

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| § 1 Einleitung | 25 |
| A. Hintergrund | 25 |
| B. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung | 31 |
| | |
| <i>1. Teil</i> | |
| Einführung: Einseitige und doppelseitige Treuhand | 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 Ermittelbarkeit | 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

Die doppelseitige Sanierungstreuhand

| | |
|--|----|
| 1. Kapitel | |
| Ausgangssituation und Beteiligte | 72 |
| § 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 einzige 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 finanziierenden 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 | 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 Treuhändervertrag | 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) Zweitstufiges 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 Interessenverhältnis | 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 Sanierungstreuhandlervertrag 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 Sanierungstreuhandlervertrag in doppelseitigen Treuhand- konstellationen als Dienstvertrag | 177 |
| IV. Zusammenfassung | 180 |

| | |
|--|-----|
| V. Zuordnung der doppelseitigen Sanierungstreuhand in die bestehende be- griffliche 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 (Güterbewe- gung) | 188 |
| 6. Zusammenfassende Systematik der doppelseitigen Sanierungstreuhand | 188 |
| § 7 Wirksamkeitshindernisse des Treuhandvertrages | 189 |
| A. Formelle Hindernisse | 189 |
| I. Formerrfordernisse | 189 |
| II. Satzungsgemäße Vinkulierungen | 189 |
| III. Sonstige nicht korporative Satzungsinhalte sowie Vorgaben einer Gesell- schaftervereinbarung | 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 Kreditäuschung und/oder Insol- venzverschleppung, § 138 BGB | 199 |
| § 8 Die Übertragung der GmbH Gesellschaftsanteile als Treugut | 202 |
| A. Übertragung durch Abtretungsvertrag | 202 |
| B. Zustimmungs- 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 Auswechselung 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 doppelseitigen 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 Altgesellschafters | 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 insolvenzabhängigen 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 Lösungsklausel | 279 |
| aa) Bewertung in Literatur und Rechtsprechung | 279 |
| bb) Kritik | 280 |
| c) Hilfsweise: Ordentliche, voraussetzungslose Kündigung unter Zustimmung 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 |
| <i>4. Teil</i> | |
| Abschließende Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse | 299 |
| § 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 |
| Literaturverzeichnis | 309 |
| Stichwortverzeichnis | 326 |