

Inhaltsverzeichnis

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

Teil 1

Die Entstehung des modernen deutschen Treuhandrechts

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

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

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

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

Teil 2**Das Treuhandverhältnis
im geltenden deutschen Schuldrecht**

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

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

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

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

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

a) Beendigungsrecht des Treugebers	262
aa) Grund- und fristlose Kündigung nach § 627 BGB	263
bb) Sonderregelung für Absatzmittler	264
cc) Abberufung des Geschäftsleiters einer Kapitalgesellschaft	265
b) Schutz des Vergütungsinteresses	268
aa) Dienstvertragliche Treuhand	268
bb) Werkvertragliche Treuhand	268
cc) Sonderregelungen im Recht der Absatzmittler	270
4. Vergütung ohne Interessenwahrnehmung	272
a) Mitwirkungsobligationen des Treugebers	272
aa) Dienstvertragliche Treuhand	272
bb) Werkvertragliche Treuhand	273
b) Mitwirkungspflichten des Treugebers	274
aa) Ausdrückliche Vereinbarung oder Anordnung	274
bb) Ermittlung durch Auslegung	275
cc) Gesetzliche Treuhandverhältnisse	277
II. Die Pflicht zur Zahlung von Aufwendungsersatz	278
1. Aufwendungsersatz	278
a) § 670 BGB als Konfliktlösungsregel	278
b) Aufwendungen	279
2. Vorschuß	282
3. Ersatz für Zufallsschäden	283
a) Problemstellung	283
b) Allgemeine Risikohaftung	284
Teil 3	
Interessenkonflikte als Folge einer Spaltung der Treugeberposition	
§ 12. Quantitative Spaltung der Treugeberposition	289
I. Allgemeines	289
II. Gesamthandsgemeinschaft mehrerer Treugeber	289
1. Entstehung der Gesamthandsgemeinschaft	289
2. Gleichstufige Verbindung der Mitglieder	291
III. Interessengemeinschaft mehrerer Treugeber	292
1. Die Figur der Interessengemeinschaft	292
2. Rechtsgemeinschaften	293

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

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

Teil 4

Interessenkonflikte als Folge mehrerer nebeneinander bestehender Treuhandverhältnisse

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

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

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

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

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

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

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

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

Teil 5

Interessenkonflikte bei der Willensbildung
von Mittreuhändern

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

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

Teil 6

Rechtsfolgen einer Verletzung der Konfliktlösungsregeln

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

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

Teil 7

Interessenkonflikte zwischen Treugeber und Dritten

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

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

3. § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB	709
a) Allgemeines	709
b) Rollenwechsel bei der Eigenhaftung des Vertreters	710
c) Rollenwechsel im Treuhandrecht	712
d) Pflichtverletzung des Geschäftspartners des Treuhänders	714
4. Exkurs: Auswirkung auf das Verpflichtungsgeschäft	716
V. Zusammenfassung, Deutschrechtliche Treuhand	716

§ 33. Der Zugriff von Treuhändergläubigern
auf treuhänderische Machtmittel und Resultate Teil 1:
Wege zur Lösung des „Treuänderproblems“

I. Allgemeines	720
II. Machtpositionen, die dem Zugriff Dritter ausgesetzt sind	721
1. Zugriff durch Aufrechnung	721
2. Zugriff durch Einzel- oder Gesamtvollstreckung	722
III. Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung nach dem Krieg ..	723
IV. Der Meinungsstand zum „Treuänderproblem“ in der Literatur seit 1960	725
1. Verdinglichung der Treugeberposition	725
a) Das Benefiziarrecht des Treugebers	726
aa) Die Rezeption englischen Rechts bei Assfalg	726
bb) Kritik	727
b) Die Dauerberechtigungsbeziehung zwischen Treugeber und Treuhänder	729
c) Die Verdinglichung des obligatorischen Rückübertragungs- anspruchs	731
aa) Verdinglichung durch Publizität	731
bb) Kritik	732
2. Neue dingliche Rechte	734
a) Treuhandeigentum	734
aa) Die historische Argumentation bei Wiegand	734
bb) Kritik	736
cc) Kausales Eigentum kraft Gesetzes	737
b) Die rechtsvergleichende Argumentation bei Kötz	739
aa) Der Umbau des Sachenrechts	739
bb) Kritik	740
c) Beschränkt dingliche Rechte eigener Art	742

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

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

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

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