. I, S. 174

⁶ *Jakobs/Schubert*, Beratungen AT 1, S. 618.

⁷ *Jakobs/Schubert*, Beratungen AT 1, S. 619 ff.

⁸ *Jakobs/Schubert*, Beratungen AT 1, S. 622.

⁹ Mot. II, S. 129 f.

chen Zwecke führt, sondern aus irgend welchen Gründen Umwege einschlagen“ führt *Gebhard*,¹⁰ der Verfasser des Vorentwurfs, im Anschluß an das Reichsoberhandelsgericht aus.

IV. Simulation bei der Übereignung zu Sicherungszwecken

1. Der Standpunkt *Johow*s

Johow hingegen, der den Sachenrechtsentwurf verfaßt hat, war offenbar der gegenteiligen Auffassung und sprach – wohl im Anschluß an die überzeugendere herrschende Literaturauffassung – von der „Simulation der Eigenthumsübertragung zu Sicherungszwecken“.¹¹ Die erste Kommission verstieg sich im Anschluß daran sogar dazu, sämtliche Übereignungen mittels Besitzkonstitut für simulationsverdächtig zu halten.¹² Zwar sei diese Form der Übereignung nicht insgesamt zu verbieten, aber es „wird im einzelnen Falle zu untersuchen bleiben, ob dem Sicherungsempfänger wirklich bedingtes Eigentum zugewendet werden sollte, oder ob nur eine pfandrechtliche Sicherheit bezweckt wurde und deshalb ein simuliertes Rechtsgeschäft vorliegt.“¹³

Interessant ist an dieser Stelle, daß die Kommission davon ausging, dem Sicherungsnehmer und Treuhänder werde bedingtes Eigentum zugewendet. Auch die Kommissionsmitglieder haben offenbar die geschilderte Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1880 im Hinterkopf, während doch die Rechtspraxis offenbar ganz regelmäßig mit einer unbedingten Vollrechtsübertragung arbeitete, wie sich aus den besprochenen Gerichtsentscheidungen und Literaturstimmen ergibt.

Die zweite Kommission, die ab 1890 tätig war, nahm bereits Bezug auf die Ausführungen *Regelsbergers* und war deshalb der Auffassung, daß bei Übereignungen zur Sicherung einer Forderung der Wille auf Übereignung gehe.¹⁴

2. Sicherungsübereignung und Besitzpfand

Beim Pfandrecht waren sich *Johow* und dann die Erste Kommission einig über die Normierung des Faustpfandprinzips; man konnte vor allem auch auf §§ 14ff EGKO, 40 KO und das gängige Argument zu den Gefahren mangelnder Publi-

¹⁰ *Gebhard*, Vorentwurf, S. 96.

¹¹ *Johow*, Vorentwurf, S. 757.

¹² Mot. III, S. 335.

¹³ Mot. III, S. 338.

¹⁴ Prot. II/3, S. 201.

zität des Pfandes für den Kreditverkehr verweisen.¹⁵ § 1147 Abs. 3 Satz 2 BGB-E I ordnete an, daß die Pfandbestellung unwirksam sei, „wenn vereinbart ist, daß der Verpfänder das Pfand in der Inhabung behalten soll.“ *Jobow* war sich darüber im Klaren, daß man diese Regel nicht ohne weiteres auf eine bedingte Übereignung zu Sicherungszwecken anwenden könne.¹⁶ Er mußte diese Frage aber nicht weiterverfolgen, weil er die Sicherungsübereignung ohnedies für simuliert und somit nichtig hielt.¹⁷

Bei der Erörterung des Antrags zum Verbot der bedingten Sicherungsübereignung war sich die Kommission bewußt, daß bei Zulassung dieser Rechtsfigur Spannungen zu den Pfandrechtsregeln auftreten würden. Man konnte sich aber nicht zu einer Norm entschließen, die eine Umgehung der pfandrechtlichen Vorschriften über den Besitz untersagte. Der Grund dafür war, daß man eine Spezialvorschrift wohl deshalb für unpraktikabel hielt, weil man die Gesetzesumgehung als ein allgemeines Problem ansah. Man war der Auffassung, daß „jedenfalls hier [bei der Eigentumsübertragung] nicht ihre geeignete Stelle“¹⁸ sei. Auch der Simulationseinwand kam in der Diskussion wieder auf, *fraus legis* und Simulation waren ja erst kürzlich von Rechtsprechung und Lehre sauber abgeschichtet worden.¹⁹ Letztlich blieb in der ersten Kommission das Problem ungelöst, obschon man sich im klaren war: Pfandrecht und Sicherungsübereignung stehen sich wirtschaftlich im wesentlichen gleich.²⁰

In der zweiten Kommission wurde von *Achilles*²¹ beantragt, § 874a BGB-E II einzuführen, in dessen Absatz 2 das Besitzkonstitut bei Sicherungsgeschäften ausgeschlossen sein sollte. Er berief sich zur Begründung auf die Gefahr von Täuschungen über die Kreditwürdigkeit.²² Dieser Antrag wurde von zwei Seiten her bekämpft:²³ Eine kleine Gruppe vom Kommissionsmitgliedern war noch immer der Auffassung, es liege Simulation vor; aus dieser Sicht war eine solche Norm freilich überflüssig. Die Kommissionsmehrheit argumentierte folgendermaßen: „Die vorgeschlagene Vorschrift würde sich als eine rein positive Ausnahme von dem aus gewichtigen Gründen angenommenen Grundsatz der Unabhängigkeit der Eigentumsübertragung von ihrem Rechtsgrund darstellen. Nur ein dringendes praktisches Bedürfnis könnte eine solche Ausnahme rechtfertigen, ein solches liege aber nicht vor.“²⁴ Außerdem sei fraglich, ob sich der Rechtsverkehr wirklich darauf verlasse, daß alles, was im Besitz eines Kre-

¹⁵ Vgl. nur Mot. III, S. 800 ff.

¹⁶ *Jobow*, Vorentwurf, S. 783.

¹⁷ *Jobow*, Vorentwurf, S. 757.

¹⁸ Prot. I, S. 4033.

¹⁹ Mot. III, S. 338.

²⁰ Mot. I, S. 345 bei den Beratungen zum § 223 II BGB (Endfassung).

²¹ *Jakobs/Schubert*, Beratungen Sachen R 1, S. 594.

²² Prot. II/3, S. 196 ff.

²³ Prot. II/3, S. 200 ff.

²⁴ Prot. II/3, S. 200.

ditnehmers ist, auch in dessen Eigentum stehe. Es werden also, was wichtig ist, bereits hier Zweifel am bis heute hoch gehaltenen Offenkundigkeitsgrundsatz laut. Schließlich handle es sich bei der Sicherungsübereignung nicht „überwiegend um illegitime Geschäfte“, sondern diese Rechtsform diene häufig „zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses der kleinen Leute“.

Der Gesetzgeber wollte also Besitzpfandrecht und Sicherungsübereignung nebeneinander stellen, ohne in der Lage zu sein, das Verhältnis beider Rechtsinstitute genauer zu regeln oder überhaupt die Sicherungsübereignung zu erwähnen. Die Kommissionsmehrheit sah sich nämlich vor das unlösbare Problem gestellt, zwei dogmatische Grundsätze, auf denen das Bürgerliche Gesetzbuch beruhen sollte, in Einklang zu bringen: Abstraktionsprinzip und Publizitätsprinzip jedenfalls bei dinglichen Kreditsicherheiten. Aufgrund des Abstraktionsprinzips konnte man beim Besitzkonstitut nicht nach der causa der Übereignung fragen um ihre Wirksamkeit zu bestimmen, aufgrund des Publizitätsprinzips durfte beim Pfandrecht nicht vom Faustpfandprinzip abgewichen werden.

Dieser Konflikt ist kaum lösbar, es ist deshalb nicht überraschend, daß die Kommissionsmitglieder widersprüchlich argumentierten. Letztlich fanden sie de facto eine Lösung zu Lasten der Publizität, wenn sie sich darauf beriefen, daß eine Vermutung für die Identität von Besitz und Eigentum des Kreditnehmers nicht bestehe und die Übereignung im Wege des Besitzkonstituts zuließen, § 930 BGB. Freilich nicht, ohne gleichzeitig in § 1006 BGB eben jene Vermutung niederzulegen. Fadenscheinig ist es zudem auch, die Sicherungsübereignung nicht zu regeln, sondern lediglich zuzugestehen, daß sie sich aus allgemeinen sachenrechtlichen Normen, also §§ 930, 868 BGB, konstruieren lasse.

Caemmerer hält all das nicht zu Unrecht eine „unsinnige Handlungsweise“,²⁵ denn die detaillierte Regelung zum Faustpfandrecht im BGB, die gleichsam den Höhepunkt der dogmatischen Durchdringung dieses Rechtsinstituts darstellt, wird auf diese Weise letztlich von Anfang an sehenden Auges zur Bedeutungslosigkeit verurteilt. Nach aller dogmatischen Argumentation obsiegte also hier – wie in vielen anderen Bereichen – der Pragmatismus und der Blick auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs. Wenn man sich schon nicht in der Lage sah, die Sicherungsübereignung umfassend zu regeln und mit dem Pfandrecht und dogmatischen Grundpfeilern des BGB abzustimmen, dann wollte man einer solchen Entwicklung wenigstens nicht im Wege stehen. Und konnte dabei gleichzeitig dem Buchstaben nach Abstraktionsprinzip und Faustpfand- oder Publizitätsprinzip aufrechterhalten. Man beruhigte sich schließlich noch mit der Behauptung, bei der Sicherungsübereignung sei die Etablierung zweier konkurrierender Sicherungsrechte anders als bei der Mobilienhypothek nicht mög-

²⁵ *Caemmerer*, Rechtsgültigkeit, S. 107

lich,²⁶ der Rechtsverkehr also nicht so stark gefährdet. Das trifft freilich nicht zu.²⁷

Wie wir später noch sehen werden, geschieht die stillschweigende Zulassung der Sicherungsübereignung jedoch nicht nur zu Lasten der Publizität, sondern auch des Abstraktionsprinzips, obschon dieses ja dogmatischer Geburtshelfer des „Sicherungsverkaufs“ war. Es wird sich der Begriff des Sicherungseigentums etablieren, eines Eigentums, das zu einem bestimmten Zweck vorübergehend übertragen wurde. Und aus eben diesem Sicherungscharakter des Eigentums wird man versuchen, seine Sonderbehandlung zu rechtfertigen.²⁸ Dieser Sicherungscharakter ergibt sich jedoch aus der Sicherungsvereinbarung, deren Inhalt eigentlich gerade nicht beachtlich sein dürfte.

V. Zuordnung von Rechten nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten

Zuletzt kam in der zweiten Kommission aufgrund eines Antrags von *Jacubezky*²⁹ nochmals die Sprache auf Probleme des fiduziarischen Geschäfts. Dieser Antrag ist – anders als die bisher geschilderten Ausführungen – nicht auf die eigentlich schon abgeschlossene Simulationsdebatte, sondern gewissermaßen in die Zukunft gerichtet, weil er Probleme lösen soll, die erst nach der Zulassung der fiduziarischen Geschäfte ins Blickfeld rücken konnten.³⁰ *Jacubezky* beantragte, einen § 592a BGB-E II aufzunehmen: „Sachen, Forderungen und andere Rechte, welche der Beauftragte in Folge der Geschäftsbesorgung in eigenem Namen erworben hat, gelten im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten oder dessen Gläubigern als von dem ersteren erworben, soweit sie nicht zur Deckung der dem Beauftragten aus den Auftragsverhältnissen zustehenden Ansprüche erforderlich sind.“³¹ Ähnliches hatte *Struckmann* bereits in der Vorkommission des Reichsjustizamtes beantragt, ohne daß sein Antrag zur Beratung gekommen wäre.³²

Jacubezky sah ganz offenbar die Zweckbindung bestimmter Rechte, die einem Beauftragten mit der Maßgabe, sie im Interesse und auf Rechnung des Auftraggebers wahrzunehmen, zustehen. Und er sah, daß diese Zweckbindung aufgrund des Abstraktionsprinzips *de lege lata* bisher nicht beachtet werden konnte. Das Vorbild für *Jacubezkys* Vorschlag findet sich in § 392 Abs. 2 HGB, wo eben

²⁶ Prot. II/3, S. 200.

²⁷ *Asmus*, Grundlagen, S. 324.

²⁸ Siehe dazu auch unten § 7 IV.

²⁹ *Jakobs/Schubert*, Beratungen SchR BT 2, S. 63.

³⁰ Eingehend dazu unten § 2.

³¹ Prot. II/2, S. 360.

³² *Jakobs/Schubert*, Beratungen SchR BT 2, S. 62 f.

jene Regelung für das Verhältnis von Kommissionär und Kommittenten getroffen wird. *Jacubezky* begründete seinen Antrag mit der Zweckabrede zwischen den Auftragsparteien, aus der sich eine Vermögenszuordnung bestimmter Rechte an den Auftraggeber ergebe, auch wenn diese Rechte vom Auftragnehmer gehalten werden. *Jacubezky* ahnte offenbar schon bestimmte Schwierigkeiten und argumentierte vor allem mit der „Rechtsform des fiduziarischen Eigentums“, die für eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen passe, etwa auch für das schuldrechtliche Vermächtnis bei Ablehnung des Vindikationslegats.³³ Er wollte also neben dem abstrakten Eigentum letztlich eine weitere Form des Eigentums, nämlich zweckgebundenes Eigentum schaffen. Die Mehrheit der Kommission, die das Abstraktionsprinzip keinesfalls durchbrechen wollte, lehnt den Antrag ab. Man könne allenfalls in einigen Bereichen Spezialbestimmungen in diesem Sinne treffen. Eine zentrale Regelung im Auftragsrecht strahle viel zu weit. Zudem sei eine solche Regelung auch nicht besonders dringlich.³⁴ Eine korrespondierender Antrag *Jacubezky*s gelangte bei den Beratungen zum Allgemeinen Teil überhaupt nicht zur Beratung: „Hat Jemand eine Sache oder ein Recht im eigenem Namen aber auf Rechnung eines Anderen erworben (mittelbare Stellvertretung), so gilt der erworbene Gegenstand im Verhältnisse zwischen dem Geschäftsherrn und dem Erwerber oder dessen Gläubigern als dem ersteren gehörig, soweit der nicht zur Deckung der aus dem Verhältniß, auf welchem die mittelbare Stellvertretung beruht, entstandenen Ansprüche des Erwerbers gegen den Geschäftsherrn erforderlich ist.“³⁵

Was an den abgelehnten Anträgen deutlich wird: Der Antragsteller ging von einem viel umfassenderen Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts aus, während die Kommissionsmehrheit auf die beiden geschilderten Ausgangsfälle beschränkt blieb, ohne eine Abstraktion zu wagen. An dieser Stelle wird eine Weiche hin zur Verengung der Rechtsfigur der Treuhand und hin auf schwer lösbare Probleme gestellt.

³³ Prot. II/2, S. 361 ff.

³⁴ Prot. II/2, S. 364 f.

³⁵ *Jakobs/Schubert*, Beratungen SchR BT 2, S. 63 f, Fn. 4; es waren weitere Vorschriften zur mittelbaren Stellvertretung vorgeschlagen.

§ 4. Die Treuhand im Konkurs des Treuhänders Teil 1: Die Entwicklung der Treuhanddogmatik bis zur Arbeit Schultzes

I. Grundfragen des Treuhandrechts

Nach Etablierung der Kategorie der fiduziarischen Rechtsgeschäfte mit „über den Zweck hinausreichender Vollrechtsinhaberschaft“ des Treuhänders stellten sich vor allem zwei Fragen:

[1.] Muß der Treugeber gegen abrede- und zweckwidrige Verfügungen über Bestandteile des Treuguts seitens des Treuhänders geschützt werden? Hier kommt es zu einem Konflikt zwischen dem Interesse des Treugebers an einem möglichst effektiven Schutz gegen einen Machtmißbrauch des Treuhänders und dem Interesse Dritter, die keine Nachteile durch das Bestehen einer treuhänderischen Bindung mit entsprechenden Abreden im Verhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder erleiden wollen.

[2.] Muß der Treugeber gegen den Zugriff von Gläubigern des Treuhänders auf das Treugut in Zwangsvollstreckung und Konkurs geschützt werden? Ein Konflikt besteht hier zwischen dem Zugriffsinteresse von Treuhänder-Gläubigern auf das Vermögen des Treuhänders und dem Interesse des Treugebers, der nicht möchte, daß das Treugut für andere Zwecke als die Treuhandzwecke verwertet wird.

Entstehungsvoraussetzungen des fiduziarischen Geschäfts war die Anerkennung der Inkongruenz von Mittel und Zweck, die Strukturmerkmal des fiduziarischen Geschäfts geworden ist, vor allem aber die Abstraktheit des dinglichen Vertrages vom zugrundeliegenden obligatorischen Geschäft, das bestimmte Pflichten des Treuhänders und Geschäftszwecke regelt.¹ Genau diese Entstehungsvoraussetzungen werden nun zum Problem des fiduziarischen Geschäfts: Der Treuhänder hat „zu viele“ Rechte, die er eigentlich nicht haben soll, er kann wirksam Geschäfte zu Lasten des Treuguts abschließen, die er nicht abschließen darf, das Treugut ist rechtlich einer Vermögens- bzw. Insolvenzmasse zugeordnet, zu der es „eigentlich“ nicht gehört. Diese Probleme wurden vor der Jahr-

¹ Dazu oben § 2.

hundertwende schon vereinzelt diskutiert. *Jacobbezky* sah sie, als er bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch die am Ende des letzten Abschnitts geschilderten Anträge in Richtung auf eine Beachtung des wirtschaftlichen Zwecks der Rechtsübertragung am Treugut einbrachte, mit denen er jedoch aussichtslos scheiterte. Die Kommissionsmehrheit hat mit ihrer Weigerung, die Trennung zwischen Zweckabrede und dinglichem Geschäft aufzuweichen, eine Lösung dieser Probleme ganz erheblich erschwert und eine der intensivsten dogmatischen Diskussionen des zwanzigsten Jahrhunderts ausgelöst.

Über die Beantwortung der Frage nach dem Schutz des Treugebers gegen treuwidrige Verfügungen des Treuhänders bestand bis in die Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts hinein weitgehend Einigkeit in Rechtsprechung und Lehre: Treuwidrige Verfügungen des Treuhänders wurden für gültig gehalten.² Es entstehe lediglich ein Ersatzanspruch des Treugebers gegen den Treuhänder aus Verletzung des Innenverhältnisses. *Dungs* bemerkt beispielsweise lakonisch: „Der Gläubiger für fremde Rechnung ist nach außen der Gläubiger; die Folgen, welche die Rechtsordnung an die Gläubigerstellung knüpft, muß der Geschäftsherr, der ihm diese erteilt hat, erdulden.“³ Also muß er auch die treuwidrige Verfügung des Treuhänders, selbst zugunsten eines bösgläubigen, also die Beschränkungen aus dem Innenverhältnis kennenden oder kennenmüssenden, Erwerbers, erdulden.⁴

II. Zugriff durch Gläubiger des Treuhänders auf das Treugut

1. Allgemeines

Gegenstand einer äußerst lebhaften Debatte, mit der sich die ersten Abschnitte dieses Kapitels beschäftigen werden, ist hingegen der Schutz des Treugebers gegen Gläubiger des Treuhänders. Diese Auseinandersetzung ist hier deshalb von Interesse, weil sie die Grundlagen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte betrifft. Nach der Auseinandersetzung mit dem Simulationseinwand⁵ kommt nämlich auch der zweite Entwicklungsanreiz für das Treuhandrecht aus einem einzelnen Interessenkonflikt, einem Einzelproblem aus der Rechtspraxis, das freilich bis heute nicht zufriedenstellend gelöst ist. Es sind, wie *Bing*⁶ zu Recht bemerkt, „alle Theorien, die über das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts entstan-

² Vgl. nur *Lang* AcP 83, 338; *Regelsberger*, Pandekten I, § 141.

³ *Dungs* Gruchot 32, 26.

⁴ *Dungs* Gruchot 32, 31.

⁵ Dazu oben § 2.

⁶ *Bing*, Rechtsgeschäften, S. 16; ähnlich explizit *Hollensteiner*, Treuhandeigentum, S. 42. Immer wieder wird auf die Formulierung *Pflügers* AcP 79, 424 verwiesen, wonach der Konkurs den Prüfstein für die Dinglichkeit bilde, verwiesen.

den sind, auf die [...] Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Treuhänders“ zugeschnitten.

Sieht man das „fiduziarische Geschäft“ im Anschluß an *Regelsberger*⁷ als Vollrechtsübertragung auf den Treuhänder mit schuldrechtlicher Bindung im Innenverhältnis und schuldrechtlichem Anspruch des Treugebers gegen den Treuhänder auf Rückübertragung des Treuguts nach Vertragsende an, dann ist die Position des Treugebers im Konkurs des Treuhänders und bei Zwangsvollstreckung gegen den Treuhänder sehr schwach. Der Treugeber hat im Konkurs des Treuhänders lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Masse, der nach Maßgabe der Konkursquote erfüllt wird; eine Aussonderung des Treuguts nach § 43 KO⁸ kommt mangels dinglicher Berechtigung des Treugebers am Treugut nicht in Betracht. Auch bei der Einzelvollstreckung hat der Treugeber kein „die Veräußerung hinderndes Recht“ und kann somit nicht nach § 771 ZPO intervenieren.

2. Zur Entstehung des § 43 KO

a) § 43 KO als Verweisungsnorm

Die Konkursordnung enthält keine expliziten Regelungen zur Auswirkung des Konkurses auf Treuhandgeschäfte. § 43 KO bestimmt lediglich, daß derjenige, dem ein Gegenstand, der beim Gemeinschuldner vorgefunden wird, gehört, diesen aussondern darf. Der Gegenstand fällt also nicht in die Konkursmasse. In den Materialien zu § 35 (= § 43) KO findet sich dazu folgende Aussage: „Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen“. Die Norm wurde deshalb so unbestimmt gefaßt, weil der Gesetzgeber eine Aufzählung von bestimmten Fällen der Aussonderung vermeiden wollte⁹ und eine Verweisung auf außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Rechte aufgrund der Zersplitterung materiellen Zivilrechts in Deutschland zur Zeit des Inkrafttretens der Konkursordnung für sinnvoll hielt.

In der Kommission zur Erarbeitung der Konkursordnung umstritten war die Frage, ob die Konkursordnung zusätzlich zu dieser Verweisung auf andere Gesetze eigene Aussonderungsrechte regeln solle. Anlaß war § 24 der preußischen Konkursordnung von 1855, der regelte: „Wechsel, Handelspapiere und andere

⁷ Dazu oben § 2 III 2 d bb.

⁸ Hier wird eine Diskussion, die bis in die Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts reicht, vorgestellt. Deshalb wird – wie damals – die Konkursordnung (KO) und nicht die Insolvenzordnung zugrundegelegt.

⁹ *Hahn*, Materialien, S. 160.

Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser, bei Übermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkursöffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt.“ Diese Vorschrift war dem Art. 583 Code de Commerce nachgebildet worden. Zur Begründung für die Übernahme dieser Norm in die preußische Konkursordnung hatte man angeführt, daß oft Wertpapiere an Geschäftsfreunde mit der Bitte um Realisierung versandt würden. Dazu pflege man Vermerke darauf anzubringen, die den Empfänger „äußerlich zum Eigentümer der Forderung machen, während in der That nur ein Mandatsverhältnis“ vorliege (Vollindossament zu Inkassozwecken). Falle der Empfänger in Konkurs, müsse man diese Papiere aus der Konkursmasse herausverlangen können.¹⁰

Die Kommission zur Erarbeitung der Konkursordnung war hingegen mehrheitlich der Auffassung, daß eine solche Bestimmung überflüssig sei. Der Empfänger solcher Papiere solle nämlich „nicht Eigentümer derselben werden, und ist es nicht geworden“.¹¹ Ganz sicher scheint man sich aber nicht gewesen sein, denn zur weiteren Abstützung dieser Auffassung wird darauf verwiesen, daß „jedenfalls“ der Gemeinschuldner und also der Konkursverwalter an seiner Stelle nach bürgerlichem Recht zur Herausgabe verpflichtet sei.

b) Die Anträge Goldschmidts

Das Kommissionsmitglied *Goldschmidt* war gegenteiliger Auffassung, ist jedoch mit drei Anträgen, den § 24 der preußischen Konkursordnung auch in die neue Konkursordnung zu übernehmen, gescheitert. *Goldschmidt* vertrat die Auffassung, daß alles, „was formell erforderlich sei“, um den anderen Teil zum Eigentümer der entsprechenden Papiere zu machen, geschehe, auch wenn es „nach Ansicht beider Teile so gehalten werden solle, als ob Eigentum nicht übergehe“.¹² Aufgrund dieses Eigentumsübergangs zweifelt *Goldschmidt* daran, daß „ohne weiteres“ ein Aussonderungsrecht bestehe. Für diese Auffassung kann er sich auch auf die bereits erörterte Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts aus dem Jahre 1872¹³ stützen, nach der ein „in gewöhnlicher Weise girierter Wechsel, trotzdem derselbe nur zu Inkassozwecken begeben werde, in das Eigentum des Empfängers übergehe“.¹⁴

¹⁰ *Hahn*, Materialien, S. 161, Fn. 5.

¹¹ *Hahn*, Materialien, S. 161.

¹² *Hahn*, Materialien, S. 540.

¹³ ROHGE 6, S. 53 ff.; dazu oben § 2 III 2 c.

¹⁴ *Hahn*, Materialien, S. 541.

Goldschmidt scheint gesehen zu haben, daß bei Anwendung des Abstraktionsprinzips und der rein obligatorischen Wirkung der Abrede im Innenverhältnis eine dogmatisch saubere Begründung für das Aussonderungsrecht nicht ohne weiteres möglich ist, weil unabhängig von der Zweckabrede das Eigentum übergeht und somit kein dingliches Recht beim Treugeber verbleibt. Deshalb hielt er eine Sondernorm für sinnvoll, die dieses Prinzip durchbricht und also bei zu bestimmten Zwecken übertragenem Eigentum den Rückgriff auf den Zweck, der im Innenverhältnis festgelegt wurde, zuläßt.¹⁵ Ursache für diese Meinungsverschiedenheit zwischen *Goldschmidt* und der Kommissionsmehrheit sind wohl Unklarheiten in der damaligen wertpapierrechtlichen Dogmatik¹⁶ und die Anwendung des Abstraktionsprinzips. *Hagens*, ein Regierungsvertreter in der Kommission, führt etwa aus, für den Eigentumsübergang im Innenverhältnis komme „alles auf die materielle Ursache der Übertragung an“.¹⁷ Das Reichsoberhandelsgericht habe hingegen nur für das Außenverhältnis entschieden.

Bei seinem zweiten Antrag verwies *Goldschmidt* für die Notwendigkeit einer Regelung auf eine Entscheidung des OAG Rostock, das die Aussonderung beim Vollindossament zu Inkassozwecken abgelehnt habe. Der Fall sei im übrigen parallel zur „Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken“ zu sehen.¹⁸ *Hagens* verwies hiergegen auf die mangelnde Kompetenz der Kommission für materiellrechtliche Fragen. Außerdem verstehe sich die von *Goldschmidt* vorgeschlagene Bestimmung ohnehin von selbst, sei also überflüssig.¹⁹ Als *Goldschmidt*²⁰ seinen Antrag zum dritten Mal stellt, führt *Hagens* erneut aus, im Innenverhältnis der Parteien sei der tatsächliche Parteiwille entscheidend, der nicht auf Übertragung laute.²¹ Also werde das Reichsoberhandelsgericht die Vindikation des Wertpapiers zulassen „wenn die Beteiligten in Wirklichkeit nicht die Absicht gehabt haben, Eigentum zu übertragen“.²² *Goldschmidt* greift die Auffassung *Hagens* scharf an, „eine Unterscheidung zwischen einem Eigentum im Verhältnisse zu A und einem Eigentum im Verhältnisse zu B [sei] absolut undenkbar“, es gebe vielmehr nur „ein Eigentum“.²³

Interessant ist, daß *Hauser*, ein Appellationsgerichtsrat, meint, es sei übertrieben, wenn eine Aussonderung stattfindet, obschon „der Übergang der Wechselforderung zu eigenem Rechte nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten wirklich stattfinden solle, auch nicht an eine Bedingung geknüpft sei,

¹⁵ *Asmus*, Grundlagen, S. 264.

¹⁶ Vgl. die Beiträge bei *Hahn*, Materialien, S. 541 ff.

¹⁷ *Hahn*, Materialien, S. 541.

¹⁸ *Hahn*, Materialien, S. 621.

¹⁹ *Hahn*, Materialien, S. 621; genauso auch das Kommissionsmitglied *Schröder*.

²⁰ *Hahn*, Materialien, S. 659.

²¹ *Hahn*, Materialien, S. 660 f.

²² *Hahn*, Materialien, S. 664.

²³ *Hahn*, Materialien, S. 661; darauf wird RGZ 45, 80 ff. zurückkommen.

sondern der Empfänger sich für den vorgesehenen Fall nur zur Rückübertragung verpflichte“.²⁴ Hier werden bedingte und unbedingte Vollrechtsübertragung mit Rückübertragungsanspruch in der Aussage eines Praktikers in den siebziger Jahren des neunzehnten Jahrhunderts, also lange bevor der Gegensatz von „fiducia“ und „deutscher Treuhand“ durch *Schultze* stilisiert²⁵ wurde, selbstverständlich nebeneinander genannt.²⁶ *Goldschmidt* gibt schließlich auf, läßt aber im Mai 1876 folgenden Passus ins Protokoll aufnehmen: „Durch § 35 (=43) KO soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen“, obwohl das Indossament keinen entsprechenden Zusatz enthält.²⁷

c) Wertung

Über das Ergebnis, das Bestehen eines Aussonderungsrechts, war sich die Kommissionsmehrheit also in der Tat einig. Die Formulierung in den Protokollen bildet den Kompromiß zwischen Kontrahenten, die allein aufgrund ihrer unterschiedlichen dogmatischen Ausgangspunkte in diese Auseinandersetzung geraten waren. Die Uneinigkeit bestand in der Frage, ob Eigentum an dem jeweiligen Wertpapier übergehe, wenn man es mit entsprechendem Vermerk einem Dritten zur Realisierung übergebe, der nach dem Willen der Parteien lediglich als Beauftragter gelten soll, auch wenn sich dies nicht aus dem Vermerk dem Wertpapier ergibt. *Hagens* meinte, Eigentum gehe nicht über, der Dritte erhalte durch den Vermerk auf dem Wertpapier lediglich gleichsam eine Legitimation zur Realisierung des Papiers.²⁸ Für den Eigentumsübergang sei nämlich nicht die Form, sondern der Parteiwille entscheidend.²⁹ Für *Goldschmidt* hingegen ging das Eigentum voll und ganz auf den Dritten über. Offenbar war die Mehrheit der Kommission der Meinung, daß in den Inkassofällen regelmäßig Simulation mit Unwirksamkeitsfolge vorliege. Das wird aus der Äußerung des Kommissionsmitglieds *Hauser* deutlich, wenn er sagt, es seien natürlich auch Fälle denkbar, in denen „der Übergang [...] nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien wirklich stattfinden solle.“³⁰

²⁴ *Hahn*, Materialien, S. 653.

²⁵ Siehe dazu unten § 4 IV.

²⁶ Das übersieht *Asmus*, Grundlagen, S. 270, der sich auf die wechselrechtliche Kontroverse beschränkt.

²⁷ *Hahn*, Materialien, S. 666 f.

²⁸ Vgl. auch die Ausführungen des Abgeordneten *Schröder* in *Hahn*, Materialien, S. 621.

²⁹ *Hahn*, Materialien, S. 661 f.

³⁰ *Hahn*, Materialien, S. 663.

Die Sitzung, in der *Goldschmidt* seinen letzten Versuch unternahm, hat im Mai 1876 stattgefunden, also noch bevor *Kohler* und *Regelsberger* zur Begriffsklärung schreiten, aber bereits vier Jahre nach der erörterten Ausgangsentscheidung des ROHG.³¹ Die Kommissionsmehrheit arbeitet jedoch, anders als das Gericht, weder mit der Formstrenge des Wechselrechts, noch mit einem sicheren Begriff der Simulation. *Goldschmidt* wiederum verkennt die Position der Kommissionsmehrheit, wenn er ihr Vorwirft, mit der Figur relativen Eigentums zu arbeiten. Die Mehrheit ging vielmehr davon aus, daß das Eigentum ungeschmälert und in jeder Beziehung beim Treugeber verbleibe.³² Nur wenige Jahre nach Inkrafttreten der KO setzt sich in Lehre und Praxis die Auffassung *Regelsbergers* (und damit auch *Goldschmidts*) von der „Vollrechtsfiducia“ durch, so daß die Kommissionsmehrheit in Nachhinein zu Unrecht *Goldschmidts* Anträgen die Gefolgschaft verweigert hat und die Rechtspraxis nunmehr vor dem Problem stand, daß sich die einhellige Meinung der Kommission zugunsten eines Aussonderungsrechts nicht im Gesetz niedergeschlagen hat.

III. Die Diskussion um das Aussonderungsrecht bis 1900

Dieses Ergebnis wurde vielfach als unbefriedigend angesehen. In Literatur und Rechtsprechung war deshalb streitig, ob und gegebenenfalls wie man dem Treugeber entgegen dem Ergebnis, das sich bei unbefangener Anwendung des § 43 KO ergab, ein Aussonderungsrecht hinsichtlich des Treuguts im Konkurs des Treuhänders einräumen solle. § 771 ZPO rückte erst später ins Blickfeld.

1. Argumente gegen ein Aussonderungsrecht

Einige Autoren und Gerichte³³ lehnten ein Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurs des Treuhänders mangels entsprechender gesetzlicher Regelung ab. Dieses Ergebnis wurde zum Teil auch für billig gehalten. Man könne nicht die Vorteile des fiduziarischen Geschäfts genießen, ohne die Nachteile in Kauf zu nehmen; „dies wäre des Guten etwas zu viel und nicht gerechtfertigt“.³⁴

Andere schlossen sich der Auffassung an, die ein Aussonderungsrecht ablehnte, ohne dieses Ergebnis jedoch zu billigen; sie sehen allerdings de lege lata

³¹ Dazu oben § 2 III 2 c.

³² Das verkennt *Asmus*, Grundlagen, S. 269, der Simulation plus Legitimation und relatives Eigentum vermischt.

³³ *Lang* AcP 83, 342 f; *Regelsberger* AcP 63, 187; *Wertbauer* GrünhutZ 13, 658; Österreichischer OGH SeuffA 7, 349.

³⁴ *Lang* AcP 83, 342.

keinen Ausweg. *Regelsberger* war der Auffassung, daß „die Wechselforderung einen Bestandteil seiner [des Treuhänders] Konkursmasse“³⁵ bilde. Er war erstaunt darüber, „wie in der Kommission für die Schaffung einer deutschen Konkursordnung der Satz als selbstverständlich bezeichnet werden konnte, daß der fiduziarische Indossant befugt sei, den Wechsel aus der Konkursmasse zu vindizieren. Die juristische Folgerung führt auf das Gegentheil [...]“.³⁶ *Werthauer* sprach von einem „faux pas bei der gesetzlichen Regelung des Concursrechts“,³⁷ der aber nur durch den Gesetzgeber zu beheben sei.

2. Argumente zugunsten eines Aussonderungsrechts

Eine Gruppe anderer Autoren und das Reichsgericht war der Auffassung, die Billigkeit erfordere ein Aussonderungsrecht. Die frühen Konstruktionsversuche für dieses Aussonderungsrecht legen die Fundamente für die intensive Diskussion dieses Problems nach Inkrafttreten des BGB, vor allem in der Zwischenkriegszeit.³⁸ Die Diskussion kann über die Jahrhundertwende hinaus nahezu unverändert fortgesetzt werden, weil der Gesetzgeber des BGB im Bereich der fiduziarischen Rechtsgeschäfte keine klare Stellung bezogen hat und diesen Bereich für die Weiterentwicklung durch Wissenschaft und Praxis letztlich offenhalten wollte.³⁹

Kohler konstruierte ein Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurs des Treuhänders, indem er den „obligatorischen Anspruch [des Treugebers] bis zum dinglichen steigert und diesen vollkommen außer Konkurrenz stellt mit den übrigen obligatorischen Ansprüchen“⁴⁰. Außer Erfordernissen der Billigkeit gab *Kohler* keine weitere Begründung für die von ihm begründete Auffassung, die wir als Strategie der „Verdinglichung obligatorischer Rechte“ bezeichnen wollen und auf die noch zurückzukommen sein wird.⁴¹ Wie sich diese Verdinglichung rechtfertigt, bleibt aber unklar. *Dernburg* vertrat die Auffassung⁴², der Treuehmer sei nur nach außen Eigentümer, nach innen jedoch lediglich Bevollmächtigter des Treugebers. Damit bleibe der Treugeber nach innen Eigentümer des Treuguts und könne es somit nach § 43 KO aussondern. Hiergegen wird schon früh die „juristische Unmöglichkeit“ relativen Eigentums ins Feld ge-

³⁵ *Regelsberger* AcP 63, 187.

³⁶ *Regelsberger* AcP 63, 187; zu den Beratungen der Kommission siehe oben § 3.

³⁷ *Werthauer* GrünhutZ 13, 658.

³⁸ Dazu unten § 5.

³⁹ Dazu oben § 3.

⁴⁰ *Kohler* JherJB 16, 348. In diesem Sinne auch *Regelsberger*, Pandekten I, § 141, allerdings ohne weiteres Begründung, nachdem er dies in AcP 63, 187 f. noch anders gesehen hatte.

⁴¹ Siehe dazu unten § 33 IV.

⁴² *Dernburg*, Pandekten, § 100 a.E.; *Dungs* GruchotZ 32, 18.

führt.⁴³ Trotzdem wird uns diese Auffassung vom „relativen Eigentum des Treuhänders“ nach Inkrafttreten des BGB weiterhin beschäftigen.

Das Reichsgericht⁴⁴ schließlich verwies in einer Entscheidung aus dem Jahre 1890 auf § 368 Abs. 2 HGB (= § 392 Abs. 2 HGB), dessen Gedanke analoge Anwendung finden könne. Dort ist geregelt, daß Forderungen des Kommissionärs gegen Dritte aus Geschäften auf Rechnung des Kommittenten im Verhältnis der Parteien des Kommissionsgeschäfts dem Kommittenten zustehen. Dadurch werden sie dem Zugriff durch Gläubiger des Kommissionärs entzogen. Im Zusammenhang dieser Auffassung sind auch die Anträge *Jacubezkys* bei den Beratungen zum BGB zu verstehen, der § 392 Abs. 2 HGB letztlich verallgemeinern wollte,⁴⁵ damit aber gerade gescheitert ist, so daß eher ein Umkehrschluß als ein Analogieschluß zu § 392 Abs. 2 HGB naheliegt. Außerdem vertrat das Gericht die Auffassung, ein Inkassozedent habe auch deshalb ein Aussonderungsrecht, weil die Forderung „nicht wirklich“ übertragen werden sollte. Der Zessionar sei vielmehr „wie bei der *Fiducia* des älteren römischen Rechts“ nur „rein formell“ Inhaber des Rechtes geworden. Diese Unterscheidung ist uns in anderem Zusammenhang bereits bei *Davidsohn* begegnet, der das formelle Recht durch das materielle Recht „überwinden“ wollte. Ein Recht zur Aussonderung wurde auch in den gängigen Kommentaren zur Konkursordnung regelmäßig bejaht, zumeist ohne nähere Begründung.⁴⁶ Letztlich bestand also weitgehend Einigkeit darüber, daß das Treuguterhaltungsinteresse des Treugebers sich gegen das Zugriffsinteresse von Gläubigern des Treuhänders durchsetzen müsse, das Ergebnis ließ sich aber nicht ohne weiteres begründen.

IV. Die „deutschrechtliche Treuhand“ als Lösungsmodell

1. Einführung

Intensiver als die Pandektisten haben sich im neunzehnten Jahrhundert die deutschrechtlichen Autoren mit der Treuhand auseinandergesetzt. Sie wollten zeigen, daß es sich bei der Treuhand um ein deutsches Rechtsinstitut handle – der *Salmann* als Paradestück der Germanistik.⁴⁷ *Schultze* wollte die Erträge dieser – zum Teil eigenen – Forschungsarbeit für die Behandlung fiduziarischer Geschäfte unter Geltung des neu in Kraft getretenen BGB fruchtbar machen und die Überlegenheit deutschrechtlicher gegenüber römischrechtlichen Rechts-

⁴³ *Lang* AcP 83, 343 f.

⁴⁴ RG SeuffA 46, 91.

⁴⁵ Prot. II, S. 360 ff.; dazu oben § 3 V.

⁴⁶ *Fitting*, KO, S. 199; *Petersen/Kleinfeller*, KO, S. 175; *Sarwey*, KO, S. 203 ff.; *Völdern-dorf*, KO I, S. 376; *Wilmowsky*, KO, 4. Aufl., S. 178; *Jaeger*, KO, S. 311 ff.

⁴⁷ *Scherner*, Salmannschaft, S. 3.