

# Kapitel 1: Die Natur der Treuhand im deutschen Recht

## § 5. Einführung

Diese Arbeit soll sich insbesondere durch die nachfolgende ausführliche Untersuchung der Treuhand im deutschen Recht von den bisher erschienenen Arbeiten zur qualifizierten Treuhand abgrenzen. Denn eine intensive Befassung mit der allgemeinen Treuhanddogmatik ist durchaus erforderlich, um die Natur der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil sachgerecht zu untersuchen. Das folgende Beispiel verdeutlicht diese Annahme:

Im Zusammenhang mit der dogmatischen Einordnung der qualifizierten Treuhand wird von einer gewichtigen Ansicht vertreten, dass der Treugeber durch seinen Beitritt in die (Publikums-)Gesellschaft in die Mitgliedschaft des Treuhänders und eben nicht direkt in die Hauptgesellschaft einbezogen wird.<sup>101</sup> Das Ergebnis soll dann eine Zurechnungs- und Zuordnungseinheit aus Treuhänder und Treugeber sein.<sup>102</sup> Die Struktur erinnert an die dogmatische Einordnung des echten Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil.<sup>103</sup> Der Nießbraucher wird ohne Vollübertragung des Gesellschaftsanteils dinglich am Anteil berechtigt,<sup>104</sup> sodass eine dingliche Rechtsgemeinschaft mit dem Besteller und formellen Gesellschafter entsteht.<sup>105</sup> Analog zum echten Nießbrauch am Gesellschaftsanteil hat dann aber auch die Treuhandvereinbarung eine solche dingliche Wirkung. Geht man von solch einer Zurechnungs- und Zuordnungseinheit als Ergebnis der qualifizierten Treuhand aus, muss die deutsche Treuhand jedoch ma-

---

101 So etwa MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 94; Soergel/Hadding/Kießling BGB, § 705 Rn. 29; Ulmer ZHR 156 (1992), 377, 388; ders. FS Odersky, 873, 888 ff.; wohl auch Fleck FS Fischer, 118 ff.

102 Für eine nur eingeschränkte Zurechnung und Zuordnung gesellschaftsrechtlicher Rechte und Pflichten hingegen Armbrüster ZIP 2009, 1885, 1886; ders. Treuhänderische Beteiligung, S. 198 ff.; ähnlich schon Hartmut Erscheinungsformen, S. 87 ff.

103 Dazu ausführlich S. 125 ff.

104 Staudinger/Heinze BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 57; Peters Treuhand und Unterbeteiligung, S. 37 ff.

105 LG Oldenburg, DNotI-Report 2008, 166; Staudinger/Heinze BGB (2017), Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 60; MüKoBGB/Pohlmann § 1068 Rn. 26.

tertiell-rechtlich überhaupt dazu in der Lage sein, eine solche dingliche Treuhandwirkung zu erzeugen.

Tatsächlich kennt die Rechtsprechung bei Ihrer Behandlung der Treuhand in der Zwangsvollstreckung nicht mehr nur das Unmittelbarkeitsprinzip, welches Billigkeitsrecht beschränkt (dazu § 2.), sondern begründet den Vollstreckungsschutz mittlerweile mit einer Verdinglichung des zugrundeliegenden Treuhandvertrages (dazu § 3.). Auch in der Literatur wurde bereits versucht, ein besonderes Treuhandinnenrecht mit Außenwirkungen zu begründen (dazu § 4.). Kann man aber ein solches Verständnis der Treuhand nicht mit dem historischen Willen des Gesetzgebers und geltendem Recht (§ 137 BGB und *Numerus-Clausus*-Prinzip im Sachenrecht) vereinbaren, sondern muss die Treuhandwirkung im Außenverhältnis auf Probleme in der Zwangsvollstreckung reduzieren (dazu § 5), haben Ansichten, die als Resultat der qualifizierten Treuhand eine dingliche Überlagerung des Gesellschaftsanteils sehen, erhebliche Begründungsschwierigkeiten. Aus diesem Grund ist eine ausführliche Behandlung der allgemeinen Natur der Treuhand im deutschen Recht erforderlich.

## § 6. Die frühe Reichsgerichtsrechtsprechung

### I. Materielle Gerechtigkeit als Treuhandkorrektiv

In der frühen Reichsgerichtsrechtsprechung entwickelte sich eine am Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit orientierte Treuhand-Rechtsprechung. Im Kern ging es dabei um eine Rechtsträgerfiktion nach materiellem Gerechtigkeitsbefinden.<sup>106</sup> Sofern die formelle Rechtslage zu untragbaren Ergebnissen führte, wurde zugunsten oder zulasten des wirtschaftlichen Inhabers von der Eigentumslage abgewichen. Dogmatisch bediente man sich dabei unterschiedlichster Instrumente.

Im Jahr 1884 etwa entschied das Reichsgericht, wie schon zuvor beim Vollindossament zu Inkassozwecken,<sup>107</sup> dass ein Kläger sich der Arglist schuldig mache, „wenn er sich nicht die aus der Person der wahren Geschäftsherrin zu erhebenden Einwendungen gefallen lassen will und sich zu deren Beseitigung auf seine formale Gläubigerstellung stützt“.<sup>108</sup>

---

106 Ausdrücklich etwa RGZ 24, 45, 47 mit Verweis auf ROHGE Bd. 9 Nr. 29; Bd. 22 Nr. 60.

107 RGZ 4, 100; vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 415.

108 RGZ 11, 123, 128 f.

Jemand der eine Forderung ausschließlich im Interesse eines Hintermanns dinglich besitze, müsse Einwendungen gegen sich gelten lassen, die dem Schuldner gegenüber dem Hintermann zustehen.

1. Treugeberschutz nach der Gefahrtragungsthese (Art. 368 Abs. 2 ADHGB analog)

Im Jahr 1890 ließ das Reichsgericht die Aussonderung des Treugebers in der Insolvenz des Treuhänders mit der Begründung zu, dass der „Wille der Kontrahenten garnicht auf eine wirkliche Übertragung [...] an den Gemeinschuldner gerichtet [war]“.<sup>109</sup> Die zedierete Forderung sei daher zwar formell Eigentum des Mandatars geworden, materiell jedoch sei die Forderung Eigentum des Zedenten geblieben, sodass das Gericht keinem Bedenken unterlag, Art. 368 Abs. 2 ADHGB (heutiger § 392 Abs. 2 HGB) analog auf diesen Fall anzuwenden.<sup>110</sup> Entscheidend für dieses materiell billige Ergebnis sei, dass „nach dem Vertrage die Einziehung der Ausstände durch den Gemeinschuldner auf Kosten und Gefahr des Bekl. geschehen sollte“.<sup>111</sup> In einem anderen Fall begründete das Reichsgericht ein Aussonderungsrecht etwas zurückhaltender aber mit denselben materiellen Erwägungen: Den Gläubigern könne schlicht nicht mehr zustehen, als dem Treuhänder selber. Letzterer sei schließlich gegenüber dem Treugeber nicht berechtigt, das Treugut zurückzuhalten, sodass ihm das Treugut nur formal, nicht aber materiell zustünde.<sup>112</sup>

2. Kein Schutz bloßer Verschaffungsansprüche

Auf der anderen Seite hatte man keinen Zweifel daran, dass der bloße Verschaffungsanspruch in der Zwangsvollstreckung keinen Schutz verdient. So entschied das Gericht etwa im Jahr 1887, dass der Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache die Zwangsvollstreckung nicht hindere und eine Interventionsklage (Dritt widerspruchsklage) nicht begründe.<sup>113</sup> Gleichzeitig aber hieß es auch man billige nicht die Ansicht

---

109 RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11).

110 RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11).

111 RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11).

112 RGZ 35, 77, 78.

113 RGZ 18, 365, 366 f.

des Berufungsgerichts, dass schuldrechtliche Ansprüche überhaupt nicht in der Lage wären, die Intervention zu begründen. Vielmehr genüge beim Depositum (Verwahrung) oder dem Commodate (Leihe) der Nachweis des entsprechenden obligatorischen Verhältnisses.<sup>114</sup> Das Gericht arbeitete jedoch nicht die besondere Natur des Käuferanspruchs als Verschaffungsanspruch heraus; insbesondere grenzte es diesen nicht vom nach RG JW 1890, 373 (Nr. 11) schutzwürdigen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch ab. Es pauschalisierte seine Aussage vielmehr für jegliche „schuldnerischen Übertragungsansprüche“.<sup>115</sup> Vermutlich hat diese fehlende Klarstellung letztlich den Weg für das spätere „Treuhänddilemma“ im deutschen Recht bereitet.

## II. Das Unmittelbarkeitsprinzip

Das BGB wurde am 18. August 1896 ausgefertigt. Im Rahmen der Verhandlungen der zweiten BGB-Kommission wurde vorgeschlagen, einen dem Art. 368 Abs. 2 ADHGB entsprechenden Paragraphen entweder im allgemeinen Teil oder im Auftragsrecht des BGB aufzunehmen. Denn schließlich wendete auch schon das Reichsgericht die Vorschrift analog auf gemeinrechtliche Sachverhalte an.<sup>116</sup> Ein Antrag zur Anpassung des Auftragsrechts wurde durch die Kommission jedoch entschieden abgelehnt.<sup>117</sup> Ein anderer Antrag in Bezug auf den allgemeinen Teil des BGB wurde vor dessen Verhandlung zurückgezogen.<sup>118</sup>

### 1. Keine Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB

Kurz nach der Gesetzesausfertigung, im Dezember 1897, stellte sich das Reichsgericht plötzlich auf den Standpunkt, dass Art. 368 Abs. 2 ADHGB (§ 392 Abs. 2 HGB n.F.) eine nicht analogiefähige Sondervorschrift sei. Forderungen, zu deren Rückabtretung der Beauftragte verpflichtet sei, könnten vor der Abtretung im Verhältnis zu den Gläubigern des Beauf-

---

114 RGZ 18, 365, 366.

115 Diese Formulierung wird in späteren Entscheidungen unter Zitierung dieser Entscheidung vielfach benutzt, vgl. nur RGZ 91, 12, 16.

116 Siehe oben Fn. 110.

117 Vgl. BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 f.

118 Vgl. BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 in Fn. 1.

tragten nicht als solche des Auftraggebers behandelt werden.<sup>119</sup> Diese Entscheidung lässt eine hinreichend ausführliche Begründung vermissen, zumal sie konträr zu der bis dahin entwickelten Rechtsprechung war. So trug zuvor der Auftraggeber nach der herrschenden Rechtsprechung noch wie ein Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs (bei Forderungen, das Bonitätsrisiko) und war daher mit einem Aussonderungsrecht oder einer Drittwiderspruchsklage zu schützen.<sup>120</sup>

Im Jahr 1904 urteilte das Reichsgericht über eine Drittwiderspruchsklage bei einer Erwerbstreuhand und bestätigt seine Abkehr von der alten Rechtsprechung demgemäß: Ausweislich der Materialien zur zweiten Lesung des Entwurfes seien Vorschläge zur Aufnahme einer Schutzvorschrift zugunsten des mittelbaren Stellvertreters in das Auftragsrecht oder das Recht der Stellvertretung bewusst abgelehnt worden.<sup>121</sup> Der Gesetzgeber habe gewollt, dass derjenige, der sich zur Besorgung seiner Geschäfte fremder Hilfe bedient, seinem Gehilfen entweder eine Vollmacht ausstellt und damit die Risiken einer weitgehenden Haftung in Kauf nimmt oder den Weg der unregelmäßig mittelbaren Stellvertretung wählt, dann aber das Insolvenzrisiko des mittelbaren Stellvertreters trägt.<sup>122</sup> Daher verbiete sich auch eine Analogie zur Sondervorschrift des § 392 Abs. 2 HGB. Eine Analogie würde zudem den Kredit erheblich stören, „wenn die Gläubiger einer Person nicht mehr sicher wären, daß das Vermögen, welches sich äußerlich als [dem Schuldner] gehörig darstellte, auch rechtlich entsprechend behandelt würde“.<sup>123</sup>

## 2. Anschließende Relativierung

### a) Unmittelbarkeitsprinzip

Im Jahr 1909 begründete der 7. Zivilsenat des Reichsgerichts die Ablehnung eines Vollstreckungsschutzes zum ersten Mal mit der Tatsache, dass der Vollstreckungsschuldner das Eigentum an der gepfändeten Sache nicht unmittelbar vom Treuhänder erworben hat (sog. Unmittelbar-

---

119 RGZ 40, 85, 86.

120 So noch RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11). Dazu oben Fn. 110.

121 RGZ 58, 273, 276 mit Verweis auf BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 f.

122 RGZ 58, 273, 276.

123 RGZ 58, 273, 276 f.

keitsprinzip).<sup>124</sup> Denn nur dann erwerbe der Treuhänder fiduziarisches Eigentum.<sup>125</sup> Es stützte sich dabei auf die später im Jahre 1914 erneut herangezogene Erwägung, schon begrifflich sei eine *Fiduzia* ausgeschlossen, wenn der eine dem anderen die Sache nicht formell zu treuen Händen anvertraut hat. Andernfalls könne der Rechtsverkehr nicht erkennen, was Sondereigentum sei.<sup>126</sup> Dieses Argument ist eng mit dem Kreditgefährdungsargument der zweiten BGB-Kommission verwandt.<sup>127</sup> Weiter führt das Reichsgericht seine Gründe für eine Versagung des Vollstreckungsschutzes im berühmten Urteil RGZ 84, 214 aus dem Jahr 1914 aus.<sup>128</sup> Man berief sich nun ausdrücklich auf die Motive des Gesetzgebers<sup>129</sup> und fügte hinzu, dass der Begriff der „Treuhand“ sonst „völlig ins unbestimmte zerfließen“ würde und dadurch die Verkehrssicherheit gefährdet sei.<sup>130</sup> Es ist richtig, wenn daher behauptet wird, dass das Gericht vielmehr auf ein Offenkundigkeitsprinzip abstellte. Zur Herstellung von Offenkundigkeit meinte es mit der Übertragungstreuhand ein geeignetes Mittel gefunden zu haben.<sup>131</sup>

## b) Surrogationsverbot

Schon das Reichsgericht entwickelte aus dem Unmittelbarkeitsprinzip heraus das Surrogationsverbot.<sup>132</sup> Danach wird ein Gegenstand, der an die Stelle des bisherigen Treuguts tritt, selbst kein Treugut, sodass der Treugeber seinen Vollstreckungsschutz verliert.<sup>133</sup> Insbesondere verweist das Gericht zur Begründung wieder auf die Feststellung, dass das BGB

---

124 RG JW 1909, 4 f. (Nr. 2) = Gruchot 54 (1910), 623 ff.

125 RG a.a.O.

126 RG JW 1909, 4 f. (Nr. 2) = Gruchot 54 (1910), 623, 626 f.

127 RGZ 58, 273, 276 mit Verweis auf BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 f.

128 RGZ 84, 214. Auf dieses Urteil wird – meist in Zusammenhang mit dem Unmittelbarkeitsprinzip – verwiesen von u.a. Erman/Berger BGB, § 662 Rn. 19; MüKoBGB/Schäfer § 662 Rn. 33 (Fn. 87); Staudinger/Martinek/Omlor BGB (2017), Vorbem zu §§ 662 ff. Rn. 41, 47 und 48; vgl. auch RGZ 91, 12.

129 RGZ 84, 214, 216 mit Verweis auf RGZ 18, 366 und RGZ 58, 275.

130 RGZ 84, 214, 216, 217 f.

131 So schon *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 81.

132 RG JW 1911, 581. Später bestätigt in RGZ 94, 305, 307 f.; 153, 366, 369 f.

133 *Beuthien* ZGR 1974, 26, 67; *Ganter* NZI 2008, 583, 586; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 65.

eine dem § 392 Abs. 2 HGB entsprechende Vorschrift nicht kenne.<sup>134</sup> Das Surrogationsverbot ist die schlichte Folge des Unmittelbarkeitsprinzips, was nach der Logik des Letzteren auch als Selbstverständlichkeit erscheint. Denn schließlich werde beim Surrogat das Treugut gerade nicht vom Treugeber anvertraut und unmittelbar auf den Treuhänder übertragen.<sup>135</sup> Zuletzt bestätigte der BGH das Surrogationsverbot im Jahr 2002.<sup>136</sup>

### III. Schlussfolgerung

Nach Inkrafttreten des BGB wurde die Rechtsprechung vor die Aufgabe gestellt, zwei konfligierende Fakten in Einklang zu bringen. Zum einen hielt man es nach wie vor für richtig, in der Insolvenz des Schuldners nicht um jeden Preis die formelle Rechtslage für entscheidend anzusehen, sodass durchaus ein Vollstreckungsschutz unter bestimmten Voraussetzungen für angemessen erschien. Zum anderen konnte man die Schutzwürdigkeitsgrenze nicht mehr in Analogie zu § 392 Abs. 2 HGB ziehen, ohne sich dabei gegen die Entscheidung der zweiten BGB-Kommission zu stellen, eine entsprechende Vorschrift nicht in das BGB zu übernehmen. Das Hauptmotiv des BGB-Gesetzgebers war der Schutz des Verkehrs und der Kreditbereitschaft. Das Produkt dieses Dilemmas ist eine auf den Einzelfall gerichtete Rechtsprechung. Zunächst entwickelte sich mit dem Unmittelbarkeitsprinzip die Fallgruppe der Übertragungstreuhand. Zur Begründung des Vollstreckungsschutzes des Treugebers wurde fortan auf die typische Diskrepanz zwischen wirtschaftlichem und formellem Eigentum hingewiesen.<sup>137</sup> Im Bereich des Aussonderungsrechts zog man zusätzlich die historische Auslegung des Merkmals „Gehören“ heran.<sup>138</sup> Nur wenn der Gegenstand unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers in das Vermögen des Treuhänders fließt, verbleibt das wirtschaftliche Eigentum in der Hand des Treugebers. Diese Entwicklung wurde durch das Urteil

---

134 RG JW 1911, 581, 583 mit Verweis auf RGZ 58, 276; vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 65.

135 So deutlich RGZ 94, 305, 308.

136 BGH NJW 2002, 3253.

137 Staudinger/*Martinek/Omlor* BGB (2017), Vorbem zu §§ 662 ff. Rn. 47.

138 RGZ 45, 80, 85 f. mit Hinweis auf *Hahn/Mugdan* Materialien zur Konkursordnung, S. 161 f.; BGH LM Nr. 2 zu § 771 ZPO, Bl. 1; *Gaul* FS Serick, 105, 107; *Coing* Die Treuhand, S. 43 f.; *Walter* Unmittelbarkeitsprinzip, S. 58 ff.; *Assfalg* Die Behandlung von Treugut; *Asmus* Dogmengeschichtliche Grundlagen, S. 247 ff.; *Scharrenberg* Die Rechte des Treugebers, S. 136 ff.

RGZ 18, 365 ermöglicht, da man verpasste, die schutzwürdige Treuhand dogmatisch von bloßen Verschaffungsansprüchen richtig abzugrenzen. Dabei hätte es nur die Erkenntnis aus RG JW 1890, 373 (Nr. 11) aufgreifen müssen: Entscheidend ist, wer die Gefahr für den zufälligen Untergang der Sache trägt.<sup>139</sup>

### § 7. Die Verdinglichungsdoktrin der neueren Rechtsprechung

Aus dieser unklaren und einzelfallgeprägten Rechtsprechung heraus entwickelte der BGH schließlich im Bereich der Treuhandkonten die Verdinglichungsdoktrin.<sup>140</sup>

#### I. Das Treuhandkonto

Das Treuhandkonto tritt in Gestalt des offenen und verdeckten Treuhandkontos auf.<sup>141</sup> Ein offenes Treuhandkonto entsteht, wenn bei der Kontoeröffnung gegenüber der Bank der Treuhandcharakter aufgedeckt wird und deutlich gemacht wird, dass auf dieses Konto ausschließlich Beträge gutgeschrieben werden sollen, die dem Kontoinhaber in treuhänderischer Bindung zustehen.<sup>142</sup> Dabei ist die Kontoinhaberbezeichnung von besonderer Bedeutung.<sup>143</sup> Das Handeln für fremde Rechnung ist hingegen beim verdeckten Treuhandkonto im Verkehr nicht ohne Weiteres zu erkennen.<sup>144</sup> Eine spezielle Form des offenen Treuhandkontos ist das Anderkonto, welches besonderen Berufsständen mit Kammeraufsicht zur Verfügung steht.<sup>145</sup>

---

139 *Bitter* Rechtsträgerschaft, *passim*.

140 Vgl. BGHZ 11, 37; 61, 72; 109, 47; 188, 317; NJW 1959, 1223; 1971, 559; 1985, 1954; 1987, 3250; 1988, 709; 1993, 2622; 1996, 1543; 1998, 2213; 2002, 3253; NJW-RR 1993, 301; 2003, 1375; ZIP 2005, 1465; OLG Brandenburg ZIP 1998, 952; OLG Hamm ZIP 1999, 765; OLGR Dresden 2009, 378.

141 *Obermüller* Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 2.146.

142 BGHZ 61, 72; WM 1983, 873; NJW 1987, 3250; *Obermüller* Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 2.146.

143 BGH NJW 1996, 840.

144 Vgl. MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 392a.

145 MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 395; Uhlenbruck/*Brinkmann* InsO, § 47 Rn. 96; *Obermüller* Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 2.146.



Beim Treuhandkonto ist das Treugut die Forderung des kontoführenden Treuhänders gegenüber der Bank. Zahlt aber der Treuhänder unmittelbar vom Treugeber übereignetes Geld auf ein solches Konto ein oder wird Geld treuhänderisch überwiesen, müsste nach den bisher ausgearbeiteten Grundsätzen der Rechtsprechung das Treuhandverhältnis ersatzlos untergehen. Denn wie gezeigt werden Surrogate des Treuguts vom Vollstreckungsschutz nicht erfasst.<sup>146</sup> Das Eigentum an dem Geld wird durch einen Anspruch auf Gutschrift, und später durch einen Anspruch aus der Gutschrift, ersetzt (heutige §§ 675c Abs. 1, 675f Abs. 2 S. 1 BGB).<sup>147</sup>

Wie zu zeigen sein wird, hielt das den BGH aber nicht zurück, in vollkommener Inkongruenz zur bisherigen Rechtsprechung einen Vollstreckungsschutz dennoch anzunehmen. Dies ist die Geburtsstunde der Verdinglichungsdoktrin, die uns bei der Behandlung der Dogmatik der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil noch tiefgreifend beschäftigt wird.

## II. Vermeintliches Grundurteil aus dem Jahr 1953

Im Jahr 1953 befasste sich der BGH erstmals mit der Frage, wie Guthaben auf Treuhandkonten in der Zwangsvollstreckung zu behandeln sind.<sup>148</sup> Der BGH musste darüber entscheiden, ob ein Gläubiger des Treugebers auf Forderungen die auf dem Treuhandkonto verbucht sind, zugreifen kann.<sup>149</sup> Dies lehnte der BGH in diesem Urteil jedoch schon aus formellen Gründen ab. Das Gericht sah in der fehlenden Aktivlegitimation des im Titel bezeichneten Schuldners ein Pfändungshindernis.<sup>150</sup> Es ließ daher die Frage, ob der Treugeber wirtschaftlicher Eigentümer der Guthabenforderungen war, offen.<sup>151</sup>

Aus diesen Gründen hat sich das Gericht auch nicht offen mit dem Unmittelbarkeitsprinzip auseinandergesetzt.<sup>152</sup> Folglich hat man sich auch

---

146 Dazu S. 49.

147 *Bitter* WuB VI C § 47 InsO 3.03 (zugl. Anm. zu OLGR Naumburg 2003, 145); MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 392 f.; *ders.* FS Kreft, 251, 252.

148 BGHZ 11, 37. Die Entwicklung zu den Treuhandkonten kurz zusammenfassend BGH NJW 1993, 2622.

149 Zum Ganzen vgl. BGHZ 11, 37, 37 ff.

150 BGHZ 11, 37, 43.

151 BGHZ 11, 37, 40 ff.

152 So auch *Raiser* JZ 1954, 440, 441 (zugl. Anm. zu BGHZ 11, 37); *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 91.

nicht für eine ausnahmsweise Abkehr von diesem Prinzip entscheiden, wie dies insbesondere im Folgeurteil des 8. Senats im Jahr 1959 aber behauptet wurde.<sup>153</sup> Das Unmittelbarkeitsprinzip wurde nämlich an keiner Stelle des Urteils erwähnt. Es kann auch nicht von einem *obiter dictum* ausgegangen werden. Denn das *obiter dictum* ist eine beiläufige, aber bewusste Stellungnahme höchstrichterlich ungeklärter Rechtsfragen.<sup>154</sup> Weicht ein Gericht von einer ständigen Rechtsprechung ab, ist dies auch beim *obiter dictum* aufgrund des Rechtsstaatsprinzips hinreichend zu begründen.<sup>155</sup>

### III. Der Beginn des Verdinglichungsdiktums

Im Jahr 1959 entschied der 8. Senat einen Fall nach gewohntem Vollstreckungsschema. Der klagende Insolvenzverwalter verlangte vom Beklagten Zahlung des Forderungsbetrages, den die Post nach Pfändung und wirksamer Überweisung eines Postscheckkontoguthabens an den Beklagten zu Unrecht ausgezahlt haben soll. Das OLG wies die Berufung des Beklagten jedoch ab.<sup>156</sup> Die Revision rügte, dass nach der vom BGH übernommenen ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts der Widerspruchsklage nur stattgegeben würde, wenn das Treugut unmittelbar auf den Treuhänder übertragen wurde. Mangels unmittelbarer Übertragung eines Treuguts sei aber keine echte Treuhand entstanden.<sup>157</sup> Wie oben gezeigt,<sup>158</sup> hätte selbst die unmittelbare Übertragung und anschließende Einzahlung des Geldes durch den Kontoinhaber nach dem Unmittelbarkeitsprinzip für die Entstehung von Treugut nicht ausgereicht. Denn mit der Übereignung des Geldes an die Bank wäre die Treuhand hinsichtlich des Geldes untergegangen und die treuhänderische Bindung hätte sich nicht an der Guthabenforderung fortgesetzt.<sup>159</sup>

---

153 Dazu im Anschluss.

154 *Kanzler* DStR 2013, 1505, 1506: „Rechtsausführungen, die über den zur Entscheidung stehenden Einzelfall hinausgehen und [Leitsätze], die losgelöst vom Streitfall allgemeine Regeln aufstellen“; *Fischer* FS Mühl, 139, 140; *Schlüter* Das *obiter dictum*, S. 1, 4 und 28.

155 BVerfGE 91, 176 ff.; *Kischel* Die Begründung, S. 63 ff. Allgemein zum Begründungszwang: *Lücke* Begründungszwang und Verfassung, S. 37 ff.

156 BGH NJW 1959, 1223, 1224.

157 BGH NJW 1959, 1223, 1224.

158 Dazu S. 49 und 51.

159 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 94. Zum Surrogationsverbot vgl. RG JW 1911, 581. Später bestätigt in RGZ 94, 305, 307 f.; 153, 366, 369 f. sowie in BGH NJW 2002, 3253.

## 1. Erste Fehlinterpretation

Der 8. Senat führte schließlich aus, dass eine Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip für den Fall gemacht wurde, dass „Geld auf ein sog. Anderkonto eingezahlt oder überwiesen wird“. In diesen Fällen würde „es als genügend angesehen, daß das Anderkonto offenkundig zu dem Zweck bestimmt ist, fremde Gelder zu verwalten“.<sup>160</sup> Weil das Gericht sich maßgeblich auf den 4. Senat mit seinem Urteil aus dem Jahr 1953 stützte und auf eine eigene Begründung verzichtete, muss es die Ausführungen des 4. Senats, wie dargelegt, fälschlicherweise, als *obiter dictum* verstanden haben.<sup>161</sup> Damit schuf sich der 8. Senat ein zusätzliches Problem: Er war plötzlich vor die Aufgabe gestellt, die Anerkennung wirtschaftlichen Eigentums schlüssig zu begründen. Betrachtet man jedoch die Beweggründe des Reichsgerichts für die Entwicklung des Unmittelbarkeitsprinzips, lässt sich diese Brücke nicht sinnvoll bilden, ohne die Beweggründe als solche außer Acht zu lassen.<sup>162</sup> Denn auch im Bereich der Treuhandkonten müsste nach damaligem Verständnis das Unmittelbarkeitsprinzip uneingeschränkt gelten.<sup>163</sup>

## 2. Zweite Fehlinterpretation

Schließlich glaubte der 8. Senat aber in einer Zusammenschau der beiden Reichsgerichtsurteile vom 6. März 1930 und 19. Februar 1937 die Lösung gefunden zu haben.<sup>164</sup> Tatsächlich verstand der 8. Senat aber auch diese beiden Urteile falsch. Aus dem Zusammenspiel beider Urteile meinte das Gericht zu erkennen, dass es maßgeblich auf eine Verdinglichung der schuldrechtlichen Beziehung zwischen Hinter- und Vordermann ankommt, damit der treuhänderisch übertragene Gegenstand „sachlich und wirtschaftlich zum Vermögen des Treugebers [gehört]“, „obwohl er rechtlich zum Vermögen des Treuhänders gehört“.<sup>165</sup> Neu ist dabei der Begriff der „sachlichen Zugehörigkeit“, die hinzutreten müsse. Der BGH stellt

---

160 BGH NJW 1959, 1223, 1225.

161 Im Ergebnis, weil von einer bewussten Entscheidung sprechend auch *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 93.

162 Vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 93 ff.

163 Vgl. insb. RGZ 91, 12, 16 sowie *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 95.

164 BGH NJW 1959, 1223, 1224 f. mit Verweis auf RGZ 127, 341 sowie RGZ 153, 366.

165 BGH NJW 1959, 1223, 1224 mit Verweis auf BGHZ 11, 37, 41.

damit zum ersten Mal in der Geschichte auf eine verdinglichte Qualität des „zugrunde liegenden Auftrag[s]“ ab. Diese Verdinglichungsdoktrin hat, wie später zu sehen sein wird, auch starken Einfluss auf die Dogmatik der qualifizierten Treuhand am Gesellschaftsanteil gehabt.<sup>166</sup>

3. Keine Grundlage für die Verdinglichungsdoktrin in RGZ 127, 341 und 153, 366

Dass jedoch die Entscheidungsgründe der beiden Urteile des Reichsgerichts vom 6. März 1930 und vom 19. Februar 1937 in irgendeiner Weise bestätigen, es komme zur Abgrenzung der „echten“ schutzwürdigen Treuhand von der unechten Treuhand auf eine verdinglichte Interessenwahrnehmungspflicht an, ist schlicht falsch:

Erstens begründete das Reichsgericht im Jahr 1937 die Abweisung der Widerspruchsklage des früheren Treugebers mit der Tatsache, dass die Treuhand durch die Übertragung des Treuguts auf einen Dritten ersatzlos unterging.<sup>167</sup> Das liege daran, dass sich die Treuhand wegen § 137 BGB ohne neue Vereinbarung mit dem Erwerber bei diesem nicht fortsetzt und eine Surrogation aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips ebenfalls ausgeschlossen ist, da es beim Ersatzgegenstand an einer unmittelbaren Übertragung gerade fehle.<sup>168</sup> Das Reichsgericht stellte den Vollstreckungsschutz also nicht unter die Voraussetzung, dass der schuldrechtliche Anspruch auf Rückübertragung eine Verdinglichung erfährt. Man stellte hingegen gerade fest, „daß das die Veräußerung hindernde Recht im Sinne [des § 771 ZPO] nicht notwendig ein dingliches zu sein braucht, daß vielmehr auch bloß schuldrechtliche Ansprüche auf Herausgabe einer Sache, die dem Pfändungsschuldner überlassen war, die Klage aus § 771 ZPO. begründen können, wenn die Sache – zum mindesten wirtschaftlich – nicht zum Vermögen des Schuldners gehört“.<sup>169</sup>

Zweitens musste das Reichsgericht im Jahr 1930 über einen Fall entscheiden, der überhaupt nichts mit dem Vollstreckungsschutz des Treugebers zu tun hatte. Bei dem Beklagten handelte es sich nicht einmal um einen echten Treuhänder, sondern vielmehr um einen stillen Stellver-

---

166 Dazu insbesondere S. 178 f.

167 Vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 91, 94.

168 RGZ 153, 366, 369 f. mit Verweis auf RGZ 93, 305.

169 RGZ 153, 366, 369 mit Verweis auf RGZ 79, 121; RGZ 84, 214.

treter.<sup>170</sup> Weil das Gericht aber ein echtes Treuhandverhältnis ablehnte, bezog sich die Aussage, das Rechtsverhältnis müsse nach dem zugrundeliegenden Auftrag bestimmt werden, auch nur auf die relative Beziehung des Hintermanns zu seinem stillen Stellvertreter – das heißt auf das *unechte* Treuhandverhältnis zwischen diesen Parteien. So verstanden ist die Aussage als vollkommene Selbstverständlichkeit auch nicht zu beanstanden. Eine absolute Treuhandwirkung zugunsten des Hintermanns, so dass dieser Schutz vor Zugriffen Dritter auf das Treugut in der Zwangsvollstreckung genießt, wurde hingegen nicht angenommen. Das musste man auch nicht, denn es ging schließlich nicht um einen Vollstreckungsschutz gegenüber Dritten. Die Feststellung, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Hintermann und seinem stillen Stellvertreter nach dem zugrundeliegenden Auftrag zu bestimmen ist, durfte der 8. Senat daher nicht für die spätere Urteilsbegründung heranziehen.

#### 4. Letztliche Folge beider Fehlinterpretationen

Die ursprünglich vordergründige Motivation der Gerichte, dem Hintermann nach Billigkeit Schutz zu gewähren, spielte für den 8. Senat im Jahr 1959 plötzlich keine Rolle mehr. Denn „die Interventionsmöglichkeit [besteht] nur solange, als der Treuhänder mit dem Treugut dem Treuhandverhältnis entspr. verfährt“.<sup>171</sup> Es kommt also für den 8. Senat maßgeblich auf einen echten Treuhandwillen an, der den Rückübertragungsanspruch an den Treugeber verdinglicht.<sup>172</sup> Dann kann es aber – aus der falschen Schlussfolgerung weiter richtig gefolgert – auch nicht mehr ausschließlich auf die unmittelbare Übertragung des Treuguts ankommen. Der 8. Senat meint fälschlicherweise, der 4. Senat hätte die Publizität bei echten Anderkonten als ausreichend angesehen, um dem Treuhandwillen nach außen Ausdruck zu verleihen und hält es im vorliegenden Fall für ausreichend, dass das Kontoguthaben seine Herkunft aus dem Vermögen des Treugebers hatte und der Vordermann zur Einziehung der Forderung

---

170 RGZ 127, 341, 344, 348 mit Verweis auf RGZ 84, 214, 217; 91, 12, 16.

171 BGH NJW 1959, 1223, 1225 mit Verweis auf RGZ 153, 366; Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl., § 771 II 1 S. 7.

172 BGH NJW 1959, 1223, 1225.

ermächtigt wurde,<sup>173</sup> wenn der Vordermann das Konto ausschließlich zu treuhandzwecken errichtete und benutzte.<sup>174</sup>

#### IV. Die Verfestigung des Verdinglichungsdiktums

In der Folge berief man sich nur noch schematisch auf das Urteil des 8. Senats, manchmal sogar auch auf jenes des 4. Senats, um den Vollstreckungsschutz bei den Treuhandkonten mit einer Verdinglichung des Rückübertragungsanspruchs zu begründen. Während immer wieder ausdrücklich offengelassen wurde, ob an dem Unmittelbarkeitsprinzip festzuhalten ist,<sup>175</sup> hinterfragte der BGH die Richtigkeit der neuen These nicht, sondern entwickelte diese vielmehr unbeirrt fort.

##### 1. BGH NJW 1971, 559

So wies der 8. Senat des BGH im Jahr 1971 die Widerspruchsklage eines Rechtsanwaltsmandanten mit der Begründung ab, das vom Rechtsanwalt zur Forderungseinziehung benutzte Postscheckkonto diene gerade nicht ausschließlich der Aufnahme von Mandantengeldern.<sup>176</sup> Der Auftraggeber sei aber nur widerspruchsberechtigt, wenn die Kontogutschriften auf ein ausschließlich zur Verwaltung von Fremdgeldern eingerichtetes und benutztes Sonderkonto erfolgt sind.<sup>177</sup> Dabei bezieht sich der 8. Senat auf sein eigenes Urteil aus dem Jahr 1959, in dem – wie gezeigt irrtümlich – behauptet wurde, der Wille zur Interessenwahrung entscheide über die Qualität der Rechtsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.<sup>178</sup> Ohne entscheiden zu müssen, auf welche Prinzipien es letztlich zur Verdinglichung des Anspruchs aus § 667 BGB ankomme, liege jeden-

---

173 Treffend vom Herkunftsprinzip sprechend MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 357a; vgl. ferner BGH NJW-RR 1993, 301; *Bitter* WuB VI C § 47 InsO 3.03 (zugl. Anm. zu OLGR Naumburg 2003, 145).

174 BGH NJW 1959, 1223, 1225.

175 So etwa in BGH NJW 1971, 559, 560.

176 BGH NJW 1971, 559, 560.

177 BGH NJW 1971, 559, 560.

178 BGH NJW 1971, 559, 560 mit Verweis auf BGH NJW 1959, 1223, 1225 der wiederum auf RGZ 153, 366 verweist.

falls ein „Anspruch [...] rein schuldrechtlicher Art“ vor, wenn die vertragliche Interessenbindung nicht tatsächlich besteht.<sup>179</sup>

## 2. BGH NJW-RR 1993, 301

In einem Urteil aus dem Jahr 1992 begründet der 9. Senat des BGH die sachliche und wirtschaftliche Zugehörigkeit des Kontoguthabens zum Vermögen des Treugebers ebenfalls mit „der im Innenverhältnis aufgrund des Treuhandvertrages bestehenden Beschränkung der Rechtsmacht des Treuhänders“.<sup>180</sup> Das Gericht spricht sogar zum ersten Mal offen von einer „notwendigen 'Verdinglichung' der Rechtsstellung des Treugebers“.<sup>181</sup> Diese Verdinglichung könne nach der Reichsgerichtsrechtsprechung „allerdings nur anerkannt werden, wenn der Treuhänder das Treugut aus dem Vermögen des Treugebers übertragen erhalten hat“.<sup>182</sup> Eine Ausnahme sei für den Fall gemacht worden, „daß von dritter Seite Geld auf ein sogenanntes Anderkonto eingezahlt oder überwiesen wird, das offenkundig zu dem Zweck bestimmt ist, fremde Gelder zu verwalten“.<sup>183</sup> Außerdem sei es ausreichend, „[dass] die den Zahlungen zugrundeliegenden Forderungen nicht in der Person des Treuhänders, sondern unmittelbar in der Person des Treugebers entstanden waren“.<sup>184</sup> An dieser Entscheidung sieht man klar, wie der BGH schrittweise die Funktion des Unmittelbarkeitsprinzips uminterpretiert hat: Es soll nicht mehr Billigkeitsrecht begrenzen, sondern vielmehr Treuhandrecht begründen.

## V. Zwischenergebnis zum prozessualen Vollstreckungsrecht

Seit dem Urteil aus dem Jahr 1959 stellt der BGH auf eine Verdinglichung des schuldrechtlichen Übertragungsanspruchs aus § 667 BGB ab: Für die Verdinglichung müsse eine durch Weisungsrecht verstärkte Interessenbindung (sog. Weisungsprinzip) zur treuhänderischen Vermögenstrennung

---

179 Damit grenzt der BGH Ansprüche „rein schuldrechtlicher Art“ von verdinglichten schuldrechtlichen Ansprüchen ab.

180 BGH NJW-RR 1993, 301.

181 BGH NJW-RR 1993, 301 f. mit Verweis auf Staub/*Canaris* Bankvertragsrecht, Rn. 279.

182 BGH NJW-RR 1993, 301 mit Verweis auf RGZ 84, 214; 91, 12, 14.

183 BGH NJW-RR 1993, 301 mit Verweis auf BGHZ 11, 37.

184 BGH NJW-RR 1993, 301 mit Verweis auf NJW 1959, 1223.

hinzutreten.<sup>185</sup> Dagegen reiche die bloße Vermögenstrennung für eine Verdinglichung aus, wenn der Treuhandcharakter des Kontos nach außen zumindest nachvollziehbar ist und die den Zahlungseingängen zugrundeliegenden Forderungen in der Person des Treugebers entstanden sind.<sup>186</sup> Dem liegt das allgemeine Verständnis zugrunde, dass bei der echten Treuhand die Rechtsbeziehung zwischen Treugeber und Treuhänder verdinglicht ist. Diese Verdinglichung soll deshalb gerechtfertigt sein, weil der echte Treuhandvertrag ein Interessenwahrnehmungsvertrag sei, der dem Treuhänder eine nur vertraglich beschränkte Rechtsmacht verleihe.<sup>187</sup> Die von *Ganter* als neue Zwei-Komponenten-Theorie<sup>188</sup> bezeichnete Theorie der Rechtsprechung stellt daher nur die offenkundige Manifestierung eines schon vorher eingetretenen Wandels im oben beschriebenen Sinne dar; ein Wandel, der mit dem Urteil vom 7. April 1959 einsetzte und erst später offenkundig benannt wurde.<sup>189</sup> Die Begründung von Treuhandwirkungen mit der Verdinglichung der Rechtsbeziehung durch die qualifizierte Interessenwahrnehmungspflicht des Treuhänders gegenüber dem Treugeber greift die Rechtsprechung inzwischen auch außerhalb der Treuhandkonten auf, sodass schon längst nicht mehr von einer Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip gesprochen werden kann.<sup>190</sup>

## VI. Einwendungs- und Aufrechnungsfragen

Im Bereich der Einwendungs- und Aufrechnungsproblematik hat sich parallel zu der vollstreckungsrechtlichen Behandlung der Treuhand eine ganz eigene Treuhanddogmatik entwickelt, die sich nach wie vor ausschließlich am Grundsatz der Billigkeit orientiert.<sup>191</sup> Ohne auf eine unmit-

---

185 BGHZ 188, 317, 321ff., 324f.; NJW 1996, 1543; NJW-RR 2003, 1375, 1376. Vgl. auch *Löbnig* Treuhand, S. 189 ff.

186 BGH ZIP 2005, 1465, 1466.

187 Vgl. BGHZ 188, 317, 321 mit Verweis auf BGHZ 157, 178, 182.

188 *Ganter* FS Kreft, 251, 262, *ders.* ZInsO 2004, 1217, 1222. Vgl. auch Gottwald/*Haas/Adolphsen* Insolvenzrechts-Handbuch, § 40 Rn. 37; Graf-Schlicker/*Bremen* InsO, § 47 Rn. 19.

189 Vgl. insb. BGHZ 155, 227, 232, 233.

190 BGHZ 155, 227, 232. So aber z.B. BFH GmbHR 1997, 963, 965; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 51; FK-InsO/*Imberger* § 47 Rn. 48.

191 Vgl. (für Einwendungen) BGHZ 5, 285, 292 f.; NZG 2002, 909; (für die Aufrechnung) BGHZ 17, 19, 25 ff.; 25, 360, 367; 61, 72, 77; 110, 47, 81; Staudinger/*Olzen/Looschelders* BGB (2015), § 242 Rn. 690; BeckOK BGB/*Dennhardt* 56. Edition (2020), § 387 Rn. 26; Jauernig/*Stürner* BGB, § 387 Rn. 5; Palandt/*Grüneberg*



telbare Rechtsübertragung oder eine irgendwie gearteten Verdinglichung der Rechtsbeziehung zwischen dem Hintermann und dem Vordermann abzustellen, lässt die Rechtsprechung, wie schon vor Einführung des BGB, Rechtswirkungen der Treuhand zu, die auf der Trennung von formeller und materieller Rechtsinhaberschaft beruhen.<sup>192</sup> Dabei wird im Bereich der Einwendungen unmissverständlich eine Verbindung zwischen wirtschaftlicher Risikolast des Treugebers und einer Rechtsträgerfiktion (= Treuhandwirkung) gezogen, wie dies einst das Reichsgericht in Zwangsvollstreckungsfragen getan hat.<sup>193</sup> Eine solche Korrelation sieht die Rechtsprechung vereinzelt auch bei der Aufrechnung. Allerdings spielen hier noch andere Faktoren in die Interessenabwägung hinein.<sup>194</sup> Die Beratungen in der zweiten BGB-Kommission und die letztliche Fassung der §§ 164 ff., 662 ff. BGB ohne einen am Vorbild des § 392 Abs. 2 HGB orientierten allgemeinen Paragraphen zur Rechtsträgerfiktion veränderten jedenfalls allein die Behandlung der Treuhand in prozessualen Vollstreckungsangelegenheiten. Das materielle Vollstreckungsrecht der Aufrechnung und Leistungszurückbehaltung<sup>195</sup> blieb davon hingegen unberührt, was, wie *Bitter* es ausdrückt, zu einem Auseinanderreißen der Treuhandwirkungen führte.<sup>196</sup>

Die Inkongruenz der Rechtsprechung und der ihr folgenden Lehre ist sogar noch gravierender, wenn man die wieder besondere Situation im Rahmen der Treuhandkonten berücksichtigt. Hier geht der BGH wieder einen völlig anderen Weg, wenn es um die Frage geht, ob und wann die Bank ein Pfand-, Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem treuhänderischen Kontoinhaber hat. Ohne nach einem nach § 242 BGB gebotenen Ergebnis zu fragen, differenziert der BGH zwischen offenen und verdeckten Treuhandkonten.<sup>197</sup> Die genannten Rechte der Bank sollen also grundsätzlich davon abhängen, ob der Bank bekannt ist, dass die auf dem Treuhandkonto gutgeschriebenen Beträge dem Kontoinhaber nur als Treuhänder zustehen und ihr ersichtlich gemacht wurde, dass der

---

§ 387 Rn. 6f.; *Müller-Feldhammer* JR 2009, 136; vgl. auch *Gernhuber* JuS 1988, 355, 360.

192 Vgl. *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 416.

193 RG JW 1890, 373, 374 (Nr. 11). Dazu S. 46.

194 *Staudinger/Olzen/Looschelders* BGB (2015), § 242 Rn. 690.

195 Zur Vollstreckungsfunktion der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts vgl. Fn. 22.

196 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 416 f.

197 BGHZ 61, 72; NJW 1987, 3250; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Bunte* Bankrechts-Handbuch, § 19 Rn. 49.

Treuhänder den Willen hat, diese Gutschriften nur treuhänderisch für den Treugeber zu verwalten.<sup>198</sup> Es geht somit ausschließlich um Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB),<sup>199</sup> wobei das Vermögenstrennungsprinzip naturgemäß keine Rolle spielt.<sup>200</sup> Was die Bank mit Blick auf Nr. 8 Geschäftsbedingungen für Anderkonten und Anderdepots bei der Eröffnung eines Anderkontos ausdrücklich erkläre, könne und würde regelmäßig bei offenen Treuhandkonten konkludent oder in ergänzender Vertragsauslegung vereinbart werden.<sup>201</sup>

Ein Pfand-, Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrecht stehen der Bank nach der Rechtsprechung ausnahmsweise auch gegen einen verdeckten Treuhandkontoinhaber nicht zu. So gelagert ist der Fall, wenn auf das verdeckte Treuhandkonto in Kenntnis der Bank Baugeld im Sinne von § 1 Abs. 3 Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) gelangt.<sup>202</sup> In diesem Fall sei der Bank die wirtschaftliche Fremdinhaberschaft bekannt. Vor dem Hintergrund, dass die Entstehung von Pfand-, Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungsrechten für den BGH bloße Vertragsauslegung ist, ist dieses Ergebnis konsequent. Denn der Empfängerhorizont der Bank ist objektiv und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte auszulegen.<sup>203</sup>

## VII. Abschließende Bewertung

Die Rechtsprechung unterscheidet heute zwischen Treuhandwirkungen im Bereich der prozessualen Zwangsvollstreckung und Treuhandwirkungen im Bereich der Zurückbehaltungsrechte und Aufrechnung. Während letztere unter der Fallgruppe der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB behandelt werden, es sich mithin um reines Billigkeitsrecht handelt, stellt der BGH seit seinem Urteil aus dem Jahr 1959 im Bereich der §§ 771 ZPO, 47 InsO auf eine Verdinglichung der schuldrechtlichen Bindung ab.

---

198 BGHZ 61, 72, 77; NJW 1987, 3250, 3251; 1996, 840, 841.

199 BGH NJW 1987, 3250, 3251; 1996, 840, 841.

200 Vgl. nur BGHZ 61, 72, 79 mit Verweis auf BGH NJW 1959, 1223. Missverständlich daher Schimansky/Bunte/Lwowsky/Hadding/Häuder Bankrechts-Handbuch, § 37 Rn. 39: Die Vermögenstrennung wird von der Rspr. nur bei der Aussonderung oder dem Drittwiderspruch in der Zwangsvollstreckung gefordert.

201 BHZ 61, 72, 77; NJW 1987, 3250, 3251; 1996, 840, 841.

202 BGH NJW 1988, 263, 265.

203 BeckOK BGB/Dennhardt 56. Edition (2020), § 133 Rn. 27.

Dabei war der zwangsvollstreckungsrechtliche Schutz des Treugebers in der frühen Reichsgerichtsrechtsprechung ebenfalls eine Wertungsfrage. Man wendete den heutigen § 392 Abs. 2 HGB mit der Begründung analog an, dass der Treugeber im Verhältnis zum Treuhänder abschließend die Gefahr des zufälligen Unterganges des Treugutes trage. Aufgrund dieser rechtlichen Gefahrenverteilung halte der Treugeber nach wie vor das wirtschaftliche Eigentum am Treugut, sodass es materiell gerecht erschien, ihn in der Zwangsvollstreckung vor Zugriffen der Gläubiger des Treuhänders zu schützen.<sup>204</sup>

Der Erlass des BGB störte schließlich diese Rechtsprechungsentwicklung.<sup>205</sup> Die zweite BGB-Kommission stufte den heutigen § 392 Abs. 2 HGB als kommissionsrechtliche Sonderregelung ein und entschied sich gegen eine solche Fiktionsnorm im BGB. Das Reichsgericht wich in der Folge auf andere Begründungen aus, um den Schutz des wirtschaftlichen Eigentums des Treugebers zu begründen. Man entwickelte das Unmittelbarkeitsprinzip, um den grundsätzlichen Bedenken der zweiten BGB-Kommission Rechnung zu tragen: Der Kredit solle nicht gefährdet werden und Sondereigentum solle nicht ausufernd entstehen können. Dies wäre aber zu befürchten, wenn der bloße mittelbare Stellvertreter in der Zwangsvollstreckung wie ein Treuhänder behandelt würde. Ersterer hätte einen nicht schutzwürdigen schuldrechtlichen Übereignungsanspruch. Im Bereich des Insolvenzrechts stützte man sich zusätzlich auf eine historische Auslegung des Begriffs des Gehörens in § 47 S. 1 InsO. Auch das wirtschaftliche Eigentum gehöre dem Massegläubiger. Hinter diesen neuen Begründungen stand jedoch nach wie vor das Ziel, materiell gerechte Kreditverhältnisse im Insolvenzverfahren oder der Einzelzwangsvollstreckung herzustellen. Man begrenzte den Schutz des wirtschaftlichen Eigentums mit dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer offenkundigen Rechtsgestaltung und hielt das Unmittelbarkeitsprinzip hierfür geeignet.<sup>206</sup>

Seit dem Jahr 1959 stellt der BGH (NJW 1959, 1223) im Bereich der Zwangsvollstreckung nunmehr auf eine Verdinglichung der schuldrecht-

---

204 Dazu S. 45 f.

205 Dazu S. 47 ff.

206 Vgl. nur RGZ 84, 214, 217 („Übereignung derart, dass der andere das übertragene Recht nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll“); RGZ 91, 12, 16 („Übereignung zu treuen Händen“); RGZ 94, 305, 308 („Dem Treuhänder anvertraut und übereignet“); RGZ 127, 341, 344 („Übereignung derart, daß das Treugut wirtschaftlich nicht aus dem Vermögen ausscheidet“). So auch *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 81.

lichen Bindung ab und kehrt damit der bisherigen Treuhänderdogmatik in der Zwangsvollstreckung teilweise den Rücken zu.<sup>207</sup> Denn das Unmittelbarkeitsprinzip war seit jeher ein Mittel, um Billigkeitsrecht im Interesse des Rechtsverkehrs zu beschränken. Die vertragliche Interessenwahrnehmungspflicht sollte keinesfalls absolut wirken. Diese fundamentale Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung ging jedoch von einer fehlerhaften Entscheidung aus. Denn man interpretierte gleich drei Urteile zum Treuhänderrecht fehl: Im Jahr 1953 (BGHZ 11, 37) ließ der 4. Senat die Zwangsvollstreckung schon aus formellen Gründen scheitern; wem das wirtschaftliche Eigentum gebührte wurde offengelassen. Im Jahr 1937 (RGZ 153, 366) scheiterte eine Drittwiderspruchsklage am aus dem Unmittelbarkeitsprinzip konsequent abgeleiteten Surrogationsverbot. Und im Jahr 1930 (RGZ 127, 341) ging es schon überhaupt nicht um einen Vollstreckungsschutz. Das Gericht befasste sich lediglich mit dem relativen Rechtsverhältnis zwischen Hintermann und stillem Stellvertreter. Dass schon das Reichsgericht auf eine Verdinglichung der Rechtsbeziehung abgestellt habe, wie es der BGH im Jahr 1959 meint, ist daher schlicht falsch.

Resultat der Verdinglichungsdoktrin ist eine unschlüssige und auseinandergerissene Treuhänderrechtsprechung.<sup>208</sup> Denn in gleich zu bewertenden Sachverhalten wird heute nach völlig unterschiedlichen Prinzipien verfahren. Im Bereich der Einwendungen und Aufrechnung wird der Schutz des Treugebers nach wie vor wertend begründet und gerade nicht aus einer Verdinglichung des schuldrechtlichen Verhältnisses hergeleitet. Bedeutend für die vorliegende Arbeit ist zudem, dass man heute das Verständnis, bei der Treuhänder ginge es um eine Verdinglichung der Rechtsbeziehung zwischen Treuhänder und Treugeber, auch auf Treuhänderverhältnisse im Rahmen von mittelbaren Gesellschaftsbeteiligungen überträgt.<sup>209</sup> Es gilt daher in den nächsten zwei Abschnitten, das richtige Treuhänderverständnis zu ermitteln.

## § 8. Modelle eines besonderen Treuhänderrechts im Schrifttum

Die Rechtsprechung macht im Bereich des prozessualen Vollstreckungsschutzes die schutzwürdige Treuhänder von der Verdinglichung der schuldrechtlichen Treuhänderbeziehung abhängig. Dieses Treuhänderverständnis

---

207 Dazu S. 51 ff.

208 Dazu S. 58 ff.

209 Dazu insbesondere S. 178 f.

hatte maßgeblichen Einfluss auf die Entwicklung der Dogmatik der qualifizierten Treuhand. Daher wird in diesem und dem nächsten Abschnitt die tatsächliche Rechtsnatur der Treuhand im deutschen Recht geklärt. Dieser Abschnitt befasst sich zunächst mit denjenigen Großschriften der letzten zwei Dekaden, die ein besonderes Treuhänderinnenrecht zu begründen versuchen. *Grundmann* publizierte seine Habilitationsschrift „Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand“ im Jahr 1997 (dazu I.); *Löhnig* publizierte seine Habilitationsschrift „Treuhand – Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte“ im Jahr 2006 (dazu III.); schließlich folgte die Publikation „Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht“ durch *Geibel* im Jahr 2008 (dazu II.). Die Schriften befassen sich jeweils intensiv mit dem Treuhänderinnenrecht und versuchen dieses entweder neu zu typisieren oder einem bestehenden Vertragstypen unterzuordnen, um damit bereichsunspezifische Rechtsprobleme zu lösen.<sup>210</sup> Man will durch eine induktive Untersuchung des Rechtswesens der Treuhand ein allgemeingültiges Treuhandrecht schaffen, um der Rechtszersplitterung *de lege lata*, die aus der Herangehensweise vom Außenverhältnis her resultiere, entgegenzutreten.<sup>211</sup> Diese Ansätze gehen jedoch fehl (dazu IV.).

## I. Interessenwahrnehmungspflicht strictu sensu

*Grundmann* sieht im Treuhandvertrag ein typisiertes Regelungsregime, das ein nach geschriebenem Recht nicht klassifizierbares Rechte- und Pflichtenprogramm aufweist. Der Treuhandvertrag sei gerade kein vertikal unter den Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag zu fassender Vertragstyp.<sup>212</sup> Dieser Befund mache es notwendig, die Treuhand – als einen Vertrag – primär vom Innenverhältnis her selbstständig zu erfassen.<sup>213</sup> Die andauernde sachenrechtliche Betrachtung der Treuhandproblematik sei der Grund für ein unausgefeilt und in sich widersprüchliches Treuhandrecht.<sup>214</sup>

Typusprägend für den Treuhandvertrag sei die Hauptpflicht des Treuhänders, seine eigenen Interessen im Rahmen der Interessenwahrneh-

---

210 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 92 f.; *Löhnig* Treuhand, S. 116 u. 119; *Geibel* Treuhandrecht, S. 81.

211 *Löhnig* Treuhand, S. 7, 116; vgl auch *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 89 u. 92; *Geibel* Treuhandrecht, S. 81.

212 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 95.

213 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 541.

214 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 88 f.

mung für den Treugeber gänzlich hintenanzustellen.<sup>215</sup> Dadurch zerfalle die Treuepflicht in zwei Kategorien: Zum einen die Treuepflicht als vertragliche Nebenpflicht und zum anderen die Interessenwahrungspflicht *strictu sensu* als wesensbestimmende Hauptpflicht des Treuhänders.<sup>216</sup> Die Interessenwahrungspflicht verleihe der Pflicht zum Tätigwerden überhaupt erst Konturen, da zentral für den Treugeber sei, *wie* der Treuhänder handle, und nicht *dass* er handle.<sup>217</sup> Innerhalb des Tätigkeitsvertrages überwiege das Tätigkeitselement. Beim Abschluss eines zusätzlichen isolierten Treuhandvertrages würde hingegen das Gewicht auf die Interessenwahrungspflicht verlagert werden.<sup>218</sup> Der Treuhandvertrag beschreibe ein Pflichtengefüge, das gerade selbstständig sei und keinem Gegenseitigkeitsverhältnis unterliege – obwohl der Treuhänder tatbestandlich eine geldwerte Position erhalte.<sup>219</sup> Letzteres sei das Treugut, das auch in Form von Informations- sowie Kontroll- und Einflusspositionen ausgeprägt sein könne.<sup>220</sup>

## II. Die Treuhand als atypischer Gesellschaftsvertrag

*Geibel* ordnet in seiner Habilitationsschrift „Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht“ die rechtsgeschäftliche Treuhand unter die bürgerlich-rechtliche Gesamthand. Um dem Grundsatz des Typenzwangs gerecht zu werden, das heißt keine Typenüberdehnung vorzunehmen,<sup>221</sup> nimmt *Geibel* einen umfassenden Einzel- und Gesamtmerkmalsvergleich zwischen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Treuhand unter Abwägung der Parteiinteressen vor.<sup>222</sup>

Aufgrund dieses Einzel- und Gesamtmerkmalsvergleich kommt *Geibel* zu dem Schluss, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag typologisch unter den Typus des Gesellschaftsvertrags geordnet werden kann.<sup>223</sup> Das für die Gesellschaft erforderliche gemeinsame Zusammenwirken der Gesellschafter könne in der Besteuerung des Treuguts durch den Treugeber und

---

215 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 92, 541.

216 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 92, 545.

217 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 93.

218 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 93.

219 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 94.

220 *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 102.

221 *Geibel* Treuhandrecht, S. 103.

222 *Geibel* Treuhandrecht, S. 107.

223 *Geibel* Treuhandrecht, S. 453.

in der Tätigkeit des Treuhänders gesehen werden.<sup>224</sup> Zur Begründung eines erforderlichen gemeinsamen Zwecks weist *Geibel* auf den tatsächlich vorhandenen Willen zur Bildung von Sondervermögen sowie die Interessenunterordnung des Treuhänders bei gleichzeitiger Durchsetzung der Treugeber-Interessen gegenüber Dritten hin. Dies komme der Aufgabe eines geschäftsführenden Gesellschafters sehr nahe.<sup>225</sup> Zumindest die Verwaltungstreuhand könne daher im Hinblick auf das Merkmal des gemeinsamen Zwecks typologisch dem hinter der Vertragsart der Gesellschaft bürgerlichen Rechts stehenden Typus angenähert werden. Der Treuhandvertrag sei wegen dieser Annäherung nur ein atypischer Gesellschaftsvertrag, was für die Anwendbarkeit der §§ 705 ff. BGB eine Beschränkung auf Vorschriften bedeute, die nicht die Gewinn- und Verlustbeteiligung oder die Zusammenwirkung der Gesellschafter betreffe.<sup>226</sup>

### III. Die Treuhand als allgemeine Form der Geschäftsbesorgung

Auch *Löhnig* versucht ein Treuhandmodell zu entwerfen, „das sämtlich auftretende Interessenkonflikte auf befriedigende Weise zu lösen vermag“.<sup>227</sup> Für ihn ist die Treuhand die Grundform des Geschäftsbesorgungsvertrages, der zeitbedingt nicht umfassend, „sondern nur durch eine Verweisung auf Regelungen des Auftrages und des Dienst- und Werkvertrages geregelt worden“ sei.<sup>228</sup> Typologisch existiere neben dem Austauschverhältnis und dem Kooperationsverhältnis ein weiterer Strukturtyp, nämlich die Treuhand als Fremdinteressenwahrnehmung.<sup>229</sup> Der Treuhandvertrag sei das Schuldverhältnis, das über die Fremdinteressenwahrnehmung hinaus weitere Rechte und Pflichten der Parteien regelt.<sup>230</sup>

Die Treuhand zeichne sich folglich durch die (1.) Begründung eines Schuldverhältnisses, welches zur Fremdinteressenwahrnehmung berechtigt und verpflichtet sowie (2.) der Ausstattung des Treuhänders mit einer irgendwie gearteten Machtposition, die ihn zum Eingriff in den Interessenkreis des Treugebers befähigt, aus.<sup>231</sup> Dabei müsse die eingeräumte

---

224 *Geibel* Treuhandrecht, S. 139.

225 *Geibel* Treuhandrecht, S. 152 ff., 452.

226 *Geibel* Treuhandrecht, S. 158 f.

227 *Löhnig* Treuhand, S. 7.

228 *Löhnig* Treuhand, S. 135 ff., 141 f.

229 *Löhnig* Treuhand, S. 116 f.

230 *Löhnig* Treuhand, S. 117.

231 *Löhnig* Treuhand, S. 118 f.

Machtposition nicht notwendig dinglicher Natur sein. Die Erteilung einer Vollmacht sowie einer Verfügungsermächtigung seien ebenfalls taugliche Treugüter, denn der Treuhänder betreibe „Interessenwahrnehmung kraft eigener Macht“. Die treuhänderische Macht sei lediglich „Einwirkungsmacht“ hinsichtlich des Interessenkreises des Treugebers.<sup>232</sup> § 675 Abs. 1 BGB sei der Kern des allgemeinen Treuhänderrechts. Dies folge aus der Natur der Geschäftsbesorgung als „selbstständiges Handeln im Interesse eines anderen in dessen Interessensphäre“, die sich gleichermaßen in „der Fremdinteressenwahrnehmung durch ein *alter ego* des Treugebers“ widerspiegele.<sup>233</sup> Um sein weit gefasstes Treuhänderverständnis schließlich über das Institut der Geschäftsbesorgung ordnen zu können, reduziert *Löhnig* die gängige Definition der Geschäftsbesorgung um die Merkmale „Tätigkeit“ und „im wirtschaftlichen Bereich“.<sup>234</sup>

#### IV. Stellungnahme

##### 1. Systematische Bedenken gegen Grundmanns Ansatz

Die Lösung *Grundmanns*, wonach neben einem Tätigkeitsvertrag ein weiterer Treuhändervertrag isoliert geschlossen wird,<sup>235</sup> überzeugt zum einen systematisch und zum anderen inhaltlich nicht.

Innerhalb der Einteilung des BGB in kausale und abstrakte Zuwendungsgeschäfte,<sup>236</sup> müsste der Treuhändervertrag nach *Grundmann* ein abstrakter Schuldvertrag nach dem Konzept der §§ 780 f. BGB sein. Denn die Treuepflicht im engeren Sinne soll gerade unabhängig vom verfolgten Zweck entstehen. Diese Annahme verträgt sich jedoch nicht mit der Vorstellung, dass die Interessenwahrnehmungspflicht *stricto sensu* ohne Rechtsgeschäft allein aufgrund der unentgeltlichen Übertragung des Treuguts entsteht.<sup>237</sup> Die Interessenwahrnehmungspflicht *stricto sensu* kann dann nämlich nach der Systematik des BGB nur noch ein gesetzliches Schuldverhältnis sein, dass durch den normativen Tatbestand des Abschlusses ei-

---

232 *Löhnig* Treuhänder, S. 161 f., 832.

233 *Löhnig* Treuhänder, S. 146 (Hervorhebung durch den Verfasser).

234 Vgl. *Löhnig* Treuhänder, S. 833.

235 Vgl. *Grundmann* Der Treuhändervertrag, S. 545 f.

236 Staudinger/*Marburger* BGB (2015), Vorbem §§ 780–782 Rn. 1; zum Ganzen näher *Bremkamp* Causa, S. 147 ff.; *Ehmann* Schuldanerkenntnis und Vergleich, S. 39 ff.; *Mazza* Kausale Schuldverträge, S. 65 ff., 79 ff.

237 *Grundmann* Der Treuhändervertrag, S. 546.



nes Treuhandvertrages und der unentgeltlichen Übertragung des Treuguts entsteht.

Das geltende Recht kennt schlicht kein solches abstrakt-gesetzliches Schuldverhältnis, sodass ein Schuldverhältnis *sui generis* zu begründen wäre. Die Konstruktion ist der Systematik des BGB aber derart fremd, dass diesem Ansatz nicht gefolgt werden kann. Privatautonomie ist nur in dem von der Rechtsordnung anerkannten Rahmen möglich.<sup>238</sup> Nach der Konzeption des bürgerlichen Rechts entstehen gesetzliche Schuldverhältnisse gerade nicht durch Vereinbarung. Zudem wirkt die Konstruktion gekünstelt, wenn den Parteien des Treuhandverhältnisses regelmäßig unterstellt würde, sie würden *de facto* zwei voneinander getrennte Schuldverträge schließen, wobei Letzterer zusammen mit der Übertragung des Treuguts zu einem gesetzlichen Schuldverhältnis führe.<sup>239</sup>

## 2. Typologische Bedenken gegen Geibels Ansatz

Richtigerweise stellt *Geibel* den Grundsatz auf, dass zur rechtswissenschaftlichen Typisierung bei fehlendem konkretem Parteiwillen „anhand eines Einzel- und Gesamtmerkmalsvergleichs mit den in Frage kommenden Vertragstypen nach deren Sinn und Zweck und einer etwaigen Leitidee sowie unter umfassender Abwägung der konkreten beziehungsweise typischen Parteiinteressen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte entschieden wird, nach welchem Vertragstypus die Parteien ihren Vertrag hypothetisch qualifiziert hätten“.<sup>240</sup>

*Geibels* anschließende Typologisierung verfehlt jedoch den tatsächlichen Inhalt typischer Treuhandverträge. Die Parteien eines fremdnützigen Treuhandvertrages wollen in erster Linie eine Spaltung von Rechts- und Interessenträgerschaft erreichen.<sup>241</sup> Der fiduziarische Vollrechtsinhaber soll nach der Parteivereinbarung das Vollrecht am Treugut im Interesse des Treugebers ausüben. Der gleichzeitige Wille, ein gesellschaftsrechtliches

---

238 *Flume* Das Rechtsgeschäft, S. 1 f.

239 In diese Richtung auch die Kritik bei *Löhnig* Treuhand, S. 149 ff.

240 *Geibel* Treuhandrecht, S. 151 f.

241 Vgl. nur BGHZ 11, 37; 17, 140; 19, 67, 69; NJW 1987, 2071; MüKoBGB/*Schubert* § 164 Rn. 50; *Staudinger/Martinek/Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 40; *Uhlenbruck/Brinkmann* InsO, § 47 Rn. 78; *K. Schmidt* FS Wiegand, 933, 936; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 115, 518; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 30; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 67; *Coing* Die Treuhand, S. 85; *Löhnig* Treuhand, S. 118 f.

Sondervermögen entstehen zu lassen, ist eine schlichte Unterstellung.<sup>242</sup> In vielen Fällen wird diese Annahme wohl sogar dem Willen der Parteien tatsächlich entgegenstehen: Diese wollen, dass der Treuhänder das Vollrecht nach außen autonom und im Innenverhältnis begrenzt durch die Treuhandabrede innehat.<sup>243</sup> Dass überhaupt ein Sondervermögen im Sinne einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Vermögenssonderung<sup>244</sup> entsteht, ist zwar nicht zu bestreiten.<sup>245</sup> Allerdings ist das gesellschaftsrechtliche Sondervermögen von eigentümlichen Besonderheiten geprägt, die nicht auf die treuhänderische Vermögensordnung übertragen werden können.<sup>246</sup>

Auch steht der Überlegung *Geibels* der typischerweise fehlende gemeinsame Zweck von Treugeber und Treuhänder entgegen. *Geibel* sieht selbst, dass es hier Begründungsschwierigkeiten gibt, zumal der Treuhänder in der Regel nicht gewinn- und verlustbeteiligt ist.<sup>247</sup> Weil aber, wie gezeigt, regelmäßig auch kein Wille zur Bildung eines gesellschaftsrechtlichen Sondervermögens besteht, kann mit dieser Begründung nicht über diese Hürde hinweggegangen werden.<sup>248</sup> Zudem stellt der gemeinsame Zweck nach dem hier noch näher auszuarbeitenden Verbandsverständnis eine essentielle Komponente desselben dar.<sup>249</sup>

Letztlich bestehen auch Bedenken, weil der Treuhänder nach den Parteivereinbarungen regelmäßig Eigenbesitzer werden soll.<sup>250</sup> Hingegen übt die (Außen-)Gesellschaft eigenen Besitz durch ihre geschäftsführungsbefugten Organe aus.<sup>251</sup> Der Organbesitzer übt keinen eigenen Besitz an der Sache

---

242 Vgl. wie hier für die Abgrenzung von Unterbeteiligung zur Treuhand am Geschäftsanteil *Armbrüster* GmbH 2001, 941, 944; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 67 ff., 75.

243 Anders *Geibel* Treuhandrecht, S. 151 f.

244 Zum Begriff des Sondervermögens etwa *Fürbaß* Das Investmentsondervermögen, S. 41 ff.

245 Dazu ausführlich S. 71 ff.

246 Dies gilt vor allem für die Außen-GbR, sofern hier überhaupt noch von Sondervermögen gesprochen werden kann, da diese selbst Trägerin des Vermögens ist, vgl. *Fürbaß* Das Investmentsondervermögen, S. 70 f.

247 *Geibel* Treuhandrecht, S. 128 f.

248 So auch *Zeising* DZWIR 2016, 301, 302.

249 Dazu ausführlich S. 206.

250 So schon *Coing* Die Treuhand, S. 156.

251 Für die OHG: BGHZ 57, 166, 167; 86, 300, 307; *Baumbach/Hopt/Roth* HGB, § 124 Rn. 36; *MüKoHGB/Schmidt* § 124 Rn. 7; *Flume* FS Hengeler, S. 72, 76; *Kuchinke* FS Paulick, S. 73, 45. Für die Außen-GbR: *MüKoBGB/Schäfer* § 854 Rn. 43; *BeckOK BGB/Fritzsche* 56. Edition (2020), § 854 Rn. 50; *Gesmann-Nuissl*

aus.<sup>252</sup> Schon aus diesem Grund fehlt der Konstruktion *Geibels* die Grundlage eines Gesellschaftsvertrags.

### 3. Historische Bedenken gegen Löhnigs Ansatz

Letztlich geht auch die Auffassung *Löhnigs*, die Treuhand sei der übergeordnete Typus der Interessenwahrnehmungsverträge, wobei § 675 Abs. 1 BGB die Kernvorschrift eines allgemeinen Treuhandrechts sei, fehl. Dieser Ansatz verträgt sich nicht mit dem Willen des Gesetzgebers.

Nur der Auftrag und die Geschäftsbesorgung, respektive die Verträge mit Geschäftsbesorgungscharakter wurden durch die zweite BGB-Kommission gesetzlich normiert. Dabei war dem Gesetzgeber die fiduziarische Treuhand als legitime Rechtsgestaltung durchaus bekannt. Denn im vorletzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts hielt die Literatur und Rechtsprechung dem fiduziarischen Eigentum in den meisten Fällen nicht mehr den Simulationseinwand (heutiger § 117 BGB) entgegen.<sup>253</sup> Darüber hinaus entschied man sich sogar ausdrücklich gegen die Aufnahme eines „Treuhandparagrafen“ als Vermögenszuordnungsparagrafen nach dem Vorbild des § 392 Abs. 2 HGB in das BGB.<sup>254</sup>

Dies zeigt zwei Umstände auf: Zum einen verstand der Gesetzgeber die „Treuhandproblematik“ als Vollstreckungsproblematik.<sup>255</sup> Zum anderen hielt er eine Regelung des durch die Fremdinteressenwahrnehmung determinierten Innenverhältnisses durch die §§ 662 ff. BGB für erbracht.<sup>256</sup> Für den historischen Gesetzgeber war also der Treuhänder im Verhältnis zum Treugeber Geschäftsbesorger. Auch in der Folgezeit blieben großangelegte Aufrufe zur Normierung eines Treuhandparagrafen vom Gesetzgeber ungehört.<sup>257</sup> Das deutet nicht auf die Richtigkeit der Annahme *Löhnigs*

---

WM 2001, 973; *Hadding* ZGR 2001, 712, 723; *Poblmann* WM 2002, 1421, 1428; *Habersack* BB 2001, 477, 479.

252 BGHZ 156, 310, 316; BGH NJW-RR 2016, 825, 826.

253 Vgl. die vor Beschluss des BGB ergangenen Urteile RGZ 24, 45; RGZ 35, 77; JW 1890, 373 f.; vgl. auch die viel beachteten Schriften von *Bähr* Urteile des Reichsgerichts, S. 63 und *Regelsberger* AcP 63 (1880), 157, 173 f.

254 BGB-Protokolle, Band 2, S. 360 f.

255 Dazu S. 73.

256 Vgl. nur RGZ 127, 341, 345; BGHZ 32, 67, 70; 39, 87, 90; NJW 1966, 1116; 2002, 2459, 2460; MüKoBGB/*Schäfer* § 662 Rn. 31; MüKoHGB/K. *Schmidt* Vor § 230 Rn. 51; *Coing* Die Treuhand, S. 92, 99.

257 *Friedmann* Gutachten zum 36. DJT, S. 825 ff.; *Haemmerle* Gutachten zum 36. DJT, S. 668; vgl. dazu *Grundmann* Der Treuhandvertrag, S. 11; *Musielak* Ent-

hin, das Treuhandrecht sei unausgereift in § 675 Abs. 1 BGB verankert, sondern im Gegenteil darauf, dass der Gesetzgeber auch heute nicht die Ansicht teilt, dass ein allgemeines Treuhandrecht mit weiterreichenden Regeln als nach geltendem Recht existiert. Vielmehr erachtet der Gesetzgeber auch heute noch das Innenverhältnis als abschließend durch die Geschäftsbesorgungsregeln erfasst, sodass die Diskussion um ein allgemeines Treuhandrecht allenfalls *de lege ferenda* zu führen ist.

## § 9. Das richtige Treuhandverständnis

Die Frage, die man sich stellen muss, lautet: welchen Zweck kann man überhaupt mit einer Treuhanddiskussion berechtigter Weise verfolgen? Wie die Auseinandersetzung mit den drei großangelegten Versuchen aus jüngerer Zeit – die aus Sicht des Verfassers grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt sind – zeigt, liegt die Vermutung nahe, dass der verfolgte Zweck nur in der materiellen Objektzuordnung in der Zwangsvollstreckung liegen kann. Die Bewertung schuldrechtlicher Fragen ist abschließend mit den Vorschriften über den Auftrag- und Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 662, 675 Abs. 1 BGB) geschehen. Es wird ausgehend von dieser These schließlich festzustellen sein, dass eine echte materielle Treuhandwirkung tatsächlich nur im Rahmen des Vollstreckungsrechts vorkommen *kann* und *must* (dazu 1.). Im Rahmen eines Exkurses wird sich anschließend der Frage gewidmet, wie die Haftungszuordnung in der Zwangsvollstreckung konkret vorzunehmen ist (dazu 2.).

### I. Die Treuhand als Haftungszuordnungsregime

#### 1. Kein „Treuhandvertrag“

Sprechen wir im deutschen Recht von der Treuhand, kann damit nicht die Vereinbarung selbst, sondern nur das natürliche Ergebnis einer meist auftrags- oder geschäftsbesorgungsrechtlichen Vereinbarung gemeint sein,

---

geltliche Geschäftsbesorgung, in: Gutachten und Vorschläge zur Schuldrechtsreform, herausgegeben vom BMJ 1981, S. 1209 ff., 1308; vgl. dazu *Martinek* FS Musielak, 355, 364 ff.

so wie das Eigentum das Ergebnis der Einigung und Übergabe ist.<sup>258</sup> Denn der historische Gesetzgeber ging genauso wie der heutige Gesetzgeber bei der Treuhandproblematik von einem primären Bezug zu Vollstreckungsproblemen aus. Das Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder geht hauptsächlich in den Instituten des Auftrags und der Geschäftsbesorgung auf, manchmal in Vermengung mit anderen Vertragstypen.<sup>259</sup>

Die charakteristische Besonderheit der deutschen Treuhand besteht in der im Außenverhältnis überschießenden Rechtsmacht des Treuhänders.<sup>260</sup> Der Treuhänder erhält eine Rechtsposition, die er nicht oder zumindest nicht vollständig im eigenen Interesse besitzt; sei es, weil der Treuhänder das Treugut für den Treugeber verwaltet oder der Sicherungsgeber ein Restinteresse am Sicherungsgut hat.<sup>261</sup> Diese für das treuhänderische Verhältnis zentrale und charakteristische Pflicht der Interessenwahrung für einen anderen ist gerade in der Geschäftsbesorgung gesetzlich normiert.<sup>262</sup>

Daneben wird zwar wegen der besonderen Vertrauensstellung, die der Treuhänder genießt, regelmäßig eine besondere gesteigerte schuldrechtliche Treuepflicht des Treuhänders bestehen. Um diese rechtlich angemessen zu würdigen muss aber nicht ein neuer Vertragstyp bemüht werden, der eine besondere Treuepflicht verkörpert. Sofern der Treuhandabrede

---

258 Schmidt FS Wiegand, 933, 938; Coing Die Treuhand, S. 87; Gerlinger Sanierungstreuhand, S. 38 ff. Einen eigenen Typus treuhänderischer Verträge ablehnend Staudinger/Martinek/Omlor BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 40; Soergel/Leptinen BGB, Vor § 164 Rn. 63 ff.; Martinek FS Musielak, 355, 368; vgl. auch RGZ 127, 341, 344 ff.; BGHZ 11, 37, 43; 19, 69, 70; NJW 1987, 2071; Fikentscher/Heinemann Schuldrecht, Rn. 1254.

259 MüKoBGB/Schäfer § 662 Rn. 32; Staudinger/Martinek/Omlor BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 40; Coing Die Treuhand, S. 92 und 99.

260 So bereits Siebert Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 146 m.w.N. (Fn. 4); vgl. auch Tebben ZGR 2001, 586, 588; Fikentscher/Heinemann Schuldrecht, Rn. 1254.

261 Vgl. auch Beuthien ZGR 1974, 26, 28.

262 RGZ 84, 214, 217; 121, 296; 127, 341, 345; 133, 84, 88; 153, 366, 369; 160, 59; BGHZ 5, 285, 292; 32, 67, 70; 62, 1, 3 ff.; BGH BB 1953, 249; NJW 1966, 1116; 1971, 559, 569; MüKoBGB/Schubert § 164 Rn. 57; MüKoBGB/Schäfer § 662 Rn. 11, 18; MüKoInsO/Ganter InsO § 47 Rn. 355; Staudinger/Martinek/Omlor BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 40; Zeising DZWIR 2016, 301, 302; Coing Die Treuhand, S. 92, 109, 111, 137; Liebich/Mathews Treuhand und Treuhänder, S. 93 ff.; Tassius Die Innen-KG, S. 60.

keine abweichenden Vereinbarungen zu entnehmen sind, ist zuvörderst das bürgerlich-rechtliche Regime der §§ 675, 662 ff. BGB zu verwenden.<sup>263</sup>

## 2. Rückbeschränkung der Treuhandproblematik auf Zwangsvollstreckungsfragen

Eine besondere materielle Treuhandwirkung *kann* ausschließlich dort stattfinden, wo das allgemeine Gerechtigkeitsgefühl (sog. Billigkeit) ein Abweichen von der formellen Rechtslage fordert.<sup>264</sup> Es geht daher um den vermögensrechtlichen Schutz der Beteiligten in Treuhandverhältnissen, der, in Abwägung der widerstreitenden Interessen, einer Partei zukommen muss, obwohl nach geltendem formellem Recht ein solcher Schutz nicht besteht. *Blaurock* stellte daher völlig zurecht die Aussage auf, es handele sich letztlich nicht um ein „Treuhandproblem“, sondern um ein Vollstreckungs- und Insolvenzproblem im Treuhandverhältnis.<sup>265</sup> Mit anderen Worten geht es um eine materielle Objektzuordnung, die im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht zum Tragen kommt.<sup>266</sup>

Diese Sicht rechtfertigt sich aus der Aufgabe des Zwangsvollstreckungsrechts. Ausgehend von der materiellen Rechtslage will das Zwangsvollstreckungsrecht eine abschließende, an der Billigkeit orientierte Lösung zum Ausgleich sämtlicher Gläubiger schaffen, die in rechtlicher Beziehung zu einer Sache stehen. Zentral ist dabei der juristische Vermögensbegriff. Zum juristisch verstandenen Vermögen gehören sämtliche Sachen und Rechte, die einer Person zum Betrachtungszeitpunkt materiell-rechtlich so zugeordnet sind, dass sie den geldwerten Vorteil daraus ziehen darf und gleichzeitig hinnehmen muss, dass Gläubiger sich daraus befriedigen können (haftungsrechtlicher Vermögensbegriff).<sup>267</sup> Der gesetzlichen

---

263 Staudinger/*Martinek/Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 26, 40; *Coing* Die Treuhand, S. 92, 109, 111, 137; *Tassius* Die Innen-KG, S. 60.

264 So grundsätzlich schon *Siebert* Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 167 ff., 193 ff.

265 *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 243.

266 *Schmidt* FS Wiegand, 933, 935; vgl. auch BFHE 183, 518, 525 f.; 142, 437; *Armbrüster* DZWIR 2011, 327, 331 (zugl. Anm. zu BGHZ 188, 317); *MüKoBGB/Schäfer* § 705 Rn. 85. Vgl. auch *Wrogemann* Die Haftung des Treugebers, S. 9 f., der jedoch offenlässt, ob die Treuhand über den Bereich der Zwangsvollstreckung hinaus auch bei abredewidrigen Verfügungen Wirkung entfaltet.

267 Vgl. *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil, § 21 Rn. 13; *Enneccerus/Nipperdey* Allgemeiner Teil, § 131 II. 4. und III. 3.

Billigkeit kommt die Aufgabe zu, notfalls, das heißt bei unerträglichem Rechtszustand, zulasten der Rechtssicherheit von der formellen Rechtslage abzuweichen, um die Rechtsverhältnisse wieder in ein materielles Gleichgewicht zu bringen. Dies soll hier in Anlehnung an die reichsgerichtliche Wortwahl als „Prinzip der materiell gerechten Kreditverhältnisse“ bezeichnet werden.

Es wird bei der Treuhand also ein Rechtszustand geschaffen, der in vorweggenommener, abstrakter Billigkeitsentscheidung ein Abweichen von der formellen Rechtslage bewirkt. *Bitter* bezeichnet diesen Umstand als Sonderrecht der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung.<sup>268</sup> Wird aber etwa über die Verfügungsmöglichkeit des Treuhänders an einen bösgläubigen Dritten diskutiert, diskutiert man hier an der Vollstreckungs- und Insolvenzproblematik vorbei. Dieser Bereich hat nichts mit Vermögensgerechtigkeit zu tun, sondern befasst sich mit Eigentumsschutz. Der Eigentumsschutz unterliegt aber ganz anderen, originär dem Sachenrecht unterfallenden Wertungen (Publizität, *Numerus Clausus*, Absolutheit, Abstraktion etc.).

## II. Exkurs: Haftungsordnung in der Zwangsvollstreckung

Exkursorisch wird an dieser Stelle näher beleuchtet, unter welchen Prämissen ein vollstreckungsrechtlicher Vermögensschutz im Treuhandverhältnis zu gewähren ist. Mit anderen Worten geht es um die Frage nach den konkreten Voraussetzungen für ein Abweichen von der formellen Rechtslage im Treuhandverhältnis (sog. Treuhandwirkung), das heißt den Entstehungsvoraussetzungen der *echten* Treuhand.<sup>269</sup> Noch einmal ist an dieser Stelle zu betonen, dass die echte Treuhand – wie bisher gezeigt wurde – darüber hinaus keine weiteren Treuhandwirkungen entfaltet.

### 1. Unmittelbarkeit

Die Rechtsprechung führte, wie gezeigt, mit dem Urteil RGZ 84, 214 das Unmittelbarkeitskriterium ein. Es begründete die Notwendigkeit für

---

268 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 115 f. Vgl. auch *Martinek* FS Musielak, 355, 374 ff.; *Staudinger/ders./Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 52. Ein ähnliches Verständnis hatte schon *Beuthien* ZHR 1974, 26, 29 f.

269 Zum Begriff der echten Treuhand S. 27 f.

dieses Prinzip einerseits mit der Motivlage in den Gesetzesmaterialien zum BGB. Andererseits würde ein zu weitläufiger Schutz des Treugebers in der Krise des Treuhänders den Kredit stören, wenn so nicht mehr sicher wäre, wie Eigentum in der Zwangsvollstreckung rechtlich behandelt würde.<sup>270</sup> Wie aufgezeigt, machte der 8. Senat des Bundesgerichtshofs schließlich im Jahr 1959 irrtümlich von diesem Grundsatz eine Ausnahme im Bereich der Treuhandkonten,<sup>271</sup> was später zu den uneinheitlich angewendeten Prinzipien der Vermögenstrennung, Publizität und Weisungsunterwerfung fortentwickelt wurde. Dem Unmittelbarkeitsprinzip schloss sich die Lehre zunächst breit an.<sup>272</sup> Trotz sukzessiv zunehmender Kritik<sup>273</sup> gibt es noch heute Befürworter des Unmittelbarkeitsprinzips.<sup>274</sup> Andere Autoren möchten, inspiriert durch die Treuhandkonten-Rechtsprechung das Unmittelbarkeitsprinzip mit dem Offenkundigkeitsprinzip kombinieren.<sup>275</sup>

## 2. Offenkundigkeit

Das Offenkundigkeitsprinzip entstand im Jahr 1959 zufällig und irrtümlich indem der 8. Senat des BGH gleich drei Urteile falsch verstand: die Rede ist von den Reichsgerichtsurteilen vom 6. März 1930 und 19. Februar 1937 sowie vom BGH-Urteil vom 5. November 1953.<sup>276</sup> Von einem allgemeinen Offenkundigkeitsgrundsatz im Treuhandrecht nahm der BGH schließlich ausdrücklich Abstand; die Offenlegung des Treuhandverhältnisses sei nur für die Entstehung eines vertraglichen Pfandrechts oder

---

270 RGZ 84, 214, 216, 217 f.

271 BGH NJW 1959, 1223, 1225.

272 *Friedmann* Gutachten zum 36. DJT, S. 892; *Haemmerle* Gutachten zum 36. DJT, S. 668; *Radke* Unmittelbarkeitsproblem, S. 35, 40 ff., 50; *Serick* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 2, § 19 II 2.

273 MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 357; *Thomas* NJW 1968, 1705, 1708; *Reinhardt/Erlinghagen* JuS 1962, 41, 48; *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 54, 55; *Martinek* FS Musielak, 355, 368; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 80; *Coing* Die Treuhand, S. 179 f.; *Kötz* Trust und Treuhand, S. 132 ff.; *Lammel* Die Haftung des Treuhänders, S. 8 f.; *Löhnig* Treuhand, S. 748; *Marwede* Rechtsnatur und Außenschutz, S. 179; *Walter* Unmittelbarkeitsprinzip, S. 127 ff.

274 *Flitsch* FS Wellensiek, 382, 392; für Vollstreckung in Gesellschaftsanteile *Heymann/Emmerich* HGB, 2. Aufl., § 105 Rn. 55; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Klanten* Bankrechts-Handbuch, § 72 Rn. 152.

275 So etwa *Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried/Bauer* Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 18.90 f.

276 RGZ 127, 341; RGZ 153, 366; BGHZ 11, 37. Dazu ausführlich S. 53 ff.



eigener Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte der Bank von Bedeutung.<sup>277</sup> Auch in einer neueren Entscheidung lässt der BGH offen, ob das Offenkundigkeitsprinzip allgemein geeignet ist, die echte von der unechten Treuhand abzugrenzen.<sup>278</sup> Dennoch versuchten Autoren – allen voran *Canaris* – ein solches Offenkundigkeitsprinzip als Grundvoraussetzung für alle vollstreckungsfesten Treuhandverhältnisse zu etablieren.<sup>279</sup>

### 3. Bestimmtheit

Weiter könnte man den Verkehrsinteressen über ein Bestimmbarkeitsprinzip Rechnung tragen (einfache Bestimmtheit). Die Rechtsprechung folgt einem bloßen Bestimmbarkeitsprinzip im Rahmen ihrer Verdinglichungs-, oder wie teilweise gesagt wird, Zwei-Komponenten-Rechtsprechung jedoch nicht.<sup>280</sup> Im Zuge der Treuhandkonten-Rechtsprechung, die den Paradigmenwechsel hin zu dieser Rechtsprechung wie gezeigt bewirkte, etablierte sie das strengere Vermögenstrennungsprinzip (qualifizierte Bestimmtheit).<sup>281</sup> Nur durch eine streng und dauerhaft eingehaltene Vermögenstrennung würde sich der erforderliche Wille zur Fremdinteressenwahrnehmung nach außen hin manifestieren. Dabei zeigt sich eine gewisse Nähe des Prinzips zur sachenrechtlichen Publizität, jedoch in eingeschränkter Reichweite.

Nur ein Teil der Literatur lässt es in jüngerer Vergangenheit noch bei einem einfachen Bestimmtheitsgrundsatz dergestalt, dass das Treugut spätestens bei Einleitung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme im Vermögen

---

277 Statt aller BGH NJW 1993, 2622.

278 BGHZ 155, 227, 231; vgl. auch MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 357b.

279 *Canaris* FS Flume I, 371, 412 ff., 410 ff.; MüKoZPO/*Schmidt/Brinkmann* § 771 Rn. 25; im Sinne einer offenkundigen Bestimmtheit *Jaeger/Henckel* InsO, § 47 Rn. 72; *Thomas* NJW 1968, 1705, 1708 f.; *Blomeyer* Zivilprozessrecht – Vollstreckungsverfahren, S. 153 f.; *Kötz* Trust und Treuhand, S. 133; *Lammel* Die Haftung des Treuhänders, S. 9 ff., der das Offenkundigkeitskriterium aber auf ein Beweisbarkeitskriterium reduzieren möchte; *Maulbetsch* Beirat und Treuhand, S. 131 f.

280 Vgl. oben S. 53 ff.; bzgl. der Bezeichnung Zwei-Komponenten-Rechtsprechung vgl. MüKoInsO/*Ganter* § 47 Rn. 356d; *ders.* FS Kreft, 251, 262; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 30 f., 61 ff.; *ders.* ZInsO 2004, 1217, 1222.

281 BGH NJW 1996, 1543; BGH NJW-RR 2003, 1375, 1376; BGH NZI 2005, 625, 626.

des Treuhänders bestimmt werden können muss, bewenden.<sup>282</sup> Dies war früher noch anders: Vor der Einführung des Vermögenstrennungsprinzips durch die Rechtsprechung unternahm *Assfalg* 1960 den Versuch, das Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurs des Treuhänders anhand eines allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes zu etablieren.<sup>283</sup> In der Folgezeit sprach sich die rechtswissenschaftliche Literatur immer wieder für eine ausschließliche Geltung des einfachen Bestimmtheitsprinzips oder zumindest dessen Kombination mit einem anderen Prinzip aus.<sup>284</sup>

#### 4. Rechtliche Gefahrtragung

Schließlich erlebt eine in der Rechtsprechung längst vergessene Ansicht zurzeit eine Wiedergeburt in der Literatur. Wie gezeigt, stützte das Reichsgericht einen Vollstreckungsschutz des Treugebers einst allein auf die Tatsache, dass es der Treugeber ist, der die Gefahr des zufälligen Untergangs des Treuguts trägt.<sup>285</sup> Er erhält nämlich das Treugut nach Beendigung des Treuhandverhältnisses im *status quo* zurück (§ 667 BGB).<sup>286</sup> Im Zentrum dieser Ansicht steht die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB, dessen Rechtsgedanke diese wirtschaftliche Besonderheit im Blick hat.<sup>287</sup> Vor allem *Bitter* und *Martinek*<sup>288</sup> vertreten diese Ansicht heute, wobei sie sich in einer Nuance unterscheiden: *Bitters* Ansicht nach soll ausschließlich die Frage von Bedeutung sein, ob der Treugeber die Gefahr des zufälligen Untergangs des Treuguts trägt.<sup>289</sup> In diesem Fall habe der Treugeber einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch, der in der Zwangsvollstreckung schutzwürdig

---

282 *Einsle* JZ 1990, 1005, 1011; *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 58 f.; *Grundmann* Treuhandvertrag, S. 315 ff. Unklar bei *Jaeger/Henckel* InsO, § 47 Rn. 72.

283 *Assfalg* Die Behandlung von Treugut, S. 178 f.

284 *Reinhardt/Erlinghausen* JuS 1962, 41, 47; *Thomas* NJW 1968, 1705, 1708 f.; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 69; *ders.* AcP 175 (1975), 456, 460 f.; *Canaris* FS Flume I, 371, 411 ff.; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 248; *Rolle* Treuhandverhältnisse, S. 168.

285 RG JW 1890, 373 f.; vgl. auch RGZ 35, 77.

286 Ähnlich später *Beuthien* ZGR 1974, 27, 28.

287 *Lieder/Wüstenberg* JURA 2016, 1229, 1238; *BeckOK HGB/Baer* 27. Edition (2020), § 392 Rn. 2; *Oetker/Bergmann* HGB, § 392 Rn. 2; *MüKoHGB/Häuser* § 392 Rn. 1 f.

288 *Martinek* FS Musielak, 355, 374 ff.; *Staudinger/ders./Omlor* (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 52. Vgl. auch schon *Gernhuber* JuS 1988, 355, 361 f. und *Beuthien* ZGR 1974, 26, 29.

289 *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 305, 320, 518 f.

sei. *Martinek* schränkt diese Ansicht zeitlich ein: Ein Schutz bestehe solange, bis aufgrund von zeitlicher Kürze des Geschäftsbesorgungsverhältnisses ein schutzwürdiges Treuhandverhältnis nicht mehr angenommen werden könne. Ein solches könne nur angenommen werden, wenn das Geschäftsbesorgungsverhältnis auf eine gewisse Dauer angelegt ist und keine „selbst beendende Abwicklungsverwaltung“ darstelle.<sup>290</sup>

## 5. Stellungnahme

Allein richtig ist letztere Ansicht mit einer leichten Korrektur. Der Zweck der Treuhand besteht gerade darin, das wirtschaftliche Ergebnis der Geschäftsbesorgung durchzureichen; im Ergebnis ist also der Treugeber vom wirtschaftlichen Misserfolg des Treuhänders gerade so betroffen, als wäre er selbst Rechtsinhaber.<sup>291</sup> Ist dies aber so, muss bereits diese Tatsache im Grundsatz schutzbegründend sein.<sup>292</sup> Einschränkende Prinzipien können nur noch im Interesse des Rechtsverkehres bestehen, was auch die zweite BGB-Kommission so sah.

Allerdings müssen diese Prinzipien auch effektiv sein. Das Unmittelbarkeitskriterium erfüllt diesen Anspruch jedenfalls nicht. Zum einen kann es viel zu leicht umgangen werden, indem man das Treugut einfach hin- und herüberträgt.<sup>293</sup> Zum anderen schafft das Unmittelbarkeitsprinzip nicht, den richtigen Gedanken des Zugriffsschutzes aufgrund der wirtschaftlichen Gefahrtragung zu verwirklichen. Denn ein Schutz wird bei der Vereinbarungstreuhand und Erwerbstreuhand trotz gleicher Interessenlage pauschal abgelehnt. Auch eine anders interpretierte Funktion des Unmittelbarkeitsprinzips zur Begründung einer Verdinglichung der schuldrechtlichen Beziehung trägt nicht. Zum einen verstößt sie gegen § 137 BGB und zum anderen steht ihr der *Numerus Clausus* des deutschen Sachenrechts entgegen. Wird versucht eine Verdinglichung über andere Prinzipien herbeizuführen, gelingt dies aus demselben Grund nicht. Überhaupt beruht dieser Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung auf einer

---

290 Staudinger/*Martinek/Omlor* BGB (2017), Vorbem §§ 662 ff. Rn. 50 f.

291 Insoweit zustimmend *Lieder/Wüstenberg* JURA 2016, 1229, 1238, 1240; Vgl. für das Gesellschaftsrecht *Tebben* ZGR 2001, 586, 611; *Armbrüster* GmbHR 2001, 941.

292 Vgl. auch *Gernhuber* JuS 1988, 355, 361 f.; *Beuthien* ZGR 1974, 26, 29.

293 Vgl. *Henssler* AcP 196 (1996), 37, 54 f.; *Coing* Die Treuhand, S. 102; *Bitter* Rechtsträgerschaft, S. 106.

fehlerhaften Begründung, sodass die Verdinglichungsdoktrin schon aus allgemeinen rechtsstaatlichen Gründen keinen Bestand haben sollte.<sup>294</sup>

Wie aber soll die Gefahrtragungsthese sinnvoll begrenzt werden? Allein auf eine zeitliche Komponente abzustellen, wie dies *Martinek* tut, kann sowohl unzureichend sein als auch über das Ziel hinausschießen. Es muss um den Schutz vor Missbrauch und Konturlosigkeit im Allgemeinen gehen. Es muss verhindert werden können, dass der in der finanziellen Krise steckende Treuhänder über den Weg der bloßen Treuhandbegründung die haftbare Masse seiner Gläubiger schmälert.

Das Problem soll hier nicht abschließend gelöst werden. Vielmehr kann hier nur der Rahmen für eine Einzelfalllösung gesteckt werden: Für die vorzunehmende Interessenabwägung erscheinen die Kriterien der Bestimmbarkeit, Offenkundigkeit sowie ein Zeitkriterium allesamt geeignet, um das Missbrauchspotenzial der Treuhand einzugrenzen.<sup>295</sup> Dabei dreht man sich hier nicht im Kreis: Zwar lehnt der Verfasser diese Prinzipien ab, wenn es um die Frage nach einer Verdinglichung der schuldrechtlichen Abrede geht, weil schlicht keine Verdinglichung stattfinden kann. Die genannten Prinzipien können und müssen aber gleichwohl bei dem hier zugrunde gelegten Treuhandverständnis als Ordnungskriterien zur Herstellung materieller Gerechtigkeit im Kreditverhältnis eine Rolle spielen.

Die erforderliche Interessenabwägung sollte bis zum Erlass einer geeigneten Fiktionsnorm unter § 242 BGB verortet werden. Wegen der klaren Entscheidung des historischen Gesetzgebers, eine dem § 392 Abs. 2 HGB nachgebildete allgemeine Fiktionsnorm nicht in das BGB einzuführen,<sup>296</sup> ist der Treugeberschutz über § 242 BGB vorsichtig auf eindeutig schutzwürdige Fälle zu begrenzen.<sup>297</sup> Konkret ist unter Abwägung der wirtschaftlichen Gefahrtragung des Treugebers gegen die Schutzwürdigkeit der Gläubiger des Treuhänders unter Berücksichtigung von Bestimmbarkeit, Offenkundigkeit und Dauer der Treuhandbeziehung zu fragen, ob ein Zugriff der Gläubiger des Treuhänders auf das Treugut grob unverhältnismäßig wäre und daher den Grundsatz der materiell gerechten Kreditver-

---

294 Dazu ausführlich S. 51 ff.

295 So verstanden müssten auch Surrogate am Vollstreckungsschutz teilhaben: vgl. *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand, S. 248 f.; *Assfalg* Die Behandlung von Treugut, S. 180 f.; *ders.* NJW 1963, 1586; *Coing* Die Treuhand, S. 178; *Markwardt* Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse, S. 42.

296 Dazu S. 47 ff., 50.

297 Kritisch *Lieder/Wüstenberg* JURA 2016, 1229, 1239 f., die auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung abstellen.

hältnisse empfindsam stören würde.<sup>298</sup> Das Unmittelbarkeitsprinzip ist für diese Wertentscheidung untauglich und daher vollständig aufzugeben.

### § 10. Zusammenfassung

Für die Rechtsprechung waren dingliche Treuhandwirkungen ursprünglich nur die Folge einer Billigkeitsabwägung. Es ging dabei regelmäßig um eine materielle Korrektur der formellen Rechtslage aufgrund von wirtschaftlicher Zugehörigkeit des Treuguts zum Vermögen des Treugebers. Später führte das Reichsgericht das sogenannte Unmittelbarkeitsprinzip ein (RG JW 1909, 4 f. (Nr. 2)). Es sollte einer Ausuferung der Treuhandwirkungen entgegenwirken und ist als Folge der gesetzgeberischen Entscheidung zu sehen, eine dem § 392 Abs. 2 HGB entsprechende Vorschrift nicht in das BGB aufzunehmen. Im Jahr 1959 leitete der BGH schließlich seine bis heute fortgeführte Verdinglichungsdoktrin ein: Im Rahmen der Treuhandkonten wurde der Vollstreckungsschutz plötzlich mit einer Verdinglichung des Rechtsverhältnisses zwischen Treugeber und Treuhänder begründet (BGH NJW 1959, 1223).

Ein solches Verständnis verbietet sich jedoch. Es wurde auch nie vom BGH sachlich begründet. Vielmehr irrte der BGH bei der Interpretation früherer Urteile, nämlich der Entscheidungen in BGHZ 11, 37, RGZ 127, 341 und RGZ 153, 366. Denn in BGHZ 11, 37 wurde der Zugriff auf Treuhandforderungen auf einem Bankkonto schon aus formellen Gründen verweigert. Eine Entscheidung über das wirtschaftliche Eigentum erfolgte gerade nicht. Auch die beiden Urteile des Reichsgerichts bestätigen in keiner Weise, dass es zur Abgrenzung der „echten“ schutzwürdigen Treuhand von der unechten Treuhand auf eine verdinglichte Interessenwahrnehmungspflicht ankomme. Ein solches Verständnis verträgt sich mithin schlicht nicht mit § 137 BGB und dem *Numerus Clausus* der Sachenrechte.

Richtigerweise ist Treuhandrecht Billigkeitsrecht, eben so, wie es die Gerichte schon historisch sahen. Überträgt jemand fiduziarisch sein Eigentum auf einen Treuhänder, tut er dies mit Billigung der Rechtsordnung. Deshalb muss er auch einen gewissen Schutz durch diese erfahren, wenn Dritte in der Zwangsvollstreckung auf das Treugut zugreifen wollen. Damit hat aber das Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder

---

298 Ähnlich insb. schon *Thomas* NJW 1968, 1705, 1708 f.; *Blomeyer* Zivilprozessrecht – Vollstreckungsverfahren, S. 153 f.; *Walter* Unmittelbarkeitsprinzip, S. 132; *Markwardt* Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse, S. 41 f.

nichts zu tun. Dieses erschöpft sich regelmäßig in der Anwendung der Regeln über die Geschäftsbesorgung.

Der Zweck des deutschen Treuhandrechts erschöpft sich also im Schutz des Treugebers in der Zwangsvollstreckung, einschließlich dem Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht. Dieser Schutz wird durch einen Missbrauchsschutz über eine wertende Gesamtbetrachtung (Billigkeitsentscheidung) begrenzt. Die Kriterien des Unmittelbarkeits-, Offenkundigkeits- oder Vermögenstrennungsprinzip sind daher abzulehnen, sofern sie eine Verdinglichung des schuldrechtlichen Treuhandverhältnisses bewirken sollen. Bis auf das Unmittelbarkeitsprinzip sind sie jedoch nicht vollständig zu verwerfen. Insbesondere ein Offenkundigkeits- und (allgemeinerer) Bestimmtheitsgrundsatz kann in der vorzunehmenden Wertungsentscheidung fruchtbar gemacht werden. Gleichsam kann ein Treuhandschutz aufgrund von zeitlicher Kürze der Treuhandbeziehung unbillig und daher zu versagen sein.