

**Institut für deutsches und
internationales Recht
des Spar-, Giro- und Kreditwesens**

an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Center for German and international Law of Financial Services

Univ.-Prof. Dr. Peter O. Mülbert, Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider

**Das Recht der Mobiliarsicherheiten im deutsch-spanischen
Vergleich: Eine Analyse im Lichte von Effizienz,
Reformperspektiven und fortschreitender Digitalisierung**

- Länderbericht Deutschland -

von ALEXANDER WILHELM

Arbeitspapiere 2019

Anschrift: Institut für deutsches und internationales Kreditrecht an der
Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Sitz: Wallstraße 11, 55122 Mainz
Tel.: 06131 / 39 31709
Fax: 06131 / 39 31718
Internet: www.institut-kreditrecht.de

Inhaltsverzeichnis*

I. Einleitung	3
II. Rechtsgrundlagen	4
1. Hintergrund: Die fehlende Praxistauglichkeit des Vertragspfandrechts	4
2. Eigentumsvorbehalt	6
a) Grundkonzept.....	6
b) Der verlängerte Eigentumsvorbehalt als Sonderform.....	8
3. Sicherungsübereignung	11
4. Sicherungsabtretung.....	13
III. Ausgewählte Praxisfragen	15
1. Globalsicherheiten und Bestimmtheitsgrundsatz.....	15
2. Rangkonflikte.....	18
3. Mobiliarsicherheiten und AGB-Recht	19
IV. Reformfragen und Perspektiven	21

* Der Autor (Dr. jur., MJur.) ist Habilitand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Prof. Dr. *Peter O. Mülbert*). Der Beitrag stellt die erweiterte und um Fußnoten ergänzte Schriftfassung eines Vortrags dar, den der Autor am 13.6.2019 auf dem XXXV. Kongress der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung e.V. in Toledo (Spanien) gehalten hat.

I. Einleitung

Das deutsche Recht der Mobiliarsicherheiten gilt im internationalen Vergleich als kompliziert. Im Gegensatz zu einigen anderen Jurisdiktionen, deren Kreditsicherungsrecht mit Erfolg in ein geschlossenes gesetzliches Regelungssystem eingebettet wurde,¹ hat die Kautelarpraxis in Deutschland die vom Gesetzgeber definierten, d.h. sozusagen „geborenen“ Kreditsicherungsmittel niemals wirklich akzeptiert, weil und soweit sie sich aus verschiedenen Gründen als praktisch untauglich erwiesen. Stattdessen ging die Praxis schon beizeiten dazu über, die benötigten Instrumente als sog. „gekorene“ Sicherungsrechte in weiten Teilen synthetisch, d.h. durch kreativen Einsatz der allgemeinen Vertragswerkzeuge einfach selbständig zu schaffen.²

Im Vordergrund steht dabei die Trias aus Eigentumsvorbehalt (im Folgenden: „EV“), Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung. Während der EV als das klassische Sicherungsmittel des Waren- und Rohstofflieferanten im bürgerlichen Recht zumindest partiell eine Regelung erhalten hat,³ hat sich der Gesetzgeber bei der Sicherungsübereignung beweglicher Sachen und der Sicherungsabtretung von Forderungen, die vor allem bei Geldkrediten eine Rolle spielen, auf eine punktuelle Anerkennung für die Zwecke der Zwangsvollstreckung beschränkt. Am wichtigsten ist insoweit das Verfahren der Gesamtvollstreckung, d.h. die Behandlung der Sicherungsrechte in der Kreditnehmerinsolvenz.⁴

Der vorliegende Beitrag wird das deutsche Recht der Mobiliarsicherheiten in seinen Grundzügen skizzieren und den Versuch unternehmen, die Stärken und Schwächen des Systems für die Zwecke der Rechtsvergleichung zu entfalten. Über die einschlägigen Rechtsgrundlagen hinaus (sogleich II.) soll dabei zugleich auf die drängendsten rechtspraktischen Aspekte eingegangen werden, etwa auf Fragen der Wirtschaftlichkeit und des Aufwands, der den Parteien bei der Abwicklung des Kredit-

¹ So dem Vernehmen nach z.B. in Belgien oder in den USA; vgl. *Dirix*, ZEuP 2015, 273; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, § 8 (S. 351 ff.). Für weitere Rechtsordnungen *Kieninger*, AcP 208 (2008), 182, 199; *dies.*, in: *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Hrsg.), Das Recht der Kreditsicherung, 10. Aufl. 2018, § 17.

² Im Überblick *Brinkmann* (Fn. 1), § 3 (S. 86 ff.); *Heese*, Die Dogmatik der Mobiliarsicherheiten: Nachdenken über ein widersprüchliches System und seine Zukunftsfähigkeit in einem europäischen Rechtsrahmen, Arbeitspapier vom 3. November 2018 (<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3277891>), S. 2 ff. – Zu den Begriffen auch *Lwowski* in: *Basedow/Remien/Wenckstern* (Hrsg.), Europäisches Kreditsicherungsrecht: Festschrift für Ulrich Drobnig zum 80. Geburtstag, 2010, S. 173, 174.

³ Siehe § 449 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), früher § 455 BGB a.F.; im Einzelnen unten, II.2.a).

⁴ Daneben werfen EV, Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung zahlreiche Fragen bei der *Einzelvollstreckung* in das Vermögen des Kreditnehmers auf, die im Folgenden jedoch außer Betracht bleiben können. Näher zu diesem Thema *Beckmann* in: *Staudinger*, BGB, Buch 2: Kaufrecht (§§ 433-480), 2014, § 449 Rn. 102 ff. (EV); *Oechsler* in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 7, 7. Aufl. 2017, Anh. §§ 929-936 Rn. 53-54 (Sicherungsübereignung); *Lieder* in: *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann* (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Buch 2, Stand: 1.1.2019, § 398 Rn. 260-261 (Sicherungsabtretung).

verhältnisses entsteht (III.). Insoweit wird primär die Sicht des Kreditgebers zugrunde liegen, d.h. eine Analyse unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit und Effizienz geboten werden.⁵

Im Ergebnis wird sich zeigen, dass das deutsche System als „registrierungsfreie Lösung“⁶ im Kern über publizitätslose Treuhandkonstruktionen funktioniert und die Bedürfnisse der Praxis damit weitestgehend stillt. Allerdings sorgt die fehlende Publizität auch für zahlreiche Konflikte, die durch ein ergänzendes Registrierungssystem – nach internationalem Vorbild – zum Teil behoben werden könnten. Ein solcher Ansatz, der sich nicht zuletzt mit Blick auf die fortschreitende Digitalisierung auch des Rechtsverkehrs empfiehlt, mag überdies als Baustein der Harmonisierung im EU-Binnenmarkt in Betracht kommen, um die notorischen Anerkennungshindernisse in grenzüberschreitenden Sachverhalten zu entschärfen (IV.).

II. Rechtsgrundlagen

1. Hintergrund: Die fehlende Praxistauglichkeit des Vertragspfandrechts

Historisch erklärt sich die Entwicklung, die die Dogmatik der Mobiliarsicherheiten in Deutschland seit dem 20. Jahrhundert genommen hat, im Wesentlichen mit den Unzulänglichkeiten des Vertragspfandrechts. Das Vertragspfandrecht, geregelt in den §§ 1204-1296 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), ist das geborene Kreditsicherungsmittel des Mobiliarkredits. In seiner Grundform ermöglicht es dem Kreditnehmer (Schuldner), seinem Vertragspartner (Gläubiger) zur Sicherung einer Forderung eine bewegliche Sache – etwa eine Maschine – zu verpfänden, auf dass sich der Gläubiger bei Fälligkeit der Forderung (§ 1228 Abs. 2 BGB) durch einen Verkauf der Pfandsache befriedige (§§ 1233 ff. BGB).

Das Problem des Vertragspfandrechts liegt darin, dass eine bloße Einigung zwischen den Parteien zu seiner Bestellung nicht genügt. Vielmehr muss der Schuldner dem Gläubiger die Sache gemäß § 1205 Abs. 1 BGB *übergeben*, d.h. den unmittelbaren Besitz derselben aufgeben und sie dem Gläubiger zum Gewahrsam überlassen („Faustpfandprinzip“).⁷ Dies soll für die nötige Publizität im

⁵ Keine Rolle spielen damit Themen, die vor allem die Rechtsstellung des Kreditnehmers (Sicherungsgebers) betreffen. Hierzu zählt etwa die bis heute umstrittene Frage, ob der Käufer bei einer Warenlieferung unter EV ein sog. *Anwartschaftsrecht* genießt, und ob und wie dieses Recht bejahendenfalls in Zwangsvollstreckung und Insolvenz zu behandeln ist. Dazu etwa *Westermann* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 449 Rn. 36 ff.; *Mülbart*, AcP 202 (2002), 912 ff.

⁶ Ein Sicherheitenregister gibt es in Deutschland nur für Immobiliarsicherheiten (Grundbuch) sowie für Luftfahrzeuge (Luftfahrzeugrolle), Schiffe (Schiffsregister) und landwirtschaftliches Inventar (Verpfändung nach dem Pachtkreditgesetz); näher *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl. 2017, Rn. 492 ff.

⁷ § 1205 Abs. 2 und § 1206 BGB sehen zwar unter den dort geregelten Voraussetzungen bestimmte Übergabesurrogate vor. Allerdings führen auch diese im Ergebnis dazu, dass der Schuldner die Herrschaft über die Sache aufgeben bzw. teilen muss, ihm also jedenfalls kein unmittelbarer Alleinbesitz verbleibt; *Bülow* (Fn. 6), Rn. 488-491.

Rechtsverkehr sorgen, d.h. die Bestellung des Pfandes gegenüber jedermann bekunden,⁸ bedeutet jedoch für die Parteien unter mehreren Gesichtspunkten eine Last. Zum einen verliert der Schuldner mit der Übergabe die Möglichkeit der Nutzung, was bei einem Unternehmenskredit bedeutet, dass er eine etwa verpfändete Maschine nicht mehr zur Gewinnerzielung verwenden kann – die damit verbundenen Opportunitätskosten können im schlimmsten Fall dazu führen, dass der Schuldner zur Rückführung des Kredits sogar erst recht nicht imstande ist.⁹ Zum anderen wird der Kreditgeber gemäß § 1215 BGB zur Verwahrung der Pfandsache verpflichtet, was je nach Art und Beschaffenheit derselben z.B. Lagerkosten verursacht.¹⁰

Ähnlich liegen die Dinge beim Vertragspfandrecht an Rechten. Gemäß § 1273 Abs. 1 BGB kann der Schuldner dem Gläubiger auch eine Rechtsposition verpfänden, etwa eine Forderung, die ihm selbst gegen einen Dritten (sog. Drittschuldner) zusteht. Hier ist der Gläubiger bei Fälligkeit des Kredits zur Forderungseinziehung berechtigt und kann Zahlungen des Dritten als Befriedigung verbuchen (§ 1282 Abs. 1 BGB). Der Nachteil liegt allerdings darin, dass die Verpfändung dem Drittschuldner grundsätzlich *angezeigt* werden muss (§ 1280 BGB); infolgedessen wird der Umstand, dass der Schuldner (Kreditnehmer) Kredit nur noch gegen Sicherheiten erhält, zwangsläufig im Außenverhältnis bekannt, was sein Ansehen und seine Bonität beschädigen kann.¹¹ Zudem kann die Anzeige mit erheblichen Kosten verbunden sein, sofern nicht nur eine bestimmte, sondern mehrere Forderungen gegen verschiedene Drittschuldner verpfändet werden.¹²

Im Übrigen ist das Vertragspfandrecht durch eine strenge Akzessorietät zwischen der gesicherten Forderung auf der einen Seite und der dinglichen Rechtsposition – d.h. dem Pfandrecht als solchem – auf der anderen gekennzeichnet.¹³ Infolgedessen können die Parteien bei einem einmal bestellten Pfandrecht die gesicherte Forderung nicht etwa mit rangwahrender Wirkung auswechseln oder verändern, falls dies aus bestimmten Gründen den Parteiinteressen entspricht. Stattdessen muss das Pfandrecht hier immer neu begründet werden, was im Verwertungsfall zu einer unerwünschten Nachrangigkeit gegenüber konkurrierenden, zeitlich früheren Sicherungsrechten führt.¹⁴

⁸ Wiegand in: Staudinger, BGB, Buch 3: Pfandrecht (§§ 1204-1296), 2019, § 1205 Rn. 10.

⁹ Duttler, Ökonomische Analyse dinglicher Sicherheiten, 1986, S. 218; Heese (Fn. 2), S. 2-3.

¹⁰ Vgl. Heese (Fn. 2), S. 3; Oechsler (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 2.

¹¹ Siehe Lwowski (Fn. 2), S. 175; Bülow (Fn. 6), Rn. 23; Oechsler (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 2.

¹² Duttler (Fn. 9), S. 220; Adams, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980, S. 163.

¹³ Im Überblick Bülow (Fn. 6), Rn. 471 ff.

¹⁴ Vgl. Lwowski (Fn. 2), S. 174; Bassenge in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1204 Rn. 10.

2. Eigentumsvorbehalt

Beim Warenkredit hat die Praxis die Schwächen des Vertragspfandes beizeiten mit den Mitteln des Eigentumsvorbehalts kompensiert. Bekannt war die Figur schon vor Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900,¹⁵ doch hat das damalige Reichsgericht ihre Zulässigkeit unter der neuen Kodifikation bereits 1903 explizit bekräftigt.¹⁶ Seither gilt der EV als eine „kardinale Rechtsfigur des Rechtsverkehrs“, die aus dem Geschäftsleben nicht mehr wegzudenken ist;¹⁷ mit Art. 4 Abs. 1 der europäischen Zahlungsverzugsrichtlinie,¹⁸ der die Möglichkeit eines einfachen EV für die EU-Mitgliedstaaten ab dem Jahr 2000 postulierte, hatte die Rechtsordnung in Deutschland daher niemals ein Problem.¹⁹

a) Grundkonzept

Dogmatisch fußt die Konstruktion auf den Besonderheiten des Trennungs- und Abstraktionsprinzips. Nach diesem ist bei einem rechtsgeschäftlichen Kontakt zwischen dem schuldrechtlichen *Verpflichtungsgeschäft* (Kaufvertrag, Mietvertrag, Darlehen etc.) auf der einen Seite und den zu seiner Abwicklung erforderlichen dinglichen *Verfügungsgeschäften* (Geldzahlung, Eigentumsverschaffung) auf der anderen zu unterscheiden, wobei die einzelnen Komponenten in ihrem Zustandekommen und ihrer Wirksamkeit im Grundsatz unabhängig sind.²⁰ Bei einem Warenkauf wird der Käufer also keineswegs schon mit Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags (§§ 433 ff. BGB), sondern erst mit der Übereignung des Kaufgegenstandes (§§ 929 ff. BGB) dessen Eigentümer. Ob der im Gegenzug geschuldete Kaufpreis zeitlich früher, später oder parallel entrichtet wird, spielt hier im Grundsatz keine Rolle; infolgedessen kann der Verkäufer sein Eigentum bereits verlieren, obwohl er dem Käufer eine Zahlung auf Raten, Kredit oder eine Stundung zugesteht. Letzteres geschieht zumeist im Interesse der Umsatzsteigerung.²¹

¹⁵ Zur historischen Entwicklung etwa *Schubert* in: Schubert/Schmid/Regge (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht, Jahre 1933-1945, Protokolle der Ausschüsse, Bd. III.3, 1990, S. 33-34; *Brinkmann* (Fn. 1), S. 185 ff.

¹⁶ RG v. 28.4.1903 – II 461/02, RGZ 54, 396; auch noch RG v. 18.9.1908 – VII 492/07, RGZ 69, 197.

¹⁷ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1992, § 38.2c (S. 683).

¹⁸ Richtlinie 2000/35/EG v. 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EU Nr. L 200, S. 35), in Kraft getreten zum 8.8.2000. In der Neufassung der Zahlungsverzugsrichtlinie (2011/7/EU v. 16.2.2011, ABl. EU Nr. L 48, S. 1) findet diese Vorschrift ihre Entsprechung in Artikel 9.

¹⁹ Vgl. nur den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts v. 14.5.2001, BT-Drucks. Nr. 14/6040, S. 83 („Nach Artikel 4 der Zahlungsverzugsrichtlinie haben die Mitgliedstaaten den einfachen Eigentumsvorbehalt anzuerkennen. Dies ist in Deutschland umfassend der Fall, vgl. bisher § 455 BGB, künftig § 448 BGB-RE [jetzt § 449 BGB]. Umsetzungsbedarf besteht nicht.“).

²⁰ Statt aller *Ellenberger* in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Überbl v § 104 Rn. 22 (m. w. Nachw.).

²¹ *Weidenkaff* in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 449 Rn. 1.

Um das damit verbundene Vorleistungsrisiko zu entschärfen, können die Parteien aber bestimmen, dass das Eigentum nur unter der Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung übergeht (§ 449 Abs. 1 BGB). Die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB, die für eine Eigentumsverschaffung notwendig ist, steht dann unter einer aufschiebenden Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB, wird also erst mit der letzten Ratenzahlung wirksam. Fällt die Kaufpreiszahlung aus, kann der Verkäufer vom Kauf zurücktreten (§§ 323, 449 Abs. 2 BGB) und die Sache vindizieren (§§ 985, 346 Abs. 1 BGB). Infolgedessen kann die Sache dem Käufer bereits bei Vertragsschluss übergeben, d.h. zum Gebrauch überlassen werden, ohne dass der Verkäufer seine Rechtsposition verliert. Hierin liegt ein erheblicher Vorteil gegenüber der ebenfalls denkbaren Variante, dass der Verkäufer dem Käufer die Sache bedingungslos übereignet und zur Gewährleistung der Zahlung ein vertragliches Pfandrecht reklamiert.²² *Cum grano salis* wird der EV daher auch als „besitzloses Pfandrecht“ angesehen, dem ein fiduziarischer (treuhänderischer) Charakter innewohnt.²³

Zudem schützt die Konstruktion den Verkäufer auch in der Käuferinsolvenz. Hier hat der Insolvenzverwalter spätestens nach Aufforderung des Verkäufers zu entscheiden, ob er den Kaufvertrag erfüllt (§ 103 Abs. 1, 2 S. 2, § 107 Abs. 2 InsO²⁴); entscheidet er sich dagegen, darf der Verkäufer den Kaufgegenstand *aussondern*, d.h. unter Erstattung geleisteter Raten²⁵ vom Insolvenzverwalter herausverlangen (§ 47 InsO).²⁶ Ohne den EV wäre der Verkäufer hingegen auf bloße Ersatzansprüche wegen Nichterfüllung verwiesen, die er zudem nur als einfacher Insolvenzgläubiger geltend machen könnte (§ 103 Abs. 2 S. 1 InsO).

Ungeachtet dieser Vorzüge hat der EV jedoch auch Schwächen. Zum einen ist zwar zu beachten, dass der Käufer (Schuldner) die Sache grundsätzlich nicht ohne Zustimmung des Verkäufers (Gläubigers) an einen Dritten veräußern darf, solange das Eigentum nicht durch vollständige Kaufpreiszahlung auf ihn übergegangen ist.²⁷ Ein unbeteiligter Dritter, der die Verhältnisse nicht kennt und den Schuldner selbst für den Eigentümer hält, kann das Eigentum an der Sache aber gleichwohl *gutgläubig* durch ein Verfügungsgeschäft erwerben, womit der Gläubiger seine Rechtsposition verliert und der EV erlischt (§§ 932 ff. BGB).²⁸ Da das Bestehen des EV nicht etwa in einem öffentli-

²² Zu den damit verbundenen Nachteilen oben, II.1.

²³ Bülow, WM 2007, 429, 431-432.

²⁴ Insolvenzordnung.

²⁵ Dazu Kieninger in: Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 1), § 20 Rn. 3.

²⁶ Siehe BGH v. 19.12.2007 – XII ZR 61/05, NJW-RR 2008, 818, 821.

²⁷ Dazu nur Weidenkaff (Fn. 21), § 449 Rn. 13.

²⁸ Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 59 Rn. 13a; Kieninger in: Lwowski/Fischer/Gehrlein (Fn. 1), § 20 Rn. 3. Gutgläubigkeit bedeutet, dass dem Erwerber weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache dem Veräußerer nicht gehört (§ 932 Abs. 2 BGB).

chen Register oder auf andere Weise publiziert wird, kommt eine derartige Gutgläubigkeit des Dritten in praxi ohne Weiteres in Betracht. Zudem kann auch eine Weiterverarbeitung der Sache durch den Schuldner zu einem Eigentumsverlust auf Verkäuferseite führen, wenn durch die Verarbeitung eine neue Sache gemäß § 950 BGB entsteht; diese steht dann gegebenenfalls dem Schuldner als gesetzlichem Neu-Eigentümer zu, so dass der EV abermals erlischt.²⁹ Ein Beispiel für eine solche Verarbeitung wäre etwa die Verarbeitung von Gerste zu Malz³⁰ oder von Ton zu Ziegeln,³¹ sofern der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer ist als der Wert des Ausgangsstoffs.³²

Geht der EV verloren, stehen dem Verkäufer (Gläubiger) zwar Sekundäransprüche gegen die Schuldnerseite zu, etwa auf Schadensersatz (§§ 280 ff. BGB) oder Bereicherungsausgleich (§§ 812 ff., 951 BGB). Allerdings trägt der Gläubiger dann wieder das allgemeine Bonitätsrisiko des Schuldners, und zwar auch und gerade im Fall der Insolvenz: So unterliegt etwa eine Gegenleistung, die der Schuldner von einem gutgläubigen Dritterwerber gegebenenfalls erhalten hat, zwar im Grundsatz der Ersatzaussonderung nach § 48 InsO. Allerdings setzt diese gemäß § 48 Satz 2 InsO wiederum voraus, dass die Gegenleistung in der Insolvenzmasse noch unterscheidbar vorhanden ist, woran es vor allem dort fehlen kann, wo der Dritte den Kaufpreis in bar entrichtet hat.³³ Ansprüche aus § 951 BGB, die in den Fällen des § 950 BGB regelmäßig bestehen, qualifizieren sich zudem stets als ungesicherte Insolvenzforderungen.³⁴

b) Der verlängerte Eigentumsvorbehalt als Sonderform

Über den „einfachen“ EV hinaus haben sich in der Praxis zahlreiche Sonderformen entwickelt. Hierzu zählen etwa der „erweiterte“, der „weitergeleitete“ oder der „nachgeschaltete“,³⁵ vor allem aber der „verlängerte“ EV. Der verlängerte EV, dem die praktisch größte Bedeutung zukommt,³⁶ hat im Wesentlichen die Funktion, die Sicherungswirkung der Figur auf etwaige Surrogate der Kaufsache zu erstrecken, die sich (a) aus ihrem Weiterverkauf oder (b) aus ihrer Weiterverarbeitung durch

²⁹ *Baur/Stürner* (Fn. 28), § 59 Rn. 14; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 449 Rn. 15; *Duttler* (Fn. 9), S. 230.

³⁰ Beispiel nach BGH v. 28.6.1954 – IV ZR 40/54, BGHZ 14, 114 ff.

³¹ Beispiel nach RG v. 14.12.1909 – VII 329/09, RGZ 72, 281 ff.

³² Siehe dazu § 950 Abs. 1 S. 1 BGB, *letzter Halbsatz*.

³³ Vgl. *Kieninger* in: *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Fn. 1), § 20 Rn. 3; *Bäuerle* in: *Braun, Insolvenzordnung*, 7. Aufl. 2017, § 48 Rn. 32: durch Vermischung mit anderem Geld des Schuldners geht die Unterscheidbarkeit verloren.

³⁴ Anders ist dies nur, wenn der Eigentumsverlust nach § 950 BGB erst *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintritt: In diesem Fall bildet der Ersatzanspruch aus § 951 BGB eine Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 1, 3 InsO), was für den Gläubiger von Vorteil ist. Näher *Beckmann* (Fn. 4), § 449 Rn. 114.

³⁵ Im Überblick *Baur/Stürner* (Fn. 28), § 59 Rn. 6; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 449 Rn. 16 ff.

³⁶ Statt vieler *Beckmann* (Fn. 4), § 449 Rn. 120 („in Handel und Industrie erhebliche Bedeutung“).

den Vorbehaltskäufer ergeben.³⁷ Insofern gibt er gewissermaßen eine Antwort auf die Schwächen, die der einfache EV in der Rechtspraxis offenbart.³⁸

Von Bedeutung ist der verlängerte EV vor allem in Vertriebsketten, die sich in der einfachsten Variante von einem Waren- oder Rohstofflieferanten (Gläubiger) über einen Händler (Schuldner) zu einem Endkunden erstrecken.³⁹ Hier steht der Händler praktisch häufig unter Druck, die gekaufte Ware möglichst rasch an seine Kunden zu vertreiben, obschon ihm die Vergütung des Lieferanten aktuell nicht möglich ist. Der Händler wird daher gemäß § 185 BGB ermächtigt, die unter EV gelieferte Ware im eigenen Namen zu veräußern, so dass sie der Kunde problemlos – und ohne Rückgriff auf die §§ 932 ff. BGB – erwerben kann.⁴⁰ Im Gegenzug verlangt der Lieferant freilich die Abtretung der Forderungen, die dem Händler aus dem Weiterverkauf gegen den Endkunden entstehen, so dass dieselben das ursprünglich vorbehaltene Eigentum als Kreditsicherung ersetzen.⁴¹ Hierzu genügt ein formloser Vertrag gemäß § 398 BGB, den die Parteien geheim halten können.⁴² Zugleich wird der Händler in aller Regel dazu ermächtigt, die zedierten Forderungen im eigenen Namen einzuziehen – der Kunde kann etwaige Zahlungen dann wie gewohnt an seinen Vertragspartner entrichten, auf dass dieser die Leistungen an den Lieferanten (Gläubiger) weiterleite und so seine eigene Kaufpreisschuld erfülle.⁴³ Im Ergebnis wird damit einerseits eine möglichst einfache und flexible Abwicklung der Vertragsverhältnisse ermöglicht, andererseits aber auch ein hohes Maß an Diskretion sichergestellt: Da der Endkunde von den wirtschaftlichen Hintergründen in aller Regel nichts erfährt, muss der Händler nicht befürchten, dass ein Bekanntwerden der Kreditierung seine Bonität im Außenverhältnis gefährde.⁴⁴

Was eine etwaige Weiterverarbeitung betrifft, können die Parteien nach herrschender Meinung eine sog. Verarbeitungsklausel verwenden.⁴⁵ Mit dieser wird dem Schuldner (Käufer, Händler) ei-

³⁷ Prägnant zu beidem *J. Wilhelm*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 2450; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 449 Rn. 18.

³⁸ Zu diesen Schwächen soeben, II.2.a).

³⁹ In der Praxis sind die Vertriebsketten natürlich teilweise noch länger und umfassen mehrere Zwischenstufen, was für die folgenden Überlegungen jedoch ausgeblendet werden kann.

⁴⁰ Statt vieler BGH v. 24.3.1971 – VIII ZR 145/69, NJW 1971, 1038, 1039; *Kieninger* in: *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Fn. 1), § 20 Rn. 23. Die Ermächtigung steht allerdings regelmäßig unter der Bedingung, dass die Weiterverfügung im „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ erfolgt, so dass der Händler z.B. nicht berechtigt ist, die Sache zu verschenken oder an einen konkurrierenden Kreditgeber als Sicherheit zu übereignen (zur Sicherungsübereignung noch unten, II.3.).

⁴¹ *Kieninger* in: *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Fn. 1), § 20 Rn. 23; *Brinkmann* (Fn. 4), S. 202.

⁴² Sog. „stille Zession“; *Roth/Kieninger* in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 3, 8. Aufl. 2019, § 398 Rn. 135; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 449 Rn. 18; *Bülow* (Fn. 6), Rn. 1370.

⁴³ Als Rechtsgrundlage der Einzugsermächtigung dient § 362 Abs. 2 i.V.m. § 185 BGB analog; s. BGH v. 16.12.1957 – VII ZR 49/57, BGHZ 26, 185, 191 f.; BGH v. 7.6.1972 – VIII ZR 1/71, WM 1972, 995, 997.

⁴⁴ Vgl. *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 2.

⁴⁵ BGH v. 28.6.1954 – IV ZR 40/54, BGHZ 14, 114, 117; BGH v. 3.3.1956 – IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159, 163.

nerseits eine Verarbeitung der unter EV gelieferten Sache gemäß § 950 BGB gestattet,⁴⁶ andererseits aber auch geregelt, dass als Hersteller i.S. der Vorschrift gerade der Gläubiger gelten soll.⁴⁷ Das Eigentum an der neuen Sache steht dann im Ergebnis dem Gläubiger zu und geht erst mit vollständiger Kaufpreiszahlung auf den Käufer über, so dass sich der EV funktional an der neuen Sache fortsetzt.⁴⁸

Die damit verbundenen Vorteile bleiben prinzipiell auch in der Insolvenz des Schuldners erhalten. Während der Gläubiger hier wieder ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO genießt, sofern die gelieferte Sache noch in natura vorhanden ist,⁴⁹ steht ihm bezüglich der zedierten Kundenforderungen (in der Vertriebskette) sowie etwaiger Neuwaren (bei Verwendung einer Weiterverarbeitungs-klausel) zumindest ein Absonderungsrecht zu (§§ 50, 51 Nr. 1 InsO).⁵⁰ Die Befugnis zur Verwertung hat so zwar im Grundsatz der Verwalter (§§ 166 ff. InsO), doch kann der Gläubiger vorzugsweise Befriedigung aus dem Verwertungserlös verlangen (§ 170 Abs. 1 InsO).⁵¹

Trotz dieser Vorteile hat aber auch das System des verlängerten EVs seine Schwächen. So hat der Verkäufer auch hier z.B. keineswegs eine Garantie, dass der Käufer die vom Kunden erhaltenen Gelder wie vereinbart transferiert und nicht etwa für andere, eigennützige Zwecke unterschlägt; es droht also ein Verlust- und Loyalitätsrisiko.⁵² Zudem kommt in Betracht, dass der Käufer die gelieferten Gegenstände oder die verarbeiteten Waren absprachewidrig an einen gutgläubigen Drittwerber veräußert,⁵³ was auch ohne entsprechende Ermächtigung gemäß §§ 932 ff. BGB möglich bleibt,⁵⁴ oder den denkbaren Wunsch seiner Kunden nach einem vertraglichen Abtretungsverbot erfüllt (§ 399 Alt. 2 BGB), so dass die Zession ins Leere geht.⁵⁵ Im schlimmsten Fall ist im Vermögen des Käufers dann kein Gegenwert mehr vorhanden, auf den der Gläubiger Zugriff hat. Um diese Risiken zu entschärfen, bleibt in der Praxis oftmals nur, den Schuldner möglichst eng zu überwa-

⁴⁶ Zu § 950 BGB oben, II.2.a).

⁴⁷ Exemplarisch *Reiling* in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 48. Ed. v. 1.3.2019, Teil 3.8, Ziffer (4).

⁴⁸ So zumindest die ganz herrschende Meinung, näher *Beckmann* (Fn. 4), § 449 Rn. 146 m. w. Nachw.

⁴⁹ Insoweit nicht anders als beim einfachen EV, oben II.2.a).

⁵⁰ Siehe statt vieler – jeweils m. w. Nachw. – *Thole* in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 51 Rn. 17; *Brinkmann* in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 47 Rn. 42 (für abgetretene Kundenforderungen); *Bäuerle* (Fn. 33), § 51 Rn. 20; *Beckmann* (Fn. 4), § 449 Rn. 158 (für Neuwaren nach § 950 BGB).

⁵¹ Näher *Adolphsen* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 43 Rn. 42, 53.

⁵² *Duttle* (Fn. 9), S. 233-234.

⁵³ Beispielsweise weil die Verfügung – anders als regelmäßig vereinbart – nicht im „ordnungsgemäßen Geschäftsgange“ erfolgt; dazu oben, Fn. 40.

⁵⁴ Zu denken ist auch an einen gutgläubigen Erwerb nach § 366 des Handelsgesetzbuches (HGB), für den es genügt, wenn der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit das Bestehen einer Verfügungsermächtigung nach § 185 BGB annimmt; dazu nur *Hopt* in: Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 366 Rn. 2 ff.

⁵⁵ Zu dieser Gefahr, die in der Praxis freilich durch § 354a HGB relativiert wird, der die Unwirksamkeit vertraglicher Abtretungsverbote bei Geldforderungen im kaufmännischen Rechtsverkehr anordnet, etwa *Thole* (Fn. 50), § 51 Rn. 17; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 449 Rn. 18.

chen, etwa indem die ordnungsgemäße Weiterleitung eingezogener Kundengelder ständig überprüft und gegebenenfalls eingeklagt wird.⁵⁶ Damit sind aber natürlich Unkosten verbunden.

3. Sicherungsübereignung

Die Sicherungsübereignung dient demgegenüber eher zur Besicherung eines Geldkredits. Bedeutung hat sie vor allem bei Betriebsmittel- und Investitionskrediten, die eine Bank an Geschäftskunden vergibt, während ihr Stellenwert im Verbraucherbereich überschaubar ist.⁵⁷ Sieht man von Kfz-Krediten ab, bei denen der finanzierenden Bank das gekaufte Fahrzeug zur Sicherheit übereignet wird, dominieren dort eher Personalsicherheiten (Garantien, Bürgschaften), Restschuldversicherungen⁵⁸ oder die Sicherungsabtretung von Rechten, etwa von Lohn- und Gehaltsforderungen.⁵⁹

Im Gegensatz zum EV stammt das Sicherungsgut bei der Sicherungsübereignung aus der Sphäre des Kreditnehmers. Um die Rückzahlung seines Darlehens zu sichern, überträgt er der Bank hier das Volleigentum an einer in Rede stehenden Sache, wobei für gewöhnlich ein sog. *Besitzkonstitut* nach § 930 BGB vereinbart wird.⁶⁰ Der unmittelbare Besitz kann damit zunächst beim Kreditnehmer verbleiben, so dass er die Sache weiter nutzen darf. Der hierin liegende Vorteil gegenüber der Sicherungsverpfändung⁶¹ hat zwar vereinzelt zu Debatten darüber geführt, ob es sich bei der Sicherungsübereignung um eine verbotene Umgehung der §§ 1204 ff. BGB handeln könnte; allerdings haben die Gerichte ihre Verwendung seit 1904 immer wieder akzeptiert.⁶²

Als Grundlage des Besitzkonstituts dient eine besondere Sicherungsabrede zwischen den Parteien, die das Verfügungsgeschäft der Übereignung mit dem Kreditvertrag verknüpft. Zum einen enthält sie Bestimmungen darüber, für welche Forderungen genau die Übereignung als Sicherheit bestellt wird, und zum anderen legt sie fest, wann und wie der Darlehensgeber die Sache zur Verwertung herausverlangen darf. Auf diese Weise erlangt der Kreditgeber sog. *mittelbaren* Besitz, was § 930 BGB auch so verlangt.⁶³ Sofern der Kreditnehmer den Kreditvertrag ordnungsgemäß erfüllt, so dass der Sicherungszweck entfällt, hat er seinerseits einen Anspruch auf Rückübereignung (Frei-

⁵⁶ Vgl. *Duttler* (Fn. 9), S. 233-234, 241.

⁵⁷ Näher *Lwowski* (Fn. 2), S. 177; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 2 (m. w. Nachw.).

⁵⁸ Speziell dazu *Mülbart/Wilhelm*, WM 2009, 2241 ff.

⁵⁹ Zur Sicherungsabtretung eingehend unten, II.4.

⁶⁰ In der Möglichkeit eines solchen Besitzkonstituts liegt eine echte Besonderheit des deutschen Rechts; eingehend *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 4; *Wiegand* in: Staudinger, BGB, Buch 3: Eigentum 2 (§§ 925-984; Anh. zu §§ 929 ff.), 2017, Anh. §§ 929-931 Rn. 79.

⁶¹ Oben, II.1.

⁶² Zur historischen Entwicklung des Sicherungseigentums *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 3, namentlich unter Verweis auf RG v. 11.3.1904 – VII 498/03, RGZ 57, 175, 177 ff.

⁶³ Der mittelbare Besitz ist seinerseits in § 868 BGB geregelt. Näher *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 15.

gabe) der Sache, der direkt aus der Sicherungsabrede folgt.⁶⁴ Durch die damit verbundene „Aufspaltung“ des Eigentums in eine Sicherungsfunktion (die dem Kreditgeber zufällt) und eine Nutzungsfunktion (die der Kreditnehmer behält) stellt der Kontrakt eine Treuhandvereinbarung dar, die das Sicherungseigentum zum Paragrafenfall fiduziarischer Kreditsicherheiten macht.⁶⁵

Darüber hinaus hat die Übereignung nach § 930 BGB den Vorteil, dass der Eigentumsverlust des Schuldners der Allgemeinheit nicht bekannt wird. Auf diese Weise bleibt dem Schuldner die Unannehmlichkeit erspart, die Einschaltung eines bestimmten Kreditgebers gegenüber Geschäftspartnern rechtfertigen zu müssen.⁶⁶ Zudem gilt im Gegensatz zum Vertragspfandrecht nicht der Grundsatz strenger Akzessorietät,⁶⁷ womit die Parteien größere Flexibilität in puncto Forderungsmanagement genießen.⁶⁸ Die damit verbundene Entlastung führt erfahrungsgemäß zu einer Verbesserung der Zins- und Kreditkonditionen, so dass neben dem Kreditgeber auch der Kreditnehmer profitiert.⁶⁹

In der Insolvenz des Kreditnehmers ist der Kreditgeber ebenfalls geschützt. Anders als ein Lieferant, zu dessen Gunsten ein einfacher oder verlängerter EV besteht, genießt er hinsichtlich der übereigneten Sache zwar kein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO.⁷⁰ Gemäß § 51 Nr. 1 InsO ist er aber immerhin zur Absonderung berechtigt, so dass seine Verwertungsposition derjenigen eines Pfandgläubigers entspricht.⁷¹

Gleichwohl ergeben sich auch bei der Sicherungsübereignung Probleme, die die Wirtschaftlichkeit und Effizienz des Instituts in Zweifel ziehen. Ähnlich wie beim EV betrifft dies zunächst die Gefahr einer absprachewidrigen Verfügung, d.h. einer Übereignung des Sicherungsguts an einen gutgläubigen Dritten, die gemäß §§ 932 ff. BGB möglich bleibt und gegebenenfalls zum Verlust der

⁶⁴ Ein solcher Anspruch besteht auch dann, wenn er im Sicherungsvertrag nicht explizit erwähnt ist; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 47. Zudem können die Parteien vereinbaren, dass die Sicherungsübereignung auflösend bedingt i.S. des § 158 Abs. 2 BGB erfolgt, so dass das Eigentum mit Erfüllung des Kreditvertrags automatisch an den Sicherungsnehmer zurückfällt. Diese Variante wird in der Praxis aber regelmäßig nicht gewählt; vgl. BGH v. 2.2.1984 – IX ZR 8/83, NJW 1984, 1184; *Klinck* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Buch 3, Stand: 1.4.2019, § 930 Rn. 66; *Lwowski* (Fn. 2), S. 174.

⁶⁵ Vgl. *Wiegand* (Fn. 60), Anh. §§ 929-931 Rn. 321 ff.; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 1.

⁶⁶ *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 2.

⁶⁷ Dazu oben, II.1. (für das Vertragspfandrecht).

⁶⁸ Insbesondere wird die Möglichkeit erleichtert, die ursprüngliche Kaufpreisforderung bei Bedarf durch eine andere Forderung zu ersetzen – hierfür bedarf es nur einer entsprechenden Änderung des Sicherungsvertrags. Näher *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 2; *Lwowski* (Fn. 2), S. 174.

⁶⁹ So jedenfalls die erfahrungsgesättigte Annahme von *Lwowski* (Fn. 2), S. 174.

⁷⁰ Zur Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers nach § 47 InsO bereits oben, II.2.a.

⁷¹ *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 BGB; *Uhlenbruck/Brinkmann* (Fn. 50), § 47 Rn. 17.

Sache führt.⁷² Hierzu hat der Schuldner insbesondere bei angespannter Liquiditätslage einen Anreiz, um diese durch einen „Notverkauf“ zu lindern.⁷³ Gerät der Kreditnehmer daraufhin in Insolvenz, kommt zugunsten des Kreditgebers zwar eine Ersatzabsonderung des Verkaufserlöses infrage, für die § 48 InsO entsprechend gilt.⁷⁴ Allerdings setzt diese wiederum voraus, dass der Erlös noch unterscheidbar beim Kreditnehmer vorhanden ist, woran es bei Barbeträgen regelmäßig fehlt.⁷⁵ Zudem droht abermals ein Rechtsverlust nach § 950 BGB, was sich wie beim verlängerten EV allenfalls durch eine Verarbeitungsklausel kompensieren lässt.⁷⁶ Je nach Beschaffenheit der Sache droht im Übrigen noch ein erheblicher Wertverlust durch Verschleiß, den die zwischenzeitliche Weiternutzung der Sache durch den Kreditnehmer bewirkt.⁷⁷ Im Ergebnis muss der Kreditgeber daher auch bei der Sicherungsübereignung mit Kontroll- und Überwachungskosten rechnen, um die Werthaltigkeit und den Bestand der Sicherheit bis zum Verwertungsfall zu schützen.⁷⁸

4. Sicherungsabtretung

Die Sicherungsabtretung findet im Grundsatz bei nahezu sämtlichen Kreditformen Verwendung. In der Praxis ist auch sie zwar vor allem im Bankgeschäft von Interesse,⁷⁹ doch bedienen sich ihrer auch Lieferanten zur Besicherung eines Warenkredits, wie schon das Beispiel des verlängerten Eigentumsvorbehaltes zeigt.⁸⁰ Als Gegenstand kommen übertragbare Rechte aller Art in Betracht, wozu neben Marken und Patenten z.B. Gesellschaftsanteile gehören.⁸¹ Am wichtigsten dürfte jedoch die Zession von Geld- oder Zahlungsforderungen sein,⁸² was neben Lohn- und Gehaltsforderungen⁸³ etwa Ansprüche aus einer Lebensversicherung betrifft.⁸⁴

⁷² Auch an § 366 HGB (Fn. 54) ist in diesem Zusammenhang zu denken. Näher *Weigand* (Fn. 60), Anh. §§ 929-931 Rn. 246; *Bülow* (Fn. 6), Rn. 1280 (m. w. Nachw.).

⁷³ Vgl. nur *Drukarczyk*, Unternehmen und Insolvenz, 1987, S. 193. Die Gefahr aus praktischer Sicht möglicherweise etwas unterschätzend *Lwowski* (Fn. 2), S. 177 („Die Gefahr des Verlustes des Sicherungsgutes einer Bank ist äußerst gering. Laut Aussagen der Banken spielt es keine Rolle.“).

⁷⁴ *Uhlenbruck/Brinkmann* (Fn. 50), § 48 Rn. 43; *Thole* (Fn. 50), § 48 Rn. 25.

⁷⁵ Dies ist naturgemäß vor allem im Einzelhandel ein Problem, wo in Deutschland noch immer die Barzahlung dominiert. Zu den praktischen Schwierigkeiten bereits oben, II.2.a).

⁷⁶ Eingehend hierzu im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung *Ganter* in: Münchener Kommentar zur InsO, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 51 Rn. 109 ff. Zur Bedeutung von Verarbeitungsklauseln beim verlängerten EV oben, II.2.b).

⁷⁷ Dazu *Duttle* (Fn. 9), S. 221, 224; *Adams* (Fn. 12), S. 124-125.

⁷⁸ *Duttle* (Fn. 9), S. 221 ff. Vgl. insoweit auch schon oben, II.2.b) a.E. mit Blick auf den EV.

⁷⁹ Insoweit ähnlich wie die Sicherungsübereignung, oben II.3.

⁸⁰ Zur sicherungsweisen Abtretung von Kundenforderungen dabei schon oben, II.2.b).

⁸¹ Im Überblick *Bülow* (Fn. 6), Rn. 1367.

⁸² *Bülow* (Fn. 6), Rn. 1367 a.E.

⁸³ Dazu schon oben, II.3.

⁸⁴ Speziell dazu *Ganter* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 96 Rn. 157.

Ähnlich wie bei der Sicherungsübereignung findet auch hier eine Vollrechtsübertragung mit fiduziarischer Zweckbindung statt.⁸⁵ Die Abtretung der Forderung vom Sicherungsgeber (Kreditschuldner, Zedent) an den Sicherungsnehmer (Kreditgläubiger, Zessionar) erfolgt durch Vertrag gemäß § 398 BGB,⁸⁶ dem wie beim Sicherungseigentum eine Sicherungsabrede unterliegt.⁸⁷ Bleibt die Kreditrückzahlung aus, darf der Gläubiger die abgetretene Forderung zu seiner Befriedigung verwerten, d.h. die Abtretung dem Drittschuldner offenlegen und Erfüllung an sich selbst verlangen. Bis dahin bleibt die Abtretung typischerweise geheim, um Bonität und Ansehen des Kreditnehmers zu schützen.⁸⁸ Umgekehrt hat der Schuldner wieder einen Freigabeanspruch, d.h. einen Anspruch auf Rückabtretung aus dem Sicherungsvertrag, sofern er den Kreditvertrag ordnungsgemäß erfüllt.⁸⁹ Wird der Kreditnehmer insolvent, ist der Kreditgeber abermals durch ein Absonderungsrecht geschützt – das zum verlängerten EV Gesagte gilt daher insoweit analog.⁹⁰

Vereiteln kann den Erfolg der Sicherung wiederum in Sonderheit ein Zessionsverbot, das der Drittschuldner mit dem Kreditnehmer vereinbart hat⁹¹ oder das aus anderen, gesetzlichen Gründen existiert.⁹² Wird die Abtretung mit einer Einzugsermächtigung verbunden, was wie beim verlängerten EV aus Praktikabilitätsgründen geschehen mag und im Wesentlichen bei der sog. Globalzession eine Rolle spielt,⁹³ ergibt sich zudem wieder ein Loyalitäts- und Weiterleitungsrisiko,⁹⁴ das sich vor allem in der Insolvenz des Kreditnehmers realisiert.⁹⁵ Zudem hängt der Wert der Sicherheit naturgemäß (auch) von der Bonität des Drittschuldners ab, die der Kreditgeber daher prüfen sollte.⁹⁶ Überhaupt ist dem Kreditgeber auch bei der Sicherungszession zu raten, den Kreditnehmer mög-

⁸⁵ Vgl. zum Treuhandcharakter der Sicherungsabtretung schon RG v. 6.3.1930 – VI 296/29, RGZ 127, 341, 344-345; ferner *Lieder* (Fn. 4), § 398 Rn. 202; *Thole* (Fn. 50), § 47 Rn. 86; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 398 Rn. 23. Zur Parallelsituation bei der Sicherungsübereignung nochmals oben, II.3.

⁸⁶ Sofern es nicht um Forderungen, sondern um sonstige Rechte (z.B. Marken, Patente, Gesellschaftsanteile) geht, ist § 398 BGB in Verbindung mit § 413 BGB („Übertragung anderer Rechte“) zu lesen.

⁸⁷ *Lieder* (Fn. 4), § 398 Rn. 209; *Bülow* (Fn. 6), Rn. 1368.

⁸⁸ Dies wiederum namentlich im Kontrast zur Rechtslage beim Vertragspfandrecht gemäß § 1280 BGB. Zur stillen Zession auch schon oben in Fn. 42; im Übrigen *Duttler* (Fn. 9), S. 226.

⁸⁹ Prägnant zum Ganzen *Grüneberg* (Fn. 85), § 398 Rn. 23-26.

⁹⁰ Zur Anwendung der §§ 50, 51 Nr. 1 und §§ 166 ff., 170 InsO in diesem Fall daher oben, II.2.b) (Konstellation Vertriebskette); für den hiesigen Fall nur *Thole* (Fn. 50), § 51 Rn. 11; *Adolphsen* (Fn. 51), § 43 Rn. 101.

⁹¹ Insoweit liegen die Dinge ähnlich wie beim verlängerten EV in der Konstellation der Vertriebskette; s. dazu oben, II.2.b) mit Blick auf § 399 BGB; im Übrigen *Duttler* (Fn. 9), S. 227.

⁹² Im Überblick dazu *Grüneberg* (Fn. 85), § 399 Rn. 2.

⁹³ *Ganter* (Fn. 84), § 96 Rn. 73 ff.; *Roth/Kieninger* (Fn. 42), § 398 Rn. 106. Zur Einzugsermächtigung beim verlängerten EV nochmals oben, II.2.b); zur Globalzession noch sogleich, III.1.

⁹⁴ Vgl. dazu bereits oben, II.2.b); *Duttler* (Fn. 9), S. 226-227.

⁹⁵ Eingezogene Beträge unterliegen zwar der Ersatzabsonderung analog § 48 InsO (aktuell BGH v. 24.1.2019 – IX ZR 110/17, NZI 2019, 274, 275), doch hilft dies dem Kreditgeber wenig, wenn die Beträge nicht mehr unterscheidbar im Kreditnehmersvermögen vorhanden sind.

⁹⁶ *Duttler* (Fn. 9), S. 226, 228.

lichst eng zu überwachen, um Wert und Bestand seiner Sicherheit zu schützen.⁹⁷ Einen Verlust der Sicherung durch gutgläubigen Dritterwerb braucht er allerdings nicht zu fürchten, da ein solcher bei der Abtretung von Forderungen generell nicht möglich ist.⁹⁸

III. Ausgewählte Praxisfragen

Aus praktischer Sicht stellt sich im Recht der Mobiliarsicherheiten eine Vielzahl von Problemen. Für Aufsehen hat etwa das Sujet der Übersicherung gesorgt, d.h. die lange umstrittene Frage, wann der Wert einer Sicherheit die gesicherte Forderung derart drastisch übersteigt, dass die Rechtsordnung dem Sicherungsvertrag die rechtliche Wirkung versagen muss.⁹⁹ Zudem stoßen verstärkt bestimmte Steuerthemen auf Interesse, die sich bei der Verwertung von Sicherheiten durch einen Kreditgeber ergeben.¹⁰⁰ Im Folgenden soll der Blick indes auf eine Trias von Gegenständen begrenzt sein, die die Rechtspraxis in Deutschland in nahezu *jedem* Fall bewegen.

1. Globalsicherheiten und Bestimmtheitsgrundsatz

Der erste betrifft den Umgang mit dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Nach diesem Prinzip müssen Verfügungsgeschäfte, die auf eine Übereignung oder sonstige Veränderung der dinglichen Rechtslage abzielen,¹⁰¹ den Gegenstand der Verfügung immer so genau bezeichnen, dass jeder Zeuge des Vertrags ihn ohne Zweifel erkennen kann – andernfalls sind sie unwirksam.¹⁰² Sofern eine einzelne Sache in der Form des § 929 S. 1 BGB, d.h. durch Einigung und Übergabe an den Erwerber veräußert wird, ist dies naturgemäß erfüllt.¹⁰³ Probleme bereitet aber die Sicherungsüber-

⁹⁷ Dabei sollte auch überprüft werden, ob die abgetretenen Forderungen unter Umständen einredebehaftet sind und dem Drittschuldner z.B. ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, da er dieses gemäß § 404 BGB auch dem Kreditgeber entgegenhalten kann. Vgl. zum Ganzen *Duttler* (Fn. 9), S. 226-227.

⁹⁸ Die einzige Ausnahme bildet § 405 BGB für verbrieft Forderungen, was hier jedoch keine Rolle spielt. Statt aller *Roth/Kieninger* (Fn. 42), § 398 Rn. 29; *Grüneberg* (Fn. 85), § 405 Rn. 1.

⁹⁹ Hier ist im Einzelnen zwischen anfänglicher und nachträglicher Übersicherung zu unterscheiden, wobei es jeweils um eine Unwirksamkeit des Vertrags wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) geht; BGH v. 27.11.1997 – GSZ 1 u. 2/97, BGHZ 137, 212; *Ellenberger* (Fn. 20), § 138 Rn. 97; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 30-33.

¹⁰⁰ Dabei geht es vor allem um Umsatzsteuerfragen. Eingehend *de Weerth* in: *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Hrsg.), *Das Recht der Kreditsicherung*, 10. Aufl. 2018, § 19; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 60.

¹⁰¹ Zur Unterscheidung zwischen schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäften und dinglichen Verfügungsgeschäften im Lichte des Trennungs- und Abstraktionsprinzips bereits oben, II.2.a).

¹⁰² Das Prinzip wurde von der Rechtsprechung entwickelt und erklärt sich mit der absoluten Wirkung dinglicher Rechte: Weil jedermann das Eigentum seiner Mitmenschen respektieren muss, muss auch jederzeit klar sein, welcher Person das Eigentum an einer bestimmten Sache zusteht. Vgl. BGH v. 31.1.1979 – VIII ZR 93/78, BGHZ 73, 253, 254; BGH v. 13.6.1956 – IV ZR 24/56, BGHZ 21, 52, 55; *Oechsler* (Fn. 4), § 929 Rn. 6.

¹⁰³ Dies folgt daraus, dass die Übergabe als Realakt sozusagen denkwürdig immer eine genau individualisierte Sache betreffen muss; vgl. nur *Wiegand* (Fn. 60), § 929 Rn. 12; *Oechsler* (Fn. 4), § 929 Rn. 6.

eignung von Waren, sofern sie – wie zumeist – durch ein Besitzkonstitut erfolgt¹⁰⁴ und sich zudem nicht etwa auf einzelne, sondern auf eine *Mehrheit* von Gegenständen bezieht.¹⁰⁵

Unter dieser Prämisse hat vor allem die Übereignung von Warenlagern Bedeutung. Hier muss von Anfang an geklärt sein, welche Teile eines Lagers der Erwerber konkret erhalten soll, wobei sich Schwierigkeiten vor allem dann ergeben, wenn der Bestand des Lagers rotiert.¹⁰⁶ Das Bedürfnis der Beteiligten geht typischerweise dahin, im Zeitpunkt der Kreditvergabe auch schon die Übereignung jener Waren zu beschließen, die erst in Zukunft – nach und nach – ins Lager eingeliefert werden.¹⁰⁷ Der Bundesgerichtshof (BGH) ermöglicht dies auf der Grundlage eines *antizipierten* Besitzkonstituts, das quasi „auf Vorrat“ vereinbart wird – das Eigentum geht dann automatisch auf den Erwerber über, sobald es der Veräußerer selbst für eine logische Sekunde erwirbt.¹⁰⁸

Um dem Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen, können die Parteien etwa einen „Raumsicherungsvertrag“ schließen, nach dem einfach „alle“ Objekte erfasst sind, die sich jetzt oder in Zukunft in einem bestimmten Raum befinden.¹⁰⁹ Soll nur ein Teil des Lagers übergehen, lässt sich die Bestimmtheit durch Inventarisierung¹¹⁰ oder durch Kennzeichnung bewirken, indem die designierte Ware mit einem Schild oder Fähnchen versehen wird.¹¹¹ Zu unbestimmt ist indes die rein quantitative Beschreibung einer Teilmenge, etwa indem die Parteien „75 von 100 Ferkeln“ aus einem Mastbetrieb¹¹² oder „sämtliche Waren im Wert von über 1.000 Euro“¹¹³ in Bezug nehmen. Bei gemischten Lagern, die zugleich Eigentum anderer Personen enthalten, soll die Bestimmtheit zudem fehlen, wenn ohne nähere Bezeichnung nur „die Sachen des Kreditnehmers“ übereignet werden.¹¹⁴ Bedenklich sind schließlich funktionale Kriterien, die dem Beobachter Wertungsspielräume belassen: So

¹⁰⁴ § 930 BGB; dazu schon oben, II.3.

¹⁰⁵ *Wiegand* (Fn. 60), § 929 Rn. 12; *Oechsler* (Fn. 4), § 929 Rn. 6.

¹⁰⁶ Etwa weil alte Waren veräußert oder verarbeitet werden und neue Waren hinzukommen („revolvierender Bestand“).

¹⁰⁷ Eine Alternative bestünde darin, für jede neu erworbene Sache in dem Moment, in dem sie ins Warenlager eingeliefert wird, ein jeweils neues Besitzkonstitut zu vereinbaren. Dies wäre aber jedenfalls bei häufigem Bestandswechsel überaus aufwendig und kommt für die Bedürfnisse der Praxis daher selten in Betracht.

¹⁰⁸ Streng genommen werden hier sowohl das Besitzkonstitut nach § 930 BGB als auch die dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB vorweggenommen („antizipiert“); statt vieler *Oechsler* (Fn. 4), § 930 Rn. 24 ff.; aus der Rechtsprechung etwa schon BGH v. 24.6.1958 – VIII ZR 205/57, NJW 1958, 1133, 1135.

¹⁰⁹ Sog. Allformel; vgl. BGH v. 4.10.1993 – II ZR 156/92, NJW 1994, 133; BGH v. 13.1.1992 – II ZR 11/91, NJW 1992, 1161; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 7; *Bülow* (Fn. 6), Rn. 1297.

¹¹⁰ Sog. Listenvertrag; *Ganter* (Fn. 76), § 51 Rn. 62.

¹¹¹ Sog. Markierungsvertrag; vgl. etwa BGH v. 29.4.1958 – VIII ZR 211/57, NJW 1958, 945; Urt. v. 21.11.1983 – VIII ZR 191/82, NJW 1984, 803, 804; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 7; *Bülow* (Fn. 6), Rn. 1299.

¹¹² Beispiel nach BGH v. 21.11.1983 – VIII ZR 191/82, NJW 1984, 804.

¹¹³ Vgl. BGH v. 13.6.1956 – IV ZR 24/56; kritisch *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 7.

¹¹⁴ BGH v. 20.3.1986 – IX ZR 88/85, NJW 1986, 1985, 1986.

hielt es die Rechtsprechung etwa für zu unbestimmt, als „sämtliche Nachschlagewerke über Kunstgegenstände“ aus einer Bibliothek übereignet wurden.¹¹⁵

Weniger streng sind die Anforderungen bei der Globalzession, d.h. bei der sicherungsweisen Abtretung einer Mehrheit gegenwärtiger und künftiger Forderungen.¹¹⁶ Der BGH lässt hier die bloße *Bestimmbarkeit* im Zeitpunkt der Forderungsentstehung genügen, der die Parteien neben der Aufstellung detaillierter Listen¹¹⁷ etwa durch eine Regelung entsprechen, wonach sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus der Geschäftsbeziehung mit einem bestimmten Schuldner abgetreten sind.¹¹⁸ Ebenso zulässig ist die Abtretung künftiger Forderungen aus der Veräußerung oder Vermietung von Gütern, mögen die zugrunde liegenden Verträge auch aktuell noch nicht bestehen.¹¹⁹ Probleme bereitet aber die Teilabtretung eines zukünftigen Anspruchs, sofern der relevante Teil von der Höhe einer anderen zukünftigen Forderung abhängt und dabei zwar die Identität der Forderungen, nicht aber ihre spätere Höhe bestimmbar ist.¹²⁰

Die Konsequenz aus alledem liegt darin, dass die Parteien zur Sicherstellung der Vertragswirksamkeit mitunter erheblichen Aufwand betreiben müssen. Es liegt auf der Hand, dass die Aufstellung und Aktualisierung von Inventarlisten, die Verteilung von Waren auf bestimmte Räume oder die sonstigen Vorkehrungen zur Gewährleistung der Bestimmtheit gewisse Kosten mit sich bringen.¹²¹ Zudem unterlaufen den Parteien bei der Vertragsgestaltung nicht selten Fehler, so dass die mangelnde Bestimmtheit etwa bei der Globalzession zu den praktisch häufigsten Ausfallursachen gehört.¹²² Bei der Übereignung von Warenlagern ist im Übrigen keineswegs gesichert, dass der Schuldner (Kreditnehmer) dafür sorgt, dass die maßgeblichen Räume überhaupt geeignete Waren enthalten, etwa indem er untaugliche oder verlorene Objekte gegebenenfalls umgehend ersetzt. Die Praxis behilft sich mit sog. Ersatz- und Nachschubklauseln, die den Schuldner dazu verpflichten, einen bestimmten Minimalbestand in den Räumen zu erhalten.¹²³ Aber auch dann ergibt sich post-

¹¹⁵ Beispiel nach BGH v. 13.1.1992 – II ZR 11/91, NJW 1992, 1161 ff. („Handbibliothek Kunst“).

¹¹⁶ Zur Sicherungsabtretung oben, II.4., sowie auch im Zusammenhang mit dem verlängerten EV, oben II.2.b).

¹¹⁷ Exemplarisch *Haag* in: Hoffmann-Becking/Gebele (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, Teil III.H.3. (Globalzession), § 1 Abs. 2 i.V.m. Anlage 1.

¹¹⁸ Beispiel nach Uhlenbruck/*Brinkmann* (Fn. 50), § 51 Rn. 30. Vgl. ferner BGH v. 7.12.1977 – VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86, 89; BGH v. 20.11.1980 – VII ZR 70, 80, BGHZ 79, 16, 21; BGH v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297, 305; *Bülow* (Fn. 6), Rn. 1382 (m. w. Nachw.).

¹¹⁹ Im Überblick *Roth/Kieninger* (Fn. 42), § 398 Rn. 80 m. w. Nachw.

¹²⁰ Vgl. hierzu BGH v. 8.10.1986 – VIII ZR 342/85, BGHZ 98, 303, 313; OLG Dresden v. 18.2.1997 – 14 U 1294/96, NJW-RR 1997, 1070; eingehend *Roth/Kieninger* (Fn. 42), § 398 Rn. 80.

¹²¹ Prägnant *Brinkmann* (Fn. 1), S. 53.

¹²² Vgl. *Duttle* (Fn. 9), S. 227; *Adams* (Fn. 12), S. 123 ff.; *Drukarczyk* (Fn. 73), S. 192.

¹²³ Siehe BGH v. 13.1.1994 – IX ZR 2/93, NJW 1994, 861, 863; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 38.

wendend das Problem, dass der Gläubiger die Einhaltung dieser Klauseln mitunter aufwendig überwachen muss, was wieder Unkosten produziert.¹²⁴

2. Rangkonflikte

Eine ähnliche Bedeutung haben Rangkonflikte, die sich bei der Verwertung gekorener Sicherheiten in puncto Erlösverteilung stellen. Durch die weitgehende rechtliche Anerkennung solcher Sicherheiten stellt sich geradezu zwangsläufig die Frage ihres Verhältnisses zueinander, insbesondere unter dem Blickwinkel einer potenziellen Kollision.¹²⁵ Die Beispiele hierfür sind zahlreich.¹²⁶ Im Einzelnen geht es etwa um Fälle, in denen mehrere Globalzessionen miteinander konkurrieren,¹²⁷ der Schuldner eine unter EV stehende Sache auf seine Hausbank transferiert¹²⁸ oder ein und dieselbe Ware an mehrere Gläubiger nacheinander per Besitzkonstitut übereignet.¹²⁹

Die höchste Sprengkraft hat jedoch der Konflikt zwischen Globalzession und verlängertem EV. Sein Ausgangspunkt ist in der Regel die Vergabe eines Geldkredits, für den sich die Bank per Globalzession die künftigen Forderungen des Kreditnehmers gegen seine Kunden abtreten lässt.¹³⁰ Bezieht der Kreditnehmer sodann auch noch Waren auf Kredit, für die ein verlängerter EV vereinbart wird, stellt sich im Verwertungsfall die Frage, ob die Abtretung an die Bank oder jene an den Lieferanten wirksam ist.¹³¹ Als zeitlich frühere Verfügung müsste an sich die Vorausabtretung an die Bank den Vorrang haben,¹³² doch geht der BGH einen anderen Weg: Nach seinem Dafürhalten ist die Globalzession regelmäßig sittenwidrig und damit nichtig (§ 138 BGB), wenn die Bank weiß oder wissen muss, dass der Kreditnehmer seine Waren unter verlängertem EV bezieht. Unter dieser Bedingung verleite sie den Kreditnehmer nämlich zu einem Vertragsbruch, weil sie ihm keine andere Wahl lasse, als den Lieferanten über die Globalzession zu täuschen.¹³³

Die Banken haben auf diese Rechtsprechung mit „dinglichen Verzichtsklauseln“ reagiert. Hiernach soll die Abtretung einer Forderung, die auch ein verlängerter EV erfasst, erst mit Erlöschen

¹²⁴ *Duttle* (Fn. 9), S. 224; *Drukarczyk* (Fn. 73), S. 193; *Brinkmann* (Fn. 1), S. 53.

¹²⁵ Zur Bedeutung des Themas aus empirischer Sicht *Duttle* (Fn. 9), S. 227.

¹²⁶ Im Überblick *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 18-24, der bei Rn. 23 auch auf den praktisch bedeutsamen Konflikt zwischen Sicherungseigentum und Vermieterpfandrecht (§ 562 BGB) zu sprechen kommt.

¹²⁷ Dazu etwa BGH v. 14.7.2004 – XII ZR 257/01, NJW 2005, 1192; *Ganter* (Fn. 76), § 51 Rn. 215; *ders.* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Fn. 84), § 96 Rn. 183.

¹²⁸ Dazu etwa *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 20-21; *Duttle* (Fn. 9), S. 224-225.

¹²⁹ Dazu statt aller *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 19; *Klinck* (Fn. 64), § 930 Rn. 182.

¹³⁰ Dazu *soeben*, III.1.

¹³¹ Zum verlängerten EV mit Forderungsabtretung – Konstellation Vertriebskette – bereits oben, II.2.b).

¹³² Allgemeines Prioritätsprinzip; vgl. nur *Grüneberg* (Fn. 85), § 398 Rn. 12-13.

¹³³ „Vertragsbruchlehre“; vgl. BGH v. 12.11.1970 – VII ZR 34/69, BGHZ 55, 34; BGH v. 8.12.1998 – XI ZR 302-97, NJW 1999, 940; BGH v. 21.4.1999 – VIII ZR 128-98, NJW 1999, 2588; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 22.

desselben wirksam werden.¹³⁴ Auf diese Weise wird zwar das Kollisionsproblem entschärft, doch sinkt der Wert der Sicherheit aus Sicht der Banken ganz enorm; zudem können die Banken im Zeitpunkt der Kreditvergabe naturgemäß noch nicht annähernd kalkulieren, in welchem Umfang die Globalzession Erfolg hat.¹³⁵ Sieht man von Darlehen an Dienstleistungsunternehmen ab, bei denen verlängerte Eigentumsvorbehalte keine Rolle spielen, kommt es also zu einer spürbaren Steigerung der Ausfallrisiken und – infolgedessen – zu einer weiteren Erhöhung des Kontrollaufwands.¹³⁶

3. Mobiliarsicherheiten und AGB-Recht

Etwas rosiger fällt die Antwort darauf aus, ob gekorene Sicherheiten auch durch allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) geregelt werden können. Obwohl das deutsche AGB-Recht der §§ 305-310 BGB im internationalen Vergleich als streng gilt,¹³⁷ sind die Regelungsspielräume für Kreditgeber insofern durchaus umfangreich.

Generell unbedenklich ist etwa ein einfacher EV in Lieferanten-AGB,¹³⁸ während für den verlängerten EV jedenfalls dann das Gleiche gilt, wenn er zwischen Unternehmern vereinbart wird.¹³⁹ Letzteres ist freilich die absolute Regel, da ein entsprechender Vertrag mit einem Verbraucher ökonomisch sinnlos ist. Schwierigkeiten bereitet es aber, wenn der Vorbehalt dergestalt modifiziert wird, dass der Käufer das Eigentum nicht schon mit Erfüllung der Kaufpreisforderung, sondern erst mit der Tilgung *weiterer* Verbindlichkeiten erwerben soll („erweiterter“ EV) – dies kann den Käufer unangemessen benachteiligen, so dass die Klausel nichtig ist.¹⁴⁰ Heikle Fragen stellen sich auch, wenn der Lieferant sich das Eigentum nicht bereits im Kaufvertrag, sondern erst mit dem Lieferschein vorbehält („nachträglicher“ EV): Hiermit braucht der Käufer wohl in der Regel nicht zu rechnen, so dass der Vorbehalt allenfalls gelingt, wenn der Käufer durch eine auffällige drucktechnische Gestaltung auf ihn hingewiesen wird.¹⁴¹ Verwendet der Käufer in seinen Einkaufs-AGB eine „Abwehrklausel“, die einen EV zugunsten des Verkäufers ausschließt, ist zwischen Schuld- und

¹³⁴ Dazu OLG Celle v. 24.2.2011 – 6 U 126/10; *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 22. Exemplarisch *Haag* (Fn. 117), Teil III.H.3. (Globalzession), § 4 Satz 1 mit Anm. 7.

¹³⁵ *Duttle* (Fn. 9), S. 227-228.

¹³⁶ Prägnant *Duttle* (Fn. 9), S. 228-229.

¹³⁷ So jedenfalls unter dem Blickwinkel des unternehmerischen Rechtsverkehrs; vgl. etwa *Leuschner*, Grenzen der Vertragsfreiheit im Rechtsvergleich, ZEuP 2017, 335 ff., 369 (m. w. Nachw.).

¹³⁸ *Beckmann* (Fn. 4), § 449 Rn. 17; *Klinck* (Fn. 64), § 929 Rn. 144.

¹³⁹ Siehe BGH v. 20.3.1985 – VIII ZR 342/83, NJW 1985, 1836, 1837; BGH v. 8.10.1986 – VIII ZR 342/85, NJW 1987, 487, 488 ff.; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 449 Rn. 18.

¹⁴⁰ Dies kommt vor allem dann in Betracht, wenn es sich beim Käufer um einen Verbraucher handelt, während die herrschende Meinung bei einer Verwendung gegenüber einem Unternehmer wiederum wohlwollender ist; s. nur BGH v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, NJW 2001, 292, 297; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 449 Rn. 19.

¹⁴¹ BGH v. 25.10.1978 – VIII ZR 206/77, NJW 1979, 213, 214; BGH v. 3.2.1982 – VIII ZR 316/80, NJW 1982, 1749, 1750; *Beckmann* (Fn. 4), § 449 Rn. 32.

Sachenrecht zu unterscheiden: Während der EV auf schuldrechtlicher Ebene regelmäßig nicht Vertragsbestandteil wird,¹⁴² kommt es auf dinglicher Ebene gleichwohl nur zu einer bedingten Übereignung.¹⁴³ Ein verlängerter EV wird indes zumeist an einer Abwehrklausel scheitern, da die Vorausabtretung der Kundenforderung¹⁴⁴ in einem solchen Fall missglückt.¹⁴⁵

Zudem kann auch eine Sicherungsübereignung zumeist problemlos durch AGB vereinbart werden. Sofern die allgemeinen Anforderungen nach dem Bestimmtheitsgrundsatz¹⁴⁶ sowie die Vorgaben der Rechtsprechung zur Übersicherung¹⁴⁷ gewahrt sind, stehen auch die §§ 305 ff. BGB in aller Regel nicht entgegen.¹⁴⁸ Eine sog. „erweiterte“ Sicherungsübereignung, nach der das Sicherungsgut neben dem eigentlichen Darlehen („Anlasskredit“) auch noch für andere, z.B. künftige Forderungen haftet, wird aber vielfach kritisch gesehen; auf Bedenken stößt sie vor allem, wenn es sich bei den Forderungen um solche gegen Drittschuldner handelt, auf deren Entstehung und Bestand der Sicherungsgeber keinen Einfluss hat.¹⁴⁹ Für die formularvertragliche Sicherungsabtretung gilt im Wesentlichen das Gleiche, wobei eine Globalzession neben § 138 auch an § 307 BGB scheitern kann, wenn das Formular keine Verzichtsklausel enthält.¹⁵⁰ Im Übrigen muss die Sicherungsabrede eindeutig bestimmen, wann und wie der Kreditgeber zur Verwertung (Einziehung) der zedierten Forderungen berechtigt sein soll.¹⁵¹

Vor diesem Hintergrund hat die Praxis eine Vielzahl von Vertragsmustern entwickelt, die in der Regel als erprobt und rechtlich wirksam gelten können.¹⁵² Für die Bankwirtschaft im Speziellen betrifft dies etwa die einschlägigen Klauseln der AGB-Banken (für Privatbanken)¹⁵³ oder der AGB-

¹⁴² Grund: Offener Dissens zwischen den Vertragsparteien in diesem Punkt; vgl. nur *Bülow* (Fn. 6), Rn. 731.

¹⁴³ Grund: Der Käufer darf die Anlieferung der Sache im Lichte der Verkäufer-AGB nur als Angebot einer bedingten Übereignung werten, welches er mit der widerspruchsfreien Entgegennahme der Ware objektiv akzeptiert; BGH v. 15.6.1989 – IX ZR 167/88, NJW 1989, 3213; BGH v. 3.2.1982 – VIII ZR 316/80, NJW 1982, 1749, 1750.

¹⁴⁴ Zu ihr bereits oben, II.2.b) (Konstellation Vertriebskette).

¹⁴⁵ Vgl. BGH v. 20.3.1985 – VII ZR 327/83, NJW 1985 1838, 1839; BGH v. 18.6.1986 – VIII ZR 165/85, NJW-RR 1986, 1378, 1379; *Weidenkaff* (Fn. 21), § 449 Rn. 5.

¹⁴⁶ Zu diesen oben, III.1.

¹⁴⁷ Dazu andeutungsweise oben, III. (m. w. Nachw. in Fn. 99).

¹⁴⁸ Vgl. BGH v. 2.2.1984 – IX ZR 8/83, NJW 1984, 1184 ff.; *Grüneberg* (Fn. 85), § 307 Rn. 133.

¹⁴⁹ *Oechsler* (Fn. 4), Anh. §§ 929-936 Rn. 29; *Klinck* (Fn. 64), § 930 Rn. 165; *Lwowski* (Fn. 2), S. 174.

¹⁵⁰ *Quantz* in: *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Großkommentar BGB*, Buch 2, Stand: 1.2.2019, § 307 Abtretungsklausel Rn. 18 (m. w. Nachw.). Zu Verzichtsklauseln schon oben, III.2.

¹⁵¹ BGH v. 22.6.1989 – III ZR 72/88, NJW 1989, 2383, 2384-2385; *Grüneberg* (Fn. 85), § 398 Rn. 25.

¹⁵² Vertragsmuster für die Sicherungsübereignung finden sich etwa bei *Wiegand* (Fn. 60), Anh. §§ 929-931 Rn. 74.

¹⁵³ Abrufbar unter <<https://bankenverband.de/service/agb-banken>>.

Sparkassen (für die Sparkassen),¹⁵⁴ doch hat sich im Laufe der Zeit noch eine Reihe weiterer, durchaus wechselnder Bankenstandards etabliert.¹⁵⁵

IV. Reformfragen und Perspektiven

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass das deutsche System der Mobiliarsicherheiten die Bedürfnisse der Praxis im Wesentlichen befriedigt, zugleich aber auch Optimierungsbedarf besteht. Das Kernproblem liegt darin, dass die weitgehende Diskretion des Systems zwar für den Kreditnehmer ein Segen, für den Kreditgeber aber mit erheblichen Kosten verbunden ist: Aufgrund der fehlenden Publizität muss er nicht nur den Verlust von Ware durch gutgläubigen Dritterwerb verhindern,¹⁵⁶ sondern sich auch gegen Loyalitätsrisiken wappnen¹⁵⁷ sowie die Qualität und den Bestand der Sicherungsgüter kontrollieren.¹⁵⁸ Zudem leiden die Parteien unter der Last der Bestimmtheit, soweit sie logistische und organisatorische Mühen mit sich bringt.¹⁵⁹

In diesem Lichte überrascht es wenig, dass die mangelnde Publizität der Mobiliarsicherheiten in Deutschland bereits mehrfach auf rechtspolitische Kritik gestoßen ist. So ist etwa schon 1926 ein Vorschlag zur Einführung eines öffentlichen Sicherheitenregisters mit Publizitätsfunktion in den damaligen Reichstag eingebracht worden, in der Sache aber ohne Erfolg geblieben.¹⁶⁰ Zudem hat sich der Deutsche Juristentag (DJT) wiederholt ausführlich mit dem Thema beschäftigt.¹⁶¹ Die herrschende Meinung hat entsprechende Vorschläge jedoch stets unter Hinweis darauf abgetan, dass der Informationsgewinn eines solchen Registers zum verbundenen Aufwand außer Verhältnis stehe¹⁶²

¹⁵⁴ Siehe etwa die Fassung der *Frankfurter Sparkasse* vom 26.11.2018, abrufbar unter <<https://www.frankfurter-sparkasse.de/content/dam/myif/spk-frankfurt/work/dokumente/pdf/vertragsbedingungen/rechtliches/agb.pdf?n=true>>.

¹⁵⁵ Aus früherer Zeit etwa die „Allgemeinen Bedingungen für die Abtretung von Forderungen“ (ABAF), abgedruckt bei *Lippe/Esemann/Tänzer*, *Das Wissen für Bankkaufleute*, 8. Aufl. 1998, S. 562 (Formular der *Deutsche Bank AG*); zudem „Allgemeine Sicherungsübereignungs-Bedingungen“ (ASB), abgedruckt bei *Werhahn*, *Der notleidende Kredit*, 1965, Anhang, S. 148; *Brieflexikon für Kaufleute*, 6. Aufl. 1979, S. 311 (wiederum *Deutsche Bank AG*).

¹⁵⁶ So in den Fällen des EV (oben II.2.) und der Sicherungsübereignung (II.3.).

¹⁵⁷ So insbesondere, soweit es um die Weiterleitung von Kundengeldern durch den Kreditnehmer geht; s. oben, II.2.b) (verlängerter EV) und II.4. (Sicherungsabtretung).

¹⁵⁸ So unter dem Blickwinkel der Drittschuldnerbonität sowie drohender Abtretungsverbote bei Sicherungsabtretung und verlängertem EV (oben II.2.b) und II.4.), eines möglichen Konflikts zwischen Globalzession und verlängertem EV (III.2.) oder eines drohenden Warenverschleißes beim verlängerten EV (II.2.b)).

¹⁵⁹ Dazu oben, III.1.

¹⁶⁰ Vgl. den Entwurf eines Gesetzes betreffend die Einführung des Registerpfandrechts, RT-Drucks., III. Wahlperiode 1924/26, Nr. 1811, abgedruckt bei *Friedländer*, *Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes betreffend Einführung des Registerpfandrechts*, *Zentralblatt für Handelsrecht (ZBH)* 1926, 97; zum Ganzen *Kieninger* (Fn. 1), 210.

¹⁶¹ Vgl. *Drobnig*, Gutachten zum 51. DJT, 1976, F57 ff.; *Kieninger* (Fn. 1), 210-211; *Heese* (Fn. 2), 11.

¹⁶² Siehe nur *Kieninger* (Fn. 1), 211.

und es die anerkannten Vorteile der publizitätslosen Sicherungsrechte in Deutschland – etwa die Wahrung von Ansehen und Bonität des Kreditnehmers – konterkarriere.¹⁶³

Gleichwohl treten in letzter Zeit wieder verstärkt die Befürworter einer entsprechenden Reform in Erscheinung, wobei zumeist in der einen oder anderen Weise auf internationale Vorbilder Bezug genommen wird. Überwiegend steht dabei eine Annäherung an das sog. *notice filing*-System zur Debatte, wie es in den USA seit den 1940er Jahren praktiziert wird¹⁶⁴ und neben Reformen in Kanada¹⁶⁵ und einigen ehemaligen Ostblockstaaten¹⁶⁶ z.B. die Regelwerke des UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions*¹⁶⁷ beeinflusst hat.¹⁶⁸ Die Details des Systems können hier zwar schon aus Raumgründen nicht vertieft werden, doch liegt ihm im Wesentlichen die Idee einer deklaratorischen Notiz zugrunde: Die Parteien eines Kreditvertrags können ein bestimmtes Sicherungsrecht zu einem öffentlich zugänglichen Register anmelden, was zwar weder eine Bedingung noch einen Beweis für die Existenz der Sicherheit darstellt. Die Eintragung bildet aber die Grundlage für die Lösung von Konkurrenzkonflikten und kann den Verlust von Sicherheiten durch einen Notverkauf¹⁶⁹ verhindern, indem sie die Möglichkeit eines gutgläubigen Dritterwerbs auf Verfügungen im ordentlichen Geschäftsverkehr begrenzt.¹⁷⁰ Mit anderen Worten knüpft an die Registrierung zwar keine positive Publizität, doch lässt sie sich mit dem Hissen einer „Warnflagge“ vergleichen.¹⁷¹

Besonderen Charme hat eine solche Lösung vor allem im Lichte der fortschreitenden Digitalisierung. Im Gegensatz zu früher besteht heute die Option, öffentliche Register rein elektronisch zu verwalten und die Unkosten so auf ein Minimum zu senken. Besonders erfolgreich wird dies seit 2002 in Neuseeland praktiziert, wo sich die Kosten für den Aufbau des dortigen Registers bereits 2006 amortisierten.¹⁷² Darüber hinaus könnten Technologien wie die *Blockchain*, *Smart Contracts* oder das *Internet der Dinge* für Verbesserungen sorgen: Die Blockchain – oder allgemeiner: das

¹⁶³ Vgl. zu diesen Bedenken Heese (Fn. 2), 11; Kieninger, RNotZ 2013, 216.; Lwowski in: Eidenmüller/Kieninger (Hrsg.), *The Future of Secured Transactions in Europe* (2008), S. 174, 178-179; Lutz, DNotZ 2013, 84, 87-88.

¹⁶⁴ Als Rechtsgrundlage dient Art. 9 des US-amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC), der mit bestimmten Variationen ab 1953 in sämtlichen US-Bundesstaaten umgesetzt wurde; dazu Kieninger (Fn. 163), 217-218.

¹⁶⁵ Dazu Kieninger (Fn. 163), 217-218.

¹⁶⁶ Vgl. Simpson/Menze in: European Bank for Reconstruction and Development (Hrsg.), *Law in Transition – Autumn 2000: Secured transactions*, S. 20 (<<https://www.ebrd.com/downloads/research/law/lit002a.pdf>>).

¹⁶⁷ Abrufbar unter <<https://uncitral.un.org>>.

¹⁶⁸ Prägnant zum Ganzen Kieninger (Fn. 163), 217-218 (m. w. Nachw.).

¹⁶⁹ Zu dieser Gefahr oben, II.3 (bei der Sicherungsübereignung).

¹⁷⁰ Brinkmann (Fn. 1), § 8 (S. 351 ff.); Kieninger (Fn. 163), 217 ff.; Heese (Fn. 2), 12 ff.; Lutz (Fn. 163), 85-86.

¹⁷¹ Lutz (Fn. 163), 85; Kieninger (Fn. 163), 217 („warning flag“).

¹⁷² Vgl. Gedye, *A Distant Export: The New Zealand Experience with a North American Style Personal Property Security Regime*, *Canadian Business Law Journal* (CanBusLJ) 43 (2006), 208, 211 ff., 221; Kieninger (Fn. 1), 211-212; Lutz (Fn. 163), 87.

Konzept der *Distributed Ledgers* (DLT)¹⁷³ – ist einer breiteren Öffentlichkeit als die Technologie bekannt geworden, die der Kryptowährung „Bitcoin“ zugrunde liegt. Die technischen Einzelheiten würden den hiesigen Rahmen leider sprengen,¹⁷⁴ doch wird von Expertenseite immer wieder versichert, dass eine Blockchain auch zur Verwaltung öffentlicher Register genutzt werden kann.¹⁷⁵ Neben einer weiteren Reduzierung der Verwaltungskosten, die die dezentrale Funktionsweise gängiger Blockchain-Lösungen verspricht,¹⁷⁶ sollen sich die einschlägigen Abläufe hierdurch stark beschleunigen lassen. Dabei spielen auch die erwähnten *Smart Contracts* eine Rolle, bei denen es sich um Programmcodes handelt, die auf der Blockchain laufen und die dort registrierten Güter nach bestimmte Vorgaben automatisch verwalten.¹⁷⁷ Sind in den Sachen entsprechende Schnittstellen verbaut, könnte zudem eine Internetverbindung zwischen ihnen und dem Register eingerichtet werden, so dass das Register z.B. ihre Verbringung an bestimmte Orte, ihren Verlust oder eine Beschädigung registriert (*Internet der Dinge*).¹⁷⁸ Dies wird aktuell vor allem für Autokredite diskutiert.¹⁷⁹

Als Skeptiker mag man diese Ideen ganz oder teilweise als *Science Fiction* belächeln. Allerdings lässt sich kaum bestreiten, dass die Einführung elektronischer bzw. Blockchain-basierter Register aus Sicht der Kreditwirtschaft eine gewisse Anziehungskraft besitzt. Durch sie könnte nicht nur den notorischen Notverkäufen, sondern auch anderen Loyalitätsrisiken ein Riegel vorgeschoben werden: Man stelle sich nur vor, dass ein und dasselbe Register dem Kreditgeber auf Knopfdruck ein Bild darüber verschafft, ob eine unter verlängertem EV gelieferte Sache bereits aus den Räumen des Käufers verschwunden, eine zur Sicherheit übereignete Sache noch voll funktionsfähig vorhanden oder eine vertragliche Nachschubklausel vom Kreditnehmer ordnungsgemäß erfüllt worden ist. Zudem könnte das Register die Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes erleichtern, indem es eine andernfalls notwendige physische Markierung durch ein automatisches „Warentracking“ ersetzt.¹⁸⁰ Auf diese Weise würden zwar keineswegs sämtliche Probleme der Kreditwirtschaft gelöst, doch

¹⁷³ Zum Begriff *Sandner/Voigt/Fries* in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 1. Aufl. 2018, Kap. 5.4 Rn. 9.

¹⁷⁴ Ausführlich *Achenbach/Baumgart/Rill*, *Die Blockchain im Rampenlicht*, DuD 2017, 673; *Blocher*, *The next big thing: Blockchain – Bitcoin – Smart Contracts*, AnWB 2016, 612.

¹⁷⁵ Vgl. *Gorlow/Notheisen/Simmchen*, *Register 4.0 – vom Potenzial blockchainbasierter Publizität für den Mobiliarkredit*, in: Taeger (Hrsg.), *Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren*, 2017, S. 859 ff.; *Bülow*, *Digitales Mobiliarpfandrecht*, WM 2019, 1141; *Hildner/Danzmann*, *Corporate Finance (CF) 2017*, 385, 388.

¹⁷⁶ Vgl. die Nachw. oben in Fn. 179.

¹⁷⁷ Prägnant *Blocher* in: Kenning/Lamla (Hrsg.), *Entgrenzungen des Konsums*, 2018, S. 87, 102; *Finck* in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 2019, S. 1, 2 ff.

¹⁷⁸ Vgl. *Glatz* in: Breidenbach/Glatz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Legal Tech*, 1. Aufl. 2018, Kap. 4.1 Rn. 66.

¹⁷⁹ Etwa von *Gorlow/Notheisen/Simmchen* (Fn. 175), S. 868.

¹⁸⁰ In Vertriebs- und Lieferketten wird ein Blockchain-basiertes Warentracking offenbar schon erfolgreich praktiziert; vgl. dazu *Sulkowski*, *Blockchain, Law, and Business Supply Chains: The Need for Governance and Legal Frameworks to Achieve Sustainability*, Arbeitspapier vom 23.7.2018 (<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3205452>).

käme es sicher zu einer Entlastung, die sich auch in verbesserten Kreditkonditionen ausdrücken dürfte. Zudem müsste der Kreditnehmer wohl auch nicht unbedingt befürchten, dass die an sich erwünschte Diskretion in Bausch und Bogen abhandenkäme; vielmehr sollte es möglich sein, den Zugang zum Register z.B. dergestalt zu regeln, dass besonders sensible Informationen nur mit Zustimmung des Betroffenen oder bei Bestehen eines *berechtigten Interesses* eingesehen werden können. Insoweit mag man sich etwa am deutschen Grundbuchrecht orientieren, wo derartige Beschränkungen bekanntlich ebenfalls existieren.¹⁸¹

Im Übrigen könnte ein Sicherheitenregister ungeachtet dessen, ob man einer elektronischen Lösung etwas abgewinnen kann, einen Beitrag zum Abbau von Handelshindernissen im EU-Binnenmarkt leisten. Bislang besteht bei grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen das durchaus ernst zu nehmende Problem, dass eine in Mitgliedstaat A begründete Mobiliarsicherheit in Mitgliedstaat B aufgrund der dortigen *lex rei sitae*¹⁸² nicht akzeptiert wird. Ein Klassiker ist etwa der Fall eines Reisebusses, der in Deutschland unter EV erworben und dann in Spanien beschlagnahmt wurde, weil der EV nach spanischem Recht einer Registrierung bedurft hätte und deshalb unwirksam war.¹⁸³ Aus deutscher Sicht wird zudem immer wieder darauf verwiesen, dass vor allem die publizitätslose Sicherungsübereignung in der EU ein Spezifikum bilde, so dass gerade sie im internationalen Rechtsverkehr gefährdet sei.¹⁸⁴ Zur Abhilfe werden verschiedene Lösungsmöglichkeiten diskutiert, zu denen auch eine potenzielle Harmonisierung der nationalen Sachenrechte zählt.¹⁸⁵ Ob gerade Deutschland dabei eine Vorreiterrolle spielen und sich für die Einführung eines Sicherheitenregisters in den EU-Mitgliedstaaten einsetzen sollte, wie es gelegentlich suggeriert wird,¹⁸⁶ dürfte primär eine politische Frage sein; an dieser Stelle genügt jedenfalls ein Hinweis darauf, dass das deutsche Recht von einer solchen Regelung ohne Weiteres profitieren könnte.

¹⁸¹ Siehe nur § 12 Abs. 1 der deutschen Grundbuchordnung (GBO); dazu etwa *Wilsch* in: Beck'scher Online-Kommentar GBO, Stand: 1.3.2019, § 12 Rn. 9 ff.

¹⁸² Aus deutscher Sicht Art. 43 EGBGB; *Dörmer* in: Schulze (Hrsg.), BGB, 10. Aufl. 2019, Art. 43 EGBGB Rn. 3.

¹⁸³ Vgl. Audiencia Provincial de Barcelona v. 13.9.1989, *Revista Española de Derecho Internacional* 1990, 644 (Anm. *Sánchez Lorenzo*); dazu *Kieninger* (Fn. 1), 187; *Lutz* (Fn. 163), 86-87.

¹⁸⁴ Etwa *Lutz* (Fn. 163), 86-87.

¹⁸⁵ Im Überblick *Kieninger* (Fn. 1), 191 ff.

¹⁸⁶ Vgl. *Lutz* (Fn. 163), 87.