

Barbara Reich

Das stille Pfandrecht der Niederlande

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 2.0 “by-nd”, allowing you to download, distribute and print the document in a few copies for private or educational use, given that the document stays unchanged and the creator is mentioned. You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2006

Barbara Reich

Das stille Pfandrecht der Niederlande

Ziel oder bloßer Schritt auf dem Weg zur
Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung?



Universitätsdrucke Göttingen

Barbara Reich

Das stille Pfandrecht der Niederlande

erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2006

Barbara Reich

Das stille Pfandrecht der Niederlande

Ziel oder bloßer Schritt auf dem
Weg zur Reformierung der
deutschen Sicherungsübereignung?



Universitätsverlag Göttingen
2006

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar

Anschrift der Autorin:

Barbara Reich

e-mail: breich1@gwdg.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Barbara Reich

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

© 2006 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN-10: 3-938616-64-4

ISBN-13: 978-3-938616-64-2

Für Jeannis

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde neben meiner Tätigkeit am Lehrstuhl von Frau Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M. in den Jahren 2002 bis 2004 erstellt und 2005 aktualisiert. Die juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen nahm sie im Sommersemester 2006 als Dissertation an.

Neben zahlreichen persönlichen Diskussionen möchte ich mich bei Frau Prof. Dr. Wendehorst, LL.M. besonders für die Möglichkeit zum Vortrag im Rahmen des Doktorandenkolloquiums bedanken. Dieser intensive Dialog gab wertvolle Impulse zur Präzisierung zahlreicher Grundgedanken. Durch ihr Engagement war es möglich, einen Teil der Arbeit in Amsterdam zu erstellen und so vor Ort zu recherchieren. Ferner gilt mein Dank dem DAAD für das großzügige Auslandspromotionsstipendium sowie der Vrije Universiteit Amsterdam und der Universiteit van Amsterdam für die vielen Hilfestellungen während meines Aufenthaltes.

Frau Prof. Dr. Schaub, LL.M. gilt mein Dank für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Eltern danke ich für die bedingungslose finanzielle Unterstützung während meines Studiums und für die Bestärkung in meiner Entscheidung zur Promotion. Die wiederholte Durchsicht der Arbeit auf Rechtschreibfehler durch meinen Vater war eine große Hilfe.

Viele Freunde und Kollegen haben durch Diskussionen und kritische Bemerkungen zur Qualität der Arbeit beigetragen.

Besonders danke ich meinem Freund, Jeannis, der in vielen Arbeitsstunden die Arbeit einem ansehnlichen Aussehen zugeführt und stets einen Ort der Ruhe und Entspannung für mich bereit gehalten hat.

Göttingen im November 2006

Barbara Reich

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	ix
Einleitung	1
1. Teil : Die Sicherungsübereignung in Deutschland – ihre gravierensten Mängel	5
I. Allgemeines zur Sicherungsübereignung	5
1. Definition und Entstehungshintergrund	5
2. Historische Probleme	6
a. Unwirksamkeit nach § 117 I BGB	6
b. Gesetzesumgehung	6
c. Numerus clausus der Sachenrechte	7
3. Diskrepanz zwischen Form und Zweck der Sicherungsübereignung	8
4. Publizitätsprinzip bei der Sicherungsübereignung	9
5. Ergebnis	9
II. Probleme der Form-Zweck-Diskrepanz	10
1. Übersicherung	10
2. Sicherungsübereignung in der Zwangsvollstreckung	14
a. Gläubiger des Sicherungsnehmers vollstrecken	14
aa) In das beim Sicherungsgeber befindliche Gut	14
bb) In das beim Sicherungsnehmer befindliche Gut	14
b. Gläubiger des Sicherungsgebers vollstrecken	17
aa) In das beim Sicherungsnehmer befindliche Gut	17
bb) In das beim Sicherungsgeber befindliche Gut	17
c. Ergebnis	18
3. Sicherungsübereignung und die Verfallklausel	19
4. Sicherungsübereignung von unpfändbaren Gegenständen	22
5. Entspr. Anwendung von §§ 401, 1250 BGB beim Gläubigerwechsel	24
6. Zwischenergebnis	27

III. Probleme der Publizitätslosigkeit	27
1. Praktische Probleme	27
2. Krediterschleichung / Täuschung über die Kreditwürdigkeit	28
3. Sicherungsübereignung in der Insolvenz	31
a. Sicherungsgeber gerät in die Insolvenz	31
aa) Rechtslage bis zum 01.01.1999	31
bb) Rechtslage ab dem 01.01.1999 – Insolvenzordnung	33
cc) Ergebnis: Notwendigkeit einer materiellrechtlichen Reformierung der Mobiliarsicherheiten aus insolvenzrechtlicher Sicht	33
(1) Massearmut	34
(2) Gläubigergleichbehandlung	36
(3) Ergebnis	40
b. Sicherungsnehmer gerät in die Insolvenz	40
aa) Besitz beim Sicherungsnehmer	40
bb) Besitz beim Sicherungsgeber	42
cc) Auflösend bedingte Sicherungsübereignung	42
dd) Ergebnis	43
c. Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer geraten in die Insolvenz	43
d. Ergebnis	44
4. Zwischenergebnis	44
IV. Ergebnis bzgl. der nationalen Probleme der deutschen Sicherungsübereignung	44
2. Teil : Die deutsche Sicherungsübereignung im internationalen Rechtsverkehr	47
I. Die Anerkennung der Sicherungsübereignung durch die Staaten Europas	47
1. Einleitung	47
2. Frankreich	52
a. Eigentumserwerb	52
b. Der französische Sicherungssystem der dinglichen Mobiliarsicherheiten	52
aa) Die Sicherungsübereignung	52
bb) Kreditsicherungsmittel mit Besitzaufgabe	53
cc) Kreditsicherungsmittel ohne Besitzaufgabe	53
(1) Mobiliarhypotheken	53
(2) Sicherungsrechte ohne Faustpfandcharakter	54
dd) Zwischenergebnis	56
c. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Verkehr	56
aa) Die deutsche Sicherungsübereignung in Frankreich	56
(1) Lex rei sitae	56

(2) Statutenwechsel	57
(3) Ordre public	58
(4) Deutsche Kritik und Ergebnis	59
bb) Französische Sicherungsrechte in Deutschland	60
cc) Ergebnis	61
3. Italien	61
a. Eigentumserwerb	61
b. Das italienische Sicherungssystem der dinglichen Mobiliarsicherheiten	61
aa) Pfandrecht	61
bb) Kreditsicherungsmittel ohne Besitzaufgabe	62
(1) Die Sicherungsübereignung im italienischen Recht	62
(2) Privilegien	62
(3) Mobiliarhypotheken	63
(4) Eigentumsvorbehalt	63
(5) Zwischenergebnis	64
(6) Sonstige Möglichkeiten	64
cc) Zwischenergebnis	66
c. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr	66
aa) Die deutsche Sicherungsübereignung im italienischen Rechtsverkehr	66
bb) Italienische Sicherungsrechte im deutschen Rechtsverkehr	68
cc) Ergebnis	69
4. Österreich	69
a. Eigentumserwerb	69
b. Sicherungsrechte	69
aa) Pfandrecht §§ 447 ff. ABGB	70
bb) Sicherungsübereignung	70
cc) Eigentumsvorbehalt	71
dd) Zwischenergebnis	72
c. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr	73
aa) Die deutsche Sicherungsübereignung im österreichischen Rechtsverkehr	73
bb) Die österreichische Sicherungsübereignung im deutschen Rechtsverkehr	76
cc) Ergebnis	76
5. England	76
a. Eigentumserwerb	76
b. Sicherungsrechte an Mobilien	76
aa) Geldkredit	77
(1) Pfandrecht – <i>pledge</i>	77
(2) <i>Chattel mortgage</i>	78

(3) <i>Hypothecation</i>	79
(4) <i>Charge</i> – insbesondere <i>floating charge</i>	80
bb) Lieferantenkredit	81
(1) <i>Conditional sale</i> – Eigentumsvorbehalt	81
(2) <i>Hire purchase</i> – Mietkauf	82
(3) <i>Lien</i> – gesetzliches Zurückbehaltungsrecht	83
cc) Ergebnis	83
c. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Verkehr	83
aa) Deutsche Sicherungsübereignung im englischen Recht	84
bb) Englische Kreditsicherungsmittel im deutschen Recht	87
cc) Ergebnis	89
6. Schweden	89
a. Auswahl der Rechtsordnung	89
b. Eigentumserwerb	90
c. Sicherungsrechte	91
aa) Vertragliche Pfandrechte	91
bb) Sicherungskauf	91
cc) Unternehmenshypothek	93
dd) Eigentumsvorbehalt - <i>ägarförbehåll</i>	93
ee) Ergebnis	94
d. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr	94
aa) Die deutsche Sicherungsübereignung in Schweden	94
bb) Schwedische Sicherungsrechte im deutschen Recht	96
cc) Ergebnis	96
7. Osteuropäische Staaten – Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung	96
a. Die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung	97
b. Das Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte	98
c. Die Umsetzung durch die neuen osteuropäischen EU-Länder	100
aa) Ungarn	101
bb) Slowakei	102
cc) Tschechien	103
dd) Lettland	105
ee) Polen	108
ff) Litauen	110
gg) Estland	112
hh) Slowenien	113
ii) Zwischenergebnis	114
d. Bedeutung für den deutschen Sicherungsverkehr	114
II. Ergebnis	117
III. Auswege	118

1. Die Nichtanerkennung importierter Mobiliarsicherheiten – eine Verletzung europäischer Grundfreiheiten?	120
a. EG-Schutz auch für den Bestand von Rechten?	120
b. Verstoß gegen Art. 28 EGV durch eingeschränkte Mobilität	121
aa) Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung	124
(1) Dassonville-Formel	124
(2) Eingrenzung durch die Keck-Rechtssprechung	126
bb) Negatives Tatbestandsmerkmal der Cassis-Rechtssprechung	131
(1) Unterschiedslose Geltung	132
(2) Zwingende Erfordernisse	138
(3) Verhältnismäßigkeit	146
cc) Ergebnis	158
c. Kapitalverkehrsfreiheit	158
aa) Konkurrenz der Grundfreiheiten	159
bb) Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit	159
d. Dienstleistungsfreiheit Art. 49 ff. EGV	162
e. Bedeutung für die Rechtsangleichung	162
2. Rechtsangleichung auf EU- und internationaler Ebene	163
a. Kollisionsrechtlicher Ansatz	163
b. Sachrechtsangleichung	165
aa) UNCITRAL - Uniform rules on security interests	166
bb) MLST	167
cc) CMLM	167
dd) Genfer Übereinkommen vom 19. Juni 1948	168
ee) UNIDROIT	168
3. Konsequenz: Rechtsangleichung auf nationaler Ebene	171
3. Teil : Das stille Pfandrecht im niederländischen Recht	173
I. Bemerkungen zum Aufbau des niederländischen Zivilgesetzbuches	173
1. Rechtsentwicklung in den Niederlanden	173
2. Aufbau des NBW	175
II. Eigentumserwerb im niederländischen Recht	177
1. Allgemeines	178
2. Voraussetzungen für Eigentumserwerb	178
3. Gutgläubiger Erwerb Art. 3-86 NBW	180
III. Die Sicherungsübereignung im niederländischen Recht	181
1. Altes Recht	181
2. Neues Recht	183
a. Eigentumsvorbehalt	184
b. <i>Sale and lease back</i>	184

c. Huurkoop	187
d. Verkoop met het recht van wederinkoop	188
3. Art. 3-237 NBW	189
IV. Das stille Pfandrecht	189
1. Die Entstehung des stillen Pfandrechts	190
a. Gültiger Titel – <i>Geldige titel</i>	191
b. Verfügungsbefugnis – <i>Beschikkingsbevoegdheid</i>	191
aa) Stilles Pfandrecht wird zum Faustpfandrecht	192
(1) Gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts an gestohlenen Sachen	193
(2) Gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts an bereits belasteten Sachen	193
(3) Gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts an einer zur Konkursmasse gehörenden oder in der Zwangsvollstreckung befindlichen Sache	194
bb) Sonstiger Schutz des stillen Pfandrechts	194
cc) Ergebnis	194
c. Lieferung – <i>levering tot vestiging van pandrecht</i>	195
aa) Registrierte privatschriftliche Urkunde	195
bb) Öffentliche Urkunde	196
d. Gesicherte Forderung	197
e. Gesicherter Gegenstand	197
2. Übertragung des Pfandrechts	198
3. Verfügung über die Pfandsache	199
a. Vertragliche Veräußerungserlaubnis	199
b. Vertraglich ist nichts geregelt	200
c. Dogmatische Begründung	200
4. Begründung weiterer beschränkter Rechte	201
5. Verwertung des stillen Pfandrechts außerhalb des Konkurses	201
a. Herausgabeverlangen	202
aa) Art. 3-237 III NBW Herausgabe bei „tekortschieten“	202
(1) Was meint „Tekortschieten“	202
(2) Schuldner und Pfandgläubiger	203
(3) Befürchten eines „tekortschieten“	204
(4) Rechtsfolge	204
bb) Herausgabe durch Realexekution Art. 496 NRv	204
(1) Titel	205
(2) Zustellung	205
(3) Rechtsfolge	206
cc) Unterbleiben einer Herausgabe	206

b. Verwertung Art. 3-250 ff. NBW	207
aa) Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung	208
bb) Vollstreckender	208
cc) Pfändungsobjekte	209
dd) Art der Vollstreckung	209
ee) Verteilung des Erlöses	210
c. Verwertung der still verpfändeten Sache durch andere	211
aa) Die Gläubiger des Sicherungsnehmers verwerten	211
(1) In das Faustpfandrecht	211
(2) In das stille Pfandrecht	212
bb) Die Gläubiger des Sicherungsgebers verwerten	212
(1) In das stille Pfandrecht	212
(2) In das Faustpfandrecht	212
6. Verwertung des stillen Pfandrechts im Konkurs	213
a. Konkurs in den Niederlanden – Allgemeine Einführung	213
b. Pfandgeberkonkurs	214
c. Recht auf Herausgabe	215
d. Recht zur Vollstreckung	216
e. Verteilung des Erlöses	217
f. Pfandnehmerkonkurs	218
7. Abwicklung bei Zahlungsaufschub – <i>surséance van betaling</i>	218
a. <i>Surséance van betaling</i> im niederländischen Recht	218
b. Auswirkungen der <i>surséanc van betaling</i> auf den Pfandnehmer	219
8. Erlöschen des Pfandrechts	220
9. Stille Verpfändung zukünftiger Sachen	220
a. Entstehungsvoraussetzungen	220
b. Rechtsfolgen	221
aa) Konkurs und das stille Pfandrecht an einer zukünftigen Sache	221
bb) Pfändung in ein still verpfändetes, zukünftiges Gut	222
10. Vorbehaltenes stilles Pfandrecht	223
V. Zusammenfassung	224
4. Teil : Rechtsvergleich – Kann das niederländische Recht die in Deutschland auftretenden Probleme verhindern?	227
I. Einleitung	227
II. Nationale Probleme und deren Vermeidung durch ein „stilles Pfandrecht“	228

1. Zweck-Form-Divergenz	228
a. Übersicherung	228
b. Zwangsvollstreckung	229
aa) Gläubiger des Sicherungsgebers vollstrecken	229
bb) Gläubiger des Sicherungsnehmers vollstrecken	231
cc) Ergebnis	232
c. Verfallverbotsklausel (lex commissoria)	233
d. Unpfändbare Gegenstände	234
e. Gläubigerwechsel	236
2. Publizitätslosigkeit	237
a. Praktische Probleme in Beweis- und Eigentümerermittlung	237
b. Täuschung / Kreditschwindel	238
c. Insolvenzrechtliche Probleme	240
aa) Massearmut	240
bb) Gläubigerungleichbehandlung	243
cc) Sicherungsnehmerinsolvenz	245
dd) Ergebnis hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Probleme	246
3. Ergebnis hinsichtlich der nationalen Probleme	247
III. Internationale Probleme und deren Vermeidung durch ein „stilles Pfandrecht“	247
1. Westeuropäische Rechtskreisvertreter	248
2. Osteuropäische Länder	250
3. Zwischenergebnis	253
IV. Das stille Pfandrecht – Lösung oder nur ein Schritt?	254
V. Tauglicher Publizitätsträger – öffentliches Register	256
1. Niederländische Diskussion	257
2. Vorteile eines öffentlichen Registers	258
3. Nachteile eines öffentlichen Registers	259
a. Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen	260
b. Administrative Umsetzung	260
c. Kosten- und Verwaltungsaufwand	261
4. Ausgestaltung und Aufbau eines öffentlichen Registers	261
a. Offenlegung der Geschäftsgeheimnisse	261
b. Administrative Umsetzung	264
c. Kosten- und Verwaltungsaufwand	266
d. Ergebnis	266
VI. Endergebnis	266
Literaturverzeichnis	269

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
All.E.L.R.	All England Law Reports (seit 1936)
ALR	Allgemeines Landrecht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS.	Amtliche Sammlung (Schweiz)
AT	Allgemeiner Teil
AWD/RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Amtliche Sammlungen der Entscheidungen des BayObLG
Bd.	Band
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BSA	Bills of Sale Act
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
CC	Code Civile (Frankreich)
Cour de cass.	Cour de cassation
DB	Der Betrieb

DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EBGBG	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EBRD	European Bank on Reconstruction and Development
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Fw	Faillissementswet
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hdb.	Handbuch
HR	Hoge Raad
i.d.F.	in der Fassung
i.V.m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IPRG	Gesetz für Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des IPR
JA	Juristisches Ausbildung
JBl.	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KO	Konkursordnung
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
m.nt.	met note
M.v.A. II	Memorie vaan antwoord aan de Tweede Kamer over de vraagpunten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
MfOR	Mitteilungen für Ostrecht
MLST	Model Law on Secured Transacions
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
MüKO-InsO	Münchener Kommentar zur InsO
MüKO-ZPO	Münchener Kommentar zur ZPO

n.F.	neue Fassung
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NRv	Nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
O.M.	Ontwerp Meijers
OGH SZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
Parl.Gesch.	Parlamentaire Geschiedenis
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.D.I.	Revista di diritto internazionale privato e processuale
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, des Reichsgerichts und des BGH
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des RG in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
SGA	Sale of Goods Act
Sr.	Wetboek van Strafrecht
T.M.	Toelichting Meijers
Trib.Civ.	Tribunal civil
U.C.C.	Uniform Commercial Code
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
vgl.	vergleiche
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WM	Wertpapiermitteilungen
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

„Der Fluch von unsrem edlen Hause mit halben Mitteln und zu halber Tat auf halben Wegen zauderhaft zu streben“.

Grillparzer, Bruderzwist in Habsburg

Einleitung

Das einzige im BGB genannte Mobiliarsicherungsmittel der Geldkreditgeber – das Pfandrecht –, dessen Bestellung gem. § 1204 ff. BGB von der Besitzübergabe abhängig gemacht wird, entspricht schon lange nicht mehr den Bedürfnissen der ständig wachsenden und sich weiter entwickelnden Wirtschaft. Die Bereitstellung von Sicherheiten ist mittlerweile zu einer Grundvoraussetzung eines jeden Geschäfts geworden. Bei der Pfandrechtsbestellung fehlt es den Kreditgebern jedoch häufig an den erforderlichen Kapazitäten, um die Sicherungsgüter ordnungsgemäß zu lagern. Daneben ist auch der Kreditnehmer in nahezu allen Fällen auf die Weiternutzung des Sicherungsmittels angewiesen, um so eine Grundlage für die Kreditrückzahlung zu schaffen. Das Pfandrecht erwies sich im wirtschaftlichen Verkehr daher schon frühzeitig als unbrauchbar. Vielmehr wurde der Ruf nach besitzlosen Sicherheiten laut.

Dieser Konflikt zwischen den wirtschaftlichen Bedürfnissen nach besitzlosen Sicherungsmitteln einerseits und der Gesetzeslage andererseits wurde in Deutschland unter anderem durch die Schaffung der Sicherungsübereignung bereinigt, die von der Rechtsprechung frühzeitig anerkannt¹ und auch bestätigt² wurde.

Doch mit kaum einem anderen Thema wurde sich so intensiv beschäftigt, wie mit diesem Institut. Allein viermal hat sich der Deutsche Juristentag damit befasst³, zwei Gesetzesentwürfe wurden erarbeitet und wieder verworfen⁴ und auf dem

¹ RGZ 32, 385 (394).

² RGZ 59, 146 (147).

³ 31. DJT (1912) „Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die Sicherungsübereignung?“, 32. DJT (1921) „Empfiehl sich die Einführung einer Mobiliarhypothek?“, 41. DJT (1955) „Gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehaltes?“, 51. DJT (1976) „Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?“.

⁴ Entwurf eines Gesetzes betreff der Einführung des Registerpfandrechts, RT-Dr. III 1924/26, Nr. 1811; Entwurf eines Gesetzes über die Kreditsicherung an Fahrnis und Forderung (Kreditsicherungsgesetz).

Deutschen Handelstag war sie ein häufiger Schwerpunkt⁵. Auch die Literatur fühlte sich dazu berufen, sie als illegitimes Kind des Verkehrs⁶, als Bastard⁷, zivilrechtliche Sumpfpflanze⁸ oder einfach nur als scheußlich⁹ zu bezeichnen.

Dies zeigt deutlich, dass die Sicherungsübereignung nicht nur einen Konflikt gelöst, sondern auch viele neue heraufbeschworen hat, welche den Gesetzgeber und die Lehre immer wieder dazu veranlassen, über die Abschaffung der Sicherungsübereignung und die Einführung von besitzlosen Sicherheiten nachzudenken.

Zu den Problemen zählen neben der möglichen Krediterschleichung, die Gefahr der Übersicherung, Schwierigkeiten im Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, Unklarheiten über eine mögliche Verfallklausel sowie Unsicherheiten beim Gläubigerwechsel. Neben diesen viel diskutierten Fragen ergeben sich jedoch auch und gerade im internationalen Verkehr erhebliche Schwierigkeiten, auf die in der Arbeit verstärkt eingegangen werden soll. Die Alleinstellung Deutschlands hinsichtlich dieses Sicherungsmittels einerseits sowie die fehlende Transpositionsbereitschaft des Auslandes andererseits sind Ursache für wirtschaftliche Unsicherheiten und Benachteiligungen im internationalen Verkehr. Da der Schwerpunkt der Bearbeitung auf eben dieser Darstellung der internationalen Probleme liegt, das mit der Sicherungsübereignung verwandte Institut der Sicherungszession dahingehend jedoch keinerlei Schwierigkeiten aufweist, wird dieses Institut in die vergleichende Betrachtung nicht mit einbezogen.

Im niederländischen Recht ist eine ähnliche Entwicklung zu verzeichnen. Das einzige gesetzlich vorgesehene Mobiliarsicherungsrecht war auch im Burgerlijk Wetboek (BW) gem. Art. 1198 BW das Pfandrecht, welches eine Besitzübergabe erforderte. Doch wie in Deutschland bereitete diese Form der Sicherung wirtschaftlich erhebliche Probleme, weshalb auch der Hoge Raad¹⁰ sich dem Bedürfnis nach besitzlosen Sicherheiten nicht verschließen konnte und im Anschluss an das deutsche Recht 1929 die Möglichkeit anerkannte, bewegliche Sachen zur Sicherheit durch Einigung und Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses zu übertragen¹¹. Diese Rechtsprechung wurde in der Folgezeit mehrfach bestätigt¹².

Doch auch hier begegnete man diesem Institut mit erheblichen Bedenken. So sprach sich die *Nederlandse Juristen-Vereeniging* mit großer Mehrheit gegen die

⁵ Melsheimer, Sicherungsübereignung und Registerpfandrecht 1967, S. 22, 27, 30ff, 83ff.

⁶ Lange in: NJW 1950, 565; Salinger, Gutachten zum 31. DJT, Bd. I, S. 409.

⁷ Ackermann, die Sicherungsübereignung an Warenlagern 1919, S. 166.

⁸ Flume, 41. DJT 1955, F 42.

⁹ Flume, 41. DJT 1955, F 42.

¹⁰ Anmerkung der Verfasserin: Das höchste niederländische Zivilgericht.

¹¹ HR 25 januari 1929, NJ 1929, S. 616 (618) (bierbrouwerij).

¹² HR 21 juni 1929, NJ 1929, S. 1096 (1097) (luxe autoverhuurondernemer); HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 (Hazers-woude-Los); HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer & Kalf); 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos); HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Van Wessem-Traffic, ofwel Pluvier); HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos); HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger – Mr. Schriks q.q.); HR 22 juni 1984, NJ 1984, 651 (Frenkel-Stichting Alliance); HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM-Brock).

treuhänderische Eigentumsübertragung und für die Einführung eines stillen Pfandrechts aus¹³. Insbesondere der Mitbegründer des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches – Meijers – stellte sich gegen das Institut der Sicherungsübereignung, da sie „unstreitbar Tür und Tor für allerlei Kreditschwindel eröffnet“¹⁴. Aus diesem Grund nahm man die Neugestaltung des Vermögensrecht im Burgerlijk Wetboek zum Anlass, in Art. 3-84 III NBW die Möglichkeit einer Sicherungsübereignung zu unterbinden. Um den wirtschaftlichen Bedürfnissen aber trotzdem gerecht zu werden, wurde in Art. 3-237 NBW ein sogenanntes stilles, diskretes oder auch besitzloses Pfandrecht an Mobilarien eingeführt, das bis dahin einzigartig war. Diese Gesetzesänderung trat 1992 in Kraft und ist damit eine junge, mittlerweile aber auch schon erprobte Regelung. Seit dieser Zeit also weicht das niederländische Recht deutlich vom deutschen Recht ab.

Auf der Suche nach Anregungen für eine etwaige Reform des deutschen Mobiliarsicherungsrechts bietet sich die Untersuchung der niederländischen Rechtsordnung geradezu an. Zum einen gingen beide Rechtsordnungen zunächst vom Prinzip des Faustpfandrechts aus und erweiterten dieses dann durch die Sicherungsübereignung; machten also eine ähnliche Entwicklung durch. Zum anderen beruht das NBW auf gründlichen rechtsvergleichenden Überlegungen, wobei man sich nicht auf den Vergleich mit den Rechtsordnungen des eigenen Rechtskreises beschränkte, sondern umfassende Untersuchungen in ganz Europa vorgenommen, ausgewertet und eingearbeitet hat¹⁵, sodass die Regelungen über ein hohes Maß an Perfektioniertheit verfügen dürften. Schließlich handelt es sich auch um ein relativ junges Gesetz, das damit dem heutigen Wirtschaftssystem am ehesten gerecht wird.

Die folgende Untersuchung beginnt im Teil 1 mit einer komprimierten Darstellung des deutschen Rechtes, wobei jedoch nicht die gesamte Sicherungsübereignung dargestellt werden soll, sondern der Fokus auf die problematischen und reformbedürftigen Stellen unseres Kreditsicherungssystems gerichtet wird. Teil 2 der Arbeit ist den Problemen der Sicherungsübereignung gewidmet, die sich im internationalen Verkehr ergeben. Teil 3 der Arbeit befasst sich mit einer ausführlichen Darstellung des besitzlosen Pfandrechts in den Niederlanden. Im rechtsvergleichenden Teil 4 werden dann schließlich noch einmal die Unterschiede dargestellt und überlegt, inwieweit es möglich und sinnvoll ist, die niederländischen Lösungen auf das deutsche Recht zu übertragen. Dabei geht es vor allem um die Frage, inwiefern eine niederländische Lösung die für Deutschland aufgezeigten nationalen und internationalen Schwierigkeiten vermeiden kann und welche weitergehenden Veränderungen unter Umständen nötig sind.

¹³ HN JV 1928-II, 116-121.

¹⁴ Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1948, S. 89f; T.M. Art. 3.4.1.2. (3-84), *Parl. Gesch. Boek 3*, S. 317.

¹⁵ Drobnig in: *European Review of private law* 1993, 171ff.; Hartkamp in: *Questions of Civil Law Codification*, Budepest 1990, S. 67ff; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 15 + 101.

1. Teil: Die Sicherungsübereignung in Deutschland – ihre gravierensten Mängel

I. Allgemeines zur Sicherungsübereignung

1. Definition und Entstehungshintergrund

Wie bereits dargestellt, konnte das im BGB einzig vorgesehene Mobiliarsicherungsmittel – das Pfandrecht – den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht gerecht werden. Die von ihm vorausgesetzte Besitzübergabe machte es weitgehend unbrauchbar. Zum einen verfügten die Sicherungsgeber häufig nicht über die Lagerkapazitäten, um das Sicherungsgut zu verwahren. Zum anderen war der Sicherungsnehmer auf die Nutzungsmöglichkeit der Sache angewiesen, um weiterhin Kapital zu erwirtschaften, mit dem die Kreditrückzahlung gewährleistet werden konnte. Das Besitzpfandrecht geriet deshalb bald in die Kritik, den Besitzbürger zu bevorzugen, welcher der Einzige war, der auf die Nutzung seiner Sache verzichten konnte¹⁶. Hinzukommend hatten die meisten Kreditsuchenden wenig Interesse daran, nach außen offen zu demonstrieren, dass sie auf Fremdkapital angewiesen waren¹⁷. Es wurde damit der Wunsch nach einem Sicherungsmittel laut, das den Schuldner im Besitz der Sache ließ und ihm dadurch den Gebrauch und die Nutzung ermöglichte.

An die Stelle der Verpfändung trat daher schon wenige Jahre nach Inkrafttreten des BGB die Sicherungsübereignung nach §§ 929, 930 BGB. Bei ihr lässt sich der Kreditgeber zur Sicherung seiner Darlehensforderung bewegliche Sachen des Kreditnehmers unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses als Eigentum übertragen.

Das Sicherungseigentum wird nach den allgemeinen Vorschriften über die Eigentumsübertragung bestellt. Da dem Sicherungsnehmer Besitz und Nutzungsmöglichkeit gerade bleiben sollen, wird meist die Übereignung nach §§ 929, 930 BGB

¹⁶ Katzmann, Die Aussonderung von Treugut im Konkurs, 1928, S. 105; Weber, Sicherungsgeschäfte, S. 145; Wieling, Sachenrecht, § 18 I (S. 234).

¹⁷ Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 56 I 1b.

gewählt, wonach für den Eigentumsübergang erforderlich ist, dass sich die Parteien einigen und statt einer Übergabe ein Besitzkonstitut vereinbaren. In § 930 BGB wird zwar die Vereinbarung eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses gefordert, die Sicherungsabrede wird heute jedoch als dafür ausreichend angesehen¹⁸. Es bedarf weder einer Übergabe noch eines weiteren Publizitätsaktes, wie z.B. einer Aussonderung. Damit wird durch die Sicherungsübereignung der Sicherungsnehmer Eigentümer, während der Sicherungsgeber unmittelbarer Besitzer und damit auch Nutzer der Sache bleibt.

2. Historische Probleme

Obwohl die Übereignungstatbestände der §§ 929, 930 BGB eine solche Form der Eigentumsverschaffung ausdrücklich zulassen, wurde gegen die Sicherungsübereignung schon sehr früh Bedenken vorgebracht, von denen einige jedoch heute klar widerlegt werden können und ihnen deshalb allenfalls eine historische Bedeutung zu kommt.

a. Unwirksamkeit nach § 117 I BGB

Zunächst versuchten Gegner der Sicherungsübereignung sie als ein nichtiges Scheingeschäft zu deklarieren¹⁹. Begründet wurde diese Ansicht damit, dass die Sicherungsübereignung keine von den Parteien ernsthaft gewollte Eigentumsübertragung sei, sondern nur zum Schein vorgenommen werde und deshalb eine verdeckte Pfändung darstelle. Doch auch dieser Einwand geht fehl, da die Parteien bewusst die Eigentumsübertragung wählen und auch wollen, um so dem Nachteil des Pfandrechtes – der Besitzübergabe – zu entgehen.

b. Gesetzesumgehung

Weiterhin wurde der Sicherungsübereignung vorgeworfen, sie stelle eine Gesetzesumgehung dar, da das Gesetz ausdrücklich ein Besitzpfandrecht vorschreibt. Im BGB selbst lassen sich jedoch Regelungen finden, die für die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung sprechen und damit den Vorwurf der Gesetzesumgehung entkräften.

Zum einen lässt § 449 BGB einen Eigentumsvorbehalt und damit der Wirkung nach ein besitzloses Pfandrecht der besonderen Art zu²⁰, auch wenn es heute dogmatisch nicht als ein solches eingeordnet wird²¹. Beim Verkauf einer beweglichen Sache unter Eigentumsvorbehalt bleibt der Verkäufer bis zur Zahlung des Kauf-

¹⁸ BGH NJW 1979, 2308; OLG Celle MDR, 1966, 760; OLG Düsseldorf NJW 1967, 730; Palandt/Bassenge, § 930, Rn. 7; Reich, Die Sicherungsübereignung, 1970, S. 26.

¹⁹ Planck-Flad, § 1205 Anm. 5 (S. 1421), § 117 Anm. 7 (S. 274).

²⁰ Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre Teil II, S. 136 ff; ders. in: AcP 162 (1963), 193 ff; Hübner in: NJW 1980, 729; Weber, Sicherungsgeschäfte, S. 146.

²¹ Soergel-Mühl, § 455 Rn. 2; Westermann, Sachenrecht I, § 39 I.

preises Eigentümer. Der Vorbehaltskäufer erhält dagegen lediglich den unmittelbaren Besitz und dadurch die Nutzungsmöglichkeit der Sache. Da der Verkäufer nach außen Eigentümer bleibt, wird durch § 449 BGB ebenso der im Faustpfandprinzip zugrunde gelegte Publizitätsgrundsatz durchbrochen, wie durch die Sicherungsübereignung.

Weiterhin deutet die Verjährungsregelung des § 216 II BGB darauf hin, dass selbst der Gesetzgeber die Sicherungsübereignung anerkannt hat²². Nach dieser Vorschrift kann zur Sicherung eines Anspruches ein Recht übertragen werden²³. Deutlicher noch wurde der Gesetzgeber in § 51 Nr. 1 InsO, wo der Sicherungsnehmer als tauglicher Gläubiger i.S.d. § 50 InsO ausdrücklich genannt wird²⁴. Die Sicherungsübereignung wird zwar nicht ausdrücklich anerkannt, sie wird jedoch auch nicht untersagt. Vielmehr hat sie die Rechtssprechung trotz zahlreicher Möglichkeiten nicht für unzulässig erklärt, sondern sie vielmehr neben dem Besitzpfandrecht im Wege der Gesetzesergänzenden Rechtsschöpfung anerkannt²⁵. Sie kann aus diesen Gründen keine Gesetzesumgehung darstellen.

c. Numerus clausus der Sachenrechte

Das deutsche Sachenrecht wird schließlich von einer Vielzahl Prinzipien beherrscht, die im Gesetz zwar nicht genannt werden, der gesetzlichen Regelung jedoch zugrunde liegen²⁶. Dazu zählt nach weit verbreiteter Ansicht auch der Numerus clausus der Sachenrechte, wonach es nur diejenigen dinglichen Rechte geben darf, die von der Rechtsordnung ausdrücklich zugelassen sind²⁷. Hinsichtlich dieses Grundsatzes sah sich die Sicherungsübereignung dem Vorwurf ausgesetzt, kein solches von der Rechtsordnung vorgesehenes und damit ein unzulässiges dingliches Recht zu sein²⁸. Dem lässt sich jedoch entgegenbringen, dass die Sicherungsübereignung in § 216 II BGB sowie § 51 InsO durchaus ihre gesetzliche Erwäh-

²² Mot. I S. 345; Weber, Sicherungsgeschäfte, S. 146; ders in: NJW 1976, 1601 (1604).

²³ „Es kann keinen Unterschied machen, ob die Forderung durch die Bestellung eines Pfandrechts oder durch Übertragung eines Rechts (Eigentum, Grundschild usw.) sichergestellt worden ist. Wirtschaftlich gesehen stehen sich beide Fälle im Wesentlichen gleich.“ Mot. I S. 345; Weber, Sicherungsgeschäfte, S. 146; ders in: NJW 1976, 1601 (1604).

²⁴ Diese Regelung fand am 1.1.1999 Eingang in die Insolvenzordnung und stellt eine Antwort auf die in der bisherigen Konkursordnung bestandenen Probleme mit der Sicherungsübereignung dar.

²⁵ RGZ 52, 394; 57, 177; 59, 147; 62, 130.

²⁶ Dazu zählen der Typenzwang, der Publizitäts- und Bestimmtheitsgrundsatz, sowie der Grundsatz der Spezialität und Abstraktheit; vgl. Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 9ff.; Wieling, Sachenrecht, § 1 II 3; Wolf, Sachenrecht, Rn. 21 ff.

²⁷ Baur, Sachenrecht, § 1 II; Schapp, Sachenrecht, S. 4f; Westermann, Sachenrecht I, § 3 III; Wolf, Sachenrecht, Rn. 22; Zweifel an diesem Institut bereits MüKo-Quack, Einl. Bd. VI Rn. 33, der durch die Anerkennung von Anwartschaften und Sicherungseigentum eine weitgehende Aufweichung dieses Instituts annimmt; ablehnend Wieling, Sachenrecht, § 1 II 3 e der mit Aufnahme des § 1007 in das BGB eine Abkehr vom römischen Recht und eine Annahme des germanischen Prinzips annimmt, wonach es den Typenzwang nicht gab.

²⁸ Lange in: NJW 1950, 565 (566).

nung findet²⁹ und mithin vom Gesetz auch anerkannt ist. Nicht das Sicherungseigentum selbst weicht damit vom Typenzwang ab, erst dessen Behandlung in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz ist dem Gesetz fremd. Des Weiteren kann es nicht der Sinn des Typenzwanges sein, Institute zu verbieten, die lediglich eine Antwort auf wirtschaftliche Gegebenheiten und gesetzgeberische Unzulänglichkeiten sind³⁰.

3. Diskrepanz zwischen Form und Zweck der Sicherungsübereignung

Andere Probleme der Sicherungsübereignung bestehen jedoch auch heute noch und können nicht so einfach wiederlegt werden. Dazu zählt unter anderem die Diskrepanz zwischen dem Zweck der Sicherungsübereignung einerseits und ihrer Form andererseits, woraus wiederum eine Vielzahl an weitergehenden Problemen resultieren, die im Folgenden noch zu beleuchten sind. Die Sicherungsübereignung erfolgt wie gezeigt gem. §§ 929, 930 BGB in Form einer normalen Eigentumsübertragung. Diese Form entspricht aber nicht dem Zweck des Sicherungsinstitutes. Das durch die Sicherungsübereignung verschaffte Eigentum unterscheidet sich in zweifacher Hinsicht von der im Güterumsatz vorgenommene Eigentumsübertragung.

Die Sicherungsübereignung ist zum einen aufgrund der ihr zugrunde liegenden Sicherungsabrede nur eine vorläufige Eigentumsübertragung³¹. Erfüllt der Sicherungsgeber seine Forderung, so hat er einen schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch gegen den Sicherungsnehmer³². Wird hingegen der Sicherungsnehmer aus seiner Forderung nicht befriedigt, so steht ihm an dem Sicherungseigentum ein Verwertungsrecht zu³³. Es soll durch die Sicherungsübereignung daher anders als beim Güterumsatzeigentum kein endgültiges Eigentum beim Sicherungsnehmer begründet werden.

Des Weiteren fehlt es dem Sicherungseigentümer am unmittelbaren Besitz und der Nutzungsbefugnis. Ihm kommt es allein darauf an, gegenüber anderen Gläubigern

²⁹ Siehe Seite 7.

³⁰ Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, 54f.; Reinhardt/Erlinghagen in: JuS 1962, 41 (49); Staudinger, Einl. zu § 854; Westermann, Sachenrecht I, § 1 I; Wilhelm, Sachenrecht, Rn. 12.

³¹ Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 56 I 1.

³² Ein automatischer Rückfall des Eigentums an den Sicherungsgeber ist nur dann anzunehmen, wenn das Eigentum unter der auflösenden Bedingung der Forderungstilgung übertragen worden ist; sowohl die Rspr. als auch Großteile der Literatur lehnen es ab, im Zweifel eine auflösende Bedingung anzunehmen; diese muß vielmehr ausdrücklich vereinbart sein. BGH NJW 1984, 1184 (1186); BGH NJW 1991, 353 (354); Schwab/Prütting, Sachenrecht, S. 174; Soergel/Mühl, § 930, Rn. 78; für diese Ansicht spricht auch die Praxis, die durch die umfassende allgemeine Pfandklausel in den AGB der Banken (Ziff. 19 Abs. 2 und 4) einen schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch vereinbaren.

³³ Schwab/Prütting, Sachenrecht, § 34 IV; Wolf, Sachenrecht, Rn. 563.

eine Vorzugsstellung einzunehmen, die formale Stellung als Eigentümer hat für ihn dagegen kein Interesse³⁴.

Grund für die fehlende Gleichheit zwischen dem Güterumsatzeigentum einerseits und dem Sicherungseigentum andererseits ist der mit der Sicherungsübereignung verfolgte Zweck. Es soll lediglich die Stellung eines Pfandnehmers erreicht werden, ohne dass der Besitz übergehen muss³⁵. Da dies jedoch nur durch eine Eigentumsübertragung erreicht werden konnte, erhält der Sicherungsnehmer durch die Sicherungsübereignung sachenrechtlich mehr, als ihm nach der Intention der Parteien wirtschaftlich zustehen soll. An Stelle eines aus rechtstechnischen Gründen nicht möglichen Pfandrechtes erhält er das volle Eigentum.

Die Form der Sicherungsübertragung als Eigentumsverschaffung entspricht daher nicht dem von ihr verfolgten Zweck einer besitzlosen Pfandrechtsbestellung. Aus dieser Diskrepanz wiederum resultieren vor allem Probleme im Recht der Zwangsvollstreckung, bei der Übersicherung sowie der Anwendbarkeit einer Verfallklausel, bei den Rechtsfolgen des Gläubigerwechsels sowie der Wirksamkeit einer Übereignung von unpfändbaren Gegenständen.

4. Publizitätsprinzip bei der Sicherungsübereignung

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich aus der fehlenden Publizität der Übereignung. Durch das Erfordernis der Übergabe beim gesetzlichen Faustpfand gem. §§ 1205, 1206 BGB bekannte sich der Gesetzgeber zum Offenkundigkeitsprinzip³⁶. Die Sicherungsübereignung verstößt jedoch gegen dieses Prinzip, da sie äußerlich nicht erkennbar ist und damit förmlich ein „heimliches“ Recht darstellt³⁷. Dies wiederum kann zur Verschleierung von Vermögensverhältnissen und zur Täuschung über die Kreditwürdigkeit des Schuldners genutzt werden. Des Weiteren resultierten daraus bisher auch Probleme im Rahmen des Insolvenzrechtes.

5. Ergebnis

Neben den mangels Aktualität hier nicht weiter beleuchteten historischen Problemen hat die Sicherungsübereignung daher im Kern mit zwei Übeln zu kämpfen. Zum einen ist es die mangelnde Publizität dieses Sicherungsinstitutes, zum anderen das Missverhältnis zwischen seinem Zweck und seiner Ausgestaltung. Die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sollen im Folgenden näher beleuchtet werden, um so der Antwort, ob eine Reform des deutschen Kreditsicherungsrecht überhaupt

³⁴ Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 57 I; Hromadka in: JuS 1980, 89.

³⁵ Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 57 I; Hromadka in: JuS 1980, 89; a.A.: Lange in: NJW 1950, 570 der davon ausgeht, dass die Sicherungsübereignung gerade gewählt wird, um sich von den Inhalten des Pfandrechtes zu distanzieren; dem kann man dann jedoch entgegenhalten, dass die Tatsache, dass gerade nicht endgültig das Eigentum übergehen soll, deutlich gegen eine solche Annahme spricht.

³⁶ Soergel/Mühl, § 930 Rn. 24.

³⁷ Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 57 I 3; Pottschmidt/Rohr, Kreditsicherungsrecht, Rn. 493.

nötig ist, näher zu kommen. Dabei wird trotz aller eventuell auftretender Probleme davon ausgegangen, dass eine Rückkehr zum Faustpfandprinzip realitätsfern ist, da die eingangs beschriebenen wirtschaftlichen Probleme damit nicht gelöst werden können.

II. Probleme der Form-Zweck-Diskrepanz

1. Übersicherung

Ein sich aus der Diskrepanz zwischen dem Zweck der Sicherungsübereignung und ihrer Form ergebendes Problem ist die Übersicherung. Es ist durchaus möglich, dass der Wert der Sache erheblich über den Wert der zu sichernden Forderung hinausgeht. Im Rahmen des Pfandrechtes, dessen wirtschaftlicher Erfolg von der Sicherungsübereignung gerade erreicht werden soll³⁸, kann dieser Überschuss zweifach nützlich sein. Zum einen kann der Schuldner ihn erneut als Kreditunterlage verwenden, indem er ein zweites Pfandrecht festigt. Zum anderen können die ungesicherten Gläubiger des Pfandschuldners in diesen Überschuss vollstrecken. Sie müssen lediglich die Klage des Pfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO erdulden, können sich jedoch dann am Restbetrag befriedigen. Da die Sicherungsübereignung den Zweck eines Pfandrechts verfolgt, müsste der über den Forderungsbetrag hinausgehende Wert des Sicherungsgutes wirtschaftlich eigentlich dem Vermögen des Schuldners zugeordnet werden.

Durch die Sicherungsübereignung erlangt der Sicherungsnehmer Eigentum. In Einzelfällen erfolgt die Sicherungsübereignung auflösend bedingt, sodass dem Sicherungsgeber die gesamte Zeit ein Anwartschaftsrecht an der Sache zusteht, das er durchaus verpfänden³⁹ oder zur Sicherheit übereignen⁴⁰ und damit als Kreditunterlage nutzen kann. In der Regel erfolgt die Sicherungsübereignung jedoch nicht auflösend bedingt⁴¹. Dem Sicherungsgeber verbleibt lediglich nach vollständiger Forderungsbegleichung ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübereignung. Die-

³⁸ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 57 I; Hromadka in: JuS 1980, 89.

³⁹ Wie die Pfändung des Anwartschaftsrechtes auszusehen hat, ist umstritten. Teilweise geht man von einer Rechtspfändung gem. § 857 ZPO aus, da auf diese Weise dem Anwartschaftsrecht als selbständiges Recht am besten Rechnung getragen wird und eine Verwechslung mit der Sachpfändung des Eigentums am besten vermieden werden kann, M. Wolf, Sachenrecht, Rn. 518. Andere fordern eine Sachpfändung. Grund dafür soll sein, dass das Anwartschaftsrecht auch wie eine Sache und nicht wie ein Recht übertragen wird, Brox in: JuS 1984, 657 (665). Der BGH schließlich fordert eine Doppelpfändung, wonach neben der Pfändung des Anwartschaftsrechtes gem. § 857 ZPO auch eine Pfändung der Sache gem. § 808 ZPO erfolgen muss, BGH NJW 1954, 1325. Im Ergebnis ist die Möglichkeit der Pfändung eines Anwartschaftsrechtes jedoch anerkannt, sodass eine weitere Diskussion des Problems an dieser Stelle nicht zu erfolgen braucht.

⁴⁰ Das Anwartschaftsrecht kann als Vorstufe zum Eigentum vom Vorbehaltskäufer analog §§ 929 ff BGB auf Dritte übertragen werden; BGHZ 28, 16 (21); BGH NJW 1970, 699; 1984, 1184; Schwab/Prütting, Sachenrecht, § 33 II 3; Wolf, Sachenrecht, Rn. 513.

⁴¹ Siehe FN 32.

sen kann er zwar gem. § 857 ZPO verpfänden und damit als Kreditunterlage nutzen, da dies dem neuen Gläubiger jedoch keine dingliche Berechtigung verschafft⁴², ist dieser Anspruch als Sicherheit weitgehend unbrauchbar. Denkbar ist des Weiteren, dass der Sicherungsgeber als Nichtberechtigter über sein künftiges Eigentum verfügt, was gem. § 185 II BGB mit Eigentumserlangung in Wirksamkeit erwächst. Aber auch dies ist eine unbrauchbare Kreditunterlage, da dem Begünstigten zunächst keine gesicherte Position am Sicherungsgut zusteht. Im Ergebnis kann der Sicherungsgeber anders als der Pfandgeber den überschüssigen Wert des Sicherungsgutes nicht als weitere Kreditunterlage nutzen.

Entsprechend haben auch die ungesicherten Gläubiger anders als beim Pfandrecht keine Möglichkeit, in den Überschuss zu vollstrecken. Pfänden sie die beim Schuldner befindliche Sache, so sehen sie sich der Drittwiderspruchsklage seitens des Sicherungsnehmers gem. § 771 ZPO ausgesetzt, die Pfändung wird aufgehoben⁴³. Dem Gläubiger bleibt allenfalls die Möglichkeit, gem. § 857 ZPO den schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch zu pfänden. Dieser Anspruch wird jedoch erst bei vollständiger Forderungsbegleichung des Sicherungsgebers gegenüber dem Sicherungsnehmer fällig, worauf der pfändende Gläubiger jedoch regelmäßig keinen Einfluss hat. Der Gläubiger hat in diesen Fällen jedoch die Möglichkeit gem. § 267 I BGB die Forderung selbst zu begleichen. Hinderlich dabei kann jedoch die Vereinbarung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer gem. § 267 II BGB wirken, eine Zahlung Dritter nicht zu akzeptieren. Eine solche Vorgehensweise wird jedoch zu Recht als rechtsmissbräuchlich angesehen⁴⁴, sodass dies kein Hinderungsgrund ist. Der Gläubiger wird regelmäßig jedoch nur dann zahlen, wenn es sich nur noch um Kleinstbeträge handelt, was jedoch äußerst selten vorkommt. Auch hier kann man also erkennen, dass die ungesicherten Gläubiger bei der Sicherungsübereignung schlechter stehen, als sie bei einer Verpfändung stehen würden.

Es bleibt damit festzuhalten, dass obwohl die Sicherungsübereignung wirtschaftlich eine Pfandrechtsbestellung ersetzen sollte, der Sicherungsgeber weitaus weniger geschützt ist als der Pfandgeber. Ihm steht der Überschuss weder als Kreditunterlage noch als vollstreckbares Gut zur Verfügung. Der Zweck der Sicherungsübereignung, für den Sicherungsgeber eine Art „heimliches“ Pfandrecht zu schaffen, wird daher mit dem Nachteil erkauft, dem Sicherungsnehmer einen Überschuss an Macht einzuräumen, der so eigentlich nicht gewollt war.

Dieses rechtspolitisch eher bedenkliche Ergebnis wird jedoch durch die höchststrichterliche Rechtsprechung zur Übersicherung erheblich abgemildert. Danach ist ein Verstoß gegen die guten Sitten gem. § 138 I BGB dann gegeben, wenn der Wert des Sicherungsgutes den Wert der zu sichernden Forderung erheblich übersteigt⁴⁵. Die Sittenwidrigkeit erfasst dabei nicht nur den schuldrechtlichen Sicherungsver-

⁴² MüKo-Smid, ZPO-Komm, § 857 Rn. 24; Stein/Jonas-Brehm, ZPO-Komm, § 857 Rn. 79.

⁴³ Thomas/Putzo, § 771 Rn. 1.

⁴⁴ OLG Celle NJW 1960, 2196; MüKo-Smid, ZPO-Komm, § 857 Rn. 24.

⁴⁵ BGHZ 26, 178 = BGH NJW 1958, 417; BGH WM 1966, 13 (15).

trag, sondern auch die dingliche sicherungsweise Übereignung⁴⁶. Der Sicherungsgeber bliebe also im Falle einer Übersicherung Eigentümer seiner Sicherungsgegenstände. Damit stellt die Sittenwidrigkeit ein Korrektiv zu der überschüssig gewährten Rechtsposition des Sicherungsnehmers dar. Der Sicherungsnehmer wird gehindert, zu viel Kapital des Sicherungsgebers zu binden. Diese Rechtsprechung gilt uneingeschränkt für die von Anfang an bestehende Übersicherung.

Um einer nachträglichen Übersicherung zu entgehen, besteht hingegen die Möglichkeit der Vereinbarung von Freigabeklauseln und Deckungsgrenzen. Dabei handelt es sich um einen formularmäßig festgelegten Anspruch des Sicherungsgebers, nicht mehr benötigte Sicherheiten zurückzuerhalten. Fehlten diese Klauseln oder wurden sie in das Ermessen des Sicherungsnehmers gestellt, so war nach früherer Rechtsprechung nicht die einzelne Klausel, sondern die gesamte Sicherungsübereignung nichtig⁴⁷. Diese Totalnichtigkeit stieß jedoch vermehrt auf Kritik, da sie nicht den Interessen der Parteien entsprach und ausschließlich den ungesicherten Gläubigern zugute kam⁴⁸. Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit bei Übersicherung schoss also weit über das Ziel einer bloßen Korrektur der überschießenden Rechtsmacht des Sicherungsnehmers hinaus. Diese Bedenken berücksichtigend korrigierte der Große Senat des BGH endgültig seine Rechtsprechung⁴⁹. Nunmehr hat der Sicherungsgeber bei formularmäßig bestellten Globalsicherheiten im Falle einer Übersicherung einen ermessensunabhängigen Freigabeanspruch auch dann, wenn der Sicherungsvertrag keine oder eine ermessenabhängige Freigabeklausel enthält. Enthält der Sicherungsvertrag keine ausdrückliche oder eine unangemessene Deckungsgrenze, so beträgt diese Grenze bezogen auf den realisierbaren Wert der Gegenstände 110 % der Forderung. Es besteht aber im Einzelfall eine unwiderlegliche Vermutung dafür, dass der Gläubiger übersichert ist, wenn der Nennwert der abgetretenen Forderungen 150 % der gesicherten Forderungen übersteigt. Anders stellt sich Lage bei der Vergabe von Singularsicherheiten dar, bei denen der Sicherungsgeber zur Sicherung einer Forderung einen Gegenstand übereignet. Besteht von Anfang an eine Übersicherung, so scheidet nach der Rechtsprechung der OLG eine Sittenwidrigkeit aus⁵⁰, der BGH hingegen bejaht eine solche Möglichkeit⁵¹. Aber auch durch das ratenweise Begleichen der gesicherten Forderung kommt es zu einem immer größer werdenden Ungleichgewicht zwischen dem Wert des Sicherungseigentums und der noch zu sichernden Forderung. Es entsteht eine

⁴⁶ Dies ergibt sich aus zwei Überlegungen: wäre nur die Sicherungsabrede nichtig, so fehlt es im Rahmen des § 930 an einem Besitzmittlungsverhältnis, sodass auch die Übereignung unwirksam ist. Des Weiteren erhielte der Sicherungsnehmer bei bloßer Nichtigkeit der Sicherungsabrede Eigentum, ohne weiter treuhänderisch gebunden zu sein. Der Schutz des Sicherungsgebers würde ins Gegenteil verkehrt; Reinicke/Tiedke, Kreditsicherung, S. 157.

⁴⁷ BGHZ 98, 303 (311); 109, 240 (246); 117, 374.

⁴⁸ Weber, Kreditsicherheiten, S. 290f.

⁴⁹ So schon BGHZ 32, 357; nun BGH NJW 1989, 671 (673); BGH 15.04.1998 VIII ZR 246/95; LG München I, 14 T 22166/99.

⁵⁰ OLG Frankfurt InVO 2001, 220, OLG Düsseldorf WM 1993, 784, OLG Hamm WM 1993, 1590.

⁵¹ BGHZ 124, 371 (376).

nachträgliche Übersicherung. Man könnte nun annehmen, auch in diesem Fall hätte der Sicherungsgeber einen Freigabeanspruch⁵². Daraus wiederum resultiert für den Sicherungsgeber ein schuldrechtlicher Rückübereignungsanspruch im Wert der Übersicherung. Diesem Anspruch wiederum kann der Sicherungsnehmer jedoch nicht nachkommen, da es nur den einen Gegenstand gibt. Dem Spezialitätsprinzip folgend gibt es Sachenrechte wie das Eigentum nur an einzelnen, bestimmten Sachen, nicht jedoch an Teilen der Sache oder Sachgesamtheiten⁵³. Der besicherte Gegenstand kann also nur in seiner Gesamtheit übertragen werden. In diesem Fall jedoch verliert der Sicherungsnehmer seine gesamte Sicherheit, obwohl ein Teil der Forderung noch aussteht. Eine Freigabe des Überschusses kann damit nicht stattfinden. In diesen Fällen kann man jedoch auch nicht mit der Sittenwidrigkeit eines solchen Geschäftes argumentieren, da es gerade dem Wesen der Sicherungsübereignung entspricht, dass eine solche Situation durch ratenweises Begleichen der gesicherten Forderung eintritt – der Sicherungsgeber diese Situation also auch zweifelsfrei voraussehen konnte⁵⁴. In diesen Fällen trägt damit der Sicherungsgeber den Nachteil, dass seine Sicherheit bis zur vollständigen Forderungsabgleichung beim Sicherungsnehmer gebunden bleibt.

Die heutige Rechtssprechung zur Übersicherung im Rahmen der Globalsicherheiten bildet daher ein Korrektiv zu der überschießenden Rechtsmacht des Sicherungsnehmers, ohne jedoch durch eine vorschnelle Nichtigerklärung der Sicherungsübereignung im Falle der Übersicherung den Interessen der Parteien zu widersprechen. Aufgrund der Diskrepanz zwischen dem Zweck und der Form der Sicherungsübereignung werden daher Sicherungsgeber und Pfandgeber an einer Stelle ungleich behandelt, an der sie zweckmäßigerweise gleich behandelt werden sollten. Dieses Phänomen wird jedoch durch die Rechtssprechung zur Sittenwidrigkeit entschärft. Wie gezeigt, befindet sich diese Rechtssprechung jedoch in einem ständigen Fluss, was wiederum auf Kosten der Rechtssicherheit geht. Unter diesem Gesichtspunkt wäre eine klare Regelung von Vorteil. Keine Entlastung jedoch bringt die Rechtsprechung in den Fällen der Singularsicherheiten, bei denen die Realisierung eines Freigabeanspruches regelmäßig nicht möglich ist. Dies wiederum stellt jedoch keine erhöhte Unbilligkeit dar, da der Sicherungsgeber mit einer überschaubaren Lage konfrontiert ist und von Anfang an eine möglicherweise entstehende Übersicherung absehen kann.

⁵² So die Rechtsprechung in BGHZ 124, 371, wo jedoch mehrere klar bestimmbare Einzelgegenstände zur Sicherheit übereignet worden sind. Hier kam der BGH zu dem Ergebnis, der Sicherungsgeber habe von Anfang an gewusst, dass durch das ratenweise Begleichen der Forderung ein Ungleichgewicht entstehen wird. Dieses Wissen führt jedoch zu einer weniger ausgeprägten Schutzwürdigkeit. Als Folge nahm der BGH an, dass eine Freigabeklausel entbehrlich sei, der Sicherungsgeber vielmehr auf den stillschweigend vereinbarten Freigabeanspruch beschränkt sei, für dessen Bestehen er allerdings anders als bei den Freigabeklauseln die Beweislast trägt. Im Rahmen dieses Freigabeanspruches wiederum könne der Sicherungsnehmer die Rückübertragung eines der Sicherungsgegenstände verlangen. Zustimmend: Schmidt in: JuS 1995, 524.

⁵³ Wieling, Sachenrecht, S. 8; Wilhelm, Sachenrecht, Rn. 15.

⁵⁴ BGHZ 124, 371 (376); MüKo-Oechsler, Anh. §§ 929-936 Rn. 33.

2. Sicherungsübereignung in der Zwangsvollstreckung

Ein weiteres Problem ergibt sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Ungesicherte Gläubiger des Schuldners einerseits sowie Gläubiger des gesicherten Schuldners andererseits werden versuchen, im Wege der Zwangsvollstreckung auf das Sicherungsgut zuzugreifen. Sowohl für den Schuldner als auch den gesicherten Gläubiger kommt es dann entscheidend darauf an, wie sie sich gegen die Zwangsvollstreckung zur Wehr setzen können. Auch hier hat sich mangels ausdrücklicher Regelung der Sicherungsübereignung eine eigenständige Rechtsprechung entwickelt, die jedoch wiederum mit dem Problem der Divergenz von Zweck und Form zu kämpfen hat.

Grundsätzlich sind vier Vollstreckungssituationen denkbar. Es können die Gläubiger des Sicherungsnehmer jeweils beim Sicherungsgeber oder Sicherungsnehmer vollstrecken. Es können jedoch auch die Gläubiger des Schuldners jeweils beim Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber vollstrecken.

a. Gläubiger des Sicherungsnehmers vollstrecken

aa) In das beim Sicherungsgeber befindliche Gut

Im Normalfall befindet sich das Sicherungsgut beim Sicherungsgeber – dem Schuldner. Wollen nun die Gläubiger des Sicherungsnehmers in die Sache vollstrecken, so fragt sich, inwieweit sich der Sicherungsgeber zur Wehr setzen kann. Die Vollstreckung kann nicht nach § 808 ZPO erfolgen, da der Sicherungsgeber nicht Vollstreckungsschuldner ist. Eine Pfändung nach § 809 ZPO dürfte regelmäßig an der fehlenden Herausgabebereitschaft des Sicherungsgebers scheitern, der Dritter i.S.d. der Vorschrift⁵⁵ ist. Wird trotz fehlender Herausgabebereitschaft gepfändet, so kann der Sicherungsgeber die Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO anstrengen. Die Pfändung wird auf diesem Wege für unzulässig erklärt, sie wird aufgehoben bzw. es ergeht eine Anordnung zur Aufhebung⁵⁶. In diesem Fall der Vollstreckung können die Vollstreckungsregelungen also wie gewohnt auch auf die Sicherungsübereignung angewendet werden.

bb) In das beim Sicherungsnehmer befindliche Gut

Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen sich das Sicherungsgut ausnahmsweise in den Händen des Sicherungsnehmers befindet⁵⁷. Vollstrecken dessen Gläubiger in das Gut, so kann sich der Sicherungsgeber nicht mit der Vollstreckungserin-

⁵⁵ Dritter ist jeder, der weder Vollstreckungsschuldner noch Gläubiger noch Vertreter dieser Personen ist. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, ZPO, § 809 Rn. 2; Zöller-Stöber, ZPO, § 809 Rn. 2.

⁵⁶ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1415.

⁵⁷ Wenn sich beispielsweise die zur Sicherheit übereigneten Sachen zum Sicherungsnehmer gelangen, damit dieser sie prüfen oder reparieren kann.

nerung zur Wehr setzen, da es mangels Gewahrsam nicht auf seine Herausgabebereitschaft ankommt. Es kommt jedoch der Rechtsbehelf der Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO in Betracht. Mit dieser Klage kann ein Dritter die Zwangsvollstreckung in eine Sache verhindern, wenn ihm ein die Veräußerung hinderndes Recht an der Sache zusteht. Der Wortlaut der Norm ist irreführend, da es kein die Veräußerung hinderndes Recht gibt. Nicht einmal das Eigentum als umfassendstes Recht vermag eine wirksame Veräußerung angesichts der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs zu verhindern. Es soll vielmehr darauf ankommen, ob der Vollstreckungsschuldner die Sache veräußern kann, ohne in die Rechte eines Dritten einzugreifen⁵⁸. Ist dies nicht der Fall, so steht dem Dritten ein Recht i.S.d. § 771 ZPO zu.

Im Rahmen der Sicherungsübereignung erwirbt der Sicherungsnehmer Eigentum. Dem Sicherungsgeber steht lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübereignung zu. Schuldrechtliche Ansprüche begründen grundsätzlich kein die Veräußerung hinderndes Recht, sofern sie bloße Verschaffungsansprüche sind⁵⁹. Bilden die schuldrechtlichen Ansprüche jedoch einen Ausdruck der Nicht-Zugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum Schuldnervermögen in Form eines Herausgabeanspruches, so geben diese ein Widerspruchsrecht⁶⁰. Beim schuldrechtlichen Anspruch des Sicherungsgebers handelt es sich um einen Eigentumsverschaffungsanspruch, nicht jedoch um einen Herausgabeanspruch⁶¹. Formal gesehen hat der Sicherungsgeber daher kein die Veräußerung hinderndes Recht; eine Drittwiderspruchsklage ist ihm eigentlich verwehrt.

Den Zweck des Sicherungseigentums berücksichtigend, wonach es nicht primär um die Eigentumsübertragung, sondern um die Schaffung einer vorübergehenden, besitzlosen Sicherheit geht, wurde dieses Ergebnis als unbillig empfunden und von Rechtssprechung⁶² und Lehre⁶³ korrigiert. Hat der Sicherungsgeber die Forderung bereits getilgt oder tut er dies gleichzeitig, so hat er zweifelsohne das Recht aus § 771 ZPO, weil sich dann gleichsam die Sicherungstreuhand in eine Verwaltungstreuhand umwandelt und zwar ohne Unterschied auf den Rückerwerbsmodus⁶⁴. Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn dem Sicherungsnehmer noch keine Verwertungsbefugnis zusteht. Das Sicherungsgut ist nach wie vor dem wirtschaftlichen Vermögen des Sicherungsgebers zuzuordnen. Es soll den Sicherungsnehmer nur sichern, nicht aber befriedigen. Des Weiteren dient das Sicherungsgut dem Sicherungsnehmer lediglich zur Sicherung eines anderen vermögenswerten

⁵⁸ RGZ 116, 363 (366); BGHZ 55, 20 (26).

⁵⁹ MüKo-Schmidt, ZPO-Komm, § 771 Rn. 39; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO-Komm, § 771 Rn. 33.

⁶⁰ Baur/Stürmer, Sachenrecht, Rn. 779; MüKo-Schmidt, ZPO-Komm, § 771 Rn. 40; Prütting/Weth in: JuS 1988, 511; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO-Komm, § 771 Rn. 31.

⁶¹ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1421; Gottwald, Zwangsvollstreckung, § 771 Rn. 41.

⁶² RGZ 79, 121; 91, 12 (14); BGHZ 11, 37 (41); 72, 141 (143).

⁶³ B/L-Hartmann, ZPO, § 771 Rn. 25; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1416; Gerhardt, Vollstreckungsrecht, § 16 III 1; Gottwald, Zwangsvollstreckung, § 771 Rn. 26; MüKo-Schmidt, ZPO, § 771 Rn. 28; a.A. Blomeyer, Vollstreckungsverfahren, § 36 III 2b.

⁶⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken; Zwangsvollstreckung, § 41 4 b bb.

Rechts. Würde der Sicherungsnehmer auch vorher in das Sicherungsgut vollstrecken können, so würde dies eine Verdoppelung seiner Haftungsmasse bedeuten⁶⁵. Schließlich widerspricht eine Verwertung für die Gläubiger des Sicherungsnehmers dem auf bloße Sicherung gerichteten Zweck der Sicherungsübereignung⁶⁶. Aus diesen Gründen gewährt die Rechtsprechung dem Sicherungsgeber zumindest bis zur Verwertungsreife das Recht aus § 771 ZPO⁶⁷. Teilweise geht man davon aus, dass dieses Recht ausschließlich erst mit der Forderungsbegleichung entsteht⁶⁸. Dem ist jedoch zu widersprechen, da der Sicherungsgeber dadurch gezwungen wird, die Forderung noch vor Fälligkeit zu begleichen. Hinzukommend ist das Sicherungsgut auch so nicht vollständig dem Vollstreckungszugriff entzogen, da die Gläubiger des Sicherungsgebers dessen Anwartschaft auf den Rückerwerb pfänden können⁶⁹. Richtigerweise ist also mit der Rechtsprechung davon auszugehen, dass bis zum Eintritt der Verwertungsreife dem Sicherungsgeber das Recht der Drittwiderspruchsklage zusteht.

Hat der Sicherungsnehmer dagegen die Verwertungsbefugnis erlangt, so soll dem Sicherungsgeber das Recht aus § 771 ZPO nicht mehr zustehen⁷⁰. Ab diesem Zeitpunkt steht die Sache dem Sicherungsnehmer nicht nur formal als Eigentum zu, sondern er hat auch die wirtschaftliche Macht an ihr. Problematisch erscheint dies nur in den Fällen der Übersicherung. Hier würde der Mehrerlös dem haftenden Vermögen des Gläubigers zugerechnet werden und dem Schuldner nur ein schuldrechtlicher Anspruch zustehen. Im Falle der Insolvenz des Sicherungsnehmers würde dies eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Sicherungsgebers bedeuten⁷¹. Dieses Problem ist jedoch nur in der Theorie denkbar. Zum einen werden die Fälle der Übersicherung durch die Rechtsprechung weitestgehend ausgeschlossen. Zum anderen ist das Insolvenzrisiko und damit die Gefahr, den schuldrechtlichen Anspruch nicht befriedigt zu bekommen, beim Sicherungsnehmer als Kreditgeber äußerst gering⁷².

Vollstrecken daher Gläubiger des Sicherungsnehmers bei diesem in das Sicherungsgut, so kann der Sicherungsgeber bis zum Eintritt der Verwertungsreife die Drittwiderspruchsklage geltend machen. Er erlangt daher eine Rechtsstellung ähnlich einem Eigentümer.

⁶⁵ Gerhardt, Vollstreckungsrecht, § 16 III 1 c.

⁶⁶ RGZ 91, 12 (14); BGHZ 72, 141 (146); BGHZ 118, 201 (207); Prütting/Weth in: JuS 88, 511.

⁶⁷ RGZ 79, 121; 91, 12 (14); BGHZ 11, 37 (41); 72, 141 (143).

⁶⁸ Rosenberg, Zivilprozessrecht, § 185 III 2 b; Weber in: NJW 76, 1605; ders., Sicherungsgeschäfte, S. 109ff.

⁶⁹ Doppelpfändung.

⁷⁰ BGHZ 72, 141 (143); Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1416.

⁷¹ OLG Karlsruhe NJW 1977, 1069, dagegen BGH NJW 1978, 1859 (1860).

⁷² Blomeyer, Vollstreckungsverfahren, § 36 III 2b; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1416; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 41 IV 4 b bb.

b. Gläubiger des Sicherungsgebers vollstrecken

aa) In das beim Sicherungsnehmer befindliche Gut

Vollstrecken die Gläubiger des Sicherungsgebers in das beim Sicherungsnehmer befindliche Sicherungsgut, so kann dieser gem. § 809 ZPO die Herausgabe verweigern bzw. bei Missachten dieser Verweigerung die Vollstreckungserinnerungsklage gem. § 766 ZPO erheben.

bb) In das beim Sicherungsgeber befindliche Gut

Schwieriger gestaltet sich jedoch die Konstellation, in der die Gläubiger des Sicherungsgebers in das beim selbigen befindliche Gut vollstrecken. Die Rechtsprechung und überwiegende Lehre spricht hier mit Hinweis auf das formale Eigentum des Sicherungsnehmers diesem die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO zu⁷³. Eine durchaus beachtliche Gegenströmung in der Literatur stellt dagegen auf den Zweck der Sicherungsübereignung ab und betont die Nähe zu den Pfandrechten, weswegen dem Sicherungseigentümer nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO zustehen kann⁷⁴. Anders als die Drittwiderspruchsklage kann dieser Rechtsbehelf die Vollstreckung nicht verhindern, sondern sichert lediglich die bevorzugte Befriedigung aus dem Vollstreckungserlös. Hauptargument dieser Meinung ist, dass auch in der Insolvenz der Sicherungsnehmer nicht wie ein Eigentümer, sondern wie ein Pfandgläubiger behandelt wird (vgl. § 51 InsO). Ein schlichter Hinweis auf das formale Eigentum kann also nicht befriedigen. Jedoch vermag auch der alleinige Verweis ins Insolvenzrecht die Anwendung von § 805 ZPO nicht zu rechtfertigen. Die Konkursabwicklung zeichnet sich durch einen wesentlichen Unterschied zur Einzelzwangsvollstreckung aus. Während sich dort lediglich ein Gläubiger befriedigen will, führt der Konkurs zur Totalliquidation und damit zur Abwicklung aller bestehenden Rechtsverhältnisse⁷⁵. Da beide Hauptargumente durchaus angreifbar sind, ist vielmehr nach Interessen der Beteiligten und den Zwecken der einzelnen Rechtsbehelfen zu fragen, um zu einem billigen Ergebnis zu kommen.

Das Sicherungseigentum unterscheidet sich vom Pfandrecht zwar lediglich in zwei Punkten, diese Unterschiede lassen jedoch die Anwendung von § 805 ZPO gerade als sachwidrig erscheinen. Zum einen ist der Sicherungsgeber anders als der Pfand-

⁷³ RGZ 124, 73 (75); BGH NJW 1952, 1169; BGHZ 12, 232 (234); 80, 296 (299); Bötticher in: MDR 1950, 705 (708); Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1417; Gerhardt in: JuS 1972, 696 (697); Reich, Die Sicherungsübereignung, 1970, S. 106; Westermann, Sachenrecht⁶, § 44 IV 2a (anders noch in der 5. Auflage).

⁷⁴ B/L-Hartmann, ZPO, § 771 Rn. 26; MüKo-Schmidt, ZPO, § 771 Rn. 29, vermittelnd Paulus in: ZJP 64, 169 (192) der je nach dem, ob sich die ungesicherten Gläubiger aus dem Vermögen des Sicherungsgebers unter Abzug des Sicherungseigentums noch befriedigen können oder nicht, § 771 ZPO oder § 805 ZPO gewähren möchte.

⁷⁵ RGZ 124, 73 (75); Gerhardt, Vollstreckungsrecht, § 16 III 1 c.

geber zu keinen weiteren Verfügungen über die Sache berechtigt. Wenn der Sicherungsgeber schon nicht selbst über die Sache verfügen kann, dann sollte konsequenterweise auch dessen Gläubigern ein Zugriff verwehrt sein⁷⁶. Ein weiterer Unterschied besteht in der Verwertungsmöglichkeit. Regelmäßig wird in der Sicherungsabrede die Möglichkeit des freihändigen Verkaufes vereinbart⁷⁷. Verweist man den Sicherungsnehmer auf das Recht der vorzugsweisen Befriedigung, so drängt man dem Sicherungsnehmer eine andere als die vertraglich vereinbarte Verwertungsart auf. Die Sache wird durch den Gerichtsvollzieher versteigert, der Sicherungsnehmer kann nicht mehr selbst Ort und Zeit der Verwertung bestimmen. Dadurch entstehen ihm jedoch Nachteile, die durch die Sicherungsabrede und die Vereinbarung des freihändigen Verkaufes gerade ausgeschlossen werden sollten. Zum einen fällt der Versteigerungserlös regelmäßig geringer aus, als der Erlös durch den freihändigen Verkauf⁷⁸. Weiterhin kann das Sicherungsgut vorzeitig versteigert werden, was vor allem dann ungünstig ist, wenn die Forderung gut verzinst und ausreichend gesichert war. Nachteile entstehen auch in den Fällen, in denen der Wert des Sicherungsgutes den Betrag der Forderung nicht deckt. Hier tröstet sich der Sicherungsnehmer häufig damit, dass die Maschinen dem Betrieb zur Verfügung stehen, dieser gewinnbringend arbeiten kann und so die Möglichkeit besteht, die Schuld abzutragen⁷⁹. Wird in das Sicherungsgut vollstreckt, kann der Sicherungsnehmer sich aufgrund des minderen Wertes der Sache nicht vollständig befriedigen und verliert außerdem noch die Chance, dass der Kredit durch die Gewinne des Betriebes getilgt wird. Durch den Verweis des Sicherungsnehmers auf den Rechtsbehelf des § 805 ZPO bereitet man ihm daher Nachteile, die er durch die Sicherungsabrede gerade ausschließen wollte und verstößt so im groben Maße gegen die Privatautonomie.

Richtigerweise muss man daher dem Sicherungsnehmer den Rechtsbehelf des § 771 ZPO zustehen. Dies ist auch gegenüber den ungesicherten Gläubigern des Sicherungsgebers nicht unbillig, da sie auch so keine größeren Nachteile erleiden. Sie können den Rückübertragungsanspruch des Sicherungsgebers pfänden und die Forderung gem. § 267 I BGB ohne Hinderungsmöglichkeiten tilgen⁸⁰.

c. Ergebnis

Neben dem Recht, die Herausgabe zu verweigern, wird daher je nachdem, ob die Gläubiger des Sicherungsnehmers oder die des Sicherungsgebers auf das Sicherungsgut zugreifen wollen, mal dem einen und mal dem anderen das Recht aus § 771 ZPO gewährt. Beiden Beteiligten wird entweder aus formalen oder aus Wertungsgründen eine eigentümerähnliche Stellung zuerkannt. Damit versucht man die

⁷⁶ Gerhardt in: JuS 72, 696 (697).

⁷⁷ Bötticher in: MDR 1950, 705 (707); Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1417; Gerhardt in: JuS 72, 696 (697); Gottwald, Zwangsvollstreckung, § 771 Rn. 25.

⁷⁸ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1417.

⁷⁹ Hierauf hat insbesondere Serick, Bd. III, S. 208 ff. hingewiesen.

⁸⁰ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1417.

Wertungsprobleme zu überwinden, die dadurch entstehen, dass Zweck und Form der Sicherungsübereignung divergieren. Man kommt mit dieser Vorgehensweise zwar wie gezeigt zu billigen Ergebnissen, sie entbehren jedoch einer klaren gesetzlichen Grundlage. Wie schon die Meinungsvielfalt zu den einzelnen Problemen zeigt, birgt dies wiederum die Gefahr der Rechtsunsicherheit in sich.

3. Sicherungsübereignung und die Verfallklausel

Ein weiteres, bisher nicht abschließend geklärtes Problem der Sicherungsübereignung ist die Anwendbarkeit der in § 1229 BGB niedergelegten *lex commissoria*. Diese Klausel bestimmt die Unwirksamkeit einer Vereinbarung, die darauf gerichtet ist, dass bei Fälligkeit der gesicherten Forderung dem Pfandgläubiger automatisch das Eigentum an der Pfandsache zufällt, ohne dass es einer gesonderten Verwertung bedarf. Da die Sicherungsübereignung wie gezeigt eine gewisse Nähe zum Pfandrecht aufweist, ist auch hier die Kontroverse entbrannt, inwieweit dieses Klauselverbot auf das Sicherungseigentum anwendbar sein soll.

Um diese Frage abschließend klären zu können, ist es zunächst wichtig, den hinter § 1229 BGB stehenden Regelungszweck zu ermitteln, wofür es wiederum eines historischen Rückblickes bedarf.

Das Klauselverbot in § 1229 BGB geht zurück auf ein Edikt Konstantins aus dem Jahre 320, das von Justinian in C. 8, 34, 3 nahezu unverändert aus dem Codex Theodosianus (C.T. 3, 2, 1) übernommen wurde⁸¹. Es galt dort nicht nur für das Pfandrecht und die Hypothek, sondern auch für die *fiducia* – die Sicherungsübereignung⁸². Die Gründe des Verbotes wurden zwar nicht offenbart, man schließt jedoch aus verschiedenen Formulierungen, das es mit aller Strenge der Gefahr wucherischer Ausbeutung des Schuldners entgegenwirken sollte⁸³. Später wurde die Klausel in die Reichs-Polizei-Ordnung von 1577, in zahlreiche Partikularrechte⁸⁴ und schließlich auch in das BGB übernommen. Aus den Motiven geht hervor, dass man weiterhin den unvorsichtigen oder in Not geratenen Schuldner vor der Gefahr der Bedrückung schützen wollte⁸⁵. Man betonte des Weiteren ausdrücklich, dass das Verbot der *lex commissoria* über das allgemeine, in § 138 II BGB niedergelegte Wucherverbot hinausgehen sollte. Der Pfandvertrag sollte ohne Rücksicht auf die besondere Fallgestaltung von der Nichtigkeit betroffen sein⁸⁶. Das Gesetz verbietet die *lex commissoria* daher nicht deshalb, weil sie im konkreten Fall einen wucherischen Charakter hat, sondern weil sie typischerweise geeignet ist, zur Aus-

⁸¹ Dernburg, Pandekten I, § 280, 3 Nr. 13; Gaul in: AcP 168 (1968), 351 (359); Wieacker, *lex commissoria*, S. 6.

⁸² Oertmann, *Die fiducia im römischen Privatrecht*, 1890, S. 202 ff. (207).

⁸³ Kaser, *Römisches Privatrecht*, 2003, § 31, 5b; Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 1955, S. 163f.

⁸⁴ Preuß. ALR, I 20 § 33; bayer. LR II 6 § 18; sächs. GB § 383; österr. GB § 1371; schweiz. OR 222.

⁸⁵ Mugdan, *Mat. III*, S. 458 i.V.m. S. 187.

⁸⁶ Mugdan, *Mat. III*, S. 458 i.V.m. S. 187.

beutung und Übervorteilung des Schuldners missbraucht zu werden. Nicht erst die Schädigung des Schuldners, sondern bereits die Gelegenheit zu einer solchen soll daher durch § 1229 BGB verhindert werden.

Diese sehr klare Zwecksetzung findet in der kontroversen Diskussion über die Anwendbarkeit der *lex commissoria* auf die Sicherungsübereignung jedoch leider kaum Beachtung. In Rechtsprechung⁸⁷ und Teilen der Literatur⁸⁸ wird immer noch davon ausgegangen, dass die *lex commissoria* auf die Sicherungsübereignung nicht anwendbar sein soll. Die dafür vorgebrachten Argumente sind mannigfaltig, wobei drei jedoch heute vorherrschend sind.

Zunächst wird ein sehr formales Argument vorgebracht. Der Sicherungsnehmer erhält das Eigentum gem. §§ 929, 930 BGB im Rahmen der Sicherungsübereignung sodass ein Eigentumsverfall bereits immanent ist⁸⁹. Wie dargestellt, unterscheidet sich das Eigentum der Sicherungsübereignung jedoch ganz wesentlich vom Güterumsatzeigentum, da es gerade nicht als endgültiges Eigentum entstehen soll. Von einer Immanenz kann man daher nicht ausgehen.

Andere versuchen eine Begründung aus der Rechtsnatur des § 1229 BGB zu ziehen. Die Vorschrift verbietet, einer Pfandbestellung die Verfallklausel des Eigentumsüberganges hinzuzufügen und behandelt damit eigentlich die dingliche Ebene. Bei der Sicherungsübereignung wäre die Verfallklausel Teil der schuldrechtlichen Sicherungsabrede und soll deshalb schon gar nicht in den Anwendungsbereich des § 1229 BGB fallen⁹⁰. Dieser Ansicht ist jedoch die schon früh gefestigte, eindeutige Rechtsprechung entgegenzusetzen, die § 1229 BGB auch auf den schuldrechtlichen Verfallvertrag ausweitet⁹¹.

Schließlich sieht man auch keine Notwendigkeit einer Verfallklausel, da der Sicherungsgeber bereits durch sein Recht zum Besitz und die Bereicherungseinrede hinreichend geschützt sei⁹². Dem ist jedoch ebenfalls zu widersprechen. Die Verfallklausel greift erst, wenn Zahlungsverzug eintritt. Mit dem Klauselverbot gewährt man dem Sicherungsgeber daher auch während seines Zahlungsverzuges einen gewissen Schutz vor sofortigem Verlust seines Eigentums. Das Recht zum Besitz bietet jedoch keinen solchen Schutz, da mit Eintritt des Zahlungsverzuges ein Recht zum Besitz regelmäßig entfällt⁹³. Aber auch die Bereicherungseinrede schützt den Sicherungsgeber nicht im gleichen Umfange wie die Verfallverbots-

⁸⁷ RG HRR 1941, Nr. 682; RGZ 83, 50 (53); BGH NJW 80, 226 (227); OLG Düsseldorf OLG Rspr. 20, 169; a.A. OLG Hamburg SeuffArch. 65, Nr. 244.

⁸⁸ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. I 2, § 148 II 1 b; Erman/Michalski, § 1229 Rn. 3; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Bd. III, § 368 Anm. 175; Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 179 III 2c.

⁸⁹ Erman/Michalski, § 1229 Rn. 3.

⁹⁰ RGRK¹¹-Johannsen, BGB, § 930 Anm. 53.

⁹¹ RGZ 92, 101 (104); 130, 227 (228); auch das Schrifttum: Staudinger-Wiegand, § 1229 Rn. 5 und die Motive zum BGB Mot III 821.

⁹² Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Bd. III, § 368 Anm. 175; Wolff/Raiser, Sachenrecht, § 179 III 2c.

⁹³ So sich selbst entkräftend Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Bd. III, § 368 Anm. 175; Gaul in: AcP 168 (1968), 351 (381).

klausel. Erkennt man die Verfallklausel an, so geht das Eigentum nun in Gestalt des Güterumsatzeigentums auf den Sicherungsnehmer über. Zu seiner Befriedigung ist er nicht mehr zu einem Verkaufsversuch verpflichtet, sondern kann die Sache unmittelbar einbehalten. Es ist zwar zuzugeben, dass der Sicherungsnehmer einen eventuell bestehenden Mehrwert an den Sicherungsgeber auskehren muss⁹⁴, dies geschieht jedoch auch im Falle eines Verfallverbotes. Dann nämlich ist der Sicherungsnehmer zur Verwertung der Sicherheit verpflichtet. Wie dies geschieht, bleibt anders als bei dem Pfandrecht zwar den Parteien überlassen⁹⁵, jedoch ist der Sicherungsnehmer aus der Sicherungsabrede heraus verpflichtet, den Mehrerlös an den Sicherungsgeber auszuzahlen⁹⁶. Insofern bietet daher die Bereicherungseinrede tatsächlich einen ähnlich ausgestalteten Schutz. Dennoch vermag sie nicht die Notwendigkeit eines Verfallverbotes zu beseitigen. Dieses entfaltet seinen Schutzcharakter nämlich nicht im Rahmen der Auslösung des Mehrerlöses, sondern in dem Interesse des Schuldners, auf seine Sache mit einem gewissen Zeitaufschub zurückgreifen zu können. Untersagt man den automatischen Verfall, so ist der Sicherungsnehmer verpflichtet, seine Befriedigung in der Verwertung des Sicherungsgutes zu suchen – er muss die Sache herausverlangen und dem Sicherungsgeber die Verwertung androhen⁹⁷. Dieser bekommt so eine „letzte Warnung“ und damit die Chance, seinen Sicherungsgegenstand durch Zahlung der Forderung vor der Verwertung zu bewahren. Diese „letzte Chance“ vermag die Bereicherungseinrede jedoch nicht zu geben. Es ist daher verfehlt, dieser den gleichen Schutz zuzusprechen, wie einer Verfallverbotsklausel.

Das Verfallverbot in § 1229 BGB entspricht vielmehr einem allgemeinen Rechtsgrundsatz. Es gilt nicht nur für den Besitzpfand, sondern wird in § 1149 BGB genauso für die Hypothek und mittels Gesamterweisung für die Grundschuld (§ 1192 BGB) und die Reallast (§ 1107 BGB) ausgesprochen. Es gilt also für alle gesetzlich niedergelegten Sicherungsrechte. Entscheidend ist daher allein, ob der Sicherungsgeber bei der Sicherungsübereignung mit Verfallabrede der gleichen Gefährdung ausgesetzt ist, gegen welche § 1229 BGB den Pfandschuldner schützen will. Ist dies der Fall, so muß der allgemeine Rechtsgrundsatz auch auf die Sicherungsübereignung angewendet werden.

Tatsächlich ist die Ausbeutungsgefahr des Sicherungsschuldners mindestens genauso groß wie für den Pfandschuldner. Zwar hat der Sicherungsnehmer sein Eigentum bereits übertragen, dies geschieht jedoch in dem Bewusstsein, es alsbald zurückzuerhalten. Erschwerend kommt hinzu, dass der Sicherungsschuldner weiter im Besitz der Sache bleibt, sodass er sich noch weniger einen endgültigen Verlust seines Eigentums vor Augen führt. Bei der Sicherungsübereignung denkt der

⁹⁴ Ob dies tatsächlich über die Bereicherungseinrede geschieht, ist zweifelhaft. So auch Gaul in: AcP 168 (1968), 351 (382). Viel eher dürfte sich ein solcher Anspruch aus der Sicherungsabrede ergeben. Im Ergebnis kann dies jedoch dahinstehen.

⁹⁵ BGH WM 1973, 366; BGH NJW 1980, 226; Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 57 Rn. 41; Gaul in: AcP 168 (1968), 351 (382); Westermann/Westermann, Sachenrecht, § 44 V 1.

⁹⁶ BGH ZIP 1994, 1347; Bülow in: EwiR 1994, 959 (960).

⁹⁷ BGH NJW 1992, 2626; BGHZ 1224, 380.

Schuldner ebenso wie bei der Pfandrechtsbestellung an den Zurückerhalt seines Eigentums und ist deshalb nur zu schnell bereit, den Gläubiger nicht nur durch eine die Forderung an Wert übersteigende Sache zu sichern, sondern auch eine Verfallklausel einzuräumen. Auch den Sicherungsschuldner trifft daher eine Ausbeutungsgefahr, sodass der Rechtsgedanke des § 1229 BGB angewendet werden muss⁹⁸.

Nach der hier vertretenen und vielfach geteilten Ansicht ist daher die Vereinbarung einer Verfallklausel bei der Sicherungsübereignung ausgeschlossen. Wie die dargestellte Kontroverse jedoch zeigt, wird dies von der Rechtssprechung anders entschieden. Dadurch wird deutlich, wie wenig Einigkeit und damit auch wenig Rechtssicherheit auf diesem Gebiet besteht. An dieser Stelle zeigt sich daher deutlich, dass eine einheitliche und vor allem eindeutige Regelung der Rechtslage durchaus wünschenswert wäre. Dies insbesondere, da die Rechtssprechung keinesfalls konsequent ist und ihr Bestehen damit durchaus angezweifelt werden kann. Wie bereits dargestellt, ist die Rechtssprechung verstärkt bemüht, den beim Sicherungsnehmer entstehenden Überschuss an Rechtsmacht auszugleichen und den Schuldner so zu schützen. Insbesondere die Übersicherung soll den Sicherungsgeber vor wucherischen Geschäften bewahren. Unbegreiflich ist es deshalb, weswegen an dieser Stelle der Schuldnerschutz plötzlich aus den Augen verloren wird. Gerade diese Inkonsequenz kann jedoch jederzeit zu einem Umschwung in der Rechtssprechung führen – Rechtsunsicherheit ist die Folge.

4. Sicherungsübereignung von unpfändbaren Gegenständen

Mangels einer gesetzlichen Regelung ist bis heute unklar, ob auch unpfändbare Sachen i.S.d. § 811 ZPO Objekte der Sicherungsübereignung sein können.

Vereinzelt wird davon ausgegangen, dass eine solche Sicherungsübereignung nichtig sei⁹⁹. Als Grund für diese Annahme wird vorgebracht, dass die Sicherungsübereignung sonst eine rechtliche Stellung verschaffen könnte, die in der Zwangsvollstreckung nicht herbeigeführt werden kann. Der Sicherungsschuldner müsste bei Eintritt des Verwertungsfalles das Sicherungsgut herausgeben, ohne sich auf den Pfändungsschutz berufen zu können. Seine Lage wäre nicht anders, als wenn er gegenüber dem Gläubiger von vornherein auf den Pfändungsschutz verzichtet hätte, was jedoch wegen des zwingenden Charakters der §§ 811 ff. ZPO nicht möglich ist¹⁰⁰. Dieser Ansicht ist jedoch mit der herrschenden Meinung zu widersprechen¹⁰¹.

⁹⁸ So auch: Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 57 Rn. 16; Gaul in: AcP 168 (1968), 351 (382); Jaernig, BGB, § 930 Rn. 37; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 494; Raape, Die Verfallklausel, S. 53; Staudinger, BGB, Anh. zu §§ 929 ff Rn. 227.

⁹⁹ OLG Stuttgart NJW 1971, 50.

¹⁰⁰ RG JW 1932, 787 (790); RGZ 72, 138, 128, 85; Thomas/Putzo-Putzo, ZPO-Komm, § 811 Rn. 5; Zöller-Stöber, ZPO-Komm, § 811 Rn. 10.

¹⁰¹ BGH WPM 1961, 243; OLG Marienwerder HRR 1939, Nr. 71, OLG Braunschweig MDR 1962, 303; OLG Oldenburg 1957, 102; LG Göttingen BB 1951, 769; Gerhardt in: JuS 1972, 696 (700); Reich in: NJW 1971, 758 sub 4; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, § 17 II 4.

Zum einen gelten die §§ 811 ff. ZPO lediglich bei der Vollstreckung wegen einer Geldforderung, nicht jedoch bei der Vollstreckung wegen eines Herausgabetitels¹⁰². Bei der Sicherungsübereignung kann der Sicherungsnehmer jedoch wählen, ob er wegen der gesicherten Forderung oder dem in der Sicherungsabrede niedergelegten Herausgabeanspruch vollstreckt. Die §§ 811 ff. ZPO können durch die Sicherungsübereignung daher nur unterwandert werden, wenn man von der Zwangsvollstreckung wegen der Forderung ausgeht¹⁰³.

Grundsätzlich kann ein Eigentümer auch über unpfändbare Gegenstände verfügen, die Privatautonomie ist insoweit nicht eingeschränkt. Da die Sicherungsübereignung ebenfalls eine Übereignung, wenn auch nur zur Sicherung einer Forderung ist, müsste dieser Grundsatz für sie ebenfalls gelten. Wie bereits mehrfach dargestellt, vertritt das Sicherungseigentum jedoch in erster Linie das besitzlose Pfandrecht, sodass auch die Regelung des Pfandrechtes nicht außer Betracht bleiben darf. Zunächst ist dabei sauber zwischen der Pfändung und der Verpfändung zu unterscheiden. Während die Pfändung durch einen staatlichen Zwangsakt erfolgt, findet die Verpfändung freiwillig aufgrund der Privatautonomie statt¹⁰⁴. Gegenüber den staatlichen Zwangseingriffen bedarf der Schuldner des Schutzes des §§ 811 ff. ZPO, wer jedoch seine Sache freiwillig weggibt, braucht diesen Schutz nicht¹⁰⁵. Soweit die Pfandrechtsbestellung daher auf einer entsprechend gezielten, im Rahmen der Privatautonomie ermöglichten Verfügung beruht, findet sich keine Beschränkung nach den §§ 811 ff. ZPO. Da die Sicherungsübereignung ihrem Zweck nach einer solchen Pfandrechtsbestellung gleichkommt, darf für sie nichts anderes gelten. Bedenklich stimmt lediglich die Tatsache, dass eine Pfandrechtsbestellung durch die Besitzübergabe bereits einen gewissen Schutz durch die Warnfunktion gibt, welche die Sicherungsübereignung aufgrund ihrer Besitzlosigkeit nicht gewährleistet. Man könnte deshalb annehmen, diesen fehlenden Schutz durch den Pfändungsschutz auszugleichen. Die Sicherungsübereignung ist jedoch neben dem Pfandrecht als weitere Realsicherheit anerkannt worden. Es ist bewusst auf den, dem Pfandrecht innewohnenden Schutz verzichtet worden. Diese Wertentscheidung darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass man die grundsätzlich bestehende freie Verfügungsbefugnis im Rahmen der Sicherungsübereignung durch §§ 811 ff. ZPO wieder einschränkt.

Es lässt sich im Ergebnis damit festhalten, dass die Sicherungsübereignung sowohl in ihrer formalen Form als Übertragungstatbestand als auch in ihrer Zweckform als besitzloses, freiwillig eingeräumte Pfandrecht nicht an den §§ 811 ff. ZPO zu mes-

¹⁰² OLG Stuttgart, NJW 1971, 50; Gerhardt in: JuS 1972, 696 (698); MüKo-Schilken, ZPO-Komm, § 811 Rn. 6; Zöller-Stöber, ZPO-Komm, § 811 Rn. 2.

¹⁰³ Diskutiert wird, ob man auch bei der Vollstreckung in die Forderung den Schutz der §§ 811 ff. ZPO verweigert mit dem Hinweis, dass auch eine Herausgabevollstreckung möglich gewesen wäre. Dies lehnt man jedoch weitgehend ab. Wählt der Gläubiger einen bestimmten Vollstreckungsweg, so muss er auch alle dort geltenden Vorschriften gegen sich gelten lassen (KG NJW 1960, 682; OLG Marienwerder HRR 1938, 1200; OLG Oldenburg MDR 1957, 172; Lüke NJW 1954, 1316).

¹⁰⁴ RGZ 72, 181 (183f.).

¹⁰⁵ RGZ 72, 181 (184); Gerhardt in: JuS 1972, 696 (698,699).

sen ist. Ein anderes Ergebnis würde auch dazu führen, dass die Mehrzahl der Sicherungsübereignungen nichtig werden. Das Sicherungsmittel wird verstärkt im unternehmerischen Bereich eingesetzt. Besichert werden Maschinen und sonstige Produktionsmittel. Diese würden fast immer unter die Pfändungsverbote von § 811 I Nr. 4, 5 ZPO fallen, wonach die zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit notwendigen Gegenstände nicht verpfändet werden dürfen. Das wiederum würde zu einem Leerlaufen der Sicherungsübereignung führen. Da Deutschland jedoch momentan keine anderen tauglichen besitzlosen Sicherungsmittel anbieten kann, käme der Wirtschaftsverkehr schnell in Bedrängnis. § 811 ff. ZPO finden also keine Anwendung.

Etwas anderes muss freilich dann gelten, wenn die Sicherungsübereignung in concreto lediglich der Umgehung der Pfändungsschutzvorschriften dienen soll¹⁰⁶. Davon ist vor allem dann auszugehen, wenn eine gewisse zeitliche Nähe zwischen der Sicherungsübereignung und der Zwangsvollstreckung besteht. Schließlich entbindet die Unanwendbarkeit der §§ 811 ff. ZPO natürlich nicht davon, weiterhin die Sittenwidrigkeit hinsichtlich der Knebelung oder Übersicherung zu prüfen. Knebelung und Übersicherung schränken die wirtschaftliche Verfügungsfreiheit des Schuldners ein, die an sich wie dargestellt auch die unpfändbaren Gegenstände umfasst. Unter diesem Aspekt sind daher auch Sicherungsübereignungen unpfändbarer Gegenstände zu überprüfen.

Grundsätzlich, wenn auch nicht unstrittig, ist daher die Sicherungsübereignung an unpfändbaren Gegenständen wegen der Nähe zur rechtsgeschäftlichen Verpfändung zulässig. Da auch an dieser Stelle wiederum eine Meinungsvielfalt, wenn auch keine ausgeglichene herrscht, besteht abermals das Problem der Rechtsunsicherheit. Eine eindeutige, gesetzliche Regelung wäre also auch unter diesem Aspekt wünschenswert.

5. Entsprechende Anwendung von §§ 401, 1250 BGB beim Gläubigerwechsel

Probleme bereitet die Sicherungsübereignung schließlich auch in den Fällen eines Gläubigerwechsels. Den allgemeinen Regeln zufolge hat der Sicherungsnehmer gem. §§ 398 ff. BGB die Möglichkeit, die gegen den Sicherungsgeber bestehende, gesicherte Forderung an einen anderen Gläubiger abzutreten. Problematisch ist dann die Frage, was mit dem Sicherungsgut geschieht. Anders als beim Pfandrecht, wo die §§ 1250, 401 BGB den automatischen Übergang des Pfandrechts an den Zessionar bestimmen, fehlen für die Sicherungsübereignung entsprechende Regelungen.

Eine direkte Anwendung des § 401 BGB verbietet sich. Diese Regelung zählt die bei der Forderungsabtretung übergehenden Nebenrechte auf; das Sicherungseigentum

¹⁰⁶ OLG Marienwerder HRR 1939, Nr. 71; OLG Oldenburg MDR 1957, 172; OLG Braunschweig MDR 1962, 303; LG Göttingen BB 1951, 769; Reich in: NJW 1971, 758 sub. 4; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, S. 15.

wird jedoch nicht genannt. Den Gesetzesbegründungen ist jedoch zu entnehmen, dass es sich bei dieser Auflistung nicht um einen abschließenden Katalog an Rechten handeln soll, sondern auch auf andere Sicherungsrechte anzuwenden ist¹⁰⁷. Für eine analoge Anwendung des § 401 BGB wird jedoch vorausgesetzt, dass es sich bei dem Nebenrecht, wie bei allen aufgelisteten um ein akzessorisches Recht handelt. Da die Akzessorietät nur durch das Gesetz begründet und nicht durch ein Rechtsgeschäft hergestellt werden kann, lehnte man lange Zeit unter Hinweis auf § 216 I, II BGB, der die Sicherungsübereignung zwar erwähnt, aber nicht deren Akzessorität bestimmt, die gesetzliche Verknüpfung von Forderung und Sicherheit ab¹⁰⁸. In neuerer Rechtssprechung jedoch untersuchte der BGH die Abhängigkeit eines Darlehensvertrages und einer diesen sichernden Sicherungszession. Dabei kam er zu dem Ergebnis, dass Parteien anstelle eines Pfandrechtes die Sicherungszession wählen, um die Publizität zu umgehen. Nicht gewollt ist jedoch die Umgehung der, den Interessen beider Parteien entsprechenden Akzessorität¹⁰⁹. Daher soll eine Sicherungszession keine Wirkung entfalten, wenn der ihr zugrunde liegende Darlehensvertrag nicht zustande gekommen ist. Es wurde damit der akzessorische Charakter der Sicherungszession bejaht. Diese Rechtsprechung ist wegen dem Gleichlauf der Institute durchaus auf die Sicherungsübereignung übertragbar. Hätte in der genannten Entscheidung eine Anwendung des § 401 BGB in Frage gestanden, so wäre der BGH bei konsequenter Fortsetzung seiner Ausführungen auch zu einer analogen Anwendung dieser Vorschrift gekommen. Trotz Möglichkeit wurde die genannte Entscheidung zur Akzessorität jedoch nicht noch einmal bestätigt¹¹⁰. Eine analoge Anwendung des § 401 BGB wurde ebenfalls nie ausdrücklich angewandt. Man kann daher in der genannten Entscheidung keinen Rechtssprechungswechsel erblicken. Es wird folglich nach wie vor der akzessorische Charakter der Sicherungsübereignung weitgehend abgelehnt, sodass eine entsprechende Anwendung des § 401 BGB nicht in Betracht kommt. Trotzdem stehen sich die Sicherungsübereignung und die Verpfändung ihrer wirtschaftlichen Natur nach sehr nahe oder fallen geradezu zusammen. Auch der Fiduziar erhält das Recht nur zum Zwecke seiner Sicherung eingeräumt. Eine entsprechende oder ähnliche Anwendung des § 401 BGB erscheint daher durchaus vertretbar. Sie wird deshalb in der Weise diskutiert, dass der Übergang der Forderung den Zedenten schuldrechtlich verpflichtet, die Sicherheit auf den Zessionar zu übertragen¹¹¹. Das Eigentum an der Sache würde daher nicht automatisch mit der Forderungsabtretung übergehen, es bestünde jedoch eine Verpflichtung, diesen Eigentumsübergang herbeizuführen.

¹⁰⁷ Prot I 386; Staudinger-Busche, § 401 Rn. 28; vgl. auch RGZ 65, 164 (170), 91, 277 (279).

¹⁰⁸ Jauernig in: NJW 1982, 268 (270).

¹⁰⁹ BGH NJW 1982, 275 (276).

¹¹⁰ vgl. BGH ZIP 1990, 1541 (1542).

¹¹¹ Dafür: RGZ 89, 193 (195); 91, 277 (280); BGHZ 42, 53 (56); 78, 137 (143); BGH NJW 1981, 749; 1981, 1554 (1555); BGH MDR 1967, 486; Friedrich in: NJW 1969, 485; Scholz in: NJW 1962, 2228; Soergel-Zeiss, § 401 Rn. 3; Staudinger-Busche, § 401 Rn. 37, 39. Dagegen: MüKo-Roth, § 401 Rn. 10; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, S. 373.

Gegen eine solche schuldrechtliche Verpflichtung scheint zunächst die treuhänderrechtliche Struktur des Sicherungsverhältnisses zu sprechen¹¹². Über die Sicherungsabrede ist der Sicherungsnehmer verpflichtet, die Sache zu erhalten und nach Beendigung der Sicherungslage zurück zu übereignen. Verpflichtet man den Sicherungsnehmer nun, die Sache an den Zessionar zu übereignen, so bleiben diese schuldrechtlichen Verpflichtungen dennoch in seiner Person bestehen, obwohl er ihnen nicht mehr nachkommen kann. Hinsichtlich der Rückgewährung läuft er Gefahr, sich Schadensersatzansprüchen wegen Unmöglichkeit auszusetzen. Dazu wird es jedoch in der Praxis nicht kommen. Gem. § 404 BGB kann der Sicherungsgeber dem Zessionar alle gegen den Zedenten im Zeitpunkt der Abtretung bestehenden Einreden entgegenhalten. Dazu zählt auch das Recht des Sicherungsgebers, die gesicherte Forderung erst Zug um Zug gegen Zurückgewährung der Sache zu tilgen. Da er dieses Recht in der Regel geltend macht, kommt es gar nicht zum Rückgewährbegehren gegenüber dem Zedenten. Insoweit lässt sich also die Nichtanwendung des § 401 BGB nicht begründen.

Weiter gegen eine schuldrechtliche Übertragungspflicht des Zedenten spricht der Vertrauensschutz¹¹³. Mit der Sicherungsübereignung räumt der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer einen Überschuss an Rechtsmacht ein und vertraut darauf, dass dieser keinen Missbrauch betreibt, indem er beispielsweise seine Eigentümerposition benutzt, um die Sache abredewidrig an Dritte zu übereignen. Aber auch in seinem Vertrauen bleibt der Sicherungsgeber weiter geschützt. Ihm stehen nicht nur die Einreden gegen den Zessionaren zu, sondern er behält auch weiterhin die aus der Sicherungsabrede gegen den Sicherungsgeber bestehende Ansprüche und ist damit sogar doppelt geschützt. Es besteht zwar weiterhin die Gefahr, dass der Zessionar die überschießende Rechtsmacht ausübt, diese Gefahr wohnt der Sicherungsübereignung jedoch inne, sie besteht auch beim Zedenten und ist deshalb als allgemeines Risiko zu vernachlässigen.

Serick schließlich lehnt die schuldrechtliche Übertragungspflicht gegenüber dem Zessionar unter Bezugnahme der gegenläufigen Interessenlagen bei Sicherungsnehmer und Pfandnehmer ab¹¹⁴. Während der Sicherungsnehmer aufgrund seiner aus der Sicherungsabrede resultierenden schuldrechtlichen Verpflichtungen durchaus ein unbestreitbares Interesse am Sicherungseigentum hat, ist dies beim Pfandnehmer nicht vorhanden. So gesehen gibt es wegen der unterschiedlichen Interessenlagen keinen Grund, die Sicherungsübereignung wie ein Pfandrecht zu behandeln. Wie die §§ 398 ff. BGB jedoch zeigen, ist neben dem Schuldner in erster Linie der Zessionar schutzwürdig, vgl. § 404 BGB. Bei der Betrachtung der Interessenlagen ist daher eher das Interesse des Zessionars denn des Zedenten maßgeblich. Dann aber bestehen kaum Unterschiede, ob die zederte Forderung mittels eines Pfandrechtes oder eines Sicherungseigentums gesichert ist. Eine Forderung wird immer dann gesichert, wenn ein gewisses Risiko besteht, sie nicht

¹¹² MüKo-Roth, § 401 Rn. 10.

¹¹³ Dempewolf in: NJW 1958, 979 (980); Enneccerus-Lehmann, § 79 III 1 f; Larenz, SchuldR AT, S. 577 FN 5; MüKo-Roth, § 401 Rn. 10.

¹¹⁴ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, S. 373.

tilgen zu können. Der Erwerb einer gesicherten Forderung bedeutet daher grundsätzlich den Erwerb einer in der Grundsubstanz risikobehafteten Forderung. Trennt man nun die Sicherung von der Forderung ab, so erwirbt der Zessionar nur das Risiko, nicht aber dessen Absicherung. Dies liegt jedoch weder im Interesse des vom Pfandnehmer noch vom Sicherungsnehmer Erwerbenden. Daher sind die Interessenlagen durchaus vergleichbar.

Nach der herrschenden Meinung besteht daher im Rahmen eines Gläubigerwechsels eine Pflicht des Zedenten, dem Zessionar das Sicherungsgut zu übereignen. Damit wendet man zwar die Pfandrechtsregel des § 401 BGB nicht direkt oder entsprechend an, gelangt jedoch am Ende zu einem entsprechenden Ergebnis. Wieder wird die Sicherungsübereignung wie ein Pfandrecht behandelt. Wie die einzelnen Positionen jedoch zeigen, herrscht auch hier Unsicherheit über den richtigen Weg, vieles wird vertreten, eine Rechtssicherheit kann sich erneut nicht einstellen.

6. Zwischenergebnis

Die Zusammenschau der hier aufgezeigten Probleme zeigt, dass die bei der Sicherungsübereignung bestehende Diskrepanz zwischen ihrer Form als formale Eigentumsübertragung und ihrem Zweck als besitzlose Pfandrechtsbestellung zu einer Vielzahl von Schwierigkeiten führt, die jedoch allesamt durch eine flexible Rechtsprechung ausgeglichen werden. So erreicht man wertungsgerechte, wenn auch nicht durch gesetzliche Normierungen vorgeschriebene Ergebnisse. Ein zwingendes Gebot zur Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung lässt sich aus diesen Punkten daher nicht ableiten. Dennoch besteht wie bei jeder Rechtsprechungskorrektur eine gewisse Rechtsunsicherheit. Gerade im Rahmen der Übersicherung wird deutlich, wie häufig sich die Rechtsprechung selbst korrigiert hat. Auch die teilweise sehr starken Strömungen in der Literatur lassen einen Wandel der Rechtsprechung nicht ganz unmöglich erscheinen. Das verständliche Bedürfnis nach einer klaren und feststehenden Regelung spricht daher auch ohne zwingende Gründe für eine Neureglung der deutschen Sicherungsübereignung.

III. Probleme der Publizitätslosigkeit

1. Praktische Probleme

Die Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung wirft zunächst rein praktische Probleme auf. Zunächst ergeben sich erhebliche Beweisschwierigkeiten, die aufgrund der Heimlichkeit dieses Sicherungsinstituts nur schwerlich behoben werden können. Des Weiteren ist es in der Wirtschaft häufig zu beobachten, dass ein Gut mehrfach hintereinander zur Sicherheit übereignet wird. Die Publizitätslosigkeit macht eine Eigentümerermittlung dann häufig praktisch unmöglich. Gerade im Prozess bedeuten diese beiden Probleme eine gewisse Rechtsunsicherheit sowie gesteigerte Prozesskosten durch Herbeiführung sonstiger Beweismittel.

2. Krediterschleichung / Täuschung über die Kreditwürdigkeit

Ein weiteres Folgeproblem der Publizitätslosigkeit ist die Krediterschleichung. Der sachenrechtliche Grundsatz der Publizität wirkt grundsätzlich in zwei Richtungen. Zum einen soll im Rahmen der positiven Publizität vom Besitz auf das Eigentum geschlossen werden können¹¹⁵. Speziell für die Pfandrechte hatte die Publizität jedoch bereits vor der Schaffung des BGB in den einzelnen Kodifikationen auch eine negative Seite. Vom fehlenden Besitz sollte auf belastetes Eigentum geschlossen werden können¹¹⁶. Diese spezielle Pfandrechtpublizität hatte zunächst den Zweck, den Erwerber vor dem Erwerb von mit Pfandrechten belastetem Eigentum zu schützen. Mit den im letzten Moment eingeführten Gutglaubensvorschriften ist dieser Zweck jedoch entfallen¹¹⁷. Der Erwerber brauchte daher nicht mehr notwendigerweise durch die negative Publizität geschützt werden¹¹⁸. Trotzdem behielt der Gesetzgeber den Grundgedanken vom Faustpfandrecht bei. Der Grund dafür lag nicht etwa darin, dass es kein Bedürfnis für eine besitzlose Sicherheit gegeben hat. Vielmehr wollte man mit der Publizität auch vor Täuschung und Krediterschleichung schützen.

Da wie gezeigt die Publizität fehlt, ist die Möglichkeit einer solchen Vorgehensweise auch einer der wesentlichen Kritikpunkte an der Sicherungsübereignung geworden¹¹⁹. So kann der Schuldner durch den Besitz von Luxusgütern den Eindruck von Wohlstand und Kreditwürdigkeit erwecken, während alle Gegenstände als Folge der Sicherung tatsächlich nur ein „Scheinvermögen“ darstellen.

Es ist jedoch kritisch zu hinterfragen, ob man heute tatsächlich noch davon ausgehen kann, dass der bloße Besitz von Luxusgütern geeignet ist, kreditwürdig zu erscheinen. Gibt es ein schutzwürdiges Vertrauen, vom bloßen Besitz auf das Eigentum schließen zu können?

Bereits der Gesetzgeber des BGB hat ausgeführt, dass sich ein Verbot der Sicherungsübereignung nicht daraus herleiten ließe, „dass durch die Belassung des Besitzes bei dem Veräußerer andere Gläubiger desselben über seine Kreditfähigkeit getäuscht werden könnten, denn die Gläubiger seien ganz im Allgemeinen nicht dazu berechtigt, sich darauf zu verlassen, dass alle im Besitze des Schuldners befindlichen Sachen diesem auch gehören“¹²⁰. Der Gesetzgeber hielt den Besitz daher nicht für ein vertrauensetzendes Merkmal. Für eine solche Herangehensweise spricht auch die Regelung des § 1006 III BGB, wonach nach überwiegender Mei-

¹¹⁵ vgl. § 1006 I BGB.

¹¹⁶ Hromadka in: Jus 1980, 89 (90); vgl. §§ 20 I 6-10, 104f preuß. ALR; Art. 2071, 2076, 2119 CC; §§ 448, 451f. ABGB, § 466 sächs. BGB, Art. 210 aOR.

¹¹⁷ Zur Entstehung der Gutglaubensvorschriften im BGB vgl. Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 26, 148ff, 157ff, 165ff.

¹¹⁸ Hromadka in: JuS 1980, 89 (91).

¹¹⁹ Baur/Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, § 57 I 3 (S. 566); Gerhardt, Mobiliarsachenrecht, § 14 2a (S. 147); Reich, Die Sicherungsübereignung, S. 19; Schwab/Prütting, Sachenrecht, § 34 V 3 (S. 184).

¹²⁰ Prot. III, S. 3690.

nung nicht der Besitz des unmittelbaren, sondern der Besitz des mittelbaren Besitzers die Eigentumsvermutung auslöst¹²¹. Auch dem kann man entnehmen, dass Gläubiger gar keinen Vertrauensschutz genießen, vom Besitz darauf zu schließen, dass kein Sicherungseigentum vorliegt. Diese These ließe sich auch von der Rechtssprechung zum Eigentumsvorbehalt untermauern, wonach auch hier ein Gläubiger grds. nicht mehr darauf vertrauen darf, dass eine Sache im Rahmen eines kaufmännischen Geschäftes nicht unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurde¹²².

Für die Sicherungsübereignung hat sich jedoch eine abweichende Rechtssprechung gefestigt. Anders als beim Eigentumsvorbehalt gibt es bei der Übereignung zur Sicherheit keine festen Erfahrungssätze, wonach gewisse Warenarten normalerweise als Kreditunterlage für Sicherungsübereignungen dienen¹²³. Deshalb sollen an den guten Glauben des Erwerbers auch keine überspannten Anforderungen gestellt werden¹²⁴. Die Rechtssprechung hält es abweichend von der Ansicht des früheren Gesetzgebers für unvertretbar, dass ein Erwerber sich erkundigen müsse, ob der Veräußerer die Ware bereits zur Sicherheit übereignet hat, es sei denn, es liegt dahingehend ein besonderer, begründeter Verdacht vor¹²⁵. Daher genießen Erwerber also auch heute noch einen gewissen Vertrauensschutz, dass Sachen, die im Besitz des Veräußerers stehen, nicht zur Sicherheit übereignet worden sind¹²⁶. Obwohl also heute typischerweise Maschinenparks und Produktionsmittel vielfach geleast werden, wird das Vertrauen in das Eigentum weiter geschützt. Man kann folglich durchaus annehmen, die fehlende Publizität leistet dem Kreditschwindel Vorschub. Dennoch dürfte es sich dabei eher um ein theoretisches Problem handeln. Der Besitzschein wirkt nur für die derzeit bestehende Rechtslage – er trifft keine Aussage über die dauerhafte Solvenz eines Schuldners, die jedoch gerade bei der Kreditvergabe entscheidend ist, soll doch der Kredit regelmäßig erst später zurückgezahlt werden. Der Schuldner ist nicht gehindert, spätere Sicherungen zu begründen, die dennoch eine Vorrangstellung einnehmen. Aus diesen Gründen werden heutzutage keine Kredite aufgrund der Inaugenscheinnahme mehr vergeben. Die Gläubiger werden sich regelmäßig nicht auf ihren guten Glauben und die Beständigkeit der Situation verlassen, sondern selbst Vorsorge treffen, nicht von der Illiquidität ihrer Schuldner überrascht zu werden. Dafür stehen ihnen heute vielfältige Schutzmechanismen zur Verfügung. Geldgläubiger, wie zum Beispiel die Banken haben die

¹²¹ MüKo-Quack, § 1006 Rn. 11; Staudinger-Gursky, § 1006 Rn. 19+21.

¹²² RGZ 147, 321 (331); BGH JZ 1970, 187 = BGH MDR 1970, 410.

¹²³ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, § 23 III 2 (S. 256).

¹²⁴ BGH WM 1966, 792 = BGH NJW 1966, 1959 = LM Nr. 22 zu § 932 BGB; BGH JZ 1970, 187 = BGH MDR 1970, 410; BGH BB 1963, 1278; FG Hamburg IV 31/91 N; OLGR Hamburg 1999, 241; OLG Frankfurt NJW RR 1999, 927 = JuS 1999, 1234; siehe auch Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, § 23 III 2 (S. 256); kritisch dazu: MüKo-Quack, § 932 Rn. 46.

¹²⁵ Siehe Vertreter aus FN. 124.

¹²⁶ Ebenso besteht bei Gütern, die typischerweise im Rahmen von Leasingverträgen angeschafft werden, keine solche Nachforschungspflicht; OLG Düsseldorf NJW RR 1999, 615 (617), LG Schwerin DB 1999, 277 m. Anm. Gerken.

Möglichkeit, frühzeitig Kundeninformationen einzuholen¹²⁷. Dies ist den normalen Gläubigern bei einem scharfen Konkurrenzkampf aufgrund des Zeitmangels zwar nicht vergönnt, ihnen bleibt jedoch die Möglichkeit, ihre Waren unter Eigentumsvorbehalt¹²⁸ zu liefern und die mittlerweile anerkannte Herstellerklausel¹²⁹ zu vereinbaren. Auf diesem Wege bleiben sie Eigentümer ihrer Waren und sind so vor einer Illiquidität ihres Schuldners geschützt. Aufgrund dieser Schutzmechanismen ist die Kenntnis der Gläubiger von der Vermögenslage des Schuldners heute nicht mehr so entscheidend.

Relevanz dürfte die hier erörterte Frage nur noch für die Gläubigergruppen haben, bei denen die gerade beschriebenen Schutzmechanismen nicht greifen. Dazu gehören vor allem Dienstleistungsunternehmen, Ärzte und der Ersatzberechtigte aus einer unerlaubten Handlung. Diesen Personen ist es gerade nicht möglich, Kundeninformationen einzuholen oder ihre Leistung anderweitig abzusichern. Aber auch hier spielt die Krediterschleichung keine Rolle. Gerade Ärzte und Ersatzberechtigte werden vielfach ohne ihr Zutun in die Gläubigerstellung gedrängt, sodass hier der Kredit nicht „erschlichen“ werden muss. Gleiches gilt für Dienstleistungsunternehmen, die heute aufgrund der angespannten wirtschaftlichen Lage kaum eine Wahlmöglichkeit bei ihren Schuldnern haben, wollen sie sich auf dem Markt behaupten. Das Problem der Krediterschleichung stellt sich daher eher auf der theoretischen Ebene.

¹²⁷ Hromadka in: JuS 1980, 89 (93); Melsheimer, Sicherungsübereignung und Registerpfandrecht, 22, 27, 30ff, 83ff.

¹²⁸ Beim Eigentumsvorbehalt liegen im Rahmen der Eigentumsübertragung Einigung und Übergabe vor. Die Einigung steht jedoch unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I) der vollständigen Kaufpreiszahlung. Der Vorbehaltskäufer erwirbt ein dingliches Anwartschaftsrecht, das mit Zahlung der letzten Kaufpreistrate zum Vollrecht erstarkt. Der Eigentumsvorbehalt ist in § 449 niedergelegt, sollte aber zunächst nur ein Auslegungsproblem lösen und keine sachenrechtlichen Aussagen treffen (Hahn-Mugdan, S. 1771 (Motive) und S. 780ff. (Protokolle); MüKo-Westermann, § 449 Rn. 1). Später wurde der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsrecht anerkannt. Dabei ging die Rechtssprechung zunächst davon aus, das eine Sicherung der Kaufpreisforderung vorgenommen wird (RGZ 67, 383 (386); BGHZ 34, 191 (198)). Später korrigierte man diese Ansicht, indem man annahm, dass die Sicherung nur für die Rechte des Verkäufers im Falle der Rückabwicklung des Vertrages dienen soll (BGHZ 54, 214 (219); Blomeyer in: JZ 1968, 691 (693), relativierte die Aussage jedoch insoweit, als daneben auch die Kaufpreisforderung gesichert wird (BGHZ 70, 96 (101)).

¹²⁹ Ziel der Herstellerklausel (oder auch Verarbeitungsklausel) ist es, dem Rohstofflieferanten das Eigentum an den Rohstoffen entgegen §§ 946 ff. auch bei der Verarbeitung zu erhalten. Die tatsächliche Möglichkeit einer solchen Vereinbarung ist anerkannt. Streit besteht lediglich über die Konstruktion. Teilweise geht man davon aus, die Klausel bedinge die §§ 946 ff. ab, sodass der Lieferant immer Eigentümer bleibt (Baur-Stürmer, § 53 b I 3, III; Dolezalek in: AcP 195, 392ff; Flume in: NJW 1950, 841ff.). Andere sehen in der Klausel eine Vereinbarung über die Person des Herstellers i.S.d. § 950, sodass der Lieferant wiederum Eigentümer bleibt (BGHZ 14, 114 (117); 20, 159 (163); BGH WM 1972, 188 (189)). Schließlich wird vertreten, dass es sich bei der Herstellerklausel lediglich um eine antizipierte Rückübereignung handelt, sodass der Rohstofflieferant lediglich Durchgangseigentum erhält mit der Gefahr einer zwischenzeitlichen Belastung beim Schuldner (Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 519; Westermann, SachenR I, 53 III e; Wieling, SachenR, § 11 II 4h).

3. Sicherungsübereignung in der Insolvenz

a. Sicherungsgeber gerät in die Insolvenz

Wird der Sicherungsgeber insolvent, so hat der Sicherungsnehmer ein Interesse daran, sein Sicherungseigentum herauszuverlangen. Wie er dies realisieren kann, war bisher in der KO für das Sicherungseigentum nicht ausdrücklich geregelt.

aa) Rechtslage bis zum 01.01.1999

Wie bereits im Recht der Zwangsvollstreckung stellte man sich auch hier die Frage, ob man im Konkurs des Sicherungsgebers auf die formale Eigentümerstellung des Sicherungsnehmers abstellt und ihm damit ein Aussonderungsrecht gem. § 43 KO zustehen sollte, oder ob man im Hinblick auf die Pfandrechtsähnlichkeit vielmehr nur ein Absonderungsrecht gem. § 48 KO gewähren sollte. Während der Aussonderungsberechtigte die Herausgabe der Sache verlangen konnte, hatte der Absonderungsberechtigte grundsätzlich nur das Recht auf vorzugsweise Befriedigung¹³⁰.

Die herrschende Meinung gewährte dem Sicherungsnehmer lediglich ein Absonderungsrecht und begründete dies mit der wirtschaftlichen Funktion des Sicherungsgutes und seinem pfandrechtsähnlichen Charakter¹³¹. Damit wurde dem Sicherungsnehmer zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung lediglich ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus einem bestimmten Massegegenstand zugestanden. Gem. § 127 II KO bestand jedoch die Möglichkeit, auf die Verwertung durch den Konkursverwalter zu verzichten, wovon in aller Regel auch Gebrauch gemacht worden ist. Der über die Sicherungsabrede meist zum freihändigen Verkauf berechtigte Sicherungsnehmer konnte daher die Sache herausverlangen, freihändig verwerten und musste lediglich den Überschuss an die Konkursmasse abführen. Zu keinem anderen Ergebnis kam auch die Mindermeinung¹³², die ausgehend von der formalen Stellung des Sicherungsnehmers als Eigentümer diesem ein Aussonderungsrecht zugestand. Danach besteht ein Anspruch auf Herausgabe eines bestimmten, in der Masse befindlichen Gegenstandes, der dem Gemeinschuldner nicht gehört. Aber auch in diesem Fall war der Sicherungsnehmer verpflichtet, den Überschuss an die Konkursmasse zurückzuführen.

¹³⁰ Baumann, Konkurs und Vergleich, S. 106ff.

¹³¹ RGZ 124, 73 (75); 145, 188 (193); 157, 40 (45); BGH NJW 1962, 46, 1978, 632; Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 57 V 1.

¹³² Grunsky in: JuS 1984, 497 (500); ders, Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts, § 4 III 3b.

Damit kamen beide Vorgehensweisen im Grunde zum gleichen Ergebnis¹³³. Gleich, über welches Recht der Sicherungsnehmer seine Sache herausverlangen konnte, bereitete die Sicherungsübereignung jedoch massive Probleme in der Konkursabwicklung, die schließlich auch zur Neuregelung in der Insolvenzordnung geführt haben.

Wurde über ein Unternehmen der Konkurs eröffnet, so nahmen die Sicherungsnehmer in der Regel ihr Eigentum aus dem Betrieb heraus, woran sie durch den Konkursverwalter nicht gehindert werden konnten. Dadurch war ein sanierendes Weiterarbeiten des Betriebes oft unmöglich, angelaufene Produktionen konnten nicht sinnvoll fertiggestellt und entsprechend auch nicht vernünftig veräußert werden¹³⁴. Daneben fiel der Konkursertrag erheblich niedriger aus, als bei der Veräußerung des ganzen Betriebes oder wenigstens zusammenhängender Betriebsteile. Die Ausgliederung der Sicherungsgüter schmälerte damit die Konkursmasse.

Weiterhin verursachten die Sicherungsnehmer auch erhöhte Kosten, die nach der Konkursordnung *de lege lata* nicht auf diese umgelegt werden durften¹³⁵ und damit die Befriedigungsquote der ungesicherten Gläubiger verminderte¹³⁶. Zum einen ist es aufgrund der mangelnden Publizität der Sicherungsübereignung oft schwierig und vor allem kostenaufwendig, den Sicherungseigentümer ausfindig zu machen, sodass hohe Feststellungskosten anfielen. Weiterhin muss die Sache häufig bis zum Bekanntwerden des Sicherungsnehmers weiter erhalten werden, was ebenfalls Kosten verursachte. Schließlich fällt nach umstrittener, aber mittlerweile gefestigter Rechtsprechung bei der Verwertung des Sicherungsgutes Umsatzsteuer an, welche aus der Konkursmasse zu entrichten ist¹³⁷. Nach der KO stand dem Sicherungs-

¹³³ Der scheinbar einzige Unterschied ergibt sich aus § 64 KO (so Baumann, Konkurs und Vergleich, 1981, § 10 I 3a); der absonderungsberechtigte Gläubiger kann gegen den Konkurschuldner seiner Forderung nur noch in der Höhe beanspruchen, mit welcher er bei der Absonderung ausgefallen ist. Teilweise wird im Gegenzug geschlossen, dass der Aussonderungsberechtigte mangels anderer Regelung durchaus noch seine gesamte Forderung gegen den Konkurschuldner geltend machen können soll. Es fehlt jedoch nur deshalb eine Regelung, weil die Sicherungsübereignung dem Gesetz gerade nicht bekannt ist. Nach dem Sicherungszweck darf das Sicherungseigentum dem Sicherungsnehmer nicht endgültig gehören, sondern es soll bloß seine Forderung sichern (Lwowski in: ZIP 1980, 953 (955); Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. III S. 266). Daraus muss jedoch auch folgen, dass der Sicherungseigentümer im Konkurs über das Vermögen des Sicherungsgebers ebenfalls nicht aussondern und außerdem Befriedigung aus seiner Forderung verlangen darf. Daher begründet auch § 68 KO keinen Unterschied, ob man dem Sicherungsnehmer nun ein Aus- oder Absonderungsrecht gewährt.

¹³⁴ Landfermann in: KTS 1987, 381 (383).

¹³⁵ Landfermann in: KTS 1987, 381 (384).

¹³⁶ Zum Teil wurden aus § 683 BGB und anderen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften Erstattungspflichten des Sicherungsgläubigers gegenüber der Konkursmasse hergeleitet (OLG Stuttgart ZIP 1980, 528; LG Bayreuth KTS 1972, 269; Borchers in: KTS 1972, 237; Kilger, § 43 KO Anm. 3 b CC), welche jedoch mit dem damals geltenden Recht nicht vereinbar gewesen sein dürften. (so auch Kuhn/Uhlenbruck § 43 Rn. 70a-70i).

¹³⁷ BFH BStBl II 1972, 809; 1978, 684; BGHZ 58, 292 (294); 77, 139 (144); zweifeln dann BFH BStBl II 1983, 694; Rückkehr zur früheren Rspr. in BFH ZIP 1987, 1134.

nehmer jedoch der Bruttoertrag aus der Verwertung zu, sodass auch die Umsatzsteuer nicht auf ihn umgelegt werden konnte und so zu einer Massebelastung führte, die sich allein nachteilig auf die ungesicherten Gläubiger auswirkte.

Die Sicherungsübereignung und ihre Regelung in der Konkursordnung machte eine sinnvolle Konkursabwicklung daher nahezu unmöglich. Wegen der hohen Kosten und des geringen Konkursertrages mussten eine Vielzahl von Konkursanträgen mangels Masse abgelehnt werden¹³⁸. Aus diesem Grund wurde 1999 die KO reformiert.

bb) Rechtslage ab dem 01.01.1999 – Insolvenzordnung

Die oben genannten Kritikpunkte wurden durch die Einführung der Insolvenzordnung nahezu vollständig beseitigt. Gem. § 51 InsO wird nun der Sicherungsnehmer als absonderungsberechtigter Gläubiger in das Insolvenzverfahren mit einbezogen; die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 127 II KO wurde jedoch abgeschafft. Sofern sich daher zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung das Sicherungsgut im Besitz des Insolvenzverwalters befindet, ist ausschließlich dieser zur Verwertung berechtigt, vgl. § 166 I InsO. Er kann das Sicherungsgut des Weiteren verwenden bzw. verarbeiten, vgl. § 172 InsO. Dadurch kann der Betrieb sinnvoll weiterarbeiten und als Ganzes veräußert werden.

Daneben werden nun gem. §§ 170, 171 InsO den gesicherten Gläubigern auch gewisse Kosten auferlegt – den sogenannten Verfahrensbeitrag. Dazu zählen Feststellungskosten in Höhe von 4 % und Verwertungskosten in Höhe von 5% des Bruttoerlöses sowie 16 % Umsatzsteuer gerechnet auf den Nettoerlös sowie tatsächlich angefallene Erhaltungskosten. Der Verfahrensbeitrag beläuft sich daher auf etwa 23,8 % des Bruttoerlöses¹³⁹. Die von der Sicherungsübereignung aufgeworfenen Probleme im Rahmen des Konkursrechtes scheinen daher behoben zu sein.

cc) Ergebnis: Notwendigkeit einer materiellrechtlichen Reformierung der Mobiliarsicherheiten aus insolvenzrechtlicher Sicht

Aus dem Insolvenzverfahren stammten bislang die heftigsten Beschwerden über die Sicherungsrechte. Es fragt sich daher, ob mit der Insolvenzrechtsreform alle bestehenden Schwächen beseitigt worden sind und deshalb eine materiellrechtliche Korrektur des Sicherungsinstitutes aus Sicht des Insolvenzrechtes obsolet ist.

In der Planungsphase der Insolvenzrechtsreform wurde immer wieder herausgehoben, dass es sowohl einer Korrektur der Konkursordnung, als auch einer Verände-

¹³⁸ Im Jahre 1982 waren es zum Beispiel 73 % mangels Masse abgelehnte Anträge, sowie weitere 30% mangels Masse eingestellte, mithin 82 % Insolvenzanträge ohne rechtlich geordnetes Verfahren (vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1983,S. 132-134; 1985 waren es zum Beispiel 75 % aller Konkursanträge; vgl. Dorndorf/Frank in: ZIP 1985, 65 (66).

¹³⁹ Eckhardt in: ZIP 1999, 1734 (FN5).

rung im materiellen Recht der Sicherungsübereignung bedarf¹⁴⁰. Der Bundesjustizminister entschied sich im Jahre 1976 jedoch lediglich für die Reformierung der Konkursordnung. Ob damit jedoch auch die vom materiellen Recht aufgeworfenen Probleme gelöst sind, kann anhand der Gegenüberstellung der bestandenen Probleme mit ihren Lösungen herausgearbeitet werden.

(1) Massearmut

Wie bereits dargestellt, war eines der schwerwiegendsten Probleme der Konkursordnung die Massearmut und die dadurch erhöhte Zahl an nicht eröffneten bzw. abgewiesenen Insolvenzanträgen.

(a) Ausgliederung der Sicherungsgüter

Sie entstand wie beschrieben zum einen dadurch, dass die Sachen durch den Sicherungsnehmer frühzeitig aus dem Betrieb ausgegliedert werden konnten¹⁴¹. Diese Masseschmälerung war jedoch keine spezifische Eigenart der Sicherungsübereignung, sondern resultierte aus den von der KO bereitgestellten Aus- und Absonderungsrechten sowie der Regelung des § 127 II KO, die es erst möglich machten, das Sicherungsgut auch während des Konkurses noch aus der Konkursmasse herauszunehmen und so die oben beschriebenen Folgen auszulösen. Dieses Absonderungsrecht bestand de lege lata nur für das Pfandrecht, bei dessen Bestellung bereits die Sicherungssache aus dem Besitz des Sicherungsgebers und damit des Betriebes herausgelöst wird und so deutlich wird, dass man auf sie für ein Weiterarbeiten des Betriebes durchaus verzichten kann. Ohne auf die spezifische Besonderheit der Sicherungsübereignung als besitzloses Sicherungsrecht zu achten, wurde dieses Absonderungsrecht modifikationslos auf sie übertragen. Folge war, dass die Sicherungssachen aus dem Betrieb ausgegliedert werden konnten, obwohl man auf sie ökonomisch gesehen gerade nicht verzichten konnte. Das Problem der Massearmut lag daher weniger im Institut der Sicherungsübereignung selbst, denn mehr in der Ausdehnung der Absonderungsrechte sowie der Regelung des § 127 II KO. Indem unter der Insolvenzordnung gem. § 166 I InsO das Ausgliedern der Sicherungsgüter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr möglich ist, versuchte man diesem Problem zu begegnen. Kritisch anzumerken ist jedoch, dass gem. §§ 166 I i.V.m. 173 I InsO eine Herausnahme der Sicherungsgüter aus der Masse nach wie vor möglich ist, solange sie nur vor der Insolvenzeröffnung erfolgt und von der Sicherungsabrede vorgesehen wird¹⁴². Gerade die Hausbank und die Kreditgeber mit einem aktiven Kreditrisikomanagement werden jedoch regelmäßig

¹⁴⁰ Dorndorf/Frank in: ZIP 1985, 61 (65); Drobniig in: Empfehlungen des deutschen Juristentages von 1976 F 85; ders. in ZGR 1986, 252 (257); Serick, *Einhundert Jahre Konkursordnung 1977*, S. 271, 292; ders., *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band V, S. 319; Uhlenbruck in: NJW 1975, 897 (901).

¹⁴¹ Siehe Seite 32.

¹⁴² Bork, *Einführung in das neue Insolvenzrecht*, Rn. 255.

frühzeitig über die nötigen Kenntnisse verfügen, um der Insolvenzeröffnung zuvor zu kommen¹⁴³. Dann kommt es wieder zu den beschriebenen negativen Folgen. Auch hinsichtlich der Kostentragung entscheidet nun wieder das in der Sicherungsabrede Vereinbarte, sodass die Kosten dann zu Lasten der Masse fallen, wenn sie nicht mit dem Sicherungsrecht abgesichert sein sollten¹⁴⁴. Mit der Insolvenzordnung ist das Problem der Masseschmälerung durch Sicherungsnehmer daher nur teilweise behoben worden.

Da sich dieses Problem wie gezeigt, nicht auf der materiellrechtlichen Ebene der Sicherungsübereignung, sondern auf der insolvenzrechtlichen Ebene ansiedelt, kann es nur auf der insolvenzrechtlichen Seite gelöst werden. Lösungsvorschläge dazu sollen jedoch nicht Gegenstand der Arbeit sein. Die nach wie vor bestehende Gefahr der Massearmut durch frühzeitige Ausgliederung der Sicherungsgüter kann also für sich gesehen keine Reform des materiellen Sachenrechts begründen.

(b) Verwertungskosten und Steuerschulden

Des Weiteren wurde die Masse wie gezeigt zusätzlich mit Kosten, wie Verwertungskosten und Steuerschulden belastet¹⁴⁵. Aber auch dieses Problem resultiert nicht aus der Ausgestaltung der Sicherungsübereignung, sondern aus der fehlenden konkursrechtlichen Regelung, diese Kosten auf den Verursacher abwälzen zu können. Mit den Regelungen der §§ 170, 171 InsO wurde dieses Problem gelöst und kann deshalb keine Reformierung des materiellen Sachenrechts rechtfertigen¹⁴⁶.

(c) Feststellungskosten

Schließlich verursachten die hohen Feststellungskosten, die nicht auf die Sicherungseigentümer abgewälzt werden konnten eine erhebliche Masseschmälerung. Bei diesem Problem kumulierten die Schwächen des Insolvenzrechtes mit denen des materiellen Sachenrechts. Aufgrund der materiellrechtlich festgelegten Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung gestaltete sich die Feststellung der Sicherungsnehmer schwierig, aufwendig und kostenintensiv. Die eigentliche Massebelastung hat wiederum ihren Grund in der fehlenden Möglichkeit seitens der KO, diese Kosten auf den Sicherungsnehmer abzuwälzen. Durch den in den § 170 I 1, 171 I 2 InsO eingeführten Verfahrensbeitrag, wonach die entstandenen Feststellungskosten pauschal auf den Sicherungsnehmer abgewälzt werden, wurde dieses von dem materiellen Recht aufgeworfene und von der KO verstärkte Problem gelöst. Auch dieser ehemals große konkursrechtliche Kritikpunkt kann heute eine materiellrechtliche Änderung des Kreditsicherungsrechts nicht mehr rechtfertigen.

¹⁴³ Eckhardt in: ZIP 1999, 1734 (1735).

¹⁴⁴ Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rn. 256.

¹⁴⁵ Siehe Seite 32ff.

¹⁴⁶ Anzumerken ist allerdings, dass bereits wieder Stimmen laut werden, die für die Abschaffung der Kostenübertragung plädieren. So Mordhorst, Die Behandlung vertraglicher Mobiliarsicherheiten im US-amerikanischen und deutschen Insolvenzrecht, 2003, S. 397.

(d) Zwischenergebnis

Die von der Sicherungsübereignung aufgeworfenen konkursrechtlichen Probleme scheinen mit der Insolvenzrechtsreform gelöst bzw. nur durch eine weitere Korrektur der Insolvenzordnung lösbar zu sein.

(2) Gläubigergleichbehandlung

Ein nicht nur, aber dennoch maßgeblich von der Sicherungsübereignung aufgeworfenes konkursrechtliches Problem fand jedoch in den Gesetzesbegründungen zum Insolvenzrecht kaum Beachtung.

Das Insolvenzrecht war und ist auch heute noch wesentlich vom Grundsatz der *par conditio creditorum* – dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung – geprägt¹⁴⁷. Ausgangspunkt dieses Prinzips ist die Tatsache, dass gesicherte wie ungesicherte Gläubiger bei einer Insolvenz des Schuldners in einer Gefahrengemeinschaft stehen. Unter Zugrundelegung dieser Ausgangsposition sollten daher die gesicherten wie ungesicherten Gläubiger sowohl miteinander als auch untereinander im Konkurs eines Unternehmens gleich behandelt werden.

(a) Rechtfertigung der Gläubigergleichbehandlung

Zunächst ist zu fragen, ob eine solche Gleichbehandlung überhaupt gerechtfertigt ist. Wird dies verneint, so ist selbst bei einer diesbezüglich unzulänglichen Insolvenzordnung eine Reform des materiellen Sachrechts nicht nötig. Besteht jedoch tatsächlich ein Bedürfnis nach Gläubigergleichbehandlung, so ist zu prüfen, ob die Insolvenzordnung diesem gerecht wird.

Eine Gleichbehandlung wird weitgehend als durchaus gerechtfertigt angesehen¹⁴⁸. Zwar hat jeder Gläubiger prinzipiell die Möglichkeit sich zu sichern und dürfte daher auch das Risiko tragen, wenn er es nicht tut, eine Vielzahl der ungesicherten Gläubiger befinden sich jedoch in dieser Situation, weil ihnen aus faktischen oder rechtlichen Gründen eine Sicherungsmöglichkeit versagt bleibt. Dazu gehören vor allem eine große Zahl von Dienstleistungserbringern, die aufgrund des ständig bestehenden Konkurrenzdruckes nicht in der Position sind, Sicherheiten verlangen zu dürfen. Zu nennen sind des Weiteren auch die unfreiwillig Kredit Gewährenden. Dazu gehören unter anderem Ärzte, die aus unerlaubten Handlungen Berechtigten und Arbeitnehmer, die aufgrund des gespannten Arbeitsmarktes faktisch zu Kompromissen beim Lohnverzug gezwungen sind. Schließlich wurde bereits dargestellt, dass das Vertrauen im Hinblick auf die Sicherungsfreiheit des Eigentums

¹⁴⁷ Hess, Einl. zu § 1 Rn. 2; Häsemeyer in: KTS 1982, 507 (509); Uhlenbruck in: NJW 1975, 897ff.

¹⁴⁸ Drobniß in: Gutachten für den 51. deutschen Juristentag 1976, F 88; Hanisch in: ZJP 1977, 1 (4); Henckel in: Referat vor dem 51. deutschen Juristentag 1976, S. 250; dagegen aber Engelhard in ZIP 1986, 1287 (1289, 1290), jedoch nur unter dem Gesichtspunkt eines Aufbesserungsbeitrages der gesicherten Gläubiger zu Gunsten der ungesicherten Gläubiger.

nach wie vor geschützt ist. Es ist daher auch durchaus denkbar, dass Gläubiger trotz einer prinzipiellen Möglichkeit auf eine Sicherung verzichten, ohne dass dies als fahrlässig zu qualifizieren ist. Unter Berücksichtigung dieser Gläubigergruppen ist es also durchaus gerechtfertigt, gesicherte und ungesicherte Gläubiger gleich zu behandeln.

Dem wird jedoch entgegengehalten, dass die ungesicherten Gläubiger keine homogene Gruppe bilden und deshalb als solche auch nicht schutzwürdig sind¹⁴⁹. Unter den ungesicherten Gläubigern finden sich allzu häufig auch große Unternehmen, die das Risiko bewusst eingehen, Berechtigte aus Waren- und Finanztermingeschäften, sowie die Überziehungskredit gewährenden Banken. Diese Gläubigergruppen hätten in der Tat die Möglichkeit gehabt, sich zu sichern und können sich auch nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen berufen. Aus ihrem leichtfertigen Verhalten sollten also keine weitergehenden Schutzmechanismen resultieren. Es wäre jedoch verfehlt, dies zum Anlass zu nehmen, allen ungesicherten Gläubigern – auch den gezwungenermaßen ungesicherten – den Schutz, den die Gläubigergleichbehandlung bietet, zu nehmen. Zum einen kommt dem Gesetzgeber die Aufgabe zu, auch und gerade dem Minderheitenschutz zu dienen. Gerade weil die gezwungen ungesicherten Gläubiger keine starke Gruppe bilden, müssen sie geschützt werden. Hinzukommend gelingt es nur äußerst selten, schutzwürdige Gruppen zu bilden, in denen dann auch tatsächlich alle schutzwürdig sind. Ein vielbemühertes Beispiel bietet der Verbraucherschutz. Hier werden pauschal dem Verbraucher weitergehende Rechte eingeräumt¹⁵⁰, um so ein „für gewöhnlich“ bestehendes Kenntnisgefälle zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer auszugleichen¹⁵¹. Ob ein solches Ungleichgewicht tatsächlich vorliegt, wird nicht geprüft. Dennoch sind auch hier eine Vielzahl von Fällen denkbar, in denen keineswegs ein Kenntnisgefälle besteht¹⁵² – dennoch wird der Schutz gewährt. Die Tatsache, dass die ungesicherten Gläubiger keine homogene Gruppe bilden, kann daher nicht als taugliches Argument angesehen werden, den tatsächlich ungesicherten Gläubigern den Schutz zu verweigern.

Schließlich wird vorgebracht, kleinere und mittlere Unternehmer – typischerweise gezwungen ungesicherte Gläubiger – müssen „mit dem rauen Klima der freien Marktwirtschaft“ zurechtkommen¹⁵³. Sie zu schützen, würde eine Anwendung von Sozialrecht auf kleinere und mittlere und Wirtschaftsrecht auf größere Unternehmen bedeuten. Gefordert wird daher, es dem Markt zu überlassen, wie die einzelnen Gläubiger zueinander stehen. Dies ist aus der wirtschaftlichen Sicht betrachtet sicher das „gerechteste“ Ergebnis. Man sollte jedoch nicht vergessen, dass

¹⁴⁹ Wilmowsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, S. 144.

¹⁵⁰ vgl. die erweiterten Widerrufsrechte gem. §§ 312, 312d, 485, 495 oder die Sonderregeln zum Verbrauchsgüterkauf gem. §§ 474ff.

¹⁵¹ Brox, Schuldrecht AT, § 19 Rn. 1; Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 558.

¹⁵² z.B.: der Verbraucher ist Unternehmer, tritt aber lediglich in diesem Geschäft als Verbraucher auf.

¹⁵³ Dorndorf/Frank in: ZIP 1985, 65 (71), von Wilmowsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, S. 145.

Deutschland trotz aller Bedenken ein Sozialstaat ist, in dem es gerade nicht ausschließlich der Wirtschaft überlassen wird, welche Entwicklung das Land nimmt, sondern das geprägt ist vom lenkenden Eingreifen des Staates. Es widerspricht mithin nicht der freien Marktwirtschaft, kleineren und mittleren Unternehmen Hilfestellung zu bieten. Nur so können Monopolstellungen vermieden, der Wettbewerb geschützt und Arbeits- und Ausbildungsplätze gesichert werden. Da die Betrachtung rechtlicher Probleme nie isoliert erfolgen darf, kann man die gezwungen ungesicherten Gläubiger daher gerade nicht auf „den rauen Wind der freien Marktwirtschaft“ verweisen. Das Ziel der Gläubigergleichberechtigung ist daher durchaus gerechtfertigt

(b) Würdigung in der Insolvenzordnung

Dennoch lässt es sich leicht belegen, dass es der Konkurs- bzw. Insolvenzordnung zu keinem Zeitpunkt gelungen ist, eine solche Gleichstellung zu erreichen¹⁵⁴. Zwar werden in der InsO alle Gläubiger zunächst von der Insolvenz des Schuldners benachrichtigt, in das Insolvenzverfahren mit einbezogen und im gleichen Maße an den Kosten beteiligt, die InsO sieht jedoch wie auch schon die KO noch immer Vorrechte, wie die Aus- und Absonderungsrechte vor, die es den gesicherten Gläubigern möglich machen, durch die vorrangige Befriedigung zu einer höheren Befriedigungsrate zu kommen, als die ungesicherten Gläubiger. Diese Unterschiede werden auch nicht durch den Verfahrensbeitrag ausgeglichen, da dieser nur die tatsächlich entstandenen Kosten deckt, jedoch keine Vermögensumverteilung zugunsten von in der Insolvenz benachteiligten Gläubigern vornimmt. Eine vollständige Gleichstellung wäre nur mit der Abschaffung der Vorrechte zu erreichen, was jedoch aus wirtschaftlichen Erwägungen bisher abgelehnt worden ist¹⁵⁵.

Es bestand also seit jeher ein Konflikt zwischen dem insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auf der einen und der wirtschaftlichen Notwendigkeit der Vorrechte auf der anderen Seite¹⁵⁶. Ziel muss es daher sein, diese widerstreitenden Grundsätze zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Gerade bei der Sicherungsübereignung scheint dieses Ziel jedoch nicht erreicht worden zu sein. Vielmehr entbehrt die Gewährung von Vorrechten gegenüber den Sicherungseigentümern einer sachlichen Rechtfertigung.

Fehlt es Gläubigern an der faktischen oder rechtlichen Möglichkeit, sich zu sichern, so besteht deren einziges Mittel, eigene Verluste zu vermeiden darin, gar nicht erst Gläubiger zu werden¹⁵⁷. Aufgrund der Publizitätslosigkeit der Siche-

¹⁵⁴ Häsemeyer in: KTS 1982, 507 (512).

¹⁵⁵ Hanisch in: ZZZP 77, 1 (27); Uhlenbruck in: NJW 1975, 897 (900).

¹⁵⁶ Hanisch in: ZZZP 77, 1 FN 3.

¹⁵⁷ Dies gilt beschränkt auch für die gezwungenermaßen ungesicherten Gläubiger. Sie können einem geschäftlichen Kontakt von vornherein aus dem Weg gehen, wenn sie mit einem Kreditverfall rechnen. Zu einer Zwangssituation kommt es dann nicht. Eine Ausnahme dürften die Ärzte bilden, die zur Hilfe verpflichtet sind und damit tatsächlich jederzeit zu zwangsweise ungesicherten Kreditgebern werden können.

rungsübereignung haben die ungesicherten Gläubiger jedoch nicht die Möglichkeit, das Risiko der ungesicherten Kreditierung zu erkennen und entsprechend zu reagieren. Genauso dürfte die Publizitätslosigkeit viele Gläubiger schaffen, die gerade aufgrund der Annahme eines fehlenden Risikos auf eine Sicherung verzichtet haben. Dabei ist ihr Vertrauen durchaus schutzwürdig¹⁵⁸. Je geringer also ihre Verhandlungsmacht ist, umso weniger können sie über die Vorwegverteilung der Masse Kenntnis nehmen. Das Institut der Sicherungsübereignung führt daher zu einem zahlenmäßigen Ansteigen der ungesicherten Gläubiger, die dann auch noch nachrangig befriedigt werden.

Diese Problem wurde bei den Verhandlungen zur Insolvenzordnung zwar erkannt, jedoch nicht gelöst. Man hatte die vollständige Abschaffung der Vorrechte erwogen¹⁵⁹, sie jedoch im Ergebnis abgelehnt. Zum einen wäre der Wert von Sicherungsmitteln im Insolvenzverfahren nahezu unberechenbar. Alle dinglichen Sicherheiten, die materiellrechtlich wirksam sind, müssen im Insolvenzverfahren jedoch auch als vollwertig anerkannt werden¹⁶⁰. Des Weiteren wäre die Insolvenzfestigkeit der Sicherungsübereignung praktisch beseitigt gewesen; sie wäre als Kreditunterlage unbrauchbar¹⁶¹, eine moderne Wirtschaft damit unmöglich¹⁶².

Eine weitere Idee war die Einführung eines pauschalen Verfahrensbeitrags, der über die tatsächlichen Kosten hinausgeht und als "Aufbesserungsbeitrag" zur Masseanreicherung der gesicherten Gläubiger an die ungesicherten Gläubiger zu verstehen ist¹⁶³. Aber auch dies ist im Ergebnis abgelehnt worden, da er als ordnungspolitisch verfehlt galt, zumal er nur den Inhabern der besitzlosen Mobiliarsicherheiten auferlegt werden sollte¹⁶⁴.

Neben den möglichen Wegen, dieses Problem im Rahmen der Insolvenzordnung anzugehen, besteht jedoch auch die Möglichkeit, das materielle Sachenrecht zur Problemlösung zu bemühen. Wie gezeigt, ist die Hauptursache für das zahlenmäßige Ansteigen der ungesicherten und nicht gleich behandelten Gläubiger die

¹⁵⁸ Siehe Seite 36.

¹⁵⁹ Dorndorf/Frank in: ZIP 1985, 65 (69); dies war jedoch ohnehin nur eine andere Bezeichnung: Die besitzlosen Mobiliarsicherungsgläubiger sollten dennoch bevorzugte Insolvenzgläubiger sein (Leitsatz 3.3.2 Satz 1), so auch Drobniß in: ZGR 1986, 252 (261).

¹⁶⁰ Landfermann in: ZIP 1986, 399.

¹⁶¹ Drukarczyk in: ZIP 1987, 205 (216); Serick, Sicherungsübertragung und Eigentumsvorbehalt, Band VI, § 82 VI 17-34.

¹⁶² Dorndorf/Frank in: ZIP 1985, 65 (70); Hanisch in: ZZP 77, 1 (27); Jaeger/Lent, KO Bd. I, 1958, S. LIV.

¹⁶³ Drobniß in ZGR 1986, 266; Landfermann in: KTS 1987, 381 (392). Diskutiert wurde ein Beitrag von 15%, 25% sowie 50%, der die tatsächlichen Kosten incl. der Steuer umfassen sollte. Es war jedoch niemanden klar, welche Anteile der gewählten Pauschale tatsächlich auf den Kostenersatz bzw. die Masseanreicherung entfallen sollten. Gerade dieser Mangel an überzeugenden Maßstäben für die Fixierung dieses Aufbesserungsbeitrages, sowie das Fehlen jeglicher Abschätzung seiner Wirkung auf die Befriedigungsaussichten der ungesicherten Gläubiger führte jedoch im Ergebnis zu einer Ablehnung dieser Pauschale. Mit 23,8% liegt der heutige Verfahrensbeitrag nur unwesentlich niedriger, deckt aber nur die tatsächlich angefallenen Kosten.

¹⁶⁴ Engelhard in: ZIP 1986, 1287 (1289).

Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung. Führt man also eine Publizitätspflicht für diese Sicherungsrechte ein, so kann die in der Insolvenz auftretende Gläubigerungleichbehandlung zwar nicht gänzlich beseitigt, jedoch immerhin abgemildert werden. Potentielle, ungesicherte Gläubiger könnten von ihrer nachrangigen Stellung Kenntnis nehmen und von Geschäftsbeziehungen Abstand nehmen. Dies erkannte auch schon die Insolvenzrechtskommission, welche die Notwendigkeit des Solidaropfers der Sicherungsgläubiger aus der fehlenden Publizität ihrer Sicherheiten begründete. Da ein Solidaropfer in Form des „Aufbesserungsbeitrages“ abgelehnt wurde, kann man nur die Publizitätslosigkeit bekämpfen. Aus insolvenzrechtlicher Sicht ist daher auch nach der Insolvenzrechtsreform eine Reformierung des materiellen Kreditsicherungsrechts durchaus sinnvoll. Die Symptombekämpfung im Rahmen der Insolvenzrechtsreform hat damit nicht zum Verschwinden aller Nachteile geführt – übrig bleibt nur noch die Ursachenbekämpfung.

(3) Ergebnis

Die Gegenüberstellung der im Rahmen der Sicherungsübereignung aufgetretenen insolvenzrechtlichen Probleme sowie deren Lösungen im Rahmen der Insolvenzrechtsreform machen deutlich, dass trotz umfangreicher Novellierungen auch eine Reform der Mobiliarsicherheiten nicht umgangen werden kann.

b. Sicherungsnehmer gerät in die Insolvenz

Gerät in sehr seltenen Fällen der Sicherungsnehmer in die Insolvenz, so hat auch der Sicherungsgeber ein Interesse daran, sein Sicherungsgut herauszuverlangen bzw. auch während des Insolvenzverfahrens zu behalten. Wie er dies realisieren kann, war wiederum in der Konkursordnung nicht geregelt und ergab sich mangels vorhandener zweckmäßiger Normierung aus dem Gewohnheitsrecht. Mit der Novellierung der Insolvenzrechtsordnung wurden ebensoweinig dahingehenden Regelungen eingeführt, sodass die unter der Konkursordnung entwickelten Grundsätze auch im Rahmen der Insolvenzordnung weiter gelten.

Zu unterscheiden ist dabei zunächst, ob der Sicherungsgeber wie üblich die Sache im Besitz hat, oder ob sie sich ausnahmsweise, beispielweise zu Ausbesserungszwecken, beim Sicherungsnehmer befindet. Ebenfalls einer gesonderten Betrachtung bedarf der Fall der auflösend bedingten Sicherungsübereignung.

aa) Besitz beim Sicherungsnehmer

Der Einfachheit halber soll hier zunächst der atypische Fall, bei dem das Sicherungsgut im unmittelbaren Besitz des Sicherungsnehmers steht, beleuchtet werden. Bei Betrachtung der reinen gesetzlichen Lage ist der Sicherungsnehmer Eigentümer, das Sicherungsgut gehört damit zur Insolvenzmasse und kann jederzeit vom Insolvenzverwalter verwertet werden. Dem Sicherungsgeber, dem allenfalls ein

schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch zusteht, hat danach lediglich eine in Geld zu verfolgende Insolvenzforderung. Dieses dogmatisch korrekte Ergebnis steht jedoch in einem starken Widerspruch zur Zwecksetzung der Sicherungsübereignung. Das Eigentum soll dem Sicherungsnehmer gerade nur zur Sicherung, nicht aber auch zur Verwertung zustehen; es soll gerade kein endgültiger Eigentumsübergang vorliegen. Der eher zwanghaft gewährte Rechtsüberschuss würde zu einer starken Übervorteilung des Sicherungsnehmers führen.

Um dem Sicherungszweck gerecht zu werden, gewährt man gewohnheitsrechtlich anerkannt dem Sicherungsgeber in der Insolvenz des Sicherungsnehmers ein Aussonderungsrecht. Da die bedingungslose Gewährung dieses Rechtes dem Sicherungsnehmer jedoch seiner Sicherheiten beraubt und der Zweck der Sicherungsabrede dadurch erneut missachtet wird, erfährt dieses Aussonderungsrecht einige Einschränkungen. Der Sicherungsgeber darf danach erst dann aussondern, wenn er die gesicherte Forderung beglichen hat oder der Sicherungszweck auf eine andere Art entfallen ist¹⁶⁵. An dieser Stelle ist zunächst fraglich, ob der Sicherungsgeber auch berechtigt sein soll, die Forderung vor Fälligkeit zu begleichen und damit sein Aussonderungsrecht herbeizuführen. Dies wird von der herrschenden Meinung verneint¹⁶⁶. Gem. § 271 II BGB besteht grundsätzlich auch schon vor Fälligkeit die Möglichkeit der Erfüllung. Eine Ausnahme davon bilden jedoch die verzinslichen Kredite (§ 488 III 3 BGB), da hier dem Kreditgeber durch die vorzeitige Rückzahlung Zinseinnahmen entgehen¹⁶⁷. Da die gesicherten Forderungen in aller Regel Darlehensforderungen sind, scheidet eine vorzeitige Erfüllbarkeit aus. Da dem Sicherungsgeber die Herbeiführung seines Aussonderungsrechtes an dieser Stelle verweigert wurde, stellt sich als nächstes die Frage, ob er das Aussonderungsrecht auch schon vor der Forderungsbegleichung hat oder die Sache bis zur endgültigen Zahlung tatsächlich zur Insolvenzmasse gehört. Letzteres wurde vereinzelt bejaht, stieß aber in der herrschenden Literatur auf verstärkte Kritik. Durchgesetzt hat sich vielmehr die Ansicht, dass der Sicherungsgeber auch vor der Forderungsbegleichung ein Aussonderungsrecht innehat, dies jedoch zunächst nicht durchsetzen kann, da dem Insolvenzverwalter bis zur Forderungsbegleichung ein Recht zum Besitz zusteht¹⁶⁸. Dieses Recht zum Besitz resultierte dabei nicht allein aus der noch nicht vollständig getilgten Forderung¹⁶⁹. Auch § 117 KO bzw. 148 InsO begründet kein Recht zum Besitz. Nach dieser Vorschrift steht dem Insolvenzverwalter zwar an dem zur Masse gehörenden Vermögen ein Recht zum Besitz zu, aus der

¹⁶⁵ RGZ 94, 305 (307); Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, § 57 VI 2; MüKo-Ganter, InsO-Komm, § 47 Rn. 375, § 51 Rn. 4; Palandt-Bassenge, § 930 Rn. 36; Serick in: KTS 1970, 89 (91); ders, Sicherungsübertragung und EV, Bd. III, S. 291 ff.

¹⁶⁶ Jaeger/Lent, § 43 KO, Rn. 41 a; MüKo-Ganter, InsO-Komm, § 47 Rn. 376; a.A. lediglich Baur/Stürmer, Insolvenzrecht, Rn. 14.24.

¹⁶⁷ Palandt-Heinrichs, § 271 Rn. 11.

¹⁶⁸ Jaeger/Lent, § 43 KO Rn. 39; Serick in: KTS 1970, 89 (92).

¹⁶⁹ Gerade dies wird jedoch proklamiert. Dabei wird jedoch verkannt, dass im umgekehrten Fall, indem der Sicherungsgeber im Besitz der Sache ist, der Konkursverwalter aufgrund seines Besitzrechtes die Sache herausverlangen kann, dies jedoch weder konkursrechtlich noch materiellrechtlich eine Stütze findet.

bereits bekannten Wertung sollte das Sicherungsgut jedoch gerade nicht zum Vermögen des Sicherungsnehmers und damit zum Vermögen der Insolvenzmasse gehören. Das Recht zum Besitz ergab sich vielmehr ausschließlich aus den Klauseln der schuldrechtlichen Sicherungsabrede. Im Falle des Besitzes seitens des Sicherungsnehmers ist also davon auszugehen, dass die Sicherungsabrede ein solches Besitzrecht auch vorsieht.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass dem Sicherungsgeber in der Insolvenz des Sicherungsnehmers ein Aussonderungsrecht zusteht, welches er jedoch aufgrund des Rechts zum Besitz seitens des Insolvenzverwalters erst bei vollständiger Erfüllung der Forderung oder bei sonstigem Wegfall des Sicherungsgrundes durchsetzen kann. Damit wird man der oben aufgeworfenen Zwecksetzung der Sicherungsübereignung bestens gerecht. Dem Sicherungsgeber bleibt auf Dauer sein Eigentum erhalten, der Sicherungsnehmer hingegen bleibt weiterhin gesichert.

bb) Besitz beim Sicherungsgeber

Der Regelfall der Sicherungsübereignung sieht jedoch vor, dass der Sicherungsgeber im Besitz der Sache bleibt. Er braucht daher nicht aussondern. Fraglich ist in dieser Konstellation vielmehr, ob und inwieweit dem Insolvenzverwalter ein Herausgabeanspruch zusteht. Wiederum lohnt es sich, die tatsächliche rechtliche Lage zu betrachten. Rein formal gehört die Sicherungssache zum Eigentum und damit auch zum Vermögen des Sicherungsnehmers. Dem Insolvenzverwalter steht mit Insolvenzeröffnung daher ein Besitzrecht aus § 117 KO bzw. § 148 InsO zu, welches ihn dann auch berechtigen würde, die Sache vom Sicherungsgeber herauszuverlangen. Wie oben jedoch bereits dargestellt, sollte sich im Falle der Sicherungsübereignung aus den genannten Normen gerade kein Besitzrecht für den Insolvenzverwalter ergeben. Ein solches kann also wiederum allenfalls aus den Klauseln der Sicherungsabrede entstammen. Im Regelfall der Sicherungsabrede hat danach der Sicherungsnehmer erst dann ein Recht zum Besitz, wenn die Forderung nicht rechtzeitig getilgt wird oder das Sicherungsgut abredewidrig behandelt wird.

Es bleibt also festzuhalten, dass im Falle der Sicherungsnehmerinsolvenz der Sicherungsgeber das Sicherungsgut nicht herausgeben braucht, er aber das Sicherungsmittel aufrechterhalten muss.

cc) Auflösend bedingte Sicherungsübereignung

Eine weitere zu beleuchtende Konstellation ist schließlich der atypische Fall der auflösend bedingten Sicherungsübereignung. Bei dieser fällt mit vollständig getilgter Forderung das Eigentum automatisch an den Sicherungsgeber zurück. Vorher hat er ein Anwartschaftsrecht inne. In dieser Konstellation besteht keine Veranlassung, dem Sicherungsgeber bereits früher, mit Insolvenzbeginn, das Eigentum zuzusprechen. Er ist auch anderweitig ausreichend geschützt. Zum einen hindern § 15 KO bzw. § 91 InsO seinen Eigentumserwerb nach Insolvenzbeginn nicht, da diese Vorschrift nach herrschender Ansicht nicht auf den Erwerb anwendbar war,

der aufgrund einer Bedingung eintrat¹⁷⁰. Auch sein Anwartschaftsrecht war nicht vernichtbar, da die Regelung des § 17 KO bzw. § 103 InsO nur für gegenseitige Verträge galt und daher auf die Sicherungsabrede nicht anwendbar war¹⁷¹. Der Sicherungsgeber erhielt daher tatsächlich erst bei Forderungsbegleichung das Eigentum zugesprochen. Der Insolvenzverwalter hat vorher das Recht zum Besitz, jedoch wiederum nur innerhalb der Bestimmungen der Sicherungsabrede.

dd) Ergebnis

Für die Behandlung des Sicherungseigentums in der Insolvenz des Sichernehmers ist also Folgendes festzuhalten. Im Falle einer unbedingten Sicherungsübereignung steht dem Sicherungsgeber auch während der Insolvenz ein Recht zum Besitz zu, welches den Insolvenzverwalter hindert, das Sicherungsgut herauszuverlangen. Ist die Sache bereits beim Sicherungsnehmer, so steht dem Sicherungsgeber ein Aussonderungsrecht zu, welches er bei Forderungsbegleichung durchsetzen kann. Im Falle der bedingten Sicherungsübereignung hatte der Insolvenzverwalter ebenfalls nur innerhalb der Sicherungsabrede ein Besitzrecht, welches ihm ermöglichte, die Sache vom Sicherungsgeber herauszuverlangen. Es ist daher gelungen, einen gerechten Interessenausgleich herzustellen. Dem Sicherungsgeber ging durch die Einräumung einer eigentumsähnlichen Stellung sein Sicherungsgut nicht verloren, der Sicherungsnehmer wurde durch die Einräumung einer pfandrechtsähnlichen Stellung aber trotzdem gesichert. Vereinfacht formuliert lässt sich daher feststellen, dass dem Sicherungsgeber in der Sicherungsnehmerinsolvenz sowohl unter der Konkurs- als auch der Insolvenzordnung eine eigentümerähnliche Stellung eingeräumt wird.

c. Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer geraten in die Insolvenz

Schließlich ist auch der Fall der beiderseitigen Insolvenz von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer zu beleuchten. Das Aussonderungsrecht des einen würde eigentlich mit dem Absonderungsrecht des anderen konkurrieren. Der Insolvenzverwalter des Sicherungsgebers kann nur dann aussondern, wenn der Sicherungszweck entfallen oder die gesicherte Forderung getilgt ist. Eine Tilgung unterbleibt jedoch infolge der Insolvenz. Der Sicherungsnehmer kann dahingehend absondern, sobald der Sicherungsfall eingetreten ist, was bei der Insolvenz des Sicherungsgebers der Fall ist. In der vorliegenden Konstellation setzt sich also das Absonderungsrecht gegen das Aussonderungsrecht durch.

¹⁷⁰ vgl. § 161 I 2 BGB; BGH WM 1977, 17; RGZ 133, 232 (243); Hess, InsO-Komm., § 91 Rn.27; MüKo-Breuer, InsO-Komm., § 91 Rn. 19; Serick, Sicherungsübertragung und Eigentumsvorbehalt, Band III, § 35 II 6.

¹⁷¹ Serick, Sicherungsübertragung und Eigentumsvorbehalt, Band III, § 35 II 6 zur Lage unter der KO; zur Lage unter der Insolvenzordnung vgl. den Gesetzestext.

d. Ergebnis

Bei Betrachtung der drei großen Fallkonstellationen lässt sich daher Folgendes zusammenfassen. Gerät der Sicherungsgeber in die Insolvenz betont man – nun auch gesetzlich in der Insolvenzordnung so festgelegt – die Pfandrechtsähnlichkeit der Sicherungsübereignung und gewährt dem Sicherungsnehmer ein Absonderungsrecht. Der Gedanke der Pfandrechtsähnlichkeit wird auch in der Sicherungsnehmerinsolvenz fortgesetzt, in der dem Sicherungsgeber eine eigentümerähnliche Stellung zuerkannt wird. Dies ist jedoch nicht gesetzlich geregelt, sondern ergibt sich aus den gewohnheitsrechtlich entwickelten Grundsätzen. Stringent obsiegt schließlich im Fall der beiderseitigen Insolvenz dann schließlich das Absonderungsrecht des Sicherungsnehmers über das Aussonderungsrecht des Sicherungsgebers.

Auch die Betrachtung der Sicherungsübereignung im Insolvenzrecht zeigt, dass trotz der Reform der KO längst nicht alle Probleme der Sicherungsübereignung behoben worden sind. Die Sicherungsgeberinsolvenz hat nach wie vor mit der Gläubigerungleichbehandlung und damit dem Abweichen vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu kämpfen. Die Sicherungsnehmerinsolvenz wird schließlich nach wie vor von gewohnheitsrechtlichen Grundsätzen beherrscht, die zwar zu wertungstechnisch gerechten Ergebnissen kommen, jedoch auch der Gefahr der Rechtsunsicherheit ausgesetzt sind.

4. Zwischenergebnis

Die Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung führt daher neben den praktischen Schwierigkeiten im Rahmen der Beweisführung und Eigentümerermittlung vor allem zu einer bedenklichen Entfernung vom anzuerkennenden Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Rahmen der Insolvenz und ist daher durchaus überdenkenswert.

IV. Ergebnis bzgl. der nationalen Probleme der deutschen Sicherungsübereignung

Hinsichtlich der nationalen Probleme lassen sich zwei Grundübel unterscheiden. Es handelt sich dabei zum einen um die Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung, zum anderen um die Form-Zweck-Diskrepanz dieses Institutes.

Letzteres zwingt nicht unmittelbar zu einer Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung, legt eine solche jedoch nahe. Betrachtet man die vollstreckungsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Probleme der Sicherungsübereignung zusammen, so stellt man fest, dass das Sicherungseigentum eine sehr starke Schwankungsbreite zwischen dem Vollrecht Eigentum auf der einen und der bloß schuldrechtlichen Position auf der anderen Seite hat, wobei auffällt, dass die Eigentümerstellung mal dem Sicherungsgeber, mal dem Sicherungsnehmer zuerkannt wird. Während der Sicherungsnehmer formal Eigentümer ist und auch die Verfügungs-

befugnis hat, kommt ihm in der Insolvenz des Sicherungsgebers lediglich eine pfandrechtliche Position zu – er ist lediglich zur Absonderung berechtigt. Im Vollstreckungsrecht hingegen wird ihm das Recht aus § 771 ZPO zugesprochen und damit seine Eigentümerstellung wieder stärker betont. Dem Sicherungsgeber hingegen, formal gesehen lediglich mit einem schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch ausgestattet, wird in der Sicherungsnehmerinsolvenz ein Aussonderungsrecht und damit eine eigentümerähnliche Stellung gewährt. Diese wird ihm auch in den Fällen der Vollstreckung durch die Gläubiger des Sicherungsnehmers bei diesem gewährt. Erfolgt die Zwangsvollstreckung hingegen in sein Vermögen, so muss er wiederum die Eigentümerstellung des Sicherungsnehmers gegen sich gelten lassen. Während nun der Stellung des Sicherungsnehmers stets dingliche Kraft zukommt, sei es Eigentum oder pfandrechtliche Position, kann die des Sicherungsgebers von einer nur schuldrechtlichen Position bis zu der des Vollrechtes auswachsen. Wann im Einzelnen das Sicherungsgut als Eigentum und wann als mit einem Pfandrecht belastet, angesehen wird, sowie wem die Eigentümerstellung im Einzelfall gebührt, kann immer erst nach einer sorgfältigen Untersuchung der jeweiligen Interessen beantwortet werden. Die Einzellösungen wiederum sind wie gezeigt nicht miteinander verknüpft – Entscheidungen aus dem Insolvenzrecht, z.B. dem Sicherungsnehmer nur ein Absonderungsrecht zu gewähren, zwingen nicht dazu, ihm auch im Vollstreckungsrecht nur das Recht aus § 805 ZPO zuzugestehen. Ebenso wenig folgt umgekehrt aus dem Ergebnis, dem Sicherungsnehmer in der Zwangsvollstreckung das Recht aus § 771 ZPO zuzusprechen, ihm in der Insolvenz ein Aussonderungsrecht zu gewähren. Weitergehend wäre es sogar unrichtig, von der einen Lösung Argumente für eine andere Situation ableiten zu wollen. Das Hinabrücken der Rechtsmacht des Sicherungsnehmers in der Insolvenz bedeutet nicht gleich eine Stärkung der Stellung des Sicherungsgebers. Jeder Einzelfall untersteht seinen eigenen Wertungen. Es gibt weder eine Symmetrie noch eine innere Harmonie der jeweiligen oben dargestellten Entscheidungen. Gerade dies gibt dem Sicherungseigentum den Charakter, flexibel auf die gegebenen Interessenlagen eingehen zu können. Diese Form der Einzelfallentscheidungen erhöht jedoch gleichermaßen die Gefahr der Rechtsunsicherheit. Nichts ist geregelt, alles ist möglich. Vor diesem Hintergrund drängt sich eine Novellierung der sachenrechtlichen Sicherungsinstitute geradezu auf, um Einheitlichkeit und damit auch Rechtssicherheit erreichen zu können.

Die Publizitätslosigkeit hingegen wirft Probleme auf, die mangels einer wertungsgerechten Rechtsprechungslösung geradezu einer Reformierung des deutschen Sicherungssystems erzwingen. Sowohl die aufgezeigten praktischen Probleme, als auch die bedenkliche Entfernung vom Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz erfordern ein Tätigwerden des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Sicherungsrechts.

Es ist damit im Ergebnis festzuhalten, dass die Korrektur der Form-Zweck-Diskrepanz nicht unerlässlich, wenn auch wünschenswert ist; die Publizitätslosigkeit hingegen dringend einer Reformierung bedarf. Aus nationaler Sicht besteht daher durchaus Anlass, über eine Veränderung des deutschen Sicherungssystems nachzudenken.

2. Teil: Die deutsche Sicherungsübereignung im internationalen Rechtsverkehr

I. Die Anerkennung der Sicherungsübereignung durch die Staaten Europas

1. Einleitung

Mit dem zunehmenden Warenaustausch innerhalb der zu Europa gehörenden Länder erlangt auch die internationale Behandlung der Sicherungsübereignung eine immer größer werdende Bedeutung. Eine zusammenhängende Darstellung dieser international privatrechtlichen Anerkennungsproblematik fehlte bislang¹⁷². Es wurden zwar immer wieder einzelne Länder fokussiert¹⁷³, dies befähigte jedoch nicht zu einer Gesamtaussage über die Tauglichkeit der Sicherungsübereignung im internationalen Verkehr. Ziel dieses Kapitels ist es, diese Lücke zu schließen und eine allgemeingültige Aussage hinsichtlich der Anerkennbarkeit dieses Sicherungsinstituts im europäischen Raum zu finden.

Der verstärkte Warenaustausch innerhalb der EU – und damit auch die höhere Relevanz der Anerkennung von Sicherheiten in diesem Raum – wird durch die hier gewährten Grundfreiheiten angeregt¹⁷⁴. Die Warenverkehrsfreiheit gekoppelt mit der Kapitalverkehrsfreiheit ermuntern die Wirtschaft zu verstärkten Warenexporten

¹⁷² Das umfassendste Werk zu diesem Thema ist Schilling, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten im nationalen und internationalen Recht*, 1985, der jedoch aus damals noch nicht gegebenen Anlass lediglich die westeuropäischen Staaten betrachtet und hinzukommend sämtliche Mobiliarsicherheiten behandelt, sodass die Darstellung der Sicherungsübereignung entsprechend knapp ausfallen musste.

¹⁷³ Frankreich: Depser, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung*, 1983; Italien: Mühl, *Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung und Eigentumsvorbehalt im italienischen Recht*, 1980, S. 141ff.; Österreich: Martiny in: *IPRax* 1985, 168; insbesondere England: Schilling, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten im nationalen und internationalen Recht*, 1985.

¹⁷⁴ Hier maßgeblich sind die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 30 EGV, die Personenverkehrsfreiheit in Form der Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 39ff. EGV sowie die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 56ff. EGV.

in die europäischen Länder¹⁷⁵. Eine mittelbare Einwirkung auf den Warentransfer geschieht durch die auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit zurückzuführende wachsende Mobilität der EU-Bürger. Sie folgen dem Produktionsfaktor Arbeit oder lassen sich von sozialen oder gesellschaftspolitischen Aspekten leiten und verlagern ihren Wohnsitz in andere EU-Staaten¹⁷⁶. Üblicherweise führen sie ihr Eigentum mit sich und tragen so mittelbar zu einem Warenaustausch bei. Der starke Warenverkehr ist jedoch auch in den neuen EU-Staaten zu beobachten¹⁷⁷. Gerade das investorfremde Klima in den osteuropäischen Staaten¹⁷⁸ und deren nunmehrige Stellung als EU-Länder regen Unternehmen an, ihren Sitz samt der Produktionsmittel ins osteuropäische Ausland zu verlagern. Innerhalb der bereits bestehenden, aber auch der noch werdenden EU, nimmt der Warenaustausch daher immer stärker zu. Daraus wiederum resultiert die Bedeutung der internationalen Frage für die Sicherungsübereignung.

Gerade bei der Verlagerung ganzer Unternehmen aber auch einzelner Waren ist es keine Seltenheit, dass diese bereits zum Zeitpunkt des Transfers mit einem Sicherungsrecht belastet sind. Gelangt nun eine Ware, an der wirksam das deutsche Institut der Sicherungsübereignung bestellt worden ist, in den ost- oder westeuropäischen Raum, so fragt sich, welches Schicksal die Sicherung erleidet. Dies zu untersuchen ist Aufgabe des Internationalen Privatrechts der einzelnen Staaten¹⁷⁹.

Entscheidet ein deutsches Gericht über eine mit einem Sicherungsrecht belastete Sache, so unterliegt diese der Behandlung des Art. 43 EGBGB¹⁸⁰. Maßgebend ist

¹⁷⁵ vgl. Statistisches Bundesamt Deutschland, Rangfolge der Handelspartner im Aussenhandel der Bundesrepublik Deutschland, S. 1 (unter: www.destatis.de).

¹⁷⁶ Dabei hat in der Praxis der gesellschaftspolitische Aspekt überhand gewonnen, sodass es vornehmlich zu einer Bewegung von den wirtschaftlich schwächeren Mitgliedsstaaten hin zu den wirtschaftlich stärkeren Mitgliedsstaaten gibt. Vgl. Herdegen, *Europarecht*, 1999, Rn. 306.

¹⁷⁷ vgl. Statistisches Bundesamt Deutschland, Rangfolge der Handelspartner im Aussenhandel der Bundesrepublik Deutschland, S. 1. So stehen Polen und Tschechien bereits auf Platz 10 und 11 der Exportländer.

¹⁷⁸ vgl. zu den Wirtschaftsdaten Slowakei (2003): Infodienst Außenwirtschaft 6/2003, S. 8.; Polen (2000-2003): Infodienst Außenwirtschaft 6/2003, S. 7; Außenwirtschaftsportal iXPOS (www.ixpos.de/laender_und_branchen/monatsmarkt/PolenArtEL.html); Tschechien (2002): Außenwirtschaftsportal iXPOS (www.ixpos.de).

¹⁷⁹ Die mit Hilfe des internationalen Privatrechts gefundenen Ergebnisse sind freilich zweitrangig, sofern eine Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung gegen die europäischen Grundfreiheiten verstoßen würde und bereits aus diesem Grund nicht stattfinden dürfte. Der besseren Darstellung wegen wird vorliegend die Überprüfung der Anerkennungsproblematik unter Berücksichtigung der europäischen Grundfreiheiten erst an späterer Stelle erfolgen. Siehe dazu S. 120ff.

¹⁸⁰ Wird hingegen einem ausländischen Gericht die Frage der Anerkennung der deutschen Sicherungsübereignung unterbreitet, so findet die Prüfung ihren Anfang entsprechend im ausländischen IPR-Gesetz. Die vorliegende Arbeit geht stets von der Anrufung eines deutschen Gerichtes aus. Eine in Deutschland begründete Sicherungsübereignung dient in der Regel einem in diesem Land ansässigen Sicherungsnehmer. Wird nun die Sache ins Ausland verbracht, so bleibt der Sicherungsnehmer meist zurück. Möchte er seine Sicherheit realisieren, so wird er ein deutsches Gericht anrufen.

nach Abs. 1 dabei das Recht des Ortes, an dem sich die Sache zur Zeit des Eintritts der betreffenden juristischen Rechtsfolge – beispielweise des Eigentumserwerbes – befindet¹⁸¹. Gelangt diese Sache nun in ein anderes Staatsgebiet, so ändert sich damit auch ihr Sachstatut¹⁸². Hinsichtlich der Entstehung dinglicher Rechte unterscheidet man beim Statutenwechsel zwischen verschiedenen Ausgangspunkten. Ist der Entstehungstatbestand unter dem alten Sachstatut noch nicht abgeschlossen (gestreckter Tatbestand), so richtet sich die Rechtsänderung insgesamt nach dem neuen Lageortrecht, wobei gem. Art. 43 III die im Ausland vollzogenen Rechtsakte wie inländische zu bewerten sind¹⁸³. Ist der Tatbestand unter dem alten Sachstatut hingegen abgeschlossen, ohne dass es zu einer Rechtsänderung kam, so bleibt es bei diesem Ergebnis¹⁸⁴. Kam es dagegen zu einer Rechtsänderung, so wird diese als wohlverworfenes Recht anerkannt. Schwierig zu bewerten sind lediglich die gemischten Tatbestände. Bei diesen wirkt ein im Wesentlichen zurückliegender Sachverhalt in der Gegenwart fort. Die hier behandelte Sicherungsübereignung beschreibt einen solchen gemischten Tatbestand¹⁸⁵. Sie entsteht zunächst und entfaltet ihre Wirkungen – die Sicherung – erst zu einem späteren Zeitpunkt. Als

¹⁸¹ Diese *lex rei sitae* Regel war bereits vor ihrer Kodifizierung in Art. 43 I EGBGB in Deutschland gewohnheitsrechtlich anerkannt. BGHZ 39, 173 (174); 52, 239 (240); 73, 391 (395); 100, 221 (222).

¹⁸² MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 3.

¹⁸³ Diese Vorschrift ist in weiten Teilen der Lehre auf äußerste Kritik gestoßen (MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 9, 160ff, 171; Pfeiffer in: IPRax 2000, 270 (273); Schurig in: FS für Stoll, 2001, S. 577 (583); Stoll in: IPRax 2000, 259 (263). Sie stellt zum einen klar, dass über den Rechtserwerb das Recht desjenigen Staates entscheidet, in dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Erfüllung des letzten Teilaktes für eben diesen Rechtserwerb befindet (MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 9). Des Weiteren ist es nach ihr für den Rechtserwerb unschädlich, wenn Teilakte im Ausland stattgefunden haben (Ersitzungsfälle). Schließlich sollte die Vorschrift auch diejenigen internationalen Verkehrsgeschäfte zufriedenstellend regeln, die nach dem Parteiwillen erst nach dem Statutenwechsel ihren Abschluss finden sollen (Stoll in: IPRax 2000, 259 [263]). Insoweit entspricht die Kodifikation bzw. deren Zielsetzung der bisherigen Vorgehensweise: Erman/Hohloch⁹, Nach Art. 38 Anh. I Rn. 22; Kropholler, IPR, § 54 III 2; Staudinger-Stoll, Intern. SachenR, Rn. 353. Dem Wortlaut des Art. 43 III EGBGB nach ist diese Norm jedoch auch auf diejenigen Verkehrsgeschäfte anwendbar, die bereits vor dem Statutenwechsel ihren Abschluss gefunden haben. Dies stellt jedoch eine Durchbrechung der bisher geltenden Regel dar, dass ein im Ausland gescheiterter Rechtserwerb auch mit Verbringen der Sache ins Inland nicht wieder auferstehen kann (Nein-bleibt-nein-Regel; vgl. MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 142, 169). Damit setzt sich die Neuregelung in einen deutlichen Gegensatz zu dem bisherigen Vorgehen und lässt den Ruf nach Korrekturen laut werden. Vorgeschlagen wird insbesondere eine teleologische Reduktion der Vorschrift dahingehend, dass im Ausland negativ abgeschlossene Vorgänge auch negativ abgeschlossen bleiben sollten (MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 171ff.; Pfeiffer in IPRax 2000, 270 [273]).

¹⁸⁴ Wie gezeigt, wird diese Annahme durch die Vorschrift des Art. 43 III EGBGB zwar in Frage gestellt, über eine Reduktion sollte man jedoch zu der ursprünglichen Nein-bleibt-nein Regel zurückfinden. Vgl. MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 171, Pfeiffer in: IPRax 2000, 270 (273).

¹⁸⁵ Junker, IPR, Rn. 486.

Grundregel für die Behandlung eines derartigen Sachverhalts gilt, dass Entstehung und Wirkung dem alten Statut unterliegen, künftige Wirkungen sich jedoch nach dem neuen Statut richten¹⁸⁶. Ob eine Sicherungsübereignung wirksam entstanden ist, richtet sich daher nach dem alten Lagerecht, welche Wirkungen sie später entfaltet, nach dem neuen Lagerecht. Dies ist mittlerweile in Art. 43 II EGBGB geregelt. Nach altem Lageortrecht begründete Rechte dürfen danach nicht im Widerspruch zum neuen Sachstatut ausgeübt werden. Diese Regelung beinhaltet somit zunächst zwei Aussagen. Grundsätzlich werden erworbene Rechte anerkannt. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz vom Schutz wohlervorbener Rechte, der bereits vor der Kodifizierung des internationalen Sachenrechts bestanden hat und auch heute wie gerade gezeigt weiter gilt¹⁸⁷. Ausnahmsweise jedoch darf ihnen die Anerkennung verweigert werden, wenn sich ihre Ausübung¹⁸⁸ im Widerspruch zum neuen Lageortrecht befindet. Wird also eine mit einem Sicherungsrecht belastete Sache nach Deutschland verbracht, so erkennt Deutschland dieses Institut – seine wirksame Entstehung vorausgesetzt – als ein wohlervorbene Recht an. Treten bei der Ausübung dieses Rechts jedoch Widersprüche zur inländischen Sachenrechtsordnung auf, so kann diesem Institut die Anerkennung versagt werden.

Gelangt ein Sicherungsgut von Deutschland ins Ausland, so scheint dem Wortlaut von Art. 43 II EGBGB gemäß dasselbe zu gelten – die Norm ist allseitig formuliert

¹⁸⁶ Kropholler, IPR, § 27 II 3; von Hoffman, IPR, § 5 Rn. 105ff.

¹⁸⁷ Pfeiffer in: IPRax 2000, 270 (273), vgl. BGH NJW 1991, 1415 (1416).

¹⁸⁸ Damit trifft Art. 43 II aber noch eine weitere „dritte“ Aussage. Gelange ein ausländisches Sicherungsrecht in die deutsche Rechtsordnung, so war fraglich, wie man nach der grundsätzlichen Anerkennung dieses Institutes weiter verfahren sollte. Als „extremste“ Auffassung galt die sogenannte volle Transposition. Das ins Inland gelangte Institut sollte dabei in ein funktionsäquivalentes inländisches Institut umgesetzt werden. Dies konnte zum einen zu einer Aufstockung des Rechts führen, indem dem deutschen Institut mehr Rechte zugewiesen worden sind, als dem umzusetzenden ausländischen Institut (vgl. BHG NJW 1991, 1415), zum andere trug diese Vorgehensweise nach Meinung einiger Autoren die Gefahr eines unerwünschten „Reinigungseffekts“ in sich. Gelange die Sache zurück ins Ursprungsland, so war sie nun mit dem deutschen Sicherungsinstitut behaftet, dass erneut transponiert werden musste. (vgl. Kegel, IPR, S. 667; Rabel, Conflict of Laws IV 91). Indem Art. 43 II ausdrücklich nur die „Ausübung“ des ausländischen Institutes bewertet, brachte der Gesetzgeber zumindest zum Ausdruck, dass eine volle Transposition nicht gewünscht ist. Vgl. Staudinger-Stoll, Intern. SachenR, Rn. 356; MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 148. Keine abschließende Gewissheit jedoch liefert Art. 43 II, wie sonst zu verfahren ist. Es besteht zum einen die Möglichkeit der teilweisen Transposition (Kreuzer in: RabelsZ 2001, 383 (445), bei der das ausländische Institut nicht in das deutsche umgesetzt wird, sondern nur deren maßgeblichen Wirkungen angewendet werden. Schließlich wird auch noch die Hinnahme ausländischer Institute vertreten (MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 154; Staudinger-Stoll, Intern. SachenR, Rn. 356, der sich damit jedoch im Widerspruch zu eigenen Aussagen in Rn. 361ff. verhält, wo er gegen die Anerkennung besitzloser ausländischer Geldkreditsicherheiten eintritt), was am ehesten auch der bisherigen deutschen Rechtspraxis entspricht, die sich gegenüber ausländischen Sicherungsinstituten als durchweg aufgeschlossen gezeigt hat. Für die vorliegende Arbeit ist eine Entscheidung dieser Frage nicht relevant, da es vielmehr um die Sicherungsübereignung im Ausland als die ausländischen Sicherungsinstitute im Inland gehen soll.

und scheint damit auch im Ausland Geltung zu beanspruchen. In nahezu allen europäischen Ländern hat sich der Kollisionsgrundsatz der *lex rei sitae* durchsetzen können¹⁸⁹. Es entscheidet daher grundsätzlich das neue Sachstatut selbst, ob und in welchem Umfang Rechte anerkannt werden sollen¹⁹⁰. Einen Normbefehl dazu kann Deutschland nicht geben. Da die allseitige Formulierung dennoch gewollt ist – im Gegensatz zu Art. 43 III EGBGB, wo bewusst eine einseitige Kollisionsnorm geregelt wurde – muss sich die Funktion der allseitigen Formulierung aus anderen Gesichtspunkten ergeben. Ziel kann allein die Klarstellung sein, dass es keinen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* sein kann, wenn das Ausland die Anerkennung eines deutschen Sicherungsrechts versagt – schließlich billigt sich Deutschland das gleiche Recht zu. Zur Anerkennung wohlverworbener Rechte kann das Ausland nicht gezwungen werden¹⁹¹.

Jede Rechtsordnung, in die eine mit einem Sicherungsrecht belastete Sache gelangt, muss also gesondert gefragt werden, ob sie dieses Recht anerkennen will oder nicht. Ohne eine detaillierte Behandlung vorwegnehmen zu wollen, schützen nahezu alle Länder wohlverworbene Rechte, sprechen ihnen jedoch die Anerkennung ab, sofern sie gegen die eigene sachenrechtliche Grundordnung verstoßen. Die Vorschrift des Art. 43 II EGBGB gilt damit doch allseitig – nicht jedoch durch einen Normbefehl von Deutschland aus, sondern durch eine einheitliche Stellungnahme zu den wohlverworfenen Rechten durch die einzelnen Rechtsordnungen Europas. Um nun ermitteln zu können, ob die deutsche Sicherungsübereignung im Ausland anerkannt wird oder sie gegen die sachenrechtlichen Grundsätze der einzelnen Rechtsordnungen verstößt, ist es nötig, gerade diese darzustellen, um im Ergebnis einen möglichen Verstoß feststellen zu können. Es ist also vorliegend nötig, die Kreditsicherungssysteme der einzelnen, hier maßgeblichen europäischen Länder zu beleuchten. Da es wie gezeigt hinsichtlich der westeuropäischen Länder bereits eine gewisse Zahl an Bearbeitungen gibt, wird vorliegend lediglich der wichtigste Vertreter eines jeden Rechtskreises¹⁹² – mit Ausnahme des islamischen Rechtskreises – stellvertretend für die anderen Rechtsordnungen behandelt. Eine Ausnahme bildet Italien, da hier einige Besonderheiten zu erkennen sind. Hinsichtlich der osteuropäischen Länder soll für jedes Land eine Darstellung der Kreditsicherungssysteme erfolgen.

¹⁸⁹ vgl. zu den genaueren IPR-Vorschriften die folgenden Ausführungen.

¹⁹⁰ Lalive, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws*, S. 145; Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, S. 170ff; Staudinger-Stoll, *Intern. SachenR*, Rn. 354.

¹⁹¹ Ebenso wenig zur Ablehnung von Rechten, die gegen ihre Sachenrechtsordnung verstoßen. Wiederum kann Deutschland keinen solchen, an das Ausland adressierten Normbefehl geben.

¹⁹² Ausgegangen wird dabei von der Arminjon/Nolde/Wolf, *Traité de droit comparé I* (1950), 42-53 geprägten Einteilung der Rechtskreise in einen französischen, germanischen, skandinavischen, englischen, russischen, islamischen und hinduistischen Rechtskreis. Letztere werden wegen der fehlenden Relevanz für die vorliegende Fragestellung ausgeklammert.

2. Frankreich

a. Eigentumserwerb

Anders als das deutsche Recht ist das französische Recht nicht vom Abstraktions- sondern vom Konsensprinzip beherrscht. Das Eigentum geht bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Geschäftes über. Dies bestimmt allgemein Art. 711 CC: *La propriété par l'effet des obligations* und wird in Art. 1583 CC für den Kaufvertrag wiederholt. Bei Gattungssachen sowie zukünftigen Sachen ist zwar dennoch eine Individualisierung nötig¹⁹³, dies ändert jedoch nichts daran, dass es eines gesonderten dinglichen Vertrages nicht bedarf. Der nach Art. 711 CC erfolgte Eigentumsübergang wirkt jedoch nur inter partes. Die Drittwirkung tritt gem. Artt. 2279, 1141 CC erst mit Besitzerlangung ein. Dabei reicht es für die Besitzerlangung aus, einen bestehenden Fremdbesitzerwillen in einen Eigenbesitzerwillen umzuwandeln. Die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses sowie die Abtretung eines Herausgabeanspruches genügt den Anforderungen der Artt. 2279, 1141 CC hingegen nicht¹⁹⁴. Ein drittwirksamer Eigentumserwerb mittels eines Besitzmittlungsverhältnisses ist dem französischen Recht daher unbekannt.

b. Der französische Sicherungssystem der dinglichen Mobiliarsicherheiten

aa) Die Sicherungsübereignung

Da der drittwirksame Eigentumserwerb unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nicht möglich ist, hat die Sicherungsübereignung in Frankreich keine Bedeutung. Zwar gab es in den 80er Jahren einen Gesetzesentwurf zur Einführung der *fiducie*¹⁹⁵, dieser gelangte jedoch 1992 nicht auf die Tagesordnung der Nationalversammlung und war damit gescheitert. Auch eine Anerkennung der Sicherungsübereignung durch die französische Rechtsprechung ist nicht zu verzeichnen¹⁹⁶. Dies liegt zum einen an der bereits beschriebenen klaren gesetzlichen Regelung, die den Besitzübergang mittels Besitzmittlungsverhältnis nicht zulässt, als auch an der fehlenden Notwendigkeit eines solchen Instituts. Zwar ging auch das französische Recht vom Faustpfandprinzip aus, schaffte jedoch infolge der wirtschaftlichen Notwendigkeit eine Reihe von speziellen Kreditsicherheiten.

¹⁹³ Ferid/Sonnenberger, Das franz. Zivilrecht, Bd. II, 3 A 233; Sonnenberger/Autexier, Einführung in das franz. Recht, 2000, S. 144.

¹⁹⁴ Hübner/Constantinesco, Einführung in das franz. Recht, 2001, S. 205; Sonnenberger/Autexier, Einführung in das franz. Recht, 2000, S. 144.

¹⁹⁵ Entwurf des Justizministeriums v. 25.02.1992, Doc. AN, 2583.

¹⁹⁶ vgl. Trib. Civ. De Strasbourg, 19.6.1957, R.C.D.I.P. 48 (1959), 95; Cour de cass., 3.5.1973, R.C.D.I.P. 63 (1974), 100; Cour de cass., 19.10.1977, Cl. 1978, 617.

bb) Kreditsicherungsmittel mit Besitzaufgabe

Das im CC geregelte Kreditsicherungsmittel für bewegliche Sachen ist das Pfandrecht. Gem. Art. 2073ff. CC entsteht es inter partes durch einen schriftlichen Vertrag und der Übergabe des Pfandgegenstandes an den Gläubiger oder einen Dritten. Für eine Drittwirkung bedarf es gem. Art. 1328 CC – wie bei allen privatschriftlichen Verträgen – der Registrierung des Verpfändungsvertrages in Form einer öffentlichen Beurkundung oder der privatschriftlichen Abfassung mit staatlicher Registrierung. Damit geht auch das französische Recht vom Faustpfandprinzip aus, wonach der Pfandgeber grundsätzlich seinen Besitz an dem Pfandgegenstand verliert.

Eine besondere Form des Faustpfandes findet sich im Pfandrecht an in öffentlichen Lagerhäusern eingelagerten Waren – *le warrant des magasins généraux*. Dieses wurde aufgrund wirtschaftlicher Notwendigkeiten in der Ordonnance vom 06.08.1945 begründet. Dabei entsteht das Pfandrecht durch die Einlagerung der Pfandgegenstände in seit 1858 bestehende öffentliche Lagerhäuser und die Ausgabe einer Empfangsbestätigung (*récépissé*) und dem Lagerpfandschein (*warrant*).

cc) Kreditsicherungsmittel ohne Besitzaufgabe

Auch in Frankreich bestand jedoch infolge immer komplizierter werdender und stürmisch expandierender Wirtschaft das Bedürfnis nach besitzlosen Sicherheiten an beweglichen Sachen. Dazu wurden in einer Vielzahl einzelner Gesetze Sicherungsinstitute geschaffen, die diesem Bedürfnis gerecht wurden.

(1) Mobiliarhypotheken

Zum einen besteht die Möglichkeit der Schaffung einer Mobiliarhypothek. Gem. Art. 2119 CC: *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* können auch im französischen Recht Hypotheken nur an unbeweglichen Sachen bestellt werden. Einige bewegliche Sachen haben jedoch einen derart hohen Wert, dass sie als Sicherungsmittel durchaus Bedeutung haben könnten. Aus diesem Grund hat das Gesetz bestimmten Mobilien hypothekarische Belastbarkeit zuerkannt. So können an Seeschiffen¹⁹⁷, Binnenschiffen¹⁹⁸ sowie Luftfahrzeugen¹⁹⁹ Hypotheken begründet werden.

Die häufigsten Fälle, in denen ein Bedürfnis nach besitzlosen Mobiliarsicherheiten besteht, sind jedoch im industriellen und handwerklichen Mittelstand zu finden. Hier waren die genannten Formen der Sicherheiten nicht gewinnbringend. Aus diesem Grund war der Gesetzgeber zu weiteren Maßnahmen gezwungen.

¹⁹⁷ Gesetz Nr. 67-5 vom 03.01.1967 ergänzt durch das Dekret Nr. 67-967 vom 27.10.1967 (*statut des navires*).

¹⁹⁸ Dekret Nr. 60-1141 vom 17.10.1960 i.V.m. Art. 78-137 Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure.

¹⁹⁹ Artt. L. 122-1 bis L. 123-2, R 122-1 bis R. 123-9 Code de l'aviation civile.

(2) Sicherungsrechte ohne Faustpfandcharakter

(a) Lagerpfandscheine - *warrants*

Ein besitzloses Sicherungsmittel stellen die sogenannten Lagerpfandscheine – *warrants* – dar. Diese entstanden vornehmlich vor und nach dem ersten Weltkrieg, da hier ein erhöhtes Bedürfnis an finanzieller Unterstützung bestand und man keinesfalls auf die Sicherungsgüter verzichten konnte. Die „Zersplitterung“ des französischen Systems zeigt deutlich, dass diese Sicherheiten in jedem Fall als Antworten auf konkrete Ansprüche der Wirtschaft zustande gekommen sind. Resultat dieser Vorgehensweise sind heute eine Vielzahl von Einzelregelungen. Eine allgemeine Regelung über besitzlose Pfandrechte fehlt im französischen Recht.

Zu nennen sind insbesondere der landwirtschaftliche Pfandschein *le warrant agricole*, bei dem Tiere, Erzeugnisse und Gegenstände des landwirtschaftlichen Betriebes durch den privaten Landwirt verpfändet werden können, der Hotelpfandschein *le warrant hôtelier*, bei dem die Hoteleinrichtung Pfandgegenstand ist, der Pfandschein an industriellen Erzeugnissen *le warrant industriel*, der eine Verpfändbarkeit fertiger industrieller Erzeugnisse gestattet, der Pfandschein über ein Handelsgeschäft *le nantissement du fonds de commerce*, mit dessen Hilfe alle körperlichen und unkörperlichen Gegenstände eines Handelsgeschäftes mit Ausnahme der Waren verpfändet werden können sowie der Pfandschein an gewerblichen Einrichtungsgegenständen *le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement*, bei dem die zur Berufsausübung erforderlichen Geräte eines selbständig Erwerbstätigen wiederum mit Ausnahme der Waren verpfändet werden können. Ebenfalls zu finden ist ein Pfandschein an Treibstofflagern *le warrant pétrolier* und der Pfandschein an Rüstungsmaterial *le warrant de stocks de guerre*, die jedoch seit dem Kriegsende nicht mehr genutzt worden sind. Eine besondere Bedeutung hat im französischen Recht das Registerpfandrecht an Kraftfahrzeugen *le nantissement de véhicules automobiles*, mit dessen Hilfe ein besitzloses Pfandrecht an Kraftfahrzeugen, Traktoren, Motorrädern, Anhängern und Straßenzugmaschinen begründet werden kann.

All diesen genannten Pfandrechten ist ihr Zustandekommen gemein. Es bedarf zunächst der Ausstellung eines Pfandscheines. Dieser wurde entweder durch ein zuständiges Gericht (*tribunal d'instance*; *tribunal de commerce*) ausgestellt oder bestand in Form einer privatschriftlichen Urkunde, die wiederum bei dem zuständigen Gericht hinterlegt werden muss. Des Weiteren bedarf es einer Registrierung der Pfandrechte in gesondert bestehenden Spezialregistern. Mit der Registrierung wird dem Pfandnehmer ein Registerauszug ausgehändigt.

Dieses differenzierte System der besitzlosen Sicherheiten zeigt, dass für nahezu alle typischen Sicherungsbedürftigen ein besitzloses Sicherungsmittel besteht. Nicht erfasst sind lediglich Waren aller Art, die noch nicht das Stadium des fertigen industriellen Erzeugnisses erlangt haben.

(b) Eigentumsvorbehalt – *réserve de propriété*

Ein weiteres besitzloses Sicherungsmittel des französischen Rechts ist der Eigentumsvorbehalt. Bis 1980 wurde ihm die Eigenschaft der Konkursfestigkeit abgesprochen, was ihn wiederum kaum nutzbar machte²⁰⁰. Doch auch seit Anerkennung der Konkursfestigkeit durch das Reformgesetz vom 12.05.1980 hat sich der Eigentumsvorbehalt zwar eine gefestigte Stellung in der französischen Rechtspraxis erkämpft, konnte sich aber nicht gegen bereits bestehende Sicherungsmittel durchsetzen.

Ursache dafür ist zunächst die unterschiedliche Zielsetzung von Eigentumsvorbehalt und Registerpfandrechten. Während Ersterer lediglich die Kaufpreiszahlung sichern will, dienen Letztere in erster Linie der Sicherung von Darlehen. Aber auch dort, wo die beiden Institute austauschbar wären, setzt sich der Eigentumsvorbehalt nur langsam durch.

Dies liegt zum einen daran, dass das französische Recht weder den weitergeleiteten noch den verlängerten Eigentumsvorbehalt anerkennt²⁰¹ und der Anwendungsbereich aus diesem Grund bereits ein kleiner ist. Auch die Möglichkeit einer Verarbeitungsklausel ist dem französischen Recht nicht bekannt, sodass auch an dieser Stelle die Attraktivität schwindet²⁰². Des Weiteren besteht bei abredewidriger Verfügung seitens des Vorbehaltskäufers für den Dritten die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes. Die bisherigen Sicherungsmittel in Form der Registerpfandrechte schließen einen solchen gutgläubigen Erwerb aus, da der ausgehändigte Registerauszug den fehlenden Besitz seitens des Pfandnehmers ersetzt²⁰³ und so dem Art. 2279 CC den Anwendungsbereich raubt. Sie sind bereits aus diesem Grunde um ein Vielfaches attraktiver. Des Weiteren stellt das Pfandrecht insbesondere beim *warrant automobile* eine interessengerechte Lösung dar, da hier der Verkäufer sein Eigentum, damit aber auch die Gefahrtragungslast verliert, was im Hinblick auf die fehlende Kontrollmöglichkeit über die Sache nur von Vorteil ist.

Der Eigentumsvorbehalt ersetzt die oben beschriebenen Registerpfandrechte daher nur an den Stellen, die von den bisherigen Sicherungssystemen ungeregelt geblieben sind, sowie dort, wo die Registrierung einen evidenten Nachteil darstellt. Insbesondere die von den Registerpfandscheinen nicht erfasste Gruppe der Waren, die noch nicht das Stadium der fertigen Erzeugnisse erreicht haben, werden heute mittels des Eigentumsvorbehaltes veräußert.

²⁰⁰ vgl. Art. 121 loi Nr. 85-98; Ferid/Sonnenberger, Das franz. Zivilrecht, Bd. II, 3 B 118; Sonnenberger/Autexier, Einführung in das franz. Recht, 2000, S. 149.

²⁰¹ Brödermann in: ZvgIRWiss 83 (1984), S.178 (205 ff.).

²⁰² Margellos, Nr. 146; Hadding/Schneider-Reinecker/Petereit, Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil II, S. 155.

²⁰³ Hadding/Schneider-Reinecker/Petereit, Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil II, S. 156.

(c) Mietkauf – *Location-vente*

Schließlich ist als besitzloses Sicherungsmittel der Mietkauf zu nennen, der in Frankreich jedoch keine eigenständige Bedeutung hat, da die Rechtsprechung ihn nur insoweit zulässt, als er nicht die Bestimmungen zum Eigentumsvorbehalt unterläuft²⁰⁴.

dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass hinsichtlich der dinglichen Sicherheiten auch das französische Recht vom Faustpfandprinzip ausgeht. Um den wirtschaftlichen Bedürfnissen gerecht zu werden, schuf Frankreich allerdings anders als in Deutschland kein Institut der Sicherungsübereignung, sondern führte eine Vielzahl von Registerpfandrechten, die Mobiliarhypothek, sowie den konkursfesten Eigentumsvorbehalt ein. Vor diesem Hintergrund wird sich auch in den kommenden Jahren kein der Sicherungsübereignung ähnliches Institut durchsetzen.

c. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Verkehr

Die Erkenntnis, dass dem französischen Recht das Institut der Sicherungsübereignung unbekannt ist und stattdessen Registerpfandrechte bevorzugt werden, regt zu der Frage an, wie das französische Recht auf die deutsche Sicherungsübereignung reagiert. Umgekehrt stellt sich die Frage, wie ein französisches Registerpfandrecht in Deutschland behandelt wird²⁰⁵.

aa) Die deutsche Sicherungsübereignung in Frankreich

Fraglich ist zunächst, ob ein in Deutschland wirksam bestelltes Sicherungseigentum an einer Sache auch dann bestehen bleibt, wenn diese Sache nach Frankreich gelangt²⁰⁶.

(1) Lex rei sitae

Seit 1872 geht die französische Rechtsprechung und ihr folgend auch die Literatur ebenso wie in Deutschland von der *lex rei sitae* Regel aus. Das französische Gericht beruft daher für in Frankreich belegenen Sachen hinsichtlich deren dinglicher

²⁰⁴ Hübner/Constantinesco, Einführung in das franz. Recht, S. 196.

²⁰⁵ Dies hat zwar für den vorliegenden Untersuchungsauftrag keine Relevanz, rundet jedoch das Bild der Anerkennung der Kreditsicherheiten in Europa ab. Gleichzeitig kann so die isolierte Stellung Deutschlands in Europa auf dem Gebiet der besitzlosen Kreditsicherheiten deutlich gemacht werden.

²⁰⁶ Der Schwerpunkt der Arbeit erfordert lediglich eine Auseinandersetzung hinsichtlich der Umsetzung der Sicherungsübereignung, da auch nur deren Nachteile dargestellt werden sollen. Es wird daher auf die Untersuchung hinsichtlich der Umsetzung der anderen Sicherungsmittel verzichtet.

Wirkung französisches Recht zur Anwendung. Eine Sache, die sich zunächst in Deutschland befand und dann nach Frankreich verbracht wird, erfährt somit beim Überschreiten der Grenze einen Statutenwechsel. Unterstand sie bisher dem deutschen Recht, ist nun das neue Lagerecht – das französische Recht – maßgeblich. Hier nun stellt sich die Frage, welche Konsequenz dies für das Rechtsverhältnis an der Sache hat. Problematisch ist dabei insbesondere, wie sich sachenrechtlich relevante Ereignisse, die sich vor dem Statutenwechsel ereignet haben, durch das Neustatut beeinflusst werden. Wird in Deutschland eine Sache zur Sicherheit übereignet, so ist der Eigentumserwerb an der Sache abgeschlossen. Die Frage lautet also, inwieweit das neue Lagerecht – vorliegend das franz. Recht – die dinglichen Wirkungen überhaupt noch beeinflussen kann.

(2) Statutenwechsel

Wie die rechtliche Bewertung bei solchen Statutenwechseln vorzunehmen ist, wird in Frankreich nicht einheitlich beurteilt. Vereinzelt ging die Rechtsprechung davon aus, immer das Recht der aktuellen Lage anzuwenden²⁰⁷. Gültigkeit und Inhalt des dinglichen Rechts beurteilt sich damit nach dem französischen Recht und wirkt bis auf den Zeitpunkt des Rechtserwerbes zurück. An dieser Vorgehensweise übte die Literatur jedoch verstärkte Kritik und wurde später auch von der Rechtsprechung selbst korrigiert²⁰⁸.

Heute berücksichtigt die französische Rechtsprechung²⁰⁹ und ihr folgend auch die herrschende Literatur²¹⁰ bei ihrer Beurteilung den Grundsatz der wohlerworbenen Rechte. Ein dingliches Recht, das unter dem alten Lagerecht wirksam erworben wurde, findet danach Anerkennung, sofern es keinen Verstoß gegen die sachenrechtliche Grundordnung des Belegenheitsstaates darstellt. Diese Herangehensweise soll jedoch nur auf abgeschlossene Tatbestände Anwendung finden²¹¹. Während das deutsche Recht bei der Sicherungsübereignung gerade nicht von einem solchen abgeschlossenen, sondern vielmehr von einem gemischten Tatbestand ausgeht²¹², da die Sicherungsübereignung erst später Wirkung entfalten soll, zweifelt man im französischen Recht nicht an der Abgeschlossenheit des Tatbestandes²¹³. Die in Deutschland wirksam begründete Sicherungsübereignung wird in Frankreich als wohlerworbenes Recht berücksichtigt, jedoch auf einen Verstoß gegen die sachenrechtliche Grundordnung hin überprüft.

²⁰⁷ Sirey 1935-1-257, 337 ; Civ. 1^{re} 8.7.1969, J.C .P. 1970 II, 16182.

²⁰⁸ vgl. die folgende Rechtsprechung.

²⁰⁹ Trib. Civ. De Strasbourg, 19.6.1957, R.C.D.I.P. 48 (1959), 95; Cour de cass., 3.5.1973, R.C.D.I.P. 63 (1974), 100 ; Cour de cass., 19.10.1977, Cl. 1978, 617.

²¹⁰ Batiffol-Lagarde II Nr. 511; Mayer, J.C.P. 1981 II, 3019; Niboyet IV Nr. 1192.

²¹¹ Depser, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, 1983, S. 171.

²¹² vgl. dazu Seite 48.

²¹³ vgl. Trib. Civ. De Strasbourg, 19.6.1957, R.C.D.I.P. 48 (1959), 95; Cour de cass., 3.5.1973, R.C.D.I.P. 63 (1974), 100 ; Cour de cass., 19.10.1977, Cl. 1978, 617. Betrachtet wird lediglich der Entstehungstatbestand. Die später daraus resultierenden Wirkungen liegen nahezu immer vor und bleiben deshalb zunächst unberücksichtigt.

(3) Ordre public

Gerade diese Überprüfung der Sicherungsübereignung an der sachenrechtlichen Grundordnung führt jedoch zu einer Nichtanerkennung dieses Institutes.

Der *tribunal civil Strasbourg* versagte 1957 einem in Deutschland begründeten Eigentumsvorbehalt die Wirkung in Frankreich²¹⁴. Mit Überschreiten der Grenze sei französisches Recht anwendbar. Grundsätzlich wurde nicht am wirksamen Entstehen des Eigentumsvorbehaltes gezweifelt. Unverzichtbarer Bestandteil der französischen Grundrechtsordnung und damit gleichermaßen Teil des *ordre public* sei jedoch der in Frankreich geltende Publizitätsgrundsatz, der den Schutz Dritter gewährleisten soll. Da der deutsche Eigentumsvorbehalt jedoch nirgends publiziert wird und damit gegen die französischen Registrierungs Vorschriften verstößt, könne er in Frankreich keine Wirkung entfalten. Dieses für den Eigentumsvorbehalt ergangene Urteil lässt sich mühelos mit gleicher Begründung auf die deutsche Sicherungsübereignung übertragen. Auch sie muss anders als die französischen Äquivalente im deutschen Recht nicht publiziert werden und verstößt damit ebenfalls gegen die französischen Registrierungs Vorschriften.

Im Urteil aus dem Jahre 1969 hatte die *Cour de Cassation*²¹⁵ die Möglichkeit, die gerade angedachte Übertragung der Rechtssprechung zum Eigentumsvorbehalt auf die Sicherungsübereignung vorzunehmen. Hier ging es um ein in Deutschland wirksam zur Sicherheit übereignetes Kraftfahrzeug, welches später nach Frankreich verbracht wurde und dort in die Vollstreckungsmasse französischer Gläubiger fiel. Die *Cour de Cassation* versagte der deutschen Sicherungsübereignung die Wirksamkeit. Anders als in dem oben genannten Urteil geschah dies jedoch nicht aufgrund der fehlenden Publizität. Vielmehr qualifizierte das Gericht die deutsche Sicherungsübereignung als ein besitzloses Pfandrecht, das eine in Frankreich unzulässige Pfandverfallklausel – *pacte commissoire* – beinhalte, welcher in Frankreich keine Wirkung zukäme. Implizit geht die *cour de cassation* daher davon aus, dass das neue Lagerecht uneingeschränkt anwendbar sein soll, ohne auf die wohlerworbenen Rechte Rücksicht nehmen zu müssen.

Diese Entscheidung wurde jedoch vielfach kritisiert, widerlegt und in später folgenden Urteilen auch von der Rechtssprechung korrigiert. Zum einen wurde vorgebracht, dass es sich bei der Sicherungsübereignung schon gar nicht um eine *pacte commissoire* handelt, da das Eigentum gerade nicht verfällt, sondern bereits von Beginn an übergegangen ist²¹⁶. Schlüssiger erscheint das Argument, dass eine eventuell bestehende Verfallklausel nur einen Teil des Sicherungsvertrages darstellt, ihre Nichtigkeit daher nicht notwendigerweise zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen muss. Eine Gesamtnichtigkeit kann man nur dann annehmen, wenn die Klausel „*cause déterminante et impulsive*“ ist²¹⁷, was von der *Cour de Cassation*

²¹⁴ Trib. Civ. De Strasbourg, 19.6.1957, R.C.D.I.P. 48 (1959), 95.

²¹⁵ Cour de cass., 8.7.1969, R.C.D.I.P. 60 (1971), 75.

²¹⁶ Fouchard, R.C.D.I.P. 1971, 83 f, so auch Depser, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, 1983, S. 136.

²¹⁷ Becqué/Rieg, J.Cl. Civil Artt. 2071-2083, no. 138; so auch Hübner in: JuS 1974, 151 (154).

on jedoch gar nicht angesprochen worden ist²¹⁸. Aufgrund dieser Überlegungen, sowie unter Berücksichtigung der vorangegangenen und auch nachfolgenden Entscheidungen ergibt sich, dass der eigentliche Grund der Wirksamkeitsversagung wiederum im französischen *ordre public* zu finden sein dürfte.

An die Rechtssprechung aus dem Jahre 1957 anschließend, versagte 1973 die Cour de Cassation einem in den Niederlanden begründetem Sicherungseigentum die Geltung in Frankreich wiederum mit der Begründung, dass sie nicht den französischen Registrierungs Vorschriften entspräche und damit ein Verstoß gegen den französischen *ordre public* darstelle²¹⁹. Das niederländische Sicherheitseigentum – *Zekerheidseigendom* – entspricht der deutschen Sicherungsübereignung unterschiedslos, sodass sich die Rechtsprechung bedenkenlos übertragen lässt. Man kommt daher nach einer Gesamtbetrachtung der französischen Urteile zu dem Ergebnis, dass die deutsche Sicherungsübereignung in Frankreich aus Gründen des *ordre public* nicht anerkannt wird.

(4) Deutsche Kritik und Ergebnis

Diese von der Rechtssprechung statuierte Anerkennungsverweigerung findet gerade seitens der deutschen Literatur heftigste Kritik. Angeregt wird, die Sicherungsübereignung in ein entsprechendes französisches Registerpfandrecht umzusetzen²²⁰. Die an einem KfZ vorgenommene Sicherungsübereignung ließe sich beispielsweise in ein *nantissement de véhicules automobiles* umsetzen.

Damit hätte man jedoch immer noch nicht das Problem der Publizitätspflicht gelöst. Da sie ein elementarer Bestandteil der französischen Grundrechtsordnung ist, kann auf sie nicht einfach verzichtet werden. Wollte man sie aber weiter beachten, wäre der deutsche Sicherungsnehmer verpflichtet, eine Registrierung vorzunehmen. Dies dürfte bereits an der fehlenden Kenntnis sowie der mangelnden Bereitschaft zu finanziell aufwendigen Zusatzleistungen scheitern. In jedem Fall besteht aber eine gewisse Unpraktikabilität, denn meist dürfte der Sicherungsnehmer erst von dem Verbringen der Sache in ein anderes Land erfahren, wenn dort durch die Gläubiger auf die Sache zugegriffen wird und es demnach bereits zu spät ist. Schließlich wären damit bei weitem auch nicht alle Sicherungsübereignungen abgedeckt, da es wie beschrieben für den Warenbestand gerade kein entsprechendes französisches Registerpfandrecht gibt. Aus diesem Grund ist die französische Rechtssprechung zu Recht den genannten Vorschlägen bisher noch nicht nachgekommen.

Es ist das aus deutscher Sicht eher unbefriedigende Ergebnis festzuhalten, dass eine in Deutschland wirksam begründete Sicherungsübereignung nach Verbringen der Sache in den französischen Rechtsraum ihre Wirksamkeit verliert.

²¹⁸ vgl. Civ. 1^{re} 8.7.1969 J.C.P. 1970 II, 16182.

²¹⁹ Cour de Cass., 3.5.1973, R.C.D.I.P. 63 (1974), p. 100.

²²⁰ Depser, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, 1983, S. 197; Hübner in: JuS 1974, 151 (156).

bb) Französische Sicherungsrechte in Deutschland

Gelangt dagegen eine Sache, an der unter französischem Recht wirksam ein Registerpfandrecht begründet worden ist nach Deutschland, ist ein anderes Ergebnis zu verzeichnen.

Ebenso wie das französische Recht geht man auch in Deutschland gem. Art. 43 I EGBGB von der *lex rei sitae* Regel aus. Mit Verbringen der Sache nach Deutschland untersteht sie daher dem deutschen Belegenheitsrecht. Ebenso gilt auch der Grundsatz vom Schutz der wohlerworbenen Rechte – einmal wirksam begründete Rechte werden hingenommen²²¹. Existiert in der deutschen Rechtsordnung das betreffende Institut nicht, so wird das Recht in ein äquivalentes Institut umgesetzt²²². Dies geschieht jedoch ebenfalls nur insoweit, wie nicht gegen die Grundsätze der deutschen Sachenrechtsordnung verstoßen wird.

An dieser Stelle ist ein Unterschied zur französischen Rechtspraxis zu verzeichnen. Im Jahre 1963 entschied der BGH, dass ein im Ausland begründetes besitzloses Registerpfandrecht auch in Deutschland Geltung habe²²³. Dieser Auffassung schloss sich die Literatur mittlerweile größtenteils an²²⁴. Es seien keine Verstöße gegen die deutsche Sachenrechtsordnung zu verzeichnen. Zwar geht das deutsche Recht vom Grundsatz des Faustpfandprinzips aus, jedoch zeige die gesetzliche Regelung des Eigentumsvorbehaltes, sowie die richterliche Anerkennung der Sicherungsübereignung, dass es sich dabei nicht um ein unverzichtbares Prinzip der deutschen Sachenrechtsordnung handelt. Ungeklärt blieb in diesem Urteil jedoch, was genau unter „Geltung“ zu verstehen ist. Teilweise ging man davon aus, dass gar keine Umsetzung erfolgt ist, sondern das ausländische Institut tatsächlich anerkannt – hingenommen – worden ist²²⁵. Andere wieder nehmen die teilweise Transposition in ein Faustpfandrecht an, da § 805 ZPO angewandt worden ist²²⁶.

Die richtige Antwort ist in der Zielsetzung der Umsetzung zu finden. Ein Rechtsinstitut soll durch ein anderes ersetzt werden, dass ihm in der wirtschaftlichen Zwecksetzung entspricht. Zweck des französischen Registerpfandrechts ist die Forderungssicherung unter Beibehaltung des Besitzes. Dies entspricht wirtschaftlich der Sicherungsübereignung. Auf die rechtliche Gestaltung der Institute kommt es dabei nur nebensächlich an. Dienen zwei Rechtsinstitute demselben wirtschaftlichen Zweck, so ist eine hinreichende Entsprechung selbst dann anzunehmen, wenn die Sicherung einmal auf einem beschränkt dinglichen Recht und ein anderes mal

²²¹ § 43 II EGBGB; BGHZ 100, 321 = BGH IPRax 1987, 374.

²²² BGHZ 39, 173 (175); BGH NJW 1991, 1415 (1417); Kegel, Internationales Privatrecht, § 19 III; dies geschieht wie gezeigt gem. Art. 43 II EGBGB nicht durch eine volle Transposition, sondern durch eine teilweise Transposition oder gar der Hinnahme des Instituts.

²²³ BGH NJW 1963, 1200 (1201); vorher a.A.: von Bar, IPR I, S. 655; Raape, S. 609.

²²⁴ v. Hoffmann, IPR, § 12 Rn. 32; Kreuzer in: IPRax 1993, 157 (159); Rauscher, IPR, S. 319; nicht jedoch Staudinger-Stoll, Intern. SachenR, Rn. 361, der hinsichtlich der Anerkennung zwischen Waren- und Geldkredit unterscheiden möchte. Ersterer ist anzuerkennen. Hinsichtlich des Geldkredits kommt er zu einem anderen Ergebnis.

²²⁵ Drobnig in: FS für Kegel, S. 141ff.; Hübner in: FS für Pleyer, S. 41, 51.

²²⁶ Hübner in: FS für Pleyer, S. 41, 53; ders in: ZIP 1980, 825 (830).

auf einem Vollrecht beruht. Dies entspringt der Überlegung, dass die Schaffung einer dinglichen Belastung gleichermaßen eine Entäußerung eines Teiles des Vollrechtes ist²²⁷. Aufgrund dieser Überlegung, die durch weitere ähnlich gelagerte Urteile gestützt wird²²⁸, ist deshalb davon auszugehen, dass die Regeln über die Sicherungsübereignung angewandt werden sollten – mithin eine teilweise Transposition erfolgt ist.

cc) Ergebnis

Während Deutschland den französischen Sicherungsrechten die Wirkung nicht versagt, geschieht selbiges in Frankreich. Ein deutscher Sicherungsnehmer ist damit einer höheren Gefahr des Sicherungsverlustes ausgesetzt, als ein französischer Sicherungsnehmer in einem ähnlich gelagerten Fall.

3. Italien

Die italienische Rechtsordnung gehört zwar genau wie Frankreich dem romanischen Rechtskreis an, weist jedoch gerade im Mobiliarsicherungsrecht einige Besonderheiten auf, die eine gesonderte Darstellung rechtfertigen.

a. Eigentumserwerb

Auch die italienische Rechtsordnung ist gem. Art. 1376 c.c. vom Konsensprinzip beherrscht. Der Eigentumserwerb erfolgt durch Abschluss eines Erwerbsvertrages. Ein weiterer Publizitätsakt, wie die Übergabe ist grundsätzlich nicht erforderlich. Eine Ausnahme besteht jedoch für Gattungssachen, die gem. Art. 1378 c.c. zunächst individualisiert werden müssen. Eine Vorschrift, die die Drittwirksamkeit einer Eigentumsverschaffung von der Übergabe abhängig macht, ist dem italienischen Recht nicht bekannt²²⁹.

b. Das italienische Sicherungssystem der dinglichen Mobiliarsicherheiten

Zur Gläubigersicherung hält das italienische Privatrecht neben verschiedenen Klagformen, persönlichen Sicherheiten und dem Zurückbehaltungsrecht auch dingliche Sicherheiten bereit.

aa) Pfandrecht

Gem. Art. 2784 ff. c.c. sieht das italienische Zivilgesetz die Sicherung mittels Pfandrecht vor. Dies entsteht gem. Art. 2786 c.c. mittels vertraglicher Einigung

²²⁷ Staudinger-Stoll, nach Art. 12 EGBGB Rn. 453.

²²⁸ BGH NJW 1991, 1415; RGZ 53, 218 (220).

²²⁹ vgl. Art. 1376 ff.c.c.

zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder sowie der Übergabe der Sache. Damit bekennt sich das italienische Recht zum Faustpfandprinzip.

bb) Kreditsicherungsmittel ohne Besitzaufgabe

Auch das italienische Recht verschloss sich jedoch nicht dem Bedürfnis nach besitzlosen Sicherheiten.

(1) Die Sicherungsübereignung im italienischen Recht

Da es für die Eigentumsverschaffung keiner Übergabe bedurfte, war es bis ins Jahr 1983 in Italien möglich, Sicherungsübereignungen vorzunehmen. In zwei aufeinanderfolgenden Urteilen²³⁰ wurde diese Vorgehensweise unterbunden.

Das im italienischen Recht bestehende Verbot der Verfallabrede – *patto commissorio* – für Pfand und Hypothek wurde in diesen Entscheidungen auf die Sicherungsübereignung ausgedehnt.

Art. 2744 c.c.: Diejenige Abrede ist nichtig, mit der vereinbart wird, dass bei ausbleibender Erfüllung der Forderung im festgesetzten Zeitraum das Eigentum einer hypothekarisch gesicherten oder verpfändeten Sache auf den Gläubiger übergehen soll. Die Abrede ist ebenfalls nichtig, wenn sie nach Bestellung des Pfandrechts oder der Hypothek getroffen wurde.

Es gab zwar vereinzelt kritische Stimmen in der Literatur²³¹, dennoch hat sich die Ansicht mittlerweile in der italienischen Rechtsprechung²³² und Lehre²³³ durchgesetzt. Die Sicherungsübereignung steht den italienischen Sicherungsgebern daher als besitzloses Sicherungsmittel nicht mehr zur Verfügung.

(2) Privilegien

Ein sehr differenziertes System an besitzlosen Sicherungen bilden gem. Art. 2745 ff. c.c. die dem deutschen Recht völlig unbekanntes Vorzugsrechte – *privilegi* –. Das Privileg sichert Forderungen an Mobilien sowie Immobilien, indem es ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zuerkennt.

²³⁰ Cass 3/6/83 n. 3800, in: Foro it. 1984 I, 212 ff; Giust. Civ. 1983 I, 2953 ff; Cass. SU 3/4/89 n. 1611 in: Foro it. 1989 I 1428 ff; Giust. Civ. 1989 I, 2423 ff.

²³¹ Bussani, Il problema del patto commissorio, Torino 2000, Gigliotti, Il divieto del patto commissorio, Milano 1999.

²³² Cass. Civ. Sez. II Nr. 3843 vom 6/6/83; Sez. III Nr. 2795 vom 8/5/84; Sez. II vom 22/1/1985 in Riv. Notar. 1985 II, 1352, Sez. II Nr. 7385 vom 12/12/1986 in Giust. Civ. 1987 I, 545 ff.

²³³ vgl. Bianca, il divieto del patto commissorio, Milano 1957 der Vorreiter dieser Einstellung war, und heute eine Vielzahl von Anhängern zu verzeichnen hat.

Privilegien werden grundsätzlich kraft Gesetz mit dem Entstehen einer bestimmten Forderung begründet (Legalitätsprinzip)²³⁴. Unter Umständen bedarf es zwar für das tatsächliche Wirksamwerden des Vorzugsrechts noch einer Parteivereinbarung mit eventueller Registrierung (vertragliches Vorzugsrecht); dies ändert jedoch nichts am Charakter der Vorzugsrechte als gesetzliche Sicherungsrechte. Bei den Privilegien wiederum unterscheidet das Gesetz zwischen allgemeinen Vorzugsrechten, die sich auf alle Güter des Schuldners beziehen und bei einer Güterzirkulation daher nicht untergehen, sondern sich am restlichen Vermögen fortsetzen, sowie den besonderen Vorzugsrechten, die sich nur auf ein oder mehrere bestimmte Güter beziehen und bei deren Entfernen aus der Masse untergehen. Die einzelnen Vorzugsrechte sind in einem abschließenden Katalog in den Art. 2751 ff. c.c. aufgeführt. Sieht man den Katalog der Vorzugsrechte durch, so entsteht der Eindruck, dass nahezu das gesamte Schuldnervermögen den Vorzugsrechten von Gläubigern unterliegen muss. Der wirtschaftliche Wert der einzelnen Vorzugsrechte hängt damit entscheidend von deren Rang ab, der sich aus Art. 2777 ff. c.c. ergibt.

Die Privilegien stellen in der italienischen Gesetzeswelt jedoch kein ausreichendes Sicherungsmittel ohne Besitzaufgabe dar. Der abgeschlossene Katalog an Rechten und die Unmöglichkeit der privatautONOMEN Schaffung weiterer Rechte macht das System starr und unflexibel. Auch die teilweise notwendige Eintragungspflicht stellt ein Hindernis dar. Gerade die besonderen Vorzugsrechte schließlich haben kein Folgerecht und können daher leicht verfallen. Die Brauchbarkeit der Vorzugsrechte ist daher nur eingeschränkt²³⁵.

(3) Mobiliarhypotheken

Ein weiteres Sicherungsmittel bilden die Hypotheken (Art. 2808 ff. c.c.). Zwar sind gem. Art. 2810 I, II c.c. grundsätzlich nur Immobilien hypothekarisch belastbar, ausnahmsweise kann gem. Art. 2810 III c.c. jedoch an Kraftfahrzeugen, Schiffen und Luftfahrzeugen eine Mobiliarhypothek begründet werden. Dieses Institut bildet daher die Möglichkeit, Forderungen mit Hilfe von beweglichen Sachen auch ohne die Besitzaufgabe zu sichern. Zur Begründung einer solchen Mobiliarhypothek ist deren konstitutive Einschreibung in ein Spezialregister erforderlich. Die Mobiliarhypothek umfasst wie gezeigt nur eine kleine Gruppe von Sicherungsgütern und ist aus diesem Grund gerade für den handwerklichen und industriellen Mittelstand als Sicherungsmittel nicht ausreichend.

(4) Eigentumsvorbehalt

Auch der in Italien zulässige Eigentumsvorbehalt gem. Art. 1523 ff. c.c. bietet ein besitzloses Sicherungsmittel. Da hier jedoch strengen Formvorschriften gelten und

²³⁴ Bodenstern/Jahn, Kreditsicherung, S. 128; Greving, Der Treuhandgedanke bei Sicherungsübertragungen, 2002, S. 141; Kindler, Einführung in das italienische Recht, § 14 Rn. 56.

²³⁵ So auch Braun in: Trusts e attività fiduciarie 2000, 36 (46); Greving, Der Treuhandgedanke bei Sicherungsübertragungen, 2002, S. 167.

meist gleichzeitig ein Vorzugsrecht besteht, fehlt eine eigenständige Bedeutung. Die erweiterten Formen des Eigentumsvorbehaltes sind dem italienischen Recht nicht bekannt²³⁶, sodass auch aus dieser Perspektive die wirtschaftliche Brauchbarkeit stark eingeschränkt ist.

(5) Zwischenergebnis

Neben dem gesetzlich verankerten Faustpfandrecht, finden sich im italienischen Recht besitzlose Sicherungsmöglichkeiten in den Vorzugsrechten, Mobilienhypotheken und dem Eigentumsvorbehalt. Sie können jedoch wie gezeigt das Sicherungsbedürfnis der italienischen Wirtschaft nicht lückenlos befriedigen. Aus diesem Grund haben sich in der Praxis weitere Sicherheiten etabliert, deren Zulässigkeit jedoch häufig zur Diskussionen steht.

(6) Sonstige Möglichkeiten

(a) *patto marciano*

Unter dem *patto marciano* versteht man die Abrede, beim Eintritt des Sicherungsfalles das Eigentum am Sicherungsgut zu übertragen. Anders als bei der reinen Sicherungsübereignung, wird jedoch erst im tatsächlichen Zeitpunkt des Sicherungsfalles der Wert des Sicherungsgutes bestimmt²³⁷, sodass es zu keiner Schuldnerbenachteiligung kommen kann. Unklar bei dieser Konstruktion ist jedoch, wann das Eigentum übergehen soll. Geht es gleich über, jedoch unter der auflösenden Bedingung der Wertdeckung²³⁸, so ist es eigentlich eine Sicherungsübereignung, die wegen des Verstoßen gegen die *patto commissorio* nichtig ist. Andere sehen in dem *patto marciano* eine Ersetzungsbefugnis, wonach das Eigentum tatsächlich erst bei Wertermittlung übergeht²³⁹. Aufgrund dieser Unklarheiten, sowie der fehlenden gerichtlichen Bestätigung dieses Institutes wird es in der italienischen Praxis kaum verwendet. Es lässt sich daher keine verlässliche Aussage darüber treffen, inwieweit die italienische Rechtsprechung auf die Einhaltung der *patto commissorio* drängt und sie somit in den *ordre public* Status erhebt oder bereit ist, auf sie zu verzichten und so eine eher großzügigere Haltung einnimmt. Die Mehrzahl der Literatur spricht sich aber – sofern der *patto marciano* überhaupt angesprochen wird – gegen eine fiduziarische Übertragungsmöglichkeit auf diesem Umwege aus.

²³⁶ Gassner/Wolff in: DB Beilage 10/69; Siehr in: AWD/RIW 1971, 10 (11).

²³⁷ Cass. 27/11/1951 Nr. 2696 in Foro. It. 1952 I, S. 11; Corte d'Appello Trento 18/2/1075 in Giur. Mer. 1975 I, S. 424; Greving, Der Treuhandgedanke bei Sicherungsübertragungen, 2002, S. 90.

²³⁸ So: Carnevali, Enc. Dir. XXXII (1982), S. 499 (505).

²³⁹ So: Bussani, il problema del patto commissorio, 2000, S. 120, 188; Varrone, il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, 1968, S. 80.

(b) Wiederkauf – *del riscatto convenzionale*

Eine weitere Sicherungsmöglichkeit bietet die Vereinbarung eines Widerkaufsrechts gem. Art. 1500 ff. c.c. Dabei veräußert der Verkäufer eine Sache, ohne sie jedoch zu übergeben, erhält Liquiditäten in Form des Kaufpreises und hat das Recht, durch Rückzahlung des Kaufpreises seine Sache zurückzuerwerben.

Obwohl die Konstruktion des Wiederkaufes die der Sicherungsübereignung entspricht, wird die Ausweitung der *patto commissorio* auf den Wiederkauf weitestgehend abgelehnt²⁴⁰. Ratio der Verfallverbotsklausel ist der Schutz des Sicherungsgebers vor einer eventuell bestehenden Wuchergefahr²⁴¹. Man könnte daher annehmen, dass diese Gefahr beim Wiederkauf nicht bestünde, da nur der Kaufpreis, nicht jedoch Zinsen oder ähnliches zurückgezahlt werden müssen (vgl. Art. 1500 II, 2744 c.c.) und deshalb eine Verfallverbotsklausel nicht nötig ist. Dem muss man jedoch entgegen halten, dass auch beim Wiederkauf ein Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Wert der Sache bestehen dürfte, da sich anderenfalls für den Käufer kein Anreiz für ein solches Geschäft böte. Die im Hinblick auf die Sicherungsübereignung bestehende unterschiedliche Behandlung wird daher aus einem anderen Grund geschlossen. Die *patto commissorio* soll auf Garantieveräußerungen anwendbar sein. Beim Wiederkauf erhält man den Kaufpreis jedoch nicht aufgrund eines Garantieverhältnisses, sondern als Gegenleistung zur Kaufsache. Der Wiederkauf stellt damit anders als die Sicherungsübereignung keine Garantieveräußerung dar²⁴², sodass aus diesem Grund die Verfallverbotsklausel nicht anwendbar sein soll. Der Wiederkauf stellt damit ein in Italien zulässiges besitzloses Sicherungsmittel dar. Dies kann man letztendlich jedoch nur als formales Argument werten. Die Konstruktion sowie die Wuchergefahr sind das Gleiche, lediglich die causa ist verschieden.

(c) Sale and lease back

Schließlich wird auch häufig auf die Konstruktion des *sale and lease back* zurückgegriffen. Dabei veräußert der Eigentümer eines Rechtsgutes dieses an den Leasinggeber, erhält den Kaufpreis als Liquiditäten und least das Rechtsgut unter der Option des Rückerwerbes sofort zurück, sodass es weiter in seinem Besitz bleibt. Sind die vereinbarten Leasingraten bezahlt, fällt das Eigentum nach einem gesonderten Willensakt seitens des Leasingnehmers an diesen zurück. Wegen der Ähnlichkeit zur Sicherungsübereignung muss wieder diskutiert werden, ob die Verfallverbotsklausel konsequenterweise nicht auch auf diesen Fall ausgeweitet werden muss.

²⁴⁰ Bianca, La vendita e la permuta, S. 681, Sesta, le garanzie atipiche I, 1988, S. 103; Greving, Der Treuhandgedanke bei Sicherungsübertragungen, 2002, S. 95.

²⁴¹ Cass. Nr. 8624 vom 29/8/98 in: Foro. it. 1999 I, 175 ff; Cass. Nr. 2544 vom 18/4/84 in: Guist. Civ. Mass 1984, Nr. 4; Cass. Nr. 1657 vom 4/3/1996 in: Contr. 1996, 442 (444).

²⁴² Greving, Der Treuhandgedanke bei Sicherungsübertragungen, 2002, S. 96.

Dies wurde von Rechtsprechung und Lehre jedoch abgelehnt²⁴³. Das *sale and lease back* sei demnach eine sozial typische Geschäftsform in der italienischen Praxis. Es stellt keine Garantieveräußerung dar, da der Leasingnehmer das Gut zwar veräußert, diese Veräußerung jedoch „*vera e reale*“²⁴⁴ ist und eine notwendige Voraussetzung für den Abschluss eines Leasingvertrages darstellt. Einschränkend soll das *sale and lease back* jedoch lediglich Kaufleuten und Unternehmen²⁴⁵, nicht jedoch Privatleuten zur Verfügung stehen, da hier wiederum die Wuchergefahr nicht ausgeschlossen werden kann. Das *sale and lease back* bietet Unternehmen daher ebenfalls eine besitzlose Sicherheit.

cc) Zwischenergebnis

Nach Betrachtung der italienischen dinglichen Kreditsicherungsmittel bleibt Folgendes festzuhalten. Zwar wurde in Italien die Sicherungsübereignung für unwirksam erklärt, die Rechtsordnung verfügt jedoch über eine Vielzahl weiterer Möglichkeiten von besitz- und publizitätslosen Sicherheiten, sodass der Verlust der Sicherungsübereignung keine einschneidenden Folgen für das italienische Sicherungssystem gehabt hat.

c. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr

Die Erkenntnis, dass dem italienischen Recht das Institut der Sicherungsübereignung unbekannt ist und stattdessen andere besitzlose Sicherungsmittel bevorzugt werden, regt zu der Frage an, wie das italienische Recht auf die deutsche Sicherungsübereignung reagiert und umgekehrt ein italienisches Sicherungsrecht in Deutschland behandelt wird.

aa) Die deutsche Sicherungsübereignung im italienischen Rechtsverkehr

Zu untersuchen ist zunächst, wie das italienische Recht auf ein in Deutschland wirksam begründetes Sicherungseigentum reagiert, nachdem die Sache die Grenze passiert hat. Das italienische Internationale Privatrecht geht von der *lex rei sitae* aus und befragt daher das italienische Recht nach der Wirksamkeit der Sicherungsübereignung. Wie auch in anderen Ländern wird dabei jedoch die Sache mit ihren sachenrechtlichen Prägungen übernommen, sofern sie nicht gegen maßgebliche Grundsätze der geltenden Rechtsordnung verstoßen²⁴⁶.

²⁴³ Cass. civ. Sez. III Nr. 10805 vom 16/10/1995 in: Corr. Giur. 1995, 1360ff; Tribunal di Torino vom 29/3/1988 in: Riv. It. Leasing 1989, 213; Bussani in: Contr. E impr. 1986, 558 (603, 608).

²⁴⁴ „wahr und reell“ in Abgrenzung zur simulierten Veräußerung im Rahmen der Sicherungsübereignung mit Garantieabsicht ist.

²⁴⁵ Cass. Nr. 4095 vom 22/4/1998 in: Foro. It. 1998 I, 1820; Cass. Nr. 6663 vom 19/7/1997 in: I contr. 1998, 395; Cass. civ. Sez. III Nr. 10805 vom 16/10/1995 in: Corr. Giur. 1995, 1360ff.

²⁴⁶ Mühl, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt im ital. Recht, S. 147.

Die italienische Rechtsprechung hat den vorliegend fraglichen Punkt bisher noch nicht entschieden. Aus diesem Grund fehlen auch vertiefte Auseinandersetzungen der Literatur mit diesem Problem. Wie auch im französischen Recht käme man jedoch zu der Frage, ob das Verbot der Verfallklausel, derentwegen die Sicherungsübereignung in Italien unzulässig ist, einen maßgeblichen sachenrechtlichen Grundsatz darstellt und deshalb dem *ordre public* zuzuordnen ist.

Meist bejaht die italienische Literatur, wenn auch häufig begründungslos, den *ordre public* Charakter dieser Norm²⁴⁷. Dass die Verfallverbotsklausel für das italienische Recht eine hohe Bedeutung hat, zeigt vor allem die starke Ausweitung dieser Norm. Sie ist nicht nur auf Pfand und Hypothek, sondern auch auf die bis zum Zeitpunkt der Unzulässigkeitsklärung viel genutzte Sicherungsübereignung anwendbar. Dass die Verfallverbotsklausel jedoch tatsächlich dem *ordre public* zugeordnet werden kann, ist nur dann überzeugend, wenn auch die italienische Rechtspraxis sie ausnahmslos beachtet. Keine Anwendung findet die Klausel auf die Privilegien, den *patto marciano*, den Wiederkauf und das *sale and lease back*. Zu klären ist also, ob diese Nichtanwendung inhaltlich gerechtfertigt ist oder einen Bruch mit der italienischen Verfallverbotsklausel darstellt.

Zweck der Verfallverbotsklausel ist der Schutz des Schuldners vor der Gefahr des Wuchers. Diese Gefahr besteht bei den Privilegien nicht, da sie privatautonom nicht beeinflussbar sind. Ob der Gesetzgeber bei dem *patto marciano* auf die Verfallverbotsklausel verzichtet hat, kann wie gezeigt derzeit noch nicht abschließend beantwortet werden. Im Rahmen des Wiederkaufes schließlich hat man die unterschiedliche *causa* von Wiederkauf und Sicherungsübereignung betont und dies zum Anlass genommen, auf die *patto commissorio* zu verzichten. Dieses Ergebnis ist jedoch allein wertungsorientiert. Wie gezeigt, besteht die Wuchergefahr auch beim Wiederkauf. Ob sich der Schuldner in diese jedoch aufgrund einer Garantieverpflichtung oder eines Kaufvertrages begibt, spielt aus seiner Sicht und damit der maßgebenden schulnerschützenden Sicht keine Rolle. Indem der italienische Rechtsanwender auf die *patto commissorio* verzichtet hat, gibt er zum einen dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach besitzlosen Sicherungsmitteln nach und bringt zum anderen implizit und möglicherweise auch ungewollt, aber in Kauf genommen zum Ausdruck, auf die *patto commissorio* verzichten zu können. Ihre Zugehörigkeit zum italienischen *ordre public* kann also nur noch schwer erklärt werden. Erschwerend kommt hinzu, dass noch auf einem weiteren Gebiet auf die „Schuldnersicherung“ verzichtet wird. Auch der *sale and lease back* gleicht der Sicherungsübereignung. Wiederum stützt man sich auf die unterschiedliche *causa*, um eine Sonderbehandlung zu rechtfertigen. Man entzieht zwar Privatleuten die Möglichkeit des *sale and lease back*²⁴⁸, die häufigsten Sicherungsgeschäfte dürften jedoch ohnehin nicht in diesem Bereich zu finden sein, sodass dies eher ein schmerzloser

²⁴⁷ Mazzoni in: Rapport nationaux au Xe Congrès International de Droit Comparé, S. 245 (272); vgl. Mühl, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt im ital. Recht, S. 149.

²⁴⁸ Und zeigt somit implizit selbst, dass das Differenzierungskriterium der unterschiedlichen *causa* nur ein vorgeschobener Grund, jedoch keine Erklärung ist.

Verzicht ist, um abermals die Nichtanwendung der *patto commissorio* zu entschuldigen.

In zwei großen Sicherungsfällen verzichtet Italien demnach auf die Einhaltung der *patto commissorio*, obwohl inhaltlich und schutzzweckorientiert eine derartige Nähe zur Sicherungsübereignung besteht, dass sie eigentlich eingehalten werden müsste. Es fällt daher äußerst schwer, der unbegründeten Meinung, die *patto commissorio* sei Teil des italienischen *ordre public*²⁴⁹, zu folgen.

Es sind jedoch auch ähnlich wie in Frankreich andere Aspekte denkbar, aufgrund derer der Sicherungsübereignung die Anerkennung versagt werden könnte. Auch das italienische Recht legt im Rahmen der Mobiliarsicherheiten großen Wert auf Publizität. Dies zeigt zum einen das Faustpfandrecht. Auch ist der beispielsweise am häufigsten genutzte Eigentumsvorbehalt an Maschinen gem. Art. 1524 II c.c. registrierpflichtig. Ebenso verhält es sich mit vielen Vorzugsrechten, vgl. Art. 2745 S.2 i.V.m. 2762, 2766 III etc. sowie den Mobiliarhypotheken. Die am intensivsten genutzten Sicherungsmittel unterliegen also einer Publizitätsvorschrift. Daraus wiederum könnte man schließen, dass auch wenn sich die Rechtsprechung nicht ausdrücklich darauf gestützt hat, die italienische Sicherungsübereignung zumindest auch aufgrund ihrer Publizitätslosigkeit für unzulässig erklärt worden ist. Doch wiederum fällt auf, dass bei den beschriebenen Ausweichmöglichkeiten des Wiederkaufes und des *sale and lease back* auf eine Publizität verzichtet wird, obwohl eine deutliche Nähe zur Sicherungsübereignung besteht. Wieder fällt es deshalb schwer, die Publizität als *ordre public* anzuerkennen, hält Italien sie doch selbst nicht lückenlos ein. Insgesamt ist davon auszugehen, dass das italienische Recht eine in Deutschland begründete Sicherungsübereignung bei genauer *ordre public* Prüfung anerkennen würde²⁵⁰.

bb) Italienische Sicherungsrechte im deutschen Rechtsverkehr

Fraglich ist weiterhin, ob im umgekehrten Fall auch die in Italien wirksam begründeten Sicherungsrechte beim Übertreten der Grenze ihre Wirksamkeit verlieren. Ausgehend vom Schutz der wohl erworbenen Rechte versagt Deutschland nur denjenigen dinglichen Rechten die Wirkung, die gegen die sachenrechtliche Grundordnung verstoßen. Da Deutschland den dinglichen Sicherungsrechten nahezu keinerlei Beschränkungen auferlegt, wird ein solcher Verstoß auch nicht angenommen. Vielmehr ist das deutsche Recht bemüht, das ausländische Sicherungsrecht in ein Inländisches zu transponieren.

So wurde beispielsweise die Mobiliarsicherheit eines KfZ nach Verbringen nach Deutschland in eine Sicherungsübereignung umgesetzt²⁵¹. Ebenso dürfte Deutschland auch bei anderen italienischen Sicherungsrechten verfahren.

²⁴⁹ Siehe FN 247.

²⁵⁰ Anders noch ein Urteil zum Eigentumsvorbehalt: Appellationsgericht Milano, Foro italiano 1957 I 1856 = Wunner in: NJW 1960, 1846, dass sich jedoch auf umfangreiche Formvorschriften des Eigentumsvorbehaltes stützt und nicht auf Publizitätsgedanken.

²⁵¹ BGH NJW 1991, 1415.

cc) Ergebnis

Es lässt sich das für Deutschland befriedigende Ergebnis festhalten, dass den italienischen Sicherungsrechten in Deutschland die Wirkung nicht versagt wird und selbiges umgekehrt auch in Italien konsequenterweise nicht geschehen dürfte²⁵². Ein deutscher Sicherungsnehmer ist damit im Rechtsverkehr mit Italien keiner höheren Gefahr des Sicherungsverlustes ausgesetzt²⁵³, als ein italienischer Sicherungsnehmer in einem ähnlich gelagerten Fall.

4. Österreich

In einem weiteren Schritt gilt es, Österreich auf den Umgang mit der deutschen Sicherungsübereignung zu überprüfen.

a. Eigentumserwerb

Der Eigentumserwerb nach österreichischem Recht nimmt im Vergleich zu Frankreich und Deutschland eine Zwitterstellung ein. Gem. § 380 ABGB bedarf es zunächst eines gültigen Titels in Form eines Vertrages, einer letztwilligen Verfügung oder eines vom Gesetz aufgestellten Titels. Weiterhin ist gemäß dieser Vorschrift eine Erwerbungsart in Form der Übergabe bei beweglichen Sachen bzw. der Eintragung bei unbeweglichen Sachen nötig. Gem. §§ 426 ff. ABGB kann die Übergabe sowohl in der körperlichen Übergabe bestehen, als auch durch Zeichen oder Erklärung (Besitzkonstitut) vorgenommen werden. Schließlich wird herrschend auch ein dinglicher Einigungsvertrag gefordert²⁵⁴. Erst beim kumulativen Vorliegen dieser drei Voraussetzungen soll ein Eigentumserwerb stattfinden.

b. Sicherungsrechte

Die österreichischen Mobiliarsicherungsrechte sind zumindest terminologisch mit den deutschen identisch. Zur Verfügung stehen das Pfandrecht, die Sicherungsübereignung sowie der Eigentumsvorbehalt. Beim näheren Betrachten lassen sich jedoch eine Vielzahl Unterschiede feststellen, die im Ergebnis dem österreichischen Sicherungssystem eine völlig andere Prägung geben.

²⁵² Eine verbindliche Stellungnahme kann hier freilich nicht gegeben werden.

²⁵³ Voraussetzung ist jedoch, dass die Rechtsprechung nicht der unbegründeten Meinung der Literatur folgt und die Verfallverbotsklausel als nicht dem *ordre public* zugehörig eingruppiert.

²⁵⁴ Klang-Bydlinski, Kommentar zum ABGB Bd. IV/2, S. 371 FN. 42; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Bd. I, S. 271.

aa) Pfandrecht §§ 447 ff. ABGB

Das Wichtigste, vom Gesetz geregelte Mobiliarsicherungsrecht ist das Pfandrecht. Ähnlich wie beim Eigentumserwerb ist gem. §§ 449, 451 ABGB für den Pfandrechtserwerb ein gültiger Titel in Form des Pfandbestellungsvertrages, eine dingliche Einigung darüber, dass ein Pfandrecht entstehen soll sowie eine Erwerbungsart in Form der Übergabe nötig. In Ausnahme zu § 428 ABGB, wonach die Übergabe auch mittels Besitzkonstitut erfolgen kann, wird dies gem. § 451 ABGB für das Pfandrecht ausgeschlossen. Die Übergabe kann allein in der körperlichen Hingabe bestehen, ausnahmsweise auch durch Zeichen. Damit bekennt sich auch das österreichische Recht zum Faustpfandprinzip.

Wie in allen anderen bisher beleuchteten Rechtsordnungen sind auch in der österreichischen Praxis die evidenten Nachteile des Faustpfandprinzips sehr schnell zu Tage getreten. Dies wiederum hat die Rechtssprechung dazu veranlasst, weitere Mobiliarsicherungsinstitute zu schaffen, welche die ungünstigen Nebenfolgen des Pfandrechtes ausgleichen sollten.

Dazu gehörten neben den wohl wichtigsten Instituten der Sicherungsübereignung und dem Eigentumsvorbehalt auch die Registerpfandrechte an Schiffen und Patenten²⁵⁵.

bb) Sicherungsübereignung

In Anlehnung an die deutsche Rechtssprechung wurde auch in Österreich die Sicherungsübereignung gewohnheitsrechtlich eingeführt²⁵⁶. Entgegen einiger „Ausbrüche“ der Rechtssprechung²⁵⁷ wurde sie durchgehend anerkannt²⁵⁸. Nötig waren neben dem Titel in Form der Sicherungsabrede, die dingliche Einigung sowie eine Übergabe i.S.d. §§ 426 ff. ABGB. Auch die Übergabe mittels Besitzkonstitut gem. § 428 ABGB wurde zunächst anerkannt.

Zunehmend geriet die Sicherungsübereignung jedoch in die Kritik. Da sie den gleichen Zweck wie ein Pfandrecht verfolgte, jedoch aufgrund der fehlenden Übergabevoraussetzung unter wesentlich einfacheren Bedingungen begründbar war, sah man in ihr eine unzulässige Gesetzesumgehung. Aus diesem Grund unternahm die Rechtssprechung 1925 zurückgreifend auf die Vorarbeiten von Wellspacher²⁵⁹ eine Wende. Fortan bedurfte es für die Sicherungsübereignung ebenfalls einer Übergabe in Form der körperlichen Hingabe²⁶⁰. Die Begründung mittels Besitzkonstitut ist unzulässig. Gerade Geldkreditgeber haben vielfach nicht die Möglichkeit und auch gar nicht das Interesse, die Sicherungssache unterzustellen. Ihre Kredite werden

²⁵⁵ Hadding/Schneider-Habel, Das Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Österreich, S. 223.

²⁵⁶ Hadding/Schneider-Habel, Das Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Österreich, S. 236.

²⁵⁷ OGH SZ 1917, 390; OGH JBl. 1917, 33.

²⁵⁸ GIUNF 6750 = ZBl. 1914 Nr. 343.

²⁵⁹ Wellspacher in: GZ 1918, S. 49ff.

²⁶⁰ OGH SZ 8/200; 10/26; 28/72; 70/118; OGH JBl. 1984, 550.

entweder gar nicht gesichert, oder es wird ein unzulässiger Modus gewählt, sodass man bei der Verwertung Gefahr läuft, sich die Unwirksamkeit der Bestellung entgegenhalten lassen zu müssen. Als Kreditsicherungsmittel ist die österreichische Sicherungsübereignung daher kaum geeignet.

Die Sicherungsübereignung wird nicht nur unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Pfandrecht begründet, sondern entfaltet grundsätzlich auch die gleichen Wirkungen. Insbesondere in der Insolvenz werden diese beiden Institute gleich behandelt²⁶¹. Der einzige Unterschied besteht in der Exekution. Befindet sich die Sache bei einem Dritten, so kann der Sicherungseigentümer der Exekution gem. § 37 EO widersprechen, dem Pfandgläubiger hingegen steht gem. §§ 258, 262 EO lediglich das Recht auf vorzugsweise Befriedigung zu²⁶². Aufgrund dieser weitgehenden Gleichbehandlung fehlt der Sicherungsübereignung in Österreich die eigene praktische Relevanz.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die österreichische Sicherungsübereignung in Gleichbehandlung zum Pfandrecht strenge Publizitätsanforderungen an ihre Begründung stellt. Dies raubt ihr zum einen die eigene praktische Relevanz neben dem Pfandrecht und macht sie zum anderen gerade für Geldkreditgeber nahezu unbrauchbar.

cc) Eigentumsvorbehalt

Ein weiteres anerkanntes Mobiliarsicherungsmittel in der österreichischen Rechtspraxis ist der Eigentumsvorbehalt. Er bildet die Kehrseite der Sicherungsübereignung. Mit seiner Hilfe schützen sich die Warenlieferanten vor einem frühzeitigen Verlust ihres Eigentums, herbeigeführt durch Sicherungsübereignungen seitens des Warenkäufers. Aufgrund der zögerlichen Anwendung der Sicherungsübereignung hat sich auch der Eigentumsvorbehalt bei weitem nicht so rasant wie in Deutschland entwickeln können.

Zunächst nicht normiert ist der Eigentumsvorbehalt mittlerweile in den § 297a ABGB und § 24 IZ 9 KSchG gesetzlich anerkannt. Anders als in Deutschland dient der Eigentumsvorbehalt jedoch nicht nur der Sicherung der Kaufpreisforderung, sondern steht auch den Geldkreditgebern als Sicherungsmittel zur Verfügung²⁶³. Er führt so zumindest teilweise einen Ausgleich zur restriktiven Anwendung der Sicherungsübereignung herbei.

Die Geldkreditsicherung kann in zwei Formen erfolgen. Einerseits besteht die Möglichkeit der sogenannten Ankaufsfinanzierung. Dabei nimmt der Vorbehaltskäufer einen Geldkredit zur Tilgung der Kaufpreisraten auf und übereignet im Ge-

²⁶¹ vgl. § 10 III KO.

²⁶² So ständige Rspr.: OGH SZ 50/42; 54/89 und auch die Literatur: Burgstaller, Das Pfandrecht in der Exekution (1988), S. 150 ff; Frotz, Kreditsicherungsrecht, S. 123.

²⁶³ Frotz, Kreditsicherungsrecht, S. 153; Hadding/Schneider-Habel, Das Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Österreich, S. 260.

genzug dazu der Bank sein Anwartschaftsrecht auf die Vorbehaltssache²⁶⁴. Andererseits kann eine Geldkreditsicherung mit Hilfe der Verkaufsfinanzierung vorgenommen werden. Bei ihr nimmt der Vorbehaltverkäufer einen Geldkredit auf und tritt im Gegenzug der Bank die Kaufpreisforderung ab und übereignet ihr das mit dem Vorbehalt belastete Eigentum²⁶⁵.

Der Eigentumsvorbehalt steht der Sicherungsübereignung in seiner Zweckrichtung sehr nahe. Dennoch verzichtet man auf die strengen Publizitätsanforderungen. Zum einen wird die Vorbehaltssache nicht dem Haftungsverband entzogen, wie das bei dem Sicherungseigentum der Fall ist, sondern kommt gar nicht in den Haftungsverband. Zum anderen rechnet der Verkehr grundsätzlich eher mit einem Eigentumsvorbehalt, als mit einer Sicherungsübereignung. Damit besteht beim Eigentumsvorbehalt kein so hohes Schutzbedürfnis, sodass auf die strengen Publizitätsanforderungen verzichtet werden kann. Neben dem normalen Eigentumsvorbehalt kennt das österreichische Recht auch den verlängerten²⁶⁶, nicht aber den erweiterten Eigentumsvorbehalt²⁶⁷. Seit 1977 erkennt die österreichische Rechtsprechung auch die Vereinbarung einer Verarbeitungsklausel²⁶⁸ an und gab damit eine langjährige, gegenteilige Ansicht²⁶⁹ ausdrücklich auf. Nicht möglich ist es jedoch, einen vollständigen Eigentumsrückfall an den Vorbehaltverkäufer zu vereinbaren. Erforderlich ist vielmehr ein differenzierter Berechnungsmodus, der die jeweiligen Anteile der Sache bestehend aus dem Vorbehaltsgut und den sonstigen Produkten, die durch die Verarbeitung hinzugefügt worden sind, beachtet²⁷⁰.

dd) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt also festzustellen, dass im Bereich der Mobiliarsicherheiten dem österreichischen Kreditgeber das Pfandrecht, die Sicherungsübereignung und der Eigentumsvorbehalt zur Verfügung stehen. Erstere können auf die Besitzübergabe nicht verzichten und sind aus den bekannten Gründen für den modernen Sicherungsverkehr relativ unbrauchbar. Der Eigentumsvorbehalt hingegen verzichtet zwar auf einen Publizitätsakt, er steht jedoch in erster Linie den Warenkreditgebern zur Verfügung. Geldkreditgeber bleiben im österreichischen Recht dagegen relativ ungeschützt. Ihnen steht eine besitzlose Sicherung nur im Rahmen der An- und Verkaufsfinanzierung zur Verfügung.

²⁶⁴ Frotz, *Kreditsicherungsrecht*, S. 155; Hadding/Schneider-Habel, *Das Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Österreich*, S. 262.

²⁶⁵ Frotz, *Kreditsicherungsrecht*, S. 154; Hadding/Schneider-Habel, *Das Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Österreich*, S. 263.

²⁶⁶ Frotz, *Kreditsicherungsrecht*, S. 180ff; Klang-Bydlinski, *ABGB-Komm IV/2*, S. 632ff.

²⁶⁷ OGH JBl 1969, 389; OGH JBl 1981, 256; Frotz, *Kreditsicherungsrecht*, S. 197ff; Klang-Bydlinski, *ABGB-Komm IV/2*, S. 677ff, da dieser wieder sehr nah an die Sicherungsübereignung herankommt.

²⁶⁸ OGH EvBl. 1977, Nr. 26.

²⁶⁹ OGH SZ IX 175; XVIII 92.

²⁷⁰ Hadding/Schneider-Habel, *Das Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Österreich*, S. 275.

c. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr

Aufgrund der gleichartigen Ausgestaltung des einfachen und verlängerten Eigentumsvorbehaltes findet eine gegenseitige Anerkennung dieses Institutes statt²⁷¹. Wegen der unterschiedlichen Anforderungen, die Deutschland und Österreich an das Institut der Sicherungsübereignung stellen, erhebt sich jedoch wieder die Frage, wie die einzelnen Rechtsordnungen auf dieses jeweils im Ausland begründete Institut reagieren.

aa) Die deutsche Sicherungsübereignung im österreichischen Rechtsverkehr

Zu untersuchen ist erneut, wie der österreichische Rechtsverkehr eine in Deutschland wirksam begründete Sicherungsübereignung behandelt, nachdem das Sicherungsgut in den österreichischen Rechtsverkehr gelangt ist. Gem. § 31 I IPRG hängt die Frage des Entstehens eines Rechtes vom Belegenheitsrecht zum Zeitpunkt des Rechtserwerbes ab. Ein nachträglicher Statutenwechsel bleibt gem. § 7 IPRG bei abgeschlossenen Tatbeständen ohne Einfluss. Die in Deutschland wirksam begründete Sicherungsübereignung ist daher auch aus österreichischer Sicht zunächst wirksam entstanden. Gem. § 31 II IPRG richten sich jedoch Inhalt und Wirkung dieses Rechts nach der neuen *lex rei sitae*, dem Recht Österreichs. Grundsätzlich gilt auch hier das Prinzip der Anerkennung wohlervorbener Rechte²⁷². Danach behalten wirksam begründete Rechtsinstitute zunächst ihren Inhalt und Wirkung bei²⁷³.

Dies gilt jedoch nur insoweit, als nicht gegen die sachenrechtliche Grundordnung verstoßen wird²⁷⁴. Es ist daher zu klären, inwieweit das deutsche Institut der Sicherungsübereignung gegen einen österreichischen sachenrechtlichen Grundsatz verstößt.

Nüchtern betrachtet dürfte sich überhaupt kein Verstoß ergeben. Anders als die bisher betrachteten Rechtsordnungen weist Österreich eine Besonderheit auf – wie in Deutschland so wird auch hier vom Trennungsprinzip ausgegangen. Der Eigen-

²⁷¹ Rauscher in: JBl 1985, 321 (323).

²⁷² OGH JBl 1984, 550 (551); Martiny in: IPRax 1985, 168 (169); Rauscher in: JBl 1985, 321 (324).

²⁷³ Rummel-Schwimann, ABGB, § 31 IPRG Rn 7, 8. Diese müssen sich dann jedoch inhaltlich in einem entsprechenden Institut fortsetzen. Eine volle Transposition ist dabei nicht nötig.

²⁷⁴ OGH ZfRV 1965, 113 (122); Schwind, Handbuch des österreichischen IPR, 267, 278. Später verbietet sich nach Schwind, IPR, Rn. 393 eine solche Herangehensweise. Er bezeichnet diese nun als eine „völlig falsche internationalprivatrechtliche Beurteilung“. § 31 II soll demzufolge nicht die oben beschriebene Wirkung zukommen, da damit § 7 IPRG keine Geltung mehr erfahren kann. Herrschend geht man in Österreich jedoch davon aus, dass § 31 lediglich eine konkretisierende Vorschrift zu § 7 darstellt (Rummel-Schwimann, ABGB, § 31 IPRG Rn. 6 m.w.N.). Während § 31 I den Inhalt der Vorschrift noch einmal wiederholt, statuiert § 31 II eine Ausnahme dazu. Anderenfalls ließe sich § 31 I nicht erklären. Teilweise spricht man jedoch auch nur von einer „Billigung“ dieser Auslegung (Staudinger-Stoll, Intern. SachenR, Rn. 346), was jedoch nichts am derzeit tatsächlichen Vorgehen des österreichischen Rechtsanwenders ändert.

tumserwerb besteht mithin aus einer schuldrechtlichen und einer dinglichen Komponente²⁷⁵. Wie bekannt ist, entsteht die Sicherungsübereignung durch eine Eigentumsübertragung und einer dieser zugrunde liegenden Sicherungsabrede, wonach das Eigentum nur zur Sicherheit übergeht und bei Erfüllung der zu sichernden Forderung ein schuldrechtlicher Rückübereignungsanspruch besteht. Gelangt eine mit einem solchen Sicherungsrecht belastete Sache in eine ausländische Rechtsordnung, so machen sich bildlich gesprochen zwei Elemente auf Reisen: die Sicherungsabrede und das Eigentum. Diese sind nach der deutschen *lex rei sitae* abstrakt zueinander. Durch das Ändern des Sachstatuts ändert sich diese Abstraktheit nicht, da sie Teil der Entstehung ist²⁷⁶. Ist nun dem Zielland diese Trennung (nicht unbedingt die Abstraktheit) bekannt – wie es in Österreich der Fall ist – so erfolgt eine zweigleisige Anknüpfung. Schuldrechtliches Kausalgeschäft und dingliche Rechtsfolgen werden getrennt angeknüpft²⁷⁷. Zwar entscheidet das Sachstatut auch über die Auswirkungen des Kausalgeschäfts auf die dingliche Rechtslage oder die Reichweite dinglicher Wirkungen eines Grundgeschäftes, dennoch erfolgt grundsätzlich eine getrennte Betrachtung der beiden Elemente²⁷⁸. Fragt man sich nun in Österreich, ob die Institute mit der eigenen Sachrechtsordnung vereinbar sind, müsste man konsequenterweise ebenfalls eine getrennte Betrachtung anstellen. Reines Eigentum – wie es bei der Sicherungsübereignung technisch vorliegt – dürfte nicht gegen die Sachenrechtsordnung verstoßen. Ebenso verhält es sich mit einem unter einer Bedingung abgeschlossenen Kausalgeschäft.

Dennoch kommt die österreichische Rechtspraxis mit Recht zu einem anderen Ergebnis. Eine derart getrennte Betrachtung des Sicherungseigentums wäre wesensfremd²⁷⁹. Selbst aus deutscher Sicht ist man zu dem Schluss gekommen, dass es sich bei dem Sicherungseigentum nicht um normales Eigentum handelt, sondern ein wesentlicher Unterschied zum Umsatzeigentum besteht. Dies manifestiert sich in der deutschen Behandlung der Sicherungsübereignung, wo regelmäßig die Pfandrechtsvorschriften und gerade nicht die Vorschriften über das Eigentum herangezogen werden. Diese wertende Einordnung des Sicherungseigentums muss dann aber auch dem Ausland gestattet sein. Dies um so mehr, da die deutsche Form der Sicherungsübereignung in Österreich gänzlich unbekannt ist. Dem Rechtsanwender muss es also möglich sein, mittels einer funktionalen Betrachtung den wahren Inhalt eines Rechtsinstituts zu ermitteln, um zu einem wertungsgerechten Ergebnis zu gelangen. Erforderlich ist daher eine „Gesamtbetrachtung“, bei der die Sicherungsabrede und damit der prägende Charakter der Sicherungsübereignung mit berücksichtigt wird. Auf dieser Betrachtungsebene wird die deutsche Sicherungsübereignung in Österreich jedoch nicht anerkannt.

²⁷⁵ Siehe Seite 243.

²⁷⁶ Rauscher, IPR, S. 313; Schwind, IPR, Rn. 387.

²⁷⁷ OGH EvBl 1961, 357; OGH SZ 43, 171; OGH JBl 1976, 639; OGH EvBl 1977, 66; Rummel-Schwimann, ABGB, § 31 IPRG Rn. 3.

²⁷⁸ Rummel-Schwimann, ABGB, § 31 IPRG Rn. 2.

²⁷⁹ A.A. scheinbar Rauscher, IPR, S. 313, der allenfalls eine Korrektur dieses Ergebnisses über den *ordre public* in Erwägung zieht.

Die österreichische Sicherungsübereignung erfordert das Publizitätsmittel der Übergabe. Dieses Publizitätserfordernis qualifiziert die österreichische Rechtsprechung als einen Teil des inländischen *ordre public* und lehnt die Wirksamkeit der deutschen Sicherungsübereignung wegen Fehlen dieser Publizität daher ab²⁸⁰. Dieser, von Rechtsprechung²⁸¹ und auch Lehre²⁸² bestätigten Vorgehensweise, steht man jedoch nicht ganz kritiklos gegenüber²⁸³.

Zum einen geht § 476 ABGB davon aus, dass ein wirksam begründetes Pfandrecht unter Vorbehalt auch wieder zurückgestellt werden darf. Damit scheint der österreichische Gesetzgeber selbst bereits das Publizitätserfordernis zu relativieren. Diese Vorschrift wird jedoch von Rechtsprechung und herrschender Lehre sehr restriktiv ausgelegt²⁸⁴. Danach ist, egal, ob unter Vorbehalt oder nicht, eine zeitlich unbegrenzte oder dauerhafte Rückstellung unzulässig. Für die Sicherungsübereignung gilt selbiges²⁸⁵.

Des Weiteren wird beim Sicherungsinstitut des Eigentumsvorbehaltes auf eine Publizität verzichtet, was wiederum für deren Redundanz sprechen könnte²⁸⁶. Der Eigentumsvorbehalt unterscheidet sich jedoch wie gezeigt²⁸⁷ ganz wesentlich von der Sicherungsübereignung. Zum einen wird die Vorbehaltssache nicht dem Haftungsverband entzogen, wie das bei dem Sicherungseigentum der Fall ist, sondern kommt erst gar nicht in den Haftungsverband. Außerdem rechnet der Verkehr grundsätzlich eher mit einem Eigentumsvorbehalt als mit einer Sicherungsübereignung. Damit besteht beim Eigentumsvorbehalt kein so hohes Schutzbedürfnis, sodass auf die strengen Publizitätsanforderungen verzichtet werden kann.

Die Argumente, welche gegen eine Zuordnung der Publizität zum *ordre public* sprechen, lassen sich folglich entkräften, sodass mit einem Umschwung der Rechtsprechung nicht zu rechnen ist. Eine in Deutschland wirksam begründete Sicherungsübereignung entfaltet nach Verbringen der Sache nach Österreich daher keine Wirkung.

²⁸⁰ OGH SZ 56/188 = JBl 1984, 550.

²⁸¹ OGH vom 19.01.1989 7 Ob 723/88 NRsp. 1989/106.

²⁸² Hoyer in: JBl 1984, 543; Martiny in: IPRax 1985, 165 (168); Schwimann in: JBl 1984, 552.

²⁸³ Magerstein: JBl 1955, 5 (7) noch allgemein zur Frage der Publizität bei der Sicherungsübereignung; Rauscher in: JBl 1985, 321 (327-328); Schwind in: Festschrift für Kegel (1987), 599 (604) bereits Urteilsbezogen; ders., IPR, Rn. 393.

²⁸⁴ OGH SZ 41/140 S. 430 (431); OGH EvBl 1970/109, Frotz, Kreditsicherungsrecht, S. 36f., 101; Koziol-Welser, Bürgerliches Recht Bd. I, S. 336; Rummel-Petrasch, ABGB-Komm., § 467 Rn. 5.

²⁸⁵ OGH SZ 41/140 S. 430 (431); LG Innsbruck ZfRV 1973, 51; Hoyer in: JBl 1984, 543 (544); Rauscher in: JBl 1985, 3121 (323).

²⁸⁶ Rauscher in: JBl 1985, 3121 (327).

²⁸⁷ Siehe Seite 72.

bb) Die österreichische Sicherungsübereignung im deutschen Rechtsverkehr

Da die österreichische Rechtsordnung an das Entstehen von Sicherungseigentum weitaus strengere Voraussetzungen stellt als die deutsche, wird dieses Institut bei Verbringen der Sache nach Deutschland rückhaltlos anerkannt.

cc) Ergebnis

Für den internationalen Rechtsverkehr lässt sich wiederum das aus deutscher Sicht unbefriedigende Ergebnis festhalten, dass Deutschland die aus Österreich kommenden Sicherungsrechte anerkennt, während die in Deutschland begründete Sicherungsübereignung nach Verbringen der Sache nach Österreich wirkungslos wird, das Eigentum also untergeht.

5. England

Als nächstes soll ein Vertreter des anglo-amerikanischen Rechtskreises – England – untersucht werden.

a. Eigentumserwerb

Die Grundsätze zum Eigentumserwerb im englischen Recht wurden durch den Sale of Goods Act (SGA) 1893 festgelegt und anschließend durch den SGA 1979 gefestigt. Die in Sec. 17 SGA 1979 niedergelegte Grundregel zum Eigentumsübergang besagt, dass es Sache der Parteien ist, selbst festzulegen, wann das Eigentum übergehen soll. Diese Parteifestlegung kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen. Da die Ermittlung des Parteiwillens häufig schwierig oder gar unmöglich ist, stellt der SGA 1979 in Sec. 18 einige Vermutungsregeln auf. Sec. 18 rule 1 in Verbindung mit rule 2, 3 besagt, dass der Eigentumsübergang im Zweifel bei Vertragsschluss erfolgt, sofern sich die Sache in einem übergabefähigen Zustand befindet. Bei Gattungssachen muss gem. Sec. 16 SGA die Konkretisierung hinzutreten. Weitere Vermutungsregeln speziell für Verkäufe mit Rückgaberecht und Verkäufe von Frachtladungen finden sich in sec. 18 rule 4 und 5. Der Eigentumserwerb erfolgt daher durch Parteivereinbarung, im Zweifel jedoch bei Abschluss des Kaufvertrages.

b. Sicherungsrechte an Mobilien

Das englische Recht verfügt über eine Vielzahl von Mobiliarsicherungsrechten. Diese sind anders als im deutschen Recht nicht abschließend und zentral geregelt, sondern finden sich in einer Vielzahl von Acts wieder. Alle müssen sich jedoch am Grundsatz des sec. 4 i. V. m. sec. 8 Bills of Sale Act 1879 messen lassen. Danach ist jede Verpfändung oder Eigentumsübertagung, die ohne Besitzverlust beim Übertragen erfolgt, gem. den näheren Bestimmungen des sec. 8 registrierungspflichtig.

fig. Sec. 4 des Acts statuiert jedoch auch einige Ausnahmen, die nicht unter „*bills of sale*“ zu fassen und daher von der Registrierungspflicht freigestellt sind. Dazu gehören unter anderem „*documents used in the ordinary course of business as proof of the possession or control of goods*“.

aa) Geldkredit

(1) Pfandrecht – *pledge*

Eines der ältesten Sicherungsinstitute des Common law ist das Pfandrecht – *pledge*. Zu seiner wirksamen Bestellung bedarf es einer Sicherungsabrede – *contract of pledge* – sowie einer Besitzübergabe.

Diese erfolgt grundsätzlich durch die Verschaffung des unmittelbaren Sachbesitzes mittels *actual delivery*. Um das Pfandrecht für die Wirtschaft gebrauchstauglich zu machen, wurde das Erfordernis der tatsächlichen Übergabe jedoch gelockert. Zum einen besteht die Möglichkeit der *constructive delivery*²⁸⁸. Dabei mittelt ein Dritter als Pfandhalter dem Pfandgläubiger den Besitz und befreit ihn so von einer oftmals unliebsamen Sachwaltertätigkeit. Die Pfandsache scheidet jedoch in jedem Fall aus dem Vermögen des Pfandschuldners aus. Eine weitere Aufweichung der tatsächlichen Übergabe bietet die Verpfändung mittels „*document of title*“. Dabei übergibt der Pfandschuldner dem Pfandgläubiger die das Eigentum verbrieften Urkunden und verpflichtet sich in einem *letter of trust* die Sache für ihn zu verwalten und die Erlöse an ihn abzutreten²⁸⁹. Diese Verpfändung mittels „*document of title*“ stellt gemäß der oben genannten Ausnahme in sec. 4 Bills of Sale Act 1879 keine *bill of sale* dar und ist aus diesem Grund nicht registrierungspflichtig. Dabei muss es sich jedoch um ein *document of title* über fremdverwahrte Gegenstände handeln²⁹⁰. Behält der Pfandschuldner selbst den Gewahrsam, so greift die Ausnahme nicht, der Vorgang fällt unter den Bills of Sale Act und ist dann registrierungspflichtig. Schließlich wird das Übergabeerfordernis abgeschwächt, indem die Rückgabe der Pfandsache das Pfandrecht nicht zum Erlöschen bringt, solange sie für einen bestimmten Zweck und für einen begrenzten Zeitraum erfolgt²⁹¹.

Damit geht auch das englische Recht vom Faustpfandprinzip aus, kennt aber im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit dieses Sicherungsmittels einige Ausnahmen, die teils formlos, teils jedoch auch registrierungspflichtig sind.

²⁸⁸ Brink/Habel, Recht der Kreditsicherheiten, Teil IV: England, S. 142; Holden, The Law and Practice of Banking, Bd. II, S. 274f.

²⁸⁹ Lord Wright in Official Assignee of Madras v. Mercantile Bank of India Ltd. (1934) All. E.R.Rep.237 (241).

²⁹⁰ Dublin City Distillery Ltd. v. Doherty (1914) AC 823 (847-852); Paget, Law of Banking, 9ed, S. 466.

²⁹¹ North Western Bank Ltd. v. John Poynter, Son and MacDonalds (1891-1894) All E.R.Rep. 754 (757).

(2) *Chattel mortgage*

Ein weiteres Mobiliarsicherungsmittel ist die *chattel mortgage* - die Hypothek an beweglichen Sachen²⁹². Diese überträgt mittels Vertrag das Eigentum am Sicherungsgut auf den Sicherungsgläubiger, belässt den Besitz jedoch beim Sicherungsschuldner. Das übertragene Eigentum wird mit der Rückübertragungsverpflichtung für den Fall belastet, dass die gesicherte Forderung ordnungsgemäß erfüllt wird. Die *chattel mortgage* ist damit ein der deutschen Sicherungsübereignung ähnliches Sicherungsinstitut. Wie bei nahezu allen Sicherungsmitteln unterscheidet das englische Recht auch bei der *mortgage* zwischen der *legal mortgage* und der *equitable mortgage*. Während Erstere formbedüftig ist und absolute Wirkung entfaltet, kann Letztere in schneller und unkomplizierter Weise auch formlos begründet werden, entfaltet dann aber keine absolute Wirkung und berechtigt nicht zum freihändigen Verkauf²⁹³.

Bis 1878 wurde dieses Sicherungsinstitut rege genutzt. Eine Vielzahl von Gründen trugen jedoch in der Folgezeit dazu bei, die *chattel mortgage* zunehmend ins Abseits zu drängen. Zunächst büßte sie mit der Statuierung der *Bills of Sale Acts* (*Bills of Sale Act 1878; Amendment Act 1882*) sehr stark an Bedeutung ein. Da dieses Sicherungsmittel einen bill of sale darstellt, war es fortan gem. sec. 4 i.V.m. sec. 8 BSA registrierungspflichtig. Es muss innerhalb von 7 Tagen nach Begründung beim Londoner Zentralregister, dem *Registrar of Bills* angemeldet und alle 5 Jahre erneuert werden, bestimmte Formulierungen sind einzuhalten und ihre Bestellung muss von einem Zeugen, teilweise sogar von einem *solicitor* urkundlich bestätigt werden. Ziel dieser Einschränkungen war die Offenlegung heimlicher Rechtsbewegungen, die durch die Eigentumsübertragung ohne Besitzverlust herbeigeführt worden sind. Des Weiteren wurde eine Begründung der *chattel mortgage* an noch nicht im Eigentum des Sicherungsgebers stehenden Sachen unmöglich²⁹⁴. Hinzu kommen konnten mit der Einführung des Factors Act 1889 und des Sale of Goods Act 1979 Gegenstände, die mit einer *chattel mortgage* belastet waren, lastenfrei erworben werden, sofern der Erwerber bzgl. der Belastungen gutgläubig war²⁹⁵. Das macht die *chattel mortgage* zu einem unsicheren Kreditsicherungsmittel. Schließlich kann man bei den englischen Sicherungsgebern die grundsätzliche Bestrebung feststellen, Eigentümer ihres Sicherungsgutes zu bleiben, um weiterhin verfügungsberechtigt zu sein²⁹⁶. Der Verlust gerade dieses Eigentums bei der *chattel mortgage* macht sie für die englischen Kreditnehmer uninteressant und führte zu einer nur zögerlichen Anwendung dieses Instituts. Die *chattel mortgage* ist aufgrund dieser am Drittschutz orientierten Anforderungen zu einem umständlichen

²⁹² vgl. v. Bar-Middleton, Sachenrecht in Europa, Bd. 1, S. 197 f; Megarry/Wade, The Law of Real Property, 2ed, S. 840ff; Rottbauer, Die Mobiliarkreditsicherheiten, 1992, S. 160 ff.

²⁹³ Ellinger/Lomnicka, Modern Bank Law, 2002, S. 648.

²⁹⁴ vgl. Bills of Sale Act (1878) Amendment Act (1882), sec. 5.

²⁹⁵ vgl. Factors Act 1889 sec. 2 (1) und Sale of Goods Act 1979 sec. 25 (8), (9).

²⁹⁶ Hofmann, Mortgage und Charge, 2002, S. 45.

und deshalb kaum noch genutzten Sicherungsmittel geworden²⁹⁷. Weitaus mehr Bedeutung im englischen Recht hat die mortgage an Schiffen²⁹⁸, sowie die mortgage an Luftfahrzeugen²⁹⁹.

(3) Hypothecation

Kann eine *chattel mortgage* wegen der strengen Publizitätserfordernisse nicht begründet werden und ist auch das *pledge* wegen des Besitzaufgabeerfordernisses nicht möglich, besteht des Weiteren die Sicherungsmöglichkeit mittels der *hypothecation*. Dabei erwirbt der Sicherungsnehmer weder Besitz noch Eigentum an den Sicherungsgütern, sondern erhält lediglich eine Treuhandfunktion³⁰⁰. Die *hypothecation* begründet sich durch eine Sicherungsvereinbarung sowie der Ausstellung eines *letter of hypothecation*, in dem der Sicherungsgeber verspricht, die Sache für den Sicherungsnehmer aufzubewahren oder aufbewahren zu lassen, bei Umsatzgütern den Erlös zu verwalten, für die Kredittilgung zu verwenden und die das Eigentum verbriefenden Dokumente herauszugeben. Im Gegensatz zum *pledge* mangelt es der *hypothecation* an jedweder besitzrechtlichen Sachbeziehung. Gem. sec. 4 BSA werden auch "*agreements by which a right in equity to any personal chattels, or to any charge or security thereon, is to be conferred*" unter den BSA gefasst, sodass die *hypothecation* eigentlich registrierungsbedürftig ist. Nach dem Court of Appeal³⁰¹ fällt die *hypothecation* jedoch unter die oben genannte Ausnahme des sec. 4 BSA, sodass sie formfrei begründet werden kann. Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht als gesichert angesehen werden. Das damalige Urteil hing in einem nicht ganz unerheblichen Umfang von prozessrechtlichen Umständen ab. So konnten die Schuldner in der Berufungsinstanz keine neuen, in der ersten Instanz noch nicht vorgelegten Beweise vorbringen, sodass es ihnen nicht möglich war, bezüglich der Frage, ob es sich tatsächlich um einen geschäftsüblichen Gebrauch des Schriftstückes zum Nachweis der Kontrolle oder des Besitzes der Ware handelte, einen endgültigen Beweis- bzw. Gegenbeweis anzutreten. Die Parteien wählen heute sofern dies möglich ist den Wortlaut des damals zur Diskussion stehenden Vertrages³⁰² oder verzichten ganz auf dieses Sicherungsmittel. Die *hypothecation* dient im englischen Recht daher als besitzlose Sicherheit, wegen der

²⁹⁷ Jährlich werden lediglich ca. 8000 dieser Sicherungsinstitute bestellt. Vgl. Fisher/Tyler, Fisher & Lightwood's Law of of Mortgage, 1988, S. 87 FN (a).

²⁹⁸ vgl. Merchant Ship Act 1995, sec. 16 (1) => Übertragen wird nicht das Eigentum, sondern lediglich das Recht auf Befriedigung im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Es handelt sich damit genau genommen um eine *charge*. Auch bei diesem Sicherungsinstitut ist eine Eintragung in ein Zentralregister erforderlich.

²⁹⁹ vgl. Mortgaging of Aircraft Order 1972, Art. 3. Übertragen wird das Eigentum des Flugzeuges. Wiederum ist eine Eintragung im United Kingdom Nationality Register erforderlich.

³⁰⁰ Leading case: Re Hamilton Young & Co., ex parte Carter (1905) 2 K.B. 772.; Rechtsprechungsfortführung: Official Assignee of Madras v. Mercantile Bank of India Ltd. (1934) All E.R.Rep. 237 (244); Re David Allester, Ltd. (1922) All E.R.Rep. 589 (591).

³⁰¹ Re Hamilton Young & Co., ex parte Carter (1905) 2 K.B. 772.

³⁰² Holden, The Law and Practice of Banking, Bd. II, S. 299.

Unklarheit über die genauen Wirksamkeitserfordernisse wird sie jedoch wenig genutzt³⁰³.

(4) Charge – insbesondere *floating charge*

Ein aus dem Billigkeitsrecht stammendes Sicherungsmittel ist die *charge*. Bei ihr bleibt der Sicherungsgeber Eigentümer und Besitzer der Sache und überträgt an den Sicherungsnehmer lediglich ein dingliches Verwertungsrecht, das dieser im Falle des Forderungsverzuges vor Gericht durchsetzen kann. Wie alle aus dem Billigkeitsrecht stammenden Rechte – *equitable interests* – kommt auch der *charge* grundsätzlich keine absolute Wirkung zu – sie beansprucht gegenüber einem gutgläubigen, entgeltlichen Erwerber keine Wirkung. Lediglich im Falle einer Registrierung der *charge* entsteht ein absoluter Charakter³⁰⁴.

Eine besondere Ausprägung der *charge* stellt die sogenannte *floating charge*³⁰⁵ dar. Mit der zunehmenden Industrialisierung wurden die wirtschaftlichen Unzulänglichkeiten der bisher dargestellten Sicherheiten immer deutlicher. Besonderes Manko war jedoch, dass nach dem Common law Rechte an Sachen, die noch nicht existieren oder erst zukünftig erworben werden sollten, nicht im voraus übertragen oder mit einer *mortgage* belastet werden konnten. Diese Lücke suchte die *floating charge*³⁰⁶ zu schließen.

Danach stellt ein Unternehmen sein gesamtes bestehendes und auch zukünftiges Vermögen zur Sicherheit. Um dem Common law Grundsatz jedoch dennoch gerecht werden zu können, kann, solange der Kredit ordnungsgemäß getilgt wird, über das Vermögen verfügt werden, als bestünde gar keine Sicherheit³⁰⁷. Erst mit der *crystallisation* – dem Eintritt des Sicherungsfalles durch Konkurs oder Zwangsverwalterbestellung – verfestigt sich das Sicherungsrecht und aus der *floating charge* wird eine *fixed charge*, die sich fortan nur noch auf bestimmte Sicherungsgüter bezieht. Die *floating charge* steht nur den *incorporated companies* zur Verfügung³⁰⁸. Diese Einschränkung ist jedoch unproblematisch, da zum einen hier das größte Sicherungsbedürfnis anfällt und zum anderen auch sehr kleine Firmen eine solche Rechtsform wählen können.

Die Bestellung der *floating charge* erfolgt formlos mittels eines Vertrages. In diesem werden gegenwärtige und zukünftige Unternehmensgegenstände, die gewöhnlich im Rahmen der Unternehmenstätigkeit umgeschlagen werden, besichert, sodass die Verfügungsbefugnis bis zur *crystallisation* bestehen bleibt. Insbesondere

³⁰³ Rottbauer, Die Mobiliarkreditsicherheiten, 1992, S. 156.

³⁰⁴ Hofmann, Mortgage und Charge, 2002, S. 56, 57.

³⁰⁵ Im Gegensatz zur *fixed charge*.

³⁰⁶ Leading case: *Re Marine Mansions Co.* (1867) LR 4 Eq 601; ter Meulen, *Floating Charge*, S. 29.

³⁰⁷ “Wie eine Wolke schwebt die Sicherheit über dem Unternehmen”, Gower/Davis, *Gower’s Principles of modern Company Law*, 1997, S. 89, vgl. Hofmann, *Mortgage und Charge*, 2002, S. 58.

³⁰⁸ Holden, *The Law and Practice of Banking*, Bd. II, S. 341; ter Meulen, *Floating Charge*, S. 30.

Letzteres muss ausdrücklich vereinbart werden, um eine sinnvolle Abgrenzung zur fixed charge zu ermöglichen. Sind Immobilien involviert, so unterliegt die Bestellung der Schriftform. Für die *floating charge* ist des Weiteren eine doppelte Registrierungspflicht vorgesehen. Sec. 14 des Companies Act 1900 i.V.m. s. 395 (1) Companies Act 1985 sieht die Eintragung der *floating charge* in ein öffentliches Register – *Registrar of Companies* – vor. Unterbleibt diese Eintragung, so bleibt das Sicherungsrecht inter partes zwar wirksam, inter omnes ist es jedoch wirkungslos³⁰⁹. Des Weiteren besteht eine Eintragungspflicht in das gesellschaftseigene Register. Die Nichtregistrierung hier zieht jedoch allenfalls eine Geldbuße nach sich, hat aber keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Sicherheit. Die *floating charge* steht damit einem großen Kreis von Sicherungsbedürftigen als Sicherungsmittel zur Verfügung³¹⁰, ist jedoch aus Gründen der Publizität von einer Register- eintragung abhängig.

bb) Lieferantenkredit

Wie gezeigt, wurde im Geldkreditwesen verstärkt auf Publizität, sei es durch Übergabe oder durch Registrierung Wert gelegt. Da dies, wie bereits mehrfach erwähnt, dem modernen Wirtschaftsverständnis wegen seiner Umständlichkeit widerspricht, rückte auch in England der Warenkredit stärker in den Vordergrund. Hierbei sind insbesondere drei Möglichkeiten zu nennen: *hire purchase*, *conditional sale* und das *lien*.

(1) *Conditional sale* – Eigentumsvorbehalt

Wie bereits dargestellt, entscheiden gem. sec. 17 SGA die Parteien über den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges. Aus diesem Grund ist ein Kauf unter Eigentumsvorbehalt – *conditional sale with reservation of title* – unstreitig möglich. Auch der Kontokorrentvorbehalt wurde von der Rechtsprechung mehrfach als wirksam eingestuft. Beide Vorbehalte stellen keine *charge* – dingliche Belastung – dar, da bei ihnen nicht belastungsfreies Eigentum belastet wird, sondern einfach nur Teile einer Rechtsposition zurückgehalten werden. Die *Bills of Sale* ist daher nicht anwendbar, sodass der Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht den strengen Registrierungsvorschriften unterliegt. Dennoch konnte sich der *conditional sale* in der englischen Praxis nicht durchsetzen, wofür in erster Linie zwei Gründe zu nennen sind. Zum einen war der *conditional sale* gerade bei der Veräußerung von Rohstoffen nicht geeignet, da zunächst die Vereinbarung einer Verarbeitungs- und Erlösklau-

³⁰⁹ Re Monolithic Building Co., Tacon v. Monolithic Building Co. (1914-15) All E.R.Rep. 249. Dabei handelt es sich um eine typische Folge von equitable interests. Grundsätzlich wirken sie nicht absolut, es sei denn, sie wurden registriert. Erst dann kommt es auf die eventuell bestehende Gutgläubigkeit Dritter nicht an.

³¹⁰ Sie ist daher auch eine der wichtigsten Kreditsicherheiten im englischen Rechtsraum, vgl. Gottwald in: KTS 1981, 17 (33).

sel als unzulässig abgelehnt worden ist³¹¹. Nach der damals vorherrschenden Ansicht erwirbt der Verarbeitende das Eigentum, die Klausel wurde dann dahingehend ausgelegt, dass dieses Eigentum fortan mit einer *charge* belegt werden soll. Diese Vorgehensweise fiel dann jedoch wiederum unter den BSA und wäre damit registrierungspflichtig. Hinsichtlich der Verarbeitungsklausel blieb es bis heute bei dieser Rechtssprechung³¹². Eine Veränderung bzgl. der Erlösklausel schien jedoch die Romalpa-Entscheidung gebracht zu haben³¹³. Darin wurde die Erlösklausel mit dem *tracing*³¹⁴ verglichen. Bei diesem Institut setzt sich eine Sicherheit an dem Surrogat fort, sofern zwischen dem Sicherungsgeber und dem Sicherungsnehmer ein Treuhandverhältnis besteht. Dieses Treuhandverhältnis muss nicht ausdrücklich vereinbart sein. Dennoch begründete allein die Abrede des Eigentumsvorbehaltes noch kein Treuhandverhältnis, beim Hinzutreten weiterer Hinweise konnte ein solches aber durchaus angenommen werden³¹⁵. Dieses Urteil hatte zwar ein stetiges Ansteigen an Eigentumsvorbehaltsvereinbarungen mit Erlösklausel zur Folge³¹⁶, es wurde jedoch nicht noch einmal bestätigt³¹⁷. Meist wurde das Treuhandverhältnis verneint. Der Eigentumsvorbehalt unter Verabredung einer Erlösklausel entbehrt daher nach wie vor der Rechtssicherheit.

Ein weiterer Grund, weswegen sich der Eigentumsvorbehaltskauf nicht durchzusetzen vermochte, ist die Gefahr des Vorbehaltsverkäufers, sein Eigentum durch gutgläubigen Erwerb an einen Dritten zu verlieren³¹⁸. Beim *conditional sale* handelt es sich daher um ein unsicheres und auch unbrauchbares Mobiliarsicherungsmittel des englischen Rechts, das nur selten Verwendung findet.

(2) *Hire purchase* – Mietkauf

Wie bereits dargestellt, bestand beim Eigentumsvorbehalt durch den am Drittschutz orientierten Sale of Goods Act die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs durch Dritte. Da der Act jedoch nur für Kaufverträge und zum Kauf verpflichtende Verträge gilt, suchte man diese Vorschriften zu umgehen, indem man auf eine andere Vertragsart zurückgriff.

³¹¹ Rottbauer, Die Mobiliarkreditsicherheiten, 1992, S. 279.

³¹² Borden Ltd. V. Scottish Timber Products Ltd and another (1979) 3 All E.R. 961; Re Band Worth Ltd. (1979) 3 All E.R. 919; Re Peachdart Ltd. (1983) 3 All E.R. 204.

³¹³ Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd. (1976) 2 All E.R. 552.

³¹⁴ Re Hallett's Estate (1974-1880) All E.R.Rep.793 ff.

³¹⁵ Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd. (1976) 2 All E.R. 552.

³¹⁶ Es wurde sogar als unkrautartige Wucherung titliert: Hicks, Reservation of Title, Mal. L.R. 27 (1985), 63.

³¹⁷ vgl. Borden Ltd. V. Scottish Timber Products Ltd and another (1979) 3 All E.R. 961; Re Band Worth Ltd. (1979) 3 All E.R. 919; Re Peachdart Ltd. (1983) 3 All E.R. 204; Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd. V. Grahame Puttick Ltd. (1984) 2 All E.R. 152 – hier wurde jedoch zumindest ein Teilerfolg verzeichnet; Re Andrabel Ltd. (1984) 3 All E.R. 407.

³¹⁸ Sec. 21 (2) SGA 1893 i.V.m. sec. 2 (1) Factors Act 1889; sec. 22 (1) SGA; sec. 25 (2) SGA.

Ein Ausweg stellte der Mietkauf – *hire purchase* – dar³¹⁹, welcher sich mittlerweile zu einem bedeutenden Kreditsicherungsmittel in der englischen Praxis entwickelt hat. Dabei übergibt ein Vermieter dem Mieter eine Sache, der Mieter zahlt den Mietzins und kann die Sache dafür gebrauchen, grundsätzlich jedoch nicht weiterverarbeiten. Des Weiteren räumt der Vermieter dem Mieter unwiderruflich die Option ein, am Ende der Mietzeit die Sache – meist zu einem Nominalpreis – zu erwerben. Der Vermieter räumt dem Mieter damit indirekt einen Zahlungskredit ein. Verbreitet ist diese Vorgehensweise vor allem beim Kauf von Kfz, Flugzeugen, Schiffen und Kommunikationsgütern. Der *hire purchase* ist formfrei begründbar³²⁰ und unterliegt keinen Registrierungs Vorschriften³²¹. Insbesondere findet weder der BSA (1878) 1882 noch der Companies Act 1985 Anwendung.

(3) *Lien* – gesetzliches Zurückbehaltungsrecht

Ein letztes Warenkreditsicherungsmittel stellt das *lien* dar. Dabei handelt es sich um ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht, das solange gilt, wie Besitz an den Sachen besteht³²². Dabei kann das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherheit einer mit der Sache in Verbindung stehenden Forderung – *particular lien* – oder irgendeiner Forderung – *general lien* – entstehen.

cc) Ergebnis

Im englischen Recht sind wie gezeigt eine Vielzahl von Mobiliarsicherheiten zu finden. In der Geldkreditsicherung dominieren das Pfandrecht, die *chattel mortgage*, die *hypothecation* sowie für Unternehmen die *floating charge*. Während die *chattel mortgage* aufgrund des BSA stark an Bedeutung eingebüßt hat, krankt die *hypothecation* an Rechtsunsicherheit. Die am häufigsten genutzten Sicherungsmittel sind daher das Pfandrecht und die *floating charge*. Beide sind jedoch von einer gewissen Publizität, sei es durch Übergabe oder Registrierung, abhängig. Im Rahmen des Warenkredits hat sich die *hire-purchase* durchgesetzt.

c. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Verkehr

Das deutsche Institut der Sicherungsübereignung ist wie gezeigt dem englischen Recht nicht bekannt. Aus diesem Grund stellt sich auch hier die Frage, wie im

³¹⁹ Leading case: Hart v. Wright (1885), 1 T.L.R. 558; vgl. auch: Helby v. Matthews (1895), A.C. 471; Lee v. Butler (1893), 2 Q.B., 318.

³²⁰ Drobnig in: RabelsZ 38 (1974), 468 (477). Dies gilt jedoch nur insoweit, als der Vertrag nicht unter den Hire-Purchase Act 1965 oder den Consumer Credit Act 1974 fällt. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn es sich um einen Abzahlungskauf handelt, dessen Preis 5.000 Pfund nicht übersteigt; vgl. sec. 189 (1) Consumer Credit Act 1974.

³²¹ Der Vermieter belastet kein Eigentum, sondern reklamiert lediglich das ihm gebührende Eigentum, sodass der SGA keine Anwendung findet.

³²² Brink/Habel, Recht der Kreditsicherheiten, Teil IV: England, S. 146ff.

Rahmen des internationalen Verkehrs das englische Recht auf das dort unbekannte deutsche Institut der Sicherungsübereignung reagiert und wie umgekehrt das deutsche Recht mit den englischen Kreditsicherungsmitteln umgeht.

aa) Deutsche Sicherungsübereignung im englischen Recht

Ein anderes Ergebnis ist festzustellen, untersucht man die Behandlung der deutschen Sicherungsübereignung durch das englische Recht. Gelangt eine Sache, an der in Deutschland wirksam Sicherungseigentum begründet worden ist, in den englischen Rechtsraum, so fragt sich, wie sie dort behandelt wird³²³.

Entgegen der früheren Rechtsprechung³²⁴, die dingliche Rechtsverhältnisse an beweglichen Sachen nach der *lex domicilii* des Eigentümers beurteilt hat, wird seit 1858 auch in England an die *lex rei sitae* angeknüpft³²⁵. Danach bestimmt sich das anzuwendende Recht nach dem Recht des Staates, in dem die Sache zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs belegen war. Dabei ist auch das englische Recht von dem Grundsatz beherrscht, dass ein einmal wirksam begründetes Recht mit Verbringen der Sache in ein anderes Land auch dann nicht untergeht, wenn dieses Land das Recht nicht kennt³²⁶, es muss lediglich in ein funktionsäquivalentes Institut umgesetzt werden³²⁷. Ein in Deutschland wirksam begründetes Sicherungsrecht dürfte also mit Verbringen der Sache nach England auch dann nicht untergehen, wenn das englische Recht dieses Institut nicht kennt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet jedoch unter anderen der Fall, dass das dem englischen Recht unbekannte Institut gegen die inländische Sachenrechtsgrundordnung verstößt³²⁸. Zu fragen ist vorliegend also, in welches funktionsäquivalente Institut die Sicherungsübereignung umgesetzt werden kann und ob diese Umsetzung die englische sachenrechtliche Grundordnung verletzt.

Wie oben dargestellt, kennt das englische Recht vier der Sicherungsübereignung ähnliche Institute, in die sie umgesetzt werden könnte. Denkbar wären die *floating charge*, die *hypothecation*, die *chattel mortgage* sowie das mit Hilfe des *document of title* und dem *letter of trust* ausnahmsweise besitzlos begründbare Pfandrecht.

³²³ Ein solcher Fall ist in der englischen Rechtsprechung bisher noch nicht entschieden worden, sodass vorliegend lediglich ein nach den englischen Grundsätzen wahrscheinliches Ergebnis ermittelt werden kann, welches durch ähnlich gelagerte Fälle bestätigt werden kann.

³²⁴ *Sill v. Worswick* (1791) 1 H.Bl. 665.

³²⁵ *Cammell v. Sewell* (1858) 3 H&N 617; (1860) 5 H&N 728. Teilweise will die Literatur auch an die *lex loci actus* oder die *lex domicilii* anknüpfen, die Rechtsprechung ist jedoch mittlerweile gefestigt; vgl. insoweit: *Liverpool Marine Kredit Co. v. Hunter* (1867) L.R. 4 Eq.Cas. 62; *Todd v. Armour* (1882) 9 R. 901.

³²⁶ *Cammell v. Sewell* (1858) 3 H&N 617; (1860) 5 H&N 728; *Todd v. Armour* (1882) 9 R. 901; Jaffey, *Introduction to the Conflicts of Laws*, S. 207; Lalive, *the transfer of chattels in the conflict of laws*, S. 146f.

³²⁷ Schilling, *besitzlose Mobiliarsicherheiten im nationalen und internationalen Recht*, S. 261+294.

³²⁸ *Collier, Conflict of Laws*, S. 249; Jaffey, *Introduction to the Conflict of Laws*, S. 100; Lalive, *the transfer of chattels in the conflict of laws*, S. 153f.

Letzteres dürfte als Zweckäquivalent zur Sicherungsübereignung von vornherein ausscheiden. Die Sicherungsübereignung ist von vornherein von der tatsächlichen Besitzverschaffung losgesagt. Zwar ermöglicht auch das *trust receipt* eine Verpfändung unter Abkehr vom strengen Besitzerfordernis, es stellt jedoch nur eine Perpetuierung eines bereits vorhandenen *pledge* dar. Es ist von der Rechtsprechung bislang für die *bill of lading* sowie die Verpfändung von Warenlagern anerkannt. Ob darunter auch Gebrauchsgüter gefasst werden können, die dem Sicherungsnehmer ohne Zeitbegrenzung zur Verfügung stehen sollen, ist jedoch zweifelhaft. Eine Umsetzung in ein *pledge* dürfte daher ausscheiden.

Auch die *floating charge* ist nur teilweise geeignet. Zwar umfasst sie neben den Rechten und Immobilien auch die Mobilien eines Unternehmens, sie ist aber gerade von dem Charakter geprägt, dass nicht einzelne Gegenstände zur Sicherheit dienen, sondern ein ganzes Unternehmen. Hinzukommend wird bei der Sicherungsübereignung tatsächlich ein Vollrecht verschafft, bei der *floating charge* jedoch hat der Sicherungsnehmer vor Eintritt der *crystallisation* keinerlei dingliche Rechte an den Sicherungsgütern, sondern lediglich schuldrechtliche Auskunftsrechte.

Es bleiben daher lediglich die *chattel mortgage* sowie die *hypothecation*, in welche die Sicherungsübereignung umgesetzt werden kann, wobei Letztere aufgrund ihres subsidiären Charakters vorliegend unberücksichtigt bleiben kann. Dogmatisch steht die *chattel mortgage* der Sicherungsübereignung am nächsten. Bei beiden Rechtsinstituten wird dem Sicherungsnehmer die fiduziarische Rechtsmacht übertragen, ohne dass es jemals zu einem Besitzverlust beim Sicherungsgeber kommt. Aufgrund der *bills of sale* führt die *chattel mortgage* jedoch nur noch ein Schattendasein – sie wird kaum noch genutzt. Es fällt daher schwer, dieses kaum eine Rolle spielende Institut als ein Zweckäquivalent zum wichtigsten deutschen Sicherungsmittel, der Sicherungsübereignung zu sehen. Bei der Betrachtung der Äquivalenz kommt es jedoch nicht allein auf den Einsatzzweck, sondern auch auf die Wirkungsäquivalenz an, die vorliegend zweifelsohne gegeben ist. Die Umsetzung der Sicherungsübereignung in eine *chattel mortgage* ist daher sachgerecht.

In einem zweiten Schritt ist nun jedoch zu untersuchen, ob eine solche Umsetzung der deutschen Sicherungsübereignung in eine *chattel mortgage* gegen die englischen Sachenrechtsgrundsätze verstößt. Anders als die Sicherungsübereignung unterliegt die *chattel mortgage* strengen Registrierungs Voraussetzungen. Fraglich ist daher, ob das Fehlen des Publizitätsträgers ein Verstoß gegen die sachenrechtliche Grundordnung darstellen würde.

Zunächst einmal ist fraglich, ob die Registriervorschriften bei einer *chattel mortgage* über zunächst im Ausland befindlichen Gütern überhaupt gelten. Registriert wird nicht das Rechtsgeschäft an sich, sondern die Vertragsurkunde³²⁹. Gem. Sec. 4 BSA stellen jedoch Vertragsurkunden über im Ausland befindliche Gegenstände keine *bills of sale* dar³³⁰, sodass sie schon von vornherein nicht der Registrierungs-

³²⁹ Charlesworth v. Mills (1892) A.C. 231, H.L.

³³⁰ Sec. 4 BSA the expression „bill of sale“ ... shall not include the following documents;... bills of sale of goods in foreign parts ...

pflicht unterliegen³³¹. Fraglich ist jedoch, ob daraus zu schließen ist, dass die *chattel mortgage* nicht nachträglich registriert werden muss, wenn die Sicherungsgüter ins englische Inland gelangen³³². Wäre dies der Fall, so unterläge auch die in eine *chattel mortgage* umgesetzte Sicherungsübereignung der grundsätzlichen Registrierungsspflicht. Dem Gesetzestext selbst ist keine Antwort zu entnehmen. Es fehlt bislang auch an Urteilen und weitestgehend auch an Stellungnahmen zu diesem Thema³³³. Betrachtet man jedoch die mit dem Act verfolgten Interessen und den Sinn der Registrierungsvorschriften, so kommt man zu dem Ergebnis, dass diese in erster Linie dem Schutz der Sicherungsnehmer davor dient, ihre Forderung nicht durchsetzen zu können, da die Sicherungsgegenstände bereits anderweitig belastet sind. Im Gegensatz zu reinen nationalen Veräußerungen ist bei internationalen Sachverhalten das Schutzbedürfnis der Sicherungsnehmer sogar noch höher. Ihnen fehlt schon aufgrund der räumlichen Entfernung eine sinnvolle Möglichkeit, vorher Erkundigungen einholen zu können. Es ist daher davon auszugehen, dass mit dem Gelangen der Güter in den englischen Rechtsraum auch deren Registrierung notwendig wird. Die in die *chattel mortgage* umgesetzte Sicherungsübereignung unterliegt daher der Registrierungsspflicht. Fraglich ist deshalb weiterhin, ob ein Verzicht darauf einen Verstoß gegen den englischen *ordre public* bedeutet.

Es ist gerade das Publizitätserfordernis, das die *chattel mortgage* in England in ein Schattendasein abgedrängt hat. Statt dessen wurden vom Recht zunehmend Möglichkeiten der besitzlosen Sicherung für Geldkredite geschaffen, die nicht der Registrierung unterliegen. Dazu zählen die Institute des besitzlosen Pfandrechts mittels *document of title* und dem *letter of trust*, sowie die *hypothecation*. Diese Sicherungsmöglichkeiten wurden von der englischen Rechtssprechung anerkannt, sodass man annehmen könnte, die Publizität bilde schon von dieser Warte aus keinen unumstößlichen Grundsatz der englischen Sachenrechtsordnung. Doch auch hier täuscht der erste Eindruck. Wie gezeigt, ist das fremdverwahrte *pledge* registrierfrei. Der wohl häufiger vorkommende Fall der eigenverwahrten *pledge* – das dann auch der Sicherungsübereignung wieder näher kommt – benötigt für seine Wirksamkeit ebenfalls eine Registrierung³³⁴. Es soll wieder der Schaffung heimlicher Sicherungsrechte vorgebeugt werden³³⁵. Publizitätsfrei ist tatsächlich nur die *hypothecation*, die jedoch wie gezeigt rechtlich keinesfalls gesichert ist und daher auch nur zögerlich verwendet wird. Der englische Gesetzgeber brachte daher keinesfalls zum Ausdruck, im Rahmen des Geldkredites auf die Publizität verzichten zu wollen.

Schließlich ist noch einmal auf die Interessenabwägung hinzuweisen. Mittels des BSA ist der Gesetzgeber versucht, den Sicherungsnehmer sowie andere ungesi-

³³¹ vgl. sec. 8 BSA.

³³² Bejahend Grodecki in: Xth International Congress on Comparative Law, Nottingham, S. 11 B1/1 (11 B1/4); verneinend Schilling, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten* S. 296.

³³³ vgl. Grodecki in: Xth International Congress on Comparative Law, Nottingham, S. 11 B1/1 (11 B1/4).

³³⁴ Siehe Seite 77.

³³⁵ *Dublin City Distillery Ltd. v. Doherty* (1914) AC 823, 847; Paget's, *Law of Banking*, 467.

cherte Gläubiger vor heimlichen Sicherheiten zu schützen. Die Publizität stellt daher zumindest bei den Geldkreditsicherungsmitteln einen wichtigen Grundsatz der englischen Sachenrechtsordnung dar, sodass die Umsetzung der Sicherungsübereignung in eine chattel mortgage gegen den englischen *ordre public* verstößt³³⁶. Dies ermittelte Ergebnis entspricht im Wesentlichen auch der englischen Literatur³³⁷ und lässt sich mit einem ähnlich gelagerten Fall der Rechtsprechung untermauern³³⁸. In dieser Entscheidung brachte die englische Rechtsprechung zum Ausdruck, dass die Registrierungspflicht und damit die Publizität keine an bestimmte Sicherheiten geknüpfte Voraussetzung ist, sondern vielmehr einem allgemeinen Grundgedanken entspricht, der zum Schutz der Gläubiger auch für die Sicherheiten durchgehalten werden muss, die dem englischen Recht fremd sind.

bb) Englische Kreditsicherungsmittel im deutschen Recht

Wie bereits mehrfach dargestellt, folgt das deutsche Recht der *lex rei sitae*, wobei wohlverworbene Rechte auch dann anerkannt und in entsprechende Institute umgesetzt werden, wenn sie der eigenen Rechtsordnung fremd sind, solange sie nur nicht gegen die deutsche Sachenrechtsgrundordnung verstoßen (Art. 43 II EGBGB).

Die Umsetzung des Faustpfandrechts bereitet keine großen Schwierigkeiten. Das Sicherungsmittel ist beiden Rechtsordnungen bekannt, Entstehensvoraussetzungen und Wirkungen entsprechen einander. Damit steht der Anwendung der deutschen Pfandrechtsregeln auf ein in England begründetes *pledge* nichts entgegen. Die deutsche Sachenrechtsgrundordnung kann nicht tangiert sein. Die *hypothecation*, bei der weder Eigentum noch Besitz am Sicherungsgut verschafft wird, ist dem deutschen Recht unbekannt, sodass die Umsetzung in ein funktionsäquivalentes Sicherungsinstitut zu erfolgen hat³³⁹. In Frage kämen dabei das Faustpfandrecht und die Sicherungsübereignung. Von der äußeren Konzeption her betrachtet, besteht bei der Sicherungsübereignung und der *hypothecation* keine Ähnlichkeit. Während bei der Ersten das Vollrecht des Eigentums übertragen wird, erhält der Sicherungsnehmer bei der *hypothecation* weder Eigentum noch Besitz und nimmt

³³⁶ So im Ergebnis auch: Seif, Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten, 1997, S. 275.

³³⁷ Zaphiriou, The transfer of chattels in Private International Law, S. 184.

³³⁸ NV Slavenburg's Bank v. Intercontinental Natural Resources Ltd. (1980) 1 All E.R. 955. In diesem Fall schloss ein Unternehmen mit Sitz auf den Bemudas, welches weder in England eine Niederlassung hatte, noch dort registriert war, mit einer englischen Bank einen Darlehensvertrag und sicherte diesen mit verschiedenen, dem englischen Recht nur teilweise bekannten Sicherheiten. Nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verlangte die Bank die Sicherheiten heraus, was ihr jedoch unter dem Hinweis verweigert wurde, diese seien nicht wirksam entstanden. Das Gericht entschied, dass die Pflicht aus sec. 95 BSA zur Registrierung der Sicherheiten nicht nur auf die in England existierenden Sicherheiten begrenzt ist, sondern umfassend gilt.

³³⁹ Eine sich mit dieser Frage befassende Rechtsprechung fehlt bislang, sodass vorliegend auf die allgemeinen, von der Rspr. bisher angewandten Grundsätze abgestellt wird.

damit eine wesentlich schwächere Stellung ein. Wie bereits oben dargestellt, kommt es auf die rechtliche Gestaltung der Institute jedoch nur nebensächlich an³⁴⁰. Eine für die Umsetzung hinreichende Entsprechung ist vielmehr dann anzunehmen, wenn die Rechtsinstitute demselben wirtschaftlichen Zweck dienen, selbst wenn die Sicherung einmal auf einem beschränkt dinglichen Recht und einmal auf einem Vollrecht beruht, da die Schaffung einer dinglichen Belastung gleichermaßen eine Entäußerung eines Teils des Vollrechtes ist³⁴¹. Zweck der *hypothecation* ist eine Forderungssicherung unter Beibehaltung des Besitzes. Dies entspricht wirtschaftlich dem besitzlosen Sicherungsrecht der Sicherungsübereignung. Auch die Wirkungen dieser beiden Institute entsprechen einander. So gewähren beide Rechtsordnungen im Konkurs ein Absonderungsrecht und lassen in der Zwangsvollstreckung die Rechtsposition unberührt. Eine Umsetzung der *hypothecation* in das Sicherungseigentum ist daher sachgerecht³⁴².

Die Umsetzung der *chattel mortgage* muss ebenfalls in ein äquivalentes Institut erfolgen, da diese Form der registrierungspflichtigen, besitzlosen Sicherheit dem deutschen Recht nicht bekannt ist. Nicht der äußeren Konzeption, auf die es wie gezeigt auch nicht ankommt, jedoch dem Zweck nach entspricht dieses Institut der Sicherungsübereignung. Es dient der Forderungssicherung ohne Besitzaufgabe. Die Registrierungspflicht, die das englische Recht aufstellt, ist dem deutschen Recht nicht bekannt. Insofern unterliegt die Begründung des Sicherungseigentums weit aus weniger strengen Anforderungen als die der *chattel mortgage*, was einer Umsetzung jedoch keinesfalls hinderlich ist. Die *chattel mortgage* dürfte von der deutschen Rechtsprechung damit in ein Sicherungseigentum umgesetzt werden³⁴³.

Schließlich ist auch das Sicherungsmittel der *floating charge* dem deutschen Recht nicht bekannt, sodass fraglich ist, in welches Institut sie umgesetzt werden kann. Mit der *floating charge* kann ein ganzes Unternehmen als Sicherheit dienbar gemacht werden. Dazu gehören neben den Mobilien und Immobilien auch Forderungen. Hinzukommend gewährt die *floating charge* vor der *crystallisation* dem Sicherungsnehmer lediglich schuldrechtliche Rechte, während nach der *crystallisation* die *floating charge* eine umfassende dingliche Wirkung entfaltet. Diese Vielschichtigkeit muss bei der Umsetzung beachtet werden. Die schuldrechtlichen Rechte, wie z.B. das Informationsrecht sind zweifelsohne in Deutschland durchsetzbar³⁴⁴. Fragen werfen vielmehr die dinglichen Rechte auf. Hinsichtlich der Forderung dürfte die deutsche Globalzession ein Funktionsäquivalent darstellen, mit

³⁴⁰ Siehe Seite 60.

³⁴¹ Drobnig in: RabelsZ 38 (1974), 468 (479); Rabel, Conflict of Laws IV (1958); S. 70-73, 87; Staudinger-Stoll, KommEGBGB^{10/11}, nach Art. 12 Rn. 454ff; vgl. zu dieser Vorgehensweise auch: BGH NJW 1991, 1415; RGZ 53, 218 (220).

³⁴² So auch Schilling, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 281 jedoch ohne nähere Begründung; ablehnend, jedoch wie vorliegend gezeigt wiederlegbar: Fritzemeyer, Internationalprivatrechtliche Anerkennungs- und Substitutionsprobleme; S. 72.

³⁴³ BGH NJW 1991, 1415; wie hier: Fritzemeyer, Internationalprivatrechtliche Anerkennungs- und Substitutionsprobleme, S. 98; Schilling, Besitzlose Mobiliarsicherheiten, S. 281.

³⁴⁴ Wenckstern in: RabelsZ 56 (1992), 624 (691).

der Folge, dass den gesicherten Gläubigern die Forderung zusteht³⁴⁵. Hinsichtlich der Mobilien handelt es sich wiederum um eine Forderungssicherung ohne Besitzaufgabe, die ihr funktionelles Gegenstück in der Sicherungsübereignung findet. Wiederum dürften die in England geforderten Publizitätsvorschriften kein Hindernis darstellen, da das deutsche Recht insofern geringere Anforderungen stellt. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass alle Geldkreditsicherungsmittel des englischen Rechts in Deutschland anerkannt und umgesetzt werden. Fraglich ist, ob diese auch für die Warenkreditsicherungsmittel gelten. Der englische einfache Eigentumsvorbehalt entspricht dem deutschen Institut und wird deshalb zweifelsohne anerkannt und umgesetzt. Auch der Mietkauf ist dem deutschen Recht bekannt, wenn er auch wegen der starken Verbreitung von Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt lediglich eine untergeordnete Rolle spielt. Der englische *hire-purchase* dürfte also wiederum zweifelsohne anerkannt und umgesetzt werden. Schließlich kann auch das *lien* zweifelsohne nach den § 1000 BGB behandelt werden. Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass sämtliche vom englischen Recht vorgesehenen Sicherungsrechte bei Verbringen der besicherten Sache nach Deutschland anerkannt und in ihr funktionsäquivalentes Gegenstück umgesetzt werden.

cc) Ergebnis

Während die deutsche Rechtsordnung wiederum alle vom englischen Recht vorgesehenen Mobiliarsicherungsmittel anerkennt und umsetzt, wird der deutschen Sicherungsübereignung im englischen Rechtsraum die Wirkung versagt.

6. Schweden

a. Auswahl der Rechtsordnung

Aufgrund der zunehmenden wirtschaftlichen Beteiligung, sowie der Tendenz zum Zusammenwachsen der Länder innerhalb der EU, verdient auch der skandinavische Rechtskreis eine Würdigung. Entgegen mancher oberflächlichen Annahmen bilden die nordischen Länder bestehend aus Dänemark, Norwegen, Island, Schweden und Finnland kein einheitliches Rechtssystem. Durch gemeinsame historische und kulturelle Traditionen, der interskandinavische Zusammenarbeit in der Gesetzgebung, der Austausch der Rechtsprechung untereinander, sowie die Begründung des nordischen Rates³⁴⁶, in dem gemeinsame Fragen diskutiert werden, sind die Rechtsordnungen der Länder jedoch zumindest zu einem Rechtskreis zusammengefloßen. Innerhalb dieses Rechtskreises gab und gibt es sehr starke Bemühungen zur Rechtsvereinheitlichung. Insbesondere auf dem Gebiet des Zivilrechts sind viele

³⁴⁵ So Fritzemeyer, Internationalprivatrechtliche Anerkennungs- und Substitutionsprobleme, S. 119.

³⁴⁶ „Nordisk Rad“; vgl. Carsten in: RabelsZ 37 (1973), 80ff.

vereinheitlichte Gesetze zu finden. Das Sachenrecht hingegen erfuhr keine Vereinheitlichung³⁴⁷. Dennoch sind im nordischen Rechtskreis nur zwei Arten der Sachenrechtordnung erkennbar. Schweden und Finnland greifen auf ein gemeinsames, historisch gewachsenes Recht zurück. Dänemark, Norwegen und Island ihrerseits verfügen ebenfalls über sehr ähnliche Rechtssysteme³⁴⁸. Vergleichbar für alle nordischen Rechtsordnungen stehen damit als der jeweilige Ursprung die dänische und die schwedische Rechtsordnung.

Der frühe Beitritt Dänemarks zur EU macht die Untersuchung dieser Rechtsordnung attraktiv. Bereits frühzeitig mussten hier die nordischen Gesetze mit dem EU-Standard in Einklang gebracht werden. Andererseits hat gerade Schweden das Erscheinungsbild eines Modells innerhalb der nordischen Staaten. Bei der Rechtsvereinheitlichung im Kauf- und Familienrecht wurde verstärkt auf das schwedische Recht zurückgegriffen³⁴⁹. Hinzukommend bilden Schweden und Finnland auch die bevölkerungsreichsten Industriestaaten im Norden³⁵⁰ und verfügen über das höchste Exportaufkommen³⁵¹, sodass auch hier ein stärkeres Bedürfnis an Sicherungsrechten besteht. Aus den genannten Gründen erfolgt daher vorliegend die Untersuchung des nordischen Rechtskreises beispielhaft am Recht Schwedens.

b. Eigentumserwerb

Die Fragen des Eigentumserwerbes sind gesetzlich nicht normiert. Das schwedische Recht interessiert sich nicht für die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt ein Eigentumserwerb stattgefunden hat. Ausschlaggebend ist vielmehr, welche Partei wann welchen Schutz genießt. Den eigentlichen Eigentumserwerb gibt es im schwedischen Recht daher nicht. Es handelt sich vielmehr um ein stufenweises Erstarren der Erwerberrechte.

Inter partes erlangt der Käufer mit Abschluss des Kaufvertrages das Eigentum – von diesem Zeitpunkt an ist er gegenüber dem Verkäufer geschützt³⁵². Drittschutz – und damit Schutz gegen Gläubiger des Verkäufers oder Dritterwerbers – entsteht erst unter Hinzutreten eines sogenannten sachenrechtlichen Momentes. Das weitest häufigste sachenrechtliche Moment ist die Übertragung des Besitzes, welches durch eine Registrierung ersetzt werden kann. Ein Besitzkonstitut reicht nicht

³⁴⁷ Korkisch; Einführung in das Privatrecht der nordischen Länder, S. 10.

³⁴⁸ Carsten in: ZeuP 1993, 335 (341); Ring/Olsen-Ring, Einführung in das skandinavische Recht, Rn. 6.

³⁴⁹ vgl. Carsten in: ZEuP 1993, 335 (346); Ring/Olsen-Ring; Einführung in das skandinavische Recht, S. V; Nordiska köplagar, Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning, NU 1984:5 (im Rahmen des Kaufrechtes); Korkisch; Einführung in das Privatrecht der nordischen Länder Bd. I, 1977, S. 51 ff. (im Rahmen des Familienrecht).

³⁵⁰ Schweden + Finnland 14 Mio. Einwohner; Dänemark + Norwegen 9,7 Mio. Einwohner.

³⁵¹ 1998 betrug der dänische Export 26,7% und der schwedische 35,7% gemessen am BIP.

³⁵² vgl. Kap. 1 § 5 Handelsgesetzbuch.

aus³⁵³. Der Eigentumserwerb in Form der deutschen Sicherungsübereignung ist dem schwedischen Recht somit unbekannt.

c. Sicherungsrechte

Im Gegensatz zu den bisher betrachteten Rechtsordnungen verfügt die schwedische nur über eine relativ geringe Zahl an Sicherungsrechten, wobei zuzüglich auffällt, dass die Geldkreditgeber eine weitaus stärkere Sicherung erfahren, als die Warenkreditgeber.

aa) Vertragliche Pfandrechte

Zu nennen ist zunächst das vertragliche Pfandrecht an beweglichen Sachen, welches im Wesentlichen im 10. Kapitel des Handelsgesetzbuches geregelt ist. Verpfändet werden können alle beweglichen Sachen (*lösöre*), Wertpapiere, Forderungen und sonstige Rechte. Zur Entstehung des Mobiliarpfandrechtes bedarf es einer Pfandrechtsvereinbarung³⁵⁴ sowie der Besitzüberlassung an den Pfandnehmer oder einen vom Pfandgeber unterschiedlichen Dritten³⁵⁵. Bei Warenlagern genügt bereits die Schlüsselübergabe an den Pfandnehmer und der dadurch verbundene Entzug der Verfügungsgewalt des Pfandgebers für eine solche Übergabe³⁵⁶. Ausgenommen von den vertraglichen Pfandrechten sind gem. Kap. 10 § 7 des Handelsgesetzbuches Schiffe, Schiffsbauwerke, sowie Luftfahrzeuge. Für diese Gegenstände hält das schwedische Recht jedoch die wirtschaftlich wertvolleren besitzlosen Sicherungsrechte zur Verfügung. Das Seegesetz (1891 Nr. 35) bzw. das Gesetz über die Luftfahrzeughypothek (1955 Nr. 227) erfordern bei den genannten Gegenständen eine Pfandrechtsvereinbarung und eine Eintragung in das Schiffs- bzw. Luftfahrtregister.

Das vertragliche Besitzpfandrecht zählt zwar zu den wichtigsten Sicherungsmitteln, weiß aber den bereits mehrfach genannten wirtschaftlichen Schwierigkeiten, die durch das Übergabeerfordernis entstehen, nicht zu begegnen.

bb) Sicherungskauf

Ebenso wie das deutsche Recht ging man auch in Schweden zunächst von dem Faustpfandprinzip aus. Geregelt war dies in 10:1 i.V.m. 17:3 HB von 1734. In Anbetracht der frühen Zeit war die Bekennung zum Faustpfandprinzip daher nicht nur eine Wertentscheidung, sondern in erster Linie das einzig verwendete und daher auch vorstellbare Kreditsicherungsmittel. Mit der zunehmenden Industrialisierung wuchs auch in Schweden das Kreditsicherungsbedürfnis. Da der Gesetzgeber kaum

³⁵³ Der Grund dafür ist in den strengen Regeln zur Begründung eines besitzlosen Pfandrechtes zu sehen, die anderenfalls unterlaufen werden würden.

³⁵⁴ Carsten, *Fahnis als Kreditunterlage im schwedischen Recht*, S. 33.

³⁵⁵ vgl. Kap. 10 § 1 HB i.V.m. Kap. 17 § 3 HB.

³⁵⁶ Johansson, *Gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrechte nach schwedischem Recht*, S. 32.

Regelungen schuf, bürgerte sich ein neues Kreditsicherungsgeschäft ein, der Sicherungskauf. Die Sicherungsübereignung wurde, da dem schwedischen Recht die abstrakte Übereignung fremd war, in die Form eines Sicherungskaufes gekleidet. Dem Sicherungsnehmer wurde zur Sicherung eines als „Kaufpreis“ getarntes Darlehen das Eigentum einer bestimmten Sache übertragen, ohne jedoch den Besitz übergehen zu lassen³⁵⁷. Dies war zunächst unproblematisch möglich, da das schwedische Recht ursprünglich vom reinen Vertragsprinzip ausging, wonach das Eigentum durch Abschluss des Vertrages übergeht, ohne dass es eines weiteren sachenrechtlichen Momentes bedurfte. Um dem Faustpfandprinzip aber dennoch gerecht zu bleiben, beschränkte die Rechtsprechung zunehmend das Vertragsprinzip auf die Umsatz- nicht aber Sicherungsgeschäfte³⁵⁸. Dies brachte jedoch erhebliche Beweisschwierigkeiten mit sich, sodass sich eine solche Herangehensweise als unattraktiv erwies³⁵⁹. Aus diesem Grund wurde 1845 die „Verordnung über den Handel mit Fahrnis, die der Käufer in der Obhut des Verkäufers belässt – Lag om handel med lösören, som kööparen låter i säljarens vård kvarbliva“ geschaffen, die bis auf wenige Änderungen bis heute in Kraft ist und entgegen der ursprünglichen Motivation nach und nach für Sicherungs- und Umsatzgeschäfte angewendet wurde³⁶⁰. Danach bedarf der Sicherungskauf zu seiner Wirksamkeit einer schriftlichen, von zwei Zeugen beglaubigten Vereinbarung, die Kaufpreis und Kaufsache genau bezeichnet, in der lokalen Presse bekannt gegeben und beim Amtsgericht registriert wird³⁶¹.

Dieses Sicherungsmittel hat in der schwedischen Praxis jedoch nur eine sehr geringe Bedeutung³⁶² und kann deshalb nicht als Interessenausgleich für die Warenkreditgeber betrachtet werden. Zum einen schreckt das umständliche und damit auch kostenintensive Verfahren ab. Des Weiteren gehen die Pfändung und grds. auch die Unternehmenshypothek³⁶³ dem Sicherungseigentum vor und räumen ihm nur eine nachrangige und damit unattraktive Stellung ein. Der Sicherungskauf hat daher stark an Bedeutung eingebüßt.

³⁵⁷ v. Bar, Sachenrecht in Europa Bd. I, S. 510; Carsten, Fahrnis als Kreditunterlage im schwedischen Recht, S. 52; Ring/Olsen-Ring, Einführung in da skandinavische Recht, Rn. 810.

³⁵⁸ NJA 1912 S. 156.

³⁵⁹ Carsten, Fahrnis als Kreditunterlage im schwedischen Recht, S. 54.

³⁶⁰ Bergmann, Kauf und Fahrniskauf nach der lösöreköpsförordning, S. 132; Gottheiner in: RabelsZ 18 (1953), 356 (363); Karlgren in: SvJT 1936, 161 (167); aus ähnlichen Erwägungen wurde auch in Dänemark der Sicherungskauf als unzulässig bewertet, vgl. Gottheiner in: RabelsZ 18 (1953), 356 (362).

³⁶¹ vgl. § 1 lösöreköpsförordning.

³⁶² 1981 beispielsweise wurden lediglich 35 Registrierungen verzeichnet; vgl.: P.J.Eckerberg, Lösöreköp i praktiken en undersökning in SvJT 68 (1983), 643 (644) bis 649.

³⁶³ Die Unternehmenshypothek tritt nur dann hinter dem Sicherungseigentum zurück, wenn das letzte Formerfordernis zu dessen Begründung mehr als 30 Tage vor dem Antrag auf Eintragung einer Unternehmenshypothek erfüllt worden ist; vgl.: Wenckstern in: RabelsZ 52 (1988), 663 (689); Kap. 2 § 4 II FHL i.V.m. § 3a Lag om handel med lösören, som kööparen later i säljarens vård kvarbliva.

cc) Unternehmenshypothek

Eine besondere Regelung der Pfandrechte und ein gewisser Ausgleich zum Faustpfandprinzip findet sich in der, der englischen floating charge ähnlichen Unternehmenshypothek – företagshypotek. Sie ist gesetzlich im „Lag om företagshypotek vom 14.6.1984 - FHL“ begründet und ermöglicht es, den gesamten, revolvingenden Eigentumsbestand am beweglichen Vermögen eines Unternehmens als Sicherheit zu verwenden.

Sie entsteht, indem gem. Art. 4:1 FHL ein Gewerbetreibender einen bestimmten Geldbetrag, für den das gesamte Unternehmen haften soll, in ein dafür vorgesehenes EDV-Register bei der zentralen Registerbehörde in Malmö eintragen lässt. Die dadurch entstehende Hypothek geht durch die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger auf diesen über. Die Unternehmenshypothek umfasst neben den beweglichen Sachen³⁶⁴ auch das bewegliche Vermögen³⁶⁵. Sie wird durch hinzutretende Gegenstände erweitert und erlischt bei der Veräußerung der einzelnen Gegenstände³⁶⁶, nicht jedoch, wenn das gesamte Unternehmen verkauft wird³⁶⁷. Gerade in Bezug auf noch zu verarbeitende Waren, die, wie noch zu zeigen ist, nicht zum Gegenstand eines Eigentumsvorbehaltes gemacht werden können, ist die Unternehmenshypothek besonders attraktiv. Hohe Registrierzahlen lassen darauf schließen, dass die wirtschaftliche Bedeutung der Unternehmenshypothek in Schweden sehr groß ist.

dd) Eigentumsvorbehalt - ägarförbehåll

Eines der wichtigsten Sicherungsmittel vor allem für die Warenkreditgeber ist der Eigentumsvorbehalt. Dessen Existenz ist zwar allgemein anerkannt, findet jedoch im schwedischen Recht keine gesetzliche Regelung³⁶⁸.

Er entsteht durch eine im Kreditvertrag vorgenommene, zweiseitige Vereinbarung, wonach der Veräußerer sich das Eigentum an der Sache bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehält. Diese Vereinbarung muss spätestens bis zur Übergabe erfolgt sein und kann sich nur auf individuell bestimmbare Sachen, nicht jedoch Sachgesamtheiten erstrecken. Die Abrede ist formfrei, lediglich beim Kreditvertrag findet man regelmäßig die schriftliche Fixierung vor.

Die Anwendbarkeit des Eigentumsvorbehaltes ist nur eingeschränkt und deckt bei weitem nicht das vollständige Sicherheitsbedürfnis der Warenkreditgeber ab. Zum einen ist der erweiterte Eigentumsvorbehalt, der zur Sicherung weiterer Forderungen

³⁶⁴ vgl. Kap. 2 § 1 I FHL, das sich nur negativ durch den Umkehrschluss zu den unbeweglichen Sachen definiert. Lös egendom ist alles, was nicht fast egendom ist; nicht dazu zählen Geld und Wertpapiere.

³⁶⁵ Dazu zählen Gebäude auf fremden Grund, Wertpapiere, Forderungen, Anteilsrechte an juristischen Personen sowie Immaterialgüterrechte; vgl. Wenckstern in: *Rabels* 52 (1988), S. 663 (672).

³⁶⁶ Wenckstern in: *RabelsZ* 52 (1988), 663 (687).

³⁶⁷ vgl. Kap. 2 §§ 3, 4 FHL.

³⁶⁸ Erwähnt wird er lediglich in § 25 Konsumentenkreditlag von 1992.

gen als der Kaufpreisforderung dient, im schwedischen Recht nicht anerkannt³⁶⁹. Des Weiteren ist die Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts, bei dem der Eigentumsvorbehaltskäufer eine Verfügungsbefugnis eingeräumt bekommt, gegenüber Dritten unwirksam³⁷⁰. Ebenfalls unzulässig ist gem. § 54 IV KaufG der Eigentumsvorbehalt an Waren, die zur weiteren Verarbeitung bestimmt sind. Obwohl der schwedische Eigentumsvorbehalt im Vergleich zum Deutschen nur einen eingeschränkteren Anwendungsbereich hat, kommt ihm eine große wirtschaftliche Bedeutung zu. Vor allem Verbraucher, aber auch kleinere Unternehmen machen vielfach Gebrauch von ihm³⁷¹. Lediglich im Handelsverkehr mit Rohstofflieferungen, Umsatz- und Verbrauchsgütern stellt er kein geeignetes Sicherungsmittel dar.

ee) Ergebnis

Es sind im schwedischen Recht damit vier Sicherungsrechte zu verzeichnen. Dem Warenkreditgeber dient vor allem der Eigentumsvorbehalt, der wie gezeigt jedoch nur eingeschränkt nutzbar ist. Eine breitere Möglichkeit der Sicherung erfahren die Geldkreditgeber, denen der Sicherungskauf, das vertragliche Pfandrecht und die Unternehmenshypothek zur Verfügung stehen. Dem deutschen Institut der Sicherungsübereignung entspricht am ehesten der Sicherungskauf, der jedoch weitaus strengere Anforderungen an dessen Begründung stellt.

d. Mobiliarsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr

Wieder ist gerade aus deutscher Sicht interessant, wie das schwedische Recht auf eine in Deutschland wirksam begründete Sicherungsübereignung reagiert.

aa) Die deutsche Sicherungsübereignung in Schweden

Während Schweden zunächst die Anwendung fremden Rechts ganz ablehnte³⁷² und später im Sachenrecht das Personalstatut anwendete³⁷³, gilt heute nach einhelliger Meinung die *lex rei sitae*³⁷⁴. Nach dieser Regel werden im Ausland wirksam entstandene dingliche Rechte auch in Schweden anerkannt³⁷⁵. Ein in Deutschland wirksam begründetes Sicherungseigentum müsste demnach in Schweden anerkannt werden. Diese Regel der Anerkennung wohlervorbener Rechte soll jedoch für das Kreditsicherungsrecht nicht unbeschränkt wirksam sein.

³⁶⁹ NJA 1966 S. 350; NJA 1972 S. 451; NJA 1975 S. 198.

³⁷⁰ NJA 1908 S. 449; NJA 1932 S. 292; NJA 1959 S. 590; NJA 1960 S. 221.

³⁷¹ Konsumtionskrediter i Sverige, SOU 1966:42, S. 18ff.

³⁷² So das Landrecht König Kristoffers (1418-1448), das festschrieb, dass auf dem Gebiet Schwedens ausschließlich schwedisches Recht maßgeblich sei.

³⁷³ Hassler, *International Privaträtt*, 1941, S. 125.

³⁷⁴ Karlgren, *IPR*, S. 85.

³⁷⁵ NJA 1968 S. 336; NJA 1984 S. 693 (699); Karlgren, *IPR*, S. 88.

Ein Sicherungsrecht erlischt, wenn bzgl. der nunmehr in Schweden belegenen Sache ein Beendigungstatbestand nach schwedischem Recht eintritt³⁷⁶. Des Weiteren soll ein Sicherungsrecht auch dann unwirksam werden, wenn eine vom schwedischen Recht dauerhaft geforderte Voraussetzung fehlt³⁷⁷. Bzgl. der Wirksamkeit der Sicherungsübereignung ist das schwedische Recht wie gezeigt erheblich strenger als das deutsche. Anders als in Deutschland bedarf es einer Bezeugung, einer Kundmachung in der Presse sowie einer Registrierung. Kommt eine sicherungsübereignete Sache nach Schweden, ist es deshalb fraglich, ob diese wirksam sein kann, da die vom schwedischen Recht geforderten strengeren Dauervoraussetzungen – insbesondere die Registrierung – gerade nicht vorliegen. Die schwedische Rechtsprechung versagt der deutschen Sicherungsübereignung zumindest dann die Wirksamkeit, wenn zum Zeitpunkt der Übereignung bekannt war, dass die Sache nach Schweden verbracht werden sollte, oder der Sicherungsnehmer dies zumindest hätte wissen können³⁷⁸. Ein solches Kennenmüssen ist bereits dann angenommen worden, wenn der Sicherungsgeber geschäftliche Verbindungen mit Schweden pflegt³⁷⁹. Bestehen daher geschäftliche Verbindungen zu Schweden, so müsste das Sicherungsrecht bereits bei Eintritt der Sache nach Schweden registriert werden. Dies ist aus zwei Gründen äußerst unpraktikabel und dürfte daher auch nur selten geschehen. Zum einen sind Kontakte nach Schweden nicht notwendigerweise mit einer Kenntnis über das schwedische Kreditsicherungsrecht gleichzusetzen. Selbst wenn diese jedoch besteht, so fehlt es doch häufig an der Einsicht, dem Willen, den logistischen Möglichkeiten oder einfach an den finanziellen Mitteln vom Ausland aus eine Registrierung vorzunehmen. Des Weiteren ist es einem Unternehmer häufig nicht bekannt, welche der erworbenen Sachen letztendlich ins Ausland verbracht werden sollen. Er wäre damit gezwungen, alle Sachen den schwedischen Anforderungen entsprechend zu registrieren. Wieder dürften die finanziellen Gesichtspunkte dazu führen, von einer Registrierung abzusehen und statt dessen das Risiko des Sicherungsverfalles in Kauf zu nehmen.

Besteht keine Kenntnis über das Verbringen des Sicherungsgutes nach Schweden, so versagt die schwedische Rechtsordnung der Sicherungsübereignung dennoch die Wirksamkeit, wenn sich das Sicherungsgut bereits eine gewisse Zeit in Schweden befindet, sodass die Publizitätsvorschriften durchaus hätten nachgeholt werden können³⁸⁰. Vielfach erfährt der Sicherungsgeber jedoch erst dann vom Verbringen des Gutes ins Ausland, wenn dort ausländische Gläubiger auf das Gut zugreifen wollen. Dann jedoch dürfte es nach den genannten Anforderungen für eine Registrierung erneut zu spät sein.

Erscheint die schwedische Rechtsordnung im Umgang mit dem ausländischen Sicherungsrecht zunächst noch liberal, zeigt jedoch die nähere Betrachtung, dass kaum bezwingbare Hürden errichtet wurden, was wiederum de facto zu einer

³⁷⁶ Johansson, Gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrechte nach schwedischem Recht, S. 138.

³⁷⁷ Johansson, Gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrechte nach schwedischem Recht, S. 139.

³⁷⁸ NJA 1972 S. 192; NJA 1984 S. 693 (699); Bodgan, IPR, S. 266 f.

³⁷⁹ NJA 1984 S. 693 (699).

³⁸⁰ Johansson, Gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrechte nach schwedischem Recht, S. 141.

Nichtanerkennung des Sicherungsrechts führt. Auch das schwedische Recht versagt damit der deutschen Sicherungsübereignung grundsätzlich die Anerkennung, was sie für den internationalen Wirtschaftsverkehr weiter unattraktiver macht.

bb) Schwedische Sicherungsrechte im deutschen Recht

Umgekehrt dürfte die deutsche Rechtsordnung den schwedischen Sicherungsrechten die Wirkung nicht versagen³⁸¹. Sicherungsübereignung, Pfandrecht und Eigentumsvorbehalt werden rückhaltlos anerkannt, lediglich die Unternehmenshypothek ist dem deutschen Recht nicht bekannt und bedarf bei der Umsetzung einiger Differenzierungen, die jedoch bereits für die englische *floating charge* beschrieben worden sind.

cc) Ergebnis

Auch für Schweden lässt sich das aus deutscher Sicht unbefriedigende Ergebnis festhalten, dass Deutschland zwar eine großzügige Anerkennungspraxis verfolgt, die deutsche Sicherungsübereignung in Schweden jedoch keine Geltung erfährt.

7. Osteuropäische Staaten – Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung

Am 1.5.2004 haben weitere 10, zumeist osteuropäische Staaten ihre Aufnahme in die EU gefunden³⁸². Nach Ablauf von teilweise bestehenden Übergangsfristen werden sie damit in den freien, europäischen Warenverkehr eingebunden, der Handel mit diesen Staaten wird weiter anwachsen und auch die Kollision von Sicherungsrechten zur Folge haben. Bereits heute besteht zwischen diesen Staaten und Deutschland ein reger Warenaustausch. So lockt beispielsweise die Slowakei durch ihr verhältnismäßig geringes Lohnniveau bei gut ausgebildeten Arbeitskräften und einem einheitlichen Steuersatz von 19% auf alles derzeit eine Vielzahl ausländischer Firmen ins Land³⁸³. Gleiches gilt für Tschechien³⁸⁴. Auch dort haben sich weit mehr als tausend deutsche Unternehmen niedergelassen, das Außenhandelsvolumen beträgt 32,3 Mrd. €, wobei 37% aller Importe aus Deutschland stammen. Bei den Importgütern handelt es sich vorwiegend um elektronische Erzeugnisse, Maschinen, Fahrzeuge und Chemieprodukte – typische Sicherungsgegenstände

³⁸¹ Es fehlt bislang deutsche Rechtsprechung zu diesem Thema, die Ergebnisse können aber mit der Zusammenschau aller bisherigen Urteile zur Anerkennung ausländischer Sicherungsrechte im deutschen Recht begründet werden.

³⁸² Estland, Lettland, Litauen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, Polen, Ungarn, Malta, Zypern; vgl. die Stellungnahme der Kommission vom 19.2.2003, in der die Anträge der genannten Staaten positiv beschieden worden sind (<http://europa.eu.int>).

³⁸³ Infodienst Außenwirtschaft 6/2003, S. 8.

³⁸⁴ Daten von 2002, vgl. dazu: Außenwirtschaftsportal iXPOS (www.ixpos.de/laender_und_branchen/monatsmarkt/MdM20CR_AA2.html).

also. Schließlich stieg auch zwischen Deutschland und Polen das Außenhandelsvolumen beständig an und betrug im Jahre 2002 26,7 Mrd. US Dollar, wobei die polnischen Importe dominierten³⁸⁵. Eingeführt werden zu 40% Maschinen, elektrische Geräte und Fahrzeuge. Hauptimporteur mit 24% ist dabei wiederum Deutschland³⁸⁶. Diese exemplarische Betrachtung zeigt, dass dem Warenverkehr auch in die osteuropäischen Länder in Zukunft eine beträchtliche Bedeutung zukommen wird. Es stellt sich daher hinsichtlich der osteuropäischen Länder verstärkt die Frage, wie deren Rechtsordnungen auf in Deutschland wirksam begründete Sicherungsrechte reagieren werden. Zwar begründen die genannten Staaten keinen einheitlichen Rechtskreis – was die exemplarische Betrachtung eines Landes unmöglich macht –, sie greifen hinsichtlich der dinglichen Sicherungsrechte aber auf eine andere Gemeinsamkeit zurück: das von der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung ausgearbeitete Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte. Dieses Modellgesetz wurde von den osteuropäischen Ländern mehr oder weniger stark als Leitbild im Gesetzgebungsverfahren verwendet. Aus diesem Grund wird vor der Betrachtung der einzelnen Länder bzgl. ihrer Sicherungsrechte dieses Modellgesetz näher dargestellt.

a. Die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung

Die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung = European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) wurde 1990 gegründet und nahm 1991 ihre Geschäftstätigkeit auf. Sie zählte zunächst 36 Gründerstaaten³⁸⁷, wozu erstmalig in der Geschichte von Finanzorganisationen auch mittel- und westeuropäische Staaten³⁸⁸ zählten. Ausgestattet mit einem Stammkapital von 10 Milliarden ECU und der Fähigkeit zur Kapitalaufnahme³⁸⁹, erhöhte sich die Bilanzsumme der Bank von Jahr zu Jahr³⁹⁰. Dieses Kapital wird dazu genutzt, den Ländern Mittel- und Osteuropas bei ihrem Übergang von der Plan- zur Marktwirtschaft behilflich zu sein³⁹¹. Dies geschieht durch die Finanzierung von Investitionsvorhaben im Roh-

³⁸⁵ Infodienst Außenwirtschaft 6/2003, S. 7.

³⁸⁶ Daten von 2000, vgl. dazu Außenwirtschaftsportal iXPOS (www.ixpos.de/laender_und_branchen/monatsmarkt/PolenArtEL.html).

³⁸⁷ Mit einer Kapitaleinlage von 450 bis 2000 Millionen Euro die finanzstärksten Gründerstaaten waren Österreich, Belgien, Kanada, Frankreich, Deutschland, Italien, Japan, Niederlande, Spanien, Schweden, Schweiz, Großbritannien, USA; www.ebrd.com/about/index.htm.

³⁸⁸ Bulgarien, Tschechoslowakei, DDR, Ungarn, Polen, Rumänien, UdSSR, Jugoslawien.

³⁸⁹ Von privaten Geschäftsbanken oder internationalen Finanzierungsinstituten (IFC, Weltbank, EIB).

³⁹⁰ 21 Mrd. Euro für das Jahr 2001; vgl. Jahresfinanzbericht 2001 der EBRD unter www.ebrd.com.

³⁹¹ Art. 1, 2 I Nr. 7, 8 Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung. Neben diesem wirtschaftlichen Aspekt beinhaltet die Zweckbestimmung der Bank auch erstmalig die Verpflichtung zu umweltgerechten Projektfinanzierungen. Soziale Aspekte der Marktwirtschaft werden hingegen nicht mit in die Zielsetzung eingebunden.

stoff-, Herstellungs-, Verarbeitungs- und Dienstleistungssektor mittels Bürgschaften und Darlehen³⁹², der unmittelbaren projektbezogenen Beratungshilfe wie z.B. Machbarkeitsstudien sowie der Unterstützung beim Aufbau eines marktwirtschaftlichen Ordnungssystems. Letzteres umfasst unter anderem die Mithilfe bei rechtlichen Reformen – legal transition³⁹³. Die EBRD berät bei Gesetzesinitiativen und begutachtet Gesetzesentwürfe, die in einem Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit stehen. Teil der Hilfe bei rechtlichen Reformen bildet auch das von der EBRD entwickelte Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte.

b. Das Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte

Um die Wirtschaft in den osteuropäischen Staaten anzukurbeln, mussten Anreize für Investoren geschaffen werden. Neben dem Hauptinteresse des Investors, aus seinen Einsätzen Profit zu schlagen, steht jedoch häufig die viel größere Sorge, sich vor dem Verlust derselben zu schützen. Dem gesetzlichen Rahmen für Sicherungsrechte kommt damit eine Schlüsselstellung in der Erzeugung eines investorfreundlichen Klimas zu. Erst wenn der Investor vom Schutz seiner Vermögenswerte durch das Gesetz überzeugt ist, wird er auch tatsächlich Anlagen tätigen. In den Reformländern existierten jedoch keine oder nur veraltete Regelungen aus kommunistischer Zeit, die dem Wirtschaftsbedürfnis keinesfalls gerecht wurden³⁹⁴. Es war daher schnell nach Gründung der EBRD klar, dass es für den Aufbau eines marktwirtschaftlich orientierten Systems dringend der Schaffung eines Kreditsicherungsrechtes bedurfte.

Aufgrund dieser überragenden Wichtigkeit eines Sicherungsrechtes wurde zunächst die staatsvertragliche Formulierung von Einheitsrecht vorgeschlagen³⁹⁵. Der Vorteil einer solchen Regelung wäre zum einen die einheitliche Anwendung dieses Kreditsicherungsrechtes, zum anderen entstünden so auch keine Probleme im Bereich des internationalen Verkehrs. Dieser Vorschlag wurde jedoch alsbald wieder verworfen. Trotz vieler Versuche³⁹⁶, war es bisher noch nicht gelungen, sich auf ein einheitliches Sicherungsrecht zu einigen. Die Gefahr des erneuten Scheiterns eines solchen Projektes wollte man jedoch nicht eingehen, hätte dies doch den fortwährenden wirtschaftlichen Stillstand in den betroffenen Ländern bedeutet. Man einigte sich deshalb auf die Erarbeitung eines Modellgesetzes für Sicherungsrechte. Ein Modellgesetz bezeichnet einen Regelungsvorschlag für nationales, internationales oder auch supranationales Recht, der häufig von internationalen oder auch

³⁹² Dabei fallen 60% der Finanzierungshilfen auf den privaten Sektor und nur 40% auf den öffentlichen Sektor, vgl. Witzler in: WiRO 1995, 1.

³⁹³ Newburg in: Festschrift für Hugo J. Hahn, 1997, S. 441; ders in: International Practitioner's Notebook Nr. 58&59 (1995), 22 (23).

³⁹⁴ Das Kreditmonopol lag für gewöhnlich bei den Banken. Privaten Unternehmen war es gar nicht oder nur unter sehr engen Voraussetzungen erlaubt, als Kreditgeber aufzutreten. Mangels einer Vielzahl von Kreditgebern fehlte es auch an einem sicheren und transparenten Sicherungssystem.

³⁹⁵ Gavalda in : Les Petites Affiches, 8.6.94, 6 (8).

³⁹⁶ Siehe Seite 163.

privaten Gruppen erarbeitet wird³⁹⁷. Es entfaltet keine völkerrechtliche Verbindlichkeit und ist nicht Gegenstand einer Ratifizierung. Um Wirksamkeit zu entfalten, muss es vielmehr in nationales Recht umgesetzt werden, wobei diese Umsetzung wiederum keine Pflicht ist. Ein Modellgesetz soll dem nationalen Gesetzgeber vielmehr einen Anhaltspunkt für die sachgemäße Regelung eines bestimmten Gebietes dienen³⁹⁸ und übereilte Entscheidungen vermeiden³⁹⁹. Indem man sich für den Weg des Modellgesetzes entschied, nahm man damit nicht nur Nachteile im internationalen Verkehr in Kauf, sondern billigte auch, dass bei der Umsetzung zum Teil erhebliche Abweichungen vorgenommen werden.

Bereits 1994 konnte der Entwurf des Modellgesetzes vorgelegt werden, dessen Anliegen darin bestand, unter Berücksichtigung des civil law und des common law ein einheitliches, modernes Kreditsicherungsrecht zu schaffen⁴⁰⁰. Das Modellgesetz sieht ein einheitliches Sicherungsrecht – *charge* – vor, das gleichermaßen an beweglichen, bestehenden oder zukünftigen Sachen, Forderungen, Sachgesamtheiten – auch solche mit wechselndem Bestand – sowie Unternehmen begründet werden kann⁴⁰¹.

In den Artt. 6-16 werden drei Formen von Sicherungsrechten unterschieden - das Besitzpfandrecht, das besitzlose Registerpfandrecht und der Eigentumsvorbehalt. Die beiden ersteren Sicherungsrechte entstehen durch den Abschluss eines Sicherungsvertrages und wahlweise der Übergabe der Sache⁴⁰² bzw. der Registrierung in einem speziell dafür eingerichteten öffentlichen Register für Sicherungsrechte. Dient eine Forderung als Sicherheit, kann diese aus der Natur der Sache nur in Form einer registrierten Sicherheit bestehen. Die Modellsicherheit ist nur für Geschäftskredite, nicht aber für Verbraucherkredite vorgesehen⁴⁰³. Hinsichtlich der Rangfolge der Sicherungsrechte bekennt sich das Modellgesetz in Art. 17 zum Prioritätsprinzip, welches jedoch durch einige aufgeführte Ausnahmen durchbrochen werden kann. Problematisch ist hier besonders, dass der Eigentumsvorbehalt nicht eintragungspflichtig ist und dennoch eine absolute Priorität genießt. Dies führt entweder dazu, dass dem Sicherungsnehmer seine Sicherheit nicht absolut

³⁹⁷ Dageförde in: ZeuP 1998, 686 (689); Röver, Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten, § 5 II 2 S. 72.

³⁹⁸ Dageförde in: ZeuP 1998, 686 (689).

³⁹⁹ Häufig wurde lediglich das Recht des stärksten Wirtschaftspartners adaptiert – samt dessen Unzulänglichkeiten. So wurde in Polen beispielsweise die Sicherungsübereignung anerkannt, da sie sehr häufig aus dem deutschen Rechtsverkehr kommend in Polen auftrat. Stärker noch als in Deutschland war man in Polen mit diesem Institut jedoch nie zufrieden. Vgl. die Ausführungen zum polnischen Recht S. 246.

⁴⁰⁰ Als Vorbild diente dabei die amerikanische Regelung des Art. 9 U.C.C., die jedoch auf civil law geprägte Rechtsordnung zugeschnitten werden musste; so: Simpson/Menze in: EBRD – law in transition Autumn 2000, S. 21.

⁴⁰¹ Art. 5.5 MLST.

⁴⁰² Gemeint ist dabei die tatsächliche Übergabe. Ein Besitzkonstitut kann nicht ausreichend sein, da anderenfalls das Erfordernis der Registereintragung leer liefe. Vgl. Kreuzer in: Emerging Financial Markets and Secured Transactions, Nr. 9, S. 185.

⁴⁰³ Art. 2 MLST.

zugesichert werden kann, oder dieser bei Abschluss der Sicherheit auf die Einsicht in die Bücher besteht, so jedoch Geschäftsgeheimnisse offenbart werden können⁴⁰⁴. Schließlich wird in den Artt. 19-21 der Erwerb einer mit einer Sicherheit belasteten Sache geregelt, wobei sich hier der Grundsatz entnehmen lässt, dass in der Regel der Dritte belastetes Eigentum erwirbt, da das Register für ihn einen ausreichenden Schutz bietet. Schließlich wird in den Artt. 22-32 die Verwertung und das Erlöschen der Sicherungsrechte geregelt. Erstaunlich ist dabei, dass der Beginn der Verwertung registriert werden muss. Dies soll selbst dann gelten, wenn es sich um einen Eigentumsvorbehalt oder das Besitzpfandrecht handelt, deren Bestellung gerade nicht der Eintragung bedarf.

Bemerkenswert und nicht gerade typisch für die europäischen Rechtsordnungen ist im Ergebnis die Einführung eines allgemeinen, besitzlosen Registerpfandrechtes. Wie stark sich dieses in den Rechtsordnungen der einzelnen osteuropäischen Länder wiederfindet, wird im Folgenden beleuchtet.

c. Die Umsetzung durch die neuen osteuropäischen EU-Länder

Obwohl es sich bei dem Gesetz für Sicherungsrechte lediglich um ein Modellgesetz handelt, kann man bei der Durchsicht der einzelnen Länder feststellen, dass vielfach auf diesen Vorschlag zurückgegriffen worden ist, freilich jedoch nicht, ohne einige Veränderungen vorgenommen zu haben. Vorliegend soll der Focus vor allem auf die neuen EU-Länder gerichtet sein⁴⁰⁵.

Von den 10 am 1.5.2004 in die EU aufgenommenen Ländern folgen insbesondere Ungarn, die Slowakei, Tschechien und Lettland sehr stark dem Modellgesetz. Jedoch sind auch in Polen, Estland und Litauen besitzlose Registerpfandrechte anzutreffen, wobei hier jedoch keine so enge Zusammenarbeit mit der EBRD bestand – Ähnlichkeiten teilweise jedoch deutlich erkennbar sind. Lediglich Slowenien nimmt eine noch zu beschreibende Einzelstellung unter den osteuropäischen EU-Anwärtern ein.

Die Herausforderung an die Gesetzgebung war in allen Ländern gleich. Die sozialistischen Rechtsordnungen folgten der Wirtschaftsidee vom Volkseigentum und der Planwirtschaft. Die Kreditsicherungssysteme waren entsprechend so ausgestaltet, dass sie diesem Modell dienlich sein konnten. Banken waren die öffentlich-rechtlich legitimierten Kreditmonopolisten, privaten Wirtschaftsorganisationen – soweit sie überhaupt zugelassen waren – war es verboten, Geld- oder Warenkredite zu leisten. Dadurch war es zumindest theoretisch möglich, die Geldwirtschaft zu kontrollieren und die planmäßige Verteilung der Geldressourcen in der Planwirtschaft zu gewährleisten. Es war daher in allen osteuropäischen Ländern eine völlige Neuordnung nötig. Um diese herzustellen, wählten die einzelnen Länder je nach Ausgangslage verschiedene Wege. Während die Mehrzahl der Staaten umfassende

⁴⁰⁴ Spanogle in: *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, 1998, S. 157 (165).

⁴⁰⁵ Daneben griff beispielsweise auch Moldawien auf das MLST zurück. Vgl. das Pfandgesetz vom 23. Mai 1996 in *Monitorul Oficial al Republicii Moldova* (Moldawisches Gesetzblatt) nr. 61-62, 20.09.1996 Nr. 601 (Lege cu privire la gaj).

Neukodifikationen vornahmen, begnügten sich die Länder⁴⁰⁶, deren Rechtsordnungen bereits zu sozialistischen Zeiten der Marktwirtschaft zugänglicher gemacht worden sind damit, Ergänzungen in bestimmten Teilbereichen vorzunehmen.

aa) Ungarn

Ungarn kannte bis zur politischen Systemwende drei zivilrechtlich geregelte dingliche Sicherheiten: das Pfandrecht, welches nur für die Kreditinstitute in besitzloser Form erfolgen konnte, die Hypothek und die Bürgschaft⁴⁰⁷. Aufgrund des beschriebenen Bankenkreditmonopols hatte jedoch keines dieser Institute in der Praxis irgendeine Bedeutung⁴⁰⁸. Die österreichische Rechtsordnung zum Vorbild nehmend, lehnte man das Institut der Sicherungsübereignung von Beginn an ab⁴⁰⁹. Bereits in den 60er Jahren war man versucht, den zivilrechtlichen Sicherungsmitteln mehr Gewicht zu verleihen, dieser Vorstoß scheiterte jedoch erneut an der Vormachtstellung der sozialistischen Banken. Mit der Systemtransformation trat auch ein Wandel im Kreditsicherungssystem ein. Zwar konnten sich die Unternehmen nur langsam an ihre Stellung als Kreditgeber gewöhnen – meist war man immer noch darauf bedacht, nur bei sofortiger Zahlung zu liefern. Der zunehmende wirtschaftliche Druck von außen und die fehlenden staatlichen Notbremsen zwangen die Unternehmer jedoch dazu. Man setzte es sich daher zum Ziel, ein modernes Kreditsicherungssystem zu schaffen und arbeitete dazu sehr eng mit der EBRD zusammen⁴¹⁰. Neben der Konjunkturbelebung wollte man insbesondere eine rechtliche Annäherung an die Kreditsicherungssysteme der EU-Länder erreichen⁴¹¹. Im Ergebnis hat Ungarn als erster osteuropäischer Staat in seinem Gesetz Nr. XXVI vom 9.4.1996 seine Regelungen zum Pfandrecht reformiert und in Übereinstimmung mit dem Modellgesetz neben dem Besitzpfandrecht ein besitzloses Registerpfandrecht eingeführt⁴¹². Speziell dafür wurde ein von der ungarischen Notarkammer betriebenes, vollständig computergestütztes Register eingeführt, welches seit dem 1.5.1997 ohne größere Probleme in Betrieb ist. Es wurde so konzipiert, dass es schnell, effizient und kosteneffektiv arbeitet und so zur verstärkten Nutzung besitzloser Sicherheiten einlädt⁴¹³. In jedem Notariatsbüro besteht einerseits die Mög-

⁴⁰⁶ Insbesondere Slowenien, was im Ergebnis auch die Einzelstellung dieses Landes begründet.

⁴⁰⁷ Hegedüs in: WiRO 1997, 231.

⁴⁰⁸ Harmathy in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, S. 182 (185).

⁴⁰⁹ Harmathy in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, S. 182 (192).

⁴¹⁰ Professor Atilla Harmathy war sowohl für die EBRD, als auch für die Entwurfskommission in Ungarn tätig.

⁴¹¹ Pukier/Gillis/Elliott in: EBRD – law in transition, summer 1997, S. 7.

⁴¹² Harmathy in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, S. 182 (193); Hegedüs in: WiRO 1997, 231; Simpson/Menze in: EBRW – law in transition, autumn 2000, S. 20 (24).

⁴¹³ Harmathy in: Emerging Financial Markets and Secured Transactions, 1998, S. 197 (208); Judit in: EBRD-law in transition Summer 1997, S. 11.

lichkeit, ein Pfandrecht zu registrieren und damit zu begründen, sowie andererseits an sogenannten only-read Terminals zu überprüfen, ob eine Sache besichert ist oder nicht⁴¹⁴. Daneben hält Ungarn externe Terminals bereit, an denen beispielsweise Banken und Drittgläubiger eine Besicherung überprüfen können⁴¹⁵. Das Register ist damit öffentlich zugänglich. Lediglich an zwei Stellen wich man vom Modellgesetz ab. Erstens führte man hinsichtlich der Unternehmenssicherung ein der floating charge ähnliches Institut ein⁴¹⁶ und zweitens eröffnete man die besitzlose Sicherheit nicht nur den Geschäftsleuten, sondern auch der Allgemeinheit⁴¹⁷. Seit der Bereitstellung des Registers stiegen die Eintragungen von Jahr zu Jahr immer stärker an⁴¹⁸.

bb) Slowakei

Die derzeit jüngste Neuregelung auf dem Gebiet der Mobiliarsicherheiten und die zugleich engste Verbindung zum Modellgesetz findet sich in der Slowakei. Das neuartige Konzept löste eine Vielzahl von Sicherungsrechten ab. Bisher arbeitet das slowakische Recht mit dem Besitzpfandrecht, der Sicherungsübereignung⁴¹⁹, die anders als das deutsche Recht an die unmittelbare Besitznahme des Sicherungsgegenstandes durch den Sicherungsnehmer anknüpft sowie dem Eigentumsvorbehalt⁴²⁰, der jedoch mangels jeglicher Erweiterungsformen nur einem kleinen Kreis von Sicherungsparteien zur Verfügung stand. Neben vielen anderen Kritikpunkten wurde insbesondere das Fehlen von besitzlosen Sicherheiten, die fehlende Publizität und der enge Kreis von verpfändbaren Gegenständen bemängelt⁴²¹. Mit der Neukonzeption des Sicherungsrechts sollten kleinere und mittlere Unternehmen gefördert werden, indem die Motivation der Kreditgeber zur Kreditvergabe durch zuverlässigere Sicherungsinstrumente erhöht und so die Konjunktur belebt wird. Um dieses Ziel zu erreichen, bestand bis 1996 eine rege Zusammenarbeit mit der EBRD, 1997 wurde das Projekt zunächst niedergelegt. Erst im Jahre 2000 nahm man die Gespräche mit der Bank wieder auf, die mit dem Gesetz Nr. 526/2002 in einem Gesetzesentwurf mündeten, der sich sehr nah am Modellgesetz orientierte⁴²². Am 1.1.2003 trat diese Neuregelung in Kraft und zählt damit zu einem der jüngsten Novellierungen auf dem Gebiet des Kreditsicherungsrechts. Eingeführt wurde in den §§ 151a – 151m ZGB ein in ein öffentliches Pfandregister

⁴¹⁴ Judit in: EBRD-law in transition Summer 1997, S. 11.

⁴¹⁵ Judit in: EBRD-law in transition Summer 1997, S. 11.

⁴¹⁶ Harmathy in: Emerging Financial Markets and Secured Transactions, 1998, S. 197 (209).

⁴¹⁷ Harmathy in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, S. 182 (191).

⁴¹⁸ Judit in: EBRD-law in transition Summer 1997, S. 11.

⁴¹⁹ Investieren in der Slowakei – ein Investitionsführer für ausländische Investoren, S. 13+14.

⁴²⁰ Investieren in der Slowakei – ein Investitionsführer für ausländische Investoren, S. 13+14.

⁴²¹ Lazar in: ZfRV 2003, 133.

⁴²² Simpson/Menze in: EBRW – law in transition, autumn 2000, S. 20 (24); Investieren in der Slowakei – ein Investitionsführer für ausländische Investoren, S. 13+14.

einzutragendes, besitzloses Pfandrecht⁴²³. Es kann an jedem übertragbaren Gegenstand begründet werden⁴²⁴ und entsteht durch einen Vertragsschluss⁴²⁵ und der Registrierung desselben im internetgestützten notariellen Zentralregister⁴²⁶. Letztere darf gem. § 151d nur dann unterbleiben, wenn Sonderregister bestehen oder die Sache übergeben wird. Damit geht das slowakische Recht von der Regel des besitzlosen Registerpfandrechtes aus und lässt das Faustpfandrecht nur als Ausnahmefall zu. Diese Betrachtung ist derzeit einzigartig in Europa. Da die Sicherungsübereignung die gleichen Voraussetzungen wie eine Pfandrechtsbestellung hatte, dürfte auch sie – wenn überhaupt – nur noch dann zur Anwendung kommen, wenn die Sache übergeben oder registriert wird.

cc) Tschechien

Eine Reihe von Umbrüchen auf dem Gebiet des Kreditsicherungsrechtes hat Tschechien zu verzeichnen. Vorläufiger Höhepunkt war hier die Einführung eines Registerpfandrechtes am 1.1.2002, welches am 1.1.2003 eine nochmalige Veränderung erfuhr⁴²⁷.

Im großteilig noch heute gültigen tschechischen BGB von 1964 war zunächst als einziges Mobiliarsicherungsrecht das Faustpfandrecht verankert, welches auch heute noch seinen festen Standpunkt im tschechischen Rechtsraum hat. Da es dem tschechischen Recht lange Zeit an einem besitzlosen Sicherungsmittel fehlte, war das Faustpfandrecht entsprechend weit ausgestaltet. Es konnte nicht nur durch die Übergabe an den Pfandnehmer oder einen Dritten begründet werden⁴²⁸, sondern auch durch eine Kennzeichnung in einer das Eigentum verbriefenden Urkunde⁴²⁹ (die lediglich für Kraftfahrzeuge bestand) oder dem Anbringen eines Siegels⁴³⁰. Das Pfandrecht konnte daher den wirtschaftlichen Interessen der Sicherungsparteien weitergehend gerecht werden, als im deutschen Recht. Neben dem Pfandrecht wurde in § 445 ZGB frühzeitig auch der Eigentumsvorbehalt eingeführt, der jedoch aufgrund der fehlenden Erweiterungsmöglichkeiten nur für einen beschränkten Personenkreis nutzbar war⁴³¹. Doch trotz der erweiterten Möglichkeiten der Pfand-

⁴²³ Lazar in: ZfRV 2003, 133 (134); Simpson/Menze in: EBRW – law in transition, autumn 2000, S. 20 (24); Investieren in der Slowakei – ein Investitionsführer für ausländische Investoren, S. 13+14.

⁴²⁴ Dazu zählen beweglichen und unbewegliche Sachen, Sachgesamtheiten, Unternehmen, Unternehmensteile sowie zukünftige Sachen, sofern nötigenfalls bei Eigentumserwerb eine Registrierung vorliegt.

⁴²⁵ Zu diesem Zeitpunkt sprechen die Slowaken von der Begründung des Pfandrechtes.

⁴²⁶ Zu diesem Zeitpunkt entsteht nach der slowakischen Systematik das Pfandrecht.

⁴²⁷ Infodienst Außenwirtschaft 1/2003 S. 2; Schorling in: EBRD – law in transition, autumn 2000, S. 66 (68), der diese Entwicklung bereits voraussieht.

⁴²⁸ § 151b III (1. + 3. Alt.) ZGB aF.

⁴²⁹ § 151b III (2. Alt.) ZGB aF.

⁴³⁰ § 151b IV ZGB aF.

⁴³¹ Giese in: WiRO 1999, 212, 258 (258); Verny/Schorling in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, 1997, S. 165 (167).

rechtsbegründung wurde der Ruf nach einem besitzlosen Mobiliarsicherungsmittel immer lauter. Dem nachgebend wurde durch die Gesetzesnovelle Nr. 509/1991 Sb. 1992 die Sicherungsübereignung in das tschechische ZGB eingeführt⁴³². Gem. § 553 ZGB konnte „die Erfüllung einer Verpflichtung durch ... Übertragung eines Rechtes des Schuldners zugunsten des Gläubigers (Sicherheitsübertragung des Rechts) gesichert werden“. § 133 I (2.Alt.) ZGB stellte dafür die Möglichkeit des Besitzkonstitutes bereit. Dieses Institut hat sich jedoch kaum verbreitet und war teilweise sogar gänzlich unbekannt in der tschechischen Rechtspraxis. Die Gründe dafür sind mannigfaltig. Zum einen führte die offene Formulierung des § 553 ZGB zu vielen ungeklärten Fragen⁴³³. Handelt es sich um eine auflösende oder aufschiebende Übereignung? Wird das Eigentum übertragen, oder lediglich einzelne Rechte? Des Weiteren warf die Sicherungsübereignung auf dem steuerrechtlichen Gebiet eine Vielzahl von Unklarheiten auf. So war es bis 1995 gänzlich ungeklärt, welche der Sicherungsparteien die Abschreibung des Sicherungsgutes verbuchen durfte. Diese Frage wurde nun zugunsten des Sicherungsgebers entschieden⁴³⁴. Immer noch unklar ist die Person des Mehrwertsteuerpflichtigen⁴³⁵. Derzeit tendiert man dazu, dem Sicherungsnehmer die Mehrwertsteuer von 22% aufzuerlegen. Insbesondere ausländische Sicherungsnehmer erfahren hier gegenüber ihren inländischen Konkurrenten große Nachteile, da sie nicht berechtigt sind, diesen Betrag vom tschechischen Staat zurückzuerlangen. Die genannten Gründe erklären das Schattendasein der tschechischen Sicherungsübereignung und damit auch die weiterbestehende Unzufriedenheit ob der fehlenden besitzlosen Sicherungsmöglichkeiten.

Mit Wirkung zum 1.1.2002 wurde das tschechische Sicherungsrecht deshalb erneut reformiert. Als weitere Möglichkeit der Pfandrechtsbestellung trat nun das Registerpfandrecht hinzu⁴³⁶. Ziel war es, den Banken durch ein beständiges und nachprüfbares Sicherungsmittel die Vergabe von Krediten an mittlere und kleinere Unternehmen zu erleichtern⁴³⁷. Statt der bisher erforderlichen Übergabe oder ihrer Surrogate reicht es aus, den notariell beurkundeten Pfandvertrag in ein von der

⁴³² vgl. zum gesamten System Daubner in: RIW 1997, 648ff.

⁴³³ Daubner in: WiRO 1994, 400; Giese in: WiRO 1999, 212, 258 (259); VERNY/Schorling in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, 1997, S. 165 (175).

⁴³⁴ Dieser trägt den wirtschaftlichen Nutzen und soll daher auch den steuerlichen Vorteil erhalten. Orientiert wurde sich bei dieser Entscheidung am deutschen Recht. Ziel war es, die Sicherungsübereignung auch aus steuerlicher Sicht durchführbar zu machen. vgl. Giese in: WiRO 1999, 212, 258 (258); VERNY/Schorling in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, 1997, S. 165 (167).

⁴³⁵ Humlová-Ueltzhöffer in: WiRO 1997, 290 (291); Schorling in: EBRD – law in transition, autumn 2000, S. 66 (68). Lediglich die Banken sind seit 1998 ausdrücklich von der Umsatzsteuer bzgl. des Sicherungseigentums befreit. Diese Regelung wird in der tschechischen Rechtspraxis jedoch nicht verallgemeinert.

⁴³⁶ Dazu Giese/Fritsch in: WiRO 2002, 270 (271ff.).

⁴³⁷ Allein diese Zielsetzung zeigt, dass die Sicherungsübereignung keinen Respekt in der tschechischen Praxis gefunden hat.

Notarkammer zu führendes Pfandregister einzutragen. Dieses war zunächst anders als im Modellgesetz vorgesehen als nichtöffentliches Register ausgestaltet, wobei es dennoch für Dritte einsehbar war, sofern sie ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 35b I Notariatsordnung nachweisen konnten oder eine Erlaubnis des Eigentümers vorlag. Nach der Neustrukturierung der Notariatsordnung – insbesondere der Streichung von § 35b I NotO – entschied man sich, zum 01.01.2003 das Register öffentlich zugänglich zu machen⁴³⁸. Nunmehr kann jedermann, der ein berechtigtes Interesse nachweist oder die schriftliche Zustimmung des Eigentümers der verpfändeten Sachen vorlegt, über einen tschechischen Notar einen Auszug oder eine Bestätigung anfordern, ob ein Pfandrecht im Pfandregister eingetragen ist. Fraglich ist an dieser Stelle jedoch, was aus der bisherigen Möglichkeit einer Sicherungsübereignung geworden ist. Betrachtet man die Pfandrechtsvorschriften, so war der Gesetzgeber bemüht, ein hohes Maß an Publizität zu ermöglichen. Eine daneben bestehende Sicherungsübereignung würde diese Bestrebung ad absurdum führen. Hinzukommend diente die Sicherungsübereignung als Ersatz für das besitzlose Pfandrecht⁴³⁹ – ein solcher Ersatz ist nun jedoch nicht mehr nötig.

dd) Lettland

Ebenfalls sehr eng am Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte orientiert sich das Sicherheitsgesetz von Lettland⁴⁴⁰. Bisher kannte das lettische Recht das Faustpfandrecht (Art. 1278-1361 ZGB), die Registerpfandrechte für Schiffe und Wertpapiere, deren Bedeutung jedoch nicht über ihren Anwendungsbereich hinausging, sowie den in Art. 2069-2071 ZGB geregelten Eigentumsvorbehalt⁴⁴¹. Um den wirtschaftlichen Bedürfnissen besser gerecht werden zu können, wurde das Kommerzpfandgesetz (KommerzPFG) vom 21.10.1998 eingeführt. Dies begründet ein Kommerzpfandrecht, welches durch Vereinbarungen eines Pfandvertrages sowie einer Eintragung desselben in ein dafür vorgesehenes Register entsteht⁴⁴². Es steht grundsätzlich⁴⁴³ nur Unternehmen und Unternehmensgesellschaften als Sicherungsmittel zur Verfügung und kann gem. Art. 3 I KommerzPFG als Generalpfandrecht an allen beweglichen Sachen und Sachgesamtheiten begründet werden. Damit hielt sich der lettische Gesetzgeber bei der Schaffung des Registerpfandrechtes sehr nah an den Vorgaben des Modellgesetzes. Das lettische Recht weist jedoch

⁴³⁸ Infodienst Außenwirtschaft 1/2003, S. 2.

⁴³⁹ Daubner in: WiRO 1994, 400, die aus diesem Grund dem tschechischen Sicherungsnehmer im Konkurs lediglich ein Absonderungsrecht zugesteht.

⁴⁴⁰ vgl. zu den Vorbereitungsarbeiten Nnamdi K. Ezera in: EBRD – law in transition, spring 1997, S. 14.

⁴⁴¹ Dieser wird im lettischen Recht eigentlich schuldrechtlich eingestuft (vgl. Balodis in: Drobnič/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, S. 69), hat aber dennoch dingliche Wirkung, sodass er vorliegend genannt werden kann.

⁴⁴² vgl. Art. 9 des lettischen Kommerzpfandgesetzes.

⁴⁴³ Lediglich Kraftfahrzeuge, Flugzeuge und Unternehmen als Sachgesamtheiten können unabhängig von der Person des Eigentümers verpfändet werden, vgl. Art. 3 II KommerzPFG.

eine zusätzliche Besonderheit auf, die gerade im internationalen Verkehr mit Deutschland von großem Interesse ist.

Da das lettische Civillikum dem deutschen BGB gleicht – beide sind im wesentlichen ein Produkt der Pandektenwissenschaft –, enthält auch dieses Gesetz Regelungen, die eine Sicherungsübereignung möglich machen – Art. 890 CL lässt Eigentumsübertragung mittels Besitzkonstitut zu. Es existiert zwar keine indirekte Legitimationsvorschrift (vgl. § 216 II BGB), eine ausdrückliche Verbotsvorschrift (vgl. Art. 717 schw. ZGB) ist jedoch auch nicht vorhanden. In Rechtsprechung und Literatur wurde deshalb das in den 20ern vereinzelt verwendete Institut der Sicherungsübereignung anerkannt⁴⁴⁴. Mit Einführung des Kommerzpfandrechtes dürfte diese Vorgehensweise jedoch überholt sein⁴⁴⁵. Dafür sprechen eine Vielzahl von Gründen.

Zum einen besteht bei der Anerkennung der Sicherungsübereignung die Gefahr, dass das Kommerzpfandrecht leer läuft. Alle Unternehmer würden auf das Sicherungsinstitut der Sicherungsübereignung zurückgreifen und sich so die zeit- und kostenintensive Registereintragung ersparen. Dass dies nicht Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann, ergibt sich bereits aus der Natur der Sache und findet seine Bestätigung in Art. 3 IV KommerzPFG. Demnach dürfen Sachen, die Gegenstand eines Kommerzpfandes sein können, nicht nach Regeln anderer Pfandrechte verpfändet werden. Dem kann man natürlich entgegenhalten, dass diese Vorschrift für die Sicherungsübereignung keine Geltung beansprucht, da dieses Institut gerade kein Pfandrecht, sondern eine fiduziarische Übertragung des Vollrechtes ist⁴⁴⁶, dabei verkennt man jedoch zum einen, dass die Sicherungsübereignung ihrem Zweck nach dem Pfandrecht viel näher steht, als der Vollrechtsübertragung. Zum anderen findet die Sicherungsübereignung – obwohl sie bisher anerkannt war – nirgends im lettischen Gesetz eine Erwähnung, sodass es verfehlt wäre, in der vorliegenden Norm eine solche zu erwarten und vorauszusetzen. Es ist vielmehr der Rechtsgedanke des Art. 3 IV KommerzPFG auch auf die Sicherungsübereignung übertragbar, sodass zumindest im Anwendungsbereich des Kommerzpfandrechtes eine Sicherungsübereignung keine Anwendung mehr finden kann.

Es sprechen jedoch auch gute Gründe dafür, der Sicherungsübereignung in Zukunft jeglichen Anwendungsbereich zu verwehren. Zuzugeben ist, dass man damit Privatpersonen – die nicht in den Anwendungsbereich des Kommerzpfandrechtes fallen – damit das einzige, ihnen zur Verfügung stehende besitzlose Sicherungsmittel nimmt. Doch auch hierzu scheint der lettische Gesetzgeber eine entsprechende

⁴⁴⁴ vgl. Balodis, Sicherungsübereignung im deutsch-lettischen Rechtsverkehr, 2001, S. 196 FN 774, 775.

⁴⁴⁵ So die hier vertretende Ansicht. Anders jedoch ohne nähere Begründung noch Balodis, Sicherungsübereignung im deutsch-lettischen Rechtsverkehr, 2001, S. 197f., der jedoch seine Meinung bereits revidiert hat. In Balodis in: Drobnič/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, 2003, S. 69ff, nennt er die Sicherungsübereignung nicht bei den bestehenden Sicherungsinstituten, sondern schlägt lediglich deren Einführung vor (S. 78).

⁴⁴⁶ So wenig überzeugend Balodis, Sicherungsübereignung im deutsch-lettischen Rechtsverkehr, 2001, S. 193.

Wertung vorgenommen zu haben. Das vom Kommerzpfandgesetz vorgesehene Registrierungserfordernis soll nicht die Pfandgläubiger vor den vertragswidrigen Veräußerungen des Schuldners schützen, sondern dient vielmehr dem Schuldnerschutz selbst, da dieser durch die Registrierung eine deutlichere Voraugenführung der Belastung seines Eigentums erhält⁴⁴⁷. Dieser Warnung wiederum bedürfen vor allem Privatpersonen, die den Umfang ihres Handels häufig nicht abschätzen können. Würde man die Sicherungsübereignung zulassen, so stünde sie aufgrund der Regelung des Art. 3 IV Kommerzpfandgesetz fast ausschließlich Privatpersonen und damit der Schuldnergruppe zu, die besonders schutzbedürftig ist. Der Gedanke des Schuldnerschutzes im lettischen Recht spricht also ebenfalls dafür, der Sicherungsübereignung in Zukunft die Wirksamkeit zu versagen. Im Übrigen dürfte diese Annahme auch die privaten Sicherungsbedürftigen kaum beeinträchtigen, da das Institut der Sicherungsübereignung wie noch zu zeigen ist, aus der lettischen Praxis ohnehin verschwunden ist. Weiteres Indiz für eine solche Praxis ist die fehlende Regelung der Sicherungsübereignung im lettischen Gesetz. Seit den 20er Jahren ist das Institut in der lettischen Rechtsprechung und Lehre bekannt. Während der gesamten letzten Jahrzehnte wurde immer wieder die Bedeutung dieses Institutes sowie ihre rechtliche Zulässigkeit diskutiert. Sie wurde von der Rechtsprechung zwar anerkannt, entbehrte jedoch einer rechtlichen Grundlage und bot daher immer wieder Anlass zur Diskussion. Mit der Neustrukturierung des ZGB hätte man die Sicherungsübereignung aufnehmen können, wenn deren Bestehen gewünscht gewesen wäre. Schließlich kann die Sicherungsübereignung auch nicht zum lettischen Gewohnheitsrecht gezählt werden⁴⁴⁸, da Art. 2 II 2 CL bestimmt, dass nur das Gewohnheitsrecht ist, was gesetzlich als solches anerkannt ist und dazu fehlt bzgl. der Sicherungsübereignung eine Regelung. Ein letztes, wenn auch nachrangig zu beachtendes Indiz für die Überholung der Sicherungsübereignung ist darin zu sehen, dass dieses Institut bereits seit einigen Jahren nicht mehr genutzt wird⁴⁴⁹ und daher wohl auch nicht als noch geltend betrachtet wird. Neben dem Eigentumsvorbehalt, dem Faustpfandrecht und den Registerpfandrechten für Schiffe und Wertpapiere ist daher das in ein öffentliches Register einzutragende Kommerzpfandrecht das letzte hier zu nennende lettische Mobiliarsicherungsrecht.

Neben den Ländern, die sich bei ihrer Gesetzgebung sehr stark am Modellgesetz für Sicherungsrechte orientiert haben, sind jedoch auch einige EU-Neustaaten zu nennen, die zwar ein ähnliches, wie im Modellgesetz zugrunde gelegtes Regelungssystem haben, deren Entstehung jedoch nur peripher oder gar nicht von der EBRD begleitet worden ist.

⁴⁴⁷ Dies ergibt sich aus der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes trotz einer Registereintragung, vgl. Art. 34 III Kommerzpfandgesetz.

⁴⁴⁸ So der Vorschlag in: Balodis in: Drobnič/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, S. 69 (78).

⁴⁴⁹ Schulze in RIW 1994, 731 (734).

ee) Polen

Dazu gehört beispielsweise das polnische Gesetz über das Registerpfand und das Pfandregister (RegPfG) vom 6.12.1996, welches die Einführung eines allgemeinen Registerpfandrechts vorsieht und zum 1.1.1998 in Kraft trat⁴⁵⁰. Bei dem Gesetzgebungsverfahren bestand keine sehr enge Zusammenarbeit mit der EBRD⁴⁵¹, die Arbeiten am Entwurf verliefen jedoch parallel zu denen des Modellgesetzes, sodass es einen gewissen Austausch gegeben hat⁴⁵².

Bis zur Einführung der neuen Regelungen diente ein Besitzpfandrecht (Art. 306-335 ZGB), ein nur den Banken zugängliches Registerpfandrecht (Art. 308 ZGB) sowie die dem deutschen Institut entsprechende ungeschriebene Sicherungsübereignung als Mobiliarsicherungsmittel⁴⁵³. Gerade die letzten beiden Sicherungsinstitute sahen sich jedoch zunehmender Kritik ausgesetzt.

Das Registerpfandrecht gab den Banken die Möglichkeit, ein Pfandrecht an beweglichen Sachen zur Sicherung von Bankkrediten zu bestellen und diese Sachen im Gewahrsam des Eigentümers zu belassen. Aus einer Vielzahl von Gründen konnte sich dieses Sicherungsrecht in Polen jedoch nicht etablieren. Das Beschränken des Anwendungsbereiches auf Banken und deren Kreditforderungen⁴⁵⁴ wurde als zu eng empfunden. Hinzu kam, dass gem. Art. 1025 poln. ZPO die Kreditforderungen der Banken, egal ob und wie sie gesichert waren, immer vor denen der Pfandrechtsgläubiger befriedigt wurden. Dies nahm den Banken jegliche Motivation, auf dieses Sicherungsmittel zurückzugreifen. Schließlich wurde auch die fehlende Publizität des Registers bemängelt⁴⁵⁵. Ausgestaltet als ein nicht-öffentliches Register verwehrte es Dritten die Einsicht. Erschwerend führte das Bankgeheimnis dazu, dass sich die Banken untereinander nicht austauschten und ein Missbrauch so keine Seltenheit war⁴⁵⁶.

Auch das dem deutschen Recht entsprechende Institut der Sicherungsübereignung hatte in Polen einen alles andere als sicheren Stand. Während 1948 das Oberste

⁴⁵⁰ Dz.U. 1996, Nr. 149, Pos. 703 (polnisches Gesetzblatt).

⁴⁵¹ Die Beratungsarbeiten wurden von US-Geldern finanziert und geschahen unter der Mitwirkung von Institutional Reform and the Informal Sector (IRIS) und der International State Agency for International Development; vgl. Rich in: EBRD – law in transition, summer 1997, S. 1.

⁴⁵² Bókai/Szeibert in: Festschrift für Schippel, 1996, S. 843 (853); Dageförde in: ZEuP 1998, 686 (700); Rich in: EBRD – law in transition, summer 97, S. 1ff.

⁴⁵³ Zum alten polnischen Kreditsicherungsrecht insgesamt siehe Tracz/Cierpial/Thurner, Rechtliche Grundlagen der Kreditsicherung nach polnischem Recht – Pfand und Hypothek, 1996. vgl. Art. 308 § 1 ZGB.

⁴⁵⁴ Pyziol in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, 109 (117); Stawecki in: Drobni/Hopt/Kötz/Mestmäcker, Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa und ihre Folgen für Banken, Börsen und Kreditsicherheiten, S. 367 (370); Tracz/Cierpial/Thurner, Rechtliche Grundlagen der Kreditsicherung nach polnischem Recht, 1996, S. 9.

⁴⁵⁵ Beutler in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, 199 (203); Tracz/Cierpial/Thurner, Rechtliche Grundlagen der Kreditsicherung nach polnischem Recht, 1996, S. 9. Ein System wie die SCHUFA war dem polnischen Recht unbekannt.

Gericht in einer abstrakten Stellungnahme zur Sicherungsübereignung noch deren Zulässigkeit bejahte⁴⁵⁷, wurde diese mit der Einführung des ZGB 1965 wieder in Frage gestellt, das dieses Gesetz keine Regelung zur Sicherungsübereignung enthielt und vielmehr das bereits beschriebene funktionsäquivalente Bankpfandrecht vorsah⁴⁵⁸. Insbesondere die Literatur warf der Sicherungsübereignung vor, ein die Pfandrechtsregelungen umgehendes Scheingeschäft zu sein und den sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz zu missachten⁴⁵⁹. Aufgrund dieser Unsicherheiten verschwand die Sicherungsübereignung in den folgenden Jahren fast vollständig aus der Bankpraxis⁴⁶⁰. Dennoch distanzierte sich die Rechtsprechung zu keinem Zeitpunkt von ihrer ursprünglichen Entscheidung, sondern betonte vielmehr in den Urteilen von 1992 und 1993 die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung noch einmal⁴⁶¹. Dies geschah jedoch im Wesentlichen aus der Motivation heraus, dem stetigen Bedarf an Finanzierungen privater Investitionen in der beginnenden freien Marktwirtschaft gerecht zu werden. Mangels anderer Möglichkeiten lebte die Sicherungsübereignung noch einmal kurzzeitig auf. Jedoch erging bereits im Jahre 1996 eine Entscheidung, wonach die Verfallverbotsklausel beim Pfandrecht einen allgemeinen Rechtsgedanken enthalte, der generell gegen die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung spricht⁴⁶².

Mit der Einführung des allgemeinen Registerpfandrechtes hoffte man, den beschriebenen Problemen zu begegnen. Es entsteht gem. Art. 2 RegPfG durch den Abschluss eines Pfandvertrages und der Registrierung desselben in einem der beim zuständigen Bezirksgericht geführten öffentlichen Register, welches über ein computergestütztes Zentralregister landesweit zugänglich ist⁴⁶³. Es steht gem. Art. 1 I RegPfG allen Parteien offen, die eine Geschäftstätigkeit auf dem Gebiet Polens ausüben und umfasst gem. Art. 7 I RegPfG neben übertragbaren beweglichen Sachen auch Vermögensrechte. Ausdrücklich aufgehoben wurde das Bankpfandrecht⁴⁶⁴.

Fraglich bleibt jedoch, welches Schicksal die bis dahin ungeschriebene Sicherungsübereignung durch die Einführung eines allgemeinen Registerpfandrechtes erfährt. Obwohl es bislang an eindeutigen Stellungnahmen fehlt, schien die polni-

⁴⁵⁷ C. Prez. 18/48; OSN 1948, Pos. 58 (Beschluss der großen Zivilkammer des Obersten Gerichts vom 10.05.1948).

⁴⁵⁸ Kurkowski in: WiRO 1994, 247 (248).

⁴⁵⁹ vgl. zu den einzelnen Stellungnahmen: Pyziol in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, S. 109 (129, FN 14).

⁴⁶⁰ Kurkowski in: WiRO 1994, 247 (248).

⁴⁶¹ Urteil vom 19.2.1992 II CRN 87/92 OSNCP 5/93, Pos. 89; Urteil vom 5. Mai 1993, III CZP 4/93 Bankowe Prawo 1994, Nr. 4, S. 79-81.

⁴⁶² Urteil des Appellationsgerichts vom 05.09.1996, Aktenzeichen IA Cr. 286/96 (nicht veröffentlicht).

⁴⁶³ Beutler in: Horn/Pleyer, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, 199 (203); Stawecki in: Drobnig/Hopt/Kötz/Mestmäcker, Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa und ihre Folgen für Banken, Börsen und Kreditsicherheiten, S. 367 (373).

⁴⁶⁴ vgl. Art. 308 ZGB, der nunmehr auf besondere gesetzliche Möglichkeiten der Verpfändung (RegPfG) hinweist; Franek in: WiRO 1999, 17 (21).

sche Literatur zunächst davon auszugehen, dass die Sicherungsübereignung neben dem Registerpfandrecht keinen Anwendungsbereich hat⁴⁶⁵. Wie gezeigt, hatte die Sicherungsübereignung seit je her einen schweren Stand in der polnischen Rechtspraxis und wurde im Jahre 1996 von der Rechtsprechung offen angegriffen. Des Weiteren wurde sowohl beim Bankenpfandrecht als auch bei der Sicherungsübereignung vornehmlich die mangelnde Publizität bemängelt. Die Sicherungsübereignung nunmehr aufrecht zu erhalten, würde eine Rückkehr zur Publizitätslosigkeit bedeuten, denn sie lässt sich mit wesentlich geringerem Aufwand bei gleichem Ergebnis begründen und würde daher eher Anwendung finden. Schließlich diene die Sicherungsübereignung in erster Linie dazu, die Lücke zu schließen, die das Besitzpfandrecht und das Bankenpfandrecht gelassen haben⁴⁶⁶. Dies ist nun jedoch durch das allgemeine Registerpfandrecht geschehen⁴⁶⁷, sodass es der Sicherungsübereignung nicht länger bedarf. Dennoch entschied sich der Gesetzgeber im Jahre 1997 anders. Gem. Art. 101 § 2 des am 7.1.2002 in geänderter Fassung in Kraft getretenen neuen Bankengesetzes können Forderungen einer Bank auch durch die Sicherungsübereignung bzw. Sicherungsübertragung von beweglichen Sachen oder Rechten, welche im Eigentum Dritter stehen, besichert werden⁴⁶⁸. Zumindest im Sicherungsverkehr der Banken tritt die Sicherungsübereignung also neben Besitz- und Registerpfandrecht⁴⁶⁹. Ob es im Ergebnis bei diesem Nebeneinander bleibt, wird aus den oben genannten Gründen vereinzelt bereits bezweifelt⁴⁷⁰. Auch im privaten Verkehr dürfte weiterhin auf die Sicherungsübereignung zurückgegriffen werden, da hier das Registerpfandrecht nicht gilt und der Verkehr anderenfalls nur auf das Faustpfandrecht beschränkt bliebe.

ff) Litauen

Litauen hat bei der Ausarbeitung eines Mobiliarsicherungsgesetzes auf eine Zusammenarbeit mit der EBRD verzichtet⁴⁷¹. Dennoch weist das Ergebnis der litauischen Bemühungen eine große Ähnlichkeit mit den restlichen osteuropäischen Ländern auf, wenn auch einige spezifische Besonderheiten zu nennen sind.

Nach der Systemtransformation fanden in Litauen zunächst einige Novellen des Zivilgesetzbuches statt⁴⁷². Danach enthielt das ZGB in §§ 198-211 ZGB lediglich

⁴⁶⁵ Schulze in: MFOR 1997, 175 (187); Cierpial/Thurner in: WiRO 1997, 345 (346), der zwar nur die durch das Registerpfandrecht betroffenen gesetzlichen Neuregelungen behandelt, dessen Schweigen zur Sicherungsübereignung jedoch nicht als Bejahung der weiteren Anwendung gewertet werden darf.

⁴⁶⁶ Schulze in: MFOR 1997, 175 (187).

⁴⁶⁷ Was sich insbesondere darin zeigt, dass das Bankenpfandrecht aus Art. 308 ZGB ausdrücklich abgeschafft worden ist.

⁴⁶⁸ Pörnbacher in: WiRO 2002, 243 (237).

⁴⁶⁹ Baczyk in: Drobniig/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, S. 101 (111).

⁴⁷⁰ Baczyk in: Drobniig/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, S. 101 (102); Schulze in: MFOR 1997, 175 (187).

⁴⁷¹ Bartkus/Petrauskaitė, EBRD – law in transition, autumn 2000, S. 50 (51).

⁴⁷² Die umfassendste Novelle erfolgte am 17.05.1994. Valstybes Zinios 1994 Nr. 44, Pos. 805.

ein Mobiliarsicherungsrecht – das Faustpfandrecht. Sowohl die Sicherungsübereignung als auch der Eigentumsvorbehalt fanden wegen ihrer fehlenden Publizität keine Anerkennung⁴⁷³. Um sich der freien Marktwirtschaft zu öffnen und so die Konjunktur zu beleben, entschloss man sich zur Ausarbeitung eines Gesetzes für Mobiliarsicherheiten, welches am 01.04.1998 in Kraft trat⁴⁷⁴. Einziges darin vorgesehenes Mobiliarsicherungsmittel ist das Registerpfandrecht. Es entsteht durch einen schriftlichen und notariell beurkundeten Pfandvertrag, welcher in einem zentralen „Hypothekenregister“ eingetragen wird⁴⁷⁵. Dabei kann es sich um ein normales Forderungspfandrecht handeln, zulässig ist jedoch auch ein generelles oder bedingtes Pfandrecht⁴⁷⁶. Gem. Art. 15 des Gesetzes sind nicht nur bewegliche Sachen, sondern auch Rechte, wie Patentrechte oder materielle Rechte verpfändbar⁴⁷⁷. Eine Ausnahme davon bildet gem. Art. 5 das staatliche Vermögen sowie Vermögensgegenstände von Agenturen und Organisationen, die überwiegend staatlich geführt werden. Die Registrierung des Pfandrechtes erfolgt in mehren Schritten⁴⁷⁸. Zunächst wird die Eintragung des Pfandrechts vom Pfandgeber bei der Hypothekenabteilung eines Gerichtes beantragt. Da beweglichen Sachen ohnehin kein fester Standpunkt zugeordnet werden kann, besteht keine spezielle Gerichtszuständigkeit. Lediglich die Änderung, Ergänzung oder Erweiterung eines Pfandrechtes muss bei dem Gericht beantragt werden, bei dem auch die ursprüngliche Registrierung begehrt worden ist. Bis spätestens zum nächsten Arbeitstag muss diesem Antrag nachgekommen sein und das Pfandrecht im örtlichen Hypothekenregister erfasst worden sein. Danach wird dieser Eintrag innerhalb von höchstens 24 Stunden an das zentrale, internetgestützte Hypothekenregister weitergeleitet. Erst mit der dortigen Erfassung entsteht das Pfandrecht. Obwohl bereits 1998 beschlossen, benötigte es einige Jahre, bis das zentrale Hypothekenregister eingerichtet war. Dem Modellgesetz ähnlich verfügt Litauen demnach nur über ein einziges Mobiliarsicherungsrecht. Dieses ist jedoch anders als im MLST nicht nur den Unternehmen zugänglich, sondern kann von jedermann genutzt werden. Am befremdlichsten hingegen mutet die Eintragung in ein Hypothekenregister an. Litauen unterscheidet nicht zwischen dem Pfandrecht an beweglichen Sachen und denen an unbeweglichen Sachen, sondern nennt diese Sicherung einheitlich Hypothek. Dies könnte die Verständigung von Mittel- und Westeuropäern zwar erschweren, ist jedoch lediglich eine Begrifflichkeit, die sich in der Sache nicht auswirkt. Die Hypothekensicherung von Grundstücken einerseits und beweglichen Sachen andererseits unterliegt unterschiedlichen Voraussetzungen – lediglich das Register ist ein gemeinsa-

⁴⁷³ Krusenotto in: WiRO 1996, 446; Petrauskaitė in: Drobniġ/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, S. 87.

⁴⁷⁴ Valstybes Zinios 1997 Nr.60, Art. 1400 i.V.m. Valstybes Zinios 1999 Nr. 99, Art. 2843.

⁴⁷⁵ Aufgrund der Eintragung in das Hypothekenregister wird das Pfandrecht in Litauen als Hypothek bezeichnet. Dabei handelt es sich jedoch um eine reine Begrifflichkeit. Um Verwirrungen vorzubeugen, wird deshalb weiterhin vom Pfandrecht gesprochen.

⁴⁷⁶ Petrauskaitė in: Drobniġ/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, S. 87 (90).

⁴⁷⁷ Petrauskaitė in: Drobniġ/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, S. 87 (91).

⁴⁷⁸ Petrauskaitė in: Drobniġ/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, S. 87 (91ff.).

mes. Obwohl sich Litauen nicht am MLST orientiert hat, kommt es zu einem ähnlichen Ergebnis – dem Registerpfandrecht.

gg) Estland

Ebenfalls eine fehlende Zusammenarbeit mit der EBRD – vermutlich aufgrund der zeitlich frühen Einführung der neuen Regelungen – kann man deutlich in Estland feststellen⁴⁷⁹. Hier trat am 1.12.1993 ein Sachenrechtsgesetz in Kraft⁴⁸⁰. Dieses beruht auf den Vorarbeiten eines Zivilgesetzbuches von 1936, welches aufgrund bekannter politischer Umbrüche nicht mehr in Kraft treten konnte und greift zusätzlich verstärkt auf deutsche Beratungen zurück⁴⁸¹. Da das Recht der Personalsicherheiten nur sehr schwach ausgeprägt ist⁴⁸² und aufgrund der nur lückenhaften Grundbucheintragungen Immobiliarsicherheiten kaum verlässlich genutzt werden können, nehmen die Mobiliarsicherheiten eine sehr große Bedeutung in Estland ein.

Zu nennen ist zunächst das Faustpfandrecht gem. § 281ff. SachenRG, welches aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung und dem Übergang der Pfandsache entsteht. Aus den bekannten wirtschaftlichen Ursachen existiert daneben das besitzlose Registerpfandrecht gem. §§ 297ff. SachenRG. Anders als in den bisher betrachteten osteuropäischen Rechtsordnungen wird dieses Sicherungsrecht jedoch nicht in ein allgemeines Register eingetragen, sondern es erfolgt eine Branchentrennung. Je nach Art der verpfändeten Sache erfolgt die Eintragung im Schiffs-, Kraftfahrzeugs- oder Flugzeugsregister⁴⁸³, im Wertpapierregister⁴⁸⁴ oder dem Register für intellektuelles Vermögen⁴⁸⁵. Seit 1996 existiert daneben auch ein Kommerzpfandregister, an dem Pfandrechte an wechselnden beweglichen Vermögen eines Unternehmens eingetragen werden können⁴⁸⁶. Gerade den deutschen Beratungsarbeiten ist es zu verdanken, dass neben den genannten Sicherungsinstituten auch die Sicherungsübereignung im estnischen Recht möglich ist⁴⁸⁷. Aufgrund der vorhandenen

⁴⁷⁹ vgl. die Gesetzestexte unter www.legaltext.ee.

⁴⁸⁰ Riigi Teataja 1993 Nr. 39, Pos. 590.

⁴⁸¹ Pakuscher in: WiRO 1994, 181 (182).

⁴⁸² Bürgschaften etc. sind erst vor kurzer Zeit in das estnische Recht eingeführt worden und finden nur sehr zögerlich Akzeptanz unter den Sicherungsparteien, vgl. Kama in: Drobniġ/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, 2003, S. 55 (56).

⁴⁸³ § 307 SachenrechtsG.

⁴⁸⁴ §§ 314ff. SachenrechtsG.

⁴⁸⁵ § 313 SachenrechtsG.

⁴⁸⁶ Deutsche Übersetzung bei Brunner/Schmid/Westen, WOS, Estland, Abschnitt II.1.c.

⁴⁸⁷ vgl. § 94 SachenRG. Obwohl das estnische Recht dem Abstraktionsprinzip in § 92 III SachenRG eine generelle Absage erteilt hat – „für den Übergang des Eigentums muss ein rechtlicher Grund bestehen“ – gelten für die Sicherungsübereignung die gleichen Regelungen, wie in Deutschland. Eine gewichtige Rolle in dieser Entwicklung spielt vor allem die Übersetzung von Schwab/Prüttig ins Estnische (Asjaoigus opik, Tallinn 1995, S. 147), welches als Standardlehrbuch verwendet wird. Kama in: Drobniġ/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, 2003, S. 55 (56); Miilaste in: Drobniġ/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, 2003, S. 61 (63).

Registerpfandrechte wird jedoch immer wieder ihre generelle Gültigkeit in Frage gestellt⁴⁸⁸. Da das Sicherungsinstitut in der Praxis jedoch kaum genutzt wird⁴⁸⁹, fehlt es bislang an einer klärenden Entscheidung. Große Bedeutung dagegen hat der bei allen Verträgen zulässige Eigentumsvorbehalt, der dank der deutschen Beratungen auch in seinen Ausformungen als verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt bekannt und zulässig ist⁴⁹⁰. Das estnische Recht verfügt also über eine Vielzahl von Mobiliarsicherheiten, von denen jedoch die Sicherungsübereignung zunehmend aus dem Rechtsverkehr verbannt wird.

hh) Slowenien

Das slowenische Sicherungsrecht unterscheidet sich ganz erheblich von allen anderen osteuropäischen Ländern und nimmt somit eine Einzelstellung ein. Dies nicht nur, weil jegliche Zusammenarbeit mit der EBRD fehlte, es weist auch keinerlei Ähnlichkeit zum MLST auf. Anders als die meisten osteuropäischen Rechtsordnungen entschied man sich nicht für eine Neukodifikation des ZGB, sondern erließ eine Vielzahl von Sondergesetzen⁴⁹¹. Das letzte dieser Spezialgesetze ist das am 1.1.2003 in Kraft getretene Sachenrechtsgesetzbuch⁴⁹². Dieses enthält im Vergleich zu den vorgehenden Gesetzen kaum Neuerungen.

Im Rahmen der Mobiliarsicherheiten wird das Pfandrecht genannt. Dabei unterscheidet das slowenische Recht zwischen dem Faustpfand gem. §§ 110ff. SGB, dem Pfand an Liegenschaften (Hypothek) gem. §§ 138ff. SGB und dem Forderungspfandrecht gem. §§ 155ff. SGB.

Daneben gibt es als Alternative zum Faustpfandrecht auch ein besitzloses Pfandrecht geregelt in §§ 170ff. SGB. Dieses war bisher ungewöhnlicherweise im Vollstreckungs- und Sicherungsrecht (VSG)⁴⁹³ vom 15.10.1998 geregelt. Wie bereits dort normiert, entsteht auch nach dem SGB das vertragliche, besitzlose Pfandrecht gem. § 171 I SGB durch einen Pfandvertrag in Form eines vollstreckbaren Notariatsaktes und der Vereinbarung mit dem Gläubiger, dass es keiner Übergabe bedarf⁴⁹⁴. Gem. § 171 II SGB enthält der Vertrag neben der genauen Beschreibung der Pfandsache und deren Identifikationszeichen, die Bezeichnung von Pfandneh-

⁴⁸⁸ Kama in: Drobnič/Roth/Trunk, *Mobiliarsicherheiten in Osteuropa*, 2003, S. 55 (59); Pakuscher in: *WiRO* 1994, 181 (182); Schulze in: *RIW* 1994, 731 (733).

⁴⁸⁹ Kama in: Drobnič/Roth/Trunk, *Mobiliarsicherheiten in Osteuropa*, 2003, S. 55 (59).

⁴⁹⁰ Kama in: Drobnič/Roth/Trunk, *Mobiliarsicherheiten in Osteuropa*, 2003, S. 55 (56).

⁴⁹¹ *Obligationengesetzbuch (Obligacijski zakonik, Ur.l. RS 83/2001)*, *Erbgesetz (Zakon o dedovanju, Ur.l. SRS 15/76, 23/78, Ur.l. RS 67/2001)*, *Gesetz über Ehe- und Familienverhältnisse (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Ur.l. SRS 15/76, 30/86, 1/89, 14/89, Ur.l. RS 13/94, 82/94, 29/95, 26/99, 70/2000)*, *Erbgesetz über landwirtschaftliche Betriebe (Zakon o dedovanju kmetijskih gospodarstev, Ur.l. RS 70/95)*.

⁴⁹² *Stvarnopravni zakoni (SPZ)*, Ur.l. RS 87/2002. Deutscher Gesetzestext in: Rijavec in: *WiRO* 2003, 148 (150ff.).

⁴⁹³ *Zakon o izvrsbi in zavarovanju (ZIZ)*, Ur.l. RS 51/98, 72/98, 89/99, 11/2001, 75/2002, 87/2002.

⁴⁹⁴ Rijavec in: *WiRO* 2003, S. 148 (149).

mer und Pfandgeber und sofern personenverschieden die des Forderungsschuldners. Eine Registrierung ist grundsätzlich nicht vorgeschrieben⁴⁹⁵. § 177 SGB ermächtigt jedoch die Regierung der Republik Slowenien durch Verordnung festzulegen, welche Pfändungssachen registriert werden müssen und für diese ein öffentlich zugängliches Register einzuführen. Für diese Sachen ist das besitzlose Pfandrecht dann nur in der Form des Registerpfandrechtes zulässig. Von dieser Ermächtigung ist bisher noch nicht Gebrauch gemacht worden. Mit einer baldigen Einführung solcher Register ist auch nicht zu rechnen. Bereits das VSG enthielt eine solche Ermächtigung, von der 5 Jahre lang kein Gebrauch gemacht worden ist⁴⁹⁶. Als einziges osteuropäisches Land kennt Slowenien daher ein besitzloses Pfandrecht, das ohne irgendeinen Publizitätsakt begründet werden kann.

ii) Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass genau wie die bereits untersuchten EU-Staaten auch die meisten der neuen EU-Länder mit Hilfe des Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte von der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung oder anderer Quellen einheitlich ein besitzloses Registerpfandrecht vorsehen. Die Länder folgen damit einem allgemeinen europäischen Trend, indem sie sich vom Faustpfandprinzip abkehren und dennoch unter Wahrung der Publizität besitzlose Sicherheiten schaffen, die für den internationalen Wirtschaftsverkehr bestens geeignet sind⁴⁹⁷.

d. Bedeutung für den deutschen Sicherungsverkehr

Zu klären ist nun, welche Bedeutung diese osteuropäische Entwicklung für Deutschland hat. Es fragt sich erneut, ob ein in Deutschland begründetes Sicherungseigentum nach Verbringen der Sache in den osteuropäischen Raum Bestand hat. Das dafür maßgebliche Recht hat sich in den bisher betrachteten Rechtsordnungen ausnahmslos nach der *lex rei sitae* – dem Belegenheitsrecht – bestimmt. In Osteuropa ist man bzgl. dieser Frage zweigeteilter Ansicht⁴⁹⁸. Polen, Estland, Lettland und Ungarn folgen ebenfalls diesem System⁴⁹⁹. Litauen knüpfte bisher bei Sicherungsrechten ähnliche wie die Russische Föderation auch heute noch an das

⁴⁹⁵ vgl. §§ 171ff. SGB.

⁴⁹⁶ Rijavec in: WiRO 1999, 411 (414).

⁴⁹⁷ Das bei den Gesetzgebungsarbeiten insbesondere auch die Rechtsangleichung innerhalb der EU im Vordergrund gestanden hat, zeigt beispielsweise eine Rechtsberatungsprojekt der EU, in dem es um die Angleichung des tschechischen Rechts an das europäische Recht geht. Vgl. Breidenbach in: Drobnig/Hopt/Kötz/Mestmäcker, Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa, 1998, S. 357 (364, 365).

⁴⁹⁸ vgl. insgesamt dazu: Roth in: Drobnig/Roth/Trunk, Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, 2002, S. 33ff.

⁴⁹⁹ vgl. Polen: Gesetz über das IPR vom 12.11.1965, Estland: Zivilgesetzbuch vom 28. Juni 1996, Lettland: Zivilgesetzbuch vom 28.1.1937 (wieder in Kraft seit 1992), Ungarn: Gesetzesverordnung Nr. 13/1979.

Schuldstatut an⁵⁰⁰. Maßgeblich war demnach die Privatautonomie und untergeordnet das Sitz- bzw. Wohnsitzrecht der Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat. Nach den nunmehr geltenden Regelungen in Art. 1.48-1.51 ZGB/2001 wendet sich auch Litauen der *lex rei sitae* zu, eröffnet daneben jedoch auch die Rechtswahlmöglichkeit, die allerdings keine Drittwirkung entfaltet⁵⁰¹. Tschechien, die Slowakei sowie Slowenien folgen prinzipiell dem erstgenannten Ansatz, lediglich der Eigentumsvorbehalt wird an das Schuldstatut angeknüpft⁵⁰². Die Betrachtung der vorliegenden Frage hat also zweigleisig zu erfolgen. Unter Zugrundelegung der *lex rei sitae* kommen also die Mehrzahl der osteuropäischen Länder zum Ergebnis, dass in Deutschland zunächst wirksam Sicherungseigentum begründet worden ist. Jedoch wird auch in diesen Ländern die Anerkennung des Sicherungsinstitutes von dessen Übertragbarkeit in die eigene Rechtsordnung abhängig gemacht. Von den betrachteten Ländern stützen Ungarn, die Slowakei, Tschechien, Lettland und Litauen ihre Mobiliarsicherungsrechte auf umfangreiche Form- und Publizitätsvorschriften. Eine Sicherungsübereignung oder ein äquivalentes publizitätsloses Sicherungsmittel ist diesen Ländern völlig fremd. Bei dieser Transposition des schwächeren in das stärkere Recht dürfte der deutschen Sicherungsübereignung die Anerkennung aus den bereits genannten Gründen versagt werden. Es fehlt zwar noch an einer diese These bestätigenden Rechtsprechung, es sind jedoch keinerlei Anhaltspunkt ersichtlich, warum diese Länder zu einem anderen Ergebnis kommen sollten, als die bisher dargestellten Länder, in denen es keine publizitätslosen Sicherungsmittel gibt. Estland, Polen und Slowenien dagegen verfügen über publizitätslose Sicherungsmittel⁵⁰³, sodass in diesen Ländern eine Anerkennung möglich erscheint⁵⁰⁴. Polen lässt im Bankengesetz die Sicherungsübereignung zu. Eine Transposition ist jedoch auch im privaten Bereich denkbar. Insbesondere ist kein Grund ersichtlich, warum im Bankenverkehr weniger Wert auf Publizität gelegt werden muss, als im sonstigen Kreditverkehr. Die Publizität scheint dem polnischen Gesetzgeber daher nicht von übergeordneter Bedeutung. Gerade die verstärkten Arbeiten im Rahmen der europäischen Rechtsangleichung⁵⁰⁵, sowie die bereits bestehende Kritik am polnischen Sicherungsrecht lassen jedoch weitere Reformen gerade auf dem Feld der Publizität erwarten, sodass das hier gefundene Ergebnis wahrscheinlich nur ein vorläufiges ist. Gleiche Bedenken gelten für Estland. Es kennt zwar das besitz- und publizitätslose Sicherungsrecht, es wird jedoch nicht genutzt und immer wieder in Frage gestellt, sodass

⁵⁰⁰ Russland: Russischer Entwurf zum ZGB III in: IPRax 1998, S. 54; Litauen: Artt. 616 II, 619 Zivilgesetzbuch vom 7. Julie 1964 i.d.F. vom 17. Mai 1994.

⁵⁰¹ vgl. zu den Neuregelungen Ravluservicius in: IPRax 2003, 272 (275).

⁵⁰² vgl. Tschechien und Slowakei: Gesetz über das Internationale Privat- und Prozessrecht vom 4.12.1963.

⁵⁰³ Polen: Im Bankrecht anerkannte Sicherungsübereignung, Estland: Im SachenRG niedergelegte Möglichkeit der Sicherungsübereignung, Slowenien: Besitzloses Pfandrecht ohne Registrierzwang.

⁵⁰⁴ Wiederum fehlt es aufgrund der noch sehr neuen Regelungen an einer spezifischen Rechtsprechung zu diesem Fragenkomplex.

⁵⁰⁵ vgl. Breidenbach in: Drobnig/Hopt/Kötz/Mestmäcker, Systemtransformation, S. 364.

auch hier mit der Abschaffung des Sicherungsmittels zu rechnen ist. Schließlich ist auch der slowenische Gesetzgeber davon ausgegangen, alsbald Register für die besitzlosen Pfandrechte einzuführen. Auch dieses Schlupfloch für die Sicherungsübereignung wird also bald geschlossen werden. Die Sicherungsübereignung dürfte somit in einigen osteuropäischen Ländern noch Anerkennung finden, der Trend geht aber zur Abkehr von publizitätslosen Sicherheiten und damit auch zur Verweigerung deren Anerkennung.

Wie gezeigt folgt Litauen einer teilweise anderen Anknüpfungssystematik. Erwerb und Verlust dinglicher Rechte bestimmt sich unter anderem nach dem von den Parteien gewählten Recht⁵⁰⁶. Dies schafft bezüglich des hier diskutierten Problems jedoch nur wenig Erleichterung. Lediglich für den Fall, dass bei Begründung des dinglichen Rechtes die Rechtswahl auf das Land fällt, in welches die Sache auch später verbracht wird, entsehen die oben beschriebenen Probleme nicht. Dies dürfte jedoch einen seltenen Fall umschreiben, da häufig ein Verbringen von Gütern in andere Rechtsordnungen nicht von Anfang an in Betracht gezogen wird oder man eine solche Rechtsordnung nicht wählt, da nur selten eine ausreichende Kenntnis über dieselbige vorhanden ist. In allen anderen Fällen wird man nicht von der Schwierigkeit entbunden, ein einmal wirksam entstandenes Recht in eine andere Rechtsordnung zu transponieren. Da Litauen über keine besitz- und publizitätslosen Sicherungsrechte verfügt, dürfte die Anerkennung der deutschen Sicherungsübereignung auch hier nahezu ausgeschlossen sein. Eine Transposition ist daher nur in drei osteuropäischen Staaten überhaupt denkbar.

Dieses Ergebnis folgt nicht aus der nur lückenhaften Umsetzung des Modellgesetzes. Schon dieses hat in der international-privatrechtlichen Frage keine Hilfestellung angeboten. Während der Vorarbeiten gab es häufig den Vorschlag⁵⁰⁷, Anerkennungsregeln aufzunehmen, ohne dass es dabei jedoch schon konkrete Vorschläge gegeben hat. Schließlich entschied man sich jedoch gegen die Aufnahme von Kollisionsregeln. Die Ausarbeitung solcher Normen hätte sich wieder sehr schwierig gestaltet und die Arbeiten stark verlangsamt. Aus deutscher Sicht gab es den Vorschlag, ausländische Sicherungsrechte grundsätzlich anzuerkennen und eine Frist zu setzen, in der die zusätzlichen Formerfordernisse, wie beispielsweise die Registrierung, erfüllt werden können⁵⁰⁸. Dieser Vorschlag dürfte jedoch – wie bereits für die westeuropäischen Staaten belegt – nicht dem tatsächlichen Vorgehen entsprechen. Registerpfandrechte müssen in den meisten Rechtsordnungen innerhalb weniger Tage oder gar Stunden eingetragen werden⁵⁰⁹. Die fehlende Publizität wird also als so schwerwiegend betrachtet, dass offensichtlich auch eine spätere Registrierung nicht ausreichen soll. Gleiches dürfte auch für den internationalen Mobiliarverkehr gelten. Die Gefahr, zwischen dem Verbringen der Sache aus Deutschland ins Ausland bis zu deren Registrierung dort Dritte zu gefährden, dürf-

⁵⁰⁶ Ravluservicius in: IPRax 2003, 272 (275).

⁵⁰⁷ Christian Gavalda in : Les Petites Affiches, 8.6.94, 6 (8).

⁵⁰⁸ Kreuzer in: Emerging Financial Markets and Secured Transactions, 2001, S. 191, 192.

⁵⁰⁹ Die Fristen reichen von 30 Tagen vorgesehen in Art. 8.1. MLST bis hin zu 24 Stunden, vorgesehen in der litauischen Rechtsordnung.

te als sehr hoch eingeschätzt werden. In der Endkonsequenz bedeutet dies, dass die meisten osteuropäischen Staaten der Sicherungsübereignung ihre Anerkennung verweigern und das Sicherungsrecht beim Verbringen der Sache in eines dieser Länder verfällt.

Das Modellgesetz bewirkt eine große Rechtsvereinheitlichung im europäischen Raum. Je stärker diese jedoch voranschreitet, um so mehr driftet Deutschland auf dem Gebiet der Mobiliarsicherheiten in eine Abseitsstellung. Für Deutschland besteht lediglich der Ausweg, sich dieser Rechtsvereinheitlichung anzuschließen und sein Mobiliarsicherheitsrecht zu reformieren. Dies scheint zwar nicht naheliegend, da mit der Insolvenzrechtsreform das kränkliche System verfestigt worden ist, wäre aber in der momentanen Situation die richtige Konsequenz, um die deutschen Sicherungsnehmer in ihrer Stellung im internationalen Wirtschaftsverkehr zu schützen⁵¹⁰.

II. Ergebnis

Ziel dieser Untersuchung sollte es sein, mittels einer Gesamtbetrachtung der europäischen Länder zu einer abschließenden Aussage über die Tauglichkeit der deutschen Sicherungsübereignung im internationalen Verkehr zu gelangen. Bevor die einzelnen Ergebnisse noch einmal aufgeführt werden, sei nochmals nachdrücklich darauf hingewiesen, dass sie zweierlei Art sind. Bestand in dem untersuchten Land Rechtsprechung, so wurde diese ausgewertet und daraus das Ergebnis geschlussfolgert. Fehlte es an einer solchen, so wurde das Ergebnis mittels der jeweils inländischen Literatur sowie eigenen, an den inländischen Grundsätzen orientierten Wertentscheidungen ermittelt. Ausländische – insbesondere deutsche Literatur – wurde hingegen nicht mit in die Entscheidung einbezogen. Wird die ausländische Rechtsprechung einmal auf diesem Gebiet tätig, so dürften auch in deren Entscheidungsfindung lediglich die inländischen Wertgrundsätze, sowie die von der Literatur angeführten Argumente betrachtet werden. Das hier gefundene Ergebnis kann dann also mit einer größeren Wahrscheinlichkeit in der Praxis eine Bestätigung finden.

Folgendes Gesamtergebnis kann vorliegend festgehalten werden: Frankreich als Vertreter des romanischen Rechtskreises lehnt in beeindruckender Einmütigkeit zwischen Rechtsprechung und Literatur die Anerkennung der deutschen Sicherungsübereignung ab und stützt sich dabei auf den inländischen Grundsatz der Publizität im Sachenrecht. Ebenso verfährt Österreich als Vertreter des deutschen Rechtskreises, wobei hier einige kritische, jedoch widerlegbare Stimmen der Literatur entgegen der Rechtsprechung ein anderes Ergebnis bevorzugen. England, als Vertreter des Common Law, weist noch keine Rechtsprechung zu der hier behandelten Frage auf. Die an den englischen Wertgrundsätzen und der englischen Literatur orientierte Betrachtung kommt aber auch hier zu einer Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung. Wieder gilt der Publizitätsgrundsatz als unumstößliche

⁵¹⁰ So auch Kreuzer in: *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, 2001, S. 195.

Wertentscheidung. Die schwedische Rechtsprechung schließlich zeigt sich liberaler, indem sie die Einhaltung der Publizitätsvorschriften für nachholbar hält. Bei der näheren Betrachtung dürfte es dazu jedoch regelmäßig nicht kommen, sodass wiederum die Nichtanerkennung die Folge wäre. Eine Sonderstellung im westeuropäischen Raum nimmt lediglich Italien ein. Die wertende Betrachtung zeigt, dass weder der Publizitätsgrundsatz für Sicherungsrechte noch die Verfallverbotsklausel umfassend eingehalten werden, sodass beide Aspekte keinen unumstößlichen Sachenrechtsgrundsatz darstellen können, der es rechtfertigt, der deutschen Sicherungsübereignung die Anerkennung zu versagen. Die wenige italienische Literatur stützt dieses Ergebnis zwar nicht, weist jedoch auch keinerlei Begründungen für die eigene Ansicht auf, sodass sie vorliegend vernachlässigt wurde.

Ein ähnliches Bild bietet sich im osteuropäischen Raum. Mangels Rechtsprechung und endgültig gesicherter Rechtslage konnte hier lediglich ein „wahrscheinliches“ Ergebnis gefunden werden. Lediglich drei Länder – Estland, Polen und Slowenien – kennen noch ein besitz- und publizitätsloses Sicherungsmittel, sodass dort mit der Anerkennung der deutschen Sicherungsübereignung noch zu rechnen ist. Die übrigen Länder sehen keine besitz- und publizitätslosen Sicherungsmittel vor, wenden daher den Publizitätsgrundsatz ausnahmslos an und werden diesen mit Sicherheit gegen die deutsche Sicherungsübereignung ins Feld führen.

Die deutsche Sicherungsübereignung findet mithin nur in wenigen europäischen Ländern noch eine Anerkennung und auch hier dürfte die Zahl eher rückläufig sein. Damit nimmt Deutschland hinsichtlich seiner meistgenutzten Sicherheit eine Abseitsstellung ein – die Sicherungsübereignung ist im europäischen Ausland ein wertloses Sicherungsmittel.

III. Auswege

Der vorangegangene Teil beweist, was in der Einleitung bereits vermutet wurde. Durch das Zusammenspiel von nationalem Sachrecht und dem Internationalen Privatrecht verliert ein deutscher Verkäufer, der sich zur Sicherung seiner Forderung der Sicherungsübereignung bedient, nach dem Verbringen dieser Sache in das europäische Ausland zumindest im wirtschaftlichen Sinne seine Sicherheit. Dies stellt für den deutschen Wirtschaftsteilnehmer eine sehr unbefriedigende Situation dar. Da eine solche Benachteiligung im Rahmen des internationalen Handels nicht tragbar ist, stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten bestehen, die Konflikte im internationalen Mobiliarsachenrecht zu minimieren.

Die Rechtsangleichung⁵¹¹ scheint die Lösung des Problems zu sein. Denkbar ist demnach, einen einheitlichen EU-Standard für die Sicherungsrechte zu schaffen oder zumindest das deutsche Recht an den EU-Trend hinsichtlich der besitzlosen Registerpfandrechte anzugleichen. Doch nicht nur die legislative Angleichung

⁵¹¹ Von Rechtsvereinheitlichung sollte nicht gesprochen werden, da dieser in der heutigen Zeit wohl doch eher eine phantastische Idee ist, betrachtet man die nach wie vor bestehenden Strukturunterschiede des Rechts in den einzelnen europäischen Staaten.

durch Richtlinien, Verordnungen und Übereinkommen führt zur Rechtsangleichung, sondern auch das Tätigwerden der Gerichte kann ein solches Ergebnis bewirken⁵¹². Selbst durch den EuGH kann eine solche Rechtsangleichung erfolgen, denn erklärt er Regelungen mit dem EGV für unvereinbar, so verwirft er diese und schreibt so eine Höchstgrenze für den Eingriff durch nationale Regeln vor. Auch wenn die Entscheidungen des EuGH eine gemeinschaftsweite Rechtsangleichung nicht bezwecken⁵¹³, so bewirken sie diese manchmal jedoch tatsächlich. Zumindest für die Länder der EU ist es daher geboten, vor der Erörterung möglicher Rechtsangleichungsmaßnahmen der Frage nachzugehen, ob die Bestimmungen, die zum Verlust der Sicherheit führen, eventuell gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen und aus diesem Grunde schon keine Anwendung finden⁵¹⁴. Diese Prämisse scheint auf den ersten Blick befremdlich, kann man doch durch die Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung einen Verstoß gegen die europäischen Grundfreiheiten ganz vermeiden und so viel einfacher den Idealzustand erreichen. Dennoch bestehen sowohl rechtliche, als auch tatsächliche Gründe für eine vorrangige Gemeinschaftsrechtsüberprüfung. Diese rechtliche Priorität ergibt sich aus den Schlussvorträgen zu Dasonville und Cassis de Dijon⁵¹⁵, die durch den EuGH implizit bestätigt⁵¹⁶ und in späteren Entscheidungen ausdrücklich verfestigt worden sind⁵¹⁷. Danach darf der Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit keinesfalls unter den Vorbehalt einer vorherigen Rechtsangleichung gestellt werden, da ein solcher Vorbehalt die Warenverkehrsfreiheit zu einer Leerformel werden ließe und dies wiederum nicht mit dem europäischen Grundverständnis zu vereinbaren wäre⁵¹⁸. Tatsächliche Gründe für eine solche Priorität liegen in der Schwierigkeit einer Rechtsangleichung begründet. Die Auffassungsunterschiede innerhalb der Gemeinschaft sind unverändert beträchtlich. Insbesondere die sogenannte „extreme Gipfellage des deutschen Rechts“⁵¹⁹ ist selten vermittelbar. Auch bestehen polit-ökonomisch Probleme bei einem solchen Rechtssetzungsprozess, da es an einer europäischen, öffentlichen Meinung, welche die Kontrollfunktion ausübt, nach wie vor fehlt. Idealerweise kann man durch die Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung den Verstoß von Grundfreiheiten zwar vermeiden. Aus den genannten Gründen

⁵¹² Remien in: JZ 1994, 349ff.

⁵¹³ G/T/E - Müller-Graff, EGV-Komm, Art. 30 Rn. 138.

⁵¹⁴ So auch: Basedow in: RabelsZ (1995), 1ff; Langner in: RabelsZ 2001, 222 (244); Remien in: JZ 1994, 349 (359); Roth in: ZEuP 1994, 23ff; Wilmowsky in: ZEW 72-85 Bd. 7 Nr. 76, S. 39; Wolf in: WM 1990, 1941 (1950).

⁵¹⁵ Schlussanträge des GA Trabucchi in EuGH 11.7.1974 – Rs. 8/74 Dasonville, Slg. 1974, 858, Ziff. 3; Schlussanträge des GA Capotorti in EuGH 20.02.1979 – Rs. 120/78 „Cassis de Dijon“, Slg. 1979, 670f, Ziff. 4.

⁵¹⁶ EuGH 11.7.1974 – Rs. 8/74 Dasonville, Slg. 1974, 858, Ziff. 3; EuGH 20.02.1979 – Rs. 120/78 „Cassis de Dijon“, Slg. 1979, 670f, Ziff. 4.

⁵¹⁷ EuGH 9.12.1981 –Rs. 193/80 Kommission/Italien („Essig“), Slg. 1981, 3019 (3033), Erwägung 17.

⁵¹⁸ EuGH 9.12.1981 –Rs. 193/80 Kommission/Italien („Essig“), Slg. 1981, 3019 (3033), Erwägung 17.

⁵¹⁹ Schrickler in: WRP 1993, 619 (Anm. zur Yves Rocher Entscheidung des EuGH).

empfiehlt sich aber dennoch die vorherige Überprüfung der beschränkenden Normen mit Hilfe des Gemeinschaftsrechtes.

1. Die Nichtanerkennung importierter Mobiliarsicherheiten – eine Verletzung europäischer Grundfreiheiten?

Die bisher festgestellte Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung durch die einzelnen Länder Europas könnte eine Verletzung der europäischen Grundfreiheiten darstellen.

a. EG-Schutz auch für den Bestand von Rechten?

Wie bereits beschrieben, erkennen die einzelnen europäischen Länder wohlverordneten Rechte grundsätzlich an. Unter dem Hinweis auf den inländischen *ordre public* und die eigenen sachenrechtlichen Grundsätze versagen diese Länder der deutschen Sicherungsübereignung jedoch im Inland den Bestand. Zu überprüfen ist daher, ob die EG-Freiheiten einen solchen Bestandsschutz überhaupt gewährleisten wollen. Unstreitig geschützt sind sowohl die Bestellung von Sicherungsrechten als auch die Mobilität der mit den Sicherungsrechten belasteten Güter⁵²⁰. Wie jedoch vorliegend herausgearbeitet wurde, stehen die einzelnen nationalen Regelungen der Bestellung von Sicherungsrechten im Ausland und deren grenzüberschreitender Bewegung grundsätzlich offen gegenüber. Der Bestandsschutz hingegen ist im EG-Vertrag nicht erwähnt. Dennoch muss er mit geschützt werden, denn auch die Eingriffe in den Bestand des Sicherungsrechts sind geeignet, die zweifelsohne geschützten Bereiche zu tangieren⁵²¹. So wird durch den fehlenden Bestandschutz sowohl die Mobilität von Sachen beeinträchtigt, als auch die Entstehung eines Sicherungsrechtes behindert. Wer damit rechnet, dass ein bestimmtes Sicherungsrecht keinen Bestand hat, sieht von einer Bestellung ab oder nimmt sie zumindest in anderer Form vor. Ebenso werden viele Rechtsteilsnehmer auf ein Verbringen der besicherten Sache ins Ausland verzichten, um so einem Verfall der Sicherheit vorzubeugen. Es wird deutlich, dass auch der Bestand von Rechten dem Schutz des EGV gebührt, da sich erst so die einzelnen Schutzmechanismen vollständig entfalten können⁵²². Fraglich ist lediglich, welche EG-Freiheiten durch die Nichtanerkennung der Sicherungsrechte tangiert sind. Die Antwort darauf wurde bereits gegeben. Behindert ist zum einen die Mobilität – damit der Warenverkehr. Behindert ist zum anderen die Entstehung eines Sicherungsrechts – damit der Kapitalverkehr.

⁵²⁰ Die Bestellung von Sicherheiten wird über die Kapitalverkehrsfreiheit und die Mobilität der besicherten Güter über die Warenverkehrsfreiheit geschützt. Roth in: ZEuP 1994, 5 (23); Wilmowsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 77 ff.

⁵²¹ Wilmowsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 77 ff.

⁵²² Wilmowsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 86 ff.

b. Verstoß gegen Art. 28 EGV durch eingeschränkte Mobilität

Wie gezeigt, kann das Versagen des Bestandsschutzes die Mobilität des Sicherungsgutes beeinträchtigen und damit einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit darstellen. Diese ist in Art. 28 EGV niedergelegt. Diese Vorschrift statuiert das Herkunftslandprinzip⁵²³, wonach jede Ware, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden ist, in jedem anderen Mitgliedstaat verkehrsfähig sein muss, ohne den dort geltenden Anforderungen entsprechen zu müssen. Dazu verbietet Art. 28 EGV die mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Hinsichtlich der Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung prägte der EuGH im Urteil Dassonville⁵²⁴ die Formel: „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen“. Die Weite dieser Formulierung wurde bereits wenig später im Urteil Cassis de Dijon⁵²⁵ deutlich. Hier zwar noch bestätigt, aber durch negative Tatbestandsmerkmale ergänzt. In der nachfolgenden Keck-Entscheidung⁵²⁶ zusätzlich jedoch weiter relativiert. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob die Nichtanerkennung der Warenkreditsicherheiten an beweglichen Sachen eine solche Maßnahme gleicher Wirkung darstellt, die wiederum nicht gerechtfertigt ist und deshalb einen Verstoß gegen das europäische Gemeinschaftsrecht darstellt.

Bevor jedoch die einzelnen Voraussetzungen des Art. 28 EGV beleuchtet werden, muss der Anwendungsbereich dieser Vorschrift eröffnet sein. Dabei stellen sich insbesondere drei Fragen.

Zum einen ist eine Messung von Maßnahme am EG-Vertrag dann ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber der Gemeinschaft bereits Vorschriften zur harmonisierenden Rechtsangleichung auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs erlassen hat⁵²⁷. Ist dies der Fall, ist die Maßnahme allein an diesen Vorschriften zu messen⁵²⁸. Wie noch zu zeigen ist, wurde die Harmonisierung des Sicherungsrechtes zwar mehrfach in Angriff genommen⁵²⁹, die Bemühungen waren bislang jedoch nicht mit Erfolg beschieden.

Da es sich bei den zu überprüfenden nationalen Regelungen um solche des Sachenrechts handelt, stellt sich des Weiteren die Frage, ob die Regelung des Art. 295 EGV eine Überprüfung dieser Normen am EG-Vertrag ausschließt. Demnach lässt

⁵²³ EuGH 12.03.1987 – Rs. 178/87 Reinheitsgebot, Slg. 1987, 1227 = EuGH NJW 1987, 1133; Oppermann, Europarecht, Rn. 1289; Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 1997, S. 84f.

⁵²⁴ EuGH 11.7.1974 – Rs. 8/74 Dassonville, Slg. 1974, 852, Erwägung 5.

⁵²⁵ EuGH 20.2.1979 Rs. 120/78 Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649.

⁵²⁶ EuGH 24.11.1993 – Rs. C-267/91 Keck und Mithouard, EuZW 1993, 770ff.

⁵²⁷ EuGH 23.5.1996 – Rs. C-5/94 Hedley Lomas, Slg. 1996, I-2553, Erwägungen 18ff.

⁵²⁸ EuGH 23.5.1996 – Rs. C-5/94 Hedley Lomas, Slg. 1996, I-2553, Erwägungen 18ff.

⁵²⁹ Siehe Seite 163ff.

der EG-Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Ländern unberührt – sie sind daher grundsätzlich in der Gestaltung ihrer Sachenrechtsordnung frei. Dennoch hat der EuGH entgegen vereinzelter Literaturstimmen⁵³⁰ bestimmt, dass dies die Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere der Grundfreiheiten suspendiert⁵³¹. Art. 295 EGV ist vielmehr historisch zu betrachten. Lediglich hinsichtlich der Verstaatlichung und Privatisierung soll eine Beeinflussung der Mitgliedsländer durch die Vorschriften des EGV nicht präkludiert werden⁵³². Art. 295 EGV hindert vorliegend also nicht die Überprüfung sachenrechtlicher Vorschriften.

Schließlich fragt sich, ob die nationalen Regelungen, die vorliegend zur Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung geführt haben, überhaupt Maßnahmen im Sinne des Art. 28 EGV sind. Dabei handelt es sich zum einen um Einfuhrbeschränkungen – die zweifelsohne nicht vorliegen – zum anderen um Maßnahmen mit gleicher Wirkung. Wie bereits dargelegt, sind solche Maßnahmen gleicher Wirkung Handelsbestimmungen⁵³³. Das Phänomen der Nichtanerkennung wird durch ein Zusammenspiel von Vorschriften des nationalen Zivilrechts sowie des dazugehörigen Kollisionsrechts erzeugt. Diese Vorschriften des Privatrechts und des Internationalen Privatrechts müssten daher solche Handelsregelungen darstellen. Privatrechtsnormen waren bereits häufig Gegenstand von Untersuchungen im Rahmen des Art. 28 EGV, sodass dahingehend keine Zweifel bestehen⁵³⁴. Weniger unstrittig ist es hingegen, ob sich auch die Regelungen des Internationalen Privatrechts am Gemeinschaftsrecht messen lassen müssen. Hier wird vereinzelt vertreten, dass die Regelungen gleichrangig nebeneinander stehen und deshalb sich in ihrer Wirksamkeit nicht gegenseitig beeinflussen⁵³⁵. Dem ist jedoch zu wider-

⁵³⁰ Burghardt, Die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag (1969), S. 78ff.

⁵³¹ EuGH 6.11.1984 Rs - 182/83 Fearon/irish Land Commission, Slg. 1984, 3677 (3684f.) Erwägung 7; so im Ergebnis auch Basedow, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992, S. 35; Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 127; Riegel in: RIW/AWD 1979, 744 (746).

⁵³² EuGH 6.11.1984 Rs - 182/83, Slg. 1984, 3677 (3684f.) Erwägung 7; Bruinier, Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das Internationale Privatrecht, 2003, S. 125; Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der EG, S. 22.

⁵³³ Siehe Seite 77.

⁵³⁴ EuGH 7.3.1990 – Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois, Slg. 1990 I, 677; EuGH 18.05.1993 – Rs C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher GmbH, EuZW 1993, 420; EuGH 24.1.1991 – Rs. C-339/89 Alstom Atlantique SA/Compagnie de construction Sulzer SA, Slg. 1991-I, 107. Mit der noch zu behandelnden Keck-Rechtsprechung (EuGH 24.11.1993 – Rs. C-267/91 Keck und Mithouard, EuZW 1993, 770ff.) schließt der EuGH zwar Verkaufsmodalitäten – die sich in der Regel aus privatrechtliche Vorschriften ergeben – aus. Dies lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass das Privatrecht generell nicht mehr am Gemeinschaftsrecht gemessen werden darf. Dieser Schluss verbietet sich allein schon unter Berücksichtigung der Einschränkung, dass Verkaufsmodalitäten zwar generell, jedoch nicht ausschließlich aus dem Schutzbereich ausgeschlossen sind.

⁵³⁵ Gärtner in: EWS 1994, (114) 116; Schneider in: NJW 1991, 1985 (1992).

sprechen⁵³⁶. Art. 3 II 2 EGBGB selbst bestimmt den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor den Regeln des IPR. Auch das internationale Privatrecht ist lediglich nationales Recht und damit dem Gemeinschaftsrecht untergeordnet⁵³⁷. Es besteht zwar die berechtigte Befürchtung, das Gemeinschaftsrecht würde die differenziert austarierten Interessenabwägungen des Internationalen Privatrechts aushebeln⁵³⁸, jedoch ist auch das Gemeinschaftsrecht gem. Art. 30 EGV den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, sodass die Gefahr einer Verfälschung der Ziele des IPR kaum besteht. Weiterhin sind auch richtlinienerfüllende Kollisionsnormen existent⁵³⁹, was wiederum beweist, dass das Kollisionsrecht der Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Ziele dient und ihm folglich untergeordnet ist. Die Normen des Internationalen Privatrechts müssen sich damit am Gemeinschaftsrecht messen lassen. Im Ergebnis bleibt also festzuhalten, dass die Kollisions- und Sachnormen, auf welche die fehlende Anerkennung der deutschen Sicherungsübereignung zurückzuführen ist, durchaus an Art. 28 EGV gemessen werden können. Die drei anwendungsbeschränkenden Hürden sind daher genommen, sodass im Folgenden untersucht werden kann, ob die anerkennungsversagenden Vorschriften gegen Art. 28 EGV verstoßen.

Art. 28 EGV verbietet die Einfuhrbeschränkungen von Waren innerhalb der Mitgliedstaaten. Dass es sich um Waren handeln muss, ergibt sich nicht unmittelbar aus Art. 28 EGV, lässt sich jedoch aus der Stellung der Norm innerhalb des Titels zum freien Warenverkehr sowie aus Art. 23 II EGV entnehmen. Der Begriff „Ware“ ist im EGV selbst nicht definiert, umfasst jedoch alle körperlichen, geldwerten Gegenstände, die Gegenstand von Handelsgeschäften zwischen den Mitgliedstaaten sein können⁵⁴⁰. Von Art. 28 EGV werden diejenigen Waren erfasst, die gem. Art. 23 II EGV aus einem Mitgliedstaat stammen, sofern zumindest der endgültige Fertigungsprozess dort stattgefunden hat sowie die aus dritten Ländern stammenden Waren, soweit sie sich innerhalb eines Mitgliedstaates im freien Verkehr befinden⁵⁴¹. Die vorliegend betrachteten Sicherungsgüter sind dabei zweifelsohne Waren.

⁵³⁶ So auch Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 1997, S.31f.; Kieninger, Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 126; Kreuzer in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, S. 373 (414); Roth in: RabelsZ 55 (1991), 623 (637).

⁵³⁷ EuGH 15.7.1964 – Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (1270); vgl. Kreuzer in: Müller-Graff (Hrsg.) Gemeinsames Privatrecht in der europäischen Gemeinschaft, S. 373 (414).

⁵³⁸ So die geäußerten Befürchtungen von Gebauer in: IPRax 1995, 152 (155); Hommelhoff in: AcP 192 (1992), 71 (101); Schneider in: NJW 1991, 1992.

⁵³⁹ z.B. Art. 29a EGBGB – Umsetzung von Art. 12 II der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG.

⁵⁴⁰ EuGH 10.12.1968 Rs. 7/68, Kunstschatze, Slg. 1968, 633; EuGH 23.2.1995 – Rs. C-358/93 und C-416/93 Bordessa, Slg. 1995, I-361ff., Rs. C-358/93; 416/93; Oppermann, Europarecht, Rn. 1268.

⁵⁴¹ EuGH 9.7.1992 – Rs. C-2/90 Abfall in Wallonien, Slg. 1992, I-4431.

aa) Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung

Um den freien Warenverkehr innerhalb der Gemeinschaft zu gewährleisten, verbietet Art. 28 EGV hinsichtlich dieser Waren die mengenmäßige Einfuhrbeschränkung sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Damit wird das Ziel verfolgt, allen in den Mitgliedstaaten befindlichen Waren den gleichen Marktzugang zu gewährleisten⁵⁴². Zur Prüfung stehen vorliegend die Vorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten, die dazu führen, dass das deutsche Institut der Sicherungsübereignung im Ausland nicht anerkannt wird. Diese Vorschriften bezwecken zwar nicht die Kontingentierung eingeführter Waren, können sich aber ebenso auswirken und damit Maßnahmen gleicher Wirkung darstellen. Was genau darunter zu verstehen ist, wird vom EG-Vertrag selbst nicht beantwortet und muss sich daher aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben.

(1) Dassonville-Formel

Wie bereits dargestellt, wurde im Dassonville-Urteil⁵⁴³ eine von nun an häufig verwendete Formel entwickelt, wonach „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“ als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen ist. Darunter sollen nicht nur die diskriminierenden Regelungen fallen, sondern auch die unterschiedslos geltenden Vorschriften. Während sich hinsichtlich der Nichtanerkennung des Eigentumsvorbehaltes die Bejahung der handelsbehindernden Maßnahmen nach der Dassonville-Formel geradezu aufdrängt⁵⁴⁴, bedarf es bei der Sicherungsübereignung einer genaueren Betrachtung.

Die Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung wirkt sich in erster Linie nachteilig für die deutschen Kreditinstitute aus – der Handel mit Waren scheint zunächst gar nicht betroffen zu sein. Banken sichern ihre Kredite häufig mit der Sicherungsübereignung⁵⁴⁵. Im Rahmen der grenzübertretenden Kreditvergabe kann auf dieses Sicherungsinstitut wegen der erhöhten Rechtsunsicherheit nicht zurückgegriffen werden. Mögliche Folge ist, dass keine grenzüberschreitenden Kredite vergeben werden. Dies engt den Geschäftsradius der Bank dann jedoch entsprechend ein. Eine andere Möglichkeit ist, seitens der Bank die für das Ausland erforderlichen Formbestimmungen herbeizuführen, was jedoch zeit- und kostenintensiv ist. Weiterhin bleibt der Bank noch die Möglichkeit, auf andere Sicherungsinstitute

⁵⁴² Oppermann, Europarecht, Rn. 1267; Reich in: EuZW 1991, 203.

⁵⁴³ EuGH 11.7.1974 – Rs. 8/74 Dassonville, Slg. 1974, 852, Erwägung 5.

⁵⁴⁴ Vergleiche hierzu Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 1ff., die sich entgegen dem Titel der Darstellung nur mit dem Eigentumsvorbehalt im europäischen Binnenmarkt beschäftigt.

⁵⁴⁵ Wolter, Rechtskunde für Banken und Sparkassen – Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten, 1989, S. 173ff.

zurückzugreifen, die jedoch wiederum eine Verteuerung mit sich bringen⁵⁴⁶. Schließlich bleibt es dem Kreditinstitut unbenommen, die Kreditvergabe mit einer Klausel zu verbinden, die es dem Unternehmer verbietet, seine Waren ins Ausland zu verbringen. Jedoch dürfte auch diese Vorgehensweise geschäftsschädigend sein. Auf den ersten Blick scheint damit die Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung nicht den Warenhandel zu behindern, sondern vielmehr eine Barriere für den Kreditverkehr – und damit den Kapitalverkehr⁵⁴⁷ – darzustellen.

Wie sich jedoch aus der Dassonville-Formel entnehmen lässt, sind von Art. 28 EGV nicht nur die unmittelbaren Handelshemmnisse, sondern auch die mittelbaren erfasst. Die Störungen in der Kreditvergabe wirken sich auf eine solch mittelbare Weise auch auf den Warenverkehr aus. Sowohl Unternehmen, die auf den grenzüberschreitenden Kreditverkehr angewiesen sind und von den Banken nicht kreditiert werden, als auch die Unternehmen, die das gleiche Schicksal erleiden, weil sie Kontakte zum Ausland pflegen, wird die nötige finanzielle Grundlage entzogen, sie können nicht mehr produzieren und damit mit den Waren auch weniger Handel treiben. Wählt die Bank nicht den Weg der Nichtkreditvergabe, sondern greift sie auf andere Sicherungsformen, wie die Bankbürgschaft oder die Bankgarantie zurück, so zieht dies erhöhte Kosten nach sich. Die sogenannten Avalprovisionen werden grundsätzlich auf den Auftraggeber – den Kreditsuchenden – abgewälzt, wobei es diesem natürlich unbenommen ist, die Kosten weiter zu verlagern und auf den Warenpreis aufzuschlagen⁵⁴⁸. Es kommt zu einer Verteuerung der Exporte, die Waren können nur noch weniger gut abgesetzt werden und erfahren so eine Handelsbeschränkung. Weiterhin wirkt es sich nachteilig auf den Handel aus, wenn die Bank beschließt, die im Ausland nötigen Formvorschriften einzuhalten. Meist wird der Sicherungsgeber auf Drängen des Sicherungsnehmers gezwungen, die Einhaltung der Form zu gewährleisten⁵⁴⁹. Wie bereits dargestellt, ist eine solche Vorgehensweise zeit- und kostenintensiv, schreckt Unternehmer ab und behindert so mittelbar den Warenhandel. Schließlich bewirkt auch eine eventuelle Klausel, die Waren nicht ins Ausland verbringen zu dürfen, ein Handelshemmnis. Mittelbar führen die Schwierigkeiten, die durch die Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung bei den Banken entstehen, also auch zu den Warenverkehr behindernden Hemmnissen. Dies gilt selbstverständlich nicht nur für den Kreditverkehr der Banken, sondern auch bei Privaten. Hier wird sicherlich eher auf das Verbringen der Ware ins Ausland verzichtet, um dem Verfall der Sicherungsrechte vorzubeugen. Dadurch ist die Mobilität der Waren stark betroffen. Nach der Dassonville-Formel

⁵⁴⁶ Bankbürgschaft und Bankgarantien sind schuldrechtliche Sicherungsinstitute. Diese werden anders als die dinglichen Sicherungsrechte individuell ausgearbeitet und bedeuten schon aus diesem Gesichtspunkt eine Kostensteigerung. Des Weiteren besteht bei ihnen ein weitaus größeres Sicherungsrisiko, da anders als bei den dinglichen Sicherheiten gerade nicht klar ist, mit welchem Mitteln beispielsweise der Kredit zurückgezahlt wird. Dieses höhere Risiko versucht man durch eine Verteuerung des Institutes zu kompensieren.

⁵⁴⁷ Dazu noch im Folgenden.

⁵⁴⁸ Hoffmann, Verhaltenspflichten der Banken und Kreditversicherungsunternehmen, S. 69.

⁵⁴⁹ Wolter, Rechtskunde für Banken und Sparkassen – Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten, 1989, S. 175ff.

stellen die zur Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung führenden Regelungen daher Maßnahmen gleicher Wirkung dar⁵⁵⁰.

(2) Eingrenzung durch die Keck-Rechtssprechung

Die Weite der Dassonville-Formel hat dazu geführt, dass die Beschwerden über handelsbeschränkende Maßnahmen sprunghaft anstiegen und sich nahezu jede Eingabe auf Art. 28 EGV stützte⁵⁵¹. Hinzukommend wurde es immer schwieriger, eine dennoch nötige Grenzziehung vorzunehmen und zu bestimmen, wann einer Maßnahme handelsbeschränkende Wirkung zukam und wann nicht. Widersprüchliche Entscheidungen waren die Folge⁵⁵². Aus diesem Grund erfuhr die Dassonville-Formel 1993 eine Einschränkung durch die Keck-Rechtssprechung⁵⁵³. Danach stellen Regelungen eines Mitgliedstaates dann keine Maßnahmen gleicher Wirkung dar, wenn sie Verkaufsmodalitäten von Waren regeln, die für alle Wirtschaftsteilnehmer unterschiedslos gelten, sowie den Absatz inländischer und ausländischer Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren⁵⁵⁴. Es wurde damit eine Unterscheidung eingeführt zwischen produktbezogenen Regelungen, die sich typischerweise auf die Warenverkehrsfreiheit auswirken und absatzbezogenen Regelungen über Verkaufsmodalitäten, vor denen das Europarecht nur noch im Rahmen des Diskriminierungsrechts schützt⁵⁵⁵. Es ist daher weiterhin zu überprüfen, ob die zur Nichtanerkennung führenden Regelungen unterschiedslos geltende Verkaufsmodalitäten sind, die inländische und ausländische Sicherungsgüter rechtlich wie tatsächlich gleich berühren. Dann nämlich wäre der Schutzbereich des Art. 28 EGV nicht eröffnet, eine Verletzung von Gemeinschaftsrecht wäre abzulehnen. Was unter einer Verkaufsmodalität zu verstehen ist, wurde bislang in der Rechtsprechung nicht positiv definiert. Das Keck-Urteil sowie die darauf bezugnehmende, folgende Rechtssprechung⁵⁵⁶ begnügt sich vielmehr damit, sie von einzeln auf-

⁵⁵⁰ So im Ergebnis auch: Basedow in: *RabelsZ* (55) 1995, 1ff; Hübner *ZIP* 1980, 825 (828); Roth in: *RabelsZ* (55) 1995, 623ff, wobei jedoch der Begründungsschwerpunkt bei den Fällen des Eigentumsvorbehaltes lag, der jedoch nicht ohne weiteres auf die Lieferantenkredite übertragbar ist; anders hingegen Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, 2004, S. 626, der allerdings lediglich das Verbringen ausländischer Sicherungsrechte in den deutschen Rechtsraum betrachtet und behandelt. Hier entsteht wegen der großzügigen deutschen Anerkennungspraxis tatsächlich keine Handelsbeschränkung.

⁵⁵¹ EuGH 24.11.1993 – Rs. C-267/91 *Keck und Mithouard*, *EuZW* 1993, 770 (771) Erwägung Nr. 14; Oppermann, *Europarecht*, Rn. 1293.

⁵⁵² vgl. EuGH 14.7.1981, Rs. 155/80 *Nachtbackverbot*, *Slg.* 1981,1993 wo keine Maßnahme gleicher Wirkung angenommen wurde, sowie EuGH 23.11.1989, Rs. 145/88 *Torfaen*, *Slg.* 1989, 3851.

⁵⁵³ EuGH 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91 *Keck und Mithouard*, *Slg.* 1993, I-6097.

⁵⁵⁴ EuGH 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91 *Keck und Mithouard*, *Slg.* 1993, I-6097, Erwägung 16.

⁵⁵⁵ Langner in: *RabelsZ* 2001, 222 (230, 231); Oppermann, *Europarecht*, Rn. 1293.

⁵⁵⁶ EuGH 2.6.1994 – Rs. C-69 und C-258/93 *Punto Casa*, *Slg.* 1994, I-2361; EuGH 6.7.1995 Rs. C-470/93 *Mars*, *Slg.* 1995, I-1923; EuGH 26.6.1997 – Rs. 368/95 *Familiapress*, *Slg.* 1997, I-3698; EuGH 13.1.2000 – Rs. C-254/98 *Sass*, *Slg.* 2000, I-151.

gezählten produktbezogenen Vorschriften abzugrenzen. Es besteht daher lediglich die Möglichkeit einer negativen Eingrenzung. Produktbezogene Regelungen sind Vorschriften, denen die Ware entsprechen muss – beispielsweise hinsichtlich der Bezeichnung, Form, Abmessung, Etikettierung oder Verpackung⁵⁵⁷. Sie betreffen das äußere Erscheinungsbild einer Ware und es führt dazu, dass eine Handelsware nicht ohne Änderung ihres physischen Auftretens im Einfuhrstaat abgesetzt werden kann, so wie sie im Herkunftsstaat hergestellt und vertrieben worden ist⁵⁵⁸. Die Regelung, die über die Anerkennung eines Sicherungsinstitutes im Ausland entscheidet, ist keine Vorschrift, der die Ware entsprechen muss. Sie betrifft nicht deren äußeres Erscheinungsbild, sondern nur deren rechtliches Umfeld und ist daher zweifellos als Verkaufsmodalität zu klassifizieren⁵⁵⁹.

Daneben handelt es sich auch um unterschiedslos anzuwendende Vorschriften, da sie für alle Sicherungsgeber, egal ob sie aus dem In- oder Ausland stammen, Anwendung finden.

Schließlich müssen die Vorschriften inländische wie ausländische Erzeugnisse rechtlich und tatsächlich gleich behandeln. An der rechtlichen Gleichbehandlung bestehen keine Zweifel. Sowohl inländische als auch ausländische Sicherungsgeber sind verpflichtet, für die Wirksamkeit ihrer Sicherungsbestellung bestimmte Formvorschriften einzuhalten. Von den einzelnen Gesetzen selbst gehen damit keine unterschiedlichen Behandlungen aus. Fraglich ist indes, ob auch eine tatsächliche Gleichbehandlung der Erzeugnisse vorliegt. Durch das Begriffspaar „rechtlich und tatsächlich“ wollte der europäische Gerichtshof offenbar zum Ausdruck bringen, dass nicht nur die formale, vom Gesetz ausgehende Diskriminierung zu einem Verstoß gegen Art. 28 EGV führt, sondern auch die Verkaufsmodalitäten gemeinschaftsrechtswidrig sein können, bei denen nicht vom Gesetz selbst die Ungleichbehandlung ausgeht, sondern erst von dessen unterschiedlichen Wirkungen auf die einzelnen Erzeugnisse. Stark umstritten und von einer endgültigen Klärung weit entfernt ist dabei jedoch die Frage, was unter einer solchen tatsächlichen Gleichbehandlung zu verstehen ist.

(a) Tatsächlich im Sinne der Oosthoek-Rechtsprechung

Als Erklärungshilfe kann vorliegend die Oosthoek-Rechtssprechung⁵⁶⁰ sowie die darauf aufbauende Yves Rocher-Rechtssprechung⁵⁶¹ herangezogen werden. In Oosthoek wollte ein belgisches Unternehmen ein in niederländisch verfasstes

⁵⁵⁷ EuGH 2.2.1994 Rs. C-315/92 Clinique, Slg. 1994, I-317; EuGH 6.7.1995 Rs. C-470/93 Mars, Slg. 1995, I-1923; Oppermann, Europarecht, Rn. 1293.

⁵⁵⁸ Bleckmann, Europarecht, Rn. 1514; Fischer, Europarecht, § 13 Rn. 40.

⁵⁵⁹ Ebenso Becker in: EuR 1994, 162 (174); Remien in: JZ 1994, 349 (353), Kieninger, Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, S. 152, die jedoch allgemein für Sachenrechte Bedenken anmeldet, diese dann jedoch dahinstehen lässt; a.A. Roth in: ZEuP 1994, 23 (26), der diese Aussage jedoch im Vorgriff auf die Keck-Entscheidung tätigte.

⁵⁶⁰ EuGH 15.12.1982 – Rs. 286/81 Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV, Slg. 1982, 4575.

⁵⁶¹ EuGH 18.05.1993 – Rs C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher GmbH, EuZW 1993, 420.

Nachschlagewerk in den Niederlanden, Nordfrankreich und Belgien vertreiben und als Zugabe ein kleines Lexikon begeben. Anders als in Belgien und Frankreich war in den Niederlanden eine solche Zugabe jedoch nicht gestattet. Dieses Verbot der Zugabe stellt nach Ansicht des EuGH eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 28 EGV dar. Eine Handelsbehinderung sollte deshalb vorgelegen haben, weil es nicht auszuschließen war, „dass der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen, oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt“. Das konkrete Einfuhrhindernis bestand dabei in den erhöhten Kosten, die das Unternehmen infolge der Systemumstellung im Rahmen von Werbung und Absatzförderung hinzunehmen hatte. Eine tatsächliche Ungleichbehandlung ist nach dieser Rechtsprechung daher bereits dann anzunehmen, wenn im Vergleich mit inländischen Erzeugnissen eine tatsächliche Erschwerung oder Verteuerung des Absatzes zu verzeichnen ist. Zuletzt ausdrücklich Bezugs genommen wurde auf diese Rechtsprechung in der Yves Rocher-Entscheidung von 1993⁵⁶².

Die in dieser Rechtsprechung statuierten Grundsätze lassen sich problemlos auf den vorliegenden Fall übertragen. Die Vergabe von besitzlosen Sicherungsmitteln dient zwar nicht der Werbung, wohl aber der Absatzförderung⁵⁶³. Die Anwendung eines besitzlosen Sicherungsmittels macht es dem Sicherungsgeber zum einen möglich, finanziellen Rückhalt für weitere Investitionen zu schaffen und so für einen erhöhten Um- aber auch Absatz zu sorgen. Zum anderen bleibt ihm das Sicherungsgut erhalten, es kann weiter in den Produktionsprozess eingebunden werden und auf die Art weitere Absatzgüter erzeugen. Durch die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung ist ein deutscher Sicherungsgeber gezwungen, auf schuldrechtliche Sicherungssysteme zurückzugreifen, die zu einer Exportverteuerung führen oder für die Einhaltung der Formvorschriften zu sorgen, was ebenso eine Kostenintensivierung zur Folge hätte⁵⁶⁴. Es besteht damit für die deutschen Sicherungsparteien der Zwang, sich eines anderen Absatzsystems zu bedienen, was zu einer Kostensteigerung führt. Nach den Grundsätzen der Oosthoek-Rechtsprechung läge eine tatsächliche Ungleichbehandlung vor, sodass ausnahmsweise auch eine Verkaufsmodalität zur Verletzung von Art. 28 EGB führen kann.

⁵⁶² EuGH 18.05.1993 – Rs C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher GmbH, EuZW 1993, 420, Erwägung 10.

⁵⁶³ So im Ergebnis, jedoch ohne Begründung auch: Hoffmann, Verhaltenspflichten der Banken und Kreditversicherungsunternehmen, S. 32; Kieninger, Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, S. 153.

⁵⁶⁴ Siehe Seite 124ff.

(b) Abkehr durch die Keck-Rechtsprechung?

Die Oosthoek-Rechtssprechung stammt aus dem Jahre 1982, die zusätzliche Differenzierung zwischen produktbezogenen Maßnahmen und Verkaufsmodalitäten entspringt jedoch der aus dem Jahre 1993 stammenden Keck-Entscheidung, sodass zu fragen ist, ob die Oosthoek-Rechtssprechung durch das später ergangene Keck-Urteil unanwendbar geworden ist. Aufhänger für diesen Streit ist die Aussage des EuGH in der Keck-Entscheidung, „*seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet überprüfen und klarstellen*“ zu wollen⁵⁶⁵. In der Literatur herrscht größte Uneinigkeit über die Konsequenzen dieser Aussage. Die Stimmen reichen von „einer klaren Aufhebung der bisherigen gesamten Rechtssprechung⁵⁶⁶“ über die zaghafte Bezeichnung als „möglicher Kurswechsel⁵⁶⁷“ bis hin zu der Annahme, die Keck-Sache sei lediglich eine „Überprüfung und Klarstellung, nicht jedoch eine Neuerung⁵⁶⁸“.

Nicht nur einige gewichtige Argumente der Literatur, sondern auch die nachfolgende EuGH-Rechtssprechung selbst sprechen gegen ein Abstandnehmen von den Oosthoek-Grundsätzen durch die Keck-Rechtsprechung. Primäres Ziel der europäischen Gemeinschaft ist die Schaffung eines Binnenmarktes. Dieser wird in erster Linie durch Unternehmer realisiert, die für den gesamten europäischen Markt produzieren. Wäre die Verteuerung von Absatzsystemen durch den nationalen Gesetzgeber ohne eine Messung am Gemeinschaftsrecht möglich, so sind in erster Linie diese Hauptakteure auf dem europäischen Binnenmarkt davon betroffen – die Erreichung des Zieles rückt in weite Ferne. Des Weiteren wäre die Weitergeltung der Oosthoek-Rechtssprechung die einzige Möglichkeit, die vielfach bemängelte Abgrenzungspflicht zwischen produktbezogenen Maßnahmen und Verkaufsmodalitäten zu entschärfen. Wie das Urteil Clinique⁵⁶⁹ zeigt, ist eine rechtliche oder tatsächlich unterschiedliche Wirkung auch bei den produktbezogenen Maßnahmen erforderlich. Stellt man daran unterschiedliche Voraussetzungen, je nach dem, ob es sich um eine Verkaufsmodalität oder eine produktbezogene Maßnahme handelt, so würde man das ohnehin bestehende Abgrenzungsproblem weiter verschärfen. Dies kann im Hinblick auf eine einheitliche Rechtsanwendung und Rechtssicherheit nicht gewollt sein⁵⁷⁰. Des Weiteren fehlte es bei der Sache Keck an jeglichem Auslandsbezug. Art. 28

⁵⁶⁵ EuGH 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91 Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097, Erwägung 14.

⁵⁶⁶ Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 130; Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 200ff; Möschel in: NJW 1994, 429; Petschke in: EuZW 1994, 107ff, Roth in: FS für Großfeld, 1999, 929 (943), der der Oosthoek-Rechtssprechung jedoch auch vor Keck bereits jegliche Bedeutung versagt hat.

⁵⁶⁷ Reich in: ZIP 1993, 1815 (1816); Ress in: EuZW 1993, 745; Sedemund/Montag in: NJW 1994, 625 (627).

⁵⁶⁸ Ackermann in: RIW 1994, 189 (190); Basedow in: EuZW 1994, 225; Fezer in: JZ 1994, 317 (321); Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, 1995, S. 63; Schroeder/Federle in: ZIP 1994, 1428 (1432, 1433); Steindorff in: ZHR 158 (1994), 149 (165).

⁵⁶⁹ EuGH 2.2.1994 Rs. C-315/92 Clinique, Slg. 1994, I-317.

⁵⁷⁰ So die beiden Hauptargumente gegen ein *overruling* von: Kieninger, Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, S. 146.

EGV hätte streng genommen schon gar keine Anwendung finden dürfen. Dass der EuGH dennoch eine Prüfung des Artikels vorgenommen hat, könnte zwar tatsächlich für den bestehenden Wunsch sprechen⁵⁷¹, die bisherige Rechtsprechung zu revidieren, dennoch können die so entwickelten Grundsätze nicht einfach auf Fälle mit Auslandsbezug übertragen werden, da das europapolitisch höchste Ziel der Binnenmarktintegration in Keck schon gar nicht betroffen war⁵⁷². Das gewichtigste Argument ist jedoch aus in der zeitliche Abfolge der Sachen Keck und Yves Rocher zu finden. Im Urteil Yves Rocher vom 18.5.1993 wurde noch einmal ausdrücklich auf die Oosthoek-Rechtsprechung Bezug genommen⁵⁷³. Die Keck-Sache erging am 24.11.1993 und damit zeitlich später. Die mündlichen Verhandlungen zu Keck begannen jedoch bereits am 22.10.1992. Bereits hier machte der EuGH deutlich, dass er gedenkt, seine bisherige Rechtsprechung klarzustellen⁵⁷⁴. Hätte er damit die Aufhebung der Oosthoek-Rechtsprechung gemeint, so hätte er bereits in Yves Rocher eine solche Stellungnahme aussprechen können. Weiterhin findet das Yves Rocher Urteil auch in Keck keine Erwähnung. Erfolgen jedoch zwei – sich widersprechende – Urteile unmittelbar aufeinander, so ist davon auszugehen, dass der EuGH sich dazu geäußert hätte⁵⁷⁵.

Auch spricht die nach der Keck-Sache ergangene EuGH-Rechtsprechung selbst eine klare Sprache. Ähnlich der Fälle Oosthoek und Yves Rocher folgten die Urteile Clinique⁵⁷⁶, Mars⁵⁷⁷ und Alpine Investment⁵⁷⁸, die sich mit der Frage zu beschäftigen hatten, ob die Kostenerhöhung aufgrund einer Systemumstellung im Absatzbereich eine tatsächliche Ungleichbehandlung darstellt. In allen genannten Urteilen kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass es eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels darstellt, wenn ein Importeur dazu gezwungen wird, die Aufmachung der Erzeugnisse für ein Land zu ändern und zusätzliche Werbekosten aufbringen zu müssen. Die Urteile Oosthoek und Yves Rocher werden zwar nicht namentlich zitiert, es wird jedoch genau der Wortlaut der Ursprungsentscheidung wiederholt⁵⁷⁹. Ausdrücklich für anwendbar erklärte die 5. Kammer des EuGH die Oosthoek-Rechtsprechung

⁵⁷¹ So Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 1999, S. 129; Möschel in: *NJW* 1994, 429; Petschke in: *EuZW* 1994, 107ff.

⁵⁷² Arndt in: *ZIP* 1994, 188; Schroeder/Federle in: *ZIP* 1994, 1428 (1430).

⁵⁷³ EuGH 18.05.1993 – Rs C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher GmbH, *EuZW* 1993, 420, Erwägung 10.

⁵⁷⁴ Schroeder/Federle in: *ZIP* 1994, 1428 (1433).

⁵⁷⁵ vgl. dazu die beiden einzigen Male, in denen die Rechtsprechung aufgehoben worden ist: EuGH – Hag II, Slg. 1990, I-3710 (3757ff) Erwägung 10: „Unter Berücksichtigung ... des Urteils des Gerichtshofes vom 3.7.1974 in der Rechtssache 197/73 (HAG I) ... ist festzustellen, dass der Gerichtshof es für erforderlich hält, die in jenem Urteil vorgenommene Auslegung im Lichte der Rechtsprechung zu überprüfen.“ EuGH – Klagebefugnis des Parlaments, Slg. 1990, I-2041, Erwägung 15.

⁵⁷⁶ EuGH 2.2.1994 Rs. C-315/92 Clinique, Slg. 1994, I-317.

⁵⁷⁷ EuGH 6.7.1995 Rs. C-470/93 Mars, Slg. 1995, I-1923.

⁵⁷⁸ EuGH 10.5.1995 Rs. C-384/93 Alpine Investment, Slg. 1995, I-1141.

⁵⁷⁹ EuGH 2.2.1994 Rs. C-315/92 Clinique, Slg. 1994, I-317, Erwägung 18; EuGH 10.5.1995 Rs. C-384/93 Alpine Investment, Slg. 1995, I-1141, Erwägung 4.

in dem Urteil Douwe Egberts⁵⁸⁰. Hier ging es um belgische Regelungen, die das Bewerben von Lebensmitteln mit Schlankheitsversprechen verbieten. Zweifel an dem Weiterbestehen der Oosthoek-Grundsätze weckt jedoch eine neuere Entscheidung des EuGH – das Urteil Kamer⁵⁸¹. Hier ging es um § 30 I österreichisches UWG, wonach aus Gründen abstrakter Irreführungsgefahr die Werbung mit dem Hinweis, dass eine Ware aus einer Konkursmasse stammt, untersagt wird. Auf die Frage, ob es vorliegend ein Handelshemmnis darstellt, wenn eine einheitliche Werbestrategie an diese nationale Regelung angepasst werden muss, ging der EuGH allerdings nicht ein. Daraus kann man jedoch nicht schließen, dass er diesem Umstand tatsächlich keine eigenständige Bedeutung mehr zumessen will. Im zugrunde liegenden Fall war eine solche einheitliche, auf mehrere Länder übergreifende Werbestrategie weder vorhanden noch vorgesehen. Weiterhin war der Absatz eingeführter Waren in diesem Fall gar nicht betroffen. Eine Stellungnahme des EuGH zu dieser Frage, wäre daher möglich, jedoch keinesfalls zwingend gewesen.

Der EuGH hat damit selbst zum Ausdruck gebracht, dass mit Keck keine Abkehr von der gesamten bisherigen Rechtsprechung eintreten sollte. Ziel war es vielmehr, eine – in jedem Fall widerlegliche – Vermutung dahingehend auszusprechen, dass Verkaufsmodalitäten grundsätzlich keine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels hervorrufen. Liegt jedoch eine tatsächliche Ungleichbehandlung vor – zu deren Ermittlung weiterhin auf Oosthoek und Yves Rocher zurückgegriffen werden kann – so soll auch die Verkaufsmodalität an Art. 28 EGV gemessen werden können.

(c) Ergebnis

Es bleibt daher bei dem oben gefundenen Endergebnis, wonach die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung im europäischen Ausland zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung führt, sodass diese Regelungen, obwohl sie als Verkaufsmodalitäten ausgestaltet sind, an Art. 28 EGV zu messen sind. Grundsätzlich stellen damit die nationalen Regelungen, die zur Nichtanerkennung des deutschen Sicherungsrechts führen, eine der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung vergleichbare Maßnahme dar, die nach Art. 28 EGV verboten ist.

bb) Negatives Tatbestandsmerkmal der Cassis-Rechtssprechung

Wie bereits dargestellt bezweckt Art. 28 EGV den freien Warenverkehr. Nicht ausgeschaltet werden soll damit jedoch die Befugnis der einzelnen Mitgliedsländer, gebotene und gemeinschaftsrechtlich anerkannte Schutzziele selbständig zu verfolgen. Dies ergibt sich bereits aus den Rechtfertigungsgründen des Art. 30 EGV. Da die Rechtsprechung jedoch selbst von einer restriktiven, der Analogie nicht zugänglichen Auslegung dieses Kataloges ausging⁵⁸², dennoch aber das Bedürfnis

⁵⁸⁰ EuGH 15.7.2004 Rs. C-239/02 Douwe Egberts, EuZW 2004, 657.

⁵⁸¹ EuGH EuZW 2004, 439ff., vgl. die Stellungnahme von Weyer in: EuZW 2004, 455 (456).

⁵⁸² EuGH 25.1.1977 Rs. 46/76 Bauhuis, Slg. 1977, 5 (15) Erwägung 12/15; EuGH 17.6.1981 Rs. 113/80 Kommission/Irland („Irish Souvenirs“), Slg. 1981, 1625 (1638) Erwägung 7.

bestand, weitere Rechtfertigungsgründe einzuführen – insbesondere der Verbraucherschutz, Umweltschutz, der Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie die Lauterkeit des Handelsverkehrs sind von Art. 30 nicht erfasst – entschied sie sich, den Tatbestand des Art. 28 EGV durch die Einführung negativer Tatbestandsmerkmale zu begrenzen⁵⁸³.

Diese tatbestandliche Eingrenzung erfolgte durch die Cassis-Rechtsprechung⁵⁸⁴, die in der Folgezeit weiter bestätigt und konkretisiert worden ist⁵⁸⁵. Nach dem im genannten Urteil entwickelten Grundsatz liegt dann keine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 28 EGV vor, wenn es sich dabei um eine unterschiedslose Regelung auf einem nicht dem Gemeinschaftsrecht zugänglichen Gebiet handelt, die durch zwingende Erfordernisse, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sind und den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügen⁵⁸⁶. Unterschiedslos wirkende Maßnahmen sind damit nicht auf den engen Rechtfertigungskatalog des Art. 30 EGV beschränkt, sondern können im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch auf zwingenden Erfordernissen für das Allgemeinwohl gemeinschafts-rechtskonform begründet werden.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob die vorliegend untersuchten Regelungen über die negative Tatbestandsbegrenzung der Cassis-Rechtsprechung doch schließlich aus dem Regelungsbereich des Art. 28 EGV herausfallen. Im Sinne der Cassis-Formel wären die Vorschriften „gerechtfertigt“, sofern keine Regelung auf dem Gebiet des Gemeinschaftsrechts besteht, die Regelungen unterschiedslos wirken, zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls vorlägen und Verhältnismäßigkeit besteht.

(1) Unterschiedslose Geltung

Wie bereits mehrfach dargestellt, fehlt es im Bereich der Anerkennung dinglicher Sicherheiten an einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung, sodass es zunächst auf die Frage ankommt, ob die Vorschriften, die zur Nichtanerkennung der Sicherheiten führen, unterschiedslose Geltung beanspruchen. Die Antwort scheint schnell gegeben, da im Rahmen der Keck-Rechtssprechung eine diskriminierende Wirkung bejaht worden ist – eine unterschiedslose Geltung daher scheinbar nicht vorliegen kann. Folge wäre, dass die nationalen Regelungen lediglich eine Rechtfertigung

⁵⁸³ Im Einzelnen ist es umstritten, ob es sich bei der Cassis-Rechtsprechung tatsächlich um negative Tatbestandsmerkmale, oder doch vielmehr um Rechtfertigungsgründe handelt, zumal die Rechtsprechung selbst hin und wieder fälschlicherweise von Rechtfertigung spricht, EuGH 18.05.1993 – Rs C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher GmbH, EuZW 1993, 420 (421), Erw. 12.

⁵⁸⁴ EuGH 20.2.1979 Rs. 120/78 Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649.

⁵⁸⁵ EuGH 17.6.1981 Rs. 113/80 Irische Souvenirs, Slg. 1981, 1625 (1631); EuGH 3.3.1988 – Rs. 434/85 Generics, Slg. 1988, 1245 (1268); EuGH 14.7.1998 Rs. C-389/96 Aher-Waggon, Slg. 1998, I-4473 (4489) Erw. 19.

⁵⁸⁶ EuGH 20.2.1979 Rs. 120/78 Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649 (662).

über den engen, restriktiv zu handhabenden Katalog des Art. 30 EGV finden können.

(a) Tatsächliche Ungleichbehandlung im Sinne der Keck-Rechtsprechung?

Wird jedoch die diskriminierende Wirkung in Keck und Cassis tatsächlich gleich ausgelegt? Wiederholend sei darauf hingewiesen, dass es die Rechtsprechung zu Keck ausreichen ließ, dass eine rechtliche oder tatsächliche Ungleichbehandlung vorliegt. Unter einer tatsächlichen Ungleichbehandlung fielen dabei die faktisch diskriminierenden Maßnahmen, ohne dass es darauf ankam, ob diese Diskriminierung bezweckt war oder nicht⁵⁸⁷. Bei einer Durchschau der zu Cassis ergangenen Urteile drängt sich jedoch eine andere Sichtweise auf. Cassis selbst sowie die nachfolgenden Urteile⁵⁸⁸ befassten sich zunächst nur mit rechtlich ungleich wirkenden Maßnahmen. Später sind jedoch auch Entscheidungen⁵⁸⁹ ergangen, bei denen Maßnahmen, die rechtlich gleich wirkten, eine faktische Ungleichbehandlung zur Folge hatten und aus diesem Grund aus dem Anwendungsbereich der Cassis-Rechtsprechung ausgegliedert worden sind.

In der Sache *Kohll*⁵⁹⁰ beispielsweise wollte eine in Frankreich ansässige Tochterfirma weiter das Firmenemblem ihrer in Deutschland befindlichen, mittlerweile in Konkurs gegangenen Mutterfirma, weiterverwenden. Dies wurde ihr unter Bezugnahme auf § 3 UWG untersagt. Diese Vorschrift verbietet es, im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse irreführende Angaben zu machen. Damit gilt sie rechtlich für alle Firmen gleich. Der EuGH ging jedoch davon aus, dass diese Vorschrift in tatsächlicher Weise ausschließlich die eingeführten Erzeugnisse betrifft, da sie so ausgelegt wird, als dass die Öffentlichkeit in Bezug auf die aus- und inländische Herkunft der Waren getäuscht wird⁵⁹¹. Bei einem reinen Inlandsbezug käme § 3 UWG schon gar nicht zur Anwendung⁵⁹². Infolge dieser faktischen Ungleichbehandlung versagte der EuGH dieser Regelung eine Rechtfertigung aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls.

Dass eine faktische Diskriminierung ausreicht, um eine unterschiedlose Maßnahme abzulehnen, wird auch im Urteil *Leclerc I*⁵⁹³ bestätigt. Nach einer in Frankreich geltenden Vorschrift legen die Verleger für inländische Bücher sowie Importeure für eingeführte Bücher einen Endverkaufspreis fest, den der Händler nicht unterschreiten

⁵⁸⁷ Siehe Seite 126.

⁵⁸⁸ EuGH 17.6.1981 Rs. 113/80 *Irische Souvenirs*, Slg. 1981, 1625 (1639) Erw. 10; EuGH 3.3.1988 Rs. 434/85 *Hansburys/Generic*, Slg. 1988, 1245 (1268ff.).

⁵⁸⁹ EuGH 10.6.1982 Rs. 152/78 *Werbung für alkoholische Getränke*, Slg. 1980, 2299; EuGH 3.10.1984 Rs. 229/83 *Leclerc I*; Slg. 1985, 1; EuGH 23.10.1984 Rs. 231/83 *Leclerc II*; Slg. 1985, 305; EuGH 6.11.1984 Rs. 177/83 *Kohll/Ringelhan*, Slg. 1984, 3651.

⁵⁹⁰ EuGH 6.11.1984 Rs. 177/83 *Kohll/Ringelhan*, Slg. 1984, 3651.

⁵⁹¹ EuGH 6.11.1984 Rs. 177/83 *Kohll/Ringelhan*, Slg. 1984, 3651 (3663) Erw. 15-17. Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 3 Rn. 31 ff.

⁵⁹² Schlussantrag Lenz EuGH 6.11.1984 Rs. 177/83 *Kohll/Ringelhan*, Slg. 1984, 3651 (3670).

⁵⁹³ EuGH 3.10.1984 Rs. 229/83 *Leclerc I*; Slg. 1985, 1.

darf. Der Discounter Leclerc tat jedoch genau dies und wurde deshalb auf Unterlassung verklagt. Dem EuGH wurde die Frage vorgelegt, ob diese Regelung hinsichtlich der Preisfestsetzung eine Verletzung des Art. 28 EGV darstellt. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass die Vorschrift rechtlich sowohl in- als auch ausländische Bücher gleich behandelt. Auf faktischer Ebene jedoch sollte eine Ungleichbehandlung vorliegen⁵⁹⁴. Importeure haben grundsätzlich andere Wirtschaftsinteressen als Verleger. Während der Verleger auf erster Stufe der „Produktionskette“ steht, befindet sich der Importeur bereits mindestens auf der zweiten Stufe. Er muss die Gewinnspanne des Verlegers ausgleichen und wird daher einen höheren Endverkaufspreis festlegen. Tatsächlich greift ein Händler daher lieber auf inländische Erzeugnisse zurück, da er diese billiger anbieten kann. Der EuGH bejahte eine faktische Ungleichbehandlung und versagte gleichzeitig dieser Regelung die Rechtfertigung über die Cassis-Rechtsprechung.

Diese Rechtssprechung wurde in *Leclerc II*⁵⁹⁵ weiter bestätigt. Hier weigerte sich die Tankstellenkette Leclerc, über dem von einer Kommission in Frankreich festgelegten Mindestpreis für Benzin zu bleiben. Auch hier sollte sich der EuGH mit der Frage befassen, ob die Festlegung von Mindestpreisen die Freiheit des Warenverkehrs beeinträchtigt. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass rechtlich die Mindestpreisfestlegungen sowohl für in- als auch ausländische Mineralölanbieter gelten. Wiederum wurde jedoch auf tatsächlicher Ebene eine Diskriminierung festgestellt. Benachteiligt werden praktisch ausländische Anbieter, da es ihnen versagt bleibt, den im Ausland herrschenden Preisvorteil zu nutzen⁵⁹⁶. Die Einführung von Waren nach Frankreich ist für sie unlukrativ und unterbleibt deshalb. Auch in diesem Fall versagte der EuGH der Vorschrift aufgrund dieser faktischen Diskriminierung eine Rechtfertigung über die Cassis-Grundsätze.

Schließlich ist noch das Urteil zur *Werbung für alkoholische Getränke*⁵⁹⁷ zu nennen. Zum Streit stand ein in Frankreich geltendes Gesetz, welches die Werbung für alkoholische Getränke regelt. Dabei unterteilt es die Getränke in verschiedene Gruppen, die dann entweder frei, beschränkt oder gar nicht beworben werden dürfen. Auffallend war, dass typischerweise im Inland erzeugte Getränke frei beworben werden konnten, während Getränke mit gleichem Alkohol- und Zuckergehalt und gleichen Trinkgewohnheiten, die typischerweise im Ausland produziert werden, nur unter Beschränkungen oder gar nicht beworben werden durften. Rechtlich galt dieses Gesetz sowohl für die im In- als auch im Ausland produzierten Getränke. Auf der tatsächlichen Ebene stellte der EuGH jedoch eine Diskriminierung fest, da gerade die ausländischen Produkte nicht beworben werden durften, in Frankreich daher Absatzschwierigkeiten bekommen würden und aus diesem Grund gar nicht erst eingeführt wurden⁵⁹⁸. Wiederum eröffnete der EuGH aus diesem Grund

⁵⁹⁴ EuGH 3.10.1984 Rs. 229/83 *Leclerc I*; Slg. 1985, 1 (35) Erw. 25.

⁵⁹⁵ EuGH 23.10.1984 Rs. 231/83 *Leclerc II*; Slg. 1985, 305.

⁵⁹⁶ EuGH 23.10.1984 Rs. 231/83 *Leclerc II*; Slg. 1985, 305 (322) Erw. 22, 25.

⁵⁹⁷ EuGH 10.6.1982 Rs. 152/78 *Werbung für alkoholische Getränke*, Slg. 1980, 2299.

⁵⁹⁸ EuGH 10.6.1982 Rs. 152/78 *Werbung für alkoholische Getränke*, Slg. 1980, 2299 (2314) Erw. 13.

den Anwendungsbereich der Cassis-Rechtsprechung und überprüfte, ob das genannte Gesetz aus zwingenden Erfordernissen gerechtfertigt ist.

Die vorstehenden Urteile belegen damit deutlich, dass genau wie in der Keck-Rechtsprechung nicht nur die rechtliche Diskriminierung, sondern auch die tatsächliche Diskriminierung zu einer Ungleichbehandlung führt. Sobald Waren daher entweder rechtlich, oder aber auch tatsächlich ungleich behandelt werden, bleibt ein Tatbestandsausschluss über die Cassis-Rechtsprechung ausgeschlossen. Vorliegend wurde eine Diskriminierung nach der Keck-Rechtsprechung bereits ermittelt. Bei Gleichsetzung der für eine Diskriminierung nötigen Anforderung wirken die zur Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung führenden Vorschriften nicht unterschiedslos und können daher nicht über die Cassis-Grundsätze gerechtfertigt werden.

(b) Einschränkungserfordernis

Eine völlige Gleichsetzung der tatsächlichen Ungleichbehandlung im Sinne der Keck-Rechtsprechung und der faktischen Ungleichbehandlung im Rahmen der Cassis-Rechtsprechung ist jedoch nicht sachgerecht und wurde von der Rechtsprechung so auch nicht verstanden⁵⁹⁹. Die Cassis-Rechtsprechung wurde entwickelt, um gerade den immer wichtiger werdenden Verbraucher-, Umwelt- und Gesundheitsschutz zu gewährleisten⁶⁰⁰. Diese Schutzziele sind im Rahmen von Art. 30 EGV – aufgrund dessen restriktiver Auslegung – nicht geeignet, als Rechtfertigung für eine den Handelsverkehr beschränkende Maßnahme zu dienen. In diesem Bereich war es dem nationalen Gesetzgeber daher nicht möglich, die dahingehenden legitimen öffentlichen Aufgaben zu erfüllen. Durch die Cassis-Rechtsprechung wurden in Form von negativen Tatbestandsmerkmalen weitere Rechtfertigungsmöglichkeiten geschaffen, um gerade auf den oben genannten Gebieten dem nationalen Gesetzgeber eine Regelungsmöglichkeit zu geben.

In den letzten Jahrzehnten ist das Bedürfnis nach Verbraucherschutz in allen Ländern stetig gewachsen. Aufgrund der heutigen hohen Technologisierung einerseits und dem Drang der Händler und Hersteller andererseits, sich durch Vertragsklauseln nach allen Seiten abzusichern, ist das zwischen dem Endverbraucher und der Hersteller-Händler-Kette bestehende Kenntnisgefälle immer stärker geworden. Aufgrund dieser im tatsächlichen Bereich immer schwächer werdenden Position des Verbrauchers wurden von den nationalen Gesetzgebern aus eigener Initiative oder auf Drängen der EU Verbraucherschutznormen eingeführt. Die Regelungsdichte nahm enorm zu. Das gleiche Phänomen lässt sich aufgrund des heute geänderten Bewusstseins zur Natur auch auf dem Gebiet des Umweltschutzes feststellen. Diesem stetigen Bedeutungsanstieg versucht man mit den Cassis-Grundsätzen Rechnung zu tragen. Lässt man nun neben der rechtlichen auch jegliche faktische Ungleichbehandlung als Diskriminierung gelten, so wäre der Anwendungsbereich der

⁵⁹⁹ Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Kommentar, Art. 30 Rn. 196.

⁶⁰⁰ EuGH 20.2.1979 – Rs. 120/78 Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649, Erwägung 8; Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Kommentar, Art. 30 Rn. 183.

Cassis-Rechtsprechung stark eingeschränkt und würde drohen, leer zu laufen. In jeder Maßnahme kann man mit mehr oder weniger starkem Begründungsaufwand eine tatsächliche Diskriminierung hineinlesen. Folge wäre wiederum, dass der Umwelt- und Verbraucherschutz im Rahmen von nationalen Regelungen nicht mehr vollständig gewährleistet werden kann – Regelungen mit diesem Schutzzweck könnten zu leicht unter Hinweis auf Art. 28 EGV außer Kraft gesetzt werden. Er fände seine Beachtung nahezu ausschließlich im Gemeinschaftsrecht und den daraus resultierenden Richtlinienumsetzungen. Wie jedoch eine Vielzahl von EuGH-Urteilen zeigen⁶⁰¹, sind diese derzeit gar nicht befähigt, einen umfassenden Schutz zu bieten. Um die Cassis-Rechtsprechung somit nicht leer laufen zu lassen, ist man deshalb versucht, den Bereich, in dem eine Diskriminierung vorliegt, weiter einzuschränken und der „Rechtfertigung“ im Rahmen des Art. 28 EGV eine größere Bedeutung zukommen zu lassen.

Diskriminierend sollen demnach nur die Maßnahmen sein, die entweder eine rechtliche Ungleichbehandlung bewirken oder faktisch ungleich wirken, diese Ungleichwirkung jedoch zusätzlich bezwecken oder mangels anderer plausibler Gründe zu bezwecken scheinen⁶⁰². Damit ist es möglich, trotz faktischer Ungleichbehandlung im Sinne der Keck-Rechtsprechung eine unterschiedslose Maßnahme im Sinne der Cassis-Rechtsprechung anzunehmen, Letztere zur Anwendung zu berufen und den „Rechtfertigungsgründen“ des Umwelt- und Verbraucherschutzes so Geltung zu verschaffen. Diese Sichtweise der Literatur scheint sich mit der Rechtsprechung bestätigen zu lassen. In den Urteilen Kohll und Leclerc II spricht der EuGH von einer durch die Vorschriften hervorgerufenen „Marktabstottung“⁶⁰³. Dadurch bringt er zum Ausdruck, dass er es für erwiesen hält, dass die Vorschriften gerade mit dem Zweck erlassen worden sind, den inländischen Markt vor ausländischen Einflüssen zu bewahren. Auch im Urteil Werbung für alkoholische Getränke führt er aus, dass keinerlei sachliche und plausible Gründe für die Zuordnung der Alkoholika in die eine oder andere Gruppe ersichtlich sind und es daher den Anschein habe, als hätte die Regelung den alleinigen Zweck, den Binnenhandel zu begrenzen und den französischen Markt nach außen abzuschotten⁶⁰⁴. Rechtsprechung und Literatur scheinen daher einander zu entsprechen, wenn sie davon ausgehen, dass eine faktische Diskriminierung nur dann zu einer unterschiedlichen Maßnahme führt, wenn diese Ungleichbehandlung bezweckt ist oder dies zumindest den Anschein hat. Die vorliegend zur Nichtanerkennung der Siche-

⁶⁰¹ Hinsichtlich des Umweltschutzes vergleiche: EuGH 20.9.1988 Rs. 302/86 Dänische Pfandflaschenregelung, Slg. 1988, 4607ff.; EuGH 9.7.1992 – Rs. C-2/90 Abfall in Wallonien, Slg. 1992, I-4431; EuGH 13.3.2001 – Rs. C-379/98 Preussen Elektra, Slg. 2001, I-2099; hinsichtlich des Verbraucherschutzes vergleiche: EuGH 11.5.1989 – Rs. 76/86 Milchersatz-erzeugnisse, Slg. 1989, 1021.

⁶⁰² Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Kommentar, Art. 30 Rn. 196; Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 160.

⁶⁰³ EuGH 6.11.1984 Rs. 177/83 Kohll/Ringelhan, Slg. 1984, 3651 (3663) Erw. 17; EuGH 23.10.1984 Rs. 231/83 Leclerc II; Slg. 1985, 305 (322) Erw. 25.

⁶⁰⁴ EuGH 10.6.1982 Rs. 152/78 Werbung für alkoholische Getränke, Slg. 1980, 2299 (2314) Erw. 13.

rungsübereignung führenden Regelungen verfolgen jedoch nicht den Zweck der Marktabschottung oder scheinen dies zu tun. Die Nichtanerkennung folgt lediglich aus der bereits beschriebenen Alleinstellung Deutschlands in Europa hinsichtlich der Gestaltung seiner Sicherungsinstrumente. Im Sinne der Cassis-Rechtsprechung wirken sie damit unterschiedslos, sodass eine „Rechtfertigung“ aufgrund zwingender Erfordernisse und der Verhältnismäßigkeit möglich ist.

(c) Weitergehende Einschränkung der Cassis-Rechtsprechung

Dieser Ansicht ist jedoch kritisch zu begegnen. Auszugehen ist tatsächlich von einer immensen Wichtigkeit des Verbraucher- und Umweltschutzes. Indem man die faktische Ungleichbehandlung nur begrenzt als solche betrachtet, gelingt es tatsächlich, den genannten Schutzziele verstärkte Geltung zu verschaffen. Dennoch wird man nicht leugnen können, dass immer noch viele Fälle denkbar sind, bei denen eine rechtliche oder faktisch gezielte Ungleichbehandlung vonnöten ist, um den genannten Schutzmechanismen Geltung zu verschaffen. Der nationale Gesetzgeber hat es durch die Ausweitung der Handelshemmnisse durch die Dassonville-Formel einerseits und der nur beschränkte Anwendungsbereich der Cassis-Grundsätze andererseits häufig sehr schwer, berechnete politische Anliegen durchzusetzen. Das bereits von der Literatur und wohl auch der Rechtsprechung gesetzte Ziel, dem nationalen Gesetzgeber gerade auf dem Gebiet des Verbraucherrechtes und Umweltschutzes eine größere Handlungsmöglichkeit zu geben, kann wesentlich wirksamer auf einem anderen Weg erreicht werden. Differenziert man fortan gar nicht mehr zwischen diskriminierenden und nicht diskriminierenden Maßnahmen, so sind alle Maßnahmen im Sinne des Art. 28 EGV⁶⁰⁵ dem erweiterten „Rechtfertigungskatalog“ der Cassis-Rechtsprechung zugänglich. Man kann dem restriktiven Charakter des Art. 30 EGV treu bleiben, gibt dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, berechnete Interessen durchzusetzen und vermeidet eine Rechtsunsicherheit, die bei der Entscheidung entstehen würde, ob eine Maßnahme nun direkt oder indirekt faktisch diskriminiert. Eine solche Vorgehensweise würde die Warenverkehrsfreiheit nicht verletzen. Auch bei der Rechtfertigung über die Cassis-Grundsätze bedarf es zwingender Erfordernisse, sowie einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Hier kann man der Warenverkehrsfreiheit ihre volle Geltung zukommen lassen, ohne eine schwierige Abgrenzung vornehmen zu müssen und dem nationalen Gesetzgeber von vornherein die Chance zu nehmen, berechnete politische Interessen durchzusetzen.

Bei der Durchsicht der neuesten Rechtsprechung scheint auch der EuGH mittlerweile zu einem solchen Ergebnis zu kommen, wenn auch er natürlich noch nicht ausdrücklich von seiner bisherigen Rechtsprechung abgerückt ist⁶⁰⁶. Zu nennen sind dabei insbesondere zwei Urteile. Im Fall *Decker*⁶⁰⁷ erwarb ein luxemburgi-

⁶⁰⁵ Nach Anwendung der Grundsätze von Dassonville und Keck.

⁶⁰⁶ Hakenberg, Grundzüge des europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 99, die eine ähnliche Rechtsprechungstendenz feststellt.

⁶⁰⁷ EuGH 28.4.1998 Rs. C-120/95 Decker, Slg. 98, I-1831 (1884) insbes. Erw. 39.

scher Staatsangehöriger mittels eines in Luxemburg ausgestellten Rezepts in Belgien eine Brille und verlangt nun von seiner luxemburgischen Krankenkasse die Zuzahlungspauschale. Diese verweigerte die Zahlung mit dem Hinweis, dass eine dafür erforderliche Genehmigung nicht eingeholt worden ist. Der EuGH ging vorliegend gar nicht auf die Frage ein, ob es sich bei der Regelung, die eine Genehmigung erforderlich macht, um eine diskriminierende Regelung handelte. Er überprüfte vielmehr gleich an den Cassis-Grundsätzen, ob ein solches Vorgehen aus Gründen des Gesundheitsschutzes „gerechtfertigt“ ist. Dies verneinte er jedoch im Ergebnis, sodass es auf die Frage nach der diskriminierenden Wirkung eigentlich gar nicht angekommen ist. Einen deutlicheren Schritt in die oben vorgeschlagene Richtung macht der EuGH im Fall *Aher-Waggon*⁶⁰⁸. Hier bemühte sich ein Kläger, ein in Dänemark bereits seit längerer Zeit zugelassenes Flugzeug fortan in Deutschland zuzulassen, was ihm jedoch mit Hinweis auf die Überschreitung der zulässigen Höchstlärmgrenzen versagt worden ist. Gleiche Flugzeuge, die bereits vor Erlass dieser Höchstlärmgrenzen in Deutschland zugelassen waren, bleiben auch weiterhin zugelassen. Der EuGH sah in dieser Maßnahme eine Ungleichbehandlung, da obwohl inländische wie ausländische Flugzeuge bereits zugelassen waren, nur den letzteren eine Zulassung in Deutschland versagt wurde. Trotz Feststellung dieser Ungleichbehandlung problematisierte der EuGH als Nächstes, ob eine solche Maßnahme aus zwingenden Gründen des Gesundheits- und Umweltschutzes gerechtfertigt ist und bejahte diese Frage im Ergebnis. Erstmals hat hier der EuGH daher auf das Erfordernis der Cassis-Rechtsprechung von einer unterschiedslos geltenden Maßnahme verzichtet.

Es bleibt daher festzuhalten, dass nach der vorliegend vertretenen Meinung die Cassis-Rechtsprechung dahingehend modifiziert werden muss und es bereits auch wurde, als dass es fortan keine Rolle spielen kann, ob eine Maßnahme diskriminierend wirkt oder nicht.

(d) Ergebnis

Sowohl nach der vorliegend vertretenen Auffassung, die auf das Erfordernis der unterschiedslosen Geltung verzichtet als auch nach den bisherigen Grundsätzen handelt es sich bei den zur Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung führenden Regelungen um Maßnahmen im Sinne des Art. 28 EGV, die über die Cassis-Rechtsprechung beim Vorliegen von zwingenden Erfordernissen und entsprechender Verhältnismäßigkeit doch aus dem Regelungsbereich des Art. 28 EGV herausfallen.

(2) Zwingende Erfordernisse

Fraglich ist daher, ob die vorliegende Handelsbeschränkung aufgrund zwingender Erfordernisse erfolgt ist. Eine Definition solcher Erfordernisse wurde durch den

⁶⁰⁸ EuGH 14.7.1998 Rs. C-389/96 *Aher-Waggon*, Slg. 1998, I-4473 (4489) Erw. 13, 19.

EuGH nicht vorgenommen. Es erfolgte vielmehr eine Aufzählung verschiedener Zwecke wie beispielsweise die öffentliche Gesundheit, die Lauterkeit des Handelsverkehrs, der Verbraucherschutz sowie die wirksame steuerliche Kontrolle⁶⁰⁹. Dieser Katalog wurde in späteren Entscheidungen beständig erweitert⁶¹⁰ und soll keineswegs abschließend sein, wie sich aus der Formulierung „insbesondere“ entnehmen lässt. Bei Zusammenschau aller bisher anerkannten Gründe kann man im Ergebnis feststellen, dass es sich immer um Interessen der Allgemeinheit handelt. Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung sind daher solche, die dem Schutz von Allgemeininteressen dienen. Die Frage, wie man einem im Allgemeininteresse liegenden Ziel Rechnung trägt, liegt im Ermessen der Mitgliedstaaten. Sie haben insoweit einen weiten Beurteilungsspielraum und sind nur durch die Verhältnismäßigkeit begrenzt⁶¹¹.

Wie oben dargestellt wurde, sind es in allen europäischen Ländern drei Regelungen, durch deren Zusammenspiel es zur Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung kommt. Zunächst kommt man durch die überall geltende *lex rei sitae* Anknüpfung in Verbindung mit dem Grundsatz der Anerkennung wohlverworbener Rechte zu dem Ergebnis, dass das Sicherungsrecht in Deutschland grundsätzlich wirksam entstanden ist und auch anerkannt wird. Dieses Ergebnis wird in allen Ländern unter den Hinweis auf den *ordre public* noch einmal an dem nationalen Belegenheitsrecht überprüft. Dieses wiederum weist europaweit einen evidenten Unterschied zum deutschen Recht auf, da alle Länder in der einen oder anderen Form für die Wirksamkeit besitzloser Sicherheiten einen Publizitätsakt voraussetzen, der so dem deutschen Recht nicht bekannt ist. Unter Hinweis auf einen Verstoß gegen anerkannte Grundsätze des Belegenheitsrechts wird dann die Anerkennung der deutschen Sicherungsübereignung abgelehnt. Zu fragen ist daher, ob die Regelungen der *lex rei sitae* – die zum Belegenheitsrecht führt –, die des *ordre public* – der die Messung des Sicherungsrechtes an inländischen Grundsätzen ermöglicht – und die Publizitätsanforderungen des Belegenheitsrechts selbst Ziele verfolgen, die zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung darstellen⁶¹². Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob die verfolgten Ziele überhaupt erreicht werden können – erst dann kann man überhaupt über eine zwingende Erforderlichkeit nachdenken –. Im Folgenden muss die Erreichung dieser Ziele dem Schutz von Allgemeininteressen dienen und in Abwägung mit der Freiheit des Warenverkehrs von größerem Gewicht sein⁶¹³.

⁶⁰⁹ EuGH 20.2.1979 Rs. 120/78 Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649, Erwägung 8.

⁶¹⁰ Um den Umweltschutz in EuGH 20.9.1988 Rs. 302/86 Dänische Pfandflaschenregelung, Slg. 1988, 4607ff.; um die Medienvielfalt in EuGH 26.6.1997 – Rs. 368/95 Familiapress, Slg. 1997, I-3698, um den Arbeitsschutz in EuGH 14.7.1981 Rs. 155/80 Oebel, Slg. 1981, 2008, Erwägung 12.

⁶¹¹ Fischer, Europarecht, § 13 Rn. 56.

⁶¹² So Bruinier, Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das Internationale Privatrecht, 2003, S. 98, 99; Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 1997, S.106.

⁶¹³ Oppermann, Europarecht, Rn. 1299.

(a) Ziele der *lex rei sitae*

Die in nahezu allen Ländern anerkannte Regelung der *lex rei sitae* verfolgt eine große Anzahl von Zielen. Zu nennen sind dabei insbesondere das Ziel der Verkehrssicherheit⁶¹⁴ durch Vorhersehbarkeit des Sachstatus und Entsprechung der Beteiligterwartung, der äußere Entscheidungseinklang⁶¹⁵, die bessere Durchsetzbarkeit von Urteilen⁶¹⁶ sowie der Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit mit dem anwendbaren Recht⁶¹⁷. Die *situs*-Regel muss für die Erreichung diese Ziele ein zwingendes Erfordernis sein. An dieser Stelle sei auf die ausführliche Darstellung dieser Frage durch Kieninger⁶¹⁸ verwiesen, die sich eingehender mit diesem Problem beschäftigt hat. Sie kommt auf überzeugendem Weg zum Ergebnis, dass sämtliche Zielstellungen kein zwingendes Erfordernis begründen. Vorliegend sollen die gefundenen Ergebnisse noch einmal kurz dargestellt und an einigen Stellen vertieft werden.

Die Verkehrssicherheit kann durch die *lex rei sitae* selbst nicht vollständig gewährleistet werden, da insbesondere in den Fällen der *res in transitu* sowie dem Statutenwechsel das Sachstatut gerade nicht vorhersehbar ist und auch nicht den Erwartungen der Beteiligten entsprechen dürfte⁶¹⁹. Mangels Erreichbarkeit des Zieles kann man auch nicht von einer zwingenden Erforderlichkeit ausgehen. Auch für die Erreichung eines äußeren Entscheidungseinklangs stellt die *situs*-Regel kein zwingendes Erfordernis dar. Gleiches kann durch eine Vereinheitlichung der sachenrechtlichen Kollisionsnormen – wenn auch dies ein undurchführbarer Plan ist – einfacher jedoch durch die Anerkennung einer Rechtswahl im internationalen Sachenrecht herbeigeführt werden⁶²⁰. Gerade Letzteres wird immer häufiger von der Literatur gefordert⁶²¹. Damit will man dem ebenfalls wichtigen Ziel des internen Entscheidungseinklangs näher kommen und so vermeiden, dass ein einheitlicher Sachverhalt auseinander gerissen und nach verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt wird. Vor allem im Bereich des für die Sicherungsrechte besonders interessanten Insolvenzrechts wäre dies von Vorteil. Hier gilt für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren die seit dem 31.05.2002 gültige EG Verordnung über das In-

⁶¹⁴ Kegel, IPR, § 19 I S. 661; MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 4; Staudinger-Stoll, IntSachenR Rn. 60.

⁶¹⁵ Junker in: RIW 2000, 241 (245); Kreuzer in: RabelsZ 65 (2001), 383 (442); MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 4.

⁶¹⁶ MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 4; Staudinger-Stoll, IntSachenR Rn. 60; Vischer, Internationales Vertragsrecht, 1962, S. 114.

⁶¹⁷ v. Hoffmann, IPR, § 12 Rn. 9 S. 443; Staudinger-Stoll, IntSachenR Rn. 60.

⁶¹⁸ Kieninger, Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 165 ff., die sich insbesondere mit den Zielen der Verkehrssicherheit, dem äußeren Entscheidungseinklang sowie der besseren Durchsetzbarkeit von Urteilen befasst hat.

⁶¹⁹ Kieninger, Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 166.

⁶²⁰ So auch Kieninger, S. 167 ohne jedoch tiefer gehende Ausführungen zu machen.

⁶²¹ Kropholler, IPR, S. 480; Drobnig in: Festschrift für Kegel, 1977, S. 140 (150); Staudinger-Stoll, IntSachenR, Rn. 282-285; Weber in: RabelsZ 44 (1980), 510; einschränkend MüKo-Kreuzer, nach Art. 38 Anh. I, Rn. 74; a.A. v. Hoffmann, IPR, § 12 Rn. 10; Soergel-Lüderitz, Art. 38 Anh. II, Rn. 3.

solvenzverfahren⁶²². Danach ist gem. Art. 4 I der Verordnung auf ein Insolvenzverfahren das Recht des Landes anwendbar, in dem das Verfahren eröffnet worden ist. Dies wiederum geschieht gem. Art. 3 I der Verordnung in der Regel durch das Gericht des Landes, in dem das von der Insolvenz betroffene Unternehmen seinen satzungsgemäßen Sitz hat. Auf das Insolvenzverfahren ist daher in der Regel das Recht des Landes anwendbar, in dem sich das Unternehmen befindet. Für die dingliche Rechte Dritter – und damit die vorliegend gerade interessanten Zugriffsrechte der Gläubiger auf die besicherten Sachen des insolventen Unternehmens – gilt jedoch die Ausnahmeregelung des Art. 5 der Verordnung, wonach sich diese weiterhin nach dem Belegenheitsrecht richten. Hier zeigt sich, dass gerade im Bereich des internen Entscheidungseinklangs noch große Defizite bestehen. Diese könnte man durch die Einführung einer Rechtswahlfreiheit im internationalen Sachenrecht beseitigen und zeitgleich dem äußeren Entscheidungseinklang in derselben Intensität dienlich sein, wie bisher die Anwendung der situs-Regel. Der Einführung einer Rechtswahlfreiheit wird zwar nach wie vor entgegengebracht, dass sie für dingliche Rechtsverhältnisse nicht dienlich gemacht werden kann, da diese gerade nicht nur zwischen den wählenden Parteien, sondern auch gegenüber Dritten bestehen⁶²³, dennoch hat dieses Beispiel deutlich machen können, dass die situs-Regel nicht der alleinige Weg ist, um eine äußere Entscheidungseinheit herbeizuführen und damit auch nicht als zwingendes Erfordernis gewertet werden kann. Die bessere Durchsetzbarkeit von Urteilen wird deshalb angenommen, da man davon ausgeht, dass eine Rechtsordnung nur dann ein materielles Urteil fällt, wenn es innerhalb dieser Rechtsordnung in der Regel auch durchsetzbar und vollstreckbar ist⁶²⁴. Dem wird jedoch zu Recht entgegengesetzt, dass das gleiche Ergebnis auch durch eine Transposition des Sicherungsrechtes in ein entsprechendes Belegenheitsrecht erfolgen kann und praktisch so auch erfolgreich praktiziert wird⁶²⁵. Schließlich ist noch zu untersuchen, ob die situs-Regel tatsächlich der zwingenden Weg ist, um einen Gleichlauf zwischen der internationalen Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht herbeizuführen und es den Gerichten so die Aufgabe nimmt, ausländisches Recht ermitteln und anwenden zu müssen. Zweifelsohne wird dieser Gleichlauf im Immobiliarsachenrecht erreicht. Im Mobiliarsachenrecht erscheint die Erreichung dieses Zieles jedoch bereits sehr zweifelhaft, womit auch nicht von der zwingenden Erforderlichkeit der situs-Regel zur Zweckerreichung ausgegangen werden kann. Für die EU-Staaten ergibt sich die internationale Gerichtszuständigkeit, sofern es an bi- oder multilateralen staatsvertraglichen Regelungen fehlt, aus der EuGVO⁶²⁶.

⁶²² Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren.

⁶²³ BGH NJW 1997, 461 (462); v. Hoffmann, IPR, § 12 Rn. 10; Kreuzer in: *RabelsZ* 65 (2001), 383 (446); Pfeiffer in: *IPRax* 2000, 270 (273); Soergel-Lüderitz, Art. 38 Anh. II, Rn. 3; a.A. Weber in: *RabelsZ* 44 (1980), 510ff.; Kropholler, IPR, S. 523f.

⁶²⁴ MüKo-Wendehorst, Intern. Sachenrecht, Art. 43 Rn. 4; Staudinger-Stoll, *IntSachenR* Rn. 60; Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, 1962, S. 114.

⁶²⁵ Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt*, 1996, S. 167.

⁶²⁶ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; *Abl. EG* 2001, Nr. L 12, S. 1.

Für registerpflichtige Mobilien besteht gem. Art 22 Nr. 3 EuGVO die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaates, in dem sich das Register befindet. Dies muss keinesfalls mit der Belegenheit der Sache zusammenfallen, da wie gezeigt, ein zunehmender Verkehr der Mobilien innerhalb von Europa stattfindet. Ansonsten ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus Art. 2 EuGVO, wonach die Gerichte des Staates zuständig sind, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat.

Dies dürfte sicher in vielen Fällen gleichlaufend mit dem Ort sein, an dem auch die den Klagegegenstand bildende Sache beliegt, aber auch dies ist wiederum nicht zwingend, sondern beruht mehr oder minder auf Zufälligkeiten. Gerade für die Mobilien konnte damit gezeigt werden, dass die situs-Regel keineswegs einen Gleichlauf zwischen anwendbarem Recht und internationaler Zuständigkeit herbeiführt. Sie erhöht zwar die Wahrscheinlichkeit, dass dem so ist, da sich die Sache nach der allgemeinen Lebenserfahrung tatsächlich am Wohnsitz des Beklagten befindet, sie gibt jedoch keinesfalls eine Garantie dafür oder kann es gar beeinflussen. Da der Gleichlauf durch die situs-Regel zumindest für bewegliche Sachen daher nicht herbeigeführt werden kann, kann sie auch zur Zweckerreichung nicht zwingend erforderlich sein.

Nach Zusammenschau der Ergebnisse kommt man zu dem Schluss, dass die situs-Regel keinesfalls ein zwingendes Erfordernis bildet, um den ihr gesetzten Zielrichtungen – die sicher solche des Allgemeininteresses sind – gerecht zu werden. Dennoch kann aus der Tatsache, dass die situs-Regel kein zwingendes Erfordernis im Sinne der Cassis-Rechtsprechung darstellt, nicht gefolgert werden, dass sie damit gleichzeitig ein Verstoß gegen den EGV beinhaltet⁶²⁷. Die oben beschriebene Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel der situs-Regel, der nationalen Publizitätsvorschriften und deren Erhebung in den *ordre public*. Dem gemäß dürfte erst dann eine Verletzung des EGV vorliegen, wenn sich in keinem Bereich dieser Regelungen zwingende Erfordernisse finden lassen. Anderenfalls könnte man im Sachenrecht den Cassis-Grundsätzen nie gerecht werden, da die handelsbeschränkenden Maßnahmen häufig aus einem Normenzusammenspiel resultieren.

(b) Ziel des *ordre public*

Wie gezeigt, war der zweite Schritt zur Nichtanerkennung der Sicherheiten die Anwendung des *ordre public*. Dieser verfolgt das Ziel, das inländische Gericht vor einer Entscheidung zu bewahren, deren Ergebnis grundlegend den inländischen

⁶²⁷ Bruinier, Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das Internationale Privatrecht, 2003, der grundsätzlich auch eine isoliert von den Kollisionsnormen erzeugte Gemeinschaftsrechtsverletzung für möglich hält (vgl. S. 78), auf dem Gebiet des Sachenrechts jedoch eine isolierte Betrachtung des Kollisionsrechts ablehnt (vgl. S. 128). Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 145; a.A. Höpping, Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, 1997, S. 211; Wilmowsky in: ZEW 72-85 Bd. 7 Nr. 76 S. 39.

Rechtsvorstellungen widerspricht⁶²⁸. Aus diesem Grund werden Verweisungen in fremde Rechtsordnungen, deren Rechtsanwendung mit wesentlichen Grundsätzen des inländischen Rechts offensichtlich unvereinbar sind, ausnahmsweise nicht ausgesprochen⁶²⁹. Durch diese Vorgehensweise wird das durch den *ordre public* gesetzte, legitime Ziel selbstverständlich erreicht und es ist auch sonst keine anderweitige Herangehensweise ersichtlich, mit der man die inländischen wesentlichen Grundsätze schützen kann. Dennoch kann der *ordre public* selbst kein zwingendes Erfordernis darstellen. Wie sich aus zahlreichen Urteilen zur *Cassis*-Rechtsprechung ergibt, soll es zwar keinen abgeschlossenen Katalog zwingender Erfordernisse geben, allen bisher anerkannten Zielen ist jedoch gemein, dass sie einem bestimmten Bereich des Allgemeininteresses dienen und sehr genau bezeichnet sind. Der *ordre public* selbst umschreibt jedoch nicht einen bestimmten Teil des Allgemeininteresses, sondern steht vielmehr für das Allgemeininteresse als Ganzes. Er kann also erst dann ein zwingendes Erfordernis darstellen, wenn er ein bestimmtes Allgemeininteresse und dessen Durchsetzung konkretisiert. So kann der *ordre public* bei Sachverhalten mit starkem Inlandsbezug beispielsweise dem Allgemeininteresse der Beachtung von Grundrechten dienen⁶³⁰ oder das deutsche Rechtsgefühl hinsichtlich der Verjährung von Forderungen⁶³¹ und erträglicher Schadensersatzsummen⁶³² schützen. Vorliegend könnte er als Allgemeininteresse die Geltung der inländischen Publizitätsvorschriften und der mit ihnen angestrebten Zielsetzungen konkretisieren. Es ist also im Folgenden zu ermitteln, ob die Einhaltung der einzelnen nationalen Publizitätsvorschriften ein zwingendes Erfordernis im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung sind.

(c) Ziele der nationalen Publizitätsvorschriften

Wie bereits im ersten und zweiten Teil der Bearbeitung gezeigt, verfolgen die nationalen Publizitätsanforderungen in erster Linie vier Ziele. Zunächst soll der Gläubiger vor Täuschung und Krediterschleichung geschützt werden. Käufer besicherter Sachen sollen vor dem Erwerb belasteter Gegenstände und als Kehrseite davon der Sicherungsnehmer vor unbefugten Verfügungen des Sicherungsgebers bewahrt werden. Schließlich sollen die Publizitätsanforderungen eine zu starke und vor allem unerwartete Masseauszehrung vermeiden und so den ungesicherten Gläubigern in der Insolvenz eine Befriedigungsmöglichkeit geben. Vorliegend ist also zu untersuchen, ob diese Ziele der Publizitätsvorschriften überhaupt notwendig und erreichbar sind und wenn ja, ob die Publizität zur Erreichung dieser Ziele zwingend erforderlich ist.

Was den Schutz der Gläubiger vor Täuschung und Krediterschleichung angeht, wurden bereits umfangreiche Ausführungen mit dem Ergebnis gemacht, dass dieses

⁶²⁸ v.Hoffman, *International. Privatrecht*, § 6 Rn. 136; Junker, *International. Privatrecht*, 271.

⁶²⁹ BGHZ 50, 370 (375), 54, 123 (130).

⁶³⁰ BverfGE 31, 58 (77) = NJW 1971, 1509 – Spanierentscheidung.

⁶³¹ RGZ 106, 82 (85).

⁶³² OLG Düsseldorf RIW 1991, 594.

Schutzbedürfnis nur noch eine äußerst untergeordnete Rolle spielt⁶³³. Aus diesem Grund kann man die Publizität nur schwerlich als zwingendes Erfordernis zur Erreichung dieses Ziels ansehen.

Hinsichtlich der beiden folgenden Ziele kann eine Erforderlichkeit der Publizitätsvorschriften durchaus bejaht werden⁶³⁴. Der Erwerber ist zwar in der Regel durch die Gutgläubensvorschriften geschützt, sodass es die Publizität eigentlich nicht bedarf. Wie gezeigt hat der gute Glaube jedoch – auch hinsichtlich der Lastenfreiheit – kein so großes Gewicht mehr. Stellvertretend sei lediglich auf den gutgläubigen Erwerb einer mit einem Eigentumsvorbehalt belasteten Sache verwiesen. Hier werden an den guten Glauben insbesondere bei typischen Sicherungsgegenständen sehr hohe Voraussetzungen gestellt⁶³⁵. Auch muss die Gutgläubigkeit bewiesen werden, was kosten- und zeitintensiv ist. Die Publizität würde hingegen Rechtssicherheit schaffen. Im Umkehrschluss dazu müsste auch der Sicherungsnehmer nicht mehr vor unberechtigten Verfügungen fürchten. Diese wären mangels guten Glaubens, welcher aufgrund des bestehenden Publizitätsakts nicht begründet werden kann, nicht wirksam. Die genannten Ziele können durch die Publizitätsvorschriften daher erreicht werden.

Schließlich sollen auch die ungesicherten Gläubiger geschützt werden. Für sie soll die Eigentumsordnung klar erkennbar sein, um so eine drohende Insolvenzgefahr besser einschätzen zu können. Anders als teilweise⁶³⁶ angenommen, dürfte dies jedoch nicht durch den Umstand herbeigeführt werden, dass durch die Publizitätserfordernisse der Umfang der dinglichen Sicherheiten zurückgeht und so die Konkurrenzmöglichkeit zwischen gesicherten und ungesicherten Gläubigern abnimmt. Gerade die zunehmende Einführung von allgemeinen Registerpfandrechten dürfte keinen so starken Rückgang der dinglichen Sicherheiten haben⁶³⁷. Zwar ist zuzugeben, dass der Registereintrag zeit- und kostenintensiv ist, gerade in Zukunft ist jedoch zu erwarten, dass infolge der verstärkten Internetnutzung auch diese Kosten erheblich fallen werden. Die Fehlerhaftigkeit dieser Annahme lässt sich auch am Beispiel Frankreichs belegen⁶³⁸. Hier ist 1980 der konkursfeste Eigentumsvorbehalt anerkannt worden. Frankreich schuf damit ein publizitätsfreies, ohne großen Aufwand begründbares, dingliches Belastungsrecht. Dies hat jedoch nicht zu einem sprunghaften Anstieg dieser Sicherheiten geführt. Vielmehr greift man heute nur recht zögerlich auf dieses Institut zu und bemüht viel eher die bekannten Registersicherheitsrechte⁶³⁹. Es ist also auch umgekehrt nicht unbedingt davon auszugehen, dass die Einführung einer Registrierpflicht zum Rückgang dinglicher Sicherheiten führt. Insofern scheint das Unternehmerverhalten wenig sprunghaft zu sein. Dennoch werden die

⁶³³ Siehe Seite 30.

⁶³⁴ So auch Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt*, 1996, S. 171, 172.

⁶³⁵ Siehe FN 122.

⁶³⁶ vgl. Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt*, 1996, S. 172.

⁶³⁷ Dies zeigt unter anderem das niederländische Recht. Hier wurde das „stille Pfandrecht“ rege angenommen. Das Bedürfnis nach Sicherheit scheint damit die Angst vor der Registrierung zu überwiegen.

⁶³⁸ Siehe dazu die Ausführungen auf S. 55.

⁶³⁹ Siehe Seite 55.

potentiell ungesicherten Gläubiger auch auf anderem Wege durch die Publizitätsvorschriften geschützt. Sie können von ihrer nachrangigen Stellung durch einen Blick ins Register Kenntnis erlangen und von Geschäftsbeziehungen Abstand nehmen. Dies erkannte auch schon die Insolvenzrechtskommission, welche die Notwendigkeit des Solidaropfers der Sicherungsgläubiger aus der fehlenden Publizität ihrer Sicherheiten begründete⁶⁴⁰. Die Publizitätsvorschriften verfolgen daher tatsächlich das auch erreichbare Ziel des Schutzes der ungesicherten Gläubiger.

In Zusammenschau der letzten drei Ziele kann man erkennen, dass mit den Publizitätsanforderungen insbesondere die Kenntnis der einzelnen Parteien – Käufer, Sicherungsnehmer und ungesicherte Dritte – von der jeweiligen Eigentumslage geschützt werden soll. Käufer sollen davor bewahrt werden, belastetes Eigentum zu erwerben, wo unbelastetes Eigentum erwartet wird. Der Sicherungsnehmer soll als Kehrseite dazu vor dem Verlust seines Rechtes durch den gutgläubigen, lastenfreien Erwerb bewahrt werden und ungesicherte Gläubiger sollen eine genaue Kenntnis ihrer Rangzuordnung nehmen können.

Diese Festlegung einer solchen klaren Eigentumszuordnung müsste schließlich nicht nur erforderlich, sondern vielmehr zwingend erforderlich zur Wahrung von Allgemeininteressen sein. Allein der Blick in das deutsche Recht zeigt, dass die Eigentumszuordnung ein elementarer und gewichtiger Bestandteil der Rechtsordnung ist. Dies lässt sich an verschiedenen Stellen des Gesetzes belegen. Negatorische (§§ 985, 1004 BGB), schadensersatzrechtliche (§ 823 I BGB), sowie bereicherungsrechtliche (§§ 812 I 1 (2. Alt.), 816 BGB) Schutzmechanismen hängen von einer Zuordnungsentscheidung ab. Erst wenn bekannt ist, wem das Verfügungs- und Nutzungsrecht an einer Sache zusteht, kann der genannte Schutz gewährt werden⁶⁴¹. Weiterhin setzt in allen europäischen Ländern der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb die Übertragung der Sache durch den Eigentümer als Berechtigten voraus⁶⁴². Wieder ist eine Zuordnungsentscheidung von immenser Bedeutung. Auch für das Funktionieren der Wirtschaft ist die Zuordnung von höchster Bedeutung. Eine ökonomische Analyse, die einen Kosten-Nutzen-Vergleich in der Wirtschaft betreibt, mit dem Ziel des größtmöglichen Nutzens bei möglichst geringen Kosten, ergab, dass neben anderen Faktoren auch die rechtssichere Zuordnung von Gütern zur Erhöhung des Güterumlaufs und damit zur Steigerung der wirtschaftlichen Kapazitäten führt⁶⁴³. Ist eine Güterzuordnung sicher, so reizt dies zu Produktion und Austausch an. Für die hohe Bedeutung der Güterzuordnung spricht schließlich der in Art. 14 GG, der Europäi-

⁶⁴⁰ Siehe Seite 40.

⁶⁴¹ Ähnliche Schutzmechanismen, wenn auch nicht mit der gleichen Einordnungssystematik, weisen alle europäischen Rechtsordnungen auf. Die Niederlande beispielsweise halten in der deliktsrechtlichen Vorschrift des Art. 6:162 NBW einen, dem negatorischen Abwehranspruch des § 1004 BGB entsprechenden Anspruch vor. Für Frankreich sind beispielsweise die Vorschriften der Art. 2279f CC zu nennen, die den petitorischen Rechtsschutz an das Eigentum knüpfen.

⁶⁴² Für Deutschland beispielsweise ergibt sich dies aus § 929 S. 1, für Frankreich aus Art. 2279 CC; für England aus sec. 17 SGA 1979 und für die Niederlande aus Art. 3-84ff. NBW.

⁶⁴³ Assman/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, 1978, S. 146.

schen Menschenrechtskonvention⁶⁴⁴ sowie dem EG-Recht⁶⁴⁵ niedergelegten Eigentumsschutz. Wiederum aber kann Eigentum erst geschützt werden, wenn klar ist, wem es zuzuordnen ist. Es zeigt sich, dass die korrekte Güterzuordnung ein elementarer Bestandteil einer jeden Rechtsordnung ist und als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses angesehen werden kann, Klarheit darüber zu verschaffen.

(d) Ergebnis

Die nationalen Publizitätsregelungen und mit ihnen die Regelung des *ordre public* stellen damit zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses dar. Da damit zumindest ein Teil der Regelungen, die zur Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung führen, zwingend erforderlich im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung sind, stellen sie nach der hier vertretenden Auffassung unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit keinen Verstoß gegen Art. 28 EGV dar.

(3) Verhältnismäßigkeit

In einem letzten Schritt ist daher zu untersuchen, ob die Regelungen auch verhältnismäßig sind. Beim Verbot einer bestimmten Maßnahme muss daher immer bedacht werden, ob das angewandte Mittel zur Erreichung des Zweckes geeignet, erforderlich und auch angemessen ist⁶⁴⁶. Wie bereits dargestellt, werden legitime Ziele verfolgt, zu deren Erreichen die Publizitätsanforderungen durchaus geeignet waren. Es fehlte dabei auch nicht an der Erforderlichkeit. Mildere und dennoch gleich wirkende Mittel könnten die Einführung eines einheitlichen Transpositionskataloges, einheitliches Kollisionsrecht oder gar einheitliches Sachrecht im Bereich der Sicherungsrechte sein. Wie die Rechtsentwicklung und die Vielzahl der gescheiterten Versuche der Gesetzgebung jedoch gezeigt haben⁶⁴⁷, kann dieses Mittel kaum als realistisches milderes Mittel bezeichnet werden, da offenbar keine Möglichkeit gefunden wird, dies zu schaffen. In der momentanen Lage sind daher die einzelnen nationalen Normen zur Regelung der Güterzuordnung und das beharrliche Einhalten dieser Vorschriften die einzige und damit auch die mildeste Möglichkeit der Zweckerreichung.

⁶⁴⁴ In der Konvention vom 4.11.1950 war eine Eigentumsgewährung noch nicht enthalten, sie ist aber in Art. 1 des Zusatzprotokolls zur Konvention vom 20.3.1952 aufgenommen worden; vgl. Gelinsky, *Der Schutz des Eigentums gem. Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention: eine Analyse der Rechtsprechung der Straßburger Organe*, 1996.

⁶⁴⁵ Das Recht der Europäischen Gemeinschaft schützt den Bestand des Eigentums gegen Akte von Organen der Gemeinschaft; vgl. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, S. 754ff.

⁶⁴⁶ EuGH 20.2.1979 Rs. 120/78 *Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* („*Cassis de Dijon*“), Slg. 1979, 649; EuGH 20.9.1988 Rs. 302/86 *Dänische Pfandflaschenregelung*, Slg. 1988, 4607ff.; EuGH 18.05.1993 – Rs C-126/91 *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher GmbH*, EuZW 1993, 420.

⁶⁴⁷ Siehe Seite 163ff.

(a) Notwendigkeit einer Angemessenheitsprüfung

Unklarheit besteht bezüglich der Frage, ob im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung seitens des EuGH auch die Angemessenheit berücksichtigt werden muss und darf. Bei der Frage der Angemessenheit wird eine Abwägung zwischen dem angestrebten Ziel und dem dafür verwendeten Mittel vorgenommen. Wie gezeigt haben die Mitgliedstaaten jedoch grundsätzlich einen Beurteilungsspielraum, in dem sie frei festlegen, welche zu verfolgenden Ziele sie für zwingend erforderlich halten⁶⁴⁸. Gibt man dem EuGH eine Prüfungsmöglichkeit im Rahmen der Angemessenheit, so wird dieser Beurteilungsspielraum eingeschränkt. Ob dies zulässig ist, wird in der Literatur kontrovers diskutiert⁶⁴⁹ und scheint in der Rechtsprechung⁶⁵⁰ ebenfalls nicht abschließend geklärt zu sein.

Betrachtet man die Rechtsprechung, so zeigt sich ein sehr zwiespältiges Bild. Während in einigen Entscheidungen eine Angemessenheitsprüfung vorgenommen wird, beschränkt sich der EuGH in anderen Fällen auf die Überprüfung der Erforderlichkeit. Bei einer eingehenden Untersuchung stellt man fest, dass Angemessenheitsprüfungen im Rahmen von Verbraucher-⁶⁵¹, Umwelt-⁶⁵², Gesundheits-⁶⁵³ und unlauteren Wettbewerbssachen⁶⁵⁴ vorgenommen worden sind. Ging es hingegen um den Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Sittlichkeit⁶⁵⁵, so beschränkte sich der EuGH auf die Erforderlichkeitsprüfung und überließ die Entscheidung zur Verhältnismäßigkeit dem nationalen Gesetzgeber.

Grund für diese Differenzierung wird teilweise in der strukturellen Verschiedenheit der geschützten Interessen gesehen⁶⁵⁶. Während die erste Gruppe Einzelinteressen schützt, umfasst der Schutz der zweiten Gruppe ganze Normenkomplexe. Die Be-

⁶⁴⁸ Siehe dazu grundsätzlich: EuGH 20.2.1979 – Rs. 120/78 Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649.

⁶⁴⁹ Für eine großzügige Angemessenheitsprüfung Langner in: *RabelsZ* 2001, 222 (243). Eine partielle Angemessenheitsprüfung wird vertreten von: Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 1996, S. 179. Gegen eine Angemessenheitsprüfung Bleckmann in: *GRUR Int.* 1986, 172 (178); Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, 2004, S. 248; Steindorff in: *ZHR* 148 (1984), 346ff.

⁶⁵⁰ Eine Angemessenheitsprüfung wurde durchgeführt in: EuGH 20.9.1988 Rs. 302/86 Dänische Pfandflaschenregelung, Slg. 1988, 4607ff.; EuGH 14.7.1983 Rs. 174/82 Sandoz Slg. 1983, 2445 (2463); EuGH 7.3.1990 – Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxbourgeois, Slg. 1990 I, 677 (687); EuGH 14.7.1998 Rs. C-389/96 Aher-Waggon, Slg. 1998, I-4473 (4489) *Erw.* 13, 19; nicht jedoch in: EuGH 14.12.1979 Rs. 34/79 Henn und Darby, Slg. 1979, 3795 (3813); EuGH 10.7.1984 Rs. 72/83 Campus Oil Limited/ Minister für Industrie und Energie, Slg. 1984, 2741 (2755).

⁶⁵¹ EuGH 12.3.1987 – Rs. 178/84 Reinheitsgebot für Bier, Slg. 1987, 1227 (1271).

⁶⁵² EuGH 20.9.1988 Rs. 302/86 Dänische Pfandflaschenregelung, Slg. 1988, 4607ff.

⁶⁵³ EuGH 14.7.1983 Rs. 174/82 Sandoz Slg. 1983, 2445 (2463); EuGH 10.12.1985 Rs. 247/84 Motte Slg. 1985, 3887 (3904).

⁶⁵⁴ EuGH 7.3.1990 – Rs. C-362/88 GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxbourgeois, Slg. 1990 I, 677 (687); EuGH 18.05.1993 – Rs C-126/91 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher GmbH, *EuZW* 1993, 420 (421).

⁶⁵⁵ EuGH 14.12.1979 Rs. 34/79 Henn und Darby, Slg. 1979, 3795 (3813); EuGH 10.7.1984 Rs. 72/83 Campus Oil Limited/ Minister für Industrie und Energie, Slg. 1984, 2741 (2755).

⁶⁵⁶ vgl. Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt*, S. 177 ff.

urteilung, inwiefern ein Normenkomplex angemessen geschützt werden kann, ordnet man als ungleich schwieriger ein und sieht darin die Veranlassung des EuGH begründet, dem nationalen Gesetzgeber einen höheren Beurteilungsspielraum zu-zuerkennen. Der Schutz der Güter- und Gläubigerordnung wird auch mittels eines solchen Normenkomplexes gewährleistet, sodass sich demnach in diesem Feld eine Angemessenheitsprüfung verbieten würde.

Dagegen sind jedoch Bedenken anzumelden. Verbraucher-, Umwelt- und Gesundheitsschutz betreffen zwar ein einzelnes Interesse, sind jedoch ebenfalls in einer Vielzahl von ineinandergreifenden Normen geregelt, sodass auch hier ganze Normenkomplexe betroffen sind. Dies kann daher nicht der Grund für die Differenzierung sein. Öffentliche Sicherheit, Ordnung und Sittlichkeit umschreiben vielmehr unbestimmte Rechtsbegriffe. Bei deren Auslegung ist der EuGH gesetzlich verpflichtet, einen Beurteilungsspielraum zu gewähren⁶⁵⁷. Er überlässt daher dem nationalen Richter nicht nur die Beurteilung, ob der konkrete Fall unter das nationale Gesetz fällt, sondern auch die Frage, ob im Einzelfall eine Durchbrechung des Art. 28 EGV gestattet ist. Grund für eine solche Vorgehensweise ist, dass einerseits das nationale Gesetz selbst nicht gegen Art. 28 EGV verstoßen kann, sondern nur die damit legitimierten Maßnahmen, und dass andererseits der EuGH insbesondere in Vorlagefragen gar nicht dazu berufen ist, Einzelfälle zu bewerten. Beinhaltet das die Maßnahme legitimierende Gesetz daher eine Generalklausel, so verbietet sich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Schutz der Güter- und Gläubigerordnung wird nicht durch einen solchen unbestimmten Rechtsbegriff umschrieben, sodass ähnlich wie im Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutz die staatliche Regulationsautonomie durch die Prüfung der Angemessenheit seitens des EuGH eingeschränkt werden könnte.

Weiter wird gegen eine solche Prüfung angeführt, dass der EuGH nicht über den nötigen Sachverstand und vor allem nicht über das nationale Bewusstsein verfügt, um eine auf die Interessen des Landes abgestimmte Abwägung vornehmen zu können⁶⁵⁸. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass auch die Arbeit des EuGH in Gremien stattfindet, die sich aus Beteiligten der einzelnen Mitgliedsländern zusammensetzen⁶⁵⁹, sodass die Landesspezifikationen durchaus Beachtung finden können.

Insgesamt ist den Vertretern der Literatur, die sich gegen die Möglichkeit einer Angemessenheitsprüfung aussprechen⁶⁶⁰, jedoch zuzugeben, dass sich die staatliche Regulationsautonomie behaupten können muss und nicht durch die Kontrollmechanismen des EuGH gänzlich zurückgedrängt werden darf. Zu beachten ist dabei die bereits angesprochene neueste Rechtsprechung, in der sich eine schleichende Än-

⁶⁵⁷ Bleckmann in: GRUR Int. 1986, 172 (178, 179).

⁶⁵⁸ Schmidt in: Rengeling/von Borries (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Gemeinschaft, 1992, S. 70.

⁶⁵⁹ Je ein Richter pro Mitgliedstaat, sowie 8 Generalanwälte, die ebenfalls aus verschiedenen Mitgliedstaaten stammen; vgl. Oppermann, Europarecht, Rn. 373ff.

⁶⁶⁰ Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2003, 249; Steindorff in: ZHR 148 (1984), 338 (346, 347); Bleckmann GRUR Int. 86, 178 (177); ebenso im Ergebnis Schödermeier DB 1990, 2511 (2513).

derung zu vollziehen scheint. Bereits in zwei aufeinander folgenden Urteilen eröffnete der EuGH die Rechtfertigungsmöglichkeit der Cassis-Rechtsprechung für alle Maßnahmen, gleich ob sie unterschiedslos oder unterschiedlich wirken⁶⁶¹. Insofern ist die staatliche Regelungsautonomie durch die Rechtsprechung erheblich ausgeweitet worden. Dem nationalen Gesetzgeber wurde so verstärkt die Möglichkeit geschaffen, Regelungen zu treffen, die sich zwar nachteilig auf den freien Warenverkehr auswirken, durch zwingende Erfordernisse der Allgemeinheit jedoch gerechtfertigt sind. Da der EuGH den Einzelstaaten bereits den Beurteilungsspielraum für die Frage, was ein zwingendes Erfordernis ist, zu erkannt hat, würde ihm bei Versagen der Angemessenheitsprüfung jegliche Kontrolle über den nationalen Gesetzgeber genommen werden. Es scheint also bei Betrachtung der neuen Rechtsprechung zwingend, dem EuGH eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zuzugestehen, um die Ausweitung der einzelstaatlichen Regelungsbefugnis zu kompensieren. Dies findet in der Rechtsprechung auch Bestätigung. Im Fall Decker verneinte der EuGH bereits das zwingende Erfordernis, sodass er gar nicht zu einer Angemessenheitsprüfung gekommen ist. Im Fall Aher/Waggon hingegen nimmt er sehr deutlich eine Abwägung vor⁶⁶². Diese Vorgehensweise dürfte nicht allein daraus resultieren, dass es um Gesundheits- und Verbraucherschutz und damit nicht um unbestimmte Rechtsbegriffe ging, sondern auch eine Antwort auf die Ausweitung der Rechtfertigungsmöglichkeiten über Cassis sein. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass dem EuGH eine gewisse Angemessenheitsprüfung auch über die Punkte der Geeignetheit und Erforderlichkeit hinaus zugestanden werden muss.

(b) Prüfungsumfang

Fraglich ist daher an dieser Stelle, wann der EuGH zu einer fehlenden Angemessenheit kommt. Im EuGH-Urteil zum deutschen Reinheitsgebot⁶⁶³ hat der Gerichtshof die Angemessenheit bereits aus dem Grund untersagt, weil der deutsche Gesetzgeber das vorgegebene Ziel selbst nicht konsequent verfolgt hat. Ob man daraus eine allgemeingültige Regelung dahingehend ziehen kann, dass Verhältnismäßigkeit bereits dann nicht gegeben ist, wenn bei den nationalen Regelungen keine Folgerichtigkeit besteht, wird angezweifelt⁶⁶⁴. Rechtsordnungen wachsen langsam und sind von einer Vielzahl politischer und sozialer Wandlungen geprägt, sodass ein geschlossenes System nahezu ausgeschlossen ist⁶⁶⁵. Unzweifelhaft fehlt die Verhältnismäßigkeit, wenn gravierende Wertungswidersprüche festzustellen sind. Erinnernd sei festgestellt, dass alle oben untersuchten Rechtsordnungen der Sicherungsübereignung ihre Wirkung versagten, weil sie deren fehlende Publizität

⁶⁶¹ EuGH 28.4.1998 Rs. C-120/95 Decker, Slg. 98, I-1831 (1884); EuGH 14.7.1998 Rs. C-389/96 Aher-Waggon, Slg. 1998, I-4473 (4489).

⁶⁶² EuGH 14.7.1998 Rs. C-389/96 Aher-Waggon, Slg. 1998, I-4473 (4489) Erwägungen 20ff.

⁶⁶³ EuGH 12.3.1987 – Rs. 178/84 Reinheitsgeb. für Bier, Slg. 1987, 1227 (1275) Erwägung 45.

⁶⁶⁴ Basedow in: *RabelsZ* 1995, 1 (23); Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt*, S. 180.

⁶⁶⁵ Basedow in: *RabelsZ* 1995, 1 (23).

bemängelten⁶⁶⁶. Eine Ausnahme bildet lediglich Italien, das auf die Einhaltung des *patto commissorio* – dem Verfallabredeverbot – besteht und der deutschen Sicherungsübereignung aus diesem Grund die Anerkennung versagt. Demgemäß ist vorliegend zu prüfen, ob diese Rechtsordnungen das Publizitätsprinzip und im Fall Italiens das Verbot der Verfallabrede selbst ohne große Wertungswidersprüche verfolgen. Ist dies nicht der Fall, so wäre ein Festhalten an der Registrierungspflicht für Importwaren unverhältnismäßig.

(c) Ordre public als Verhältnismäßigkeitsindikator

Wie oben gezeigt, finden die nationalen Regelungen nur deswegen Anwendung, weil sie in den Status des ordre public erhoben worden sind. Mit dem ordre public wiederum will der nationale Gesetzgeber die Einhaltung von seiner Rechtsordnung unterliegenden Grundwertungen gewährleisten. Wird ein Ziel innerhalb einer Rechtsordnung nur inkonsequent verfolgt, so kann dies keine Grundwertung darstellen. Die Erhebung eines Prinzips in den ordre public ist daher durchaus ein Indiz für die konsequente Beachtung desselben anzusehen. Die Prüfung der konsequenten Durchsetzung des Publizitätserfordernisses scheint daher überflüssig zu sein. Dennoch kann man sich dadurch nicht von einer weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfung entbinden. Die Festlegung, was dem ordre public unterfällt und was nicht, obliegt dem nationalen Gesetzgeber. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgt jedoch durch den EuGH und darf nicht durch eine Entscheidung des nationalen Richters vorbestimmt sein. Vorliegend sind daher die oben bereits dargestellten Rechtsordnungen noch einmal dahingehend zu untersuchen, inwieweit sie ihr Ziel konsequent verfolgen.

(d) Länderbetrachtung

(aa) Frankreich

Wie bereits oben dargestellt⁶⁶⁷, verfolgt Frankreich das Prinzip des Faustpfandrechtes und sieht als im Code civil niedergelegtes Sicherungsmittel das Pfandrecht vor. Daneben kennt es auch Sicherungsrechte ohne Besitzaufgabe. Dazu zählen Mobiliarhypothenken, sowie verschiedene Formen der *warrants*, die jedoch alle einer Registrierungspflicht unterliegen und damit keine Inkonsequenz des Publizitätsprinzips darstellen. Einzig der seit 1980 für konkursfest erklärte Eigentumsvorbehalt – der Mietkauf kann aus oben genannten Gründen unberücksichtigt bleiben⁶⁶⁸ – könnte eine solche Abkehr Frankreichs vom Publizitätsgrundsatz darstellen. Beim französischen Eigentumsvorbehalt handelt es sich tatsächlich um eine nicht publike ding-

⁶⁶⁶ Mit Ausnahme von Frankreich, die offiziell auf die Verfallverbotsklausel verwiesen, wo man sich jedoch einig war, dass die fehlende Publizität der einzige Grund war.

⁶⁶⁷ Siehe Seite 52ff.

⁶⁶⁸ Siehe Seite 56.

liche Belastung, die dazu führt, dass sich die Gläubiger nicht länger auf den Anschein des Besitzes verlassen können. Insofern erscheint es tatsächlich unverhältnismäßig, genau dies der deutschen Sicherungsübereignung zum Vorwurf zu machen und ihr die Anerkennung zu versagen. Beim näheren Betrachten entschärft sich die Lage jedoch.

Das französische Recht kennt weder den verlängerten noch den erweiterten Eigentumsvorbehalt und lehnt die Möglichkeit einer Verarbeitungsklausel ganz ab⁶⁶⁹. Besichert werden können daher nur Endprodukte, nicht jedoch Rohstoffe oder Verarbeitungsvorstufen, die für eine weitere Verarbeitung vorgesehen werden. Damit umfasst der französische Eigentumsvorbehalt nur eine kleine Gütergruppe. Des Weiteren unterscheiden sich die typischen Eigentumsvorbehaltsgüter von solchen, die regelmäßig mit einer Sicherungsübereignung belegt werden. Eigentumsvorbehaltsgüter sind solche, die der Unternehmer in den Umlauf bringen möchte, deren Verbleib in seinem Unternehmen gerade nicht erwünscht ist. Dabei handelt es sich in erster Linie um Endprodukte einer Produktion. Sicherungseigentumsgüter hingegen sind solche, die der Unternehmer in seinem Besitz behalten will, weil sie für die Fortführung des Unternehmens von immenser wirtschaftlicher Bedeutung sind. Es handelt sich hier um Investitionsgüter. Hinsichtlich dieser Investitionsgüter besteht in der Regel keine sinnvolle Sicherungsmöglichkeit mittels des Eigentumsvorbehaltes. Die Tatsache, dass sich der französische Rechtsverkehr auf nicht publike dingliche Belastungen einstellen muss, bedeutet daher nicht, dass er sich auch auf die Belastung bei von der Sicherungsübereignung typischerweise betroffenen Gütern einstellen muss.

Die Ausnahme vom Publizitätsprinzip durch den Eigentumsvorbehalt betrifft daher zum einen nur eine kleine Gütergruppe. Diese ist regelmäßig eine andere, als solche, die für gewöhnlich mit einer Sicherungsübereignung belegt werden. Schließlich kann sich wie gezeigt der Eigentumsvorbehalt aufgrund der genannten Einschränkungen in Frankreich nicht so recht durchsetzen, was die ohnehin kleine betroffene Gütergruppe noch weiter schmälert. Der in Frankreich bestehende „Bruch“ mit dem Publizitätsprinzip kann daher schwerlich als schwerwiegender Wertungswiderspruch bezeichnet werden, der die Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung als unverhältnismäßig erscheinen ließe.

(bb) Italien

Die Position Italiens zur deutschen Sicherungsübereignung ist, wie oben dargestellt⁶⁷⁰, noch nicht gefestigt. Entscheidet sich die Rechtsprechung zu einer Ablehnung des deutschen Sicherungsinstitutes, so nicht wegen ihrer fehlenden Publizität, sondern wegen Verstoßes gegen das Verfallabredeverbot. Dies ist nur dann verhältnismäßig, wenn die italienischen nationalen Regelungen folgerichtig sind und der italienische Rechtsverkehr nicht ohnehin mit besitzlosen, dinglichen Sicherhei-

⁶⁶⁹ Siehe Seite 55.

⁶⁷⁰ Siehe Seite 61ff.

ten an den für die Sicherungsübereignung typischen Investitionsgütern zu rechnen hat. Das italienische Recht weist ein breit gefächertes System an Sicherungsmitteln auf. Das Pfandrecht erfordert eine Besitzübergabe, die Mobiliarhypothek, die gängigsten Privilegien sowie der Eigentumsvorbehalt fordern einen Registereintrag und werden nicht unter die Verfallabredeverbotsklausel gefasst. Diese Sicherungsmittel stellen daher keine Folgeunrichtigkeit des italienischen Rechts dar. Sie werden den Anforderungen gerecht, aufgrund deren Fehlens das italienische Recht der deutschen Sicherungsübereignung die Anerkennung versagen würde. In Italien haben sich jedoch noch weitere Sicherungskonstruktionen durchsetzen können. Zu nennen ist die *patto marciano*, die jedoch in der italienischen Praxis aufgrund fehlender gerichtlicher Anerkennung kaum verwendet wird und deshalb vorliegend aus der Betrachtung herausgehalten werden kann. Weitere anerkannte Möglichkeit sind die Vereinbarung des Wiederkaufes und das *sale and lease back*⁶⁷¹. Beide Konstruktionen bieten die Möglichkeit, an Investitionsgütern ein dem Sicherungseigentum ähnliches Mobiliarsicherungsrecht zu begründen. Es ist daher nicht auszuschließen, dass das italienische Recht an dieser Stelle seinen eigenen Grundsätzen untreu wird.

Es ist im Folgenden zu untersuchen, ob die genannten italienischen Sicherungen selbst einen Verstoß gegen das Verfallabredeverbot darstellen und man den italienischen Regelungen daher Folgeunrichtigkeit und Unangemessenheit vorwerfen kann. Wie bereits oben dargestellt, geht man davon aus, dass die genannten Konstruktionen nicht unter das Verbot der Abrede fallen⁶⁷². Wie schon bei der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, einen Grundsatz in den *ordre public* zu erheben, kann jedoch auch diese Entscheidung nicht die Angemessenheitsprüfung des EuGH vorbestimmen. Es ist daher zu untersuchen, ob das Verfallabredeverbot tatsächlich nicht durch die genannten Konstruktionen tangiert ist.

Die Konstruktion des Wiederkaufes ist mit der der Sicherungsübereignung identisch, ebenso wie seine Wirkungen. Ein Unterschied kann darin gesehen werden, dass sich die Rückzahlungsverpflichtung beim Wiederkauf auf den Kaufpreis, bei der Sicherungsübereignung zuzüglich auch auf die Zinsen erstrecken kann. Diesem Unterschied wird im Wiederkauf jedoch dergestalt Rechnung getragen, als das der Kaufpreis den Wert der Sache übersteigt. Konstruktion und Rechtsfolgen dieser Sicherungsmittel sind daher identisch. In beiden Fällen überträgt der Sicherungsgeber Eigentum und erhält im Gegenzug liquide Mittel, bei deren Rückzahlung wiederum Eigentum zurückübertragen wird. Lediglich der Rechtsgrund dieser Übereignungen weist Unterschiede auf. Während die Sicherungsübereignung aufgrund eines Garantieverhältnisses erfolgt, ist es beim Wiederkauf der Kaufvertrag. Dies macht für die Rechtsfolge, dass Eigentum übergeht und im Falle der Rückzahlung ebenfalls zurückübertragen werden muss, jedoch keinen Unterschied. Der Rechtsteilnehmer kann diesen Unterschied weder erkennen noch spüren – es ist damit ein rein dogmatischer Unterschied, der darüber entscheiden soll, ob das Ver-

⁶⁷¹ vgl. im Einzelnen dazu Seite 65ff.

⁶⁷² Siehe Seite 67f.

fallabregeverbot gilt oder nicht. Für den kritischen Betrachter erscheint es daher so, als wolle der italienische Gesetzgeber die für das Funktionieren der Wirtschaft nötigen Ausnahmen machen, ohne sie jedoch als solche zu benennen. Hinsichtlich des Wiederkaufes lässt das italienische Recht daher an den für die Sicherungsübereignung typischen Investitionsgütern eine Besicherung zu, die der deutschen Sicherungsübereignung entspricht, welcher die Anerkennung versagt werden würde.

Hinsichtlich des *sale and lease back* können ähnliche Überlegungen angestellt werden. Wiederum kann die vom italienischen Gesetzgeber gebrachte Begründung, es würde sich dabei nicht um eine Garantieveräußerung handeln, nicht fruchtbar gemacht werden. Die Unterschiedslosigkeit zur Sicherungsübereignung und die damit ebenfalls bestehenden Gefahren wurden vom italienischen Gesetzgeber sogar selbst erkannt, indem er das *sale and lease back* den Unternehmen vorenthielt, um wenigstens die Verbraucher zu schützen. Wiederum hat das italienische Recht hierin eine Konstruktion, für welche das Verfallabregeverbot nicht gelten soll, obwohl keine anderen Wirkungen eintreten, als bei der Sicherungsübereignung.

Es lässt sich daher abschließend feststellen, dass die italienische Rechtsordnung hinsichtlich der Gründe, mit der sie der deutschen Sicherungsübereignung die Anerkennung versagen würde, keine Folgerichtigkeit aufweist. Da die Konstruktionen auch eine sehr häufig genutzte Sicherungsart darstellen, handelt es sich auch um keine unwesentliche Inkonsequenz. Die Anerkennungsversagung wäre demnach nicht verhältnismäßig im Sinne der Cassis - Rechtsprechung, sodass durchaus ein Verstoß gegen Art. 28 EGV vorliegt.

(cc) Österreich

Auch Österreich lehnt wie oben dargestellt die deutsche Sicherungsübereignung aufgrund ihrer fehlenden Publizität ab⁶⁷³. Wiederum kann dies nur dann überhaupt verhältnismäßig sein, wenn sich Österreich selbst konsequent an die damit verfolgte Zielsetzung hält. Österreich verfügt wie gezeigt über drei gebräuchliche Mobiliarsicherungsmittel. Das Pfandrecht und die Sicherungsübereignung erfordern dabei eine Besitzübergabe und halten damit am Publizitätserfordernis fest. Gem. § 476 ABGB ist es zwar möglich, ein einmal wirksam begründetes Pfandrecht zurückzustellen und somit die durch den Besitz hervorgerufene Publizität zu revidieren. Rechtsprechung und Lehre legen diese Vorschrift jedoch äußerst restriktiv aus und lassen eine dauerhafte Rückstellung generell nicht zu. Mit dieser Vorschrift bricht Österreich damit nicht das Publizitätsprinzip.

Ein solcher inländischer „Bruch“ mit dem Erfordernis der Publizität könnte jedoch auch in Österreich die Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes sein. Bezüglich dieser Frage kann nicht vollständig auf das zu Frankreich Gesagte zurückgegriffen werden. Zum einen erfasst der österreichische Eigentumsvorbehalt bereits eine größere Gruppe von Gütern. Anders als in Frankreich ist hier nämlich die Vereinbarung einer Verarbeitungsklausel möglich, sodass auch Rohstoffe und Verarbei-

⁶⁷³ Siehe Seite 69ff.

tungsvorstufen mit einem Eigentumsvorbehalt belegt werden können. Des Weiteren dient der österreichische Eigentumsvorbehalt nicht nur den Warenkreditgebern als Sicherheit, sondern im Rahmen der Ankaufs- und Verkaufsfinanzierung auch den Geldkreditgebern. Dabei ist die Bank jedoch nicht direkt am Eigentumsvorbehaltskauf beteiligt, sondern tritt wahlweise beim Vorbehaltskäufer oder beim Vorbehaltsverkäufer als Finanzierungshelfer bei. Beide gegenüber Frankreich unterschiedlichen Ausprägungen ändern jedoch nichts daran, dass die vom Eigentumsvorbehalt umfassten Gütergruppen sich von den typischerweise mit einer Sicherungsübereignung belegten unterscheiden. Hinsichtlich der für die Sicherungsübereignung typischen Produktionsmittel kann sich der österreichische Rechtsverkehr nach wie vor auf die Publizität verlassen. Hinzu kommt, dass eines der wichtigsten Schutzanliegen der Publizität – die Sicherung der Gläubigerordnung – durch den Eigentumsvorbehalt anders als durch die Sicherungsübereignung keine so akute Gefährdung erfährt. Die Publizität soll unter anderem wie gezeigt das Vertrauen der ungesicherten Gläubiger auf eine intakte Masse schützen. Ungesicherte Gläubiger verlieren bei der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes jedoch nicht die für sie so wichtige Masse, da das Gut anders als bei der Sicherungsübereignung nicht aus einem bestehenden Haftungsverband ausgegliedert wird, sondern nur nicht in diesen aufgenommen wird. Ihr Vertrauen wird damit im Rahmen des Eigentumsvorbehaltes nicht in dem Maße verletzt.

Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass Österreich mit Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes als nicht publiques dingliches Sicherungsrecht kein inkonsequentes Verhalten hinsichtlich der Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung aufweist. Die Regelungen, die der deutschen Sicherungsübereignung in Österreich die Wirksamkeit versagen, sind daher durchaus verhältnismäßig.

(dd) England

Auch das englische Recht kennt wie dargestellt⁶⁷⁴ eine Vielzahl von Mobiliarsicherheiten, von denen einige auch besitzlos und frei von Registrierungserfordernissen sind, sodass auch hier die Vermutung aufkommen könnte, England zeige im Umgang mit besitzlosen Sicherheiten eine gewisse Inkonsequenz, welche die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung unverhältnismäßig erscheinen lässt.

Im Rahmen der Geldkreditsicherheiten unproblematisch sind die chattel mortgage sowie die floating charge, welche ohne Ausnahme eine Registrierung erfordern und damit hinsichtlich der Publizität stringent sind. Auch das Pfandrecht – *pledge* – erfordert eine Besitzübergabe und scheint daher als Faustpfandrecht den Publizitätsvorstellungen gerecht zu werden. Über die *constructive delivery* und die *document of title* besteht zwar auch hier die Möglichkeit, ein Pfandrecht zu schaffen, ohne dass der Pfandnehmer die Sache in Besitz nehmen muss, jedoch erfordert auch diese Konstellation die vollständige Besitzaufgabe seitens des Pfandgebers. Das

⁶⁷⁴ Siehe Seite 76ff.

Ziel der Publizität, den Pfandnehmer vor unberechtigten Verfügungen des Pfandgebers zu schützen, ist nicht gefährdet. Die Pfandsache befindet sich in der Regel in den Händen eines Transporteurs, der kein Interesse an der unberechtigten Verfügung haben dürfte und dem gegenüber auch kein guter Glaube bestehen wird. Auch das Ziel, ungesicherte Gläubiger auf eine mögliche Massearmut aufmerksam zu machen, wird durch diese Vorgehensweise nicht gefährdet. Da sich die Sache nicht beim Pfandgeber befindet, kann auch nicht der Eindruck entstehen, besonders solvent zu sein. Die Regelungen des *pledge* stellen daher keine Inkonsequenz zu den Publizitätsanforderungen an die deutsche Sicherungsübereignung dar.

Eine solche könnte man jedoch auch hinter der *hypothecation* vermuten, die wie gezeigt von Besitz und Publizität losgelöst ist. Es wurde jedoch bereits angemerkt, dass die Rechtsprechung dazu keinesfalls sicher ist. Das Urteil wurde jedoch aufgrund eines Verfahrensfehlers ausgesprochen, nicht jedoch, weil man tatsächlich auf die Publizitätsanforderungen verzichten wollte. Dieses Sicherungsmittel kann man daher nicht als Wille des Gesetzgebers verstehen, auf die Publizität zu verzichten. Zumindest hinsichtlich der Geldkreditsicherungsmittel ist die Anerkennungsverweigerung bei der deutschen Sicherungsübereignung aufgrund der mangelnden Publizität eine konsequente Fortsetzung der inländischen Praxis. Anders scheint es dagegen bei den Warenkreditsicherungsmitteln auszusehen. Zu nennen sind hier der *conditional sale* – Eigentumsvorbehalt und als dessen Äquivalent auf anderer Vertragsebene der *hire purchase* – Mietkauf.

Ersterer wird in England nicht mehr genutzt, da er aufgrund des überragenden Drittschutzes vor dem gutgläubigen Erwerb nicht sicher ist. Dennoch kommt man bei der Betrachtung des Eigentumsvorbehaltes zu keinen anderen als den oben gefundenen Ergebnissen. Wie in Frankreich umfasst mangels Anerkennung einer Verarbeitungsklausel auch der englische *conditional sale* nur eine sehr kleine Gütergruppe – fertige Produkte – die sich wesentlich von denen unterscheidet, die typischerweise mit einer Sicherungsübereignung belegt werden. Dahingehend muss der englische Rechtsverkehr also nicht mit besitzlosen dinglichen Sicherheiten an den für die Sicherungsübereignung typischen Gütern rechnen. Die Regeln des Eigentumsvorbehaltes stellen daher keine Inkonsequenz des englischen Gesetzgebers dar und führen damit auch nicht zu einer Missachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Die gleiche Konstruktion wie der *conditional sale*, nur auf einer anderen vertraglichen Basis, bildet der Mietkauf. Auch hier ist es über einen dogmatischen Umweg möglich, registrierfreie, besitzlose Mobiliarsicherheiten zu schaffen. Anders als der *conditional sale* unterliegt der *hire purchase* keinerlei Beschränkungen, sodass er grundsätzlich einer sehr großen Gütergruppe zugänglich ist. Typischer Gegenstand von *hire purchase*-Verträgen sind nicht wie beim *conditional sale* Endstufen einer Produktion, sondern Investitionsgüter – Produktionsmittel wie Maschinen, Werkzeuge und Werkhallen – mit einer Lebens- und Nutzungsdauer in Unternehmen von mehreren Jahren. Auf gleiche Güter erstreckt sich jedoch in der Regel auch die deutsche Sicherungsübereignung. Der englische inländische Rechtsverkehr muss daher bei Gütern, die typischerweise mit einer Sicherungsübereignung belegt wer-

den können, aufgrund des *hire purchase* durchaus mit dinglichen Sicherheiten rechnen. An dieser Stelle hält der englische Gesetzgeber die Publizität scheinbar für erlässlich, was wiederum das Beharren auf die Einhaltung der Publizitätsvorschriften bei der deutschen Sicherungsübereignung unverhältnismäßig macht.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass der englische Rechtsverkehr im *hire purchase* eine Konstruktion bereit hält, die ein dingliches, publizitätsloses Mobiliarsicherungsrecht an für die Sicherungsübereignung typischen Gütern begründen kann. Es handelt sich hierbei anders als die deutsche Sicherungsübereignung zwar um ein Waren- und kein Geldkreditsicherungsmittel, für den Dritten – der über die Publizität der maßgeblich Geschützte sein soll – macht es jedoch keinen Unterschied und ist auch nicht erkennbar, zu welchem Zwecke eine Sache besichert wurde. Da der *hire purchase* zu einer der häufigst genutzten Sicherungskonstruktionen zählt⁶⁷⁵, handelt es sich bei der Inkonsequenz des englischen Gesetzgebers auch um eine wesentliche Abkehr von den für die deutsche Sicherungsübereignung maßgeblichen Gründen. Die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung wäre daher unverhältnismäßig im Sinne der Cassis-Rechtsprechung. Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit würde daher über das negative Tatbestandsmerkmal der Cassis-Formel keine „Rechtfertigung“ finden, sodass die englischen Vorschriften – sollten sie zur Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung führen – einen Verstoß gegen Art. 28 EGV darstellen würden.

(ee) Schweden

Schließlich ist auch die schwedische Rechtsordnung darauf hin zu untersuchen, inwieweit ihre Regeln verhältnismäßig im Sinne der Cassis-Rechtsprechung sind. Wie gezeigt kennt das schwedische Recht vier Möglichkeiten der Mobiliarbesicherung. Während das vertragliche Pfandrecht ausnahmslos ein Übergabeerfordernis enthält, bedürfen der Sicherungskauf und die Unternehmenshypothek für ihre Wirksamkeit einer Eintragung in ein öffentliches Register. Insofern hält sich die schwedische Rechtsordnung streng an ihr Publizitätserfordernis. Wiederum ist es der Eigentumsvorbehalt, der die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung als unverhältnismäßig erscheinen lassen könnte. Da die schwedische Rechtsordnung beim Eigentumsvorbehalt keinerlei Erweiterungsformen zulässt, wird er wie bereits in anderen Rechtsordnungen dargestellt, nur für eine kleine Gruppe von Gütern – den Endprodukten – verwendet. Auch der schwedische Rechtsverkehr muss daher nicht mit der publizitätslosen Besicherung von für die Sicherungsübereignung typischen Investitionsgütern rechnen. Somit ist die Versagung der Anerkennung keine unverhältnismäßige Maßnahme im Sinne der Cassis-Rechtsprechung.

⁶⁷⁵ Infolge strenger Verbraucherschutznormen ist die Bedeutung zwar gesunken, dennoch ist der *hire purchase* noch eines der häufigst genutzten Sicherungsmittel, vgl. Savage/Bradgate, Business Law, S. 277.

(ff) Osteuropäische Länder

Für die osteuropäischen Länder kann für die Frage der Angemessenheit aufgrund der immer noch nicht abgeschlossenen Gesetzesreformierungen auf dem Gebiet der Sicherungsrechte insgesamt nur eine vorläufige Antwort gegeben werden.

Ungarn, Tschechien, die Slowakei, Lettland und Litauen kennen ausschließlich Sicherungsrechte mit umfangreichen Publizitäts- und Formvorschriften⁶⁷⁶. Die Sicherungsübereignung oder äquivalente besitzlose Sicherheiten sind diesen Ländern fremd. Aus diesem Grund wird vorliegend auch davon ausgegangen, dass die deutsche Sicherungsübereignung keine Anerkennung finden wird⁶⁷⁷. Dabei handelt es sich jedoch auch um ein konsequentes Ergebnis. Anders als in den bisher betrachteten Rechtsordnungen wurde in diesen Ländern ein völlig neues Sicherungsrecht geschaffen – es liegt kein an den Bedürfnissen der Sicherungsparteien langsam gewachsenes und daher ausnahmereiches Recht vor. Neben den publizitätsgebundenen Sicherungsrechten kennen diese Länder – außer dem mehr oder weniger weiten Eigentumsvorbehalt⁶⁷⁸ – keine dinglichen Sicherheiten, die einer deutschen Sicherungsübereignung ähnlich wären. Da der Eigentumsvorbehalt, wie bereits eingehend gezeigt, in keiner seiner Ausführungen geeignet ist, ein der Sicherungsübereignung ähnliches, unpubliques Sicherungsmittel zu schaffen⁶⁷⁹, halten die genannten Länder die Publizitätsanforderungen für die Besicherung von Investitionsgütern stringent durch. Im Falle einer Anerkennungsvergung durch diese Länder kann ihnen daher kein inkonsequentes Verhalten vorgeworfen werden. Ihre Maßnahmen sind daher durchaus verhältnismäßig im Sinne der Cassis-Rechtsprechung, sodass seitens dieser Länder kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht angenommen werden kann.

Ein anderes Ergebnis wurde für die Länder Estland, Polen und Slowenien gefunden. Diese weisen der deutschen Sicherungsübereignung ähnliche Sicherheiten in Form von Sicherungsübereignungen⁶⁸⁰ und besitzlosen Pfandrechten⁶⁸¹ auf. Aus diesem Grund wurde vorliegend auch davon ausgegangen, dass dem deutschen Recht eine Anerkennung nicht versagt wird. Sollte dies dennoch geschehen, wäre dies keineswegs verhältnismäßig im Sinne der Cassis-Rechtsprechung, da diese Länder in diesem Fall eine große Inkonsequenz im Umgang mit Sicherungsmitteln aufweisen würden. Dennoch darf nicht aus den Augen verloren werden, dass sich gerade in diesen Ländern die Kritik an dem bestehenden Sicherungssystem häuft. Es ist zu erwarten, dass die verbliebenen besitzlosen Sicherheiten im Fall von Polen und Estland abgeschafft werden und im Fall von Slowenien in ein besitzloses

⁶⁷⁶ Siehe Seite 101ff.

⁶⁷⁷ Siehe Seite 116.

⁶⁷⁸ Während Tschechien den Eigentumsvorbehalt nur in sehr engen Grenzen kennt (siehe Seite 103), lässt das lettische Recht auch erweiterte Formen zu (siehe Seite 107).

⁶⁷⁹ Dies wurde für die enge Form des Eigentumsvorbehaltes am Beispiel von Frankreich bewiesen (siehe Seite 55ff.) und für die erweiterten Formen am Beispiel von Österreich (siehe Seite 71ff.).

⁶⁸⁰ In Estland siehe Seite 112ff. und Polen siehe Seite 108ff.

⁶⁸¹ In Slowenien siehe Seite 113ff.

Registerpfandrecht umgewandelt werden⁶⁸². Sollte dies der Fall sein, so weisen auch diese Länder wie die übrigen osteuropäischen Länder nun jedoch nur noch publizitätsgebundene Sicherheiten und den Eigentumsvorbehalt auf. Mangels Institute wie den Widerkauf oder den Mietkauf würde die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung, gemessen an der inländischen Rechtsordnung, durchaus ein konsequentes Verhalten darstellen, dass einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Gemeinschaftsgrundfreiheiten standhält.

(e) Ergebnis

Die Anerkennungsversagung ist abschließend betrachtet damit in der Überzahl der hier betrachteten west- und osteuropäischen Staaten eine handelsbeschränkende Maßnahme, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet. Lediglich England und Italien müssen sich die Unverhältnismäßigkeit ihrer Maßnahmen resultierend aus der Bereithaltung des Wiederkaufes vorhalten lassen. Estland, Polen und Slowenien dürften wegen der Offensichtlichkeit vergleichbarer Institute der deutschen Sicherungsübereignung bereits schwerlich die Anerkennung versagen können. Sollte es dennoch geschehen, so würden auch diese handelsbeschränkenden Maßnahmen das Gebot der Verhältnismäßigkeit missachten und daher gegen Art. 28 EGV verstoßen. Dabei darf jedoch der stetige Wandel, in dem sich diese Rechtsordnungen noch immer befinden, nicht aus den Augen verloren werden. Zu erwarten steht vielmehr, dass auch diese Länder in einiger Zeit zu Recht und ohne Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht der deutschen Sicherungsübereignung die Anerkennung versagen dürfen.

cc) Ergebnis

Für die Überzahl der europäischen Länder stellt die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung daher keine der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung gleichstehende Maßnahme dar. Das Gemeinschaftsrecht in Art. 28 EGV wird daher nicht verletzt. Etwas anderes gilt lediglich für Italien und England sowie derzeit drei osteuropäische Staaten.

c. Kapitalverkehrsfreiheit

Durch die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung wird auch die Kapitalverkehrsfreiheit tangiert. Der Begriff der Kapitalverkehrsfreiheit umfasst nicht nur den Verkehr mit Sachkapital – Investitionen, Immobilien etc. –, sondern auch denjenigen von Geldkapital – Bürgschaften, Krediten, und Wertpapieranlagen –⁶⁸³. Gewährleistet werden soll eine freie Bewegung dieser Kapitalformen.

⁶⁸² Siehe zu den einzelnen Kritikpunkten und Reformvorschlägen Seite 112ff.

⁶⁸³ Hakenberg, Grundzüge des europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 123; Oppermann, Europarecht, Rn. 756.

aa) Konkurrenz der Grundfreiheiten

Bevor jedoch überprüft werden soll, inwieweit die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt ist, bleibt festzustellen, ob eine solche überhaupt neben der Warenverkehrsfreiheit bestehen kann. In welchem Verhältnis die Grundfreiheiten grundsätzlich stehen, ob sie auf einen gleichen Sachverhalt kumuliert oder exklusiv anzuwenden sind, ist ungeklärt und von der Rechtsprechung auch nur teilweise beleuchtet worden⁶⁸⁴. Einigkeit besteht jedoch insoweit, als dass Exklusivität dann nicht bestehen soll, wenn eine mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift in verschiedene Grundfreiheiten eingreift und die Regelung verschiedene wirtschaftliche Sachverhalte betrifft⁶⁸⁵. Wie sich aus den Ausführungen ergibt, kann man durchaus von einer solchen Verschiedenheit der Sachverhalte ausgehen. Im Grunde geht es zwar in beiden Fällen darum, dass eine Sicherheit keinen Bestandsschutz genießt, dieser Punkt wird jedoch aus zwei verschiedenen Positionen betrachtet. Ging es im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit darum, inwieweit sich die Nichtanerkennung auf die Mobilität der Güter auswirkt, wird das Ganze nun aus Sicht der Sicherungsnehmer – meist der Banken – betrachtet, indem man untersucht, inwieweit die fehlende Anerkennung auf die Entstehungsmöglichkeit dieses Sicherungsinstituts einwirkt. Des Weiteren betreffen erstere Überlegungen das Sicherungsgut, während letztere den Sicherungsgrund betrachtet. Im Übrigen sind der Schutzbereich und der Beschränkungsmaßstab der fraglichen Grundfreiheiten in der zu untersuchenden Konstellation ohnehin deckungsgleich, sodass sich eine Abgrenzung auch unter diesem Gesichtspunkt erübrigt⁶⁸⁶. Dennoch bestehende Unterschiede können durch das in beiden Freiheiten geltende Korrektiv der Verhältnismäßigkeit begegnet werden. Die Kapitalmarktfreiheit kann also durchaus neben der Warenverkehrsfreiheit tangiert sein.

bb) Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit

Um eine Verletzung des Kapitalverkehrs feststellen zu können, sind zunächst die Auswirkungen zu betrachten, welche die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung nachsichziehen. Es sind zwei Situationen zu unterscheiden. Zunächst soll der grenzübertretende Kreditverkehr betrachtet werden. Dieser nimmt im Zuge der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes eine stetig wachsende Bedeutung ein. Begünstigt durch die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit kommt es zu einer immer stärkeren Verflechtung der Finanzmärkte. Wollen die Banken in diesem Wettbewerb bestehen, so ist ihrerseits eine Präsenz auf dem europäischen Markt nötig. Ein Kreditinstitut kann sich daher nicht mehr darauf beschränken, im Inland tätig zu sein. Hinzukommend werden die Banken auch mittelbar gezwungen, ihr Aktivitätsfeld ins Ausland auszudehnen.

⁶⁸⁴ Dienst- und Niederlassungsfreiheit schließen einander aus vgl. EuGH EuZW 1995, 92 ff.

⁶⁸⁵ Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum Eu-Vertrag, Band I, Art. 30 Rn. 334; Müller-Graff in: FS für Lukes, 1989, S. 471ff.; Ohler in: WM 1996, 1801 (1803).

⁶⁸⁶ So auch Lenz/Weber, EG Vertrag Kommentar, Vorbem. Art. 56-60 Rn. 10.

Zahlenmäßig den größten Kundenkreis bilden die mittelständischen Unternehmen⁶⁸⁷. Denen hat der europäische Binnenmarkt eine Chance geboten, ihre Absatzfelder auf das Ausland auszudehnen, ohne durch den früher bestehenden administrativen Aufwand gebremst zu werden. Wollen die Banken diese Kunden nicht verlieren, sind sie häufig gezwungen, ihnen mit ihren Leistungen ins Ausland zu folgen. Der grenzübertretende Kreditverkehr hat daher im Zuge der Binnenmarktverwirklichung stark zugenommen, sodass der nun vorzunehmenden Betrachtung durchaus ein gewisses Gewicht zukommt. Im Rahmen des grenzübertretenden Kreditverkehrs gewährt die inländische Bank einem ausländischen Unternehmen oder einem inländischen Unternehmen mit einer Zweigstelle im Ausland einen Kredit und lässt sich zu dessen Absicherung eine Mobiliarsicherheit bestellen. Da kein europäisches Land die deutsche Sicherungsübereignung anerkennt, ist die inländische Bank zu verschiedenen Vorgehensweisen gezwungen, will sie ihre Sicherheit nicht gleich wieder verlieren.

Zunächst einmal ist seitens der Bank an die Wahl eines anderen Sicherungsmittels zu denken. Da der Eigentumsvorbehalt für Investitionsgüter nicht fruchtbar gemacht werden kann, bleiben nur die schuldrechtlichen Sicherungsmittel wie Bankgarantie oder Bankbürgschaft. Bei der Einräumung dieser fallen erhöhte Kosten an⁶⁸⁸. Diese kann entweder die Bank tragen, mit der Folge, dass sie durch die Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung erhöhte Ausgaben hat, die sonst nicht angefallen wären. Genauso kann sie jedoch die Kosten auch auf den Kreditnehmer abwälzen, was die Attraktivität der Bank aus Sicht der Kunden natürlich schmälert. Die Bank kann auch bei der Bestellung einer Sicherungsübereignung bleiben, muss dann jedoch gewährleisten, dass die Formerfordernisse des Auslandes eingehalten werden. Wiederum werden Kosten erzeugt, die wahlweise die Bank oder der Kreditnehmer zu tragen hat, mit der gleichen, bereits beschriebenen negativen Folge. Schließlich kann sich die Bank entschließen, gar keine grenzübertretende Kredite zu vergeben. Dies dürfte ihren Geschäftsradius geradezu ruinös eingrenzen, so dass dies die schärfste Folge der Nichtanerkennung von Sicherungsübereignungen ist. Wie gezeigt, sind die Banken bei der grenzübertretenden Kreditvergabe aufgrund der Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung dazu gezwungen, entweder gänzlich auf solche Geschäfte zu verzichten oder ein wesentlich kostenintensiveres Sicherungsmittel zu wählen, als ursprünglich vorgesehen. Die Zahl der tatsächlich grenzübertretend vergebenen Kredite dürfte sich in Anbetracht der Unannehmlichkeiten entsprechend gering halten.

Ein ähnliches Bild ergibt sich bei Kreditgeschäften, die zwar zunächst nicht grenzübertretend wirken, bei denen jedoch die besicherte Sache ins Ausland verbracht werden soll oder zumindest die Möglichkeit einer solchen Vorgehensweise besteht. In Anbetracht des immer stärker werdenden europäischen Zusammenwachsens und der damit verbundenen steigenden Mobilität der Bürger kann eine Bank in keinem Fall sicher sein, dass die besicherte Sache das Inland nicht verlässt. Wieder ist die

⁶⁸⁷ Gröschel in: Kreditinstitute im europäischen Binnenmarkt, 1993, S. 27ff.

⁶⁸⁸ Siehe Fn. 546.

Bank – diesmal unter Zuhilfenahme einer gewissen Voraussicht – zu den oben beschriebenen Vorsichtsmassnahmen gezwungen.

Die Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung im europäischen Ausland führt seitens der kreditgebenden Banken zu einer reduzierten Brauchbarkeit des Sicherungsmittels und damit zu einem Verzicht der Kreditvergabe oder der erheblichen Verteuerung derselben.

Unstreitig von der Kapitalfreiheit erfasst ist die erstgenannte Fallgruppe, in welcher der vergebene Kredit bereits grenzüberschreitend ist, das heißt, dass Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind⁶⁸⁹. Problematisch erscheint jedoch die zweite Fallkonstellation. Hier findet die eigentliche Kreditbeziehung im Inland statt, lediglich die besicherte Sache gelangt anschließend ins Ausland. Hier scheinen die EG-Freiheiten gar nicht berührt zu sein. Wenn man jedoch den Verkehr zwischen den Staaten schützt, so muss erst recht der inländische Verkehr vor den Zugriffen des europäischen Auslands geschützt sein. Die Grundfreiheiten verfolgen in erster Linie das Ziel, Repräsentationsdefizite auszugleichen⁶⁹⁰. Damit unterliegen auch solche Sachverhalte den europäischen Grundfreiheiten, die sich zwar im Inland zutragen, deren Wirksamkeit jedoch von einer ausländischen Rechtsordnung bestimmt ist⁶⁹¹. Beide der oben beschriebenen Situationen sind folglich von der Kapitalverkehrsfreiheit betroffen, die aus den genannten Gründen vorliegend auch verletzt ist. Genau wie die Warenverkehrsfreiheit unterliegt jedoch auch die Kapitalverkehrsfreiheit gewissen Schranken. Zunächst fraglich wäre, ob die Einschränkung der Keck-Rechtsprechung vorliegend übertragbar ist. Dies kann jedoch offen bleiben, da die zur Rede stehenden Regelungen wie gezeigt zwar als Verkaufsmodalitäten ausgestaltet sind, jedoch dennoch in den Schutzbereich der Grundfreiheiten fallen⁶⁹². Weitere Schranken für die Kapitalverkehrsfreiheit ergeben sich aus Art. 58 I lit. a sowie lit. b EGV. Wie die Nennung von Gründen, wie die Öffentliche Ordnung und Sicherheit, in Art. 58 I lit. b EGV zeigt, sollen die aufgelisteten Schranken keineswegs abschließend, sondern vielmehr nur beispielhaft sein⁶⁹³. Hier werden Parallelen zur Cassis-Rechtsprechung gezogen⁶⁹⁴, wonach eine Maßnahme dann nicht mehr in die Grundfreiheit eingreift, sofern sie auf zwingenden Erfordernissen beruht und durch verhältnismäßige Erwägungen „gerechtfertigt“ ist. Insoweit kann auf die getätigten Aussagen verwiesen werden⁶⁹⁵.

⁶⁸⁹ v. Wilmowsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 79.

⁶⁹⁰ Lecheler, Einführung in das Europarecht, S. 219.

⁶⁹¹ v. Wilmowsky, Europäisches Kreditsicherungsrecht, S. 82.

⁶⁹² Siehe Seite 131.

⁶⁹³ Herdegen, Europarecht, Rn. 281; Lecheler, Einführung in das Europarecht, S. 286; Pajunk, Die Bedeutung und Reichweite der Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages – die gegenseitige Anerkennung von Privatrechtseinrichtungen am Beispiel der englischen Mobiliarkreditsicherheiten.

⁶⁹⁴ EuGH 1.6.1999 - Rs C 302/97 Tiroler Bodenverkehrsgenehmigung, EuZW 1999, 635.

⁶⁹⁵ Siehe Seite 138.

d. Dienstleistungsfreiheit Art. 49 ff. EGV

Die Dienstleistungsfreiheit wird in Art. 50 EGV selbst subsidiär zu den übrigen Freiheiten erklärt, so ein näheres Eingehen darauf vorliegend unterbleiben muss.

e. Bedeutung für die Rechtsangleichung

Die Mehrzahl der hier betrachteten Rechtsordnungen verletzen bei der Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung nicht die Grundsätze der Warenverkehrs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Ihre Regelungen sind damit diesbezüglich nicht europarechtswidrig und werden und können weiterhin Anwendung finden. Dennoch bedeutet dies nicht, dass von den entsprechenden Regelungen keine Handelsbehinderung ausgeht. Eine Beeinträchtigung des deutschen Sicherungsverkehrs durch diese Länder bleibt daher weiter zu erwarten.

Hinsichtlich der englischen und italienischen Regelungen sowie den drei osteuropäischen Regelungen liegt in der Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten begründet. Solche Verstöße zu sanktionieren, obliegt dem Europäischen Gerichtshof. In der Regel erfolgt die EuGH-Anrufung mittels des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EGV⁶⁹⁶. Kommt ein nationales Gericht im Rahmen eines Rechtsstreites zu der Erkenntnis, dass möglicherweise das Gemeinschaftsrecht verletzt ist und will es über dessen Auslegung und Gültigkeit Gewissheit, so setzt es das Verfahren aus und legt die Frage dem EuGH vor⁶⁹⁷. Dessen Tätigwerden ist daher als prozessuales Zwischenverfahren zu betrachten⁶⁹⁸. Kommt der EuGH – wie in den Fällen Italiens und Englands – zu dem Ergebnis, dass durch die Nichtanerkennung der deutschen Sicherungsübereignung gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen worden ist, so ist das nationale Gericht an diese Entscheidung gebunden und darf in dem zugrunde liegenden Fall die überprüfte nationale Maßnahme nicht anwenden. Die Entscheidung des EuGH wirkt daher zunächst nur *inter partes*, bildet aber zugleich einen Präzedenzfall für spätere Sachverhalte⁶⁹⁹. Die überprüfte Maßnahme – in der Regel Rechtssätze – werden jedoch nicht für nichtig erklärt⁷⁰⁰. Für den nationalen Gesetzgeber besteht zwar aufgrund des Fallrechts ein gewisser Anreiz, seine Regelungen zu ändern, dies ist aber keine zwingende Konsequenz. Die Regelungen bleiben daher zunächst weiter wirksam, können den Verkehr – insbesondere den deutschen Sicherungsverkehr – weiter behindern und werden nur im Falle einer erneuten Klage nicht angewendet.

⁶⁹⁶ Hakenberg, Grundzüge des europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 85; Oppermann, Europarecht, Rn. 756.

⁶⁹⁷ EuGH Foglia/Novello I, Slg. 1980, 745; EuGH Foglia/Novello II, Slg. 1981, 3045; EuGH Kremzow, Slg. 1997, I-2629.

⁶⁹⁸ Everling, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der EG, 1986, S. 56ff.

⁶⁹⁹ Herdegen, Europarecht, Rn. 223; Lecheler, Einführung in das Europarecht, S. 212; Oppermann, Europarecht, Rn. 771.

⁷⁰⁰ Eine Nichtigkeitserklärung kann nur im Rahmen der Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 EGV erfolgen, die jedoch auf die Überprüfung von Gemeinschaftsrecht beschränkt ist.

Für die deutsche Sicherungsübereignung bedeutet dies, dass sie in vielen Fällen zu Recht im europäischen Ausland nicht angewandt wird. Dies geschieht in wenigen Fällen zwar zu Unrecht, solange der EuGH zu dieser Frage jedoch nicht judiziert hat, bleibt dies folgenlos. Damit kann auf das in der Einleitung dieses Kapitels Gesagte zurückgekommen werden. Gerade aus deutscher Sicht besteht ein erhöhtes Bedürfnis danach, tauglich für den europäischen Sicherungsverkehr zu sein. Als mögliche Lösung wurde zunächst die Überprüfung der einzelnen Regelungen am Gemeinschaftsrecht vorgeschlagen, mit der eventuell denkbaren Folge, dass in Zukunft alle diese Regelungen nicht mehr angewendet werden dürfen. Wie gezeigt gilt dies jedoch nur für die Regelungen Italiens, Englands und weniger osteuropäischer Staaten, bei denen wiederum das Ergebnis keinesfalls ein Endgültiges ist. Einzig wirksamer Weg Deutschlands bietet daher nicht die Überprüfung des Gemeinschaftsrechtes, sondern die Rechtsangleichung.

2. Rechtsangleichung auf EU- und internationaler Ebene

Die Rechtsangleichung kann am wirksamsten auf EU-Ebene durch Harmonisierung der einzelnen nationalen Regelungen oder durch eine gegenseitige Anerkennungsverpflichtung erfolgen. Es ist jedoch auch möglich, die Rechtsangleichung nur von deutscher Seite zu betreiben, damit auf nationaler Ebene anzusetzen und das inländische Recht an den beschriebenen Trend der EU anzugleichen. Es sollen im Folgenden die Möglichkeiten der internationalen Rechtsangleichung untersucht werden, bevor auf die nationale einzugehen ist. Da es jedoch nicht der Sinn dieser Arbeit ist, der unüberschaubaren Anzahl von EU-Harmonisierungsvorschlägen⁷⁰¹ einen weiteren hinzuzufügen, sondern vielmehr soll der durchaus lohnenswerte Weg einer nationalen – von deutscher Seite ausgehenden – Harmonisierung bedacht und versucht werden. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich daher auf eine kurze Darstellung der bisher erbrachten Bemühungen und Vorschläge bzgl. einer europaweiten Rechtsharmonisierung.

a. Kollisionsrechtlicher Ansatz

Teilweise wurde versucht, die Rechtsangleichung über die kollisionsrechtliche Ebene zu erreichen. Da es sich um einen geringeren Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen handelt, war bei deren Umsetzung mit einer höheren Akzeptanz zu rechnen. Eine alleinige Vereinheitlichung der Kollisionsnormen kann jedoch keine

⁷⁰¹ Kaufhold, Internationales und europäisches Mobiliarsicherungsrecht, S. 148ff; Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, S. 233; Kreuzer in: Festschrift für von Overbeck 1990, 613 (637ff); ders. in: Henrich, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts, S. 107 ff.; Sanchez Lorenzo in: Revista de la Corte Espanola de Arbitraje 1986, 119f.; Seif, Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten, 1997, S. 299ff., die den entwickelten Vorschlag jedoch nur aus den gefundenen Ergebnissen des Vergleiches zwischen der englischen und der deutschen Rechtsordnung zieht.

Problemlösung herbeiführen⁷⁰². Dies zeigt die Tatsache, dass mit der allgemeinen Geltung der *lex rei sitae* bereits eine Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des Kollisionsrechtes vorliegt, man von einer Problemlösung jedoch weit entfernt ist. Man hat daher bei der Rechtsangleichung auf kollisionsrechtlicher Ebene erkannt, dass es zusätzlich einer gewissen Mindestharmonisierung bedurfte. Dies wurde in den einzelnen Vorschlägen berücksichtigt. Insofern ist es eigentlich verfehlt, von einem kollisionsrechtlichen Ansatz zu sprechen. Dabei soll vorliegend jedoch in Abgrenzung zur „reinen Sachrechtsangleichung“ auf den kollisionsrechtlichen Schwerpunkt der Rechtsangleichungsbemühungen aufmerksam gemacht werden.

Die ersten Bemühungen auf diesem Gebiet schlugen sich in dem heute weitgehend unbeachteten⁷⁰³ *Fédération Bancaire- Entwurf* – dem von der *Fédération Bancaire de la Communauté Economique Européenne* vorgelegte Entwurf eines Abkommens über die Regelung der extraterritorialen Wirkungen ausländischer besitzloser Sicherheiten – nieder⁷⁰⁴. Dieser bestimmte in Art. 1 die Anerkennung eines wirksam begründeten Sicherungsrechtes, sofern es zuvor in ein beim Ministerrat der Europäischen Gemeinschaft einzurichtenden zentralen Register (Art. 6-12) eingetragen worden ist⁷⁰⁵. Die Anerkennung sollte mittels Umsetzung erfolgen, die ein Umsetzungskatalog in Art. 3 für alle Länder verbindlich zu regeln suchte. Obwohl der Entwurf niemals in der für ihn vorgesehenen Form Wirksamkeit erlangte, kann er dennoch nicht als völlig gescheitert betrachtet werden.

Im Entwurf einer Richtlinie über die Anerkennung der besitzlosen Sicherheiten an beweglichen Sachen und der Eigentumsvorbehaltsklauseln bei den Verkäufen beweglicher Sachen⁷⁰⁶ wurden Art. 1-5 des *Fédération Bancaire-Entwurfs* übernommen. Der neue Richtlinienentwurf knüpft an die Idee der Transpositionslösung an und verpflichtet die Mitgliedsstaaten in Art. 1, ein wirksam begründetes, besitzloses Sicherungsmittel anzuerkennen, sofern dies – bis auf den einfachen Eigentumsvorbehalt – registriert worden ist. Genau wie der *Bancaire-Entwurf* soll diese Anerkennung mittels einer Umsetzung erfolgen, für die ein einheitlicher Transpositionskatalog in Art. 4 bereitgehalten wird. Probleme warf der Richtlinienentwurf bei der Art und Weise der Registrierung auf. Hier fand sich keine Einigkeit, sodass zunächst drei Varianten niedergelegt⁷⁰⁷ und eine weitere in Betracht gezogen wurde⁷⁰⁸. Im Entwurf erwog man die Schaffung eines Zentralregisters, die Begründung

⁷⁰² Coing in: ZfRV 8 (1967), 78 (79); Hübner in: ZIP 1980, 825 (832); Kreuzer in: FS für v. Overbeck, 1990, S. 630 (631).

⁷⁰³ Kaufhold, Internationales und europäisches Mobiliarsicherungsrecht, S. 148ff; Kieninger, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, S. 216.

⁷⁰⁴ *Fédération Bancaire-Entwurf*, Begründung, S. 3ff.

⁷⁰⁵ Vorbild für diese Form des Zentralregisters ist das notice filing der amerikanischen Regelung des Art. 9 UCC, vgl. *Fédération Bancaire-Entwurf*, S. 18ff.

⁷⁰⁶ Kommission der EG, Generaldirektion Binnenmarkt, Dokument XI/466/73-D; abgedruckt: Drobniig/Goode in: Goode/Simmonds (Hrsg.), *Commercial Operations in Europe*, S. 378ff.

⁷⁰⁷ vgl. Art. 6-8 des Richtlinienentwurfs.

⁷⁰⁸ *Résultats*, Kommission der EG, Generaldirektion Binnenmarkt, Dok. XI/151/74-D, S. 6; Drobniig, Report of the Secretary-General: Study on Security Interests, (A/CN9/131), UNCITRAL-Yearbook 1977, Part two, II, A. S. 171 (186).

von nationalen Einzelregistern mit Informationsaustausch und nationalen Einzelregistern ohne Informationsaustausch⁷⁰⁹. Auf den Vorschlag Legardes schließlich zog man auch die Einführung eines Zertifikatssystems in Betracht, bei dem die Sicherheiten auf einem einheitlich gestalteten Dokument einzutragen sind⁷¹⁰. Letztere Vorgehensweise wies jedoch eine Vielzahl von Nachteilen auf, die auch die Nichtaufnahme in den Entwurf begründeten. Zum einen ist dadurch der Schutz der ungesicherten Gläubiger – die regelmäßig keinen Einblick in die Dokumente haben – nicht gewährleistet, zum anderen können Globalsicherheiten wie die *floating charge* oder der *fond de commerce* nicht erfasst werden. Da man bei der Frage der Registrierung zu keinem Ergebnis kam, beschränkte man in der Folgezeit die Arbeiten zunächst auf den einfachen Eigentumsvorbehalt⁷¹¹, um sie dann Anfang der 80er Jahre endgültig sine die zurückzustellen.

Weitere Vorschläge zur Rechtsvereinheitlichung auf der Kollisionsebene, wie beispielsweise die Einführung einer *Rechtswahlmöglichkeit*⁷¹², wurden bislang durch die EG oder andere internationale Organisationen nicht verfolgt.

b. Sachrechtsangleichung

Ein weiterer Ansatzpunkt zur Rechtsangleichung findet sich auf der Ebene des Sachrechts. Auch hier wurden durch die EU sowie durch andere internationale Organisationen bereits Vorstöße unternommen. Als mögliche Wege sah man die umfassende Angleichung nationaler Rechte auf dem Gebiet des Sachenrechts einerseits, sowie die Behandlung einzelner Sicherungsrechte oder Sachverhalte andererseits. Mit Letzterem kann auf dem Gebiet der Sicherungsübereignung kaum gerechnet werden. Das der deutschen Sicherungsübereignung entsprechende Institut war wie gezeigt in einer Vielzahl europäischer Rechtsordnungen bekannt. Nach und nach löste sich jedes dieser Länder von diesem Sicherungsinstitut⁷¹³. Als letz-

⁷⁰⁹ Welche wegen des hohen Kosten- und Verwaltungsaufwand kritisiert wurde, vgl. Résultats, Kommission der EG, Generaldirektion Binnenmarkt, Dok. XI/151/74-D, S. 6.

⁷¹⁰ Résultats, Kommission der EG, Generaldirektion Binnenmarkt, Dok. XI/151/74-D, S. 6; Drobnič, Report of the Secretary-General: Study on Security Interests, (A/CN9/131), UNCITRAL-Yearbook 1977, Part two, II, A. S. 171 (186).

⁷¹¹ „Vorschlag einer Richtlinie des Rates über die rechtlichen Folgen von Vereinbarungen eines einfachen Eigentumsvorbehaltes an Waren“ Kommission der EG, Generaldirektion Binnenmarkt und gewerbliche Wirtschaft, Dokument III/872/79-D.

⁷¹² Drobnič in: RabelsZ 32 (1968), 450 (459); ders in: FS für Kegel, 1977, 141 (150); Einsele in: RabelsZ 60 (1996), 417 (435, 444) unter Zusammenfassung des Meinungsstandes und der widerstreitenden Argumente; Jayme in: FS für Serick, 241 (246); Jayme/Kohler in: IPRax 1992, 346 (348); Stoll in: RabelsZ 38 (1974), 450 (452); ders. in: IPRax 1977, 411 (412); Sturm in: NJW 1974, 1036 (1037); Weber in: RabelsZ 44 (1980), 511; v. Wilimowsky in: Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, S. 43 ff unter dem Gesichtspunkt der EG-Grundfreiheiten.

⁷¹³ Schweden 1845 durch die lösoreköpförordning, vgl. FN 360; 1925 Österreich durch die Einführung verschärfter Voraussetzungen, vgl. FN 259+260; Italien 1983 durch die Rechtsprechung, vgl. FN 230.

tes wandten sich auch die Niederlande 1993 von diesem Sicherungsmittel ab⁷¹⁴, sodass fortan Deutschland das einzige Land ist, das die Sicherungsübereignung in dieser Form kennt. Aufgrund dieser Alleinstellung ist eine Vereinheitlichung bzgl. dieses Institutes nicht zu erwarten, da weder die EU noch die anderen internationalen Organisationen ein ausreichendes Interesse daran haben. Eine Vielzahl von Vorschlägen existieren im Bereich der umfassenden Sachrechtsangleichung.

aa) UNCITRAL - Uniform rules on security interests

Die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ist ein Ausschuss der Vereinten Nationen, der sich unter repräsentativer Beteiligung von Vertretern aus allen Teilen der Welt um die Harmonisierung und Vereinheitlichung des Rechts des internationalen Handels bemüht⁷¹⁵. In den 70er Jahren entstand zunehmend das Bedürfnis, den internationalen Handel zu erleichtern und damit das Volumen an verfügbarem Kredit zu vergrößern⁷¹⁶. Diese Zielsetzung vor Augen, beantragte das Generalsekretariat bei *Ulrich Drobniq* ein rechtsvergleichendes Gutachten auf dem Gebiet der Sicherungsrechte⁷¹⁷. Dieser kam in seiner Studie von 1977 zu dem Ergebnis, dass ein Modellgesetz zum materiellen Recht die geeignetste Form der Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet der Mobiliarsicherheiten sei⁷¹⁸.

Von dieser Grundlage ausgehend, wurde noch eine weitere Sekretariatsnotiz eingeholt, die sich mit dem amerikanischen Sicherungsrecht des Art. 9 UCC beschäftigt⁷¹⁹, sowie zwei weitere Berichte des Generalsekretariats⁷²⁰. In einem endgültigen Bericht des Generalsekretariats wurden dann Grundfragen der Einheitsregelung diskutiert; von der Schaffung eines Modellgesetzes war man jedoch noch sehr weit entfernt⁷²¹. Man erwog die Einführung eines einheitlichen Sicherungsrechts für alle Sicherungszwecke und Gegenstände und orientierte sich dabei an

⁷¹⁴ vgl. Art. 3-84 III NBW.

⁷¹⁵ Oppermann, Europarecht, Rn. 1200, 1264; Schwappach, EU-Rechtshandbuch für die Wirtschaft, § 3 Rn. 5.

⁷¹⁶ Report of the Secretary-General: Security interests in goods (A/CN.9/102), para 16, UNCITRAL-Yearbook 1977, part two II 5.. (S. 161); UNCITRAL, 10th session, Official Records of the General Assmby , thirty-second Session, Supplement No. 17 (A/32/17), Annex II, para 10, UNCITRAL Yearbook 1977, Part one, II. A. (S. 65).

⁷¹⁷ Report of the Secretary-General: study on Security Interests (A/CN.9/131), UNCITRAL-Yearbook 1977, part two II A. (S. 171).

⁷¹⁸ Drobniq, Study on Security Interests, United Nations Secretariat, UN Doc. St/LEG/11. 4. 3. 1975: International Trade Law Branch, International Payments (1975), S. 220-222.

⁷¹⁹ Note by the Secretariat on Article 9 UCC, UNCITRAL-Yearbook 1977, Part two, II, B, (A/CN9/132), S. 222ff.

⁷²⁰ Report of the Secretary-General: Study on Security Interests (A/CN.9/130); Report of the Secretary-General: Feasibility of Uniform rules UNCITRAL-Yearbook 1979, part two, II, C, (A/CN9/165) (S. 81ff.); UNCITRAL-Yearbook 1977, part two II A. (S. 171).

⁷²¹ Report of the Secretary-General: study on Security Interests UNCITRAL-Yearbook 1980, part two, III, D, (A/CN9/186) (S. 89ff.); Siehr in: Rabels 1995, 454 (456).

Art. 9 UCC⁷²². Im Einzelnen blieben die Voraussetzungen zu dessen Entstehung sowie die Wirkungen sehr vage. Insbesondere konnte man sich zu der Frage der Registrierung zu keinem klaren Konzept durchringen. Grund für diese schleppenden Ergebnisse sah man in der zu starken Komplexität der Materie – „*world-wide unification of the law of security interests in goods ... was in all likelihood unattainable ... and ... that no further work should at present be carried out by the Secretariat*“. Die Arbeiten wurden daher 1980 *sine die* eingestellt⁷²³. 1992 wurde erstmalig wieder angeregt, die Arbeiten an dem Modellgesetz wieder aufzunehmen⁷²⁴. Dieser Vorschlag wurde jedoch nicht aufgegriffen⁷²⁵. In der Folgezeit wurde noch zweimal die Aufnahme der Arbeiten angeregt⁷²⁶; bisher jedoch ohne Erfolg. Für die Zukunft bleibt daher abzuwarten, ob und inwieweit die UNCITRAL der Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Mobiliarsicherheiten dienlich ist.

bb) MLST

Eine weitere Vereinheitlichung nationaler Sachrechte auf dem Gebiet der Mobiliarsicherheiten sieht das Model Law on Secured Transactions vor⁷²⁷. Während dieses Modellgesetz von den osteuropäischen Ländern sehr gut angenommen wurde, ist es für westeuropäische Länder nicht geeignet. Anders als in den osteuropäischen Ländern, in denen nach Zerfall der sozialistischen Regierungen völlig neue Rechtssysteme geschaffen werden mussten, herrschen in Westeuropa statische, in Konkurs- und Insolvenzregeln austarierte Gläubigerordnungen vor, die dem Modellgesetz keinen Anwendungsbereich lassen⁷²⁸.

cc) CMLM

Für eine kleine Gruppe von Sicherungsgegenständen – den Schiffen – sieht das Internationale Übereinkommen über Schiffsgläubigerrechte und Schiffshypotheken⁷²⁹ Regelungen vor. Dieses Übereinkommen ist von Deutschland zwar gezeichnet, bisher jedoch nicht ratifiziert worden.

⁷²² Report of the Secretary-General: study on Security Interests, issues to be considered in the preparation of uniform rules (A/CN9/186), UNCITRAL-Yearbook 1980, two, III, D (S. 90).

⁷²³ Report of the United Nations Commission on International Trade Law: Thirteenth Session, UNCITRAL-Yearbook 11 (1980), Part one II A, S. 7, 11.

⁷²⁴ UNCITRAL, 26th session (1993), Possible Future Work, Note by the Secretariat (A/CN9/378).

⁷²⁵ UNCITRAL, 26th session (1993), Official Records of the General Assembly, Forty-eight Session, Supplement No. 17 (A/48/17), para 289.

⁷²⁶ UNCITRAL, 33th session (2000), Possible Future Work, Report of the Secretary-General (A/CN9/475); UNCITRAL, 34th session (2001), Possible Future Work in security interests, Note by the Secretariat (A/CN9/496).

⁷²⁷ Zu den Einzelheiten dieses Modellgesetzes vgl. Seite 98ff.

⁷²⁸ Introduction in: Model Law, S.v.

⁷²⁹ International Convention on Maritime Liens and Mortgages (CMLM) vom 6. Mai 1993; abgedruckt in: ILM 1994, 353.

dd) Genfer Übereinkommen vom 19. Juni 1948

Die Vereinheitlichung nationaler Sachrechte, aber auch einzelne Kollisionsnormen enthält schließlich das Genfer Übereinkommen über die internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen⁷³⁰. Danach verpflichten sich die Vertragsstaaten, dingliche Sicherungsrechte an Luftfahrzeugen sowie Luftfahrzeuggegenständen anzuerkennen, soweit diese in dem Registerstaat wirksam entstanden und registriert sind⁷³¹. Daneben sollen sich auch die Wirkungen der Eintragung nach dem Registerrecht richten⁷³². Neben diesen direkten und indirekten Kollisionsnormen enthält das Übereinkommen auch zahlreiche Einheitsrechtsregelungen⁷³³. Zunehmend wird das Genfer Übereinkommen jedoch als nicht mehr ausreichend und zeitgemäß erachtet. Es besteht vielmehr das Bedürfnis einer grundlegenden Verbesserung der Finanzierung von Luftfahrzeugen. Insbesondere die Kosten für solche Finanzierungen sollten gesenkt werden. Hoffnungsvoll wenden sich daher die Mitgliedsstaaten dem im folgenden beschriebenen Übereinkommen zu⁷³⁴.

ee) UNIDROIT

Einziges derzeit interessantes Übereinkommen sind die von dem Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT) entwickelten *Uniform rules on certain international aspects of security interests in mobile equipment*. Dabei handelt es sich um ein Übereinkommen, welches ein internationales Sicherungsrecht an beweglichen, hochwertigen, als Einzelstück identifizierbaren Ausrüstungsgegenständen begründet, die im Geschäftsverkehr typischerweise im grenzüberschreitenden Verkehr eingesetzt werden⁷³⁵. Da es sich im Laufe der Vorbereitungen als schwierig erwiesen hat, ein einheitliches Sicherungssystem für so unterschiedliche Ausrüstungen wie Eisenbahnen auf der einen und Satelliten auf der anderen Seite zu kreieren, wählte die UNIDROIT einen neuen Weg⁷³⁶. Bei dem Übereinkommen handelt es sich um ein Basisübereinkommen, das für sich gesehen noch keine Regelungswirkung entfalten kann. Erst durch Erschaffung von Zusatzprotokollen für die einzelnen Ausrüstungsgegenstände entsteht eine funktionsfähige Regelung. Neben dem hier beschriebenen Basisabkommen existiert bereits ein Protokoll für Luftfahrtausrüstung; eines über Weltraumausrüstung⁷³⁷ und Eisen-

⁷³⁰ BGBl. 1959 II, S. 179.

⁷³¹ vgl. Art. I Abs. 1 lit. d des Übereinkommens.

⁷³² vgl. Art. II Abs. 2 des Übereinkommens.

⁷³³ Hinsichtlich der Rangfolge und Registrierung der dinglichen Rechts, sowie bezüglich Vollstreckungsmaßnahmen.

⁷³⁴ Gem. Art. XXIII des Protokolls über Luftfahrtausrüstung, welches das UNIDROIT-Übereinkommens über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung ausgestaltet, treten für die Vertragsstaaten des Genfer Übereinkommens dessen Regelungen in Bezug auf Luftfahrzeuge und Luftfahrzeuggegenstände zurück.

⁷³⁵ vgl. Präambel, Art. 2 I Konv.-E.

⁷³⁶ Dazu Bollweg/Kreuzer in: ZIP 2000, 1361ff.

⁷³⁷ vgl. dazu Creydt in: IPRax 2004, 499ff.

bahngütern ist in Vorbereitung⁷³⁸. Die Arbeiten zu diesem Basisübereinkommen begannen 1989. Auf der 21. UNIDROIT-Sitzung in Genua 1992 wurde dann ein Arbeitskreis bestehend aus 12 Hochschulprofessoren der verschiedenen Mitgliedsstaaten gegründet, der in der Folgezeit weitere Untersuchungsausschüsse und Arbeitskreise bildete, denen unter anderem Kreuzer angehörte⁷³⁹. Im November 1997 konnte dann ein erster Vorentwurf vorgelegt werden⁷⁴⁰, der 1998 im Wesentlichen durch den UNIDROIT-Verwaltungsrat angenommen worden ist⁷⁴¹. Nach einer weiteren Überprüfung durch die Regierungsexperten steht nun einem Inkrafttreten in den einzelnen Mitgliedsstaaten nichts mehr entgegen. Das Übereinkommen tritt 3 Monate nach Erfüllen der drei Ratifikationsvoraussetzungen „acceptance, approval, accession“ in Kraft. Dies ist bislang jedoch noch in keinem Land geschehen⁷⁴². Ablehnende Haltungen – unter anderem von Deutschland⁷⁴³ – wurden jedoch bereits aufgegeben, sodass mit einer Ratifikation durchaus zu rechnen ist.

Gerade weil dies die einzige Konvention auf der Ebene der Mobiliarsicherheiten ist, die auf Akzeptanz zu stoßen scheint, sollen hier die Regelungsgrundzüge kursorisch dargestellt werden. Die Verordnung begründet ein Einheitssachrecht bzgl. Regelungen über ein internationales Sicherungsrecht an Ausrüstungsgegenständen. Es ist gem. Art. 3, 4 anwendbar, sofern der Schuldner seinen Sitz in einem Vertragsstaat hat, sodass auch reine Binnensachverhalte erfasst werden. Unter solchen Sicherungsrechten sind gem. Art. 2 II Sicherungsrechte im engeren Sinne, wie Pfandrechte, Sicherungsübereignungen, etc. zu verstehen, daneben werden der Eigentumsvorbehalt und die Leasinggeschäfte erfasst. Gegenstände, die als mobile Ausrüstungsgegenstände gelten, werden in Art. 2 III benannt. Es handelt sich dabei um Flugzeuge, Hubschrauber sowie deren Motoren, rollendes Eisenbahnmaterial sowie Raumfahrt-ausrüstung. Anders als in der derzeitigen Endfassung sah die Vorfassung noch ein offenes „sonstige Güter“ vor und eröffnete das Übereinkommen damit auch einer größeren Gruppe von Gütern⁷⁴⁴. Da man dies jedoch nicht übernommen hat, soll das Übereinkommen offensichtlich restriktiv angewendet werden. Ein internationales Sicherungsrecht an diesen Gegenständen wird gem. Art. 6 durch einen schriftlichen Vertrag begründet, der sich auf eine Sache im Sinne des Art. 2 III bezieht, diese Sache den Bestimmungen des Protokolls gemäß identifiziert werden kann und die gesicherte Forderung hinreichend bestimmt. Eine Registrierung ist für das Entstehen dieses Sicherungsrechtes unerheblich. Gem. Art. 15 wird ein Register geschaffen, in dem die Sicherheit eingetragen werden kann. Wie

⁷³⁸ Siehe dazu www.unidroit.org/english/internationalinterests/history.htm.

⁷³⁹ Comité d'étude chargé de l'élaboration d'une réglementation uniforme relative à certains aspects internationaux des sûretés grevant de matériel déplacé d'un pays dans un autre, UNIDROIT 1993 – Etude LXXII – Doc. 7.

⁷⁴⁰ UNIDROIT 1997 – Garanties internationales, comité d'étude, 4ème session, Misc. 5.

⁷⁴¹ Avant-projet de convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, UNIDROIT 1998 – Etude LXXII – Doc. 42.

⁷⁴² vgl. unter www.icao.int/icao/en/leb/capetown-conv.htm.

⁷⁴³ Dazu Bollweg/Kreuzer in: ZIP 2000, 1361 (1362).

⁷⁴⁴ vgl. dazu noch die Ausführung von Kaufhold, Internationales und europäisches Mobiliarsicherungsrecht, S. 228, 229.

und was genau registriert werden muss, bleibt gem. Art. 16 den einzelnen Durchführungsvorschriften der Protokolle zur Bestimmung überlassen. Mit der Eintragung erlangt das Sicherungsrecht Wirksamkeit auch gegenüber Dritten, sie begründet eine Vorrangstellung des Sicherungsrechtes und wird gegenüber dem Konkursverwalter anerkannt. Das Register selbst begründet eine Gutgläubensfiktion. Vorteil der Schaffung eines solchen internationalen Sicherungsrechtes ist die Anerkennung desselben innerhalb der Vertragsstaaten. Dennoch bleibt kritisch abzuwarten, ob es dazu kommt. Zu viele Unsicherheitsfaktoren wirft das Übereinkommen auf. Zum einen entsteht durch die Struktur – welche ein Basisübereinkommen und einzelne Protokolle vorsieht – für jede Art von Ausrüstungsgegenständen ein anderes Regime, sodass eine Harmonisierung nur ausrüstungsspezifisch, nicht jedoch allgemein erreicht wird. Liegen unterschiedliche Protokolle vor, von denen manche in Kraft sind, andere nicht, so ergeben sich daraus Schwierigkeiten bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts. Da die Regelung des Weiteren auch mindestens in zwei Regelungswerke aufgespalten sind, dürfte auch die praktische Handhabung zu Schwierigkeiten führen. Um erfolgreich zu sein, ist es zunächst nötig, mehr Protokolle zu entwickeln und anzuerkennen. Schließlich fragt sich für die meisten europäischen Länder, ob es gerade für die Luftfahrt eines solchen internationalen Sicherungsrechtes bedurft hat. So verfügen beispielsweise Frankreich⁷⁴⁵, Italien⁷⁴⁶, Schweden⁷⁴⁷ und Deutschland⁷⁴⁸ bereits über ein Registerpfandrecht für Luftfahrt-ausrüstung, sodass an dieser Stelle der Regelungsdruck gering ist.

ff) Weitere Vorschläge aus der Literatur

Schließlich gibt es seitens der Literatur eine Vielzahl von Vorschlägen zur Harmonisierung der Sicherungsrechte. Erwogen wird unter anderem eine Vereinheitlichung der Gläubigerrechte⁷⁴⁹. Eine weitere Forderung geht dahin, ein einheitliches Sicherungsrecht nach dem Vorbild des Art. 9 UCC zu schaffen⁷⁵⁰. Kreuzer schlägt die Schaffung eines selbständigen, europäischen Kreditsicherungsrechts („ESR“) vor, welches neben die bestehenden nationalen Sicherungsrechte treten soll, wobei aus Gründen der Rechtssicherheit lediglich eine alternative, jedoch keine kumulative Anwendung möglich sein soll⁷⁵¹. Dieses einheitliche Sicherungsrecht soll den Grundsätzen der Publizität durch Eintragung in ein Zentralregister gerecht wer-

⁷⁴⁵ Artt. L. 122-1 bis L. 123-2, R 122-1 bis R. 123-9 Code de l'aviation civile.

⁷⁴⁶ Siehe Seite 61ff.

⁷⁴⁷ Siehe Seite 89ff.

⁷⁴⁸ Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen vom 26.2.1959, BGBl 1959 I, S. 57.

⁷⁴⁹ Kieninger, Mobilsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, S. 231, die jedoch auch die Hoffnungslosigkeit eines solchen Projekts einsieht.

⁷⁵⁰ Sanchez Lorenzo in: *Revista de la Corte Espanola de Arbitraje* 1986, 119ff.; ders., *Garantías reales*, S. 273f., der den hohen gesetzgeberischen Aufwand wohl sieht, dies jedoch als lohnenswert betrachtet.

⁷⁵¹ Kreuzer in: *Festschrift für von Overbeck* 1990, 613 (637ff); ders. in: Henrich (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts*, S. 107 ff.

den⁷⁵². Diesen von *Kreuzer* entwickelten Vorschlag greift *Kieninger* auf⁷⁵³. Sie hält ein einheitliches Sicherungsrecht für schwer realisierbar und preferiert daher eine Trennung zwischen dem Eigentumsvorbehalt und den sonstigen Sicherungsrechten. Für Letztere befürwortet sie den Vorschlag *Kreuzers*, betrachtet diesen jedoch als ein notwendiges Durchgangsstadium auf dem Weg zu einer generellen Harmonisierung. Ebenfalls dem Vorschlag *Kreuzers* folgend – wenn auch nicht ausdrücklich – geschieht durch *Seif*⁷⁵⁴. Sie fordert ein internationales, alternativ neben das nationale Recht tretendes einheitliches Sicherungsrecht⁷⁵⁵. Dieses soll lediglich differenziert nach der Sicherungsintensität ausgestaltet sein. Keine Notwendigkeit sieht sie jedoch in der Unterscheidung zwischen Eigentumsform und Verwertungsrechtsform des Sicherungsmittels⁷⁵⁶. Zur Publizitätswahrung schlägt sie die Eintragung der Sicherungsparteien, der gesicherten Forderung sowie einer Typenbeschreibung des Belastungsgegenstandes in ein Zentralregister vor⁷⁵⁷. Diese Ausschnitte aus der Literatur sollen einige Gedankengänge aufzeigen, ohne das Vollständigkeits angestrebt wird.

3. Konsequenz: Rechtsangleichung auf nationaler Ebene

Die Lösungsansätze waren daher auf europäischer und internationaler Ebene bisher nicht von Erfolg gekrönt. Die wenigen Ausnahmen durch das MLST und die UNIDROIT-Konvention für Luftfahrtausrüstung brachten für Deutschland jedoch keine Erleichterung der rechtlichen Situation, sondern führten gerade im Hinblick auf das MLST sogar noch zu einer Verschärfung der Isolation Deutschlands. Da auf internationaler Seite offensichtlich in absehbarer Zeit keine Hilfe zu erwarten ist, besteht für Deutschland derzeit als einzige erfolversprechende Alternative die selbständige Angleichung des eigenen Rechts an den EU-Trend. Es ist aus internationaler Sicht für Deutschland daher durchaus empfehlenswert, das deutsche Mobiliarsicherungsrecht zu reformieren.

Nun folgend soll deshalb das niederländische Recht vorgestellt werden, welches als die derzeit jüngste Rechtsordnung besitzlose Registerpfandrechte eingeführt hat und einen ähnlichen Ausgangspunkt wie Deutschland vorweisen kann. Mit Hilfe der dort gefundenen Erkenntnisse kann möglicherweise ein für Deutschland brauchbares Mobiliarsicherungssystem erarbeitet werden, welches sowohl die nationalen als auch die internationalen Schwächen ausgleichen kann.

⁷⁵² Kreuzer in: Festschrift für von Overbeck 1990, 613 (639).

⁷⁵³ Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt*, S. 231.

⁷⁵⁴ Seif, *Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten*, 1997, S. 299ff., die den entwickelten Vorschlag jedoch nur aus den gefundenen Ergebnissen des Vergleiches zwischen der englischen und der deutschen Rechtsordnung zieht.

⁷⁵⁵ Seif, *Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten*, 1997, S. 300.

⁷⁵⁶ Seif, *Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten*, 1997, S. 301ff.

⁷⁵⁷ Seif, *Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten*, 1997, S. 305ff.

3. Teil: Das stille Pfandrecht im niederländischen Recht

Es konnte in den beiden ersten Teilen der Bearbeitung bewiesen werden, dass das deutsche Institut der Sicherungsübereignung dringend reformierungsbedürftig ist. Auf der Suche nach einer Alternative wird vorliegend der Blick in die niederländische Rechtsordnung gelenkt. Abgesehen von den osteuropäischen Rechtsordnungen, die kein austariertes Rechtssystem vorweisen können, fand hier die jüngste umfassende Neukodifikation in Europa statt. Wie in der Einleitung bereits erwähnt, befanden sich Deutschland und die Niederlande mit ihren Sicherungsrechten lange Zeit in einem Gleichlauf. Mit der Schaffung des NBW wandten sich die Niederlande jedoch von dem aus Deutschland importierten Institut der Sicherungsübereignung ab und führten statt dessen ein sogenanntes „stilles Pfandrecht“ ein. Gerade der ursprünglich bestandene Gleichlauf einerseits und die doch recht neue Regelung andererseits laden dazu ein, die niederländische Rechtsordnung auf ihre Tauglichkeit hinsichtlich der deutschen Problemlösung zu untersuchen.

I. Bemerkungen zum Aufbau des niederländischen Zivilgesetzbuches

1. Rechtsentwicklung in den Niederlanden

Die 1992 vorläufig abgeschlossene, umfassende Neukodifikation des niederländischen Rechts blickt auf eine lange und wechselhafte Rechtsgeschichte zurück. Um die heutige Rechtsordnung sowie die einzelnen Regelungen der hier zur Diskussion stehenden Sicherungsrechte richtig erfassen zu können, bedarf es eines Blickes auf die Kodifikationsgeschichte. Erste Rechtsentwicklungen begannen im ausgehenden Mittelalter. In dieser Zeit wiesen die Niederlande – hervorgerufen durch die Tuchindustrie und den später einsetzenden Handel zu Land und zu Wasser – eine ungewöhnlich hohe Bevölkerungskonzentration in den Städten auf⁷⁵⁸. Viele dieser Städ-

⁷⁵⁸ Lademacher, Die Niederlande, S. 22; ders., Geschichte der Niederlande, S. 2 ff.

te wiederum bildeten den Kernpunkt einer der 17 Provinzen, in denen jeweils eine umfangreiche Zahl von Gewohnheitsrechten galten, welche teilweise je nach momentaner Vorrangstellung von Adel, Geistlichkeit, Gilden und Zünften erzwungen worden sind⁷⁵⁹ und vom Kaiser zu respektieren waren⁷⁶⁰. Mit der zunehmenden wirtschaftlichen Verflechtung bis Mitte des 17. Jahrhundert sah man verstärkt die wirtschaftliche Notwendigkeit einer Rechtsvereinheitlichung⁷⁶¹. Gerade machtpolitische Gründe⁷⁶² machten diese im Ergebnis jedoch lange Zeit unmöglich.

An diesem Partikulismus änderte sich auch nichts, als sich die nördlichen Provinzen 1579 zur Utrechter Union zusammenschlossen und diese durch den Westfälischen Frieden 1648 als selbständige Republik⁷⁶³ anerkannt worden ist. Diese Republik blieb das, was sie auch vorher war – ein Staatenbund ohne Monarch. Dies macht es nicht verwunderlich, dass der Partikulismus auch innerhalb der Republik aufrecht erhalten wurde und nach wie vor die alten Gewohnheitsrechte galten⁷⁶⁴. Eine noch schleppendere Entwicklung nahm der südliche Teil der Niederlande, welcher der spanischen Krone unterstand.

Neue Impulse erhielt die niederländische Rechtsentwicklung erst in der napoleoni- schen Zeit. Angeregt von der französischen Revolution rückte auch in den Nieder- landen ein allgemeines Volksbewusstsein in den Vordergrund, weswegen man 1798 die Schaffung eines Gesetzes für die Republik bis 1800 forderte. Der darauf entwickelte Entwurf konnte jedoch nicht befriedigen, da er an Kompliziertheit nicht zu überbieten war⁷⁶⁵. Zu einer Überarbeitung kam es aufgrund der politischen Umbrüche jedoch nicht mehr. Während Frankreich den südlichen Teil der Nieder- lande besetzte, schloss es mit dem nördlichen Teil einen Vertrag, wonach die „Re- publik“ fortan eine erbliche Monarchie zu sein hat⁷⁶⁶. Erster König war Napoleons jüngerer Bruder Ludwig Napoleon. Während im südlichen Teil der Niederlande fortan der code civile galt, entschied sich Ludwig Napoleon für den nördlichen Teil zu einer Schaffung eines, speziell auf die niederländischen Bedürfnisse zugeschnit- tenen niederländischen Gesetzbuches. Er ließ dazu vom Advokat Joannes van der Linden einen Entwurf erarbeiten, den er jedoch auf Druck seines Bruders noch

⁷⁵⁹ Lademacher, Geschichte der Niederlande, S. 15.

⁷⁶⁰ Mincke, Einführung in das niederländische Recht, Rn. 2.

⁷⁶¹ So kam es als Vorstufe einer Zentralisation den burgundischen Herzögen vornehmlich auf eine gut durchdachte Organisation ein, weshalb 1384 durch Philipp den Kühnen ein Rechnungs- und Gerichtshof installiert wurde, der jedoch nach wie vor die einzelnen Gewohn- heitsrechte zu beachten hatte.

⁷⁶² Als großer Schlag gegen die Zentralisierung wird das „Große Privileg“ von 1477 angeführt. Hier garantierte Maria von Burgund den einzelnen Territorien weitgehend Rechte und Privi- legien, um das Herrschaftserbe ihres gefallenen Vaters in einer unsicheren Zeit zu stärken. Lademacher, Die Niederlande, S. 40ff.

⁷⁶³ Wobei vorliegend „Republik nicht die Staatsform meint, sondern als Synonym für „Staat“ verwendet wird, Lokin/Zwalve, Europese Codificatiegeschiedenis, 1993, S. 248.

⁷⁶⁴ Schöffers in: Handbuch der Europäischen Geschichte, Bd. IV, S. 634 (640).

⁷⁶⁵ Maßgeblich beeinflusst wurden die Arbeiten der Kommission durch den Naturrechtler Hendrik Constantijn Cras.

⁷⁶⁶ Lademacher, Die Niederlande, S. 400ff; ders., Geschichte der Niederlande, S. 216.

einmal stärker an den *code civile* anpassen musste⁷⁶⁷. Ergebnis dieser Arbeiten war das 1808 in Kraft getretene *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland*⁷⁶⁸ – ein im Wesentlichen am *code civile* orientiertes Gesetz, welches jedoch auch einige Besonderheiten aufwies. 1810 dankte Ludwig Napoleon ab, die Niederlande fielen nun gänzlich in die Hände Frankreichs, sodass fortan auch hier der *code civile* galt. Mit Ende der französischen Besatzung 1813 entstand das Bedürfnis nach einem eigenen Gesetzbuch, was Wilhelm I dazu bewog, erneut eine Gesetzgebungskommission – die Kemper-Kommission – einzusetzen. Durch den Widerstand der südlichen Landesteile konnte hier jedoch keiner der entstandenen Entwürfe in Kraft treten⁷⁶⁹. Nachdem sich diese Landesteile jedoch von den Niederlanden trennten und zum Königreich Belgien zusammenschlossen, stand dem Inkrafttreten der Entwürfe nun nichts mehr entgegen. Tatsächlich konnte nach einer nochmaligen Überarbeitung durch den Rechtsgelehrten Nikolai 1838 das *Burgerlijk Wetboek* in Kraft treten⁷⁷⁰. Dies enthielt vor allem große Bestandteile des *code civil*, umfasst aber auch die Entwürfe von van der Linden, sowie Teile der unter Wilhelm I erarbeiteten Vorschläge der Kemper-Kommission.

Bereits kurze Zeit später traten jedoch Mängel zu Tage, die sich im Laufe der Zeit als unbehebbar Systemschwächen erwiesen⁷⁷¹. Diese wurden in den folgenden hundert Jahren heftigst diskutiert, während des 2. Weltkrieges zunächst niedergelegt, um sie danach jedoch sofort wieder aufleben zu lassen. Man entschied sich 1947 für eine umfassende Neukodifikation, für die Professor Meijers den Auftrag zur Erarbeitung eines Entwurfes erhielt. Nach bereits wenigen Jahren konnte der schon seit langer Zeit von einem neuen Gesetzbuch Begeisterte erste Entwürfe vorlegen. Daraus ergab sich eine Neun-Teilung des zukünftigen Rechts, welche auch nach seinem Tod 1954 bis auf den neunten Teil beibehalten und bis heute auch in großen Teilen in Kraft getreten ist.

2. Aufbau des NBW

Wie Meijers es in seinen Entwürfen vorgesehen hat, unterteilt sich das *Nieuwe Burgerlijk Wetboek* in 8 Bücher⁷⁷². Buch 1 (in Kraft seit 1970) behandelt das Per-

⁷⁶⁷ Gosses/Japikse, *Handboek tot de Staatskundige Geschiedenis van Nederland*, 1947, S. 749.

⁷⁶⁸ Übersetzung des Verfassers: Napoleonisches Gesetzbuch eingereicht für das Königreich Holland.

⁷⁶⁹ Cleveringa in: *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1938-1938*, 1938, S. 277ff.

⁷⁷⁰ Kunst, *Korte voorgeschiedenis van het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, 1965, S. 27.

⁷⁷¹ Meijers wusste 1928 bereits an die 100 revisionsbedürftige Punkte im Sachen-, Erb- und Schuldrecht auszuzählen, vgl. Meijers in *WPNR*: 1928 (3031), S. 49 (52); 1938 wurde dann von demselbigen eine Neukodifikation vorgeschlagen: Meijers, *Gedenkboek BW 1838-1939*, S. 62.

⁷⁷² Die Artikel der einzelnen Bücher sind separat nummeriert, sodass in der Darstellung zunächst das Buch und dann der Artikel angegeben wird. In Darstellungen vor 1992 findet sich eine andere Nummerierung. Hier werden die Nummer des Buches, des Titels, des Abschnitts und dann die des Artikels angegeben. Für Art. 3-84 NBW bedeutet dies folgende Darstellung: Art. 3.4.2.2. NBW.

sonen- und Familienrecht, Buch 2 regelt die juristischen Personen (in Kraft seit 1976). Das Kernstück des Privatrechts – das Vermögensrecht ist seit dem 1.1.1992 in Kraft und geregelt in Buch 3 „Allgemeines Vermögensrecht“, Buch 5 „Sachenrecht“, Buch 6 „Allgemeines Schuldrecht“, und Buch 7 „Besondere Verträge“. Das fehlende Buch 4 „Erbrecht“ sowie weitere Teile des Buches 7 werden in den kommenden Jahren erwartet. Buch 8 regelt die Binnenschifffahrt und besteht seit 1991. Das Buch 9 „Rechte an geistigen Schöpfungen“ wurde auf unbestimmt vertagt. Neu an dieser Kodifikation ist zunächst die Integration des Handelsgesetzbuches – *Koophandel* – in das NBW. Aus deutscher Sicht vielleicht überraschend war diese Tendenz jedoch bereits im BW von 1838 zu erkennen. Bemerkenswert für ein ursprünglich am code civile ausgerichtetes Gesetz ist die in Buch 3 vorgenommene Einführung eines allgemeinen Teiles. Anders als im deutschen Recht gilt dieser allgemeine Teil jedoch lediglich für das Schuld- und Sachenrecht; Personen- und Familienrecht sollen ausgedrückt durch ihre Stellung in den Büchern 1 und 2 nicht vom allgemeinen Teil erfasst werden. Die Zusammenführung von Zivil- und Handelsrecht sowie die Einführung dieser abstrakten Regelung ließen viele Autoren von einer Abkehr vom code civile und einem Übergang zum deutschen Rechtskreis sprechen⁷⁷³. Eine solche scharfe Trennung kann man jedoch kaum begründen. In vielem blieb man dem code civile treu⁷⁷⁴.

Statt von einem Wechsel der Rechtskreise ist doch vielmehr von einer eigenen, grundsätzlichen und dogmatischen Auseinandersetzung des Rechts zu sprechen, die verstärkt auf der Rechtsvergleichung beruhte und daher Regelungen aus anderen Rechtskreisen Aufnahme gefunden haben. Ziel des NBW war es zum einen, mehr Klarheit und Einfachheit zu schaffen. Dies gelang neben der Begriffsvereinfachung⁷⁷⁵, indem die Regelungen zunächst nur für einen bestimmten Bereich – in der Regel den typischsten Bereich – gelten, sich daran jedoch Schaukelbestimmungen – *schakelbepalingen* – anschließen, die den Anwendungsbereich auch auf andere Gebiete erweitern. Es wurde jedoch nicht nur die neue Systematisierung des alten Rechts angestrebt, sondern auch eine Vielzahl von materiellen Änderungen vorgenommen. Neben dem bereits beschriebenen allgemeinen Teil wurde als Neuheit ein Bereicherungsrecht eingefügt⁷⁷⁶, die Fälle der Gefährdungshaftung ausge-

⁷⁷³ Lokin/Zwalve, *Europese Codificatiegeschiedenis*, 1993, S. 248.

⁷⁷⁴ So erinnert beispielsweise die Aufteilung der Bücher sehr stark an den code civile. Auch die Besitzlehre bei der in Besitz (*bezit*) und Detention (*houderschap*) unterschieden wird, ebenso wie die Bedeutung der Ersitzungstatbestände folgen streng dem französischen Vorbild.

⁷⁷⁵ Stand „*goede trouw*“ bisher für guten Glauben und Treu und Glauben, wurde für Letztes nun die Bezeichnung „*redelijkheid en billijkheid*“ eingeführt. Dennoch kann nicht von einer völligen Deckungsgleichheit ausgegangen werden.

⁷⁷⁶ Geregelt in Art. 6:203 ist die Leistungskondiktion, die jedoch wegen des, den Eigentumserwerb beherrschenden Konsensprinzips kaum Bedeutung hat. Die Nichtleistungskondiktion in Art. 6:212 erfordert eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten eines anderen. Eine Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung wie sie das deutsche Recht fordert, ist nicht erforderlich, der Anwendungsbereich ist erheblich weiter gefasst. Als Rechtsfolge wird ein Schadensersatz in Höhe der noch vorhandenen Bereicherung gewährt; Asser/ Hartkamp, *Verbindtenissenrecht I*, 2001, Nr. 50, 52.

dehnt⁷⁷⁷ und die Möglichkeit einer Dienstbarkeitsbestellung⁷⁷⁸ geschaffen. Eine der wichtigsten Änderungen und zugleich auch Gegenstand dieser Arbeit ist das Verbot der fiduziarischen Eigentumsübertragung in Art. 3-84 III NBW und der damit verbunden Einführung der besitzlosen Verpfändungsmöglichkeit in Art. 3-237 NBW.

Kernstück des NBW ist das Vermögensrecht, geregelt in den Büchern 3-7. Die für diese Arbeit relevanten Regelungen finden sich in Buch 3 – dem allgemeinen Teil des Vermögensrechts, sowie Buch 5 – dem Sachenrecht. Das Vermögensrecht wird von dem Begriff *goed* beherrscht, worunter man die Zusammenfassung von Sachen und Vermögensrechten versteht. Davon zu unterscheiden ist der in Buch 5 maßgebliche Begriff *zaak*, der tatsächlich nur die beweglichen und unbeweglichen Sachen umschreibt. Der Allgemeine Teil des Vermögensrechts regelt Institute, die nicht eindeutig dem Schuld- oder Sachenrecht zugeordnet werden können und sich in ihrem Regelungsbereich nicht ausschließlich auf bewegliche und unbewegliche Sachen erstreckt. Die enge Begrenzung des Sachenrechts auf Sachen führt schließlich auch dazu, dass sich in diesem Buch nur noch sehr wenige Regelungen finden, während ein Grossteil der uns bekannten „Sachenrechte“ in Buch 3 erfasst sind. Geregelt in Buch 3 ist neben den Rechtssubjekten, den Rechtsgeschäften und der Vertretung daher der große Komplex des Eigentumserwerbes. Dieser setzt anders als in Deutschland neben dem dinglichen Vertrag auch ein wirksames schuldrechtliches Kausalverhältnis voraus. Diese Tatsache und die Möglichkeit, auch an Rechten Eigentum zu erwerben, lassen den Eigentumserwerb nicht mehr eindeutig dem Schuld- oder Sachenrecht zuordnen und verlagern ihn daher in den allgemeinen Teil des Vermögensrechts statt in das vermutete Sachenrecht. Ebenso verhält es sich mit den Regelungen über den Besitz sowie den beschränkt dinglichen Rechten wie dem Nießbrauch, dem Pfandrecht oder der Hypothek. Auch sie können sowohl an Sachen als auch an Rechten (Forderungen, Erbbaurechten etc.) begründet werden, sodass der niederländische Gesetzgeber deren Regelung in den allgemeinen Teil verlagert hat. Für das eigentliche Sachenrecht bleibt daher nur ein kleiner Regelungsbereich. Behandelt wird hier der Umfang des Eigentums, der originäre Eigentumserwerb, das Eigentum an unbeweglichen Sachen, Grunddienstbarkeiten, die Erbpacht und das Wohnungsrecht.

II. Eigentumserwerb im niederländischen Recht

Um ein allgemeines Verständnis für die niederländischen Sicherungsrechte zu gewinnen, ist es zunächst von Nöten, sich mit dem Eigentumserwerb zu befassen. Eigentum kann im niederländischen Recht gem. Art. 3-80 III NBW in verschiede-

⁷⁷⁷ Etwa die Haftung für die Nutzung gefährlicher Stoffe bei der Verursachung von Umweltschäden, Braams in: NTBR 1996, S. 1ff.; Jansen, *Onrechtmatige daad: Algemene bepalingen*, S. 38 (Nr. 25); Jonas, *die verschuldensunabhängige außervertragliche Haftung für Sachen im Entwurf zum NBW*, 1987, S.55ff.

⁷⁷⁸ Geregelt in Art. 5-70ff. können nun anders als unter dem BW auch an nicht benachbarten Grundstücken Dienstbarkeiten geschaffen werden.

ner Art und Weise begründet werden. Zu nennen sind zunächst die originären Erwerbsformen durch Ersitzung gem. Art. 3-99 NBW, Verjährung gem. Art. 3-105 NBW⁷⁷⁹, Aneignung und Fund gem. Art. 5-4 ff. NBW sowie durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung und Fruchtziehung gem. Art. 5-14ff. NBW. Daneben ist der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb zu nennen, der sowohl von einem Berechtigten als auch einem Nichtberechtigten erfolgen kann, dann freilich unter besonderen Voraussetzungen.

1. Allgemeines

Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb ist in den Art. 3-84 ff. NBW geregelt. Für einen wirksamen Eigentumsübergang bedarf es eines gültigen Titels, der Berechtigung des Verfügenden sowie der Lieferung bestehend aus einem dinglichen Vertrag und der Lieferungshandlung⁷⁸⁰. Die Vermögensübertragung in den Niederlanden folgt damit einem zwischen dem Konsens- und dem Abstraktionsprinzip angesiedelten System. Wie beim Konsensprinzip bedarf es einer wirksamen Kausalverpflichtung, dem deutschen Recht ähnlich wird jedoch zusätzlich ein dinglicher Vertrag gefordert, der aber anders als im unserigen Recht in seiner Wirkung vom Verpflichtungsgeschäft abhängig ist⁷⁸¹.

2. Voraussetzungen für Eigentumserwerb

Wie beschrieben bedarf es zunächst eines *gültigen Kausalgeschäftes*⁷⁸². Dieses Kausalgeschäft unterliegt den üblichen Wirksamkeitsvoraussetzungen, bei deren Fehlen der Vertrag ex-tunc nichtig und die Übereignung mithin unwirksam ist. Einschränkungen für das Kausalgeschäft beschreibt Art. 3-84 III NBW, auf den an späterer Stelle noch genauer einzugehen ist. Danach ist ein Rechtsgeschäft dann kein gültiger Titel, wenn es zum Ziel hat, ein Gut zur Sicherheit zu übertragen oder wenn es den Zweck verfolgt, das Gut nach der Übertragung nicht in das Vermögen des Erwerbers fallen zu lassen. Die Sicherungsabrede ist in den Niederlanden daher kein gültiger Rechtsgrund mehr. Eine Sicherungsübereignung ist daher nicht länger möglich.

⁷⁷⁹ Schoordijk, Vermögensrecht, S. 344. Der Erwerb durch Verjährung ist eine dem deutschen Recht unbekannt Erwerbsform, die hier jedoch kein anderes Ergebnis findet. Verjährt der Anspruch auf Herausgabe des Eigentümers gegenüber dem Besitzer, so behält der Eigentümer nach deutschem Recht seinen Herausgabeanspruch, er kann ihn jedoch nicht durchsetzen. Im niederländischen Recht erwirbt der *bezitter* zu diesem Zeitpunkt das Eigentum und umgeht damit die im deutschen Recht auftretenden Durchsetzungsprobleme.

⁷⁸⁰ Asser/Mijnssen/DeHaan: Zakenrecht I, Nr. 238; Schoordijk, Vermögensrecht, S. 252; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Nr. 318ff.

⁷⁸¹ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 114.

⁷⁸² Dessen Notwendigkeit war lange Zeit umstritten. Die Rechtsprechung bejahte das Erfordernis in: HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 m.nt. DJV (Damhof / Staat). Heute findet sich jedoch eine dahingehend eindeutige Regelung in Art. 3-84 I; Asser/Mijnssen/DeHaan: Zakenrecht I, Nr. 278.

Daneben muss seitens des Veräußerers eine *Verfügungsbefugnis* bestehen. Diese besteht grundsätzlich beim Inhaber des Gutes⁷⁸³, dem vom Inhaber Ermächtigten⁷⁸⁴, sowie gem. Art. 23, 68 Fw dem Insolvenzverwalter. Die Verfügungsbefugnis muss zu einem Zeitpunkt vorhanden sein, an dem die Leistung vorgenommen wurde und der Eigentumserwerb damit abgeschlossen ist⁷⁸⁵. Fehlt die Verfügungsbefugnis, so ist auch im niederländischen Recht ein gutgläubiger Erwerb denkbar. Schließlich bedarf es für den Eigentumserwerb einer *levering* – *Lieferung*⁷⁸⁶. Diese besteht zunächst aus einem dinglichen Vertrag⁷⁸⁷ - einer zweiseitigen Vereinbarung, durch die ein Recht aus dem Vermögen des Veräußerers in das des Erwerbers übergehen soll⁷⁸⁸. Ob ein solcher tatsächlich nötig ist, war in Literatur und Rechtsprechung lange Zeit umstritten⁷⁸⁹, findet heute jedoch seine eindeutige Beantwortung in Art. 3-84 II NBW. Hier wird für die Eigentumsübertragung ein Rechtsgrund gefordert, der das Gut ausreichend bestimmt. Damit kann nicht der schuldrechtliche Vertrag gemeint sein, da dieser gerade im Hinblick auf Gattungsschulden häufig noch keine genaue Bestimmbarkeit zulässt. Dieser dingliche Vertrag kann auch unter eine Bedingung gestellt werden⁷⁹⁰ – der Eigentumsvorbehalt ist dem niederländischen Recht daher bekannt⁷⁹¹. Neben dem dinglichen Vertrag setzt die *levering* des Weiteren eine Lieferungshandlung voraus. Diese ist wegen der Verschiedenheit der übertragbaren *goederen* auch unterschiedlich ausgestaltet.

⁷⁸³ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 137.

⁷⁸⁴ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 137.

⁷⁸⁵ Asser/Mijnssen/DeHaan: Zakenrecht I, Nr. 294f. Entfällt demnach die Befugnis vor der Leistung, so liegt keine wirksame Eigentumsübertragung vor. Tritt eine fehlende Befugnis später hinzu, so können sich die Beteiligten gem. Art. 3-58 doch über die Wirksamkeit des Geschäftes erklären, vgl. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, 1988, S. 295.

⁷⁸⁶ Levering bedeutet dabei in erster Linie Lieferung. Bei dem vorliegenden Erfordernis der „Levering“ wird jedoch neben der tatsächlichen Lieferung auch ein dinglicher Vertrag gefordert. Aus diesem Grund neigen einige deutsche Übersetzungen dazu, „levering“ mit Leistung zu übersetzen. Die führende Gesetzestextübersetzung von Nieper/Westerdijk wählt jedoch auch an dieser Stelle die Übersetzung von levering mit Lieferung. Um Missverständnissen vorzubeugen, wird sich vorliegend dieser Auslegung angeschlossen. Dennoch sollte der Leser im Auge behalten, dass levering nicht nur die Lieferung im tatsächlichen Sinne umschreibt, sondern mehr erfordert.

⁷⁸⁷ Dieser wird vom Gesetz zakelijke overeenkomst genannt, müsste jedoch wegen der Unterscheidung zwischen zaak und goed eigentlich goederenrechtelijke overeenkomst heißen.

⁷⁸⁸ Asser/Mijnssen/DeHaan: Zakenrecht I, Nr. 259ff.

⁷⁸⁹ Asser/Mijnssen/DeHaan: Zakenrecht I, Nr. 260 und Fn. 263; Rechtsprechung bejahte es: HR 27 april 1979; NJ 1981, Nr. 139 (Wesenbeek /Assurati Maatschappij) en 1 februari 1980, NJ 1981, 140 (Tiel Utrecht Schadeverzekering / Wieringa); dagegen scheinbar Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 134.

⁷⁹⁰ HR 19 mei 1989, NJ 1990, 745 (International Factors Nederland B.V. / CBI Nederland); Art. 3-91.

⁷⁹¹ Thema dieser Arbeit sind keine vertieften Ausführungen zum Eigentumsvorbehalt. Verweisen wird auf die ausführlichen Werke zum Eigentumsvorbehalt von: Mezas, eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend nederlands recht, 1985 und Vriesendorp, Eigendomsvoorbehoud, 1985.

Forderungen werden gem. Art. 3-93 NBW mittels einer schriftlichen Urkunde und der Mitteilung an den Schuldner übertragen. Unbewegliche Sachen werden gem. Art. 3-89 NBW durch notarielle Urkunde und Registereintrag⁷⁹² übertragen. Die Übertragung von beweglichen Sachen erfolgt mittels Besitzverschaffung. Dabei unterscheidet das niederländische Recht streng zwischen Besitzübertragung – die nur durch den *bezitter* möglich ist – und der Besitzverschaffung – die neben dem *bezitter* auch der *houder* wirksam vornehmen kann⁷⁹³. Der *bezitter* ist dabei der Eigenbesitzer, während der *houder* einem Fremdbesitzer gleich zu stellen ist⁷⁹⁴. Wie diese Besitzverschaffung aussehen kann, ist in den Art. 3-114 ff. NBW geregelt. Grundsätzlich ist gem. Art. 3-114 NBW die tatsächliche Übergabe erforderlich. Art. 3-115 NBW lässt daneben drei Fälle zu, in denen es keiner solchen tatsächlichen Übergabe bedarf, sondern vielmehr eine zweiseitige Erklärung ausreichend ist. Zu nennen ist gem. Art. 3-115 lid a NBW die Besitzverschaffung mittels eines Besitzkonstituts⁷⁹⁵. Gegenüber Dritten, die Rechte an der Sache haben, wirkt dieser Eigentumserwerb gem. Art. 3-90 II NBW jedoch erst mit der tatsächlichen Übergabe. Des Weiteren erkennt das niederländische Recht in Art. 3-115 lid b NBW die *traditio brevi manu* an. Danach bedarf es dann keiner Übergabe, wenn der Erwerber bereits im Besitz der Sache ist und sich sein Fremdbesitzerwillen – *houderschap* – in Eigenbesitzerwillen – *bezit* umgewandelt hat. Schließlich ist in Art. 3-115 lid c NBW auch die *traditio longa manu* bekannt, wonach ein Dritter, der bisher für den Veräußerer besessen hat, angewiesen wird, fortan für den Erwerber zu besitzen und er sich damit einverstanden erklärt oder zumindest davon Kenntnis gesetzt worden ist⁷⁹⁶.

Schließlich darf die Lieferungshandlung gem. Art. 3-95 NBW ausnahmsweise auch mittels einer privatschriftlichen Urkunde erfolgen, sofern eine andere Übertragungsform nicht denkbar ist⁷⁹⁷.

3. Gutgläubiger Erwerb Art. 3-86 NBW

Fehlt dem Veräußerer die Verfügungsbefugnis, so sieht auch das niederländische Recht in Art. 3-86 NBW die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs vor. Der Er-

⁷⁹² Der Registereintrag ist in dem Sinne kein Eintrag, sondern vielmehr eine Sammlung der Übertragungsurkunden.

⁷⁹³ Nieuwenhuis, Hoofdstukken vermogensrecht, 2003, S. 146f.

⁷⁹⁴ vgl. Art. 3-107 I (*bezitter*), Art. 3-107 III (*houder*); Nieuwenhuis, Hoofdstukken vermogensrecht, 2003, S. 142.

⁷⁹⁵ HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189 (de Jong cassatie), AA III, S. 179.

⁷⁹⁶ Der Umgang mit dem „Dritten“ erscheint widersprüchlich, setzt man doch zunächst sein Einverständnis voraus, um dann doch nur seine Kenntnis genügen zu lassen. Dies erklärt sich aus einer Rechtsprechungsentwicklung, wonach zunächst nur die erste Alternative (Art. 596 BW, Drion in: WPNR 3771, II), später dann auch die zweite anerkannt war (HR 1.november 1929 NJ 1929, S. 1745 m.nt. PS (Proehl & Gutmann / Schöck); vgl. dazu Asser/Mijnssen/de Haan, Zakenrecht I, Rn 205.

⁷⁹⁷ Dies ist beispielsweise bei der Veräußerung einer gestohlenen Sache vorstellbar; P/R/H, goederenrecht, Nr. 220.

werber erwirbt demnach Eigentum, wenn er bei einer Übertragung gem. Art. 90, 91 und 93 NBW⁷⁹⁸, die nicht unentgeltlich geschieht, hinsichtlich der Verfügungsbefugnis⁷⁹⁹ gutgläubig ist. Dabei unterscheidet das niederländische Recht im Grundsatz nicht danach, ob die Sache zuvor dem Eigentümer abhanden gekommen ist oder nicht. Gem. Art. 3-86 III NBW hat jedoch der bestohlene Eigentümer unter bestimmten Bedingungen drei Jahre das Recht, seine Sache auch vom gutgläubigen Erwerber herauszuverlangen. Auf andere Arten des Abhandenkommens wird diese Vorschrift nicht angewandt⁸⁰⁰. Ebenso wie der gutgläubige Erwerb einer Sache ist gem. Art. 3-86 II NBW auch der gutgläubige, lastenfreie Erwerb einer Sache möglich.

III. Die Sicherungsübereignung im niederländischen Recht

1. Altes Recht

Zur Begründung eines dinglichen Sicherheitsrechts an beweglichen Sachen kannte das oude BW gem. Art. 1198 nur die Möglichkeit der Forderungssicherung mittels eines Pfandrechtes. Dessen Begründung hatte zur Voraussetzung, dass das zu verpfändende Gut in die Macht des Schuldners oder eines Dritten gelangen musste, der Gläubiger mithin die Macht über die Sache verlor.

Daneben kannte das BW keine weitere gesetzliche Regelung über ein dingliches Sicherungsrecht an beweglichen Sachen. Wie bereits für Deutschland beschrieben, traten jedoch auch in den Niederlanden mit der zunehmenden Industrialisierung Probleme auf, welche die Literatur bereits früh dazu anregten, Auswege zu suchen⁸⁰¹. Dieser Diskussion setzt der Hoge Raad 1929 ein vorläufiges Ende, als er zweimal in Folge die Wirksamkeit einer Sicherungsübereignung anerkannte⁸⁰².

⁷⁹⁸ Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Besitzverschaffung mittels Besitzkonstitut nicht erfasst, der gute Glaube in die Verfügungsbefugnis wird hier nicht geschützt: HR 29. september 1961, NJ 1962, Nr. 14 (Smallingerland / Picus); HR 8 juni 1973, NJ 1974, Nr. 346 (Nationaal Grondbezit / Kamphuis); HR 29 juni 1979, NJ 1980, Nr. 133 (Hoogovens / Matex); HR 4 december 1998, NJ 1999, Nr. 549 (Potharst / Serrée). Sowohl bei der *traditio brevi manu* (HR 25 september 1953, NJ 1954, Nr. 190 (Helmer / Schooldermann)), sowie bei der *traditio longa manu* (HR 1 mei 1987, JN 1988, Nr. 852 (lease Plan Nederland / IBM)) wird der gute Glaube in die Verfügungsbefugnis hingegen geschützt. vgl. dazu MvA I en MO I, Parl. Gesch. Boek 3, S. 1262.

⁷⁹⁹ HR 24 november 1967, NJ 1968, 74 (Peijl en Co / Guns's Autobedrijf N.V.); HR 4. april 1987, NJ 1986, 810. (Apon / Bisterbosch).

⁸⁰⁰ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 163.

⁸⁰¹ Van Blom, Bezitloos zekerheidsrecht op roerende lichamelijke zaken, diss. Utrecht 1929; Jarlmek, Eigendom tot zekerheid, diss. Utrecht 1956, die insbesondere einen Blick ins deutsche Recht vornahmen.

⁸⁰² HR 25 januari 1929, NJ 1929, S. 616 (bierbrouwerij); HR 21 juni 1929, NJ 1929, S. 1096 (luxe autoverhuurondernemer).

Im *Bierbrouwerijarrest* hatte ein Cafébesitzer sein gesamtes Inventar einer Brauerei übereignet und vereinbart, dass er im Besitz der Sachen bleibt und nach Rückzahlung des Kaufpreises ein Wiedererwerbsrecht hat. Der Hoge Raad ignorierte die Bezeichnung des Geschäftes als Kauf mit Recht zum Wiederkauf und bezeichnete es als ein *eigendomsoverdracht tot zekerheid* – als Sicherungsübereignung. Dabei sah der Hoge Raad weder einen Verstoß gegen das Gesetz noch gegen die guten Sitten. Insbesondere nahm er keinen Verstoß gegen die Pfandrechtsbestimmungen und dem darin niedergelegten Faustpfandrecht an, da gerade keine Pfandrechtsabrede getroffen worden sei⁸⁰³. Im Folgeurteil – *luxe autoverhuurondernemer* – bestätigte der Hoge Raad diese Rechtsprechung noch einmal ausdrücklich⁸⁰⁴.

Damit war die Sicherungsübereignung im niederländischen Recht anerkannt – sie erfolgte durch einen gültigen Titel in Form der Sicherheitsabrede⁸⁰⁵, dem dinglichen Vertrag sowie der Lieferung mittels des Besitzkonstitutes.

Man erkannte jedoch bereits früh, dass das Sicherungseigentum kein gewöhnliches Eigentum ist und aus Schuldnerschutzgründen Abweichungen durchaus erforderlich waren. Der Hoge Raad hatte deshalb in der Folgezeit eine Vielzahl von Sicherungsübereignungen zu bewerten.

Hier wurde entschieden, dass der Sicherungseigentümer sowohl innerhalb als auch außerhalb des Konkurses lediglich wie ein Pfandnehmer verwerten durfte⁸⁰⁶. Hinzukommend fiel das Sicherungseigentum beim Konkurs des Sicherungsnehmers nicht in dessen Konkursmasse⁸⁰⁷. Hinsichtlich der Frage, inwieweit der Sicherungsnehmer sein Eigentum gegenüber Dritten geltend machen kann, stellte der Hoge Raad zunächst nur die sehr allgemeine Regelung auf, als dass das Sicherungseigentum nicht notwendigerweise die gleichen Rechtsfolgen aufweisen muss, wie normales Umsatzeigentum⁸⁰⁸ und wendete diese Regel auf eine Vielzahl von Einzelfällen an⁸⁰⁹. Nicht durch die Rechtsprechung geklärt werden konnte, ob es sich beim Sicherungseigentum um ein akzessorisches⁸¹⁰ oder nicht akzessorisches Recht⁸¹¹ handelte.

⁸⁰³ HR 25 januari 1929, NJ 1929, S. 616 (618) (bierbrouwerij).

⁸⁰⁴ HR 21 juni 1929, NJ 1929, S. 1096 (1097) (lux autoverhuurondernemer).

⁸⁰⁵ HR 25 januari 1929, NJ 1929, S. 616 (616) (bierbrouwerij); einen weitere Titel fordernd aber HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Van Wessem-Traffic, ofwel Pluvier); zur alten rechtsprechung zurückkehrend HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos); 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM N.V. / Brock).

⁸⁰⁶ HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 (Hazers-woude-Los); HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer& Kalf); 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos).

⁸⁰⁷ Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1948, S. 89f.

⁸⁰⁸ HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Van Wessem-Traffic, ofwel Pluvier).

⁸⁰⁹ HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos); HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger – Mr. Schriks q.q.); HR 22 juni 1984, NJ 1984, 651 (Frenkel-Stichting Alliance); HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM-Brock).

⁸¹⁰ So Mijnsen, in WPNR: 5577 (1981), S. 645 (646); Pitlo in: WPNR 3798 (1941, S. 1 (3); Veenhoven, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid*, Nr. 23.

⁸¹¹ So Brahn, *Fiduciare overdracht*, Nr. 7.1., der sonst die Gefahr der Schaffung eines Eigentumserwerbstatbestands sah, der so vom Gesetz nicht vorgesehen ist.

Durch diese umfangreiche Rechtsprechung konnte sich die Sicherungsübereignung einen festen Platz im niederländischen Rechtsverkehr schaffen. Dennoch ist es nicht verwunderlich, dass dieses Institut mit der Einführung des NBW keine Zulässigkeit mehr findet. Wie bereits für das deutsche Recht dargestellt, führten die vielen offenen Fragen, die durch die fehlende gesetzliche Regelung dieses Institutes entstanden, zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit⁸¹². Besonderer Kritikpunkt war auch hier die fehlende Publizität und die damit verbundenen Täuschungsmöglichkeiten⁸¹³.

Den größten Gegner, den die Sicherungsübereignung wohl je hatte, war Meijers – der Vater der NBW –. Gerade die Divergenz zwischen der äußeren Form dieses Institutes als tatsächlicher Eigentumsübertrag und ihr durch die Rechtsprechung gegebenes tatsächliches Auftreten als pfandrechtsähnliches Recht⁸¹⁴ hielt er für eine *gewelddaad aan het wet* – eine Vergewaltigung des Gesetzes⁸¹⁵. Als ihm dann die Schaffung eines neuen Burgerlijk Wetboek übertragen wurde, nutzte er die Möglichkeit, dieses für ihn so lästige Institut abzuschaffen.

2. Neues Recht

Wie gezeigt bedarf es für den rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang im niederländischen Recht eines wirksamen Titels, der Verfügungsbefugnis sowie der Lieferung. Anders als im deutschen Recht ist der Titel jedoch nicht nur ein abstrakter Kausalgrund, sondern ein konstitutives Element für den Eigentumsübergang. An dieser Stelle hat Meijers angesetzt, indem er in das NBW die Regelung des Art. 3-84 III NBW aufnahm. Danach ist: „*Ein Rechtsgeschäft, das zum Ziel hat, ein Gut zur Sicherheit zu übertragen, oder dem der Zweck fehlt, das Gut nach der Übertragung in das Vermögen des Erwerbers fallen zu lassen, ... kein gültiger Rechtsgrund für die Übertragung eines Gutes.*“ Die Sicherungsabrede konnte damit nicht länger als gültiger Titel für den Eigentumsübertrag vereinbart werden – die Sicherungsübereignung war fortan unzulässig. Oft ist es jedoch schwierig festzustellen, ob ein Rechtsgeschäft das Ziel hat, ein Gut zur Sicherheit zu übertragen und damit gem. Art. 3-84 III NBW unzulässig ist. Zu diesen schwierigen Fallgruppen zählen insbesondere der Mietkauf – *huurkoop* –, der Wiederkauf – *verkoop met het recht van het wederinkoop* – sowie das *sale and lease back*. Gerade im Hinblick auf eine Problemvermeidung in Deutschland bei Einführung eines stillen Pfandrechtes gilt es vorliegend, diese Fallgruppen zu beleuchten.

⁸¹² Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, Rn. 185; Brahn, Stille verpanding en eigendoomsvoorbehoud, S. 15. Es ist hinzuzufügen, dass zum Zeitpunkt, als Meijers sich entschloss, die Sicherungsübereignung zu beseitigen, gerade mal 5 Urteile zur Sicherungsübereignung existierten, von einem gefestigten Standpunkt daher noch nicht ausgegangen werden konnte.

⁸¹³ Brahn, Stille verpanding en eigendoomsvoorbehoud, S. 14; Mincke, Einführung in das niederländische Recht, S. 70.

⁸¹⁴ Siehe oben.

⁸¹⁵ Meijers, Parlementaire Geschiedenis, Boek 3, Art. 3.4.2.2.1., S. 317; ders, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, 1948, S. 89f.

a. Eigentumsvorbehalt

Der Eigentumsvorbehalt wird zwar ebenfalls immer mit zu den Sicherungselementen gezählt⁸¹⁶, genaugenommen sichert er jedoch keine Forderung, sondern stellt vielmehr ein psychologisches Druckmittel dar, der Forderung doch nachzukommen⁸¹⁷. Er ist daher auch in Art. 3-92 NBW geregelt und fällt mithin nicht unter das Fiducia-Verbot. Lediglich der verlängerte Eigentumsvorbehalt – der auch in der niederländischen Praxis bisher einen festen Platz hatte – scheidet nun an Art. 3-84 III NBW⁸¹⁸.

b. Sale and lease back

Ein weitere Anwendungsschwierigkeit bei Art. 3-84 III NBW zeigt sich beim sale and lease back. Gegenüber der Übereignung beim Leasing wohnt dem stillen Pfandrecht der Nachteil inne, dass es hinter allen vor der Verpfändung begründeten Vorrechten zurücktritt⁸¹⁹. Ob das dem stillen Pfandrecht von seiner Wirkungsweise her entsprechende *sale and lease back* heute noch zulässig ist, stellt daher eine weitere problematische Frage dar.

Diese Form der Übertragung tritt meist im 3-Personenverhältnis auf, wobei dort noch einmal zwei Konstellationen zu unterscheiden sind. In der ersten Fallgruppe überträgt ein Lieferant auf Bitten des Leasingnehmers dem Leasinggeber Eigentum, der Leasinggeber least es dem Leasingnehmer, der an den Leasinggeber wiederum Leasingraten bezahlt und nach einer gewissen Zeit eine Kaufoption erhält⁸²⁰. Diese Leasingkonstellation wirft keine Probleme im Rahmen des Art. 3-84 III NBW auf, da zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer zunächst keine Übereignung stattfindet, mit der eine Forderung gesichert werden könnte.

In der weit häufigeren Konstellation des *sale and lease back* übereignet der Lieferant das Gut an den Leasingnehmer⁸²¹. Der Leasinggeber wiederum begleicht beim Lieferanten den Kaufpreis und lässt sich zur Sicherheit das Gut übertragen, um es dem Leasingnehmer sofort zurückzuleasen. Die Übertragung auf den Leasinggeber geschieht meist unter Zurückhaltung der Eigentumsgefahr. Die Übertragung auf den Leasinggeber dient der Sicherung seiner Forderung gegen den Leasingnehmer, die durch die Begleichung der Kaufpreisschuld entstanden ist. Das Geschäft könnte als Sicherungsgeschäft im Sinne des Art. 3-84 III NBW angesehen werden und

⁸¹⁶ Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend nederlands recht, 1985, S. 1; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, 2001, Nr. 121ff.

⁸¹⁷ Mincke in: NTBR 1995, 175 (176, 177).

⁸¹⁸ Mezas, eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend nederlands recht, 1985, S. 76; Vriensdorp, Eigendomsvoorbehoud, 1985, S. 101.

⁸¹⁹ Klijn in: WPNR 5974 (1990), S. 585.

⁸²⁰ Diese Konstellation wird im niederländischen Recht nur sehr selten gewählt, da hinsichtlich der Gewährleistung kein direktes Verhältnis zwischen dem eigentlichen Benutzer der Sache – dem Leasingnehmer- und dem Lieferanten besteht.

⁸²¹ Dadurch entsteht zwischen den beiden eigentlichen Parteien eine direkte Beziehung, auf die auch das Gewährleistungsrecht angewendet werden kann.

mithin keine wirksame Eigentumsübertragung sein⁸²². Zu dieser Frage gab es bis 1995 eine äußerst rege Diskussion, die ihren Abschluss in dem bahnbrechenden *Sogelease – Arrest* fand. Gerade weil diese Diskussion zum einen auch in Deutschland zu befürchten stünde und sie zum anderen sehr schön die Zwiespältigkeit der Niederlande zu Art. 3-84 III NBW zeigt, soll sie vorliegend noch einmal nachgezeichnet werden.

Vor dem *Sogelease-Arrest* hatte die niederländische Rechtsprechung erst einmal zu dieser Frage zu entscheiden⁸²³. Hier ließ sich die Bank nach dem oben beschriebenen Finanzierungsleasing ein Auto übereignen, welches sie sofort zurückleaste. Der Gerichtshof Roermond sah darin eine Übereignung zur Sicherheit. Insbesondere stellte er darauf ab, dass beim Finanzierungsleasing die Eigentumsgefahr beim Leasingnehmer verbleibt, das Eigentum mithin zu keinem Zeitpunkt tatsächlich in die Macht des Leasinggebers kommen soll⁸²⁴.

In der Literatur hingegen existierten eine Vielzahl von Meinungen, die im Ergebnis auf die Frage hinuntergekürzt werden konnten, ob der Vertreter die Regelung des Art. 3-84 III NBW generell für sinnvoll hält oder nicht. *Klijn* sah im Fiducia-Verbot eine Möglichkeit, der bis dahin vielfach bemängelten Rechtsunsicherheit zu begegnen und fordert eine stringente Anwendung dieser Norm⁸²⁵. Seiner Ansicht nach fällt das *sale and lease back* in der Ausgestaltung des Finanzierungsleasings durchaus unter das Verbot. Der Sicherungscharakter tritt sehr deutlich zu Tage und die Bank hat auch zu keinem Zeitpunkt den Willen, das Gut tatsächlich in ihr Vermögen aufzunehmen⁸²⁶. Er gibt zwar zu bedenken, dass anders als bei der Sicherungsübereignung die Bank das Eigentum bei ausbleibender Zahlung tatsächlich erhält und es nicht im öffentlichen Verkauf verwerten muss, begründet dies jedoch mit der Eigenart des Leasingguts, dessen ökonomischer Wert zum Ende der Leasingzeit für gewöhnlich ohnehin entfällt⁸²⁷. Hinzufügend fürchtet er bei anderer Auslegung ein Unterlaufen der Regelungen zum stillen Pfandrecht⁸²⁸. Bereits wenige Jahre später jedoch hat sich die Meinung *Klijns* – in Reaktion auf die noch darzustellenden Meinungen – geändert⁸²⁹. Um jedoch den niederländischen Ge-

⁸²² In den Gesetzesarbeiten finden sich keine Aussagen zu diesem Problem. Das Leasing ist in den Niederlanden erst in den vergangenen Jahren populär geworden. Beckman/Joosen, *Leasing van roerend en onroerend goed*, 1988, S. 5ff. In dieser Zeit standen die Vorarbeiten des NBW bereits fest. Spätere Eingaben in diese Richtung – z.B. durch die Nederlandse Genootschap voor Bedrijfsjuristen 1984 an die Commissie voor Justitie van de tweede kamer – wurden nicht mehr berücksichtigt. Heymann in: WPNR 6119 (1994), S. 1 (2).

⁸²³ Pres. Rb. Roermond 16 juli 1992, Kort Geding (KG) 1992, Nr. 267.

⁸²⁴ Im Umkehrschluss wurde in der niederländischen Literatur angenommen, dass das Operating Leasing (Eigentumsgefahr geht mit auf den Leasinggeber über) nicht unter die Bestimmung des Art. 3-84 III fallen soll. Vgl. u.a. Heymann in: WPNR 6119 (1994), S. 1 (3); Rank-Berenschot in: NTBR 1994.

⁸²⁵ *Klijn* in: WPNR 5974 (1990), S. 585 (587).

⁸²⁶ *Klijn* in: WPNR 5974 (1990), S. 585 (586).

⁸²⁷ *Klijn* in: WPNR 5974 (1990), S. 585 (586).

⁸²⁸ *Klijn* in: WPNR 5974 (1990), S. 585 (587).

⁸²⁹ *Klijn* in WPNR 6119 (1994), S. 15 (17).

setzgeber vor einem Gesichtsverlust zu bewahren, schlug er vor, künftig die *sale and lease back* Konstruktionen in ein stilles Pfandrecht umzudeuten. *Beter een recht van pand via conversie achter de hand, dan 10 sale and financial lease-back figuren alleen geldig buiten Nederland bij onze burens*⁸³⁰.

Heymann bezeichnet die Vorschrift des Art. 3-84 III NBW als *legislatief bedrijfsongeval* – einen legislativen Betriebsunfall – und bringt damit seine Abneigung dieser Regelung gegenüber zum Ausdruck⁸³¹. Er fordert eine möglichst enge Auslegung der Norm und will sie auf die Fälle beschränkt wissen, in denen dem Sicherungsnehmer tatsächlich eine größere Rechtsmacht eingeräumt worden ist, als dies gewollt war. Beim *sale and lease back* sollte gerade das nicht der Fall sein – es wird ganz bewusst das vollständige Eigentum übertragen, was sich seiner Meinung nach insbesondere darin zeigt, dass die Bank nicht auf die Verwertung mittels des öffentlichen Verkaufs beschränkt ist, sondern ihr das Eigentum endgültig zufällt.

Kortmann schließlich vertritt einen völlig entgegengesetzten Standpunkt. Seiner Meinung nach hat die Regelung des Art. 3-84 III NBW keinerlei Daseinsberechtigung. Aus den Gesetzesbegründungen kann man entnehmen, dass der Gesetzgeber zukünftig die Aufsplitterung des Eigentums in tatsächliches und rechtliches Eigentum vermeiden wollte⁸³². Gerade der gesetzlich zugelassene Eigentumsvorbehalt stellt jedoch eine solche Splitterung dar⁸³³. Kortmann wirft dem Gesetzgeber Inkonsistenz vor und fordert die Abschaffung – und wenn schon nicht diese, dann die sehr enge Auslegung – von Art. 3-84 III NBW. Er hält es für zwingend, das *sale and lease back* nicht unter Art. 3-84 III NBW zu subsumieren.

In dem bahnbrechenden *Sogelease – Arrest* vom 19. Mai 1995 bekam schließlich auch der Hoge Raad die Möglichkeit, die Wirksamkeit des *sale and lease back* unter dem Gesichtspunkt des Art. 3-84 III NBW zu beleuchten⁸³⁴ und setzte so den Diskussionen ein scheinbares Ende⁸³⁵. Die drei betroffenen Parteien dieses Urteils

⁸³⁰ Übersetzung des Verfassers: Besser ein Pfandrecht über die Umdeutung, als 10 *sale and lease back*, die außerhalb der Niederlande nur beim Nachbarn (Deutschland) anerkannt ist.

⁸³¹ Heymann in: WPNR 6119 (1994), S. 1 (11).

⁸³² Verslag van de vergadering van de vereniging „Handelsrecht“ 10 maart 1989, S. 73.

⁸³³ Kortmann in: WPNR 6119 (1994), S. 18 (23).

⁸³⁴ HR 19. mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. W.M.K. (Keereweer q.q./Sogelease).

⁸³⁵ Doch auch nach dem Arrest schwieg die Literatur nicht. Mincke (NTBR 1995, 175ff.) spricht sich entgegen des HR für die Erfassung des *sale and lease back* durch Art. 3-84 III aus. Der *Sogelease*-Vorinstanz wirft er vor, fälschlicherweise eine Nähe zum Eigentumsvorbehalt hergestellt zu haben. Anders als beim *sale and lease back* wird beim Eigentumsvorbehalt nämlich keine Forderung gesichert. In gleicher Weise greift er auch den Hoge Raad an. Dieser ging wie gezeigt von einem vollen Eigentum aus und wendete daher Art. 3-84 III nicht an. Mincke argumentiert im Umkehrschluss, dass der Schuldner, der sich einem „vollen“ Eigentümer gegenüber sieht, einen noch stärkeren Schutz verdient (S. 178). Art. 3-84 III müsste daher erst recht angewendet werden (S. 178). Mincke fordert vielmehr die Anwendung des Art. 3-84 III vor dem Hintergrund der *lex commissoria*. Macht der Leasinggeber nämlich beim Zahlungsverzug des Leasingnehmers sein Eigentum geltend, so wird der Mietvertrag erst für die Vergangenheit aufgehoben, die bereits gezahlten Mietraten verbleiben ihm⁸³⁵. Um diese „Wuchersituation“ zu vermeiden, fordert Mincke die Anwendung des Art. 3-84 III (S. 179).

waren der Lieferer Mahez, der Leasinggeber Sogelease, sowie der Leasingnehmer De Zaaiers. Mahez verkaufte und lieferte an De Zaaiers eine Druckerpresse. Diese wurde sofort mittels Besitzkonstitut von De Zaaiers an Sogelease übereignet. Sogelease wiederum beglich den Kaufpreis bei Mahez und leaste die Druckerpresse an De Zaaiers zurück. Diese wiederum verpflichteten sich zur Zahlung von Leasingraten an Sogelease und sollten nach Begleichung derselben das Eigentum an der Druckerpresse zurückerwerben. Nachdem De Zaaiers in die Insolvenz gefallen ist, wurde der Hoge Raad angerufen, um zu klären, ob Sogelease Eigentümer der Druckerpresse ist und damit ein Aussonderungsrecht hat. Dabei kam es auf die Frage an, ob die Übereignung der Maschine von De Zaaiers an Sogelease dazu diene, die Kreditforderung – entstanden durch die Begleichung der Kaufpreisforderung von Mahez durch Sogelease – zu sichern und damit gem. Art. 3-84 III NBW unzulässig ist. Der Hoge Raad lehnte den Sicherungscharakter der Übereignung ab. Eine Sicherung sollte demnach dazu dienen, den Sicherungsnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Sicherungsgebers eine Vorrangstellung vor anderen Gläubigern zu geben. Dies geschieht, indem er sich aus der Veräußerung des Gutes befriedigen kann. Im vorliegenden Fall wurde jedoch nicht vereinbart, dass es beim Zahlungsverzug zu einer Verwertung und daraus resultierenden Erlösbefriedigung kommen sollte. Vielmehr wurde Sogelease das Recht eingeräumt, das Gut zu eigenen Zwecken uneingeschränkt zu gebrauchen und zu verwerten. Des Weiteren sah der Hoge Raad in der Vereinbarung auch eine vollständige Eigentumsübertragung an Sogelease, die auch nicht durch den schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch und die Gefahrtragungsumkehr in ihrem Charakter verändert wurde. Der Hoge Raad hat demnach das *sale and lease back* für zulässig erklärt – es untersteht damit nicht dem Anwendungsbereich von Art. 3-84 III NBW.

c. Huurkoop

Eine weitere problematische Fallgruppe stellt der Mietkauf dar. Er ist seit 1995/96 geregelt in Art. 7.1.11. – einem bereits kodifizierten Teil des Buches 7⁸³⁶. Dabei überlässt der „Verkäufer“ dem „Käufer“ eine Sache, behält sich jedoch das Eigentum vor, bis der „Käufer“ nach Zahlung einer gewissen Anzahl von „Mietzinszahlungen“ das Eigentum erwirbt. Dies geschieht automatisch spätestens nach der Zahlung aller Raten⁸³⁷. Beim Mietkauf handelt es sich damit um einen Kauf unter Eigentumsvorbehalt unter besonderer Vereinbarung einer Ratenzahlung⁸³⁸. Die niederländische Literatur⁸³⁹ stellt sich dabei die Frage, ob mit dem zurückgehaltenen Eigentum die Kaufpreiszahlung gesichert wird, der Mietkauf daher unter Art. 3-84 III NBW fällt und mithin unzulässig ist. Aus der Gesetzgebungsgeschich-

⁸³⁶ Zum Wortlaut und der Gesetzgebungsgeschichte vgl. Fikkers in: NTBR 1996, S. 12 (14).

⁸³⁷ Croes/Frenk/duPerron/Salmons, *Bijzondere overeenkomsten*, S. 37; Pitlo/Reehuis/ Heisterkamp, *Goederenrecht*, Rn. 975; vanVelten in: *Bouwrecht* 2002, S. 1010 (1011).

⁸³⁸ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, Rn. 975.

⁸³⁹ Croes/Frenk/duPerron/Salmons, *Bijzondere overeenkomsten*, S. 37; Pitlo/Reehuis/ Heisterkamp, *Goederenrecht*, Rn. 975; vanVelten in: *Bouwrecht* 2002, S. 1010.

te lässt sich kein Hinweis zu dieser Frage finden. Drei gewichtige Argumente werden jedoch von der niederländischen Literatur vorgebracht, welche die Zulässigkeit einer solchen Abrede untermauern. Zum einen besteht eine sehr starke Ähnlichkeit zum Eigentumsvorbehalt⁸⁴⁰, der ausdrücklich zulässig sein soll. Zum anderen sind die Regelungen zum Mietkauf erst 1996 und damit nach dem Sogelease-Urteil ergangen⁸⁴¹. Die Problematik war daher bereits bekannt, sodass man eine anderslautende Regelung erlassen hätte, wollte man die Unzulässigkeit nach Art. 3-84 III NBW bejahen. Schließlich erfolgt der Mietkauf bei Einschaltung Dritter auch häufig in Gestalt des Leasing. Die Grenzen zu diesem Institut – das nach Sogelease zulässig sein soll – sind daher fließend⁸⁴². Mangels genauer Abgrenzung muss daher auch der Mietkauf zulässig sein.

d. Verkoop met het recht van wederinkoop

Eine weitere problematische Konstruktion unter dem Gesichtspunkt des Art. 3-84 III NBW stellt der sogenannte Kauf mit Wiederkaufsrecht – verkoop met het recht van het wederinkoop – dar. Dabei verkauft und übereignet der Verkäufer einem Käufer eine Sache, bleibt aber im Besitz derselben. Den erhaltenen Kaufpreis nutzt der Verkäufer zur weiteren Finanzierung und zahlt ratenweise dem damaligen Käufer Kaufpreisraten. Hat er dies vollständig getan, besteht für ihn die Möglichkeit die Sache zurückzuerwerben⁸⁴³. Anders als im alten BW in Art. 1555-1568 ist im NBW eine solche Form des Kaufes nicht mehr ausdrücklich erfasst. Dies wird bereits als Indiz für dessen Unzulässigkeit aufgefasst⁸⁴⁴. Dennoch machte der Gesetzgeber bei Einführung des Buches 7 deutlich, dass es den Parteien unbenommen bleibt, Bedingungen in ihren Kaufvertrag aufzunehmen, sofern diese Abrede nicht im Wiederstreit zu Art. 3-84 III NBW gerät⁸⁴⁵. Über dieses Zugeständnis erscheint es also weiterhin möglich, einen Kauf mit Wiederkaufsrecht zu vereinbaren, sofern diese Konstruktion nicht den Zweck der Sicherung verfolgt. Ursprünglich stammt diese Konstruktion des Kaufes aus dem bereits dargestellten Bierbrouwerij-Arrest⁸⁴⁶. Hier hatte der Hoge Raad diese Konstruktion eine Sicherungsübereignung genannt und zugelassen. Nun, da die Sicherungsübereignung keine Anwendung finden soll, muss konsequenterweise auch der Kauf mit Wiederkaufsrecht unterbleiben⁸⁴⁷. Dieses Ergebnis wird dem geschlossenen System des

⁸⁴⁰ Croes/Frenk/duPerron/Salomons, Bijzondere overeenkomsten, S. 37, 38.

⁸⁴¹ VanVelten in: Bouwrecht 2002, S. 1010 (1014).

⁸⁴² Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Rn. 975, 976.

⁸⁴³ Reehuis, Stille verpanding, Nr. 4; Veenhoven, Eigendomsoverdracht tot zekerheid, 1955, S. 44.

⁸⁴⁴ Brahn, Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, S. 18.

⁸⁴⁵ Toelichting Titel 7.1 Voorontwerp, n.a.v. de artt. 1555 t/m 1568; Parl. Gesch. Boek 7, S. 838.

⁸⁴⁶ HR 25 januari 1929, NJ 1929, S. 616 (618) (bierbrouwerij); vgl. Zum Inhalt S. 182.

⁸⁴⁷ So auch Brahn, Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, S. 19; Reehuis, Stille verpanding, Nr. 4.

stillen Pfandrechtes gerecht, welches sonst auf zu einfachen Wegen unterlaufen werden könnte.

3. Art. 3-237 NBW

An die Stelle der Fiducia tritt nun im niederländischen Recht das Pfandrecht gem. Art. 3-237 NBW⁸⁴⁸. Unklar ist die Terminologie dieses Pfandrechtes. Von einer Mobilhypothek zu sprechen wird gänzlich abgelehnt⁸⁴⁹. Hypotheken sind Sicherungsrechte an unbeweglichen Sachen, während das Pfandrecht das Äquivalent für die beweglichen Sachen darstellt. Dabei wohnt dem Pfandrecht selbst nicht der Charakter der Übergabe inne – anders kann man sich die Bezeichnung des Faustpfandes nicht erklären. Man ist daher einig, dass es sich bei dem vorliegenden Sicherungsmittel um ein Pfandrecht handeln muss. In den Gesetzesbegründungen noch als *bezitloos pandrecht* bezeichnet⁸⁵⁰, rückt man von diesem Begriff wegen einer doppelten Ungenauigkeit ab. Zum einen ist ein Pfandnehmer nicht *bezitter* (Eigenbesitzer), sondern *houder* (Fremdbesitzer), sodass es eigentlich *houderloos pandrecht* heißen müsste, zum anderen bleibt dem Pfandnehmer auch bei der normalen Verpfändung die Möglichkeit, die Sache in die Hände Dritter zu geben und auch so *houderloos* zu sein. Van Mierlo⁸⁵¹ schlägt den Begriff *vuistloos pandrecht* (faustloses Pfandrecht) vor, in der niederländischen Literatur⁸⁵² hat sich jedoch der Begriff *stil pand* (stilles Pfandrecht) eingebürgert. Dies wird aus Gründen der terminologischen Einheit vorliegend beibehalten.

IV. Das stille Pfandrecht

Wie gerade gezeigt, ist die Begründung von Sicherungseigentum im niederländischen Recht nicht länger möglich. An dessen Stelle tritt fortan das stille Pfandrecht, dessen Grundsätze im Folgenden kurz beschrieben werden sollen⁸⁵³.

Das stille Pfandrecht ist gem. Art. 3-227 I NBW ein beschränktes Recht mit dem Zweck, aus den mit diesem Recht belegten Gütern eine Forderung vorrangig zu befriedigen. Man kann daher dem Pfandrecht drei Wesensmerkmale zuordnen. Es

⁸⁴⁸ Bast, *Het Ontwerp-Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek vergeleken met de bestaande Wetgeving*, 1956, S. 26; Rank-Berenschot in: NTBR 1994, 18 (19).

⁸⁴⁹ Parl. Gesch. boek 3, S. 748; Asser/Mijnssen/Velten, *Zakenrecht III*, S. 55.; Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud*, S. 143; Van Mierlo, *Fiduciare zekerheid, vuistloos en stil pand*, 1988, S. 177; ders. in: WPNR 5696 (1984), S. 275 (278); Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 5.

⁸⁵⁰ Parl. Gesch. boek 3, S. 748.

⁸⁵¹ Van Mierlo, *Fiduciare zekerheid, vuistloos en stil pand*, 1988, S. 177; ders. in: WPNR 5696 (1984), S. 275 (278).

⁸⁵² Asser/Mijnssen/Velten, *Zakenrecht III*, S. 55; Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud*, S. 143; Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 5.

⁸⁵³ In den Gesetzesvorschlägen sah Meijers zwei Arten von Pfandrechten vor. Neben dem stillen Pfandrecht, nahm er noch ein allgemeines, besitzloses Registerpfandrecht auf, welches keine Zustimmung fand. Asser I, Nr. 272; Snijders, *Honderd jaar rechtsleven*, S. 25ff.

ist ein beschränktes Recht, das vorrangig und akzessorisch wirkt. Damit bewegt sich das stille Pfandrecht gar nicht so weit von der gewohnheitsrechtlich herausgebildeten Sicherungsübereignung.

Das stille Pfandrecht als beschränkt dingliches Recht ist ein Verwertungsrecht, welches dem Inhaber Sicherung und Verwertung gewährt. Dies gilt dabei unabhängig von Rechten Dritter, welche die Sache nur in einer belasteten Form treffen können. Wird diese Sache daher im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet, so hat der Pfandnehmer gem. Art. 461a i.V.m. 496 NRv das Recht, die Sache herauszuverlangen und selbst zu verwerten. Ebenso kann er im Falle des Konkurses seitens des Pfandgebers sein Recht ungeachtet desselben gem. Art. 57 NF ausüben. Vorrangige Rechte Dritter muss sich der Pfandnehmer jedoch entgegenhalten lassen^{854,855}.

Das Wesenmerkmal der Vorrangigkeit besagt, dass der stille Pfandnehmer im Falle einer, selbst oder durch Dritte vorgenommenen Verwertung den seinem Rang entsprechenden Teil des Verwertungserlöses behalten kann, vgl. Art. 3-253 NBW i.V.m. Art. 490b NRv⁸⁵⁶.

Lediglich beim letzten Wesensmerkmal – der Akzessorietät – geht das stille Pfandrecht eigene Wege. Es ist vom Bestehen der zu sichernden Forderung abhängig. Geht sie unter, so erlischt auch das stille Pfandrecht, wird sie übertragen, so folgt ihr gem. Art. 3-82 NBW das stille Pfandrecht^{857,858}.

1. Die Entstehung des stillen Pfandrechts

Die Entstehung des Pfandrechts ist in der schakelbepaling des Art. 3-98 NBW geregelt. Dabei gelten die für die Übertragung des Eigentums maßgeblichen Regeln. Übertragungsregelungen werden damit zu Begründungsregelungen. Dies erklärt sich aus der Überlegung, dass man mit jeder Pfandrechtsbegründung einen

⁸⁵⁴ Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud*, S. 1,2.

⁸⁵⁵ Eine ähnliche Stellung nahm das Sicherungseigentum ein. Formal handelt es sich dabei nicht um ein beschränkt dingliches Recht, sondern um ein Vollrecht, dennoch erkannte ihr der Hoge Raad nicht dieselben Rechte zu, wie einem tatsächlichen Vollrecht (siehe Seite 182). Insofern wurde durch die Neuregelung lediglich bereits Geltendes in eine rechtssichere Gesetzesform gegossen.

⁸⁵⁶ Entsprechendes galt auch für die Sicherungsübereignung. Auch hier hat der Hoge Raad entsprechend gestaltend eingegriffen, als das sich der Sicherungsnehmer bestimmte Rechte trotz seines eigentlich bestehenden Vollrechts entgegenhalten lassen muss (siehe Seite 182).

⁸⁵⁷ TM Art. 3.1.1.6, Parl. Gesch. Boek 3, S. 91.

⁸⁵⁸ Ob die Sicherungsübereignung akzessorisch wirkte, blieb im niederländischen Recht bis zum Ende unklar (siehe Seite 182). Für die wichtigste Frage jedoch, ob im Falle des Erlöschens der Forderung das Eigentum automatisch zurückfällt oder erst zurückübertragen werden muss, hat sich der HR für die erstere Variante entschieden (HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 – Ontvanger – Mr. Schriks q.q.). Grund für dieses Ergebnis war die Ansicht des Gerichts, es handelt sich bei der Sicherungsübereignung um eine Übereignung unter aufschiebender Bedingung. Damit wurde der Sicherungsübereignung zumindest äußerlich einen akzessorischen Charakter vermittelt.

Teil des Eigentums ausgliedert und überträgt⁸⁵⁹. Es bedarf damit für die Pfandrechtsbegründung wie für die Eigentumsübertragung eines gültigen Titels – gemessen an Art. 3-84 III NBW –, einer Verfügungsbefugnis sowie der Lieferung bestehend aus dem dinglichen Vertrag und der Leistungshandlung. Letztere findet ihre besondere Regelung in den Art. 3-236 NBW, wobei Art. 3-237 NBW insbesondere das stille Pfandrecht behandelt.

a. Gültiger Titel – Geldige titel

Der gültige Titel findet sich in der Regel in der Verpfändungsabrede, ist er nichtig, so ist damit auch die Pfandrechtsbestellung nichtig.

b. Verfügungsbefugnis – Beschikkingsbevoegdheid

Gem. Art. 3-98 i.V.m. 3-84 I NBW ist auch die Verfügungsbefugnis eine Entstehensvoraussetzung für das stille Pfandrecht. Fehlt sie, weil der Pfandgeber kein Eigentümer ist⁸⁶⁰, er bereits in Konkurs gefallen⁸⁶¹ ist oder der Rechtsgrund aufgrund dessen der Pfandgeber das Eigentum erhalten ex-tunc nichtig ist⁸⁶², so ist der Pfandgeber nicht in der Lage, einen Teil seines Eigentumsrechts abzuspalten, das Pfandrecht entsteht grundsätzlich nicht. Gem. Art. 3-237 II NBW muss der Pfandgeber in der Urkunde seine Verfügungsbefugnis zwar erklären, dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Entstehensvoraussetzung⁸⁶³, sodass sich diese Angabe durchaus als unrichtig herausstellen kann, mit der Folge, dass kein Pfandrecht entstanden ist. Wie schon für den Eigentumserwerb in Art. 3-86 NBW geregelt, sieht das NBW in der lex specialis Regel des Art. 3-238 jedoch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vor. Danach erwirbt derjenige ein Pfandrecht, der zum Zeitpunkt, in dem er die Sache in Gewahrsam nimmt, gutgläubig bzgl. der Verfügungsbefugnis ist⁸⁶⁴. Der stille Pfandnehmer nimmt die Sache jedoch nicht in Gewahrsam, sodass für ihn à contrario kein Schutz besteht⁸⁶⁵. Auch die lex generalis Regel des Art. 3-98 i.V.m. 3-86 NBW bietet dem stillen Pfandnehmer keinen Schutz, da sie eine Übertragung gem. Art. 3-90, 91, 93 NBW fordert, die bei der

⁸⁵⁹ MvA II Art. 3.4.1.2., Parl. Gesch. Boek 3, S. 308; Brahn/Reehuis, Overdracht, S. 75.

⁸⁶⁰ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, S. 542.

⁸⁶¹ Vgl. Art. 23 FW; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, S. 542.

⁸⁶² Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, S. 75; Brahn, Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, Nr. 5.4.1. Gründe für eine solche ex-tunc Nichtigkeit sind unter anderem Anfechtung wegen Bedrohung und Betrug gem. Art. 3-44 oder wegen Irrtums gem. Art. 6-228.

⁸⁶³ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, S. 546.

⁸⁶⁴ Anders als im deutschen Recht, wo lediglich § 366 HGB den guten Glauben in die Verfügungsbefugnis schützt, wird darauf im niederländischen Recht generell abgestellt.

⁸⁶⁵ Schutzwürdiger Rechtsscheinträger ist im niederländischen Recht der Gewahrsam. Ein Ausgleich erhält der stille Pfandnehmer über die in Art. 3-237 II niedergelegte Pflicht des Pfandgebers, sich über seine Verfügungsbefugnis in einer Urkunde zu erklären. Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, S. 75; Brahn, Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, 5.4.1.; Molenaar, Pandrecht, Nr. 16, Reehuis, Stille verpanding, Nr. 30.

Entstehung des stillen Pfandrechts jedoch nicht gegeben ist. Dennoch ist auch beim stillen Pfandnehmer ein gutgläubiger Erwerb denkbar.

aa) Stilles Pfandrecht wird zum Faustpfandrecht

Überträgt der Pfandgeber die Sache auf den Pfandnehmer, so wandelt sich das stille Pfandrecht in ein Faustpfandrecht um, für das die oben genannten Schutzmechanismen gelten⁸⁶⁶. Ist daher der ehemalige stille Pfandnehmer zum Zeitpunkt der Gewahrsamerlangung gutgläubig, so entsteht in seinen Händen das Pfandrecht. Wird die Sache nun an den Pfandgeber zurückübertragen⁸⁶⁷, so geht gem. Art. 3-258 I (2.HS) NBW das Pfandrecht anders als beim originären Faustpfandrecht nicht unter, sondern wandelt sich wieder in ein stilles Pfandrecht um, auch wenn es zuvor noch nicht entstanden ist⁸⁶⁸. Über diesen Umweg ist es daher durchaus denkbar, dass der stille Pfandnehmer vom Unbefugten gutgläubig ein Pfandrecht erwirbt. Dies legt die Frage nahe, ob sich durch ein gezieltes Hin und Her die strenge Regelung des Art. 3-238 NBW unterlaufen lässt.

Grundsätzlich ist es dem Pfandnehmer nur unter der Voraussetzung des Art. 3-257 NBW möglich, bei ernsthaften Pflichtverletzungen des Pfandinhabers den Richter aufzufordern, dem Pfandinhaber die Sache zu entziehen. Da der stille Pfandnehmer jedoch eine weitaus schwächere Stellung innehat als der Faustpfandinhaber, gelten für ihn die erleichterten Voraussetzungen des Art. 3-237 III NBW⁸⁶⁹. Kommt demnach der Pfandgeber seinen in Art. 3-243 I NBW genannten Pflichten nicht nach oder droht dies zu geschehen⁸⁷⁰, so kann der Pfandnehmer die Sache herausverlangen und sie so in ein Faustpfandrecht umwandeln. Die gleiche Möglichkeit hat er im Rahmen der Zwangsvollstreckung gem. Art. 496 NRv. Daneben besteht jedoch auch die Möglichkeit, die Sache kraft Parteivereinbarung vom Pfandgeber herauszuverlangen. Art. 3-237 III NBW fehlt zwar eine Art. 3-239 III NBW entsprechende Regel, wonach die Parteien auch einen anderen Zeitpunkt vereinbaren können. Man kann jedoch auch gleich ein Faustpfandrecht begründen, sodass es ungerechtfertigt ist, dies den Parteien später zu verweigern. Das stille Pfandrecht kann daher auch durch Parteivereinbarung umgewandelt werden. Schließlich kann der Pfandnehmer die Sache auch dann herausverlangen, wenn der Pfandgeber in Konkurs

⁸⁶⁶ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, S. 547.

⁸⁶⁷ z.B. aufgrund Art. 3-257 weil beim Pfandnehmer eine ernsthafte Verwahrlosung der Sache zu befürchten ist. Molenaar, Pandrecht, S. 68.

⁸⁶⁸ So eindeutig die Gesetzesbegründung zu Art. 3-238: MvA Art. 3.9.2.2a, Parl. Gesch. boek 3, S. 754; Reehuis, Stille verpanding, Rn. 36, anders aber Molenaar, Pandrecht, S. 30, der dem stillen Pfandnehmer nach Zurückübertragung den Schutz wieder entzieht.

⁸⁶⁹ Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, S. 56; Snijder/Rank-Berenschot, Goederenrecht, S. 432/433.

⁸⁷⁰ Pflichten sind unter anderem, der sorgfältige Umgang mit der Sache sowie die Vermeidung eines Gebrauchs derselben, sofern ihr Gebrauch nicht für den Erhalt der Sache notwendig ist. Beim stillen Pfandrecht wäre dies jedoch entgegen der eigentlichen Zwecksetzung, sodass hier der Nichtgebrauch nicht zu den Pflichten zählt. Molenaar, Pandrecht, S. 67; Toelichting bij Art. 7.9.1.4. ontwerp van Art. 7-603; S. 1027.

fällt⁸⁷¹. Anerkannt ist mittlerweile auch die Umsetzung eines stillen Pfandrechtes in ein Faustpfandrecht durch Abschluss eines Mietvertrages zwischen dem Pfandgeber und dem Pfandnehmer, wonach der Erstere fortan die Sache nicht mehr aufgrund des Pfandverhältnisses, sondern aufgrund eines Mietverhältnisses für den Pfandgeber besitzt⁸⁷². Die Umwandlungsmöglichkeiten sind folglich nicht gesetzlich beschränkt – dies hindert das gezielte Hin und Her also nicht. Dennoch scheidet ein gezieltes Hin und Her und damit ein Unterlaufen des Art- 3-238 aus. Notwendig für den Pfandrechtserwerb ist immer der gute Glaube. Bei einem gezielten Hin und Her ist dieser nicht gegeben. Auch wenn man lediglich eine Vermutung hat, so besteht eine Untersuchungspflicht, deren Versäumnis wiederum die Bösgläubigkeit verursacht⁸⁷³.

In wenigen – nicht gezielt herbeiführbaren – Fällen besteht mithin die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs für den stillen Pfandnehmer. Auf diese Fälle beschränken sich deshalb auch die folgenden Spezialausführungen zum gutgläubigen Erwerb.

(1) Gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechtes an gestohlenen Sachen

Gem. Art. 3-238 III i.V.m. Art. 3-86 III NBW kann der bestohlene Eigentümer innerhalb von drei Jahren seine Sache auch von dem Gutgläubigen herausverlangen. Aus der Verweisung ausgehend von den Pfandrechtsregeln wird geschlossen, dass der Eigentümer nicht nur seine Sache herausverlangen kann, sondern diese auch frei von Pfandrechten ist⁸⁷⁴.

(2) Gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts an bereits belasteten Sachen

Ist eine Sache bereits mit einem Recht belastet, so steht dem Eigentümer nur noch eine beschränkte Verfügungsbefugnis zu. Eine weitere Belastung erfolgt nur an der bereits belasteten Sache, sodass das beschränkte Recht nicht mehr den ersten Rang einnehmen kann. Etwas anderes gilt gem. Art. 3-238 II NBW, wenn der Pfandnehmer zum Zeitpunkt der Gewahrsamerlangung bzgl. der unbeschränkten Verfügungsbefugnis gutgläubig ist. Das dann entstandene Pfandrecht rückt an erste Stelle. Eine solche Konstellation ist für die hier zu betrachtenden Fälle auch durchaus denkbar.

⁸⁷¹ HR 17 februari 1995, NJ 1996, S. 471 (Haarlem / Amsterdam); Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvorrbehoud*, S. 105; Snijder/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, S. 432.

⁸⁷² Rb. Utrecht 3 juli 1996, NJ 1997, 50; Böhl in: *NJB* 1993, 193 (194, 195). Rank-Berenschot in: *NTBR* 1997, 121 (122).

⁸⁷³ Brahn, *Levering*, S. 63.

⁸⁷⁴ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, S. 547.

(3) Gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechtes an einer zur Konkursmasse gehörenden oder in der Zwangsvollstreckung befindlichen Sache

Fällt ein Eigentümer in Konkurs, so verliert er die Verfügungsberechtigung über die zum Konkurs gehörenden Sachen⁸⁷⁵. Ab diesem Zeitpunkt kann kein Pfandrecht entstehen. Gem. Art. 35 III NF ist jedoch die Vorschrift des Art. 3-238 NBW anwendbar, mit der Folge, das wiederum ein gutgläubiger Erwerb möglich ist. Ein solcher dürfte in der Praxis jedoch selten bis nie vorkommen. Zwar bewirkt die Eintragung des Konkurses in das Konkursregister gem. Art. 19 NF noch keine Bösgläubigkeit, jedoch dessen Veröffentlichung an Börse und in der Zeitung gem. Art. 14 III NF. Hier geht man von einem Kennenmüssen der Umstände aus, sodass ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb fortan nicht mehr möglich ist⁸⁷⁶. Befindet sich die Sache in der Zwangsvollstreckung, so ist ein gutgläubiger Erwerb wieder nur gem. Art. 453a II NRv bei Gewahrsamerlangung möglich⁸⁷⁷.

bb) Sonstiger Schutz des stillen Pfandrechtes

Wird das stille Pfandrecht nicht zwischenzeitlich in ein Faustpfandrecht umgewandelt, so bieten lediglich die allgemeinen Vorschriften einen beschränkten Schutz des stillen Pfandnehmers. Beruht der gute Glaube in die Verfügungsbefugnis des Pfandgebers auf Aussagen oder Schriftstücken des tatsächlichen Rechtsinhabers, so kann dieser sich gem. Art. 3-36 NBW nicht auf sein Recht berufen⁸⁷⁸. Solche Fälle sind denkbar, wenn der Rechtsgrund, aufgrund dessen der Pfandgeber zunächst eine Sache erlangt hat, später ex-tunc nichtig wird, sich der Pfandnehmer jedoch auf die Verfügungsbefugnis verlässt, weil ihm beispielsweise der schriftliche Kaufvertrag vorgelegt worden ist. Schließlich bietet auch Art. 3-58 NBW Schutz indem er bei Heilung einer anfänglichen Unbefugnis das Pfandrecht für wirksam erklärt, sofern die Parteien die ganze Zeit von dessen Gültigkeit ausgegangen sind.

cc) Ergebnis

Bei der fehlenden Verfügungsbefugnis entsteht grundsätzlich kein stilles Pfandrecht. Nur in wenigen Ausnahmefällen ist ein gutgläubiger Erwerb oder eine Unbeachtlichkeit der fehlenden Befugnis denkbar.

⁸⁷⁵ Vgl. Art. 23 Fw; Pitlo/Reehuis/heisterkamp, Goederenrecht, S. 547.

⁸⁷⁶ Wessels/van Sint Truiden, Faillissementswet, Art. 14 Fw, Rn. 7.

⁸⁷⁷ Nispen/VanMierlo/Polak-Gieske, Burgerlijke Rechtsvordering, Art. 453a Rn. 2.

⁸⁷⁸ Nieuwenhuis/Stolker/Valk, Burgerlijk Wetboek, Art. 3-36, Rn. 2.

c. Lieferung – *levering tot vestiging van pandrecht*

Neben dem Titel und der Verfügungsbefugnis ist schließlich auch eine Lieferung bestehend aus einem dinglichen Vertrag⁸⁷⁹ und einer Lieferungshandlung nötig⁸⁸⁰. Die Anforderungen an die Lieferungshandlung sind abweichend von Art. 3-98 i.V.m. Art. 3-84 NBW in den Spezialvorschriften der Art. 3-237 NBW geregelt, wobei für die Begründung des stillen Pfandrechtes Art. 3-237 I NBW gilt. Danach entsteht das stille Pfandrecht durch eine öffentliche oder eingetragene privatschriftliche Urkunde.

Grundsätzlich genügt dabei eine einseitige Urkunde⁸⁸¹, in welcher der Pfandgeber sich zur Übertragung des Pfandrechtes bereit erklärt. Die Urkunden dienen nicht dem Schutz Dritter, sondern sollen jeweils nur Beweis darüber erbringen, wann ein Pfandrecht gefestigt worden ist⁸⁸². Gem. Art. 3-237 II NBW bedarf es des Weiteren einer Erklärung zur Verfügungsbefugnis und der Belastung oder Nichtbelastung der Sache mit weiteren Rechten. Diese Angaben sind jedoch für das Pfandrecht keine Entstehungsvoraussetzung, falsche Angaben führen daher nicht zur Nichtigkeit⁸⁸³. Bei Falschangaben drohen jedoch Strafbarkeiten gem. Art. 225, 227, 326 Sr., sodass zumindest ein psychischer Druck auf den Pfandgeber besteht.

aa) Registrierte privatschriftliche Urkunde

Das stille Pfandrecht kann zunächst mittels einer registrierten privatschriftlichen Urkunde begründet werden. Dabei wirkt die Registrierung konstitutiv und ist damit eine notwendige Entstehungsvoraussetzung.

Vielfach umstritten ist die Frage, auf welchen Zeitpunkt es bei der Registrierung ankommt. Entsteht das Pfandrecht bereits bei Einreichung der Unterlagen⁸⁸⁴ oder erst, wenn alle für die Registrierung nötigen Handlungen vorgenommen worden sind⁸⁸⁵. Dies ist insbesondere dann bedeutsam, wenn der Pfandgeber zwischenzeitlich die Verfügungsbefugnis verliert oder in Konkurs fällt. Die Registrierung soll lediglich darüber Beweis führen, wann ein Pfandrecht entstanden ist. Nutzbar für diese Beweisführung da einzig vermerkt ist das Datum der tatsächlichen Registrierung, sodass es nur auf diesen Zeitpunkt ankommen kann. Die Registrierung erfolgt bei der *Inspectie der Registratie en Successie* durch Eintragung in ein Register. Dieses ist kein öffentliches Register, es ist für Dritte grundsätzlich nicht ein-

⁸⁷⁹ Das dieser tatsächlich erforderlich ist, wurde bereits bei den Voraussetzungen des Eigentumserwerbes bewiesen (siehe Seite 179).

⁸⁸⁰ HR 4 december 1998, NJ 1999, 549 m.nt. WMK (Potharst/Serrée).

⁸⁸¹ Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, S. 57/ Nr. 67; Mijnssen in: Ad.bl. 1981, S. 384; Molenaar, Pandrecht, Nr. 15.

⁸⁸² Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, S. 428/ Nr. 533.

⁸⁸³ MvA, Parl. Gesch. boek 3, S. 749; Molenaar, Pandrecht, S. 29, 30; Pillo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, S. 546; Snijder/Rank-Berenschot, Goederenrecht, S. 428.

⁸⁸⁴ So einzig Rb Dordrecht 17 november 1993, NJ 1994, Nr. 101.

⁸⁸⁵ Rank-Berenschot in: NTBR 1997, 121.

sehbar und stellt daher auch keinen Schutz anderer Gläubiger dar. Lediglich in Ausnahmefällen können Erben, Rechtsnachfolger und Konkursverwalter Einsicht beantragen. Dies bewirkt zwar gerade im Hinblick auf die Rechtsnachfolger einen gewissen Gläubigerschutz, dieser ist jedoch keinesfalls umfassend und benachteiligt vor allem die ungesicherten Gläubiger.

bb) Öffentliche Urkunde

Unter einer öffentlichen Urkunde schließlich versteht das niederländische Recht alle Urkunden, die durch einen Notar oder gesetzlich ermächtigten Beamten aufgesetzt werden⁸⁸⁶. Da beim Erstellen einer Pfandrechtsurkunde keine sonstige Ermächtigung von Beamten besteht, handelt es sich streng genommen um eine notarielle Urkunde. Aus den Gesetzesbegründungen zu Art. 3-89 INBW lässt sich jedoch entnehmen, dass man sich in Art. 3-237 NBW die Möglichkeit offen halten wollte, auch eine Prozesseinigung als gültige Urkunde anzusehen⁸⁸⁷. Gem. Art. 26 II *Wet op het Notarisambt* hat die Urkunde Jahr und Tag ihrer Aufsetzung zu enthalten. Eine genauere Zeitangabe ist nicht gefordert, entwickelt aber beim Vorliegen dennoch Beweiskraft. Da mit der Erstellung der Urkunde das Pfandrecht entsteht, kann die genaue Zeit gerade für Fragen des Ranges von immenser Wichtigkeit sein, sodass in der Praxis sehr häufig die genaue Uhrzeit mit angegeben wird.

Der Vorteil einer öffentlichen Urkunde gegenüber der privatschriftlichen besteht in zweifacher Weise. Verlangt der Pfandnehmer die Sache gem. Art. 3-237 III NBW heraus und kommt der Pfandgeber diesem Verlangen nicht nach, so dient die öffentliche Urkunde sogleich als Vollstreckungstitel⁸⁸⁸, sodass anders als bei der privatschriftlichen Urkunde für die Vollstreckung keine Erlaubnis durch die Gerichtspräsidenten gem. Art. 491 II Rv nötig ist. Weiterhin beweist die öffentliche Urkunde auch die Echtheit derselben⁸⁸⁹. Die Registrierung der Privaturkunde führt nur Beweis über das Datum, nicht jedoch die Echtheit der Urkunde, sodass, sobald Zweifel angeführt werden, hier der Pfandnehmer die Beweislast trägt. Da jedoch die Notarskosten erheblich über denen der Registrierung liegen, wird sehr häufig trotz der bestehenden Nachteile auf die privatschriftliche, registrierte Urkunde zurückgegriffen⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ Kraan, *de authentieke akte*, 1984, S. 1ff.

⁸⁸⁷ MvA Art. 3.4.2.4 *Invoeringswet* (vierte gedeelte), kamerstuk 17 496, Nr. 10, S. 43; eher zweifelnd Reehuis, *Stille Verpanding*, Rn. 51; zustimmende Molenaar, *Pandrecht*, S. 28; Asbeuk van Os in: WPNR 6043 (1992), S. 256 (258).

⁸⁸⁸ Kraan, *De authentieke akte*, 1984, S. 30ff.; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, S. 545/Nr. 767.

⁸⁸⁹ Kraan, *De authentieke akte*, 1984, S. 12.

⁸⁹⁰ Asbeuk van Os in: WPNR 6043 (1992), S. 256 (259).

d. Gesicherte Forderung

Wie sich aus Art. 3-227 I i.V.m. 3-231 I NBW ergibt, wird mit Hilfe des Pfandrechtes eine Geldforderung gesichert. Andere Forderungen als Geldforderungen können ebenfalls durch ein Pfandrecht gesichert werden, dieses kann jedoch erst geltend gemacht werden, nachdem diese Forderung beispielsweise durch ein In-Verzug-Setzen gem. Art. 6-81ff. NBW in eine Geldforderung umgewandelt worden ist⁸⁹¹. Die gesicherte Forderung muss gem. Art. 3-231 II NBW hinreichend bestimmt sein. Hinsichtlich dieses Erfordernisses kommt es im niederländischen Recht nach einhelliger Meinung nicht auf den Zeitpunkt der Begründung, sondern der Vollstreckung an⁸⁹². Erst dann erlangt dieses Erfordernis eine praktische Bedeutung. Es reicht mithin aus, wenn zum Zeitpunkt der Vollstreckung die Forderung hinreichend bestimmt ist. Aus diesem Grund kann auch eine zukünftige Forderung gem. Art. 3-231 I 3 NBW Grundlage einer Verpfändung sein. Das Erfordernis der Bestimmtheit bereitet dabei keine Probleme, da zum Zeitpunkt der Vollstreckung die Forderung entstanden und damit in der Regel auch hinreichend bestimmbar ist. Auch der Grundsatz der Akzessorietät steht dem nicht entgegen, besagt er doch lediglich, dass ein Pfandrecht ohne zugrunde liegende Forderung nicht ausgeübt werden kann, nicht jedoch, dass es dann auch nicht entstehen kann⁸⁹³. Aus Art. 3-231 I 1 NBW wonach ein Pfandrecht sowohl für eine bestehende als auch eine zukünftige Forderung bestellt werden kann, schließt man, dass es für den Entstehenszeitpunkt des Pfandrechtes auf den Bestellungszeitpunkt, nicht jedoch auf den Zeitpunkt ankommt, an dem die Forderung entsteht⁸⁹⁴.

e. Gesicherter Gegenstand

Das stille Pfandrecht ruht gem. Art. 3-227 I NBW regelmäßig auf einer beweglichen Sache nebst Bestandteilen gem. Art. 3-4 NBW. Dabei stellen sich zwei Fragen: Zunächst erscheint interessant und vor allem wirtschaftlich relevant, ob auch Sachgesamtheiten still verpfändet werden können? Des Weiteren drängt sich die Frage auf, ob auch zukünftige Sachen Gegenstand einer stillen Verpfändung sein können? Der besseren Verständlichkeit wegen und um Vorgriffe zu vermeiden, wird letztere Frage in einem gesonderten Abschnitt behandelt.

Sachgesamtheiten waren im OM noch in Art. 3.1.1.11 (3-11 I, II) geregelt⁸⁹⁵. Darin wurden sie als eine Gemeinschaft von Sachen beschrieben, die nach der Verkehrsauffassung zusammen gehören. Als nicht abschließende Beispiele wurden der Nachlass, das gemeinschaftliche Ehevermögen sowie das Unternehmen genannt.

⁸⁹¹ Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 67.

⁸⁹² MvA Art. 3.9.1.5 Parl. Gesch. boek 3, S. 737; MvA Art. 3.9.4.2 Invoeringswet (vierde gedeelte) (wijzing van boek 3), kamerstuk 17496, Nr. 10, S. 69; Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoobehoud*, S. 58; Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 68.

⁸⁹³ Asser/Mijnssen/Velten, *Zakenrecht III*, Rn. 155; Fesevur, *De zakelijke zekerheidsrechten*, S. 182.

⁸⁹⁴ Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 71.

⁸⁹⁵ O.M. Art. 3.1.1.11., Parl. Gesch. Boek 3, S. 97.

Art. 3-11 II NBW bestimmte schließlich, dass die Sachgemeinschaft fortbesteht, auch wenn sich die einzelnen Bestandteile ändern. Im Regierungsentwurf wurde diese Regelung wie alle zur Sachgesamtheit gehörenden Vorschriften verworfen⁸⁹⁶. Damit sollte jedoch nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass es solche nicht mehr gibt. Man ging vielmehr zum einen davon aus, dass das Bestehen von Sachgesamtheiten eine Selbstverständlichkeit ist, die keiner Regelung bedarf⁸⁹⁷. Zum anderen fürchtete man vielmehr, durch die Vorschrift den Sachgesamtheiten zu enge Grenzen aufzuerlegen. Schließlich sah man auch kein praktisches Bedürfnis an einem solchen Institut, da bis zu diesem Zeitpunkt keinerlei Probleme bekannt waren. Da das Institut der Sachgesamtheit mithin nicht aus dem NBW entfernt werden sollte, ist die Begründung eines stillen Pfandrechtes an einer solchen durchaus denkbar.

Voraussetzung dafür ist, dass alle Sachen aus denen die Gesamtheit aufgebaut ist, in der für sie bestimmten Weise in Pfand gegeben werden⁸⁹⁸. Für das stille Pfandrecht bedeutet dies, dass alle Sachen in der Pfandurkunde benannt sein müssen. Daneben muss darin enthalten sein, dass und warum es sich um eine Sachgesamtheit handelt. Lediglich das Problem, was beim Ausscheiden und Hinzukommen von Sachen aus bzw. zu der Gesamtheit passiert, bleibt meist undiskutiert⁸⁹⁹. An dieser Stelle macht sich die Eliminierung des Art. 3-11 II NBW deutlich bemerkbar. Da der Gesetzgeber trotz umfangreicher Begründungen⁹⁰⁰ mit keinem Wort erwähnt hat, dass diese Vorschrift von einer falschen Prämisse ausgeht, ist anzunehmen, dass der darin niedergelegte Grundsatz weiterhin gilt. Die Sachgesamtheit besteht daher fort und mit ihr auch das an ihr begründete Pfandrecht. Dies bereitet auch keine Probleme, zumal das niederländische Recht die Inpfandgabe zukünftiger Sachen wie noch zu zeigen ist gem. Art. 3-98 i.V.m. 3-97 NBW ausdrücklich anerkennt.

2. Übertragung des Pfandrechts

Da es sich bei dem Pfandrecht um ein akzessorisches Recht handelt⁹⁰¹, geht es gem. Art. 3-82 NBW mit der Forderung zusammen über. Will man daher ein Pfandrecht übertragen, bedarf es einer Forderungsabtretung⁹⁰². Diese erfolgt für die einfache Forderung gem. Art. 3-94 I NBW strenger als im deutschen Recht mittels

⁸⁹⁶ M.v.A. II Art. 3.1.1.11, Parl. Gesch. Boek 3, S. 101.

⁸⁹⁷ V.V.II. Art. 3.1.1.11, Parl. Gesch. Boek 3, S. 100; Nota van de minister van Justitie, Voortgang van de Invoeringswetten Boeken 3-6 nieuw BW, Tweede Kamer, Nr. 18113, stuk nr. 2.

⁸⁹⁸ Molenaar, Pandrecht, Nr. 20.

⁸⁹⁹ vgl. Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, Nr. 65 ff.; Reehuis, Stille verpanding.

⁹⁰⁰ vgl. zu Art. 3.1.1.11, Parl. Gesch. Boek 3, S. 97-104.

⁹⁰¹ Siehe Seite 190.

⁹⁰² Dazu vgl. Mincke: Einführung in das niederländische Recht, Rn. 153ff. man unterscheidet zwischen der Abtretung einer einfachen Forderung (vordering op naam) und einer durch Inhaberpapier (vorderingsrecht aan toonder) oder Orderpapier (vorderingsrecht aan order) verkörperten Forderung, welche durch die Übertragung des Papiers übergehen.

einer privatschriftlichen oder öffentlichen Urkunde zwischen dem Zedenten und dem Zessionar, die zumindest vom Zedenten unterschrieben sein muss und Aufschluss über die Verfügung zu geben hat⁹⁰³. Des Weiteren ist die Abtretung dem Schuldner anzuzeigen. Erst dann findet ein wirksamer Forderungsübergang statt. Letzteres kann gem. Art. 3-94 II NBW unterbleiben, sofern der Schuldner noch nicht bekannt ist, muss aber bei Kenntnis desselben unverzüglich *met bekwame spoed* nachgeholt werden.

3. Verfügung über die Pfandsache

Mit der Pfandrechtsbegründung hat sich der Eigentümer einer Sache eines Teiles seiner Verfügungsbefugnis begeben. Übereignet er nun die Sache, so kann dies nur in belasteter Form geschehen. Der Erwerber erlangt daher grundsätzlich kein lastenfreies Eigentum. Erlischt das Pfandrecht vorher – durch Forderungsbegleichung⁹⁰⁴ oder einen urkundlich festgehaltenen Verzicht seitens des Pfandgebers – so ist natürlich eine lastenfreie Übereignung wieder möglich. Dennoch kennt das niederländische Recht einige Möglichkeiten, die dem Pfandgeber auch vor dem Erlöschen des Pfandrechtes die Möglichkeit einer lastenfreien Übertragung gewährleisten.

Zum einen ist hier natürlich der gutgläubige Erwerb gem. Art. 3-98 i.V.m. 3-86 II NBW zu nennen, wonach der Erwerber eine Sache lastenfrei erwirbt, sofern er bei Übertragung hinsichtlich der vollständigen Verfügungsbefugnis im guten Glauben war. Dies gilt auch, soweit die Sicherungsparteien ein vertragliches Veräußerungsverbot vereinbart haben. Danach darf ein Pfandgeber eine Sache nicht an Dritte veräußern, tut er dies dennoch, so wirkt diese Abrede nicht gegenüber Dritten, da diese regelmäßig keinen Einblick in die Absprachen haben⁹⁰⁵. Diese können die Sache belastet erwerben, es sei denn, sie sind gutgläubig. Neben dem gutgläubigen Erwerb bestehen jedoch noch weitere Möglichkeiten.

a. Vertragliche Veräußerungserlaubnis

Gerade im Bereich der für den Verkehr bestimmten Handelswaren ist eine Veräußerung der Pfändungssachen für das Funktionieren des Betriebes nötig. Nur so kann der Pfandgeber weitere Gewinne erwirtschaften, mit denen er den Kredit zurückzahlen kann. Daran hat auch der Pfandnehmer ein Interesse. Dieses beidseitig bestehende Bedürfnis kann man mit dem gutgläubigen Erwerb jedoch nicht abdecken. Zum einen dürfte gerade bei Handelswaren, die oftmals Gegenstand einer Sicherheit sind, der gute Glaube nur schwer begründbar sein. Zum anderen leidet darunter auch das Geschäftsverhältnis. Der Pfandgeber verletzt das gegenüber dem Dritten bestehende Schuldverhältnis, der Dritte hingegen wird häufig den Vertrau-

⁹⁰³ Asser/Mijnssen/vanHaag, Zakenrecht I, Rn. 356.

⁹⁰⁴ Dies begründet sich aus der Akzessorietät des Pfandrechtes zur Forderung.

⁹⁰⁵ TM algemene opmerkingen, Boek 5, sub 5, Parl. Gesch. boek 5, S. 4, vgl. im Gegensatz dazu Art. 3-83 II, wo ein Abtretungsverbot für Forderungen möglich gemacht wird.

ensbruch zum Anlasse nehmen, sich einen neuen Geschäftspartner zu suchen. Um dem geschilderten Bedürfnis dennoch gerecht zu werden, findet man im niederländischen Rechtsverkehr zwischen dem Pfandnehmer und dem Pfandgeber häufig eine vertragliche Veräußerungserlaubnis⁹⁰⁶. Da der Pfandnehmer dadurch jedesmal seine Sicherheit verliert, wird meist gleichzeitig ein Pfandrecht an allen zukünftig in den Betrieb gelangenden Sachen begründet. Veräußert der mit der vertraglichen Erlaubnis ausgestattete Pfandgeber eine Sache, so erwirbt der Dritte lastenfrei Eigentum.

b. Vertraglich ist nichts geregelt

Problematisch sind die Fälle, in denen es keine solche vertragliche Regelung gibt, denn auch dann besteht das oben dargestellte Bedürfnis der Parteien, die Sicherheiten lastenfrei weiterveräußern zu können. An dieser Stelle hat die niederländische Rechtsprechung eingegriffen und die ursprünglich im Ontwerp-Meijers befindliche Regelung des Art. 3.9.3.3⁹⁰⁷ zur gefestigten Rechtsprechung gemacht⁹⁰⁸. Wird danach ein Pfandrecht auf eine Handelssache begründet, die im Rahmen des Betriebes zur Weiterveräußerung bestimmt ist, so soll auch hier eine Veräußerungserlaubnis bestehen. Begründet wird dies mit der Ausgestaltung des Pfandvertrages. Handelt es sich um eine zur Weiterveräußerung bestimmte Handelssache, so ist dem Pfandnehmer bewusst, dass es zur Veräußerung kommen kann, zumal er durch Begründung eines stillen Pfandrechtes die Sache beim Pfandgeber belassen hat. Dies liegt auch ganz in seinem Interesse, denn nur so kann die Kreditrückzahlung wirksam gewährleistet werden. Die Veräußerungserlaubnis wird daher nicht nur ausdrücklich begründet⁹⁰⁹, sondern ergibt sich auch stillschweigend aus der Art der Übereinkunft oder der verpfändeten Güter⁹¹⁰.

c. Dogmatische Begründung

Unklar ist jedoch, wie das niederländische Recht diese stillschweigende oder ausdrücklich erteilte Veräußerungsbefugnis dogmatisch ausgestaltet. Dem Pfandgeber fehlt durch die Verpfändung der für die lastenfreie Veräußerung maßgebliche Teil der Verfügungsbefugnis.

Warum der lastenfreie Erwerb dann doch möglich ist, wird unterschiedlich begründet. Teilweise wird angenommen, der fehlende Teil der Verfügungsbefugnis wird

⁹⁰⁶ Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 79; Schoordijk in: WPNR 4782 (1963), 401 (402).

⁹⁰⁷ Art. 3.9.3.3. ontw.: Bij vervreemding van de in pand gegeven zaak blijft het pandrecht bestaan, tenzij ... de vervreemding als een normale bedrijfshandeling is te beschouwen.

⁹⁰⁸ HR 14 februari 1992, NJ 1993, Nr. 623 (Hinck – Werff & Visser).

⁹⁰⁹ Siehe Seite 200.

⁹¹⁰ HR 14 februari 1992, NJ 1993, Nr. 623 (Hinck – Werff & Visser), Mezas, *Eigendomsvoorbehoud*, S. 64; Molenaar, *Pandrecht*, Nr. 19; Schoordijk WPNR 4782 (1963), S. 401 (403); Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Rn. 536; Vriesendorp, *Eigendomsvoorbehoud*, S. 82.

aufgrund der Absprache direkt vom Pfandnehmer hergeleitet⁹¹¹ - ähnlich § 185 I BGB. Dagegen wird jedoch vorgebracht, dass Verfügungsbefugnis und Pfandrecht unlösbar miteinander verbunden sind und eine Trennung nicht möglich ist. Andere wiederum sehen in der Abrede eine aufschiebende Bedingung⁹¹². Aufschiebend bedingt durch die tatsächliche Veräußerung wird im voraus auf das Pfandrecht verzichtet. Meist wird die Vereinbarung jedoch als auflösende Bedingung betrachtet, wonach mit der Veräußerung der Sache das Pfandrecht entfällt und der Pfandgeber verfügungsbefugt wird⁹¹³. Diese Ansicht kommt der Regelung des Art. 3-81 II b NBW sehr nahe, wonach beschränkte Rechte erlöschen, wenn die auflösende Bedingung erfüllt wird, unter der das Pfandrecht begründet worden ist. Sie wird deshalb als die vorzuziehende Ansicht angesehen.

4. Begründung weiterer beschränkter Rechte

Die Sache an der das Pfandrecht begründet worden ist, kann nicht nur veräußert werden, sie kann auch weiter belastet werden. Von dieser Möglichkeit zeugen einige Regelungen des NBW wie beispielsweise Art. 3-237 II, 3-248 III, 3-253 NBW. Wieder fehlt dem Pfandgeber die unbeschränkte Verfügungsbefugnis, was dazu führt, dass allenfalls nachrangige Pfandrechte begründet werden können – Pfandrechte an belasteten Sachen. Eine Ausnahme bildet wieder die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes gem. Art. 3-238 II NBW, wonach ein Pfandrecht ersten Ranges entsteht, sofern der Pfandnehmer gutgläubig hinsichtlich der beschränkten Verfügungsbefugnis war. Ein zwischen den Sicherungsparteien vorgenommenes Belastungsverbot wirkt nur *inter partes*⁹¹⁴. Der Dritte erwirbt die Belastung grundsätzlich im untergeordneten Rang, es sei denn er war gem. Art. 3-238 II NBW gutgläubig. Dem Pfandnehmer fehlt ein Recht zur Begründung eines Pfandrechtes auf die in Pfand gegebene Sache gem. Art. 3-242 NBW vollständig.

5. Verwertung des stillen Pfandrechtes außerhalb des Konkurses

Grundsätzlich gewährt das niederländische Recht dem Gläubiger drei Möglichkeiten, seine Forderung im Falle einer Nichtzahlung durchzusetzen. Das *Wetboek Rechtsvordering (NRv)* bietet dem Gläubiger die Möglichkeit, eine Pfändung vorzunehmen, diese zu verwerten und sich aus dem Erlös zu befriedigen. Das *Faillissementswet (Fw)* bietet die Möglichkeit, den Schuldner in Konkurs zu setzen und über die Liquidation seines Vermögens die Forderung zu befriedigen. Schließlich

⁹¹¹ Grundsätzlich für möglich haltend: Reehuis, *Stille verpanding*, S. 84/ Nr. 83a.

⁹¹² Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud*, S. 73; Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Rn. 536, der sich jedoch nicht zwischen der auflösenden und der aufschiebenden Bedingung entscheiden kann.

⁹¹³ Asser/Mijnssen/Velten, *Zakenrecht III*, Nr. 79; Molenaar, *Pandrecht*, Nr. 19; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, Nr.779; Reehuis, *Stille verpanding*, Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Rn. 536.

⁹¹⁴ Asser/Mijnssen/Velten, *Zakenrecht III*, Nr. 80; Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 86.

hält das niederländische Recht noch die *surséance van betaling* bereit, die jedoch lediglich vom Schuldner initiiert werden kann und ihm eine Atempause gönnen soll, welche die spätere Forderungsbegleichung erleichtern soll.

Die Verwertung des stillen Pfandrechts außerhalb des Konkurses erfolgt in zwei Schritten. Zunächst verlangt der Pfandnehmer die Sache heraus – das stille Pfandrecht wandelt sich daher in ein Faustpfandrecht um. Für dieses Herausgabeverlangen stehen dem Pfandnehmer zwei Möglichkeiten zu, jenachdem, wie weit der Pfandgeber zur Mithilfe bereit ist. Dies ist nötig, da der Pfandnehmer im Rahmen der Verwertung dem Käufer die Sache übergeben muss, was grundsätzlich erst einmal einen eigenen Gewahrsam voraussetzt. Im Folgenden wird die Sache verwertet.

a. Herausgabeverlangen

aa) Art. 3-237 III NBW Herausgabe bei „tekortschieten“

Gem. Art. 3-237 III NBW ist der Pfandnehmer berechtigt⁹¹⁵, die Herausgabe der Sache an sich oder einen Dritten zu fordern, wenn der Schuldner oder der Pfandgeber in seinen Verpflichtungen „tekortschiet“ oder dies zu befürchten steht⁹¹⁶.

(1) Was meint „Tekortschieten“

Übersetzt bedeutet „tekortschieten“ eine Verfehlung begehen. Gemeint ist, dass der Pfandgeber oder der Schuldner hinsichtlich seiner Verpflichtungen verfehlt. Die gleiche übersetzungstechnische Bedeutung hat die im OM⁹¹⁷ noch verwendete Formulierung „in gebreke is“, die jedoch bewusst im GO⁹¹⁸ in „tekortschieten“ umgewandelt worden ist⁹¹⁹. Was also meint der niederländische Gesetzgeber, wenn er das Herausgabeverlangen des Pfandnehmers an ein „tekortschieten“ des Pfandgebers oder des Schuldners anknüpft?

Beide Formulierungen umschreiben ein Nichtnachkommen mit den Verpflichtungen. Dabei geht der Begriff „in gebreke is“ davon aus, dass diese Pflichtverletzung dem Schuldner zurechenbar ist⁹²⁰. Im Umkehrschluss dazu liegt es nahe, eine solche Zurechenbarkeit beim „tekortschieten“ nicht zu verlangen. Andererseits findet sich dieser Begriff auch im Schuldnerverzug gem. Art. 6-74 NBW wieder, wonach der Schuldner im Falle des „tekortschietens“ dem Gläubiger den dadurch entstan-

⁹¹⁵ „is deze bevoegt“ meint im niederländischen Recht eigentlich den Fall, dass ein dahingehendes Urteil ergangen ist. Wie Art. 496 NRv zeigt, bedarf es eines solchen bzgl. des Herausgabeverlangens beim stillen Pfandrecht gerade nicht.

⁹¹⁶ Stein/Rueb, Nieuw Burgerlijk Procesrecht, S. 315.

⁹¹⁷ OM = Ontwerp Meijers, die ursprünglich von Meijers entworfene Gesetzesfassung.

⁹¹⁸ GO = gewijzigd ontwerp van wet, die geänderte Fassung.

⁹¹⁹ M.v.A.II. Art. 3.9.2.2., Parl. gesch. Boek 3 S. 750.

⁹²⁰ M.v.A.II. Art. 3.9.2.2., Parl. gesch. Boek 3 S. 750.

denen Schaden zu ersetzen hat⁹²¹. Im Gesetz ausgewiesen gilt dies jedoch nur insoweit, als das „*tekortschieten*“ dem Schuldner zurechenbar ist. Daraus lassen sich zwei Schlussfolgerungen ableiten: Erstens kann „*tekortschieten*“ immer eine zurechenbare Pflichtverletzung bedeuten⁹²², die in Art. 6-74 I (2. HS) NBW noch einmal betont wird. Zweitens kann man „*tekortschieten*“ auch weiter fassen, indem man auf das Erfordernis der Zurechenbarkeit verzichtet⁹²³. Art. 6-74 I (2. HS) NBW würde dann eine Ausnahme normieren. Für letztere Herangehensweise sprechen zwei gewichtige Gründe. Zum einen kann so der Unterschied zum Begriff „*in gebreke is*“ erklärt werden, der extra geändert wurde⁹²⁴ und daher eine Bedeutung haben muss. Zum anderen besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Schuldnerverzug, bei dem die Pflichtverletzung zurechenbar sein muss und der Herausgabeberechtigung nach Art. 3-237 III NBW, bei der die Pflichtverletzung nach der hier vertretenen Ansicht nicht zurechenbar sein muss. Ersterer gewährt einen Schadensersatzanspruch. Letzterer stellt einen Zustand her, der nach dem Grundprinzip des Faustpfandrechtes ohnehin bestehen würde. Verhält sich der Pfandnehmer so entgegenkommend, dass er auf die Übergabe der Sache verzichtet – dies geschieht in erster Linie zu Gunsten des Pfandgebers – so muss ihm wenigstens die Möglichkeit bleiben, die Pfandsache herauszuverlangen, wenn die Sicherung gefährdet ist. Dies kann dann aber nicht davon abhängen, ob die Gefährdung dem Pfandgeber zugerechnet werden kann. Unter „*tekortschieten*“ dürfte daher in Art. 3-237 III NBW eine – nicht notwendigerweise zurechenbare – Pflichtverletzung zu verstehen sein⁹²⁵.

(2) Schuldner und Pfandgläubiger

Wie Art. 3-237 III NBW zeigt, kann die Sache herausverlangt werden, wenn Schuldner oder Pfandgeber ihren Verpflichtungen nicht nachkommen. Die Verpflichtung des Schuldners besteht in der Begleichung der Forderung nebst Zinsen gem. Art. 3-244 NBW, sowie vom Pfandgläubiger getätigte Verwendung Art. 3-243 II NBW⁹²⁶. Welche Verpflichtungen den Pfandgeber treffen, ist im NBW nicht geregelt. Da beim stillen Pfandrecht der Pfandgeber an die Stelle des

⁹²¹ Nieuwenhuis/Stolker/Valk, Burgerlijk Wetboek II, Art. 6-74 Rn. 2.

⁹²² Asser-Rutten-Hartkamp, Zakenrecht I, Nr. 307; Hartkamp, Compendium, Nr. 270/272; Syllabus van de landelijke PAO-cursus NBW, aide memoire bij week 5 (niet-nakoming).

⁹²³ M.v.A.II Art. 3.9.2.2., Parl. gesch. Boek 3, S. 750; T.M. Art. 6-74, Parl. Gesch. Boek 6, S. 258; Nieuwenhuis/Stolker/Valk, Burgerlijk Wetboek II, Art. 6-74 Rn. 2. Nadorp van der Borg, Kwartaalbericht NBW, 1985/3, S. 76; Knol in: BW-krant jaarboek Nr. 1 (Leiden 1985), S. 105 ff.; Reehuis, Stille verpanding, Nr. 96.

⁹²⁴ M.v.A.II. Art. 3.9.2.2., Parl. gesch. Boek 3 S. 750.

⁹²⁵ Gerade wegen der Auslegungsschwierigkeiten sei es den Parteien empfohlen, in der Pfandurkunde so genau wie möglich zu bestimmen, wann ein „*tekortschieten*“ vorliegt und wann dieses zu befürchten steht. Um sicher zu gehen, empfiehlt es sich des Weiteren, einen Termin zu setzen, nach dessen Verzug ohne Zweifel ein „*tekortschieten*“ vorliegt.

⁹²⁶ M.v.A.II. Art. 3.9.2.2., Parl. gesch. Boek 3 S. 750; Molenaar, Pandrecht, Nr. 23.

Pfandnehmers tritt, dürften jedoch auch für ihn die in Art. 3-243 I NBW für den Pfandnehmer geregelten Pflichten gelten⁹²⁷.

(3) Befürchten eines „tekortschieten“

Die gleichen Rechte hat der Pfandnehmer, wenn ein „tekortschieten“ zu befürchten steht. Die Annahme einer solchen Befürchtung muss jedoch äußerst restriktiv erfolgen. Hauptziel des stillen Pfandrechts ist es, dem Pfandgeber gerade den Besitz der Sache zu erhalten, denn nur so kann sein Betrieb weiter arbeiten und eine Kreditrückzahlung ist gewährleistet. Diese Zweckerreichung darf aber nicht dadurch vereitelt werden, vorschnell eine Befürchtung hinsichtlich des „tekortschieten“ anzunehmen. Wird gegenüber einem rangniederen Pfandnehmer eine Pflichtverletzung begangen, so kann man regelmäßig eine Befürchtung hinsichtlich des ranghöheren Pfandnehmers annehmen⁹²⁸.

(4) Rechtsfolge

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so hat der Pfandnehmer das Recht, die Sache herauszuverlangen. Dieses Recht steht gem. Art. 3-237 III 2 (1.HS) NBW grundsätzlich allen Berechtigten zu. Bestehen mehrere Pfandnehmer, so verlangt derjenige die Sache heraus, gegenüber dem die Pflichtverletzung begangen worden ist. Der Ranghöchste verlangt dabei die Sache an sich selbst heraus, der Rangniedere an einen von allen beschlossenen oder vom Richter bestimmten Dritten, vgl. Art. 3-237 III 2 (2.HS) NBW. Glaubt ein rangniederer Pfandnehmer, er sei der Einzige, so erwirbt er gem. Art. 3-238 II NBW mit Herausgabe gutgläubig den ersten Rang, anderenfalls kann der höhere Pfandnehmer die Sache von ihm herausverlangen. Wurde die Sache bereits durch Dritte gepfändet, so ist gem. Art. 492 NRv analog eine Herausgabe nicht mehr möglich. Man kann jedoch ebenfalls zur Pfändung übergehen, mit der Folge, dass gem. Art. 497 NRv geklärt wird, wer das stärkste Recht inne hat⁹²⁹.

bb) Herausgabe durch Realexécution Art. 496 NRv

Gibt der Pfandgeber die Sache nicht freiwillig heraus, so kann sie im Rahmen der Zwangsvollstreckung in eine Forderung abgezwungen werden. Die Zwangsvollstreckung setzt in den Niederlanden ähnlich wie in Deutschland einen Titel voraus, der eine Vollstreckbarkeitsklärung enthält und dem Schuldner zugestellt werden muss⁹³⁰. Im Rahmen der Vollstreckung in eine mit einem stillen Pfandrecht gesicherte Sache gelten jedoch erleichterte Bedingungen.

⁹²⁷ Brahn, *Stille verpanding en eigendoomsvoorbehoud*, S. 97; Molenaar, *Pandrecht*, Nr. 23.

⁹²⁸ Brahn, *Stille verpanding en eigendoomsvoorbehoud*, S. 98; Molenaar, *Pandrecht*, Nr. 23.

⁹²⁹ Nispen/VanMierlo/Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Art. 497 Rn. 1.

⁹³⁰ Mincke, *Einführung in das niederländische Recht*, Rn. 384-386; Oudelaar, *Recht Halen*, 1995, S. 2.

(1) Titel

Hinsichtlich des Titels ist zu unterscheiden, ob das stille Pfandrecht mittels einer privatschriftlichen, registrierten Urkunde oder mittels einer öffentlichen Urkunde begründet worden ist. Letztere ersetzt den Titel vollständig⁹³¹. Ist das stille Pfandrecht mittels einer privatschriftlichen Urkunde begründet, reicht es für den Titel aus, die Erlaubnis des Untersuchungsrichters einzuholen, in dessen Gebiet sich die Sache befindet⁹³².

(2) Zustellung

Grds. muss gem. Art. 491 I, 439 I 1 NRv dem Schuldner mittels einer Zustellungs-urkunde mitgeteilt werden, dass innerhalb der nächsten zwei Tage der Titel vollstreckt wird⁹³³. Dieser Termin kann durch den Untersuchungsrichter verkürzt werden (vgl. Art. 439 I 2 NRv). Wird dieser Termin nicht beachtet, so ist die Vollstreckung nichtig⁹³⁴. Gerade beim stillen Pfandrecht stellt sich jedoch die – leider zum größten Teil bislang undiskutierte – Frage, ob auch hier eine solche Terminsetzung nötig ist.

Wiederum ist zu unterscheiden, mittels welcher Urkunde das Pfandrecht begründet worden ist. Bei der privatschriftlichen Urkunde muss der Richter um eine Erlaubniserteilung ersucht werden (Art. 496 II). Zeichnet sich hier bereits die Gefahr ab, dass die Sache weggeschafft wird oder zu Grunde geht, kann eine Fristverkürzung – unter Umständen auf Null – erwirkt werden. Bei einer öffentlichen Urkunde jedoch wäre der ihr innewohnende Vorteil, keinen Titel zu brauchen, durch eine Fristeinholung oder die Anrufung des Richters konterkariert. Die Auslegung des Art. 496 II NRv muss daher ergeben, dass es bzgl. der öffentlichen Urkunde keiner Termineinhaltung bedarf. Dies muss dann jedoch konsequenterweise auch für die privatschriftliche, registrierte Urkunde gelten. Es wurden zwei Formen der Urkunden zugelassen, um den Geschäftsverkehr zu vereinfachen, nicht jedoch um materielle Unterschiede zu erzeugen⁹³⁵.

⁹³¹ Art. 430 NRv; Brahn, *Stille verpanding*, S. 99; Mijnsen/Böhl/Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie*, 1983, S. 63; Nispen/van Mierlo/ Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Art.496 Rn. 2; Oudelaar, *Recht Halen*, 1995, S. 13; Stein/Rueb, *Nieuw Burgerlijk Procesrecht*, S. 316.

⁹³² Nispen/vanMierlo/Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Art. 496 Rn. 2; Stein/Rueb; *Nieuw Burgerlijk Procesrecht*, S. 315; MvT Art. 496 NRv *Invoeringswet (eerste gedeelte)* (wijziging RV, RO en F) kamerstuk 16593, Nr. 3 S. 78.

⁹³³ Dies geschieht, indem der Gerichtsvollzieher dem Schuldner eine Abschrift des Titels und den Zeitpunkt der Vollstreckung zukommen lässt. Teekens, *de Gerechtsdeurwaarder*, 1973, S. 35; Stein/Rueb, *Nieuw Burgerlijk Procesrecht*, 2002, S. 319.

⁹³⁴ *M.v.T.Inv.*, *Parl. Gesch. Wijzigingen Rv e.a.w.*, S. 105.; Nispen/vanMierlo/Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Art. 439 Rn. 5; die Nichtigkeit muss jedoch durch den Richter festgestellt werden.

⁹³⁵ Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 118.

Dies ist auch mit der Vorschrift vereinbar, wird doch in Art. 496 II 4 NRv ausdrücklich auf Art. 491 II NRv, nicht jedoch auf Art. 491 I NRv verwiesen. Ich halte es daher für durchaus vertretbar, bei der stillen Verpfändung auf eine Bekanntgabe der Vollstreckung zu verzichten⁹³⁶.

(3) Rechtsfolge

Liegen die Voraussetzungen des Art. 496 NRv vor, so nimmt der Gerichtsvollzieher die Sache an sich und übergibt sie dem Pfandnehmer oder einem Dritten, in dessen Macht das Gut gebracht werden soll – das stille Pfandrecht wandelt sich in ein Faustpfandrecht um.

Da sich die Sache beim stillen Pfandrecht nicht in der Obhut des Pfandnehmers befindet, erhöht sich die Gefahr, dass zwischendurch andere Gläubiger eine Pfändung an der Sache vornehmen⁹³⁷. Gem. Art. 492 II NRv ist es dem stillen Pfandnehmer nun aber nicht mehr möglich, die Herausgabe der Sache zu verlangen. Art. 496 III NRv zeigt jedoch für das stille Pfandrecht erneut Sonderregeln auf.

Der stille Pfandnehmer hat gegenüber den pfändenden Drittgläubigern drei Verhaltensalternativen: Er kann die Verwertung durch den Dritten abwarten und sich gem. Art. 480 NRv aus dem Rest befriedigen. Erscheint ihm die Verwertungsart des Dritten wenig Erfolg versprechend, so ist es ihm gem. Art. 496 III, 461a NRv gestattet, die Vollstreckung zu übernehmen, sofern er die Sache verwerten darf⁹³⁸ und dies auch will. Das Recht des Pfändungsgläubigers bleibt bestehen, wandelt sich jedoch durch die Verwertung in einen Regressanspruch seinem Rang entsprechend gegen den Pfandnehmer um (Art. 3-253 NBW i.V.m. Art. 490b NRv). Kann oder will der Pfandnehmer die Exekution nicht übernehmen, fürchtet er durch die Drittvollstreckung dennoch Nachteile, bietet ihm Art. 709 II NRv eine letzte Möglichkeit, wonach der zuständige Richter ersucht werden kann, über die Sache die gerichtliche Verwahrung anzuordnen⁹³⁹.

cc) Unterbleiben einer Herausgabe

Um dem Erwerber das Eigentum im Rahmen der Verwertung zu verschaffen, bedarf es normalerweise einer Übergabe. Dies ist auch der Grund, warum der stille Pfandnehmer in aller Regel vorher die Herausgabe verlangen wird – er braucht eine tatsächliche Macht über die Pfandsache. Ob eine Herausgabe jedoch auch unterbleiben kann und dem Erwerber das Eigentum direkt vom Pfandgeber aus

⁹³⁶ So i.E. jedoch ohne Begründung Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 118; Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud*, S. 100.

⁹³⁷ Oudelaar, *Recht Halen*, 1995, S. 95.

⁹³⁸ Die Verwertungsbefugnis setzt Gem. Art. 3-248 grds. den „Verzug“ des Schuldners voraus. Es ist jedoch auch möglich und durchaus ratsam, in der Pfändungsurkunde eine sofortige Verwertungsbefugnis für den Fall zu vereinbaren, dass die Sache mit einer Drittpfändung belegt wird.

⁹³⁹ Nispen/vanMierlo/Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Art. 709, Rn. 2.

übertragen werden kann, wird im niederländischen Recht nicht einheitlich beantwortet. Problematisch scheint die Stellung des Pfandnehmers – er ist nicht der Eigentümer der Sache, sondern lediglich ein kraft dinglichen Rechts Berechtigter. Diese fehlende Eigentümerstellung wird verschiedentlich zum Anlass genommen, die Herausgabe für unverzichtbar zu erklären⁹⁴⁰. Andere wiederum halten die tatsächliche Macht in Form der Sachherrschaft dann für verzichtbar, wenn das Eigentum an der Sache in einer Urkunde verbrieft ist, die der Pfandnehmer an den Erwerber übergeben kann⁹⁴¹. Diese Ansicht findet ihre Stütze in den Gesetzesbegründungen⁹⁴². Schließlich wird vertreten, dass die tatsächliche Macht des Pfandnehmers auch durch dessen rechtliche Macht ersetzt werden kann⁹⁴³. Der Pfandnehmer, der die Sache vom Pfandgeber herausverlangen kann, kann dieses Herausgabeverlangen gem. Art. 3-237 III NBW auch immer zugunsten eines Dritten geltend machen. Demgemäß ist es durchaus denkbar, zeitgleich mit dem Herausgabeverlangen an den Erwerbenden diesem auch das Eigentum zu übertragen. Die theoretische Konstruktion stellt dabei kein Problem dar. Ein Kausalverhältnis besteht, ebenso wie die dingliche Einigung. Die Verfügungsberechtigung des Pfandnehmers als Nicht-Eigentümer wird durch Art. 3-248 NBW ersetzt, die Übergabe erfolgt nach der *traditio longa manu* gem. Art. 3-115 lid c NBW. Dennoch dürfte diese Vorgehensweise keine praktische Relevanz besitzen. Verweigert nämlich der Pfandgeber die Herausgabe der Sache an den Erwerber, so stehen diesem nur die umständlichen Schutzmechanismen über die Erstreichung eines Titels zu. Dieses Risiko wird der Erwerbende regelmäßig nicht eingehen wollen. Möglich ist lediglich, dass der Pfandnehmer die Sache gem. Art. 492 II NRv pfändet und diesen Pfändungsanspruch dem Erwerber mit überträgt. Diese Umstände wird jedoch kein Erwerber eingehen wollen, zumal sich keinerlei Vorteile für ihn bieten. Die Frage, ob eine Herausgabe auch unterbleiben kann, wird demnach allenfalls in der Theorie auftauchen.

b. Verwertung Art. 3-250 ff. NBW

Nachdem die Sache herausverlangt worden ist und so in den Gewahrsam des Pfandnehmers übergegangen ist, erfolgt die eigentliche Verwertung. Ist der Schuldner mit der Erfüllung desjenigen, wofür das Pfand als Sicherheit dient, im Verzug, so ist gem. Art. 3-248 NBW der Pfandgläubiger berechtigt, das verpfändete Gut zu verkaufen und das ihm Geschuldete aus dem Erlös zu befriedigen⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ Brahn, *Stille verpanding en eigendoomsvoorbehoud*, S. 100.

⁹⁴¹ Hartkamp, *Compendium*, Nr. 98, Art. 95; Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 95.

⁹⁴² Parl. Gesch. Boek 3 (Art. 95), S. 393.

⁹⁴³ Molenaar, *Pandrecht*, Nr. 23.

⁹⁴⁴ Streitig ist, ob es sich bei diesem Recht um ein eigenes Recht des Pfandgläubigers handelt: so Molenaar, *Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen*, 1984, S. 51, oder er nur in Vertretung für den Pfandschuldner handelt: so Schoordijk in: *WPNR* 5746 (1985), S. 487.

aa) Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

Gem. Art. 3-248 NBW kann der Pfandnehmer zur Verwertung übergehen, sofern der Schuldner mit der gesicherten Forderung, nebst Zinsen und sonstigen Kosten in *verzuim* ist. Kommt der Pfandgeber – meist in der Person des Schuldners – mit seinen Pfandgeberpflichten in *verzuim*, so gibt dies keine Verwertungsberechtigung⁹⁴⁵. Was unter *verzuim* im Sinne des Art. 3-248 NBW zu verstehen ist, soll sich aus den Regelungen des Art. 6-81 NBW ergeben⁹⁴⁶. *Verzuim* ist danach gegeben, wenn die fällige und mögliche Leistung ausbleibt, dies dem Schuldner zuzurechnen ist und die Voraussetzungen von Art. 6-82 und 6-83 NBW (Fristsetzung und Entbehrlichkeit) vorliegen. Die Regelungen des Art. 6-81 ff. NBW entsprechen daher dem deutschen Institut des Schuldnerverzuges.

Weitestgehend undiskutiert in der niederländischen Lehre ist jedoch die Frage, ob diese Voraussetzungen komplett übernommen werden dürfen, ob der Pfandnehmer insbesondere erst dann verwerten darf, wenn der Verzug dem Pfandgeber zurechenbar ist. *Reehuis*⁹⁴⁷ verneint dies und gibt das Verwertungsrecht, auch wenn dem Pfandgeber sein Verzug nicht zugerechnet werden kann. Diesem Ergebnis zuzugeben sind wieder die unterschiedlichen Rechtsfolgen der zur Frage stehenden Regelungen. Im Rahmen der Art. 6-81 i.V.m. 6-85 NBW wird Schadensersatz gefordert. Art. 3-248 NBW stellt hingegen einen Rechtszustand her, auf den der Gläubiger von Beginn an ein Recht hatte – die Erfüllung der Forderung, für die das Pfand stand. Für eine solche Auslegung spricht des Weiteren wieder die Gesetzgebungsgeschichte. Ursprünglich wurde wieder der Begriff „in gebreke is“ verwandt, der wie gezeigt eine Zurechnung voraussetzt⁹⁴⁸. Durch die Begriffsveränderung in „verzuim“ wollte der Gesetzgeber zum einen eine terminologische Angleichung an Buch 6 vornehmen⁹⁴⁹, zum anderen machte er jedoch auch deutlich, dass wiederum keine Zurechnung vorausgesetzt wird.

Der Pfandnehmer kann daher nach der hier vertretenen Ansicht zur Verwertung übergehen, sobald der Schuldner mit seiner Forderung in Verzug ist, was ihm jedoch nicht zugerechnet werden muss.

bb) Vollstreckender

Da Art. 3-248 NBW keine Aussage trifft, kann grundsätzlich jeder Pfandgläubiger die Vollstreckung vornehmen. Dies gilt auch für den stillen Pfandnehmer, wird jedoch wegen des grundsätzlichen Herausgabeerfordernisses sehr selten vorkommen. Wie sich aus Art. 3-248 III NBW ergibt, können auch die rangniedrigeren Pfandgläubiger die Vollstreckung vornehmen. Da jedoch die ranghöheren Pfandrechte gewahrt werden, erwirbt der Käufer lediglich eine belastete Sache. Voll-

⁹⁴⁵ T.M. Art. 3.9.2.9, Parl. Gesch. Boek 3, S. 777.

⁹⁴⁶ M.v.A.II. Art. 3.9.2.19, Parl. Gesch. Boek 3, S. 777.

⁹⁴⁷ Reehuis, Stille verpanding, Nr. 133.

⁹⁴⁸ O.M. Art. 3.9.2.9, Parl. Gesch. Boek 3, S. 776, Siehe Seite 203.

⁹⁴⁹ M.v.A.II. Art. 3.9.2.19, Parl. Gesch. Boek 3, S. 777.

streckt umgekehrt der ranghöhere Pfandgläubiger, so geschieht dies im Umkehrschluss unter Verfall der niedrigeren Rechte. Sie wandeln sich in Rückforderungsrechte ihrem Rang entsprechend um (Art. 3-253 NBW i.V.m. 490b NRv).

Entschließt sich der ranghöhere Pfandnehmer zu einem ungünstigen Zeitpunkt zur Vollstreckung, so verfällt das Recht des Rangniedereren, ohne dass er Aussicht auf einen Teil des Erlöses hat. Der rangniedere Pfandnehmer hat jedoch die Möglichkeit, die Forderung des ranghöheren Pfandnehmers zu begleichen. Die getilgte Forderung geht gem. Art. 6-150 c NBW⁹⁵⁰ auf den rangniedereren Pfandnehmer über und mit ihr auch das ranghöhere Pfandrecht.

cc) Pfändungsobjekte

Vollstreckt werden kann in alle mit dem Pfandrecht verbundenen Güter nebst deren Bestandteilen gem. Art. 5-14 i.V.m. 3-4 I NBW. Wird eine Forderung mit mehreren Sachen gesichert, so kann der Dritte gem. Art. 3-243 I NBW verlangen, dass erst in die Sachen des Schuldners vollstreckt wird. Ebenso können gem. Art. 3-243 II NBW Inhaber beschränkter Rechte verlangen, dass zunächst Sachen verwertet werden, auf denen keine solchen Rechte ruhen.

dd) Art der Vollstreckung

Gem. Art. 3-253 NBW besteht zunächst das Verbot der automatischen Zueignung – Verfallverbotsabrede. Es hat daher in jedem Fall ein Verkauf stattzufinden. Sofern es möglich ist, muss dieser dem Schuldner gem. Art. 3-249 NBW drei Tage vorher angezeigt werden⁹⁵¹. Ein Verstoß dagegen hat nicht die Nichtigkeit des Verkaufs zur Folge, sondern führt lediglich zu Schadensersatzpflichten gem. Art. 6-74, 6-162 NBW entsprechend⁹⁵².

Grundsätzlich findet die Verwertung gem. Art. 3-250 I NBW mittels eines öffentlichen Verkaufs statt. Damit soll der Schuldner vor Absprachen zwischen dem Käufer und dem Pfandnehmer geschützt werden und ihm den höchstmöglichen Gewinn ermöglichen⁹⁵³.

Halten die Parteien einen „Verkauf unter der Hand“ für lukrativer, so können sie gem. Art. 3-251 II NBW auch etwas anderes vereinbaren. Beteiligte Dritte müssen hierzu jedoch ihre Zustimmung geben. Kann man sich nicht einigen oder verweigern Dritte ihre Zustimmung, so besteht gem. Art. 3-251 I NBW die Möglichkeit, den Richter anzurufen. Dieser kann auf Antrag des Pfandnehmers einen Preis festsetzen, zu dem die Sache dem Pfandnehmer zu überlassen ist oder eine andere Verwertungsart bestimmen. Die Festlegung des Richters ist nicht durch Rechtsmit-

⁹⁵⁰ Asser/Mijnssen/deHaag, Zakenrecht I, Nr. 248.

⁹⁵¹ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, goederenrecht, S. 271; die Anzeige muss die objektiv erzielbare Kaufsumme angeben, da gem. Art. 3-249 II der Pfandgeber die Möglichkeit hat, unter Begleichung der bis dahin angefallenen Kosten das Pfand auszulösen.

⁹⁵² M.v.A. 3.9.2.10 Parl. Gech. Boek 3, S. 778.

⁹⁵³ Slangen, Hoofdstukken Goederenrecht, 1994, S. 151.

tel angreifbar⁹⁵⁴. Schließlich kann eine Sache gem. Art. 3-254 NBW auch nach den Regeln der Hypothek verwertet werden, wenn für eine Forderung sowohl eine Hypothek als auch ein Pfand bestellt wurden und die verpfändeten Sachen dem Hypothekengegenstand dienen.

ee) Verteilung des Erlöses

Gem. Art. 3-253 NBW behält der Pfandnehmer nach Begleichung der Vollstreckungskosten vom Nettoerlös den ihm geschuldeten Betrag ein (Forderung, Zinsen, Unterhaltungskosten) und führt den Rest an den Pfandgeber zurück. Im Regelfall wird jedoch eine Forderung mit mehreren Rechten besichert, sodass sich die Verteilung des Erlöses dann etwas komplizierter darstellt. Geregelt wird diese Konstellation von Art. 3-253 I 2 NBW. Danach ist zu unterscheiden, ob andere Gläubiger das Gut bereits gepfändet haben oder ob andere Berechtigte, wie nachrangige Pfandnehmer oder Nutzgläubiger bestanden haben. In beiden Konstellationen geht deren Recht durch die Veräußerung an den Käufer unter und wandelt sich in einen Regressanspruch⁹⁵⁵.

Verwiesen wird auf die Regel des Art. 490b NRv. Diese Norm regelt den Fall, dass sich die übrigen Pfandgläubiger und Pfändungsgläubiger über die Verteilung des Restes einig geworden sind. Nachdem der Verwertende Vollstreckungskosten und seinen Anteil genommen hat, kehrt er den Rest an die Übrigen gem. deren Übereinkunft aus. Haben sich die Beteiligten noch nicht geeinigt, übergibt der Verwertende den Rest einem Bewahrer im Sinne des Art. 445 NRv – gewöhnlich eine Bank⁹⁵⁶ – die dann angerufen wird, die Rangregelung zu klären, vgl. Art. 490b II NRv. Grundsätzlich ergeht die Entscheidung dann auch nur bzgl. des hinterlegten Restes, vorausgesetzt, dass der verwertende Pfandnehmer binnen 14 Tagen die Richtigkeit des entnommenen Betrages beim Untersuchungsrichter belegt und seitens der anderen Beteiligten keine Einwendungen erfolgen. Einen zuviel entnommenen Betrag hat der Pfandnehmer an den Bewahrer zurückzuführen, er trägt dann auch Teile der Kosten, die durch die Klärung der Rangregelung anfallen. Grundsätzlich ist der Pfandnehmer gem. Art. 3-253 II NBW nicht berechtigt, die an die anderen auszuschüttenden Beträge mit eigenen Forderungen aufzurechnen. Eine Ausnahme bildet die Aufrechnung mit dem Pfandgeber, sofern sich dieser während der Ausschüttung nicht im Konkurs oder gerichtlichen Zahlungsaufschub befindet, da eine solche Vorgehensweise die übrigen Gläubiger ungerechtfertigt benachteiligt.

⁹⁵⁴ HR 17 juni 1994, NJ 1995, S. 367; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, S. 427.

⁹⁵⁵ Für den rangniederen Pfandgläubiger Art. 3-248 III; für den Nutzer Art. 3-282; für Dritte, die eine Sache gepfändet haben Art. 461a NRv.

⁹⁵⁶ In der Regel geschieht dies durch Eröffnung eines gesonderten Kontos, auf welches das Geld eingezahlt wird und dann nicht mehr in das Eigentum des Pfandnehmers fällt.

c. Verwertung der still verpfändeten Sache durch andere

Wie sich im deutschen Recht zeigte, traten die meisten vollstreckungsrelevanten Probleme um die Sicherungsübereignung bei der Frage auf, was passiert, wenn nicht der Sicherungsnehmer selbst, sondern Dritte in die Sache vollstrecken wollen. Um eine bessere Vergleichbarkeit herstellen zu können, werden diese Konstellationen daher vorliegend auch beleuchtet, obwohl sie kein spezifisches Problem des stillen Pfandrechtes darstellen.

aa) Die Gläubiger des Sicherungsnehmers verwerten

(1) In das Faustpfandrecht

Zu betrachten ist zunächst die Konstellation, in welcher der Gerichtsvollzieher in die beim Pfandnehmer befindliche, im Eigentum des Pfandgebers stehende Sache vollstreckt. Zunächst darf der Gerichtsvollzieher davon ausgehen, dass die Sache im Eigentum des Pfandnehmers steht⁹⁵⁷. Dieser Pfändung kann der Eigentümer jedoch gem. Art. 456 NRv widersprechen mit der Folge, dass damit in der Regel ein Vollstreckungsverbot erreicht wird⁹⁵⁸. Da es sich bei diesem Widerspruch um eine sogenannte „Vollstreckungsstreitigkeit – *executiegeschill*“ handelt⁹⁵⁹, erfolgt auf der Basis des Art. 438 NRv, wonach gem. Art. 438 V NRv eine Anhörung zwischen den Parteien vor dem zuständigen Richter stattfinden muss, in welcher der Widerspruch vorgebracht werden kann⁹⁶⁰. Mangels aufschiebender Wirkung des Widerspruchs⁹⁶¹ kann die Vollstreckung jedoch fortgesetzt werden, weswegen der Widerspruch in nahezu allen Fällen in Form eines einstweiligen Verfahrens stattfindet⁹⁶². Die Anspruchsgeltendmachung des Eigentums erfolgt dabei unabhängig davon, ob der Gerichtsvollzieher der Pfändungsgläubiger bzgl. des Eigentums in gutem Glauben war oder nicht⁹⁶³. Die Äquivalenzvorschrift zu diesem Fall bietet Art. 538 I NRv, der das oben genannte Recht auch noch zum Zeitpunkt des Verkaufes gibt⁹⁶⁴. Mit Art. 456 NRv wehrt man sich damit gegen die Vollstreckung, mit Art. 538 NRv wehrt man sich gegen die Verwertung. Der Pfandgeber kann damit die Vollstreckung verhindern.

⁹⁵⁷ Art. 3-109 i.V.m. 3-119 NBW Eigenbesitzvermutung aufgrund Sachherrschaft => Eigentumsvermutung aufgrund Eigenbesitz; Nieskens-Isphoring/Hemmen/Struycken, *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, S. 170; Stein/Rueb, *Nieuw Burgerlijk procesrecht*, 17.3.5.; S. 313.

⁹⁵⁸ Nispen/vanMierlo/Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Art. 456 Rn. 2.

⁹⁵⁹ MvT Inv.wet, Parl. Gesch. Wijzigingen Rv, S. 124.

⁹⁶⁰ Nispen/vanMierlo/Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Art. 438 Rn. 8.

⁹⁶¹ Nispen/vanMierlo/Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvordering*, Art. 456 Rn. 2c.

⁹⁶² Stein/Rueb, *Nieuw Burgerlijk procesrecht*, 17.3.5, S. 314.

⁹⁶³ HR 17 mei 1991, NJ 1991, 465 (Hermans / Bokma-Westra).

⁹⁶⁴ Nispen/vanMierlo/Polak-Gieske, *Burgerlijke Rechtsvorderingen*, Art. 538 Rn. 2. hier nun auch mit aufschiebender Wirkung MvT Inv., Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., S. 246.

(2) In das stille Pfandrecht

Wird in die mit dem stillen Pfandrecht belastete Sache beim Pfandgeber durch die Gläubiger des Pfandnehmers vollstreckt, könnte ein Fall des *derdenbeslag* vorliegen. Dieser ist gegeben, wenn wegen einer Forderung gegenüber dem Schuldner in eine ihm gehörige Sache vollstreckt wird, die sich jedoch zum Zeitpunkt der Vollstreckung in der Obhut eines Dritten befindet⁹⁶⁵. Dies ist jedoch nicht gegeben, da gerade nicht in das Eigentum des Schuldners, sondern eines Dritten vollstreckt wird. Ein *derdenbeslag* liegt damit nicht vor. Die Gläubiger vollstrecken zwar wegen einer Forderung in eine bei einem Dritten in Obhut befindende Sache, diese Sache gehört vorliegend dem Dritten jedoch auch. Es greift vielmehr erneut die Regelung des Art. 456 NRv, wonach der Pfandgeber der Vollstreckung sein Eigentumsrecht entgegenhalten und die Vollstreckung so verhindern kann.

bb) Die Gläubiger des Sicherungsgebers verwerten

(1) In das stille Pfandrecht

Vollstrecken die Gläubiger des Pfandgebers in das beim ihm befindliche Gut, so stellt sich die Frage, welche Reaktionsrechte dem Pfandnehmer zukommen. Grundsätzlich ist er nicht berechtigt, gegen die Vollstreckung oder den späteren Verkauf gem. Art. 456 bzw. 538 NRv Widerspruch einzulegen⁹⁶⁶. Er ist gem. Art. 492 II NRv nun auch nicht mehr befähigt, die Sache herauszuverlangen und sie seinerseits zu vollstrecken⁹⁶⁷. Er hätte gem. Art. 480 NRv lediglich einen Anspruch, sich aus dem Rest des Nettoertrages zu befriedigen. Hier wird für den stillen Pfandnehmer jedoch, wie gezeigt gem. Art. 496 III in Art. 461a NRv, eine Ausnahme gemacht. Er kann, sofern er zur Vollstreckung bereit und befugt ist, die Sache an sich ziehen und selbst unter Beachtung der erfolgten Pfändung zur Vollstreckung übergehen. Wiederum kann der Pfandnehmer die Vollstreckung nicht verhindern.

(2) In das Faustpfandrecht

Befindet sich die Sache in der Hand des Pfandnehmers und wird sie von Gläubigern des Pfandgebers bei diesem gepfändet, so liegt eine typische Form des *derdenbeslag* – der Pfändung bei Dritten vor⁹⁶⁸. Er ist grundsätzlich möglich bei beweglichen Sachen, die keine Registergüter sind, dem Pfändungsschuldner gehören

⁹⁶⁵ Mijnsen/de Ligare Böhl/ Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie*, 1983, S. 44; Stein/Rueb, *Nieuw Burgerlijk Procesrecht*, 2002, S. 322; Oudelaar, *Recht Halen*, 1995, S. 96.

⁹⁶⁶ Siehe Seite 206.

⁹⁶⁷ Siehe Seite 206.

⁹⁶⁸ Siehe Seite 212.

und sich in der Macht eines Dritten befinden⁹⁶⁹. Dabei wird dem Dritten mittels einer vom Gerichtsvollzieher erstellten Zustellungsurkunde die Vollstreckung angekündigt und dies dem Pfändungsschuldner mitgeteilt⁹⁷⁰. Der Dritte muss daraufhin eine schriftliche Erklärung abgeben, in der er über die Zugehörigkeit der gepfändeten Sachen oder Forderungen Stellung nimmt. Durch den *derdenbeslag* darf der Dritte jedoch nicht schlechter gestellt werden⁹⁷¹. Ihm wird daher das Recht zuerkannt, gegenüber dem Vollstreckenden dieselben Rechte geltend machen zu können, die er auch gegen den Pfändungsschuldner hat⁹⁷². Muss der Pfandnehmer die Sache daher nicht an den Pfandgeber herausgeben, da dieser beispielsweise die gesicherte Forderung noch nicht beglichen hat, so muss er auch gegenüber dem Vollstreckenden keine Herausgabe vornehmen.

In der vorliegenden Konstellation kann der Pfandnehmer daher der Vollstreckung widersprechen. Der Gerichtsvollzieher ist nur dann zur Pfändung berechtigt, wenn die gesicherte Forderung gegen den Pfandnehmer befriedigt worden ist.

6. Verwertung des stillen Pfandrechts im Konkurs

a. Konkurs in den Niederlanden – Allgemeine Einführung

Der Konkurs kann in den Niederlanden über alle natürlichen und juristischen Personen, den OHG-ähnlichen *vernootschap onder firma*, sowie den Kommanditgesellschaften verhängt werden, soweit sie sich in einem Zustand befinden, indem sie aufgehört haben, zu bezahlen⁹⁷³. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Zahlungseinstellung aufgrund der Zahlungsunfähigkeit oder einer Zahlungsunwilligkeit erfolgt ist⁹⁷⁴.

Der Konkurs wird grundsätzlich durch den Antrag eines Gläubigers eröffnet, dessen Forderung unbefriedigt geblieben ist, soweit er noch einen weiteren, unbefriedigten Gläubiger vorweisen kann (Stützforderung)⁹⁷⁵. Die Verhängung des Konkurses wird sodann im *Staatscourant* sowie einer überregionalen Zeitung veröf-

⁹⁶⁹ Oudelaar, *Recht Halen*, 1995, S. 97.

⁹⁷⁰ Mijnsen/de Ligare Böhl/ Kist, *Algemene aspecten van beslag en executie*, 1983, S. 44.

⁹⁷¹ Oudelaar, *Recht Halen*, 1995, S. 104; Stein/Rueb, *Nieuw Burgerlijk Procesrecht*, 2002, S. 332.

⁹⁷² HR 20 januari 1984, NJ 1984, Nr. 512 (Rotterdam-Zuid / Barendregt); Oudelaar, *Recht Halen*, 1995, S. 104; Stein/Rueb, *Nieuw Burgerlijk Procesrecht*, 2002, S. 332.

⁹⁷³ HR 7 september 2001, NJ 2001, Nr. 550 (Bloemengroothandel Blase / N.), HR 18 januari 2002, NJ 2002, Nr. 146 (Veenendaal B.V. / Droogh); van Buchem-Spapens, *Failissementsrecht*, S. 5; Polak/Polak, *Failissementsrecht*, S. 19.

⁹⁷⁴ HR 13 mei 1949, NJ 1949, 468 (Wijckerheld cassatie); van Buchem-Spapens, *Failissementsrecht*, S. 12.

⁹⁷⁵ Art. 1 i.V.m. 6 III Fw; HR 22 maart 1985, NJ 1985, Nr. 548 (Bedrijfsvereniging voor detailhandel / Tektom B.V.), HR 22 juli 1988, NJ 1988, Nr. 912 (Offermanns / Lucassen); HR 24 juli 1995, NJ 1995, Nr. 733 (Damen / Bedrijfspensioenfondsen); van Buchem-Spapens, *Failissementsrecht*, S. 8, 9; Polak/Polak, *Failissementsrecht*, S. 12.

fentlicht, sowie in das Handels- und Konkursregister eingetragen⁹⁷⁶. In der Folgezeit bemüht sich der Konkursverwalter gem. Art. 96 I Fw um das Auffinden der Gläubiger, um diese vom Konkurs zu benachrichtigen. Der Konkurs erstreckt sich auf die gesamte schuldnerische Konkursmasse, die aus seinem Vermögen, abzüglich der lebensnotwendigen Bestandteile besteht⁹⁷⁷.

b. Pfandgeberkonkurs

Fällt der Schuldner in den Konkurs, wird ein sogenannter *verhaalsbeslag* über das gesamte Schuldnervermögen gelegt.

Dies hat zum einen zur Folge, dass der Schuldner gem. Art. 23 Fw seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Konkursmasse verliert und diese auf den Konkursverwalter übergeht⁹⁷⁸. Gem. Art. 35 Fw ist er auch nicht mehr befugt, bereits verkaufte, aber noch nicht gelieferte Güter dem Käufer zu übergeben⁹⁷⁹. Schließlich wird der Schuldner auch in seiner persönlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt⁹⁸⁰.

Die Gläubiger verlieren ihrerseits gem. Art. 33 I Fw die Möglichkeit, selbständig auf die Schuldnermasse zuzugreifen. Bereits erfolgte Zwangspfändungen werden wirkungslos, Zwangsvollstreckungen werden eingestellt. Als Selbstverständlichkeit – und daher auch ungeregelt – betrachtet das niederländische Recht das Aussonderungsrecht der Gläubiger. Gegenstände, die nicht in das Vermögen des Schuldners fallen, können herausgenommen werden⁹⁸¹.

Den Pfand- und Hypothekengläubigern kommt im Konkurs des Pfandgebers die Rolle eines Separatisten zu⁹⁸². Gem. Art. 57 I Fw können sie ihr Recht während des Schuldnerkonkurses so ausüben, als würde kein solcher bestehen⁹⁸³. Lediglich die

⁹⁷⁶ Art. 14 III Fw.

⁹⁷⁷ Van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht, S. 24; Polak/Polak, Faillissementsrecht, S. 50. Dazu zählen auch Güter, die zum Zeitpunkt des Konkurses bereits verkauft, aber noch nicht abgeliefert worden sind und auch zukünftige Güter, die erst im Konkurs entstehen.

⁹⁷⁸ Dies geschieht rückwirkend um 0.00 Uhr des Tages, an dem der Konkurs erklärt worden ist. Van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht, S. 36; Polak/Polak, Faillissementsrecht, S. 72; 154.

⁹⁷⁹ Van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht, S. 33.

⁹⁸⁰ Art. 91 Fw bestimmt, dass er seinen Wohnort nicht verlassen darf. Art. 99 Fw gibt dem Kurator das Recht, sämtliche Korrespondenz zu lesen (auch die private).

⁹⁸¹ Dazu zählt unstreitig das Eigentum, aber auch die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache. Des Weiteren steht dem unbezahlten Verkäufer unter bestimmten Umständen ein *Reclamerecht* zu, was ihn wie einen Eigentumsvorbehaltverkäufer stellt und ebenfalls eine Aussonderung ermöglicht.

⁹⁸² HR 10 april 1941, NJ 1942, Nr. 22 m.nt. PS (Braakman / Incassobank N.V.); van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht, S. 62; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 800; Polak/Polak, Faillissementsrecht, S. 120, 121; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Nr. 521.

⁹⁸³ Es kann daher auf die oben gemachten Ausführungen zur Verwertung des Pfandrechtes verwiesen werden. Im Folgenden sollen daher nur die im Konkurs auftretenden Besonderheiten beleuchtet werden.

Befugnisse des Pfandgebers sowie anderen Anspruchsinhabern werden fortan vom Konkursverwalter geltend gemacht. Die Separatistenrolle des Pfandgläubigers findet eine zweifache Einschränkung.

Die erstere resultiert aus der im niederländischen Recht einzigartig geregelten Beruhigungsphase – der *afkoelingsperiode* – gem. Art. 63a Fw. Diese kann durch das zuständige Gericht oder den Konkursverwalter für höchstens einen Monat, verlängerbar um einen weiteren Monat angeordnet werden. In dieser Zeit dürfen alle Gläubiger einschließlich der Aussonderungsberechtigten und der Separatisten ihr Recht lediglich mit der Erlaubnis des Konkursverwalters ausüben. Dies soll dem Konkursverwalter die Möglichkeit geben, sich einen Überblick über die Konkursmasse zu machen⁹⁸⁴. Entschließt er sich nämlich zur Fortführung des Betriebes, so ist es unter Umständen nötig, besonders wichtige Güter gem. Art. 58 II Fw auszulösen. Dies wäre nicht möglich, würden alle Gläubiger aus Angst ihre Güter zu verlieren, sofort auf die Masse zugreifen können.

Des Weiteren ist der Konkursverwalter berechtigt, dem Pfandgläubiger gem. Art. 58 I Fw eine angemessene⁹⁸⁵ Frist zu setzen, innerhalb derer er sein Pfandrecht geltend machen muss⁹⁸⁶. Lässt er die Frist verstreichen, so verwirkt er damit seine Rechte auf Herausgabe und Verwertung⁹⁸⁷. Diese übernimmt der Konkursverwalter, schüttet den Erlös gemäß der einzelnen Ränge an die Pfandgläubiger aus und beteiligt sie an den Konkurskosten⁹⁸⁸.

Die Abwicklung des Pfandrechtes erfolgt also wie bereits oben dargestellt durch Herausgabeverlangen und anschließende Verwertung, wobei sich im Schuldnerkonkurs noch einige Besonderheiten zeigen.

c. Recht auf Herausgabe

Zunächst muss der Pfandnehmer daher sein Herausgaberecht gegenüber dem Konkursverwalter geltend machen⁹⁸⁹. Er hat dazu wiederum die Möglichkeit, dies gem. Art. 3-237 III NBW oder im Rahmen der Zwangsvollstreckung gem. Art. 496 NRv vorzunehmen. In beiden Fällen lastet auf der Sache bereits ein *beslag* in Form des Konkurses⁹⁹⁰. Der Pfandnehmer kann daher gem. Art. 496 III i.V.m. 461a NRv

⁹⁸⁴ HR 16 oktober 1998, NJ 1998, Nr. 896 (van der Hel / Twente); Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, S. 73; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 801; MvT Art. 63a, Parl. Gesch. Fail. Wet, S. 414.

⁹⁸⁵ HR 30 juni 1995, RvdW 1995, Nr. 148; HR 29 juni 1995, NJ 1996, Nr. 208 Levensverzekering N.V. / Niederer q.q.).

⁹⁸⁶ Kommt der Pfandgläubiger dem nicht nach, so übernimmt der Konkursverwalter die Verwertung und befriedigt den Pfandgläubiger als einen vorrangig Berechtigten aus dem Erlös.

⁹⁸⁷ Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 801, 801a.

⁹⁸⁸ HR 3 december 1993, NJ 1994, Nr. 176 (Glebbeck / Dijkstra q.q.); HR 30 juni 1995, NJ 1996, Nr. 554 (Mees Pierson / Mentink q.q.).

⁹⁸⁹ Verschoof, Het Nieuwe Faillissementsrecht, S. 38.

⁹⁹⁰ Siehe Seite 244.

direkt bzw. entsprechend lediglich die Vollstreckung übernehmen⁹⁹¹. Bis zur Übertragung auf den Käufer bleibt der Konkurs auf der Sache ruhen und wandelt sich mit Verwertung in einen Regressanspruch der übrigen Konkursgläubiger um.

Hat der Pfandnehmer die Sache bereits vor Beginn des Konkurses zum Zwecke der Herausgabe gepfändet, so verfällt die Pfändung gem. Art. 33 II Fw ausnahmsweise nicht.

Mit Herausgabe der Sache wird das stille Pfandrecht zum Faustpfandrecht. Liegen auf der Sache bereits Rechte, die dem stillen Pfandrecht vorgehen, so besteht gem. Art. 3-238 II NBW die Möglichkeit, gutgläubig den ersten Rang zu erwerben. Im Rahmen des Konkurses hat sich der HR jedoch gegen eine solche Möglichkeit ausgesprochen. Innerhalb des Konkurses kann der stille Pfandnehmer hinsichtlich anderer Berechtigter seine Position nicht mehr verstärken, indem er als Separatist die Herausgabe der verpfändeten Sache fordern darf⁹⁹².

d. Recht zur Vollstreckung

Nachdem der Pfandnehmer die Sache herausverlangen kann, darf er sie auch verwerten. Gegenüber anderen Konkursgläubigern bietet dies den großen Vorteil, dass er nicht auf die endgültige Verteilungsliste warten muss und sich auch nicht an den Konkurskosten gem. Artt. 180, 182 Fw zu beteiligen hat⁹⁹³.

Für das Verwertungsrecht setzt Art. 3-248 NBW voraus, dass der Schuldner sich mit seinen Verpflichtungen im Verzug befindet. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Schuldner bis zum Konkursbeginn regelmäßig gezahlt hat, da gem. Art. 6.1.6.10a mit der Konkurseröffnung Zahlungsfristen aufgehoben werden, die Schuld sofort fällig wird und der Schuldner mangels Zahlungsmöglichkeit sofort in den Verzug fällt. Lediglich wenn der in Konkurs gefallene Pfandgeber und der Schuldner nicht personengleich sind, kann es der Fall sein, dass trotz des Konkurses ein Verwertungsrecht nicht gegeben ist⁹⁹⁴.

Wieder gilt grundsätzlich die Pflicht gem. Art. 3-250 I NBW zum öffentlichen Verkauf. Soll gem. Art. 3-251 NBW II etwas anderes vereinbart werden, so ist nun die Zustimmung des Konkursverwalters nötig. Diese kann richterlich beantragt werden⁹⁹⁵ und darf grundsätzlich nicht unter eine Bedingung – zum Beispiel die

⁹⁹¹ Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, Nr. 83; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 801; Voraussetzung ist wieder, dass er zur Vollstreckung bereit und berechtigt ist. Sein Bereitschaft bringt er durch das Herausgabeverlangen zum Ausdruck, seine Befugnis ergibt sich in der Regel aus Art. 3-248 I i.V.m. Art. 6.1.6.10a.

⁹⁹² HR 18 december 1987, NJ 1988, Nr. 340 (Italiaans recht OAR – Algemene Bank Nederland N.V.); Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 801.

⁹⁹³ HR 28 juni 1985, NJ 1985, Nr. 887 m.nt.G. (Lier / NM-Bank N.V.); Hr 3 december 1993, NJ 1994, Nr. 176 (Glebbeek / Dijkstra q.q.); HR 17 februari 1995, NJ 1996, Nr. 471 m.nt. WMK (Haarlem / Amsterdam); van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht, S. 62, 63; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 801a; Polak/Polak, Faillissementsrecht, S. 130.

⁹⁹⁴ Für diese Fälle ist es wieder ratsam, in die Pfändungsurkunde eine Klausel gem. Art. 3-248 II aufzunehmen, wonach die Verwertbarkeit mit dem Konkurs des Pfandgebers eintritt.

⁹⁹⁵ Reehuis, Stille verpanding, Nr. 185.

Beteiligung des Pfandnehmers an den Konkurskosten – gestellt werden⁹⁹⁶. Schließlich bestehen daneben die Verwertungsmöglichkeiten des Art. 3-251 I NBW, wobei wiederum der Konkursverwalter an die Stelle des Pfandgebers und der übrigen Gläubiger tritt.

Die Umsatzsteuer, die durch den Verkauf eines Gutes im Rahmen der Verwertung anfällt, trägt im niederländischen Recht immer der Verwertende⁹⁹⁷. Sie fällt daher nicht wie einst unter der deutschen Konkursordnung der Masse zur Last.

e. Verteilung des Erlöses

Auch bei der Erlösverteilung ergeben sich einige Besonderheiten. Gem. Art. 3-253 I 1 NBW behält der Pfandnehmer den seinem Rang entsprechenden Teil des Erlöses und schüttet den Rest an den Konkursverwalter aus, der gem. Art. 23, 68 Fw die Interessen des Pfandgebers wahrt. Wird der Pfandnehmer nicht vollständig befriedigt, so tritt er gem. Art. 59 II Fw bezüglich des Restes der Gläubigergemeinschaft an der Konkursmasse bei.

Bestehen noch andere Berechtigte, so tritt gem. Art. 3-253 I 3 NBW erneut die Regelung des 490b NRv in Kraft. Danach schüttet gem. Art. 490b I NRv der Pfandnehmer den Rest an denjenigen aus, der von den übrigen Berechtigten bestimmt worden ist. Hinsichtlich dieses Bestimmungsrechts ergeben sich im Konkurs Besonderheiten. Haben die Berechtigten ebenfalls eine Separatistenstellung – wie beispielsweise weitere Pfandgläubiger oder beschränkt Berechtigte, deren Recht durch die Verwertung verfallen ist⁹⁹⁸ – so können sie gem. Art. 57 II Fw selbstständig an dieser Bestimmung mitwirken. Die Übrigen nicht absolut Berechtigten – z. B. Gläubiger einer zwangsweisen Pfändung – werden gem. Art. 57 III Fw durch den Konkursverwalter vertreten.

Wurde noch keine Einigung erzielt, so ist gem. Art. 490b II NRv der Überschuss an einen Bewahrer zu geben, bis die Rangregelung geklärt ist.

Gibt es noch über dem Pfandnehmer stehende Berechtigte, die keine Separatistenstellung innehaben, so ist der Konkursverwalter gem. Art. 57 III Fw angehalten, diese zu befriedigen, indem er den Pfandnehmer dazu auffordert, den Erlös an den Bevorrechtigten auszuschütten⁹⁹⁹.

Erst nachdem die Aussonderungsberechtigten ihre Sachen aus der Konkursmasse herausgenommen haben und die Separatisten befriedigt sind, wird der restliche Konkurserlös verteilt. An letzter Stelle stehen die ungesicherten Gläubiger, die in

⁹⁹⁶ vgl. Art. 57 i.V.m. 182 Fw, HR 8 april 1983, NJ 1984, Nr. 434 (Van Gend en Loos/Lips q.q.); Wessels/van Sint Truiden, Faillissementswet, Art. 57 Nr. 1.

⁹⁹⁷ HR 6 mei 1983, NJ 1984, Nr. 228 m.nt. WMK ; HR 15 juli 1985, NJ 1986, Nr. 193 m.nt. G; Polak/Polak, Faillissementsrecht, S. 131.

⁹⁹⁸ MvT Art. 57 NF, Invoeringswet (vierde gedeelte) (wijziging Rv, RO en F), kamstuk 16593, Nr. 3, S. 147.

⁹⁹⁹ HR 26 juni 1998, NJ 1998, Nr. 745 (Aerts q.q./ ABN AMBRO Bank); HR 5 november 1993, NJ 1994, Nr. 258 (Dutch Air/De Bary); Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, Nr. 801b.; Polak/Polak, Faillissementsrecht, S.127.

der Regel leer ausgehen oder nur einen sehr geringen Anteil ihrer Forderungen erhalten¹⁰⁰⁰. 2001 beispielsweise wurden lediglich 7,5% der Konkursanträge bis zum Schluss betrieben. 83,1% wurden wegen Massearmut eingestellt¹⁰⁰¹.

f. Pfandnehmerkonkurs

Schließlich ist auch noch zu klären, welche Handlungsmöglichkeiten für den Pfandgeber im Falle eines Pfandnehmerkonkurses bestehen. Der Pfandgeber bleibt weiterhin Eigentümer, er hat im Konkurs daher ein Aussonderungsrecht bzw. im Falle des stillen Pfandrechts ein Behaltensrecht. Fraglich ist dann lediglich, ob der Pfandnehmer dadurch seine Sicherheit verliert. Ein Sicherheitsverlust tritt gem. Art. 3-257, 3-258 NBW immer dann ein, wenn der Pfandnehmer bei der Sorge um die Sache pflichtwidrig handelt. Zum einen erweist er sich in diesen Fällen der Sache nicht würdig, zum anderen verfällt dadurch der Wert der Sache ohnehin. Fällt der Sicherungsnehmer jedoch in den Konkurs, so kann von einer Pflichtverletzung seinerseits nicht die Rede sein und die Sicherheit wird um so wertvoller. Darf sie dennoch durch die Aussonderung seitens des Pfandgebers verfallen? Eine gesetzliche Regelung sieht das niederländische Recht für diesen Fall nicht vor. In der Literatur wird dieses Problem gar nicht¹⁰⁰², oder allenfalls als theoretische Frage behandelt, deren Antwort regelmäßig offen bleibt¹⁰⁰³. Man dürfte jedoch wie im deutschen Recht zu dem Ergebnis kommen, das Aussonderungsrecht zu gewähren, jedoch nur unter Begleichung der ausstehenden Forderung bzw. das Behaltensrecht unter die auflösende Bedingung der Zahlungseinstellung zu setzen¹⁰⁰⁴.

7. Abwicklung bei Zahlungsaufschub – *surséance van betaling*

a. *Surséance van betaling* im niederländischen Recht

Die *surséance van betaling* beschreibt einen allgemeinen Zahlungsaufschub, der dem Schuldner durch die Gemeinschaft der Gläubiger für höchstens 1,5 Jahre gewährt wird¹⁰⁰⁵. Er stellt damit ein Gegenstück zum Konkurs da. Während dieser auf die Liquidation des Unternehmens gerichtet ist, will die *surséance van betaling* dem Schuldner die Möglichkeit geben, seine Geschäfte zu ordnen und den Betrieb zu sanieren¹⁰⁰⁶. Die *surséance van betaling* verfolgt damit das Ziel, dem Konkurs

¹⁰⁰⁰ Van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht, S. 78.

¹⁰⁰¹ Quelle: Centraal Bureau voor de Statistiek unter www.cbs.nl.

¹⁰⁰² Van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht; Wessels/van Sint Truiden, Faillissementswet.

¹⁰⁰³ Polak/Polak, Faillissementsrecht, S. 120 ff.

¹⁰⁰⁴ Ähnlich beim Eigentumsvorbehalt, der Lieferung unter auflösender Bedingung, der Aufrechnung (art 53 Fw), dem Recht van reclame und dem Zurückbehaltungsrecht (Art. 60 Fw), siehe Polak/Polak, Faillissementsrecht, S. 132 ff.; van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht, S. 68ff.

¹⁰⁰⁵ Wessels/van Sint Truiden, Faillissementswet, Titel II, Inleidende opmerkingen.

¹⁰⁰⁶ Polak/Polak, Faillissementsrecht, S. 251.

zuvorzukommen¹⁰⁰⁷. In der Praxis kann die *surséance* den Konkurs jedoch nur in den seltensten Fällen abwenden – meist geht sie ihm lediglich voraus. Die *surséance van betaling* wird gem. Art. 213 Fw vom Schuldner oder gem. Art. 250a Fw der Nederlands Bank N.V. beim Landgericht – *rechtbank* – beantragt und nach einer Prüfung der Sachlage und der Anhörung der nichtbevorrechtigten Gläubiger vom Gericht ausgesprochen (vgl. Art. 219, 223 Fw). Gleichzeitig wird dem Schuldner ein Treuhänder zur Seite gestellt. In der Folgezeit kann der Schuldner gem. Art. 228 Fw nur noch unter Mitwirkung dieses Treuhänders über sein Vermögen verfügen. Andererseits kann er gem. Art. 230 Fw auch nicht gezwungen werden, die Forderungen seiner nicht bevorrechtigten Gläubiger zu befriedigen. Bereits laufende Vollstreckungen werden gehemmt, Pfändungen verfallen, vgl. Art. 230 II Fw.

b. Auswirkungen der *surséance van betaling* auf den Pfandnehmer

Wie bereits deutlich geworden ist, werden lediglich die nichtbevorrechtigten Gläubiger gehört und auch nur gegen sie kann keine Befriedigung erzwungen werden. Bevorrechtigte Gläubiger – unter ihnen auch der Pfandnehmer – nehmen damit auch in der *surséance van betaling* eine Sonderrolle ein.

Gem. Art. 230, 233, 232 Fw wirkt die *surséance van betaling* nicht gegenüber Forderungen, die mit einem Vorrecht gesichert sind. Der stille Pfandnehmer kann daher in gewohnter Weise Herausgabe fordern und zur Verwertung übergehen¹⁰⁰⁸. Lediglich der Teil der Forderung, der nicht vom Pfandrecht abgedeckt werden kann, fällt wieder unter die *surséance van betaling*. Die Erlösverteilung erfolgt nach den gewohnten Regelungen, wobei die bevorrechtigten Gläubiger im Rahmen des Art. 3-253 i.V.m. 490b NRv ihre Interessen selbst vertreten¹⁰⁰⁹. Einzige Grenze bildet auch in der *surséance van betaling* die aus dem Konkursrecht bereits bekannte *afkoelingsperiode* gem. Art. 241 a Fw.

Wie auch im Konkursrecht besteht auch in der *surséance van betaling* der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, von dem eigentlich nicht abgewichen werden darf¹⁰¹⁰. Dennoch werden überall im Recht Abweichungen gemacht – sowohl im Konkursrecht als auch vorliegend in der *surséance van betaling* – .

¹⁰⁰⁷ Dies geht auch deutlich aus der Vorschrift des Art. 218 Fw hervor, wonach bei gleichzeitiger Beantragung der *surséance van betaling* und des Konkurses die *surséance van betaling* zuerst geprüft wird. Der Schuldner hat auf diese Weise die Möglichkeit, einen Konkurs abzuwenden.

¹⁰⁰⁸ Leuftink, *Surséance van betaling*, S. 226; Schimmelpenninck in: TPR 1990, 1685 (1715, 1716); Wessels/van Sint Truiden, *Faillissementswet*, Art. 232 Rn. 2.

¹⁰⁰⁹ Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 195.

¹⁰¹⁰ Leuftink, *Surséance van betaling*, S. 226; Vreeswijk, *de surséance van betaling en het akkoord*, S. 43.

8. Erlöschen des Pfandrechts

Das Pfandrecht kann auf vielfältige Weise erlöschen. Gem. Art. 3-227 NBW lastet das Pfandrecht auf einer Sache – sie dient der Sicherung einer Forderung. Geht die Sache unter, so erlischt auch das Pfandrecht. Eine Surrogation ist dem niederländischen Recht nicht bekannt. Ebenso wurde bereits festgestellt, dass es sich bei dem Pfandrecht um ein akzessorisches Recht handelt. Es ist daher unmittelbar an das Bestehen einer Forderung gebunden. Geht dies unter¹⁰¹¹, so erlischt mit ihr auch das Pfandrecht.

Weitere Beendigungsgründe sind der Zeitablauf, wenn der Bestand des Rechtes dadurch bedingt war, ein Abstandnehmen vom Pfandrecht seitens des Gläubigers, die Konfusion sowie die Übertragung einer Sache an einen Dritten, welcher sie gutgläubig lastenfrei erwirbt. Schließlich bewirkt auch die Vollstreckung in die Sache ein Ende des Pfandrechtes.

9. Stille Verpfändung zukünftiger Sachen

Wie bereits deutlich gemacht worden ist, bleibt die Sache bei der stillen Verpfändung beim Pfandgeber. Dieser kann die Sache gebrauchen, weiterverarbeiten und in sehr vielen Fällen sogar unbelastet veräußern, ohne dass der Pfandnehmer einen Einfluss darauf hätte. Durch alle diese Vorgehensweisen vermindert sich der Wert der Sicherheit unter Umständen bis auf null. Der Pfandnehmer hat daher ein berechtigtes Interesse daran, sich weitere „Ersatzsicherheiten“ zu beschaffen. Meist verfügt das Unternehmen zum Zeitpunkt der ersten Verpfändung jedoch über keine weiteren Sicherheiten, sodass die Praxis zur Verpfändung zukünftiger Güter übergegangen ist. Dabei unterscheidet man die absolut zukünftigen Güter – die noch nicht existieren – und die relativ zukünftigen Güter – die bereits existieren, sich aber noch nicht in der Macht des Pfandgebers befinden¹⁰¹². Im Folgenden wird beleuchtet, wie sich eine solche Verpfändung zukünftiger Güter vollzieht und welche Rechtsfolgen daran geknüpft sind.

a. Entstehungsvoraussetzungen

Wie bereits dargestellt, entsteht das stille Pfandrecht gem. Art. 3-98 i.V.m. 3-84 NBW in gleicher Weise, wie Eigentum übergeht, mit der Konkretisierung, dass für die Lieferungshandlung eine öffentliche oder registrierte privatschriftliche Urkunde nötig ist¹⁰¹³. Art. 3-98 NBW verweist für das Pfandrecht auch auf Art. 3-97 NBW,

¹⁰¹¹ Beispielsweise durch Erlass gem. Art. 6.2.4.14a. Die Verjährung bewirkt anders als unter dem alten BW nur noch eine Durchsetzungshinderung, jedoch kein Erlöschen der Forderung. Dennoch erlöschen mit Eintritt der Verjährung gem. Art. 3-323 die Pfandrechte.

¹⁰¹² Asser/Mijnssen/deHaan, Zakenrecht I, Nr. 123, 297; Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III Nr. 70.

¹⁰¹³ Siehe Seite 248.

wonach die Eigentumsübertragung und damit auch die Pfandrechtsbestellung an zukünftigen Gütern grundsätzlich möglich ist.

Wieder bedarf es für die Bestellung zunächst eines gültigen Kausalgeschäftes¹⁰¹⁴. Des Weiteren ist die *levering*, bestehend aus dem dinglichen Vertrag und dem Aufsetzen der Pfändungsurkunde vonnöten. An dieser Stelle sind die ersten Schwierigkeiten zu erkennen. Gem. Art. 3-84 II NBW muss das Gut trotz seines eventuell noch nicht Bestehens ausreichend bestimmt sein¹⁰¹⁵. Des Weiteren hat der Pfandgeber gem. Art. 3-237 II NBW in der Urkunde eine Erklärung abzugeben, worin er sich über die Lastenfreiheit der Sache erklärt. Gerade bei zukünftigen Gütern kann man ein solches Versprechen jedoch nur schwerlich geben. Dieses Erfordernis wird daher insoweit umgedeutet, als das er erklärt, das Gut nicht anderweitig im voraus zu liefern oder zu belasten¹⁰¹⁶. Schließlich bedarf es wieder der Verfügungsbefugnis. Ungeachtet der Tatsache, dass alle anderen Entstehungshandlungen weit im voraus vorgenommen werden können, entsteht das stille Pfandrecht erst, wenn der Pfandgeber verfügungsbefugt ist – mithin eine juristische Sekunde, nachdem er das Eigentum erworben hat¹⁰¹⁷.

b. Rechtsfolgen

Nachdem seitens des Pfandgebers alle notwendigen Entstehensvoraussetzungen erbracht sind, wird das Pfandrecht mit eintretender Verfügungsbefugnis automatisch begründet¹⁰¹⁸. Ebenso wenig wie es einer weiteren Mithilfe seitens des Pfandgebers bedarf¹⁰¹⁹, ist auch dessen Willensänderung fortan unerheblich¹⁰²⁰.

aa) Konkurs und das stille Pfandrecht an einer zukünftigen Sache

Fällt der Pfandgeber noch bevor seinerseits eine Verfügungsbefugnis eingetreten ist in Konkurs, so kann der Pfandnehmer nachdem die Sache in die Macht des Pfandgebers gekommen ist nur dann eine Separatistenrolle einnehmen, wenn bei ihm ein stilles Pfandrecht entstanden ist. Der Konkurs umfasst gem. Art. 20 Fw neben dem bereits vorhandenen Vermögen auch das gesamte hinzutretende – mit-

¹⁰¹⁴ HR 26 maart 1982, NJ 1982, Nr. 615 (S.O.S. / A.B.N.).

¹⁰¹⁵ Auf diese Weise verhindert man die Vereinbarung eines „verlängerten Pfandrechtes“, wonach sich die Pfandrechte an der Sache auch an deren Verarbeitungsstufen fortsetzen.

¹⁰¹⁶ Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, Nr. 70; Brahn, Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, S. 60.

¹⁰¹⁷ Dies gilt auch, wenn der Verpfänder die Sache unter Eigentumsvorbehalt geliefert bekommen hat. Das stille Pfandrecht entsteht erst, wenn der Eigentumsvorbehalt verfällt. Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, Nr. 70; van Mierlo in: WPNR 5606 (1984), S. 275 (278).

¹⁰¹⁸ T.M. Art. 3.4.2.10., Parl. Gesch. Boek 3, S. 402; Brahn, Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, S. 62.

¹⁰¹⁹ Dies ergibt sich implizit aus Art. 35 II Fw, der neben Art.35 I Fw überflüssig wäre, müsste der Pfandgeber noch eine weitere Handlung erbringen.

¹⁰²⁰ HR 24 maart 1995, NJ 1996, Nr. 158 m.nt. WMK (Hollander's Kinderboederij).

hin eigentlich auch die zukünftige Sache. Mit Eintritt des Konkurses verliert der Konkursschuldner gem. Art. 23 Fw seine Verfügungsbefugnis, sodass das Entstehen eines stillen Pfandrechtes fortan unmöglich ist. Art. 35 I Fw hingegen bestimmt, dass die Sache dann nicht in die Konkursmasse fällt, wenn der Schuldner alle seinerseits erforderlichen Handlungen vorgenommen hat. Eine Ausnahme dazu wiederum stellt Art. 35 II Fw dar, der erklärt, dass die Lieferung eines zukünftigen Gutes nur dann wirksam ist, wenn der Veräußerer das Gut vor Konkursbeginn erworben hat. Zwar gibt es beim stillen Pfandrecht gerade keine Lieferung. Art. 3-98 NBW bestimmte jedoch die Lieferungsvorschriften für entsprechend anwendbar, sodass Art. 35 II Fw insofern zu lesen ist, als das stille Pfandrecht an zukünftigen Sachen nur dann wirksam entstanden ist, wenn der Pfandgeber die Sache bereits vor Konkursbeginn in seiner Macht hat¹⁰²¹. Damit soll die Schmälerung der Konkursmasse durch Vereinbarung zukünftiger Lieferungen und Verpfändungen verhindert werden. Der Pfandnehmer einer zukünftigen Sache erlangt mit dem Konkurs daher keine Separatistenrolle, sofern das Pfandrecht bis zum Konkursbeginn noch nicht bei ihm entstanden ist.

bb) Zwangsweise Pfändung in ein still verpfändetes, zukünftiges Gut

Als Letztes bleibt die Frage zu beleuchten, ob das stille Pfandrecht am zukünftigen Gut durch die vorherige zwangsweise Pfändung anderer Gläubiger vereitelt werden kann¹⁰²². Art. 3-276 NBW bestimmt, dass Gläubiger sich aus den Gütern ihres Schuldners befriedigen können – es können daher grundsätzlich nur bereits bestehende Güter zwangsweise gepfändet werden. Die Pfändung ist daher erst dann möglich, wenn der Schuldner die Macht über die Sache erlangt. Zu diesem Zeitpunkt ist jedoch auch das stille Pfandrecht bereits entstanden, sodass es im Falle der zwangsweisen Pfändung Berücksichtigung finden muss.

Diese unterschiedliche Beurteilung einer vertraglichen und einer zwangsweisen Pfändung hinsichtlich zukünftiger Sachen erklärt der Gesetzgeber mit deren unterschiedlichen Zielen. Während die vertragliche Pfändung der Kreditsicherung und damit der Betriebsaufrechterhaltung dient, will die zwangsweise Pfändung eine schnellstmögliche Vollstreckung erreichen¹⁰²³. Aus wirtschaftspolitischen Gründen soll der ersteren Zielsetzung der Vorrang gewährt werden. Ein arbeitender Betrieb bringt mehr für die Wirtschaft eines Landes ein höheres Bruttoinlandsprodukt als ein aufgelöster.

¹⁰²¹ M.v.A. Art. 35 Fw, Invoeringswet (eerste gedeelte) (wijziging Rv, RO en F), kamerstuk 16593, Nr. 3, S. 132; Molenaar, Pandrecht, Nr. 18; so auch schon der HR vor Änderung des Faillissementsrecht HR 26 maart 1982, Nj 1982, Nr. 615 (S.O.S. / A.B.N.).

¹⁰²² In diesem Fall würde der Pfandgeber bereits im Voraus die Verfügungsbefugnis an dem Gut verlieren, sodass ein stilles Pfandrecht nicht mehr entstehen kann.

¹⁰²³ M.v.A. Art. 3.4.2.10 Invoeringswet (vierde gedeelte) (wijziging van Boek 3), kamerstuk 17 496, Nr. 10, S. 8.

10. Vorbehaltenes stilles Pfandrecht

Als Neuheit sieht das NBW in Art. 3-81 I 2 NBW die Möglichkeit vor, ein vorbehaltenes stilles Pfandrecht zu begründen¹⁰²⁴. Gemäß dieser Vorschrift ist ein Veräußerer berechtigt, Eigentum zu übertragen, sich aber ein beschränktes Recht daran zurückzuhalten. Die in der Literatur in der Folgezeit diskutierte Frage, ob dies auch für das stille Pfandrecht gelte¹⁰²⁵, wurde vom Gesetzgeber in nachgeschobenen Begründungen bejahend beantwortet¹⁰²⁶. Der Veräußerer ist daher berechtigt, sich bei der Übertragung von Eigentum ein stilles Pfandrecht vorzubehalten. Dabei entsteht dieses Pfandrecht nicht durch den Erwerber, indem er zunächst unbelastetes Eigentum erwirbt und das Pfandrecht dann begründet, sondern der Veräußerer überträgt vielmehr bereits Eigentum, von dem ein bei ihm bleibendes Recht abgespalten worden ist¹⁰²⁷. Es ist daher nicht möglich, dass durch den Erwerber ein Pfandrecht begründet wird, welches dem vorbehaltenen Pfandrecht vorgeht¹⁰²⁸. Gleichzeitig mit dem Eigentumserwerb erlangt der Käufer daher auch die Stellung eines stillen Pfandgebers. Voraussetzungen für die Entstehung eines solchen stillen Pfandrechtes sind neben den Voraussetzungen für den Eigentumserwerb auch, dass die Entstehensvoraussetzungen für das stille Pfandrecht – insbesondere die öffentliche oder registrierte privatschriftliche Urkunde vorliegen¹⁰²⁹.

Das vorbehaltene stille Pfandrecht wirkt wie ein Eigentumsvorbehalt mit dem Unterschied, dass der Veräußerer die Sache nicht wieder an sich nehmen kann, sondern ihm lediglich ein Verwertungsrecht zusteht und die Entstehung erschwerten Bedingungen unterliegt. Das vorbehaltene stille Pfandrecht erlangt daher erst dann eine eigenständige Bedeutung, wenn der Eigentumsvorbehalt ausgeschlossen ist¹⁰³⁰. Gem. Art. 3-92 II NBW darf der Eigentumsvorbehalt ausschließlich zur Sicherung der hinsichtlich der Sicherungssache bestehenden Gegenforderung vereinbart werden¹⁰³¹. Das vorbehaltene, stille Pfandrecht erlangt daher bei allen anderen Forderungen eine eigenständige Bedeutung. Dabei stellt sich selbstverständlich die Frage, ob so in unzulässiger Weise die Vorschriften zum Eigentumsvorbehalt

¹⁰²⁴ Dies geschah als Reaktion auf eine aktuelle Rechtsprechung zu diesem Thema: HR 7 februari 1979, NJ 1979, Nr. 551 (Beleggingsmaatschappij cassatie). vgl. M.v.A. Invoeringswet (vierde gedeelte) (wijziging van Boek 3), kamerstuk 17 496, Nr. 3, S. 29-30.

¹⁰²⁵ Van Mierlo in: WPNR 5696 (1984), 275 (279); Molenaar in: WPNR 5724 (1991), S. 24.

¹⁰²⁶ M.v.A. Art. 3.4.2.5b Invoeringswet (vierde gedeelte) (wijziging van Boek 3), kamerstuk 17496, Nr. 10, S. 46.

¹⁰²⁷ Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, Nr. 72; Molenaar, Pandrecht, Nr. 21.

¹⁰²⁸ Dies gilt nicht mal für den Fall, dass der Erwerber ein Pfandrecht an einer zukünftigen Sache begründet hat. HR 4 december 1998, NJ 1999, Nr. 549 (Potharst/Serrée).

¹⁰²⁹ Asser/Mijnssen/Velten, Zakenrecht III, Nr. 72; Van Mierlo in: WPNR 5696 (1984), S. 275 (279).

¹⁰³⁰ Brahn: Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud, S. 61; Vriesendorp in: WPNR 5749 (1985), S. 533 (536).

¹⁰³¹ Der Gesetzgeber wollte so die Einhaltung des fiducia-Verbotes gem. Art. 3-84 III sicherstellen. M.v.A. Art. 3.4.2.5a/b, Parl. Gesch. Boek 3, S. 388; Vriesendorp in: WPNR 5749 (1985), S. 533 (536).

umgangen werden¹⁰³². Das vorbehaltene stille Pfandrecht hätte dann jedoch keinerlei Anwendungsbereich – die Bestätigung der Gültigkeit von Art. 3-81 I 2 NBW auch für das stille Pfandrecht durch den Gesetzgeber wäre mithin überflüssig gewesen¹⁰³³. Der Gesetzgeber selbst geht daher nicht von einer Gesetzesumgehung aus. Des Weiteren erfordert das vorbehaltene stille Pfandrecht wie gezeigt strengere Voraussetzung als bei einer weniger umfassenden Rechtsfolge. Von einer Umgehung der Vorschriften zum Eigentumsvorbehalt kann daher keine Rede sein.

V. Zusammenfassung

Nachdem die Niederlande also über 60 Jahre die dem deutschen Recht entsprechende Sicherungsübereignung gekannt und rege angewendet haben, wurde dieser mit Inkrafttreten des 3. Buches des NBW 1992 die Rechtsgrundlage entzogen. Als Ersatz dient fortan wie gezeigt ein stilles Pfandrecht. Ausgestaltet wie ein normales Pfandrecht zeichnet es sich dadurch aus, dass der Besitz beim Pfandgeber verbleibt. Wie auch der Eigentumserwerb erfordert die stille Verpfändung einen gültigen Titel, eine Verfügungsbefugnis sowie die Lieferung. Diese setzt sich wiederum aus einem dinglichen Vertrag – der Einigung darüber, dass ein Pfandrecht entstehen soll – sowie der Lieferungshandlung zusammen. Die Lieferungshandlung zeichnet dabei die eigentliche Besonderheit des stillen Pfandrechts aus. Sie bemisst sich nach Art. 3-237 I NBW, wonach das stille Pfandrecht durch eine registrierte, privatschriftliche Urkunde oder eine öffentliche Urkunde entsteht. Beide Urkunden entfalten dabei jedoch keinen Drittschutz. Die öffentliche Urkunde erfährt schon keine Registrierung, aber auch die Registrierung der privatschriftlichen Urkunde ist nicht öffentlich und für Dritte daher grundsätzlich nicht einsehbar.

Das stille Pfandrecht nimmt seinem Charakter entsprechend in der niederländischen Rechtsordnung eine Zwitterstellung ein. Einerseits wird es behandelt wie ein gewöhnliches Pfandrecht. Es ist weiter verpfändbar, Gläubiger können in den Wertüberschuss vollstrecken, aus Gründen des Schuldnerschutzes ist eine Verfallklausel untersagt und im Falle einer Forderungsabtretung folgt das stille Pfandrecht als akzessorisches Recht der zugrundeliegenden Forderung. Andererseits jedoch wird an vielen Stellen deutlich, dass es sich bei dem stillen Pfandrecht eben doch um eine Sonderkonstellation handelt. So wird beispielsweise der Pfandnehmer, der aufgrund des fehlenden Besitzes eine naturgemäß schwächere Stellung gegenüber dem Faustpfandnehmer inne hat, im Rahmen der Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des Pfandgebers nicht auf sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung verwiesen. Vielmehr eröffnet ihm das niederländische Recht als Ausnahme dazu

¹⁰³² Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 314; Vriesendorp in: WPNR 5749 (1985), S. 633 (636).

¹⁰³³ HR 4 december 1998, AA 48 (1999), S. 288 (Potharst/Serrée); Mierlo in: AA 48 (1999), S. 290 (295); Vriesendorp in: WPNR 5749 (1985), S. 633 (636); Molenaar in: WPNR 5724 (1985), S. 23 (24), ders, *Pandrecht*, Nr. 21, der sich vollständig für die Abschaffung des Eigentumsvorbehaltes ausspricht und statt dessen die Verwendung des vorbehaltenen stillen Pfandrechts präferiert.

die Möglichkeit, die Sache von den vollstreckenden Gläubigern herauszuverlangen und selbständig zu verwerten.

Die Betrachtung hat insgesamt gezeigt, dass es dem niederländischen Gesetzgeber gelungen ist, ein akzeptables Sicherungsrecht zu schaffen, welches die Vorteile des Pfandrechtes mit denen der Besitzlosigkeit zu verbinden weiß. Anders als bei der Sicherungsübereignung werden nicht nur die Sicherungsinteressen der Gläubiger, sondern auch diejenigen der Schuldner gesetzlich berücksichtigt. Der Gläubiger erhält eine Sicherheit, Eigentum und Nutzungsrechte jedoch verbleiben beim Schuldner. Wie jedoch die nun folgende Betrachtung zeigen wird, weist auch das stille Pfandrecht der Niederlande Schwächen auf, die bereits wenige Jahre nach seinem Inkrafttreten schon wieder kritische Stimmen laut werden lassen.

4. Teil: Rechtsvergleich – Kann das niederländische Recht die in Deutschland auftretenden Probleme verhindern?

I. Einleitung

Wie sich aus den ersten zwei Teilen der Arbeit ergibt, hat die deutsche Sicherungsübereignung sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene mit erheblichen Problemen zu kämpfen.

Hinsichtlich der nationalen Probleme ließen sich zwei Grundübel unterscheiden. Es handelt sich dabei zum einen um die Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung, zum anderen um die Form-Zweck-Diskrepanz dieses Institutes. Die Probleme, resultierend aus der Form-Zweck-Diskrepanz, werden durch eine umfassende Rechtsprechung ausgeglichen, die so zu wertungsgerechten, wenn auch undogmatischen Ergebnissen kommt. Dennoch konnte aufgezeigt werden, dass gerade im Interesse der Rechtssicherheit eine klare und feststehende Regelung erstrebenswert ist, welche die aufgeworfenen Probleme vermeidet. Die durch die Publizitätslosigkeit aufgeworfenen Schwierigkeiten – Unklarheiten in der Beweisführung, Gefahr des Kreditschwinds sowie die bedenkliche Entfernung vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung in der Insolvenz – können nicht von der Rechtsprechung korrigiert werden. Sie werden derzeit als „notwendiges Übel“ in Kauf genommen. In diesem Bereich besteht daher auf nationaler Ebene tatsächlich ein zwingender und dringender Reformbedarf.

Im internationalen Bereich konnte festgestellt werden, dass das deutsche Institut der Sicherungsübereignung in nahezu keinem europäischen Land – weder im osteuropäischen noch westeuropäischen Raum – Anerkennung findet. Grund für diese isolierte Stellung ist die Publizitätslosigkeit des Sicherungsinstitutes. Während in allen anderen Ländern mehr oder weniger viel Wert auf einen Publizitätsträger gelegt wird, verzichtet Deutschland darauf gänzlich. Dies wird vom europäischen Ausland jedoch nicht gebilligt – es antwortet mit der Versagung der Anerkennung. Die Lösung ist mithin in einem Institut zu suchen, das eine Form-Zweck-Diskrepanz vermeidet und mit einem tauglichen Publizitätsträger ausgestattet ist. Die Form-Zweck-Diskrepanz entstand, da man das gewollte Ziel – ein besitzloses

Pfandrecht – nur über den Weg der Eigentumsübertragung zur Sicherheit erreichen konnte. Obwohl man also ein Pfandrecht wollte, kreierte man eine Eigentumsübertragung. Im Folgenden war die Rechtsprechung bemüht, immer dann wertend einzugreifen, wenn die Behandlung des Sicherungsnehmers als Eigentümer oder die des Sicherungsgebers als bloß schuldrechtlich Berechtigter unbillig erscheint. Rechtsunsicherheit ist die Folge. Wenn man also ein Pfandrecht wollte und man alles tut, um den Pfandrechtsregeln doch Geltung zu verschaffen, so liegt die Lösung der Zweck-Form-Diskrepanz folglich in der Schaffung eines solchen Pfandrechts. Dieses Pfandrecht wiederum muss mit einem tauglichen Publizitätsträger ausgestattet sein, um die aufgeworfenen Probleme, resultierend aus der Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung, zu vermeiden. Vom Gesetz genannter Publizitätsträger ist die Übergabe (§ 1205 BGB). Aus den bereits mehrfach genannten wirtschaftlichen Erwägungen gilt es jedoch, das Übergabeerfordernis gerade zu vermeiden.

Wie im dritten Teil der Arbeit gezeigt, führten die Niederlande nach einer jahrzehntelangen Anwendung der Sicherungsübereignung nun an deren Stelle ein sogenanntes stilles Pfandrecht – ein besitzloses Pfandrecht, welches mittels Urkunde begründet wird – ein. Die Niederlande machten damit eine ähnliche Rechtsentwicklung durch wie Deutschland, entschlossen sich 1992 jedoch zu dem Schritt, die Sicherungsübereignung abzuschaffen und an deren Stelle ein besitzloses Pfandrecht einzuführen. Im Folgenden gilt es daher zu untersuchen, ob diese Form des Sicherungsrechts – ein Pfandrecht mit den Urkunden als Publizitätsträger – geeignet ist, die in Deutschland auftretenden nationalen und internationalen Probleme zu vermeiden und wo gegebenenfalls noch ein weiterer Handlungsbedarf besteht.

II. Nationale Probleme und deren Vermeidung durch ein „stilles Pfandrecht“

1. Zweck-Form-Divergenz

a. Übersicherung

In Fällen, in denen der Wert der Sache erheblich über den Wert der zu sichernden Forderung hinausgeht, besteht im deutschen Recht wie dargestellt das Problem, dass dieser Überschuss vom Sicherungsgeber nicht genutzt werden kann. Er kann weder eine weitere dinglich wirksame Sicherheit bestellen, noch können Gläubiger des Sicherungsgebers dinglich wirksam in den Überschuss vollstrecken¹⁰³⁴. Es wurde zwar gezeigt, dass diese Schwierigkeiten durch eine umfangreiche Rechtsprechung zur Übersicherung ausgeglichen werden konnten, dennoch bleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit zurück, die lediglich durch eine klare und feststehende Regelung gelöst werden kann. Weiterhin konnte auch die Rechtsprechung nach-

¹⁰³⁴ Siehe Seite 11.

trägliche Übersicherungen bei Singularsicherheiten durch Tilgung der gesicherten Forderung nicht verhindern. Es stellt sich daher die Frage, ob auch das stille Pfandrecht der Niederlande die Gefahr der Übersicherung nach sich zieht und ein Tätigwerden der Rechtsprechung erfordert.

In den Niederlanden hat der stille Pfandgeber in zweifacher Hinsicht die Gelegenheit, einen bestehenden Wertüberschuss der Pfandsache im Vergleich zur gesicherten Forderung zu nutzen. Zum einen hat er die Möglichkeit, das Gut weiter zu verpfänden und den Überschuss so für weitere Besicherungen zu nutzen¹⁰³⁵. Dieses Recht ist zwar nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich jedoch aus den Vorschriften der Art. 3-237 II, 3-248 III, 3-253 NBW, die alle von einer weiteren Belastung des Sicherungsgutes sprechen. Des Weiteren haben die übrigen Gläubiger die Möglichkeit, in das Gut zu vollstrecken mit der Folge, dass sie gem. Art. 3-253 I 2 NBW i.V.m. 490b NRv zumindest anteilig ihres Ranges befriedigt werden. Dabei kann grundsätzlich auch ein nachrangiger Sicherungsnehmer – auch ein ungesicherter Gläubiger – die Vollstreckung einleiten¹⁰³⁶, entnimmt den seinem Rang entsprechenden Betrag und schüttet den Rest an die übrigen Gläubiger gemäß deren Übereinkunft oder an einen vorher bestimmten Bewahrer aus¹⁰³⁷.

Auch wenn der Wert des Pfandgutes den der zu sichernden Forderung übersteigt, wird der Schuldner im niederländischen Recht nicht gefährdet. Er kann den Wertüberschuss zweifach nutzen – die Gefahr einer Übersicherung besteht folglich nicht. Damit ist auch kein wertendes Eingreifen der Rechtsprechung von Nöten. Das stille Pfandrecht der Niederlande bietet damit eine klare und feststehende Regelung, die für das deutsche Problem der Übersicherung durchaus eine Lösung anbietet.

b. Zwangsvollstreckung

Weiterhin konnten im deutschen Recht vier mehr oder weniger problematische Fallgruppen im Zwangsvollstreckungsrecht unterschieden werden, bei denen die deutsche Rechtsprechung dazu gezwungen war, mittels wertendem Tätigwerden die Zweck-Form-Divergenz der Sicherungsübereignung auszugleichen. Dies gelang jedoch nur partiell, was die vielen abweichenden Meinungen deutlich werden lassen. Im Folgenden soll daher untersucht werden, wie diese Fallgruppen sich mit dem stillen Pfandrecht gestalten – ist auch hier ein wertendes Eingreifen der Rechtsprechung nötig oder kann man auf eine klare und feststehende Regelung zurückgreifen?

aa) Gläubiger des Sicherungsgebers vollstrecken

Vollstrecken die Gläubiger des Sicherungsgebers in das bei ihm befindliche Gut, so stellte sich im deutschen Recht die Frage, welche Reaktionsrechte dem Siche-

¹⁰³⁵ Siehe Seite 201.

¹⁰³⁶ vgl. Art. 3-248 III NBW; siehe Seite 208.

¹⁰³⁷ vgl. Art. 490b NRv.

rungsnehmer zustehen sollen¹⁰³⁸. Dabei kam unter formalen Gesichtspunkten § 771 ZPO in Betracht; die Nähe zum Pfandrecht hingegen erforderte eher die Anwendung von § 805 ZPO. Beide Lösungen sahen sich einer starken Kritik ausgesetzt, als den Weg mit den wenigsten Widersprüchen befand man jedoch § 771 ZPO. Man erkannte zwar, dass man dem Sicherungsnehmer eine ihm ursprünglich nicht zugedachte starke Position gewährte¹⁰³⁹, § 805 ZPO hielt man aus zwei Gründen jedoch für noch untauglicher¹⁰⁴⁰. Zum einen wollte es nicht einleuchten, weshalb die Gläubiger des Sicherungsgebers ein Verfügungsrecht bekommen sollten, wenn die bereits nicht deren Schuldner – dem Sicherungsgeber zustand. Zum anderen vereinbart der Sicherungsnehmer in der Sicherungsabrede regelmäßig den freihändigen Verkauf, dessen Vorteile ihm bei einem bloßen Recht aus § 805 ZPO genommen werden. Mangels anderer Möglichkeiten spricht die Rechtsprechung dem Sicherungsnehmer daher das Recht aus § 771 ZPO zu – er kann eine Zwangsvollstreckung verhindern.

Fraglich ist an dieser Stelle, inwieweit auch das stille Pfandrecht eine solche Problematik aufweist und wie die Niederlande ggf. damit umzugehen wissen. Würde man das stille Pfandrecht ins deutsche Recht übertragen, so stünde dem Sicherungsnehmer nach den Regeln der ZPO zweifelsfrei lediglich ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO zu¹⁰⁴¹. Dennoch sollte man nicht aus den Augen verlieren, dass das stille Pfandrecht gerade kein normales Pfandrecht ist. Es nimmt vielmehr eine Zwischenstellung zwischen dem Eigentum auf der einen und dem Faustpfandrecht auf der anderen Seite ein. Zwar darf auch der stille Pfandgeber über die Sache verfügen, sodass es nicht ganz sachwidrig erscheint, wenn auch dessen Gläubiger auf das Gut zugreifen können, man muss jedoch bedenken, dass das stille Pfandrecht lediglich das Faustpfandrecht ersetzt. Die Sicherungssache wäre damit dem Zugriff der Gläubiger eigentlich entzogen, da dem Sicherungsnehmer im Falle des Faustpfandrechtes die Herausgabeverweigerung gem. § 809 ZPO zusteht. Die Zufälligkeit, ob ein Pfandrecht still oder mittels Übergabe begründet wird, sollte nicht zu einer Besserstellung der Gläubiger führen, die auf diesen Vorgang regelmäßig nicht einwirken können. Um also den bereits oben dargestellten Streit nicht erneut zu entfachen, sind durchaus Korrekturen in der Zivilprozessordnung zu bedenken. Als Vorbild können wieder die Niederlande dienen¹⁰⁴². Sie haben die Vorschriften der Prozessordnung dahingehend modifiziert, dass die oben angeführten Wertungen dennoch erreicht werden können. Auch nach der niederländischen Rechtsordnung kann gem. Art. 456 NRv der Sicherungsnehmer die Zwangsvollstreckung nicht verhindern – ihm steht lediglich das

¹⁰³⁸ Siehe Seite 17.

¹⁰³⁹ Bötticher in: MDR 1950, 705 (708); Gerhardt in: JuS 1972, 696 (697).

¹⁰⁴⁰ Gerhardt in: JuS 1972, 696 (697).

¹⁰⁴¹ Das stille Pfandrecht kann nicht als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO behandelt werden; vgl. RGZ 116, 363 (366); BGHZ 55, 20 (26).

¹⁰⁴² vgl. zum Folgenden: Nispen/vanMierlo/Polak-Gieske, Burgerlijk Rechtsvordering, Boek 2, Art. 465 Nr. 1, Art. 496 Nr. 4.

Recht auf vorrangige Befriedigung zu¹⁰⁴³. Für den stillen Pfandnehmer wird jedoch eine Ausnahme gemacht. Gem. Art. 496 III, 461a NRv kann er die Sache herausverlangen und selbst nach eigenem Gutdünken zur Vollstreckung übergehen. Dabei werden zwei Folgen erreicht. Den Gläubigern des Sicherungsgebers wird eine Verfügungsbefugnis entzogen, die sie im Normalfall des Faustpfandrechtes gar nicht gehabt hätten. Des Weiteren darf der Sicherungsnehmer gem. Art. 3-251 II NBW die Vollstreckung selbst gestalten und mithin auch den freihändigen Verkauf wählen. Die niederländische Rechtsordnung erreicht daher ein Ergebnis, das Deutschland wertungsgerechter Weise sehr gern gehabt hätte, aufgrund der Gesetzeslage jedoch nicht erreichen konnte. Setzt man daher das stille Pfandrecht ins deutsche Recht um, so erreicht man zumindest den Vorteil einer klaren Rechtslage – den oben geführten Diskussionen wird der Boden entzogen. Des Weiteren entstehen nicht mehr Probleme, als man derzeit bereits hat. Man sollte sich jedoch zusätzlich auch zu Sonderregeln in der ZPO entschließen, um so ein lückenlos wertungsgerechtes Bild zu erhalten. Als Vorbild dazu können durchaus die Art. 496 III, 461a NRv der niederländischen Rechtsordnung dienen.

Vollstrecken die Gläubiger des Sicherungsgebers dahingehend in das beim Sicherungsnehmer ausnahmsweise befindliche Gut, so kam die deutsche Gesetzeslage auch ohne wertendes Eingreifen der Rechtsprechung zu einem gerechten Ergebnis. Gem. § 809 ZPO konnte der Sicherungsnehmer die Herausgabe verweigern und bei Missachtung dieser Weigerung die Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO geltend machen mit der Folge, dass die Vollstreckung für unzulässig erklärt werden kann¹⁰⁴⁴. Überträgt man das stille Pfandrecht in das deutsche Recht, so erhält man ohne zusätzliche Korrekturen das gleiche Ergebnis.

bb) Gläubiger des Sicherungsnehmers vollstrecken

Schwieriger wiederum gestaltete sich die Situation, in der die Gläubiger des Sicherungsnehmers in das bei ihm ausnahmsweise befindliche Gut vollstrecken. Hier stellt sich die Frage, welche Rechte dem Sicherungsgeber als bloß schuldrechtlich Berechtigtem zustehen. Dabei kam die Rechtsprechung zu dem Ergebnis, auch dem Sicherungsgeber ein Recht aus § 771 ZPO zuzubilligen, jedoch unter der Voraussetzung, dass der Sicherungsgeber mit der Tilgung der gesicherten Forderung nicht in Verzug gerät¹⁰⁴⁵. Mit der Einführung des stillen Pfandrechtes in das deutsche Recht käme man durch reine Gesetzesanwendung zum gleichen Ergebnis. Der Sicherungsgeber bleibt Eigentümer, er kann das Recht der Drittwiderspruchsklage jederzeit geltend machen. Ein stilles Pfandrecht im deutschen Recht wäre damit von klaren und feststehenden Regelungen bestimmt – ein Tätigwerden der Rechtsprechung ist nicht länger erforderlich, damit verbundene Unsicherheiten können

¹⁰⁴³ Insofern steht dieses Ergebnis in einem deutlichen Gegensatz zu dem für die deutsche Sicherungsübereignung entwickelten Resultat der Rechtsprechung, welches jedoch wie gezeigt eher aus Mangel an Möglichkeiten zustande gekommen ist.

¹⁰⁴⁴ Thomas/Putzo, ZPO-Komm., § 766 Rn. 11, 12.

¹⁰⁴⁵ Siehe Seite 16.

vermieden werden. Fraglich bleibt lediglich, wie der Sicherungsgeber zu behandeln ist, wenn er mit der zu sichernden Forderung in Verzug gerät – kann er auch dann die Zwangsvollstreckung verhindern? In diesem Fall stünde dem Sicherungsgeber ein Verwertungsrecht zu, sodass es naheliegend wäre, dieses Recht auch dessen Gläubigern zuzusprechen¹⁰⁴⁶. Dem kann man natürlich entgegenhalten, dass mit dem stillen Pfandrecht eine bestimmte Forderung und nicht sämtliche Forderungen anderer Gläubiger gesichert werden sollten¹⁰⁴⁷. Andererseits hätte der Pfandnehmer selbst zur Verwertung übergehen und den Vermögenswert der Sache abschöpfen können, der dann seinen Gläubigern zur Verfügung gestanden hätte¹⁰⁴⁸. Dennoch fragt es sich, ob man einen Gleichlauf der Wertungen betreffend der Sicherungsübereignung und dem stillen Pfandrecht überhaupt herstellen kann. Der Sicherungsgeber hat bereits kein Eigentum, sodass ein Versagen des § 771 ZPO bei gleichzeitigem Verlust des Verwertungsrechtes naheliegend scheint. Der stille Pfandgeber hingegen verliert zu keinem Zeitpunkt sein Eigentum. Ungelöst durch das stille Pfandrecht bleibt damit die bereits jetzt offene Frage, ob ein verwertungsreifes Pfandrecht das Eigentumsrecht i.S.d. § 771 ZPO seitens des Pfandgebers blockiert. Eine klarstellende Regel wäre auch hier wünschenswert.

Zu klären bleibt schließlich die Konstellation, in der die Gläubiger des Sicherungsnehmers in das beim Sicherungsgeber befindliche Gut vollstrecken. Wieder bot die ZPO bereits für die Sicherungsübereignung eine klare Regelung. Der Sicherungsgeber konnte als Dritter die Herausgabe verweigern und die Vollstreckungserinnerung geltend machen. Das gleiche klare Ergebnis erhält man mit der Einführung des stillen Pfandrechts ins deutsche Recht. Wieder kann der Sicherungsgeber – diesmal als Eigentümer – die Herausgabe verweigern.

cc) Ergebnis

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten. Keine Veränderung ist in den auch im deutschen Recht unproblematischen Fällen der Drittpfändung zu verzeichnen. Bestand bisher für den Dritten – egal ob dieser in der Position des Eigentümers oder des schuldrechtlich Berechtigten war – das Recht der Herausgabeverweigerung, so würde dies auch für die Parteien der stillen Verpfändung gelten. Insofern bringt die stille Verpfändung keine Verbesserungen, jedoch auch keine Verschlechterungen der derzeitigen Lage. In den beiden anderen Fallkonstellationen zeigen sich deutliche Vorteile der stillen Verpfändung. Zum einen kann die bisher ungeklärte Position des Sicherungsgebers im Falle der Vollstreckung durch Gläubiger des Sicherungsnehmers in das bei diesem befindliche Gut dahingehend gefestigt werden, als dem Sicherungsgeber unzweifelhaft ein Recht aus § 771 ZPO zusteht. Ebenso klar ist die Lage, wenn Gläubiger des Sicherungsgebers in das bei ihm befindliche Gut vollstrecken. Der Sicherungsnehmer wird auf das Recht der

¹⁰⁴⁶ vgl. für den Fall der Sicherungsübereignung BGHZ 72, 141 (146).

¹⁰⁴⁷ OLG Karlsruhe NJW 1977, 1069; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 771 Rn. 25.

¹⁰⁴⁸ BGHZ 72, 141 (145).

vorzugsweisen Befriedigung verwiesen. Diese nunmehr klare Regelung steht zwar im Widerspruch zur deutschen Rechtsprechung hinsichtlich der Sicherungsübereignung, es wurde jedoch des Weiteren gezeigt, dass eine Anpassung der ZPO-Vorschriften nach niederländischem Vorbild eine alle zufrieden stellende Lösung bietet.

Das stille Pfandrecht kann damit die durch die Form-Zweck-Diskrepanz hervorgerufenen Probleme lösen, ohne weitere aufzuwerfen. Hinzukommend kann man mit diesem Institut noch wertungsgerechtere Ergebnisse erreichen, als es bisher der deutschen Rechtsprechung möglich war. Aus der Sicht des Vollstreckungsrechts ist daher die Regelung des stillen Pfandrechts durchaus begrüßenswert.

c. Verfallverbotsklausel (*lex commissoria*)

Weitere Schwierigkeiten ergaben sich bzgl. der Verfallverbotsklausel. Wie gezeigt erachtet die deutsche Rechtsprechung diese im Rahmen der Sicherungsübereignung für nicht anwendbar. Dies ist jedoch nach einer starken Literaturmeinung und auch der hier vertretenen Auffassung abzulehnen. Zum einen führt die Nichtanwendung der *lex commissoria* zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Benachteiligung des Schuldners¹⁰⁴⁹, zum anderen stellt diese Entscheidung eine Inkonsistenz zu der sonst sehr stark am Schuldnerschutz orientierten Rechtsprechung dar¹⁰⁵⁰. Wieder wäre es aus deutscher Sicht sinnvoll, eine klare und feststehende Regelung zu schaffen, die den Streitigkeiten und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit den Boden entzieht. Fraglich ist daher erneut, ob das stille Pfandrecht der Niederlande eine solche klare und feststehende Regelung sein könnte.

Gem. Art. 3-235 NBW ist es dem Pfandnehmer unter keinen Umständen gestattet, sich die Sache anzueignen. Diese Regelung dient in erster Linie dem Schuldnerschutz¹⁰⁵¹. Zum einen rechnet dieser regelmäßig nicht mit einer endgültigen Übereignung und damit dem Verfall des Eigentums, zum anderen ist der Erlös im öffentlichen Verkauf unter Umständen höher als die ursprünglich gesicherte Forderung. Wie die Bestimmung des Art. 3-251 II NBW zeigt, schützt diese Regelung jedoch auch die übrigen Gläubiger. Dieser Vorschrift gemäß können Pfandgläubiger und Verpfänder auch eine andere Verkaufsart als den öffentlichen Verkauf vereinbaren, jedoch nur insoweit andere beschränkt Berechtigte einverstanden sind. Ließe man die Verfallklausel zu, würde man das Mitspracherecht der übrigen Gläubiger unterbinden.

Die von den Niederlanden gewählte Lösung entspricht nicht der deutschen Rechtsprechung. Diese zieht jedoch ihr einziges Argument aus dem formalen Charakter der Sicherungsübereignung als Eigentumsübertragung, die bei einem Pfandrecht

¹⁰⁴⁹ Vgl. die Regelungen der §§ 1149, 1192, 1107, 1229, die für alle gesetzlich niedergelegten dinglichen Sicherungsrechte die Verfallverbotsklausel aussprechen.

¹⁰⁵⁰ vgl. insbesondere die Rechtsprechung zur Übersicherung, BGHZ 26, 178 = BGH NJW 1958, 417; BGH WM 1966, 13 (15), BGHZ 32, 357; nun BGH NJW 1989, 671 (673); BGH 15.04.1998 VIII ZR 246/95; LG München I, 14 T 22166/99.

¹⁰⁵¹ Reehuis, *Stille verpanding*, Nr. 155.

aber gerade nicht gegeben ist. Die niederländische Lösung würde jedoch eine stringente Fortsetzung des Schuldnerschutzes bedeuten und erheblich zur Rechtssicherheit beitragen. Mit der Einführung des stillen Pfandrechtes wäre der oben geführten Diskussion der Boden entzogen – sowohl Schuldnerschutz als auch Rechtssicherheit können gewährleistet werden. Insofern stellt die niederländische Lösung durchaus einen Weg dar, die deutschen Probleme um die Verfallverbotsklausel in den Griff zu bekommen.

d. Unpfändbare Gegenstände

Ein weiteres Problem tat sich im deutschen Recht bei der Frage auf, ob man auch unpfändbare Güter gem. §§ 811ff. ZPO zum Gegenstand einer Sicherungsübereignung machen kann. Unter dem Hinweis, die Sicherungsübereignung könne bei Missachtung der §§ 811ff. ZPO eine rechtliche Stellung schaffen, wie sie in der Zwangsvollstreckung niemals erreicht werden könne, lehnt man teilweise die Übereignungsmöglichkeit unpfändbarer Gegenstände ab¹⁰⁵². Wie gezeigt gehen die Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht der Literatur jedoch andere Wege¹⁰⁵³. Die Sicherungsübereignung entspricht danach der vertraglichen Verpfändung, bei der die Schutzvorschriften der §§ 811ff. ZPO keine Anwendung finden. Im Übrigen gelten die §§ 811ff. ZPO lediglich für die Vollstreckung in Geldforderung, nicht jedoch in die von Herausgabeansprüchen, sodass sich bereits unter diesem Gesichtspunkt eine Gleichstellung mit der Sicherungsübereignung verbietet. Die deutsche Rechtsprechung kommt daher zu dem wertungsgerechten Ergebnis, die Pfändungsschutzvorschriften auf die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung nicht anzuwenden. Wieder zeigt jedoch die Meinungsvielfalt wie unsicher der Boden dieses Ergebnisses ist und macht die Notwendigkeit einer klaren und feststehenden Regelung deutlich.

Erneut stellt sich die Frage, ob ein Blick in die niederländische Rechtsordnung eine Lösung aufzeigen kann. Wie gezeigt regelt das NBW die Entstehung des stillen Pfandrechtes, während sich sowohl im NBW als auch in der NRv Regelungen zur Geltendmachung des stillen Pfandrechtes mittels Herausgabeverlangen und Verwertung finden lassen. Beide Gesetze sind folglich auf Pfändungsschutzvorschriften hin zu untersuchen. Das NBW kennt keine Beschränkungen, wonach das stille Pfandrecht nur an bestimmten Gegenständen begründet werden kann¹⁰⁵⁴. Weitergehend macht das NBW auch hinsichtlich der Möglichkeit des Herausgabeverlangens¹⁰⁵⁵ und des Verwertungsrechts¹⁰⁵⁶ keinen Unterschied nach der Art der Güter. Dennoch sind dem niederländischen Recht durchaus Vorschriften bekannt, die bestimmte Gegenstände für unpfändbar erklären. Diese sind allesamt im NRv zu

¹⁰⁵² OLG Stuttgart NJW 1971, 50.

¹⁰⁵³ Siehe Seite 22.

¹⁰⁵⁴ vgl. Art. 3-228 NBW wonach ein Pfandrecht an allen übertragungsfähigen Gütern bestellt werden kann; Nieuwenhuis/Stolker/Valk, Burgerlijk Wetboek, Art. 3-228 Rn. 1.

¹⁰⁵⁵ Nieuwenhuis/Stolker/Valk, Burgerlijk Wetboek Band II, Art. 3-237 Rn. 5.

¹⁰⁵⁶ Nieuwenhuis/Stolker/Valk, Burgerlijk Wetboek Band II, Art. 3-248 Rn. 1.

finden. Zu nennen sind Art. 436 NRv, der die Pfändung öffentlicher Güter verbietet, Art. 446, 447 NRv regeln das Pfändungsverbot von lebensnotwendigen Haushaltsgegenständen und Arbeitsmitteln, Art. 475 b-g NRv schließlich untersagt die Pfändung von Lohn bis zu einer bestimmten Höhe. Alle diese Vorschriften umfassen jedoch lediglich die Pfändung von Sachen wegen einer Forderung¹⁰⁵⁷. Die Verwertung des stillen Pfandrechtes erfolgt jedoch – sofern es zu keiner freiwilligen Herausgabe gem. Art. 3-237 III NBW gekommen ist – über die Herausgabevollstreckung gem. Art. 496 NRv. Für diese Norm gelten die Unpfändbarkeitsregelungen jedoch nicht¹⁰⁵⁸. Dabei handelt es sich insofern um ein konsequentes Ergebnis, als Art. 496 NRv lediglich einen Zwang für Art. 3-237 III NBW darstellt, der eine Unpfändbarkeitsvorschrift gerade nicht bereit hält. Das stille Pfandrecht kann mithin an allen Gütern – unabhängig von ihrer Pfändbarkeit im Rahmen der Forderungspfändung – begründet werden.

Dieses Ergebnis stützt sich auf ähnliche Begründungen wie in Deutschland. Betont wird vor allem die Privatautonomie¹⁰⁵⁹. Die stille Verpfändung einer Sache erfolgt aufgrund eigenen Willens. Der Schuldner ist sich im Klaren darüber, ob er eine Sache dringend braucht – und sie daher nicht verpfändet – oder ob er auf sie im Ernstfall verzichten kann. Nach der niederländischen Auffassung bedarf der Schuldner daher keines weiteren Schutzes.

Denkbar wäre es jedoch, dass auch in den Niederlanden Stimmen laut werden, die den stillen Charakter des Pfandrechtes betonen. Die verpfändete Sache verlässt in diesen Fällen die Schuldnerhände nicht, sodass diese nicht zwangsweise über den endgültigen Verlust der Sache nachgedacht haben müssen. Es ist also auch hier denkbar, die entsprechende Anwendung der Pfändungsschutzvorschriften zu erwägen. Seit dem Inkrafttreten des NBW werden Vorschriften jedoch nur noch äußerst verhalten entsprechend angewendet. Vielbemühtes Argument für dieses zögerliche Vorgehen ist, dass der Gesetzgeber, hätte er eine entsprechende Anwendung der Norm gewollt, die auch geregelt hätte¹⁰⁶⁰. Das stille Pfandrecht unterliegt mithin keinen Pfändungsschutzvorschriften. Eine entsprechende Anwendung derselben verbietet sich derzeit in den Niederlanden.

Würde man daher die Regelungen des stillen Pfandrechtes ins deutsche Gesetz übertragen, so hätte man zwar zunächst eine klare Regelung – der Pfändungsschutz gilt für das stille Pfandrecht nicht – über kurz oder lang würde in Deutschland jedoch wieder die bereits oben dargestellte Diskussion entbrennen, die sich mit der entsprechenden Anwendung der Pfändungsschutzvorschriften beschäftigt. Wollte man daher eine dem niederländischen Recht entsprechende Institut des stillen Pfandrechtes einführen, so würde sich hinsichtlich der Pfändungsschutzvorschriften eine

¹⁰⁵⁷ Nispen/vanMierlo/Polak, Burgerlijk Rechtsvordering, Art. 496 Rn. 3.

¹⁰⁵⁸ Nispen/vanMierlo/Polak, Burgerlijk Rechtsvordering, Art. 496 Rn. 1 a.E., 3.

¹⁰⁵⁹ Mijnsen/Böhl/Kist, Algemene aspecten van beslag en executie, 1983, S. 63; Nispen/vanMierlo/Polak, Burgerlijk Rechtsvordering, Art. 496 Rn. 1; Stein/Rueb; Nieuw Burgerlijk Procesrecht, S. 315.

¹⁰⁶⁰ Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, 1984, S. 20; Rank-Berenschot in: NTBR 1997, S. 121(122).

Klarstellung dahingehend anbieten, wonach die still verpfändeten Gegenstände nicht den Pfändungsschutzvorschriften der §§ 811 ff. ZPO unterliegen.

Das niederländische stille Pfandrecht bietet daher keine abschließende Lösung zu dem hier aufgeworfenen Problem, macht aber den noch bestehenden Handlungsbedarf deutlich sichtbar.

e. Gläubigerwechsel

Ein weiteres Problem stellte sich bei der Frage, ob und wie der Zessionar im Falle einer Abtretung der gesicherten Forderung durch den Zedenten auch das Sicherungseigentum erhält. Es zeigt sich im deutschen Recht ein breites Spektrum an Meinungen¹⁰⁶¹. Abgelehnt wird die direkte und analoge Anwendung des § 401 BGB. Im Rahmen eines Gläubigerwechsels begründet sich mit der herrschenden Meinung vielmehr eine schuldrechtliche Pflicht des Zedenten, dem Zessionar das Sicherungsgut zu übereignen. Jedoch wird auch diesem Ergebnis in vielfacher Hinsicht widersprochen. Vorgebracht wird, dass die treuhandrechtliche Struktur des Sicherungsverhältnisses ein solches Vorgehen verbietet¹⁰⁶², da der Vertrauensschutz des Sicherungsgebers, der sich gezielt einen bestimmten Sicherungsnehmer ausgesucht hat, um ihm eine überschießende Rechtsmacht zu gewähren, nicht missachtet werden darf¹⁰⁶³ oder die gegenläufigen Interessenlagen von Sicherungsnehmer und Pfandnehmer gegen eine Gleichstellung dieser Konstellationen sprechen¹⁰⁶⁴. Man kann daher ein weiteres Mal feststellen, dass die Rechtsprechung zu einem wertungsgerechten Ergebnis gelangt, die Meinungsvielfalt jedoch wieder darauf aufmerksam macht, auf welch tönernen Füßen dieses steht. Eine klare und feststehende Regelung ist erneut wünschenswert.

Ein Blick in das niederländische Gesetz kann die Gewissheit bringen, dass ein stilles Pfandrecht diese Unsicherheit beenden kann. Das stille Pfandrecht der Niederlande ist ebenso wie das Faustpfandrecht ein akzessorisches Recht. Es ist vom Bestehen der zu sichernden Forderung abhängig. Geht sie unter, so erlischt auch das stille Pfandrecht, wird sie übertragen, so folgt ihr gem. Art. 3-82 NBW das stille Pfandrecht¹⁰⁶⁵. Der Gläubigerwechsel bedarf damit in den Niederlanden keiner fingierten, schuldrechtlichen Abreden oder aufwendiger Begründungen, sondern ergibt sich als klare und sichere Folge aus dem Gesetz. Es wird zwar das gleiche Ergebnis erreicht, wie es derzeit von der deutschen Rechtsprechung praktiziert wird, es ist aber nicht den genannten Unsicherheiten ausgesetzt. Die Einführung des stillen Pfandrechts in Deutschland kann daher auch das oben angeführte Problem beim Gläubigerwechsel lösen.

¹⁰⁶¹ Siehe Seite 24ff.

¹⁰⁶² MüKo-Roth, § 401 Rn. 10.

¹⁰⁶³ Dempewolf in: NJW 1958, 979 (980); Enneccerus-Lehmann, § 79 III 1 f; Larenz, SchuldR AT 14. Auflage, S. 577 FN 5.

¹⁰⁶⁴ Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II, S. 373.

¹⁰⁶⁵ TM Art. 3.1.1.6, Parl. Gesch. Boek 3, S. 91.

2. Publizitätslosigkeit

a. Praktische Probleme in Beweis- und Eigentümerermittlung

Insbesondere die Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung verursacht im deutschen Recht eine Vielzahl von Problemen. Dazu gehören zunächst die Schwierigkeiten in der Eigentümerermittlung. Es ist nicht selten der Fall, dass gerade Produktionsmittel mehrfach zur Sicherheit übertragen werden, während der Besitz naturgemäß beim Sicherungsgeber verbleibt. Soll schließlich im Rahmen von Konkurs oder Zwangsvollstreckung auf das Gut zugegriffen werden, kann häufig nicht verlässlich bestimmt werden, wem das Eigentum an der Sache zukommt. Durch die Publizitätslosigkeit und Besitzlosigkeit dieses Sicherungsinstitutes wird eine Nachprüfung der Vorgänge nahezu unmöglich¹⁰⁶⁶. Unsicherheiten und ein erhöhter Zeit- und Kostenaufwand bei den Ermittlungen sind die Folge.

Fraglich ist daher auch an dieser Stelle, ob das niederländische stille Pfandrecht durch seine Publizitätsträger in Form von Urkunden und Registrierung diesem Problem wirksam begegnen kann. Zunächst einmal ist klar zu stellen, dass sich das Problem der Eigentümerermittlung in den Niederlanden gar nicht stellt. Der Sicherungsgeber bleibt sowohl Besitzer als auch Eigentümer des Sicherungsgutes – seine Position ist mithin klar. Das oben geschilderte Problem tritt in den Niederlanden jedoch in einer abgewandelten Form auf. Nicht das Eigentum ist unklar, sondern die Frage, wer und mit welchem Rang dinglich Berechtigter ist. Wie bereits dargestellt ist es durchaus möglich, ein Gut mehrfach still zu verpfänden¹⁰⁶⁷, wobei späteren Pfandnehmern lediglich eine nachrangige Position zukommt¹⁰⁶⁸, es sei denn, sie erwerben gem. Art. 3-238 I, II NBW gutgläubig den ersten Rang¹⁰⁶⁹. Eben genau diese Rangfrage lässt sich jedoch nur klären, indem man den Zeitpunkt der stillen Verpfändung nachweist. Da es zu keiner Besitzübertragung kommt und Augenschein- und Zeugenbeweis mithin entfallen, mussten andere Wege gefunden werden.

Als Beweismittel können in den Niederlanden in jedem Fall die Urkunden herangezogen werden, die als Urkundsbeweis durchaus tauglich sind. Die Entstehung des stillen Pfandrechts erfolgt immer mittels Urkunde, auf der das Erstellungsdatum vermerkt ist. Es ist jedoch zwischen den beiden Urkundensarten zu unterscheiden. Bei der Öffentlichen bestimmt dieses Datum den Zeitpunkt der Pfandrechtsbegrün-

¹⁰⁶⁶ Die Besitzübertragung ist sehr gut dem Zeugen- oder Augenscheinsbeweis zugänglich; vgl. ZPO-Kommentar zu den einzelnen Beweisarten.

¹⁰⁶⁷ Gem. Art. 3-98 i.V.m. 3-84ff. NBW.

¹⁰⁶⁸ É contrario Art. 3-238 II NBW.

¹⁰⁶⁹ Wie gezeigt ist ein gutgläubiger Erwerb eines erstrangigen stillen Pfandrechts grundsätzlich nicht möglich, da es dafür der Übergabe bedarf, sodass es sich fortan nicht mehr um ein stilles Pfandrecht handelt. Wandelt sich das stille Pfandrecht jedoch in ein Faustpfandrecht um, so kann man durchaus gutgläubig den ersten Rang erwerben. Dieser bleibt auch bestehen, wenn die Sicherungssache später an den Sicherungsgeber zurück übertragen wird, das Faustpfandrecht mithin wieder zu einem stillen Pfandrecht wird. Zu den Einzelheiten dieser Besonderheiten siehe Seite 192.

dung. Man kann daher direkt vom Datum des Schriftstückes auf den Zeitpunkt der Verpfändung schließen und damit ohne weitere Hilfsmittel den Rang des Pfandnehmers bestimmen. Bei der privatschriftlichen Urkunde entsteht das Pfandrecht dahingehend nicht durch das Aufsetzen derselben, sondern erst durch deren Registrierung¹⁰⁷⁰. Jedoch kann in diesen Fällen auch die Einsicht des Registers und der dort erfolgten Datierung einen Beweis darüber führen, ob und wann ein stilles Pfandrecht begründet worden ist. Bedenklich stimmt lediglich, dass es sich bei dem Register wie beschrieben um ein nicht öffentliches Register handelt, in das lediglich in Ausnahmefällen Erben, Rechtsnachfolger und Konkursverwalter Einsicht nehmen können. Als Zweck des Registers wird jedoch immer angeführt, dass es ausschließlich dem Beweis der Pfandrechtsentstehung dienen soll¹⁰⁷¹. Obwohl nicht ausdrücklich geregelt, kann man daher davon ausgehen, dass das Register auch im Rahmen von Beweisfindungen eingesehen werden kann.

Es konnte damit gezeigt werden, dass die Niederlande durch ihre Pfandrechtsbestellung mittels Urkunden und Registereintrag die Ermittlung des Pfandrechtsinhabers und dessen Rang ermöglicht. Das von den Niederlanden gewählte Publizitätsmittel kann also auf dieser Ebene die in Deutschland auftretenden Probleme bewältigen.

b. Täuschung / Kreditschwindel

Des Weiteren wird der deutschen Sicherungsübereignung der Vorwurf gemacht, sie leiste durch ihre Publizitätslosigkeit dem Kreditschwindel Vorschub¹⁰⁷². Die praktische Relevanz dieses Vorwurfes wird vorliegend zwar angezweifelt¹⁰⁷³, dennoch soll untersucht werden, ob das niederländische stille Pfandrecht ein solches Problem vermeiden kann. Es stellt sich daher die Frage, ob auch beim niederländischen Sicherungsinstitut eine Krediterschleichung möglich ist und wie gegebenenfalls darauf reagiert wird.

Wie im deutschen Recht der Sicherungsgeber bleibt auch der niederländische Pfandgeber im Besitz der Sache und könnte nun den Anschein von Solvenz erwecken. Auch im niederländischen Recht gilt der Grundsatz der Eigentumsvermutung gem. Art. 3-119 I NBW. Diese Norm leitet die Vermutung jedoch nur vom *bezitter* – dem Eigenbesitzer – ab. Der stille Pfandgeber besitzt jedoch nicht mehr ausschließlich für sich selbst – er ist lediglich ein *houder*. Nach Art. 3-109 NBW unterliegt jedoch auch der *bezit* einer Vermutung. Hat jemand die tatsächliche Sach-

¹⁰⁷⁰ Zum Streit, ob es auf das Registrierdatum oder die Einreichung der Unterlagen ankommt, siehe Seite 195. Im Ergebnis sprachen die besseren Argumente für das auch hier taugliche Registrierdatum.

¹⁰⁷¹ Rank-Berenschot in: NTBR 1997, 121; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, S. 428/Nr. 533.

¹⁰⁷² Baur/Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, § 57 I 3 (S. 566); Gerhardt, Mobiliarsachenrecht, § 14 2a (S. 147); Reich, die Sicherungsübereignung, S. 19; Schwab/Prütting, Sachenrecht, § 34 V 3 (S. 184).

¹⁰⁷³ Siehe Seite 28ff.

herrschaft über ein Gut, so wird vermutet, dass er *bezitter* ist. Im niederländischen Recht gibt die tatsächliche Sachherrschaft daher tatsächlich Veranlassung, auf dahinter stehendes Eigentum – mithin auf Solvenz – vertrauen zu dürfen. Im Unterschied zum deutschen Recht ist der stille Pfandgeber jedoch tatsächlich Eigentümer der Sache und auch befugt, über sie zu verfügen oder sie weiter zu belasten, eben nur unter der Belastung der bereits bestehenden Verpfändung. Es ist daher durchaus legitim, den Eindruck von Solvenz zu erwecken und weitere Kredite zu erhalten. Anders als im deutschen Recht – wo die Kreditgeber durch die sicherungsübereigneten Güter grundsätzlich keinen Schutz mehr erhalten – werden die niederländischen Kreditgeber tatsächlich gesichert, wenn auch nur nachrangig. Die Frage, inwieweit der Kreditschwindel begünstigt wird, beschränkt sich daher auf den Bereich, in dem ein Kreditgeber auf einen nachrangigen Sicherungsplatz verwiesen wird, obwohl er mit dem ersten Rang gerechnet hat bzw. erstrangige Kreditgeber auf den zweiten Rang verwiesen werden, weil ein anderer Kreditgeber gutgläubig den ersten Rang erworben hat¹⁰⁷⁴. Die theoretische Relevanz des Problems ist daher bereits weitaus kleiner als in Deutschland.

Es stellt sich daher hier in einem noch geringeren Umfang als in Deutschland die Frage, ob auch die Art der niederländischen Publizität dem Kreditschwindel Vorschub leistet. Wie bereits beschrieben ist der gutgläubige Erwerb des ersten Ranges gem. Art. 3-238 II NBW durchaus möglich¹⁰⁷⁵. Die Frage ist nun, wonach sich diese Gutgläubigkeit richtet.

Allein die Tatsache, dass ein Gut für gewöhnlich Sicherungsgeschäften dient, verhindert noch nicht die Vertrauenswürdigkeit in die fehlende Belastung dieses Gutes. Den Grund dafür sieht die niederländische Literatur¹⁰⁷⁶ in der Tatsache, dass im Rahmen einer normalen Betriebsführung selbst ein belastetes Gut lastenfrei veräußert werden kann¹⁰⁷⁷. Wenn aber Sicherungssachen lastenfrei veräußert werden können, besteht kein Grund, nicht von der Lastenfreiheit eben solcher typischer Sicherungssachen ausgehen zu dürfen¹⁰⁷⁸. Hinzu kommt, dass es des Weiteren einen Grundsatz gibt, der besagt, dass derjenige, dem ein Geschäft oder Recht angeboten wird, zunächst auch darauf vertrauen kann, dass dieses wirksam zustande kommt¹⁰⁷⁹. Eine allgemein fehlende Gutgläubigkeit aufgrund der Art der Sache ist dem niederländischen Recht damit nicht bekannt. Insoweit erscheint es also durchaus möglich, durch den Besitz und das Eigentum der still verpfändeten Sache weitere Kreditgeber anzulocken. Hinzukommend können auch die Publizitätsträger in Form der privatschriftlichen, registrierten oder der öffentlichen Urkunde die Gutgläubigkeit nicht zerstören. Die Existenz einer öffentlichen Urkunde ist für Dritte

¹⁰⁷⁴ Hinsichtlich dieser Möglichkeit siehe Seite 201.

¹⁰⁷⁵ Siehe Seite 201.

¹⁰⁷⁶ vgl. Asser/Mijnssen, Zakenrecht I, Nr. 289.

¹⁰⁷⁷ Zu dieser Sonderkonstellation siehe Seite 200.

¹⁰⁷⁸ So auch der HR in: HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 m.nt. WMK (Hoogovens / Matex); HR 6 januari 1961, NJ 1962, Nr. 19 m.nt. Lehr (Seneca); HR 12 juni 1970, NJ 1971, Nr. 203 m.nt. Phanh (Philippens / Omsa).

¹⁰⁷⁹ Schoordijk, Onderhandelen te goeder trouw, S. 23, 24.

nicht erkennbar und bei dem Register handelt es sich um ein nicht öffentliches Register. Auch in den Niederlanden besteht damit ein grundsätzlicher Schutz des Vertrauens, von der tatsächlichen Sachherrschaft auf das Eigentum und insbesondere auch auf das unbelastete Eigentum schließen zu können. Somit kann man auch in den Niederlanden annehmen, das stille Pfandrecht würde dem Kreditschwindel Vorschub leisten.

Dieses Problem wurde durchaus angedacht und im Rahmen der Diskussion um ein öffentliches statt eines nicht öffentlichen Registers behandelt. Man erkannte in den Niederlanden jedoch bereits frühzeitig, dass es sich bei diesem Problem lediglich um eines auf der theoretischen Ebene handelt¹⁰⁸⁰. In der Praxis sind keinerlei Beschwerden aufgekommen, da auch das niederländische Recht den Kreditgebern eine Vielzahl von Möglichkeiten gibt, sich zu sichern und zu informieren, sodass sie auf den Augenschein des Besitzes nicht angewiesen sind und diesen in ihren Entscheidungen auch nicht berücksichtigen¹⁰⁸¹.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass das stille Pfandrecht der Niederlande die Möglichkeit des Kreditschwindels zwar verkleinert, sie jedoch nicht gänzlich ausschließt. Dies wäre nur möglich, wenn die Begründung eines stillen Pfandrechts für jedermann ersichtlich wäre. Dies lässt sich – die Besitzlosigkeit zugrunde gelegt – durch eine öffentliche Urkunde oder die privatschriftlich, nicht-öffentlich registrierte Urkunde jedoch nicht erreichen. Da dieses Problem jedoch keinerlei praktische Relevanz hat – weder in Deutschland noch in den Niederlanden – hat dieses Ergebnis nur wenig Gewicht für die Frage, ob das stille Pfandrecht der Niederlande die in Deutschland bestehenden Probleme lösen kann.

c. Insolvenzzrechtliche Probleme

Zu den größten Folgeproblemen der Publizitätslosigkeit zählte in der deutschen Diskussion die insolvenzzrechtlichen Schwierigkeiten. Dabei konnte man mehrere Grundprobleme feststellen. Zum einen handelt es sich um die Massearmut, zum anderen um die bedenkliche Entfernung vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Schließlich war nicht klar, wie die – zugegebenermaßen seltenen – Fälle der Sicherungsnehmerinsolvenz zu lösen sind. Obwohl ersteres Problem mit der Insolvenzzrechtsreform gelöst ist, soll an dieser Stelle für alle Punkte untersucht werden, ob auch das stille Pfandrecht diese Probleme hervorruft und welche Lösungen gegebenenfalls erforderlich wären.

aa) Massearmut

Die Massearmut im deutschen Konkurs war durch mehrere Faktoren bestimmt¹⁰⁸². Zum einen war es dem Sicherungsnehmer gem. § 127 II KO möglich, auch noch

¹⁰⁸⁰ V.V.II. Titel 3.9. Parl. Gesch. boek 3, S. 723.

¹⁰⁸¹ vgl. Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud volgens het NBW*; van Mierlo, *Fiduciare zekerheid en stil pand*; Reehuis, *Stille verpanding*.

¹⁰⁸² Siehe Seite 34ff.

während des Konkurses sein Sicherungsgut aus der Konkursmasse auszugliedern. Der Betrieb konnte nicht mehr sanierend weiterarbeiten, die lukrative Veräußerung eines Unternehmens als Ganzes war ebenfalls nicht möglich. Des Weiteren wurde der Sicherungseigentümer von Verwertungskosten und Steuerschulden freigestellt. Schließlich musste er die ihn betreffenden Feststellungskosten nicht tragen – auch sie wurden zu einer Massebelastung. Wie dargestellt konnten all diese Probleme mit der Insolvenzrechtsreform behoben werden.

Zu klären ist nun, ob sich bereits aus dem Charakter des stillen Pfandrechts heraus diese Fragen gar nicht erst stellen oder weiterhin eine Korrektur durch die Konkursordnung nötig ist und wie diese ggf. auszusehen hat.

Die niederländische Konkursordnung ist mit der deutschen Konkursordnung vor der Insolvenzrechtsreform zu vergleichen. Die Pfandnehmer haben gem. Art. 57 I Fw eine Separatistenstellung inne – sie können ihr Sicherungsgut jederzeit gem. Art. 3-237 III NBW bzw. Art. 496 NRv herausverlangen und zur Verwertung übergehen¹⁰⁸³. Der Betrieb kann weder sanierend weiterarbeiten, noch ist es möglich, ihn als Ganzes zu veräußern. Es kann über diesen Weg also auch in den Niederlanden zu einer Masseschmälerung kommen – weder die Eigenart des stillen Pfandrechts noch die Regelungen der niederländischen Konkursordnung schützen davor. Eine gewisse Korrektur bietet die aus dem materiellen Recht resultierende Abkühlungsphase – *afkoelingsperiode*. Wie gezeigt¹⁰⁸⁴, kann demnach eine maximal zweimonatige Zeitspanne ausgerufen werden, in denen es den Aussonderungsberechtigten und Separatisten nur begrenzt möglich ist, ihre Rechte geltend zu machen. Für einen gewissen Zeitraum ist dann also ein sanierendes Weiterarbeiten möglich. Des Weiteren bleibt dem Konkursverwalter so die Möglichkeit, die für die Effektivität des Konkurses besonders wertvollen Güter bei den einzelnen Sicherungsnehmern auszulösen. Die Niederländer scheinen das Problem der Masseschmälerung durch Herausnahme der Sicherungsgüter demnach auf materieller Ebene zu lösen. Dennoch bleibt das eigentliche Übel bestehen¹⁰⁸⁵. Eine Zeitspanne von zwei Monaten dürfte keinesfalls ausreichen, um einen Konkurs vollständig abzuwickeln. Des Weiteren ist es nicht möglich, den Betrieb als Ganzes zu veräußern oder über die zwei Monate hinaus sanierend weiter zu arbeiten, zumal das benötigte Kapital zum Auslösen der Güter regelmäßig nicht vorhanden sein wird. Schließlich muss die *afkoelingsperiode* explizit vom Konkursverwalter ausgerufen werden, tritt also nicht automatisch ein. Es ist damit festzustellen, dass weder die Eigenart des stillen Pfandrechts noch die Regelungen der Konkursordnung wirksam eine Masseschmälerung durch Entfernen der Güter aus der Konkursmasse

¹⁰⁸³ MvT Art. 57 NF, Invoeringswet (vierde gedeelte) (wijziging Rv, RO en F, kamerstuk 16593, Nr. 3, S. 147; vanBuechem/Spapens, Faillissement en surséance van betaling, 1998, S. 62ff.; Polak/Polak, Faillissementsrecht, 2002, S. 121ff.

¹⁰⁸⁴ Siehe Seite 215.

¹⁰⁸⁵ Zu diesem Ergebnis ist auch der niederländische Gesetzgeber bereits gekommen, der als unvollkommene Lösung jedoch lediglich vorschlägt, die *afkoelingsperiode* von 2 auf 4 Monate zu verlängern; Wetsvoorstel 27244; Wedekind in: W.P.N.R. 6019 (1991), S. 643ff.

verhindern können. Eine gewisse Ersatzkorrektur bietet die *afkoelingspriode*, die das Übel jedoch keinesfalls lösen kann.

Bei der Verwertung der Konkursgüter fällt auch im niederländischen Recht die Umsatzsteuer an. Diese trägt der Verwertende jedoch im vollen Umfang selbst, sodass sie nicht zu Lasten der Masse geht und eine Massearmut begünstigt¹⁰⁸⁶. Diese Regelung resultiert jedoch nicht aus der Eigenart des stillen Pfandrechtes, sondern einer speziellen konkursrechtlichen Regelung.

Schließlich werden gem. Art 182 I Fw auch in den Niederlanden die Separatisten nicht an den Feststellungskosten beteiligt. Ebenso ist ein allgemeiner Verfahrensbeitrag oder Solidarbeitrag unbekannt¹⁰⁸⁷. Anders als in Deutschland verursachen die Separatisten jedoch nur begrenzt die hohen Feststellungskosten. Die Sicherungsnehmer sind leichter zu ermitteln, was aus der Eigenart der stillen Pfandrechtsbegründung resultiert. Wie gezeigt bedarf es für die Entstehung des stillen Pfandrechts einer Urkunde. Diese Urkunde wiederum erleichtert in zweifacher Weise die Ermittlung der Sicherungsnehmer. Wurde die privatschriftlich registrierte Urkunde gewählt, so ist es dem Konkursverwalter möglich, Einsicht in das Register zu nehmen. Wurde hingegen die öffentliche Urkunde gewählt, so bietet diese, wie auch die privatschriftliche Urkunde, lediglich indirekt die Möglichkeit, Sicherungsnehmer zu ermitteln. Gem. Art. 3-237 II NBW ist der Sicherungsgeber nämlich verpflichtet, in der Urkunde weitere Pfandnehmer anzugeben¹⁰⁸⁸, sodass bei Kenntnis eines Sicherungsnehmers eine gute Möglichkeit besteht, weitere aufzufinden. Es lässt sich damit festhalten, dass die Masseschmälerung durch Abwälzen der Feststellungskosten auf die Masse im niederländischen Recht konkursrechtlich keine Lösung findet. Die Begründungsvoraussetzungen für das stille Pfandrecht sorgen jedoch dafür, dass diese Kosten nicht übermäßig hoch sind.

Zusammenfassend lässt sich daher Folgendes feststellen. Es kommt auch beim stillen Pfandrecht zu einer Auszehrung der Masse. Diese findet jedoch in einem weitaus schwächeren Umfang statt als in Deutschland. Es fallen keine so hohen Feststellungskosten an, die Steuerschulden sind selbst zu tragen und die *afkoelingsperiode* bewirkt einen zeitlich begrenzten Schutz der Masse vor Plünderung. Dabei ist jedoch deutlich zu erkennen, dass lediglich die geringeren Feststellungskosten Ausfluss der Eigenart des stillen Pfandrechts sind. Alle anderen Begrenzungen resultieren aus der Eigenart der Konkursordnung oder anderer materieller Regelungen. Dabei vermag die niederländische Konkursordnung keinesfalls zu einem derart befriedigenden Ergebnis zu kommen wie Deutschland nach der Insolvenzrechtsreform. Aus dem Blickwinkel der Masseschmälerung ist es daher keinesfalls

¹⁰⁸⁶ HR 6 mei 1983, NJ 1984, Nr. 228 m.nt. WMK; 15 juli 1985, NJ 1986, Nr. 193 m.nt. G; Polak, Faillissementsrecht, 2002, S. 131.

¹⁰⁸⁷ Auch dies ist Gegenstand einer weitschweifigen Kritik in der niederländischen Rechtsprechung und Literatur, vgl. HR 5 november 1993, NJ 1994, Nr. 258; HR 3 december 1993, NJ 1994, Nr. 176; HR 16 februari 1995, NJ 1996, Nr. 471; Polak/Polak, Faillissementsrecht, 2002, S. 222, 223.

¹⁰⁸⁸ Molenaar, Pandrecht, S. 29, 30; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, Goederenrecht, S. 546; Snijder/Rank-Berenschot, Goederenrecht, S. 428.

nachteilig, die deutsche Sicherungsübereignung durch ein stilles Pfandrecht zu ersetzen. Gerade was die Feststellungskosten betrifft, dürfte eine deutliche Senkung der Kosten eintreten. Ergänzend wäre es jedoch notwendig, die durch die Insolvenzrechtsreform eingeführten Regelungen beizubehalten. So kann man einen größtmöglichen Schutz der Masse erreichen.

bb) Gläubigergleichbehandlung

Was die Insolvenzrechtsreform nicht zu lösen vermochte, war die bedenkliche Entfernung vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Rahmen der Sicherungsgeberinsolvenz.

Diese entsteht dadurch, dass ungesicherte Gläubiger nur nachrangig – das heißt auch nach den Sicherungsnehmern – befriedigt werden, obwohl es gerade die Sicherungsübertragungen sind, die zur Entstehung der ungesicherten Position beigetragen haben. Eine Möglichkeit für ungesicherte Gläubiger, ihrem Risiko zu begegnen, ist es, gar nicht erst Gläubiger zu werden. Grundlage für eine solche Entscheidung ist zum Teil aber auch die Kenntnis der Schuldnerposition. Da die Sicherungsübereignung jedoch ein heimliches Recht ist, kann ein potentiell ungesicherter Gläubiger von ihr und damit von der genauen Schuldnerposition keine Kenntnis nehmen. Fraglich ist, ob auch im niederländischen Recht ein solches Problem auftritt oder bereits durch die Eigenheit des stillen Pfandrechtes vermieden werden kann.

Um dieser Frage auf den Grund zu gehen, ist es zunächst einmal wichtig, den Ablauf eines niederländischen Konkurses zu betrachten.

Fällt ein Sicherungsgeber in den Konkurs, so verliert er gem. Art. 23 Fw die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen, der Konkursverwalter übernimmt diese, das Vermögen wird zur Konkursmasse. Zunächst treten die uns bekannten Aussonderungsberechtigten – in der Regel Eigentümer – auf und entnehmen ihr Eigentum der Masse. Das Aussonderungsrecht ist dabei in den Niederlanden nicht ausdrücklich geregelt, sondern versteht sich als selbstverständlich¹⁰⁸⁹. Als nächstes ist es den Separatisten – Pfand- und Hypothekennehmer – gestattet, ihr Recht auszuüben, als würde kein Konkurs bestehen¹⁰⁹⁰. Mit der Konkursklärung wird die Schuld des Pfandgebers gegenüber dem Pfandnehmer sofort fällig, er fällt in Verzug, der Pfandnehmer hat somit das Recht, die Sache gem. Art. 3-237 III NBW bzw. Art. 496 NRv herauszuverlangen¹⁰⁹¹. Dies kann ihm lediglich während der *afkoelingsperiode* untersagt werden. Erst wenn auch die Separatisten ihr Recht ausgeübt haben, wird der Rest der Konkursmasse verwertet, Feststellungs- und Verwertungskosten getilgt und der verbleibende Erlös an die ungesi-

¹⁰⁸⁹ VanBuchem/Spapens, Faillissement en surséance van betaling, 1998, S. 59ff.; Polak/Polak, Faillissementrecht, 2002, S. 45ff.

¹⁰⁹⁰ vgl. Art. 57 I Fw.

¹⁰⁹¹ VanBuchem/Spapens, Faillissement en surséance van betaling, 1998, S. 62ff.; Polak/Polak, Faillissementrecht, 2002, S. 123ff.

cherten Gläubiger ausgeschüttet¹⁰⁹². Dabei gehen die ungesicherten Gläubiger nicht allzu selten leer aus¹⁰⁹³. Dieses Zusammenspiel zeigt ebenso wie in Deutschland, dass die ungesicherten Gläubiger auch in den Niederlanden nur nachrangig befriedigt werden. Doch wie in Deutschland kennen auch die Niederlande den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, der ausdrücklich in Art. 3-277 I 1 (1. HS) NBW festgelegt worden ist, durch die Einräumung von Vorrechten gem. Art. 3-277 I 1 (2. HS) NBW jedoch bereits relativiert wird. Dennoch wird in allen Quellen darauf hingewiesen, dass es sich tatsächlich nur um eine Relativierung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes handelt, nicht jedoch dessen Abschaffung ermöglichen soll¹⁰⁹⁴. Auch die Niederlande stehen damit vor der Aufgabe, die wirtschaftlich notwendigen Vorrechte und den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz in einen sinnvollen Ausgleich zu bringen. Vorrechte sind aus wirtschaftlichen Gegebenheiten unentbehrlich, die ungesicherten Gläubiger werden nur nachrangig befriedigt. Es stellt sich daher die Frage, ob auch das stille Pfandrecht, ähnlich wie in Deutschland die Sicherungsübereignung, die ungesicherten Gläubiger in eine noch stärkere Abseitsstellung drängt, als sie sich per Gesetz ohnehin bereits befinden. Dies wäre der Fall, wenn das stille Pfandrecht dazu beiträgt, noch mehr ungesicherte Gläubiger „einzuladen“ oder ihnen nicht mal die Möglichkeit bleibt, ihre Position zu überprüfen und von einer Gläubigerstellung ihrerseits abzusehen. Wie beschrieben bleibt auch beim stillen Pfandrecht der Besitz der Sache beim Pfandnehmer. Insofern haben die ungesicherten Gläubiger keine Möglichkeit von der Besicherung Kenntnis zu nehmen. Fraglich ist daher, ob diese Aufgabe die an Stelle des Besitzes gewählten Publizitätsträger der Urkunden übernehmen können. Wieder ist nach der Art der Begründungsurkunde zu unterscheiden. Wurde das stille Pfandrecht mittels einer öffentlichen Urkunde begründet, so kann diese vom ungesicherten Gläubiger nicht eingesehen werden. Er hat keine Möglichkeit, von Besicherungen Kenntnis zu nehmen und kann so sein Risiko, als ungesicherter Gläubiger keine Befriedigung zu finden, auch nicht sinnvoll begrenzen. Entstand das stille Pfandrecht mittels einer privatschriftlichen, registrierten Urkunde, so ist das Ergebnis ein Ähnliches. Die Urkunde selbst ist nicht einsehbar. Aber auch das Register hilft dem ungesicherten Gläubiger nur selten weiter. Grundsätzlich handelt es sich bei dem Register um ein nichtöffentliches. Dritte – insbesondere andere Gläubiger – können keine Einsicht nehmen. Eine Ausnahme gilt nur für Erben und Rechtsnachfolger beider Parteien¹⁰⁹⁵. Sowohl die Erben als auch die Rechtsnachfolger des Sicherungsnehmers treten in dessen dingliche Stellung ein, sind damit nicht ungesichert und werden im Konkurs nicht nachrangig befriedigt. Auch geht es im Konkurs des Sicherungsgebers regelmäßig nicht um die Interessen seiner Erben oder Rechtsnachfolger, sondern vielmehr um die Interessen Dritter, die mit dem eigentlichen Sicherungsgut nichts zu tun haben – die ungesicherten Gläubiger. Die Ausnahmenvorschrift zum nichtöffentlichen Register bringt daher in

¹⁰⁹² VanBuechem/Spapens, Faillissement en surséance van betaling, 1998, S. 78.

¹⁰⁹³ vgl. die Statistik Seite 218.

¹⁰⁹⁴ TM Art. 3.10.1.2. Parl. Gesch. Boek 3, S. 476.

¹⁰⁹⁵ vgl. Art. 10 Registratiewet.

der vorliegenden Fallkonstellation keinerlei Vorteile und kann damit vernachlässigt werden. Somit bietet auch die privatschriftliche, registrierte Urkunde dem ungesicherten Gläubiger keine Möglichkeit, von seiner im Konkursfall bestehenden nachrangigen Stellung Kenntnis zu nehmen. Insbesondere denjenigen ungesicherten Gläubigern, die sich nicht anderweitig sichern können, wird auch in den Niederlanden die Möglichkeit versagt, von ihrer genauen Stellung Kenntnis zu nehmen und so von dem Eingehen einer Gläubigerposition abzusehen.

So viele Probleme der deutschen Sicherungsübereignung mit dem niederländischen Modell des stillen Pfandrechtes bisher gelöst werden konnten; an dieser Stelle versagt es. Anders als Deutschland haben die Niederlande zwar nicht vollständig auf einen Publizitätsträger verzichtet, der Gewählte in Form der öffentlichen oder privatschriftlichen, registrierten Urkunde ist jedoch ebenfalls nicht geeignet, das Problem der bedenklichen Entfernung vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu lösen.

cc) Sicherungsnehmerinsolvenz

Ebenfalls bot die Insolvenzrechtsreform keine Lösung bei der Frage der Sicherungsnehmerinsolvenz an. Fällt der deutsche Sicherungsnehmer in die Insolvenz, so stellt sich die Frage, was mit dem beim Sicherungsgeber befindlichen Gut geschieht. Rein formal gehört die Sicherungssache zum Eigentum und damit auch zum Vermögen des Sicherungsnehmers. Dem Insolvenzverwalter steht mit Insolvenzeröffnung daher ein Besitzrecht aus § 117 KO bzw. § 148 InsO zu, welches ihn dann auch berechtigen würde, die Sache vom Sicherungsgeber herauszuverlangen. Wie oben jedoch bereits dargestellt, sollte sich im Falle der Sicherungsübereignung aus den genannten Normen gerade kein Besitzrecht für den Insolvenzverwalter ergeben¹⁰⁹⁶. Ein solches sollte allenfalls aus den Klauseln der Sicherungsabrede resultieren. Im Regelfall der Sicherungsabrede hat danach der Sicherungsnehmer erst dann ein Recht zum Besitz, wenn die Forderung nicht rechtzeitig getilgt wird, das Sicherungsgut abredewidrig behandelt wird oder dergleichen. Es bleibt also festzuhalten, dass im Falle der Sicherungsnehmerinsolvenz der Sicherungsgeber das Sicherungsgut nicht herausgeben braucht, er aber das Sicherungsmittel aufrechterhalten muss.

Es soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit dieses Problem beim stillen Pfandrecht auftritt und durch welche Regelungen es vermieden werden kann. Ein Blick ins niederländische Recht hilft hier nur wenig weiter. Ein Aussonderungsrecht ist nicht ausdrücklich geregelt – es wird als selbstverständlich betrachtet. Der Sicherungsgeber bleibt Eigentümer der Sache, er hat ein selbstverständliches Aussonderungsrecht oder in dem Falle seines bereits bestehenden Besitzes ein natürliches Behaltensrecht. Fraglich und ungeklärt ist dann aber auch im niederländischen Recht, was mit der Sicherheit geschieht. Dies wird in den Niederlanden wahlweise

¹⁰⁹⁶ Siehe Seite 243.

gar nicht beantwortet¹⁰⁹⁷ oder als rein theoretisches Problem dargestellt, dessen Lösung im Ergebnis dennoch offen gelassen wird¹⁰⁹⁸.

Entschließt man sich also zur Einführung des stillen Pfandrechtes, so bietet es sich an, auch die Insolvenzordnung um entsprechende Vorschriften zu bereichern, die den vorliegenden Fall lösen können. Es ist zwar möglich, den Pfandvertrag ebenso wie den Sicherungsvertrag als Auslegungshilfe heranzuziehen, diese Konstellation wird jedoch regelmäßig nicht bedacht und im Pfandvertrag daher auch nicht niedergelegt. Die Auslegung gleicht eher einer ergebnisorientierten Spekulation. Im Rahmen der Aussonderungsrechte bietet sich daher eine Regelung an, die dem stillen Pfandgeber im Pfandnehmerkonkurs ein Behaltensrecht zuspricht, er jedoch für den Erhalt der Sicherheit und die weitere Tilgung der Forderung verpflichtet wird. Der Insolvenzverwalter des Sicherungsnehmers soll erst dann ein Herausgabeanspruch haben, wenn der Pfandgeber seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt oder das Sicherungsgut abredewidrig behandelt.

dd) Ergebnis hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Probleme

Was die insolvenzrechtlichen Probleme der deutschen Sicherungsübereignung betrifft, so können diese nicht durch eine unreflektierte und alleinige Einführung eines stillen Pfandrechts gelöst werden. Der Blick in die Niederlande konnte zeigen, wo durch das stille Pfandrecht Problemstellungen gelöst werden konnten und wo weiterer Regelungsbedarf besteht.

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Eine Masseauszehrung ist durch die geringer ausfallenden Feststellungskosten resultierend aus der Eigenart des stillen Pfandrechts zwar deutlich kleiner, ganz gelöst wird diese Schwierigkeit jedoch nicht. Nötig ist es vielmehr, die bereits mit der Insolvenzrechtsreform erarbeiteten Ergebnisse bzgl. der Sicherungsübereignung auch für das stille Pfandrecht zu übernehmen. Auch hinsichtlich der Sicherungsnehmerinsolvenz bietet der Charakter des stillen Pfandrechtes allein keine Lösung. Erforderlich ist auch hier eine diesen Fall betreffende Regelung. Schließlich vermag das stille Pfandrecht auch die Gläubigerungleichbehandlung nicht zu vermeiden. Dabei handelt es sich sicherlich um das enttäuschendste Ergebnis, da hier keine ausgleichende Regelung wie bei den ersten beiden Punkten möglich erscheint. Während also der Massearmut und der Sicherungsnehmerinsolvenz durch das stille Pfandrecht und ergänzenden Regelungen begegnet werden kann, bleibt das Problem der Gläubigerungleichbehandlung auch bei Einführung des stillen Pfandrechtes ungelöst. Der von den Niederlanden gewählte Publizitätsträger reicht nicht aus, um das Problem zu lösen. Dennoch kann man im niederländischen Modell zumindest eine „erste Stufe“ im Kampf gegen die Sicherungsübereignung erblicken. Man ist jedoch gezwungen, noch weitere, von der vorliegenden Rechtsvergleichung losgelöste Überlegungen anzustellen.

¹⁰⁹⁷ Van Buchem-Spapens, Faillissementsrecht, 1998; Wessels/van Sint Truiden, Faillissementswet.

¹⁰⁹⁸ Polak/Polak, Faillissementsrecht, 2002, S. 120 ff.

3. Ergebnis hinsichtlich der nationalen Probleme

Wie gezeigt, muss das stille Pfandrecht auf der nationalen Ebene zwei Grundübel beseitigen: Die durch die Form-Zweck-Diskrepanz der Sicherungsübereignung entstandenen Schwierigkeiten kann das niederländische Institut durchaus vermeiden. Lediglich im Rahmen der Zwangsvollstreckung und des Pfändungsschutzes bieten sich meiner Meinung nach über die bloße Einführung eines stillen Pfandrechts hinausgehende Korrekturen der Zivilprozessordnung an. Dadurch erreicht man eine Klarstellung von Problemen, mit denen auch die Sicherungsübereignung zu kämpfen hat. Es handelt sich demnach nicht um Korrekturen, die das stille Pfandrecht erforderlich macht, sondern die bereits lange fällig sind.

Die Probleme resultierend aus der Publizitätslosigkeit, können dahingehend nur partiell vermieden werden. Das praktische Problem der Ermittlung des Rechtsinhabers kann wie gezeigt vollständig gelöst werden. Das meiner Meinung nach nur theoretisch bestehende Problem des Kreditschwindels wird durch die Wahl des Publizitätsmittels der Niederlande deutlich verkleinert. Schließlich sind die insolvenzrechtlichen Probleme zu nennen. Hier wird lediglich die Gefahr der Massearbitrage verkleinert. Eine vollständige Lösung dieser Schwierigkeit sowie die Frage der Sicherungsnehmerinsolvenz lassen sich nur durch – dem deutschen Recht teilweise bereits bekannte – Regelungen in der Insolvenzordnung lösen. Hinsichtlich der bedenklichen Entfernung vom Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz schließlich versagt das stille Pfandrecht, ohne dass eine anderweitige Korrektur möglich ist. Wiederum ist der gewählte Publizitätsträger nicht stark genug.

Die Zusammenschau der nationalen Probleme ergibt, dass das stille Pfandrecht die Mehrzahl der aufgezeigten Probleme zu lösen vermag. Lediglich im Rahmen der Publizität besteht noch Handlungsbedarf. Das stille Pfandrecht stellt daher für Deutschland durchaus eine Lösung dar, eine unkorrigierte Übernahme dieses Institutes verbietet sich jedoch.

III. Internationale Probleme und deren Vermeidung durch ein „stilles Pfandrecht“

Bei der Überprüfung der Tauglichkeit der Sicherungsübereignung im internationalen Verkehr wurde zweigleisig vorgegangen. Zunächst wurden die Rechtskreisvertreter der westeuropäischen Staaten überprüft. Dabei konnte als Ergebnis festgehalten werden, dass alle untersuchten Länder – Frankreich, Österreich, England und Schweden – der deutschen Sicherungsübereignung die Anerkennung versagen. Das gleiche Ergebnis ließ sich hinsichtlich der meisten osteuropäischen Länder verzeichnen, wobei hier die Tendenz zu weiteren Anerkennungsversagungen steigen dürfte. Alle untersuchten Länder sahen in dem Institut der deutschen Sicherungsübereignung einen Verstoß gegen den Publizitätsgrundsatz.

Wieder gilt es zu überprüfen, ob das stille Pfandrecht nach niederländischem Vorbild diesem Vorwurf zu begegnen weiß. Bei der deutschen Sicherungsübereignung wurde auf jegliche Publizität verzichtet. Es kommt weder zu einer Übergabe, noch

muss die Sicherungsabrede schriftlich oder gar in registrierter Form erfolgen. Die Publizitätslosigkeit und damit die Berechtigung des Vorwurfes liegt damit auf der Hand. Wie gezeigt sah das niederländische Recht von einer publizitätslosen Bestellung des stillen Pfandrechtes ab. Es erforderte vielmehr, dass das Pfandrecht mittels einer öffentlichen Urkunde oder einer privatschriftlichen registrierten Urkunde begründet wird. Das niederländische Recht erhebt für das stille Pfandrecht damit Publizitätsanforderungen – eine Publizitätslosigkeit kann man dem Sicherungsrecht nicht vorwerfen. Zu untersuchen ist nun jedoch, ob diese Publizitätsanforderungen dem Ausland genügen und daher das Sicherungsrecht des stillen Pfandrechts anerkennen. Da es sich um eine sehr junge Regelung handelt, fehlt jegliche Rechtsprechung zu diesem Thema, sodass das Ergebnis auf anderem Wege gefunden werden muss. Überprüft das Ausland ein Sicherungsrecht nach der Einhaltung des Publizitätsgrundsatzes, so legt es die im Inland geltenden Grundsätze zugrunde. Anders als in Deutschland – wo die Publizität gänzlich fehlte – ist daher nun zu überprüfen, wie genau die Publizität nach den Vorstellungen des Auslandes aussehen muss, um dem Publizitätsgrundsatz zu genügen. Dazu ist es im Folgenden nötig, sich noch einmal genau mit der Beschaffenheit der Publizitätsträger in den einzelnen Ländern zu beschäftigen, um daraus Schlüsse ziehen zu können, welche Anforderungen sie an diesen stellen.

1. Westeuropäische Rechtskreisvertreter

Im Folgenden werden zunächst die westeuropäischen Rechtskreisvertreter Frankreich, Österreich, England und Schweden auf die Ausgestaltung ihrer Publizitätsträger untersucht.

Frankreich weist wie dargestellt eine Vielzahl von besitzlosen Sicherungsrechten auf¹⁰⁹⁹. Zu nennen sind zunächst die Mobiliarhypotheken an See- und Binnenschiffen, sowie Luftfahrzeugen. Diese erfordern die Eintragung in ein Register. Diese Register sind öffentlich – sie können von jedem Dritten eingesehen werden und enthalten Angaben über Schuldner, Gläubiger, Höhe der gesicherten Forderung sowie genaue Beschreibung des Sicherungsgegenstandes¹¹⁰⁰. Daneben kennt das französische Recht noch eine Vielzahl von *warrants*. Auch für deren Entstehung ist die Eintragung in ein spezielles Register konstitutives Element. Und wiederum handelt es sich bei diesen Registern um öffentliche. Als die Wichtigsten zu nennen sind dabei insbesondere die Register für industrielle Erzeugnisse, Kfz und Handelsgeschäfte¹¹⁰¹. Die von Frankreich gewählten Publizitätsträger sind daher bis auf wenige geeignet, Dritten einen Einblick in die Sicherungen zu gewähren. Von diesem Standpunkt ist auch die französische Forderung nach einem Publizitätsträger

¹⁰⁹⁹ Siehe Seite 52ff.

¹¹⁰⁰ vgl. z.B. Art. 225ff. Code des douanes; Hadding/Schneider/Reinecker/Petereit, *Recht der Kreditsicherheiten – Frankreich*, S. 140.

¹¹⁰¹ Hadding/Schneider/Reinecker/Petereit, *Recht der Kreditsicherheiten – Frankreich*, S. 161, 163; eine Ausnahme bildet lediglich das Register für Rüstungsgegenstände, dass nur nach Rücksprache mit dem zuständigen Ministerium eingesehen werden kann, vgl. S. 160.

für ausländische Sicherheiten zu betrachten. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass es sich um eine Vielzahl unterschiedlicher Register handelt. Will der Gläubiger gezielt etwas über die Belastung einer Sache erfahren, hat er dazu gute Möglichkeiten. Geht es ihm jedoch um die Kenntnis der generellen Schuldnersituation, so müsste er eine Vielzahl von Registern einsehen. Die Möglichkeit des Gläubigers Kenntnis zu nehmen, ist daher unter praktikablen Gesichtspunkten doch nicht uneingeschränkt gewährleistet – es handelt sich eher um eine theoretische Möglichkeit.

Österreich kennt wie gezeigt zwei der deutschen Sicherungsübereignung zweckentsprechende Institute – das Pfandrecht und die Sicherungsübereignung¹¹⁰². Beide setzen als Entstehungsvoraussetzung die Übergabe – und damit einen sehr starken Publizitätsträger¹¹⁰³ – voraus. Daneben sind noch die Schiffs- und Patentpfandrechte zu nennen, die zwar besitzlos begründet werden können, dazu jedoch in einem öffentlichen Register eingetragen sein müssen¹¹⁰⁴. Durch das Übergabeerfordernis werden die österreichischen Gläubiger tatsächlich geschützt und sehen sich auch nicht mit praktikablen Schwierigkeiten konfrontiert.

Schließlich verweist auch England bei der Anerkennungsvergung auf den Publizitätsgrundsatz¹¹⁰⁵. Die mit der Sicherungsübereignung dogmatisch am ehesten vergleichbare *chattel mortgage* unterliegt der Registrierungspflicht gem. sec. 4 i.V.m. sec. 8 BSA. Bei der Überprüfung, welche Anforderungen daher genau an den Publizitätsträger zu stellen sind, muss vorliegend dieses Register betrachtet werden. Die beim *Registrar of Bills of Sale* des *Royal Court of Justice* befindlichen Eintragungen zum Sicherungsrecht können gegen ein geringes Entgelt von Dritten eingesehen werden – das Anfertigen von Abschriften ist ausdrücklich vorgesehen¹¹⁰⁶. Diese Informationen sollen vor allem potentiellen Kreditgebern und ungesicherten Gläubigern dienen¹¹⁰⁷. Auch in England wird daher ein öffentliches Register verwendet. Daneben sind jedoch weitere spezielle Register wie beispielsweise das *Registrar of Companies* bekannt, worin die *floating charge* einzutragen ist. Wie auch in Frankreich steht auch in England derjenige Gläubiger, der eine umfassende Kenntnis von der Schuldnerposition haben will, vor dem logistischen Problem mehrere Register einsehen zu müssen, wobei es jedoch im Vergleich zu Frankreich weitaus weniger sind – die Praktikabilität daher höher ist.

Schweden¹¹⁰⁸ schließlich sieht für den Geldkreditgeber insgesamt vier Sicherungsmittel vor, die jeweils mit unterschiedlichen Publizitätsträgern ausgestattet sind. Das Pfandrecht bedarf der Übergabe, die Schiffs- und Luftfahrzeughypothek ist in

¹¹⁰² Siehe Seite 69ff.

¹¹⁰³ Teilweise wird vertreten, dass der tatsächliche Besitz am eindeutigsten kundgibt, dass die Sache zur Sicherheit einer Forderung bereits verpfändet ist. Vgl. Bókai/Szeibert in: FS für Schippel, S. 843 (845).

¹¹⁰⁴ Hadding/Schneider/Habel, Recht der Kreditsicherheiten – Österreich, S. 223.

¹¹⁰⁵ Siehe Seite 76ff.

¹¹⁰⁶ Hadding/Schneider/Brink/Habel, Recht der Kreditsicherheiten – England, S. 131.

¹¹⁰⁷ Hadding/Schneider/Brink/Habel, Recht der Kreditsicherheiten – England, S. 131, 132.

¹¹⁰⁸ Siehe Seite 91ff.

einem öffentlichen Register einzutragen und auch die Unternehmenshypothek verlangt eine Eintragung in einem öffentlichen, EDV-gestützten Zentralregister¹¹⁰⁹. Der deutschen Sicherungsübereignung am ähnlichsten und damit für die Publizitätsanforderung am maßgeblichsten ist jedoch der Sicherungskauf. Dieser wiederum unterliegt sehr strengen Publizitätsanforderungen. Er ist in einer von zwei Zeugen beglaubigten Vereinbarung niederzulegen, in der lokalen Presse bekanntzugeben und muss beim Amtsgericht öffentlich registriert werden. Auch die schwedischen Sicherungsrechte weisen daher eine Publizität auf, die auch für Dritte erkennbar ist. Wieder ist damit festzustellen, dass mit den öffentlichen Registern dem Drittschutz gedient werden soll. Dieser dürfte auch nicht an der mangelnden Praktikabilität scheitern, denn für eine umfassende Kenntnis der Schuldnerposition bedarf es lediglich des Blickes in das Amtsgerichtsregister und des Zentralregisters für Unternehmenshypotheken. Der Aufwand des Gläubigers ist daher durchaus kalkulierbar.

Für die westeuropäischen Länder lässt sich daher feststellen, dass die gewählten Publizitätsträger nicht nur das Sicherungsrecht bei seiner Entstehung festschreiben, sondern geeignet sind, auch zu einem späteren Zeitpunkt Dritten davon Kenntnis zu verschaffen. Den Aufwand, den ein ungesicherter Gläubiger betreiben muss, um die gesamte Schuldnerposition abschätzen zu können, ist zwar von Land zu Land unterschiedlich, ein findiger und geduldiger Gläubiger kann sich jedoch über alles Kenntnis verschaffen. Die Publizität der westeuropäischen Länder verfolgt daher nicht nur einen Beweiszweck über das ob und wann einer Besicherung, sondern soll auch und vor allem Dritten, die nicht am Geschäft beteiligt sind, einen Einblick in die Besicherungen verschaffen und ihnen Schutz bieten. Es handelt sich mithin um eine sehr starke Publizität.

2. Osteuropäische Länder

Nachdem man nun bei den westeuropäischen Staaten zu dem Ergebnis gekommen ist, dass deren Publizität nicht nur eine Beweis- sondern vor allem eine Schutzfunktion verfolgt, sind nun die osteuropäischen Länder zu untersuchen.

Ungarn kennt heute zwei Formen von Mobiliarsicherheiten¹¹¹⁰ – das Besitzpfandrecht ausgestattet mit dem sehr starken Publizitätsträger der Übergabe sowie das Registerpfandrecht. Letzteres wird in einem internetgestütztes Zentralregister eingetragen und ist öffentlich an sogenannten only-read-Terminals in Banken und bei Notaren einsehbar. Die ungarischen Publizitätsträger dienen damit verstärkt dem Schutz der Gläubiger¹¹¹¹. Anders als in einigen westeuropäischen Staaten ist dieser Schutz für die Gläubiger auch gut realisierbar, da das Zentralregister die Befragung mehrerer Register erspart und die Terminals bei Banken und Notaren eine Über-

¹¹⁰⁹ Bergmann, Kauf und Fahrniskauf nach der lösöreköpsförordning, S. 132; Gottheiner in: *RabelsZ* 18 (1953), 356 (363).

¹¹¹⁰ Siehe Seite 101ff.

¹¹¹¹ Harmathy in: *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, 1998, S. 197 (208), Judit in: *EBRD-law in transition Summer 1997*, S. 11.

prüfung jederzeit möglich machen, ohne lange Anfahrtswege oder Bearbeitungszeiten in Kauf nehmen zu müssen. Die ungarischen Publizitätsträger sind damit sehr stark am Gläubigerschutz orientiert, der auch unter praktischen Erwägungen außerordentlich gut gewährleistet werden kann.

Von einem europaweit einzigartigen Prinzip geht die *Slowakei* aus¹¹¹². Es hält zwei Mobiliarsicherheiten bereit: als Grundfall das Registerpfandrecht, in Ausnahmefällen kann auch ein Faustpfandrecht begründet werden. Das Registerpfandrecht wird in einem zentralen, öffentlich einsehbaren Register eingetragen. Es dient damit in bereits beschriebener effektiver Weise ebenfalls dem Schutz der Gläubiger. Anders als in Ungarn kennt das slowakische Recht jedoch auch eine Anzahl von Sonderregistern¹¹¹³, die als Eintragungsstandpunkt vorgehen. Der Gläubigerschutz ist dadurch wiederum etwas schwerer realisierbar. Sowohl das Registerpfandrecht als auch das Faustpfandrecht setzen damit einen starken Publizitätsträger voraus, der nicht nur dem Beweis, sondern auch dem Gläubigerschutz gerecht wird.

*Tschechien*¹¹¹⁴ sieht als Sicherungsmittel ebenfalls das Pfandrecht vor. Es kann anders als in den bisher betrachteten Ländern jedoch auf vielfache Weise begründet werden. Der Grundfall ist sicherlich wieder das Faustpfandrecht, bei dem die Sache übergeben werden muss. Daneben lässt es das tschechische Recht jedoch auch genügen, die Übergabe durch Anbringen eines Siegels oder der Eintragung in einer das Eigentum verbriefenden Urkunde zu ersetzen. Alle drei Publizitätsträger haben jedoch eins gemein – Dritte können die Besicherung erkennen. Übergabe und Siegel sind deutlich sichtbar, die das Eigentum verbriefenden Urkunden (KfZ) lässt man sich für gewöhnlich vorlegen. Als Neuerung führte das tschechische Recht zum 1.1.2003 auch das Registerpfandrecht ein, bei dem die Übergabe durch die Eintragung des Sicherungsrechts in ein öffentliches, von der Notarkammer geführtes Register ersetzt wird. Auch bei diesem Sicherungsrecht ist es Dritten also möglich, durch Befragen eines zentral geführten Registers das Bestehen einer Sicherung zu ermitteln. Damit dient die tschechische Publizität ebenfalls verstärkt dem Drittschutz, der auch sehr gut verwirklicht wird.

Hinsichtlich der Sicherungsinstitute einen mit den anderen osteuropäischen Ländern nicht ganz konformen Weg geht *Lettland*¹¹¹⁵. Neben dem Faustpfandrecht und dem Registerpfandrecht für Schiffe und Wertpapiere sieht es ein Kommerzpfandrecht vor. Dieses ist ein den Unternehmern vorbehaltenes Pfandrecht, dass durch die Registrierung des Pfandvertrages in einem Register entsteht. Alle Register – sowohl für Schiffe, Wertpapiere als auch das Kommerzpfandrecht – sind öffentliche Register¹¹¹⁶ und können von Dritten eingesehen werden. Auch das lettische Recht wählt daher Publizitätsträger, die nicht nur dem Beweis, sondern gezielt dem Schutz Dritter dienen.

¹¹¹² Siehe Seite 102ff.

¹¹¹³ § 151 d ZGB.

¹¹¹⁴ Siehe Seite 103ff.

¹¹¹⁵ Siehe Seite 105ff.

¹¹¹⁶ Balodis, Sicherungsübereignung im deutsch-lettischen Rechtsverkehr, 2001, S. 196 FN 774, 775.

Wie gezeigt dürfte *Polen*¹¹¹⁷ der deutschen Sicherungsübereignung die Anerkennung derzeit nicht versagen, da sie zumindest für den Sicherungsverkehr der Banken ebenfalls ein publizitätsloses Sicherungsmittel vorsehen. Dennoch ist verstärkte Kritik an diesem Institut zu vernehmen. Sollte sich Polen daher in den kommenden Jahren dazu entschließen, der Sicherungsübereignung doch die Wirkung zu versagen, so bleiben lediglich zwei Sicherungsmittel zurück. Das Faustpfandrecht, sowie das allgemeine Registerpfandrecht. Letzteres wird in einem Register beim zuständigen Bezirksgericht eingetragen und kann über ein computergestütztes Zentralregister landesweit eingesehen werden. Derzeit sind die polnischen Publizitätsanforderungen somit kaum weitergehend als in Deutschland. Sollte man sich jedoch der Kritik beugen, so wird Polen zukünftig von Publizitätsträgern beherrscht, die in erster Linie dem Drittschutz dienen und diesen durch ein Zentralregister statt vieler Einzelregister auch ohne großen logistischen Aufwand sehr gut gewährleisten können.

Litauen weist nur ein einziges Mobiliarsicherungsmittel auf – das Registerpfandrecht¹¹¹⁸. Es entsteht durch die Eintragung des Pfandvertrages in ein zentrales, öffentlich zugängliches Zentralregister – das Hypothekenregister. Wieder bringt die Öffentlichkeit des Registers den Wunsch nach Drittschutz zum Ausdruck, der durch das Bestehen von nur einem Register auch hervorragend gewährleistet werden kann.

*Estland*¹¹¹⁹ schließlich weist zunächst Faust- und Registerpfandrecht vor. Anders als in den bisher betrachteten osteuropäischen Ländern werden die Sachen jedoch nicht in einem Zentral- oder mehreren Bezirksregistern aufgeführt, sondern nach Branchen geteilt¹¹²⁰. Diese einzelnen Branchenregister sind zwar öffentlich und dienen damit dem Gläubigerschutz, will dieser jedoch über die generelle Schuldnerposition Kenntnis haben, muss er alle Register einsehen und damit einen hohen Aufwand betreiben. Dem Gläubigerschutz wird in Estland wie auch in Polen jedoch nicht lückenlos Rechnung getragen. Neben den genannten Sicherungsmitteln kennt das estnische Recht auch die Sicherungsübereignung. Im Hinblick auf die Registerpfandrechte wird die Gültigkeit jedoch zunehmend in Frage gestellt. Kommt es daher in der Folgezeit zur Abschaffung der Sicherungsübereignung, so hält auch Estland nur noch Sicherungsmittel bereit, deren Publizitätsträger nicht nur eine Beweis-, sondern auch eine Gläubigerschutzfunktion erfüllen.

Wie bereits Polen und Estland hält auch *Slowenien* den Publizitätsgrundsatz nicht durch. Neben dem Faustpfandrecht sieht es ein besitzloses Pfandrecht vor, welches keiner Registrierung bedarf¹¹²¹. Weder der Gläubigerschutz noch der Beweisschutz sind damit in Slowenien ein vorrangiges Ziel. Wie dargestellt ist der slowenische Gesetzgeber jedoch ermächtigt, öffentliche Register einzuführen. Ist dies erst ein-

¹¹¹⁷ Siehe Seite 108f.

¹¹¹⁸ Siehe Seite 110.

¹¹¹⁹ Siehe Seite 112.

¹¹²⁰ Unterschieden werden Schiffe, Flugzeuge, Kraftfahrzeuge, Unternehmensvermögen, interlokuelles Vermögen, Wertpapiere.

¹¹²¹ Siehe Seite 113.

mal geschehen, so stellt auch Slowenien an die Publizität seiner Sicherungsmittel hohe Voraussetzungen. Sowohl die Übergabe als auch das öffentliche Register machen es Dritten möglich, von einer Besicherung Kenntnis zu nehmen und dienen somit deren Schutz.

Im Ergebnis ist damit Folgendes festzuhalten. In der Mehrzahl der osteuropäischen Länder wird generell bei der Besicherung von Mobilien ein Publizitätsträger gefordert. Dieser ist so gestaltet, dass er nicht nur dem Beweis, sondern insbesondere dem Schutz Dritter dient. Diese können mit Hilfe des Publizitätsträgers von einer Besicherung Kenntnis nehmen und so ihre Position besser einschätzen. Unterschiede fanden sich lediglich in der tatsächlichen Realisierung des Gläubigerschutzes. Während einige Länder eine Vielzahl von Registern führen, bei denen der volle Schutz nur durch Einsicht aller Register gewährleistet werden kann, haben sich andere Länder für ein Zentralregister in der einen oder anderen Form entschieden, sodass es dem Gläubiger möglich ist, lediglich durch die Einsicht in ein Register vollen Schutz zu erfahren. Unabhängig von der praktischen Realisierbarkeit dient die Publizität in diesen Ländern dennoch dem Gläubigerschutz.

Andere osteuropäische Staaten – Polen, Estland und Slowenien – kennen dahingehend ähnlich wie Deutschland Sicherungsmittel ohne Publizitätsträger. Die Publizitätspflicht wird hier nur lückenhaft eingehalten und folgt mithin keinem übergeordneten Ziel. Dennoch ist in allen drei Ländern wie gezeigt die Tendenz hin zur Publizität zu beobachten. Setzt sich diese Ansicht durch, so bleiben auch in diesen Staaten lediglich Publizitätsträger, die sowohl dem Beweis als auch dem Gläubigerschutz dienen und damit sehr starke Publizitätsträger sind.

3. Zwischenergebnis

Die Anerkennungsversagung seitens der deutschen Sicherungsübereignung erfolgte aufgrund ihrer Publizitätslosigkeit. Da das niederländische stille Pfandrecht jedoch gerade nicht publizitätslos ist, sondern mit Hilfe der Publizitätsträger in Form der öffentlichen oder privatschriftlichen, registrierten Urkunde begründet werden muss, dürfte es mit diesem Argument nicht zu einer Anerkennungsverweigerung kommen. In der gerade erfolgten Überprüfung wurde jedoch festgestellt, dass die Publizität mehrere Ziele verfolgen kann – den Beweis¹¹²² und den Drittschutz¹¹²³. Welche Zweckrichtung ein Publizitätsmittel genau inne hat, hängt von dessen Ausgestaltung ab.

Das niederländische stille Pfandrecht¹¹²⁴ wird mittels Urkunde begründet. Aus dieser leitet sich der Beweis ab, ob und wann das Pfandrecht begründet worden ist. Die Beweisfunktion wird mit der niederländischen Form der Publizität damit erfüllt. Wie jedoch bereits dargestellt, ist es Dritten in den Niederlanden nicht mög-

¹¹²² Baur/Stürmer, Sachenrecht, § 4 Rn. 9; Brehm/Berger, Sachenrecht, Rn. 43.

¹¹²³ Brehm/Berger, Sachenrecht, Rn. 43; Wilhelm, Sachenrecht, Rn. 19ff; Wieling, Sachenrecht, § 1 II 3.

¹¹²⁴ Siehe Seite 195ff.

lich, Kenntnis von der Besicherung zu nehmen¹¹²⁵. Die öffentliche Urkunde ist nicht einsehbar, das Register nicht öffentlich, mit Ausnahme von hier nicht relevanten Sonderfällen. Das niederländische stille Pfandrecht besitzt damit zwar einen Publizitätsträger, dieser erfüllt jedoch lediglich eine Beweis- nicht jedoch eine Schutzfunktion. Fraglich ist daher vorliegend, ob diese Form der Publizität – die nur ein statt zwei Ziele verfolgt – den europäischen Ländern genügt.

Hinsichtlich der untersuchten ost- und westeuropäischen Länder¹¹²⁶ konnte man stets zwei Zweckrichtungen der Publizität feststellen. In den westeuropäischen Ländern ist der Publizitätsträger derart gestaltet, dass er sowohl eine Beweis- als auch eine Gläubigerschutzfunktion erfüllt. Dritte können mittels dieser Publizität jederzeit Kenntnis von der Sicherheit nehmen. Gleiches gilt auch für die meisten osteuropäischen Länder¹¹²⁷. In denjenigen osteuropäischen Staaten¹¹²⁸, in denen auf die Publizität ganz verzichtet wird, häuft sich bereits die Kritik und sind Gesetzesbestrebungen zu verzeichnen, sodass auch hier bald mit der Einführung von einer stets geltenden Publizitätspflicht bei Sicherungsinstituten zu rechnen ist. Setzt sich die heute bestehende Tendenz fort, so werden auch diese Publizitätsträger dem Beweis und dem Gläubigerschutz dienen. Die Publizität verfolgt daher in der Mehrzahl der europäischen Länder einen weitergehenden Schutz als in den Niederlanden. Es ist mithin zu erwarten, dass auch dem stillen Pfandrecht der Niederlande die Anerkennung verweigert wird – zwar nicht mit dem Hinweis auf ihre Publizitätslosigkeit, jedoch unter Bezugnahme auf ihren fehlenden Gläubigerschutz. Dies geschieht auch zu Recht. Betrachtet man die Publizität als einen wesentlichen Grundsatz der Sachenrechtsordnung, so muss dies auch für die hinter dieser Publizität stehenden Ziele gelten. Der mit der Publizität verfolgte Gläubigerschutz kann also als wesentlicher Grundsatz gewertet werden. Wo immer das Ausland eine Publizität vorsah, geschah dies mittels einer öffentlich erkennbaren Übergabe oder einem für jedermann einsehbar Register. Der Gläubigerschutz wurde mithin konsequent verfolgt¹¹²⁹. Es ist daher zu erwarten, dass dem stillen Pfandrecht der Niederlande wie auch der deutschen Sicherungsübereignung im internationalen Verkehr die Anerkennung verweigert wird. Das stille Pfandrecht – so wie es die Niederlande vorsehen – kann mithin die in Deutschland bestehenden internationalen Probleme nicht lösen.

IV. Das stille Pfandrecht – Lösung oder nur ein Schritt?

Nach dem vorliegenden Rechtsvergleich kann nun die Frage beantwortet werden, ob das niederländische stille Pfandrecht die in Deutschland bestehenden Probleme

¹¹²⁵ Siehe Seite 244.

¹¹²⁶ Siehe Seite 248ff.

¹¹²⁷ Ungarn, Slowakei, Tschechien, Lettland, Litauen.

¹¹²⁸ Polen, Estland, Slowenien.

¹¹²⁹ Siehe Seite 248ff.

zu lösen vermag und daher tatsächlich eine Alternative zur deutschen Sicherungsübereignung darstellt oder nur ein Schritt in die richtige Richtung ist.

Hinsichtlich der nationalen Schwierigkeiten konnte eine überwiegend positive Antwort gefunden werden. Eine Form-Zweck-Diskrepanz und die damit verbundenen Probleme werden vollständig vermieden. Daneben können auch einige von der Publizitätslosigkeit erzeugten Schwierigkeiten unterbunden werden. Für eine flächendeckende Lösung der deutschen, inländischen Probleme ist der niederländische Publizitätsträger jedoch untauglich. Insbesondere der Gläubigerungleichbehandlung konnte nicht abgeholfen werden, da auch das stille Pfandrecht den ungesicherten Gläubigern nicht erkennbar ist. Die Urkunden als Publizitätsträger lassen keine Informationsmöglichkeit zu – die Publizität ist nicht stark genug. Dieses Manko findet seine Vertiefung im internationalen Bereich. Auch hier konnte die niederländische Ausgestaltung der Publizität nicht zur Problemlösung verwendet werden – wieder fehlt es an der Erkennbarkeit des Sicherungsrechts für Dritte.

Man kann daher Folgendes festhalten: Gerade aus nationaler Sicht besticht die Idee, die hier geltende Sicherungsübereignung durch ein Pfandrecht zu ersetzen¹¹³⁰. Ebenso ist dem niederländischen Recht zuzugeben, dass dieses lediglich in besitzloser Form erfolgen kann¹¹³¹.

Gerade hinsichtlich der Ausgestaltung eines solchen besitzlosen Pfandrechts kann die vorliegend untersuchte Rechtsordnung viele zusätzliche Fragen beantworten und zur Problemvermeidung beitragen. So kann man beispielsweise erkennen, wie sich ein solches stilles Pfandrecht in die Gesetzssystematik einpasst¹¹³². Die Ausführungen zur niederländischen Zwangsvollstreckung konnten deutlich machen, an welchen Stellen das besitzlose Pfandrecht zusätzliche Regelungen erfordert¹¹³³ und welche Schwierigkeiten auftreten können, wenn der stille Pfandnehmer bei der Verwertung auf die Herausgabe an sich selbst verzichten möchte¹¹³⁴. Eben solche Erkenntnisse lassen sich aus den Ausführungen zum Konkurs entnehmen¹¹³⁵. Des Weiteren muss auch in Deutschland die Einführung eines besitzlosen Pfandrechts mit dem Verbot der Sicherungsübereignung einhergehen¹¹³⁶. Der vorliegende Rechtsvergleich lässt erkennen, dass es gerade bzgl. des *sale and lease back*, des Mietkaufes und des Verkaufs mit Wiederkaufsoption zu Anwendungsschwierigkeiten kommt, die Deutschland bereits im Vorfeld vermeiden sollte¹¹³⁷. Schließlich konnten Erkenntnisse für die stille Verpfändung zukünftiger Sachen¹¹³⁸ sowie

¹¹³⁰ Die Probleme der Form-Zweck-Diskrepanz konnten vollständig gelöst werden.

¹¹³¹ Gegen das Übergabeerfordernis sprechen die bereits mehrfach genannten vielfältigen Gründe.

¹¹³² Siehe Seite 200.

¹¹³³ vgl. zu den Ergänzungen im Zwangsvollstreckungsrecht S. 231, 232, zu der Regelung hinsichtlich der Unpfändbarkeit S. 236.

¹¹³⁴ Siehe Seite 206.

¹¹³⁵ Sowie die insolvenzrechtlichen Vorschläge S 243, 246.

¹¹³⁶ Anderenfalls könnten die strengeren Anforderungen des besitzlosen Pfandrechts unterlaufen werden. Der Regelungszweck würde verfehlt werden.

¹¹³⁷ Vgl. zu diesen Problemstellungen Seite 183ff.

¹¹³⁸ Siehe Seite 220ff.

Sachgesamtheiten gezogen werden¹¹³⁹. Das stille Pfandrecht der Niederlande stellt damit für Deutschland zumindest einen Schritt in die richtige Richtung dar, löst eine Vielzahl von Problemen, zeigt Handlungsbedarf und zu vermeidende Gefahrenstellen auf.

Hinsichtlich der Ausgestaltung des, statt einer Übergabes, gewählten Publizitätsträgers bedarf es jedoch Korrekturen. Wie gezeigt, war der niederländische Publizitätsträger sowohl bei der nationalen Problembewältigung der Gläubigerungleichbehandlung als auch bei der internationalen Anerkennungsproblematik zu schwach. Erforderlich ist vielmehr ein Publizitätsträger, der nicht nur eine Beweis-, sondern auch eine Drittschutzfunktion innehat – das Sicherungsrecht mithin auch für Dritte erkennbar macht. Die Begründung mittels Urkunde ist unumgänglich, anders als im niederländischen Recht muss diese oder entsprechend ihr wesentlicher Inhalt jedoch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Erst dann erfährt man eine Lösung aller nationalen und der internationalen Probleme.

Auch wenn das niederländische Recht vorliegend keine Komplettlösung liefern kann, so deckt es doch den verbleibenden Handlungsbedarf auf. Hinsichtlich vieler Zusatzfragen kann es eine Antwort geben und bei der Problemvermeidung behilflich sein.

V. Tauglicher Publizitätsträger – öffentliches Register

Es bleibt vorliegend also zu untersuchen, mit welchem Publizitätsträger ein stilles Pfandrecht ausgestattet sein muss, um dem Drittschutz zu dienen und so die nationalen und internationalen Schwierigkeiten zu beheben. Die Antwort fand sich bereits in der Untersuchung der europäischen Länder¹¹⁴⁰. Sie alle wählten für ihre Sicherungsmittel eine Publizität, die es Dritten möglich machte, von einem Sicherungsrecht Kenntnis zu nehmen – ein öffentlich zugängliches Register. Erforderte man für die Begründung des niederländischen stillen Pfandrechts die Registrierung der Urkunde in einem öffentlichen Register, so wären alle heute von der Sicherungsübereignung aufgeworfenen Probleme behoben. Die Form-Zweck-Diskrepanz wird durch den Charakter des stillen Pfandrechts vermieden, die bedenkliche Entfernung von der Gläubigergleichbehandlung wird aufgehalten, indem ungesicherte Gläubiger von ihrer Position in der Gläubigerkette Kenntnis nehmen und sich schützen können. Die internationale Anerkennung kann weder an einer Publizitätslosigkeit noch der Missachtung des Drittschutzes scheitern. Das öffentliche Register ist damit der einzig denkbare taugliche Publizitätsträger. Die Tatsache jedoch, dass weder Deutschland, noch die Niederlande – die gerade kürzlich die Möglichkeit hatten – bisher die Einführung eines öffentlichen Registers vorsahen, zeigt jedoch, dass es sich dabei um eine schwierige Materie handelt.

¹¹³⁹ Siehe Seite 198.

¹¹⁴⁰ Siehe Seite 52ff. und 248ff.

1. Niederländische Diskussion

Im ursprünglichen Entwurf Meijers waren drei Arten des Pfandrechtes vorgesehen: das Faustpfandrecht, das stille Pfandrecht sowie das Registerpfandrecht¹¹⁴¹. Hauptanwendungsfall der besitzlosen Sicherheiten sollte dabei das Registerpfandrecht sein, welches in ein öffentliches Register eingetragen werden sollte. Die schwächeren Publizitätsanforderungen des stillen Pfandrechtes – so wie es auch heute bekannt ist – sollten nach Meijers nur in Ausnahmefällen ausreichen. Es konnte lediglich an Sachen aus einem Unternehmen zur Sicherung einer aus dem Betrieb stammenden Forderung begründet werden¹¹⁴². Der Hauptanwendungsfall der Darlehenssicherung war damit lediglich über das Registerpfandrecht zu erreichen. Im Auge hatte er dabei vor allem den Schutz der ungesicherten Gläubiger, die durch Einsicht in das Register schnell erfassen können, ob das Handelsgeschäft ihres potentiellen Kunden stark belastet ist und wie groß die Chance ist, dass ihre Forderungen befriedigt werden¹¹⁴³. Dem Wunsch nach Drittschutz wurde auch in den Verwertungsvorschriften Rechnung getragen. Wegen seiner Heimlichkeit sollte das stille Pfandrecht im Verwertungsfall lediglich eine nachrangige Stellung einnehmen¹¹⁴⁴.

Dennoch kam die Commissie¹¹⁴⁵ zu dem Schluss, dass die administrative Umsetzung eines solchen Registers kaum möglich ist. Hinzu kam der Druck der Banken, die fürchteten, die Angst der Kreditsuchenden vor der Offenlegung ihrer Lage würde sich für sie geschäftsschädigend auswirken¹¹⁴⁶. Man entschied sich daher für die Streichung des Registerpfandrechtes. An dessen Stelle rückte ohne weitere Veränderungen das stille Pfandrecht. Obwohl einst als heimliches Recht kritisiert, nahm es nun vollständig die Position des Registerpfandrechtes ein – von einer nachrangigen Stellung blieb nichts zurück¹¹⁴⁷. Diesen Missstand hat die Commissie zwar erkannt, dennoch sah man sich nicht in der Lage, die administrativen Probleme zu überbrücken. Die Arbeiten zum Registerpfandrecht fanden jedoch 1953 statt und wurden nach diesem Zeitpunkt auch nicht mehr aufgenommen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen die Beschwerden über eine Umsetzung verständlich. Nachdem das Internet in der heutigen Zeit aber durchaus die Möglichkeit bietet, ein öffentliches und zentrales Register zu führen, werden auch in den Niederlanden die Stimmen wieder lauter, die zurückgreifend auf den Entwurf Meijers die Ein-

¹¹⁴¹ Bast, *Het Ontwerp-Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek vergeleken met de bestaande wetgeving*, 1956, S. 227ff.

¹¹⁴² Bast, *Het Ontwerp-Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek vergeleken met de bestaande wetgeving*, 1956, S. 228; Art. 9.3.2.2. Nr. 1, 2 OM.

¹¹⁴³ OM afd. 3.9.2. Registerpfandrecht, Parl. Gesch. boek 3, S. 746; Bast, *Het Ontwerp-Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek vergeleken met de bestaande wetgeving*, 1956, S. 150, 233; Plantin, *Bezitloos Pandrecht* 1970, S. 335.

¹¹⁴⁴ Voorlopige Verslag op het derde boek N.B.W., bijl. H. Tweede Kamer 3770, nr. 4, S. 30 (31).

¹¹⁴⁵ V.V.II. (voorloige verslag) titel 3.9., Parl. Gesch. boek 3, S. 723/724.

¹¹⁴⁶ Van Maas in: *Bank- en Effectenbedrijf* 20 (1971), 389 (390).

¹¹⁴⁷ TM V.V.II. titel 3.9., Parl. Gesch. boek 3, S. 723/724.

führung des Registerpfandrechts als ein dem stillen Pfandrecht vorrangiges Sicherungsrecht fordern¹¹⁴⁸. Es lässt sich damit festhalten, dass die Niederlande ein Sicherungsrecht mit einem schwachen Publizitätsträger gewählt haben, obwohl sie durchaus die Erkenntnis und auch den Willen hatten, mit Hilfe des Registerpfandrechts eine umfassende Publizität zu erreichen. Dies geschah jedoch eher zwanghaft, da man praktisch keine Möglichkeit sah, die Ideen Meijers umzusetzen. Auch den Niederlanden lag damit der Gläubigerschutz am Herzen, sie konnten ihn jedoch nicht erreichen.

2. Vorteile eines öffentlichen Registers

Die Niederlande lehnten die Einführung des Registerpfandrechts unter dem Hinweis ab, die wenigen Vorteile lohnen den Aufwand nicht, der eine administrativ schwierige Umsetzung mit sich bringen würde¹¹⁴⁹. Es gilt daher zunächst zu untersuchen, welche Vorteile ein solches öffentliches Register tatsächlich mit sich bringt. Dabei kann man zwischen vier, an einem Verpfändungsgeschäft beteiligten Personengruppen unterscheiden: dem Kreditsuchenden, dem Kreditgebenden, den ungesicherten Gläubigern und den Erwerbern der besicherten Sache. Untersucht wird im Folgenden, welche Vorteile diese Personengruppen genießen würden.

Der Kreditsuchende erscheint zunächst vorteilslos. Im Gegenteil: Aus Angst, seine Lage öffentlich zu machen, besteht die Gefahr, dass er auf einen Kredit verzichtet und er jede Chance, sein Geschäft zu halten, verliert¹¹⁵⁰. Dabei verkennt man jedoch, dass heutzutage kaum noch ein Geschäft ohne Kredit abgeschlossen wird. Ist das Registerpfandrecht neben dem Faustpfandrecht das einzige Mobiliarsicherungsmittel, so wird es eine rege Nutzung finden. Der Eintrag in das Register ist keine Besonderheit mehr. Des Weiteren hängt dieser vermeintliche Nachteil sehr stark von der Ausgestaltung des Registers ab. Nicht alle Angaben decken gleich die Geschäftsgeheimnisse auf. Hinzu kommt, dass der Kreditsuchende durch eine, nun noch gefestigtere Sicherheit die Chance auf einen höheren Kredit bekommt. Dem Kreditsuchenden entstehen durch das Registerpfandrecht daher durchaus Vorteile.

Der Kreditgebende erfährt durch die Publizität ganz klar einen Schutz. Er kann herausfinden, ob das ihm zur Sicherheit gegebene Gut bereits verpfändet worden ist. Anders als im deutschen Recht der Sicherungsnehmer kann der Pfandnehmer also vermeiden, eine bereits belastete Sache als Sicherheit anzunehmen. Ein Komplettschutz ist damit freilich nicht hergestellt. Im deutschen Recht besteht die Möglichkeit des lastenfreien Erwerbes, sodass der Kreditgeber trotz Kenntnis des Registers nachträglich sein Recht verlieren könnte. Dieser Nachteil lässt sich sicherlich vermeiden, würde man das öffentliche Register mit dem guten Glauben ausstatten. Doch selbst wenn dies unterbleibt, so entstehen dem Kreditgebenden den-

¹¹⁴⁸ Dalhuisen/vanSetten, Zekerheid in roerende zaken en rechten, S. 73 (insbesondere unter dem Gesichtspunkt des internationalen Privatrechts); Stein in: WPNR 5181, S. 316.

¹¹⁴⁹ Plantin, Bezitloos Pandrecht, 1970, S. 339.

¹¹⁵⁰ So auch die Hauptkritiker aus den Niederlanden: V.V.II. Titel 3.9. Parl. Gesch. boek 3, S. 723.

noch mehr Vorteile als ohne ein öffentliches Register. Gerade auf Seiten der Banken befürchtete man jedoch auch erhebliche Nachteile in Form von Geschäftsverlusten durch das öffentliche Register. Wie gezeigt¹¹⁵¹, dürfte dieser Effekt mit Einbürgerung des Registerpfandrechtes jedoch nicht so scharf eintreten und kann durch günstige Ausgestaltung des Registers weitestgehend vermieden werden. Dafür spricht insbesondere auch die bereits erfolgte Betrachtung des europäischen Auslands, die gezeigt hat, dass dort überall mit öffentlichen Registern gearbeitet wird, ohne dass dies die Banken ruiniert hätte.

Den größten Schutz von einem öffentlichen Register erfahren, wie bereits beschrieben, die ungesicherten Gläubiger, die durch das Befragen des Registers herausfinden können, wo in der Gläubigerkette sie stehen. Insbesondere im Konkurs hat dies wie gezeigt erhebliche Vorteile. Sie werden zum einen auf direktem Wege geschützt, indem sie auf das Eingehen eines Geschäftsverhältnisses verzichten können. Auf indirektem Wege kommt es durch die Publizität zu weniger wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Krediten, die eine bereits fällige Insolvenz hinauszögern und so zu einer fortschreitenden Masseauszehrung führen. Zuzugeben ist erneut, dass für einen umfassenden Schutz eine periodische Befragung des Registers nötig wäre. Man kann sich dabei berechtigterweise die Frage stellen, ob ein solches Vorgehen von ungesicherten Gläubigern – typischerweise kleinere Handwerksbetriebe und Händler – überhaupt erwartet werden kann. Man sollte jedoch das Bedürfnis an geschäftlicher Sicherheit – das auch und insbesondere kleinere Wirtschaftsteilnehmer haben – nicht unterschätzen. Wenn es zu ihrem Wohl ist, werden die wenigsten den regelmäßigen Blick ins Register scheuen. Hinzukommend dürften die größten Gefahren beim Eingehen neuer und damit unbekannter Geschäftsbeziehungen bestehen. Hier hat der ungesicherte Gläubiger jedoch in jedem Fall die Möglichkeit, durch ein Befragen des Registers die Lukrativität dieser Beziehung zu überprüfen.

Für Dritterwerber schließlich werden die Vorteile eines öffentlichen Registers überschätzt¹¹⁵². Es ist ihnen zwar möglich, von Belastungen der zu erwerbenden Sache Kenntnis zu nehmen, über ihren guten Glauben sind sie jedoch ebenso gut geschützt.

Nicht zu vergessen sind schließlich die Vorteile eines öffentlichen Registers im internationalen Verkehr. Wie gezeigt, erfüllt man mit dieser Art der Registrierung eine Beweis- und eine Drittschutzfunktion und kann daher den Anforderungen des Auslands an die Sicherungsrechte gerecht werden.

3. Nachteile eines öffentlichen Registers

Neben den vielfältigen Vorteilen eines öffentlichen Registers müssen nun selbstverständlich auch die Nachteile in die Betrachtung einfließen.

¹¹⁵¹ Siehe Seite 257.

¹¹⁵² So Bókai/Szeibert in: FS für Schippel, S. 843 (857).

a. Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen

Erster – insbesondere von den Niederlanden vorgebracht – Kritikpunkt ist einerseits die mögliche Angst des Sicherungsgebers, seine Geschäftsgeheimnisse offen zu legen und andererseits die daraus resultierende Befürchtung der Sicherungsnehmer, infolge der nur zögerlichen Anwendung des Sicherungsrechts Geschäftsverluste zu verbuchen. Beide Kritikpunkte müssen also bei der Ausgestaltung des Zentralregisters Berücksichtigung finden.

b. Administrative Umsetzung

Das Hauptproblem sahen die Niederlande wie dargestellt in der administrativen Umsetzung eines öffentlichen Registers. Problematisch ist dabei die Beweglichkeit der Sicherungsgüter. Es sind grundsätzlich verschiedene Vorgehensweisen bei der Schaffung öffentlicher Register denkbar¹¹⁵³.

Die Eintragung in ein örtlich gebundenes Register – vergleichbar mit dem Grundbuch – verbietet sich¹¹⁵⁴. Bewegliche Sachen bleiben selten an einem Ort. Insbesondere die für die Besicherung typischen industriellen Produktionsmittel werden häufig veräußert oder im Rahmen einer Standortverlagerung in andere Landesteile verbracht. Will der Gläubiger bei einer solchen Vorgehensweise etwas über die Besicherung einer Sache erfahren, so müsste er alle Register des Landes befragen. Der Aufwand dafür ist tatsächlich zu groß. Trägt man nicht die Sache in ein örtlich gebundenes Register ein, sondern den Schuldner gemäß seines Wohnsitzes, so steht man vor der gleichen Schwierigkeit. Es besteht zwar in beiden Konstellationen die Möglichkeit, mit dem Verbringen der Sache oder dem Wohnsitzwechsel des Schuldners eine Pflicht zur Registerumtragung zu koppeln, doch auch dies bedeutet einen zu hohen Verwaltungsaufwand. Des Weiteren würden die zu gewährenden Übergangsfristen erneut Unsicherheit erzeugen. Schließlich werden durch diese Art der Registrierung insbesondere Großkreditgebende stark benachteiligt. Wollen sie mehrere Schuldner überprüfen, so müssen sie erneut eine Vielzahl von Registern befragen. Einzelregister bringen schließlich auch immer Zuständigkeitsprobleme mit sich.

Dem estnischen Vorbild folgend, könnte man die Einführung von Branchenregistern erwägen¹¹⁵⁵. Will der Gläubiger etwas über die Besicherung einer ganz bestimmten Sache erfahren, reicht es in der Tat, ein Register zu befragen. Interessiert ihn jedoch die gesamte Schuldnerposition, ist er erneut gezwungen, alle bestehenden Register einzusehen und damit erneut einen hohen zeitlichen und kostenintensiven Aufwand zu betreiben.

Einzig sinnvolle Möglichkeit, Mobilien einzutragen, ist daher ein Zentralregister. Dies haben auch die Niederlande erkannt, sahen sich 1953 jedoch nicht in der La-

¹¹⁵³ Vgl. dazu insbesondere die Ausführungen zu den osteuropäischen Ländern, die auf verschiedene Modelle der öffentlichen Register zurückgegriffen haben.

¹¹⁵⁴ Es wurde von keiner der untersuchten Rechtsordnungen verwendet.

¹¹⁵⁵ Siehe Seite 112f.

ge, so etwas durchzuführen. Im Zeitalter des Internets dürfte dies jedoch kein Problem mehr darstellen¹¹⁵⁶. Zu klären bleibt dafür freilich die nähere Ausgestaltung, auf die im Folgenden noch einzugehen ist.

c. Kosten- und Verwaltungsaufwand

Schließlich hält man die Führung und Verwaltung eines Registers für so kostenintensiv, dass sie zum einen die genannten Vorteile nicht aufwiegen und zum anderen durch Abwälzung dieser Kosten auf den Schuldner zu einer Kreditverteuerung und damit neuerlichen Unattraktivität der Sicherheiten führen wird¹¹⁵⁷. Im gleichen Zuge wurde vorgebracht, dass ein Register, das alle Sicherungsgegenstände erfasst, völlig unübersichtlich und damit nutzlos sei¹¹⁵⁸. Auch diese Beschwerden müssen bei der Frage, wie ein öffentliches Register ausgestaltet sein sollte, Berücksichtigung finden, wobei bereits hier darauf hingewiesen werden muss, dass die vorgebrachten Beschwerden aus den 70er Jahren stammen und gerade der finanzielle und administrative Bereich durch die Datenverarbeitung erhebliche Erleichterung gefunden hat.

4. Ausgestaltung und Aufbau eines öffentlichen Registers

Im Folgenden gilt es daher, ein Register zu schaffen, das die genannten Vorteile enthält - insbesondere den für die Insolvenz und den internationalen Verkehr so wesentlichen Drittschutz - und gleichzeitig die gerade beschriebenen Nachteile vermeidet.

a. Offenlegung der Geschäftsgeheimnisse

Zunächst gilt es zu überlegen, wie ein öffentliches Register ausgestaltet sein muss, um dem Sicherungsgeber die Angst zu nehmen, all seine Geschäftsgeheimnisse offen zu legen und man dennoch eine gewisse Publizität erreicht. Die Publizität auf der einen und die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse auf der anderen Seite müssen daher in einen gerechten Ausgleich gebracht werden.

Die höchstmögliche Publizität erreicht man, indem alles eingetragen wird und dies für jedermann zugänglich ist. Registriert würden demnach die Person des Sicherungsgebers, die des Sicherungsnehmers, der Sicherungsgegenstand sowie die gesicherte Forderung¹¹⁵⁹. Ein Blick in das Register verrät, mit wem der Schuldner in Geschäftsbeziehungen steht, die Art und Höhe der Forderung zeigt die nähere Ausgestaltung dieses Geschäftes. Des Weiteren kann man die Höhe des insgesamt

¹¹⁵⁶ Dies zeigt insbesondere die rege Nutzung internetgestützter Zentralregister in Osteuropa, die dort ohne Probleme arbeiten. Vgl. dazu S. 243ff.

¹¹⁵⁷ Drobniq in: Verhandlungen des 51. DJT, F 59ff.; Henckel in: Verhandlungen des 51. DJT, O 19ff.; Weber in: NJW 1976, 1601 (1602).

¹¹⁵⁸ Drobniq in: Verhandlungen des 51. DJT, F 59ff.

¹¹⁵⁹ Dies ist gängige Praxis in den meisten ost- und westeuropäischen Staaten.

besicherten Vermögens sehr gut bestimmen – eine drohende Insolvenz wird schnell und für jedermann leicht ersichtlich. Diese Form der Registrierung erreicht zwar ein sehr hohes Maß an Publizität und wird damit hervorragend dem Drittschutz gerecht, deckt aber in der Tat sämtliche Vorgänge des Schuldners auf. Des Weiteren erfordert diese Eintragungsform einen höheren Verwaltungsaufwand, als es bei der Erfassung weniger Angaben der Fall wäre und erhöht damit auch die Kosten. Ein allumfassendes Register ist damit vor allem unter dem Blickwinkel des Parteiinteresses wenig geeignet.

Zu erwägen wäre des Weiteren, die Einsichtsmöglichkeit in das Register zu beschränken¹¹⁶⁰. Da es wie gezeigt jedoch eines öffentlichen Registers bedarf, muss prinzipiell jeder Einsicht nehmen können. Denkbar wäre es lediglich, diese Einsichtnahme an einen berechtigten Grund zu knüpfen. Wie die oben dargestellten Behandlungen jedoch beweisen, sollen auch und vor allem Dritte – ungesicherte Gläubiger oder potentielle Gläubiger – durch das Register geschützt werden¹¹⁶¹. Es muss daher möglich sein, die Eventualität eines Geschäftsabschlusses als gewichtigen Grund anzusehen. Da man jedoch den Willen, eine Geschäftsbeziehung einzugehen, nicht verlässlich nachprüfen kann, erhält im Ergebnis wieder jeder Einblick. Auch über diese Beschränkung lassen sich die Geschäftsgeheimnisse daher nicht sinnvoll wahren. Eine Einsichtsbeschränkung bietet daher keine Lösung für das vorliegende Problem.

Zu erwägen wäre des Weiteren ein fakultatives Register. Dabei stellt man es den Parteien grundsätzlich frei, ihre Sicherheiten eintragen zu lassen. Legen sie besonders viel Wert auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, wollen sie insbesondere vorgenommene Sicherungen verbergen, so wird die Eintragung unterlassen. Der Gläubiger nimmt damit den Verfall der Sicherheit im internationalen Verkehr in Kauf. Dieses Ergebnis ist hinnehmbar, trifft es doch nur den Gläubiger, der die Entscheidung selbst in der Hand hatte. Ungesicherten Gläubigern wird hingegen ohne eine Einflussmöglichkeit ihrerseits der Schutz des Registers entzogen. Dies erscheint umso ungerechtfertigter, als dass das eigentliche Ziel – Wahrung der Geschäftsgeheimnisse – nicht unbedingt erreicht werden kann. Grundsätzlich kann man natürlich annehmen, dass Tatsachen, die nirgends niedergeschrieben sind auch niemand bekannt sein können. Wird jedoch das fakultative Register sonst rege gebraucht, so stimmt gerade die Nichteintragung nachdenklich. Es ist also auch der gegenteilige Effekt zu befürchten, dass Gläubiger aus Angst, der Schuldner hat etwas zu verbergen, den Geschäftskontakt meiden. Das fakultative Register ist damit auch nicht geeignet, die genannten Vor- und Nachteile des öffentlichen Registers in einen sinnvollen Ausgleich zu bringen.

¹¹⁶⁰ Ein solches Vorgehen wurde zunächst in Tschechien bestimmt, am 1.1.2003 entschied man sich jedoch, das Register öffentlich und ohne eine Einschränkung zugänglich zu machen. Die Gründe wurden vor allem in der Unpraktikabilität eines solchen beschränkt öffentlichen Register gesehen. Vgl. Infodienst Außenwirtschaft 1/2003 S. 2; Schorling in: EBRD – law in transition, autumn 2000, S. 66 (68).

¹¹⁶¹ Siehe Seite 243ff.

Wie gezeigt resultiert die Eröffnung des Geschäftsheimnisses aus zwei Punkten¹¹⁶². Die Angaben von Schuldner und Gläubiger lassen die Personen eines Geschäftes erkennen. Dies selbst dürfte jedoch noch kein Problem darstellen. Erst durch die genaue Angabe des Sicherungsgegenstandes und der gesicherten Forderung lassen sich nähere Rückschlüsse über die Art und den Umfang des Geschäftes ziehen und machen eine drohende Insolvenz für Dritte sofort ersichtlich. Es stellt sich daher die Frage, ob bei Verzicht einer oder gar beider letztgenannten Angaben der Drittschutz weiter gewährleistet werden kann, ohne dass Geschäftsheimnisse offen gelegt werden.

Verzichtet man auf die Angaben zur gesicherten Forderung, so können ungesicherte Gläubiger nicht mehr durch einen Blick ins Register die gesamte Schuldnerlage überschauen. Man erfährt nichts über die Art und den Umfang des Sicherungsgeschäftes, noch wird die gesamte Insolvenzlage des Schuldners offen gelegt. Verzichtet man auf die Angaben zur gesicherten Forderung, so scheinen die Geschäftsheimnisse damit zum großen Teil gewahrt zu bleiben. Dem könnte man zunächst entgegen halten, dass man genauso gut vom Sicherungsgegenstand auf die Höhe der gesicherten Forderung schließen kann. Dieser Kritik ist jedoch mit zwei Argumenten zu begegnen. Zum einen bleibt in jedem Fall die Art der Forderung und somit der genaue Inhalt des Sicherungsgeschäftes verdeckt. Zum anderen kann man im Rahmen eines Pfandrechtes – anders als bei der Sicherungsübereignung – gerade nicht vom Sicherungsgegenstand auf die Höhe der gesicherten Forderung schließen. Sicherungseigentum kann aufgrund der umfangreichen Rechtsprechung zur Übersicherung in der Tat nicht wesentlich mehr wert sein, als die gesicherte Forderung. Für das Pfandrecht und entsprechend auch für das stille Pfandrecht gilt diese Rechtsprechung jedoch nicht, da man als Pfandgeber den Wertüberschuss zweifach nutzen kann – für weitere Verpfändungen und als Vollstreckungsgrundlage für die Gläubiger. Es kommt damit durchaus vor, dass der verpfändete Sicherungsgegenstand den Wert der zugrunde liegenden Forderung erheblich übersteigt. Auch über diesen Umweg lassen sich damit die genauen Geschäftsmodalitäten nicht ermitteln. Dennoch bietet diese Form der Registrierung den potentiellen und tatsächlichen Drittgläubigern einen gewissen Schutz. Sie können feststellen, dass es neben ihnen eine genau bestimmbare Anzahl an Gläubigern gibt, die gesichert sind und erfahren so etwas über ihre Position in der Gläubigerkette. Kommen sie dabei zu einem für sie nachteiligen Sicherungsergebnis, können sie von dem Eingehen einer Geschäftsbeziehung absehen. Des Weiteren haben sie die Möglichkeit, mit Hilfe der Angaben zu den eingetragenen Gläubigern diese zu kontaktieren und dort gegebenenfalls nähere Informationen einzuholen. Schließlich dürfte eine Vielzahl bereits bestehender Sicherungen die Vergabe ungerechtfertigter Kredite erheblich erschweren¹¹⁶³, sodass ein Insolvenzverfahren frühzeitig eingeleitet und die Masse zu Gunsten der ungesicherten Gläubiger nicht ganz so stark ausgezehrt wird.

¹¹⁶² Siehe Seite 261.

¹¹⁶³ Weil beispielsweise das zur Sicherheit angebotene Gut entgegen der Schuldnerangabe doch bereits besichert ist.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass ein öffentliches Register, welches auf Angaben zur gesicherten Forderung verzichtet, die genauen Modalitäten eines Sicherungsgeschäftes und die Höhe der Besicherung verdeckt, während es gleichzeitig weiterhin dem Drittschutz dienlich ist.

Abschließend ist zu überprüfen, ob auch auf die Angaben zum Sicherungsgut verzichtet werden kann. Dies ist jedoch abzulehnen. Lässt man auch das Sicherungsgut unbenannt, so entsteht bei den Drittgläubigern erhöhte Unsicherheit. Wollen sie Informationen über das sie betreffende Gut einholen, so müssten sie alle als Gläubiger aufgeführten Personen kontaktieren. Dieser hohe Aufwand steht jedoch in keinem Verhältnis zum Ergebnis, die Drittgläubiger werden auf Nachforschungen verzichten und ebenso ungesichert bleiben, wie ohne ein Register. Es gilt jedoch zu erwägen, an die Angaben des Sicherungsgegenstandes keine so hohen Anforderungen zu stellen, wie sie beispielsweise im Rahmen der Sicherungsabrede gelten. Wie herausgearbeitet, sollte das öffentliche Zentralregister Dritten lediglich die Möglichkeit geben, gezielte Nachforschungen anzustrengen. Durch den Verzicht auf die Erfassung der Forderung sind diese Nachforschungen auch zwingend. Wenn sich nun der Dritte ohnehin nach dem genauen Sicherungsumfang erkundigen muss, so kann er in diesem Rahmen auch die Spezifizierung der Sicherungsgegenstände vornehmen. Die Bezeichnung im Register muss daher lediglich so genau sein, dass es dem Dritten erkennbar ist, dass es sich möglicherweise um dasselbe Gut handelt, mit dessen Sicherheit er kalkulieren möchte. Ausreichend wären daher Angaben wie „Büromöbel“ oder „Landwirtschaftsgeräte“. Diese Vorgehensweise führt zu einer noch stärkeren Geheimhaltung der Geschäftsinteressen, ohne den Drittschutz merklich einzuschränken.

Ein öffentliches Register, welches Angaben über die Sicherungsparteien sowie den Merkmalen des Sicherungsgegenstandes macht, ist daher geeignet, dem Drittschutz dienlich zu sein ohne die Geschäftsinterna offen zu legen oder eine etwaige Insolvenz des Schuldners gleich für jedermann ersichtlich zu machen.

b. Administrative Umsetzung

Die administrative Umsetzung dürfte im Zeitalter des Internets und der elektronischen Datenverarbeitung kein Problem darstellen. Um dem Eintragungswilligen den Weg zu dem unter Umständen weit entfernten Zentralregister zu ersparen, wird vorliegend ein zweigleisiges Vorgehen vorgeschlagen.

Zunächst wird in einem örtlichen Register die Eintragung eines Sicherungsrechts beantragt. Da bewegliche Sachen ohnehin keinem festen Ort zugerechnet werden können, ist die örtliche Gebundenheit des Registers auch nicht nötig. Der Eintragungsantrag kann damit überall gestellt werden¹¹⁶⁴. Wie dieses Registeramt geführt wird, kann vorliegend offen bleiben¹¹⁶⁵. In Frage kommen spezielle Verwaltungs-

¹¹⁶⁴ Man sollte jedoch der Einfachheit halber Ergänzungen oder Löschungen dieser Eintragungen beim selben Ortsregister beantragen.

¹¹⁶⁵ Anregungen dazu sind in den verschiedenen osteuropäischen Staaten zu finden, siehe Seite 101ff.

behörden, kommerzielle Unternehmen, Notare oder Gerichte. Die Vielzahl von Mobiliarsicherheiten führt jedoch aller Voraussicht nach zu einer starken Belastung, weswegen man überlegen müsste, inwieweit diese Stellen – insbesondere die Notare und Gerichte – überhaupt noch Kapazitäten haben.

Das örtliche Registeramt wiederum leitet den Antrag weiter zu einem Zentralregister. Hier werden schließlich alle Schuldner aufgelistet. Unter dem Namen wiederum findet man die Namen der Gläubiger, deren Sicherungsrechte und das Datum der Eintragung derselben im Zentralregister.

Der schnellste und damit kostengünstigste Weg vom örtlichen Registeramt zum Zentralregister ist die Übertragung der Daten in elektronischer Form. Es bedarf dafür natürlich einer sicheren Datenübermittlung. Denkbarer Weg ist die Verbindung der örtlichen Registerämter mit dem Zentralregister mittels eines Intranets. Als Beispiel könnte das bereits seit mehreren Jahren erfolgreich geführte Zentralregister des Firmenbuches in Österreich dienen¹¹⁶⁶. Dies ist ein von den Landesgerichten¹¹⁶⁷ geführtes öffentliches Verzeichnis. Das Firmenbuch besteht aus einem sogenannten Hauptbuch in dem die Daten zentral, EDV-gestützt und öffentlich niedergelegt werden, sowie die bei den einzelnen Gerichten befindlichen Urkundensammlungen. Eine Dateneingabe kann dabei nur von den Landesgerichten erfolgen – sie bilden insoweit eine geschlossene Benutzergruppe – abrufbar sind die Angaben jedoch für jedermann¹¹⁶⁸. Ebenso wird das Register für Sicherungsrechte in Ungarn geführt¹¹⁶⁹. Die Daten werden hier in einer zentralen elektronischen Datei gespeichert, das Register ist aber sowohl für die Eintragung als auch für die Einsicht von überall im Lande aus zugänglich. Kritisch zu bemerken sind natürlich die hohen Anfangskosten, die für die Schaffung eines solchen Netzes vor allem durch die benötigte Individualsoftware anfallen. Diese dürften sich jedoch schnell amortisieren. Die Datenübertragung erfordert nur wenige Mitarbeiter, es fallen weder Post-, Fax- noch Kopierkosten an. Um Ungerechtigkeiten – insbesondere durch eine verzögerte Weiterleitung der Daten – zu verhindern, bietet es sich des Weiteren an, den örtlichen Registerbehörden strenge Fristen aufzuerlegen, in denen die Datenübermittlung an das Zentralregister zu erfolgen hat. Die Dauer dieser Fristen wiederum hängt an der Entscheidung, inwieweit man das öffentliche Register mit dem guten Glauben ausstattet und daher eine Überprüfung der Angaben erforderlich ist. Da wie beschrieben jedoch auf die Eintragung der Forderung verzichtet werden soll, der Sicherungsgegenstand auch nur schemenhaft umschrieben werden muss und Dritten nur mit weiteren Nachforschungen der genaue Umfang der Sicherheiten feststellbar ist, fällt es schwer, einen öffentlichen Glauben anzunehmen¹¹⁷⁰. Es ist dann jedoch möglich, die Datenweiterleitung innerhalb kürzester

¹¹⁶⁶ Das Firmenbuch entspricht dem deutschen Handelsregister.

¹¹⁶⁷ Landesgericht Wien und Landesgericht Graz.

¹¹⁶⁸ Vgl. unter http://www.bmj.gv.at/db_firmenbuch/.

¹¹⁶⁹ Bókai/Szeibert in: FS für Schippel, S. 843 (862ff).

¹¹⁷⁰ Dies gelingt dennoch dem ungarischen Recht, vgl. Bókai/Szeibert in: FS für Schippel, S. 843 (860).

Zeit zu fordern. Als Vorbild kann Litauen dienen, wo es innerhalb von 48 Stunden möglich ist, ein Sicherungsrecht in das Zentralregister eintragen zu lassen.

c. Kosten- und Verwaltungsaufwand

Schließlich wurde dem öffentlichen Zentralregister auch ein zu hoher Kosten- und Verwaltungsaufwand vorgeworfen. Eine genaue Berechnung des tatsächlichen Aufwandes hat bis heute jedoch nicht stattgefunden. Wie gezeigt, wurde ein zweigleisiges Registrierverfahren vorgeschlagen, bei dem in einzelnen Ortsregistern die Eintragung beantragt wird, die schlussendlich in einem Zentralregister stattfindet. Um den Verwaltungs- und damit auch den Kostenaufwand gering zu halten, ist es notwendig, die Eintragungsbeantragung so standardisiert wie möglich zu gestalten. Als Vorbild könnte das amerikanische Recht dienen¹¹⁷¹, die für den Eintragungsantrag ein überall erhältliches Standardformular vorsehen. In dieses werden Name und Adresse der beiden Sicherungsparteien sowie der Sicherungsgegenstand aufgenommen. Da wie gezeigt an die Bestimmung des Sicherungsgegenstandes keine erhöhten Anforderungen gestellt werden, erspart dies Kosten und Aufwand. Die Eingabe dieser beschränkten Anzahl von Daten über eine Maske der Datenverarbeitung dürfte keine Schwierigkeiten und mithin keinen Aufwand darstellen und folglich auch nur ein geringes Maß an Kosten verursachen¹¹⁷². Schließlich sollte man erwägen, für die zu registrierende Sicherheit eine Mindestforderungshöhe festzusetzen, um so maginale Sicherungen aus dem Register herauszuhalten¹¹⁷³.

d. Ergebnis

Um die genannten Vor- und Nachteile eines öffentlichen Registers zu verbinden, ist es daher nötig, ein EDV-gestütztes Zentralregister zu schaffen, in das mittels eines Standardformulars die Sicherungsparteien und eine allgemeine Beschreibung des Sicherungsgegenstandes eingetragen werden.

VI. Endergebnis

In den ersten beiden Teilen der Arbeit wurde bewiesen, dass das deutsche Institut der Sicherungsübereignung dringend einer Ersetzung bedarf. Die Zweck-Form-Diskrepanz einerseits sowie die Publizitätslosigkeit andererseits werfen sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene eine Vielzahl von Problemen auf, die auch auf der europarechtlichen Ebene bisher noch keine Lösung gefunden haben.

¹¹⁷¹ Milger, *Mobiliarsicherheiten im deutsche und US-amerikanischen Recht – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 1982, S. 56ff.

¹¹⁷² So verursacht beispielsweise eine nach dem UCC vorgenommene Registrierung (ohne Datenverarbeitung!) lediglich Kosten zwischen umgerechnet 4 und 5 €. Diese Kosten können sehr gut auf den Eintragenden abgewälzt werden.

¹¹⁷³ vgl. für Ungarn: Bókai/Szeibert in: *FS für Schippel*, S. 843 (858).

Die aus der Form-Zweck-Diskrepanz resultierenden Schwierigkeiten werden wie gezeigt von einer flexiblen deutschen Rechtsprechung aufgefangen. Aus dieser Sicht ist die Reformierung des deutschen Sicherungssystems nicht unbedingt zwingend, sondern im Hinblick auf Rechtsklarheit allenfalls wünschenswert. Ein anderes Bild eröffnet sich hinsichtlich der Publizitätslosigkeit. Neben den praktischen Problemen bei der Eigentümerermittlung führt sie auf nationaler Ebene – insbesondere in der Insolvenz – zu einer bedenklichen Entfernung vom Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz. Bereits während der Arbeiten zur Insolvenzrechtsreform war man sich dieser Problematik bewusst. Schon damals gab man zu bedenken, dass die Lösung nur in der Reform des materiellen Sachenrechts gefunden werden kann. Dennoch entschied man sich dagegen und schaffte der Sicherungsübereignung in der Insolvenz eine weitere Berechtigung. Die Probleme blieben ungelöst. Bei der Entfernung vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung handelt es sich jedoch wie gezeigt keinesfalls um ein untergeordnetes Problem, welches hinnehmbar wäre. Geschützt werden sollen insbesondere die Gläubiger, die gezwungenermaßen ungesichert bleiben und daher auch besonders schutzwürdig sind. Die Sicherungsübereignung mit ihrer mangelnden Publizität schmälert die Erfolgsaussichten dieser Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners jedoch gleich zweifach. Zum einen werden die Sicherungsnehmer vor den ungesicherten Gläubigern privilegiert befriedigt. Dies ist den Sicherungsrechten jedoch immanent und nicht auf die Publizitätslosigkeit zurückzuführen¹¹⁷⁴. Diese führt jedoch dazu, dass Gläubiger ihre ungesicherte Kreditierung nicht erkennen und entsprechend reagieren können und daher aufgrund der Heimlichkeit der Sicherungsübereignung erst in die Stellung als ungesicherte Gläubiger hineingedrängt werden. Sie gehen in der Insolvenz häufig leer aus. Eine derartige Benachteiligung einer schutzwürdigen Gruppe darf vom Gesetz jedoch nicht hingenommen werden. Aus nationaler Sicht besteht daher durchaus Anlass, die Veränderung des deutschen Sicherungssystems in Angriff zu nehmen. Dieses Ergebnis wurde durch die Betrachtung der deutschen Sicherungsübereignung im internationalen Rechtsverkehr deutlich verstärkt. Die Mehrzahl der west- und osteuropäischen Länder verweigern der deutschen Sicherungsübereignung bei Eintritt der besicherten Sache in ihr Land die Anerkennung – das Sicherungsrecht verfällt. Zum Vorwurf wird dem deutschen Sicherungsinstitut dabei erneut die mangelnde Publizität gemacht.

Durch das niederländische Institut des stillen Pfandrechtes können eine Vielzahl dieser Schwierigkeiten behoben werden. Dies gilt jedoch vorrangig für die Probleme, die aus der Form-Zweck-Diskrepanz resultieren. Hinsichtlich der Publizitätsprobleme bietet die niederländische Rechtsordnung jedoch keine Lösung. Die von den niederländischen Gesetzgebern für das stille Pfandrecht gewählten Publizitätsträger – die öffentlichen und die registrierten privatschriftlichen Urkunden – bieten Dritten keine Möglichkeit der Kenntnisnahme von diesem Sicherungsrecht. Aus dieser mangelnden Kenntnisnahme jedoch resultierte zum einen im deutschen nati-

¹¹⁷⁴ Insofern kann es keine reine Gläubigergleichbehandlung geben. Dennoch wird das Ziel einer Gleichbehandlung von der InsO weiterhin vorgegeben und kann daher nicht mit dem Hinweis auf Unerreichbarkeit gänzlich aufgegeben werden.

onalen Recht die bedenkliche Entfernung vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Zum anderen verfolgt man im internationalen Rechtsverkehr mit der Forderung nach einer Publizität in allen europäischen Ländern zugleich das Ziel, ungesicherte Gläubiger und Dritte zu schützen. Auch dies kann die niederländische Form der Publizität jedoch nicht gewährleisten, sodass auch die internationalen Probleme in dem stillen Pfandrecht keine Lösung finden werden. Will man daher die deutsche Sicherungsübereignung durch ein stilles Pfandrecht ersetzen, so bedarf es weitergehender Modifikationen. Sowohl die Betrachtung verschiedener europäischer Rechtsordnungen einerseits, als auch der Blick in das niederländische Recht und die umfangreichen Gesetzesbegründungen zum NBW andererseits haben deutlich gemacht, wie der Publizitätsträger eines stillen Pfandrechts aussehen muss, um der Gläubigergleichbehandlung gerecht zu werden und im internationalen Verkehr eine Anerkennung dieser Sicherungsrechte zu ermöglichen. Es bedarf der Eintragung des Sicherungsrechtes in ein öffentliches Register. Eine umfangreiche Interessenabwägung hat dabei ergeben, dass dieses einerseits zentral und EDV-gestützt ausgestaltet sein muss, um den administrativen Aufwand in Grenzen zu halten und andererseits nur ein Mindestmass an Informationen der Eintragungspflicht unterliegen darf, um die Interessen der Kreditnehmer in ausreichendem Maß zu berücksichtigen. Die niederländische Rechtsordnung zeigte vorliegend damit ein alternatives Sicherungsinstitut auf, macht jedoch daneben auf weiteren Handlungsbedarf aufmerksam.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Karl*: Die Sicherungsübereignung an Warenlagern, Nachdruck 1919, Keip 1970.
- Ackermann, Thomas*: Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalität“, in: RIW 1994, 189.
- Arndt, Hans-Wolfgang*: Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen, in: ZIP 1994, 188-191.
- Asbeuk-van Os, M.M.*: Is vestiging van stil pandrecht door middel van een deурwaarderexloot mogelijk en wat zijn de eventuele voor- en nedelen?, in: WPNR 6043 (1992), S. 256-259.
- Asser, Mr. C.*: Verbintenissenrecht, Teil 1, 11. Auflage, Zwolle 2000.
- Asser, Mr. C.*: Zakenrecht, Bd. I-III, 14. Auflage, Kluwer-Deventer 2002.
- Assmann, Heinz-Dieter / Kirchner, Christian / Schanze, Erich*: Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993.
- Balodis, Kaspars*: Sicherungsübereignung im deutsch-lettischen Rechtsverkehr, Univ., Diss., Münster 2000.
- Bartkus, Gintautas / Petrauskaite, Daina*: Lithuania's law on pledge over movable property, in: EBRD – law in transition, 2000, S. 50ff.
- Basedow, Jürgen*: Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, in: RabelsZ 59 (1995), 1ff.
- Basedow, Jürgen*: Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Tübingen 1992.
- Bast, J.H.*: Het Ontwerp-Meijers voor een nieuw Burgerlijk Wetboek vergeleken met de bestaande wetgeving, Zwolle 1956.
- Batiffol, Henri / Lagarde, Paul*: Droit international privé, Band I, 7. Auflage, Paris 1985.
- Batiffol, Henri / Lagarde, Paul*: Droit international privé, Band II 7. Auflage Paris 1983.
- Baumann, Jürgen*: Konkurs und Vergleich, 2. Auflage Bielefeld 1981.
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter*: Kommentar zur ZPO, 64. Auflage, München 2006.
- Baur, Jürgen / Stürner, Rolf*: Sachenrecht, 17. Auflage, München 1999.

- Beckman, H. / Joosen, A.W.A.*: Leasing van roerend en onroerend goed, 2. Auflage, Leiden 1988.
- Becque, Emile / Rieg, Alfred*: Le gage J.Ci.Civil, Artt. 2071-2083, Fasc. A à J.
- Bianca, Cesare Massimo*: Il divieto del patto commissorio, Milano 1957.
- Bianca, Cesare Massimo*: La vendita e la permuta, in: Trattato di diritto civile italiano, Band 7, 1997 S. 680 ff.
- Bleckmann, Albert*: Europarecht: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Auflage, Köln 1997.
- Bleckmann, Albert*: Zur Problematik der Cassis de Dijon – Rechtsprechung des EuGH, in: GRUR Int. 1986, 172-183.
- van Blom, H.*: Bezitloos zekerheidsrecht op roerende lichamelijke zaken, Univ., Diss., Utrecht 1929.
- Blomeyer, Arwed*: Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, in: AcP 162 (1963), 193ff.
- Blomeyer, Arwed*: Studien zur Bedingungslehre Teil II – über bedingte Verfügungsgeschäfte, Nachdruck Berlin 1995.
- Blomeyer, Arwed*: Zivilprozessrecht, Vollstreckungsverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985.
- Bodenstein, Friedel / Jahn, Uwe*: Kreditsicherung im Geschäftsverkehr mit dem Ausland, Bd. II Italien, 1. Auflage, Köln 1980.
- Bókai, Judit / Szeibert, Erdős*: Die Mobiliarhypothek und deren Register, in: Festschrift für Schippel, 1996, S. 843ff.
- Bollweg, Hans Georg / Kreuzer, Karl*: Entwürfe einer UNIDROIT/ICAO-Konvention über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung und eines Protokolls über Luftfahrttausrüstung, in: ZIP 2000, 1361ff.
- van der Borg, Nadorp*: Kwartaalbericht NBW 1985/3, S. 76.
- Bork, Reinhard*: Einführung in das Neue Insolvenzrecht, 4. Auflage, Tübingen 2005.
- Bötticher, Eduard*: Die Intervention des Sicherungseigentümers: § 771 oder § 805 ZPO?, in: MDR 1950, 705-709.
- Braams, W.Th.*: Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en milieuverontreiniging, in: NTBR 1996, S. 1-6.
- Brahn, O.K.*: Fiduciare overdracht, 2. Auflage, Kluwer 1992.
- Brahn, O.K.*: Levering, Beschikkingsonbevoegdheid, 2. Auflage, Kluwer 1992.
- Brahn, O.K.*: Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud volgens het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, 7. Auflage, Zwolle 1991.
- Brahn, O.K. / Reehuis, W.H.M.*: Zwaartepunten van het vermogensrecht, 7. Auflage, Kluwer Deventer 2002.
- Braun, Alexandra*: I trusts di garanzia in Germania, in: Trusts e attività fiduciarie 2000, 36 ff.
- Brehm, Wolfgang / Berger, Christian*: Sachenrecht, 1. Auflage, München 2000.
- Brödermann, Eckart*: Der Eigentumsvorbehalt in Frankreich und Deutschland, in: ZvglRWiss 83 (1984), 178 ff.
- Brox, Hans*: Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, in: JuS 1984, 657ff.

- Brox, Hans*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 30. Auflage, München 2004.
- Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich*: Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Auflage, Köln Berlin Bonn München 2003.
- Bruinier, Stefan*: Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das Internationale Privatrecht, Univ., Diss., Hamburg 2003.
- van Buchem-Spapens, A.M.J.*: Faillissement en surséance van betaling, 6. Auflage, Tjeenk Willink 1998.
- Bülow, Peter*: Eigenständigkeit des Sicherungsvertrages – Aufrechnungsverbot aus der Natur des Schuldverhältnisses, in: EWiR 1994, 959-960.
- Burghardt, Günter*: Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedsstaaten und der EWG-Vertrag, Hamburg 1969.
- Burgstaller, Alfred*: Das Pfandrecht in der Exekution, 1. Auflage, Wien 1988.
- Bussani, Mauro*: Il problema del patto commissori, 1. Auflage, Torino 2000.
- v. Bar, Christian (Hrsg.) / Middleton, Sean*: Sachenrecht in Europa – Band 1 Schweden, Dänemark, England, Finnland, 1. Auflage, Osnabrück 2000.
- Cabrillac, Michel*: La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger, in : R.C.D.I.P. 63 (1979, S. 487 ff.
- Carnevali, Ugo*: Patto commissoria, in: Enc. Dir. XXXII (1982), S. 499 ff.
- Carsten, Karl Gebhard*: Europäische Integration und nordische Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zivilrechts, in: ZEuP 1993, 335ff.
- Carsten, Karl Gebhard*: Fahrnis als Kreditunterlage im schwedischen Recht Univ., Diss., Tübingen 1970.
- Carsten, Karl Gebhard*: Hundert Jahre Nordischer Juristentag 1872-1972, in: RabelsZ 37 (1973), 80ff.
- Cierpial, Romana / Thurner, M.*: Polnisches Gesetz über das Registerpfand und das Pfandregister, in: WiRO 1997, 345ff.
- Cleveringa, R.P.*: De ontwerpen 1916 en 1829, Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938; Scholten, Paul, Meijers, E.M.; Tjeenk Willink, Zwolle 1938.
- Coing, Helmut*: Besitzlose Mobiliarpfandrechte im Raum der EWG, in: ZfRV 8 (1967), 65ff.
- Collier, John*: Greenwood Conflicts of Law, 3rd. ed., Cambridge 2001.
- Creydt, Matthias*: Die Regelungen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht in Hinblick auf das Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung und den dazugehörigen Protokollentwurf über Weltraumvermögenswerte, in: IPRax 2004, 499-504.
- Croes, A.L. / Frenk, N. / du Perron, C.E.*: Bijzondere overeenkomsten, 9. Auflage, Gouda Quint 1995.
- Dalhuisen, J.H. / van Setten, L.D.*: Zekerheid in roerende zaken en rechten, 1. Auflage, Kluwer 2003.
- Daubner, Robert*: „Neue“ Kreditsicherungsmittel in der Tschechischen Republik, in: WiRO 1994, 400ff.
- Daubner, Robert*: Sicherungsübereignung und verlängerter Eigentumsvorbehalt in der tschechischen Republik, in: RIW 1997, 648ff.

- Dekhuijzen, Marinus Cornelis*: Pand en Hypotheek in het Ontwerp B.W., Diss. Univ. Amsterdam 1966.
- Dempewolf, Günter*: Übertragung von Sicherheiten auf den zahlenden Bürgen, in: NJW 1958, 979ff.
- Depser, Ingrid*: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung im deutschen und französischen Recht unter besonderer Berücksichtigung konkursrechtlicher Aspekte, Diss. Mainz 1983.
- Dernburg, Heinrich*: Pandekten I – Allgemeiner Theil und Sachenrecht, Nachdruck, Berlin 1896 – 1983.
- Dorndorf, Eberhard / Frank, Jürgen*: Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten – unter der besonderen Berücksichtigung der ökonomischen Analyse der Sicherungsrechte, in: ZIP 1985, 65ff.
- Drion, H. / Hijma, Jac. / Olthof, M.M.*: Compendium van het Vermogensrecht, 8. Auflage, Kluwer Deventer 1991.
- Drion, J.*: Levering van roerend goed dat zich in handen van een derde bevindt, in: WPNR 3771 (1942), S. 109-111.
- Drobnig, Ulrich*: Das NBW aus vergleichender und deutscher Sicht, in: European Review of Private Law 1993, S. 171ff.
- Drobnig, Ulrich*: Die Kreditsicherheiten im Vorschlag der Insolvenzrechtskommission, in: ZGR 1986, 252-280.
- Drobnig, Ulrich*: Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland, in: RabelsZ 32 (1968), 450ff.
- Drobnig, Ulrich*: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?, in: Empfehlungen des DJT 1976, F 1ff.
- Drobnig, Ulrich*: Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachenrechts, in: Festschrift für Kegel, 1977, S. 141ff.
- Drobnig, Ulrich*: Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr, in: RabelsZ 38 (1974), 468ff.
- Drobnig, Ulrich*: Mobiliarsicherheiten in Osteuropa, Berlin 2002.
- Drobnig, Ulrich / Hopt, Klaus / Kötz, Hein*: Systemtransformation in Mittel- und Osteuropa und ihre Folgen für Banken, Börsen und Kreditsicherheiten, Tübingen 1998.
- Drukarczyk, Jochen*: Kreditsicherheiten und Insolvenzverfahren, in: ZIP 1987, 205ff.
- Eckhardt, Diederich*: Die Ausübung von Mobiliarsicherheiten in der Unternehmenskrise, in: ZIP 1999, 1734.
- Einsele, Dorothee*: Rechtswahlfreiheit im internationalen Privatrecht, in: RabelsZ 60 (1996), 417ff.
- Ellinger, E. Peter / Lomnicka, E.*: Modern Banking Law, 3. Auflage, Oxford 2002.
- Engelhard, Hans A.*: Politische Akzente einer Insolvenzrechtsreform, in: ZIP 1986, 1287-1291.
- Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I / 2, 15. Auflage, Tübingen 1960.

- Erman, Walter*: Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, Bd. II, §§ 854ff., 11. Auflage, Münster 2004.
- Esmein, A.*: Le Droit compare et l'enseignement du droit, in: Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents I (1905), S. 445.
- Everling, Ulrich*: Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der EG, 1. Auflage, Baden-Baden 1986.
- Ferid, Murad / Sonnenberger, Hans Jürgen*: Das französische Zivilrecht, Band II Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1986.
- Fesevur, J.E.*: Goederenrechtelijke colleges, 2. Auflage, Ars Aequi Libri 1997.
- Fesevur, J.E.*: Zakelijke Zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig nederlandse recht, Tjeenk Willink 1979.
- Fezer, Karl-Heinz*: Europäisierung des Wettbewerbsrechts, in: JZ 1994, 317-326.
- Fikkers, H.A.G.*: Einige opmerkingen over het wetsvoorstel Huurkoop Onroerende Zaken (w.o. 24212), in: NTBR 1996, S. 12-19.
- Fischer, Peter*: Europarecht, 4. Auflage, Wien 2002.
- Flume, Werner*: Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, in: NJW 1950, 841ff.
- Fouchard, Philippe*: Note zu Civ. 1re 8.7.1969, in : R.C.D.I.P. 60, 76ff.
- Franzen, Martin*: Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Univ., Habil., Berlin 1999.
- Friedrich, Ruediger*: Die Anwendbarkeit des § 401 BGB auf die Sicherungsschuld, in: NJW 1969, 485ff.
- Fritzemeyer, Verena*: Internationalprivatrechtliche Anerkennungs- und Substitutionsprobleme bei Mobiliarsicherheiten, Konstanz, Univ., Diss., 1983.
- Frotz, Gerhard*: Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, 1. Auflage Wien 1970 (Zit.: Kreditsicherungsrecht).
- Gärtner, Rudolf*: EG-Versicherungsbinnenmarkt und Versicherungsvertragsrecht, in: EWS 1994, 114-123.
- Gassner, Stefan / Wolff, Jürgen*: Die Kreditsicherung durch das bewegliche Vermögen des Schuldners im italienischen Recht, in: DB 1969 Beilage 10/69.
- Gaudemet-Tallon, Hélène*: Note zu Civ. 1re 8.7.1969, in : J.C.P. 1970 II, 16182.
- Gaul, Hans Friedhelm*: Lex Commissoria und Sicherungsübereignung, in: AcP 168 (1968), 351ff.
- Gebauer, Martin*: Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa, in: IPRax 1995, 152-156.
- Gelinsky, Katja*: Der Schutz des Eigentums gem. Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention: eine Analyse der Rechtsprechung der Straßburger Organe, Berlin 1996.
- Gerhardt, Walter*: Mobiliarsachenrecht, 5. Auflage, München 2000.
- Gerhardt, Walter*: Sicherungsübereignung und Pfändungsschutz – OLG Stuttgart, NJW 1971, 50, in: JuS 1972, 696- 701.
- Gerhardt, Walter*: Vollstreckungsrecht, 2. Auflage, Berlin New York 1982.

- Giese, Ernst*: Kreditsicherheiten in der Tschechischen Republik, in: WiRO 1999, 212ff.
- Giese, Ernst / Fritzsich, Falk*: Das neue Pfandregister und die neuen Verwertungsmöglichkeiten für Pfandgegenstände in Tschechien, in: WiRO 2002, 270ff.
- Gigliotti, Fulvio*: Il divieto del patto commissorio, 1. Auflage, Milano 1999.
- Gosses, I.H. / Japikse, N.*: Handboek tot de Staatskundige Geschiedenis van Nederland, 3. Auflage, Njihoff 1947.
- Gottheiner, Georg*: Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen – unter besonderer Berücksichtigung der nordischen Rechte, in: RabelsZ 18 (1953), 356ff.
- Gottwald, Uwe*: Zwangsvollstreckung, 5. Auflage, Berlin 2005.
- Greving, Jörg Stefan*: Der Treuhandgedanke bei Sicherungsübertragungen im italienischen und deutschen Recht, Univ., Diss., Münster 2001, Baden-Baden 2002.
- Grodecki, J.K.*: The Recognition of Non-possessory Security Interests in English Private International Law, in: Xth International Congress on Comparative Law, UK Nottingham, S. 11 B1 /1 ff.
- Groeben, Hans / Thiesing, Jochen / Ehlermann, Claus-Dieter*: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band I Artikel A-F EUV, Art. 1-84 EGV, 5. Auflage, Baden-Baden 1997.
- Gröschel, Ulrich*: Kreditinstitute im europäischen Binnenmarkt - Deutschland - S. 27-62.
- Grunsky, Wolfgang*: Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung und Eigentumsvorbehalt in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs des Schuldners, in: JuS 1984, 497ff.
- Hadding, Walther (Hrsg.) / Schneider, Uwe (Hrsg.)*: Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil II Frankreich, Berlin 1978.
- Hadding, Walther (Hrsg.) / Schneider, Uwe (Hrsg.)*: Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil VI Österreich, Berlin 1986.
- Hadding, Walther (Hrsg.) / Schneider, Uwe (Hrsg.)*: Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil V England, Berlin 1980.
- Hakenberg, Waltraud*: Grundzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 3. Auflage, München 2003.
- Hanisch, Hans*: Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, in: ZZP 1977, 1ff.
- Hartkamp, A.S.*: Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, 2. Auflage, Kluwer Deventer 1984.
- Hartkamp, A.S.*: International Unification and National Codification of Civil Law, in: Questions of Civil Law Codification, Budapest 1990, S. 67ff.
- Häsemeyer, Ludwig*: Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, in: KTS 1982, 507ff.
- Hassler, Åke*: Internationell Privaträtt, 3. Auflage, Stockholm 1945.
- Hegedüs, E.*: Neue Regelung des Pfandrechts in Ungarn, in: WiRO 1997, 231ff.

- Henrich, Dieter*: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts, Tübingen 1991.
- Herdegen, Matthias*: Europarecht, 7. Auflage, München 2005.
- Hess, Harald / Weis, Michaela / Wienberg, Rüdiger*: Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Heidelberg 2001.
- Heymann, H.W.*: De rijkwijdte van het fiducia-verbod in het bijzondere verband met leasing, in: WPNR 6119 (1994), S. 1ff.
- Hicks, Andrew*: Reservation of Title, in: Mal. L.R. 27 (1985), 63.
- Hijma, C.M.*: Nietigheid en Vernietigbaarheid van rechtshandelingen, Diss. Leiden 1988.
- Hoffmann, Bernd*: Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München 2005.
- Hoffmann, Jürgen*: Verhaltenspflichten der Banken und Kreditversicherungsunternehmen gegenüber dem Kaufpreisschuldner bei der Finanzierung von Lieferantenkrediten, Univ., Diss., Bonn 1990.
- Hofmann, Carsten*: Mortgage und Charge – Gestaltungsmöglichkeiten im englischen Kreditsicherungsrecht, Univ., Diss., Regensburg 2002.
- Holden, James Milnes*: The Law and Practice of Banking, Band II Securities for banker's advances, 7.ed., London 1986.
- Hommelhoff, Peter*: Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, in: AcP 192 (1992), 71-107.
- Höpping, Ulrike*: Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR, Univ., Diss., Trier 1997.
- Horn, Norbert / Pleyer, Klemens*: Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa, Berlin 1997.
- Hoyer, Hans*: Sind Sicherungseigentum und Pfandrecht gleich zu behandeln?, in: JBl 1984, 543ff.
- Hromadka, Wolfgang*: Sicherungsübereignung und Publizität, in: JuS 1980, 89ff.
- Hübner, Ulrich*: Die Behandlung ausländischer besitzloser Mobiliarsicherheiten in Frankreich – Französischer Kassationshof, in: JuS 1974, 151ff.
- Hübner, Ulrich*: Internationalprivatrechtliche Anerkennungs- und Substitutionsprobleme bei besitzlosen Mobiliarsicherheiten, in: ZIP 1980, 825ff.
- Hübner, Ulrich*: Internationalprivatrechtliche Probleme der Anerkennung und Substitution bei globalen Sicherungsrechten an Unternehmen, in: Festschrift für Pleyer, 1986, S. 41 ff.
- Hübner, Ulrich*: Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers, in: NJW 1980, 729-735.
- Hübner, Ulrich / Constantinesco, Vlad*: Einführung in das französische Recht, 4. Auflage, München 2001.
- Humlová-Ueltzhöffer, Olga*: Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und ihre steuerrechtlichen Folgen in der Tschechischen Republik, in: WiRO 1997, 290ff.
- Ipsen, Hans Peter*: Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1984.
- Jaeger, Ernst / Henckel, Wolfram*: Kommentar zur Konkursordnung, Bd. I §§ 1-41 InsO, 9. Auflage, Berlin 1997.

- Jaffey, A.J.E.*: Introduction to the Conflict of Laws, 1st.ed., London 1988.
- Jansen, C.H.M.*: Onrechtmatige daad: algemene bepalingen, 2. Auflage, Kluwer Deventer 1996.
- Jansen, F.M.J.*: Executie- en beslagrecht, 4. Auflage, Zwolle 1990.
- Jarłímek, M.*: Eigendom tot zekerheid; Univ., Diss., Utrecht 1956.
- Jauernig, Othmar*: Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 11. Auflage, München 2004.
- Jauernig, Othmar*: Zur Akzessorietät bei der Sicherungsübertragung, in: NJW 1982, 268ff.
- Jayme, Erik / Kohler, Christian*: Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht, in: IPRax 1992, 346-356.
- Jayme, Erik*: Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten, in: FS für Serick, 1992, S. 241-253.
- Johansson, Pär*: Gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrechte nach schwedischem Recht, Univ., Diss., Köln 1994.
- Jonas, Johannes*: Die verschuldensunabhängige Außervertragliche Haftung für Sachen im Entwurf zum NBW, Univ., Diss., München 1987.
- Judit, Bokai*: Hungarian charges register, in: EBRD – law in transition, summer 1997, S. 11ff.
- Junker, Abbo*: Internationales Privatrecht, 1. Auflage, München 1998.
- Kaser, Max*: Römisches Privatrecht – ein Studienbuch, 17. Auflage, München 2003.
- Katzmann, Ewald*: Die Aussonderung von Treugut im Konkurs, Univ., Diss., Marburg 1928.
- Kaufhold, Sylvia*: Internationales und europäisches Mobiliarsicherungsrecht – Eine Analyse des gegenwärtigen Rechtszustandes und der Möglichkeiten internationaler Koordinierung, Univ., Diss., Würzburg 1999.
- Kegel, Gerhard*: Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004.
- Kieninger, Eva-Maria*: Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt, Univ., Diss., FU Berlin 1995.
- Kindler, Peter*: Einführung in das italienische Recht, 1. Auflage, München 1993.
- Kirchhof, Hans-Peter / Lwowski, Hans-Jürgen / Stürner, Rolf*: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. I §§ 1-102 InsO, 1. Auflage, München 2001.
- Klang, Heinrich / Bydlinski, Franz*: Kommentar zum ABGB, Band IV/2, 2. Auflage, Wien 1978.
- Klijn, W.M.*: „Conversie voor alle zekerheid“, in: WPNR 6119 (1994), S. 15-17.
- Klijn, W.M.*: De levencier, zijn afnemer en diens financier in het NBW, in: WPNR 5974 (1990), S. 585-587.
- Knol, P.C.*: De tekortkoming in het NBW, in: BW-krant jaarboek 1985 – BW-NBW: twee sporen, een weg, 1985, S. 105-116.
- Köhler, Helmut / Piper, Henning*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, München 2002.
- Körber, Torsten*: Grundfreiheiten und Privatrecht, Univ., Habil., Göttingen 2004.

- Korkisch, Friedrich*: Einführung in das Privatrecht der nordischen Länder, Darmstadt 1977.
- Kortmann, S.C.J.J.*: Struikelt leasing over de dode letter van art. 3-84 III BW?, in: WPNR 6119 (1994), 18-23.
- Kortmann, S.C.J.J. / Faber, N.E.D.*: Geschiedenis van de faillissementswet, 1. Auflage, Tjeenk Willik 1994.
- Koziol, Helmut / Welser, Rudolf*: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I – Sachenrecht, Familienrecht, 12. Auflage, Wien 2002.
- Kraan, C.A.*: De authentieke akte, 1. Auflage, Arnhem 1984.
- Kreuzer, Karl*: Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts – Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, S. 373-448.
- Kreuzer, Karl*: Die Inlandswirksamkeit fremder besitzloser vertraglicher Mobiliarsicherheiten: die italienische Autohypothek, in: IPRax 1993, 157ff.
- Kreuzer, Karl*: Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts durch das Gesetz zum Internationalen Privatrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse und Sachen vom 21.05.1999, in: RabelsZ 65 (2001), 383ff.
- Kreuzer, Karl*: Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: Von den Grenzen des Internationalen Privatrechts, in: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, 1990, 613-641.
- Kropholler, Jan*: Internationales Privatrecht, 5. Auflage, Tübingen 2004.
- Krusenotto, Harald*: Sicherungsmöglichkeiten in der Republik Litauen, in: WiRO 1996, 446.
- Kuhn, Georg / Uhlenbruck, Wilhelm*: Kommentar zur Konkursordnung, 11. Auflage, München 1994.
- Kunst, A.J.M.*: Korte voorgeschiedenis van het Nederlands Burgerlijk Wetboek, 3. Auflage, Tjeenk Willink 1967.
- Kurkowski, Filip*: Die Sicherungsübereignung im polnischen Recht, in: WiRO 1994, 247ff.
- Lademacher, Horst*: Die Niederlande, 1. Auflage, Berlin 1993.
- Lademacher, Horst*: Geschichte der Niederlande, Darmstadt 1983.
- Lalive, Pierre*: The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws, 1st. reprinted ed., Aalen 1977.
- Landfermann, Hans-Georg*: Die Rechtsstellung der dinglich gesicherten Gläubiger im künftigen Insolvenzverfahren, in: KTS 1987, 381-409.
- Lange, Heinrich*: Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, in: NJW 1950, 565-570).
- Langner, Olaf*: Das Kaufrecht auf dem Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, in: RabelsZ 2001, 222-244.
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.
- Lazar, Ján*: Die Neuregelung des Pfandrechts in der Slowakei, in: ZfRV 2003, 133.
- Lecheler, Helmut*: Einführung in das Europarecht, 2. Auflage, München 2003.

- Lenz, Carl Otto*: EG-Vertrag Kommentar, 2. Auflage, Köln 1999.
- Lenz, Carl Otto*: EU- und EG-Vertrag Kommentar, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2003.
- Leuftink, A.L.*: Surséance van betaling, 1. Auflage, Kluwer 1995.
- Liagre Böhl, E.W.J.H.*: Het destructieve effect van het bodem(voor)recht oude en nieuwe stijl, in: NJB 1993, S. 193-198.
- Lokin, J.H.A. / Zwolve, W.J.*: Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis, 3. Auflage, Kluwer Deventer 2001.
- Lüke, Gerhard / Wax, Peter*: Münchener Kommentar zur ZPO, Band II §§ 355-802, Band III §§ 803-1048, 2. Auflage, München 2000.
- Lwowski, Hans-Jürgen*: Neuere Rechtsprechung zur Sicherungsübereignung, in: ZIP 1980, 953ff.
- de Maas, P.C.*: Hebben wij een registerpandrecht nodig?, in: Bank- en Effectenbedrijf 20 (1971), 386-391.
- Magerstein, Willy*: Die Behandlung des Sicherungseigentums und der Sicherungsübertragung im österreichischen Rechtsgebiet, in: JBl 1955, 5ff.
- Marrone, Claudio*: Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, 1. Auflage, Napoli 1968.
- Martiny, Dieter*: Nichtanerkennung deutscher Sicherungsübereignungen in Österreich, in: IPRax 1985, 168
- Mayer, Pierre*: Les conflicts de loisun matière de réserve de propriété après la loi de 12 mai 1980, in : J.C.P. 1981 II, 3019ff.
- Mazzoni, Alberto*: La reconnaissance des sûretés mobilières sans dépossession créés à l'étranger en droit international privé italien, in : Rapports nationaux au Xe Congrès International de Droit Comparé, S. 245 ff.
- Medicus, Dieter*: Bürgerliches Recht, 20. Auflage, Köln 2004.
- Medicus, Dieter*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Auflage, München 2005.
- Megarry, Robert / Wade, William*: The Law of Real Property, 6.ed., London 2001.
- Meijers, E.M.*: De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, 1. Auflage, Leiden 1948.
- Meijers, E.M.*: Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek, in: WPNR 3031 (1928), S. 49-52.
- Meijers, E.M.*: Wijzigingen en aanvullingen vat het Burgerlijk Wetboek na 1838; Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, Willink Zwolle 1938.
- Melsheimer, Klaus*: Sicherungsübereignung und Registerpfand, 1. Auflage, Berlin 1967.
- Mezas, Brian Michael*: Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlandse recht, Diss. Nijmegen, Zwolle 1985.
- Mezger, Ernst*: Note zu Cour de cass., 3.5.1973, in : R.C.D.I.P. 63 (1974), 103ff.
- van Mierlo, A.I.M.*: Einige zekerheden voor de onbetaalde verkoper van roerende zaken naar NBW, in: WPNR 5696 (1984), S. 275-279.
- van Mierlo, A.I.M.*: Fiduciare zekerheid, vuistlos en stil pand, Univ. Diss. Nijmegen 1988.

- Mijnssen, F.H.J.*: Eigendom tot zekeheid, de bezem van de Tovenarsleering, in: WPNR 5577 (1981), S. 645ff.
- Mijnssen, F.H.J. / de Liagre Böhl, E.W.J.H. / Kist, J.*: Algemene aspekten van beslag en executie, 1. Auflage, Kluwer 1983.
- Mincke, G.W.*: Einführung in das niederländische Recht, 1. Auflage, München 2002.
- Mincke, G.W.*: Sale and lease back, art. 3-84 lid 3 BW, eigendomsvoorbehoud en de numerus clausus, in : NTBR 1995, S. 175-179.
- Molenaar, F.*: Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen, 1. Auflage, Deventer 1984.
- Molenaar, F.*: Bezitloos pandrecht en stil pandrecht op vorderingen, in: WPNR 5724 (1985), S. 23-24.
- Molenaar, F.*: Pandrecht, 2. Auflage, Kluwer 1991.
- Mordhorst, Henning*: Die Behandlung vertraglicher Mobiliarsicherheiten im US-amerikanischen und deutschen Insolvenzrecht, Frankfurt am Main 2003.
- Möschel, Wernhard*: Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, in: NJW 1994, 429-431.
- Mühl, Dorothee*: Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung und Eigentumsvorbehalt im italienischen Recht, Univ., Diss., Mainz 1980.
- Müller-Graff, Peter-Christian*: Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1. Auflage, Baden-Baden 1993.
- Nadorp, C.C.M.*: Tekortkoming, verzuim, niet-nakoming: begrippen met een vaste betekenis?, Kwartaalbericht NBW 1985/3, S. 74-79.
- Neuhaus, Paul Heinrich*: Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Auflage, Tübingen 1976.
- Newburg, Andre*: Legal Assistance in Eastern Europe: The EBRD's Model Law on Secured Transactions, in: Festschrift für Hugo J. Hahn, 1997, 441ff.
- Niboyet, Jean-Paul*: Traité de droit international privé, Band IV, 2. Auflage, Paris 1960.
- Nieskens-Ishording, B.W.M. / Hemmen, E.M. / Struycken, T.H.D.*: Discussies omtrent beslag, verhaal en Beschikkingsbevoegdheid, 1. Auflage, Tjeenk Willink 1997.
- Nieuwenhuis, J.H.*: Hoofdstukken vermogensrecht, 7. Auflage, Kluwer Deventer 2003.
- Nieuwenhuis, J.H. / Stolker, C.J.J.M. / Valk, W.L.*: Burgerlijk Wetboek, Deel I boeken 1-4, Deel II boeken 5-8, 5. Auflage, Kluwer-Deventer 2003.
- Nispen, C.J.J.C. / van Mierlo, A.I.M. / Polak, M.V.*: Burgerlijke Rechtsvordering, 1. Auflage, Kluwer 2002.
- Norton, Joseph (Hrsg.) / Andenas, Mads (Hrsg.)*: Emerging Financial Markets and Secured Transactions London – The Hague – Boston 1998.
- Oertmann, Paul*: Die fiducia im römischen Privatrecht, Berlin 1890.
- Ohler, Christoph*: Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken, in: WM 1996, 1801-1808.
- Oppermann, Thomas*: Europarecht, 2. Auflage, München 1999.

- Oudelaar, H.*: Recht Halen – Inleiding in het executie- en Besalrecht, 4. Auflage, Kluwer 1995.
- Paget, John*: Law of Banking, 11.ed., London 1996.
- Pajunk, Axel*: Die Bedeutung und Reichweite der Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages, Univ., Diss., Frankfurt a.M. 1997.
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, München 2005.
- Paulina, Claudia*: Gleichbehandlung von Sicherungseigentum und akzessorischen Sicherheiten im Sicherungsfall?, in: NJW 1984, 2872ff.
- Paulus, Gotthard*: Die Behelfe des Sicherungseigentümers gegen den Vollstreckungszugriff, in: ZJP 64, 169-203.
- Petschke, Matthias*: Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, in: EuZW 1994, 107-111.
- Pfeiffer, Thomas*: Der Stand des Internationalen Sachenrechts nach seiner Kodifikation, in: IPRax 2000, 270ff.
- Pitlo, A.*: De overgang van het accessoire eigendomsrecht, in: WPNR 3798 (1942), S. 1ff.
- Pitlo, A. / Reehuis, W.H.M. / Heisterkamp, A.H.T.*: Goederenrecht, Deel 3, 11. Auflage, Kluwer – Deventer 2001.
- Plantin, Reynald*: Moretus Bezitloos Pandrecht – Rechtsvergelijkende studie, Diss. Leuven 1970 (Brüssel).
- Polak, N.J. / Polak, C.E.*: Faillissementsrecht, 9. Auflage, Kluwer 2002.
- Pörnbacher, Klaus*: Reform des polnischen Bankrechts, in: WiRO 2002, 243ff.
- Pottschmidt, Günter / Rohr, Ulrich*: Kreditsicherungsrecht, 4. Auflage, München 1992.
- Prütting, Hanns / Weth, Stephan*: Die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO, in: JuS 1988, 511ff.
- Pukier, Brian / Gillis, Duane / Elliott, Stikeman*: An overview over the new Hungarian securities legislation, in: EBRD – law in transition, summer 1997, S. 7ff.
- Raape, Leo*: Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung, Berlin 1913.
- Rabel, Ernst*: Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel 1955.
- Rabel, Ernst*: Conflict of Laws Volume four, 1st.ed., Michigan 1958.
- Raiser, Ludwig*: Dingliche Anwartschaften, Nachdruck, Keip 1995.
- Rank-Berenschot, E.B.*: Sale and lease back en het fiduciaverbod, in: NTBR 1994, S. 18-22.
- Rank-Berenschot, E.B.*: Vijf jaar nieuw vermogensrecht; zekerheden- en Verhaalsrecht, in: NTBR 1997, S. 121-122.
- Rauscher, Thomas*: Internationales Privatrecht mit internationalem Verfahrensrecht, 1. Auflage, Heidelberg 2003.
- Rauscher, Thomas*: Sicherungsübereignung im deutsch-österreichischem Rechtsverkehr, in: JBl 1985, 321ff.
- Ravlušervičius, Pavel*: Die Reform des Internationalen Privatrechts in Litauen, in: IPRax 2003, 272-276.

- Rebmann, Kurt (Hrsg.):* Münchener Kommentar zum BGB, Band 2 §§ 241-432, 4. Auflage, München 2001.
- Rebmann, Kurt (Hrsg.):* Münchener Kommentar zum BGB, Band 3 §§ 433-606, 4. Auflage, München 2004.
- Rebmann, Kurt (Hrsg.):* Münchener Kommentar zum BGB, Band 6 §§ 854-1296, 4. Auflage, München 2004.
- Rebmann, Kurt (Hrsg.):* Münchener Kommentar zum BGB, Band 10 Art. 1-38 EGBGB, 3. Auflage, München 1998.
- Rebmann, Kurt (Hrsg.):* Münchener Kommentar zum BGB, Band 10 Art. 1-46 EGBGB, 4. Auflage München 2006.
- Reehuis, W.H.M.:* Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW, Diss. Arnhem 1987 (zit.: Stille verpanding).
- Reese, Ulrich:* Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, Univ., Diss., Bonn 1993.
- Reich, Norbert:* Anmerkung zu EuGH 24.11.1993 Rs C-267/91 „Keck“, in: ZIP 1993, 1815-1818.
- Reich, Norbert:* Binnenmarkt als Rechtsbegriff, in: EuZW 1991, 203-210.
- Reich, Norbert:* Die Sicherungsübereignung, 1. Auflage, Bad Homburg 1970.
- Reinhardt, Rudolf / Erlinghagen, Peter:* Die rechtsgeschäftliche Treuhand – ein Problem der Rechtsfortbildung, in: JuS 1962, 41ff.
- Reinicke, Dietrich / Tiedtke, Klaus:* Kreditsicherung, 4. Auflage, Neuwied 2000.
- Remien, Oliver:* Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, in: JZ 1994, 349-353.
- Ress, Georg:* Abschied von Cassis de Dijon und Dassonville?, in: EuZW 1993, 745.
- Rich, Arthur:* Poland's new collateral law, in: EBRD – law in transition, summer 1997, S. 1ff.
- Riegel, Reinhard:* Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Eigentumsordnung der Mitgliedsstaaten, in: AWD/RIW 1979, 7404-749.
- Ring, Gerhard / Olsen-Ring, Line:* Einführung in das skandinavische Recht, 1. Auflage, München 1999.
- Roth, Wulf-Henning:* Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Privatrecht, in: RabelsZ 55 (1991), 623- 673.
- Roth, Wulf-Henning:* Freier Warenverkehr nach “Keck”, in: FS für Großfeld 1999, S. 929-957.
- Roth, Wulf-Henning:* Freiheiten des EG-Vertrages und nationales Privatrecht, in: ZEuP 1994, 5ff.
- Rottbauer, Achim:* Die Mobiliarkreditsicherheiten unter besonderer Berücksichtigung der besitzlosen Pfandrechte im deutschen und englischen Recht, Univ., Diss., Tübingen 1991.
- Röver, Jan-Hendrik:* Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten, Univ., Diss., München 1997.
- Rummel, Peter (Hrsg.):* Kommentar zum ABGB – Band I, 3. Auflage, Wien 2002.
- Sanchez, Lorenzo:* Garantías reales, 1. Auflage, Madrid 1993.

- Sanchez, Lorenzo*: La venta de mercancías con pago aplazado, in: Revista de la Corte Espanola de Arbitraje 1986, 119ff.
- Savage, Nigel / Bradgate, Robert*: Business Law, 2. ed., London 1993.
- Schilling, Theodor*: Besitzlose Mobiliarsicherheiten im nationalen und internationalen Recht, Univ., Diss., München 1985.
- Schimmelpennink, R.J.*: Faillissement, Surséance van Betaling en Continuïteit van de Onderneming, in : TPR 1990, S. 1685-1729.
- Schmidt, Gudrun*: Freier Warenverkehr innerhalb der EG, in: Rengelin/v.Borries (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen in der Europäischen Gemeinschaft, 1992, S. 57-79.
- Schneider, Uwe*: Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts, in: NJW 1991, 1985-1993.
- Schödermeier, Martin*: Werbung ohne Grenzen?, in: DB 1990, 2511-2513.
- Schöffler, Ivo*: Handbuch der Europäischen Geschichte, Band IV – Geschichte der Niederlande, 1. Auflage, München 1991.
- Scholten, P.M. / Meijers, E.M.*: Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, Tjeenk Willink 1938.
- Schoordijk, H.C.F.*: De Zakelijke Werking van de Eigendomsvorrbehoudclausule en de ontbinding ex. Art. 1302 B.W. bij koopcontracten van roerende lichamelijke zaken, in : WPNR 4782 (1963), S. 402ff.
- Schoordijk, H.C.F.*: Onderhandelen goeder trouw, 1. Auflage, Kluwer Deventer 1984.
- Schoordijk, H.C.F.*: Vermogensrecht in het Algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W., 1. Auflage, Kluwer Deventer 1986.
- Schoordijk, H.C.F. / Slangen, P.C.*: Hoofdstukken Goederenrecht, 1. Auflage, Koninklijke Vermande 1994.
- Schorling, Oliver*: Secured Transactions in the Czech Republic – a case of pre-reform, in: EBRD – law in transition, autumn 2000, S. 66ff.
- Schricker, Gerhard*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 18.05.1993 – „Yves Rocher“, in: WRP 1993, 617-619.
- Schroeder, Dirk / Federle, Anne*: Das Keck-Urteil: Tatsächliche Abkehr von „Yves Rocher“?, in: ZIP 1994, 1428-1434.
- Schulze, Ulrich*: Eigentum und Sicherungsrechte in den baltischen Staaten, in: RIW 1994, 731ff.
- Schulze, Ulrich*: Forderungssicherung in Polen, in: MfOR 1997, 175ff.
- Schwappach, Jürgen*: EU-Rechtshandbuch, 2. Auflage, München 1996.
- Schwind, Fritz*: Handbuch des österreichischen IPR, 1. Auflage, Wien 1975.
- Sedemund, Joachim / Montag, Frank*: Die Entwicklung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: NJW 1994, 625-634.
- Seif, Ulrike*: Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten im deutschen und englischen Recht, Univ., Diss., Würzburg 1996 (zit.: Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten).
- Sesta, Michele*: Le garanzie atipiche I, Padova 1988.

- Siehr, Kurt*: Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Internationalen Privatrecht, insbesondere im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, in: AWD/RIW 1971, 10ff.
- Siehr, Kurt*: Vereinheitlichung des Mobiliarsachenrechts in Europa, insbesondere im Hinblick auf Kulturgüter, in: *RabelsZ* 59 (1995), 454-468.
- Simpson, John / Menze, Joachim*: Ten years of secured transactions reform, in: EBRD – law in transition, 2000, S. 21ff.
- Snijders, H.J. / Rank-Berenschot, E.B.*: Goederenrecht, 3. Auflage, Kluwer Deventer 2001.
- Snijders, W.*: Besitloze zekerheid op roerende zaken in Honderd Jaar Rechtsleven – Nederlands- Juristen-Vereeniging 1870 –1970, Zwolle 1970, S. 25 – 39.
- Sonnenberger, Hans Jürgen / Autexier, Christian*: Einführung in das französische Recht, 3. Auflage, Heidelberg 2000.
- v. *Staudinger, J. (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10./11. Auflage, Berlin 1976.
- v. *Staudinger, J. (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 397-432, Neubearbeitung, Berlin 2005.
- v. *Staudinger, J. (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum Sachenrecht, §§ 854-892, Neubearbeitung, Berlin 2000.
- v. *Staudinger, J. (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Anhang zu §§ 929ff.: Sonderfälle der Übereignung, Neubearbeitung, Berlin 2004.
- v. *Staudinger, J. (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 985-1011, Neubearbeitung, Berlin 2005.
- v. *Staudinger, J. (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 1204-1296, Neubearbeitung, Berlin 2002.
- v. *Staudinger, J. (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Internationales Sachenrecht, 13. Bearbeitung, Berlin 1996.
- Stein, P.A. / Rueb, A.S.*: Nieuw Burgerlijk Procesrecht, 13. Auflage, Kluwer – Deventer 2002.
- Steindorff, Ernst*: Probleme des Art. 30 EWG-Vertrag, in: *ZHR* 148 (1984), 338-335.
- Steindorff, Ernst*: Unvollkommener Binnenmarkt, in: *ZHR* 158 (1994), 149ff.
- Stoll, Hans*: Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen, in: *RabelsZ* 38 (1974), 450-467.
- Sturm, Fritz*: Neue Vorschläge zur IPR-Reform, in: *NJW* 1974, 1036-1037.
- Teekens, M.*: De Gerechtsdeurwaarder, 1. Auflage, Kluwer 1973.
- ter Meulen, Edzard*: Die floating charge – ein Sicherungsrecht am Vermögen einer englischen Company, Univ., Diss., Münster 1969.
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans*: Zivilprozessordnung, 27. Auflage, München 2005.

- Tracz, E. / Cierpial, Romana / Thurner, M.*: Rechtliche Grundlagen der Kreditsicherung nach polnischem Recht, 1996
- Truiden, M.Ph. / Verschoof, R.J. / Ynzonides, M.*: Rechtspraak Faillissementsrecht, 1. Auflage, Kluwer 1994.
- Varrone, Claudio*: Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, Napoli 1968.
- Veegens, J.D. / Oppenheim, A.S.*: De wet op het faillissement en de surséance van betaling, gevolgd door de invoeringswet met inleiding en aantekeningen, 5. Auflage, Tjeenk Willing 1894.
- Veenhoven, A.*: Eigendomsoverdracht tot zekerheid, 1. Auflage, Zwolle 1955.
- van Velten, A.A.*: Huurkoop en financial lease van onroerende zaken, in: *Bouwrecht* 2002, 1010-1014.
- Verschoof, R.J.*: Het Nieuwe Faillissementsrecht, 1. Auflage, Tjeenk Willink 1992.
- Vischer, Frank*: Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage, Bern 2000.
- Vreeswijk, J.A.*: De surséance van betaling en het akkoord, 1. Auflage, Deventer 1973.
- Vriesendorp, R.D.*: Het Eigendomsvoorbehoud, Univ., Diss., Groningen 1985.
- Vriesendorp, R.D.*: Voorbehoud van pandrecht of voorbehoud van eigendom?, in: *WPNR* 5749 (1985), S. 533-536.
- Weber, Rolf*: Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?, in: *RabelsZ* 44 (1980), 510-530.
- Wedekind, W.G.Ph.E.*: De Koper heeft honderd ogen nodig, de verkoper niet Een, in: *WPNR* 6019 (1991), 643-649.
- Wenckstern, Manfred*: Die englische Floating Charge im deutschen Internationalen Privatrecht, in: *RabelsZ* 56 (1992), 624ff.
- Wessels, B. / van Sint Truiden, M. Ph.*: Faillissementswet, 3. Auflage, Kluwer 2002.
- Westermann, Harry*: Sachenrecht, 11. Auflage, Heidelberg 2005.
- Weyer, Hartmut*: Gemeinschaftsrechtliche Überprüfbarkeit mitgliedstaatlicher Regelungen der Verkaufsmodalitäten, in: *EuZW* 2004, 455-457.
- Wieacker, Franz*: *Lex commissoria*, Berlin 1932.
- Wieling, Hans Josef*: Sachenrecht, 4. Auflage, Berlin Heidelberg New York Tokio 2001.
- Wilhelm, Jan*: Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin 2002.
- von Wilmsky, Peter*: Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1. Auflage, Tübingen 1996.
- Wolf, Ernst*: Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Auflage, Köln 1979.
- Wolf, Manfred*: Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt Auswirkungen der II. EG-Bankrechts-Richtlinie auf Bankgeschäfte, in: *WM* 1990, 1941-1952.
- Wolf, Manfred*: Sachenrecht, 21. Auflage, München 2005.
- Wolter, Lutz*: Rechtskunde für Banken und Sparkassen – Recht der Kreditsicherheiten, 4. Auflage, Frankfurt am Main 1989.
- Zaphiriou, G.A.*: The transfer of chattels in Private International Law – a comparative study, London 1956.

- van Zeben, C.J.*: Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7 Bijzondere Overeenkomsten, 1. Auflage, Kluwer – Deventer 1991.
- van Zeben, C.J.; Du Pon, J.W.*: Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek – Boek 3, 1. Auflage, Kluwer – Deventer 1981.
- Zöller, Richard (Begr.)*: Zivilprozessordnung, 25. Auflage, Köln 2005

