

GEORG BITTER

Rechtsträgerschaft
für fremde Rechnung

Jus Privatum

107

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 107



Georg Bitter

Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung

Außenrecht der Verwaltungstreuhand

Mohr Siebeck

Georg Bitter, geboren 1968; rechtswissenschaftliches Studium in Hamburg und Genf; 1999 Promotion in Hamburg; Stipendiat der Studienstiftung des deutschen Volkes; 1999–2005 wissenschaftlicher Assistent am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Bonn (Lehrstuhl Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt); 2005 Habilitation in Bonn; seit Oktober 2005 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht an der Universität Mannheim.

978-3-16-158029-1 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-149035-5

ISBN-13 978-3-16-149035-4

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek 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 Gulde-Druck in Tübingen aus der Times belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Der Jurist hat den Rechtsstoff zu ordnen. In diesem Bestreben sind die trennscharfen Klassen des Schuldrechts und des Sachenrechts entstanden. Im Sachenrecht werden Gegenstände einer Person zugeordnet. Das Schuldrecht hingegen regelt, ob eine Person die sachenrechtliche Zuordnung zu ändern, ob sie einen bestimmten Gegenstand einem anderen zu verschaffen hat.

Die Treuhand fügt sich in dieses trennklare System nicht recht ein: Sie zeigt, dass es zwischen dem „für sich Haben“ des Eigenrechts und dem „verlangen können“ des schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs eine Zwischensphäre des „Habens für einen Dritten“ gibt – die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. Der Treugeber ist wirtschaftlich gesehen Eigentümer und das zwingt uns, ihn bisweilen zu behandeln, als wäre er auch rechtlich Eigentümer. So haben wir im Insolvenz- und Vollstreckungsrecht, aber auch im Deliktsrecht oder im Recht der Verfügungen unser schulmäßiges, in den Kategorien von Schuld- und Sachenrecht verhaftetes Denken zu verlassen: Der Treugeber wird, obwohl er nur Inhaber eines schuldrechtlichen Anspruchs auf (Rück-)übertragung des Treugutes ist, in mancher Hinsicht dem Inhaber eines dinglichen Rechts gleichgestellt.

Diese Gleichstellung wird von der Rechtsprechung – allerdings nur im Insolvenz- und Vollstreckungsrecht – seit über 100 Jahren durch das sog. Unmittelbarkeitsprinzip begrenzt: Der Treugeber soll gegenüber den Gläubigern des Treuhänders nur dann Vollstreckungsschutz gemäß §§ 771 ZPO, 47 InsO genießen, wenn er das Treugut unmittelbar auf den Treuhänder übertragen hat (Übertragungstreuhand), nicht aber, wenn der Treuhänder es im Auftrag des Treugebers in mittelbarer Stellvertretung von Dritten erwirbt (Erwerbstreuhand) oder der Treuhänder einen bislang zu Eigenrecht gehaltenen Gegenstand zukünftig als Treugut für den Treugeber hält (Vereinbarungstreuhand). Dieses Ergebnis verwundert, steht doch am Ende des Weges immer dasselbe Phänomen: das Vollrecht des Treuhänders und der nur schuldrechtliche (Rück-)übertragungsanspruch des Treugebers.

Um die Unmittelbarkeitsdoktrin zu überwinden, muss ein Kriterium aufgezeigt werden, mit dessen Hilfe der mit Vollstreckungsschutz versehene schuldrechtliche Herausgabeanspruch des Treugebers abgegrenzt werden kann von dem ebenfalls nur schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch, der keine Drittwiderspruchs- und Aussonderungsrechte begründet. Bei der Suche nach diesem

Kriterium werden weitere Außenwirkungen der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, etwa bei deliktischen Schädigungen von Treugut, bei der Aufrechnung mit treuhänderisch gehaltenen Forderungen oder bei treuwidrigen Verfügungen mit in den vergleichenden Blick genommen. Das Ziel ist ein konsistentes Treuhandmodell, das einerseits eine klare Verortung der Treuhand *zwischen* Schuld- und Sachenrecht ermöglicht, andererseits die in den verschiedenen Rechtsbereichen bisher sehr disparat beurteilten Außenwirkungen der Treuhand in einem System zusammenführt.

Die Arbeit hat der Bonner Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät im Sommer 2005 als Habilitationsschrift vorgelegen. Vor der Drucklegung wurde sie aktualisiert; Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Frühjahr 2006 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. *Karsten Schmidt*, an dessen Lehrstuhl am Bonner Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht ich schöne und lehrreiche Jahre verbracht habe. Sein Anliegen, hinter Einzelphänomenen das Sinnganze zu entdecken, Verbindungslinien zwischen scheinbar Getrenntem aufzuspüren und systemstörende Widersprüche aufzulösen, hat diese Arbeit geprägt.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. *Eberhard Schilken* für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens, ferner meinen Institutskollegen Dr. *Tim Florstedt* und Dr. *Christian Schneider* sowie meinem Studienfreund *Matthias Drischler* für viele anregende Diskussionen sowie für die Durchsicht des Manuskriptes. Auch den weiteren Kolleginnen und Kollegen am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Bonn sei für ihre vielfältige Hilfe und für die freundschaftliche Atmosphäre gedankt, in der diese Arbeit entstehen konnte.

Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnisstiftung in Hamburg sage ich Dank für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses zur Veröffentlichung der Arbeit.

Ich widme die Arbeit meiner Familie und meinen Freunden, die mir in den zurückliegenden Jahren zur Seite gestanden haben.

Bonn/Mannheim, im Frühjahr 2006

Georg Bitter

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI

Erster Teil: Grundlagen

§ 1 Einführung	2
I. Die Treuhand: Faszination und Rätselhaftigkeit	2
II. Das Zuordnungsproblem bei der Treuhand	7
III. Inhalt, Aufbau und Methode der Arbeit	17
§ 2 Der Standort der Verwaltungstreuhand zwischen Schuldrecht und Sachenrecht – Eine Bestandsaufnahme	21
I. Analyse der Rechtsprechung	22
II. Analyse der Literatur	32
III. Zusammenfassung	36
§ 3 Gesetzliche Schutzkonzepte	37
I. Gesetzliche Spezialregelungen	37
II. Die Kommission als konzeptionelle Grundlage?	48
§ 4 Vom Unmittelbarkeitsprinzip zu einer Lehre von den Außenwirkungen der Treuhandabrede	51
I. Überwindung des Unmittelbarkeitsprinzips im Vollstreckungsrecht	51
II. Entwicklung eines einheitlichen Konzepts der Treuhandaußenwirkungen (Leitlinien)	107
III. Arbeitshypothesen	115

Zweiter Teil:

Die Verwaltungstreuhand in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung

§ 5 Lehren aus der Unmittelbarkeitsdiskussion	120
I. Allgemeine Anerkennung von Treuhandwirkungen in der frühen Rechtsprechung des RG	120

II. Gründe für die Entwicklung des Unmittelbarkeitsprinzips im 20. Jahrhundert	125
III. Zusammenfassung	139
§ 6 Vorhandene Ansätze zur Ablösung des Unmittelbarkeitsprinzips	141
I. Offenkundigkeit als Abgrenzungskriterium?	142
II. Bestimmtheit als Abgrenzungskriterium?	159
III. Zeitmoment als Abgrenzungskriterium?	182
IV. Zusammenfassung	187
§ 7 Der eigene Ansatz: § 392 Abs. 2 HGB als gesetzliches Zuordnungskonzept	189
I. Stand der Diskussion	191
II. Die widersprüchliche Entstehungsgeschichte des Art. 368 Abs. 2 ADHGB	198
III. Widersprüche in der Entstehungsgeschichte des HGB und des BGB und ihre Folgewirkungen für den heutigen Diskussionsstand	210
IV. Anerkennung des Geschäfts für den, den es angeht, der antizipierten Einigung mit Besitzkonstitut und des Insichgeschäfts: Ein wertungsmäßiger Widerspruch zur Position der h.M.	221
V. Zwischenergebnis	246
VI. Analogie trotz gegenteiliger gesetzgeberischer Entscheidung	248
VII. Ergebnis	262
§ 8 Die Gefahrtragungsthese: Vom konstruktiv dinglichen zum funktionell-teleologischen Denken	264
I. Überwindung des dinglichen Treuhandmodells	264
II. Begründung des schuldrechtlichen Treuhandmodells	283
III. Zusammenfassung	324
§ 9 Bewährung der Gefahrtragungsthese im Vollstreckungsrecht	326
I. Kaufverträge	326
II. Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung	333
III. Schenkung	337
IV. Leasing	341
V. Factoring	349
VI. Darlehen	351
VII. Vermächtnis	352
VIII. Bereicherungsrecht	359
IX. Zusammenfassung	366

*Dritter Teil:**Bewährung der Gefahrtragungsthese bei sonstigen Treuhandwirkungen*

§ 10	Treuhand und Drittschadensliquidation	369
	I. Das Zuordnungsproblem im Schadensrecht	370
	II. Eigene Lösung für die Fälle deliktischer Schädigungen	394
	III. Ergebnis zur Drittschadensliquidation	410
§ 11	Einwendungs- und Aufrechnungsprobleme bei der Treuhand	412
	I. Einwendungen in Treuhandkonstellationen	413
	II. Aufrechnung in Treuhandkonstellationen	422
	III. Gesamtergebnis zur Einwendungs- und Aufrechnungsproblematik	452
§ 12	Treuwidrige Verfügungen	453
	I. Stand der Diskussion	454
	II. Eigene Lösung	483
	III. Ergebnis zu den treuwidrigen Verfügungen	514

*Vierter Teil:**Schluss*

§ 13	Zusammenfassung	518
	I. Hauptthesen	518
	II. Historischer Befund	519
	III. Ergebnis zum Vollstreckungsrecht	520
	IV. Ergebnis zum Schadensrecht	522
	V. Ergebnis zur Einwendungs- und Aufrechnungsproblematik	523
	VI. Ergebnis zu den treuwidrigen Verfügungen	524
	Literaturverzeichnis	526

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI

Erster Teil Grundlagen

§ 1 Einführung	2
I. Die Treuhand: Faszination und Rätselhaftigkeit	2
II. Das Zuordnungsproblem bei der Treuhand	7
1. Überwindung des Unmittelbarkeitsprinzips im Vollstreckungsrecht	11
2. Verbindungslinien zwischen erkannten und unerkannten Problemen des Treuhandaußenrechts	13
3. Konzentration auf das „Vermögensinteresse“ des Treugebers	13
4. Vorhandene Ansätze zur Bestimmung des „Vermögensinteresses“	16
III. Inhalt, Aufbau und Methode der Arbeit	17
1. Überblick über den Inhalt	17
2. Methode	18
a) Die Vorgehensweise dieser Arbeit	18
b) Europäische Prinzipien und Rechtsvergleichung	19
§ 2 Der Standort der Verwaltungstreuhand zwischen Schuldrecht und Sachenrecht – Eine Bestandsaufnahme	21
I. Analyse der Rechtsprechung	22
1. Rechtsprechung des Reichsgerichts	22
a) Formelle und wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit	22
b) Obligatorische Bindung im Innenverhältnis	24
c) Handeln im „Interesse“ des Treugebers	25
d) Resümee	26
2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	27
a) Nutzung der Vermögenssubstanz	27
b) Weisungsbindung	28
c) Die schuldrechtliche Bindung als untaugliches Abgrenzungskriterium	29

d) Die neue „Zwei-Komponenten-Theorie“ des IX. Zivilsenats	30
3. Ergebnis der Rechtsprechungsanalyse	31
II. Analyse der Literatur	32
1. Die Definition von Schultze und ihre Weiterentwicklung in der Literatur	32
2. Die Treuhanddefinition von Schless	34
3. Die Treuhanddefinition der Principles of European Trust Law	35
III. Zusammenfassung	36
§ 3 Gesetzliche Schutzkonzepte	37
I. Gesetzliche Spezialregelungen	37
1. Investmentgesetz (InvG)	38
2. Der Treuhänder im Verfahren der Restschuldbefreiung (§ 292 InsO)	41
3. Der Sanierungstreuhand des BauGB	41
4. Treuhandkonstruktionen bei Verbriefung von Krediten (Asset Backed Securities)	43
5. Sonstige Spezialregelungen	46
6. Zwischenergebnis	47
II. Die Kommission als konzeptionelle Grundlage?	48
§ 4 Vom Unmittelbarkeitsprinzip zu einer Lehre von den Außenwirkungen der Treuhandabrede	51
I. Überwindung des Unmittelbarkeitsprinzips im Vollstreckungsrecht	51
1. Entwicklung und Inhalt des Unmittelbarkeitsprinzips	52
a) Der Grundsatz: Schutz des Treugebers in Insolvenz und Zwangsvollstreckung	52
b) Kein Vollstreckungsschutz bei der Erwerbstreuhand	54
aa) Rechtsprechung des RG	55
aaa) Vorboten des Unmittelbarkeitsprinzips	55
bbb) Die Grundlagenentscheidung RGZ 84, 214	56
bb) Rechtsprechung des BGH	58
aaa) Obiter dicta in der frühen Rechtsprechung	58
bbb) Rückbesinnung auf das Unmittelbarkeitsprinzip in der jüngeren Rechtsprechung des IX. Zivilsenats	60
c) Kein Vollstreckungsschutz bei der Vereinbarungstreuhand – Die neue „Zwei-Komponenten-Theorie“ des IX. Zivilsenats	61
2) Surrogationsverbot als Folge des Unmittelbarkeitsprinzips	64
aa) Einführung durch das Reichsgericht	64
bb) Bestätigung durch den Bundesgerichtshof	66

e) Folgen für das Anfechtungsrecht	68
2. Ablösung des Unmittelbarkeitsprinzips in der Literatur	68
a) Kommentarliteratur	69
b) Sonstiges Schrifttum	71
aa) Befürworter des Unmittelbarkeitsprinzips	71
bb) Gegner des Unmittelbarkeitsprinzips	73
3. Die wesentlichen Kritikpunkte	75
a) Hin- und Herübertragung zur Umgehung des Unmittelbarkeitsprinzips	75
b) Widersprüche in der Begründung des Unmittelbarkeitsprinzips	80
aa) Die Kreditgefährdung als untaugliches Differenzierungskriterium	80
bb) Der Treuhandbegriff als untaugliches Differenzierungskriterium	82
cc) Die Möglichkeit der Eigensicherung als untaugliches Differenzierungskriterium	84
dd) Zusammenfassende Würdigung	85
c) Keine konsequente Durchführung des Unmittelbarkeitsprinzips	86
aa) Unmittelbarkeitsprinzip versus Geschäft für den, den es angeht, antizipierte Einigung mit Besitzkonstitut und Insichgeschäft	86
bb) Treuhandkonten	87
aaa) Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip bei Anderkonten: ein Zufallsprodukt	89
bbb) Entwicklung alternativer Abgrenzungskriterien für den Vollstreckungsschutz bei Treuhandkonten	95
ccc) Zusammenfassende Würdigung	102
cc) Sonstige Abweichungen vom Unmittelbarkeitsprinzip	103
aaa) Der Bauhandwerkerfall RGZ 79, 121	103
bbb) Die Grundlagenentscheidung RGZ 84, 214	104
ccc) Das Urteil des RG vom 25. Mai 1921	105
4. Ergebnis: Das Unmittelbarkeitsprinzip muss überwunden werden	106
II. Entwicklung eines einheitlichen Konzepts der Treuhandaußenwirkungen (Leitlinien)	107
1. Einheitliche Ansätze um 1900	107
2. Vollstreckungs- und Drittschadensproblematik	109
3. Vollstreckungs- und Einwendungsproblematik	111
4. Vollstreckungs- und Verfügungsproblematik	112
III. Arbeitshypothesen	115

Zweiter Teil

Die Verwaltungstreuhand in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung

§ 5	Lehren aus der Unmittelbarkeitsdiskussion	120
	I. Allgemeine Anerkennung von Treuhandwirkungen in der frühen Rechtsprechung des RG	120
	1. Treuhandwirkung und Art. 368 Abs. 2 ADHGB	120
	2. Beschränkte Rechtsstellung des Treuhänders	122
	3. Aussonderungsrecht des Treugebers trotz fehlender Unmittelbarkeit	123
	4. Zwischenergebnis	125
	II. Gründe für die Entwicklung des Unmittelbarkeitsprinzips im 20. Jahrhundert	125
	1. Fehlende Übernahme des § 392 Abs. 2 HGB in das Bürgerliche Gesetzbuch	126
	a) Wortlaut und Begründung der Änderungsanträge	126
	b) Ablehnung der Anträge durch die 2. BGB-Kommission	127
	c) Konsequenzen	128
	2. Freie Wahl des Hintermanns	129
	3. Offenkundigkeit der Vermögensverhältnisse	130
	4. Abgrenzung zu schuldrechtlichen Verschaffungsansprüchen	131
	a) Rechtsprechung des Reichsgerichts	131
	b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	134
	d) Konsequenzen	138
	4. Manipulationsgefahr	139
	III. Zusammenfassung	139
§ 6	Vorhandene Ansätze zur Ablösung des Unmittelbarkeitsprinzips	141
	I. Offenkundigkeit als Abgrenzungskriterium?	141
	1. Vier Thesen von Canaris aus der Festschrift Flume	142
	2. Spätere Akzentverschiebung in der Position von Canaris	144
	3. Stellungnahme	144
	a) Untauglichkeit einer Kombination von Unmittelbarkeits- und Offenkundigkeitsprinzip	145
	b) Offenkundigkeit als generelle Voraussetzung des Vollstreckungsschutzes bei der Treuhand?	146
	aa) Offenkundigkeit als hinreichende Voraussetzung des Vollstreckungsschutzes?	147
	bb) Offenkundigkeit als notwendige Voraussetzung des Vollstreckungsschutzes?	148
	aaa) Unterscheidung von Publizität und Offenkundigkeit	149

bbb) Offenkundigkeit und § 392 Abs.2 HGB	150
ccc) Offenkundigkeit bei Forderungen	152
ddd) Fehlende Außenwirkung des stellvertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsprinzip	154
c) Beweisprobleme	155
d) Sonderfall: Grundstücksrecht	156
e) Zusammenfassung	158
II. Bestimmtheit als Abgrenzungskriterium?	159
1. Konsequente Ausformung des Bestimmtheitsgrundsatzes bei Assfalg	160
2. Der Ansatz von Stier: Vermögensverlust durch Belastung mit einem schuldrechtlichen Anspruch	161
3. Der Ansatz von Michaels: Sachzuordnung durch Kaufvertrag	164
a) Grundthesen	164
b) Neue Systematisierung der subjektiven Rechte	165
c) Erkennbarkeit der Sachzuordnung im Verfügungsrecht	166
d) Folgen für den Vollstreckungsschutz des Käufers	167
4. Stellungnahme	168
a) Identischer Treugeberschutz bei Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung	169
aa) Unabhängigkeit des Vollstreckungsschutzes von subjektiven Kriterien	170
bb) Genereller Ausschluss schuldnerfremder Gegenstände von der Verwertung	171
b) Schutzunterschiede zwischen besitzlosem Eigentümer und obligatorisch Berechtigtem	172
aa) Keine Sonderstellung der obligatio dandi im Rahmen des § 826 BGB	172
bb) Maßstab der Bösgläubigkeit beim gutgläubigen Erwerb	174
cc) Das „die Veräußerung hindernde Recht“ (§ 771 ZPO)	175
c) Kein Zusammenhang zwischen Anspruch auf Erfüllung in natura und Vollstreckungsschutz des Gläubigers	176
aa) Keine „Weggabe von Verfügungsgewalt“ durch den Kauf	176
bb) Unterschiede zwischen dem deutschen und angloamerikanischen Recht	177
cc) Vollstreckbarkeit von Ansprüchen auf vertretbare Sachen im deutschen Recht (§ 884 ZPO)	178
d) Die Vormerkung als Sonderfall	179
e) Abschließende Würdigung	181
III. Zeitmoment als Abgrenzungskriterium?	182
1. Der Ansatz von Kötz	182

2. Fortführung bei Walter	183
3. Stellungnahme	184
IV. Zusammenfassung	187
§ 7 Der eigene Ansatz: § 392 Abs. 2 HGB als gesetzliches Zuordnungskonzept	189
I. Stand der Diskussion	191
1. Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB bei mittelbarer Stellvertretung	191
a) Analoge Anwendung auf die vom Kommissionär erworbenen Gegenstände	192
b) Analoge Anwendung im bürgerlichen Recht	195
2. § 392 Abs. 2 HGB als allgemeines Erklärungsmodell für den Vollstreckungsschutz bei der Treuhand (Schless)	196
II. Die widersprüchliche Entstehungsgeschichte des Art. 368 Abs. 2 ADHGB	198
1. Frühe Ansätze aus den 1830er Jahren	199
2. Frankfurter Entwurf von 1849	200
3. Preußischer Entwurf von 1857	201
4. Weichenstellung in der Nürnberger Kommission zum ADHGB	203
a) Die Basis der Kritik an Art. 284 des Preußischen Entwurfs	203
b) Trennung von Mandat und Vollmacht: Grundlage dogmatischer Bedenken gegen das Prinzip des Art. 284	204
c) Vorrang der Billigkeit vor der Dogmatik	205
d) Problem gattungsmäßig bestimmter Aufträge	205
e) Überraschende Streichung des Art. 284 in den Schlussberatungen	207
f) Zufälligkeiten in der gesetzgeberischen Entscheidung	208
III. Widersprüche in der Entstehungsgeschichte des HGB und des BGB und ihre Folgewirkungen für den heutigen Diskussionsstand	210
1. Übernahme der widersprüchlichen ADHGB-Regelung in das HGB	210
2. Vertiefung der Widersprüche durch die 2. BGB-Kommission	212
3. Folgen für die heutige Diskussion	213
5. Zwischenergebnis	217
6. Die Lösung im Schweizerischen Recht als Bestätigung der historisch bedingten Zufälligkeiten	218
IV. Anerkennung des Geschäfts für den, den es angeht, der antizipierten Einigung mit Besitzkonstitut und des Insichgeschäfts: Ein wertungsmäßiger Widerspruch zur Position der h.M.	221

1. Offenes und verdecktes Geschäft für den, den es angeht	222
2. Die Entwicklung der Rechtsprechung	224
a) Rechtsprechung des Reichsgerichts	224
aa) Ablehnung der Drittwirkung bei schuldrechtlichen Verträgen	224
bb) Direkterwerb des Hintermanns beim dinglichen Geschäft	227
aaa) Grundsteinlegung für die Hilfskonstruktionen in RGZ 11, 123 und RGZ 30, 141	227
bbb) Ablehnung des Rechtserwerbs beim Hintermann in RGZ 72, 192	228
ccc) Endgültige Wende der Rechtsprechung in RGZ 99, 208	229
b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	231
aa) Anerkennung des schuldrechtlichen Geschäfts für den, den es angeht, in Ausnahmefällen	232
bb) Bestätigung der Rechtsgrundsätze zum dinglichen Geschäft für den, den es angeht	234
3. Würdigung	235
a) Schuldrechtliches Geschäft für den, den es angeht	236
b) Dingliches Geschäft für den, den es angeht	238
aa) Fehlende Relevanz des Bargeschäftscharakters	238
bb) Widerspruch zur Entscheidung des ADHGB-Gesetzgebers	241
cc) Grenzen des Anwendungsbereichs	242
aaa) Fehlender Fremderwerbswille des Mittlers	242
bbb) Unanwendbarkeit im Grundstücksrecht	243
ccc) Problematik bei Traditionspapieren	246
V. Zwischenergebnis	246
VI. Analogie trotz gegenteiliger gesetzgeberischer Entscheidung	248
1. Planwidrige Gesetzeslücke?	249
2. Ausnahmen von der Bindung an die gesetzgeberische Entscheidung	251
a) „Nachträgliche Lücke“ aufgrund Funktionswandels?	251
aa) Allgemeine Rechtsfortbildung aufgrund Funktionswandels (Michel)	252
bb) Keine generelle Lösung für das Treuhandproblem	253
b) Fehlende Bindung bei Motivirrtümern des historischen Gesetzgebers	255
aa) Darstellung vorhandener Ansätze	255
bb) Stellungnahme	258
VII. Ergebnis	262

§ 8 Die Gefahrtragungsthese: Vom konstruktiv dinglichen zum funktionell-teleologischen Denken	264
I. Überwindung des dinglichen Treuhandmodells	264
1. Dingliche Rechtsposition als Voraussetzung des Vollstreckungsschutzes?	265
a) Teilung der Rechtszuständigkeit?	265
aa) Geteiltes, relatives und wirtschaftliches Eigentum	265
bb) Fehlen einer inhaltlichen Rechtfertigung	267
cc) Zur „Verdinglichung“ der Treugeberposition	271
dd) Der Begriff „wirtschaftliches“ Eigentum: Synonym für eine funktionell-teleologische Betrachtungsweise	272
b) Rückfall des Treuguts auf den Treugeber im Vollstreckungsfall	272
aa) Auflösende Bedingung (Schultze)	273
bb) Wegfall der Geschäftsgrundlage (Anker)	273
cc) Kritik	274
c) Zwischenergebnis	278
2. Dinglicher Übertragungsakt als Voraussetzung des Vollstreckungsschutzes?	278
a) Unabhängigkeit des Treugeberschutzes vom Weg der Begründung des Treuhandverhältnisses	279
b) Die Wertung des § 392 Abs. 2 HGB	281
3. Zusammenfassung	282
II. Begründung des schuldrechtlichen Treuhandmodells	283
1. Hinweis auf das Billigkeitsrecht?	283
2. Drittwirkung des Treuhandvertrags (Grundmann)?	284
a) Dogmatische Begründung	284
b) Würdigung	287
3. Vollstreckungsrechtlicher Begründungsansatz	290
a) Dogmatische Begründung	290
aa) Maßgeblichkeit des Wertumsatzes (Scharrenberg)	292
bb) Maßgeblichkeit der Haftungsunterworfenheit (Walter)	293
b) Würdigung	295
aa) Auseinanderfallen von Rechtszuständigkeit und Haftungsunterworfenheit?	295
bb) „Wertumsatz“ und Vermögenszugehörigkeit?	296
4. Gefahrtragung und Vermögenszugehörigkeit	298
a) Orientierung an den Wertungen des § 392 Abs. 2 HGB	298
aa) Rückblick auf die Entstehungsgeschichte des Art. 368 Abs. 2 ADHGB	298
bb) Bestätigung durch gesetzliche Regelungen aus dem 18. Jahrhundert	300
aaa) „Gefahrtragung“ bei Forderungen	301
bbb) Gefahrtragung und del credere-Haftung	303

ccc) Fehlende Differenzierung im ADHGB und HGB	304
b) Gefahrtragungsthese im Treuhandrecht	305
aa) Der Wirkungsvergleich: eine inverse Methode	305
bb) Orientierung am Regeltatbestand: Gefahrtragung des Rechtsträgers (casum sentit dominus)	308
cc) Bestätigung der Gefahrtragungsthese durch den Vollstreckungsschutz bei Miete, Pacht, Leihe und Verwahrung	310
dd) Kein Gefahrübergang auf den Käufer durch Kaufpreiszahlung	312
c) Bedeutung sonstiger Kriterien für die Vermögenszuordnung	314
aa) Nutzungsmöglichkeit	314
bb) Weisungsbindung	316
d) Herausgabe- und Verschaffungsansprüche	319
e) Gefahrtragung und dingliches Recht	320
f) Indizien für die Gefahrtragung	321
aa) Gegenleistungsfreie Übertragung	321
bb) Weisungsbindung des Rechtsträgers	322
cc) Nutzungszuweisung zum Hintermann	323
III. Zusammenfassung	324
§ 9 Bewährung der Gefahrtragungsthese im Vollstreckungsrecht	326
I. Kaufverträge	326
1. Vollstreckungsschutz des Drittkontrahenten bei der Kommission?	327
2. Sonderfälle der Gefahrtragung beim Kaufgeschäft	330
II. Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung	333
1. Weiterverkauf bei einfachem Eigentumsvorbehalt	333
2. Vollstreckungsschutz zugunsten des Vorbehaltskäufers/Sicherungsgebers	334
a) Trennung von Rechtsträgerschaft und Gefahrtragung bei Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung	334
b) Bestätigung der herrschenden Meinung	335
III. Schenkung	337
1. Vollstreckungsschutz bei formgültigem Schenkungsversprechen	337
2. Kein Vollzug der Schenkung bei der Vereinbarungstreuhand	338
3. Abgrenzung zu sonstigen Fällen der Vereinbarungstreuhand	340
IV. Leasing	341
1. Operatingleasing	341

2. Finanzierungsleasing	342
a) Gefahrtragung des Leasingnehmers	342
b) Folgen für den Vollstreckungsschutz des Leasingnehmers	343
V. Factoring	349
VI. Darlehen	351
VII. Vermächtnis	352
1. Verhandlungen der 2. BGB-Kommission	353
2. Gesetzesvorschlag des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht	355
3. Die weitere Diskussion de lege lata und de lege ferenda	356
4. Würdigung auf der Basis der Gefahrtragungsthese	357
VIII. Bereicherungsrecht	359
1. Ansätze zur Verknüpfung von Treuhand und Bereicherungsrecht	359
2. Würdigung auf der Basis der Gefahrtragungsthese	360
a) Gefahrtragung im Bereicherungsrecht	361
b) Gefahrtragungsthese und angloamerikanisches Trustrecht	365
IX. Zusammenfassung	366

Dritter Teil

Bewährung der Gefahrtragungsthese bei sonstigen Treuhandwirkungen

§ 10 Treuhand und Drittschadensliquidation	369
I. Das Zuordnungsproblem im Schadensrecht	370
1. Erforderlichkeit einer neuen Systematisierung der Drittschadensfälle: Das Zuordnungsproblem im Deliktsrecht und die Einbeziehung von Drittinteressen im Vertragsrecht	371
2. Mittelbare Stellvertretung	373
a) Konzentration der Rechtsprechung auf Vertragsverletzungen	374
b) Mittelbare Stellvertretung und Deliktshaftung	376
3. Treuhand	378
a) Konzentration der Rechtsprechung auf Vertragsverletzungen	379
aa) OAG Lübeck: Der Korkholz-Fall	379
bb) Rechtsprechung des Reichsgerichts	380
cc) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	382
b) Treuhand und Deliktshaftung	382
aa) Amtspflichtverletzungen gegenüber dem Treuhänder	383
bb) Deliktische Schädigung des Treuguts	384
c) Zusammenfassende Würdigung	386

4. Obligatorische Gefahrentlastung bei Übereignungspflichten	388
a) Tatbestände der Gefahrentlastung	388
b) Trennung der deliktsrechtlichen Zuordnungsfragen von den Vertragsproblemen bei obligatorischer Gefahrentlastung	389
5. Obhut für fremde Sachen	392
6. Zusammenfassung	393
II. Eigene Lösung für die Fälle deliktischer Schädigungen	394
1. Drittschadensliquidation versus Lehre vom normativen Schaden	394
2. Die „wirtschaftliche“ Rechtsträgerschaft als Grundlage deliktischer Ersatzansprüche	399
a) Verknüpfung von Gefahrtragung und Deliktsschutz	399
aa) Deliktsschutz bei mittelbarer Stellvertretung (Kommission)	400
bb) Deliktsschutz bei sonstigen Fällen der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung	401
b) „Wirtschaftliche“ Rechtsträgerschaft und Deliktsschutz nach § 823 Abs. 1 BGB	403
c) Beschränkung des Deliktsschutzes auf den „wirtschaftlichen“ Rechtsträger	407
d) Zuordnung der Schadensersatzforderung	409
III. Ergebnis zur Drittschadensliquidation	410
§ 11 Einwendungs- und Aufrechnungsprobleme bei der Treuhand	412
I. Einwendungen in Treuhandkonstellationen	413
1. Einwendungen des Schuldners beim Vollindossament zu Inkassozwecken	413
2. Einwendungen des Schuldners bei treuhänderischer Forderungseinziehung	415
3. Einwendungsproblematik und Legitimationstheorie	418
4. Ausnahme für die Sicherungstreuhand	420
II. Aufrechnung in Treuhandkonstellationen	422
1. Aufrechnung durch Treugeber und Treuhänder	422
a) Aufrechnung des Treugebers gegenüber dem Dritten mit einer ihm nur „wirtschaftlich“ zustehenden Forderung?	423
b) Aufrechnung des Treuhänders gegenüber dem Dritten mit einer dem Treugeber zustehenden Forderung?	424
c) Aufrechnung des persönlich verpflichteten Treuhänders gegenüber dem Dritten mit einer ihm nur treuhänderisch zustehenden Forderung?	424
2. Aufrechnungen durch den Dritten	425
a) Aufrechnung des Schuldners gegenüber dem Treuhänder mit einer Forderung gegen den Treugeber	426

b) Aufrechnung des Schuldners gegenüber dem Treugeber mit einer Forderung gegen den Treuhänder	434
c) Aufrechnung des Schuldners gegenüber dem Treuhänder/Kommissionär mit einer inkonnexen Gegenforderung	435
aa) Diskussionsstand bei klassischen Treuhandkonstellationen	436
aaa) Inkassozeession	437
bbb) Treuhandkonten	438
bb) Diskussionsstand im Kommissionsrecht	440
aaa) Zulässigkeit der Aufrechnung bis zur Grenze der Arglist	440
bbb) Generelle Unzulässigkeit der Aufrechnung	443
ccc) Unzulässigkeit der Aufrechnung bei Kenntnis vom Handeln für fremde Rechnung	444
cc) Eigenes Modell für alle Fälle der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung	445
aaa) Der Treuhandcharakter der Kommission und seine Folgen für die Aufrechnungsproblematik	445
bbb) Analogie zu §406 BGB bei verdeckter Kommission	447
ccc) Analogie zu §406 BGB bei verdeckten Treuhandkonten	450
ddd) Zwischenergebnis zur Aufrechnungsbefugnis bei inkonnexen Forderungen	451
III. Gesamtergebnis zur Einwendungs- und Aufrechnungsproblematik	452
§ 12 Treuwidrige Verfügungen	453
I. Stand der Diskussion	454
1. Treuwidrige Verfügungen	454
a) Allgemeines Treuhandrecht	454
aa) Ablehnung von Verfügungsschutz durch die h.M.	455
aaa) Rechtsprechung des Reichsgerichts	455
bbb) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	459
ccc) Zusammenfassung der Rechtsprechungsanalyse	463
ddd) Unterstützung der Rechtsprechung in der Lehre	464
eee) Reduktion der Anforderungen im subjektiven Bereich	465
fff) Ausnahme bei Verfügungen zugunsten von Gläubigern des Treuhänders	466
bb) Verfügungsschutz über auflösende Bedingung	467
cc) Verfügungsschutz durch entsprechende Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht	469
aaa) Überlegungen de lege ferenda	469

bbb) Überlegungen de lege lata	470
ccc) Maßstab der Gutgläubigkeit des Dritten	473
b) Kommissionsrecht	474
aa) Rechtsprechung	474
bb) Literatur	476
aaa) Wirksamkeit der Verfügung bei Neugeschäften	476
bbb) Verbindungslinien zwischen Kommissions- und Treuhandrecht	477
ccc) Schuldnerschutz bei treuwidrigen Verfügungen	477
2. Aufrechnung des Mittlers mit inkonnexen Forderungen	478
a) Aufrechnung des Kommissionärs	479
aa) Rechtsprechung des BGH	479
bb) Literatur	481
b) Aufrechnung des Treuhänders	482
aa) Vertraglicher Aufrechnungsausschluss bei Anderkonten	482
bb) Aufrechnungsausschluss analog § 392 Abs. 2 HGB	483
II. Eigene Lösung	483
1. Vermeidung von Widersprüchen	483
a) Widersprüche in der Beurteilung von Treuhand und Kommission	484
b) Widersprüche in der Beurteilung von Abtretung und Aufrechnung	484
c) Gleiches Schutzniveau bei Vollstreckungen und Verfügungen	485
aa) Übertragung der Wertungen aus dem Kommissions- ins Treuhandrecht	485
bb) Ausdehnung des Schutzes auf alle treuwidrigen Verfügungen	487
d) Teleologische Bestimmung der Gegenseitigkeit (§ 387 BGB)	489
2. Ablehnung der Missbrauchslehre	490
a) Unanwendbarkeit der Missbrauchslehre bei verdeckter Treuhand	491
b) Anwendbarkeit der Missbrauchslehre bei offener Treuhand?	493
c) Ergebnis: Unanwendbarkeit der Missbrauchslehre im Treuhandrecht	496
3. Der Rechtsträger für fremde Rechnung als nichtberechtigt Verfügender	496
a) Verfügungen über bewegliche Sachen und Grundstücksrechte	498
b) Verfügungen über Forderungen und andere Nichtsachenrechte	501
c) Entbehrlichkeit der Bedingungskonstruktion	505

4. Vereinbarkeit mit § 137 BGB	506
a) Verfügungsbeschränkung oder Verlagerung der Verfügungsbefugnis?	506
b) Teleologische Reduktion des § 137 BGB	508
III. Ergebnis zu den treuwidrigen Verfügungen	514

*Vierter Teil**Schluss*

§ 13 Zusammenfassung	518
I. Hauptthesen	518
II. Historischer Befund	519
III. Ergebnis zum Vollstreckungsrecht	520
IV. Ergebnis zum Schadensrecht	522
V. Ergebnis zur Einwendungs- und Aufrechnungsproblematik	523
VI. Ergebnis zu den treuwidrigen Verfügungen	524
Literaturverzeichnis	526

Erster Teil

Grundlagen

§ 1 Einführung

I. Die Treuhand: Faszination und Rätselhaftigkeit

Das Treuhandrecht hat in Deutschland nach Jahrzehnten des „Dornröschenschlafs“ wieder Konjunktur in der juristischen Wissenschaft.¹ Unter dem Titel „Treuhandrecht im Umbruch?“ stellt *Wolter* im Jahr 1999 fest, dass es sich um eine auch nach 100 Jahren noch jung gebliebene Rechtsfigur handelt.² Das liegt nicht nur daran, dass der Begriff „Treuhand“ nach wie vor ein sympathisches Wort ist³, das im Rechtsverkehr positive Assoziationen von „Treue“ und „Zuverlässigkeit“ weckt und deshalb auch gerne als Firmenbestandteil verwendet wird.⁴ Die Rechtsfigur der „Treuhand“ bleibt aktuell, weil es Wissenschaft und Rechtsprechung noch immer nicht gelungen ist, ihren Gehalt und ihre Grenzen exakt zu bestimmen. Die überaus zahlreichen Versuche, sich dem Wesen der Treuhand zu nähern, „Treuhand“ zu definieren, haben bis heute zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt.⁵

Diese Offenheit der Treuhanddiskussion mag angesichts der langen Tradition der Treuhand verwundern. Die Rechtsfigur ist in Wirklichkeit noch viel älter als die von *Wolter* angeführten 100 Jahre. Schon im antiken Rom beschäftigten sich die Juristen mit der Treuhand, dort *fiducia* genannt. Der Entstehungsgrund der Institution ist in dem Wunsch eines *pater familias* zu sehen, sein Hab und Gut nicht ungeschützt zurückzulassen, wenn er für längere Zeit Haus und Hof verließ, weil er eine weite Reise machen oder in den Krieg ziehen musste. In diesem Fall übertrug er seine *familia*, das heißt sein gesamtes Vermögen einschließlich der familienrechtlichen Macht über seine Verwandten, auf einen Freund, damit dieser seinen Grundbesitz und seine Vermögenswerte verwaltete und als Haupt der Familie für die zurückgelassenen Angehörigen sorgte. Bei dieser Übertragung wurde vereinbart, dass der die *familia* übertragende Fiduziant nach seiner

¹ Siehe vor allem die Arbeit von *Grundmann* „Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand“ von 1997, nachdem zuletzt *Coing* im Jahr 1973 die als Standardwerk geltende Schrift „Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts“ vorgelegt hatte. Das Buch von *Coing* löste seinerseits die 1933 erschienene Darstellung von *Siebert* „Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis“ ab (vgl. dazu *Beuthien* in seiner Besprechung des *Coing'schen* Werkes in AcP 1975, 456; *Wiegand*, in FS *Coing* II, S. 565).

² *Wolter*, Treuhandrecht, S. 235.

³ Vgl. abermals *Wolter*, Treuhandrecht, S. 1 f.

⁴ Zur „Treuhand“ als Berufsbezeichnung siehe noch unten S. 22.

⁵ Näher unten § 2 (S. 21 ff.).

Rückkehr seine Stelle als *pater familias* wieder selbst einnehmen sollte, dass also der Freund als Fiduziar sämtliche Rechte wieder an ihn abzutreten habe.⁶

Mit diesem Beispiel aus dem antiken Rom ist der Charakter der Treuhand angedeutet: Wer von Treuhand spricht, denkt bei diesem Begriff – grob gesprochen – an eine Person (Treuhand), die Güter einer anderen Person (Treugeber) innehat und verwaltet. Dabei hat der Treuhänder die Interessen des Treugebers zu berücksichtigen, weil das verwaltete Treugut „wirtschaftlich“ oder „vermögensmäßig“ dem Treugeber zusteht.

Mit einer treuhänderischen, fiduziarischen Vermögensinhaberschaft werden verschiedene Zwecke verfolgt. Drei Zwecke werden gewöhnlich in der Literatur angeführt: die Umgehung, die Verbergung und die Vereinfachung.⁷ In der Entwicklungsphase der Treuhand waren – von dem Beispiel des sein Hab und Gut übertragenden *pater familias* einmal abgesehen – vor allem die beiden erstgenannten Zwecke die zentralen Funktionen der Treuhand. Das häufig gebrauchte Wort, *fraud and fear* seien die Eltern des englischen *Trusts* gewesen⁸, bringt dies unverhüllt zum Ausdruck.

Regeln des römischen und mittelalterlichen Rechts, die der Rechtsverkehr als zu eng und starr empfand, drängten zur Gesetzesumgehung durch Begründung von Treuhandverhältnissen.⁹ So gab es im altrömischen Recht nur zwei Testamentsformen, das *testamentum calatis comitiis* und das *testamentum in procintu*. Beide waren recht schwierig zustande zu bringen: die eine musste vor einer – zweimal jährlich zusammentretenden – Volksversammlung, die andere vor einem kampfbereiten, in Schlachtordnung aufgestellten Heer erfolgen. Diese Restriktionen im Erbrecht wurden durch eine fiduziarische Konstruktion umgangen: Der „Erblasser“ übertrug die Vermögenswerte vor dem Tod auf einen Treuhänder mit der Bestimmung, sie nach seinem Tod den „Erben“ weiterzuübertragen.¹⁰ Es gab ferner Orden wie die Franziskaner, die das religiös motivierte Verbot, Besitz und Eigentum an weltlichen Werten innezuhaben, kurzer-

⁶ Näher *Noordraven*, *Fiduzia*, S. 2, 6 und insbes. S. 48 ff.; siehe auch *Wolff*, *Trust*, S. 184 f.

⁷ Eingehend zu den Treuhandzwecken *Armbrüster*, *Beteiligung*, S. 49 ff. mit Zusammenfassung auf S. 90; *Kümmerlein*, *Erscheinungsformen*, S. 49 ff. mit Zusammenfassung S. 83 ff.; ferner *Beuthien*, *ZGR* 1974, 26, 31 ff.; *Schlosser*, *NJW* 1970, 681; *Tebben*, *Unterbeteiligung*, S. 33 ff.; z.T. werden zusätzlich noch die Kredit-/Kreditsicherungs- und Schutzfunktion angeführt, so z.B. von *Liebich/Mathews*, *Treuhand*, S. 75 ff.; *Wolter*, *Treuhandrecht*, S. 5; *Stier*, *Eigentum*, S. 122 ff.

⁸ So *Atkyns J.*, in *Attorney General v. Sandres*, *Hard.* 488 (491), 145 E.R. 563 (*Exchequer*, 1668); zitiert nach *Helmholz/Zimmermann*, in dies. (Hrsg.), *Itinera Fiduciae*, S. 42; vgl. dazu auch *Henssler*, *AcP* 196 (1996), 37, 38; *Fuchs*, *Treuhand*, S. 15; *Stier*, *Eigentum*, S. 125.

⁹ Dazu eingehend *Wolff*, *Trust*, S. 14 ff. und 181 ff.; ferner *Wolter*, *Treuhandrecht*, S. 5; *Helmholz/Zimmermann*, in dies. (Hrsg.), *Itinera Fiduciae*, S. 42; *Wiegand*, in *FS Fikentscher*, S. 329, 333 f.; auch *Picherer*, *Sicherungsinstrumente*, S. 70.

¹⁰ Näher *Noordraven*, *Fiduzia*, S. 6 und 110 f.

hand durch Einschaltung von Treuhändern umgingen.¹¹ Im Lehnrecht standen Fälle der Umgehung der Lehnunfähigkeit von Frauen in Rede und im Bereich des Stadtrechts – insbesondere in Lübeck – diente die Einschaltung von Treuhändern der Überwindung der Erwerbsunfähigkeit von Nichtbürgern, Klerikern oder Juden für Grundeigentum in der Stadt.¹² Die Treuhand entsprach in solchen Fällen letztlich den Interessen aller Beteiligten, indem ständerechtliche Beschränkungen im Interesse eines erweiterten Rechts- und Wirtschaftsverkehrs überwunden wurden.¹³

Mit der Beseitigung der engen und starren Regeln des römischen und mittelalterlichen Rechts hat die Treuhand nicht etwa ihre Bedeutung verloren. Sie ist heute aktueller denn je. Ihr Einsatz dient in erster Linie Zwecken der Verwaltung und Vereinfachung: Investmentfonds verwalten in Deutschland beachtliche Vermögenswerte treuhänderisch für ihre Anleger. Grundstücke werden treuhänderisch für die im Grundbuch nicht eintragbaren¹⁴ nichtrechtsfähigen Vereine und Gesellschaften bürgerlichen Rechts gehalten.¹⁵ Ebenso bedeutende Vermögenswerte werden auf Treuhandkonten, insbesondere auf den Anderkonten von Rechtsanwälten und Notaren, treuhänderisch für Mandanten verwaltet. Nicht zuletzt haben Treuhandkonstruktionen eine in jüngerer Zeit vermehrt diskutierte gesamtwirtschaftliche Dimension im Zusammenhang mit der Refinanzierung von Banken und Unternehmen: Durch eine treuhänderische Verwaltung von Sicherheiten können sowohl bei Konsortialfinanzierungen als auch bei der Verbriefung grundschuldgesicherter Kredite (asset backed securities) neue Refinanzierungswege erschlossen und dadurch erhebliche Kosteneinsparungen erzielt werden.¹⁶

¹¹ Dazu *Helmholz/Zimmermann*, in dies. (Hrsg.), *Itinera Fiduciaie*, S. 42; *Wiegand*, in FS Fikentscher, S. 329, 334; *Wolff*, *Trust*, S. 14.

¹² Dazu eingehend *Scherner*, in *Helmholz/Zimmermann* (Hrsg.), *Itinera Fiduciaie*, S. 239 ff. und S. 257; vgl. auch *Schless*, *Stellvertretung*, S. 53 mit Fn. 2.; *Stier*, *Eigentum*, S. 125; *Wiegand*, in FS Fikentscher, S. 329, 333.

¹³ *Scherner*, in *Helmholz/Zimmermann* (Hrsg.), *Itinera Fiduciaie*, S. 257.

¹⁴ Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR durch den BGH (BGH, 29. 1. 2001, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = DB 2001, 423 = JZ 2001, 655) wird freilich teilweise nun auch deren Grundbuchfähigkeit postuliert; vgl. insbesondere *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330; ferner *Demuth*, BB 2002, 1555; *Dümig*, Rpfleger 2002, 53; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1428; demgegenüber kann *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 329, nicht hierher gerechnet werden, weil er zwar die GbR als materiell grundbuchfähig ansieht, aber dennoch mangels Registerpublizität der GbR die Eintragung aller Gesellschafter fordert und gerade deshalb bei einer GbR mit großer Gesellschafterzahl von einer „ausgesprochenen Grundbuchschwäche der GbR“ spricht; weiterhin ablehnend zur Grundbuchfähigkeit der GbR BayObLG, 31. 10. 2002, BayObLGZ 2002, 330 = ZIP 2002, 2175 m. w. N. zum neueren Schrifttum unter Ziff. II. 2 a) der Gründe; BayObLG, 8. 9. 2004, ZIP 2004, 2375; Bedenken auch bei *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 60 II 1a (S. 1772); *Demharter*, Rpfleger 2001, 329 und 2002, 538; *Stöber*, MDR 2001, 544.

¹⁵ Vgl. *Kümmerlein*, *Erscheinungsformen*, S. 49; *Beuthien*, ZGR 1974, 26, 76; *Liebich/Mathews*, *Treuhand*, S. 76; eingehend *Armbrüster*, *Beteiligung*, S. 29 ff. und 51 f.

¹⁶ Näher unten S. 43 ff.

Wir sehen also: Die Praxis kennt die Treuhand seit langem und bedient sich ihrer in vielfältiger Gestalt. Für die Wirtschaft ist die Treuhand von herausragender Wichtigkeit. Doch wie sieht es mit der Theorie aus? Der wirtschaftliche Tatbestand der Treuhand lässt sich rechtlich nur schwer erfassen und es lässt sich auch nicht leicht bestimmen, welche rechtlichen Konsequenzen sich aus der „wirtschaftlichen“ Zuordnung einer Sache zu einem „Hintermann“ ergeben. Die besondere Faszination der Treuhand ergibt sich daraus, dass sie als Rechtsinstitut zwischen den bekannten bürgerlichrechtlichen Kategorien Schuldrecht und Sachenrecht steht, gleichsam zwitterhafte Gestalt hat. Und gerade weil die übliche und einfache Unterteilung in Schuldrecht und Sachenrecht bei der Treuhand versagt, ist sie so schwer fassbar.

Oft hat man die Treuhandproblematik auf einer begrifflichen Ebene zu lösen versucht. Ganz besonders gilt dies für jenen Streit um die Jahrhundertwende 1900, der durch die generelle Auseinandersetzung zwischen der romanistischen und der germanistischen Schule geprägt war und in dessen Verlauf eine Vielzahl von Dissertationen zum Thema Treuhand erschien¹⁷: Im Mittelpunkt dieses Streits stand die Frage nach der richtigen dogmatischen Erfassung der Treuhand: Handelt es sich um eine Vollrechtsübertragung mit nur schuldrechtlichen Bindungen im Innenverhältnis (so die auf dem Abstraktionsprinzip beruhende romanistische Sichtweise) oder liegt eine – wie auch immer geartete – inhaltlich begrenzte Rechtsmacht des Treuhänders vor (so die von einem flexibleren Sachenrechtssystem ausgehende deutschrechtliche Sichtweise)?¹⁸ Der Streit wurde zwar im Wesentlichen zugunsten der von *Regelsberger*¹⁹ begründeten Theorie vom fiduziarischen Rechtsgeschäft entschieden²⁰, die von einer Vollrechtsübertragung mit nur schuldrechtlicher Bindung des Treuhänders im Innenverhältnis ausgeht. Doch damit war das eigentliche Problem nicht gelöst. Selbst wenn man nämlich davon ausgeht, dass der Treuhänder das Vollrecht innehat, bleibt es doch dabei, dass er bei der Treuhand in *besonderer* Weise schuldrechtlich gebunden ist; und aus dieser *besonderen* schuldrechtlichen Bindung bei der Treuhand werden bestimmte Treuhandwirkungen abgeleitet, die man einem sonstigen schuldrechtlichen Anspruch gerade nicht zuschreibt. Namentlich seien genannt das Aussonderungsrecht des Treugebers in der Insolvenz des Treu-

¹⁷ Vgl. dazu *Asmus*, Grundlagen, S. 280.

¹⁸ Vgl. dazu den Überblick bei *Coing*, Treuhand, S. 28 ff.; ausführlich *Asmus*, Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand. Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre, 1977, dessen Anliegen darin besteht, die These vom Gegensatz beider Lehren in Zweifel zu ziehen; ferner *Otten*, Die Entwicklung der Treuhand im 19. Jahrhundert, Die Ausbildung des Treuhandbegriffs des modernen Rechts, 1975.

¹⁹ *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157 ff.

²⁰ Kontrahent war insbesondere *Alfred Schultze* in seiner berühmten Abhandlung zum „Treuhand im geltenden bürgerlichen Recht“ in *Jher.Jb.* 43 (1901), 1 ff., dessen Ausführungen zwar viel beachtet wurden, sich aber nicht haben durchsetzen können; vgl. dazu unten S. 272 ff.

händers sowie das Recht des Treugebers zur Drittwiderspruchsklage bei einem Vollstreckungszugriff von Seiten der Gläubiger des Treuhänders.

Auf der Suche nach einer Lösung des Treuhandproblems haben andere den Blick ins Ausland, insbesondere nach England und Amerika gerichtet.²¹ Seit jeher wird beklagt, dass das deutsche Treuhandrecht, obwohl es sich bei der Treuhand um ein „uraltetes Gemeingut“²² handelt, fester Grundlagen entbehrt.²³ Bisweilen wird insgesamt die Unterentwicklung des Treuhandrechts in Kontinentaleuropa im Vergleich zum angloamerikanischen Rechtskreis konstatiert.²⁴ Das trifft jedoch nur teilweise zu.

Zwar ist nicht zu bestreiten, dass der *Trust* im angloamerikanischen Rechtsraum eine deutlich größere Verbreitung und vielfältigere Anwendungsfelder als in Kontinentaleuropa hat. Richtig ist außerdem, dass der Dualismus des angloamerikanischen Rechtssystems mit seiner Unterscheidung zwischen der „legal ownership“ und der „ownership in equity“²⁵ die dogmatische Erfassung der Rechtsfigur des *Trusts* erheblich erleichtert. Daraus folgt jedoch nicht, dass nur das deutsche oder kontinentale Recht Schwierigkeiten im Umgang mit der Treuhand hätte. Denn mit einer klareren dogmatischen Basis im angloamerikanischen Recht ist noch lange nicht die Frage nach der inneren Rechtfertigung von Sonderregeln für die Treuhand beantwortet, insbesondere in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung. Zu fragen ist, was „ownership in equity“, diese durch das Billigkeitsrecht bestimmte Vermögenszugehörigkeit zum Vermögen des Treugebers, wirklich ausmacht. Ihre leichtere dogmatische Fundierung im angloamerikanischen Rechtssystem hat vielleicht die Notwendigkeit einer sachlichen Begründung der Treuhandwirkungen eher verschleiert. Ebenso wie im

²¹ Vgl. sehr früh schon die historisch angelegte Arbeit von *Roth*, Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company, 1928; sowie rechtsvergleichend vor allem die Arbeiten von *Assfalg*, Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders, 1960, *Kötz*, Trust und Treuhand, 1963, und *Marwede*, Rechtsnatur und Aussen-schutz des Trust und der Treuhand, 1971.

²² So *Scharrenberg*, Rechte, S. 3 in Fn. 1.

²³ So z. B. *Aengenheister*, Treuhandkonto, S. 7; ähnlich *Friedmann*, Gutachten, S. 856 f., der seinerzeit *Nussbaums* Wort vom „ausgereiften Zustand der Treuhandlehre“ als euphemistisch bezeichnete; vgl. aus jüngerer Zeit z. B. *Scharrenberg*, Rechte, S. 3: Es handele sich nicht um ein einheitliches Rechtsinstitut; ferner *Picherer*, Sicherungsinstrumente, S. 54 f.

²⁴ *Assfalg*, NJW 1970, 1902; vgl. auch schon *Hein*, Grundriß, S. 18, der von einem Vorsprung des englischen und amerikanischen Treuhandrechts spricht; ganz anders allerdings die Bewertung bei *Schwarzkopf*, Treuhand, S. 11 und 44 f., nach dessen Ansicht die Begeisterung für das stark mediaevale englische Recht vorsichtig zu genießen ist, weil es in Wirklichkeit primitiven Vorstufen im römischen Recht entspreche.

²⁵ Siehe dazu etwa *Huber*, in FS 50 Jahre IPR-Institut der Uni Heidelberg, S. 399, 408; *Jungmann*, RabelsZ 69 (2005), 487, 499 ff.; *Kötz*, Trust, S. 17; *Wolter*, Treuhandrecht, S. 202, sowie sehr früh schon *Hengstberger*, Stellvertretung, S. 27; *Heymann*, in FS Brunner, S. 473 ff.; *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 91 ff.; eingehend zur historischen Entwicklung des englischen Trust *Wolff*, Trust, S. 13 ff.

kontinentaleuropäischen Bereich ist das rechtliche Kriterium einer treuhänderischen Vermögensverwaltung näher zu bestimmen.

Es bleibt also die Frage: Wann steht ein Treugeut „wirtschaftlich“ einem Hintermann zu, und welche rechtlichen Konsequenzen leiten sich daraus ab? Welches sind die für die Gewährung von Treuhandwirkungen entscheidenden Kriterien? Sind es dingliche wie etwa ein (unmittelbarer) Übertragungsakt zwischen Treugeber und Treuhänder oder sind es schuldrechtliche wie etwa die Weisungsbindung des Treuhänders oder die Nutzen- und Risikotragung des Treugebers?

Eine weitere Frage tritt hinzu: Wie hängt die „Vermögensverwaltung“ für fremde Rechnung mit dem Handeln für fremde Rechnung, der mittelbaren Stellvertretung und ihrer gesetzlichen Ausprägung, der Kommission, zusammen? Ist Handeln für fremde Rechnung nur ein Weg zur „Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung“ oder sind mittelbare Stellvertretung und Treuhandscharf voneinander zu trennen, wie dies vor allem vom RG gesehen wurde?²⁶ Das Rätsel der Treuhand ist noch ungelöst.

II. Das Zuordnungsproblem bei der Treuhand

Es ist ein hoffnungsloses Unterfangen, sämtliche Rechtsprobleme der Treuhand lösen zu wollen. Die treuhänderische Inhaberschaft von Gegenständen (Gütern und Rechten) wirft eine Vielzahl von Rechtsfragen auf. So kann sich beispielsweise – nicht anders als bei sonstigen vertraglichen Bindungen – auch zwischen Treugeber und Treuhänder die Frage nach der Pflichtenbindung im Innenverhältnis stellen, ein Aspekt, dem sich vor allem die Habilitationsschrift von *Grundmann* „Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand“ aus dem Jahr 1997 gewidmet hat.²⁷ Im Gesellschaftsrecht löst die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften spezifisch gesellschaftsrechtliche Probleme

²⁶ Zu dem zur Abgrenzung von Treuhand und mittelbarer Stellvertretung vom RG entwickelten Unmittelbarkeitsprinzip siehe sogleich unten S. 10 sowie eingehend S. 51 ff. und 120 ff.

²⁷ *Grundmann*, Treuhandvertrag, S. 92 und insbesondere S. 166 ff., unterscheidet – wie bei anderen Vertragsverhältnissen – zwischen Haupt- und Nebenpflichten. Die Hauptpflicht beim Treuhandvertrag bezeichnet *Grundmann* als Treupflicht im engeren Sinne oder als Interessenwahrungspflicht strictu sensu (a.a.O., S. 92 f. und 169 sowie insbesondere S. 192 ff.). Er weist überzeugend darauf hin, dass das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen der Dienstleistung des Treuhänders und der dafür vom Treugeber gezahlten Vergütung vom eigentlichen Treuhandverhältnis zu unterscheiden ist, bei dem der Rechtseinräumung keine Gegenleistung gegenübersteht. Insoweit sei daher der Treuhänder unbedingt zur Wahrung der Treugeberinteressen verpflichtet (a.a.O., S. 93 und insbesondere S. 192 ff.). Hiervon zu trennen seien die allgemeinen, auch bei sonstigen Rechtsverhältnissen anerkannten und aus § 242 BGB hergeleiteten Nebenpflichten, die den Treugeber und den Treuhänder gleichermaßen treffen könnten (a.a.O., S. 169 f.).

aus²⁸, die *Armbrüster*²⁹, *Tebben*³⁰ und *Lenders*³¹ in jüngerer Zeit eingehend untersucht haben.³²

Im Mittelpunkt der nicht auf einzelne Rechtsbereiche beschränkten Treuhanddiskussion hat jedoch seit *Siebert* (1933)³³ stets das Problem der Rechtszuständigkeit im Außenverhältnis gestanden.³⁴ Drei Schwerpunkte haben sich in der Diskussion herausgebildet³⁵: An erster Stelle steht die Frage nach dem vollstreckungsrechtlichen Schutz des Treugebers in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung³⁶: Kann der Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders das Treugut aussondern (§ 47 InsO) und Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben, wenn Gläubiger des Treuhänders das Treugut pfänden? Ist dieser Schutz davon abhängig, auf welchem Weg das Treugut zum Treuhänder gelangt, insbesondere davon,

²⁸ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa die Frage der Anwendbarkeit von Zustimmungserfordernissen für Anteilsübertragungen RG, 18. 11. 1921, RGZ 103, 195; RG, 20. 2. 1931, JW 1931, 2967, 2968 (Nr. 12); BGH, 8. 4. 1965, NJW 1965, 1376, 1377; BGH, 22. 01. 1979, BGHZ 73, 294, 300 = NJW 1979, 1503, 1504; BGH, 30. 6. 1980, BGHZ 77, 392 = NJW 1980, 2708; zur Anwendbarkeit der Kapitalsicherungsvorschriften auf den Treugeber siehe z.B. BGH, 13. 04. 1992, BGHZ 118, 107 = NJW 1992, 2023 mit krit. Anm. *Ulmer*, ZHR 156 (1992), 377; zur Anwendbarkeit der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG auf die aus einem Treuhandverhältnis resultierende Verpflichtung zur Abtretung eines GmbH-Anteils siehe z.B. BGH, 17. 11. 1955, BGHZ 19, 69 = NJW 1956, 58.

²⁹ *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001

³⁰ *Tebben*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000.

³¹ *Lenders*, Treuhand am Gesellschaftsanteil, 2004.

³² Siehe ferner die österreichische Arbeit von *Gruber*, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften, 2001.

³³ *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 18 ff.

³⁴ Vgl. dazu bereits *Heymann*, in FS Brunner, S. 473, 507; ferner *Armbrüster*, Beteiligung, S. 8; *Assfalg*, Behandlung, S. 1 f.; *ders.*, NJW 1970, 1902; *Coing*, Treuhand, S. 41; *Gaul*, in FS Serick, S. 105, 106; *Grennells*, Treuhand, S. 19 f.; *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 43 ff.; *Otten*, Entwicklung, S. 193 ff.; *Reinhardt/Erlinghagen*, JuS 1962, 41; *Wiegand*, in FS Coing II, S. 565, 566; *Wolter*, Treuhandrecht, S. 4; nur in der Diagnose übereinstimmend auch *Grundmann*, Treuhandvertrag, S. 79 ff., sowie *ders.*, in Helmholz/Zimmermann (Hrsg.), *Itinera Fiduciae*, S. 470 f. und 475. Interessant ist allerdings in diesem Zusammenhang, dass *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 24, den Ansatz beim Außenverhältnis damals seinerseits in bewussten Gegensatz zu denjenigen brachte, die die obligatorische Bindung im Innenverhältnis, die Treuepflicht, in den Vordergrund stellten. *Grundmann* (oben Fn. 27) knüpft also gewissermaßen wieder bei den älteren Ansätzen aus der Zeit vor *Siebert* an: vgl. dazu z.B. *Beyerle*, Treuhand, S. 8: Die Treuhand sei mehr als die dingliche Außenseite; geschichtlich sei das Innenverhältnis das Wesentliche.

³⁵ So schon *Heymann*, in FS Brunner, S. 473, 507; später auch *Reinhardt/Erlinghagen*, JuS 1962, 41, 42 f.; etwas anders die Beschreibung der drei wesentlichen Gefahrensituationen bei *Kötz*, Trust, S. 127 (1. Gläubigerproblem [Vollstreckungszugriff], 2. Erwerberproblem [treuwidrige Verfügungen], 3. Vermischungsproblem) sowie bei *Grundmann*, in Helmholz/Zimmermann (Hrsg.), *Itinera Fiduciae*, S. 470 f. (1. Vollstreckungszugriff von Gl. des Treuhänders, 2. treuwidrige Verfügungen, 3. persönliche Haftung des Treuhänders).

³⁶ *Wiegand*, in FS Coing II, S. 565, 566, spricht insoweit von der „Schlüsselfrage des Treuhandrechts“; dazu auch *Reinhardt/Erlinghagen*, JuS 1962, 41, 43; ferner *Armbrüster*, Beteiligung, S. 178 f., der darauf hinweist, dass jedenfalls bei Sachen und Forderungen die Frage der Behandlung in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung stets im Vordergrund gestanden habe; ähnlich *Picherer*, Sicherungsinstrumente, S. 81.

ob es unmittelbar vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen oder vom Treuhänder im Wege mittelbarer Stellvertretung von Dritten erworben wurde?

Zweitens geht es um die Problematik treuwidriger Verfügungen des Treuhänders: Kann ein Dritter vom treuwidrig verfügenden Treuhänder nur gutgläubig erwerben oder kommt es auf Gutgläubigkeit gar nicht an, weil der Treuhänder das Vollrecht innehat? Wer die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung insgesamt in den Blick nimmt, muss weiter fragen: Gelten bei treuwidrigen Verfügungen des Treuhänders die gleichen Regeln wie bei einem Kommissionär, der verbotswidrig über die aus dem Ausführungsgeschäft erlangten Rechte verfügt?

Den dritten Schwerpunkt bilden die Einwendungs- und Aufrechnungsfragen: Kann der Schuldner des Treuhänders Einwendungen aus der Person des Treugebers erheben und gegen den Treuhänder mit Forderungen aufrechnen, die ihm gegen den Treugeber zustehen? Sind diese Befugnisse wiederum davon abhängig, auf welchem Weg der Mittler die treuhänderische Inhaberschaft der Forderung erlangt hat?

Zu diesen drei Schwerpunkten kommt schließlich noch eine vierte Frage hinzu, auch wenn sie traditionell nicht als spezifisches Treuhandproblem verstanden, sondern im Rahmen der Drittschadensliquidation als eine von mehreren Fallgruppen diskutiert wird: Wie sieht es mit den Rechten des Treugebers aus, wenn das vom Treuhänder zu eigenem Recht, aber für fremde Rechnung gehaltene Treugut durch Dritte beschädigt wird? Kommt dem Treugeber dann der Deliktsschutz des § 823 Abs. 1 BGB zugute oder nicht? Die Einbeziehung dieser vierten Frage wird sich als wertvoll für die Entwicklung einer konsistenten Treuhanddogmatik erweisen.

Bei allen vier Problembereichen stehen jeweils die Wirkungen der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung in Rede. Es fragt sich, ob jene Fallgestaltungen, in denen ein bestimmtes Recht für fremde Rechnung gehalten wird, mit den allgemeinen Regeln des Zivilrechts lösbar oder Sonderregeln erforderlich sind: Ist der Treuhänder im Vollstreckungsrecht einem gewöhnlichen, für eigene Rechnung handelnden Rechtsinhaber gleichgestellt mit der Folge, dass das Treugut von seinen Gläubigern gepfändet werden kann und es bei Insolvenz des Treuhänders in seine Insolvenzmasse fällt? Oder muss der Umstand Berücksichtigung finden, dass er das Treugut nur für den Treugeber verwaltet? Finden auf den treuwidrig verfügenden Treuhänder die allgemeinen Regeln über Verfügungen eines Berechtigten Anwendung oder ist er wie ein Nichtberechtigter zu behandeln? Ist bei deliktischer Beschädigung des Treuguts ein Schaden des Treuhänders oder des Treugebers zu ersetzen? Und wie sieht es bei den treuhänderisch gehaltenen Forderungen mit dem Rechtsverhältnis zwischen Treuhänder und Forderungsschuldner aus: Ist zu Gunsten und/oder zu Lasten des Schuldners zu berücksichtigen, dass die Forderung für Rechnung des Treugebers gehalten wird? Und abermals: Kommt es bei all diesen Fragen darauf an, auf welchem Weg die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung zustande gekommen ist?

Rechtsprechung und Literatur ringen in jeder Streitfrage des Außenverhältnisses bei der Treuhand um die richtige Zuordnung: Bei dem einen Rechtsproblem – den treuwidrigen Verfügungen des Treuhänders – hat sich die dingliche Sichtweise durchgesetzt: Die Rechtsinhaberschaft des Treuhänders wird in den Mittelpunkt der Argumentation gerückt mit der Folge, dass ein Erwerb vom *Treuhänder* im Grundsatz wie ein Erwerb vom berechtigten Rechtsinhaber behandelt wird (unten § 12). In der anderen Rechtsfrage – bei der Aufrechnungs- und Einwendungsproblematik – hat sich demgegenüber die schuldrechtliche Sichtweise Bahn gebrochen. Die interne schuldrechtliche Beschränkung des Treuhänders wird besonders betont und seine Eigenrechtsstellung relativiert. In der Folge gestattet es die h.M. dem Schuldner des Treuhänders, gegenüber der nur treuhänderisch gehaltenen Forderung Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis des Schuldners zum Treugeber zu erheben sowie mit Forderungen gegen den Treugeber trotz fehlender Gegenseitigkeit aufzurechnen. Hier wird also der *Treugeber* trotz fehlenden Eigenrechts dem berechtigten Rechtsinhaber gleichgestellt (unten § 11).

Eine Mittelposition findet sich beim Vollstreckungsproblem. Der Treugeber kann im Grundsatz in der Insolvenz des Treuhänders das Treugut auszusondern sowie gegen Vollstreckungen durch Gläubiger des Treuhänders mit der Drittwiderspruchsklage intervenieren. Der *Treugeber* wird damit im Rahmen der §§ 47 InsO, 771 ZPO einem Rechtsinhaber gleichgestellt. Allerdings wird diese Schutzposition begrenzt durch das so genannte Unmittelbarkeitsprinzip (unten § 4 I). Danach kann eine Treuhand mit vollstreckungsrechtlichen Wirkungen nur anerkannt werden, wenn das Treugut *unmittelbar* vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen wurde (Übertragungstreuhand). Ein Schutz des Treugebers wird hingegen abgelehnt, wenn der Treuhänder das Gut im Wege mittelbarer Stellvertretung von Dritten erworben hat (Erwerbstreuhand) oder wenn das Treugut vom späteren Treuhänder selbst stammt (Vereinbarungstreuhand). Die durch das Unmittelbarkeitsprinzip gezogene Grenze soll verhindern, dass jener Vollstreckungsschutz des nur *schuldrechtlich* berechtigten Treugebers, der bei einem in dinglichen Bahnen sich bewegenden Denken eigentlich als unsystematisch erscheint, zu weit ausgedehnt wird. Damit ist das Unmittelbarkeitsprinzip auch eine Folge des Ringens um die Zuordnungsfrage.

Die vorliegende Arbeit zieht aus, die auf das einzelne Rechtsproblem beschränkte Sicht der Treuhandaußenwirkungen aufzubrechen und eine einheitliche Lösung zu suchen. Die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung wird bislang nicht als einheitliches Institut des Zivilrechts erfasst. Zwar werden allgemein Sonderregeln befürwortet, sowohl für die Treuhand wie auch für die mittelbare Stellvertretung mit dem Spezialfall der Kommission. Diese Sonderregeln führt man aber nicht auf ein gemeinsames Prinzip zurück. So kam es, dass sich für jede der angeführten Rechtsfragen eigene Prinzipien entwickelten, die bei einer Gesamtschau zu Widersprüchen führen. Hier soll demgegenüber ein konsistentes

Modell der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung entwickelt werden, das die vorhandenen Friktionen durch die Herausbildung eines allgemeingültigen sachlichen Abgrenzungskriteriums für die Treuhandwirkungen überwindet.

Zu diesem Zweck müssen die für die einzelnen Rechtsprobleme entwickelten Lösungen analysiert und die hinter diesen Lösungen stehenden Wertungen offen gelegt und verglichen werden. Da die Frage nach dem Vollstreckungsschutz zugunsten des Treugebers in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung stets im Mittelpunkt der Diskussion gestanden hat, sie gewissermaßen die „Schlüselfrage des Treuhandrechts“ ist³⁷, wird sich die Arbeit ausführlich mit dem Unmittelbarkeitsprinzip befassen müssen (unten §§ 4ff.). Erst wenn in dieser – wenn auch wichtigsten – Einzelfrage des Treuhandaußenrechts die allein für dieses Treuhandproblem in Rechtsprechung und Literatur entwickelte Begrenzung der Treuhandwirkungen überwunden und statt des Unmittelbarkeitsprinzips ein neues, allgemeingültiges Abgrenzungskriterium gefunden sein wird, kann sich der Blick für die Gesamtzusammenhänge öffnen: Die Frage des Vollstreckungsschutzes des Treugebers in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung wird dann nur mehr als Teilausschnitt aus der viel grundlegenderen und allgemeineren Zuordnungsproblematik bei der Treuhand erscheinen.

1. Überwindung des Unmittelbarkeitsprinzips im Vollstreckungsrecht

Zweifel an der Sachgerechtigkeit des Unmittelbarkeitsprinzips wurden bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts hervorgerufen, also in jener Zeit, in der die Lehre dieses Prinzip im Anschluss an die Rechtsprechung des RG noch fast allgemein anerkannte. Dabei löste die Zweifel ausgerechnet eine Arbeit aus, die dieses Prinzip verteidigte, nämlich die erste Habilitationsschrift zur Treuhandproblematik von *Siebert* mit dem Titel „Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis“ von 1933.³⁸ Neben den deutlich späteren Werken von *Coing*³⁹ und *Grundmann*⁴⁰ und einem ebenfalls erst aus jüngerer Zeit stammenden AcP-Aufsatz von *Henssler*⁴¹ wird diese Schrift noch heute mit Recht als grundlegend für das Treuhandrecht angesehen.⁴²

Da nach dem Unmittelbarkeitsprinzip ein Schutz des Treugebers abgelehnt wird, wenn der Treuhänder das Gut im Wege mittelbarer Stellvertretung von Dritten erworben hat (Erwerbstreuhand)⁴³, ersann *Siebert* für diesen Fall des

³⁷ Siehe bereits Fn. 36.

³⁸ Siehe insbesondere *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 182 ff.

³⁹ *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973.

⁴⁰ *Grundmann*, Der Treuhandvertrag insbesondere die werbende Treuhand, 1997.

⁴¹ *Henssler*, Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit, AcP 196 (1996), 37 ff.

⁴² In der Habilitationsschrift von *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001, S. 1.

⁴³ Dazu unten S. 54 ff.

Dritterwerbs als Notlösung den Weg einer doppelten Vollrechtsübertragung des Treuguts⁴⁴: Zunächst sollte der „Treuhänder“, der den Gegenstand von einem Dritten erwirbt, das Gut gemäß § 930 BGB dem Treugeber übereignen, der es sogleich anschließend – nun unmittelbar – auf den Treuhänder zurück überträgt (§ 929 Satz 2 BGB). Der Treuhänder könne diese beiden Übertragungen sogar im Wege des erlaubten Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) vornehmen, so *Siebert*.⁴⁵

Wer diese Ausführungen heute liest, wird sich über die begriffsjuristische Manier der Argumentation nur wundern können. Wenn tatsächlich Sachgründe gegen die Annahme von Treuhandwirkungen bei einem Erwerb von Dritten bestünden, dann dürfte es auch nicht zulässig sein, die gewünschte Rechtsfolge durch derart einfache Hilfskonstruktionen auszuhebeln. Müsste man dann nicht in der Hin- und Herübertragung ein nicht ernstlich gewolltes Scheingeschäft (§ 117 BGB) sehen?⁴⁶

In Wirklichkeit offenbarte diese Notkonstruktion bereits eine Schwäche des später zunehmend in die Kritik geratenen reichsgerichtlichen Unmittelbarkeitsprinzips, von dem sich *Siebert* aber offenbar nicht zu lösen wusste: Es stellt auf den *Weg* der Begründung eines Treuhandverhältnisses und nicht auf dessen *Inhalt* ab. Die vorliegende Arbeit will zeigen, dass der tiefere Grund für das „schier unglaubliche Beharrungsvermögen“⁴⁷ des Unmittelbarkeitsprinzips in der fehlenden sachlich-materiellen Rechtfertigung der Treuhandwirkungen liegt. Bislang wird das Unmittelbarkeitsprinzip zwar als willkürlich und sachfremd kritisiert.⁴⁸ Eingewendet wird, die Rechtslage bei Erwerb des Treuguts vom Treugeber könne nicht anders beurteilt werden als bei einem Erwerb von Dritten. In beiden Fällen sei die Sachlage *nach* dem Erwerb identisch. Die Feststellung dieser Willkür reicht aber zur endgültigen Ablösung des Unmittelbarkeitsprinzips nicht aus, weil ein alternatives Abgrenzungskriterium fehlt. Fragt man weitergehend nach einer sachlichen Rechtfertigung der Treuhandwirkungen überhaupt, dann lässt sich das Unmittelbarkeitsprinzip überwinden, ohne gleichzeitig der vom RG gesehenen Gefahr zu erliegen, dass der Begriff des Treuhandverhältnisses „völlig ins Unbestimmte zerfließt“.⁴⁹

⁴⁴ *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 195 ff.; inspiriert war diese „Erfindung“ aber möglicherweise durch die früheren, auf Grundstücksgeschäfte bezogenen Überlegungen zu Hin- und Herübertragungen zwecks Umgehung des Unmittelbarkeitsprinzips bei *Hachenburg*, JW 1915, 964 (dazu unten S. 75 ff.).

⁴⁵ Näher unten S. 75 ff.

⁴⁶ Darauf weist mit Recht *Thomas*, NJW 1968, 1705, 1707, m. w. N. hin; im Anschluss daran auch *Weckerle*, Verwaltungstreuhand, S. 27 f.

⁴⁷ So *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 54; zustimmend *Tebben*, Unterbeteiligung, S. 299 in Fußn. 356.

⁴⁸ Näher unten S. 68 ff.

⁴⁹ So RG, 19. 2. 1914, RGZ 84, 214, 217 f. = JW 1914, 596; RG, 09. 06. 1931, RGZ 133, 84, 89; vgl. dazu auch *Hein*, Grundriß, S. 51 f.; eingehend unten S. 131 ff.

2. Verbindungslinien zwischen erkannten und unerkannten Problemen des Treuhandaußenrechts

Die Überwindung des Unmittelbarkeitsprinzips als Grenze der Treuhandwirkungen im Vollstreckungsrecht und die Suche nach einem alternativen Abgrenzungskriterium (unten §§ 4ff.) ist nach dem Ansatz dieser Arbeit nur die Vorarbeit für eine neue, allgemeinere Sicht des Treuhandaußenrechts. Der weitergehende Blick auf das dahinter stehende Problem der Rechtszuordnung, das sich aus der zwitterhaften Stellung der Treuhand zwischen Schuldrecht und Sachenrecht ergibt, weist der das Treuhandrecht oftmals dominierenden Diskussion um das Unmittelbarkeitsprinzip den rechten Platz im Gesamtzusammenhang zu. Er lässt uns erkennen, dass die h. M. das Unmittelbarkeitsprinzip nur in den Vollstreckungsfragen herangezogen hat, während eine derartige Beschränkung bei den anderen Außenwirkungen der Treuhand niemals, nicht einmal ansatzweise vertreten wurde. Nehmen wir das allgemeine Rechtsproblem in den Blick, wie sich die Treuhand in unser traditionelles dogmatisches System der Rechtszuordnung einordnen lässt, dann erscheint zweifelhaft, warum diese Zuordnungsfrage im Rahmen der §§ 47 InsO, 771 ZPO grundsätzlich anders beurteilt werden soll als bei treuwidrigen Verfügungen eines Treuhänders oder bei der Frage, ob eine treuhänderisch gehaltene Forderung bei der Feststellung der Gegenseitigkeit i. S. v. § 387 BGB dem Treuhänder oder Treugeber zuzurechnen ist.

Der Blick auf die Gesamtzusammenhänge wird es uns auch ermöglichen, die Drittschadensliquidation im Schadensrecht in einem Teilbereich als unerkanntes Zuordnungsproblem bei der Treuhand zu erkennen: Bei einer Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung ist die eine Person Rechtsinhaber eines Gegenstandes, während die andere Person (der Hintermann) die Gefahr des zufälligen Untergang trägt. Diese für das Sachenrecht untypische Trennung von Rechtsinhaberschaft und Gefahrtragung fordert zur Klärung auf, wessen Schaden im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzen ist, derjenige des Rechtsinhabers oder der des Hintermanns? Auch hier ergibt sich – wie in § 10 näher zu zeigen sein wird – ein Problem der Rechtszuordnung: Ist bei der Bestimmung des absoluten Rechts i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB das „formelle“ Eigentum des Rechtsinhabers oder das „wirtschaftliche“ Eigentum des Hintermann entscheidend?

3. Konzentration auf das „Vermögensinteresse“ des Treugebers

Der vor allem um die Jahrhundertwende 1900⁵⁰, aber auch anschließend weiter geführte Streit um die dogmatische Einordnung der Treuhand (Vollrecht, Ermächtigung, Verfügungsrecht, beschränkt dingliches Recht etc.) hat oft den Blick auf das Wesentliche verstellt. Es ist noch kein materielles Abgrenzungs-

⁵⁰ Siehe oben S. 5.

kriterium gefunden, das die Mittelstellung der Treuhand zwischen Schuldrecht und Sachenrecht allgemeingültig zu charakterisieren geeignet ist. Diesem Defizit hat auch die 1997 erschienene Habilitationsschrift von *Grundmann* nicht entscheidend abgeholfen. Mit seiner Konzentration auf das Innenverhältnis will sich *Grundmann* zwar mit Recht von der oftmals allein in dinglichen Denkschemata verhafteten Diskussion lösen und die besondere schuldrechtliche Bindung des Treuhänders betonen. Zur Begründung der Treuhandwirkungen im Außenverhältnis greift er dann aber auf ein Modell zurück, das mit einer vertraglichen Lastwirkung des Treuhandvertrags gegenüber Dritten operiert.⁵¹ Darauf wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.⁵² Hier genügt vorerst der Hinweis, dass sich der *Grundmann'sche* Ansatz damit ebenfalls nur um eine konstruktive Begründung für die Wirkungen der Treuhand in der Vollstreckung und bei treuwidrigen Verfügungen bemüht, ohne intensiver auf die sachliche Rechtfertigung dieser Wirkungen einzugehen. Der Hinweis auf eine „Interessenbewertung“, die es gebiete, „den Treugeber bei der uneigennütigen Verwaltungstreuhand im Konkurs des Treuhänders und bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder bei bloßer Bestimmbarkeit des Treuguts zu schützen“⁵³, kann dafür jedenfalls nicht ausreichen.

Von den Gegnern des Unmittelbarkeitsprinzips, und zwar sowohl von *Grundmann* wie auch von anderen, nicht auf der Basis des Innenmodells argumentierenden Autoren, wird vor allem der Bestimmtheitsgrundsatz ins Spiel gebracht.⁵⁴ Ihm zufolge muss das Treugut nicht unmittelbar vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen werden, sondern nur hinreichend bestimmbar sein.⁵⁵ Doch stellen fast alle Vertreter dieser Ansicht die Konsequenzen ihrer These nicht deutlich heraus. Nur eine Arbeit, die gewöhnlich nicht als grundlegender Text zum Treuhandrecht genannt wird⁵⁶, dies aber aus Sicht des *Verfassers* sehr wohl ist, macht hier eine Ausnahme: Bereits im Jahr 1960 hat *Assfalg* eine Dissertation mit dem Titel „Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders“ vorgelegt, in der er sich vehement gegen das Unmittelbarkeitsprinzip wendet.⁵⁷ Als Alternative führt er im Rahmen der Vollstreckungspro-

⁵¹ *Grundmann*, Treuhandvertrag, S. 295.

⁵² Siehe unten S. 284 ff., insbes. S. 287 ff.

⁵³ *Grundmann*, Treuhandvertrag, S. 320; ähnlich die Argumentation zum Problem der treuwidrigen Verfügungen, wo zur Begründung ebenfalls auf eine Abwägung der Interessen abgestellt wird (S. 328 f.).

⁵⁴ Vgl. die Nachweise unten S. 159 in Fußn. 80 bis 88; anders aber vor allem *Walter*, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 148 ff., der den Bestimmtheitsgrundsatz als alleinigen Ersatz für das Unmittelbarkeitsprinzip ablehnt und eine andere Schrankenziehung vorschlägt; vgl. aus jüngerer Zeit auch *Picherer*, Sicherungsinstrumente, S. 160 f.

⁵⁵ Dazu näher unten S. 159 ff.

⁵⁶ Vielleicht liegt dies an der sehr kritischen Besprechung der Arbeit durch *Baur*, ZHR 124 (1962), 51 ff.

⁵⁷ Nur insoweit positiv und zustimmend die Besprechung der Arbeit von *Baur*, ZHR 124 (1962), 51, 52 f.

blematik die These von der Bestimmtheit als „einzig mögliche und natürliche Grenze“⁵⁸ konsequent zu Ende.⁵⁹ Er vertritt in seiner Arbeit die folgende, an späterer Stelle dieser Arbeit noch näher darzustellende⁶⁰ These: Jeder Anspruch, der auf einen konkret bestimmten Gegenstand gerichtet ist, besitzt Aussonderungskraft unabhängig davon, ob sich der Anspruch aus einem Kauf- oder Tauschvertrag, einer Schenkung, aus Bereicherungsrecht oder aus sonstigen Rechtsgründen ergibt.⁶¹ Beim Kaufvertrag sei – trotz gleicher Interessen des Gläubigers – zwischen Gattungs- und Stückschuld zu differenzieren⁶², weil aus Schuldnersicht nur ein durch Konkretisierung bestimmter Vermögensgegenstand seinem Vermögen schon entrückt sei.⁶³

Angesichts dieser weitreichenden Konsequenzen, welche die These von der Bestimmtheit als (alleiniger) Grenze des Vollstreckungsschutzes mit sich bringt, kann nicht verwundern, dass sich der BGH trotz einiger offener Formulierungen nach wie vor nicht endgültig vom Unmittelbarkeitsprinzip verabschieden mag.⁶⁴ Bei unterstellter Richtigkeit der *Assfalg'schen* Thesen wäre in der Tat die schon vom RG gesehene Gefahr nicht zu leugnen, dass der Treuhandbegriff durch die Einbeziehung gewöhnlicher schuldrechtlicher Ansprüche ins Unbestimmte zerfließt.⁶⁵

Eben deshalb muss eine Arbeit, die sich erneut auf das für die Praxis relevante Gebiet des Treuhandaußenrechts begibt, zum Ziel haben, ein Abgrenzungskriterium für die Treuhandwirkungen zu finden, das enger als der – selbstver-

⁵⁸ So ausdrücklich *Assfalg*, Behandlung, S. 134.

⁵⁹ Dazu schon *Bitter*, WuB VI C. § 47 InsO 2.03 unter Ziff. 5; *ders.*, WM 2003, 2068, 2069; zu der von einem völlig anderen Ausgangspunkt zu ähnlichen Ergebnissen führenden Arbeit von *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, 2002, siehe unten S. 164 ff.

⁶⁰ Siehe unten S. 160 ff.

⁶¹ *Assfalg*, Behandlung, S. 151 ff.

⁶² Im Ergebnis ebenso die Arbeit von *Michaels*, Sachzuordnung, passim (dazu eingehend unten S. 164 ff.; zur Differenzierung zwischen Gattungs- und Stückschuld insbes. S. 168 nach Fußn. 157).

⁶³ *Assfalg*, Behandlung, S. 156.

⁶⁴ Vgl. den zutreffenden Befund aus dem Jahr 1999 bei *Wolter*, Treuhandrecht, S. 9. Der BGH lies zunächst nur im Ur. v. 16. 12. 1970, NJW 1971, 559, 560 = LM Nr. 12 zu § 667 BGB = WM 1971, 220 = MDR 1971, 389 = BB 1971, 197 ausdrücklich offen, ob am Unmittelbarkeitsprinzip festzuhalten ist (zu dem Urteil unten S. 95 ff.), während z. B. BGH, 2. 2. 1995, NJW-RR 1995, 766, 767 = KTS 1995, 652 davon spricht, dass die h.M. in Deutschland immer noch auf dem Standpunkt des Unmittelbarkeitsprinzips stehe (dazu unten S. 60); allerdings hat nun derselbe IX. Zivilsenat in BGH, 24. 6. 2003, BGHZ 155, 227, 231 = WM 2003, 1733, 1734 = NJW 2003, 3414, 3415 = WuB VI C. § 47 InsO 1.03 *Bitter* unter Ziff. II. 2. der Gründe wieder offen gelassen, inwieweit das Unmittelbarkeitsprinzip ein allgemein taugliches Abgrenzungsmerkmal darstellt (dazu unten S. 61 ff.); siehe auch die kürzlich erfolgte Distanzierung vom Unmittelbarkeitsprinzip durch ein Mitglied des IX. Zivilsenats (*Ganter*, in FS Kreft, S. 251, 265 = ZInsO 2004, 1217, 1223), die möglicherweise einen zukünftigen Wandel der BGH-Rechtsprechung andeutet.

⁶⁵ Dazu schon oben S. 12 und eingehend unten S. 131 ff.

ständliche – Grundsatz der Bestimmtheit ist, andererseits aber die später in § 4 noch näher darzulegenden Widersprüche des Unmittelbarkeitsprinzips vermeidet.

Als entscheidend erweist sich dabei ein Gesichtspunkt, auf den *Huber* im Jahr 1967 in einem Festschriftbeitrag⁶⁶ hingewiesen hat. Er spricht davon, dass der treuwidrig verfügende Treuhänder nicht nur die schuldrechtliche Pflicht verletzt, an den Treugeber aus seinem eigenen Vermögen eine Leistung zu erbringen, sondern zugleich die Pflicht, dessen Vermögensinteressen wahrzunehmen. Es werde, anders gesagt, nicht lediglich ein „Gläubigerinteresse“ des Treugebers verletzt, sondern ein „Vermögensinteresse“.⁶⁷ Exakt jenes „Vermögensinteresse“ des Treugebers von dem gewöhnlichen, auf Lieferung eines bestimmten Gegenstandes gerichteten Gläubigerinteresse z.B. des Käufers abzugrenzen, wird zentrale Aufgabe dieser Arbeit sein. Denn es erscheint äußerst zweifelhaft, ob ein Vermögensgegenstand – wie *Assfalg* meint – bereits dadurch „dem Vermögen des Schuldners entrückt“, dass dem Gläubiger ein Anspruch auf Lieferung der konkreten Sache zusteht.

4. Vorhandene Ansätze zur Bestimmung des „Vermögensinteresses“

Der Versuch einer Definition dessen, was das „Vermögen“ einer Person ausmacht, wurde im Treuhandschrifttum viel seltener unternommen als der Versuch, die Treuhand zu definieren.⁶⁸ Zwar wird auf den Vermögensbegriff im Zusammenhang mit dem Aussonderungsrecht des Treugebers immer wieder kurz eingegangen, weil § 47 InsO (früher § 43 KO) darauf abstellt, ob ein Gegenstand zur Insolvenzmasse „gehört“. Meist wird aber – insbesondere von der Rechtsprechung – nur vage von rechtlicher und wirtschaftlicher Vermögenszugehörigkeit oder von rechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum gesprochen⁶⁹, ohne näher darzulegen, warum das Treugut vermögensmäßig dem Treugeber zuzurechnen ist. Das Wesen der Vermögenszugehörigkeit wird also regelmäßig ebenso wenig bestimmt oder als selbstverständlich vorausgesetzt wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis das Wesen der „equitable ownership“.⁷⁰

Soweit ersichtlich, hat sich bislang nur *Stier* in seiner aus dem Jahr 1933 stammenden Dissertation „Das sogenannte wirtschaftliche und formaljuristische Eigentum – zugleich ein Beitrag zur Treuhand als Gesetzgebungsproblem“ einge-

⁶⁶ *Huber*, in FS 50 Jahre IPR-Institut der Uni Heidelberg, S. 399, 414.

⁶⁷ So *Huber*, in FS 50 Jahre IPR-Institut der Uni Heidelberg, S. 399, 414. Auf S. 420 f. kommt *Huber* noch einmal auf diesen Gedanken zurück und beschreibt das „Vermögensrecht“ als ein Recht dritter Art neben den schuldrechtlichen Forderungen und der dinglichen Berechtigung. Dabei handelt es sich allerdings um den Versuch einer dogmatischen Einordnung, nicht um eine Präzisierung des sachlichen Gehaltes des „Vermögensrechtes“.

⁶⁸ Zu den Beschreibungen und Definitionen der Treuhand siehe unten § 2 (S. 21 ff.).

⁶⁹ Siehe dazu im Einzelnen die Nachweise unten S. 22 ff., 52 ff.

⁷⁰ Dazu oben S. 6.

hend mit dieser Frage befasst.⁷¹ Als Quintessenz seiner Untersuchungen stellt er fest, dass die Treuhand im Hinblick auf die Trennung der Elemente Rechtsmacht und Vermögen „gewissermaßen das Knallgas unter den juristischen Grundstoffen“ sei, das „nur in Stahlflaschen aufbewahrt werden“ dürfe.⁷² Mit diesem Bild ist die problematische Zwitterstellung der Treuhand anschaulich beschrieben. Allerdings will *Stier* – ähnlich wie später *Assfalg* – die Vermögenszugehörigkeit bereits dann entfallen lassen, wenn ein Gegenstand mit dem Anspruch eines Dritten belastet ist.⁷³

III. Inhalt, Aufbau und Methode der Arbeit

1. Überblick über den Inhalt

Die Arbeit will kein umfassendes „Handbuch“ des Treuhandrechts sein, sondern sich auf die Suche nach einem Abgrenzungskriterium für das „Vermögensinteresse“ des Treugebers als sachliche Rechtfertigung der Treuhandwirkungen beschränken. Sie soll damit zugleich den Begriff der Rechtsträgerschaft „für fremde Rechnung“ präzisieren, die im Grunde nur das Pendant zum „Vermögensinteresse“ des Treugebers ist.

Schwerpunkt der Untersuchung ist die fremdnützige Verwaltungstreuhand mit Vollrechtsstellung des Treuhänders, weil nur bei dieser eine Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung in Reinform vorliegt. Die Sicherungstreuhand, bei der der Treuhänder mit der Rechtsträgerschaft auch eigene Zwecke verfolgt, wird nur in Einzelfällen zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs bestimmter Treuhandwirkungen herangezogen.⁷⁴

Im zunächst folgenden „allgemeinen Teil“ der Arbeit werden die in den beiden Hauptteilen verfolgten Grundanliegen vorbereitet. Diese oben schon beschriebenen Grundanliegen sind erstens die Überwindung des Unmittelbarkeitsprinzips im Vollstreckungsrecht und seine Ersetzung durch ein anderes, allgemeingültiges Abgrenzungskriterium (dazu der zweite Teil der Arbeit) und zweitens die Herstellung von Verbindungslinien zu den anderen Rechtsfragen des Treuhandaußenrechts, um so die Vollstreckungsdiskussion in einen übergreifenden Zusammenhang einzuordnen (dazu der dritte Teil der Arbeit).

⁷¹ Eine knappere Beschäftigung mit dem Vermögensbegriff findet sich außerdem noch bei *Walter*, Unmittelbarkeitsprinzip, S. 63 ff. Darauf wird unten S. 293 ff. näher eingegangen.

⁷² *Stier*, Eigentum, S. 89, der insoweit eine Parallele zur Trennung der Elemente Wasserstoff und Sauerstoff zieht ($2H + O = H_2O$).

⁷³ *Stier*, Eigentum, S. 37 f., geht insoweit davon aus, dass das tatsächliche Vermögen (V) des Inhabers der Rechtsmacht (RM) durch ein rechtliches Vermögen (RV) beschränkt sei, da der Verpflichtete aufgrund der rechtlichen Beziehung zur Herausgabe und damit zur Überleitung des Erfolgs auf den Gläubiger verpflichtet sei.

⁷⁴ Siehe zur Einwendungs- und Aufrechnungsproblematik etwa unten S. 420 ff.

§ 2 dient einer Bestandsaufnahme der in Rechtsprechung und Literatur aufzufindenden Beschreibungen und Definitionen der Treuhand, die jene zwitterhafte Stellung der Treuhand zwischen Schuldrecht und Sachenrecht allgemein zu erfassen suchen. Da sich diese bisherigen Ansätze jedoch als zu unscharf erweisen werden, bleibt das Zuordnungsproblem bei der Treuhand offen: Es muss ein Kriterium gesucht und gefunden werden, das einerseits eine präzisere Abgrenzung der Treuhandfälle ermöglicht, andererseits die Treuhandwirkungen im Außenverhältnis zu legitimieren geeignet ist. Als Leitlinie dieser Suche nach einem allgemeintauglichen Modell des Treuhandaußenrechts fungieren die beiden Grundanliegen: In § 3 werden die in Teilbereichen vorhandenen gesetzlichen Treuhand-Schutzkonzepte daraufhin untersucht, ob sie erstens das Unmittelbarkeitsprinzip stützen oder nicht und ob darin zweitens Verbindungslinien zwischen verschiedenen Treuhandwirkungen zum Ausdruck kommen. Unter demselben Blickwinkel analysiert § 4 Rechtsprechung und Literatur: Die Wirkung des Unmittelbarkeitsprinzips und seine Widersprüchlichkeit werden näher dargestellt und so das in dieser Arbeit verfolgte Ziel einer Überwindung dieses Prinzips verdeutlicht. Des Weiteren wird ein erster Blick auf vorhandene Ansätze zur Herstellung von Verbindungslinien zwischen den einzelnen Treuhandaußenwirkungen geworfen sowie die Richtung angezeigt, in die ein übergreifendes Treuhandkonzept entwickelt werden kann. § 4 endet mit einer kurzen Vorstellung der sodann im zweiten und dritten Teil zu belegenden Thesen dieser Arbeit.

2. Methode

a) Die Vorgehensweise dieser Arbeit

Die Arbeit analysiert die in der Rechtsprechung zu den einzelnen Rechtsfragen des Treuhandaußenrechts entwickelte Kasuistik ebenso wie sie die im Schrifttum unternommenen Versuche der Systematisierung würdigt. Beides geschieht im Hinblick auf das jeweils festzustellende und unter II. beschriebene Ringen um die Einordnung der Treuhand in die üblichen Kategorien von Schuldrecht und Sachenrecht.

Insbesondere aus den Urteilen des RG und des BGH ist die Besorgnis ablesbar, die Grenzen zwischen Schuld- und Sachenrecht könnten bei einer zu weitgehenden Gleichstellung der schuldrechtlichen Position des Treugebers mit einem dinglichen Rechtsinhaber vollständig verschwimmen. Weil diese Besorgnis nicht unberechtigt ist, kann eine Lösung des Treuhandproblems nicht allein darin bestehen, die Konzepte der Rechtsprechung als widersprüchlich zu verwerfen. Es sind vielmehr die berechtigten Anliegen in den Blick zu nehmen, die der Entwicklung jener widersprüchlichen und damit fehlerhaften Konzepte zugrunde lagen.

Für die Diskussion zum Unmittelbarkeitsprinzip gilt das in besonderem Maße. Es sind verschiedene Arbeiten, insbesondere diejenigen von *Walter*⁷⁵ und *Scharrenberg*⁷⁶ erschienen, die in mühseliger Kleinarbeit sämtliche für das Unmittelbarkeitsprinzip vorgebrachten Gründe Stück für Stück widerlegen und das Prinzip als willkürlich herausstellen.⁷⁷ Insgesamt gibt es heutzutage praktisch keine eingehendere, insbesondere monographische Bearbeitung der Treuhandthematik mehr, in der das Unmittelbarkeitsprinzip noch verteidigt würde.⁷⁸ Wenn dennoch viele Standardkommentare daran festhalten⁷⁹ und sich auch die Rechtsprechung noch nicht endgültig vom Unmittelbarkeitsprinzip hat lösen können⁸⁰, dann hat dies mit dem Fehlen überzeugender Alternativkonzepte zu tun. Ein solches Konzept müsste nicht nur in sich stimmig sein, sondern vor allem auch den Bedenken der Rechtsprechung Rechnung tragen können. Aus diesem Grund sind nicht nur die – auch aus Sicht des *Verfassers* – fehlerhaften Ergebnisse der Rechtsprechung aufzuzeigen (zum Unmittelbarkeitsprinzip §4 I), sondern die einzelnen Urteile des RG und des BGH müssen im Hinblick auf die Frage untersucht werden, welche Wertungen die Rechtsprechung veranlasst haben, das Unmittelbarkeitsprinzip einzuführen und daran festzuhalten (§5). Unter Berücksichtigung und Würdigung dieser Wertungen ist das neue Abgrenzungskriterium zu entwickeln.

In gleicher Weise würdigt diese Arbeit die in der Literatur entwickelten alternativen Abgrenzungskriterien im Hinblick auf ihre berechtigten Anliegen (unten §6). Oftmals sind nämlich allein die gefundenen Lösungen kritikwürdig, weil zu schematisch, nicht hingegen einzelne Wertungen, die der Entwicklung dieser Lösungen zugrunde lagen.

b) Europäische Prinzipien und Rechtsvergleichung

Wer über die Treuhand schreibt, kann sich heutzutage nicht mehr auf eine nationale Sichtweise beschränken. Neben die schon seit langem betriebene rechtsvergleichende Forschung unter Einbeziehung vor allem des angloamerikanischen Treuhandrechts tritt zunehmend auch eine europäische Dimension. Im Jahr 1999 hat eine Arbeitsgruppe europäischer und amerikanischer Wissenschaftler die so genannten „Principles of European Trust Law“ vorgelegt⁸¹ und

⁷⁵ *Walter*, Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand, 1974, passim, insbes. S.113 ff.

⁷⁶ *Scharrenberg*, Die Rechte des Treuhänders in der Zwangsvollstreckung, Diss. Mainz, 1989, passim, insbes. S.151 ff.

⁷⁷ Vgl. jüngst auch wieder *Picherer*, Sicherungsinstrumente, S.114 ff.

⁷⁸ Näher unten S.73 ff.

⁷⁹ Nachweise unten S.69 in Fußn.83 ff.

⁸⁰ Vgl. oben Fußn.64.

⁸¹ Textabdruck in englischer und deutscher Sprache in ZEuP 1999, 745 ff.; ausführlich *Hayton/Kortmann/Verhagen* (Hrsg.), Principles of European Trust Law, Law of Business and Finance, Volume 1, 1999.

damit den Versuch unternommen, trotz der großen Unterschiede zwischen dem angloamerikanischen und dem kontinentaleuropäischen System bestimmte gemeinsame Grundlagen des Treuhandrechts in Europa herauszuarbeiten. Das selbstgesteckte Ziel der Arbeitsgruppe war es, auf die einzelnen nationalen Gesetzgeber in Europa einzuwirken. Wenn künftig Treuhandfälle gesetzlich normiert werden, sollen die Gesetzgeber auf diese Prinzipien zurückzugreifen, um so zu einer Rechtsvereinheitlichung in Europa beizutragen.⁸²

In der vorliegenden Arbeit werden diese Prinzipien ebenso wie sonstige rechtsvergleichende Ansätze jeweils im konkreten Sachzusammenhang einbezogen, wenn davon eine Förderung der nationalen Sichtweise zu erwarten ist. Soweit es allerdings um die Kernfrage, um die Präzisierung des vorstehend als „Vermögensinteresse“ beschriebenen sachlichen Abgrenzungskriteriums für die Treuhand geht, darf schon an dieser Stelle vorausgeschickt werden, dass von den „Principles of European Trust Law“ keine Anregungen zu erwarten sind. Denn mit dieser Frage beschäftigen sie sich nicht. Auch hier hat offenbar der Wunsch, gemeinsame Prinzipien bei den Treuhandwirkungen festzustellen, die Suche nach einer grundlegenden sachlichen Rechtfertigung derselben verdeckt, wie dies zuvor bereits für das angloamerikanische Trust-Recht angedeutet wurde.⁸³

⁸² Vgl. dazu die Einführung zu den „Principles of European Trust Law“ von *Hayton/Kortmann/Verhagen* in ZEuP 1999, 745 ff.

⁸³ Siehe oben S. 6.

§ 2 Der Standort der Verwaltungstreuhand zwischen Schuldrecht und Sachenrecht – Eine Bestandsaufnahme

Häufig trifft man in Rechtsprechung und Literatur auf die Feststellung, der Begriff der Treuhand sei „vieldeutig“¹, „schwankend“² oder „unausgereift“.³ Teilweise wird gar eine „Begriffsverwirrung“ beklagt⁴ oder behauptet, der Begriff der Treuhand habe überhaupt keinen selbständigen juristischen Wert.⁵ Solche Feststellungen können angesichts der zwitterhaften Rechtsnatur der Treuhand nicht überraschen. Zwischen dem „für sich Haben“ des Eigenrechts und dem „verlangen können“ des schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs gibt es die Zwischensphäre des „Habens für einen Dritten“, der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung. Der klare Gegensatz zwischen dinglich und obligatorisch wird zur ärmlichen Rechtsfigur, und es müssen Kriterien gefunden werden, die unser schulmäßiges, in den traditionellen Kategorien des Schuld- und Sachenrechts verhaftetes Denken nicht bereithält.⁶

Klarheit sollte zunächst über zwei Grundüberlegungen bestehen. Erstens: Juristischen Nutzen kann nur eine funktionelle, rechtsfolgenorientierte Treuhanddefinition haben.⁷ Da die vorliegende Arbeit gerade in dieser Hinsicht eigene Wege gehen wird, hat dies allerdings zu Folge, dass zunächst nur bereits vorhandene Beschreibungen und Definitionen vorgestellt und systematisiert werden, während eine eigene Definition der Treuhand erst an späterer Stelle, als Ergebnis der Arbeit präsentiert werden kann.⁸ Die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende Suche nach dem sachlichen Abgrenzungskriterium der Treuhandwirkung

¹ Bei *Schwarzkopf*, Treuhand, S. 14, heißt es zum Ausdruck Treuhand: „Ein schönes Wort, vieldeutig gebraucht, hat und behält seinen Schönheitswert, aber der Wissenschaft und dem Gesetzgeber ist wenig damit gedient.“

² So BGH, 11. 12. 1963, WM 1964, 179; *Haemmerle*, Gutachten, S. 667; ähnlich *Emmerich*, Sanierung I, S. 146: „Die Grenzen des Begriffs sind unsicher, die Rechtsanwendung schwankend oder sogar widerspruchsvoll.“

³ So *Hein*, Grundriß, S. 30.

⁴ So *Scharrenberg*, Rechte, S. 14; ähnlich *Wolter*, Treuhandrecht, S. 5 („[D]er Treuhandbegriff ist ... vielschichtig ... und neigt ... zu begrifflichem Durcheinander“).

⁵ *Aengenheister*, Treuhandkonto, S. 28.

⁶ Vgl. auch *Karsten Schmidt*, in FS Wiegand, 2005, S. 933, 938.

⁷ A.M. noch *Emmerich*, Sanierung I, S. 150 f.

⁸ Vgl. die Vorstellung der Gefahrtragungsthese unten in § 4 III (S. 115 ff.) und deren nachfolgende Entwicklung und Absicherung in §§ 7 ff. (S. 189 ff.).

gen wird, wenn sich ein solches Kriterium finden lassen sollte, zugleich dazu führen, mit diesem Kriterium den wesentlichen Charakter der Treuhand zu umschreiben und damit die Treuhand zu definieren.

Zweitens: Der rechtliche Treuhandbegriff ist von dem in der Praxis anzutreffenden Berufsbegriff abzugrenzen, wie er sich bei verschiedenen, zumeist im Bereich der Wirtschaftsprüfung tätigen „Treuhandgesellschaften“⁹ findet.¹⁰ Dieser Berufsbegriff gibt für die in dieser Arbeit angestrebte Präzisierung des bei der Treuhand vorliegenden „Vermögensinteresses“ des Treugebers nichts her.

I. Analyse der Rechtsprechung

Zunächst soll die Rechtsprechung des RG (unten 1.) und des BGH (unten 2.) betrachtet werden. Zu fragen ist: Wie hat die Rechtsprechung die besondere Stellung der Treuhand im Mittelbereich zwischen Schuldrecht und Sachenrecht begrifflich und inhaltlich zu erfassen versucht?

1. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das RG hatte sich schon im 19. Jahrhundert mit Treuhandkonstellationen zu befassen, insbesondere mit der Inkassozeession sowie dem Vollindossament zu Inkassozwecken und der dabei im Vordergrund stehenden Frage nach den Einreden des Schuldners.¹¹ In diesen Entscheidungen zur Einwendungsproblematik wird der Begriff der Treuhand allerdings nicht verwendet und auch kein Versuch der systematischen Erfassung der Treuhandwirkungen unternommen.

a) Formelle und wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit

Anderes gilt für eine Entscheidung aus dem Jahr 1890¹², in der es um das Aussonderungsrecht des Zedenten bei der Inkassozeession ging. Hier führte das RG

⁹ Siehe z.B. die „KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft“, die aus der im Jahr 1890 in Berlin gegründeten „Deutsch-Amerikanische Treuhand-Gesellschaft“ hervorgegangen ist (dazu www.kpmg.de). Weitere Beispiele finden sich unter www.treuhand.de, www.treuhand-kurpfalz.de und www.odenwaldtreuhand.de.

¹⁰ Von einer notwendigen „Reinigung“ des Treuhandbegriffs spricht *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 16; ähnlich *Gremmels*, Treuhand, S. 16 ff.: Die aus Reklamezwecken erfolgende Verwendung durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaften habe zur einem „verwilderten und verwaschenen“ Treuhandbegriff geführt; zur Ausgrenzung der Revisionstätigkeit der Treuhandgesellschaften aus dem juristischen Treuhandbegriff siehe auch *Emmerich*, Sanierung I, S. 143 ff.; *Friedmann*, Gutachten, S. 998 ff.; *Haemmerle*, Gutachten, S. 671 f.; *Fuchs*, Treuhand, S. 85 ff.; *Schwarzkopf*, Treuhand, S. 59 ff.; *Schless*, Stellvertretung, S. 25 mit Fn. 4; *Anker*, Rechtsnatur, S. 6 und 31.

¹¹ Vgl. dazu z.B. RG, 26. 1. 1881, RGZ 4, 100; RG, 14. 11. 1883, RGZ 11, 5, 9; RG, 9. 2. 1884, RGZ 11, 123, 129; RG, 4. 3. 1891, RGZ 27, 128; RG, 3. 3. 1894, RGZ 32, 125.

¹² RG, 18. 6. 1890, JW 1890, 373 (Nr. 11) = SeuffArch 46, Nr. 91.

die später bei Treuhandverhältnissen gebräuchliche¹³ Unterscheidung zwischen formeller und materieller Vermögenszugehörigkeit ein¹⁴:

„[D]er Wille der Kontrahenten [war] garnicht auf eine wirkliche Übertragung der Ausstände an den Gemeinschuldner gerichtet und ... dieser [würde] daher auch durch die Zession nur formell (wie bei der fiducia des älteren römischen Rechts) Eigentümer derselben geworden sein, während sie materiell Eigentum des Bekl. verblieben waren.“¹⁵

Da der Gemeinschuldner „materiell lediglich Mandatar“ des Zedenten gewesen sei, hätten die Außenstände „in Wirklichkeit ... nicht in das Vermögen des Gemeinschuldners übergehen sollen“.¹⁶ Eben jener Gedanke der Trennung zwischen formeller und materieller Vermögenszugehörigkeit tritt auch in einer recht knapp begründeten Entscheidung aus dem Jahr 1895 hervor, in der das RG die Möglichkeit der Aussonderung von Dotalgegenständen¹⁷ durch die Ehefrau im Konkurs des Ehemannes befürwortete.¹⁸ Ausführlicher ist die Entscheidung RGZ 45, 80 aus dem Jahr 1899, in der es ebenfalls um das Aussonderungsrecht bei treuhänderischer Übertragung von Vermögensgegenständen ging. Das RG sprach allerdings auch in diesem Urteil nicht von der „Treuhand“, sondern erneut von einem „fiduziarischen Rechtsgeschäft“. Dabei handle es sich „um eine Eigentumsübertragung, die nicht einen Vermögenszuwachs für den Empfänger ... bezwecke“.¹⁹ Zur „Vermögenszugehörigkeit“ im Sinne von § 35 KO²⁰ (später § 43 KO, heute § 47 InsO) führte das RG aus:

¹³ Vgl. zur Begründung des Vollstreckungsschutzes für den Treugeber auch RG, 21. 5. 1895, RGZ 35, 77, 79; RG, 23. 12. 1899, RGZ 45, 80, 85; RG, 29. 5. 1915, JW 1915, 928 Nr. 16 = LZ 1915, 1022; RG, 10. 10. 1917, RGZ 91, 12, 14; RG, 25. 5. 1921, WarnRspr. 1921, 157 Nr. 130; RG, 2. 6. 1931, RGZ 133, 40, 45 = JW 1932, 164; vgl. ohne Bezug zu Vollstreckungsfragen auch den Hinweis auf das formelle Eigentum des Treuhänders und das wirtschaftliche Vermögen des Treugebers in RG, 21. 10. 1909, RGZ 72, 116, 117f. (zur Anwendbarkeit des § 311 BGB a. f. auf den Treuhandvertrag); RG, 15. 6. 1920, RGZ 99, 158, 159 (zur Rückübertragung eines treuhänderisch überlassenen Handelsgeschäfts); RG, 25. 1. 1926, JW 1926, 2571, 2572 = Gruchot 68 (1927), 551 – dort mit Datum vom 25. 6. 1926 verzeichnet (zur Anwendbarkeit des § 313 BGB a. f. auf die Pflicht zur Rückübertragung eines treuhänderisch gehaltenen Grundstücks); RG, 16. 6. 1928, RGZ 121, 310f. und RG, 6. 3. 1930, RGZ 127, 341, 344 (zum Aufwertungsrecht).

¹⁴ Vgl. dazu noch unten S. 272 und S. 298 ff., insbes. S. 320 f.

¹⁵ RG, 18. 6. 1890, JW 1890, 373, 374 (Nr. 11) = SeuffArch 46, Nr. 91.

¹⁶ RG, 18. 6. 1890, JW 1890, 373, 374 (Nr. 11) = SeuffArch 46, Nr. 91; vgl. zu dieser Entscheidung noch eingehend unten S. 120 ff.

¹⁷ Dotalgegenstände sind nach römischem Recht die aufgrund einer Mitgift (*dos*) einem Ehemann überlassenen Vermögensgegenstände. Die Mitgift wurde Eigentum des Ehemannes, allerdings war dieser teilweise in der Verfügung über die ein Sondervermögen des Ehemannes bildende *dos* beschränkt. Bei Beendigung der Ehe durch Scheidung oder Tod bestand die Pflicht des Ehemannes oder seiner Erben zur Rückerstattung der *dos*. Vgl. dazu eingehend *Kasser*, Privatrecht, §§ 80f. (S. 332 ff.); ferner *Treggiari/Raubitschek*, Art. „Dos“, in DNP, Band 3, Sp. 798 f.

¹⁸ RG, 21. 5. 1895, RGZ 35, 77, 79.

¹⁹ RG, 23. 12. 1899, RGZ 45, 80, 84.

²⁰ Bei § 35 KO handelt es sich entgegen dem missverständlichen Hinweis bei *Scharrenberg*, S. 137 in Fußn. 443, nicht nur um eine Entwurfs- sondern um eine frühe Gesetzesfassung (vgl.

„Ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner zwar zum Eigentum übergeben worden ist, jedoch mit der Abmachung, daß derselbe gleichwohl von ihm nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, sondern wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des früheren Eigentümers bleiben solle, „gehört“ dem Gemeinschuldner zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich.“²¹

Das „Vermögensinteresse“ des Treugebers wird hier als „materielle“ und „wirtschaftliche“ Rechtsinhaberschaft (Eigentum) beschrieben.²² Der Beschreibung lässt sich jedoch nicht entnehmen, worin sachlich die „materielle“ oder „wirtschaftliche“ Vermögenszugehörigkeit besteht.

b) Obligatorische Bindung im Innenverhältnis

Im Jahr 1905 unternahm das RG, angedeutet durch den dritten Leitsatz „Begriff des fiduziarischen Eigentums“, den – soweit ersichtlich – ersten Versuch einer Definition. Dort findet sich die folgende Aussage:

„Fiduziarisch ist das Eigentum überall da, wo der Eigentümer obligatorisch verpflichtet ist, es nur in bestimmter Richtung zu gebrauchen, es, nachdem der Zweck der fiduziarischen Übertragung erreicht ist, wieder zurück- oder an einen Dritten herauszugeben.“²³

Ganz ähnlich – nun allerdings unter ausdrücklicher Verwendung des Wortes „Treuhand“ – formulierte das RG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1908, in dem eine Ehefrau als Mittelsperson eine Hypothek für ihren Ehemann erworben hatte:

„Nach dem festgestellten Sachverhalte sollte die Hypothek nicht dauernd in das Vermögen der Beklagten übergehen, und diese nicht zur freien Verfügung darüber berechtigt sein; sie erwarb die Hypothek vielmehr von vornherein nur als Treuhänderin ihres Ehemannes und mit der (obligatorischen) Verpflichtung belastet, sie zu dessen Verfügung zu halten und auf sein Verlangen an ihn oder einen von ihm bezeichneten Dritten mittels rechtsförmlicher Abtretung herauszugeben.“²⁴

Mit der in beiden Urteilen angeführten „obligatorischen Verpflichtung“ des fiduziarischen Eigentümers oder Treuhänders ist im Grunde nichts anderes gemeint als mit der „Abmachung“ in RGZ 45, 80, 85. Der entscheidende Aspekt der „Treuhand“ wird in allen drei Fällen darin gesehen, dass eine Person zwar Rechtsinhaber ist, im Innenverhältnis aber in bestimmter Weise im Gebrauch dieses Rechtes beschränkt und verpflichtet ist, das Recht wieder herauszuge-

KO v. 10.2. 1877, RGBl. S.351, 358). Aus § 35 KO wurde später § 43 KO (vgl. die KO in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.5. 1898, RGBl. S.612, 621).

²¹ RG, 23. 12. 1899, RGZ 45, 80, 85.

²² Zur beschreibenden Funktion näher unten S.265 ff.

²³ RG, 6.2. 1905, RGZ 62, 386, 391 unter Berufung auf *Mathias*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Bd. 1, § 54 III A 6, S.226.

²⁴ RG, 5.6. 1908, RGZ 69, 44, 48.

ben. Im Hinblick auf diese Verpflichtung soll es nicht zum „Vermögen“ des Eigentümers gehören.

Für die in dieser Arbeit untersuchte Frage, was genau diese Herausgabepflichtung von der gewöhnlichen Übereignungspflichtung – etwa eines Verkäufers – unterscheidet, geben die angeführten Definitionen aber nichts her. Es fehlt ein konkretes Kriterium zur Bestimmung der „materiellen“ Vermögenszugehörigkeit.

c) *Handeln im „Interesse“ des Treugebers*

In RGZ 79, 121 wurde der Treuhandbegriff um das Kriterium des „Interesses“ ergänzt:

„Wer eine Sache oder ein Recht übertragen erhält, nicht um fortan darüber als über sein Eigen verfügen zu dürfen, sondern zur Verwertung im Interesse des Übertragenden oder unter der Abrede der späteren Rückübertragung, dessen Stellung ist rechtlich nicht frei und ungebunden. Man pflegt für solche Fälle zu sagen, es bestehe nur nach außen eine Berechtigung, nicht auch nach innen, oder übertragen sei nicht das Eigentum oder das Recht selbst, sondern nur die Berechtigung zur Verfügung, oder auch, übertragen sei das Eigentum oder das Recht nur in seinem rechtlichen, nicht auch in seinem wirtschaftlichen Inhalte.“²⁵

Die „*Verwertung im Interesse des Übertragenden*“ ist nur ein Teilaspekt des *Handelns* im Interesse des Treugebers, wie es von der Literatur in den Vordergrund gestellt wird.²⁶

Nichts anderes ist auch mit der Formulierung in dem späteren, für das Unmittelbarkeitsprinzip²⁷ grundlegenden Urteil RGZ 84, 214 gemeint, wonach der Treuhänder „das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll“.²⁸ Die wirtschaftlichen Folgen treffen den Treugeber, und gerade deshalb liegt die Rechtsträgerschaft des Treuhänders in seinem „Interesse“. Was aber genau das Interesse des Treugebers ist, welche Folgen ihn treffen, darüber enthalten diese Beschreibungen der Treuhand keine Aussage. Der Begriff des „Interesses“ ist äußerst unscharf. Er ist zu weit und deshalb zur Abgrenzung von Außenwirkungen der Treuhand wenig geeignet: Auch ein Stellvertreter (§ 164 BGB) handelt „im Interesse“ des Vertretenen, der Vorstand oder Geschäftsführer einer Gesellschaft hat die „Interessen“ der Anteilseigner und Gläubiger zu wahren, ohne dass in derartigen Fällen an Au-

²⁵ RG, 20.3. 1912, RGZ 79, 121, 122 = JW 1912, 645; vgl. zu dem Aspekt der verschiedenen Rechtsinhaberschaft nach außen und nach innen auch RG, 25.3. 1915, WarnRspr. 1915, 196, 197 Nr. 135, wo das RG von „einer Art Treuhandverhältnis“ spricht.

²⁶ Siehe unten S.32 ff.

²⁷ Auf diesen Aspekt der Entscheidung wird später auf S.56f. eingegangen.

²⁸ RG, 19.2. 1914, RGZ 84, 214, 217; wortgleich auch RG, 9.6. 1931, RGZ 133, 84, 87.

Benwirkungen der Treuhand wie beispielsweise das Recht zur Aussonderung und zur Drittwiderspruchsklage zu denken wäre.²⁹

Wer die besondere schuldrechtliche Stellung des Treuhänders von der gewöhnlichen schuldrechtlichen Verpflichtung abgrenzen will, muss dieses „Interesse“ präzisieren. Lässt sich nicht auch sagen, dass ein Verkäufer, der eine bestimmte Sache verkauft hat, fortan das Eigentum an der Kaufsache „im Interesse“ des Käufers hält, weil er aus dem Kaufvertrag der Primärpflicht zur Übereignung (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) und sonstigen Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) unterliegt?

Erst recht untauglich zur Abgrenzung ist eine vom RG im Jahr 1918 aufgebrachte Definition. Ihr zufolge soll die Eigenart der *treuhänderischen* Abtretung darin bestehen,

„dass der Abtretungsempfänger nach außen hin – entsprechend der selbständigen (abstrakten) Natur der Abtretung – das volle Gläubigerrecht erwirbt, während er nach innen im Verhältnis zum Abtretenden schuldrechtlich zur Einhaltung der Beschränkungen verbunden ist, die sich aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben“.³⁰

Nach dieser Formulierung reduziert sich die Treuhand auf eine Rechtsinhaberschaft mit schuldrechtlichen Beschränkungen, wie sie immer schon dann besteht, wenn ein Rechtsinhaber in Bezug auf sein Recht dem Anspruch eines anderen ausgesetzt ist. Insbesondere der Verkäufer ist im Hinblick auf die verkaufte Sache in der soeben angeführten Weise beschränkt. Er kann die verkaufte Sache zwar auch an einen Dritten übereignen, schuldrechtlich ist er jedoch verpflichtet, alles zu unterlassen, was den Rechtserwerb des Erstkäufers zu vereiteln geeignet ist.³¹ Diese allgemeine Bindung, wie sie jedem schuldrechtlichen Geschäft entspricht, kann aber nicht ausreichen, ein Sonderrecht der Treuhand zu begründen.³² Würde nämlich jeder Inhaber eines schuldrechtlichen Anspruchs so gestellt, als wäre er bereits Inhaber des zu übertragenden Rechts, ginge es nicht mehr um die Bestimmung einer Mittelposition im Grenzbereich zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, sondern die Trennung wäre vollständig aufgehoben.

d) Resümee

Spätere Entscheidungen des RG haben – vom Unmittelbarkeitsprinzip abgesehen³³ – keine Präzisierung des Treuhandbegriffs gebracht, sondern ebenfalls nur

²⁹ Vgl. dazu schon *Schless*, Stellvertretung, S. 8 f. (zur mittelbaren Stellvertretung) und S. 40 ff. (zur Treuhand).

³⁰ RG, 28. I. 1918, RGZ 92, 105, 106 f.

³¹ Vgl. dazu *Larenz*, Schuldrecht AT, § 2 I (S. 9 f.) und § 2 II (S. 17 f.); *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, S. 3.

³² Siehe schon oben S. 13 ff. und eingehend unten S. 159 ff.

³³ Vgl. dazu unten S. 52 ff. und 120 ff.

allgemein die schuldrechtliche Bindung im Innenverhältnis herausgestellt.³⁴ Mit dem Hinweis auf den „Vorteil“ oder das „Interesse“ des Treugebers sind daher zwar vage Ansätze zur Definition des Vermögensinteresses vorhanden. Sie sind aber zur Abgrenzung der Treuhandwirkungen nicht ausreichend.

2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Auch der BGH hatte sich in einer Vielzahl von Entscheidungen mit Treuhandfragen zu beschäftigen. Soweit darin die Treuhand definiert wird, knüpft der BGH durchweg an die Ausführungen des RG an, die er zum Teil präzisiert, im Wesentlichen aber unverändert übernimmt.

In der ersten einschlägigen³⁵ Entscheidung aus dem Jahr 1956 rekurrierte der BGH auf die späte Rechtsprechung des RG, nach der ein Treuhandverhältnis anzunehmen ist,

„wenn dem Treuhänder nach außen die Stellung eines Vollberechtigten eingeräumt wird, während er im Innenverhältnis zum Treugeber gehalten ist, über das Treugut nur in bestimmter Weise zu verfügen.“³⁶

Im Jahr 1963 stellte er auf die Differenzierung zwischen formeller und wirtschaftlicher Vermögenszugehörigkeit ab. Für den Fall der unmittelbaren Übertragung gehört das Treugut nach Ansicht des BGH

„zwar formal juristisch dem Treuhänder, materiell und wirtschaftlich aber zum Vermögen des Treugebers und fällt daher im Konkurs des Treugebers in die Masse, während es im Konkurs des Treuhänders ausgesondert werden kann.“³⁷

a) Nutzung der Vermögenssubstanz

Nur ein Jahr später griff der BGH³⁸ auf diejenige Definition des RG zurück, die maßgeblich darauf abgestellt hatte, dass der Treuhänder den übertragenen Vermögensgegenstand „nicht zu seinem Vorteil solle gebrauchen dürfen“.³⁹ Diesen Ansatz präzisierte der BGH im Hinblick auf eine entgeltliche Tätigkeit des Treuhänders. Ein eigenes Interesse des Treuhänders spreche nicht gegen das Vorliegen eines Treuhandverhältnisses, sondern nur für eine besondere Ausge-

³⁴ Vgl. z.B. die späte Entscheidung des RG, 19. 2. 1937, RGZ 153, 366, 368, deren Definition in der nachfolgend im Text zitierten Entscheidung des BGH übernommen wird.

³⁵ Der BGH befasste sich zwar auch schon zuvor mit Treuhandfragen (insbesondere in BGH, 1. 6. 1953, LM Nr. 2 zu § 771 ZPO, und BGH, 5. 11. 1953, BGHZ 11, 37 = NJW 1954, 190), unternahm insoweit aber nicht den Versuch einer Definition der Treuhand.

³⁶ BGH, 20. 3. 1956, DB 1956, 890 unter Hinweis auf RGZ 153, 366, 368.

³⁷ BGH, 11. 12. 1963, WM 1964, 179.

³⁸ BGH, 25. 11. 1964, WM 1965, 173, 174.

³⁹ Siehe oben S. 25.

staltung.⁴⁰ Der Gedanke des „Interesses“ oder des „Vorteils“ des Treugebers bezieht sich demnach nur auf die Nutzung der Vermögenssubstanz, nicht hingegen auf die Vergütung, die der Treuhänder für seine Tätigkeit erhält.⁴¹

Ebenfalls geringfügig präzisierend sind die Ausführungen in einem Urteil aus dem Jahr 1972, in dem der BGH das „Wesen der sog. uneigennützigen Treuhand“ dahingehend definiert,

„daß der treuhänderisch zu verwaltende Vermögensgegenstand formell aus dem Vermögen des Treugebers ausscheidet, der Treuhänder Inhaber dieses Rechtes wird und lediglich im Innenverhältnis verpflichtet bleibt, dieses nach wie vor wirtschaftlich zum Vermögen des Treugebers gehörige Recht zwar im eigenen Namen, aber nur *im Interesse und zum Nutzen des Treugebers* geltend zu machen und auf Verlangen auf diesen zurückzuübertragen.“⁴²

Zu dem schon aus der Rechtsprechung des RG bekannten, allerdings sehr offenen Begriff des „Interesses“ tritt hier der „Nutzen“ des Treugebers hinzu. Ob dieser „Nutzen“ allerdings im Sinne einer zeitweisen Gebrauchsmöglichkeit oder im Sinne einer Nutzung der Vermögenssubstanz zu verstehen ist, lässt sich der Formulierung nicht mit letzter Sicherheit entnehmen. Daher bleibt offen, ob auch ein Rechtsverhältnis als Treuhand anzusehen wäre, in dem nicht der Treugeber, sondern der Treuhänder das Recht hat, die laufenden Nutzungen aus der Sache zu ziehen (Nutzungstreuhand).⁴³ Der nachfolgende Hinweis des BGH auf die Rückübertragungspflicht mag dafür sprechen, dass das Gericht an die zeitweilige Nutzungsmöglichkeit gar nicht gedacht, sondern nur die Nutzung im Sinne der „Verwertung“ der Vermögenssubstanz im Auge hatte.

b) Weisungsbindung

In zwei gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen aus den Jahren 1976 und 1991 betonte der II. Zivilsenat neben dem Handeln im fremden Interesse vor allem die Weisungsbindung des Treuhänders. Die Rechtsnatur der uneigennützigen Treuhand sei dadurch gekennzeichnet, dass

„die Treuhandabtretung von Geschäftsanteilen den Treuhänder nach außen zum Gesellschafter macht, dieser aber im Innenverhältnis gebunden ist und die ihm formal zustehenden Gesellschafterrechte nur im Interesse und nach den Weisungen des Treugebers ausüben darf.“⁴⁴

⁴⁰ BGH, 25. 11. 1964, WM 1965, 173, 174; in gleichem Sinne auch BGH, 5. 5. 1969, WM 1969, 935.

⁴¹ Vgl. dazu auch die Präzisierung bei *Grundmann*, Treuhandvertrag, S. 93 und insbes. S. 192 ff.

⁴² BGH, 9. 2. 1972, WM 1972, 383 f.; Hervorhebung durch den Verfasser.

⁴³ Dazu unten S. 314 ff.

⁴⁴ So BGH, 11. 10. 1976, BB 1977, 10; ähnlich BGH, 17. 6. 1991, WM 1991, 1753, 1755: „Der Treuhänder ist im wirtschaftlichen Interesse des Treugebers tätig und an seine Weisungen gebunden.“

Derselbe Gedanke findet sich auch in der jüngsten Grundsatzentscheidung des für das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenat aus dem Jahr 2003, in der es um die Bestimmung der Vermögenszuordnung i.S.v. § 47 InsO ging. Im Rahmen einer teleologischen Interpretation des § 47 InsO soll eine vom dinglichen Recht abweichende Vermögenszuordnung bei der Treuhand deshalb gerechtfertigt sein,

„weil der Treuhänder das dingliche Recht von vorneherein nur in einer die Ausübungsbefugnis im Interesse eines anderen einschränkenden Gestalt erhalten hat. Infolge der Vereinbarung mit dem Treugeber hat der Treuhänder das Eigentum – auch dann, wenn es ihm von einem Dritten übertragen wurde – nur in solcher Weise eingeschränkt erworben, dass dem Treugeber wegen seiner von Anfang an bestehenden Weisungsbefugnis der Gegenstand vermögensmäßig zuzuordnen ist.“⁴⁵

Die Weisungsbefugnis des Treugebers ist ein neuer Aspekt, der die in früheren Urteilen des RG und des BGH betonte schuldrechtliche Bindung im Innenverhältnis präzisiert. Während zuvor nur davon die Rede war, dass der Treuhänder „im Innenverhältnis zum Treugeber gehalten ist, über das Treugut nur in bestimmter Weise zu verfügen“⁴⁶, wird nunmehr betont, dass diese Bindung aufgrund eines bestehenden Weisungsrechtes des Treugebers besteht.

c) Die schuldrechtliche Bindung als untaugliches Abgrenzungskriterium

Ob damit allerdings eine neue Linie der Rechtsprechung in dem Sinne begründet werden sollte, dass das Weisungsrecht in Zukunft entscheidendes Abgrenzungskriterium für die Treuhand ist, dürfte noch offen sein. Es finden sich nämlich in jüngerer Zeit auch andere Formulierungen, die im Gegenteil eine Aufweichung der Treuhanddefinition erkennen lassen. So wies der II. Zivilsenat in seinem Urteil aus dem Jahr 1991 zwar auf die Weisungsbindung des Treuhänders hin, definierte die „fiduziarische Vollrechtstreuhand“ aber mit folgenden Worten:

„Eine solche liegt vor, wenn ein Gesellschafter (als Treuhänder) Inhaber eines Anteils mit der Maßgabe ist, daß er die Rechte aus der Beteiligung nur unter Beachtung eines mit dem Treugeber geschlossenen Treuhandvertrags ausüben darf.“⁴⁷

Als Grundlage für die Anerkennung von Außenwirkungen der Treuhand wäre diese Definition jedenfalls ungeeignet, weil auf ihrer Grundlage praktisch jeder Inhaber eines Gesellschaftsanteils, der hinsichtlich der Ausübung der Beteiligungsrechte einer vertraglichen Beschränkung unterliegt, zum Treuhänder erklärt werden könnte. Auch derjenige, der mit anderen Gesellschaftern sein

⁴⁵ BGH, 24.6.2003, BGHZ 155, 227, 233 = NJW 2003, 3414, 3415 f. = WM 2003, 1733, 1734 unter Ziff. II. 2. c) der Gründe.

⁴⁶ Siehe zuvor S.27.

⁴⁷ BGH, 17.6.1991, WM 1991, 1753, 1754 unter Hinweis auf „Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, S.1376“.

Stimmverhalten vertraglich koordiniert, darf seine Rechte nur unter Beachtung dieses Vertrages ausüben, kann aber gleichwohl nicht ernsthaft als Treuhänder angesehen werden.

Gleiches gilt für eine Entscheidung des IX. Zivilsenats aus dem Jahr 1992, in der es zur Rechtfertigung der Vollstreckungswirkungen der Treuhand heißt:

„Das Treugut gehört zwar rechtlich zum Vermögen des Treuhänders. Wegen der im Innenverhältnis aufgrund des Treuhandvertrags bestehenden Beschränkung der Rechtsmacht des Treuhänders ist der treuhänderisch übertragene Gegenstand jedoch sachlich und wirtschaftlich dem Vermögen des Treugebers zuzuordnen.“⁴⁸

Derartige Definitionen führen zu einer ähnlichen Weite wie jene des RG, die lediglich auf die Vollrechtsstellung mit obligatorischer Bindung abstellten. Nicht jeder Rechtsinhaber, der obligatorisch in der Ausübung seines Rechtes gebunden ist, kann allein deshalb Treuhänder sein. Anderenfalls müssten Treuhandwirkungen in weitaus größerem Maße als bisher anerkannt werden, die Grenze zwischen Schuldrecht und Sachenrecht ginge vollständig verloren.

d) Die neue „Zwei-Komponenten-Theorie“ des IX. Zivilsenats

Auch die Grundsatzentscheidung des IX. Zivilsenats aus dem Jahr 2003 lässt nicht klar erkennen, ob die Weisungsbindung des Treuhänders nun das entscheidende Abgrenzungskriterium sein soll. Als Definition der Treuhand findet sich in dem Urteil die folgende Formulierung:

„Der Begriff des Treuhänders bezeichnet nach allgemeinem Rechtsverständnis eine natürliche oder juristische Person, die von einem anderen oder für ihn von einem Dritten Vermögensrechte zu eigenem Recht erworben hat, diese aber nicht nur in eigenem Interesse, sondern zumindest auch in fremdem Interesse ausüben soll. Der Treuhänder erhält danach Vermögenswerte übertragen, von denen er nur nach Maßgabe der Treuhandvereinbarung Gebrauch machen darf. [...] Für die echte Treuhand typisch ist damit, daß sie neben der schuldrechtlichen eine dingliche Komponente aufweist, indem die Rechte an einem Gegenstand auf den Treuhänder verlagert und ihm zugleich in der Weise anvertraut werden, daß er seine Befugnisse nur in einer inhaltlich mit dem Treugeber abgestimmten Weise ausüben darf. Da beide rechtlichen Elemente zusammengehören, ist es verfehlt, das Aussonderungsrecht in Treuhandfällen allein aus der „quasidinglichen“ Rechtsstellung des Treugebers oder nur aus der schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen ihm und dem Treuhänder herzuleiten.“⁴⁹

⁴⁸ BGH, 19. 11. 1992, WM 1993, 83, 84 = BB 1993, 96 = ZIP 1993, 213 = NJW-RR 1993, 301 = DB 1993, 728 = MDR 1993, 529 = KTS 1993, 256 = LM Nr. 5 zu § 43 KO; ähnlich auch die Entscheidung desselben Senats vom 8. 2. 1996, NJW 1996, 1543 = WM 1996, 662 = BB 1996, 873 = MDR 1996, 630 = KTS 1996, 305 = LM Nr. 22 zu § 771 ZPO, in der es heißt: „Schon wegen der auf dem Treuhandvertrag beruhenden Beschränkung der Rechtsmacht des Verwaltungstreuhänders im Innenverhältnis ist die von ihm gehaltene Forderung dem Vermögen des Treugebers zuzuordnen.“; vgl. dazu noch unten S. 84.

⁴⁹ BGH, 24. 6. 2003, BGHZ 155, 227, 232 f. = NJW 2003, 3414, 3415 = WM 2003, 1733, 1734 = WuB VI C. § 47 InsO 1.03 *Bitter* unter Ziff. II. 2. b) der Gründe.

Diese Definition zeigt sehr deutlich, dass der IX. Zivilsenat die Treuhand im Mittelbereich zwischen Schuldrecht und Sachenrecht ansiedelt: Sie soll aus zwei Komponenten bestehen, einer dinglichen und einer schuldrechtlichen.⁵⁰ Die dingliche Komponente der Treuhand leitet der BGH allerdings nicht aus einem funktionellen Vergleich der Rechtsposition des Treugebers mit der eines Vollrechtsinhabers her, sondern aus dem dinglichen Übertragungsakt zwischen dem Treugeber oder einem Dritten und dem Treuhänder. Im Ergebnis liegt daher die Besonderheit der Treuhand nach Ansicht des BGH in einer Übertragung dinglicher Rechte unter Hinzufügung schuldrechtlicher Beschränkungen.⁵¹

Wenig später führt der IX. Zivilsenat in dem Urteil aus, der Erwerb des Treuhänders sei aufgrund der „aus der Treuhandabrede ersichtlichen Ausübungsbeschränkung [...] für ihn lediglich mit einem sehr begrenzten Vermögenszuwachs verbunden“.⁵² Doch führt dies in der Sache nicht weiter. Wenn das „Vermögensinteresse“ des Treugebers allein von der schuldrechtlichen Beschränkung abhängig gemacht wird, ist erneut fraglich, warum ein Verkäufer, der schuldrechtlich zur Übereignung eines Gegenstandes verpflichtet ist, nicht gleichermaßen ein nur noch begrenztes Vermögensrecht an dem Gegenstand haben soll und deshalb auch dort von einer Treuhand an dem Gegenstand gesprochen werden könnte.⁵³ Ob der BGH den Unterschied beider Fälle in der an anderer Stelle des Urteils betonten Weisungsbindung des Treuhänders sieht, lässt sich der Entscheidung nicht eindeutig entnehmen. Sollte das Weisungsrecht als taugliches Abgrenzungskriterium für die Treuhandwirkungen in Betracht gezogen werden, müsste jedenfalls näher begründet werden, warum die schuldrechtliche Bindung des Treuhänders aufgrund eines Weisungsrechtes zu einer anderen Vermögenszuordnung führen soll als die schuldrechtliche Bindung des Verkäufers einer Sache, der ebenfalls nicht mehr frei in seinem Verfügungsrecht ist.

3. Ergebnis der Rechtsprechungsanalyse

Zusammenfassend lässt sich folgendes festhalten: Ein hinreichend fassbares sachliches Kriterium zur Rechtfertigung von Treuhandwirkungen lässt sich den Definitionen der Rechtsprechung nicht entnehmen. Der Hinweis auf die rechtliche und wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit suggeriert eine Klarheit, die

⁵⁰ *Ganter*, in FS Kreft, S. 251, 264 = ZInsO 2004, 1217, 1222, spricht deshalb von „Zwei-Komponenten-Theorie“.

⁵¹ Vgl. aber auch MünchKommInsO/*Ganter*, § 47 Rdn. 356a (2. Auflage), wo die dingliche Komponente nunmehr in der Sonderung des Treuguts vom Vermögen des Treuhänders gesehen wird. Eine solche Vermögenssonderung setzt nicht zwingend einen vorangehenden Übertragungsakt voraus.

⁵² BGH, 24. 6. 2003, BGHZ 155, 227, 233 = NJW 2003, 3414, 3416 = WM 2003, 1733, 1734 = WuB VI C. § 47 InsO 1.03 *Bitter* unter Ziff. II. 2. c) der Gründe.

⁵³ Insoweit übereinstimmend *Fridgen*, ZInsO 2004, 530, 538, der jedoch dem Aussonderungsrecht des Treugebers bei der fremdnützigen Treuhand insgesamt kritisch gegenübersteht.

in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Das „Vermögensinteresse“, das Grundlage der wirtschaftlichen Zuordnung eines Gegenstandes zum Vermögen des Treugebers sein soll und in der Folge zur Anerkennung von Treuhandwirkungen führt, wird – wenn überhaupt – nur sehr nebulös als „Interesse“, „Vorteil“ oder „Nutzen“ des Treugebers beschrieben. Es bleibt jedoch erheblicher Präzisierungsbedarf, worin genau diese Interessen-, Vorteils- oder Nutzenzuordnung besteht. Soweit die Rechtsprechung vor allem in jüngerer Zeit die Weisungsbindung des Treuhänders betont, bleibt zu klären, inwieweit gerade diese schuldrechtliche Bindung eine vom dinglichen Recht abweichende Vermögenszuordnung rechtfertigt.⁵⁴

II. Analyse der Literatur

Die in der Literatur vorzufindenden Beschreibungen und Definitionen der Treuhand⁵⁵ stimmen im Wesentlichen mit denen der Rechtsprechung überein. Zum Teil wird auch in der Literatur nur allgemein auf die Übertragung des Vollrechts „unter Hinzufügung interner Verabredungen“⁵⁶, „unter einer die Interessenlage berücksichtigenden Beschränkung“⁵⁷ sowie darauf abgestellt, dass der Treuhänder dem Treugeber im Innenverhältnis schuldrechtlich verpflichtet ist, „das Treugut nur entsprechend der Treuabrede zu gebrauchen“.⁵⁸ Zu derart weiten Formulierungen ist schon das Nötige gesagt.

1. Die Definition von *Schultze* und ihre Weiterentwicklung in der Literatur

Die gebräuchlichste, von *Siebert*⁵⁹ bereits 1933 als „uralt und Gemeingut aller Rechtskulturen“ bezeichnete Definition der Treuhand hat sich im Anschluss an den berühmten Aufsatz von *Schultze* zum „Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht“ aus dem Jahr 1901 in der Literatur weitgehend durchgesetzt.⁶⁰ Nach *Schultze* soll gemäß einem aus der älteren in die moderne deutsche Rechtssprache übergegangenen Ausdruck als Treuhänder bezeichnet werden, „wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen.“⁶¹

⁵⁴ Dazu unten S. 316 ff.

⁵⁵ Vgl. auch die kurze Zusammenstellung bei *Picherer*, Sicherungsinstrumente, S. 59 ff.

⁵⁶ So z.B. *Reinhardt/Erlinghaben*, JuS 1962, 41, 42.

⁵⁷ So z.B. *Haemmerle*, Gutachten, S. 668.

⁵⁸ So *Böhm*, Auslegung, S. 69; ähnlich *Lammel*, Haftung, S. 7; auch *Armbrüster*, Beteiligung, S. 12: Der Treuhänder ist dem Treugeber „im Innenverhältnis schuldrechtlich zu einem bestimmten Umgang [mit dem Treugut] verpflichtet.“

⁵⁹ *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 1.

⁶⁰ Vgl. dazu auch *Otten*, Entwicklung, S. 1; *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 10 f. mit Hinweis in Fußn. 14.

⁶¹ *Schultze*, Jher.Jb. 43 (1901), 1.

Diese Formulierung hat *Siebert* übernommen und an den Anfang seiner Habilitationsschrift gestellt.⁶² Sie findet sich in fast⁶³ allen maßgeblichen Stellungnahmen im Schrifttum.⁶⁴

Teilweise hat man allerdings modifizierend eingefügt, der Treuhänder dürfe die Rechte „nicht im überwiegenden eigenen Interesse“⁶⁵ bzw. „nicht, oder wenigstens nicht ausschließlich, in eigenem Interesse“⁶⁶ gebrauchen. Damit sollen auch die – schon von *Schultze*⁶⁷ angeführten⁶⁸, in seiner Definition aber nicht unmittelbar berücksichtigten – Fälle der Sicherungsübertragung erfasst werden. Bei der Sicherungstreuhand können die Rechte zwar nicht vollständig, aber doch in gewissem Maße (nämlich im Sicherungsfall) dem Interesse des Rechtsträgers dienen.⁶⁹

Eine Erweiterung der *Schultze'schen* Definition findet sich auch in der Dissertation von *Scharrenberg*, die sich schwerpunktmäßig mit den Rechten des Treugebers in der Zwangsvollstreckung befasst. Alle denkbaren Treuhandfälle sollen mit folgender Formulierung erfasst werden:

„Eine Treuhand liegt vor, wenn einer natürlichen oder juristischen Person ein oder mehrere Rechte oder Sachen (Treugut) in Form einer gewissen eigenrechtlichen Machtstellung (Einwirkungsmacht) anvertraut werden, die sie ohne Minderung des eigenen Vermögens zumindest auch im Interesse anderer Personen oder objektiver Zwecke ausüben soll.“⁷⁰

Die „gewisse eigenrechtliche Machtstellung“ meint dasselbe, was *Coing* als das „sachliche Element“ der Treuhand gekennzeichnet hat, das neben das „persön-

⁶² *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 1.

⁶³ Abweichend wohl nur *Nord*, Recht, S. 6, der auf eine „Verfügungsbefugnis“ im eigenen Namen abstellt, obwohl die Treuhand keine Verfügungen des Treuhänders impliziert; gegen *Nord* auch *Emmerich*, Sanierung I, S. 168, mit dem in eine andere Richtung gehenden Argument, die Annahme eines dinglichen Sonderrechts führe zu einer übermäßigen Beschränkung der Treuhänderstellung nach außen.

⁶⁴ Vgl. neben den in Fußn. 65 und 66 genannten Autoren die mehr oder weniger wörtliche Übernahme ohne die nachfolgend im Text genannten Modifikation bei *Coing*, Treuhand, S. 1 und eingehend S. 85 ff.; *Friedmann*, Gutachten, S. 823; *Hein*, Grundriss, S. 42; *Hengstberger*, Stellvertretung, S. 24; *Liebich/Mathews*, Treuhand, S. 17 (vgl. mit Modifikation auch S. 55); *Wolter*, Treuhandrecht, S. 5; *Wolff*, Trust, S. 283; ähnlich *Emmerich*, Sanierung I, S. 168 f.; *ders.*, GmbHR 1931, Sp. 153, 156; *Schlosser*, NJW 1970, 681 f.; umfangreiche Nachweise zum älteren Schrifttum bei *Schless*, Stellvertretung, S. 41 in Fußn. 2; für die Treuhand an Gesellschaftsanteilen auch *Armbrüster*, Beteiligung, S. 2, der allerdings zusätzlich das Element der „Beteiligung für fremde Rechnung“ einführt.

⁶⁵ So z. B. *Haemmerle*, Gutachten, S. 644 (vgl. auch S. 639, 670); *Liebich/Mathews*, Treuhand, S. 55 (vgl. ohne Modifikation auch S. 17); ähnlich *Aengenheister*, Treuhandkonto, S. 11.

⁶⁶ So z. B. *Siebert*, Treuhandverhältnis, S. 1 und 10 f.; *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 41; *Scharrenberg*, Rechte, S. 14.

⁶⁷ *Schultze*, Jher.Jb. 43 (1901), 1.

⁶⁸ Siehe dazu schon *Haemmerle*, Gutachten, S. 644.

⁶⁹ Gegen die Einbeziehung der Sicherungsübertragung in den Treuhandbegriff allerdings *Hein*, Grundriß, S. 32, 45 und 102 ff.

⁷⁰ *Scharrenberg*, Rechte, S. 15.