

FernUniversität in Hagen

Rechtswissenschaftliche Fakultät

**Das Problem
der Publizität bei der
Sicherungsübereignung
beweglicher
Gegenstände**

Masterarbeit

bei **Prof. Dr. jur. Barbara Völzmann-Stickelbrock**

Abgabedatum: 2. Mai 2012

Eugen Koros

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

Koros, Eugen:

Das Problem der Publizität bei der Sicherungsübereignung beweglicher Gegenstände
ISBN: 978-3-86376-038-0

Alle Rechte vorbehalten

1. Aufl. 2013, Göttingen

© Optimus Verlag

URL: www.optimus-verlag.de

Printed in Germany

Papier ist FSC zertifiziert (holzfrei, chlorfrei und säurefrei,
sowie alterungsbeständig nach ANSI 3948 und ISO 9706)

Das Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes in Deutschland ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Inhaltsverzeichnis

1 Einführung	1
1.1 Problemaufriss	1
1.2 Untersuchungsziel.....	4
1.3 Überblick und Gang der Untersuchung.....	4
2 Die Geschichte der Sicherungsübereignung	7
2.1 Von der Mobiliarhypothek zum Faustpfandrecht.....	7
2.2 Motive und Auswirkungen der Abschaffung der Mobiliarhypothek	10
2.3 Die Entstehung der Sicherungsübereignung	11
2.4 Vom Sicherungskauf zur Sicherungsübereignung	11
2.5 Geschichtliche Wurzeln der Sicherungsübereignung	12
2.6 Die Sicherungsübereignung in der Neukodifikation des BGB	13
2.7 Der Kampf um Sicherungsübereignung und Registerpfandrecht.....	14
2.8 Zusammenfassung.....	17
3 Die rechtliche Struktur der Sicherungsübereignung	19
3.1 Das Traditionsprinzip und das constitutum possessorium	19
3.2 Die Sicherungsübereignung nach § 930 BGB	21
3.2.1 Grundfall.....	21
3.2.2 Einzelne Fallkonstellationen	22
3.2.2.1 Übereignung von Einzelsachen und Sachgesamtheiten	22
3.2.2.2 Übereignung von gemischten Warenlagern	23

3.2.2.2.1	Übereignung der zum Zeitpunkt der Einigung dem Sicherungsgeber zu Eigentum gehörenden Gegenstände.....	24
3.2.2.2.2	Einbeziehung der zum Zeitpunkt der Einigung dem Sicherungsgeber noch nicht zu Eigentum gehörenden Gegenstände.....	24
3.2.2.2.3	Stellungnahme zur Frage des Durchgangs- oder Direkterwerbs	26
3.2.2.3	Übereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand	27
3.2.2.3.1	Antizipierte Übertragung des Eigentums/ Übertragung des Anwartschaftsrechts.....	27
3.2.2.3.2	Übertragung von Miteigentum	28
3.2.2.4	Verlängerte Sicherungsübereignung.....	29
3.2.2.5	Erweiterte Sicherungsübereignung	29
3.2.2.6	Sicherheiten-Poolverträge.....	30
3.2.3	Zusammenfassung.....	30
3.3	Sicherungsübereignung und Vertragspfandrecht.....	31
3.4	Die Finanzierungsleasingform des sale-and-lease-back.....	34
3.4.1	Kreditwirtschaftlicher Hintergrund.....	34
3.4.2	Rechtliche Einordnung	35
3.4.3	Sachenrechtliche Struktur	36
4	Problemanalyse	37
4.1	Intransparenz und Rechtsunsicherheit	37
4.1.1	Aus der Sicht des potenziellen Gläubigers	37
4.1.2	Aus der Sicht des Gläubigers	40
4.1.3	Aus der Sicht des Dritten.....	41
4.2	Kollisionsproblematik.....	43

4.2.1	Einleitung	43
4.2.2	Arten von Mehrfachverfügungen	45
4.2.3	Kriterien zur Lösung von Prioritätskonflikten.....	46
4.2.4	Auswirkungen der Publizitätslosigkeit auf das Entstehen von Kollisionen.....	48
4.2.4.1	Eingrenzung des Betrachtungsfelds.....	48
4.2.4.2	Unbewusste Mehrfachverfügungen.....	48
4.2.4.3	Bewusste Mehrfachverfügungen.....	50
4.2.4.3.1	Mehrfachverfügungen im Wege des sale-and-lease-back	50
4.2.4.3.2	Nachträgliches Vortäuschen von Sicherungsrechten	52
4.3	Auswirkungen der Publizitätslosigkeit in der Insolvenz.....	53
4.3.1	These: Die Schaffung von Publizität bei revolvierenden Sicherheiten ist ein Gebot des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Insolvenz	53
4.3.2	Bewertung	56
4.4	Die Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung in internationaler Hinsicht.....	57
4.5	Zwischenergebnis	61
5	Lösungsansätze	65
5.1	Alternative Publizitätsträger.....	65
5.2	Publizitätsträger in Form eines Mobiliarregisters	67
5.3	Internationale Reformbemühungen	70
5.4	Das Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der EBRD.....	71
5.4.1	Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	72
5.4.2	Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	74
5.4.3	Art und Ausgestaltung des Sicherheitenregisters	75

5.4.3.1	Das System des notice filing	75
5.4.3.2	Personalfolien- oder Sachfolienregister.....	78
5.4.3.3	Kollisionsproblematik und Rangverhältnis	80
5.4.3.4	Gutgläubiger lastenfreier Erwerb.....	81
5.4.4	Frage des Aufwands und der Kosten.....	83
5.5	Bewertung der Vor- und Nachteile eines Mobiliarregisters	84
6	Fazit	89
6.1	Zusammenfassung.....	89
6.2	Ausblick.....	91
	Literaturverzeichnis	93

1 Einführung

1.1 Problemaufriss

Die bereits seit 135 Jahren bestehende¹ Sicherungsübereignung beweglicher Gegenstände ist bis heute gesetzlich nicht geregelt. Dies war dem Gesetzgeber bei der Schaffung des BGB aber bewusst² und die Sicherungsübereignung ist von der Rechtsprechung seit Langem anerkannt.³ Als Teil der besitz- und publizitätslosen Mobiliarsicherheiten hat sie eine hohe Bedeutung bei der Kreditbeschaffung für Klein- und Mittelunternehmen. Ihr herausragendes Moment ist der Umstand, dass der Sicherungsgeber trotz Übereignung im Besitz der Sache verbleiben darf und sie so weiter nutzen kann, während das im Gesetz verankerte Faustpfandrecht eben genau dieses untersagt. Das Richterrecht hat die Sicherungsübereignung zu einem modernen, praxisgerechten und aus der Wirtschaft kaum mehr weg zu denkenden Kreditsicherungsmittel des Geldkreditgebers gemacht.

Auf der anderen Seite wurde die Sicherungsübereignung bereits von Beginn an heftig kritisiert. Diese Kritik bezog sich hauptsächlich auf ihre fehlende Publizität, welche der Sicherungsübereignung schon früh den „Ruch der Heimlichkeit“⁴ einbrachte. Die Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung bewirke zum einen eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich der an einer Sache oder Sachgesamtheit bestehenden Rechte, zum anderen fördere sie die Gefahr des Missbrauchs. Die Publizitätslosigkeit habe Auswirkungen auf das Entstehen von Kollisionen, die bei den Verlängerungs- und Erweiterungsformen der Sicherungsübereignung und ihren Entsprechungen beim Eigentumsvorbehalt auftreten können. Zudem löse die fehlende Publizität der Sicherungsübereignung

¹ Hromadka/Entwicklung, S. 51 ff. u. S. 127 ff., wonach der Gesetzgeber im Jahr 1877 die Mobiliarhypothek endgültig „zu Grabe“ trug, indem er im damaligen § 40 der Reichskonkurrenzsordnung nur noch dem Faustpfandrecht, nicht aber mehr der Mobiliarhypothek ein Absonderungsrecht im Konkurs zuerkannte. Dies stellte die Geburtsstunde der Sicherungsübereignung dar.

² Staudinger/BGB-Wiegand, Anh zu § 929-931, Rn. 7 u. Rn. 55, wonach der Gesetzgeber bei der damaligen Schaffung des § 930 BGB ganz bewusst die Möglichkeit der Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitut zuließ, weil keine flankierenden Maßnahmen erfolgten wie z.B. im Schweizerischen ZGB, das zwar auch ein Besitzkonstitut enthält, dessen Verwendung zu Kreditzwecken jedoch praktisch ausschließt.

³ RGZ 32, 385 (394); RGZ 59, 146 (147).

⁴ Feilner/Sicherungsübereignung oder Registerpfand, S. 80.

nung nachträgliche Rangzuordnungs- und Beweisprobleme sowohl in der Einzelzwangsvollstreckung als auch in der Insolvenz aus.⁵

Der Krisenfall - also die Insolvenz - stellt die Bewährungsprobe einer jeden Kreditsicherheit dar. Im Zuge der Beratungen zur Insolvenzrechtsreform im Jahr 1985 wurde beklagt, dass die Publizitätslosigkeit der besitzlosen Mobiliarsicherheiten zu Schwierigkeiten bei der Feststellung solcher Rechte führe und die Gefahr bestehe, dass unredliche Schuldner und Gläubiger nachträglich Abreden über Sicherungsrechte vortäuschten.⁶ Die daraufhin von der ersten Kommission vorgeschlagene Einführung der Schriftform wurde jedoch nicht umgesetzt. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wurde zwar bestätigt, dass das Problem der fehlenden Publizität und die erkennbare Überdehnung einiger Sicherungsformen „Anlass zu rechtspolitischer Besinnung“ gebe, das Problem sei jedoch ein materiell-rechtliches. Eine Änderung allein aus der Perspektive der Insolvenz sei deshalb nicht zu rechtfertigen.⁷ Eine weitere im Zusammenhang mit der fehlenden Publizität der Sicherungsübereignung aufgeworfene Frage lautet, ob und wenn ja, unter welchen Umständen, der dem Insolvenzrecht innewohnende Gleichbehandlungsgrundsatz durch zuvor nicht publizierte, revolvingierende Sicherheiten zum Nachteil ungesicherter Gläubiger verletzt wird.⁸

Schließlich wird ein wesentlicher Mangel der Sicherungsübereignung in ihrer im internationalen Vergleich fehlenden Anerkennung gegenüber Staaten gesehen, die besitz- und publizitätslose Sicherungsrechte ohne Registrierung als unwirksam ansehen bzw. ihnen die Drittwirksamkeit versagen.⁹ Eine Transposition der deutschen Siche-

⁵ U.a. Staudinger/BGB-Wiegand, Anh zu § 929 ff., Rn. 261 ff., der im Zusammenhang mit der zunehmenden Verbreitung und Perfektionierung des Systems der Mobiliarsicherheiten von einem „Automatismus der Sicherungsgeschäfte“, von „systemimmanenten Kollisionen“ (Rn. 265) sowie (Rn. 40 f.) von einer „Hypertrophie der Sicherungsrechte“ spricht (zit. aus: AK-BGB/Reich, Rn. 44 vor § 929 ff.).

⁶ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Bundesministerium für Justiz, S. 306.

⁷ Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung für den Entwurf einer Insolvenzordnung v. 15.04.1992, BT-Drucksache 12/2443, S. 86.

⁸ Brinkmann/Kreditsicherheiten, S. 303 ff., der in der Publizitätslosigkeit revolvingierender Sicherheiten eine Benachteiligung ungesicherter Gläubiger sieht und daraus eine haftungsrechtliche Begründung für die Forderung nach Publizität ableitet.

⁹ Kieninger/Mobiliarkreditsicherungsrecht, S. 188, die hinsichtlich des Problems der Nichtanerkennung von Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt auch auf bereits ältere, gleich lautende Ausführungen von Bar/Drobnig aus: „The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe (2004), Nr. 733 (Übers. von Verf.)“ verweist; ebenso: Reich/Pfandrecht, S. 47-118.

ungsübereignung in nationales Recht anderer Staaten drohe regelmäßig an den dortigen Publizitätsanforderungen zu scheitern. Umgekehrt könne aufgrund der Publizitätslosigkeit aber auch ein ausländischer, an Publizität gewöhnter Kreditgeber sich davor scheuen, deutsches Sicherungseigentum an beweglichen Gegenständen zu akzeptieren.¹⁰

Die Kritikpunkte an der Sicherungsübereignung sind nicht neu. Unzählige Beiträge aus Literatur und Wissenschaft und bereits fünf Juristentage seit dem Jahr 1880 haben sich mit diesem Thema auseinandergesetzt.¹¹ Besonders zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde die Sicherungsübereignung heftig kritisiert und es wurde vehement ein Systemwechsel zum besitzlosen Registerpfandrecht gefordert.¹² Die Sicherungsübereignung war auch bereits Gegenstand einer Reichstagsdebatte.¹³ Zwei Gesetzesvorlagen wurden ausgearbeitet. Beide wurden jedoch wieder verworfen.¹⁴

Letztlich obsiegten die Befürworter der Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung und die Rechtsprechung hat es bis heute geschafft, mit dem auf der Übertragung des Vollrechts basierenden Rechtsinstitut ein ausgewogenes, an den Bedürfnissen der Praxis ausgerichtetes System zu erhalten, das weit verbreitet ist und trotz aller Schwächen scheinbar weitestgehend reibungslos funktioniert.

¹⁰ Kieninger/Mobiliarkreditsicherungsrecht, S. 221.

¹¹ 15. DJT (1880), Bd. 1, S. 1 ff.: Gutachten von Exner, Behrend und Leonhard zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das *constitutum possessorium* mit der Wirkung der Besitzübertragung für bewegliche Sachen auszustatten sei; 31. DJT (1912): Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die Sicherungsübereignung?, Gutachter: Salinger (Bd. I, S. 409 ff.) mit Stellungnahmen von Hoeniger und Litten (Bd. II, S. 188 ff.); 32. DJT (1921): Empfiehlt sich die Einführung einer Mobiliarhypothek?, Bericht-erstatte: Seiler (Bd. II, S. 185 ff.); 41. DJT (1955): Gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts?, Bericht-erstatte: H. Westermann (Bd. II, Teil F); 51. DJT (1976): Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Kreditsicherung?, Gutachter Drobniig (Bd. I, Gutachten F) aus: Brinkmann/Kreditsicherheiten, S. 2.

¹² U.a. Salinger als Gutachter des 31. DJT (1912), der die Sicherungsübereignung verbieten und neben dem Faustpfandrecht ein Registerpfandrecht an Sachgesamtheiten zulassen wollte; Feilner/Sicherungsübereignung oder Registerpfand, der eine Registrierung für Sachgesamtheiten ebenfalls für notwendig erachtete.

¹³ Reichstagsdebatte v. 18.4.1912, StenB, 1225, S. 284.

¹⁴ Entwurf eines Gesetzes betreffend der Einführung des Registerpfandrechts, RT-Dr. III 1924/1926, Nr. 1811; Lehmann/Reform, wonach die Sicherungsübereignung durch ein Registerpfandrecht ersetzt wird, welches sich jedoch lediglich auf Sachgesamtheiten beziehen sollte.

Ungeachtet dessen ist das Problem der Publizität bei der Sicherungsübereignung beweglicher Gegenstände ein Dauerthema in der rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Diskussion geblieben. Betrachtet man darüber hinaus die aktuellen europäischen und weltweiten Harmonisierungsbemühungen des Mobiliarkreditsicherungsrechts, wo neben dem Besitz vor allem die Registrierung als Publizitätsträger gefordert wird, scheint die fehlende Publizität der Sicherungsübereignung mehr denn je ein Problem darzustellen.¹⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat bislang jedoch keinerlei Reformbemühungen erkennen lassen.

1.2 Untersuchungsziel

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob die Sicherungsübereignung wirklich vollkommen publizitätslos ist und falls ja, in welchem Ausmaß dies ein Problem darstellt und welche Folgen und Gefahren hieraus sowohl in nationaler als auch in internationaler Hinsicht erwachsen können. Weiter wird untersucht, ob die Schaffung einer in Art, Ausprägung und Detailliertheit noch zu diskutierenden Publizität geeignet sein könnte, diese Gefahren und Folgen ganz oder zumindest bis zu einem gewissen Grad zu beseitigen. In direktem Zusammenhang mit möglichen Lösungsalternativen steht die Gefahr der durch die Schaffung von Publizität bis zu einem gewissen Maße offenzulegenden Kreditverhältnisse des Sicherungsgebers, der ggf. dadurch erhöhten Transaktionskosten, der damit möglicherweise einhergehenden Verteuerung der Kredite und der Gefahr der Beschränkung der Verkehrs.

1.3 Überblick und Gang der Untersuchung

Um den Werdegang der vollrechtsbasierten Übereignung zu Sicherungszwecken im deutschen Recht nachvollziehen zu können, wird in Kapitel 2 zunächst auf deren Entstehungsgeschichte eingegangen. Wie zu zeigen sein wird, wurde es vom Gesetzgeber nach der Abschaffung der römisch-rechtlichen Mobiliarhypothek im Jahr 1877 versäumt, bzw.

¹⁵ Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 750, Rn. 6, wonach der internationale Trend, wie er sich in den europäischen und weltweiten Harmonisierungsbemühungen darstellt, neben dem Besitz die Registrierung als Publizitätsträger favorisiert; ebenso Drobnig, Gutachten zum 51. DJT, F 57 unter Hinweis auf den Beschluss des II. Internationalen Kongresses für Kredit-schutz 1970, der die Offenkundigkeit von Sicherungsrechten an beweglichem Vermögen forderte.

waren damals die Möglichkeiten noch nicht vorhanden, den Hauptmangel der Mobiliarhypothek, nämlich deren fehlende Publizität, mittels geeigneter Maßnahmen zu beheben. Stattdessen wurde bei der Neukodifizierung des BGB einzig das Faustpfandrecht geschaffen, welches dem Bedürfnis der Wirtschaft nach besitzlosen Mobiliarsicherheiten aber nicht gerecht werden konnte und kann. Wirtschaft und Verkehr waren aus diesem Grund gezwungen, dasselbe Ziel auf anderem Weg zu erreichen: Der Weg für die Vollrechtsübertragung zu Sicherungszwecken war geebnet.

In Kapitel 3 werden die für die Untersuchung relevanten Elemente der Sicherungsübereignung dargestellt. Die Ausführungen beschränken sich auf den in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Übereignungstatbestand des § 930 BGB. Nach einem kurzen geschichtlichen Rückblick auf das Traditionsprinzip und das *constitutum possessorium* wird untersucht, ob der Bestimmtheitsgrundsatz oder die Ausführungshandlung bei der antizipierten Übereignung als Ausprägung von Publizität anzusehen sein könnten. In der Folge wird die Sicherungsübereignung von ihrem Pendant, dem vertraglichen Pfandrecht, abgegrenzt und es wird auf die konstruktiv eng mit der Sicherungsübereignung zusammenhängende Finanzierungsleasingform des *sale-and-lease-back* eingegangen.

In Kapitel 4 werden die in der Einführung angesprochenen Problemkreise der fehlenden Publizität der Sicherungsübereignung analysiert. Begonnen wird mit der Frage der Rechtsunsicherheit und Intransparenz aus der Sicht des (potenziellen) Gläubigers und des Dritten. Im Anschluss daran wird die Kollisionsproblematik aufgrund unbewusster oder bewusster Mehrfachverfügungen thematisiert. Danach wird die These diskutiert, dass die Herstellung von Publizität bei revolvingenden Sicherheiten ein Gebot des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Insolvenz darstelle. Schließlich wird das Problem der Publizität der deutschen Sicherungsübereignung in internationaler Hinsicht dargestellt. Hierzu wird ein kurzer Überblick über die kollisionsrechtliche Situation der Sicherungsübereignung gegenüber anderen Rechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union gegeben. Das Kapitel schließt mit einem Zwischenergebnis.

Aufbauend auf den erkannten Problemerkisen werden in Kapitel 5 mögliche Lösungsansätze diskutiert. Nach einem Überblick über alternative Publizitätsträger wird auf die Möglichkeit der Schaffung von Publizität mittels eines Registerpfandrechts eingegangen. Anhand des Modellgesetzes für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau (EBRD) sowie des Systems des notice filing des US-amerikanischen Art. 9 UCC wird untersucht, ob und wenn ja bis zu welchem Grad sich damit die aus der fehlenden Publizität der Sicherungsübereignung herrührenden Probleme lösen lassen könnten. Dabei wird sich zeigen, dass dieser Weg unter Berücksichtigung der im Untersuchungsziel genannten Aspekte mit den heutigen technischen Möglichkeiten machbar erscheint. Zuvor müssten jedoch noch empirische Erhebungen und tiefer gehende kreditökonomische Analysen durchgeführt werden. Auf der anderen Seite berührt die Publizitätslosigkeit der Sicherungsübereignung grundsätzliche System- und Wertungsfragen, die sich nicht lediglich quantitativ messen lassen dürfen. Können die im Rahmen der Arbeit aufgeworfenen rechtlichen und tatsächlichen Detailfragen gelöst werden, wird deshalb die Schaffung von Publizität mittels eines registerpfandrechts im Rahmen des obigen Lösungsvorschlages befürwortet.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung und einem Fazit.