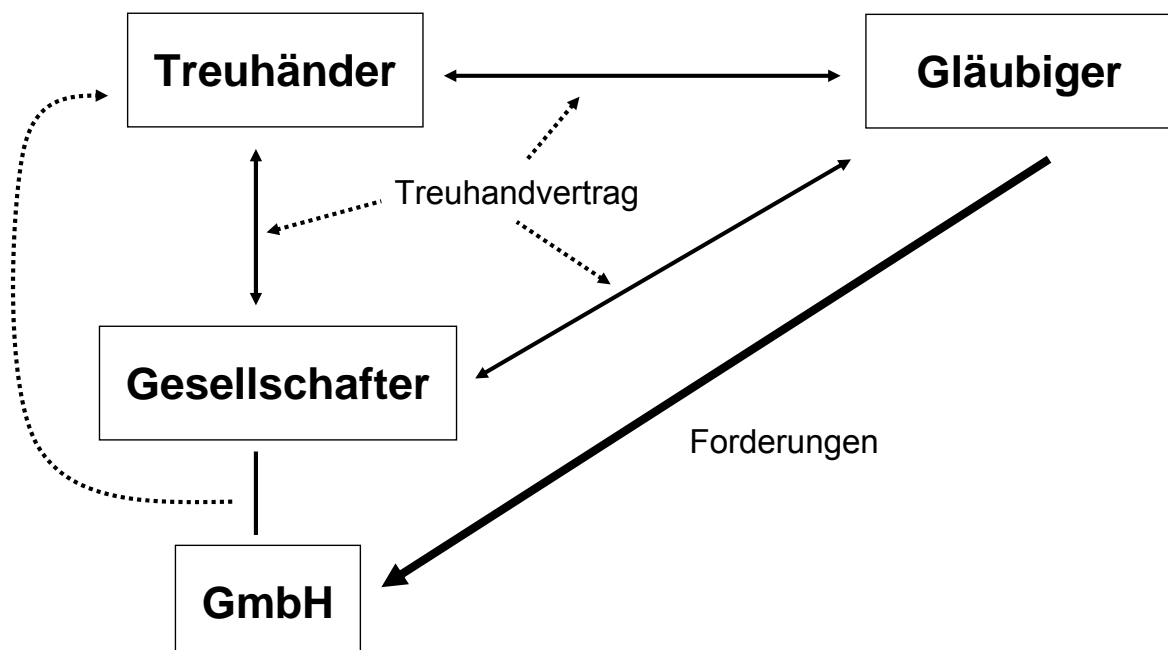


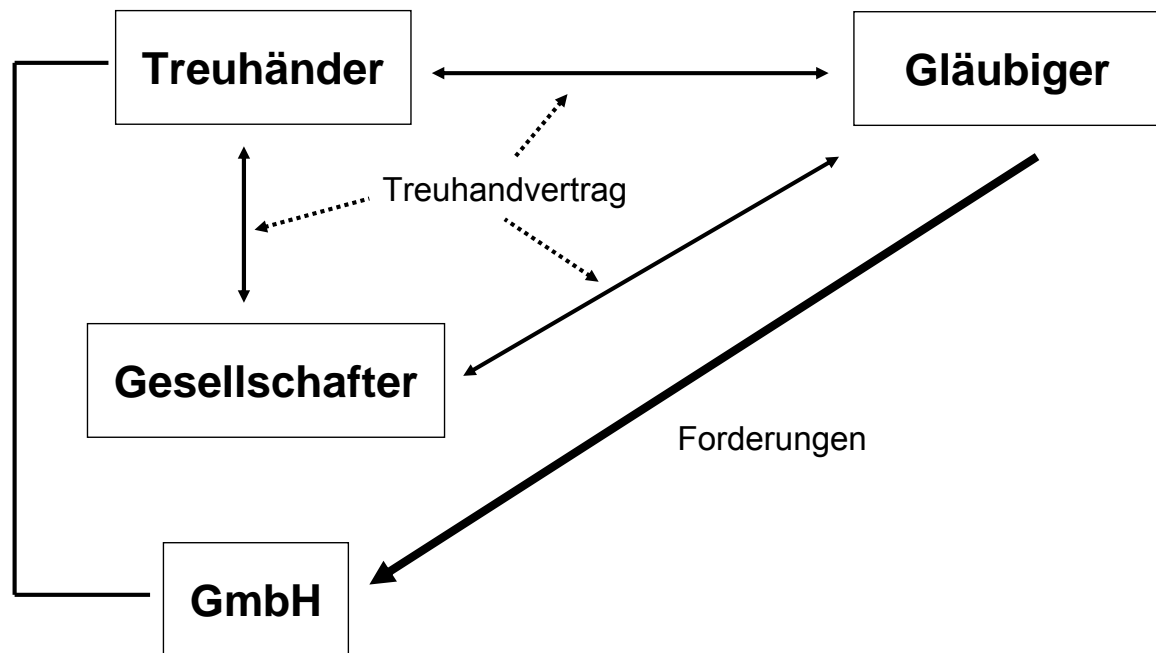
Prof. Dr. Georg Bitter
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Treuhandmodelle in der Sanierung

Vortrag auf dem Deutschen Insolvenzrechtstag
am 18. März 2010 in Berlin

Sanierungstreuhand – Grundkonstellation



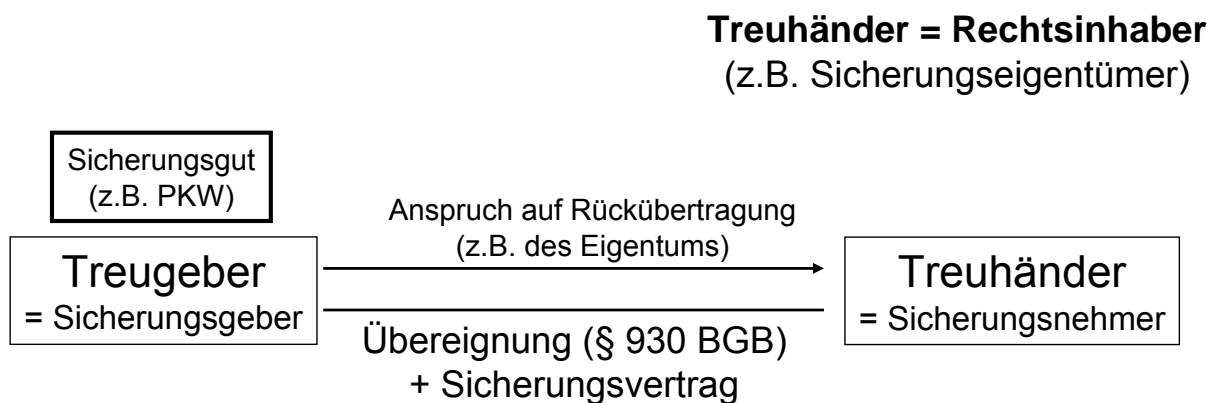
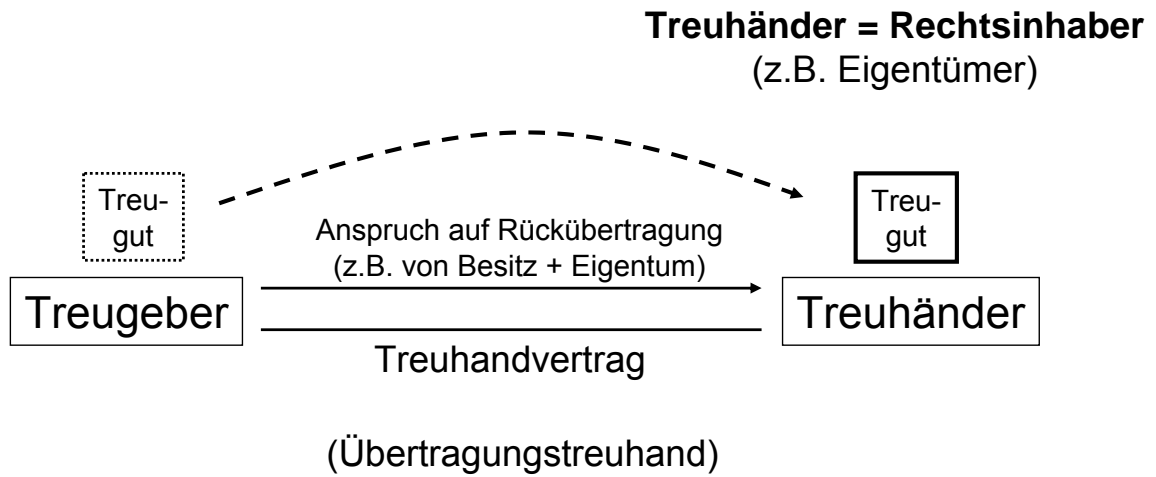


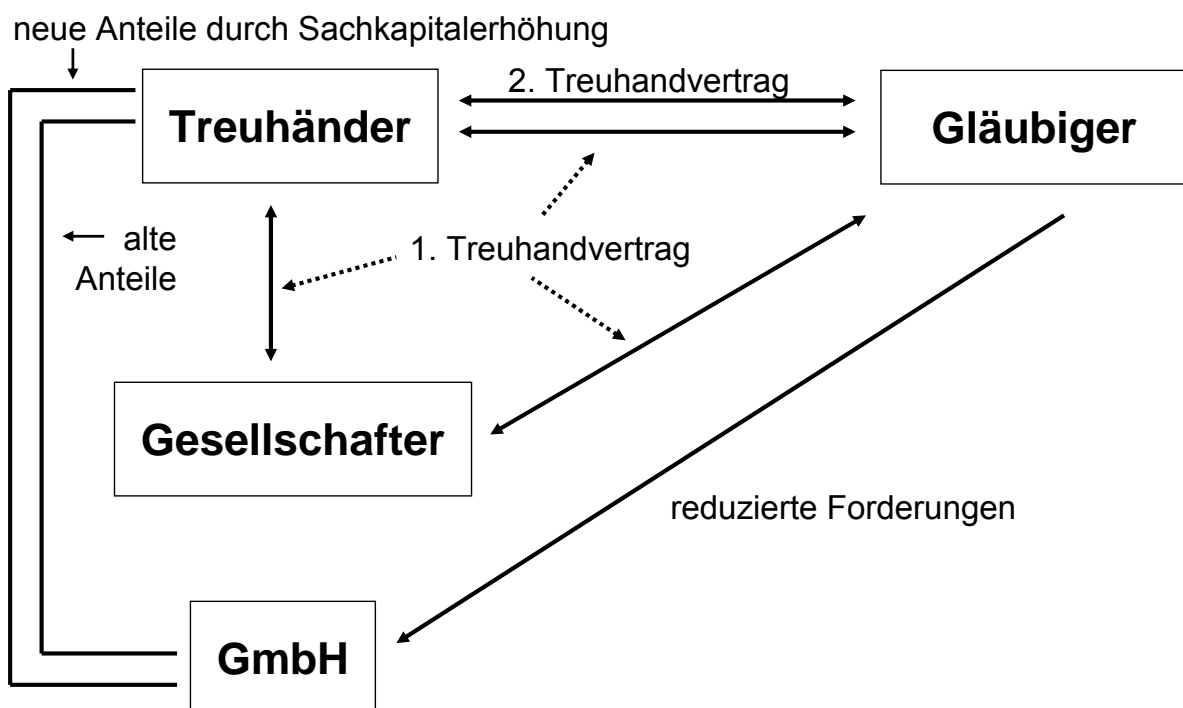
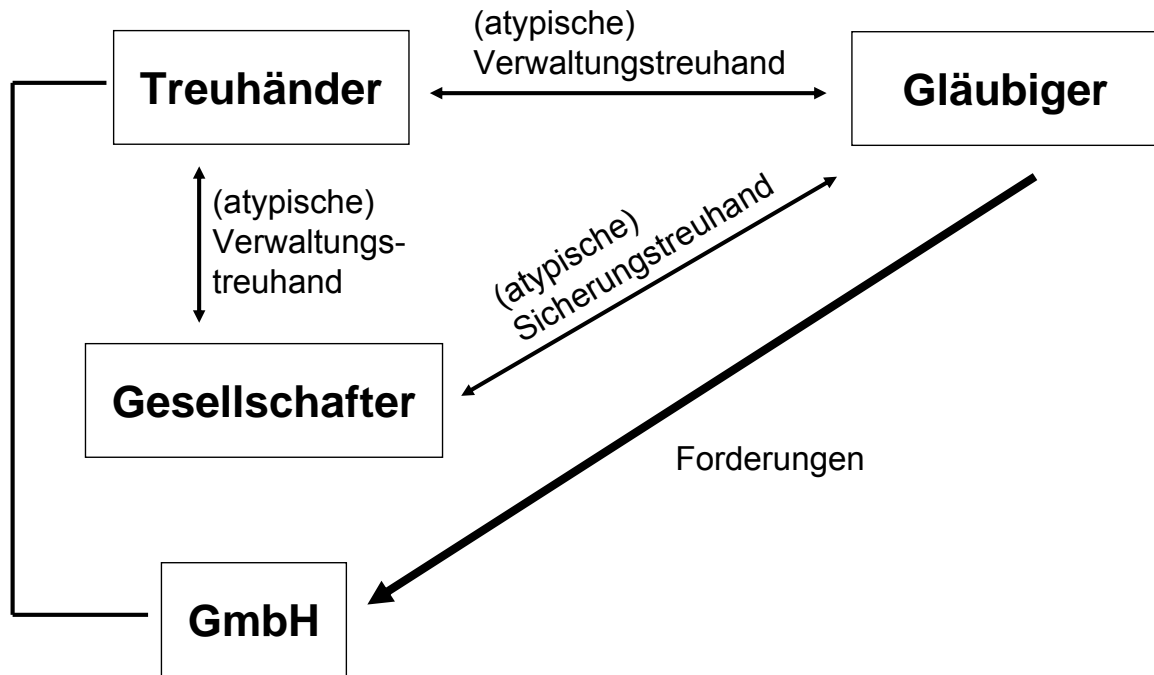
1. Verwaltungstreuhand

- Treuhänder hält ein Recht (Eigentum, Nießbrauch, Patent, Forderungsinhaberschaft etc.) *fremdnützig* für einen Treugeber
- Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Treuhänder = Rechtsinhaber; Treugeber = Inhaber eines schuldrechtlichen Anspruchs auf (Rück-)Übertragung + Träger der Gefahr
- Gründe: Umgehung, Verbergung, Vereinfachung

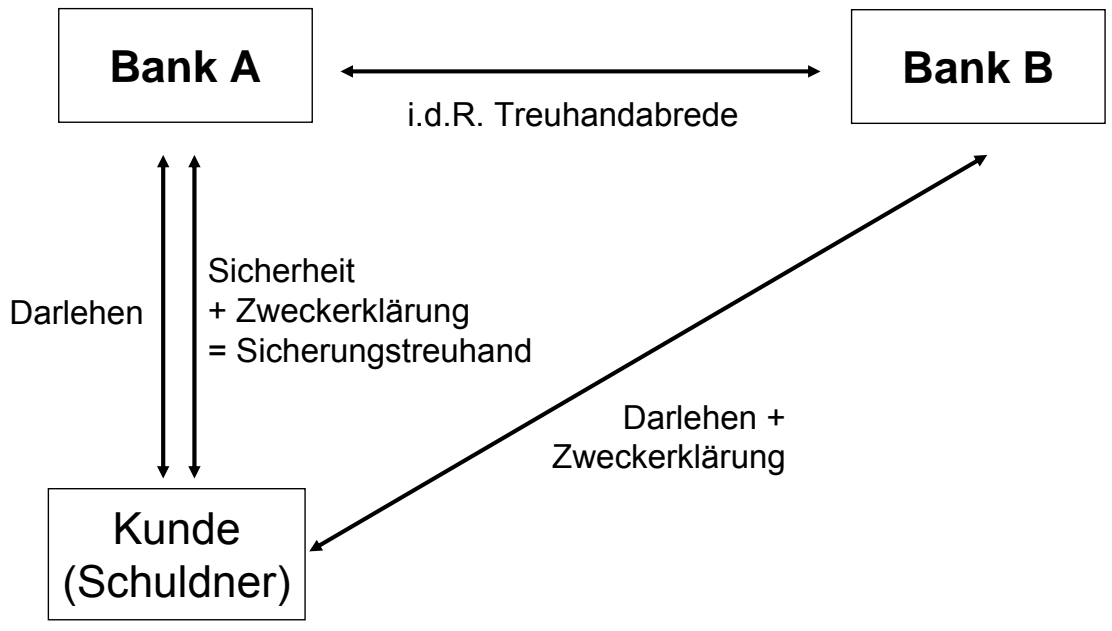
2. Sicherungstreuhand

- Sicherungsnehmer (z.B. Bank, Vorbehaltsverkäufer) hält ein Recht *eigennützig* zum Zweck seiner Befriedigung im Sicherungsfall, im Übrigen aber treuhänderisch für den Sicherungsgeber, der bei Fortfall des Sicherungszwecks (Rück-)übertragung verlangen kann

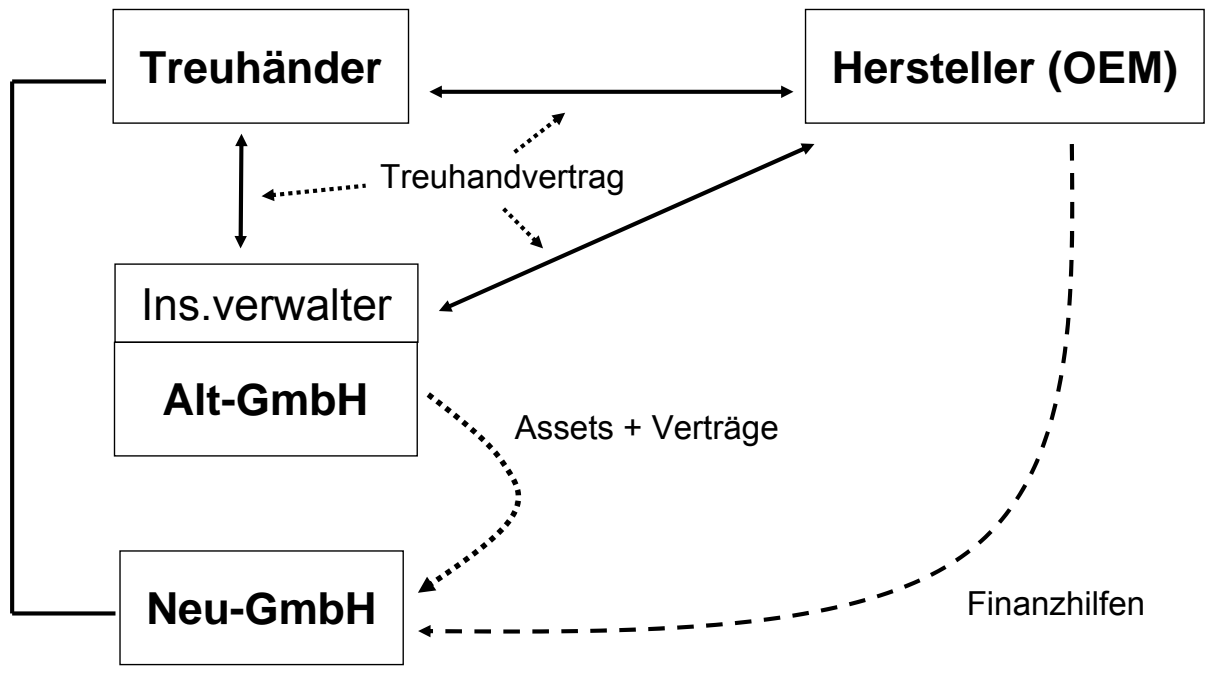


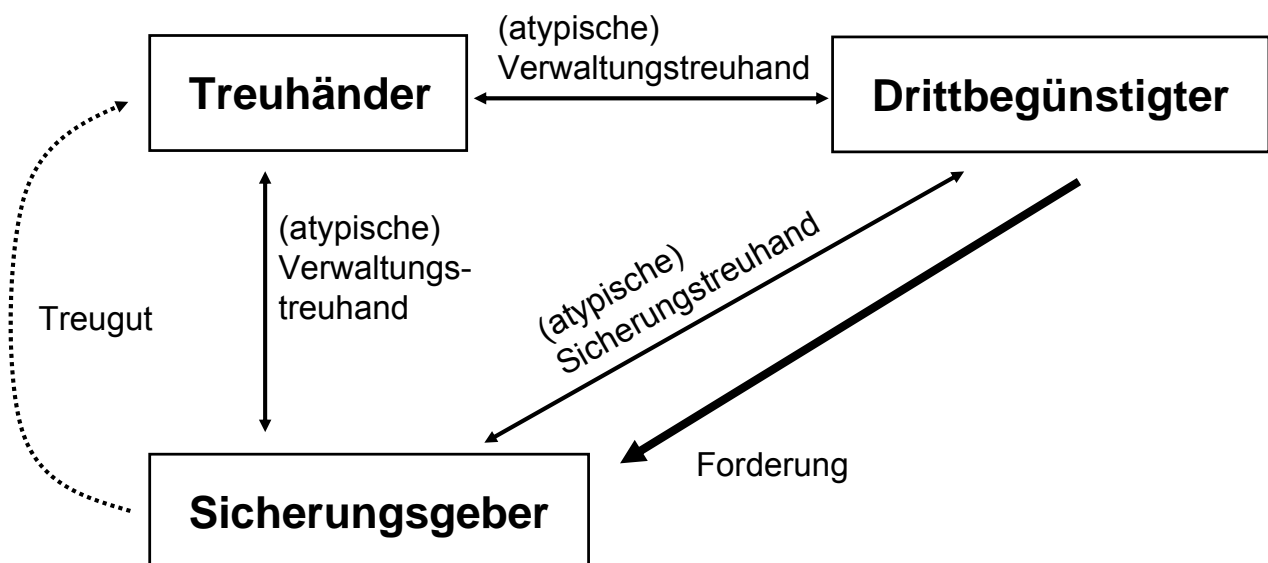
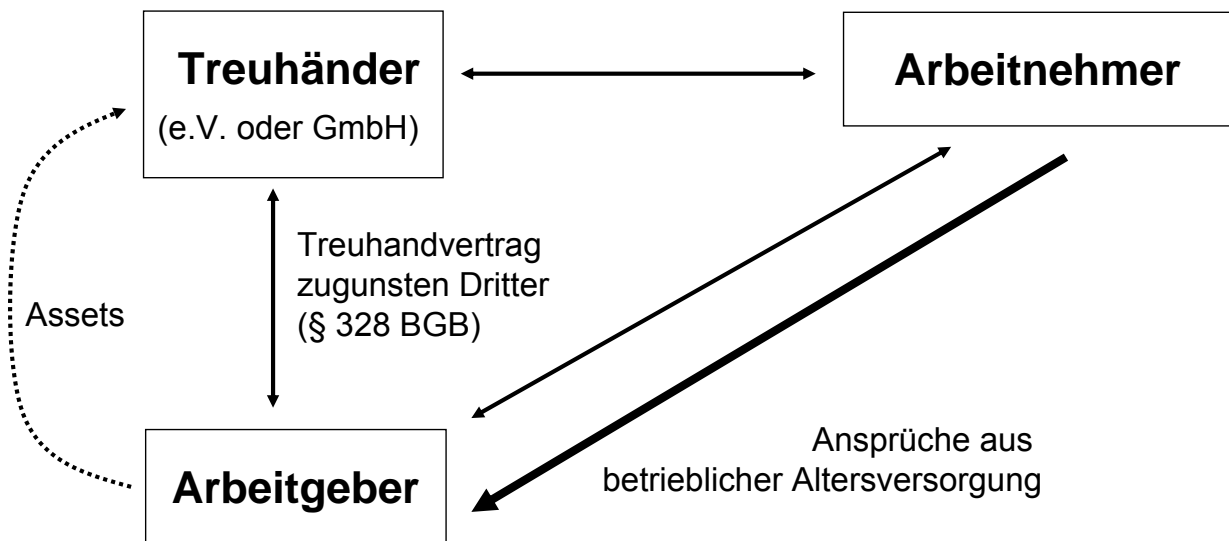


Sicherheitenpool – Grundkonstellation



Treuhandlösung in der Insolvenz (insolventer Zulieferer)





- ❖ faktische Geschäftsführung durch Bank / Hersteller (OEM)
 - i.d.R. kein Problem bei rein interner Einwirkung auf Geschäftsführung
 - Details siehe Folien 14 – 17
- ❖ Anwendung des Rechts der Gesellschafterdarlehen (§§ 39 I Nr. 5, 135 InsO)
 - Vermögens- und Mitwirkungsrechte maßgeblich
 - Details siehe Folien 18 – 23
- ❖ Verlust der Verlustvorträge wegen Anteilsübertragung
 - neuer § 8c Abs. 1a KStG (Beteiligungserwerb zum Zweck der Sanierung) durch Wachstumsbeschleunigungsgesetz 22.12.2009 eingeführt
- ❖ Grunderwerbssteuer wegen Anteilsübertragung
 - Erwerb von 95 % reicht (§ 1 III GrEStG)
- ❖ Insolvenz von Treugeber / Treuhänder ⇒ allgemein unten Folien 24 ff.

1. Haftungsgefahren

- BGHZ 104, 44 = WM 1988, 756
 - Insolvenzantragspflicht; zivil- und strafrechtliche Verantwortung
- BGHZ 150, 61 = WM 2002, 960 (Leitsatz 3)
 - Haftung aus § 43 II GmbHG
- BGH WM 2005, 1606
 - Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB
- BGH WM 2005, 1706 (Leitsatz 1)
 - Haftung aus § 64 II GmbHG a.F. (jetzt § 64 GmbHG)

2. Haftungstatbestand

- (faktischer) Geschäftsführer = natürliche Person
- BGHZ 104, 44 = WM 1988, 756
 - Geschäftsführungsfunktionen in maßgeblichem Umfang wahrgenommen; keine vollständige Verdrängung der gesetzlichen Geschäftsführer erforderlich
 - rein interne Einwirkung auf Geschäftsführung reicht nicht
- BGHZ 150, 61 = WM 2002, 960 (Leitsatz 3)
 - nach außen hervortretendes, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Verhalten erforderlich

2. Haftungstatbestand

- BGH WM 2005, 1606 und BGH WM 2005, 1706 (Leitsatz 2)
 - Geschicke der Gesellschaft durch eigenes Handeln im Außenverhältnis maßgeblich in die Hand genommen
- BGH WM 2008, 1020 (Rdn. 5)
 - Verfügungsgewalt über das Gesellschaftskonto + Vornahme einzelner Verfügungen ggü. der Bank reicht nicht (Fall eines Anteilsveräußerers)

2. Haftungstatbestand

- Konkretisierung der Geschäftsführungsfunktionen
 - ❖ BayObLGSt 97, 38 = NJW 1997, 1936: faktische Geschäftsführung jedenfalls, wenn sechs von acht Merkmalen im Kernbereich der Geschäftsführung erfüllt sind:
 - Bestimmung der Unternehmenspolitik
 - Unternehmensorganisation
 - Einstellung von Mitarbeitern
 - Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern
 - Verhandlung mit Kreditgebern
 - Gehaltshöhe
 - Entscheidung der Steuerangelegenheiten
 - Steuerung der Buchhaltung

1. Grundlagen: Die Neuregelung im MoMiG

- Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG, 129a, 172a HGB
- Konzentration auf die insolvenzrechtlichen Regelungen
 - Nachrang der Gesellschafterdarlehen – § 39 I Nr. 5 InsO
 - Anfechtbarkeit der Sicherung für 10 Jahre – § 135 I Nr. 1 InsO
 - Anfechtbarkeit der Rückzahlung für 1 Jahr – § 135 I Nr. 2 InsO
- rechtsformneutrale Ausgestaltung – § 39 IV InsO
 - alle Gesellschaften ohne unbeschränkt haftende natürliche Person
- Abschaffung der „Zweispurigkeit“ (§§ 57 I 4 AktG, 30 I 3 GmbHG)
- Ergänzung durch §§ 6, 6a AnfG für masselose Insolvenzen

2. Einbeziehung Dritter im alten und neuen Recht

- altes Recht: § 32a III 1 GmbHG
 - „Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.“
- neues Recht: § 39 I Nr. 5 InsO
 - „Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden ... berichtigt: ... nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.“
 - Bezugnahme darauf für die Anfechtung in § 135 I InsO
- keine Änderung des personellen Anwendungsbereichs gewollt

3. Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG

- BGHZ 81, 311: Gesellschafter-Gesellschafter
 - Übernahme der Geschäftsanteile durch eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Bank
- BGHZ 106, 7 = WM 1989, 14: atypisch stiller Gesellschafter
 - stiller Gesellschafter, der ähnlich wie ein Gesellschafter die Geschicke der GmbH bestimmt sowie an Vermögen und Ertrag beteiligt ist
- BGH WM 2006, 691: atypisch stiller Gesellschafter
 - stiller Gesellschafter mit vermögensmäßiger Beteiligung und Einfluss auf die Geschicke der GmbH
- *Florstedt*, Der „stille Verband“, 2007

3. Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG

- BGHZ 119, 191: atypischer Pfandgläubiger (WestLB)
 - Pfandgläubiger am Gesellschaftsanteil mit Einräumung zusätzlicher Befugnisse, die es ihm ermöglichen, die Geschicke der Gesellschaft ähnlich einem Gesellschafter mitzubestimmen
 - ⇒ Sicherungsabtretung der Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsüberschussansprüche
 - ⇒ Zustimmungsrecht bei Gewinnverwendungsbeschlüssen + Fusionen
 - ⇒ Übernahme der Geschäftsleitung durch Unternehmensberatungsgesellschaft als „gleichsam faktischer Geschäftsführer“
- *Fleischer*, ZIP 1998, 313: Covenants in Kreditverträgen
 - Frage: Kompensation fehlender Vermögensbeteiligung durch weitreichende Mitspracherechte?

3. Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG

- BGHZ 95, 188, 193 = ZIP 1985, 1198, 1201 m.w.N.: Treuhand
 - Treugeber ist einem Gesellschafter gleichzustellen, weil er wirtschaftlich Anteilsinhaber ist
 - Frage: Bank als „Treugeber“ ?
 - ⇒ (+) bei Anteilsinhaberschaft des Treuhänders für Rechnung der Bank (insbes. bei Debt-Equity-Swap ⇒ Folie 8)
 - ❖ aber Sanierungsprivileg des § 39 IV 2 InsO
 - ⇒ sonst fraglich, da nur Sicherungsrecht (Vergleich zum Pfandrecht)

4. Übertragung auf das neue Recht vom Normzweck abhängig

- These 1: Normzweck unverändert (Finanzierungsfolgenverantwortung), aber jetzt unwiderlegliche Vermutung der Krise
 - ❖ *Altmeyen, Bork, Marotzke, Hölzle, Haas*
- These 2: Einordnung von Gesellschafterdarlehen als Risikokapital als Korrelat der Haftungsbeschränkung, um Missbrauch zu verhindern
 - ❖ *Huber, Habersack, Gehrlein, präzisierend Grigoleit/Rieder*
- These 3: Erhöhte Verantwortung der Insider
 - ❖ *Karollus, Haas, Servatius, Grigoleit/Rieder, Eidenmüller (für Anfechtung)*
- These 4: Konsequenz einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters
 - ❖ *Karsten Schmidt*

1. Sicherungstreuhand (= eigennützige Treuhand)
 - Absonderungsrecht des Treuhänders (!) gemäß §§ 50, 51 Nr. 1 InsO in der Insolvenz des Treugebers
 - Treuhänder = Rechtsinhaber ⇒ Absonderungsrecht als Minus zu § 47 InsO
2. Verwaltungstreuhand (= fremdnützige Treuhand)
 - Aussonderungsrecht des Treugebers (!) gemäß § 47 InsO in der Insolvenz des Treuhänders
 - Treugeber ≠ Rechtsinhaber ⇒ ausnahmsweise Aussonderungsrecht für den schuldrechtlichen Anspruch auf (Rück-)übertragung des Treuguts; Voraussetzungen (insbes. Unmittelbarkeit) str.
 - ⇒ Details siehe Folien 40 – 50

Schaubild Verwaltungstreuhand in der Insolvenz

Frage: Rechte des Treugebers
in der Insolvenz des Treuhänders

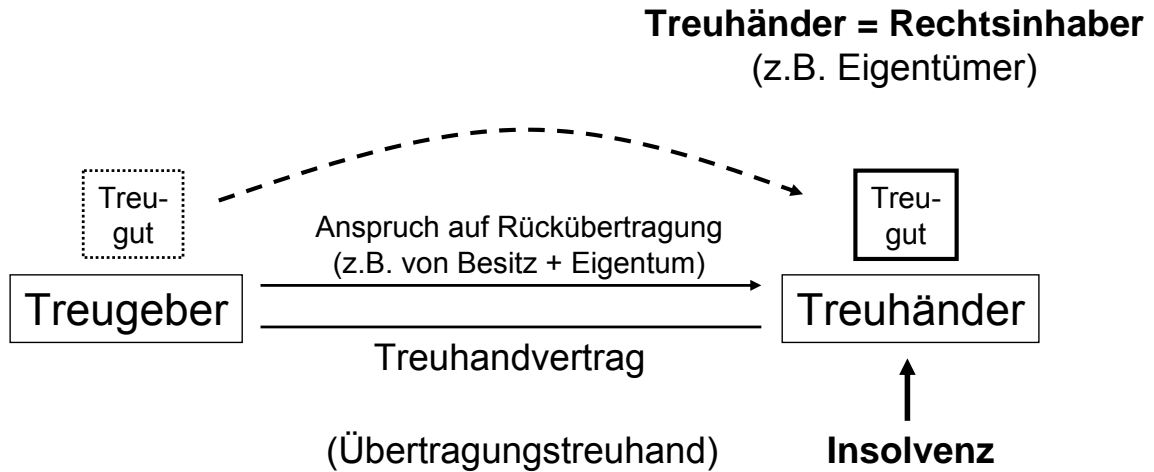
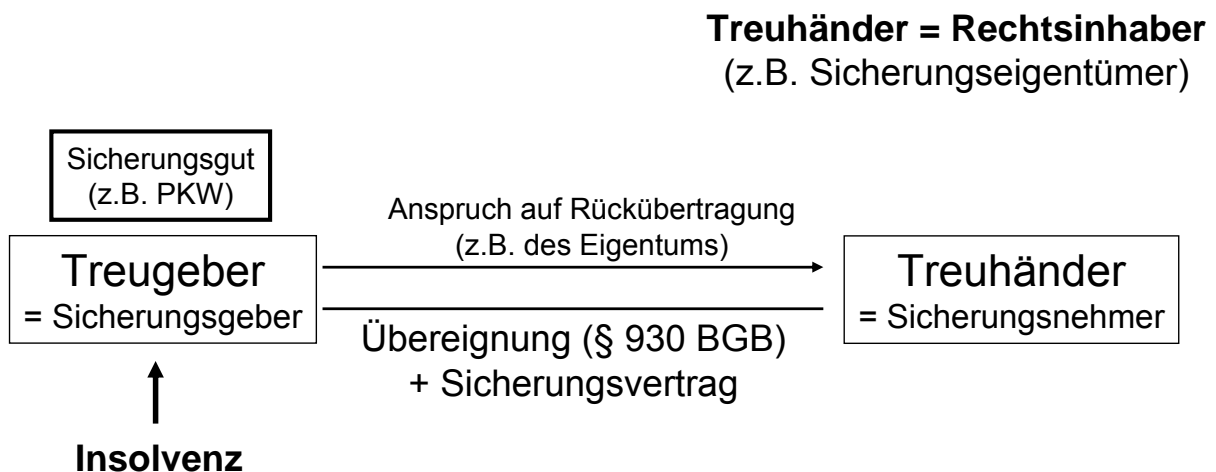


Schaubild Sicherungstreuhand in der Insolvenz

Frage: Rechte des Treuhänders
in der Insolvenz des Treugebers



1. Insolvenz des Sicherungsgebers

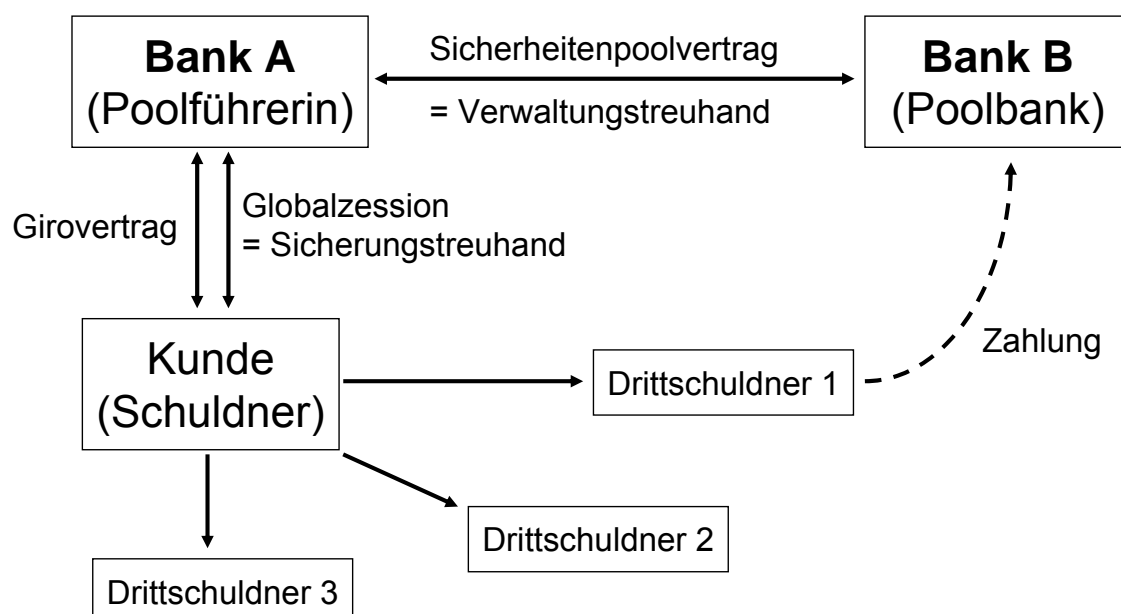
- unklare Rechtsprechung zum Sicherheitenpool (Treuhandler handelt eigen- und fremdnützig) ⇒ Folien 29 – 33
 - Sicherheit bezweifelt: BGH v. 2. Juni 2005 – IX ZR 181/03, WM 2005, 1790
 - Sicherheit befürwortet: BGH v. 21. Feb. 2008 – IX ZR 255/06, WM 2008, 602
- klare Rechtsprechung zur Sicherungstreuhand im Drittinteresse (Treuhandler handelt nur fremdnützig) ⇒ Folien 34 – 36
 - Sicherheit jeweils befürwortet
- Gleichbehandlung ist geboten ⇒ Folien 37 – 38
- §§ 115, 116 InsO sind nicht anwendbar (Absonderung vorrangig)

2. Insolvenz des Treuhänders

- a) Aussonderungsrecht des begünstigten Dritten?
 - bejaht im Bauhandwerkerfall RGZ 79, 121 ⇒ Folie 39
 - Problem: spätere Entwicklung des Unmittelbarkeitsprinzips ⇒ Folien 41 – 50
 - Ausübungsbefugnis für das Recht des Sicherungsgebers (unten b)
- b) Aussonderungsrecht des Sicherungsgebers
 - jedenfalls (+) nach Wegfall des Sicherungszwecks, da dann reine Verwaltungstreuhand; Unmittelbarkeit oft gegeben; ggf. Treuhandkonto (dort Unmittelbarkeit auch nach der Rspr. entbehrlich)
 - vorher ebenfalls (+), da der Treuhänder nur fremdnützig handelt; Achtung: Aussonderung ≠ Anspruch auf Herausgabe

- ❖ BGH v. 2. Juni 2005 – IX ZR 181/03, WM 2005, 1790
 - Sicherheitenpool mehrerer Banken; Globalzession an Poolführerin mit Abrede, die ihr übertragenen Sicherheiten zugleich treuhänderisch für die übrigen Banken zu verwalten
 - Lösung des BGH stark treuhandrechtlich geprägt

- ❖ BGH v. 21. Feb. 2008 – IX ZR 255/06, WM 2008, 602
 - Sicherungsgrundschuld für Sparkasse, die zugleich der Sicherung des Darlehens einer Bausparkasse dient
 - Lösung des BGH über die Erweiterung des Sicherungszwecks und damit unabhängig von Treuhandfragen

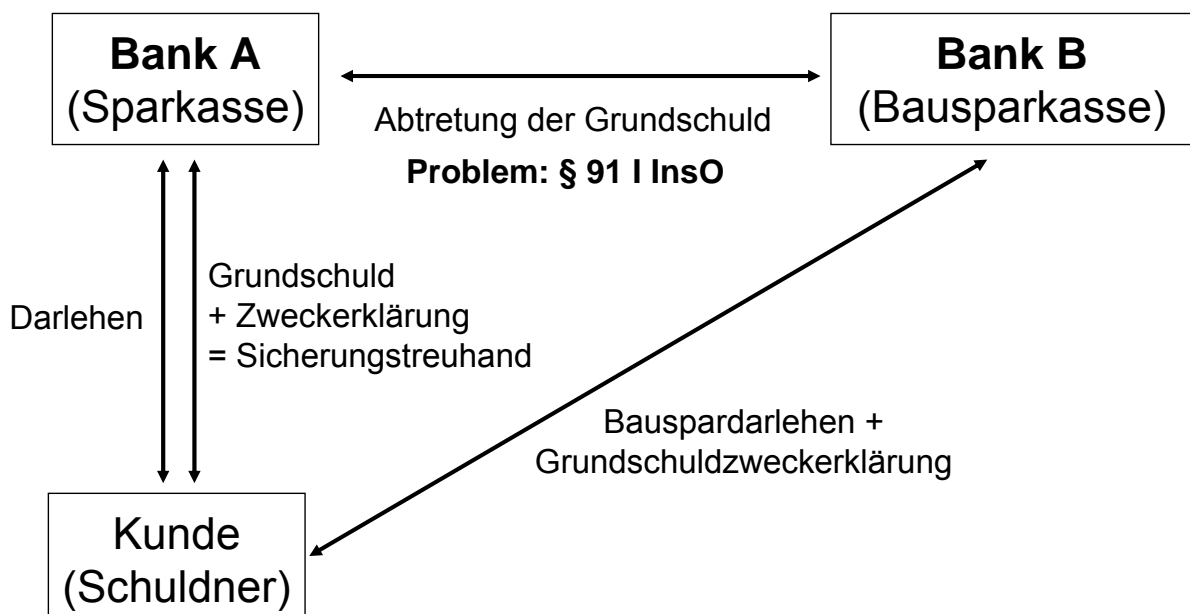


1. Poolbank ≠ Inhaberin der Forderung

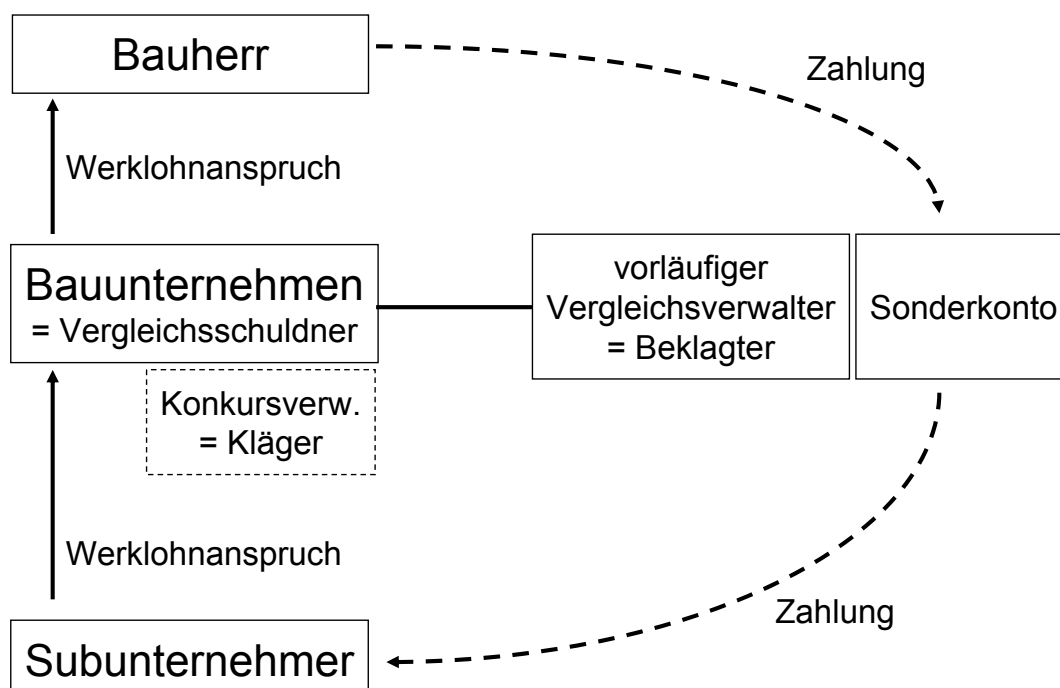
- Poolvertrag begründet keine dingliche Mitberechtigung
 - Poolbank hat keine Sicherheit
 - kein Austausch gleichwertiger Sicherheiten
- schuldrechtliche Vereinbarung ersetzt die für eine Sicherungszession notwendige Übertragung eines dinglichen Rechts nicht (Verweis auf BGHZ 155, 227, 234 f. ⇒ zweifelhaft, da es dort um die Insolvenz des dinglichen Rechtsinhabers ging)
- AGB-Pfandrecht ≠ Treugut zugunsten der Poolführerin

2. Insolvenzfeste Sicherung vor Einzug der Forderung

- Absonderungsrecht der Poolführerin
- Poolbanken sind anteilig am Verwertungserlös zu beteiligen

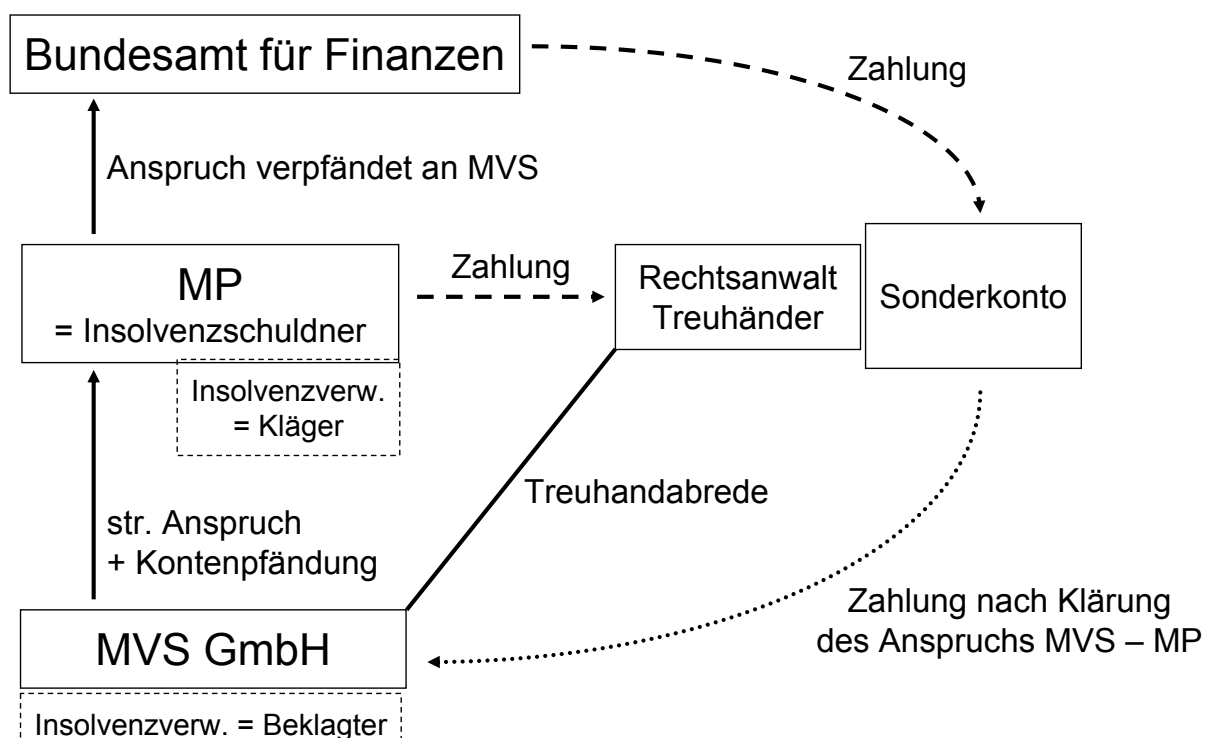


1. Verlust der Einrede der Nichtvaluierung fällt unter § 91 I InsO
2. Aber: Abtretung ist keine insolvenzrechtlich unzulässige Unterdeckungnahme des Bauspardarlehens, wenn dieses schon vor der Abtretung gesichert war
 - Aufnahme von Ansprüchen Dritter in den Sicherungszweck der Grundschuld setzt ein Treuhandverhältnis zw. Grundpfandgläubiger und begünstigtem Dritten nicht voraus
 - Grundschuld sichert vollumfänglich beide Forderungen
3. Urteil zum Sicherheitenpool steht Herleitung eines Sicherungsrechts aus einer treuhänderischen Verwaltung nicht entgegen
 - damals Forderungsuntergang bei Zahlung; jetzt Bestand der Sicherheit



1. Fremdgeld in Höhe berechtigter Forderungen der Subunternehmer
 - Nichtzugehörigkeit zur Konkursmasse, da keine rechtliche oder wirtschaftliche Berechtigung des Gemeinschuldners

2. Jedenfalls Absonderungsrecht des Treuhänders aus einer Sicherungstreuhand im Interesse Dritter
 - Absonderungsrecht unstreitig bei Forderungen des Treuhänders
 - Unanwendbarkeit des Unmittelbarkeitsprinzips (Verweis auf BGH WM 1959, 686, 687 f. ⇒ zweifelhaft, da Aussonderungsrecht des Treugebers (!) bei der Verwaltungstreuhand betreffend)
 - Absonderung auch bei der Sicherung von Forderungen Dritter (Verweis auf *Obermüller*, DB 1973, 1833, 1838)

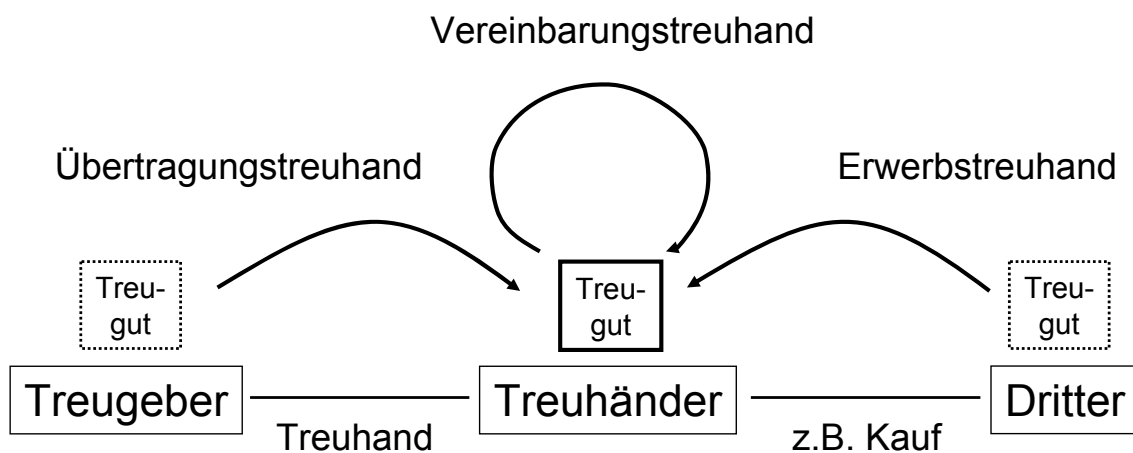
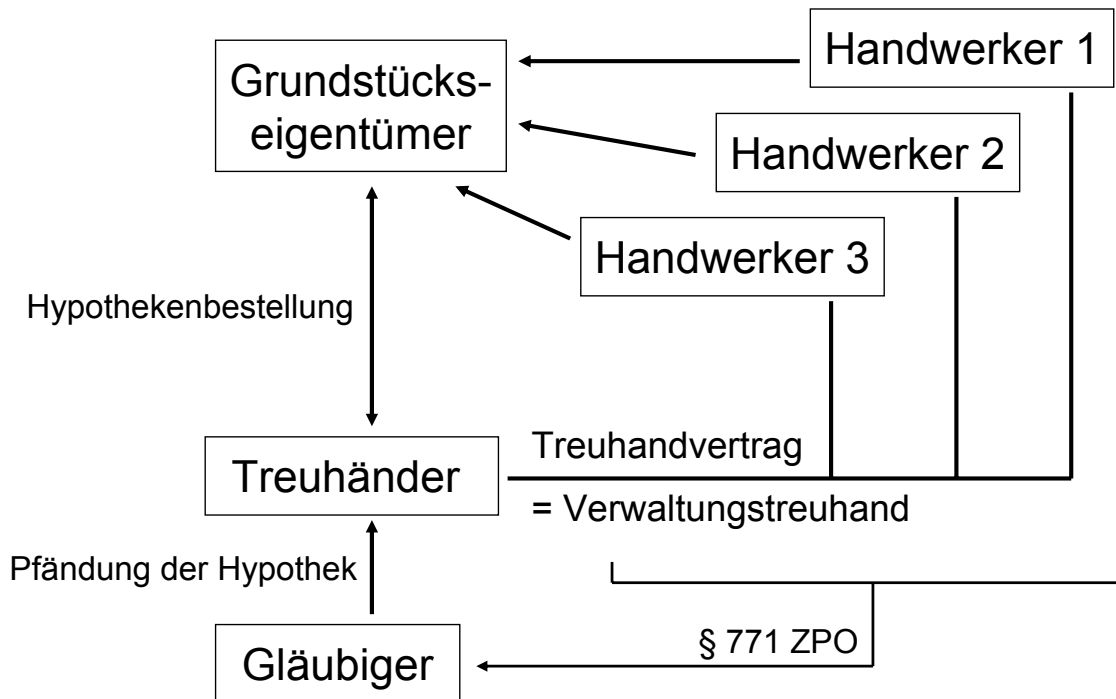


1. Übereinstimmungen
 - Sicherungstreuhand im Interesse Dritter
 - Insolvenz des Sicherungsgebers
 - Absonderungsrecht zugunsten des Dritten

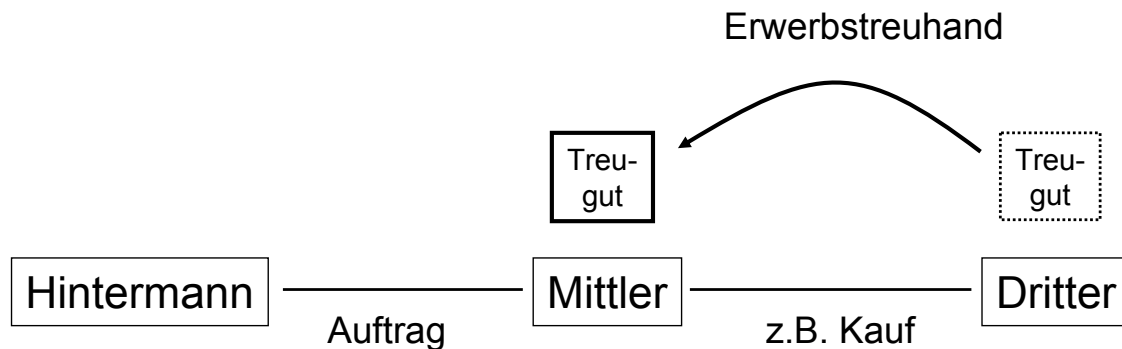
2. Unterschied: Beim Pool dient die Sicherheit nicht allein dem Dritten (Poolbank), sondern auch dem Treuhänder (Poolführer)
 - Vergleich mit Rspr. zu gemischten Treuhandkonten?
 - *Kirchhof*, in FS Kreft, S. 364 mit Hinweis auf BGH v. 24.6.2003 – IX ZR 120/02: Konto muss als Ganzes von der Treuhandbindung erfasst sein
 - Aber: Verbot von Mischkonten betrifft nur die Insolvenz des Treuhänders, nicht die Insolvenz des Sicherungsgebers

1. Poolbank ist „formell“ nicht Inhaberin einer dinglichen Sicherheit
 - Poolvertrag begründet kein dingliches Recht der Poolbank an der Sicherheit (z.B. an sicherungsbedingten Forderungen)

2. Aber: Poolbank ist „materiell“ Inhaberin des Absonderungsrechts
 - Die Sicherheit (z.B. Globalzession) dient im Wege der mehrseitigen Treuhand (auch) der Sicherung der Ansprüche der Poolbank.
 - Die Sicherungsposition der Poolbank ist dadurch mit einer dinglichen Inhaberschaft an der Sicherheit vergleichbar.
 - Erwerb des AGB-Pfandrechts stellt einen Tausch gleichwertiger Sicherheiten dar (Aufgabe des „materiellen“ Absonderungsrechts).

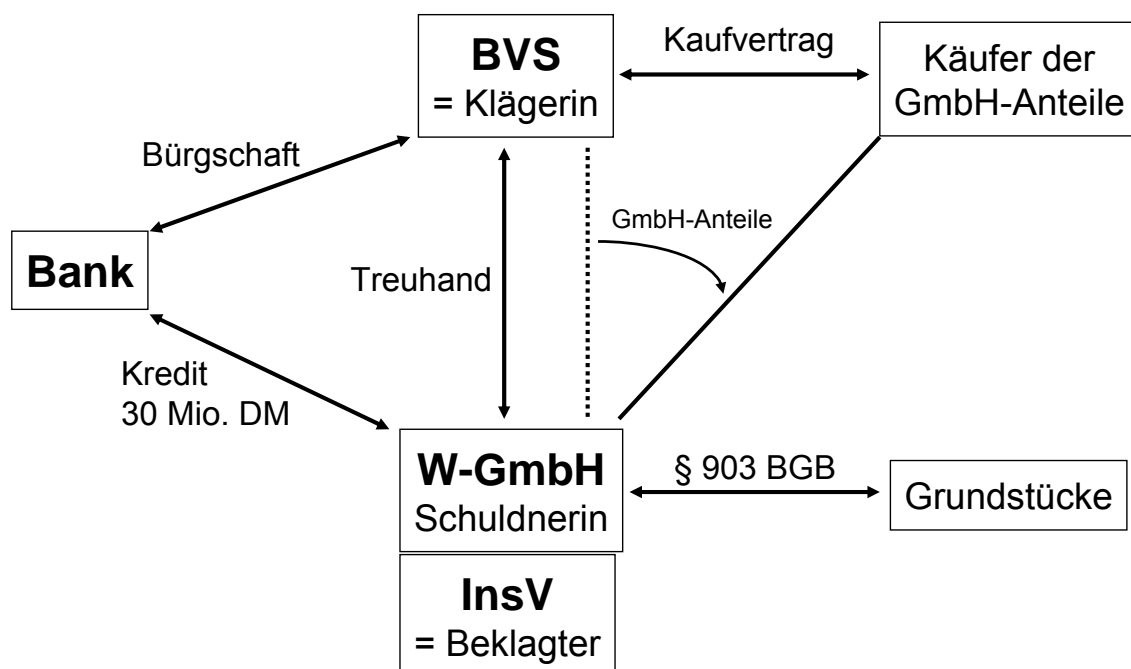


RGZ 84, 214
 BGH NJW 2002, 3253 (LV-Fall)
 BGH NJW 2008, 655, Rdn. 21:
 nicht vollstreckungsfest



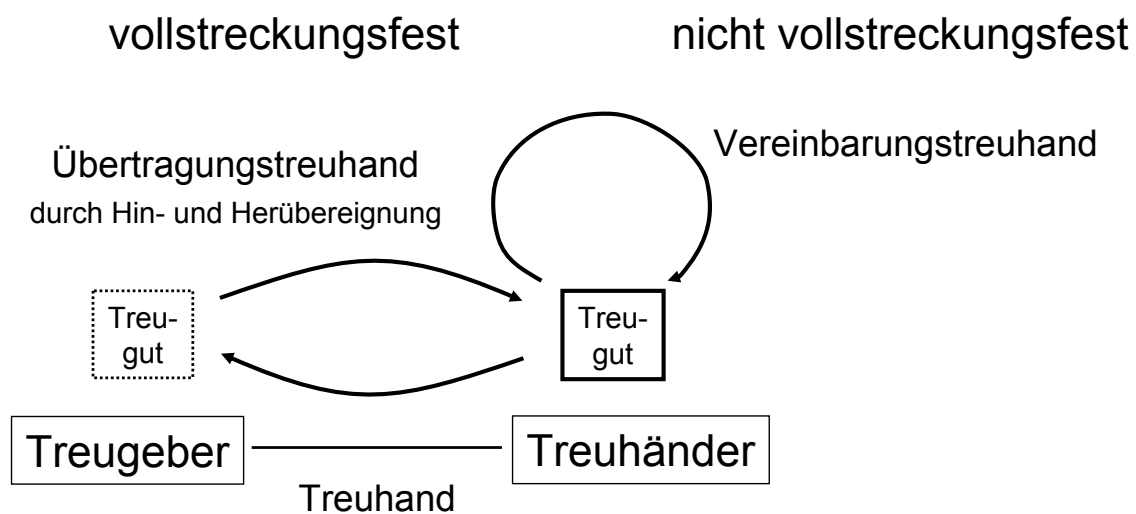
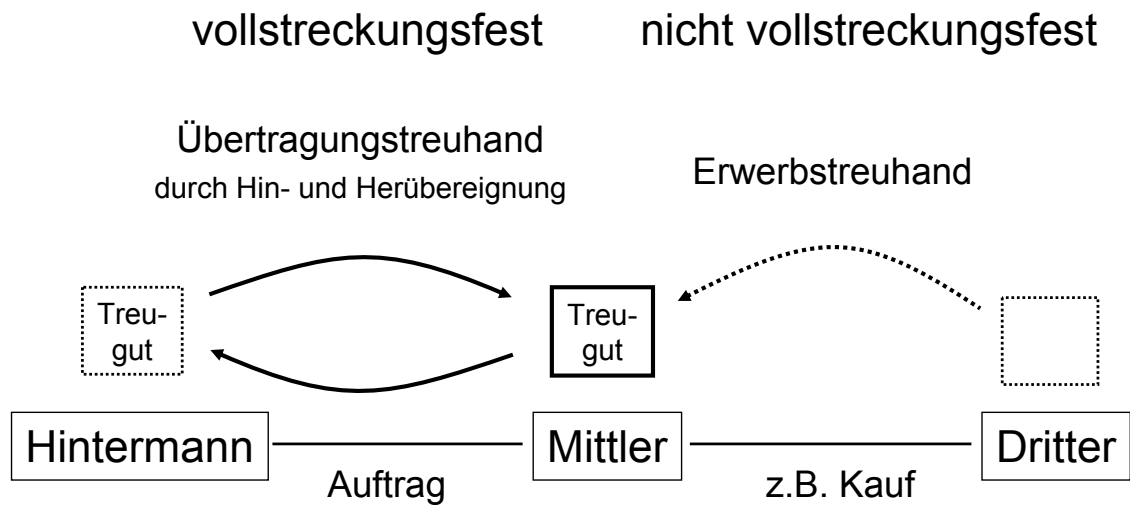
1. BGH NJW 2002, 3253 = WM 2002, 1852 (Lebensversicherung)
 - Treuhandverhältnis mag an verwendeten Lohnanteilen bestehen; es setzt sich aber nicht an den auftragsgemäß erworbenen Ansprüchen aus der Lebensversicherung fort
 - Surrogationsverbot = Ausprägung des Unmittelbarkeitsprinzips
2. BGHZ 155, 227, 232 = WM 2003, 1733, 1734 (Grundstück)
 - Treuhänder = Person, die „von einem anderen oder *für ihn von einem Dritten* Vermögensrechte zu eigenem Recht erworben hat, diese aber nicht nur in eigenem, sondern zumindest auch in fremdem Interesse ausüben soll.“
 - „Zwei-Komponenten-Theorie“

3. BGH NJW 2008, 655 = WM 2008, 173 = ZInsO 2008, 106
- Fall: Überlassung von Anlagevermögen, Fahrzeugen, Geldmitteln und Forderungen an die Schuldnerin mit der Abrede, damit unmittelbar bzw. nach deren Verwertung die Gläubiger des Übertragenden durch Überweisung zu befriedigen.
 - Frage: treuhänderische Bindung ?
⇒ fehlende Gläubigerbenachteiligung durch Überweisung
 - Rdn. 21: „kann sich eine etwaige Zweckbindung nicht auf die Surrogate (Kaufpreis, eingezogene Gelder) beziehen (vgl. BGH, Ur. v. 18.7.2002 – IX ZR 264/01, NJW 2002, 3253, 3254)“
 - Surrogationsverbot = Ausprägung des Unmittelbarkeitsprinzips



1. Kein Vollstreckungsschutz des „Treugebers“ bei der Vereinbarungstreuhand mangels „dinglicher Komponente“
 - Schutz durch Sicherungsübertragung möglich
 - ⇔ Argument betrifft nur die Sicherungstreuhand
 - ⇔ bei der Verwaltungstreuhand ist das Argument pauschal gegen jeden Vollstreckungsschutz des Treugebers gerichtet = kein Argument gegen die Anerkennung der Vereinbarungstreuhand
 - Wenn die Absonderung eine dingliche Übertragung voraussetzt (§§ 50, 51 Nr. 1 InsO), kann erst recht kein Aussonderungsrecht durch eine schuldrechtliche Treuhandabrede begründet werden.
 - ⇔ Argument betrifft nur die Sicherungstreuhand (s.o.)

- Rechtsklarheit + Schutz der Gläubigergesamtheit:
 - Inhalt schuldrechtlicher Vereinbarungen unübersehbar
 - ⇔ kein Argument gegen die Vereinbarungstreuhand, da auch bei der Übertragungs- und Erwerbstreuhand nur eine schuldrechtliche Einschränkung der dinglichen Rechtsposition vorliegt
 - ⇔ Lösung über die Gefahrtragungsthese (s.u. Folie 50)
 - Anreiz zu Vermögensverschiebungen
 - ⇔ Missbrauch ebenso durch Behauptung dinglicher Übertragung möglich (Ausnahme: Grundstücksrecht ⇒ s.u. Nr. 2.)
2. Treuhand an Grundstücken nicht ohne Vormerkung
 - Übertragbarkeit auf Grundpfandrechte fraglich (*Bitter*, WM 2003, 2068)



- Unmittelbarkeitsprinzip + „Zwei-Komponenten-Theorie“ sind durch Hin- und Herübertragung einfach zu umgehen (s.o.)
- dingliche Übertragung auf den Treuhänder (!) spricht nicht für ein Aussonderungsrecht des Treugebers (!)
- Unmittelbarkeitsprinzip ist durch das Geschäft für den, den es angeht, ohnehin stark durchlöchert
- fehlerhafte Annahme, § 392 II HGB stelle eine Ausnahmegvorschrift dar (in der Schweiz genau umgekehrte Rechtslage)
- keine Anwendung des Unmittelbarkeitsprinzips bei Treuhandkonten

- *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006
 - Das Unmittelbarkeitsprinzip überzeugt nicht (heute h.L.).
 - Der Vollstreckungsschutz des Treugebers bei der Verwaltungstreuhand (§§ 47 InsO, 771 ZPO) ist unabhängig vom Weg der Begründung des Treuhandverhältnisses (Übertragungs-, Erwerbs-, Vereinbarungstreuhand).
 - Bei jeder Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung ist der schuldrechtliche Anspruch des „wirtschaftlich Berechtigten“ auf Rück-/Herausgabe bevorrechtigt i.S.d. §§ 47 InsO, 771 ZPO. Sie ist durch eine (atypische) Trennung von Rechtsinhaberschaft und Gefahrtragung gekennzeichnet.
 - Einheitliches Außenrecht der Verwaltungstreuhand
- MünchKommInsO/*Ganter*, § 47 Rdn. 356a: „bedenklich“ / „kühn“

© 2010

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de