

HENRY MATZ

Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

300

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

300

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Henry Matz

Regulierung von
Eigentumssicherheiten
an beweglichen Sachen

Reformüberlegungen auf
rechtsvergleichender Grundlage

Mohr Siebeck

Henry Matz, geboren 1979, Studium der Rechtswissenschaften in Potsdam und Genf. 2007–11 wissenschaftlicher Assistent an der Universität Genf in den Bereichen Internationales Privatrecht und Wirtschaftsrecht; 2010 Forschungsstipendium des Schweizerischen Nationalfonds für Aufenthalt an der McGill University in Montreal, Kanada; seit 2011 Justitiar bei der natGAS Aktiengesellschaft in Potsdam; 2013 Promotion.

e-ISBN PDF 978-3-16-153073-9

ISBN 978-3-16-152943-6

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Der vorliegende Text entspricht weitgehend dem Text meiner Doktorarbeit, deren *Soutenance* am 6. März 2013 in Genf stattfand. Inhaltliche Änderungen habe ich lediglich in den Gesamtergebnissen vorgenommen, die nun in erweiterter Fassung vorliegen.

Es ist mir eine grosse Freude und ein Anliegen, an dieser Stelle allen zu danken, die am Gelingen dieses Werks Anteil haben. Ganz besonderer Dank gilt meinen beiden Doktorvätern, den Professoren Thomas Kadner Graziano und Bénédict Foëx. Professor Kadner war für mich ein *Doktorvater* im wahren Sinne. Die Jahre an seinem Lehrstuhl werden deshalb immer in bester Erinnerung bleiben. Ihm gebührt ganz herzlicher Dank für seine Unterstützung in allen Höhen und Tiefen! Seine Anregungen, insbesondere hinsichtlich der Methodik der Rechtsvergleichung, haben dieses Werk stark geprägt. Professor Foëx bin ich sehr dankbar für die Übernahme der *co-tutelle*. Seine Gedankenanstösse, insbesondere zu Detailfragen des Kreditsicherungsrechts, aber auch generell zum schweizerischen Recht, waren enorm hilfreich.

Ein herzlicher Dank gilt auch den übrigen Mitgliedern der Jury: der Dekanin Christine Chappuis, dem Professor Sylvain Marchand und der Professorin Eva-Maria Kieninger.

Die kanadischen Erfahrungen haben diese Arbeit stark mitgeprägt. Mir wurde das Glück zuteil, ein Stipendium des Schweizerischen Nationalfonds für einen Forschungsaufenthalt an der McGill University in Montréal zu erhalten, genauer am *André Crépeau Centre for Private and Comparative Law*. Auf kanadischer Seite hatte Professor Roderick A. Macdonald dieses Vorhaben ganz besonders gefördert. Er stand jederzeit für Diskussionen und Erläuterungen zur Verfügung. Durch seine Erfahrungen mit der Reform von Kreditsicherungsrechten und seine vielfältigen, teilweise unkonventionellen Blickwinkel hat er wichtige Anstösse gegeben und dieses Werk ganz wesentlich gefördert.

Für wertvolle Anregungen danke ich weiterhin Professor Jean-François Riffard, Professorin Eva-Maria Kieninger und Professor Sylvain Marchand.

Die Gespräche mit meinen Assistentenkollegen an der Universität waren ebenfalls enorm hilfreich. Gelegenheiten, über einem Kaffee Themen

der Arbeit zu diskutieren, gab es häufig. Ein herzlicher Dank geht insbesondere an Johannes Landbrecht, Matthias Erhardt, Joël Veuve, Luc Gonin, Konstanze Brieskorn, Anna Paola Sala, Rosanna Giudice, Elia und Francesca Pusterla. In Montréal danke ich besonders Remus Valsan, Nadia Chammas, Jimena Andino Dorato und Sevgi Kelci.

Ein ganz herzlicher Dank soll auch an die Personen gehen, welche dazu beigetragen haben, dass das Umfeld stimmte. In dieser Hinsicht war die Zeit in Genf besonders gesegnet. Mein Dank geht an Familie Cascioli, insbesondere an Irma, Rahel und Tomaso, des Weiteren an Patrice Kreidi, Elmer Sharp, Vincent Puttemans, Luc Gonin, Joseph Natali, Michael und Giulia Muller, Stephen Mensah, die schottische Gemeinde, Pastor Ian Manson, Di Wu und Andres Nepomuceno. Herzlichen Dank auch an Jean-Daniel und Marie-Louise Flückiger und Mathias und Ariane Flückiger. Danke auch in Montréal an Familie Choinière-Shields sowie Jean und Daryl Zoellner, Constant Piendkam, Gabrielle Martel und die Gemeinde St. Jean. Ganz besonderer Dank gilt jedoch in der Heimat meinen lieben Eltern und der ganzen Familie.

Schlussendlich möchte ich mich bei Herrn Professor Basedow für die Aufnahme des Werks in die Schriftenreihe bedanken. Herzlichen Dank auch an Frau Jana Trispel und Frau Gundula Dau für ihre umfangreiche Hilfe beim Erstellen der Druckvorlage.

Die juristische Fakultät der Universität Genf hat den Druck dieses Buches finanziell gefördert.

Potsdam, Januar 2014

Henry Matz

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	VII
Einleitung	1
Teil 1: Grundlagen und Situation <i>de lege lata</i>	8
<i>A. Grundlagen</i>	8
<i>B. Regulierung von Eigentumssicherheiten de lege lata in verschiedenen Rechtsordnungen</i>	44
<i>C. Systematik der vorgefundenen Regulierungsansätze</i>	147
Teil 2: Fallstudien	159
<i>A. Einleitung</i>	159
<i>B. Fallbeispiele für die Situation des Warenkreditgebers</i>	160
<i>C. Fallbeispiele für die Situation des Geldkreditgebers</i>	190
<i>D. Ergebnisse zu Teil 2</i>	274
Teil 3: Vergleich und normative Bewertung der Regulierungsmethoden	277
<i>A. Vorbemerkungen</i>	277
<i>B. Grundannahmen und Kriterien</i>	278
<i>C. Eigentlicher Vergleich und eigentliche Bewertung beider Systeme</i> ...	296
<i>D. Ergebnisse zu Teil 3</i>	382
Gesamtergebnisse	387
Literaturverzeichnis	397
Sachregister	413

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Einleitung	1
Teil 1: Grundlagen und Situation <i>de lege lata</i>	8
A. Grundlagen.....	8
I. Klärung notwendiger Begriffe	8
1. Der Begriff der Kreditsicherheit.....	8
a. Ausgangspunkt	8
b. Mangel einer gesetzlichen Definition.....	10
c. Wiederkehrende Merkmale der Kreditsicherheiten	11
(i) Besserstellung des Gläubigers im Verhältnis zur <i>pro-rata</i> -Befriedigung.....	11
(ii) Zuordnung eines Vermögensgegenstands.....	12
(iii) Abhängigkeit von der gesicherten Forderung aufgrund der Zweckrichtung der Zuordnung	14
d. Zusammenfassung.....	15
e. Weitere Verwendung des Begriffs der Kreditsicherheit in der Arbeit.....	16
2. Der Begriff der Eigentumssicherheit	16
a. Definition.....	17
b. Typologie der Eigentumssicherheiten	18
(i) Eigentumssicherheiten des Warenkreditgebers.....	19
(a) Eigentumsvorbehalt	19
(b) Das Finanzierungsleasing.....	19
(c) Die Verkaufskommission	22
(ii) Eigentumssicherheiten des Geldkreditgebers	23
(a) Die Sicherungsübereignung	23
(b) Der Wiederkauf/Sicherungskauf	23
(c) Das <i>sale and lease-back</i> -Verfahren	23
(d) Die <i>fiducie-sûreté</i>	24

c. Zusammenfassung.....	25
II. Motive für Kreditsicherung aus ökonomischer Sicht	25
1. Makroökonomische Gesichtspunkte	25
2. Motive für Kreditsicherheiten im Einzelnen	
Vertragsverhältnis	27
a. Interessen des Kreditgebers.....	27
(i) Absicherung gegen den Ausfall des Kreditnehmers	27
(ii) Verringerung des Informationsaufwands.....	28
(iii) Schaffung eines Anreizes für die	
Kreditrückzahlung.....	29
(iv) Unkomplizierte Befriedigung und Kontrolle über	
die Verwertung einer Sache	30
b. Interessen des Kreditnehmers.....	31
(i) Interesse an der Kreditgewährung; Interesse an	
günstigem Kredit.....	31
(ii) Interesse an schneller Entscheidung über die	
Kreditgewährung und an langer Laufzeit	32
III. Geschichtlicher Überblick über das Kreditsicherungsrecht	
der beweglichen Sachen, besonders der Rolle des Eigentums	
als Mittel der Kreditsicherung.....	33
1. Von der altrömischen in die vorklassische	
und klassische Zeit	33
a. Die <i>fiducia cum creditore contracta</i>	35
b. Das <i>pignus</i>	38
2. Entwicklungen in der nachklassischen Zeit und unter	
Justinian	40
a. Absterben der <i>fiducia</i>	40
b. Das <i>pignus</i>	41
3. Ausblick auf das Zeitalter der Rezeption und der	
Kodifikationen	42
B. Regulierung von Eigentumssicherheiten <i>de lege lata</i> in	
verschiedenen Rechtsordnungen.....	44
I. Eigentumssicherheiten in ausgewählten zivilistischen	
Rechtsordnungen: Deutschland, Schweiz, Frankreich und	
Québec.....	45
1. Situation des Warenkreditgebers	45
a. Der Eigentumsvorbehalt.....	46
(i) Seine Bedeutung	46
(ii) Wirksame Begründung <i>inter partes</i>	50
(iii) Regelung der Drittwirksamkeit	55
(iv) Erfasste Vermögensgegenstände	57

(v)	Rechte und Pflichten der Parteien während der gesicherten Transaktion	64
(vi)	Verwertung des Rechts	66
(vii)	Stellung des Vorbehaltsverkäufers in der Insolvenz des Schuldners	70
(viii)	Anmerkung zur Rechtsnatur des Eigentumsvorbehalts.....	72
b.	Das Finanzierungsleasing	74
2.	Situation des Geldkreditgebers	76
a.	Die sicherungsweise Übertragung von Sachen auf den Gläubiger oder in ein Sondervermögen.....	77
(i)	Bedeutung	77
(ii)	Wirksamkeit <i>inter partes</i>	82
(iii)	Drittwirksamkeit	85
(iv)	Erfasste Vermögensgegenstände	86
(v)	Rechte und Pflichten der Parteien während der Dauer der gesicherten Transaktion.....	90
(vi)	Verwertung des Rechts	91
(vii)	Stellung in der Insolvenz des Schuldners	93
(viii)	Anmerkung zur Rechtsnatur von Sicherungseigentum und <i>fiducie</i>	95
b.	Das Wiederkaufsrecht	96
II.	Article 9 UCC und Eigentumssicherheiten.....	98
1.	Hintergrund des Article 9 UCC	98
a.	Geschichtlicher Hintergrund des Article 9 UCC	98
(i)	Die Arbeiten am <i>Uniform Commercial Code</i>	98
(ii)	Der Zustand des alten Kreditsicherungsrechts der Vereinigten Staaten	99
(iii)	Zusammenfassung.....	103
b.	Regelungsziele des Article 9 UCC	103
c.	Die Definition eines einheitlichen Kreditsicherungsrechts als Kernstück des Ansatzes.....	104
(i)	Der unitäre Ansatz (<i>unitary approach</i>).....	104
(ii)	Die dogmatische Konzeption des <i>security interest</i>	105
(iii)	Die Funktionsweise von Article 9 UCC	106
(iv)	Die Anwendung der funktionalen Sichtweise.....	107
d.	Umgang von Article 9 UCC mit schwierigen Wertungsfällen.....	108
2.	Regulierung im Einzelnen: Voraussetzungen und Wirkungen des Article 9- <i>security interest</i>	111
a.	<i>Inter partes</i> -Wirksamkeit des <i>security interest</i>	111
b.	Perfektionierung des <i>security interest</i>	113

c. Erfasste Vermögensgegenstände	116
d. Rechte und Pflichten der Parteien während der gesicherten Transaktion	117
e. Verwertung des Rechts	118
f. Stellung in der Insolvenz des Sicherungsgebers	120
III. Die kanadischen <i>Personal Property Security Acts</i> und Eigentumssicherheiten	121
1. Hintergrund der kanadischen PPSAs	121
2. Regulierung im Einzelnen	123
IV. <i>Soft Law</i> und Eigentumssicherheiten: Der UNCITRAL <i>Legislative Guide</i> und der <i>Draft Common Frame of Reference</i> (DCFR)	126
1. Der UNCITRAL <i>Legislative Guide on Secured Transactions</i>	127
a. Hintergrund	127
(i) UNCITRAL: Die Organisation	127
(ii) Nicht bindende Rechtsnormen der UNCITRAL	128
(iii) Arbeit auf dem Gebiet der Kreditsicherheiten	129
(iv) Der regulatorische Grundansatz des Leitfadens zu den Kreditsicherheiten	130
b. Regulierung im Einzelnen	132
(i) Wirksamkeit der Kreditsicherheit <i>inter partes</i>	132
(ii) Drittwirksamkeit	132
(iii) Rechte und Pflichten der Parteien während der gesicherten Transaktion	135
(iv) Erfasste Vermögensgegenstände	135
(v) Verwertung des Rechts	136
(vi) Stellung des Gläubigers in der Insolvenz des Sicherungsgebers	137
2. Der <i>Draft Common Frame of Reference</i> (DCFR)	138
a. Hintergründe	138
(i) Die Europäische Kommission und der <i>Common Frame of Reference</i>	138
(ii) Die Rechtswissenschaft und der „ <i>Draft</i> “ <i>Common Frame of Reference</i>	139
(iii) Der regulatorische Grundansatz des Buch IX des DCFR	140
b. Regulierung im Einzelnen	142
(i) Wirksamkeit der Kreditsicherheit <i>inter partes</i>	142
(ii) Drittwirksamkeit	143
(iii) Rechte und Pflichten der Parteien während der gesicherten Transaktion	144

(iv) Erfasste Vermögensgegenstände	144
(v) Verwertung des Rechts	145
(vi) Stellung des Gläubigers in der Insolvenz des Sicherungsgebers	146
C. Systematik der vorgefundenen Regulierungsansätze	147
I. Kriterien der Systematik	147
II. Grundlegender Regulierungsansatz	147
1. Sieht das Gesetz die Verwendung von Eigentums- sicherheiten vor?	147
a. Grunderkenntnisse	147
b. In welchem Masse ist die Verwendung von Eigentumssicherheiten möglich?	148
2. Inwieweit werden die Eigentumssicherheiten eigenständig reguliert?	149
3. Zusammenfassung	151
III. Inhaltliche Regulierung der zulässigen Eigentumssicherheiten ...	151
1. Eigentumsvorbehalt	151
a. Wirksamkeit <i>inter partes</i>	151
b. Drittwirksamkeit	152
c. Erfasste Vermögensgegenstände	153
d. Verwertung der Position des Eigentumsvorbehalts- verkäufers	154
e. Stellung des Vorbehaltsverkäufers in der Insolvenz des Schuldners	154
2. Sicherungseigentum und <i>fiducie-sûreté</i>	155
a. Wirksamkeit <i>inter partes</i>	155
b. Drittwirksamkeit	155
c. Erfasste Vermögensgegenstände	155
d. Verwertung	155
e. Stellung in der Insolvenz des Schuldners	156
IV. Zusammenfassende Bewertung der vorgefundenen Regulierungsansätze	157
Teil 2: Fallstudien	159
A. Einleitung	159
B. Fallbeispiele für die Situation des Warenkreditgebers	160
I. Fallbeispiel 1: Die Sicherung des Erwerbskreditgebers	161
1. Zum Sinn und Zweck der Sicherung des Erwerbs- kreditgebers	161
2. Mögliche Praxisfälle	162
3. Das Fallbeispiel	162
4. Lösung des Fallbeispiels	164

a.	Lösung nach deutschem Recht	164
(i)	Rechte des Verkäufers V an der Maschine	164
(ii)	Rechte des X	165
(iii)	Möglichkeit des X, in die Rechtsstellung des V einzutreten?	165
b.	Lösung nach schweizerischem Recht	167
(i)	Rechte des Verkäufers V an der Maschine	167
(ii)	Rechte des X	168
(iii)	Möglichkeit des X, in die Rechtsstellung des V einzutreten?	168
c.	Lösung nach dem Recht des UCC und verwandter Systeme	169
(i)	Rechte des Verkäufers V an der Maschine	169
(ii)	Rechte des X	171
(iii)	Möglichkeit des X, in die Rechtsstellung des V einzutreten?	172
d.	Lösung nach dem Recht der Provinz Québec	172
(i)	Rechte des Verkäufers V an der Maschine	172
(ii)	Rechte des X	173
(iii)	Möglichkeit des X, in die Rechtsstellung des V einzutreten?	174
e.	Zusammenfassungen	174
II.	Fallbeispiel 2: <i>True Leasing vs. Security Leasing</i>	175
1.	Zu den Schnittstellen von <i>Leasing</i> und Kreditsicherung	175
2.	Mögliche Praxisfälle	176
3.	Das Fallbeispiel	176
4.	Lösung des Fallbeispiels	177
a.	Der Ausgangsfall	177
(i)	Lösung nach deutschem Recht	177
(ii)	Lösung nach dem Recht des UCC	178
(iii)	Lösung nach dem Recht der kanadischen PPSAs	180
(iv)	Lösung nach dem Recht des DCFR	182
(v)	Lösung nach dem Recht der Provinz Québec	183
b.	Lösung der Abwandlung	186
(i)	Lösung nach dem Recht des UCC	186
(ii)	Lösung nach dem Recht der kanadischen PPSAs	188
c.	Zusammenfassungen	188
C.	Fallbeispiele für die Situation des Geldkreditgebers	190
I.	Fallbeispiel 1: Verfügung über den Sicherungsgegenstand (<i>right of use</i>)	192
1.	Das dahinter stehende Gläubigerinteresse	192
2.	Mögliche Praxisfälle	192

3. Das Fallbeispiel.....	194
4. Lösung des Fallbeispiels	194
a. Lösung nach deutschem Recht	194
(i) Lösungsübersicht bei sicherungsweiser Übertragung des Eigentums	194
(a) Zusammenhang zwischen Eigentum und Verfügung.....	195
(b) Zum Ablauf der Übertragung von Rechten an Wertpapieren im deutschen Recht.....	196
(c) Das Sicherungseigentum als Alternative für ein Verwendungsrecht (<i>right of use</i>)?	199
(d) Ergebnis	201
(ii) Frage 2: Lösungsübersicht bei beschränktem dinglichen Sicherungsrecht	201
(a) Vorüberlegungen zur Verpfändung	201
(b) Einfluss der Finanzdienstleistungsrichtlinie	202
(c) Kritik an der Regelung des Art. 5 der Richtlinie	204
(d) Eigene Stellungnahme.....	205
(e) Folge für den vorliegenden Fall	206
(iii) Zusammenfassung zum deutschen Recht	206
b. Lösung nach schweizerischem Recht	206
(i) Der Unterschied zum deutschen Recht.....	206
(ii) Wie können Bucheffekten als Kreditsicherheit verwendet werden?	208
(iii) Das Nutzungsrecht der Verwahrungsstelle nach Art. 22 und 23 BEG	209
(iv) Zusammenfassung zum schweizerischen Recht.....	211
(v) Anwendung auf den vorliegenden Fall.....	212
c. Lösung nach dem Recht des Article 9 <i>Uniform</i> <i>Commercial Code</i>	212
(i) Übersicht.....	212
(ii) Das <i>repledge</i> nach Article 9 UCC	213
(a) Der Begriff. Art. 9-207 und 9-314 UCC.....	213
(b) Der Anwendungsbereich des <i>repledge</i> – das <i>indirect holding system</i>	215
(c) Auswirkungen der Article 9 UCC-Reform 1999: Das <i>impairing repledge</i>	217
(d) Das Charakterisierungsproblem	219
(iii) Neuere Entwicklungen: <i>Rehypothecation</i> zur Erfüllung von Verbindlichkeiten des Sicherungs- nehmers (SP) aus <i>Repo</i> -Transaktionen	222

(a)	Begriff und Zusammenhang mit <i>Repo</i> - Transaktionen	222
(b)	<i>Rehypothecation</i> im Rahmen des Handels mit Derivaten, insbesondere im Rahmen von <i>Over-the-Counter-Derivatives (OTCs)</i>	223
(iv)	Zusammenfassung zum amerikanischen Recht	228
(v)	Lösung des Ausgangsfalls	229
d.	Rechtslage unter dem <i>Code civil québécois</i>	229
e.	Zusammenfassungen	229
II.	Fallbeispiel 2: Notwendigkeit der zügigen Verwertung des Sicherungsgegenstands	231
1.	Das dahinter stehende Gläubigerinteresse	231
2.	Mögliche Praxis-Fälle	231
3.	Das Fallbeispiel	232
4.	Lösung des Fallbeispiels	234
a.	Lösung nach deutschem Recht	234
(i)	Frage 1: Lösungsübersicht bei bestelltem Pfandrecht	234
(a)	Bestellung eines Pfandrechts	234
(b)	Die Voraussetzungen der Verwertung nach allgemeinem Recht	234
(c)	Die Ausnahme der „wesentlichen Wertminderung“	235
(d)	Ergebnis zur Frage 1	236
(ii)	Lösung der Frage 2	237
(a)	S als Kaufmann	237
(b)	Abkürzung durch privatvertragliche Einigung ...	237
(c)	Der Einfluss der Finanzsicherheitenrichtlinie auf die Fragestellung	238
(d)	Ergebnis zu Frage 2	240
(iii)	Frage 3: Lösung bei Vereinbarung der Sicherungsübereignung	240
(a)	Bei Fehlen einer Vereinbarung über die Verwertung	240
(b)	Bei vertraglicher Einigung über die Verwertung	243
(c)	Ergebnis zu Frage 3:	244
(iv)	Systematik der Ergebnisse zum deutschen Recht	244
b.	Lösung nach schweizerischem Recht	245
(i)	Lösungsübersicht bei bestelltem Pfandrecht	245
(a)	Lösung nach allgemeinem Recht	245

(b)	Lösung im Fall der Geltung des Bucheffektengesetzes.....	248
(c)	Ergebnis zu Frage 1	250
(ii)	Frage 2: S als Kaufmann bzw. Unternehmer; Privatvertragliche abweichende Vereinbarung	251
(a)	Nach allgemeinem Recht	251
(b)	Nach Bucheffektengesetz.....	252
(c)	Ergebnis zu Frage 2	252
(iii)	Frage 3: Lösung für das Sicherungseigentum.....	252
(a)	Nach allgemeinem Recht	252
(b)	Nach Bucheffektengesetz.....	253
(c)	Ergebnis zu Frage 3	253
(iv)	Systematik der Ergebnisse zum schweizerischen Recht.....	254
c.	Lösung nach französischem Recht	255
(i)	Lösungsübersicht bei bestelltem Pfandrecht.....	255
(a)	Allgemeines Pfandrecht	255
(b)	Verpfändung von Depotkonten	256
(c)	Ergebnis zu Frage 1	257
(ii)	Frage 2: S als Kaufmann bzw. Unternehmer; Privatvertragliche abweichende Vereinbarung	257
(a)	Allgemeines Pfandrecht	257
(b)	Verwertung eines Depotkontos	258
(c)	Ergebnis zur Frage 2	258
(iii)	Frage 3: Lösung für das Sicherungseigentum.....	259
(iv)	Systematik der Ergebnisse zum französischen Recht.....	260
d.	Lösung nach dem Recht der Provinz Québec	261
(i)	Lösungsübersicht bei bestelltem Pfandrecht.....	261
(a)	Allgemeines Recht	261
(b)	Verwertung von Bucheffekten (<i>titres intermédiés/securities entitlements</i>)	263
(c)	Ergebnis zu Frage 1	264
(ii)	Frage 2: S als Kaufmann bzw. Unternehmer; Privatvertragliche abweichende Vereinbarung	264
(a)	Allgemeines Recht	264
(b)	Verwertung von Bucheffekten (<i>titres intermédiés/securities entitlements</i>)	265
(c)	Ergebnis zur Frage 2	265
(iii)	Frage 3: Lösung für das Sicherungseigentum.....	266
(iv)	Systematik der Ergebnisse zum Recht von Québec ...	266

e. Lösung nach dem Recht des <i>Uniform Commercial Code</i> ...	267
(i) Frage 1: Lösungsübersicht bei bestelltem Pfandrecht	267
(a) Grundlagen	267
(b) Die Verwertung	268
(c) Ergebnis zu Frage 1	269
(ii) Frage 2: S als Kaufmann bzw. Unternehmer; Privatvertragliche abweichende Vereinbarung	269
(iii) Frage 3: Lösung für das Sicherungseigentum	270
(iv) Systematik der Ergebnisse zum UCC-Recht	270
f. Vergleich der vorgefundenen Ergebnisse	271
(i) Anmerkung zu den Lösungen	271
(a) Anmerkungen zu den Regelungen des allgemeinen Rechts	271
(b) Anmerkungen zum Sachverhalt: Wertpapierrechte, die in einem Depotkonto gutgeschrieben sind	272
(ii) Abschliessende Bemerkung	273
D. Ergebnisse zu Teil 2	274
I. Ergebnisse zum Warenkredit	274
II. Ergebnisse zum Geldkredit	275
III. Zusammenfassung der Ergebnisse	276
Teil 3: Vergleich und normative Bewertung der Regulierungsmethoden	277
A. Vorbemerkungen	277
I. Gegenstand dieses Teils	277
II. Zur Vorgehensweise	277
B. Grundannahmen und Kriterien	278
I. Grundannahmen	278
II. Zu den Kriterien der Effektivität und der Effizienz	280
1. Effektivität	280
2. Effizienz	281
3. Grenzen der Aussagekraft von Effektivität und Effizienz	283
III. Zu den ökonomischen Aspekten von Kreditsicherheiten	285
1. Überblick über die ökonomische Analyse des Rechts	285
a. Wirtschaftswissenschaftlicher Hintergrund	285
b. Der <i>Law and Economics</i> -Ansatz als Teil der Neuen Institutionenökonomie	288
2. Die ökonomische Analyse der Kreditsicherheiten	291
a. Argumente der klassischen ökonomischen Theorie	292
b. Argumente der Neuen Institutionenökonomie	293

(i)	Argumente aus der <i>principle-agent</i> -Theorie.....	293
(ii)	Argumente aus der Transaktionskostenanalyse	294
(iii)	Argumente der <i>property rights</i> -Analyse.....	295
IV.	Das weitere Vorgehen.....	295
C.	Eigentlicher Vergleich und eigentliche Bewertung beider Systeme... 296	
I.	Die Entscheidung bezüglich des grundsätzlichen Ansatzes..... 296	
1.	Reichweite des Funktionalismus bei Article 9 UCC	297
2.	Reichweite des Funktionalismus im deutschen und schweizerischen Recht	297
3.	Bewertung beider Systeme	298
a.	Argumente aus der Sicht des Effektivitätsgebots	298
b.	Argumente aus Sicht der Kosten-Nutzen-Effizienz.....	301
c.	Argumente aus der ökonomischen Betrachtung der Kreditsicherungsrechte	302
(i)	Klassische ökonomische Sichtweise.....	302
(ii)	Ansätze aus dem Bereich der Neuen Institutionenökonomik	302
(iii)	Ergebnisse.....	303
4.	Einfachere Rechtsanwendung beim unitären und funktionalen Ansatz?.....	304
a.	Der Anspruch: Article 9 UCC und der Verzicht auf Konzeptionen des Sachenrechts	305
b.	Die Wirklichkeit: Rückgriff auf sachenrechtliche Wertungen	306
(i)	<i>Leasing</i> und Kommissionskauf	306
(ii)	Die Vorzugsbehandlung des Warenkreditgebers vor dem Geldkreditgeber.....	309
(iii)	Weitere Fälle.....	310
5.	Lehren aus dem <i>Code civil québécois</i> ?	310
6.	Diskussion möglicher Anpassungen beim deutschen und schweizerischen Recht der Kreditsicherheiten.....	314
a.	Erkenntnisse aus der vorangehenden Betrachtung.....	314
(i)	In Bezug auf das Rechtssicherheitsniveau.....	314
(ii)	In Bezug auf die Komplexität der Anwendung.....	315
b.	Vorschlag: Unitärer oder pluraler Ansatz?	315
(i)	Argumente für den pluralen Ansatz.....	316
(ii)	Ergebnis.....	318
c.	Weiterführende Überlegungen	318
7.	Zusammenfassung	319
II.	Entscheidung über die Regelung der Priorität/des Rangs zwischen verschiedenen Gläubigern hinsichtlich des gleichen Gegenstands.....	319

1. Das Grundprinzip der Priorität nach Article 9 UCC und den kanadischen PPSAs.....	320
2. Regulierung der Priorität im aktuellen deutschen und schweizerischen Recht	321
3. Bewertung beider Systeme	323
a. Argumente aus der Sicht des Effektivitätsgebots	323
b. Argumente aus der Sicht der Kosten-Nutzen-Effizienz.....	324
c. Argumente aus der ökonomischen Betrachtung der Kreditsicherungsrechte	325
(i) Klassische ökonomische Sichtweise.....	325
(ii) Ansätze aus der Neuen Institutionenökonomik.....	325
(iii) Ergebnis.....	326
4. Inkohärenz des amerikanischen Rechts im Bereich der Regelung der Priorität	326
a. <i>Ostensible ownership</i> -Fälle ausserhalb des Anwendungsbereichs von Article 9 UCC.....	326
b. Konflikt zwischen <i>pmsi</i> -Gläubigern.....	330
c. Ergebnis.....	330
5. Die Erfahrungen der Provinz Québec	330
6. Diskussion möglicher Anpassungen beim deutschen und schweizerischen Recht der Kreditsicherheiten.....	332
a. Erkenntnisse aus der obigen Darstellung.....	332
b. Zwischenergebnis	334
c. Praktische Vorschläge zum Publizitätserfordernis bei Eigentumssicherheiten	335
(i) Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung	336
(a) Der Eigentumsvorbehalt.....	336
(b) Die Sicherungsübereignung	339
(ii) Das Finanzierungsleasing.....	339
(iii) Andere Fälle der Trennung von Eigentum und Besitz	341
7. Zusammenfassung	342
III. Die Verwertung der Eigentumssicherheiten (ausserhalb der Insolvenz).....	343
1. Die Regelung der Verwertung nach Article 9 UCC.....	344
2. Die Regelung der Verwertung in Deutschland und der Schweiz.....	345
3. Bewertung beider Systeme	346
a. Argumente aus der Sicht des Effektivitätsgebots	346
(i) Das Verfahren der Verwertung	346
(ii) Die Bedeutung des Eigentums an einer speziellen Sache.....	348

b. Argumente aus Sicht der Kosten-Nutzen-Effizienz	348
c. Argumente aus der ökonomischen Betrachtung der Kreditsicherungsrechte	349
(i) Klassische ökonomische Sichtweise	349
(ii) Ansätze aus dem Bereich der Neuen Institutionenökonomik	350
(iii) Ergebnisse	350
4. Mögliche Schwachpunkte bei Article 9 UCC	351
5. Die Erfahrungen der Provinz Québec	352
6. Diskussion möglicher Anpassungen beim deutschen und schweizerischen Recht der Kreditsicherheiten	355
a. Vorrang des Kaufrechts oder Vorrang des Rechts der Kreditsicherheiten?	355
b. Diskussion	355
(i) Das Recht der Kreditsicherheiten	355
(ii) Das Kaufrecht	358
(iii) Entscheidung im Grundsatz	361
(iv) Die übrigen gesicherten Gläubiger des Käufers	361
(a) Zuordnung eines Überschusses an den Käufer?	362
(b) Benachrichtigung der Inhaber von Rechten am Anwartschaftsrecht?	364
(c) Ergebnis	364
7. Zusammenfassung	364
IV. Die Stellung der Eigentumssicherheiten in der Insolvenz	365
1. Eigentumssicherheiten im Verfahren der US- amerikanischen <i>bankruptcy</i>	366
2. Eigentumssicherheiten in deutschen und schweizerischen Gesamtvollstreckungsverfahren	367
a. Deutsches Recht	367
b. Schweizerisches Recht	369
c. Zusammenfassung	370
3. Bewertung der Systeme	370
a. Argumente aus der Sicht des Effektivitätsgebots	371
(i) Vergleich	371
(ii) Zusammenfassung	373
b. Argumente aus Sicht der Kosten-Nutzen-Effizienz	374
(i) Vergleich	374
(ii) Zusammenfassung	375
c. Argumente aus der ökonomischen Betrachtung der Kreditsicherungsrechte und des Insolvenzrechts	375
4. Anmerkung zum US-amerikanischen Recht	377

5. Lehren aus der Provinz Québec?	377
6. Anpassungen im deutschen und schweizerischen Insolvenz- bzw. Konkursrecht?	378
a. Aussonderung oder Absonderung ?	379
(i) Das Sicherungseigentum	379
(ii) Der Eigentumsvorbehalt	380
b. Fortführung des Unternehmens in der Insolvenz	381
(i) Das Sicherungseigentum	381
(ii) Der Eigentumsvorbehalt	381
7. Zusammenfassung	382
D. Ergebnisse zu Teil 3	382
I. Gesamtergebnis	383
II. Einzelergebnisse	383
1. Zum unitären oder pluralen Ansatz	383
2. Zur Frage der Priorität bzw. des Rangs zwischen den gesicherten Gläubigern	384
3. Zur Verwertung der Eigentumssicherheiten ausserhalb der Insolvenz	384
4. Zur Stellung der Eigentumssicherheiten in der Insolvenz des Sicherungsgebers	385
Gesamtergebnisse	387
Literaturverzeichnis	397
Sachregister	413

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEA	American Economic Association
AJP	Aktuelle juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
al.	alinéa
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
ALER	American Law and Economics Review
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BEG	Bucheffektengesetz (Schweiz)
begr.	begründet
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BIA	Bankruptcy and Insolvency Act (Kanada)
BK	Berner Kommentar
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Brook. J. of Int'l. L.	Brooklyn Journal of International Law
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Bull.	Bulletin
Bull. civ. IV	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale
Bus. Law.	The Business Lawyer
c.	contre
CA	Cour d'appel
Campbell L. Rev.	Campbell Law Review
Can. Bus. L.J.	Canadian Business Law Journal
C.Cass.	Cour de Cassation (Frankreich)
C.Cass.civ.	Cour de Cassation, Chambres civiles
C.Cass.com.	Cour de Cassation, Chambre commerciale
C.civ.	Code civil français
C.civ.it.	Codice civile italiano
C.com.	Code commercial
C.mon.fin.	Code monétaire et financier
CCQ	Code civil québécois

Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Clunet	Journal de droit international
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Colum. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Com. L.J.	Commercial Law Journal
D.	Digesten auch: Recueil Dalloz de doctrine, jurisprudence et de législation
ders.	derselbe
dir.	directeur/directrice
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ed.	editor, edition
éd.	édition
édit(s).	éditeur(s)
et al.	et alii
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FISA	Federal Intermediated Securities Act (Schweiz)
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
GdP	Gazette du Palais
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
ggf.	gegebenenfalls
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IA	Insolvency Act (UK)
InsO	Insolvenzordnung (Deutschland)
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
JCP	Jurisclasseur Périodique (La semaine juridique)
JdT	Journal des Tribunaux
J.I.B.L.R.	Journal of International Banking Law and Regulation
J. L. & Com.	Journal of Law and Commerce
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
JuS	Juristische Schulung
KKG	Konsumentenkreditgesetz (Schweiz)
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht: Konkurs, Treuhand, Sanierung
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Loy. L.A. L.Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
LPA	Les petites affiches
LS	Legal Studies (Journal)
LTVM	Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés/Act respecting the transfer of securities and the establishment of security entitlements (Québec)
McGill L.J.	McGill Law Journal
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Randnummer
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review

Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
n°	numéro
N.Y.U.L.Q. Rev.	New York University Law Quarterly Review
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
OTC	Over-the-Counter (Derivatives)
OR	Obligationenrecht
p.	page(s)
Penn. St. Int'l L. Rev.	Penn State International Law Review
PPSA	Personal Property Security Act
PPSA-BC	PPSA der Provinz British Columbia
PPSA-NB	PPSA der Provinz New Brunswick
PPSA-NS	PPSA der Provinz Nova Scotia
PPSA-ON	PPSA der Provinz Ontario
PPSA-PEI	PPSA der Provinz Prince Edward Island
PPSA-SA	PPSA der Provinz Saskatchewan
PPSA-Y	PPSA des Yukon-Territory
Q.	Québec
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
R.C.S.	Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada
rec.	Recommandation
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (Québec)
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
Rev.cr.d.i.p.	Révue critique du droit international privé
R.G.D.	Révue générale de droit
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
R.J.T.	Révue juridique Thémis
RTD com.	Révue trimestrielle de droit commercial
s.	section
s.a.	siehe auch
Scand. J. of Econ.	Scandinavian Journal of Economics
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Schweiz)
SchlT	Schlusstitel
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung/Révue suisse de jurisprudence
ss	suivants
sv.	suivant
ST	Der Schweizer Treuhänder
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
suppl.	supplément
Syr. L. Rev.	Syracuse Law Review
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
T.	Teil
	auch: tome (Band)
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review

u.a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UCLA L. Rev.	University of California, Los Angeles Law Review
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
USC	United States Code
v.	versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
vgl.	vergleiche
vgl. a.	vergleiche auch
vol.	volume
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
WM	Wertpapiermitteilungen/Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins/Révue de la société des juristes bernois
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht/Révue de droit Suisse

Einleitung

In vielen europäischen Staaten ist das Recht der Kreditsicherheiten, besonders der Mobiliarkreditsicherheiten, in den letzten zwanzig bis dreissig Jahren Gegenstand von Reformdiskussionen gewesen, die bis heute anhalten. Das besondere Interesse am Recht der Kreditsicherheiten als Reformgegenstand erklärt sich aus den direkten Auswirkungen, die Kreditsicherheiten auf das Wirtschaftswachstum eines Staates haben können. Je konsequenter ein Staat die Interessen von Kreditgebern schützt, indem er ihnen für den Ausfall des Schuldners die Möglichkeit einer effektiven Sicherung einräumt, desto eher sind Kreditgeber bereit, in diesem Staat zu investieren. Je mehr Investitionen getätigt werden, desto mehr Kapital steht den wirtschaftenden Kräften des Landes zur Verfügung. Insbesondere ehemals kommunistische Länder haben deshalb im Rahmen des Übergangs in die Marktwirtschaft seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts umfangreiche Reformen ihrer Kreditsicherungsrechte durchgeführt, jeweils mit dem Ziel, günstige Voraussetzungen für die Modernisierung ihrer Wirtschaft zu schaffen¹. Die Industriestaaten Westeuropas, z.B. Deutschland, das Vereinigte Königreich, die Schweiz oder Italien, haben bisher keine umfangreichen Reformen ihrer Mobiliarkreditsicherheiten unternommen². Dennoch ist Rechtsreform auf dem Gebiet der Kreditsicherheiten auch für sie ein aktuelles Thema³. Wenn sich Gründe für eine Reform für diese Staaten nicht aus der Notwendigkeit der Anpassung an ein neues Wirtschaftssystem ergeben, so sind sie doch wegen der Globalisierung der Wirtschafts-

¹ Vgl. z.B. für die Slowakei *Maternova*, The Slovak secured transactions reform: ingredients of a successful reform and reflections on its achievements, in: Dahan/Simpson (eds.), *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Cheltenham, U.K., 2009, p. 207–223; zur Reform des Kreditsicherungsrechts der Ukraine vgl. *Macdonald*, Three Metaphors of Norm Migration in International Context, 34 *Brook. J. of Int'l. L.* 629, 651 (2009); zur Reform in anderen ehemals kommunistischen Staaten, darunter Bulgarien, Russland und Polen, s. *Summers*, Recent Secured Transactions Law Reform in the Newly Independent States and Central and Eastern Europe, 23 *Review of Central and East European Law* 1997, 177–203.

² Eine Ausnahme ist allerdings Frankreich, das sein Recht der Kreditsicherheiten 2006 umfassend reformiert hat.

³ Vgl. den Überblick bei *Kieninger*, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, *AcP* 208 (2008), 182, 199 ff.

beziehungen einem starken Wettbewerb ausgesetzt und stehen deshalb unter Reformdruck. Die erste Globalisierungswelle seit den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts führte zu einem sprunghaften Anstieg des internationalen Handels und damit auch zu einer starken Zunahme transnationaler Kreditfinanzierungen. Unterschiede in den Kreditsicherungsrechten einzelner Staaten, die Handelsbeziehungen unterhalten, insbesondere Unterschiede in den grundlegenden Wirksamkeitsvoraussetzungen für Kreditsicherungsrechte, können sich dabei als faktisches Handelshemmnis auswirken. Das wird besonders deutlich, wenn die in einem Staat erfolgte rechtsgültige Bestellung eines Sicherungsrechts in einem anderen Staat wegen Verstosses gegen allgemeine Rechtsgrundsätze nicht anerkannt wird⁴. Dieser Zustand führt zu mehreren Problemen. Zum einen ergibt sich in einer transnationalen Vertragsbeziehung für den Sicherungsnehmer das Problem, dass er einem gewissen Risiko ausgesetzt ist, wenn der mit seinem Sicherungsrecht belastete Gegenstand in einen anderen Staat verbracht wird. Möglich ist, dass dem Sicherungsrecht am neuen Lageort nicht die gleichen Wirkungen (z.B. Insolvenzfestigkeit) zuerkannt werden oder sogar, dass das Bestehen einer Sicherheit überhaupt nicht anerkannt wird. Die Problematik divergierender Rechte auf dem Gebiet der Kreditsicherheiten erhält in Europa vor dem Hintergrund des europäischen Binnenmarkts eine ganz eigene Prägung⁵.

Angesichts dieser Herausforderungen bemühen sich nicht nur nationale Gesetzgeber, sondern vermehrt Projekte mit internationaler Reichweite um eine weiche⁶ Harmonisierung des Rechts der Kreditsicherheiten. Zu nen-

⁴ Wegen Verstosses gegen den *ordre public*; das gilt z.B. für die Behandlung des nach deutschem Recht wirksam bestellten Sicherungseigentums im Ausland. S. zu dieser Problematik z.B. *Schacherreiter*, Publizitätsloses Sicherungseigentum im deutsch-österreichischem Grenzverkehr – Die Versagung der Anerkennung auf dem Prüfstein des Gemeinschaftsrechts, *ZfRV* 2005, 173, 174; *Graham-Siegenthaler*, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Untersuchung, Bern 2005, 1; *Reich*, Das stille Pfandrecht der Niederlande – Ziel oder bloßer Schritt auf dem Weg zur Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung?, Göttingen 2006, 58.

⁵ Vgl. mit einer ausführlichen Untersuchung der Problematik der Nichtanerkennung unter europarechtlichen Aspekten *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt – Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten, Baden Baden 1996.

⁶ „Weich“ wird hier in Anlehnung an *soft law* verwendet. Das bedeutet, dass auf eine Durchsetzung von Harmonisierungsmassnahmen mittels staatlicher oder überstaatlicher Autoritätsakte verzichtet wird und statt dessen versucht wird, Harmonisierung durch die Überzeugungskraft nicht bindender Akte, z.B. von Modellgesetzen oder Leitfäden, zu erreichen. Vgl. zum Thema der internationalen Harmonisierung durch nicht bindende Instrumente *Macdonald*, Three Metaphors, 34 *Brook. J. of Int'l. L.* 603 (2009), und *Go-*

nen sind dabei insbesondere⁷ der *Legislative Guide on Secured Transactions* der *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL/CNUDCI)⁸ und der europäische *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁹. Beide, besonders aber der von UNCITRAL vorgelegte Text, stützen sich massgeblich auf den Gesetzgebungsansatz des US-amerikanischen Article 9 *Uniform Commercial Code* (UCC)¹⁰. Durch den unitären und funktionalen Ansatz (*unitary and functional approach*) in der Gesetzgebung zu den Mobiliarkreditsicherheiten grenzen sich Article 9 UCC und ihm folgende Gesetzgebungen, wie z.B. die kanadischen, neuseeländischen oder australischen *Personal Property Security Acts* (PPSAs), von ihren alten europäischen Vorbildern ab. Anstelle der Vielzahl unterschiedlicher Institutionen, die der Mobiliarkreditsicherung dienen können, wie Pfandrecht, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, Wiederkauf, Mobiliarhypothek etc. unterwirft dieser Ansatz alle Rechtsgeschäfte, welche die Funktion der Sicherung eines Kredits haben, den einheitlichen Regeln des *security interest*. Alle gesicherten Gläubiger werden im Grundsatz gleichbehandelt. Das bedeutet z.B., dass ein Eigentumsvorbehaltsverkäufer in Bezug auf den Sicherungsgegenstand grundsätzlich keine anderen Rechte haben kann als ein Pfandgläubiger. Für ihn gelten alle Voraussetzungen

palan, *New Trends in the Making of International Commercial Law*, 23 J. L. & Com. 117 (2003–2004).

⁷ Neben den beiden genannten Projekten existieren noch weitere. Für die Zwecke dieser Einleitung soll es ausreichen, noch hinzuweisen auf das *Model Law on Secured Transactions* der *European Bank for Reconstruction and Development* (EBRD) von 1994 und den *Acte uniforme portant organisation des sûretés* (1999) der *Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* (OHADA). Vgl. für einen Überblick internationaler Reformprojekte auf dem Gebiet der Kreditsicherheiten *Foëx*, *Sûretés mobilières: propositions pour une réforme*, ZSR 126 (2007) II, 287, 313 ss.

⁸ Text angenommen am 14.12.2007; Veröffentlichung mit Erwägungsgründen und Empfehlungen (*recommendations*) als *UNCITRAL-Legislative Guide on Secured Transactions – Terminology and recommendations*, U.N. Publication, Wien 2009 und mit umfangreichem Kommentar (Erwägungsgründen und Empfehlungen) als *UNCITRAL-Legislative Guide on Secured Transactions*, U.N. Publication, New York 2010.

⁹ *Von Bar/Clive* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 6: IX.-1:101 to X.-10:502, Annexes, München 2009. Der DCFR sieht sich als Zuarbeit einer Gruppe von Wissenschaftlern für den von der Europäischen Kommission angeregten (politischen) gemeinsamen Referenzrahmen, der zugunsten einer kohärenteren Ausgestaltung der Gemeinschaftsvorschriften im Bereich des Vertragsrechts verwendet werden soll. Vgl. den Aktionsplan der Europäischen Kommission v. 12.02.2003 KOM (2003) 68 endg., S. 19.

¹⁰ Der *Uniform Commercial Code* ist ein Gemeinschaftsprojekt der *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) und des *American Law Institute* (ALI). Der UCC wurde bis zum Ende der 1960er Jahre von fast allen US-amerikanischen Staaten übernommen. Heute ist er mit leichten Variationen in allen Staaten in Kraft.

wirksamer Begründung und Verwertung der Kreditsicherheit, die auch für den Pfandgläubiger gelten. In der Insolvenz des Sicherungsgebers hat der Eigentumsvorbehaltsverkäufer grundsätzlich nicht mehr Rechte als ein Pfandgläubiger.

Angeregt durch den starken Einfluss dieses Ansatzes wird auch in Europa vermehrt über die Reform der Mobiliarkreditsicherheiten diskutiert. In Deutschland sind in den letzten Jahren einige Monografien veröffentlicht worden, die die Reformdebatte im Bereich der Mobiliarkreditsicherheiten vorantreiben wollen. Diese Arbeiten beschränken sich auf einzelne Aspekte des Rechts der Kreditsicherheiten, häufig auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft, wie den Eigentumsvorbehalt¹¹ oder die Sicherungsübereignung¹². Vielen dieser Arbeiten ist gemein, dass sie ihre Schlussfolgerungen auf einen Rechtsvergleich stützen und die Lösung in einer gesamt-europäischen Koordinierung sehen¹³. Ähnliche Forschungsbeiträge hat es auch in der Schweiz¹⁴ und in Frankreich¹⁵ sowie anderen europäischen

¹¹ Zum Eigentumsvorbehalt s. z.B. *Schulz*, Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen, Frankfurt a. M. 1998; *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt – Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten, Baden-Baden 1996; *Calme*, Der Eigentumsvorbehalt des deutschen und französischen Rechts im europäischen Kontext: Zugleich ein Beitrag zum europäischen Insolvenzrecht, Frankfurt a.M. 2011; *Rößler-Hecht*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz im europäischen Rechtsvergleich, Hamburg 2009; *Ding*, Der einfache Eigentumsvorbehalt im deutschen und chinesischen Recht, Hamburg 2008.

¹² Vgl. z.B. *Reich*, Das stille Pfandrecht der Niederlande; Ziel oder bloßer Schritt auf dem Weg zur Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung?, Göttingen 2006; *Ernst*, Mobiliarsicherheiten in Deutschland und Polen, Tübingen 2005.

¹³ So z.B. die Arbeiten von *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, und *Schulz*, Der Eigentumsvorbehalt in europäischen Rechtsordnungen, Frankfurt a. M. 1998, sowie *Seif*, Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten im deutschen und englischen Recht, Tübingen 1997.

¹⁴ In der Schweiz hat *Altorfer*, Die Mobiliarhypothek – Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts, Zürich 1981, bereits 1981 eine Arbeit zu einer Reform des schweizerischen Mobiliarkreditsicherungsrechts vorgelegt. Einflussreich ist weiterhin die Arbeit von *Eigenmann*, L'effectivité des sûretés mobilières, Fribourg 2001, die sich mit der Effektivität des schweizer Mobiliarkreditsicherungsrechts auseinandersetzt. *Graham-Siegenthaler*, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Untersuchung, Bern 2005, hat in ihrer Habilitationsarbeit eine umfassende Übersicht zum Stand des jeweiligen nationalen und internationalen Kreditsicherungsrechts der Schweiz, Deutschlands, Frankreichs, Italiens, der USA und Englands vorgelegt. Obwohl keine Monografie, so soll doch aufgrund des umfassenden Charakters hingewiesen werden auf den Aufsatz von *Foëx*, Sûretés mobilières: propositions pour une réforme, ZSR 126 (2007) II, 287–337.

¹⁵ *Riffard*, Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Clermont-Ferrand 1997; *Borgas*, L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Paris 2009.

Staaten gegeben. Der Gebrauch des Eigentums als solchen zum Zweck der Kreditsicherung ist noch nicht Gegenstand einer tiefergehenden Bearbeitung geworden. Zwar haben sich Arbeiten mit einzelnen Arten der Verwendung des Eigentums als Kreditsicherheit auseinandergesetzt. Es existiert aber noch keine Bearbeitung, die sich der Stellung der Eigentumssicherheiten als solcher im Recht der Mobiliarkreditsicherheiten zuwendet. Dieser Befund steht im Widerspruch zur Aktualität des Themas vor dem Hintergrund der internationalen Rechtsentwicklung, denn der unitäre und funktionale Ansatz zeigt seine ganze Konsequenz gerade in seinem Umgang mit den Eigentumssicherheiten. Für Länder mit einer liberalen Einstellung zu den Eigentumssicherheiten – insbesondere Deutschland – ist er eine echte Herausforderung.

Die Arbeit wendet sich deshalb den Eigentumssicherheiten zu. Vor dem Hintergrund des unitären und funktionalen Ansatzes und der internationalen Reformprojekte geht sie der Frage nach, welche Stellung die Eigentumssicherheiten in einem reformierten Mobiliarkreditsicherheitsrecht haben sollten. Mit der Zielrichtung, eine Argumentationshilfe für die gegenwärtige Diskussion zur Reform des Mobiliarkreditsicherheitsrechts in der Schweiz und in Deutschland zu liefern, will sie auf folgende Fragen Antworten suchen: Sollten Eigentumssicherheiten den Parteien eines Sicherungsgeschäfts überhaupt zur Verfügung stehen? Genauer ausgedrückt: Sollte es – wie es bisher in der Schweiz und Deutschland der Fall ist – im Verhältnis zu anderen Kreditsicherheiten separate Regeln für die Eigentumssicherheiten geben? Sollten Eigentumssicherheiten Gläubigern weiterhin die Sondervorteile der Stellung eines Eigentümers verschaffen können? Oder sollten beide Länder dem unitären und funktionalen Ansatz folgen und nicht mehr zwischen Eigentumssicherheiten und anderen Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen unterscheiden?

Ziel der Arbeit ist es des Weiteren, praktische Hinweise zu geben für konkrete Regulierungsfragen hinsichtlich der Eigentumssicherheiten. Konkrete Fragen, die sich bei der Gesetzgebung stellen, sind z.B., unter welchen Voraussetzungen die Parteien eine Kreditsicherheit mit Wirkung *inter partes* und mit Wirkung gegenüber Allen begründen können, des Weiteren die Grundsätze, nach denen die Priorität zwischen mehreren Gläubigern mit Rechten an der gleichen Sache entschieden wird. Weiterhin gehört dazu auch die Frage, welche Rechte und Pflichten die Parteien während der Dauer der Besicherung im Hinblick auf den Sicherungsgegenstand haben sollen und schliesslich, welche Anforderungen es an die Verwertung der Kreditsicherheit sowohl innerhalb, als auch ausserhalb eines Insolvenzverfahrens geben soll. Bei diesen konkreten Regulierungsfragen wird sich die Arbeit darauf beschränken, drei besonders wichtige Themen anzusprechen:

Die Frage der Entscheidung der Priorität, die Regelung der Verwertung von Eigentumssicherheiten ausserhalb der Insolvenz und die Anforderungen an die Verwertung innerhalb eines Insolvenzverfahrens.

Die Methode der Arbeit ist rechtsvergleichend. Sie benutzt ein umfangreiches Tatsachenmaterial aus unterschiedlichen Rechtsordnungen, die jeweils verschiedene Ansätze in der Regulierung ihrer Eigentumssicherheiten aufweisen. Die Rechtsordnungen bzw. Rechtstexte werden sowohl abstrakt, als auch anhand von konkreten Fällen verglichen. Eine Systematisierung der Lösungen erlaubt die Konzentration der Diskussion auf die wesentlichen Unterschiede zwischen den untersuchten Rechtsordnungen bzw. Rechtstexten.

Im Einzelnen wird folgender Gang der Darstellung gewählt: Teil 1 legt das tatsächliche Fundament der Arbeit. Sein erster Abschnitt (A.) gibt die thematischen Grundlagen wieder. Er definiert die massgeblichen Begriffe, nämlich die Begriffe Kreditsicherheit und Eigentumssicherheit. In einem weiteren Abschnitt deckt er aus einem ökonomischen Blickwinkel die Motive auf, die Gläubiger und Schuldner einer Vertragsbeziehung dazu bringen, Kreditsicherheiten zu begründen. Schliesslich gibt er einen geschichtlichen Überblick über das Kreditsicherheitsrecht der beweglichen Sachen und dabei besonders über die Rolle des Eigentums als Kreditsicherheit. Die eigentliche tatsächliche Grundlage der Arbeit legt Abschnitt B. des Teils 1, der aufzeigt, wie Eigentumssicherheiten *de lege lata* in unterschiedlichen Normgebungen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Art reguliert werden. Dazu untersucht er die Rechte Deutschlands, der Schweiz, Frankreichs, der Provinz Québec und der englischsprachigen kanadischen Provinzen sowie den Leitfaden der UNCITRAL-Kommission (*UNCITRAL-Legislative Guide on Secured Transactions*) und den von einer europäischen Wissenschaftlergruppe verantworteten *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Das französische Recht wird untersucht, da es vor relativ kurzer Zeit (2006) eine Reform der Kreditsicherheiten durchgeführt hat, deren Ergebnisse für Deutschland und die Schweiz von Interesse sein können. Article 9 UCC und die kanadischen PPSAs werden als „Urtyp mit Weiterentwicklung“¹⁶ des unitären und funktionalen Ansatzes vorgestellt. Das Recht der kanadischen Provinz Québec erhält eine besondere Bedeutung für diese Arbeit, weil sich die Provinz – wie zu zeigen sein wird – in einer Reform des Jahres 1994 für einen Mittelweg zwischen dem unitären und funktionalen Ansatz und der derzeitigen deutschen und schweizerischen Lösung entschieden hat und deshalb auf die Reformdiskussion in beiden Länder einen besonderen Einfluss haben kann. Der UNCITRAL-

¹⁶ Article 9 UCC als der Urtyp und die kanadischen PPSAs als Abwandlung bzw. Verfeinerung.

Leitfaden und der DCFR werden berücksichtigt als die jüngsten und wohl auch bedeutendsten auf Harmonisierung bedachten Beiträge in der Form des *soft law*. Teil 1 wird schliesslich durch den Abschnitt C. abgeschlossen, der den vorangehenden, darstellenden Teil auswertet und die unterschiedlichen Lösungsansätze der Rechtsordnungen bzw. Rechtstexte in einer Systematik darstellt.

Teil 2 der Arbeit untersucht anhand von praktischen Fallbeispielen, ob und in welcher Weise die *de lege lata* verwendeten Methoden der Regulierung von Eigentumssicherheiten praktisch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die Fallbeispiele werden rechtsvergleichend gelöst, wobei die zu analysierenden Rechtsordnungen bzw. Rechtstexte aus dem Pool der oben genannten Rechte – je nach Originalität der Lösung – ausgewählt werden sollen. Entscheidend ist mithin nicht der Vergleich zwischen jeweils gleichen Rechtsordnungen bzw. Rechtstexten, sondern das Aufzeigen unterschiedlicher Lösungsansätze¹⁷. Während sich zwei Fallbeispiele mit Situationen des Warenkredits beschäftigen, gehen zwei weitere Fälle auf den Geldkredit ein. Die Prüfung der Fallbeispiele soll – über die Veranschaulichung der Funktionsweise der Lösungsansätze hinaus – ein Argument hinsichtlich der Daseinsberechtigung der Eigentumssicherheiten im Rahmen des Rechts der Kreditsicherheiten liefern.

Ziel des Teils 3 ist es schliesslich, im Hinblick auf relevante Reformfragen normativ Grundsätze zu entwickeln, die für die schweizerische und die deutsche Reformdiskussion zu den Mobiliarkreditsicherheiten nützlich sein können. Die gefundenen Grundansätze in der Regulierung von Eigentumssicherheiten werden dazu anhand der Kriterien der Effektivität und der Effizienz des Gebrauchs von Kreditsicherheiten verglichen. Vertieft werden dabei mögliche Schwachstellen von Article 9 UCC untersucht und die Erfahrungen aus der Reform in der Provinz Québec dargestellt. Die Arbeit will zu folgenden Regulierungsfragen Stellung nehmen: Sollte sich eine Reform des deutschen oder schweizerischen Mobiliarkreditsicherungsrechts am unitären Ansatz orientieren oder sollte weiter ein pluraler Ansatz verfolgt werden, d.h. ein Ansatz, der Eigentumssicherheiten prinzipiell separat regelt? Wie sollte die Problematik der Priorität zwischen Gläubigern mit Rechten an der gleichen Sache geregelt werden? Welche Regeln sollten für die Verwertung der Eigentumssicherheiten innerhalb und ausserhalb der Insolvenz gelten?¹⁸

¹⁷ Die Arbeit setzt den Fokus primär auf die abstrakten Lösungsansätze und nicht auf bestimmte Rechtsordnungen bzw. Rechtstexte. Deshalb werden die verwendeten Rechtsordnungen bzw. Rechtstexte hin und wieder variiert.

¹⁸ Anmerkung zur Form: Die Arbeit verwendet die schweizerische Rechtschreibung (deshalb „ss“ statt „ß“). Bei den Zitaten wird die Zitierweise des Herkunftslandes der Quelle verwendet.

Teil 1: Grundlagen und Situation *de lege lata*

A. Grundlagen

Im Mittelpunkt des Teil 1 steht die Darstellung der Situation *de lege lata* der Eigentumssicherheiten in verschiedenen Rechtsordnungen (siehe im Folgenden Abschnitt B.) und deren Systematisierung (im Folgenden Abschnitt C.). Bevor jedoch mit dem darstellenden Teil begonnen wird, sollen als Fundament die notwendigen Grundlagen der Darstellung gelegt werden. Der Abschnitt A. beschäftigt sich dazu mit der Definition der Begriffe Kreditsicherheit und Eigentumssicherheit. Des Weiteren legt er die Gründe dar, die aus ökonomischer Sicht für die Kreditsicherung sprechen, und gibt einen geschichtlichen Überblick über das Kreditsicherungsrecht der beweglichen Sachen, insbesondere der Rolle des Eigentums als Kreditsicherheit.

I. Klärung notwendiger Begriffe

1. Der Begriff der Kreditsicherheit

a. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für die Kreditsicherheit ist der Kredit. Ein Kreditgeber leiht entweder Geld oder geht mit seiner vertraglichen Pflicht in Vorleistung, weil er an die Verlässlichkeit und finanzielle Leistungsfähigkeit des Kreditnehmers glaubt. Von diesem Hintergrund gibt auch die Herkunft des Begriffs „Kredit“, der sich vom lateinischen *credere* (= glauben) ableitet, Zeugnis¹. Dieses Vertrauen stellt jedoch nur die Basis dafür dar, eine Kreditbeziehung überhaupt einzugehen. Es besteht das Risiko, dass sich die finanzielle Lage des Kreditnehmers im Laufe der Valutierung so ändert, dass ihm eine Rückzahlung des Kredits unmöglich wird. Der Kreditgeber ist daher daran interessiert, eine Sicherheit gegen das Ausfallrisiko des Kreditnehmers zu erhalten und damit die Chance zu erhöhen, seine einge-

¹ *Bülow*, Einführung in das Recht der Kreditsicherheiten, Jura 1995, 198, 199; *Weber*, Kreditsicherungsrecht, 8. Aufl., München 2006, 2; *Nolan/Connolly*, Black's Law Dictionary, 5th ed., St. Paul, Minn. 1979, 331.

setzte Leistung samt sonstiger damit verbundener Ansprüche² soweit wie möglich zurückzuerhalten³.

Dieses Interesse wird besonders bedeutsam im Hinblick auf die mögliche Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Kreditnehmers⁴. Insolvenzverfahren sind staatlich gelenkte Verfahren zur Vollstreckung in das gesamte vorhandene Vermögen des Schuldners⁵, an dem jeder Gläubiger die Möglichkeit der Beteiligung hat. Um die gerechte und ungestörte Verteilung des vorhandenen Vermögens auf alle Gläubiger zu ermöglichen, sehen Insolvenzverfahren typischerweise vor, dass ab der Eröffnung des Verfahrens Vollstreckungsakte der Gläubiger zur Durchsetzung ihrer Forderungen grundsätzlich unmöglich sind (s. bspw. für das deutsche Recht § 89 InsO und für das schweizerische Recht Art. 206 SchKG). Die Gläubiger müssen am Verfahren teilnehmen, wenn sie sich die Aussicht auf Befriedigung eines Teils ihrer Forderung erhalten wollen. Eines der Hauptprinzipien des Insolvenzverfahrens ist der Gleichbehandlungsgrundsatz (*par condicio creditorum*). Dieser Grundsatz, der weithin als das zentrale Prinzip des Insolvenzrechts bezeichnet wird⁶, verlangt eine gleichmässige Befriedigung aller Gläubiger am Vermögen des insolventen Schuldners⁷. So soll verhindert werden, dass es zu einem Wettlauf⁸ zum Schuldnervermögen kommt, infolge dessen sich die schnelleren und besser

² Z.B. Zinsen oder Rechtsverfolgungskosten.

³ *McCormack*, Secured Credit under English and American Law, Cambridge 2004, 7; *Drukarczyk*, Kreditsicherheiten und Insolvenzverfahren, ZIP 1987, 205, 206; *Mann*, Explaining the Pattern of Secured Credit, 110 Harv. L. Rev. 639 (1996–1997).

⁴ *McCormack*, Secured Credit, 7; *Baird*, Security Interests Reconsidered, 80 Va. L. Rev. 2251 (1994).

⁵ Deshalb auch die Bezeichnung „Gesamtvollstreckung“; allerdings gibt es auch in ihr Vorschriften über die Unpfändbarkeit bestimmter Sachen (für das deutsche Recht s. § 36 Abs. 1 InsO) wie in der Einzelvollstreckung.

⁶ S. z.B. *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Aufl., München 2007, § 38 Rn. 2; *Wood*, Principles of International Insolvency, 2nd ed., London 2007, p. 357; *Ammonn*, Vom Wildwuchs der Konkursprivilegien, in: Dallèves, Kleiner u.a. (Hrsg.): Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 343; *Roth*, Equal Versus Privileged Treatment of Creditors in Bankruptcy Proceedings Including the Special Case of Bank Insolvency, in: Peter/Jeandin/Kilborn (eds.): The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Zürich, Basel, Genf 2006, p. 140; *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im europäischen Insolvenzrecht, Baden-Baden 2005, 73.

⁷ *Roth*, p. 140; *Jauernig/Berger*, § 38 Rn. 2.

⁸ In diesem Zusammenhang fällt auch die Herkunft des Worts „Konkurs“ auf, das auf das lateinische *concurrere* (zusammenlaufen, zusammenstossen) zurückgeht. *Uhlenbruck*, Zur Geschichte des Konkurses, DZWIR 2007, 1, erläutert, dass der Begriff „Konkurs“ auf ein im Jahre 1646 veröffentlichtes Werk des spanischen königlichen Rats Salgado de Somoza zurückgeht, mit dem Titel „Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam“.

informierten Gläubiger durchsetzen würden⁹, was den Rechtsfrieden gefährden würde. Dieses Prinzip wird verwirklicht, indem alle Gläubiger in Abhängigkeit von der Höhe ihrer Forderung an der Verteilung der Insolvenzmasse beteiligt werden (s. § 188 InsO und § 261 SchKG). Die Insolvenzmasse ist im Normalfall bei weitem nicht ausreichend für eine umfangreiche Befriedigung. Die Gläubiger erhalten häufig nur einen kleinen prozentualen Anteil ihrer ursprünglichen Forderung. Besonders im Fall von staatlich geordneten Insolvenzverfahren sind Kreditgeber daher daran interessiert, sich gegen das Risiko des Ausfalls des Schuldners abzusichern.

b. Mangel einer gesetzlichen Definition

Der Begriff „Kreditsicherheit“ ist weder im deutschen noch im schweizerischen Recht gesetzlich definiert. Dennoch wird der Begriff im juristischen Sprachgebrauch in beiden Rechtsordnungen als Sammelbegriff für verschiedene Einzelinstitute verwendet, die jeweils das Ziel der Kreditsicherung verfolgen, für die aber zu einem grossen Teil unterschiedliche Voraussetzungen im Hinblick auf Wirksamkeit und Rechtsfolgen gelten¹⁰. Aufgrund der Vielzahl der in Deutschland und der Schweiz als Kreditsicherheit verwendeten Institute spricht man in beiden Rechtsordnungen häufig von den „Kreditsicherheiten“ oder „Sicherungsrechten“ im Plural, anstatt von „der Kreditsicherheit“.

Das BGB verwendet an verschiedenen Stellen den Begriff der „Sicherheit“, insbesondere im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung. Für den Fall, dass eine Partei aufgrund einer Norm zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist¹¹, zählt § 232 BGB auf, welche Rechtsgeschäfte für Sicherheitsleistungen in Betracht kommen. Die nach der Norm zulässigen Sicherungsmittel sind u.a. die Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind, die Verpfändung von beweglichen Sachen und die Bestellung von Hypotheken an Grundschulden; dagegen werden die gängigen und in der Praxis viel einschlägigeren Eigentumssicherheiten, wie z.B. die Siche-

⁹ Häsemeyer, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507, 513; Finch, Corporate Insolvency Law: perspectives and principles, Cambridge 2002, p. 421: „Indeed, the race goes to the swiftest“.

¹⁰ Graham-Siegenthaler, 7; s.a. das deutsche Reichsgericht in RGZ 142, 317 (320): „Sicherung ist kein eindeutiger technischer Rechtsbegriff, sondern ein allerdings der Rechtssprache angehöriger Ausdruck, mit dem auf einen der Verwirklichung in mannigfacher Weise zugänglichen Zweck oder Erfolg hingewiesen wird.“; Weber, 8.

¹¹ S. z.B. §§ 52 Abs. 2, 212 Abs. 1 Nr. 1, 843 Abs. 2, 1039 Abs. 1 S. 2 BGB.

rungsübereignung, nicht erwähnt¹². Da die Parteien sich über andere, für ihre Interessen vorteilhaftere Sicherheiten einigen können, hat die Norm eine geringe Bedeutung¹³. Das schweizerische Recht hat die möglichen Arten der Sicherheitsleistung nicht normiert, orientiert sich insofern aber an der deutschen (und auch österreichischen) Rechtslage¹⁴.

Aufgrund des beschriebenen Zustands haben Rechtsprechung und Doktrin in beiden Ländern seit jeher ihr Augenmerk darauf gewendet, einzelne allgemein als Sicherheiten anerkannte Institute zu systematisieren und fortzuentwickeln, anstatt eine allgemeine Theorie der Sicherungsrechte zu erarbeiten.

c. *Wiederkehrende Merkmale der Kreditsicherheiten*

Die anerkannten Sicherungsrechte weisen wiederkehrende Merkmale auf, die für eine Definition hilfreich sein können¹⁵.

(i) *Besserstellung des Gläubigers im Verhältnis zur pro-rata-Befriedigung*

Das erste dieser Merkmale betrifft das den Sicherheiten gemeinsame Ziel: dem Sicherungsnehmer einen Schutz für den Fall der Insolvenz seines Schuldners zu geben, indem er im Vergleich zur oben erwähnten Ausgangssituation, in der er nur das Recht einer anteiligen Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners hat, bessergestellt wird¹⁶. Da die Besserstellung eines Gläubigers eine Schlechterstellung der übrigen Gläubiger nach sich zieht, ist der Kreditsicherheit die Einschränkung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, wonach die Gläubiger aus dem Vermögen

¹² Neben den erwähnten lässt § 232 Abs. 1 BGB noch folgende Rechtsgeschäfte zu: Die Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, die Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind, die Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken. Dass Eigentumssicherheiten keine Erwähnung finden, kann damit erklärt werden, dass das geschriebene Gesetz ihnen nur eine untergeordnete Bedeutung beimisst.

¹³ Palandt/*Ellenberger*, Überbl v § 232 Rn. 2.

¹⁴ BK-*Zobl*, Syst. Teil, Rn. 1100; *Zobl* weist darauf hin, dass damit auch Sicherungsübereignung und Sicherungszeession, die „pfandrechtsähnliche Sicherungsinstitute“ seien, als zulässige „Realsicherheiten“ anerkannt seien.

¹⁵ Zu Definitionsversuchen s. *Weber*, 10; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl., Heidelberg 2007, Rn. 10; *Giovanoli*, Tendances modernes du droit des sûretés bancaires et contrôle prudentiel des banques, in: *Lynedjian*, Sûretés et garanties bancaires, Lausanne, CEDICAC 1997, p. 47; *Foëx*, Propositions, p. 292.

¹⁶ Vgl. *Foëx*, Propositions, p. 292.

des insolventen Schuldners grundsätzlich gleichmässig zu befriedigen sind, wesensimmanent¹⁷.

Die Besserstellung besteht darin, dass der Gläubiger nicht mehr auf die nur anteilmässige Befriedigung aus der Gesamtheit des Schuldnervermögens angewiesen ist. Ihm wird für die Dauer des Bestehens der gesicherten Forderung ein Recht an einem Gegenstand zugeordnet, das ihn – mit dem Ziel der Befriedigung seiner Forderung – zur Verwertung der Sache berechtigt. Anders als die ungesicherten Gläubiger hat der gesicherte Gläubiger ein Recht an einer Sache und nicht nur einen Anspruch gegen das Vermögen des Schuldners.

(ii) Zuordnung eines Vermögensgegenstands

Es bieten sich vielfältige Möglichkeiten an, wie der Kreditgeber durch die Zuordnung von Vermögensgegenständen bessergestellt werden kann. Die unterschiedlichen Verfahren erlauben eine Einteilung der Sicherheiten in Gruppen.

Zum einen kann der Kreditgeber versuchen, sich den Zugriff auf das Vermögen einer vom Schuldner verschiedenen Person zu eröffnen, indem diese Person für die Eventualität des Ausfalls einsteht. Diese Arten von Sicherheiten werden als „Personalsicherheiten“ bezeichnet¹⁸. In diesem Fall erhält der Gläubiger nicht einen bestimmten Vermögensgegenstand, der für die geschuldete Forderung einsteht, sondern er eröffnet sich den Zugriff auf das Vermögen einer vom Schuldner verschiedenen Person, das in seiner Gesamtheit für die Verbindlichkeit haftet¹⁹.

¹⁷ Diese Wirkung ist z.B. bei den Pfandrechten klar. Sie geben dem Sicherungsnehmer ein vorrangiges Befriedigungsrecht aus dem Verwertungserlös des Pfandgegenstands. Gleiches gilt z.B. beim Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB, das als gesetzliches Pfandrecht ein Recht zur Verwertung der zurückbehaltenen Sache gibt und nicht am Gesamtvollstreckungsverfahren teilnimmt, vgl. *Steinauer*, Les droits réels, Tome III, 3^{ème} éd., Berne 2003, n^o 3126 (bei den Zurückbehaltungsrechten des deutschen Rechts gilt das nur ausnahmsweise, vgl. MünchKommBGB/*Krüger*, § 273 Rn. 94. Die vorrangige Befriedigung der gesicherten Gläubiger führt zu einer Verringerung der Masse, die für die Verteilung der ungesicherten Gläubiger verbleibt).

¹⁸ Dazu gehört z.B. die Bürgschaft. Denkbar ist aber auch, dass der Kreditgeber die Aufnahme einer weiteren Person als Mitschuldner in den Kreditvertrag verlangt. Des Weiteren kommen hier auch Verträge über selbständige Verpflichtungen in Betracht, wie das Dokumenten-Akkreditiv. Schliesslich kann der Kreditgeber auch versuchen, sich bei einem Versicherungsunternehmen gegen den Zahlungsausfall des Kreditnehmers zu versichern.

¹⁹ Will ein Gläubiger seine Sicherheit verwerten, so muss er – zumindest als Grundsatz – so vorgehen, wie gegen seinen ursprünglichen Schuldner: mit Einreichung einer Klage und, sofern ein Titel vorhanden ist, mit dem Beginn der Vollstreckung (nach schweizerischer Terminologie mit der Schuldbetreibung, s. Art. 41 und 89 SchKG) in das Vermögen, s. für das deutsche Recht §§ 704 ff. ZPO.

Zum anderen können Rechte an spezifischen Vermögensgegenständen oder – soweit zulässig – sogar die Gesamtheit des Vermögens des Schuldners für dessen Schuld eintreten. Diese Gegenstände können aus dem Vermögen des Schuldners selbst oder aus dem Vermögen Dritter stammen. Die für die Haftung denkbaren Vermögensgegenstände sind nahezu unbegrenzt: bewegliche und unbewegliche Sachen, darunter auch Forderungen wie z.B. Lohnansprüche und sonstige vertragliche und deliktische Ansprüche, des Weiteren auch Kapitalmarktrechte, immaterielle Vermögensgegenstände wie Urheberrechte, Patentrechte und Lizenzen. Je nach Art des haftenden Vermögensgegenstands werden die Sicherungsrechte terminologisch unterschieden. Sicherungsrechte an beweglichen Sachen werden als Mobiliarsicherheiten bezeichnet, Sicherungsrechte an unbeweglichen Sachen als Immobiliarsicherheiten²⁰.

Es kann weiter nach der Art des dem Gläubiger zugeordneten Rechts unterschieden werden. Zum einen können Gläubiger und Sicherungsgeber vereinbaren, dass der Sicherungsgeber Eigentümer der zugeordneten Sache bleiben soll und dass der Gläubiger an der Sache ein Recht zur Verwertung erhalten soll, das ihm im Wettbewerb mit den anderen Gläubigern des Schuldners ein Vorrecht bei der Verwertung dieser Sache einräumt. Der typische Anwendungsfall aus Sicht des deutschen und schweizerischen Rechts ist das Pfandrecht. Für das besitzlos bestellte Pfandrecht wird teilweise auch der Begriff „Mobiliarhypothek“ verwendet²¹. In diesen Fällen erhält der Gläubiger mithin ein beschränktes Recht an dem Vermögensgegenstand. Dieses Recht ermächtigt den Gläubiger in der Insolvenz des Sicherungsgebers zur vorrangigen Befriedigung aus dem Gegenstand. „Vorrangig“ bedeutet, dass auch die anderen Gläubiger das Recht haben, auf den Gegenstand zuzugreifen, aber erst, nachdem sich der gesicherte Gläubiger befriedigt hat.

Zum anderen kann sich ein Gläubiger das Eigentum an einem bestimmten Gegenstand des Sicherungsgebers zuordnen lassen. Damit erhält er mehr als nur eine vorrangige Stellung im Wettbewerb der Gläubiger. In diesem Fall fällt der Gegenstand nicht in die Masse des Schuldners, so dass die anderen Gläubiger gar kein Recht an dem Gegenstand geltend machen können. Damit umgeht der Gläubiger den Wettstreit mit den anderen Gläubigern ganz. Je nach der ursprünglichen Zuordnung des Eigentums kann weiter danach unterschieden werden, ob der betreffende Gegenstand

²⁰ Vgl. zu den Einteilungen *Weber*, 10; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 11–12; insbesondere zur Einteilung der Mobiliarsicherheiten s. *Foëx*, Propositions, p. 294; *Eigenmann*, L'effectivité, p. 9 ss.

²¹ Das gilt besonders für die schweizerische Rechtsliteratur, vgl. *Altorfer*, Die Mobiliarhypothek, Zürich 1981; *Hadžimanović*, Die allgemeine Mobiliarhypothek – unentbehrlich fürs Schweizer Recht?, AJP 2009, 1435 ff; *ZK-Oftringer/Bär*, Syst. Teil, Rn. 174.

zeitweise aus dem Vermögen des Sicherungsgebers herausgenommen werden soll oder ob verhindert werden soll, dass er in das Vermögen des Sicherungsgebers eintritt²².

(iii) Abhängigkeit von der gesicherten Forderung aufgrund der Zweckrichtung der Zuordnung

Ein weiteres Merkmal betrifft die Beziehung zwischen dem Vermögensgegenstand, der dem Gläubiger zwecks Besserstellung zugeordnet wird, und der gesicherten Forderung. Festzustellen ist, dass die in Deutschland und der Schweiz als Kreditsicherheiten bezeichneten Rechte in einem Abhängigkeitsverhältnis zur gesicherten Forderung stehen.

Die Bindung zwischen Sicherheit und Forderung wird damit erklärt, dass der Vermögensgegenstand dem Gläubiger zum Zweck der Sicherung der Forderung zugeordnet wird²³. Der Vermögensgegenstand soll die Erfüllung der Forderung des Gläubigers absichern, sein Vermögen aber nicht über die ihm bereits zustehende Forderung vermehren. Daraus ergibt sich, dass die Sicherheit erst verwertet werden soll, wenn der Ausfall der Forderung feststeht, und dass der Erlös aus der Verwertung der Sicherheit zur Tilgung der gesicherten Forderung verwendet werden muss²⁴.

Sicherheit und Forderung können auf zwei unterschiedlichen Wegen miteinander verknüpft werden: im Wege der Akzessorietät und mittels eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses. „Akzessorietät“ bedeutet, dass das Sicherungsrecht in seinem Bestand von der Forderung abhängig ist²⁵. Das hat folgende Konsequenzen: Das Sicherungsrecht kann nur dann entstehen, wenn auch die Forderung wirksam entstanden ist. Wenn die Forderung erlischt, kann das Sicherungsrecht nicht separat existieren, sondern erlischt ebenfalls. Des Weiteren geht das Sicherungsrecht mit der Abtretung der gesicherten Forderung auf den Zessionar über. Schliesslich kann es nur dann verwertet werden, wenn die gesicherte Forderung durchsetzbar ist²⁶.

²² Das sind die Fälle der Verwendung des Eigentums zu Zwecken der Kreditsicherung, auf die gleich unten genauer eingegangen werden soll.

²³ *Wiegand*, Akzessorietät und Spezialität – Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in: *Berner Tage für die juristische Praxis 1981: Probleme der Kreditsicherung*, Bern 1982, 38.

²⁴ *Lwowski*, *Das Recht der Kreditsicherung*, 8. Aufl., Berlin 2000, 36, drückt das klar aus: Die innere Beziehung zur Forderung sei wesensnotwendig; fehle sie, so liege keine Sicherheit vor.

²⁵ Vgl. zu Begriff und Wirkungen der Akzessorietät *BK-Zobl*, *Syst. Teil* (2010), Rn. 246; *Staudinger/Wiegand*, Vorbem. zu §§ 1204 ff., Rn. 19; *Wiegand*, Akzessorietät, 38; *Bülow*, *Kreditsicherheiten*, Rn. 27–29; *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*, 18. Aufl., München 2009, § 55 Rn. 4; *Lwowski*, *Kreditsicherung*, 43, BGE 51 II 278; RGZ 142, 320.

²⁶ *Staudinger/Wiegand*, Vorbem. zu §§ 1204 ff., Rn. 19; *Bülow*, *Kreditsicherheiten*, Rn. 27–29; *Lwowski*, *Kreditsicherung*, 43.

Das Besondere an der Akzessorietät im Unterschied zur fiduziarischen Bindung ist, dass die genannten Folgen automatisch, ohne Notwendigkeit einer Rechtshandlung, eintreten²⁷. Während die in den Gesetzbüchern vorgesehenen Kreditsicherungsrechte mehrheitlich akzessorisch ausgestaltet sind²⁸, haben fiduziarische Sicherungsrechte, die auch als „nicht-akzessorische“ Sicherungsrechte bezeichnet werden, durch die Rechtsentwicklung ausserhalb des geschriebenen Rechts immer mehr an Bedeutung gewonnen²⁹. Die Besonderheit bei den fiduziarischen Sicherheiten besteht darin, dass die Sicherheit nicht automatisch dem Schicksal der gesicherten Forderung folgt. Die gerade beschriebene Bindung an die gesicherte Forderung beruht auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung im Sicherungsvertrag. Da die Abhängigkeit der Sicherheit von der Forderung vertraglich festgelegt wird, kann sich der Sicherungsgeber auch nur gegenüber seinem Vertragspartner, dem Sicherungsnehmer, auf die Abhängigkeit von der Forderung berufen. Mithin geht die fiduziarische Sicherheit im Unterschied zu der akzessorischen Sicherheit mit einer überschüssenden Rechtsmacht des Sicherungsnehmers einher: Er erhält im Aussenverhältnis mehr Rechte über den Sicherungsgegenstand, als ihm im Innenverhältnis zustehen³⁰. Er kann z.B. getrennt von der Forderung mit Wirksamkeit gegenüber Dritten über einen sicherungsweise übereigneten Gegenstand verfügen. Da die Verfügung gegenüber Dritten wirksam ist, kann der Sicherungsgeber sich nur behelfen, indem er Schadensersatz gegenüber dem Sicherungsnehmer geltend macht.

d. Zusammenfassung

Nach dem Gesagten ergibt sich folgende Bedeutung des Begriffs der Kreditsicherheit: Eine Kreditsicherheit ist ein Vermögensgegenstand, der einem Gläubiger für die Dauer der gesicherten Transaktion zugeordnet wird, um ihm im Fall der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners eine Besserstellung in dem Sinne zu verschaffen, dass er sich aus dem Vermögensgegenstand befriedigen kann, ohne auf die nur anteilige gleichmässige Befriedigung aller Gläubiger aus dem gesamten Vermögen des Schuldners angewiesen zu sein. Da der Vermögensgegenstand dem Gläubiger zum Zweck der Sicherung einer Forderung zugeordnet wird, befindet sich die Kreditsicherheit in einem Abhängigkeitsverhältnis von der gesicherten

²⁷ Darauf weist *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 27, hin.

²⁸ S. dazu *Wiegand*, Akzessorietät, 38; *Bülow*, Kreditsicherheiten, Rn. 29.

²⁹ Vgl. zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften bei den Kreditsicherheiten *Wiegand*, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJV 116 (1980), 537 ff.; *Wiegand*, Akzessorietät, 40; *Lwowski*, Kreditsicherung, 43 f.

³⁰ *Wiegand*, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJV 116 (1980), 537 ff.; *Lwowski*, Kreditsicherung, 43 f.

Forderung, das im Wege der Akzessorietät existiert oder mittels eines fidejuziarischen Rechtsverhältnisses hergestellt wird.

e. Weitere Verwendung des Begriffs der Kreditsicherheit in der Arbeit

Der Begriff der Kreditsicherheit ist auf Basis der deutschen und schweizerischen Rechtsliteratur entwickelt worden. Er soll in der weiteren Arbeit auch für Rechtsinstitute anderer Rechtsordnungen, die den Bestandteilen der Definition entsprechen, verwendet werden. Falls es Abweichungen hinsichtlich bestimmter Definitionsbestandteile gibt, wird darauf hingewiesen.

Im Folgenden will sich die Arbeit auf solche Kreditsicherheiten beschränken, die durch vertragliche Vereinbarung – im Unterschied zur Entstehung per Gesetz – begründet worden sind.

2. Der Begriff der Eigentumssicherheit

Der Begriff der Eigentumssicherheit ist bisher in der deutschen Rechtsprache kaum verwendet worden und daher weitgehend unbekannt. Eine Ausnahme stellt ein Aufsatz von *Drobnig* aus dem Jahr 1996 dar³¹.

Der Begriff „Eigentumssicherheit“ findet dagegen in der französischen Rechtsliteratur einigen Gebrauch, wo von den *propriété-sûretés* und den *propriété-garanties* die Rede ist³². Er wird nicht nur in Frankreich verwendet, sondern auch in anderen Rechtsordnungen, die eine gewisse Nähe zum französischen Recht aufweisen³³. Auch in der schweizerischen französischsprachigen Literatur wird er gelegentlich verwendet³⁴.

³¹ *Drobnig*, Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der europäischen Union, *RabelsZ* 60 (1996), 40, 52. *Drobnig* macht deutlich, dass er den Begriff „Eigentums-Sicherheiten“ der französischen Literatur entlehnt. Seiner Ansicht nach entspricht die Zusammenfassung von z.B. Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung nicht der Rechtswirklichkeit in Ländern (wie Deutschland), die eine weitgehende Verwendung beider zulassen, aber (z.B. bei der Verwertung) deutliche Unterschiede zwischen beiden machen (S. 57).

³² Nur die *propriété-sûretés* werden als Sicherheiten im strengen Sinne angesehen (deshalb die Terminologie *sûreté*); vgl. zu dieser Thematik aus französischer Sicht *Crocq*, *Propriété et garantie*, Paris 1995, p. 243; *Cabrillac/Mouly*, *Droit des sûretés*, 8^{ème} éd., Paris 2007, n° 528; *Mestre/Putman/Billiau*, *Droit commun des sûretés réelles – Théorie générale* (Paris 1996) aus der von *Jacques Ghestin* geleiteten Reihe *Traité de droit civil*, p. 23.

³³ So z.B. im Recht der kanadischen Provinz Québec. Vgl. z.B. *Macdonald/Ménard*, *Credo, credere, credidi, creditum*, p. 309, 346; *Bridge/Macdonald/Simmonds/Walsh*, *Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions*, 44 [1999] *McGill L.J.* 658.

³⁴ Vgl. z.B. *Foëx*, *Types et création de sûretés: enseignements pour le droit suisse*; in: *Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc/Bazinas, Spiros V.* (édts.): *Réforme des sûretés mo-*

a. Definition

Die Verwendung des Eigentums erlaubt eine Spezifizierung der obigen Definition der Kreditsicherheit. Besonderheiten ergeben sich daraus, dass der Gläubiger das Vollrecht und nicht nur ein beschränktes – zur Verwertung berechtigendes – Recht an einer Sache nutzen kann.

Hinsichtlich des Merkmals der „Zuordnung“ eines Vermögensgegenstands zum Gläubiger für die Dauer der gesicherten Transaktion ist nach der Herkunft der Sache zu unterscheiden. Die Sache, an der das Eigentum übertragen werden soll, kann sowohl aus dem Vermögen des Schuldners oder eines Dritten kommen als auch aus dem Vermögen des Gläubigers. Im ersten Fall ist unter der Zuordnung die Übertragung des Eigentums an den Gläubiger zu verstehen; möglich ist aber auch die Begründung eines Sondervermögens oder die Übertragung auf einen Treuhänder³⁵. Im zweiten Fall kann das Eigentum einen Anspruch des Gläubigers sichern, indem er die Übertragung des Eigentums auf den Schuldner, die er aufgrund eines Vertrags schuldet³⁶, aufschiebt, bis die gesicherte Forderung befriedigt ist.

Da der Gläubiger Eigentümer ist, modifiziert sich das Merkmal der „Besserstellung“. Wäre er Inhaber eines auf Verwertung beschränkten Rechts *an* der Sache³⁷, hätte er bei der Insolvenz des Schuldners einen Vorteil im Wettstreit mit dessen anderen Gläubigern. Er könnte sich vorrangig vor ihnen aus der Sache befriedigen. Anderen Gläubigern bliebe nur ein möglicher Restwert der Sache zur Verwertung. Die Eigentümerstellung des Gläubigers führt grundsätzlich³⁸ dazu, dass die Sache aus dem Schuldnervermögen herausgenommen wird. Diese Sache unterliegt nun nicht mehr dem gemeinschaftlichen Zugriff aller Gläubiger. Dadurch umgeht der so gesicherte Gläubiger den Wettstreit mit den anderen Gläubigern. Diese können sich grundsätzlich nicht aus einem möglichen Restwert befriedigen. Eigentumssicherheiten greifen deshalb nicht nur in den Gleichbehandlungsgrundsatz ein, sondern auch in den Grundsatz, dass die Gesamtheit der Vermögensgegenstände des Schuldners für die Erfüllung seiner Ver-

bilières – Les enseignements du Guide législative de la CNUDCI, Genève, Schulthess 2007, 67.

³⁵ S. dazu die *fiducie-sûreté* des französischen Rechts und des Rechts der kanadischen Provinz Québec.

³⁶ Z.B. aufgrund eines Kaufvertrags – s. den Fall des Eigentumsvorbehalts.

³⁷ Wie z.B. des Pfandrechts.

³⁸ Hier ist von der Grundregel die Rede. Es kann sein, dass sich ein Gesetzgeber entschieden hat, eine Eigentumssicherheit so zu regulieren, dass er dem Gläubiger diesen Vorteil nicht gewähren will. Das gilt z.B. für die Behandlung des deutschen Sicherungseigentums in der Insolvenz, s. dazu unten Abschnitt B. I. 2. a. (vii).

bindlichkeiten zu haften hat bzw. Vollstreckungsmassnahmen von Seiten der Gläubiger unterworfen ist³⁹.

Wie zu zeigen sein wird, sind Eigentumssicherheiten ebenfalls im Wege der Akzessorietät oder mittels eines fiduziarischen Rechtsverhältnisses mit der gesicherten Forderung verknüpft⁴⁰.

Daraus ergibt sich zusammenfassend folgende Definition der Eigentumssicherheit: Einem Gläubiger wird das Eigentum an einer Sache mit dem Ziel zugeordnet, dass er für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eine Besserstellung gegenüber den anderen Gläubigern des Schuldners erhält, die dadurch erreicht wird, dass die Sache nicht in die Masse des Schuldners gelangt oder aus der Masse entfernt wird und der Gläubiger sich deshalb grundsätzlich ohne Rücksicht auf andere Gläubiger aus ihr befriedigen kann. Da das Eigentum an der Sache dem Gläubiger zum Zwecke der Sicherung einer Forderung zugeordnet wird, besteht eine Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und Eigentumssicherheit, die entweder auf dem Wege der Akzessorietät oder eines fiduziarischen Verhältnisses erreicht wird.

b. Typologie der Eigentumssicherheiten

Grundlegend kann bei den Eigentumssicherheiten zwischen zwei Situationen unterschieden werden: der des Warenkreditgebers und der des Geldkreditgebers⁴¹. Im ersten Fall kommt das Eigentum aus der Sphäre des Gläubigers. Im zweiten Fall rührt das Eigentum aus der Sphäre des Schuldners her.

³⁹ Dieser Grundsatz wird manchmal als der Grundsatz des „gemeinsamen Pfands“ bezeichnet, vgl. dazu *Kerameus*, Geldvollstreckungsarten in vergleichender Betrachtung, in: Bettermann [et al.] (Hrsg.), Festschrift für Albrecht Zeuner, Tübingen 1994, 389 f.; *Kerameus*, Distribution proceedings and relationships among creditors in a comparative perspective, in: Private law in the international arena, Zürich 2000, p. 313; *Macdonald/Ménard*, Credo, credere, credidi, creditum, p. 321; *Mestre/Putman/Billiau*, p. 314; *Macdonald*, Transnational Secured Transactions Reform, ZEuP 2009, 745, 758. Einige romanische Rechtsordnungen haben diesen Grundsatz ausdrücklich in Form gesetzlicher Regelungen übernommen. So lautet Art. 2740 Abs. 1 des italienischen *Codice civile* (*Responsabilità patrimoniale*): „Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.“ Art. 2644 *Code civil québécois* (CCQ) lautet: „Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers“ (= das gemeinsame Pfand seiner Gläubiger).

⁴⁰ S. unten zum Eigentumsvorbehalt B. I. 1. a. (viii) und zur Sicherungsübereignung B. I. 2. a. (viii).

⁴¹ *Macdonald*, Transnational Secured Transactions Reform, ZEuP 2009, 745, 758, verwendet diese grundlegende Unterscheidung in seiner Typologie.