

# Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung .....	25
A. Hintergrund .....	25
B. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung .....	31

## *1. Teil*

<b>Einführung: Einseitige und doppelseitige Treuhand</b> .....	33
§ 2 Die einseitige Treuhand .....	33
A. Terminologie .....	33
B. Grundlagen auf dem Gebiet der einseitigen Treuhand .....	37
I. Begriff und Merkmale einer „Treuhand“ .....	37
1. Definitionsversuche .....	39
2. Struktur und wesentliche Merkmale .....	40
a) Dingliches Element: Rechtsmacht .....	40
b) Schuldrechtliches Element: Treuhandvertrag .....	42
3. Zusammenfassung .....	43
II. Historische Entwicklung der „modernen“ Treuhand .....	43
§ 3 Die doppelseitige Treuhand .....	45
A. Begriff und Struktur .....	45
I. Aktueller Stand .....	45
II. Entwicklung des doppelseitigen Treuhandbegriffs .....	46
III. Struktur und Merkmale doppelseitiger Treuhandschaften .....	47
1. Ablehnung der existierenden Definition .....	47
a) Keine vertraglich relevanten widerstrebenden Interessen .....	48
b) Keine Abgrenzung zu „einseitigen“ Treuhandkonstruktionen .....	49
c) Keine klare Ermittbarkeit .....	50
2. Eigene Definition doppelseitiger Treuhandschaften .....	50
a) Vertragliche Bindung des Treuhänders an mindestens zwei Parteien .....	51
b) Nichtidentität von Treuhänder und gesichertem Drittbegünstigten .....	52
c) Vorschlag einer neuen Definition .....	53
B. Praktische Anwendungsformen .....	53
I. Contractual Trust Agreements .....	54

II. Doppeltreuhand bei Unternehmenstransaktionen: Escrow Accounts und Closing Escrow .....	56
III. Treuhandliquidationsvergleich .....	57
IV. Das Restschuldbefreiungsverfahren nach den §§ 286 ff. InsO .....	59
V. Softwarehinterlegungsverträge und Sicherung von sonstigen Immaterialgüterrechten .....	60
VI. Treuhandlösungen zur Betriebsfortführung im (vorläufigen) Insolvenzverfahren: Besicherung von Neugläubigern und übertragende Sanierung .....	61
VII. Kreditsicherungstreuhand .....	65
1. Allgemeine Ausgestaltung .....	65
2. Spezialfall: Konsortialkredit und Sicherheitenpool .....	69
3. Spezialfall: Sanierungstreuhand .....	71

## 2. Teil

<b>Die doppelseitige Sanierungstreuhand</b>	<b>72</b>
---	-----------

### 1. Kapitel

<b>Ausgangssituation und Beteiligte</b>	<b>72</b>
---	-----------

§ 4 Aufbau, Struktur und Funktion der Sanierungstreuhand .....	72
A. Terminologie .....	72
B. Hintergrund, Struktur und Aufbau .....	74
I. Liquiditätsbedarf in der Unternehmenskrise .....	75
II. Die Rolle der beteiligten Parteien in der Unternehmenskrise .....	76
1. Gesellschafter .....	76
a) Keine Finanzierungspflicht .....	76
b) Keine Finanzierungsmöglichkeit oder -bereitschaft .....	77
c) Wirtschaftliche Interessen .....	77
2. Finanzinvestoren .....	78
3. Lieferanten/Warenkreditgeber .....	79
4. Kreditinstitute .....	79
a) Keine Finanzierungspflicht .....	80
b) Voraussetzungen für die Finanzierung .....	80
aa) Gesellschaftsanteile als einzig verbleibende Sicherheiten .....	81
bb) Haftung und Risiken .....	81
(1) Sicherungsabtretung und Debt Equity Swap .....	82
(2) Verpfändung der Gesellschaftsanteile .....	84
(3) Allgemeine Risiken einer Finanzierung in der Krise .....	85
cc) Fehlendes Vertrauen in Gesellschafter und Geschäftsführung sowie Mangel an Prozesssicherheit .....	85

c) Alternative: Negative Vergabeentscheidung und Eröffnung Insolvenzverfahren .....	86
d) Zusammenfassung .....	87
C. Die Grundlagen der doppelseitigen Sanierungstreuhand in der Übersicht .....	88
I. Vertraglicher Konsens zwischen Gesellschaftern und finanzierenden Banken .....	88
II. Aufbau und Errichtung der Treuhandkonstruktion .....	89
III. Leistungsmerkmale der Sanierungstreuhand .....	91
IV. Graphische Übersicht der doppelseitigen Sanierungstreuhand .....	92
§ 5 Die Beteiligten der doppelseitigen Sanierungstreuhand .....	93
A. Das Unternehmen als Sanierungsobjekt und die Mitgliedschaftsrechte als Treugut .....	94
B. Treugeber .....	96
C. Doppeltreuhänder .....	97
I. Stellung im Sanierungsverfahren .....	97
II. Auswahl .....	98
III. Profil .....	99
D. Drittbegünstigte Kreditgeber .....	101

## 2. Kapitel

### **Der Sanierungstreuhandvertrag und die Errichtung der Treuhandkonstruktion**

102

§ 6 Der Sanierungstreuhandvertrag und seine Rechtsnatur .....	102
A. Der Sanierungstreuhandvertrag .....	102
I. Die am Treuhandvertrag direkt beteiligten Parteien .....	103
II. Der Inhalt des Sanierungstreuhandvertrages .....	104
1. Vertragszweck und -gegenstand .....	105
2. Drittbegünstigende Sicherungszweckabrede .....	106
3. Sicherungsfall .....	107
a) Begriff .....	107
b) Voraussetzungen .....	108
c) Sonstige Anforderungen .....	110
4. Verwertungsrecht und -pflicht des Doppeltreuhänders sowie Modalitäten der Verwertung .....	110
a) Art und Weise der Verwertung .....	111
b) Einwirkungsmöglichkeiten von Altgesellschaftern und Bank auf den Verkaufsprozess .....	112
c) Pflicht zur sofortigen Verwertung nach Eintritt des Sicherungsfalles? .....	113
5. Erlösverteilungsabrede (Waterfall) .....	114

6. Informationsrechte und -pflichten .....	116
a) Exkurs: Die Rechtsstellung des Treuhänders in und gegenüber der Gesellschaft .....	116
b) Informationsrechte von Altgesellschaftern und Kreditinstituten ....	117
c) Rechenschaftslegung .....	119
d) Kollision mit gesellschaftsrechtlichen Vorgaben (Auskunfts- und Verschwiegenheitspflicht) .....	119
7. Weisungsrechte und Einflussnahme auf gesellschaftsinterne Vorgänge	121
a) Die Stellung des Doppeltreuhänders in der Gesellschafterversammlung und gegebenenfalls als Geschäftsführer .....	121
b) Bindung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzen durch den Treuhandvertrag .....	122
c) Vorgaben: Interessenkollision zwischen Altgesellschaftern und Kreditinstituten sowie Effizienz der Treuhand .....	123
d) (Gesellschaftsrechtliche) Zulässigkeit der Einflussnahme auf Organe der GmbH .....	124
aa) Stimmbindung des Gesellschafters .....	124
bb) Bindung der Geschäftsführung .....	125
e) Weisungsrechte im Einzelfall .....	127
aa) Einstufiges Modell: Weisungsfreiheit ab Vertragsschluss .....	127
bb) Zweistufiges Modell: Weisungsfreiheit mit Eintritt des Sicherungsfalles .....	128
cc) Beiratsmodell: Weisungsbefugnis zugunsten eines Gremiums	129
8. Herausgabepflicht/Rückübertragungsanspruch an dem Treugut .....	129
9. Gewinnausschüttung .....	131
10. Haftungsregelungen/Freistellungen .....	133
a) Vertragliche Haftung gegenüber Altgesellschaftern und Kreditinstituten .....	133
b) Gesellschaftsrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis .....	134
c) Haftungsbeschränkung und Freistellung .....	136
11. Garantien .....	139
a) Garantien der Altgesellschafter zugunsten des Doppeltreuhänders	139
b) Exkurs: Garantien zugunsten der Erwerber bei Verkauf im Sicherungsfall .....	140
12. Kostentragung und Vergütung .....	142
a) Vergütung der treuhänderischen Tätigkeit .....	142
b) Ersatz von Aufwendungen .....	143
13. Laufzeit und Beendigung .....	144
a) Auflösende Bedingung bei Fortfall des Sicherungszwecks? .....	144
b) Einvernehmliche Beendigung .....	146
c) Tod des/der Altgesellschafter(s) .....	147

d) Ordentliche Kündigungsrechte .....	147
e) Außerordentliche Kündigungsrechte .....	149
f) Kündigung bei quantitativer Spaltung der Altgesellschafterposition (mehrere ehemalige Gesellschafter) .....	150
III. Form .....	150
B. Der Sanierungstreuhandvertrag als doppelseitige Treuhandkonstruktion in der allgemeinen Treuhandsystematik und seine Rechtsnatur .....	152
I. Die „Treuhand“ im System des deutschen Schuldrechts .....	153
II. Der einseitige Treuhandvertrag .....	154
1. Untersuchungsgegenstand: Der Treuhandvertrag im engeren Sinn ....	155
2. Merkmale des Auftragsrechts .....	156
a) Subordinationscharakter von Auftrag und Geschäftsbesorgung ....	156
b) Die Angemessenheit der Rechtsfolgen als negatives Tatbestands- merkmal .....	158
c) Zwischenfeststellung .....	160
3. Unterscheidung in eigen- und fremdnützige Treuhand .....	160
a) Kriterien .....	160
b) Anwendungsformen eigennütziger Treuhandschaften .....	161
c) Anwendungsformen fremdnütziger Treuhandschaften .....	162
d) Übersicht .....	162
4. Der eigennützige Treuhandvertrag als Vertrag sui generis .....	163
a) Widerspruch zum Subordinationscharakter .....	163
aa) Keine subordinatorische Tätigkeit .....	164
bb) Keine Korrektur durch Schwerpunktbildung .....	165
cc) Keine Korrektur durch weitgehende Einschränkung des Subor- dinationsgrundsatzes .....	166
b) Unangemessene Rechtsfolgen .....	166
c) Zusammenfassung und Qualifikation als Vertrag sui generis ....	168
5. Der fremdnützige Treuhandvertrag als Auftrag oder Geschäftsbesor- gung .....	169
6. Verknüpfung von Zweck, Interesse und Rechtsnatur bei einseitigen Treuhandschaften .....	170
III. Der (Sanierungs-)Treuhandvertrag mit doppelseitiger Pflichtenbindung ...	171
1. Überblick .....	171
2. Kritik .....	175
3. Ergebnis: Der Sanierungstreuhandvertrag in doppelseitigen Treuhand- konstellationen als Dienstvertrag .....	177
IV. Zusammenfassung .....	180

V. Zuordnung der doppelseitigen Sanierungstreuhand in die bestehende begriffliche Systematik .....	180
1. Zweck der Treuhand .....	182
a) Beziehung Altgesellschafter und Doppeltreuhänder .....	184
b) Beziehung Doppeltreuhänder und gesicherte Kreditinstitute .....	184
2. Interesse der Parteien .....	185
a) Eigen- und fremdnützige Treuhandschaften .....	185
b) Die „doppelnützige“ Treuhand? .....	185
3. Offenlegung der Treuhand .....	185
4. Anzahl der beteiligten Parteien und Struktur der Treuhand .....	187
5. Begründung der treuhänderischen Stellung am Treugut (Güterbewegung) .....	188
6. Zusammenfassende Systematik der doppelseitigen Sanierungstreuhand .....	188
§ 7 Wirksamkeitshindernisse des Treuhandvertrages .....	189
A. Formelle Hindernisse .....	189
I. Formerfordernisse .....	189
II. Satzungsgemäße Vinkulierungen .....	189
III. Sonstige nicht korporative Satzungsinhalte sowie Vorgaben einer Gesellschaftervereinbarung .....	191
B. Materielle Hindernisse .....	191
I. Zivilrechtliche Anfechtbarkeit .....	191
II. Gesetzesverstoß und Sittenwidrigkeit .....	193
1. Gesetzliches Verbot, § 134 BGB .....	193
2. Schädigungsabsicht, § 138 BGB .....	193
3. Übersicherung, § 138 BGB .....	194
a) Anfängliche Übersicherung .....	194
b) Nachträgliche Übersicherung .....	195
c) Stellungnahme .....	197
4. Gläubigergefährdung in Folge von Kredittäuschung und/oder Insolvenzverschleppung, § 138 BGB .....	199
§ 8 Die Übertragung der GmbH Gesellschaftsanteile als Treugut .....	202
A. Übertragung durch Abtretungsvertrag .....	202
B. Zustimmung- und sonstige Erfordernisse .....	203
C. Form .....	204
D. Wirksamkeit .....	204
I. Verfügungsmacht der Altgesellschafter .....	204
II. Sonstige Wirksamkeitshindernisse .....	205
E. Umfang der Übertragung (insbesondere steuerrechtliche Gesichtspunkte) .....	206

§ 9 Neustrukturierung der gesellschaftsinternen Führungsstruktur .....	208
A. Ergänzung oder Auswechslung der Geschäftsführung mit/gegen einen CRO ...	209
B. Einsetzung eines Sanierungsbeirates .....	210
§ 10 Graphische Zusammenfassung der Inhaber-, Verwaltungs- und Finanzierungsstruktur des Unternehmens .....	212

### 3. Kapitel

#### **Haftungs- und Verlustrisiken der Sanierungstreuhand für die beteiligten Parteien**

213

§ 11 Risiken für den Doppeltreuhänder .....	213
A. Vertragliche Haftung .....	213
B. Gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundlagen .....	214
C. Haftungsbegrenzung .....	215
§ 12 Risiken für die Altgesellschafter .....	216
A. Allgemeine Schadensersatzhaftung aus Vertrag und Gesetz .....	216
B. Gefahr treuwidriger Unternehmensleitung und/oder Verfügungen über die Gesellschaftsanteile .....	217
I. Keine absolute/dingliche Wirkung der Treuhandabrede .....	218
1. Die Rechtsmacht des Treuhänders bei der Vollrechtstreuhand im Außenverhältnis .....	218
2. Exkurs: Der Trust im anglo-amerikanischen Recht .....	219
3. Möglichkeit treuwidriger Unternehmensleitung und absprachewidriger Verfügungen .....	219
4. Zusammenfassung .....	221
II. Sicherungsmöglichkeiten .....	222
1. Ausgestaltung als Ermächtigungs- oder Vollmachtstreuhand .....	222
2. Ausgestaltung als deutsch-rechtliche Treuhand .....	223
3. Die Kompetenz und Neutralität des Doppeltreuhänders als Gewähr ...	225
§ 13 Risiken für das finanzierende Kreditinstitut .....	225
A. Haftung aufgrund Insolvenzverschleppung .....	225
I. Überbrückungskredite .....	226
II. Sanierungskredite .....	227
B. Haftung als faktischer Geschäftsführer .....	228
I. Grundsätze der Figur des faktischen Geschäftsführers .....	228
II. Faktische Geschäftsführung durch Banken .....	230
III. Bewertung .....	231

C. Die doppelseitige Sanierungstreuhand und das neue „Recht der Gesellschafterdarlehen“ .....	232
I. Eigenkapitalersatzrecht vor MoMiG .....	233
II. Nachrangigkeit der Gesellschafterdarlehen nach MoMiG .....	234
1. Änderungen durch das MoMiG .....	234
2. Das neue „Recht der Gesellschafterdarlehen“ .....	235
3. Zeitlicher Anknüpfungspunkt .....	236
4. Zusammenfassung .....	236
III. Behandlung von Darlehen Dritter .....	237
1. Vor Einführung des MoMiG .....	237
a) Pfandgläubiger .....	237
b) Einseitige Treuhand .....	238
c) Doppelseitige Treuhand .....	238
2. Nach Einführung des MoMiG .....	239
a) Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung .....	240
b) Grundsatz der missbräuchlichen Haftungsbeschränkung .....	241
c) Qualifizierte Nähebeziehung zur Gesellschaft .....	242
aa) Vorrangige Befriedigungsmöglichkeit wegen Insiderstellung ...	242
bb) Kritik .....	243
cc) Weitergehender Ansatz von Kampshoff .....	243
dd) Kritik .....	244
ee) Weitergehender Ansatz von Nerlich .....	244
ff) Kritik .....	245
gg) Resümee .....	246
3. Die Bank als „Quasigesellschafter“ bei der doppelseitigen Sanierungstreuhand .....	246
a) Typische Ausgestaltungen .....	247
b) Optionale und atypische Ausgestaltungen .....	248
aa) Beteiligung der Bank in einem Sanierungsbeirat .....	248
bb) Vertragliche Weisungsrechte und faktische Möglichkeiten der Einflussnahme seitens der Bank .....	249
c) Das Sanierungsprivileg nach §§ 39 Abs. 4 S. 2, 135 Abs. 4 InsO ...	250
aa) Regelungsinhalt .....	250
bb) Bedeutung für die doppelseitige Sanierungstreuhand .....	252
(1) Begrenzter personeller Anwendungsbereich .....	252
(2) Begrenzter zeitlicher Anwendungsbereich .....	253
d) Zusammenfassung .....	254

## 3. Teil

**Die Sanierungstreuhand in der Insolvenz** 255

§ 14 Einführung in die Folgen einer Insolvenz	256
A. Schuldrechtliche Verhältnisse des insolventen Schuldners	256
B. Rechte am Treugut	257
§ 15 Insolvenz des Treuhänders	258
A. Rechte am Treugut	259
I. Begriff der haftenden Insolvenzmasse nach § 35 Abs. 1 InsO	259
II. Aussonderungsrecht des Treugebers	260
1. Grundsatz der Aussonderungsberechtigung	260
2. Aussonderungsberechtigung bei Treuhandschaften (allgemein)	261
a) Die Treuhandabrede als „persönliches“ Recht	261
b) Voraussetzungen im Einzelnen	262
III. Aussonderungsrecht des Altgesellschafters als Treugeber bei der doppel-	
seitigen Sanierungstreuhand	265
1. Grundsatz	265
2. Kein Aussonderungsrecht vor Erfüllung des Sicherungszwecks?	266
a) Literatur	266
b) Kritik	266
3. Konkreter Inhalt des Aussonderungsrechts	267
IV. Aussonderungsrecht des Kreditinstitutes als gesicherter Gläubiger	268
1. Kein „originäres“ Aussonderungsrecht nach den Grundsätzen zum	
treugeberischen Aussonderungsrecht	269
a) Keine materielle und wirtschaftliche Inhaberschaft	269
b) Keine „unmittelbare“ Vermögensübertragung	270
c) Ergebnis	270
2. Geltendmachung des „treugeberischen“ Aussonderungsrechts auf	
Grundlage der materiellen und wirtschaftlichen Berechtigung des Alt-	
gesellschafters	271
a) Befugnis nach der Rechtsprechung zu einseitigen Treuhandschaften	271
b) Bewertung für doppelseitige Treuhandschaften	272
V. Zusammenfassung	274
B. Auswirkung auf den Treuhandvertrag	275
I. Ausgangssituation	275
II. Kein „Erlöschen“ nach den §§ 115, 116 InsO	276
III. Fortbestehen nach § 108 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 InsO	276
IV. Beendigungsmöglichkeiten, insbesondere Wirksamkeit einer insolvenzab-	
hängigen Lösungsklausel	277
1. Kein Kündigungsrecht nach § 113 InsO	278

2. Gesetzliches Kündigungsrecht aus § 626 BGB im Einzelfall . . . . .	278
3. Vertragliche Kündigungsrechte . . . . .	279
a) Wirksamkeit als insolvenzunabhängige Lösungsklausel . . . . .	279
b) Wirksamkeit bei Qualifikation als insolvenzabhängige Lösungs- klausel . . . . .	279
aa) Bewertung in Literatur und Rechtsprechung . . . . .	279
bb) Kritik . . . . .	280
c) Hilfsweise: Ordentliche, voraussetzungslose Kündigung unter Zu- stimmung des gesicherten Kreditinstitutes . . . . .	281
C. Zusammenfassung . . . . .	282
§ 16 Insolvenz der Krisengesellschaft . . . . .	282
A. Auswirkungen auf den Treuhandvertrag . . . . .	283
B. Rechte an den Gesellschaftsanteilen (Treugut) . . . . .	284
C. Auswirkungen auf Verträge der Krisengesellschaft . . . . .	285
D. Zusammenfassung . . . . .	287
§ 17 Insolvenz eines Altgesellschafters . . . . .	287
A. Rechte am Treugut . . . . .	287
I. Grundsatz: treuhänderisches Absonderungsrecht nach § 51 Nr. 1 InsO . . . . .	288
II. Geltung für doppelseitige Treuhandschaften . . . . .	289
B. Auswirkungen auf den Treuhandvertrag . . . . .	290
I. Einseitige Treuhand . . . . .	291
1. „Erlöschen“ nach den §§ 115, 116 InsO? . . . . .	291
2. Wechselwirkung mit den Rechten des Treuhänders in der Insolvenz . . . . .	293
3. Zusammenfassung . . . . .	293
II. Doppelseitige Sanierungstreuhand . . . . .	294
1. Übersicht . . . . .	294
2. Kritik . . . . .	295
3. Lösung . . . . .	296
§ 18 Zusammenfassung . . . . .	297

#### *4. Teil*

<b>Abschließende Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b> . . . . .	<b>299</b>
§ 19 Grundlagen der doppelseitigen Treuhand (allgemein) . . . . .	299
§ 20 Ausgangssituation und Grundlagen der doppelseitigen Sanierungstreuhand . . . . .	300
§ 21 Der Treuhandvertrag bei der doppelseitigen Sanierungstreuhand . . . . .	302
A. Parteien und Inhalt . . . . .	302

B. Rechtsnatur .....	303
§ 22 Haftungs- und Verlustrisiken der Konstruktion für die einzelnen Parteien .....	304
A. Doppeltreuhänder .....	304
B. Altgesellschafter als Treugeber .....	304
C. Banken als gesicherte Drittbegünstigte .....	305
§ 23 Die doppelseitige Sanierungstreuhand in der Insolvenz .....	306
A. Insolvenz des Doppeltreuhänders .....	306
B. Insolvenz der Krisengesellschaft .....	307
C. Insolvenz eines Altgesellschafters .....	308
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	309
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	326