

Verhandlungen
des
sechszunddreißigsten
Deutschen Juristentages
(Lübeck)

Herausgegeben

von

dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation

Erster Band

(Gutachten)

3. Lieferung



Berlin und Leipzig 1930

Walter de Gruyter & Co.

normals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.

Sieben erschien:

Bland's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz

Vierte, neubearbeitete Auflage. Lexikon=Oktav.

V. Band: Erbrecht, 4. (Schluß-)Lieferung.

§§ 2197—2385 und Register.

26 Rm.

Vollständig ist jetzt V. Band: Erbrecht. §§ 1922—2385
kompl. 51 Rm., geb. 54 Rm.

Früher erschienen:

I. Band: Allgemeiner Teil. 1913. 15 Rm., geb. 17 Rm.

II. Band, 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). 1914. 15 Rm., geb. 17 Rm.

II. Band, 2. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil). 1928. 49 Rm., geb. 52 Rm.

III. Band: Sachenrecht. 1920. Vergriffen.

IV. Band: Familienrecht. 1. Hälfte §§ 1297—1588.
26 Rm., geb. 28 Rm.

Es fehlt nun noch die zweite Hälfte vom IV. Band, die voraussichtlich noch im Laufe dieses Jahres erscheinen wird.

Das „Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit“ schreibt: „Für jeden Praktiker, der tiefer in den Rechtsstoff eindringen muß, um die zur Entscheidung stehende Frage zu prüfen, ist Bland's Kommentar immer ein zuverlässiger Ratgeber und seine Erläuterung und Meinung von hohem Wert und Gewicht, stets sorgfältiger Beachtung wert.“

Einen ausführlichen Prospekt liefern wir unter Bezugnahme auf diese Anzeige kostenlos.



Walter de Gruyter & Co., Berlin W10 und Leipzig C1

Verhandlungen
des
sechszunddreißigsten
Deutschen Juristentages
(Lübeck)

Herausgegeben
von
dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation

Erster Band:
(Gutachten)
3. Lieferung



Berlin und Leipzig 1930

Walter de Gruyter & Co.

vormalig G. J. Göschen'sche Verlagsbuchhandlung — J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.

Alle Rechte vorbehalten.
Printed in Germany.

Inhalt.

	Seite
Gutachten des Herrn Rechtsanwalts Dr. Alfred Friedmann, Berlin, über die Frage: Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänder- verhältnisses?	805

Gutachten
des Herrn Rechtsanwalts Dr. Alfred Friedmann, Berlin,
über die Frage:

Empfiehltsich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?

Seite

Gedankengang:

Einleitung. Der gesetzgeberische Grundsatz der Ökonomie ... 819
Der Treuhänder, nicht das Treugut als Ausgangspunkt — Die Schulke'sche Definition des Treuhänders — Das Problem der ver-
selbständigten Vermögensmasse — Politische und wirtschaftspolitische
vom Gesetzgeber zu berücksichtigende Momente.

These I:

**Zur gesetzlichen Regelung auf dem Gebiet des Treuhänder-
wesens eignet sich nur das auf ausdrücklicher Treuhänderbestel-
lung beruhende und offen hervortretende Treuhänderverhältnis.** 825

Zweck der These I — Ausschaltung der für die gesetzliche Rege-
lung ungeeigneten Treuhänderscheinungen — Die einzelnen Formen,
die sich aus Literatur, Rechtsprechung und Lebenserfahrung ergeben:
Die vier Hauptfälle: Quasitreuhand (A), implizierte Treuhandschaft
(B), Fiduciasfälle (C), Fälle der offenen Treuhandschaft (D).

A.

Die Quasitreuhand 827

Der Hauptfall ist der Testamentsvollstrecker, weiter die §§ 1912,
1923 BGB., ferner Konkursverwalter, Vormund usw. — Alfred
Schulke, Otto von Gierke und Heinrich Siber erblicken in ihnen
Treuhandsfälle gekennzeichnet durch ein begrenztes Recht am fremden
Gegenstand — Es sind gesetzlich geregelte Sondertypen, und sie
mögen als Quasitreuhand bezeichnet werden — Diese Fälle sind ge-
regelt und kommen für eine gesetzliche Regelung nicht in Frage. —

Trotzdem Bedeutung dieser Fälle unleugbar — einmal für den Gegensatz zwischen deutschem und anglo-amerikanischem Recht — unser Gesetzgeber hat ein spezielles Arbeitsgebiet — weiter aber, weil sich in der Quasitreuhand konstruktionell der Urstatbestand der Treuhandschaft zeigt: Die Erkenntnis der Mehrheit von Rechtszuständigkeiten wie die Grundlage der Ermächtigungslehre ist der Quasitreuhand zu entnehmen.		829
Das dingliche Recht am fremden Vermögen in der Wissenschaft (Schulze, Siber, von Gierke, Ripp, Martin Wolff, Hellwig, Fischbach, Nord, Roth, Merkel, Gustav W. Heinemann, Ebbede) — Stellungnahme Krückmanns		830
Die Mehrheit von Rechtszuständigkeiten		832
1. Positives Recht:		
a)	Ablehnung einer Teilung des Eigentums im Sinne von Ober- und Untereigentum	832
b)	§ 137 Satz 1 BGB. (Jessen)	832
c)	Quasitreuhandsfälle, insbesondere die „Amts“-fälle. — Der „Familiengutsverwalter“ im neuen Preuß. Ges. vom 22. 4. 30... ..	833
2. Rechtsprechung:		
a)	RGZ. 45 S. 82	835
b)	Testamentvollstrecker und Erbe	836
c)	Legitimationsübertragung, RGZ. 117 S. 72	836
d)	RGZ. 121 S. 1, 2 ff.	837
e)	RGZ. 121 S. 310	837
f)	Sonstige Abspaltungsfälle in der Rechtsprechung	837
3. Die Rechtslehre:		
Allgemeine Bemerkungen von Tuhrs und Rohlers über Duplizität		838
a)	Gruppe der privaten Rechtsgestaltung durch Rechtsgeschäft	
aa)	Quoad ius:	838
(1)	Quantitative Teilung — Hans Goldschmidt, Schöninger	839
(2)	Qualitative Teilung — Philipp Heck, Walter Schönfeld	839
(3)	Mehrheit kraft Bervielfältigung — Martin Wolff, dagegen Dertmann	841
(4)	Aktiv- und Passivwirkung des Eigentums — Voehl	841
bb)	Quoad exercitium:	841
	Die Ermächtigungslehre, Ludewig, Reichsgericht — dagegen Franz Leonhard, Fisch, Krückmann — James Goldschmidt.	
b)	Gruppe der inhaltlich auf Grund gesetzlicher Regelung anerkannten Duplizität — Otto von Gierke, von Tuhr	843
Allgemeines Ergebnis — Machteinschränkung und Mehrheit von Rechtszuständigkeiten — Möglichkeiten für die Treuhandschaft.		

B.

Die „implizierte“ Treuhandenschaft..... 845

Die Lehre vom implizierten Trust als Gefährdung unseres Rechtssystems durch die Umwandlung von Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung in verdeckte und implizierte Treuhandenschaften — Der Constructive Trust — Die Rechtsverwirrung durch Einführung einer implizierten Treuhandenschaft — Parabolische, imputierte, konstruktive, präsumierte, fingierte Treuhandenschaft. — Verwirrung der Rechtswissenschaft 846

Mag Wolffs unfreiwillige Treuhandenschaft und die Rechtsprechung des Kammergerichts auf Grund des Aufwertungsgesetzes — Das Treuverhältnis in der strafrechtlichen Rechtsprechung — Die Terminologie „eigentliches“ und „uneigentliches“ Treuhandverhältnis — Bedeutung des Express Trust — Nur die auf ausdrücklicher Treuhandbestellung beruhende und nicht die implizierte Treuhandenschaft eignet sich zur gesetzlichen Regelung 853

Als Anregung für den Gesetzgeber dienen auch hier die Schulzeschen Fälle, insbesondere fiduziarische Stiftung und Sammelvermögen.

C.

Die Fiduciafälle 854

Fiducia und offene Treuhandenschaft — Die offene Treuhandenschaft als fiduciafremde Treuhandenschaft — Formulierung des Gegensatzes durch Alfred Schulte — Terminologie des Reichsgerichts — Bedeutung des Problems der stillen (indirekten, mittelbaren) Stellvertretung — Gebiet der Fiducia.

1. Ist das Gebiet der Fiducia ein rechtlich feststehendes? 857

Fiducia im römischen Recht — Entwicklung im gemeinen Recht: Regelsberger, Dernburg, Vertmann — Verdeutschung durch „Treuhand“ — Die vier Hauptfälle der jetzigen Rechtspraxis: Gewöhnliche fiduziarische Übertragung von Gegenständen, Inkasso- und Sicherungszession, Inkassomandat-Indossament, Sicherungsübergabe — Bedeutung des § 117 BGB.

a) Die gewöhnliche fiduziarische Übertragung von Sachen und Rechten 859

Darstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts — Die drei großen Prinzipien: Unmittelbarkeitsprinzip, Ausschluß des Surrogationsprinzips, Umwandlungsprinzip (§ 47 RD.; §§ 771, 805 ZPO.).

a 1. Unmittelbarkeitsprinzip 862

Rechtsprechung — Die Einheitlichkeit der Entscheidungen — Die einmalige Entgleisung des Reichsgerichts

a 2. Ausschluß des Surrogationsprinzips 866

Rechtssprechung — Einheitlichkeit — Die Bedeutung des Begriffs der „Einheit“ (Geschäft, Vermögen)

- a) 3. Umwandlungsprinzip 862
 b) Inkassozeption und Sicherungszeption 870
 c) Inkassomandat-Indossament 871
 d) Sicherungsübereignung 872

Rechtssprechung des Reichsgerichts, insbesondere das Umwandlungsprinzip im Konkurse

Einzelfragen der Fiducia — Verbindung mit Vollmacht... 877

Der Todesfall des Fiduziars

Ergebnis: Die Fiducia hat durch das Reichsgericht ein klares Gebiet zugewiesen erhalten — Es besteht eine gewisse Entwicklungsfähigkeit der Fiducia auf ihrem Gebiet — Mit Recht hat das Reichsgericht es abgelehnt, auf Grund der Fiducia einen typischen Treuhandvertrag aufzubauen — Die Vorzüge der reichsgerichtlichen Rechtssprechung.

2. Ist das Fiduciagebiet sonstiger Treuhänderschaft zugänglich? (Streit um den mittelbaren Stellvertreter)..... 879

Polemischer Zweck dieses Teils: Emmerich (Sanierung) und Max Wolff (Treuhandverhältnis) — Emmerichs Treumacht und Interessentlage, Max Wolffs Vermögenszugehörigkeit — Emmerichs Argumente, seine Lehre vom dinglichen Reflex der Treue, seine Kritik an der Rechtssprechung des Reichsgerichts, Ziel: stille Stellvertretung — Einzelheiten der Max Wolffschen Lehre von der Vermögenszugehörigkeit — Bewußte Vernichtung des Treuhandbegriffs — Insbesondere die Frage des treuhänderischen Ersterwerbs als polemisches Argument gegen die Rechtssprechung des Reichsgerichts (Unmittelbarkeitsprinzip) — Ferner das Problem des stillen Stellvertreters — Ablehnung jeder Dinglichkeit durch Emmerich — Gegenargumente (Widerlegung Emmerichs):

- a) Stille Stellvertretung und Treuhand: 886

Riezlers Formulierung — Einseitigkeit des Emmerichschen Aufbaues — Nicht nur Erwerb, sondern auch Veräußerung wäre seiner Lehre von der Macht der Treue zu unterwerfen — Dann Ausschaltung der §§ 932 ff. BGB. und Rückkehr zum römischen Prokurator — Bedeutung von fr. 7 § 6 D. 41,4, insbesondere nach Ripp (1929) — Unmöglichkeit dieser Ergebnisse.

- b) Erkennbarkeit und Publizität: 889

Diese Momente fehlen sowohl bei Emmerichs Interessentlage wie bei Max Wolffs Vermögenszugehörigkeit.

- c) Emmerichs Behandlung der Rechtssprechung des Reichsgerichts ist fehlerhaft: 893

Kritische Betrachtung des Emmerichschen Materials — Emmerich ist hier das zu der Fiducia im Gegensatz stehende Problem der offenen Treuhanderschaft entgangen.

3. Fiducia und offene Treuhanderschaft 897
- Formulierung des Gegensaßes — Versuch einer Erklärung des Umwandlungsprinzips bei der Fiducia — Die verschiedenen Lehrmeinungen (Krüdmann, Martin Wolff, Schönfeld, Jaeger, Kohler, Dertmann, Riezler, Dernburg, Enneccerus, RGZ. 45 S. 84 ff., 84 S. 215) 899
- Die Entscheidung RGZ. 24 S. 45 ff. über das öffentliche Interesse — Öffentlich-rechtlicher Gesichtspunkt und Hinweis auf das Billigkeitsrecht 900
- Bedeutung des Billigkeitsrechts — Equity Law — Die großen Zeitfäße des Equity Law — Die Bedeutung des Satzes: Aequitas sequitur legem — Hierin die Lösung des Fiduciaproblems — Der Gesetzgeber soll die Fiducia nicht regeln — Er kann sie in Wahrheit gar nicht regeln: Für ihn darf es nur eine Art des Eigentums geben.

D.

- Fälle der offenen Treuhanderschaft. 906**
- Erkennbarmachung und Publizität — Moriz Wellspacher's „äußerer Tatbestand“ — Bedeutung der Publizität für den Salmann: Alfred Schulze — Für den englischen Trustee: Maitland.
- Gesetzliche Fälle der offenen Treuhanderschaft — Öffentlich-rechtliche Fälle — Deutsch-polnisches Aufwertungsabkommen — Treuhandvertrag bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (RGBl. 1930 II S. 193 ff.) — Besonderheit beim Dawes-Plan. 911
- 10 Fälle der offenen Treuhanderschaft: 912
1. Deutsche Auswärtige Anleihen mit offener Treuhanderschaft: 912
- (Die Disposition dieses Abschnitts befindet sich im Text des Gutachtens.)
- Der Trustee des Corporate Trust — Die täuschende Ähnlichkeit zwischen diesem Trustee und dem deutschen Anleihetreuhänder . . . 913
- Außerordentlich bedenkliche Sachlage: Bei einem Objekt von 10 Milliarden nur durch gesetzgeberisches Eingreifen zu behebende Unklarheit in der Rechtsstellung des deutschen Treuhänders — Unmöglichkeit des Andauerns dieses Zustandes.
2. Steuerrechtliche Fälle: 929
- Bedeutung der §§ 4, 80 AbgD. — Die Grunderwerbsteuer beim Treuhänder in der Judikatur — Kritik dieser Judikatur in der Wissenschaft — Kritik der Kritik — Kapitalverkehrssteuer und Treuhänder.
- a—e 5 Entscheidungen des Reichsfinanzhofs:

a) Bb. 19 S. 21 ff. — Grundlegende Entscheidung: Abgehen von der Fiduzia — Gegensatz zu Bb. 18 S. 91	931
b) Bb. 13 S. 113 ff. — Der erste Erwerber als Treuhänder, § 6, a KapVerfStG.	933
c) Bb. 26 S. 248 — Fall des Investment Trust nach dem sog. Fixed Type — Schwäche der Lösung mangels Regelung der offenen Treuhanderschaft	937
d) Organgesellschaft als Treuhänder der Muttergesellschaft....	938
e) Das Surrogationsprinzip des § 2041 BGB. vom Reichsfinanzhof irrigerweise als Treuhandtatbestand behandelt.....	938
Sonstige Treuhandschaften im Steuerrecht: §§ 166, 190 und 341 ABG.D. — Ferner § 30 EinkStGef.	
3. Aktienrechtliches:	939
a) Treuhanderschaft bei der Gründung	940
b) Treuhanderschaft bei Wertungssaktien	947
c) Treuhanderschaft bei Stimmrechtsaktien — Der Voting Trust... ..	947
d) Treuhanderschaft bei Wandelanleihen (convertible Bonds).....	953
Die Behandlung dieser Fragen im neuen Entwurf des Aktienrechts (1930).....	955
4. Sonstige Fälle des Gesellschaftsrechts	956
Flechtheims Ausführungen bei Düringer-Sachsenburg zur Kommanditgesellschaft — Stille Gesellschaft.	
5. Treuhandgesellschaften	957
Nicht Revisionsgesellschaften, sondern zu konkreten Treuhandzwecken gegründete Vermögensverwaltungsgesellschaften — Insbesondere erbrechtliches Problem — Ferner speziell Liquidationsgesellschaften.	
6. Treuhandvergleich	959
Treuhanderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung — Emanzipierung von der Fiduzia — Grünschild — Entwicklung der Rechtsprechung — Unvollkommenheit der Lösungen ohne gesetzliche Regelung.	
7. Treuhänder=Arbiter	963
Bedeutung für Stimmrechtsfragen — ferner für Auseinandersetzungen — Sedes materiae: §§ 315 ff. BGB.	
8. Gegenstandsbetreuung:	965
a) Pfandrechtliches	965
b) bei der Sicherungsübereignung	968
c) Sicherungen anderer Art — Bedeutung des § 401 BGB.	969
d) Treuhanderschaft an der eigenen Sache.....	971
Beispiele:	

d 1. der Fall des Sammlers,	972
d 2. der Grundstücksverwertungsvertrag,	972
d 3. das Inlandsvermögen des ausländischen Kreditars und die Vereinbarung der inländischen Gläubiger	972
d 4. Anerbieten, etwas als Treuhänder zu halten, z. B. eine eigene Hypothek	973
d 5. der amerikanische Freigabeanspruch — Allgemeines über Declaration of Trust und Trust receipt	973
e) Empfang zu treuen Händen — Der „Escrow“	975
9. Erfüllungsbetreuung	976
Ius ad rem — Vorkaufrechtsvereinbarung — Verdinglichung des Obligatorischen — Abschwächung der Dinglichkeit — Der Fall des Umtauschguts.	
10. Das Treuhandkonto	978
Bedeutung des Separatkontos — Das Treuhandkonto im besonderen — Beispiel: Anwalt als Verwalter eines Treuhandkontos im Verhältnis zum Mandanten und zum Bankier.	
a) Das Verhältnis zum Mandanten:	979
Frage des Eigentums — Für den Anwalt Mandantengeld grundsätzlich fremdes Geld.	
Die vier Gefahrmomente beim Treuhandkonto:	982
a 1. Tod des Anwalts.	982
a 2. Konkurs des Anwalts.	984
a 3. Verquickungsgefahr.	984
a 4. Gefahr für den Untergang des Geldes.	984
b) Das Verhältnis zum Bankier:	986
b 1. Legitimationsfrage	986
Der „Nichtberechtigte“ — Bedeutung des Handelns als Treuhänder nach heutigem Recht — Fiduziaargumente unbrauchbar — Unlösbarkeit des Falles, logisch bedingt durch §§ 932 ff. BGB. — Nur grundsätzliche Klärung kann die dinglichen Schwierigkeiten beseitigen.	
b 2. Bedeutung von RÖZ. 78 S. 334 ff.	992
Kein bankmäßiges Pfandrecht oder Gegenrecht bezüglich des Sonderkontos, insbesondere des Treuhandkontos.	
b 3. Keine Verquickung zwischen dem Conto ordinario des Anwalts und dem Treuhandkonto	993
Bankier darf sie seinerseits nicht dulden — RÖZ. 41 S. 32 ff. — § 8 Abs. 2 BankDepotG. als Analogie.	

These II:

Es empfiehlt sich, die offene Treuhandtschaft gesetzlich zu regeln; eine solche Regelung ist dringend geboten 994

Einleitendes über die heutige Gefährdung gesetzgeberischen Arbeitens durch die Politik — Bisherige Stellungnahmen zum legislatorischen Problem: Jessen und Emmerich dagegen, dafür Ernst Gehmann, Nord, Roth usw.

a) Der Tatbestand 995

Die Confusio linguarum durch Verwirrung mit der Fiducia, insbesondere durch die Verwendung der Bezeichnung Treuhand für Fiducia wie offene Treuhandtschaft — Förderung des Problems durch die Ermächtigungslehre des Reichsgerichts — Seit 1925 verwendet der Gesetzgeber den Begriff Treuhänder, ohne sich um die Verwechslungsmöglichkeit zu kümmern — Dazu das starke Auftreten des offenen Treuhänders in Verbindung mit Dawes-Abkommen, Young-Plan usw. — Ferner die gewaltige Bedeutung des Anleihetruhänders (10 Milliardenwerte) — Auch wissenschaftliche Forderung (E. Gehmann, Görk, S. M. Roth) Rezeption anglo-amerikanischer Rechtsideen.

Dazu eine ganz besondere Bewegung: Die gewerbliche Treuhandtschaft — Entwurf der Novelle zur Gewerbeordnung — Die Treuhandaktiengesellschaft — Die Gruppenbildung des Revisionsgewerbes — Das Revisionsproblem — Der Berufstreuhand — Neue Irrungen und Wirrungen. 998

b) Es empfiehlt sich die gesetzliche Regelung, unter der Voraussetzung der Ausschaltung von Quasitreuhand, implizierter Treuhandtschaft und Fiducia, wegen der trotz der Aufnahme des offenen Treuhänders im Rechtsleben unerträglichen Unklarheit — Beispiel: Parteistellung des Treuhänders 1004

Einwendungen hinfällig: Weder Proteusnatur bei richtiger Erfassung, noch Erweiterung, vielmehr Einengung.

Gewohnheitsrechtlich oder durch Billigkeitsrecht läßt sich § 137 Satz 1 BGB. nicht ausschalten. 1006

c) Darüber hinaus aber ist die Regelung der offenen Treuhandtschaft nicht nur zu empfehlen — Sie ist dringendes wie drängendes Erfordernis — 3 Gründe: — Weitere Irrungen würden die Aufgabe unmöglich machen — Der Gesetzgeber hat durch sein Verhalten seit 1925 die Forderung nach gesetzlicher Regelung mitbegründet — Endlich kann ein Schuldnerstaat es nicht verantworten, seinen Gläubigern gegenüber in Gestalt von Trust agreements rechtlich zweifelhafte Haftungen und Verbindlichkeiten zu übernehmen (auch der heimische Treuhandvergleich darf nicht länger an Unklarheiten leiden, die mit der Stellung des Treuhänders zusammenhängen). . 1007

These III:

Die offene Treuhandenschaft ist in Erkennbarkeit und Publizität formstrenge (ausdrückliche Bestellung, Treuhänderurkunde und „Handeln als Treuhänder“) auf der von Alfred Schulke erkannten Treuhänderidee (mit ihrer der Zwecksetzung angepaßten elastischen Treumacht) in Verbindung mit der Ermächtigungslehre des Reichsgerichts, und zwar dinglich auf der Mehrheit von Rechtszuständigkeiten aufzubauen.

Als eigentlicher Sinn des Treuhandverhältnisses ist der Schutz des Drittbetreuten (Destinatars, Benefiziar = cestui que trust) und die Sicherung seiner Rechte am Treugut anzusehen. Soweit der Treugeber ähnliche Belange am Treugut hat wie der Drittbetrente (Destinatar, Benefiziar), ist seine Rechtsstellung der des Drittbetreuten gleichwertig auszugestalten.

Der mitinteressierte Treuhänder ist an sich unerwünscht, aber zurzeit nicht zu beseitigen und deshalb mitzuregulieren.

Als Voraussetzung der Entstehung dinglicher Rechte am Treugut für den Drittbetreuten oder den mitinteressierten Treuhänder ist die Erkennbarmachung von Zweck und Grundlage der dem Treuhandverhältnisse zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse in der Treuhänderurkunde zu verlangen.

Im bürgerlichen Recht hat im allgemeinen da, wo das Gesetz Bollwillen für Verfügungen, Verträge und dingliche Einigung voraussetzt, der Satz zu gelten: Treuhänderwille gilt als Herrenwille. In gleicher Weise gilt der Ausdruck des Gesetzes „Berechtigter“ für den Treuhänder.

Die Treupflicht ist als besondere, dem Treuhandverhältnis eigene Rechtspflicht zu normieren und auszugestalten. Verfügungen oder Verträge des Treuhänders, bei denen der Dritte weiß oder wissen muß, daß der Treuhänder bei ihnen treuwidrig handelt, sind als nichtig anzusehen.

Für das Treugut gilt ein besonderes Surrogationsprinzip.

Bei den Sätzen vom guten Glauben ist der Bedeutung der Vorlegung der Treuhänderurkunde Rechnung zu tragen.

Der Fiducia ist ihr durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf Grund von Billigkeitsrecht festgesetztes Gebiet zu belassen.

Mit der stillen (indirekten, mittelbaren) Stellvertretung ist die offene Treuhandenschaft nicht zu verquiden.

Gegen Treubruch und Kollusion mit dem Treuhänder sind besondere strafrechtliche Normen zu schaffen.1009

Einleitung: Dieser Teil dient nur der Anregung — Auch die Leitsätze (Anlage) sollen keinen Gesetzesentwurf darstellen.

A.

Ausländische Rechte	1010
Kein ausländisches Recht übernehmbar.	
1. Anglo-amerikanisches Recht	1010
Legal title und equitable title — Bei uns kann der Treuhänder kein Vollrecht erhalten.	
2. Französisches Recht und Schweiz	1011
Der Franzose versteht den Trust nicht.	
3. Liechtenstein	1012
Waduz interessant und anregend, aber „qui trop embrasse, mal étireint“.	

B.

Die Schulzeische Resolutionsbedingung ist keine Grundlage	1013
Wichtigkeit der Bedingungsörterung — Vertmann, §§ 139 und 137 Satz 1 BGB.	

C.

Der Schulzeische Treuhänder in Verbindung mit der Ermächtigungslehre des Reichsgerichts	1015
Bedeutung des Testamentvollstreckers als eines gesetzlich besonders geregelten Treuhändertyps — Weiter verweist die Ermächtigungslehre z. T. auf die Vollmachtsanalogie.	
Legitimation des Treuhänders darf nicht Formalegitimation sein — Sie muß elastisch gestaltet werden.	
Die Mehrheit der Rechtszuständigkeiten und das elastische Prinzip.	

D.

Ausdrücklichheit, Erkennbarkeit und Publizität, Widerruf, sonstige Beendigung	1018
1. Ausdrücklichheit:	1018
a) Privater Gestaltungsakt unter Lebenden — Letztwillige Verfügung.	
b) Ernennung durch Gericht oder sonstige Behörde.	
2. Erkennbarkeit und Publizität:	1019
„Von der Formenfreiheit zum Formenzwang“ (Hans Fritß Abraham).	
a) Erkennbarkeit:	1019
Treuhänderurkunde — Unser Urkundenrecht — Notwendigkeit der Legalisierung des Inhalts ohne Protokoll.	
b) Urkunde muß das Wort „Treuhänder“ enthalten	1023
3. Widerruflichkeit und Unwiderruflichkeit	1023
4. Beendigungsgründe	1023

E.

Treupflicht, Treugut, Surrogationsprinzip	1024
Treupflicht ist Treupflicht am Treugut — Folgerungen:	
1. Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmanns	1024
2. Selbständigkeit	1024
Organgesellschaft kann nicht Treuhänder sein.	
3. Treugut jedes rechtlich gesicherte Interesse, auch eine „Einheit“	1024
4. Absonderung des Treuguts	1024
5. Surrogationsprinzip als Folge der Treugutsnatur — Erörterung der hier in Betracht kommenden Möglichkeiten — Schwierigkeiten bei Immobilien, Notwendigkeit der Eintragung des Eigentümers	1024
6. Herausgabepflicht — Kein Zurückbehaltungsrecht usw. des Treuhänders	1026
7. Haftung cum viribus des Treuguts	1027
8. Keine Haftung für zufälligen Untergang — Ausnahme beim mitinteressierten Treuhänder	1027
9. Entgelt statthaft	1027
10. Der Nachlaß des Treuhänders	1028
11. Recht zum Besitz	1028
12. Mehrheit von Treuhändern	1028
13. Die mitinteressierte Treuhandschaft	1028
14. Der Treuhänder „für den, den es angeht“	1029
15. Treuhänder als Betreuer von Destinatariinteressen	1029

F.

Treuhandschaft und stille Stellvertretung, Ersterwerb und Treuhandschaft an eigener Sache	1029
1. Das Problem der stillen Stellvertretung — Die englische Lehre von Agency und Undisclosed Principal	1029
2. Ersterwerb:	1030
Lösung durch Vollmacht — Ablenkung der Vollmacht vom Treugeber auf das Treugut.	
3. Treuhandschaft an eigener Sache:	1032
Besondere Vollmacht, sonst besonderer Treuhänder oder Mittreuhänder — Nur keine stille Stellvertretung.	

G.

Eigentümerlose Treuhandschaft	1033
Für Ausnahmefälle — Grundbuchlich für Eigentum ausgeschlossen — Ausnahmefälle vgl. S. 54 ¹⁾ .	

¹⁾ S = Leitfaß, vgl. Anhang.

H.

Das Problem des guten Glaubens bei der Treuhandschaft ...1033

Nicht relative Unwirksamkeit, sondern absolute, soweit Treugeber treumachtwidrig weiterverfügt — Aber allgemeine Grundsätze (§§ 892 ff., 932 ff. usw. BGB.) anwendbar.

1. Wann erwirbt der Treuhänder gutgläubig vom Treugeber?1034

An sich braucht der Treuhänder zur Begründung der Treuhandschaft nicht Besitz zu erhalten — Seine Stellung beruht auf Ermächtigung und dem § 137 Satz 1 BGB. (mit negativem Vorzeichen) — Aber Einigung ist erforderlich — Der Treuhänderwille ist an sich kein Herrenwille — Daher Notwendigkeit des Satzes: Treuhänderwille gilt als Herrenwille, und weiter: Der Treuhänder gilt als Berechtigter.

2. Wann erwirbt der Dritte gutgläubig vom Treuhänder?1036

Darstellung der englisch-amerikanischen Lehre vom legal title, vom constructive notice usw. im Anschluß an Maitland und Perry.

Bedeutung der Treuhänderurkunde — Bedeutung des Besitzes — Problem des Falsus — Vorlegung der Urkunde — Unanwendbarkeit der §§ 2365 ff. und 2368 BGB. — Die besondere Vermutung beim Treuhänder (vgl. L. 29) — Ausgeschlossen, die Unanwendbarkeit des § 935 BGB. zu dulden — Treuhändergebiet würde sonst zum Diebesgebiet werden.

Bedeutung von RGZ. 83 S. 353.

Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB., die einen allgemeinen Gedanken enthalten, auf das Treuhänderverhältnis (RGZ. 106 S. 68).

3. Treuhänderkonto1044

Notwendigkeit der besonderen Regelung und Vorschlag in Analogie zu § 366 BGB.

4. Der gute Glaube an die Treue1045

Der Kollisionsbegriff — Nochmals fr. 7,6 D. 41,4 — Ripp's Ausführungen — Ethik der Treupflicht — Standpunkt der Glosse — Standpunkt Perrys — Ergebnis: Nichtigkeit.

I.

Grundbuchliches.....1050

Treuhändervermerk — Vormerkungsfiktion — Praesumptio iuris et de iure für das Hypothekenrecht.

K.

Drittbetreuer (Destinatar, Benefiziar), Causa und Gläubigerproblem.....1054

Geschäftsgrundlage, Causaproblem — Vorurteil des Treuhänders — Grundsätzliche Dreieck (Treugeber, Treuhänder, Drittbetreuer) — Der Destinatar ist nicht causafrei vorstellbar — Gefahr des dinglich-abstrakten Denkens — Der Destinatar als Ausgangspunkt — Gläubigerfragen — Bedeutung der Offenlegung — „Zweck und Grundlage“ in der Treuhänderurkunde.

1. Die Beteiligten1062

a) Treuhänder und Treugeber1062

Der mitinteressierte Treuhänder ist zurzeit noch ein notwendiges Übel — Seine besondere Rechtslage — Verwertung der causa für das Urkundenproblem — Wo „Zweck und Grundlage“ in der Treuhänderurkunde offenkundig gemacht sind, besondere Regelung auch für den mitinteressierten Treuhänder.

b) Der Destinatar:.....1064

§ 328 BGB. — Vermutung für § 328 Abs. 1, also für Unmittelbarkeit hinsichtlich der Forderung — Aber dadurch keine Dinglichkeit, RGZ. 117 S. 143 ff. darf nicht falsch verstanden werden.

b 1. Causa-Verankerung bei Drittbetreuung: ...1068

§ 333 BGB. Hindernis für Dinglichkeit, weil negativ aufbaut — Dinglichkeit verlangt positiven Beitritt — Verschiedenheit, je nachdem Zweck und Grundlage in der Treuhänderurkunde offenkundig gemacht sind (§ 184 Abs. 1—§ 185 Abs. 2 BGB.).

b 2. Treuhänder und Destinatarrecht:.....1068

Grundsatz: Der Treuhänder ist grundsätzlich Treuhänder des Destinatars, und zwar bezüglich der Gesamtinteressen des Destinatars am Treugut.

b 3. Die dingliche Ausgestaltung des Destinatarrechts:1069

Gesetzliches Pfandrecht — Historisches über Pfandrechte an Sondervermögen — I. 30 Cod. V, 2; §§ 444 ff. ABK. I, 18 — Herbert Meyers Neuere Sägung von Fahnis und Schiffen; Graßhoffs selbständiges Verwaltungs- und Besitzrecht.

Das Pfandrecht darf aber den Treuhänder nicht bei der Verwaltung des Treuguts stören.1072

Das Pfandrecht ist besitzlos zu denken — Es kann Dritten gegenüber erst mit Kundbarmachung wirken.1073

Keine Analogie aus Immobilisierungsformen (Schiffsbauwerk-, Kabellepfandrecht)1074

Keine Analogie aus dem Inventarpfandrechtsgesetz — Pfandrecht des Destinatar ist besonders aufzubauen seinem Zweck entsprechend — Destinatar braucht es dem Treugeber und dem Treuhänder gegenüber — Diesen gegenüber wirkt es immer auch ohne Kundbarmachung — Anderen gegenüber liegt ein besonderes Problem vor — § 1227 BGB. — Frage der Kundbarmachungsform	1076
Virtuelles Pfandrecht weicht dem Publizitätsproblem. Das aktuell gemachte Pfandrecht ist vom Treugut in der vom Treuhänder bestimmten Lage hinzunehmen	1078
c) Der Treugeber im Rahmen der Drittbetreuung ..	1080
Kein grundsätzlicher Unterschied zwischen Treugeber und Drittbetrettem hinsichtlich der Interessenlage — So auch beim Cestui que trust — in Wahrheit beide Gläubiger des Treuguts — Vorurteile aus der Fiducia — Unterwerfung des Treugebers unter die Drittbetreuung — Sondervermögen — Daher kein Bedenken gegen Pfandrecht bzw. Sicherungshypothek — Martin Wolff, Familienrecht § 47 VI S. 187	1084
2. Das Gläubigerproblem	1084
Eigentlich nur zwei Gruppen — Aber vorerst noch Treugutsgläubiger, Treugebergläubiger, Treuhändergläubiger und Destinatargläubiger zu unterscheiden.	
a) Treugutsgläubiger:	1085
a 1. aus Geschäften und Handlungen des Treuhänders,	
a 2. Treuhänderentgelt und Aufwendungen,	
a 3. § 404 BGB,	
a 4. kein ius ad rem seitens eines Gläubigers.	
b) Die Gläubiger des Treugebers:	1086
Kündigungsrecht analog § 135 HGB., nicht aus § 725 BGB.	
c) Die Gläubiger des Treuhänders	1087
d) Die Gläubiger des Destinatar (im engeren Sinne):	1087
Keine Pfändungsbeschränkung bei zweckgebundenen Forderungen — Bei Treugeber-Destinatar kein Kündigungsrecht analog § 135 HGB.	
3. Anfechtung	1089
4. Konkurs	1089
L.	
Einzelheiten.	1090
1. Bestandschuß der Masse	1090
(A Trust cannot fail for want of the trustee) — Sedel und das Sammelvermögen	1090

2. Zeitliche Beschränkung.....	1091
(Rule against perpetuities)	
3. Schleuniger Behelf:	1091
Eine Art Summariissimum.	

Schlußbemerkungen:

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Treugutsmasse. Die Bereini- gung des Rechtslebens durch die offene Treuhänderschaft.....	1092
Anlagen: 1. Leitsätze (vgl. dort Disposition).	1094
2. Rechtsprechung	1136

Anders als die Rechtswissenschaft betätigt sich die Gesetzgebung auf dem Gebiete der Rechtsordnung: mit anderen Bindungen, mit anderer Freiheit und unter der Wirkung besonderer Arbeitsprinzipien. Der Gesetzgeber kann weder im politik- noch im wirtschaftsleeren Raum arbeiten. Jeder Gesetzgebungsakt ist Mitausdruck der allgemeinen Politik. Die Wissenschaft wird vom Kategorischen mit seinem Willen zur Wahrheit und zur wahrheitsgemäßen, folgerichtigen Ausgestaltung beherrscht. Sie ist frei, weil niemand sonst untertan. Für den Gesetzgeber bedeutet die Rücksicht auf die allgemeine politische Lage, auf die öffentliche Meinung, auf das der Allgemeinheit an Rechtsgestaltung Zumutbare Bindung und hemmendes Motiv. Für ihn überwiegt das Hypothetische mit dem „Wenn“ der günstigen oder erwünschten Wirkung, das er bei allem Respekt vor der Rechtsordnung zu beachten hat. Man mag sagen, daß er praktischer arbeiten könne und müsse als die Wissenschaft und daß er deshalb freier dastehe als diese. Das trifft auch insoweit zu, als sich der Gesetzgeber zunächst nicht um die volle Auswirkung der von ihm für ein Spezialgebiet gesetzten Normen auf die allgemeine Rechtsordnung zu kümmern braucht. Wie oft findet sich in der Begründung des Gesetzgebers, in seinen Motiven, in Denkschriften oder in Ausschußberichten jener Satz, der die Lösung von Rechtsproblemen der Wissenschaft und der Rechtsprechung überläßt, womit der Gesetzgeber in Wahrheit an die Vernunft des Lebens appelliert und es ihr anvertraut, die Brücken zwischen der Neugestaltung und der allgemeinen Rechtsordnung zu schlagen.

Gerade auf Spezialgebieten muß die gesetzgeberische Arbeit es vermeiden, durch allgemeine Leitsätze mit der allgemeinen Rechts-

ordnung Konflikte hervorzurufen. Hier steht der Gesetzgeber unter einem besonderen Arbeitsprinzip. Der Gesetzgeber schafft aus dem ihm vorliegenden Material an Rechtsersahrungen, Rechtsstatsachen, Regelungs-Bedürfnissen und -Möglichkeiten die Sonderregelung nach dem Grundsatz der Ökonomie. Diese gesetzgeberische Sparsamkeit bewirkt es, daß der Gesetzgeber sich das Symbol für die Sonderregelung da hernimmt, wo es ihm durch die Sprache des Verkehrs und der Verkehrsübung am klarsten entgegentritt. Mit dieser Aussonderung kraft Symboles vermag er das von ihm unter besondere Gesetzeskultur zu stellende Gebiet am klarsten zu überschauen und mit dem geringsten Aufwand zu bearbeiten.

Wenn man mit Recht als „ökonomisch“ das Ziel bezeichnet, „ein Gebiet mit dem geringsten Aufwand zu überschauen und alle Tatsachen durch einen Gedankenprozeß nachzubilden“, wie der Wiener Physiker und Philosoph E. Mach es ausgedrückt hat, und wenn der Gesetzgeber von der ökonomisch geordneten Rechtsersahrung auszugehen hat, so muß auch er die Unklarheit jener Intuition auf sich nehmen, die das besondere Symbol, gleichgültig ob es einer Zufälligkeit entspringt, den im Verkehr und Sprachgebrauch eingebürgerten Begriffen entnimmt. Ohne diese Art der Sparsamkeit kann der Gesetzgeber neben einer Totalkodifikation des Privatrechts überhaupt kaum zu Spezialregelungen gelangen, gleichgültig, ob man an das Bankdepotgesetz, an das Aufwertungsgesetz oder an die besonderen Typen des Handelsrechts, wie den Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter und Frachtführer denkt. Der Vorwurf der „Gelegenheitsgesetzemacherei“ trifft ihn erst dann, wenn er mit seiner Neuregelung die von ihm in seiner allgemeinen Kodifikation geschaffenen Einzeltypen gefährdet, oder wenn er leichtfertig leitende Grundsätze der Rechtsordnung irgend einer politischen Tagesaufgabe oder einer Spezialregelung opfert. Gewiß setzt „Gesetzgebungsarbeit einen Überblick über das gesamte Rechtssystem voraus, eine Erkenntnis der Rückwirkung, die bei dem Sineinandergreifen der Gesetze die Veränderung des einen Gesetzes auf viele andere Gesetze haben wird“ (vgl. Ernst Wolff, Festschrift für Heinig, Berlin 1926, S. 29). Aber technisch erfordert die gesetzgeberische Behandlung von Spezialgebieten zunächst isolierte Behandlung. Die Auswahl erfolgt auf Grund isolierter Betrachtungsweise, nur bei der Ausgestaltung sind jene, das allgemeine Recht bedrohende Gefahren zu beachten, insbesondere jene Gefahr des Eindringens in allgemeine Rechtsgebiete, das ohne Not bei Spezialregelungen zu vermeiden ist, wie weiter

die Integration des Spezialgebietes grundsätzlich immer durch die Rechtsordnung im Sinne der sich aus der Gesamtheit von Gesetzen, Gewohnheitsrecht, Rechtsprechung und Gerichtsgebrauch ergebenden rechtlichen Ordnung und nicht nur aus dem besonderen Symbol heraus zu erfolgen hat.

„Trust“ im Sinne von Treumasse, Treugut, Treugutsmasse und „Trustee“ im Sinne von Treuhänder sind im anglo-amerikanischen Rechtsgebiet die beiden Grundelemente, auf denen sich das dort das gesamte Wirtschafts- und Rechtsleben durchdringende, im wesentlichen im Equity Law wurzelnde, nur bezüglich geringer Gebiete durch Gesetze (Statutes) normierte Treuhändewesen aufbaut.

Dabei ist das Primat des „Trust“, d. h. der Treumasse gegenüber dem Trustee, d. h. dem Treuhänder in der Entwicklung unverkennbar. Im Anfang war die Masse, der „Trust“. Ein bestimmtes Gut sollte erhalten und gesichert werden, und zwar für einen bestimmten Zweck. Mit dieser Zweckgebundenheit sollte es seine eigene Existenz mit eigengesetzlicher Verwaltung und Repräsentanz erhalten. Ob es sich um das eigene Vermögen handelte, das man von Todes wegen nicht vermachen konnte, ob um ein Lehn, das man vor dem Heimfall an den Lehnherrn zu schützen beabsichtigte, ob um Vergabungen an die Tote Hand, insbesondere an die Kirche als *pia causa* oder um alle sonstigen Fälle rechtlicher Behinderung bezüglich der Verfügung über eine Masse, das Primäre war immer die Sorge für diese Masse. Die Masse war die Ursache, und nur als Mittel für diese Zwecke oder als Wirkung der Ursache tritt als Repräsentant oder Verwalter, Verfügungsberechtigter oder wie man ihn sonst nennen will, der Trustee hinzu. Ob die Einsetzung des Trustee geheim oder offen, mit Vollrechtsübertragung oder in sonstiger Form geschah, interessiert hier zunächst nur insoweit, als Geheimhaltung wie Vollrechtsübertragung immer leicht dazu führen, ob des Trustee dann den Trust als das primäre Element zurücktreten zu lassen, weil ja die neu hervortretende Herrschaft der Person die Verfestigung der Masse verbirgt. Für das anglo-amerikanische Recht hat der Trust die Herrschaft über den Trustee immer wieder durchgesetzt. Der Trustee ist der treue Diener des Trusts, wie er es im Anfang sein sollte, geblieben, und wird diesen Charakter in absehbarer Zeit kaum verlieren können, da alles, was auf diesem Gebiete in anglo-amerikanischen Ländern an Neurechtsschaffung geschieht, immer nur zur Verstärkung der Verfestigung der Masse beiträgt¹).

¹ Vgl. zum Salmann- und Treuhänderecht:
36. DZL. 1.

Wollte man wissenschaftlich-konstruktiv in Deutschland an das Treuhandproblem herantreten, so müßte man von der Treumasse ausgehen und den Treuhänder als eine Folge der Logik dieser selbstständigen Vermögensmasse ansehen. Seine Unterordnung unter das Treugut steht gewissermaßen naturgesetzlich fest. Man könnte sich hierfür im deutschen Recht auf den Salmann und den langobardischen Treuhänder berufen, also dem logischen Argument das historische hinzufügen. Wollte aber der Gesetzgeber so verfahren, so müßte er bald erkennen, daß er mit diesem Vorgehen eine Revision des Allgemeinen Teils des BGB. in Angriff nimmt. Er hätte sich zunächst grundsätzlich mit der „verselbständigten Vermögensmasse“ auseinanderzusetzen.

Alfred Schulze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung 1895, insbesondere §§ 10, 11, 28;

und: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in *Jher. Jb.* Bd. 43 (1901), S. 1 ff., im folgenden mit Schulze zitiert.

Ernst Heymann, Überblick über das englische Privatrecht, in *Holzendorff-Kohlers Enzyklopädie* Bd. 1 (1904), S. 795 ff. auf S. 811 f.,

ferner: Trustee und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr in *Festschr. für Heinrich Brunner*, Weimar 1910, S. 473 ff., insbes. S. 485 ff., 500 ff.;

ferner: Art. Englisches Recht im *Handwörterb. d. Rechtszw.* Bd. II, 1926. von Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts, in *Holzendorff-Kohlers Enzykl.* Bd. I (1904), 431; S. 452 (über „Ausübung der Rechte“);

—, *Deutsches Privatrecht* Bd. II (1905), S. 59 ff., S. 151 f. und S. 600.

Pappenheim, in *Kritische Vierteljahrsschrift* Bd. 44, S. 363 ff.

Zum anglo-amerikanischen Treuhandrecht:

Maitland, Trust und Corporation in *Grünh. Zeitschrift* Bd. 32 (1905), S. 1 ff., insbesondere S. 5 f., 11 ff., 21 ff.

Pollock and Maitland, II, S. 226 ff.

Underhill, *Law of Trusts*, 7. ed. S. 1 ff.

Halsbury, *The Laws of England*, Bd. 28 (1914) Art. „Trust and Trustees“.

Snell, *Principles of Equity*, London 1925, S. 119 ff.

Thomas E. Atkinson in *Schlegelberger's Rechtsvergleichendem Handwörterbuch* 1. Band 2. Hälfte Art. Ver. Staaten v. Amerika S. 696.

Bouvier-Rawle, *Law Dictionary* Bd. II (1914) Art. Trust.

Indermaur, *Principles of Equity*, London (1906) Art. Trust.

Story, *Equity Jurisprudence*, London 1884 S. 627 ff., S. 828 ff.

Scott, *The Progress of the Law: Trusts in Harv. Law Rev.* Bd. 33 (1919/20) S. 689 ff.

Ames, *Lect. on Legal History*, in *Harv. Law Rev.* Bd. 20 S. 511.

Ferner insbesondere:

Hermann M. Roth, Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company 1928, Bd. 48 der von E. Heymann herausg. *Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht*, im folgenden zitiert Roth, und J. W. Perry, *Treatise on the Law of Trusts and Trustees*, 7. Aufl. Bd. I u. II, hrg. v. Raymond C. Baldes 1929.

Richard Graßhoff

— Festschrift für Heinitz, Berlin 1926, S. 124 ff. —

bezeichnet sie mit Recht als die „dritte Rechtsperson“, deren „Regelung als dritte Gattung einer Rechtsperson (im Allgemeinen Teil des BGB.) an gehöriger Stelle nach der natürlichen und der juristischen Person in den allen Massen gemeinsamen Zügen hätte behandelt“ werden sollen. Mit dieser fruchtbaren Anregung wäre die Gesetzgebung für das Treuhandwesen zur Unfruchtbarkeit verdammt. Man würde das Treuhandproblem unter der Last der Revisionsaufgaben des Allgemeinen Teils zunächst einmal begraben, denn die „Treumasse“ läßt sich nur gemeinsam mit den verselbständigten Vermögensmassen regeln. Zu diesem „Aufwand“ würde alsbald ein anderer treten: Die Einheit der aus den verschiedensten Elementen zusammengesetzten Masse stößt sich sowohl an den im Allgemeinen Teil des BGB. enthaltenen sachenrechtlichen Regelungen (§§ 90 ff. BGB.) wie an dem das 3. Buch selbst (Sachenrecht) beherrschenden Spezialitätenprinzip. Ein zweites allgemeines, unser gesamtes Rechtssystem berührendes Problem würde sich alsbald dem ersten zugesellen. Auf diesem Wege würde der Gesetzgeber nicht vorwärtzkommen.

Es existiert aber hier noch ein anderes und zwar ein „ökonomisch abkürzendes Symbol“. Das ist nicht die Treumasse oder das Treugut, sondern der Treuhänder. Er steht zunächst im Rechtsleben da *ὡς τὸ πῶτος ἐρήμα*, wie die einsame Färse, abgefordert, vom Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt nicht erwähnt, Eigenwesen und Problem in sich, aber gleichzeitig Symbol, weil sein Eigenwesen mit seiner Absonderung ihm das für das Symbol charakteristische Merkmal des Besonderen gibt. Der Verkehr spricht bei uns nur vom Treuhänder. Die Begriffe „Treugut“ und „Treumasse“ sind bisher wissenschaftlicher oder Fachausdruck geblieben. Beim Treuhänder dagegen taucht sofort als Definition jene von Schulke formulierte (a. a. O. S. 1) auf:

„Wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen, ist nach einem aus der älteren deutschen in die deutsche Rechtsprache übergegangenem Ausspruch ein „Treuhand“. Man erwartet von ihm Uneigennützigkeit und Treue im Gebrauch seiner Rechte. Die empfangende Hand wird als treue Hand (*manus fidelis*) vermutet.“

— Vgl. auch die Definitionen bei Hein, *Jahrb. des Treuhandrechts*, 1. Jahrg. 1929, 1930, S. 87—90. —

Auch die Gesetzgebung hat den Begriff „Treuänder“ im § 3 Ziffer 7 des Aufwertungsgesetzes vom 16. 7. 1925, das Einkommensteuergesetz im § 30 in neuester Zeit verwertet, ebenso wie frühere Gesetze, das Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 (RGBl. S. 375), das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. 7. 1909 (RGBl. S. 441) u. a. m.

Über die allgemeinen Schwierigkeiten, die technisch bei der gesetzgeberischen Regelung eines Sondergebietes auftreten müssen, wie über das besondere für das Treuändergebiet gebotene sacrificium intellectus muß man sich klar sein, wenn man für die gesetzgeberische Arbeit auf dem Gebiet des Treuänderwesens vom Treuänder ausgeht und nicht vom Treugut. Man macht an sich das, was Ursache ist, zum Reflex der Wirkung, und man muß von vornherein wissen, daß Momente, die in Wahrheit die Masse kennzeichnen, wie die „Zweckgebundenheit“ bei personeller Radizierung nur mit großen Schwierigkeiten unterzubringen sein werden, während die unterdrückte Bedeutung des Treugutes sich nicht nur bei eigentlichen Masseproblemen wie z. B. bei Konkursfragen, sondern auch schon bei den zunächst auf das Persönliche abgestellten Problemen wie bei der Legitimationsfrage und bei der Frage der Mitreuänderchaft oder der Mehrheit von Treuändern (Co-Trustee) naturgemäß bemerkbar machen muß.

Dies ist das Opfer an Wissenschaftlichkeit, das auf dem Gebiet des Treuänderwesens um der gesetzgeberischen Ökonomie willen zu bringen ist.

Von politischen Momenten, die bei der Erörterung der gesetzlichen Regelung des Treuänderwesens zu beobachten sind, sei hier nur eines erwähnt. Es darf nicht die Treuänder zur Form werden, die den gebundenen Vermögensmassen durch eine Hintertür den ihnen verbotenen Eintritt in das Recht wieder ermöglicht. Vom Standpunkt des Gesetzgebers aus muß die Treuänderchaft in ihrer einzelnen Erscheinungsform immer als Geschäftsvorgang provisorischer Art, d. h. mit vorübergehend gewollter Wirkung angesehen werden, und diese mit dem Wesen der Treuänderchaft in nichts zusammenhängende Beschränkung muß ihr der heutige Gesetzgeber in Deutschland auferlegen (vgl. Art. 155 Abs. 3 S. 2 RW.).

An wirtschaftlichen Gesichtspunkten wird der Gesetzgeber zunächst einmal zu berücksichtigen haben, daß das heutige Verkehrsleben, in dem bald jeder seine eigene G. m. b. H. ist, unter der Nachwirkung von Krieg, Revolution, Inflation, Deflation und all den anderen, das normale Verkehrsleben denaturierenden und demo-

ralisierenden Erscheinungen eine bedenkliche Neigung zu Ad-hoc-Gestaltungen aufweist, die den Erfordernissen von Treu und Glauben nicht gerecht werden. Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung dürfen in dem Treuhänder keinen Genossen für verkehrswidrige Zwecke erhalten. Diese Gefahr wird namentlich da auftauchen, wo das Treuhänderverhältnis sich nicht nur zwischen Treugeber, d. h. dem zunächst am Treugut Berechtigten und dem Treuhänder, d. h. dem am Treugut zu Legitimierenden abspielt, sondern wo die eigentliche Wirkung des Treuhänderverhältnisses sich einem Dritten gegenüber (Benefiziar, Destinatar, Drittberechtigter, Drittbegünstigter, Mitbetreuter, Betreuter, Begünstigter) äußern soll. Hier müssen die Erfahrungen des Lebens, wie wir es heute sehen, den Gesetzgeber argwöhnisch darauf bedacht sein lassen, von vornherein die Schiebungsmöglichkeiten zu durchdenken und ihnen mit Mitteln entgegenzutreten, die in ihrer erhöhten Stärke mehr der Eigenart der Zeit als dem juristischen Zweck anzupassen sein werden.

Noch ein zweiter Gesichtspunkt wird gerade bei der Betrachtung von Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung sich zunächst als wirtschaftspolitischer ergeben. Mit ihrer Scheu vor Offenkundigkeit, die mitunter bis zur Publizitätsfeindlichkeit sich steigert, bilden Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung zweifellos eine große Gefahr des Wirtschaftslebens. Diese Gruppe noch durch eine neue, im Dunkeln wirkende Kraft bei Regelung der Treuhänderschaft zu verstärken, würde diese Gefahr noch erhöhen.

Auch diese wirtschaftspolitische Erwägung liegt zunächst außerhalb des Juristischen. Es soll aber alsbald gezeigt werden, daß gerade das Problem der Publizität für das Treuhänderwesen auch ein juristisches ist. Denn die Frage, woran Treuhändertum erkennbar ist, muß allen anderen vorangehen. Die Frage, wie erkennbar gemachtes Treuhändertum, also dasjenige Treuhändertum, das sich der Publizität unterwirft, zu bewerten ist, hängt mit der ersten Frage eng zusammen.

Die Publizitätsfrage bildet den Ausgangspunkt des nachstehenden Gutachtens mit folgender These:

I.

Zur gesetzlichen Regelung auf dem Gebiet des Treuhänderwesens eignet sich nur das auf ausdrücklicher Treuhänderbestellung beruhende und offen hervortretende Treuhänderverhältnis.

Vor der Frage, ob sich die gesetzliche Regelung des Treuhänderwesens empfiehlt, muß eine Untersuchung über die einzelnen Er-

scheinungsformen, in denen sich dieses Treuhandverhältnis heute zeigt, vorgekommen werden, und aus ihnen müssen diejenigen herausgesucht werden, die sich für eine gesetzliche Regelung eignen. Vorerst lagern auf dem Treuhandgebiet nebeneinander Vollrechte mit geheimer Treuhandabrede, also Gestaltungen mit geheim gewollter und geheim gehaltener Treuhandausstattung, dann treuhandgleiche oder treuhandähnliche, als Treuhand in Betracht kommende, aber nicht Treuhand genannte Figuren, und endlich Erscheinungen, die ausdrücklich und offen im Verkehr als Treuhandverhältnisse hervortreten. Zur ökonomischen Ordnung der Rechtsprechung gehört es, hier das gesetzgeberisch Wertbare herauszusuchen und nur von ihm aus das Treuhänderproblem gesetzgeberisch anzufassen.

Die wichtigsten Erscheinungsformen lassen sich aus der Literatur, der Rechtsprechung und der Lebenserfahrung unschwer zusammenstellen.

In der Literatur ist es vornehmlich Alfred Schulze gewesen, der in seiner epochemachenden Abhandlung über Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht (Jher.Jb. Bd. 43 S. 1 ff.) sogleich auf Grund von typischen Erscheinungsformen seine Lehre entwickelt hat. Die Schulzeschen Fälle bedürfen deshalb einer besonderen Berücksichtigung. Ferner ist Tatsachenmaterial hauptsächlich folgenden rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen zu entnehmen:

Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II S. 59 ff., 600; und in Holzh.-Kohler Enchkl. Bd. I S. 452.

Ernst Heymann, a. a. D.

Roth, a. a. D.

Nord, Das Recht des Treuhänders, 1927; im folgenden zitiert Nord.

Heilbrunn, Die Entwicklung des Treuhandgedankens im neueren deutschen Recht, in Holzh.Mschr. Bd. 15 (1906) S. 89 ff.

Schöny, Treuhandgeschäfte, in Arch.Bürg.R. Bd. 35 (1910) S. 291 ff.

Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte, 1912.

Grünshild, Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung, 1914.

Dertmann, Kommentar zum BGB. Bd. I, 3. Aufl. § 117, Anm. 5 und in Jher.Jb. Bd. 66 (1916) S. 130 ff.

Kiezler, bei v. Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Aufl. Bd. I, S. 413 ff., 678 und in JW. 1928, 1653.

Merkel, Der Liquidationstreuhandvertrag in JW. 1930, 1342.

Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht 1922.

Paul Jessen, in JW. 1930 S. 1370 f., 2038 und Anwaltschaft und Treuhandgesellschaften (1925) i. Druckschrift. des Deutschen Anwaltvereins.

An Rechtsprechung sind im wesentlichen Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsfinanzhofs, gelegentlich Oberlandesgerichtserkenntnisse zu berücksichtigen.

Lebenserfahrung in Verbindung mit brauchbarer sonstiger Materialsammlung findet sich bei Ertel, Treuhänder und Treuhandgesellschaften in Deutschland, 1925, und bei Hein, Grundriß des Treuhandrechts, Berlin, 1929, sowie Jahrbuch des Treuhandrechts Bd. I, Berlin, 1930. Im übrigen wird der Gutachter hier eigenes, von ihm gesammeltes Material zugrunde legen. Ob eine offizielle Enquête in heutiger Zeit auf diesem Gebiet aus Finsternis Licht zu schaffen vermöchte, muß bei der Eigenart der Materie und vieler Interessen bezweifelt werden.

Die zu erörternden „Treuhandfälle“ werden in folgende Gruppen geteilt:

- A. Die Quasitreuhand.
- B. Die „implizierte“ Treuhandschaft.
- C. Die Fiduciafälle.
- D. Die Fälle der offenen Treuhandschaft.

Um das Gutachten nicht allzusehr mit Literaturnachweisen zu belasten, ist davon Abstand genommen worden, für jeden einzelnen „Fall“ seine Probenienz klarzustellen.

A.

Die Quasitreuhand.

Unter den Schulgeschen Fällen findet sich (§ 59) der für den Nasciturus (§ 1923 Abs. 2 BGB.) gemäß § 1912 BGB. bestellte Pfleger, den er als Treuhänder betrachtet (§ 61), der Testamentsvollstrecker (§§ 2203 ff. BGB.), der für Schulze der gesetzliche Normaltypus der Treuhandschaft „mit begrenztem Recht am fremden Gegenstand“ ist, im Gegensatz zu dem Testamentsvollstrecker im Fall des § 2208 Abs. 2 BGB. (Aufsichtstreuhänder), den er zwar auch als Treuhänder betrachtet, aber nur als „Treuhänder mit bloß obligatorischer Berechtigung begrenzten Inhalts“ (a. a. O. S. 88 ff.).

Siber

— Das Verwaltungsrecht am fremden Vermögen, Jher. Zb. Bd. 67, S. 81 ff.— bekämpft den Satz, daß Treuhand und gesetzliche Vertretungsmacht heute Gegensätze seien, und hält die jüngere Anschauung von einem dinglichen Recht des Treuhänders am fremden Gut heut für noch möglich und sachlich da geboten, wo ein Vermögen kraft Gesetzes in fremder Verwaltung steht. Diese Treuhandschaft qualifiziert er als Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen. „Fremdnützige“ Treuhänder sind bei ihm der Vormund (§ 1793 BGB.), der Pfleger (§§ 1909 ff. BGB.), der Nachlassverwalter (§ 1985 BGB.),

der Konkursverwalter (§ 6 Abs. 2 R.D.), der Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB.), der elterliche Gewalthaber am freien Kindesvermögen (§§ 1627, 1650, 1686 BGB.); „eigennützige“ Verwalter der Mann am eingebrachten Gut der Frau, der elterliche Gewalthaber am unfreien Kindesvermögen; ferner erörtert er bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Fälle der Verwaltung bis zur Auseinandersetzung (§§ 1442, 1472, 1497 BGB.) unter diesem Gesichtspunkt.

Auch Otto von Gierke (Deutsches Privatrecht II S. 65 und 600) spricht in den gleichen Fällen wie Siber kurz von „Treuändern“, er sieht insbesondere den Testamentsvollstrecker als Treuhänder an.

Diese Fälle gesetzlich geregelter Verwaltungsmacht werden hier als „Quasitreuhand“schaft bezeichnet. Ihre Verwandtschaft mit der Treuhand kann namentlich beim Testamentsvollstrecker niemand leugnen. Aber das Bürgerliche Gesetzbuch und die sonstigen Gesetze (R.D.) haben in den Schulke-Siber-von Gierkeschen Fällen bestimmte, ein für allemal geformte, von einander abzusondernde Typen geschaffen. Das Bürgerliche Gesetzbuch wollte keine allgemeine, diese Typen zusammenfassende Treuhandschaft. Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch

— vgl. Protokolle II S. 360 ff. —

haben zwar gelegentlich Exkursionen in das Treuhändergebiet unternommen, aus ihm aber so wenig entnehmen können, daß selbst der dem verpönten Gebiet sachlich angehörende § 1189 BGB. in der Fassung mißglückte. Man hat weder den „römischen Fiduziar mit seiner unbeschränkten zwecküberschreitenden Rechtsmacht“ noch den von Schulke geschilderten „deutschen Treuhänder mit seiner der Zwecksetzung angepaßten Rechtsmacht“ in die neue Kodifikation übernehmen wollen. Dem Bürgerlichen Gesetzbuch, dem an strenger Scheidung zwischen Dinglichem und Obligatorischem, an dem Numerus Clausus der dinglichen Rechte soviel gelegen war, das ja so stark an die Allmacht der Klarheit glaubte, konnte der Treuhänder nicht willkommen sein. Es wollte ihm auch nicht „den Boden bereiten“.

Man vermeidet sicherlich eine Gefahrzone, wenn man diese oben genannten Fälle von der Treuhandschaft in das Quasitreuhandertum verweist. Für die gesetzgeberische Arbeit kommen sie bestimmt nicht als Gegenstand einer Regelung auf Grund neuer allgemeiner Gesichtspunkte in Frage. Die Typen, die ihre gesetzliche Regelung durch das BGB. und die Nebengesetze erhalten haben, müssen sie auch vorerst unangetastet behalten. Sonst würde man unser gesamtes Recht vom Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch-

buches bis zum Erbrecht umwerfen und kodifiziertes Recht in Wahrheit in ungeschriebenes verwandeln. Für das Problem der gesetzlichen Regelung des Treuhänderverhältnisses muß die Quasitreuhand ohne weiteres ausscheiden.

Es wäre aber unrichtig, diese Fälle mit so kurzer Abfertigung zu verlassen. Sie bieten auch dem gesetzgeberischen Problem in mehrfacher Hinsicht Anregung.

Einmal zeigen sie einen der Gründe, der eine einfache Rezeption des anglo-amerikanischen Trustrechts in Deutschland ausschließt. Die Schulze-Siber-von Gierkeschen Fälle sind in dem ausländischen Recht echte Trustfälle. Der Testamentvollstrecker, der Konkursverwalter, der Vormund, der Pfleger treten uns dort als Trustee entgegen. Selbst unser Reichsgericht (RGZ. 14 S. 408) hat sich mit dem englischen Konkursverwalter als Trustee beschäftigen müssen. Grundsätze des englischen ehelichen Güterrechts wurden bis vor kurzem ausschließlich unter Trustgesichtspunkten geregelt. Die Rechtsverhältnisse der Minderjährigen (Persons and Estates of Infants) bilden einen Teil des englischen Equity Law.

- vgl. Ernst Heymann, Überblick über das englische Privatrecht, Holzpand. = Kohlers Enzykl. Bd. I, S. 841.
 Derselbe, Trust und Trustee Comp. S. 485.
 Snell, a. a. D. S. 397.
 Indermaur, a. a. D. S. 309 ff.
 Roth, a. a. D. S. 297 ff. u. S. 160 ff. —

Hieraus ergibt sich schon, daß der deutsche Gesetzgeber ein ganz anderes Arbeitsgebiet für die Regelung der Treuhand auszuwählen hat, als es die anglo-amerikanische Rechtswelt aufweist.

Weiter aber ist der Umstand, daß sowohl nach der Ansicht von Gelehrten wie Otto von Gierke, Alfred Schulze, Heinrich Siber als auch nach dem Aufbau des anglo-amerikanischen Trustrechts die Idee des Trustee gerade in den Quasitreuhandfällen wesentlichen Ausdruck gefunden hat, von so großer Bedeutung, daß schon hier die Frage, was der Gesetzgeber ihnen entnehmen kann, zu streifen ist.

Die Schulzesche Definition des Treuhänders (vgl. oben S. 823) wie seine Schlussergebnisse (a. a. D. S. 103) zielen daraufhin, Treuhandschaften nur da anzuerkennen, wo die Rechtsmacht des Treuhänders sich dem jeweiligen Zweck des Verhältnisses „eng anzupassen vermag, nicht über diesen hinauschießen noch hinter ihm zurückbleiben muß“. Das Problem der Rechtsmacht des Treuhänders steht bei ihm im Vordergrund. In den Quasitreuhand-

fällen spricht er von „Treuhanderschaft mit begrenztem Recht an fremdem Gegenstand“, woraus dann bei Siber und auch bei von Gierke (a. a. O. II S. 600) das „sachenrechtliche Herrschaftsrecht als begrenztes dingliches Recht“ oder das „Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen“ wird. Das wird von Nord (a. a. O. S. 7 f.), Roth und Merkel unter der Formel „Verwaltungsrecht“ übernommen. Aus der Literatur sei noch angeführt:

Ripp (Erbrecht § 116 II 2) sagt vom Verwaltungs- und Verfügungswert des Testamentsvollstreckers: „Dies ist ohne Bedenken als ein dingliches Recht am fremden Vermögen zu bezeichnen. Insofern hat die Auffassung des Testamentsvollstreckers im Sinne des Treuhänders vollkommen recht . . .“

Martin Wolff, Familienrecht § 47 II 2 erklärt vom Nutznießungsrecht des Ehemannes und des Vaters: „In einem weiteren Sinne ist es ein dingliches Recht. Vor allem gehört der Ehemann zu den Personen, die wegen Gefährdung ihres Rechtes an einem Gegenstande ein Befriedigungsrecht nach § 268 I 1 BGB. haben“.

Hellwig gibt in den Quasitreuhandfällen dem „Treuhand“ ein dingliches Verwaltungsrecht sui generis, vgl. Ab. ZPD. I § 49 zur Anm. 23 a; ferner auch in Anspruch und Klage recht S. 209, und in Rechtskraft S. 100 f.

Bei Windscheid-Ripp Bandekten 9. Aufl. I S. 361 wird vom „Verwaltungsrecht an Vermögensmassen“ gesprochen. Dem schließt sich Fischbach a. a. O. S. 271 an¹⁾.

Die Rechtswissenschaft hat also versucht, hier eine besondere dingliche Rechtsmacht aufzubauen.

Die Schulzeische Unterstreichung der Treuhändermacht läßt die Rechtsmacht des Treugebers oder des Betreuten zunächst in den Hintergrund treten. Sieht man von der an die iura in re aliena anklingenden Formulierung des Verwaltungsrechts ab, so ergibt sich sogleich, daß hier beim Verhältnis der Treuhändermacht zur Treugebermacht eine Konkurrenz zwischen zwei Rechtszuständigkeiten vorliegen muß, daß es sich um eine Mehrheit von Rechtszuständigkeiten handelt. Siber umgeht diese Schwierigkeit, indem er unter allgemeiner Ablehnung einer quantitativen Teilung auf die Rechtszuständigkeit der Vermögensherren nur bei den einzelnen Quasi-

¹⁾ Weiter gehören hierher die versehentlich im Text ausgelassenen Gustav W. Heine mann (Gruchot 70, 1929, S. 496), Die Verwaltungsrechte an fremdem Vermögen, insbes. S. 505 ff., und Ebbecke, Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung, Gruchot 61 S. 585.

treuhänderfällen eingehet, wo er die positive gesetzliche Regelung zugrunde legen kann.

Mit Recht hat hier die wissenschaftliche Kritik eingesezt. Rückmann

- Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fakultätsfestgabe für das Reichsgericht (1929) Bd. III, S. 97 ff. —

verlangt klare Stellungnahme zu dem Teilungsproblem; in dem „Verwaltungsrecht“ erblickt er nur die Richtlinien für verwaltungsgemäße Gestion, nur eine Begrenzung des Könnens, nur den Maßstab für seinen Umfang und seinen Inhalt. Zu dem Teilungsproblem sagt er:

„Eine solche ununterschiedene, jedes einzelne subjektive Recht ergreifende, aber an sich in Umfang und Inhalt unberührt lassende, in dem Verwaltungsrecht enthaltene Verfügungsbefugnis ist privatrechtlich unvorstellbar, wenn sich eben hinter ihr nicht die qualitative Teilung oder die bloße Ausübungsmöglichkeit versteckt. Der Verwalter muß doch irgendeine überlegene Rechtsstellung gegenüber dem Eigner haben. Wenn diese Überlegenheit sich nicht auf einen qualitativen privatrechtlichen Rechtsverlust des Eigners nach dem Muster der qualitativen Teilung oder auf ein Monopol der Ausübung zurückführen läßt, verstößt man gegen den logischen Zwang, daß dieselbe Befugnis nicht vervielfältigt werden kann. Sie ist nur einmal da und leidet eine mehrfache Beteiligung mehrerer nur in Form irgendwelcher Aufteilung, qualitativ oder quantitativ, oder ohne Aufteilung des Rechtes selber in Form der Übertragung der Ausübungsmöglichkeit. Etwas anderes ist undenkbar und würde überdies gegen den obersten Grundsatz des Privatrechtes der Gleichberechtigung aller Personen verstoßen. . . .“ (S. 99).

Nicht die juristische Qualifizierung jener Rechte des Quasitreuhänders und der etwaigen Rechtsmacht des Treuhänders, sondern jene Frage nach der Möglichkeit verschiedener Rechtszuständigkeiten hinsichtlich desselben Gegenstandes, die von Tuhr als „Duplizitätsproblem“

- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs I (1910) S. 72 —

bezeichnet hat, ist es, die den Gesetzgeber interessieren muß. Die (unter C. zu behandelnde) Fiducia beruht auf dem Vollrecht am „Treugut“, die anglo-amerikanische sowohl wie die von unseren Germanisten geforderte Treuhänderschaft auf Rechtszuständigkeitsregelung hinsichtlich des Treuguts. Nur wenn unsere Rechtsordnung solche Rechtszuständigkeitsregelung zuläßt, kann der Gesetzgeber von ihr für die Regelung des Treuhänderverhältnisses ausgehen. Alfred Schulze (a. a. O. S. 103) hat bezüglich seiner Treuhändergebnisse mit Recht gesagt:

„Voraussetzung ist freilich, daß die Vorbedingungen für die deutsche Treuhänderschaft auch im geltenden deutschen Recht erfüllt sind, daß ihre Erfüllung überhaupt in der allgemeinen Entwicklungslinie unseres Rechts begründet ist“.

Dabei ist Recht im Sinne von Rechtsordnung zu verstehen und darunter nicht nur das positive Recht zu begreifen, sondern eine „aus der Gesamtheit der Gesetze, des Gewohnheitsrechts, der Rechtsprechung, des Gerichtsgebrauchs und der Rechtslehre sich ergebende rechtliche Ordnung, die insoweit Grundlage zur Ausfüllung von Lücken sein kann, als sich in ihr erkennbare Ansätze entwicklungsfähiger Rechtsgedanken finden, und zwar Ansätze, die nicht etwa durch die Gesetzgebung überholt oder negiert sind, sondern solche, die in irgendeiner Beziehung als Recht gelten“.

— vgl. Friters, Revolutionsgewalt und Notstandsrecht, Berlin Guttentag, 1918 S. 154 —.

Die Frage nach der Stellungnahme unserer Rechtsordnung zum Problem der Mehrheit von Rechtszuständigkeiten kann auf dem Gebiet des Privatrechts in zweifacher Form aufgeworfen werden. Es kann einmal gefragt werden, ob die Mehrheit schon durch Privatakt zu gestalten ist, und weiter, ob nur der Gesetzgeber allein sie gestalten kann. Auf diese Frage wird später zurückzukommen sein. Vorerst sollen positives Recht (1), Rechtsprechung (2) und Rechtslehre (3) auf dieses Problem untersucht werden.

1. a) Unserem positiven Recht fremd ist das geteilte Eigentum im Sinne des „Ober-“ und „Untereigentums“

— vgl. Martin Wolff, Sachenrecht § 88 IV, v. Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Aufl. III, 1, Vorbem. VI, 1 zu § 903 —.

b) Das positive Recht enthält in § 137 S. 1 BGB. eine die Freiheit privater Rechtsgestaltung einschränkende Bestimmung:

„Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden“.

Dies bedeutet eine Grenze für die Gestaltungsfreiheit, denn Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich der Befugnis zur Verfügung an sich, soweit es sich um ein veräußerliches Recht handelt, sind privater Gestaltung entzogen. Die von Krüdmann erwähnte Bervielfältigung fällt, wenn man von der allgemeinen Frage nach ihrer Zulässigkeit absieht, nicht unter § 137 BGB.

Es ist interessant, daß diese Gedankengänge auch im Rahmen des Treuhandproblems mehrfach herangezogen werden.

Dertmann

— BGB. Bd. I, 3. Aufl. S. 602/3 —

bekämpft mit § 137 BGB. die Schulze'sche Konstruktion, derzufolge im Interesse des Treugebers jede Treuhandschaft mit resolutiv gewollter, bei Untreue, Tod usw. existent werdender Bedingung aus gestattet sei, weil dies auf eine Beschränkung an sich hinauslaufe.

Jessen

— JB. 1930 S. 1370 —

bezeichnet § 137 S. 1 BGB. als treuhänderfeindliche Bestimmung, wohl in Verallgemeinerung der Vertmann'schen Gründe.

Es kann auch nicht angezweifelt werden, daß nach heutigem Recht ein Treuhändergeschäft, bei dem der Treugeber sich von jeder Verfügung ausschließt und dem Treuhänder allein die Verfügung überlassen will, mit dinglicher Wirkung nicht ausgestattet ist, sondern nur die sich aus § 137 Satz 2 ergebende obligatorische Wirkung aufzudecken vermag.

c) Wohl aber liegt nach positivem Recht die Herrschaftsspaltung im Sinne der Mehrheit von Rechtszuständigkeiten in den Fällen der Quafitreuhand vor. In dem Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben, zwischen Zwangsverwalter und Grundstückeigentümer, zwischen Konkursverwalter und Aritdar tritt mit verschiedenen Gradabstufungen die Duplizität deutlich in die Erscheinung.

Daß die „Machtvollkommenheit“ des Verwalters in der Zwangsversteigerung

— vgl. Jaedel-Gütke, Kommentar zum ZwVG. in der Bearbeitung von Volkmar-Armstrong, 6. Aufl. § 152 Anm. 1 S. 665 —

auf ein „Amt“ zu gründen ist, daß er als Unparteiischer bald Rechte des Schuldners, bald Rechte des Gläubigers oder der sonst Beteiligten wahrzunehmen hat, läßt die Tatsache des Eigentums des Schuldners unberührt. „Eigentümer bleibt der Schuldner, er ist auch Eigentümer der geernteten Früchte, ihm gehört der Erlös, er ist der aus den Verträgen des Verwalters Berechtigte und Verpflichtete“ (Jaedel-Gütke a. a. O. S. 667).

Die relative Unwirksamkeit (§ 23 ZwVG.), die den Zwangsverwaltungsfall ebenso charakterisiert wie den des Konkurses (§ 7 KO.), bewirkt jedenfalls die Konkurrenz von Rechtszuständigkeiten hinsichtlich desselben Objekts

— vgl. Strohal, Über relative Unwirksamkeit (1911) S. 51 ff.; Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, S. 104 —

Jaeger

— Konkursordnung, 6./7. Aufl., § 7 Anm. 8, S. 169 —

sagt hierzu: „Die Unwirksamkeit besteht von vornherein und im Ver-