

Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession

**Eine rechtsvergleichende Untersuchung
des deutschen, englischen und
schwedischen Rechts**

**Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Hamburg**

vorgelegt von

**Rechtsanwalt
Fardjam C. Yazhari
Hamburg**

2002

Meinen Eltern

Erstgutachter: Prof. Dr. Drobnič
Zweitgutachter: Prof. Dr. Landwehr
Tag der mündlichen Prüfung: 30. Januar 2002

Inhalt

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
<u>Einleitung</u>	1
<u>Erstes Kapitel: Deutschland</u>	4
I. Sicherungszession und Pfandrecht	4
II. Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt	5
III. Stille Zession	7
1. Allgemeines.....	7
2. Kritik an der stillen Zession.....	10
IV. Vorauszession	12
1. Zulässigkeit.....	12
2. Bestimmtheitsgrundsatz.....	13
V. Sittenwidrigkeit bzw. unangemessene Benachteiligung ..	17
1. Allgemeines.....	17
2. Unwirksamkeit von Globalzessionen.....	19
3. Unwirksamkeit von Eigentumsvorbehalten mit Vorausabtretungsklauseln.....	23
4. Aussichten und der Spruch des Großen Senats für Zivilsachen.....	25
VI. Konkurrenz von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt	38
1. BGH-Urteil vom 30.04.1959.....	39
2. BGH-Urteile vom 24.04.1968 und vom 06.11.1968....	43
3. BGH-Urteil vom 09.11.1978.....	44
4. Heutige Anforderungen an Globalzession.....	47
5. Kritik an der BGH-Rechtsprechung.....	48
6. Andere Lösungsansätze.....	52
a. Nichtigkeit der Globalzession.....	52
b. Teilungsvorschläge.....	52
c. Schadensersatzpflicht des Globalzessionars..	56
d. Strikte Geltung des Prioritätsprinzips.....	57
e. Beschränkung der Vorauszession.....	58
f. Zusammenfassung.....	58
7. Lösungsansätze de lege ferenda.....	59
a. Nichtzulassung von Verlängerungsformen.....	59
b. Nichtzulassung bestimmter Sicherheiten.....	59
c. Publizitätserfordernisse.....	60
d. Formzwang für Sicherungsverträge.....	61
8. Stellungnahme.....	62
<u>Zweites Kapitel: England</u>	67
I. Allgemeines	67
II. Überblick über einige Sicherungsarten	67
1. Besitzpfandrecht (pledge).....	68
2. Charge.....	68
3. Floating charge.....	71

a. Allgemeines.....	71
b. Wirksamkeitsvoraussetzungen der "floating charge".....	73
c. Wirkung der "floating charge" vor Eintritt der "crystallisation".....	75
d. Wirkung der "floating charge" nach Eintritt der "crystallisation".....	77
e. Verhältnis und Rang der "floating charge" zu anderen Sicherungsrechten...	81
f. Vergleich mit dem deutschen Recht.....	85
III. Die Abtretung nach englischem Recht.....	86
1. Allgemeines.....	87
2. Legal assignment.....	89
a. Schriftform.....	90
b. "absolute assignment".....	91
c. Drittschuldneranzeige.....	93
d. Folgerungen.....	94
3. Equitable assignment.....	95
a. Wirksamkeitserfordernisse.....	95
b. Drittschuldneranzeige.....	98
c. Folgerungen.....	102
4. Globalzession ("general assignment").....	102
5. Vergleich mit dem deutschen Recht.....	105
IV. Der Eigentumsvorbehalt einschließlich des erweiterten Eigentumsvorbehalts.....	107
1. Allgemeines.....	107
2. Rechtsnatur des Eigentumsvorbehalts.....	110
3. Eigentumsvorbehalt mit Kontokorrentklausel..	111
4. Form und Zeitpunkt der Vereinbarung.....	111
5. Rechtsfolgen.....	113
a. Gutgläubiger Erwerb Dritter.....	113
b. Insolvenz des Vorbehaltskäufers.....	114
aa. Gesellschaft ("company").....	114
bb. Natürliche Person.....	115
6. Vergleich mit dem deutschen Recht.....	117
V. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt.....	118
1. Der Ausgangspunkt: Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd.	119
2. Erste Reaktionen der englischen Rechtsprechung.....	123
3. Die Rechtsentwicklung Mitte bis Ende der achtziger Jahre.....	135
4. Heutiger Stand.....	141
5. Schottische Entscheidungen.....	147
6. Zusammenfassung zum verlängerten Eigentumsvorbehalt.....	147
7. Im Ausland vereinbarter verlängerter Eigentumsvorbehalt.....	150
8. Vergleich mit dem deutschen Recht.....	151
VI. Zusammenfassung.....	152
<u>Drittes Kapitel: Schweden.....</u>	155
I. Allgemeines.....	155

II. Vertrags- oder Traditionsprinzip.....	156
III. Die Abtretung.....	159
IV. Vergleich der Abtretung mit dem deutschen Recht.....	163
V. Eigentumsvorbehalt.....	163
1. Grundlagen/Allgemeines.....	163
2. Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	165
3. Formerfordernisse.....	166
4. Vereinbarungszeitpunkt.....	167
5. Rechtsfolgen.....	167
a. Rechte gegenüber dem Vorbehaltskäufer.....	168
b. Rechte gegenüber Dritten.....	169
6. Beschränkungen der Wirkungen des Eigentumsvorbehalts gegenüber Dritten.....	170
a. Waren, die veräußert oder verarbeitet werden dürfen.....	171
b. Im Ausland vereinbarter Eigentumsvorbehalt..	172
c. Eigentumsvorbehalt an Zubehör.....	175
7. Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts.....	178
8. Zusammenfassung.....	179
9. Vergleich mit dem deutschen und englischen Recht.	180
VI. Ergebnis.....	181
VII. Unternehmenshypothek als alternatives Kreditsicherungsmittel.....	184
1. Allgemeines.....	184
2. Rechtsfolgen.....	186
3. Verhältnis und Rang der Unternehmenshypothek zu anderen Sicherungsrechten.....	187
4. Ergebnis.....	190
5. Vergleich mit dem englischen Recht.....	191
<u>Schlußbetrachtung</u>	193

- Auflage, München 1999
(zit.: Baur/Stürner).
- Baur, Fritz/
Stürner, Rolf** Insolvenzzrecht. Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Heidelberg 1991
(zit.: Baur/Stürner, InsolvenzzR).
- Benjamin
(-Guest, Anthony Gordon)** Benjamin's Sale of Goods, 15. Auflage, London 1997
(zit.: Benjamin's Sale of Goods).
- Bennat, Heinz-Dieter** Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt: NJW 1976, S. 790 ff.
- Berghaus, Bernd-Michael** Kollision zwischen Factoring-Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt, Diss., Bonn 1989.
- Bernstorff,
Christoph Graf v.** Einführung in das englische Recht, 2. Auflage, München 2000
(zit.: Bernstorff, Einführung).
- Bernstorff,
Christoph Graf v.** Rechtsprobleme im Auslandsgeschäft, 3. Auflage, Frankfurt/M. 1992
(zit.: Bernstorff, Rechtsprobleme).
- Bernstorff,
Christoph Graf v.** Abtretung von Forderungen nach anglo-amerikanischem Recht: RIW/AWD 1984, S. 508 ff.
- Bernstorff,
Christoph Graf v.** Der Eigentumsvorbehalt in den EG-Staaten: RIW 1993, S. 365 ff.
- Bernstorff,
Christoph Graf v.** Die Forderungsabtretung in den EU-Staaten: RIW 1994, S.542 ff.
- Berry, Christopher/
Bailey, Edward/
Schaw-Miller, Stephen** Personal Insolvency - Law and Practice, 2. Auflage, London 1993.
- Beuthien, Volker** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalabtretungen: BB 1971, S. 375 ff.
- Bjørne, Lars** Nordische Rechtssysteme, Ebelsbach 1987.

- Björling, Carl Georg/
Malmström, Åke** Civilrätt. Lärobok för nybörjare,
14. Auflage, Lund 1954.
- Blaurock, Uwe** Aktuelle Probleme aus dem
Kreditsicherungsrecht, Köln 1986.
- Blumenwitz, Dieter** Einführung in das anglo-
amerikanische Recht, 5. Auflage,
München 1994.
- Boecken, Winfried/
Krause, Peter** Globalzession und gewillkürte
Prozeßstandschaft bei nachfolgender
Vermögenslosigkeit des
Sicherungsgebers: NJW 1987,
S. 420 ff.
- Bonomi, Andrea** Der Eigentumsvorbehalt in Österreich
und Italien unter Berücksichtigung
anderer europäischer Rechtssysteme,
Diss., Innsbruck 1990
- Boye, Ralph** Das schwedische Insolvenzrecht: RIW
1992, S. 271 ff.
- Boyle, A.J.** The Validity of Automatic
Crystallisation Clauses: (1979)
J.B.L. S. 231 ff.
- Buckley, Henry Burton
(-Parker, Brian G./
Buckley, Martin/
Walton, Raymond)** Buckley on the Companies Acts,

Band 1, Companies Act 1948, 14.
Auflage, London 1981
(zit.: Buckley, Bd.1).

Band 2, Companies Acts 1967-80, 14.
Auflage, London 1981
(zit.: Buckley, Bd.2).
- Büeler, Heinrich** Die Sicherungsabtretung im
englischen Recht: BankBetrieb
1965, S. 158 ff.
- Bülow, Peter** Recht der Kreditsicherheiten: Sachen
und Rechte, Personen; ein Lehrbuch,
5. Auflage, Heidelberg 1999.
- Caemmerer, Ernst von** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und
Bundesgerichtshof: JZ 1953, S. 97
ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm** Die Problematik der
Sicherheitenfreigabeklauseln im
Hinblick auf § 9 AGBG und § 138 BGB:
ZIP 1996, S. 1109 ff.

- Carsten, Gebhard** Fahrnis als Kreditunterlage im schwedischen Recht, Diss., Hamburg 1970.
- Chalmers, Mac Kenzie Dalzell (-Mark, Michael)** Chalmers' Sale of Goods Act 1979, 18. Auflage, London 1981.
- Cheshire, Geoffrey C./ Fifoot, Cecil H./ Furmston, Michael P.** Law of Contract, 13. Auflage, London 1996 (zit.: Cheshire/Fifoot).
- Chitty, Joseph (-Beale, Hugh G.)** Chitty, The law of Contracts, Bd. 1, General Principles (Kap. 1-31), 28. Auflage, London 1999 (zit.: Chitty),
Bd. 2, Specific Contracts (Kap. 32-44), 28. Auflage, London 1999 (zit.: Chitty, Bd.2).
- Chorley, Samuel Theodore** Law of Banking, 6. Auflage, London 1974.
- Cornelius, Claus** Der Schutz des Forderungsinhabers gegenüber Dritten im nordischen und deutschen Recht, Diss., Pfaffenweiler 1985.
- Curzon, Leslie B.** Equity, London 1967.
- Davies, Iwan** Reservation of title clauses: a legal quagmire?: L.M.C.L.Q. [1984] S. 49 ff.
- Dempewolf, Günter** Berechtigt das Einziehungsrecht des Zedenten zur Doppelabtretung?: NJW 1960, S. 2035 f.
- Dempewolf, Günter** Prioritätsprinzip auch bei Konkurrenz zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession: NJW 1957, S. 858 ff.
- Dempewolf, Günter** Zur Konkurrenz von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession: NJW 1956, S. 851 ff.
- Dempewolf, Günter** Zusammentreffen von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession: DB 1959, S. 564 ff.
- Dicey, Albert Venn/ Morris, J.H.C. (-Collins, Lawrence)** Dicey and Morris on the Conflict of

- Laws, 11. Auflage, Band 2, London 1987 (zit.: Dicey/Morris).
- Dieckmann, Albrecht** Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt - BGHZ 30,149: JuS 1961, S. 219 ff.
- Drobnič, Ulrich** Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten: Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Gutachten F, München 1976 (zit.: Drobnič).
- Eckert, Jörn/
Nebel, Andreas** Abwehrklausel in Einkaufsbedingungen, verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession: WM 1988, S. 1545 ff.
- Eichhorn, Hans-Georg** Zur Konkurrenz des verlängerten Eigentumsvorbehaltes der Warenkreditgläubiger mit der Sicherungszession der Geldkreditgläubiger: DB 1954, S.532 f.
- Eklund, Rudolf/
Nordström, Torkel** Lagen om avbetalningsköp, Stockholm 1957.
- Enneccerus, Ludwig/
Lehmann, Heinrich** Recht der Schuldverhältnisse: ein Lehrbuch, 15. Auflage, Tübingen 1958 (zit.: Ennecerus-Bearbeiter).
- Erman, Walter** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, 10. Auflage, Münster 2000 (zit.: Erman-Bearbeiter).
- Erman, Walter** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession: BB 1959, S. 1109 ff.
- Esser, Josef** Anmerkung zum BGH-Urteil vom 24.4.1968: JZ 1968, S. 529 f.
- Esser, Josef** Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt: JZ 1968, S. 281 ff.
- Esser, Josef** § 138 und die Bankpraxis der Globalzession: ZHR 135 (1971), S. 320 ff.
- Esser, Josef/
Schmidt, Eike** Schuldrecht, Band 1, Teilband 2, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Heidelberg 2000.

- Fagerberg, Arne** Civilrätt, 2. Auflage, Lund 1992.
- Farrar, J.H.** Floating Charges and Priorities: The Conveyancer and Property Lawyer (N.S.) 38 (1974), S. 315 ff.
- Farrar, J.H.** The Crystallisation of a Floating Charge: The Conveyancer and Property Lawyer (N.S.) 40 (1976), S.397 ff.
- Farrar, J.H./Furey, N.E.** Reservation of ownership and tracing in a commercial context: [1977] C.L.J. S. 27 ff.
- Fehr, Martin** Två spörsmål ur svensk civilrätt. I Öfvergår äganderätten vid köp av lösöre genom blotta aftalet? II Publicitetsprincipien, Uppsala 1913.
- Ferran, Eilís** Floating Charges, The Nature of the Security: [1988] C.L.J. S. 213 ff.
- Fikentscher, Wolfgang** Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin 1997.
- Finger, Peter** Globalzessionsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen: DB 1982, S. 475 ff.
- Finger, Peter** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession: JZ 1970, S. 642 ff.
- Fischer, Joachim** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss., Göttingen 1960 (zit.: Fischer, Diss.).
- Fischer, Norbert** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise: NJW 1959, S. 366 ff.
- Fischler, Josef** Grundsatzentscheidung zum Eigentumsvorbehalt bei Warenlieferungen nach Schweden: RIW/AWD 1978, S. 819 f.
- Fischler, Josef** Neues zum Eigentumsvorbehalt in Schweden: RIW/AWD 1968, S. 343.
- Fischler, Josef/
Vogel, Hans-Heinrich** Schwedisches Handels- und Wirtschaftsrecht mit Verfahrensrecht, 3.Auflage, Heidelberg 1978.
- Fitzpatrick, P. G.** Why Not a Partnership Floating Charge?: (1971) J.B.L. S. 18 ff.

- Flume, Werner** Besitzloses Fahrnispfand im geltenden deutschen Recht: Deutsche Landesreferate zum 4. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris, 1954 (1955), S.69 ff. (zit.: Flume, Besitzloses Fahrnispfand).
- Flume, Werner** Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt: NJW 1950, S. 841 ff.
- Flume, Werner** Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts: NJW 1959, S. 913 ff.
- Franke, Stefan** Konflikt zwischen Sicherungsglobalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt - Alternativen zur Vertragsbruchrechtsprechung: JuS 1978, S. 373 ff.
- Früh, Andreas** Zur Notwendigkeit von Freigabeklauseln in vorformulierten Sicherheitenverträgen: DB 1994, S. 1860 ff.
- Ganter, Hans Gerhard** Die nachträgliche Übersicherung eines Kredites: ZIP 1994, 257 ff.
- Gehlhoff, Stephan** Die Gestaltung deutsch-schwedischer Handelsverträge im Hinblick auf ihre Durchsetzbarkeit in Schweden, Diss., Hamburg 1990.
- Gerhardt, Walter** Die neuere Rechtsprechung zu den Mobiliarsicherheiten - Teil 2: JZ 1986, S. 736 ff.
- Gernhuber, Joachim** Handbuch des Schuldrechts, Bd.3, Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. Auflage, Tübingen 1994.
- Göbel, Jürgen** Übersicherung und Freigabeklauseln in vorformulierten Kreditsicherungsverträgen, Berlin 1993.
- Gomard, Bernhard** Civil law, common law and scandinavian law: Scandinavian Studies in Law, Vol. 5 (1961) S. 27 ff.
- Goode, Royston M.** Commercial Law, 2. Auflage, London 1995 (zit.: Goode, Commercial Law).

- Goode, Royston M.** Legal Problems of Credit and Security, London 1982 (zit.: Goode, Legal Problems, 1.A.).
- Goode, Royston M.** Legal Problems of Credit and Security, 2. Auflage, London 1988 (zit.: Goode, Legal Problems).
- Goodhart, William/
Gareth, Jones** The infiltration of equitable doctrine into English commercial law: Mod. L. Rev. 43 (1980), S. 489 ff.
- Göranson, Ulf** Traditionsprincipien. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning, Uppsala 1985.
- Gottheiner, Hans Georg** Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der nordischen Rechte, RabelsZ 18 (1953), S. 356 ff.
- Gotzmann, Klaus** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession; Mehrfachabtretung künftiger Forderungen im deutschen, französischen, englischen und schweizerischen Recht, unter Berücksichtigung des österreichischen und italienischen Rechts, Diss., Köln 1965.
- Gough, William James** Company Charges, 2. Auflage, London 1996.
- Gower, Laurence C. B.** Some Contrasts Between British and American Corporation Law: Harv. L. Rev. 69 (1955/56) S. 1369 ff.
- Gower, Laurence C.B.
(-Davies, Paul)** Gower's Principles of Modern Company Law, 6. Auflage, London 1997 (zit.: Gower's Principles).
- Graupner, Rudolf** Anmerkung zum Urteil des House of Lords in Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG: RIW 1991, S. 73 f.
- Graupner, Rudolf** Die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs gegen einen englischen receiver vor deutschen Gerichten: RIW 1994, S. 109 ff.

- Graupner, Rudolf** Rechtsannäherung durch Rechtsprechung englischer Gerichte: RIW/AWD 1976, S. 258 ff.
- Gregory, Roger** Romalpa Clauses as unregistered charges - a fundamental shift?: [1990] L.Q.R. 550 ff.
- Gregow, Torkel** Utsökningsrätt, 2.Auflage, Stockholm 1990.
- Griffiths, O./ Taylor, Miles E.** Bankruptcy Law, 6. Auflage, London 1967.
- Gutschke, Wilfried** Der Eigentumsvorbehalt in den nordischen Ländern, RIW/AWD 1968, S. 10 ff.
- Gutschke, Wilfried** Der Eigentumsvorbehalt nach deutschem und nordischem Recht, Diss., Münster 1965.
- Gutschke, Wilfried** Fra spredte felter. Om ägareförbehållets verkningar enligt nordisk och tysk rätt: TfR 1966, S. 388 ff.
- Habel, Wolfgang** Der Eigentumsvorbehalt im englischen Handelsverkehr, eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin 1981.
- Hadding, Walther/ Schneider, Uwe H.** Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1986 (zit.: Hadding/Schneider-Bearbeiter).
- Hadding, Walther/ Schneider, Uwe H.** Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil IV: England, bearbeitet von Brink, Ulrich und Habel, Wolfgang, Berlin 1980.
- Hagenmüller, Karl Friedrich** Die wirtschaftlichen Auswirkungen einer etwaigen Reform des Rechts der Kreditsicherheiten, Teil 1, 1963.
- Hall, J.C.** Gift of part of a debt: [1959] C.L.J. S. 99 ff.
- Halsbury's Laws of England** Bd. 2, Bankruptcy and Insolvency (C. Roy Waterer), 3. Auflage, London 1953.

- Halsbury's Laws of England** Bd. 3 (2), Bankruptcy and Insolvency (Edward Bailey), 4. Auflage, London 1989.
- Halsbury's Laws of England** Bd. 41, Sale of Goods and Supply of Services (Charles Debattista), 4. (Wieder-)Auflage (reissue), London 2000.
- Halsbury's Laws of England** Bd. 6, Choses in Action (Philip H. Pettit), 4. Auflage, London 1991.
- Halsbury's Statutes of England** Bd. 3, Bankruptcy and Insolvency, 3. Auflage, London 1968.
- Hanbury, Harold Greville/
Martin, Jill E.** Modern Equity, 15. Auflage, London 1997.
- Hanisch, Hans** Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts: ZZP 90 (1977), S. 1 ff.
- Håstad, Torgny** Företagsinteckningshavares förmånsrätt till medel på administrationskonto efter betalningsinställelse: JT 1989-90, S. 632 ff.
- Håstad, Torgny** Sakrätt, avseende lös egendom, 5. Auflage, 1994 (zit.: Håstad, Sakrätt).
- Heck** Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegen zu wirken?: Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages (1890), Bd.2, S. 144 ff.
- Helander, Bo** Kreditsäkerhet i lös egendom, Stockholm 1983.
- Hellner, Jan/ Ramberg, Jan** Speciell avtalsrätt I, Köprätt, Stockholm 1989.
- Henckel, Wolfram** Einziehungsermächtigung und Inkassoession: Festschrift für Karl Larenz 1973, S. 643 ff.
- Henckel, Wolfram** Rückwirkungen richterlicher Rechtsfortbildung auf bestehende Veträge: VersR 1975, S. 773 ff.
- Henrichs, Joachim** Kollisionsprobleme bei der (Voraus-) Abtretung zukünftiger Forderungen: JZ 1993, S. 225 ff.

- Hessler, Henrik** Der gutgläubige Erwerb in der neueren schwedischen Rechtsentwicklung und dem nordischen Gesetzentwurf: *RabelsZ* 32 (1968), S. 284 ff.
- Hessler, Henrik** Godtrosförvärv av lösöre: *SOU* 1965:14
- Hicks, Andrew** Retention of Title - Latest Developments: [1992] *J.B.L.*, S. 398 ff.
- Hiemsch, Andreas** Die Kollision von Vorausabtretungen bei Globalzession, verlängertem Eigentumsvorbehalt und Factoring, *Diss.*, Gießen 1991.
- Hillgård, Karl** Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt, *Diss.*, Lund 1923.
- Hoeren, Thomas** Die neuen AGB-Banken: *NJW* 1992, S. 3263 ff.
- Holden, Milnes J.** *The Law and Practice of Banking*, Band 1, Banker and Customer, 5. Auflage, London 1991 (zit.: Holden, Bd.1).
- Holden, Milnes J.** *The Law and Practice of Banking*, Band 2, Securities for Banker's Advances, 8. Auflage, London 1993 (zit.: Holden).
- Hollond, H.A.** Further thoughts on equitable assignments of legal choses in action: 59 (1943) *L.Q.R.*, S. 129 ff.
- Hübner, Ulrich/
Goerke, Eberhard** Kollisionsprobleme bei mehrfacher Forderungsabtretung: *JA* 1984, S. 265 ff.
- Jahr, Günther** Romanistische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft: *ACP* 168 (1968) S. 9 ff.
- Jauernig, Othmar** Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, München 1999 (zit.: Jauernig-Bearbeiter).
- Johansson, Pär** Gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrechte nach schwedischem Recht, *Diss.*, Köln 1994
- Jork, Ulrich** Factoring, verlängerter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsglobalzession in

- Kollisionsfällen: JuS 1994,
S. 1019 ff.
- Kaduk, Hubert** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und
Globalzession als konkurrierende
Gläubigerrechte: FS-Larenz 1973,
S. 683 ff.
- Kaiser, Erhard** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und
Globalzession im IPR:
Rechtsvergleichende Darstellung von
Zession und Zessionsstatut im
deutschen, österreichischen,
schweizerischen, französischen,
englischen und US-amerikanischen
Recht, Diss., Pfaffenweiler 1986.
- Kalomiris, Alexander** Verlängerter Eigentumsvorbehalt,
Ersatzaussonderung des
Weiterverkaufspreises,
Sicherungs(global)zession und ihre
Kollision im deutsch-französischen
Warenverkehr, Diss., München 1992.
- Karlgren, Hjalmar** Sondervotum zur Entscheidung HD NJA
1958, 577: NJA 1958, S. 583.
- Kausche, Wolfram G.** Die allgemeinen Geschäftsbedingungen
im skandinavischen Recht, Diss.,
Kiel 1971.
- Keller, H.** Die Einziehungsbefugnis des
Vorbehaltskäufers beim verlängerten
Eigentumsvorbehalt: NJW 1957, S.
1787 f.
- Kerr, William Williamson**
(-Walton, Raymond/
Hunter, Muir) Kerr on the Law and Practice as to
Receivers and Administrators, 17.
Auflage, London 1989.
- Kessel, Christian** Eigentumsvorbehalt und Rezession in
Großbritannien: RIW 1991, S. 812 ff.
- Kilger, Joachim** Der Konkurs des Konkurses: DB 1975,
S. 1445 ff.
- Kilger, Joachim** Der Konkurs des Konkurses: KTS 1975,
S. 142 ff.
- Klaas, Christoph** Die Risikoverteilung bei neueren
Finanzierungsmethoden: NJW 1968,
S. 1502 ff.
- Klausing, Friedrich** Neue Formen der Kreditsicherung:
Verhandlungen des 7. Deutschen
Juristentages in der
Tschochoslowakei (1935), S. 307 ff.

- Klein, Peter** Die Abtretung von Forderungen nach englischem Recht: WM 1978, S. 390 ff.
- Klötzel, Thomas** Der Eigentumsvorbehalt und seine Verlängerungs- und Erweiterungsformen in England: RIW/AWD 1985, S. 460 ff.
- Klötzel, Thomas** Publizitätslose Mobiliarsicherheiten - verlängerter Eigentumsvorbehalt in England: RIW/AWD 1983, S. 822 ff.
- König, Christian** Lärdoms-Öfning, afdelat uti Sedoläran, Lagfarenheten och Statskunskapen II, Stockholm 1745.
- Kötz, Hein** Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries and Assignment: International Encyclopedia of comparative law, Band VII, Kapitel 13, S. 1 ff., Tübingen 1992.
- Lambsdorff,
Hans Georg Graf von** Handbuch des Eigentumsvorbehalts im deutschen und ausländischen Recht, Frankfurt 1974
zit.: Lambsdorff, Handbuch).
- Lambsdorff,
Hans Georg Graf von** Die Übersicherung des Eigentumsvorbehaltsverkäufers und die Funktion der Freigabeklauseln: ZIP 1986, S. 1524 ff.
- Lambsdorff,
Hans Georg Graf von/
Skora, Bernd** Globalzession und Lieferantenvorausabtretung - kein Ende: NJW 1977, S. 701 ff.
- Lambsdorff,
Hans Georg Graf von/
Skora, Bernd** Die Doppelsicherung des Warenlieferanten: BB 1977, S. 922 ff.
- Lange, Paul** Kreditsicherheiten in der Unternehmenssanierung nach englischem Recht: WM 1990, S. 701 ff.
- Larenz, Karl** Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, Allgemeiner Teil (§§ 1 - 37), 14. Auflage, München 1987
(zit.: Larenz, SchR I).

- Larenz, Karl** Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2, 1.Halbband, Besonderer Teil (§§ 38 - 57), 13. Auflage, München 1986 (zit.: Larenz, SchR II).
- Lehmann, Heinrich** Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen: Denkschrift aufgrund der Beratungen des Ausschusses für Personen-, Vereins und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht; Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht [2], Stuttgart 1937.
- Lejman, Fritjof** Bidrag till läran om återvinning i konkurs, Diss., Uppsala 1939.
- Liebelt-Westphal, Ulf** Die gesetzliche Deckungsgrenze bei der Gewährung von Sicherheiten: ZIP1997, S. 230 ff.
- Lightman, Gavin/
Moss, Gabriel** The Law of Receivers of Companies, 2. Auflage, London 1994.
- Lipp, Volker** Die Durchsetzung des Eigentumsvorbehalts in England: RIW 1994, S. 18 ff.
- Löbl, Rudolf** Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen: AcP 129 (1928), S. 257 ff.
- Lögberg, Åke** Studier över förlagsinteckningsinstitutet, Diss., Uppsala 1947.
- Lopau, Eberhard** Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Forderungsvorausabtretung bei verlängertem Eigentumsvorbehalt: DB 1973, S. 1537 ff.
- Lüke, Gerhard** Grundfragen des Zessionsrechts: JuS 1995, S. 90 ff.
- Lundstedt, Anders Vilhelm** Om lösöreköp. En studie i positiv svensk civilrätt, Lund 1912 (zit.: Lundstedt, Om lösöreköp).
- Lundstedt, Anders Vilhelm** Lösöreköpsförordningen och 1734 års lag, Minnesskrift ägnad 1734 års lag, Band II (1934), S. 668 ff.
- Lwowski, Hans-Jürgen** Das Recht der Kreditsicherung, 8.Auflage, Berlin 2000.
- Lwowski, Hans-Jürgen** Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur

- Sicherungsabtretung: ZIP 1981, S. 453 ff.
- Magnus, Ulrich** Englische Rechtsprechung zum Handels- und Wirtschaftsrecht: RIW/AWD 1981, S. 197 ff.
- Major, William T.** The Law of Contract, 5. Auflage, Plymouth 1978.
- Mann, F.A.** Zur Wirkung des Eigentumsvorbehalts in England: NJW 1976, S. 1013 f.
- Marshall, Oshley Roy** The Assignment of Choses in Action, London 1950.
- Mather, L.C.** Securities Acceptable to the Lending Banker, 3. Auflage, London 1973.
- Mc Cormack, Gerard** Reservation of title, 2. Auflage, London 1990.
- Medicus, Dieter** Bürgerliches Recht, 18. Auflage, München 1999 (zit.: Medicus).
- Megarry, R.E.** Consideration and equitable assignments of legal choses in action: 59 (1943) L.Q.R. S. 58 ff.
- Mertens, Hans-Joachim** Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung: ZHR 143 (1979), S. 174 ff.
- Meulen ter, Edzard** Die Floating Charge - ein Sicherungsrecht am Vermögen einer englischen Company, Frankfurt/M. 1969.
- Meyer-Cording, Ulrich** Umdenken nötig bei den Mobiliarsicherheiten !: NJW 1979, S. 2126 ff.
- Mückenberger, Rolf** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise: NJW 1958, S. 1753 ff.
- Münchener Kommentar** Bürgerliches Gesetzbuch,
Bd.1, §§ 1 - 240, 3. Auflage, München 1993,
Bd.2, §§ 241 - 432, 3. Auflage, München 1994,
- Münzberg, W.** Vollstreckungsstandschaft und Einziehungsermächtigung: NJW 1992, S. 1867 ff.
- Neubeck, Rainer** Anmerkung zum Urteil des OLG-Hamburg vom 13.11.1958: NJW 1959, S. 581 ff.

- Neuhof, Rudolf** 16 Jahre Kreditsicherheiten
Makulatur?: NJW 1993, S. 2840 ff.
- Neuhof, Rudolf** Drittwirkung der AGB-
Gesetzwidrigkeit
zugunsten Vertragsfremder und
Rückwirkung des
Unwirksamkeitsverdikts auf
Sicherheitenverträge: NJW 1994,
S. 1763 ff.
- Neuhof, Rudolf** Inhaltskontrolle formularmäßig
bestellter Kreditsicherheiten: NJW
1994, S. 841 ff.
- Neuhof, Rudolf** Rechtsprechung zur Freigabe von
Sicherheiten am Scheideweg: NJW
1995, S. 1068 ff.
- Neuhof, Rudolf** Wiederaufnahme abgeschlossener
Konkursverfahren bei nachträglich
erkannter Unwirksamkeit
formularmäßig bestellter
Kreditsicherheiten: NJW 1995, S.
937ff.
- Nial, Håkan** Handelsbalken, Minnesskrift ägnad
1734 års lag, Bd. I (1934),
S. 294 ff.
- Nirk, Rudolf** Interessenwiderstreit der Waren- und
Geldkreditgeber: NJW 1971,
S. 1913 ff.
- Nobbe, Gerd** Aktuelle Entwicklungen zu
Sicherungsübereignung und
Globalzession im Lichte des AGB-
Gesetzes: ZIP 1996, S.657 ff.
- Nörr, Knut Wolfgang/
Scheyhing, Robert** Sukzessionen (Zession,
Vertragsübernahme, Schuldübernahme,
Schuldbeitritt), Tübingen 1983.
- Osborn, Percy George
(-Rutherford, Leslie/
Bone, Sheila)** Osborn's Concise Law Dictionary, 8.
Auflage, London 1993.
- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 60.
Auflage, München 2001 (zit.:
Palandt-Bearbeiter).
- Palmer, Francis Beaufort
(-Schmitthoff, Clive M.)** Palmer's Company Law, 24. Auflage,
London 1987 (zit.: Palmer's Company
Law).

- Parris, John** Effective Retention of Title Clauses, London 1986 (zit.: Parris, Effective).
- Parris, John** Retention of Title on the Sale of Goods, London 1982 (zit.: Parris, Retention of Title).
- Pennington, Robert R.** Company Law, 4. Auflage, London 1979 (zit.: Pennington, Company Law, 4.A.).
- Pennington, Robert R.** Company Law, 7. Auflage, London 1995 (zit.: Pennington, Company Law).
- Pennington, Robert R.** Pennington's Corporate Insolvency Law, 2. Auflage, London 1997 (zit.: Pennington, Corporate Insolvency).
- Pennington, Robert R.** Retention of Title to the Sale of Goods under European Law, I.C.L.Q. 27 (1978), 277.
- Pennington, Robert R.** The Genesis of the floatin charge: Mod. L. Rev. 23 (1960), S.630 ff.
- Pettersson, Per** Företagshypotek. Kommentar til lagstiftingen om kreditsäkerhet in näringsverksamhet, Stockholm 1985.
- Pfeiffer, Thomas** Übersicherung, Freigabeanspruch, Freigabeklauseln. Unsicherheit im Recht der Sicherungsgeschäfte - Ursachen, Auswege: WM 1995, S. 1565 ff.
- Picarda, Hubert** The Law Relating to Receivers, Managers and Administrators, 2. Auflage, London 1990.
- Picker, Eduard** Bürgerliches Recht: Die Schlacht der Kreditoren: JuS 1988, S. 375 ff.
- Pottschmidt, Günter/
Rohr, Ulrich** Kreditsicherungsrecht: ein Handbuch für Studium und Praxis, 4. Auflage, München 1992.
- Prior, Richard** Reservation of Title: Mod. L. Rev. 39 (1976), S. 585 ff.
- Ramberg, Jan** Allmän avtalsrätt, 4. Auflage, Stockholm 1996.
- Redmond, P.W.D.** The Law relating to Banking, 3. Auflage, London 1973.
- Rehbein, D.** Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.11.1989: JR 1991, 325 ff.

- Rehmann, Wolfgang A.** Zur Abgrenzung der Einziehungsermächtigung von der Inkassozeession: WM 1987, S. 225 ff.
- Rellermayer, Klaus** Objektive Bezugsgrößen für die Bewertung von Kreditsicherheiten; ist das Wirksamkeitserfordernis des Bundesgerichtshofs erfüllbar ?, WM 1994, S. 1009 ff. und S. 1053 ff.
- RGRK** Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, Bd. II, 1. Teil, §§ 241 - 413, 12. Auflage, Berlin 1976 (zit.: RGRK-Bearbeiter).
- Richrath, Jochen** Die Übersicherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, Diss., Bayreuth 1995.
- Rimmelpacher, Bruno** Kreditsicherungsrecht, 2. Auflage, München 1987.
- Rodhe, Knut** Handbok i sakrätt, Stockholm 1985.
- Roloff, Stefanie** Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG - Die Wirksamkeit eines deutschen Eigentumsvorbehalts in Schottland: IPRax 1991, S. 274 ff.
- Roth, Günter H./
Fitz, Hanns** Stille Zession, Inkassozeession, Einziehungsermächtigung: JuS 1985, S.188 ff.
- Rühl, Helmut** Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft einschließlich des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung, Berlin 1930.
- Rüssmann, Helmut** Die Einziehungsermächtigung im bürgerlichen Recht - ein Institut richterlicher Rechtsschöpfung: JuS 1972, S. 169 ff.
- Rüssmann, Helmut** Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis: AcP 172 (1972), S. 520 ff.
- Sadtler, Michael** Grundzüge der Kreditsicherung durch vereinbarte securities an beweglichen Sachen (personal chattels) im englischen Recht, Mainz 1977.
- Scherner, Otto** Globalzeession, verlängerter Eigentumsvorbehalt und vertikale

- Forderungsaufteilung: BB 1968,
S. 1267 ff.
- Schildbach, Thomas** Sicherheiten versus par conditio
creditorum. Eine
betriebswirtschaftliche Analyse im
Zusammenhang mit der
Insolvenzrechtsreform: BB 1983,
S. 2129 ff.
- Schmidt, Folke** Om ägareförbehåll och
avbetalningsköp, Uppsala 1938.
- Schmidt, Karsten** Eigentumsvorbehalt nach englischem
Recht: RIW 1990, S. 144 f.
- Schmidt, Karsten** Factoring-Globalzession und
verlängerter Eigentumsvorbehalt: DB
1977, S. 65 ff.
- Schwab, Karl Heinz/
Prütting, Hanns** Sachenrecht: ein Studienbuch,
28.Auflage, München 1999.
- Schwerdtner, Peter** Globalzession und verlängerter
Eigentumsvorbehalt: NJW 1974,
S. 1785 ff.
- Schwister** Zur Reform der Sicherungsübereignung
und des Eigentumsvorbehalts: JW
1938, S. 1689 ff.
- Serick, Rolf** Der erweiterte Eigentumsvorbehalt in
Formularverträgen ohne zureichende
Freigabeklausel bei
unverhältnismäßigen Übersicherungen
und § 9 AGBG: JZ 1994, S. 714 ff.
- Serick, Rolf** Eigentumsvorbehalt und
Sicherungsübertragung

Bd.2, Heidelberg 1965
(zit.: Serick II),

Bd.4, Heidelberg 1976
(zit.: Serick IV),

Bd.5, Heidelberg 1982
(zit.: Serick V),
- Serick, Rolf** Einziehungsermächtigungen in der
kritischen Zeit und nach Eröffnung
des Konkursverfahrens: KTS 1982,
S. 339 ff.
- Serick, Rolf** Formularverträge und
Mobiliarsicherheiten mit
Freigabeklauseln in
höchstrichterlicher Rechtsprechung:

Vereinbartes Gewohnheits- oder
kautelararisches
Kreditsicherungsrecht?: BB 1995, S.
2013 ff.

- Serick, Rolf** Freigabeklauseln, Deckungsgrenze und
Haftungsobergrenze: NJW 1997,
S. 1529 ff.
- Serick, Rolf** Globalzession der
Vorbehaltslieferanten: Ende oder
Anfang?: BB 1974, S. 845 ff.
- Serick, Rolf** Nachträgliche Übersicherung durch
fiduziarische Kreditsicherheiten vor
dem Bundesgerichtshof und zwingendem
Gewohnheitsrecht: WM 1995,
S. 2017 ff.
- Serick, Rolf** Nachträgliche Übersicherung eines
Kredites - Freigabeklauseln und das
Warten auf den Spruch des Großen
Senats in Zivilsachen: ZIP 1995,
S. 789 ff.
- Serick, Rolf** Probleme bei mehrfacher Abtretung
künftiger Forderungen: BB 1960,
S. 141 ff.
- Sheldon, H.P.**
(-Drover, C.B./
Bosley, R.W.B.) Sheldon's Practice and Law of
Banking, 10. Auflage, London 1972.
- Sjögren, Wilhelm** Fiduciariska lösöreköp: TFR 1914,
S. 281 ff.
- Snell, Edmund Henry Turner**
(-Baker, Paul Vivian/
Langan, Peter) Snell's Equity, 29. Auflage, London
1990 (zit.: Snell's Equity).
- Soergel, Th.** Bürgerliches Gesetzbuch,
Bd.1, §§ 1 - 240, 12. Auflage,
Stuttgart 1988,
Bd.2, §§ 241 - 432, 12. Auflage,
Stuttgart 1990,
(zit.: Soergel-Bearbeiter).
- Stathopoulos, Michael P.** Die Einziehungsermächtigung, Diss.,
München 1968.
- Staudinger, J. von** Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch,
§§ 397 - 432, 13. Auflage, Berlin
1999,
(zit.: Staudinger-Bearbeiter)

- Steindorff, Ernst** Rezension zu Münchener Kommentar, Bd.2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil: ZHR 144 (1980), S. 652 ff.
- Stumpf, Herbert**
(-Fichna/Zimmermann) Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland. Recht der Mobiliarsicherheiten im Ausland, 4. Auflage, Heidelberg 1980 (zit.: Stumpf/Fichna).
- Tettenborn, A. M.** Reservation of Title: Insolvency and Priority Problems: [1981] J.B.L. S. 173 ff.
- Thannhausen,**
Markus Freiherr von Das Inland-Factoring, Diss., Würzburg 1984.
- Thieme, Jürgen Dieter/**
Mittscherlich, Matthias Die Einbeziehung (incorporation) Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag nach englischem Recht: RIW/AWD 1974, S. 173 ff.
- Thornely, J.W.A.** Reservation of title and tracing - Romalpa clauses: Camb. L. J. (1980) S. 48 ff.
- Tiedtke, Klaus** Kurzkomentar zum Beschluß des BGH vom 23.01.96: EWiR 1996, 339 ff.
- Tolley's Insolvency Service** Caseblatt-Sammlung.
- Trapp, Andreas** Praktische Auswirkungen des Abschieds von der qualifizierten Freigabeklausel bei Globalzessionen: NJW 1996, S. 2914 ff.
- Treitel, Guenter H.** An outline of The Law of Contract, 5. Auflage, London 1995 (zit.: Treitel, Outline).
- Treitel, Guenter H.** The Law of Contract, 10. Auflage, London 1999 (zit.: Treitel, Law of Contract).
- Triebel, Volker** Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 1. Auflage, Heidelberg 1978 (zit.: Triebel, 1.A.).
- Triebel, Volker/**
Hodgson, Stephen/
Kellenter, Wolfgang/
Müller, Georg Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1995 (zit.: Triebel).

- Ulmer, Peter/
Brandner, Hans Erich/
Hensen, Horst-Diether** AGB-Gesetz, Kommentar, 8. Auflage,
Köln 1997.
- Undén, Östen** Svensk sakrätt I, Lös egendom, 10.
Auflage, Lund 1976 (Neudruck,
Göteborg 1995).
- Vaines, J. Crossley** Personal Properties, 5. Auflage,
London 1973.
- Vorpeil, Klaus** Neuere Entwicklungen im englischen
Handels- und Wirtschaftsrecht: RIW
1993, S. 944 ff.
- Walin, Gösta** Företagshypotek och
betalningsinställelse: FS für Lars
Welamson (1987), S. 487 ff.
- Weber, Hansjörg** Anmerkung zum BGH-Urteil vom
30.3.1988: JZ 1988, S. 928 ff.
- Weber, Hansjörg** Anmerkung zum BGH-Urteil vom
29.11.1989: JZ 1990, S.493 ff.
- Weber, Hansjörg** Die Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofs zu
Freigabeklauseln bei
Kreditsicherheiten: WM 1994, S. 1549
ff.
- Weber, Hansjörg** Kreditsicherheiten: Recht der
Sicherungsgeschäfte, 6. Auflage,
München 1998 (zit.: Weber).
- Weber, Hansjörg** Kurzkomentar zum BGH-Urteil vom
6.12.1990: EWiR 1991, S. 227 f.
- Wehrli, Thomas** Die vertragliche Abtretung von
Forderungen, Diss., Bern 1993
- Wenckstern, Manfred** Die englische Floating Charge im
deutschen Internationalen
Privatrecht: RabelsZ 56 (1992),
S.624 ff.
- Wenckstern, Manfred** Hypotheken auf Unternehmen; Neue
Gesetze in Schweden und Finnland:
RabelsZ 52 (1988), S. 663 ff.
- Westermann, Harry** Gesetzliche Regelung der
Sicherungsübereignung und des
Eigentumsvorbehalts: Verhandlungen
des 41. Deutschen
Juristentages(1955/1956), II, F, S.
3 ff. (zit.:Westermann, 41.DJT,II).

- Westermann, Harry** Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen: Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft, Bd.11, Karlsruhe 1954 (zit.: Westermann, Interessenkollisionen).
- Westphalen, Friedrich Graf von** Kollision zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Bankenglobalzession - Lösungsversuch aufgrund des AGB Gesetzes: DB 1978, S. 68 ff.
- Westphalen, Friedrich Graf von** Klauseln des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts - § -9 AGB Gesetz: Inhalt und Grenzen: DB 1985, S. 425 ff.
- Westphalen, Friedrich Graf von** Verlängerte Eigentumsvorbehaltsklauseln und AGB-Gesetz: ZIP 1980, S. 726 ff.
- Wolf, Manfred** Kurzkomentar zum BGH-Urteil vom 29.11.1989: EWiR 1990, S. 215 ff.
- Wolf, Manfred/
Haas, Matthias** Das Prioritätsprinzip im Konflikt zwischen Waren- und Geldkreditgebern: ZHR 154 (1990), S. 64 ff.
- Wolf, Manfred/
Ungeheuer, Christina** Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen - Teil 2: JZ 1995, S. 176 ff.
- Worthington, Sarah** Floating charges - an alternative theory: [1994] C.L.J. S.81 ff.
- Wunschel, Hans Werner** Die Krise des verlängerten Eigentumsvorbehalts: NJW 1959, S. 653 ff.
- Zitting, Simo** An attempt to analyse the owner's legal position: Scandinavian Studies in Law, Vol. 3 (1959), S. 227 ff.
- Zweigert, Konrad/
Kötz, Hein** Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996.

Einleitung

Schon seit jeher ist die Beziehung von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt zueinander in der deutschen Rechtsprechung und Lehre umstritten. So war und ist z.B. die Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex einem ständigen Wandel unterworfen. Erst seit Anfang der neunziger Jahre hat die Rechtsprechung sich erneut veranlasst gesehen, die kurz zuvor aufgestellten Grundsätze im Zusammenhang mit den Freigabeklauseln, die auch Auswirkungen auf die Konkurrenz von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt haben, mehrfach entscheidend zu ändern.

Auch die Literatur hat im Laufe der vergangenen ca. vierzig Jahre zu diesem Themenbereich immer wieder Stellung genommen und neue Denkansätze geliefert.

Ziel dieser Arbeit ist es, die geschichtliche Entwicklung der Konkurrenz von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt sowie den jüngsten Stand, insbesondere der Rechtsprechung, aufzuzeigen, um dem interessierten Leser einen schnellen Überblick über diese komplexe und sich zügig ändernde Materie zu verschaffen.

Es wird dabei darauf verzichtet die rechtliche Konstruktion der Sicherungszession in Form von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt detailliert darzustellen, da hierzu bereits ausreichend Literatur vorhanden ist.¹ Diese Arbeit beschränkt sich insofern auf

¹ Insofern sei beispielsweise auf die Ausführungen bei Hiemsch, S. 4 ff., hingewiesen.

diejenigen Aspekte, die den vorbenannten Konflikt unmittelbar betreffen beziehungsweise in den dargestellten ausländischen Rechtsordnungen als problematisch angesehen werden.

Darüberhinaus soll diese Darstellung zum Anlass genommen werden zu untersuchen, welche abweichenden Lösungsmöglichkeiten für den Konflikt dieser Sicherungsmittel in anderen Rechtsordnungen gefunden werden. Dieses soll anhand einer rechtsvergleichenden Darstellung der Länder England und Schweden geschehen, da in diesen Ländern ein gänzlich anderer Weg als in Deutschland besritten wird, und es hierüber bislang nur wenige Darstellungen in deutscher Sprache gibt.² Gleichzeitig kann so dem "exportierenden" Kreditgeber ein Überblick über diese beiden Rechtsordnungen gegeben werden.

Gerade die Aufnahme Schwedens in die Europäische Union sowie die Tatsache, daß zur neueren Rechtslage in Schweden kaum Literatur in deutscher Sprache vorliegt, rechtfertigt es, auch das Kreditsicherungsrecht dieses Landes darzustellen. Da die Handelsbeziehungen zwischen Deutschland und Schweden bereits vor dem EU-Beitritt Schwedens ein großes Volumen erreicht hatten, ist die Kenntnis des schwedischen Kreditsicherungsrechts zwecks Vermeidung rechtlicher Nachteile insbesondere für den Warenexporteur von beachtlicher Wichtigkeit.

² Zu vielen europäischen Rechtsordnungen sind zu dieser Materie bereits - auch in jüngster Zeit - einige Darstellungen erschienen. Vgl. Kalomiris (zu Frankreich); Menne (zu Frankreich); Bonomi (zu Österreich und Italien); Wehrli (zur Schweiz). Siehe auch Mühl (zu Italien).

Abschließend sollen die durch den Rechtsvergleich gewonnenen Ergebnisse zu einer rechtspolitischen Überlegung für das deutsche Recht genutzt werden.

Erstes Kapitel: Deutschland

I. Sicherungszession und Pfandrecht

Im Handelsverkehr werden Forderungen zu Sicherungszwecken schon seit langem nahezu ausschließlich zediert. Von der Verpfändung von Forderungen wird kaum noch Gebrauch gemacht. Zwar hat der Gesetzgeber lediglich die Verpfändung von Forderungen als Kreditsicherungsgeschäft vorgesehen, aber der entscheidende Vorteil der Sicherungszession gegenüber einer rechtsgeschäftlichen Verpfändung einer Forderung nach den gesetzlichen Pfandrechtsvorschriften §§ 1273, 1279 ff.¹ liegt darin, daß die bei der Verpfändung nach § 1280 erforderliche Anzeige an den Drittschuldner vermieden wird.

Zum einen wird die Publizitätswirkung der Drittschuldneranzeige häufig als Rufschädigung angesehen, zum anderen stößt ihre Durchführung häufig auf Schwierigkeiten.² Wird die Forderung demgegenüber zur Sicherheit abgetreten, so kann dies nach § 398 formfrei und diskret geschehen. Zudem hat der Zessionar bei Verwertung der Forderung größere Freiheiten als bei einer Verpfändung.³ Aus diesen Gründen hat die Sicherungszession die Verpfändung von Forderungen fast vollständig verdrängt.⁴ So wurden bereits 1980 in Deutschland mehr als zehnmal so viele Forderungen durch Sicherungsübereignung oder

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

² Medicus, Rn.492; Baur/Stürner, § 58 A I 1 a; Pottschmidt/Rohr, Rn.661; Drobnig, S.34 f.,77.

³ Vgl. dazu Baur/Stürner, § 58 A I 1; Staudinger-Busche, Einl. zu §§ 398 ff., Rn.66.

⁴ Pottschmidt/Rohr, Rn.637; Baur/Stürner, § 56 B IV: "die Pfandrechtsprinzipien aus den Angeln gehoben"; BGH WM 1981,1204,1205 "Das Verdecktbleiben ist der entscheidende Vorteil der Sicherungszession gegenüber dem Pfandrecht." Zustimmend MüKo-Roth, § 398, Rn.99; Bülow, Rn.930 f. und 1427.

Sicherungszeession gesichert als durch rechtsgeschäftliche Pfandrechte.⁵

II. Globalzeession und verlängerter Eigentumsvorbehalt

Sowohl die Globalzeession, als auch der verlängerte Eigentumsvorbehalt basieren auf einem Abtretungsgeschäft. Das Gesetz bezeichnet die Abtretung (Zeession) in § 398 als Vertrag, durch den der Gläubiger (Zedent) eine Forderung auf einen anderen (Zeessionar) überträgt, wobei der neue Gläubiger mit Abschluß des Vertrages an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt. Bei einer Globalzeession, dem üblichen Sicherungsinstrument der Geldkreditgeber⁶, werden mehrere Forderungen sicherungshalber⁷ als Gesamtheit zediert⁸, während beim verlängerten Eigentumsvorbehalt, dem in der Regel von Warenlieferanten genutzten Sicherungsmittel, lediglich die sich aus dem Weiterverkauf der Kaufsache entstehende Forderung zur Sicherung - der kredi-

⁵ Vgl. Adam, S.11; Pottschmidt/Rohr, Rn.636 schätzen, daß Sicherungszeessionen in einem Gesamtvolumen von zweistelligen Milliardenbeträgen vereinbart werden. Nach Hiemsch, S.5 f., ist die stille Zeession "aus dem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken".

⁶ Die Globalzeession wird mittlerweile aber auch häufig von Vorbehaltslieferanten zur Absicherung von Warenkrediten genutzt. Vgl. BGH NJW 1974,942; 1977,2261; Drobnig, S. 41 f.

⁷ Zur Sicherungszeession, insbesondere ihres fiduziari-schen Charakters, siehe RGZ 142,139; BGHZ 26,185,191; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.20 ff.; RGRK-Weber, § 398, Rn.124 f.; Pottschmidt/Rohr, Rn.638 ff., 702, 706; Soergel-Zeiss, § 398, Rn.14 ff.; Berghaus, S.32 ff.; Erman-Westermann, § 398, Rn 30 ff.; MüKo-Roth, § 398, Rn. 18 f., 95 ff.; Staudinger-Busche, Einl. zu §§ 398 ff., Rn. 50 ff., 118 ff.; Larenz, SchR I, § 34 V a; Roth/Fitz, JuS 1985,188,189. Obgleich die Abtretung nur zur Sicherung erfolgt, wird der Sicherungsnehmer Vollrechtsinhaber, kann also mit dinglicher Wirkung - wenn auch entgegen der Sicherungsabrede - frei über die zedierte Forderung verfügen. Vgl. dazu BGH WM 1968,649; 1982,443; 1982,482,483; Erman-Westermann, § 398, Rn.33; Baur/Stürner, § 58 A I 1 2 a; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.22; MüKo-Roth, § 398, Rn.102; Medicus, Rn.502; Hadding/Schneider-Zeiss, S.65.

⁸ MüKo-Roth, § 398, Rn.124; Hiemsch, S.16.

tierten Kaufpreisforderung des Vorbehaltsverkäufers - abgetreten wird.⁹

Die Globalzession stellt sich also vergleichsweise als ein sehr weitgehendes Kreditsicherungsmittel dar, weil sie im Verwertungsfall in der Regel den Zugriff auf sämtliche Außenstände des Sicherungsgebers ermöglicht. Letztlich stellt dies einen der Gründe für die hier zu behandelnde Problematik, den Konflikt zu Warenkreditgebern, dar.¹⁰

Der verlängerte Eigentumsvorbehalt wird immer dann vereinbart, wenn der Vorbehaltskäufer die Vorbehaltsware vor Bezahlung des Kaufpreises weiterveräußern¹¹ oder -verarbeiten will.¹² Er kann so die Sache nutzen, ohne sofort den Kaufpreis zahlen zu müssen¹³, wodurch ihm oftmals erst die Möglichkeit geschaffen wird, den Kaufpreis zu erwirtschaften.¹⁴ Daher wird der Vorbehaltsverkäufer seinem Vertragspartner in der Regel gestatten müssen, die Vorbehaltsware schon vor Bezahlung seiner Kaufpreisforderung weiterzuveräußern.¹⁵ Mit Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts kann sich der Vorbehaltsverkäufer im Wege einer rechtsgeschäftlichen¹⁶ Surrogation¹⁷ dabei diejenigen

⁹ Hiemsch, S. 23, bezeichnet den verlängerten Eigentumsvorbehalt als „zessionarische Fortsetzung des Eigentumsvorbehalts mit anderen Mitteln“. So auch MüKo-Roth, § 398, Rn.123, und Eckert/Nebel, WM 1988,1545,1550.

¹⁰ Siehe dazu unten 1. Kapitel VI.

¹¹ Zum sog. sale-and-lease-back-Verfahren vgl. BGH NJW 1988,1774 (zustimmend Weber, JZ 1988,928).

¹² Schwab/Prütting, § 33 I; Palandt-Putzo, § 455, Rn.1.

¹³ Palandt-Putzo, § 455, Rn.2, spricht deshalb von einem mietrechtlichen Einschlag.

¹⁴ Vgl. Pottschmidt/Rohr, Rn.370,426. Zur Interessenlage vgl. Drobnig, S.29; Lwowski, Rn.968.

¹⁵ Pottschmidt/Rohr, Rn.437; BGH NJW 1958,417 (bei Weiterverarbeitung); Lambsdorff, Handbuch, Rn.178, 289 ff.

¹⁶ So bereits Serick, BB 1960,141,144; ähnlich BGH NJW 1988,1774,1775.

¹⁷ Vgl. MüKo-Roth, § 398, Rn.118.

Werte sichern, die bei Weiterveräußerung oder Verarbeitung die Vorbehaltsware ersetzen. Da der Vorbehaltsverkäufer in diesen Fällen sein Eigentum an der Vorbehaltsware verliert¹⁸, würde er keinerlei Sicherungswert erhalten, wenn es nicht möglich wäre, die Surrogate im Wege einer Anschlußzession zu sichern.¹⁹ Ein solches Surrogat ist beispielsweise die Forderung aus dem Weiterverkauf der Ware seitens des Vorbehaltskäufers (Weiterverkaufsforderung), die wiederum daraus resultiert, daß der Vorbehaltskäufer dem Drittschuldner die Zahlung des Kaufpreises kreditiert.²⁰

Bei Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt erfolgt die Sicherungszession in der Regel "still" im Wege der Vorausabtretung. Stille Zession und Vorausabtretung bedürfen einer näheren Betrachtung, da ihre Zulässigkeit in den hier dargestellten ausländischen Rechtsordnungen problematisch ist.

III. Stille Zession

1. Allgemeines

Den praktisch wichtigsten und häufigsten²¹ Anwendungsfall der Sicherungsabtretung stellt die

¹⁸ Verkauft der Vorbehaltskäufer jedoch seinerseits unter Eigentumsvorbehalt (=nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt), so geht das Eigentum noch nicht durch die Weiterveräußerung unter, sondern erst, wenn der Käufer die Kaufpreisforderung des Verkäufers oder der Dritte die des Käufers tilgt: BGHZ 56,34.

¹⁹ Pottschmidt/Rohr, Rn.426 prüfen. Hiensch, S.21, spricht von "einer dauernden Verhaftung des Sicherungsobjekts ohne Rücksicht auf seinen juristischen Aggregatzustand".

²⁰ Ausführlich zum Ganzen Hiensch, S.20 ff.

²¹ BGH NJW 1978,698; Serick, KTS 1982,339,340 f.; Soergel-Zeiss, § 398, Rn.13; Pottschmidt/Rohr, Rn.163,637, und MüKo-Roth, § 398, Rn.49,99 gehen davon aus, daß die Sicherungszession ohne die Möglichkeit der stillen Zession ihre überragende Bedeutung im Wirtschaftsverkehr nicht hätte erlangen können. Vgl. dazu BGHZ

gewohnheitsrechtlich anerkannte²² stille Zession²³ dar. Sie gestattet dem Zedenten bis zum Eintritt des Verwertungsfalls, d.h., solange er seine Verpflichtungen gegenüber dem Zessionar erfüllt, und damit eine Gefährdung der abgesicherten Kreditforderung nicht vorliegt, die abgetretene und deshalb ihm nicht mehr zustehende Forderung im eigenen Namen selbst einzuziehen (Einziehungsermächtigung).²⁴ Der Zedent hat also die Möglichkeit, weiterhin Zahlung an sich selbst²⁵ oder, indem er dem Drittschuldner die Abtretung bekannt macht, an den Zessionar zu verlangen.²⁶

"Still" ist die Zession deshalb, weil der Drittschuldner von der Zession mangels Verpflichtung des Zedenten zur Drittschuldneranzeige regelmäßig keine Kenntnis erlangt, und der Zedent bis zum Eintritt des Verwertungsfalls befugt ist, die zedierte Forderung selbst zu verwalten und zu verwerten.²⁷ Hierzu wäre er im "Normalfall" einer Zession nicht mehr berechtigt.²⁸ Der Zedent kann also bei einer stillen Zession, und darin liegt ihr entscheidender Vorteil, die Abtretung geheimhalten.²⁹

26,185,191 f. = NJW 1958,457; RGZ 133,234,242; RGRK-Weber, § 398, Rn.14, m.w.N. zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Siehe ferner Drobnig, S.34.

²² Allgemeine Meinung: BGHZ 26,185,191,193 m.w.N. zur Rechtsprechung des Reichsgerichts; seither ständige Rechtsprechung, etwa BGH NJW 1978,698,699; BGH WM 1981,1204,1205; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.29; Lwowski, Rn.747; Rüssmann, JuS 1972,169,170. Hiemsch, S.5, bezeichnet die stille Zession "als ein in der Rechtspraxis gewachsenes Sicherungsgeschäft".

²³ Zur Bezeichnung Baur/Stürner, § 58 A I 2 c, insb. Fn. 2.

²⁴ BGH NJW 1978,698; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.29; Gernhuber, § 24 I 1 a; Soergel-Leptien, § 185, Rn.36; Larenz, SchR I, § 34 V c; Baur/Stürner, § 58 A I 2 c.

²⁵ BGHZ 82,283,288; BGH NJW 1978,698 (zur Verjährungsproblematik); Serick II, S.269.

²⁶ OLG Hamm WM 1992,1649,1650.

²⁷ Vgl. Blaurock, S.118. Dies ist die regelmäßige Gestaltungsform bei der Globalzession und beim verlängerten Eigentumsvorbehalt.

²⁸ Hiemsch, S.8.

²⁹ Roth/Fitz, JuS 1985,188,189; Baur/Stürner, § 58 A I 2 c.

Trotz dieser Einziehungsermächtigung ist der Zedent gegenüber dem Zessionar verpflichtet, die eingezogenen Beträge alsbald an diesen abzuführen.³⁰

Der Drittschuldner wird bei der Zession nach §§ 406 ff. geschützt, solange ihm die Zession noch nicht mitgeteilt worden ist. Insbesondere kann er noch wirksam an den Altgläubiger (Zedent) leisten.³¹

Problematisch, insbesondere im Hinblick auf Kollisionslagen, ist, ob die Einziehungsermächtigung dem Zedenten eine nochmalige Abtretung der sicherungshalber zedierten Forderung gestattet, beispielsweise um weitere Kredite abzusichern oder andere Schuldverpflichtungen zu

³⁰ Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung ist zwischenzeitlich gewohnheitsrechtlich anerkannt. So die herrschende Lehre: Larenz, SchR I, § 34 V c, insb. Fn.74; Soergel-Zeiss, § 398, Rn.15; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.29; Berghaus, S.178 f.; Roth/Fitz, JuS 1985,188,189 f.; Bähr, S.114,195; Nörr/Scheyhing, § 11 IV 2; Rüssmann, JuS 1972,169,170; Gernhuber, § 24 I 3. Trotz einiger Bedenken auch Staudinger-Busche, Einl. zu §§ 398 ff., Rn. 122 ff., und Medicus, Rn.30, der eine über den Rahmen einer Empfangsermächtigung hinausgehende Ermächtigung ablehnt, da es sonst quasi zu einer Verdoppelung der Gläubigerstellung komme. Ähnlich einschränkend Essser/Schmidt, § 37 I 5 c; Jauernig-Stürner, § 398, Rn.26. Die herrschende Meinung streitet lediglich über ihre Rechtsgrundlage. Die Rechtsprechung begründet ihre Zulässigkeit über § 185 I i.V.m. § 362 II: BGHZ 4,153,164 = NJW 1952,337; 26,185,191; 32,357,360 f.; 66,150,151; 82,283,288; NJW 1964,2296,2297; WM 1985,613,614; 1968,1061,1062; RGZ 91,390,395; 117,69,72; 166,218,238; 170,191. Ebenso Pottschmidt/Rohr, Rn.661; Bülow, Rn.1427; Erman-Westermann, § 398, Rn.39; RGRK-Weber, § 398, Rn.154; Boecken/Krause, NJW 1987,420; Gerhardt, JZ 1986,736,739. Andere Stimmen halten sie aufgrund ihrer schwächeren Wirkung im Vergleich zur „normalen“ Zession für zulässig: Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 79 IV 2; MüKo-Roth, § 398, Rn.44; Roth/Fitz, JuS 1985,190. Zu noch anderer Begründungen vgl. Staudinger-Busche, Einl. zu §§ 398, Rn.124 m.N. Kritisch zum Institut der Einziehungsermächtigung: Erman-Westermann, § 398, Rn.37 f.; Larenz, SchR I, § 34 V c; Henckel, FS-Larenz 1973, S.643 ff.; Jahr, ACP 168,9 ff.; Löbl, ACP 129,257 ff.; Rüssmann, JuS 1972,169 ff.; ders., ACP 172,520 ff.; Münzberg, NJW 1992,1867 ff.; Rehmann, WM 1987,225 ff.; Roth/Fitz, JuS 1985,188 ff.; Stathopoulos, S. 1 ff.; Staudinger-Busche, Einl. zu §§ 398 ff., Rn.124 ff.; Gernhuber, § 24 I 3; Medicus, Rn.30. Eingehend zum Ganzen, Berghaus, S.177 ff.

³¹ BGH NJW 1978,698,699; WM 1978,1406,1407.

erfüllen. Der BGH lehnt dies in ständiger Rechtsprechung ab, denn die Einziehungsermächtigung gestatte dem Zedenten keine Verfügungen, die das Sicherungsinteresse des Zessionars beeinträchtigen.³² Dem ist beizupflichten, denn die Ermächtigung zum "Einzug" ist mit der Ermächtigung zur "Verfügung" schon begrifflich nicht deckungsgleich.

2. Kritik an der stillen Zession

Obgleich die stille Zession gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, wurden doch vielfach an ihrer Zulässigkeit Bedenken angemeldet. Zum einen führt die mangelnde Publizität zu Fehlvorstellungen Dritter über die wirtschaftliche Situation und damit Kreditwürdigkeit des Zedenten. Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt beispielsweise kann dies zu Nachteilen konkurrierender Kreditgeber führen, die die Vermögenslage des gemeinsamen Schuldners aufgrund seines Besitzes an der Vorbehaltsware falsch eingeschätzt haben.³³ Die Zulassung der stillen Zession in Verbindung mit den hier dargestellten Kreditsicherungsformen führt ferner zu einer Zunahme der Aus- und Absonderungsrechte im Konkurs des Zedenten.³⁴ Daher bleibt für die nicht gesicherten Konkursgläubiger oft nur wenig von

³² BGHZ 82,283,289 = WM 1982,37; vgl. auch BGHZ 82,50,56 = WM 1981,1350 = NJW 1982,164; 32,357,360 f. = NJW 1960,1712; BGH NJW 1976,1090,1091 (dort auch zu den Ausnahmen); 1970,464,465; WM 1958,252; KTS 1967,156,157; OLG München WM 1975,281; zustimmend Soergel-Zeiss, § 398, Rn.15; Erman-Westermann, § 398, Rn.39; Pottschmidt/Rohr, Rn.662; Lambsdorff, Handbuch, Rn.371; Berghaus, S.182; Keller, NJW 1957,1787. Ebenso bei nochmaliger Abtretung im Rahmen des unechten Factoring: BGHZ 82,50. Anders beim echten Factoring: grundlegend BGHZ 69,254; ferner BGHZ 72,15; 82,283,288; BGH NJW 1987,1878. Dazu umfassend MüKo-Roth, § 398, Rn.154 ff. A.A. ist Dempewolf, NJW 1960,2035.

³³ Vgl. Rühl, S.25; Heck, S.144.

³⁴ Kilger, DB 1975,1445,1447, spricht von einer "hypertrophen Entwicklung anonymer Sicherungsrechte".

dem übrig, was Schuldnervermögen zu sein schien, denn für die Geschäftspartner ist die "heimliche Auszehrung des Aktivvermögens"³⁵ nicht erkennbar, wodurch masselose Konkurse gefördert werden.³⁶ Fällt der Schuldner in die Insolvenz, verbleibt den nicht gesicherten Gläubigern somit kaum noch vollstreckungsfähiges Vermögen, zumal das wenige vorhandene Vollstreckungsvermögen oftmals noch für privilegierte Forderungen sowie Aus- und Absonderungsrechte³⁷ beansprucht wird. Das im Konkursrecht grundsätzlich geltende Prinzip der Gleichbehandlung aller Gläubiger ist dadurch faktisch nahezu ausgehebelt.³⁸

Ferner werden durch die fehlende Publizität Mehrfachabtretungen und damit gleichzeitig Kollisionslagen gefördert. Hierzu trägt auch die Möglichkeit, erst in der Zukunft noch entstehende Forderungen abzutreten (sogenannte Vorauszessionen)³⁹, bei. Bei einer Pflicht zur Publizierung (z.B. in Form einer Drittschuldneranzeige oder eines öffentlichen Registers) könnte hingegen der Zessionar ermitteln, z.B. durch Anfrage beim Drittschuldner, ob der Ze-

³⁵ So Pottschmidt/Rohr, Rn.637.

³⁶ Schildbach, BB 1983,2129 ff.; Kilger, KTS 1975,142,151 f.; ders., DB 1975, 1446 f.

³⁷ Vgl. §§ 47 ff. InsO. Zwar hat das neue Insolvenzrecht die in § 61 KO enthaltenen Vorrechte größtenteils abgeschafft, dennoch gibt es auch nach neuem Insolvenzrecht zahlreiche Aus- und Absonderungsrechte (vgl. §§ 47 ff. InsO).

³⁸ Zu Recht spricht daher Medicus, Rn.494, von einem "Konkurs des Konkurses". Nach Baur/Stürner § 56 B IV haben die atypischen Sicherungsrechte das Rechtsinstitut des Konkurses häufig zur Nutzlosigkeit verurteilt (vgl. auch Baur/Stürner, InsolvenzR, Rn.4.7 ff.). Nach Pottschmidt/Rohr, Rn.637, gehört u.a. die Sicherungsabtretung zu den Ursachen der beunruhigenden Zunahme masseloser Konkurse; ebenso Drobnig, S.12,27; MüKo-Roth, § 398, Rn.98; Kilger, DB 1975,1445,1446. Abhilfe wird auch gesucht in einer Einschränkung der fiduziarischen Sicherungsrechte de lege ferenda: vgl. etwa Drobnig, S.1 ff.; Hanisch, ZZP 90 (1977),1 ff.; betriebswirtschaftlich Schildbach, BB 1983,2129 ff. Zum Ganzen später unter 1. Kapitel VI 6 f., insbesondere VI 7.

³⁹ Dazu sogleich.

dent überhaupt noch Forderungsinhaber ist. Ebenso kann die mangelnde Publizität dazu mißbraucht werden, die Priorität der Abtretung durch kollusives Verhalten zwischen Zedent und Zessionar zu manipulieren, denn durch die fehlende Pflicht zur Publikation kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden, wann eine Forderung tatsächlich abgetreten worden ist.

Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der stillen Zession, insbesondere der Globalzession und des verlängerten Eigentumsvorbehalts, werden diese rechtspolitischen Bedenken heute jedoch als überholt⁴⁰ angesehen.⁴¹

IV. Vorauszession

1. Zulässigkeit

Die sogenannte Vorauszession, d.h. die Abtretung zukünftig entstehender Forderungen, ist gesetzlich zwar nicht geregelt⁴², jedoch nahezu allgemein⁴³ und zwischenzeitlich auch gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁴⁴

⁴⁰ Bereits Rühl, S.26, bemerkte, daß Geldkreditgeber keinen Schutz verdienen, wenn sie sich auf die Kreditwürdigkeit des Kunden verlassen, weil sie darauf vertrauen, die Ware, die sich im Besitz des Kunde befinde, gehöre ihm.

⁴¹ Ein Blick auf andere Rechtsordnungen wird aufzeigen, daß dies zumindest beim verlängerten Eigentumsvorbehalt keineswegs selbstverständlich ist.

⁴² § 398 setzt den Zeitpunkt des Abtretungsvertrages mit jenem der Rechtsänderung gleich: Rimmelspacher, Rn.407. Im einzelnen dazu Serick IV, S.279,321; Wunschel, NJW 1959,653,654; Berghaus, S.59 f.

⁴³ RGZ 55,334; 67,167,168; 136,102; BGHZ 7,365,367; 20,127,131; 26,186,188; 30,149,151; 32,367,369; 53,60,63; 88,205,206; 108,98,104; NJW 1960,1712,1713; 1988,3204,3205; Larenz, SchR I, § 34 III; Fikentscher, Rn.598 f.; MüKo-Roth, § 398, Rn.75; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.11; Esser/Schmidt, § 37 I 2 a; Enneccerus-Lehmann, § 78 III 3; Serick IV, S.270 mit ausführlichen Nachweisen zu Rechtsprechung und Lit. in Fußnote 22.

⁴⁴ Ausführlich zum Ganzen Berghaus, S.42 ff.

Entscheidend für die Zulässigkeit der Vorauszession, unabhängig von einem rein dogmatischen Begründungsversuch über § 185 II⁴⁵, dürfte sein, daß die Vorausabtretung aus dem heutigen Rechts- und Wirtschaftsverkehr nicht mehr wegzudenken ist, ohne spürbare Lücken zu hinterlassen.⁴⁶

Eine Phalanx kritischer Stimmen, die Vorausabtretungen für unwirksam erachten, stammt überwiegend aus den fünfziger Jahren.⁴⁷ Auch ein Vergleich mit anderen Rechtsordnungen wird aufzeigen, daß die Möglichkeit, Vorauszessionen wirksam zu vereinbaren, nicht überall als so selbstverständlich angesehen wird, wie dies bei uns der Fall ist. Hierauf wird noch ausführlich in den nächsten Kapiteln einzugehen sein.

2. Bestimmtheitsgrundsatz

Bedenken gegen die Vorauszession als noch nicht durch ein reales Objekt gedeckte Verfügung werden insoweit berücksichtigt, als zur Vermeidung

⁴⁵ Darauf stützen sich RGZ 149,19,22; Soergel-Zeiss, § 398, Rn.7; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.11; Serick IV, S.271; Thannhausen, S.114; Dieckmann, JuS 1961,219,220; Flume, NJW 1959,913,916; Enneccerus-Lehmann, § 78 III 3; Wunschel, NJW 1959,653,654; Lamsdorff, Handbuch, Rn.302; Lopau, DB 1973,1537, betrachtet die Vorschrift als ausdrückliche und direkte Anordnung der Zulässigkeit. Kritisch dazu Rimmelpacher, Rn.408; Erman-Westermann, § 398, Rn.11; Schwerdtner, NJW 1974,1788; Hübner/Goerke, JA 1984,265,266; Berghaus, S.50 f.

⁴⁶ Picker, JuS 1988,375,376; Serick IV, S.272; Erman-Westermann, § 398, Rn.11 a.E.; Jork, JuS 1994,1019,1020; mit ausführlicher Begründung auch Berghaus, S.58 ff. Zu anderen Begründungen sei auf die ausführlichen Darstellungen bei Serick IV, S.270 ff., und Berghaus, S.44 ff., verwiesen.

⁴⁷ Sehr kritisch Schwerdtner, NJW 1974,1785,1787; v.Caemmerer, JZ 1953,97,98 (insbesondere hinsichtlich der dogmatischen Begründung mit dem argumentum a fortiori aus § 185 II); auch Westermann, Interessenskollisionen, S.18 ff.; Fischer, NJW 1959,366; ders., Diss., S.22 ff. Ähnlich MüKo-Roth, § 398, Rn.83,112; Erman-Westermann, § 398, Rn.11; Esser, ZHR 135,320,327,330; Meyer/Cording, NJW 1979,2126,2129 f.; Hübner/Goerke, JA 1984,265,266 f.; Fischer, NJW 1959,366 f.

einer Gefährdung der Rechtssicherheit allgemein zumindest die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit⁴⁸ der abgetretenen zukünftigen Forderung zum Zeitpunkt ihres Entstehens verlangt wird.⁴⁹ Dieser sogenannte Bestimmtheitsgrundsatz, der für jede Verfügung gilt, erfordert, daß die abzutretende Forderung nach Rechtsgrund, Gegenstand, Höhe und Schuldner zumindest individualisierbar ist.

Das bedeutet, daß die abgetretene Forderung erst dann individualisiert sein muß, wenn die Sicherungszession durch die Entstehung der Forderung wirksam wird.⁵⁰ Möglich ist also beispielsweise die Abtretung der "Forderung aus dem künftigen Verkauf dieser Sache"⁵¹, obwohl die Bestimmtheit nach Höhe und Person des Schuldners (Käufers) erst mit Abschluß des Kaufvertrages eintritt. "Die künftige Forderung muß also in den Vertragserklärungen nach Gegenstand und Umfang so präzise bezeichnet sein, daß sie sich im Moment ihrer Entstehung nach Gläubiger, Schuldner und Gegenstand sicher ermitteln läßt".⁵²

⁴⁸ Die Rechtsprechung differenziert zwischen diesen beiden Begriffen nicht: BGHZ 7,365,368 f.; 20,127,131; 53,60,63; BGH WM 1965,562.

⁴⁹ RGZ 98,200,202; BGHZ 7,365,367; ausführlich zu den Bedingungen zulässiger Vorauszessionen Rimmelspacher, Rn.410 ff.; MüKo-Roth, § 398, Rn.77; Lamsdorff, Handbuch, Rn.304 ff. Kritisch Schwerdtner, NJW 1974,1785 ff.

⁵⁰ So die h.M.: BGHZ 26,185,188 f.; 53,60,63; 70,86,89; BGH WM 1982,482,483; NJW 1965,2197; 1968,1516,1518 f.; 1989,1282,1283; 1990,1113,1114; RGRK-Weber, § 398, Rn.69; Erman-Westermann, § 398, Rn.11; Soergel-Zeiss, § 398, Rn.8; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.11; Medicus, Rn.523; Esser/Schmidt, § 37 I 2 a; Larenz, SchR I, § 34 III; Flume, NJW 1950,841,845 ff.; Westphalen, DB 1985,425; Rimmelspacher, Rn.413 f.; Picker, JuS 1988,375,376; Pottschmidt/Rohr, Rn.643 f.; Gerhardt, JZ 1986,736,737; Serick IV, S.275,279,286 ff.; Berghaus, S.140; Lüke, JuS 1995,90,94. Schwerdtner, NJW 1974,1785,1788; Fischer, NJW 1959,368,369; Mückenberger, NJW 1958,1755 f., verlangen die Bestimmtheit bereits bei Abschluß der Zessionsvereinbarung. Ähnlich MüKo-Roth, § 398, Rn.83; Hübner/Goerke, JA 1984,265,266 f.

⁵¹ So beim verlängerten Eigentumsvorbehalt.

⁵² So Hiemsch, S. 14.

Gerade bei der Globalzession gewinnt das Bestimmtheitserfordernis besondere Bedeutung, da insbesondere die Sicherung langfristiger Kredite die Abtretbarkeit künftiger Forderungen voraussetzt. Eine umfangreiche Zession, wie die Globalzession, hat kaum Schwierigkeiten hinsichtlich der hinreichenden Bestimmtheit, da sie in der Regel alle Forderungen umfassen soll.⁵³ Dies stellt einen weiteren Grund für die Bevorzugung der Globalzession dar. Im Gegensatz zu antezipierten Teilzessionen⁵⁴ bestehen bei der Globalzession in aller Regel keine Probleme hinsichtlich der Bestimmbarkeit, denn es besteht kein Zweifel darüber, welche Forderungen von der Zession erfasst sein sollen. Eine weite Fassung der Zession läuft daher - im Gegensatz zu Teilabtretungen⁵⁵ - kaum Gefahr, mangels Bestimmbarkeit unwirksam zu sein.⁵⁶

Da beim verlängerten Eigentumsvorbehalt die Weiterverkaufsforderung im voraus zediert wird, muß auch diese bestimmbar sein. Hier gelten dieselben Grundsätze wie bei der Globalzession. Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt werden in aller Regel ebenfalls keine Schwierigkeiten bei der Bestimmbarkeit der im voraus zedierten Forderung auftreten, da eindeutig ist, daß die Forderung aus dem Weiterverkauf oder der Verarbeitung der Ware die abgetretene Forderung ist. Anders als bei der Globalzession wird hier lediglich eine (konkrete) Forderung, im Gegensatz zu einer Gesamtheit von Forderungen, abgetre-

⁵³ Vgl. Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.14; MüKo-Roth, § 398, Rn.124; Rimmelspacher, Rn.419.

⁵⁴ Zu Problemen bei der Teilzession vgl.: BGHZ 71,75 ff.; 98,303,313; Erman-Westermann, § 398, Rn.10 ff; RGRK-Weber, § 398, Rn.68; Pottschmidt/Rohr, Rn.648; Gerhard, JZ 1986,736,737.

⁵⁵ Dazu sogleich.

⁵⁶ MüKo-Roth, § 398, Rn.124; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.14. Allerdings besteht die Gefahr der übersicherung. Dazu sogleich.

ten, die durch das Vorbehaltsgut selbst bezeichnet wird.⁵⁷

Sofern lediglich Teile einer Forderung abgetreten werden⁵⁸, besteht die Gefahr der Unwirksamkeit der Zession insofern, als auch der Abtretungsumfang genau bezeichnet sein muß.⁵⁹ Eine Abtretung von Teilen der Forderung des Zedenten wird der Zessionar insbesondere vereinbaren, um eine Übersicherung⁶⁰ zu vermeiden. Dabei muß das Erfordernis der Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung, wozu insbesondere die Bestimmbarkeit des abgetretenen Teiles gehört, sorgfältig beachtet werden.⁶¹ Die Rechtsprechung versucht, die Schwierigkeiten durch eine am Zweck und an der Interessenlage orientierte Auslegung zu mindern.⁶² Fehlt es an genügenden Anhaltspunkten für die Festlegung des Teilbetrages oder sind die Möglichkeiten der Begrenzung der Abtretung zu unbestimmt, so scheidet die Abtretung an der Unbestimmbarkeit.⁶³ Als ausreichend sind bei

⁵⁷ Serick IV, S.279 f., 346 ff.; ders., BB 1960,141,142 f., unterscheidet danach, daß die Globalzession an einen Personenkreis und der verlängerte Eigentumsvorbehalt an eine Sache anknüpft.

⁵⁸ BGHZ 79,16,18 ff.; 26,178,181 ff.; BGH NJW 1983,1902,1903; Pottschmidt/Rohr, Rn.156,646 ff.; Westphalen, DB 1985,425; ders., ZIP 1980,726,728; Lamsdorff, ZIP 1986,1524,1525; Gerhardt, JZ 1986,736,737; Serick IV, S.297 ff.

⁵⁹ BGHZ 71,75,78 f. = NJW 1978,1050; BGH WM 1979,848. Aus diesem Grunde ist eine Globalabtretung in aller Regel bestimmter als eine Teilabtretung, kann jedoch wegen Übersicherung gegen § 138 verstoßen; vgl. dazu Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.14; Lüke, JuS 1995,90,94.

⁶⁰ Dazu sogleich unten. Vgl. auch BGHZ 26,178,182 f. = NJW 1958,417,418: Der BGH bejahte auf der Grundlage des vermutlichen Parteiwillens das Vorliegen einer Teilzession, da andernfalls eine Übersicherung vorliege.

⁶¹ Die soeben angegebene Entscheidung BGHZ 26,178,182 f. nahm zwar aufgrund des Parteiwillens eine Teilzession an, erachtete diese allerdings wegen der Unklarheit über den Umfang der Abtretung letztlich für unwirksam.

⁶² Siehe dazu Lwowski, Rn.973. Einzelfälle aus der Rechtsprechung bei Serick IV, S.293 ff.

⁶³ BGHZ 26,178,182 f.; BGH NJW 1981,816,817. Ausführlich zur Abgrenzung zwischen der Nichtigkeit wegen Übersicherung und derjenigen mangels Bestimmtheit, Lamsdorff, Handbuch, Rn.344 ff.

Abtretungen im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts beispielsweise folgende Formulierungen angesehen worden: "in Höhe des Wertes der jeweils verkauften Vorbehaltsware"⁶⁴, "entsprechend dem Wert unserer Lieferung"⁶⁵ ferner "bis zur Höhe unserer Kaufpreisansprüche".⁶⁶

V. Sittenwidrigkeit bzw. unangemessene Benachteiligung

1. Allgemeines

Die weite Fassung einer Globalzession hat - wie dargestellt⁶⁷ - im Gegensatz zur Teilzession in der Regel keine Schwierigkeiten mit dem Bestimmtheitsgrundsatz. Sie kann aber wegen sittenwidriger Knebelung nach § 138 I⁶⁸ oder unangemessener Benachteiligung nach § 9 I AGB-Gesetz⁶⁹ unwirksam sein, wenn keine Vorkehrungen zur Vermeidung einer unangemessenen Übersicherung getroffen werden.⁷⁰ Nach der Rechtsprechung ist dies beispielsweise dann gegeben, wenn der Zedent durch eine unangemessene Übersicherung in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit,

⁶⁴ BGH NJW 1964,149 f.

⁶⁵ BGH NJW 1968,1516,1518 f. wobei aufgrund der Wiederverkaufsmarge der zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer vereinbarte Kaufpreis unter dem Wert der Vorbehaltsware verstanden wird.

⁶⁶ BGH WM 1963,1248 f.; 1971,71,73. Da die Rechtsprechung nicht immer mit der Unklarheitenregel des § 5 AGBG zu vereinbaren ist, empfiehlt v. Westphalen, ZIP 1980,726,728; DB 1985,425,427, ausdrücklich auf den Rechnungswert abzustellen.

⁶⁷ S.o. unter IV 2.

⁶⁸ Vgl. BGHZ 26,185,190 = NJW 1958,457; BGHZ 83,313,316 = NJW 1982,1692.

⁶⁹ Vgl. BGHZ 94,105,112 = NJW 1985,1836 = WM 1985,605; BGHZ 98,303,316 = NJW 1987,487 = WM 1986,545.

⁷⁰ Zur Sittenwidrigkeit wegen Gläubigerbenachteiligung infolge einer Kollision mit verlängertem Eigentumsvorbehalt siehe unten 1. Kapitel, VI.

z.B. gegenüber anderen Kreditinstituten und Lieferanten, übermäßig eingeschränkt wird.⁷¹

Eine solche Einschränkung liege insbesondere vor, wenn der Wert der Sicherheit den Betrag der zu sichernden Forderung weit übersteigt und deshalb zwischen Sicherheit und Forderung kein ausgewogenes, die beiderseitigen berechtigten Interessen berücksichtigendes Verhältnis mehr besteht.⁷² Dieser Grundsatz gilt auch beim verlängerten Eigentumsvorbehalt.

Nachdem 1977 das AGB-Gesetz in Kraft getreten ist, ist die Wirksamkeit von in Formularverträgen abgeschlossenen Kreditsicherungsvereinbarungen primär anhand der - im Vergleich zu § 138 - strengeren Voraussetzungen des § 9 I AGB-Gesetz zu prüfen.⁷³ Nach dieser Vorschrift, die sich an den Geboten von Treu und Glauben orientiert, ist eine Übersicherung regelmäßig eher gegeben als nach § 138, der die Nichtigkeitsfolge an die Sittenwidrigkeit der Übersicherung knüpft. Die Rechtsprechung stellt bei Überprüfung einer Übersicherung nach § 9 AGB-Gesetz maßgeblich darauf ab, ob durch geeignete Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen eine unangemessene Übersicherung generell, d.h. unabhängig von einer Übersicherung im konkreten Einzelfall, ausgeschlossen sei. Im Gegensatz zur früher geltenden Rechtsprechung⁷⁴ wurde eine geltungserhaltende Reduktion unwirksamer Vertragsbedingungen seit Geltung des AGB-Gesetzes von

⁷¹ BGH NJW 1991, 2768, 2769. Vgl. auch Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.14; MüKo-Roth, § 398, Rn.126; MüKo-Mayer-Maly, § 138, Rn.64 ff. m.N.

⁷² BGH NJW 1991, 2768, 2769. Siehe auch Weber, S.288 f.; ders., JZ 1990,493.

⁷³ Zum Verhältnis beider Normen zueinander: BGHZ 94,105,112 = NJW 1985,1836 = WM 1985,605; BGH WM 1993,139,140 f. = NJW 1993,533.

⁷⁴ BGH NJW 1960,1712,1714.

der ständigen Rechtsprechung - jedenfalls bis vor kurzem - nicht anerkannt.⁷⁵

Der BGH hat mit seinem Urteil vom 29.11.1989⁷⁶ die Anforderungen an die Wirksamkeit formularmäßiger Kreditsicherungsverträge erheblich verschärft.⁷⁷ Bis zu diesem Urteil konnte die Rechtsprechung in diesem Bereich noch als rechtssicher und überschaubar bezeichnet werden.⁷⁸ Mit dieser Entscheidung des BGH wurde eine "wahre Flut instanzgerichtlicher Rechtsprechung"⁷⁹ ausgelöst, die es gerade im Hinblick auf die hier zu untersuchende Konkurrenz von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt darzustellen gilt. Dies ist deshalb von Bedeutung, da eine Konkurrenz per se bereits dort nicht vorliegen kann, wo eine der beiden Sicherungen etwa wegen Übersicherung nichtig ist.

Es wird hier darauf verzichtet, Übersicherungen nach § 138 I zu untersuchen, da Globalzessionen und verlängerte Eigentumsvorbehalte heute nahezu ausschließlich in Formularverträgen vereinbart werden und daher vornehmlich anhand des § 9 I AGB-Gesetz zu überprüfen sind.⁸⁰

2. Unwirksamkeit von Globalzessionen

⁷⁵ Vgl. BGHZ 94,105,112 = NJW 1985,1836; BGHZ 98,303,308 ff. = NJW 1987,487.

⁷⁶ BGHZ 109,240 = NJW 1990,716 (zur Globalzession).

⁷⁷ Vgl. dazu Weber, WM 1994,1549,1550 ff.

⁷⁸ Vgl. Neuhof, NJW 1993,2840; zur früheren Rechtsprechung siehe sogleich.

⁷⁹ So Neuhof, NJW 1994,841.

⁸⁰ Der BGH hält diese Unterscheidung nicht strikt durch: vgl. beispielsweise die auf § 138 gestützten Entscheidungen des VII. Zivilsenats in WM 1990,1326,1327 = NJW-RR 1990,1459; WM 1991,276 = NJW-RR 1991,625, sowie die auf § 9 AGBG gestützten Entscheidungen des IX. Zivilsenats in NJW 1991,2144 = ZIP 1991,807,811 (für Globalzession); BGHZ 117,374,377 ff. = NJW 1992,1626; NJW 1995,2348 = ZIP 1995,1078,1079 (für Sicherungsübereignung).

In seinen Urteilen zur Inhaltskontrolle von Kreditsicherungsverträgen nach § 9 I AGB-Gesetz aus den 80-er Jahren erkannte der BGH Vertragsbedingungen als wirksam an, wenn der Zessionar zur Freigabe⁸¹ verpflichtet ist, sobald der realisierbare Wert der Sicherheiten die gesicherten Forderungen um 20 % bzw. der Nennbetrag der sicherungshalber abgetretenen Forderungen die Kreditsumme um 50 % überstieg.⁸² Diese unterschiedliche Grenzziehung rechtfertigte der BGH damit, daß der Nennbetrag einer zur Sicherheit abgetretenen Forderung regelmäßig höher sei als ihr realisierbarer Wert. Der BGH ließ aber offen, wie diese Freigabeverpflichtung im einzelnen ausgestaltet sein muß, damit die Wirksamkeit des Sicherungsvertrages nicht an einer unangemessenen Übersicherung scheitert.⁸³

Erst in seiner Grundsatzentscheidung vom 29.11.1989⁸⁴ legte der BGH detailliert fest, wie die Freigabemodalitäten im einzelnen auszusehen haben. Danach sind Freigabeklauseln nur dann geeignet, eine unangemessene Übersicherung bei formularmäßiger Globalzession zur Sicherung al-

⁸¹ Anders als im Fall der Gläubigergefährdung läßt der BGH hier eine schuldrechtliche Freigabeklausel ausreichen.

⁸² BGHZ 94,105,114 f. = NJW 1985,1836; BGHZ 98,303,316 ff. = NJW 1987,487.

⁸³ Selbst bei Fehlen einer Freigabeklausel nahm BGH WM 1960,855 = NJW 1960,1712; WM 1965,84,85; WM 1966,13,15 eine Sittenwidrigkeit der Globalzession aufgrund verlängerten Eigentumvorbehalts gemäß § 138 nicht an. Er leitete den Freigabeanspruch bei einem "groben Mißverhältnis" zwischen der Höhe der Sicherheiten und der Restschuld des Sicherungsgebers zu dessen Gunsten aus § 242 her. Nach Inkrafttreten des AGBG gab er diese Ansicht aber wieder auf: BGHZ 98,303,311 = WM 1986,1545. Mittlerweile findet der BGH den Freigabeanspruch in vereinzelt Entscheidungen - insbesondere zur Sicherungsübereignung - durch ergänzende Vertragsauslegung in der Sicherungsabrede und spricht von einem "gesetzlichen" Freigabeanspruch (BGH WM 1994,414,419 = NJW 1994,861,862). Dazu sogleich.

⁸⁴ BGHZ 109,240 = NJW 1990,716 = WM 1990,51. Weber, WM 1994,1549,1550, spricht von einem "schwerwiegenden Eingriff in das Recht der Globalzession".

ler bestehender und künftiger Ansprüche aus der Geschäftsverbindung zwischen kreditgewährender Bank und ihren Kunden zu verhindern, wenn sie durch eine zahlenmäßig bestimmte Deckungsgrenze konkretisiert werden und die eindeutige und unbedingte Verpflichtung des Sicherungsnehmers enthalten, die überschießende Deckung freizugeben. Auf diese Weise werde dem Sicherungsgeber nach Auffassung des BGH die Durchsetzung seines Freigabeanspruchs erleichtert, denn ihm drohe kein zeit- und kostenaufwendiger Streit mehr darüber, wie die Sicherheiten zu bewerten sind, und welche angemessene Übersicherung der Sicherungsnehmer beanspruchen kann.⁸⁵

In dem zugrunde liegenden Fall hatte die Bank ohne objektive Deckungsgrenze vereinbart, die Sicherungsgegenstände nach billigem Ermessen freizugeben.⁸⁶ Dies sei nach Auffassung des BGH zur Vermeidung einer Übersicherung nicht ausreichend.⁸⁷

In seiner Entscheidung vom 19.6.1991⁸⁸ erachtete der BGH eine zahlenmäßig bestimmte, feste Deckungsgrenze nicht mehr als ausreichend, sondern stellte an die Freigabeverpflichtung höhere Anforderungen als die in der soeben dargestellten Grundsatzentscheidung vom 29.11.1989. Danach sei eine flexible Deckungsgrenze erforderlich, die in einem objektiv bestimmbareren Verhältnis zur Höhe der zu sichernden Forderung steht.⁸⁹ Der Zedent genieße nach den Geboten von Treu

⁸⁵ BGHZ 109,240,246.

⁸⁶ So noch Nr.19 VI 2 AGB-Banken in der bis zum 31.12.1992 geltenden Fassung, welche damit nicht mehr den Anforderungen genügt.

⁸⁷ Vgl. auch BGH NJW-RR 1990,1459; OLG Hamm ZIP 1993,1017.

⁸⁸ BGH NJW 1991,2768 = WM 1991,1499 = ZIP 1991,997 = LM § 9 (Bl) AGBG Nr.34 m. Anm. Schmidt-Lademann = EWiR 1991,867 m. Anm. Weber.

⁸⁹ Ebenso OLG Düsseldorf, OLG-Report Düsseldorf 1993,26; LG Mönchengladbach ZIP 1993,694,695.

und Glauben nämlich auch gegen eine Übersicherung Schutz, die durch eine nicht nur vorübergehende Abnahme der zu sichernden Forderung infolge einer Rückführung des Kredits eintrete. Die Deckungsgrenze müsse sich der jeweils aktuellen Kreditsumme also von selbst anpassen.⁹⁰

Der BGH hat es deshalb nicht genügen lassen, daß ein Mindestbetrag der abgetretenen Forderungen festgesetzt wurde, bei dessen ununterbrochener Überschreitung während der Dauer von drei Monaten der Sicherungsnehmer Forderungen freigeben kann.⁹¹ Ein fester Mindest-Deckungsbetrag genügt danach also nicht.

An der unzweideutigen Freigabeverpflichtung - sei es nun mit fester oder flexibler Deckungsgrenze - mit der Folge der Totalnichtigkeit des Sicherungsrechtes bei deren Fehlen hielt der BGH zunächst weiterhin fest.⁹² Danach sind Klauseln wie z.B. "ist bereit" oder "wird freigeben"⁹³ nicht ausreichend, denn dadurch werde nach Auffassung des BGH lediglich ausgedrückt, daß die Freigabe im alleinigen Ermessen des Sicherungsnehmers stehe, ohne ihn unbedingt zur Freigabe zu verpflichten. Einen direkten Freigabeanspruch erwerbe der Sicherungsgeber damit nicht. Selbst eine vereinbarte "Verpflichtung"

⁹⁰ Neuhof, NJW 1993,2840,2841. Weber, EWiR 1991,227,228; ders., WM 1994,1549,1551, m.w.N. in Fußnote 25, sowie Göbel, S.154, gehen bereits von einer ständigen Rechtsprechung aus.

⁹¹ Damit genügte auch Nr. 21 IV 2 AGB-Sparkassen in der bis zum 31.12.1992 geltenden Fassung nicht mehr den Anforderungen, weil sie die Freigabeverpflichtung des Sicherungsnehmers in dessen Ermessen stellte.

⁹² BGH WM 1991,276; WM 1991,1499,1500 = NJW 1991,2768; WM 1991,1273,1278 = NJW 1991,2144; BGHZ 117,374,377 ff. = NJW 1992,1626; BGHZ 124,371,374 ff. = NJW 1994,861; BGHZ 124,380,385 ff. = NJW 1994,864; BGHZ 125,83,87 = NJW 1994,1154; BGH WM 1993,213,216 = NJW-RR 1993,307; WM 1994,104,105 = NJW 1994,445; WM 1994,1161,1162 = NJW 1994,1796; WM 1995,1394 = NJW 1995,2348; WM 1995,2173,2174 f. = NJW 1996,253.

⁹³ A.A. OLG Hamm WM 1992,1731 f. = WuB I F 4.-1.93 m.Anm. Sonnenhol/Wittig; Weber, WM 1994,1549,1551.

zur Freigabe sei nicht ausreichend, falls diese Verpflichtung unter dem Vorbehalt "des positiven Ergebnisses einer Einzelprüfung der Kreditwürdigkeit" steht.⁹⁴ Denn da vertraglich nicht geregelt sei, wann ein "positives Ergebnis" vorliegt, stehe die Freigabe wiederum im alleinigen Ermessen des Sicherungsnehmers.⁹⁵

Das OLG Karlsruhe sah in einem Urteil vom 23.10.1992⁹⁶ mit selbiger Begründung eine vorformulierte Klausel, wonach der für eine Freigabe maßgebende Sicherungswert (der sicherungshalber abgetretenen Forderung) "nach banküblichen Bewertungsgrundsätzen" ermittelt werden sollte, als unwirksam an. Für dessen Berechnung sei nämlich eine klare und objektive Bezugsgröße, z.B. durch Vereinbarung bestimmter prozentualer Pauschalwertberichtigungen für verschiedene Kategorien von Forderungen, erforderlich.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der betragsmäßig festgelegten Deckungsobergrenze macht der BGH, wenn der Sicherungsnehmer sich unbedingt dazu verpflichtet hat, auf Verlangen des Zedenten Sicherungen zurückzuübertragen, wenn diese den Wert der zu sichernden Forderungen übersteigen, denn damit sei bereits eine eindeutige Grenze festgelegt.⁹⁷

3. Unwirksamkeit von Eigentumsvorbehalten mit Vorausabtretungsklauseln

Bei formularmäßiger Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts verfährt die Recht-

⁹⁴ BGH WM 1994,585,587 = NJW 1994,1154.

⁹⁵ BGH WM 1994,585,587.

⁹⁶ NJW-RR 1993,1202 = WM 1993,942.

⁹⁷ BGH NJW-RR 1993,307,309; ebenso bereits OLG Hamm WM 1992,1731 f.

sprechung nach ähnlichen Grundsätzen wie bei der Globalzession.

Früher verneinte der BGH eine nach § 138 zur Nichtigkeit führende Übersicherung, wenn sich der Verkäufer zur Freigabe der abgetretenen Forderungen verpflichtete, soweit die ihm gewährten Sicherheiten seine Forderungen um 25 % überstiegen und dem Käufer die Einziehung der abgetretenen Forderungen im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr gestattet war.⁹⁸ Bei einer Überprüfung der Gültigkeit eines erweiterten und verlängerten Eigentumsvorbehalts nach § 9 I AGB-Gesetz erkannte der BGH ebenso wie bei der Globalzession eine Übersicherung um 20 % als zulässig an.⁹⁹ Ob eine darüber hinaus gehende Übersicherung noch wirksam gewesen wäre, ließ der BGH jedoch offen.

In seinem Urteil vom 2.12.1992¹⁰⁰ verlangte der BGH, wie schon zuvor bei der Globalzession, auch beim formularmäßig vereinbarten erweiterten und verlängerten Eigentumsvorbehalt eine flexible Deckungsgrenze. Dem Käufer müsse das Recht eingeräumt werden, Freigabe der Sicherheiten zu verlangen, wenn ihr realisierbarer Wert 20 % der zu sichernden Forderungen übersteigt.¹⁰¹

⁹⁸ Vgl. BGHZ 26,185,190 ff. = NJW 1985,457.

⁹⁹ BGHZ 94,105,115 = NJW 1985,1836; NJW-RR 1990,1525,1527.

¹⁰⁰ BGHZ 120,300 = NJW 1993,533 = WM 1993,139.

¹⁰¹ Vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1993,1072, wonach eine Klausel, die dem Vorbehaltskäufer die Freigabe der bestellten Sicherheiten bei Erreichen einer Deckungsgrenze von 130 %, bezogen auf den Wert des Sicherungsgutes, zu verlangen ermöglicht, nicht zu beanstanden sei. Mangels gegenteiliger konkreter Bezeichnung sei mit dem "Wert der Sicherungen" der Nominalwert gemeint. Darin liege ein Unterschied zu dem vom BGH am 2.12.1992 entschiedenen Fall, wo es um den "realisierbaren Wert" gegangen sei.

Auch nach Auffassung des OLG Koblenz¹⁰² ist die Vereinbarung einer flexiblen Deckungsgrenze erforderlich, die in einem objektiv bestimmbar Verhältnis zur Höhe der zu sichernden Forderung stehen müsse. Die bloße Begrenzung der Zession auf "die Höhe des Stoffwertes" der gelieferten Waren erkannte das OLG nicht an.

Eine unverhältnismäßige Übersicherung kann nach Auffassung des BGH¹⁰³ bei einem sogenannten Kontokorrentvorbehalt auch dann vorliegen, wenn der Eigentumsübergang an der Vorbehaltsware trotz vollständiger Bezahlung durch eine vergleichsweise geringfügige offene Forderung aus einer anderweitigen Geschäftsbeziehung verhindert werde. Werde die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit derart eingeschränkt, könne eine Übersicherung nur dann vermieden werden, wenn die vereinbarte Freigabeklausel eine zahlenmäßig bestimmte Deckungsgrenze und die Verpflichtung zur Freigabe der überschießenden Deckung enthalte. Die Freigabeklausel müsse ferner eine Bezugsgröße für die Berechnung des Warenwertes enthalten, die es unschwer ermöglicht festzustellen, ob die Deckungsgrenze überschritten ist.

4. Aussichten und der Spruch des Großen Senats für Zivilsachen

Bereits zwei Entscheidungen des BGH zur Wirksamkeit von Freigabeklauseln bei formularmäßiger Sicherungsübereignung¹⁰⁴ ließen Zweifel daran aufkommen, daß er zukünftig an dem Erforder-

¹⁰² WM 1993,1844 = ZIP 1993,1016.

¹⁰³ BGHZ 125,83,88 = BGH WM 1994,585 = NJW 1994,1154; dazu Serick, JZ 1994,714; A.Weber, WuB I F 6.-4.94.

¹⁰⁴ BGHZ 117,374 ff. = NJW 1992,1626 = WM 1992,813 ; BGHZ 124,371,376 = BGH NJW 1994,861. Ausführlich dazu Neuhof, NJW 1994,841; Weber, WM 1994,1549.

nis einer flexiblen Deckungsgrenze festhalten werde, denn der BGH ließ dort feste Deckungsgrenzen genügen. Denn im Gegensatz zur Übersicherung wegen Zunahme der Sicherheiten sei eine Übersicherung infolge Verringerung der gesicherten Forderung nichts Anstößiges, sondern ein Ereignis, mit dessen Eintritt jeder Sicherungsgeber rechnen muß und auch rechnet. Es genüge deshalb die Vereinbarung einer zahlenmäßig bestimmten festen Deckungsgrenze zur Vermeidung einer unangemessenen Übersicherung wegen unüberschaubarer bzw. unkontrollierbarer Zunahme der Sicherheiten. Dagegen müssen keinerlei Vorkehrungen gegen eine Übersicherung getroffen werden, die auf eine Abtragung der gesicherten Forderung zurückzuführen sind.

Bereits diese Urteile zeigten auf, daß die zuletzt bei Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt für notwendig erklärte Vereinbarung einer flexiblen Deckungsgrenze nicht unbedingt notwendig zu sein schien, insbesondere weil diese Problematik von den verschiedenen Zivilsenaten des BGH unterschiedlich beantwortet wurde.

Aber bereits das Erfordernis der festen Deckungsgrenze hat im Schrifttum viel Kritik erfahren.¹⁰⁵ Ausschlaggebend war für den BGH insbesondere, daß durch die Festlegung einer konkreten Deckungsgrenze ein zeit- und kostenaufwendiger Streit über die Frage vermieden werde, welche angemessene Übersicherung der Gläubiger beanspruchen könne.¹⁰⁶ Dem ist aber entgegen zu halten, daß der Sicherungsgeber selbst bei Vereinbarung einer festen Deckungsgrenze mögli-

¹⁰⁵ Nur eine Mindermeinung in der Literatur hat der BGH-Rechtsprechung zugestimmt. Vgl. Tiedtke, EWiR 1996,339,340; Göbel, S.159 ff.; Ganter, ZIP 1994,257,259 ff.

¹⁰⁶ BGHZ 109,240,246.

cherweise einen zeit- und kostenaufwendigen Prozeß über die Frage führen muß, ob die vereinbarte Übersicherung unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls noch als "angemessen" anzusehen ist, und wie die Sicherheiten zu bewerten sind.¹⁰⁷

Ferner ist eine eindeutige und unbedingte Verpflichtung des Sicherungsnehmers zur Freigabe für den Sicherungsgeber nutzlos, wenn der Sicherungsnehmer dem Freigabeverlangen des Sicherungsgebers nicht freiwillig und alsbald nachkommt. In diesem Fall muß der Sicherungsgeber zur Durchsetzung seiner Rechte letztlich gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen. Dann aber vermag die Rechtsprechung des BGH dem Sicherungsgeber eine sofortige Durchsetzung seines Freigabeanspruchs nicht zu verschaffen.

Außerdem kann der BGH das beabsichtigte Ziel, nämlich dem Sicherungsgeber seine "wirtschaftliche Bewegungsfreiheit" wiederzugeben, nicht erreichen, denn ob die vereinbarten Sicherungsklauseln wirksam sind, wird regelmäßig erst im Sicherungsfall überprüft, also bei Konkurs oder Zwangsvollstreckung des Sicherungsgebers. Die Feststellung der Nichtigkeit der Sicherungsklauseln kann dem Sicherungsgeber zu diesem Zeitpunkt seine "wirtschaftliche Bewegungsfreiheit" nicht wiedergeben. Von der Nichtigkeit profitieren daher allenfalls noch die Massegläubiger, freilich zu Lasten des Sicherungsnehmers. So wurden die vom BGH entschiedenen Prozesse auch überwiegend vom Konkursver-

¹⁰⁷ Daß solche Prozesse durch die Rechtsprechung des BGH nicht ausgeschlossen werden, zeigen die im Anschluß hierzu ergangenen Entscheidungen: BGH WM 1991,1273 = NJW 1991,2144; BGHZ 120,300 = WM 1993,139.

walter oder Gläubigern des Sicherungsgebers geführt.¹⁰⁸

Die geäußerte Kritik haben einige Zivilsenate des BGH zum Anlaß genommen, ihre bisherige Auffassung hinsichtlich der Anforderungen an nichtakzessorische Kreditsicherheiten zu ändern. Wegen der unterschiedlichen Auffassungen der BGH-Senate ist zwischenzeitlich der Große Senat für Zivilsachen um Klärung angerufen worden, ein wünschenswerter Vorlagebeschluß, der möglicherweise zur Klärung eines jahrzentelangen Streits führen könnte.

Begonnen hat diese jüngste Entwicklung mit den bereits zitierten Entscheidungen des XI. Zivilsenats¹⁰⁹, in denen dieser bereits andeutete, daß er der bisherigen Rechtsprechung nicht zu folgen vermag. Diese Entwicklung mündete im Jahre 1996 in zwei Anfragebeschlüssen¹¹⁰, woraufhin der VIII. und IX. Zivilsenat mitteilten, daß auch sie nicht an ihrer Rechtsauffassung festhielten, daß eine formularvertragliche Globalabtretung ohne ausdrückliche und ermessens-

¹⁰⁸ Ähnlich kritisch schon BGH NJW 1994,1798,1799 = WM 1994,1283,1284 = BB 1994,1241; BGHZ 128,295,298 = NJW 1995,1085 = WM 1995,375,376 = LM H. 7/1995 § 6 AGBG Nr.18 m. Anm. Schmidt-Lademann mit Bedenken gegen das Erfordernis einer zahlenmäßig bestimmten Deckungsgrenze, ohne allerdings abschließend Stellung zu nehmen. Vgl. auch OLG Hamm WM 1994,1840,1841 f. = NJW 1994,2623; WM 1995,129,132 = ZIP 1995,50,53. Umfassend zur Kritik an der Rechtsprechung: Weber, WM 1994,1549,1553 ff.; ders., JZ 1990,493,494; Neuhoft, NJW 1993,2840,2842 ff.; ders., NJW 1994,1763,1765 ff.; ders., NJW 1995,937,939; ders., NJW 1995,1068,1070; Rellermayer, WM 1994,1009 ff.; ders., WM 1994,1053 ff.; Früh, DB 1994,1860,1861 ff.; Serick, ZIP 1995,789,792 ff.; ders., BB 1995,2013,2017 ff.; ders., WM 1995,2017,2021 ff.; Wolf, EWiR 1990,215; Ulmer/Brandner/Hensen, Anhg. §§ 9-11, Rn.658; Wolf/Ungeheuer, JZ 1995,176,184 f.; Rehbein, JR 1991,325,326; Nobbe, ZIP 1996,657,661 ff.; Pfeiffer, WM 1995,1565,1568 ff.; Richrath, S.133 ff.

¹⁰⁹ BGH WM 1994,1283,1284 = NJW 1994,1798; BGHZ 128,295,298 = NJW 1995,1085.

¹¹⁰ BGH WM 1996,476,478 ff. = NJW 1996,1213 (vom 23.01.1996); WM 1996,902,903 ff. = NJW 1996,2952 (vom 16.04.1996).

unabhängig ausgestaltete Regelung der Verpflichtung des Sicherungsnehmers zur Freigabe überschießender Deckung insgesamt unwirksam sei. Der XI. Zivilsenat sah sich daher nicht daran gehindert, die seit dem Urteil vom 29.11.1989 ständige Rechtsprechung ausdrücklich aufzugeben. Er entschied, daß eine formularmäßige Globalabtretung auch ohne ausdrückliche und ermessensunabhängig ausgestaltete Freigaberegulation wirksam sei, der Sicherungsnehmer also nach freiem Ermessen (gemäß § 315)¹¹¹ über die Frage der Übersicherung, d.h. der Bewertung der Sicherheiten, und damit der Freigabe entscheiden könne, wenn der Sicherungsgeber mit einem konkreten Freigabeverlangen hervortritt.¹¹²

Zur Begründung wurde ausgeführt, daß eine Freigabepflicht des Sicherungsnehmers in Sicherungsabreden über nichtakzessorische, fiduziarische Sicherheiten immanent enthalten sei, denn jeder Vertrag über die Bestellung einer derartigen Sicherheit begründe auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ein Treuhandverhältnis. Aus der Treuhandnatur des Sicherungsvertrags folge auch ohne ausdrückliche Regelung die Pflicht des Sicherungsnehmers, die Sicherheit zurückzugewähren, wenn und soweit sie endgültig nicht mehr benötigt werde. Eine vertragliche Regelung hätte insofern nur deklaratorische Wirkung.¹¹³ Diese Begründung entspricht also ungefähr der bereits in den sechziger Jahren geäußerten Auffassung des BGH, daß eine Freigabepflicht aus § 242 folge.¹¹⁴

¹¹¹ Insofern änderte der XI. Senat seine noch im Anfragebeschuß vom 23.01.1996, WM 1996,476,478 = NJW 1996,1213, vertretene Auffassung.

¹¹² BGH NJW 1996,2092,2093. Vgl. auch den Anfragebeschuß vom 16.04.1996, BGH NJW 1996,2952 = WM 1996,902 m. Anm. Canaris, ZIP 1996,1109. Zum Ganzen auch Trapp, NJW 1996,2914.

¹¹³ BGH NJW 1996,2092,2093.

¹¹⁴ Vgl. dazu BGH WM 1960,855; WM 1965,84,85; WM 1966,13,15.

Der XI. Senat schloß sich auch insoweit der oben dargestellten, im Schrifttum geäußerten Kritik an, indem er feststellte, daß eine ausdrückliche Freigaberegelung die Feststellung einer Übersicherung nicht erleichtere¹¹⁵, Streitigkeiten also gar nicht vermeiden helfe. Eine dem Sicherungsvertrag immanente Freigabepflicht schütze den Sicherungsgeber ebenso wie eine ausdrückliche. Gleichzeitig stützte der XI. Senat sein Urteil auf den Standpunkt, daß eine Totalnichtigkeit der formularmäßigen Sicherheit in der Regel ausschließlich den ungesicherten Gläubigern des Sicherungsgebers zugute käme.¹¹⁶

Der Auffassung des XI. Senats schloß sich der IX. Senat im Ergebnis an, führte aber aus, daß er der Begründung in wesentlichen Punkten nicht zustimme.¹¹⁷ Er kritisierte an der neuen Auffassung des XI. Senats insbesondere, daß nach dessen neuer Rechtsprechung unklar sei, wann eine Übersicherung vorliege, und damit auch nicht konkret geregelt sei, wann das Recht auf Freigabe bestehe. Denn fehlten Angaben zur Deckungsgrenze, nütze das Vertrauen auf den Freigabeanspruch nichts, wenn der Sicherungsnehmer die tatsächlichen Voraussetzungen einer Übersicherung bestreite. Solange daher im konkreten Fall offen bleibe, wo die Deckungsgrenze gezogen werde, könne der Sicherungsgeber einen Freigabeanspruch mit Aussicht auf Erfolg nicht geltend machen. Der IX. Senat verlangt daher eine Festlegung der Deckungsgrenze im konkreten Vertrag.¹¹⁸ Soweit nichts anderes bestimmt sei, ergebe sich jedenfalls aus dem Sicherungsver-

¹¹⁵ Vgl. dazu auch Wolf/Ungeheuer, JZ 1995, 176, 184.

¹¹⁶ BGH NJW 1996, 2092, 2094.

¹¹⁷ BGH NJW 1996, 2790. Siehe auch die Entscheidung des IX. Senats in BGH WM 1995, 2173, 2175 = NJW 1996, 253.

¹¹⁸ BGH NJW 1996, 2790. Zur weiteren Begründung siehe S. 2790 f. der zitierten Entscheidung.

trag in Verbindung mit §§ 133, 157, 242, daß diese dem Nominalwert entspreche, sich also auf 100 % belaufe.¹¹⁹ Der IX. Senat verlangt also - im Unterschied zum XI. Senat - nach wie vor einen ermessensunabhängig ausgestalteten Freigabeanspruch.¹²⁰ Nur eine solch strikte Freigabeverpflichtung sei einer Sicherungsabrede über eine nichtakzessorische Sicherheit immanent.¹²¹

Mit Beschluß vom gleichen Tage richtete der IX. Senat eine Anfrage an den VII. Senat¹²², woraufhin dieser mitteilte, er sehe einen Verstoß einer Globalzession gegen § 138 I, wenn eine Deckungsgrenze weder vertraglich festgelegt noch durch Auslegung zuverlässig zu ermitteln sei, und durch die vertragliche Gestaltung der Freigabeanspruch des Sicherungsgebers unbillig behindert werde.¹²³ Zwar sei dem IX. Senat weitgehend zu folgen, doch sei einem Sicherungsvertrag nicht immer die Auslegung zu entnehmen, daß der Sicherungswert der abgetretenen Forderungen mangels anderweitiger vertraglicher Bewertung mit dem Nominalwert zu bemessen sei. Eine derartige Auslegung verbiete sich z.B. für Geschäftszweige, in denen generell ein hohes Ausfallrisiko bestehe. In solchen Fällen könne sich eine unbillige Behinderung der Freigabe mit der Folge der Nichtigkeit der Globalzession ergeben, wenn die Deckungsgrenze nicht klauselmäßig festgelegt sei.¹²⁴

¹¹⁹ BGH NJW 1996,2790.

¹²⁰ Vgl. auch BGH NJW 1996,2786 (IX. Senat).

¹²¹ Vgl. auch den Anfragebeschluß des IX. Senats an den Großen Senat, BGH NJW 1997,1570,1571 ff.

¹²² Vgl. dazu BGH NJW 1996,2786.

¹²³ Vgl. BGH NJW 1997,651 = WM 1997,311 m. Anm. Liebelt-Westphal, ZIP 1997,230, sowie Anm. Pfeiffer, LM H. 4/1997 • 138 (B) BGB Nr.3.

¹²⁴ Der VII. Senat stützt die Nichtigkeit entgegen der Auffassung der anderen Senate nicht auf § 9 AGBG, sondern auf § 138 BGB.

Aufgrund der in den Augen des IX. Senats grundlegenden Meinungsverschiedenheiten in der Begründung sah er sich veranlaßt, den Großen Senat für Zivilsachen (gemäß § 132 IV GVG) mit folgenden Fragen, anzurufen¹²⁵:

1. Hat der Sicherungsgeber, falls bei [...] einer formularmäßigen Globalabtretung eine nachträgliche Übersicherung eintritt, einen ermessensunabhängigen Freigabeanspruch auch dann, wenn der Sicherungsvertrag keine oder eine ermessensabhängige Freigabeklausel enthält ?

2. Ist [...] eine formularmäßige Globalabtretung nur wirksam, wenn eine (angemessene) Deckungsgrenze und Maßstäbe für die Bewertung des Sicherungsgegenstands festliegen ?

3. Kann - falls die Frage zu 2 bejaht wird - der Sicherungsvertrag, der keine oder eine inhaltlich unangemessene Deckungsklausel enthält, um eine feste Deckungsgrenze mit festen Bewertungsmaßstäben ergänzt und deshalb für wirksam erachtet werden ?

In dem darauf ergangenen Beschluß¹²⁶ hat der Große Senat die erste Frage dahingehend entschieden, daß der Sicherungsgeber im Falle einer Übersicherung auch dann einen ermessensunabhängigen Freigabeanspruch habe, wenn der Sicherungsvertrag keine oder eine ermessensabhängig ausgestaltete Freigabeklausel enthält.

Dies folge nach Auffassung des Großen Senats aus der Treuhandnatur des Sicherungsvertrages, woraus sich die Pflicht des Sicherungsnehmers ergebe, die Sicherheit schon vor Beendigung des

¹²⁵ Anfragebeschluß des IX. Senats, BGH NJW 1997, 1570.

¹²⁶ BGH NJW 1998, 671 ff.

Vertrags zurückzugewähren, wenn und soweit sie endgültig nicht mehr benötigt werde. Dann nämlich sei der weitere Verbleib der Sicherheit beim Sicherungsnehmer ungerechtfertigt.¹²⁷ Eine ermessensabhängige Freigaberegelnung hingegen würde dem Sicherungsnehmer einen zweckwidrigen Entscheidungsspielraum eröffnen, obwohl feststehe, daß er das Sicherungsgut (teilweise) nicht mehr benötigt. Der Sicherungsgeber hätte lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung innerhalb der Grenzen der Billigkeit. Dadurch aber würden wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Sicherungsvertrages ergeben, eingeschränkt, mithin das Erreichen des Vertragszwecks gefährdet (§ 9 II Nr. 2 AGBG). Die Möglichkeit des Sicherungsgebers, schnell über Sicherungsgegenstände, die zur Absicherung des Sicherungsnehmers nicht mehr benötigt werden, verfügen zu können, werde dadurch unangemessen eingeschränkt (§ 9 I, II AGBG). Es liege daher nicht im Ermessen des Sicherungsnehmers, ob gewährte Sicherheiten freizugeben sind. Bei einer nicht nur vorübergehenden nachträglichen Übersicherung des Sicherungsnehmers sei eine (Teil-)Freigabe zwingend erforderlich. Im Ermessen des Sicherungsnehmers stehe danach lediglich die Entscheidung, welche von mehreren Sicherheiten er freigeben möchte.¹²⁸

Eine ausdrückliche Regelung des vertraglichen Freigabeanspruchs sei daher keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Unwirksamkeit eines ermessensabhängig ausgestalteten Freigabeanspruchs führe somit auch nicht zur Gesamtnichtigkeit (formularmäßig) bestellter Sicherheiten. An die Stelle der unwirksamen Freigabeklausel trete

¹²⁷ BGH NJW 1998, 671, 672 m.w.N.

¹²⁸ Dies folgert der Große Senat aus § 262 und dem Rechtsgedanken des § 1230 S.1.

vielmehr - auch bei revolvierenden Globalsicherheiten - der ermessensunabhängige Freigabeanspruch des Sicherungsgebers (§ 6 II AGBG).¹²⁹

Die zweite vorgelegte Frage beantwortet der Große Senat dahingehend, daß bei formularmäßig bestellten, revolvierenden Globalsicherheiten eine zahlenmäßig bestimmte Deckungsgrenze ebensowenig Wirksamkeitsvoraussetzung sei wie eine Klausel zur Bewertung der Sicherungsgegenstände.

Der Große Senat teilt somit die Auffassung des VII. Zivilsenats nicht, wonach Globalabtretungen ohne ausdrücklich festgelegte Deckungsgrenze bei einem erfahrungsgemäß hohen Ausfallrisiko gemäß § 138 I nichtig seien. Eine solche Einschränkung sei nicht sachgerecht, sondern würde dazu führen, daß selbst vollkaufmännische Unternehmen in Geschäftszweigen mit hohem Ausfallrisiko gehindert wären, mit Kreditinstituten eine Globalabtretung wirksam auch ohne ausdrückliche Festlegung der Deckungsgrenze zu vereinbaren. Für eine solch allgemeine Regelung gebe es aber keinen Grund.¹³⁰

Eine Festlegung der Maßstäbe für die Bewertung der Sicherungsgegenstände könne schon deshalb nicht Wirksamkeitsvoraussetzung sein, weil es nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit den Parteien obliege, ob und wie sie die Voraussetzungen des Freigabeanspruchs ausdrücklich regeln. Es gebe im übrigen keinen allgemeingülti-

¹²⁹ BGH NJW 1998, 671, 673. Nach Auffassung des Großen Senats stehe der Anwendung des § 6 II AGBG das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nicht entgegen, da anstelle der unwirksamen Klausel das für den jeweiligen Vertrag maßgebliche Gesetzesrecht gelte. Diese Rechtsfolge werde auch hier verwirklicht, da die Berücksichtigung des ermessensunabhängigen Freigabeanspruchs lediglich den Rechtszustand herstelle, der ohnehin ohne die unwirksame Klausel bestünde.

¹³⁰ BGH NJW 1998, 671, 673.

gen Maßstab, mit dessen Hilfe sich die Werthaltigkeit unbekannter künftiger Forderungen bestimmen ließe.¹³¹

Ist in dem Sicherungsvertrag nun keine oder nur eine inhaltlich unangemessene Deckungsgrenze vereinbart - und damit wird die dritte Vorlagefrage beantwortet -, so beträgt nach Auffassung des Großen Senats die Deckungsgrenze - bezogen auf den realisierbaren Wert der Sicherungsgegenstände - 110 % der gesicherten Forderungen (unter Berücksichtigung der Kosten für Verwaltung und Verwertung der Sicherheit). Die Grenze für das Entstehen des Freigabeanspruchs liege regelmäßig bei 150 % des maßgeblichen Schätzwerts (§ 237 S. 1 BGB).

Nur eine abstrakt-generelle Deckungsgrenze¹³² könne dem - soeben bereits geschilderten - Zweck des Sicherungsvertrages gerecht werden. Anknüpfen müsse die Deckungsgrenze daher einerseits an die gesicherten Forderungen sowie andererseits an den Wert der übertragenen Sicherheiten (Sicherungswert). Da sich nämlich beide Größen ändern können, trage grundsätzlich nur eine prozentuale, abstrakt-generelle Deckungsgrenze dem berechtigten Sicherungsinteresse des Gläubigers Rechnung.¹³³ Sicherungswert sei dabei der Erlös, der bei der Verwertung der Sicherheiten - beispielsweise im Konkurs - erzielt werden kann.¹³⁴ Dieser Wert sei bei Forderungen nicht mit deren Nennwert, sondern in der Regel wesentlich niedriger anzusetzen, da bei der

¹³¹ BGH NJW 1998, 671, 674.

¹³² Zur Problematik der Festlegung einer konkret-individuellen Deckungsgrenze vgl. BGH NJW 1998, 671, 674.

¹³³ BGH NJW 1998, 671, 674. Sollte allerdings ein bestimmter Kreditrahmen eingeräumt sein, oder die Höhe der gesicherten Forderung feststehen, dann komme auch eine betragsmäßige Deckungsgrenze in Betracht.

¹³⁴ BGH NJW 1998, 671, 674 (Großer Senat entgegen der Auffassung des IX. Zivilsenats in BGH NJW 1997, 1570).

Verwertung von Sicherheiten regelmäßig Feststellungs- und Verwertungs- sowie auch Rechtsverfolgungskosten anfallen.¹³⁵

Zur Frage der Bewertung des Sicherungsguts hat sich der Große Senat dahingehend geäußert, daß sich aus den §§ 232 ff.¹³⁶ die widerlegliche Vermutung ableiten lasse, daß dem Sicherungsinteresse des Gläubigers durch einen Abschlag von einem Drittel vom Nennwert abgetretener Forderungen ausreichend Rechnung getragen werde. Der regelmäßige Sicherungswert sei demnach bei abgetretenen Forderungen am Nennwert und jeweils durch einen pauschalen Risikoabschlag zu bemessen.¹³⁷ Bei Globalabtretungen sei dabei vom Nennwert der abgetretenen Forderungen im Zeitpunkt der Entscheidung über das Freigabebegehren auszugehen. Der Bewertungsabschlag von einem Drittel führt dazu, daß ein Freigabeanspruch regelmäßig erst dann entsteht, wenn der Nennwert der berücksichtigungsfähigen Forderungen 150 % der gesicherten Forderungen ausmacht. Dieser Zuschlag von 50 % stelle zwar nur eine Orientierungshilfe dar, bewirke jedoch, daß derjenige, der behauptet, ein Abschlag von einem Drittel oder eine Freigabegrenze von 150 % - bezogen auf den Nennwert von Forderungen - sei im Streitfall unangemessen, dies substantiiert darzulegen und zu beweisen hat.¹³⁸

¹³⁵ Zur Begründung: BGH NJW 1998, 671, 675. Der Große Senat beruft sich dabei auf die in § 171 I 2, II 1 InsO geregelten Kosten, wo die Feststellungs- und Verwertungskosten insgesamt mit 9 % des Verwertungserlöses bewertet werden.

¹³⁶ Hier insbesondere § 237 Satz 1. §§ 234 III und 236 seien nicht verallgemeinerungsfähig, da es sich nicht um die dort aufgeführten - „sicheren“ - Wertpapiere handele.

¹³⁷ BGH NJW 1998, 671, 676.

¹³⁸ Zur Durchsetzung eines von 237 Satz 1 abweichenden Abschlags ist daher der Nachweis konkreter (Erfahrung-)Tatsachen erforderlich, die belegen, daß der gesetzliche Abschlag den besonderen Verhältnissen der Branche oder des Sicherungsgebers überhaupt nicht gerecht werde.

Die Übersicherungsgrenze ist somit dann erreicht, wenn der Nennbetrag der sicherungshalber abgetretenen Forderungen 150 % des noch offenen "nackten" - also ohne des 10 %-igen Zuschlags für Feststellungs-, Verwertungs- und Rechtsverfolgungskosten - Kreditbetrages beträgt.¹³⁹

Es bleibt zu hoffen, daß durch diesen Spruch des Großen Senats endlich eine der "spektakulärsten privatrechtlichen Kontroversen der letzten Jahre, ja wohl geradezu des letzten Jahrzehnts"¹⁴⁰ beendet werden kann.¹⁴¹

Um der Gefahr der Unwirksamkeit von Kreditverträgen zu entgehen, haben die Finanzgläubiger ihre Formularpraxis allerdings den zunächst - bis Mitte der neunziger Jahre - ergangenen Urteilen angepasst, indem sie umfassende Freigabeklauseln¹⁴² für das gesamte Sicherungsvermögen vereinbarten. Auch wenn diese Bemühungen nach dem Spruch des Großen Senats obsolet sein dürften, sind die getroffenen Absprachen - nach dem Grundsatz pacta sunt servanda - von den Finanzgläubigern einzuhalten. Es steht deshalb nicht zu erwarten, daß der BGH noch häufig Gelegenheit haben wird, zu diesem Problemkreis Stellung zu nehmen, zumal die geänderten AGB-Bestimmungen in der Regel in bestehende Altverträge einbezogen werden.¹⁴³

¹³⁹ So wohl auch schon der VIII. Zivilsenat in BGHZ 98, 303.

¹⁴⁰ So Canaris, ZIP 1996,1109. Vgl. auch Serick, ZIP 1995,789,792.

¹⁴¹ Zum Ganzen siehe auch Serick, NJW 1997,1529 ff.; Trapp, NJW 1996,2914 ff.

¹⁴² Vgl. Nr. 16 II AGB-Banken und Nr. 22 II AGB-Sparkassen, jeweils in der seit 1.1.1993 geltenden Fassung. Zu den Neufassungen siehe im einzelnen Hoeren, NJW 1992,3263 (AGB-Banken), und Aden, NJW 1993,832 (AGB-Sparkassen).

¹⁴³ Vgl. dazu Hoeren, NJW 1992,3267; Neuhof, NJW 1993,2840,2843.

VI. Konkurrenz von Globalzession und verlänger- tem Eigentumsvorbehalt

Der bisherigen Darstellung ist zu entnehmen, daß Vorauszessionen zu ihrer Wirksamkeit mehrere Hürden zu überspringen haben. Nachdem eine Vorauszession wirksam vereinbart worden ist, unterliegt sie aber noch einem weiteren Risiko. In der Zeitspanne zwischen der Abtretung und dem Eintritt der Verfügungswirkung könnte der Zedent über die künftige Forderung nochmals zugunsten eines anderen verfügen. Dann kommt es zu dem hier zu untersuchenden Konflikt aus einer mehrfachen Abtretung künftiger Forderungen. In dieser Kollisionslage ist aus der Sicht des Zessionars klärungsbedürftig, welchen Einfluß die Zweitabtretung auf die bereits bestehende Zession hat. Diese jahrzentlang diskutierte Problematik¹⁴⁴ "steht im Schnittpunkt der gegensätzlichen Interessen der Finanzgläubiger (Banken) und der Warengläubiger (Lieferanten)".¹⁴⁵ Daß der eine oder andere aus ökonomischen Gründen rechtlich schutzwürdiger sei, ist nicht erkennbar.¹⁴⁶ Die Konfliktlösung muß sich daher an anderen Gesichtspunkten orientieren.

An dieser Stelle soll zunächst die Sichtweise und der Lösungsweg der Rechtsprechung vorgestellt, anschließend die Lösungsansätze des Schrifttums dargestellt werden. Später wird in der Schlußbetrachtung nach einer rechtsvergleichenden Darstellung ein rechtspolitisches Resümee gezogen werden.

¹⁴⁴ Vgl. unter anderem Baur/Stürner, § 59 B V; Franke, JuS 1978,373 ff.; Picker, JuS 1988,375 ff.; Wolf/Haas, ZHR 154,64 ff.

¹⁴⁵ So Medicus, Rn. 525.

¹⁴⁶ Vgl. BGH WM 1977,480,481; Medicus, Rn.525.

1. BGH Urt. vom 30.4.1959¹⁴⁷

Zur Sicherung eines Kredits tritt ein Warenhändler alle Forderungen aus dem Verkauf von Lederwaren an eine Bank ab. Danach werden ihm vom Lieferanten Lederwaren unter verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefert, die der Warenhändler verkauft.

Bei dieser typischen Fallgestaltung stellt sich die Frage, wem die Kaufpreisforderung gegen den Drittschuldner, welche von beiden erfolgten Zessionen erfaßt werden soll, zusteht, der Bank oder dem Lieferanten? Hat die zunächst erfolgte Globalzession oder der zeitlich später vereinbarte verlängerte Eigentumsvorbehalt Vorrang?

Der BGH hat auch für kollidierende Vorausabtretungen derselben künftigen Forderung das Prioritätsprinzip zugrunde gelegt.¹⁴⁸ Die Rechtsprechung¹⁴⁹ und ihr folgend die herrschende Lehre¹⁵⁰ gehen zwar davon aus, daß die Abtretung einer künftigen Forderung erst in dem Augenblick wirksam werde, in welchem die Forderung entsteht. Diese Wirksamkeitsvoraussetzung des beabsichtigten späteren Rechtsübergangs gehöre jedoch nicht mehr zum Abschlußtatbestand des Zessionsvertrages¹⁵¹, sondern sei lediglich dessen Wirkung und deshalb unabhängig von der Verbindlichkeit des Verfügungsgeschäfts. Die im Abtretungsvertrag enthaltene rechtsgeschäftli-

¹⁴⁷ Vereinfacht dargestellt. Vollständig abgedruckt in BGHZ 30,149 ff. = NJW 1959,1533.

¹⁴⁸ Vgl. BGHZ 30,149,151; 32,361,363; 32,367,369 ff.; 72,15,18; 75,391,393; BGH NJW 1959,1533; 1960,1003,1004; 1968,1516,1517; 1982,571; BGH WM 1970,900,901.

¹⁴⁹ BGHZ 32,367 ff.; BGH DB 1983,2513,2514.

¹⁵⁰ RGRK-Weber, § 398, Rn.71 f.; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.11 m.w.N.

¹⁵¹ Vgl. BGHZ 30,238,240.

che Verfügung sei mit Vertragsabschluß beendet und für den Veräußerer insofern bindend, denn später, im Zeitpunkt der Verfügungswirkung, sei ein wiederholter Übertragungswille der Parteien ebensowenig erforderlich wie die Fortdauer der antezipierten Einigung. Bereits durch den Abschluß des Verfügungsgeschäfts selbst sei der Zedent einer künftigen Forderung derart gebunden, daß er die Erwerbsaussicht des Zessionars bzw. den Übergang der Forderung auf den Zessionar nicht mehr durch spätere abweichende Verfügungen - in Form einer erneuten Abtretung - beeinträchtigen bzw. vereiteln kann¹⁵², insbesondere weil ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen außer in den Fällen des § 405 ausgeschlossen ist.¹⁵³ Da dem Zedenten also aufgrund der Erstzession die Rechtsmacht zu nochmaliger Abtretung fehlt, vermittelt die Vorausabtretung insoweit bereits eine gesicherte Rechtsposition. Der Erstzessionar erwirbt die Forderung allerdings erst im Zeitpunkt ihrer Entstehung, also mit dem Abschluß der Verträge, die den Anspruch des Zedenten gegen den Drittschuldner begründen.¹⁵⁴

¹⁵² BGHZ 32,357 ff.; 88,205,206; BGH NJW 1955,544; 1960,1003; 1982,2371 = DB 1982,1557; BGH DB 1983,2513,2514. Strittig ist jedoch nach wie vor, ob sich der Übergang der Forderung als Direkt- oder aber als Durchgangserwerb vollzieht. Die überwiegende Meinung differenziert und nimmt Direkterwerb an, sofern die Rechtsgrundlage der Forderung im Abtretungszeitpunkt schon und im Entstehungszeitpunkt noch vorhanden ist. Anderenfalls wird Durchgangserwerb angenommen: so Serick IV, S.317 ff.; Larenz, SchR I, § 34 III; Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.12; Erman-Westermann, § 398, Rn.12. Zum Ganzen RGRK-Weber, § 398, Rn.72 m.w.N. Diese bislang vom BGH offengelassene Problematik, so in BGH DB 1983,2514; BGHZ 66,384,385; BGH NJW 1969,276, ist hier nicht relevant und braucht deshalb nicht erörtert zu werden, denn für die Wirkung der Zession ist es "gleichgültig, ob die Forderung unmittelbar oder nach Durchgangserwerb" übergeht (so BGH DB 1983,2514).

¹⁵³ Sollte allerdings das künftige Schuldverhältnis, aus welchem die Forderung erwachsen soll, nicht zur Entstehung gelangen, kann der Forderungserwerb doch noch scheitern: BGH WM 1973,489 = DB 1973,915; DB 1983,2514; Serick IV, S.391. Vgl. auch RGRK-Weber, § 398, Rn.65,66,70 ff. m.w.N.

¹⁵⁴ So BGH NJW 1990,1113,1114; 1989,1282,1283.

Nach diesem Prioritätsprinzip wäre in BGHZ 30,149 die Bank Gläubiger der Drittschuldnerforderung geworden. Der BGH hat allerdings in der unbeschränkten Globalzession an die Bank, unter welche auch die Forderungen aus dem Verkauf der unter verlängertem Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware fielen, einen Verstoß gegen §§ 134, 138 gesehen, der die Globalzession im Ganzen unwirksam machte.¹⁵⁵

Das objektive Merkmal der Sittenwidrigkeit wurde darin gesehen, daß die zeitlich frühere Globalzession, weil sie verlängerte Eigentumsvorbehalte ins Leere laufen läßt, den Zedenten in die ökonomische Zwangslage versetzt, entweder seine Lieferanten - mit denkbar geringer Erfolgsaussicht - zum Verzicht auf verlängerte Eigentumsvorbehalte zu bewegen und dabei die Verweigerung weiterer Lieferungen zu riskieren oder den Lieferanten die vorausgegangene Globalzession zu verschweigen und sich diesen gegenüber damit vertragswidrig zu verhalten. Die Bank stifte ihren Kreditnehmer also zur Verletzung seines Vertrages mit dem Lieferanten an, möglicherweise sogar zur Unterschlagung der Ware oder zum Betrug, denn ihr müsse klar sein, daß ein Warenhändler Waren regelmäßig nur unter verlängertem Eigentumsvorbehalt zu beziehen vermag. Dies entspricht den im Rahmen des § 138 I erforderlichen subjektiven Momenten¹⁵⁶, die dadurch verwirklicht werden, daß "die Bank subjektiv der Folgerung nicht entgehen kann", ihren Kreditkunden laufend zu vertragsuntreuem

¹⁵⁵ Nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes am 01.04.1977 sind Sicherungsabtretungen im Kollisionsfall i.d.R. nicht erst an § 138, sondern an der strengeren Vorschrift des § 9 AGB-Gesetz zu messen.

¹⁵⁶ Bei einer Prüfung nach § 9 AGB-Gesetz, welche bei Formularverträgen heute der des § 138 vorausgeht, kommt es ausschließlich auf die objektive Unausgewogenheit an.

Verhalten zu drängen, wenn bei diesen Lieferungen nur unter verlängertem Eigentumsvorbehalt branchenüblich sind.¹⁵⁷

Die Bank wisse also, daß der Verkauf der Ware auf den Fall beschränkt ist, daß der Lieferant die Forderung aus dem der Verfügung zugrunde liegenden Kaufvertrag erhält. Wenn diese jedoch bereits von einer vorausgegangenen Globalzession der Bank erfaßt ist, vermag der Warenhändler seinem Lieferanten die Kaufpreisforderung nicht zu verschaffen.¹⁵⁸

Wenn es auch nicht explizit gesagt wird, so steht hinter dieser Würdigung der Gedanke, daß die Lieferanten dem Käufer den Sachwert mit ihrer Lieferung verschaffen, den der Käufer bei der Weiterveräußerung gegen die Forderungen aus dem Weiterverkauf eintauscht. Die Lieferanten opfern bei dem Weiterverkauf ihr Vorbehaltseigentum. Bei Geltung des Prioritätsprinzips gewännen aber nicht sie die Sicherung aus der Weiterverkaufsforderung, sondern aufgrund der vorausgegangenen Globalzession die Bank.

Da alle nach der Globalzession an die Bank in den Einkaufsverträgen zugunsten der Lieferanten vereinbarten Anschlußzessionen dem Prioritätsprinzip ohne dessen Korrektur zum Opfer fielen, geht der zeitlich später vereinbarte verlängerte Eigentumsvorbehalt nach Auffassung der

¹⁵⁷ Eine positive Kenntnis der Bank von der Branchenüblichkeit eines Eigentumsvorbehalts wird dabei nicht verlangt, denn es soll regelmäßig davon auszugehen sein, daß eine Bank bei Branchenüblichkeit zumindest mit dem Bestehen eines Eigentumsvorbehalts rechnen müsse (dazu Nirk, NJW 1971,1913,1914). Mit branchenunüblichen Eigentumsvorbehalten muß eine Bank hingegen nicht rechnen: vgl. BGHZ 98,303 = NJW 1987,487; Lambsdorff/Skora, NJW 1977,701,704; MüKo-Roth, § 398, Rn.134. Die Begrenzung auf die Branchenüblichkeit der Eigentumsvorbehalte wurde zum Schutz der Banken allerdings erst später eingeführt.

¹⁵⁸ Diese Auffassung der Rechtsprechung wird daher **Vertragsbruchtheorie** genannt.

Rechtsprechung der früheren Globalzession praktisch vor.

2. BGH Urteile vom 24.4.1968 und vom 6.11.1968¹⁵⁹

Um einerseits die gänzliche Nichtigkeit der Globalzession zu vermeiden, andererseits aber möglichst wenig Sicherungsmasse abzugeben, haben Banken später unter Beachtung der vorausgegangenen Rechtsprechung den Zedenten verpflichtet, den ihm gewährten Kredit vorzugsweise zur Befriedigung derjenigen Gläubiger zu verwenden, die unter verlängertem Eigentumsvorbehalt liefern. Aber auch diese sog. Verpflichtungsklausel¹⁶⁰ hat der BGH - zumindest bei einem laufenden Kredit - für ungenügend erklärt, denn die Globalzession sei nur für den Fall einer finanziellen Krise gedacht, und dann könne der Zedent seine Verpflichtungen gerade nicht erfüllen, denn die schuldrechtliche Verpflichtung ist im Falle einer Krise des Kreditnehmers praktisch bedeutungslos, weil er dann weder die Bank noch den Lieferanten bezahlen könne.¹⁶¹ Da die Bank das wissen müsse, handle sie sittenwidrig.¹⁶²

In einem anderen Fall, in dem ein Lieferant außer einem verlängerten Eigentumsvorbehalt zur Sicherung seiner Forderungen zusätzlich noch

¹⁵⁹ Abgedruckt in NJW 1968,1516 ff. m.Anm.Wehrhahn = WM 1968,644 = BB 1968,563 und NJW 1969,318 ff. m.Anm.Wehrhahn auf S.652 f.

¹⁶⁰ Derartige Klauseln tauchen heute, wie Finger, DB 1982,475,478, aufgezeigt hat, nur noch als zusätzliche Regelungen auf.

¹⁶¹ So auch BGH NJW 1976,150 f.

¹⁶² BGH NJW 1968,1516,1518; 1969,318,319; 1991,2144,2145; 1995,1668,1669. Ähnlich BGH NJW 1974,942; Lambsdorff/Skora, NJW 1977,701 ff. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn der Kredit speziell zur Finanzierung der betreffenden Lieferung gewährt wurde, BGH NJW 1960,1003,1004.

eine Globalzession vereinbart hatte, stellte der BGH fest, daß eine Globalzession zugunsten eines Warengläubigers gleich einer Globalzession zugunsten einer Bank zu behandeln sei. Der BGH erklärte sie daher ebenfalls wegen der Gefährdung anderer Gläubiger für nichtig.¹⁶³

3. BGH Urteil vom 9.11.1978¹⁶⁴

In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall verpflichtete sich die Bank, dem nicht befriedigten Lieferanten diejenigen Forderungen abzutreten, die aus dem Verkauf der von ihm gelieferten Ware stammen, oder ihm diejenigen auf diese Forderungen schon eingezogenen Beträge auszus zahlen.¹⁶⁵

Auch diese sog. schuldrechtliche Teilverzichtsklausel¹⁶⁶ erachtete der BGH für ungenügend.¹⁶⁷ Eine solche Klausel beseitige den Makel der Sittenwidrigkeit deshalb nicht, weil sie dem Lieferanten nur einen schuldrechtlichen Anspruch verschafft, der diesem im Konkurs der Bank keinerlei Vorzugsrecht einräumt, während die durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt im voraus abgetretene Forderung aus der Verwertung der Vorbehaltsware ihn im Konkurs seines Kunden zur Absonderung berechtige. Zwar zeige

¹⁶³ Urteil vom 7.3.1974, abgedruckt in NJW 1974,942 = WM 1974,368. Ähnlich BGH NJW 1977,2261 f. = WM 1977,480 = DB 1977,949. Dazu Lambsdorff/Skora, BB 1977,922 ff.

¹⁶⁴ Abgedruckt in BGHZ 72,308 ff. = NJW 1979,365.

¹⁶⁵ Die Klausel lautete: "Falls eine Forderung abgetreten ist, die später Gegenstand des verlängerten Eigentumsvorbehalts eines Lieferanten ist, wird die Bank entweder die Forderung an den Lieferanten abtreten oder ihn aus dem eingezogenen Erlös befriedigen".

¹⁶⁶ Auch genannt obligatorische Teilverzichtsklausel.

¹⁶⁷ BGHZ 72,308,310 f.; BGH NJW 1976,150,151; BB 1980,336,337 = DB 1980,683; NJW-RR 1988,1012 f.; NJW 1995,1668,1669; ebenso OLG Stuttgart NJW 1976,150. A.A. aus der Rechtsprechung: OLG München WM 1978,799; OLG Düsseldorf WM 1977,404; LG Berlin WM 1976,1021; LG Bad Kreuznach WM 1977,1364.

die Klausel das Bemühen der Bank, mit der Einräumung eines schuldrechtlichen Anspruchs durch einen Vertrag zugunsten der Lieferanten deren Belange zu wahren, doch bleibe es dabei, daß der Zedent zu ständigen Täuschungen und Vertragsverletzungen gegenüber seinen Vorbehaltslieferanten verleitet werde. Der den Vorbehaltslieferanten von der Bank eingeräumte schuldrechtliche Anspruch sei kein angemessener Ausgleich für den beim Weiterverkauf eintretenden Verlust des Vorbehaltseigentums ohne Erwerb der Forderung gegenüber dem Erwerber der Vorbehaltssache. Der Lieferant werde also zusätzlich mit dem Risiko einer Insolvenz der Bank belastet.

Darüber hinaus werde dem Lieferanten auch die Durchsetzung seiner ursprünglichen Rechte aus dem verlängerten Eigentumsvorbehalt erschwert, da er seinen Schuldner, die Bank seines Kunden, zunächst nicht kennt.¹⁶⁸ Des weiteren erhalte er, wenn die Bank sein ausschließlicher Partner ist, alle Auskünfte aus zweiter Hand. Er sei auch zunächst von den Entscheidungen der Bank abhängig, die allein die Inhaberin der Kundenforderungen ist.¹⁶⁹

Dies soll selbst dann gelten, wenn die Bank später tatsächlich und anstandslos die Lieferanten abfindet, denn die Sittenwidrigkeit sei

¹⁶⁸ So auch BGH BB 1980,336,337.

¹⁶⁹ Zustimmend zum Ganzen Serick IV, § 49 II 5 b; ders., BB 1974,845,849; Lambsdorff/Skora, NJW 1977,701,703 f.; Westphalen, DB 1978,68,73, unter besonderer Berücksichtigung des § 9 AGBG; Finger, DB 1982,475,477; Meyer-Cording, NJW 1979,2126,2130. Kritisch Steindorff, ZHR 144,652,653; Medicus, Rn.526. A.A. Lwowski, Rn.763; Bennat, NJW 1976,790 ff.; Nörr/Scheyhing, § 10 II 4 c (gegen das Argument des Insolvenzrisikos). Eine obligatorische Freigabeklausel in einem erweiterten und verlängerten Eigentumsvorbehalt beurteilt der BGH (BGHZ 94,105,113 ff.; bestätigend BGHZ 98,303,307) hingegen günstiger als eine entsprechende Klausel bei einer Globalzession. Eine solche Klausel soll mit § 9 AGBG vereinbar sein.

im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbehebbar eingetreten.¹⁷⁰

Unmittelbar im Anschluß an diese Entscheidung erging ein Urteil des BGH¹⁷¹ zur sogenannten Zahlstellenklausel. Dort zahlten Schuldner der durch verlängerten Eigentumsvorbehalt gesicherten Forderungen aufgrund einer Zahlstellenklausel Gelder auf ein Konto des Zedenten bei der durch Globalzession an denselben Forderungen gesicherten Bank.

Nach Auffassung des BGH sei die mit einer schuldrechtlichen Teilverzichtsklausel versehene Globalzession auch hier wegen Sittenwidrigkeit als nichtig anzusehen, denn ein Schuldner, der zur Erfüllung einer Verbindlichkeit auf ein ihm vom Gläubiger angegebenes Bankkonto zahlt, leiste an den Gläubiger und nicht an die - nach außen hin bloß als Zahlstelle tätig werdende - Bank. Dies gelte, solange der Schuldner von der Globalabtretung an die Bank keine Kenntnis habe. Durch das Auftreten als bloße Zahlstelle nach außen hin wolle die Bank lediglich ermöglichen, die mit Rücksicht auf die schutzwerten Belange der Vorbehaltslieferanten gestellten strengen Anforderungen an eine Globalzession zu unterlaufen.

Das OLG Frankfurt¹⁷² führte im Anschluß daran aus, die Zahlstellenklausel diene bei wirtschaftlicher Betrachtung nur zur Realisierung der nichtigen Globalzession. Deshalb erstrecke

¹⁷⁰ BGHZ 72,308,314 m.w.N. = NJW 1979,365. Aufgrund dieser Rechtsprechung tauchte die schuldrechtliche Teilverzichtsklausel nach Finger, DB 1982,475,477, bereits 1981 in keinem Bankformular mehr auf.

¹⁷¹ BGHZ 72,316 ff. = WM 1979,13 = NJW 1979,371. Vgl. auch OLG Frankfurt ZIP 1981,492 ff. = WM 1981,972. Anders noch BGHZ 53,139 ff. = NJW 1970,464. Zu dieser Klausel vgl. Lwowski, ZIP 1981,453,458.

¹⁷² OLG Frankfurt, ZIP 1981, 453,458 = WM 1981,972.

sich der der Globalzession anhaftende Makel der Sittenwidrigkeit auch auf die Zahlstellenklausel. Diese sei nichtig und der Globalzessionar dürfe sich auf diese Klausel nicht mehr berufen. Ist dem Kreditgeber trotz dieser Sittenwidrigkeit der Erlös bereits zugefloßen, hat der dadurch beeinträchtigte Vorbehaltslieferant einen sich aus entsprechender Anwendung des § 816 II (i.V.m. § 185 II) ergebenden Anspruch.¹⁷³

4. Heutige Anforderungen an Globalzession

Nach der soeben aufgezeigten Rechtsprechung des BGH ist eine zur Sicherung eines Kredits vereinbarte Globalzession künftiger Forderungen in der Regel sittenwidrig, soweit sie nach dem Willen der Vertragsparteien auch solche Forderungen umfassen soll, die der Schuldner seinen Lieferanten aufgrund verlängerten Eigentumsvorbehalts abtreten muß und abtritt.¹⁷⁴

Ausnahmen sind jeweils nur dann anerkannt worden, wenn es nach den besonderen Umständen des Einzelfalles an der für einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 notwendigen verwerflichen Gesinnung des Kreditgebers fehlt, was aber nur in extrem gelagerten Fällen anzunehmen sein soll.¹⁷⁵ Ein solcher Ausnahmefall soll dann gegeben sein, wenn auf die schutzwerten Belange der Lieferanten des Kreditnehmers in einer Weise Rücksicht genommen wird, die den Kreditnehmer davor bewahrt, seinen Lieferanten gegenüber ständig Vertragsverletzungen oder gar strafbare

¹⁷³ So auch schon die vorstehend dargestellte Entscheidung des BGHZ 72,316 ff. Vgl. dazu auch Hiemsch, S. 75 ff.; MüKo-Roth, § 398, Rn.138.

¹⁷⁴ BGHZ 30,149; 32,361; 55,34,35; BGH NJW 1968,1516; 1969,318; 1974,942; 1977,2261.

¹⁷⁵ BGHZ 32,361,366; 55,34,35; BGH WM 1962,13,15; BGH NJW 1960,1003; 1974,942.

Handlungen begehen zu müssen, wenn er auf Lieferungen unter (branchenüblichem) Eigentumsvorbehalt angewiesen ist.¹⁷⁶

Diese Voraussetzung sei erfüllt, wenn die Globalzession die vom verlängerten Eigentumsvorbehalt erfaßten Forderungen von vornherein nicht miteinbezieht oder erst nach Erlöschen des verlängerten Eigentumsvorbehalts wirksam werden soll (sog. dingliche Teilverzichtsklausel).¹⁷⁷

Im Gegensatz zu einer schuldrechtlichen Verzichtsklausel, die den Globalzessionar in Verbindung mit einem zwischen ihm und dem Zedenten geschlossenen Vertrags zugunsten Dritter gemäß § 328 I dazu verpflichtet, zunächst von der Globalzession erfasste Forderungen später an den Vorbehaltsverkäufer, dem nach der dargestellten Rechtsprechung die Forderung zusteht, zu übertragen¹⁷⁸, sind solche Forderungen bei einer dinglichen Verzichtsklausel¹⁷⁹ mit dinglicher Wirkung von der Globalzession ausgenommen. Erst mit Erledigung des Sicherungszwecks des verlängerten Eigentumsvorbehalts geht die Forderung auf den Globalzessionar über.¹⁸⁰

5. Kritik an der BGH-Rechtsprechung

¹⁷⁶ BGH NJW 1974, 942, 943 m.w.N.

¹⁷⁷ BGH NJW 1974, 942, 943 = WM 1974, 368; NJW 1991, 2144, 2147; WM 1977, 480; 1980, 67; 1983, 953, 955 = NJW 1983, 2502; BGHZ 72, 308, 310 = NJW 1979, 365 = WM 1979, 11; 98, 303, 314 = NJW 1987, 487; OLG Stuttgart NJW 1976, 150. Der Auffassung der Rechtsprechung schließen sich an: Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.25; RGRK-Weber, § 398, Rn.87 ff.

¹⁷⁸ Beziehungsweise zugunsten des Vorbehaltsverkäufers auf diese zu verzichten.

¹⁷⁹ Beispiel einer dinglichen Verzichtsklausel: "Eine Forderung, die später Gegenstand des verlängerten Eigentumsvorbehalts eines Lieferanten ist, soll mit dem Zeitpunkt an die Bank abgetreten sein, in dem sie nicht mehr durch den verlängerten Eigentumsvorbehalt erfaßt wird."

¹⁸⁰ Ausführlich dazu Lambsdorff/Skora, NJW 1977, 701 ff.; Serick, BB 1974, 845 ff.

Der Lösungsansatz des BGH mit dem Instrument des § 138 führte in der Literatur zu heftiger Kritik und zu einer "wissenschaftlichen Materialschlacht"¹⁸¹. Zum einen war es insbesondere die rigorose Rechtsfolge der Nichtigkeit, welche § 138 BGB vorsieht. Bei der Globalzession führt diese Lösung dazu, daß auch der über das Sicherungsinteresse des Vorbehaltslieferanten hinausgehende Teil der Abtretung der Nichtigkeitsfolge verfällt und damit dem Globalzessionar keinerlei Sicherheit gewährt. Der BGH "schießt" mit seiner Lösung also über das erklärte Ziel hinaus, indem er dem Globalzessionar auch den Teil seiner Sicherheit nimmt, welcher nicht mit dem Sicherungsinteresse des Vorbehaltslieferanten kollidiert.¹⁸² Zudem führt die Nichtigkeitssanktion dazu, daß die Globalzession auch dann nichtig und damit als Sicherungsmittel wertlos ist, wenn im konkreten Fall von vornherein gar keine Konkurrenzsituation bestand, oder wenn sich der Sicherungszweck des verlängerten Eigentumsvorbehalts zwischenzeitlich - möglicherweise durch Zahlung aus Mitteln der Globalzession - erledigt hat.¹⁸³ Die Nichtigkeitsfolge vermag somit zwar den Vorbehaltsverkäufer zu schützen, einen gerechten Interessenausgleich stellt diese Lösung allerdings nach verbreiteter Auffassung in der Literatur nicht dar.

Zum anderen wurde am Lösungsansatz der BGH-Rechtsprechung kritisiert, daß insbesondere § 138 subjektiv eine verwerfliche Gesinnung des Globalzessionars voraussetzt, was zu einer - rechtsunsicheren - kasuistischen Rechtspre-

¹⁸¹ So Beuthien, BB 1971,375. Picker, JuS 1988,375, spricht von einer "Schlacht der Kreditoren".

¹⁸² Vgl. Serick V, § 71 I 3; MüKo-Roth, § 398,Rn.144; K.Schmidt, DB 1977,65,68.

¹⁸³ So K.Schmidt, DB 1977,65,68; MüKo-Roth, § 398,Rn.144.

chungspraxis¹⁸⁴ führe, da die Grenze zur Sittenwidrigkeit fließend ist¹⁸⁵, und die subjektive Komponente bei jedem Sachverhalt erneut geprüft werden muß.¹⁸⁶ Durch die später einsetzende Zurückdrängung der subjektiven Komponente seitens der Rechtsprechung¹⁸⁷, welche insbesondere vom AGB-Gesetz gefördert wurde, fühlen sich die Kritiker der BGH-Rechtsprechung in ihrem Kritikkansatz indirekt bestätigt¹⁸⁸, denn der BGH greift weit über die Prüfung des Einzelfalls hinaus, indem er im Ergebnis die subjektiven Momente nahezu vollkommen zurücktreten läßt.¹⁸⁹

Aber nicht nur gegen das Ergebnis, sondern auch gegen die Begründung, mit welcher der BGH sein gefundenes Ergebnis untermauert, werden Bedenken geäußert. Der BGH stützt sich bei seiner Begründung vornehmlich darauf, daß der Globalzessionar den Vorbehaltskäufer zum Vertragsbruch und zu strafbaren Handlungen seinem Vertragspartner (dem Vorbehaltsverkäufer) gegenüber nötige. Dieser Vorwurf kann aber gleichermaßen dem Vorbehaltsverkäufer gemacht werden¹⁹⁰, denn ebenso könnten die Vorauszessionen des Vorbehaltsverkäufers, die dieser zur Voraussetzung seiner Lieferung macht, als Nötigung zuungunsten späterer Geldkreditgeber angesehen werden.¹⁹¹ Gerade weil durch Globalzessionen abgesicherte Kredite häufig dafür unentbehrlich

¹⁸⁴ So prüfte der BGH in mehreren Urteilen vorwiegend den subjektiven Tatbestand. Vgl. dazu BGH NJW 1960,1003,1004; 1968,1516,1517; BGHZ 32,363,366; 55,34,35.

¹⁸⁵ Dies stellt auch BGH NJW 1970,657 fest.

¹⁸⁶ Vgl. Beuthien, BB 1971,377; Nirk, NJW 1971,1913,1914. Für eine stärkere Orientierung am Einzelfall plädiert auch Serick IV, § 50.

¹⁸⁷ Vgl. dazu obige Ausführungen unter V 1-3 sowie BGHZ 55,34,35; 56,173,179 f.

¹⁸⁸ Vgl. Franke, JuS 1978,373,374. Vgl. auch Mertens, ZHR 143,174,176.

¹⁸⁹ Vgl. Nirk, NJW 1971,1913,1914; Rimmelspacher, Rn.449.

¹⁹⁰ Vgl. MüKo-Roth, § 398 Rn.137; Picker, JuS 1988,375,378.

¹⁹¹ Vgl. Medicus, Rn.527 f.

sind, daß ein Unternehmen überhaupt am Geschäftsleben teilnehmen kann, müssen ebenso Vorbehaltslieferanten mit deren Vorhandensein zumindest rechnen.¹⁹² Denn der Umsatz eines Unternehmens wird nicht nur von Vorbehaltslieferanten, sondern durch Lieferanten- und Geldkredite gleichermaßen gefördert.¹⁹³

Aus diesem Grunde ist auch nicht erkennbar, daß eine der beiden Kreditarten, nach Auffassung des BGH nämlich der Lieferantenkredit, aus ökonomischen Gründen größeren rechtlichen Schutz genießen sollte.¹⁹⁴ Außerdem wird gegen die Begründung des BGH vorgebracht, daß bei der Verleitung zum Vertragsbruch, z.B. in Fällen der Überredung zu einem Abtretungsausschluß¹⁹⁵ oder zu einem Doppelverkauf, die Sittenwidrigkeit ausschließlich in Fällen einer besonderen Anstößigkeit bejaht wird, da im Grundsatz fremde Verpflichtungen den externen Dritten nicht betreffen.¹⁹⁶ Daß nun gerade für Geldkreditgeber fremde Verträge prinzipiell zu beachten sein sollen und dies sogar bei erst zu erwartenden künftigen Vereinbarungen, lege die Vermutung nahe, daß der entscheidende Gesichtspunkt nicht derjenige einer "echten" Sittenwidrigkeit ist, sondern daß es schlicht darum gehe, das geschäftliche Verhalten der Finanzgläubiger durch richterliche Fortbildung zu steuern, weil die Interessen der Vorbehaltsverkäufer für vorrangig schutzwürdig erachtet werden.¹⁹⁷

¹⁹² Vgl. Medicus aaO.; Eichhorn, DB 1954,532; Dempewolf, NJW 1956,851,853.

¹⁹³ Dazu Esser/Schmidt, § 37 I 2 b; Picker, JuS 1988,375,378 f.

¹⁹⁴ Vgl. Medicus, Rn.525. So allerdings auch BGH WM 1977,480,481.

¹⁹⁵ Vgl. BGHZ 51,113,117.

¹⁹⁶ Vgl. dazu MüKo-Mayer-Maly, § 138,Rn.85. Zur Begründung MüKo-Roth, § 398, Rn.144; Picker, JuS 1988,375,378.

¹⁹⁷ So Picker, JuS 1988,375,378; Rimmelspacher, Rn.449; Esser, ZHR 135,320,327; K.Schmidt, DB 1977,65,69 f. MüKo-Roth, § 398, Rn.137,144, spricht von einem "kor-

6. Andere Lösungsansätze

Im Schrifttum wurde vielfach versucht, den Konflikt zwischen Warenlieferanten und Geldkreditgebern auf andere Weise zu lösen.

a. Nichtigkeit der Globalzession

Eine Auffassung im Schrifttum kommt zwar mit § 138 beziehungsweise § 9 AGBG zu gleichen Ergebnissen wie der BGH, nimmt aber die Kritik an der Vertragsbruchrechtsprechung zum Anlass, das Ergebnis der Nichtigkeitssanktion auf eine andere Rechtsgrundlage zu stützen. Anstelle der Nötigung zum Vertragsbruch sehen die Anhänger dieser Auffassung in der Globalzession eine Knebelung des Zedenten mit der Rechtsfolge des § 138¹⁹⁸ bzw. eine unangemessene Benachteiligung des Zedenten mit der Rechtsfolge des § 9 AGBG.¹⁹⁹ Im Ergebnis bestehen zwischen dieser Auffassung und derjenigen des BGH allerdings keinerlei Unterschiede.

b. Teilungsvorschläge

Die meisten anderen Lösungsalternativen des Schrifttums lassen sich unter dem Stichwort "Forderungsteilung" zusammenfassen, d.h., daß die Aufteilung der kollidierenden Sicherungsinteressen

rigierenden Eingriff in die Rangfolge der Sicherungsinteressen". V.Caemmerer wies bereits in JZ 1953,97,100, darauf hin, daß es nicht Aufgabe der Gerichte sei, in dem Interessenkampf zwischen verlängerter Eigentumsvorbehalt und Sicherungszession zugunsten einer der Parteien Stellung zu nehmen. Zustimmend Eichhorn, DB 1954,532,533.

¹⁹⁸ So Medicus, Rn.527; Larenz, SchR II, § 43 II 1.

¹⁹⁹ So Pottschmidt/Rohr, Rn.676,682.

teressen nach einem bestimmten Schlüssel befürwortet wird.²⁰⁰ Unterschiedlich beantwortet wird lediglich die Frage nach der jeweiligen Quotierung der Sicherungsinteressen.

In diesem Bereich gibt es vielerlei Auffassungen, welche sich teilweise nur noch in Nuancen voneinander unterscheiden. Deren detaillierte Darstellung ginge hier zu weit.²⁰¹ Es soll an dieser Stelle lediglich der Kern der jeweiligen Auffassungen dargestellt werden.

Hauptsächlich werden dabei zwei Auffassungen vertreten, die im Vergleich zu den anderen Lösungsvorschlägen dem Globalzessionar am meisten Schutz gewähren.²⁰² Zum einen wird die sogenannte **horizontale Teilung**²⁰³ vorgeschlagen, nach welcher die mehrfach abgetretene Forderung rangweise aufgeteilt wird, wobei der Vorbehaltsverkäufer ein vorrangiges Befriedigungsrecht hat, während der Geldkreditgeber nur befriedigt wird, soweit ein darüberhinausgehender Betrag übrig bleibt.²⁰⁴ Die Globalzession ist also nur hinsichtlich des Teils wirksam, der nicht vom verlängerten Eigentumsvorbehalt erfaßt wird.²⁰⁵ Auf solch eine horizontale Forde-

²⁰⁰ Vgl. Erman, BB 1959,1109; Beuthien, BB 1971,375; Esser, JZ 1968,281 und 529; ders., ZHR 135,320; Finger, JZ 1970,642; Scherner, BB 1968,1267. Anders Kaduk, FS-Larenz 1973,683; Nörr/Scheyhing, § 10 II 4. Zum Ganzen Serick IV, § 48 IV (S.363); Franke, JuS 1978,373; MüKo-Roth, § 398,Rn.146; Berghaus, S.82 ff.

²⁰¹ Vgl. dazu mit ausführlicher kritischer Würdigung der Lösungsmodelle Hiemsch, S.79 ff.

²⁰² Vgl. Hiemsch, S.80.

²⁰³ Dieser Begriff geht zurück auf Franke, JuS 1978,374.

²⁰⁴ Diese Aufteilungsvariante befürworten: kraft institutioneller Begrenzung der Globalzession, Flume, NJW 1959,913,920; ders., NJW 1950,841 ff.; Franke, JuS 1978,373,375 f.; durch Auslegung der Globalzession, Serick IV, S.451; mit einer Begründung über § 242, MüKo-Roth, § 398,Rn.147; Hübner/Goerke, JA 1984,265,269 f.,274; Bähr, S.243 f (für die Factoring-Globalzession); durch Anwendung des § 9 AGBG, Westphalen, DB 1978,68,71 f. Vgl. auch K. Schmidt, DB 1977,65 ff.

²⁰⁵ Vgl. Flume, NJW 1959,913,919.

rungsaufteilung laufen im Ergebnis auch die Ansichten der Befürworter der bereits vor der BGH-Entscheidung vom 30.04.59 vertretenen **Surrogationstheorie**²⁰⁶ hinaus. Als Surrogat des erlöschenden Eigentumsvorbehalts soll die Weiterverkaufsforderung treten; dadurch werde diese Forderung rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen ipso iure entzogen, so daß es nicht mehr zu einer Kollision mit einer Globalzession kommen könne.²⁰⁷

Zum anderen wird - freilich mit unterschiedlichen Begründungsansätzen - die sogenannte **vertikale Forderungsteilung** vertreten. Nach dieser Ansicht sollen die Sicherungsgeber im Verhältnis ihrer jeweiligen Sicherheiten anteilig befriedigt werden.²⁰⁸ Es erfolgt keine vorrangige Befriedigung einzelner Gläubiger, sondern eine anteilige Befriedigung aller "beteiligten" Gläubiger nach dem Mass der jeweiligen Sicherungsinteressen. Diese Teilungsvariante fußt auf ERMAN²⁰⁹, der die Anwendung des § 138 mit der Begründung ablehnte, daß für sich gesehen weder Globalzessionar noch Vorbehaltslieferant etwas Anstößiges tun, wenn sie ein an sich zulässiges Sicherungsmittel vereinbaren.²¹⁰ Durch Auslegung der Sicherungsvereinbarungen will Erman deshalb die doppelt besicherte Forderung nach dem Mass des Verhältnisses teilen, in dem die Zessionare und der Zedent mit ihrem Eigenkapital jeweils

²⁰⁶ Vgl. dazu Rühl, S.41 ff.; Schwister, JW 1938,1689,1690; Neubeck, NJW 1959,581 f. Vgl. K. Schmidt, DB 1977,65,67 ff., für den Factoring-Bereich.

²⁰⁷ Ähnliches besagt die sogenannte Nähetheorie, nach welcher der Vorbehaltslieferant unmittelbarer und direkter als der Geldkreditgeber zur Entstehung der Weiterverkaufsforderung beitrage, er also infolge größerer "Nähe" zur Weiterverkaufsforderung den Vorzug verdiene.

²⁰⁸ Dies vertreten Erman, BB 1959,1109 ff.; Beuthien, BB 1971,375 ff.; Esser, ZHR 135,320 ff.; ders., JZ 1968,281 ff.; Finger, JZ 1970,642 ff.

²⁰⁹ BB 1959,1109 ff.

²¹⁰ BB 1959,1109,1110 f.

zur Entstehung der Forderung beigetragen haben.²¹¹ Auf einer dogmatischen Begründung basiert die Auffassung BEUTHIENS, der davon ausgeht, daß das Prioritätsprinzip bei Vorausabtretungen versage, da auf Dauer bei dessen Geltung die Globalzession vorrangig befriedigt werden würde. Die mehreren Vorausverfügungen müßten deshalb gleichzeitig wirksam und alle Sicherungsinteressen gleichrangig befriedigt werden. Sofern eine volle gleichrangige Befriedigung nicht erfolgen kann, soll eine Teilwirksamkeit der Abtretungen und eine Beteiligung der Zessionare im Verhältnis der Kreditnennbeträge erfolgen.²¹² ESSER will die Sittenwidrigkeit der Globalzession (mit dem Instrument des § 138) anhand eines objektiven Maßstabs überprüfen. Danach sei die Globalzession jedenfalls dann nichtig, wenn eine vertikale Teilung nach den Kreditvolumina zwischen den Parteien nicht vereinbart worden sei.²¹³ FINGER letztlich plädiert für eine Teilnichtigkeit der Globalzession über § 139.²¹⁴

Eine weitere Teilungsvariante teilt die belasteten Forderungen nicht auf, sondern trennt zwischen Forderungen, die mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt belastet bzw. unbelastet sind. Die Globalzession soll danach von vornherein diejenigen Forderungen nicht umfassen, die später Gegenstand eines verlängerten Eigentumsvorbehalts geworden sind.²¹⁵ Indem auf diese

²¹¹ BB 1959,1109,1111 f.

²¹² Beuthien, BB 1971,375,377 f. Beuthien spricht von einem "Sicherheitskonkurs". Den Verantwortungsbeitrag des Zedenten auf die Entstehung der Weiterverkaufsforderung will Beuthien mangels Quantifizierungsmöglichkeit außer acht lassen.

²¹³ Esser, ZHR 135,320,338 f.; ders., JZ 1968,281,285. Esser will so auf die beteiligten Parteien einwirken und sie dazu zwingen, selbst Vereinbarungen zur Vermeidung eines Konflikts zu treffen.

²¹⁴ Finger, JZ 1970,642,644.

²¹⁵ Vgl. Berghaus, S.112 f.

Weise die Unwirksamkeit der Globalzession auf solche Ansprüche begrenzt wird, die nachträglich an Lieferanten abgetreten wurden, werden im Ergebnis diejenigen Wirkungen erzielt, die der BGH mit seiner Forderung nach einer dinglichen Teilverzichtsklausel erreicht. In beiden Fällen erfaßt die Globalzession diejenigen Forderungen nicht, die mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt belastet sind. Der Unterschied zwischen den beiden Lösungsansätzen besteht lediglich darin, daß nach den in der Lehre vertretenen Auffassungen diese Wirkung ipso iure eintritt, während nach der Ansicht des BGH für dieses Ergebnis eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung (Vereinbarung einer dinglichen Verzichtsklausel) zwischen Globalzessionar und Zedent erforderlich ist. Begründet wird diese Teilungsvariante mit einem Verstoß der Globalzession gegen ein aus § 138 I abgeleitetes Rücksichtnahmegebot.²¹⁶

c. Schadensersatzpflicht des Globalzessionars

Einen rechtsdogmatisch anderen Lösungsansatz befürwortet KADUK²¹⁷. Seiner Auffassung nach enthalte das fiduziarische Schuldverhältnis zwischen Globalzessionar und Vorbehaltskäufer eine sich im Wege ergänzender Vertragsauslegung ergebende Schutzvereinbarung zugunsten des Vorbehaltskäufers, nach welcher die Globalzession von vornherein keine bereits belasteten Forderungen umfasse. Die Verletzung dieser Schutzvereinbarung, z.B. durch Einzug einer derartigen Forderung, begründe einen Schadensersatzanspruch des Vorbehaltsverkäufers in Höhe des gelieferten Warenwertes gegen den Globalzessio-

²¹⁶ Vgl. Berghaus, S.108,113 ff.

²¹⁷ Kaduk, FS-Larenz (1973), 683 ff., insbes. S.699 ff.

nar.²¹⁸ Im Unterschied zu den Teilungsvorschlägen erhält der Vorbehaltslieferant also keinen dinglichen, sondern lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Globalzessionar.

d. Strikte Geltung des Prioritätsprinzips

Zu einem völlig anderen Ergebnis führt die strikte Anwendung des Prioritätsprinzips.²¹⁹ Um der Rechtssicherheit und dem verfassungsrechtlich geregelten Grundsatz der Gewaltenteilung genüge zu tun, müsse das geltende Recht Anwendung finden, denn die Rechtsprechung dürfe anders als der Gesetzgeber nicht verändernd ins geltende Recht eingreifen.²²⁰ Solange aus dem Gesetz nicht ersichtlich sei, daß eines der beiden konkurrierenden Rechtsinstitute - Eigentumsvorbehalt oder Globalzession - stärker zu schützen sei, müsse der Gesetzgeber diese Frage regeln. Ohne eine solche gesetzgeberische Regelung komme eine Durchbrechung des Prioritätsprinzips nicht in Betracht.

²¹⁸ Vgl. Kaduk, FS-Larenz (1973), 683, 699 ff. Einen ähnlichen Ansatz vertreten Nörr/Scheyhing, § 10 II 4 c, die eine Aufklärungspflicht des Globalzessionars gegenüber dem Vorbehaltslieferanten über die bestehende Globalzession befürworten. Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht begründe neben einem Schadensersatz auch einen bereicherungsrechtlichen Anspruch (in entsprechender Anwendung des § 951) gegen den Globalzessionar in Höhe des Wertes der Vorbehaltsware.

²¹⁹ So insbesondere Baur/Stürner, § 59 B V 2; Wolf/Haas, ZHR 154, 64 ff. Bereits zuvor OLG Hamburg NJW 1959, 102, 103; Eichhorn, DB 1954, 532, 533; Dempewolf, DB 1959, 564, 565; ders., NJW 1957, 858; ders., NJW 1956, 851, 853; Klaas, NJW 1968, 1502, 1503 f. Kritisch dazu Henckel, VersR 1975, 773, 778, der fragt, ob das Prioritätsprinzip überhaupt dort gelten könne, wo mehrere Abtretungen erst mit dem Entstehen der Kundenforderung gleichzeitig wirksam werden. Ähnlich Esser, ZHR 135, 320, 326. Vgl. auch K.Schmidt, DB 1977, 65, 68, der das Prioritätsprinzip als zu starr zur Lösung des Konflikts zwischen Globalzessionar und Warenlieferant empfindet. Aus neuerer Zeit siehe Hennrichs, JZ 1993, 225 ff. (dazu sogleich).

²²⁰ Vgl. OLG Hamburg NJW 1959, 102, 103.

e. Beschränkung der Vorauszession

Andere Autoren versuchen, den Konflikt zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt von vornherein zu vermeiden, indem sie die Zulässigkeit von Vorauszessionen beschränken.²²¹ So wird verlangt, daß die zedierte Forderung im Abtretungszeitpunkt zumindest nach Rechtsgrund und Person des Drittschuldners bestimmbar sein müsse.²²² Danach wären Vorauszessionen in der Regel unwirksam und eine Konkurrenz von Globalzession sowie verlängertem Eigentumsvorbehalt damit vermieden²²³, da insbesondere die Person des Drittschuldners im Abtretungszeitpunkt zumeist noch nicht ausreichend individualisiert sein wird. Zwar läßt diese Auffassung die mittlerweile gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Vorauszession außer acht²²⁴, es bedurfte aber dennoch ihrer Darstellung, da ein Blick auf andere Rechtsordnungen (z.B. Schweden) aufzeigen wird, daß die unbeschränkte Anerkennung des Instituts der Vorauszession keineswegs als selbstverständlich anzusehen ist.²²⁵

f. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß einschließlich der Rechtsprechung alle Auffas-

²²¹ So insbesondere Schwerdtner, NJW 1974,1785 ff. Aber auch Westermann, Interessenkollisionen, S.15 ff. Vgl. auch v.Cammerer, JZ 1953,98; Fischer, NJW 1959,366; ders., Diss., S.22 ff.; RGZ 142,139; 149,96; 155,26.

²²² Schwerdtner, NJW 1974,1785,1788; Westermann, a.a.O.

²²³ Bülow, Rn.1448 f., hält dieses Ergebnis für nicht untragbar, da auf diese Weise zumindest der Umfang der Konkursmasse erweitert werden würde. Allerdings gesteht er zu, daß ein solches Ergebnis aus Gründen der Rechtssicherheit nur de lege ferenda gefunden werden könne.

²²⁴ Vgl. oben 1. Kapitel IV 1.

²²⁵ So auch Henrichs, JZ 1993,225,226.

sungen -bis auf diejenige, die für eine strikte Geltung des Prioritätsprinzips plädiert- einhellig eine, wie auch immer geartete, Beteiligung des Lieferanten an der Drittschuldnerforderung befürworten. Es besteht also weitgehende Übereinstimmung darüber, daß beim Konflikt zwischen Warenlieferanten und Geldkreditgeber die strikte Einhaltung des Prioritätsprinzips zu unbilligen Ergebnissen führt, und daß dieses Prinzip daher bei der derzeitigen Gesetzeslage korrekturbedürftig ist.

7. Lösungsansätze de lege ferenda

Neben den soeben dargestellten Lösungsvorschlägen, die ihre Grundlage in der derzeitigen Gesetzeslage suchen, existieren noch andere Varianten, die eine grundsätzliche Reform des derzeit geltenden Kreditsicherungsrechts de lege ferenda befürworten.²²⁶

a. Nichtzulassung von Verlängerungsformen

Am weitesten geht der Vorschlag, den Verlängerungsformen der Kreditsicherungsrechte, so z.B. dem verlängerten Eigentumsvorbehalt oder der Globalzession, von vornherein die Wirksamkeit zu versagen.²²⁷ Dies stellt den einfachsten, gleichsam aber auch den radikalsten Weg zur Vermeidung einer Konkurrenz zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession dar.

b. Nichtzulassung bestimmter Sicherheiten

²²⁶ Zum Ganzen vgl. insbesondere Drobnig, S.54 ff.

²²⁷ Vgl. zu diesem Vorschlag Drobnig, S.68 ff. Westermann, Interessenkollisionen, S.15 ff., dürfte über eine Beschränkung der Vorauszession zum selben Ergebnis gelangen.

Ähnlich ist der Ansatz, der das für Sicherungsrechte zur Verfügung stehende Sicherungsgut beschränken will, insbesondere durch gegenständliche Schranken²²⁸, um Sicherungsrechte - wie in anderen Rechtskreisen - nur für bestimmte Sachen, z.B. Maschinen oder gewerbliche Erzeugnisse, zuzulassen und für anderes Sicherungsgut, z.B. für Forderungen oder zum Weiterverkauf bestimmter Sachen, von vornherein auszuschließen. Der Ausschluß von Forderungen und von Sachen, die zum Weiterverkauf bestimmt sind, als Sicherungsgut, käme dabei einem Verbot von Globalzessionen und verlängerten Eigentumsvorbehalten gleich. Gleichzeitig bedeutet die Beschränkung von Sicherungsrechten auf nur bestimmte Sachen eine erhebliche Einschränkung des einfachen Eigentumsvorbehalts.

c. Publizitätserfordernisse

Eine weitere Möglichkeit, Konkurrenzen verschiedener Sicherungsrechte zu vermeiden, stellen Publizitätserfordernisse dar²²⁹, zumal das deutsche Recht - wie noch zu zeigen sein wird - im internationalen Vergleich diesbezüglich bislang sehr "freizügig" ist.²³⁰ Neben der Vermeidung etwaiger Konkurrenzen erwartet man davon auch, daß Schuldner sich bei der Bestellung von Sicherheiten im Hinblick auf die Publizierung ihrer tatsächlichen Vermögensverhältnisse eher zurückhaltend verhalten werden.²³¹

²²⁸ Zur unpraktikablen Möglichkeit der Schaffung quantitativer Schranken vgl. Drobnig, S.81 f.

²²⁹ Vgl. Flume, Besitzloses Fahrnispfand, S.82; Drobnig, S.58; Lehmann, S. 16 ff.; Kilger, KTS 1975,142,151 f.; ders., DB 1975,1445,1446 f.

²³⁰ Vgl. Drobnig, S.56: "Die mangelnde Offenkundigkeit der deutschen besitzlosen Sicherungsrechte ist für manche ihre wundeste Stelle."

²³¹ Vgl. Westermann, 41.DJT II, S. 3, 11 f.; Flume, NJW 1959,913 f.; Drobnig, S.58.

Eine Publizität ist auf verschiedenen Wegen erreichbar, wobei jeder Schritt in Richtung eines höheren Grades an Publizität gleichzeitig ein größeres Maß an Aufwand erfordert. Zu denken ist zunächst, in Anlehnung an die gesetzlichen Pfandrechtsvorschriften, an eine Publizität in Form einer Anzeige an den Drittschuldner²³² oder in öffentlicher Form, für die in der Regel der Schuldner Sorge zu tragen haben wird.²³³ Zuverlässiger ist die Einführung einer Brief-Publizität, ähnlich wie bei den Grundpfandrechten oder beim Kraftfahrzeug. Allerdings spielt diese Publizitätsart bei der hier zu erörternden Vermeidung der Konkurrenz zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt sowie Globalzession keine große Rolle, da sie bei den jeweiligen Zessionaren lediglich Rückschlüsse auf die Vermögensverhältnisse des Zedenten zuließe, nicht aber offenlegen kann, welchem Zedenten eine Drittschuldnerforderung zusteht. Diese Publizitätsart ist lediglich dazu geeignet, das Eigentum gegen einen gutgläubigen Erwerb zu schützen, ist also insbesondere für den Schutz des (besitzlosen) Sicherungseigentums empfehlenswert. Am weitesten geht und insbesondere für Dritte leichter zugänglich ist eine Eintragungspflicht für besitzlose Sicherungsrechte in ein (öffentliches) Register.

d. Formzwang für Sicherungsverträge

²³² So insbesondere für die Sicherungsabtretung Klausning, S.365 f.

²³³ Die Möglichkeit der Einführung eines sog. Sicherungsbuches sowie die Bilanzpublizität sollen hier, im Hinblick auf ihre große Unsicherheit, die sich daraus ergibt, daß sie der Sicherungsschuldner selbst zu erstellen hat, und ihre schwere Zugänglichkeit, nicht erörtert werden. Vgl. dazu Drobnig, S.63 f.; Lehmann, S.23 f.

Schließlich verlangen noch einige Stimmen die Formalisierung von Sicherungsverträgen. Dies ist zum einen durch einfache Schriftform, zum anderen durch öffentliche Beglaubigung zu erreichen. Das Erfordernis einer einfachen Schriftform wird jedoch nicht dazu in der Lage sein, Konkurrenzen von Sicherungsrechten zu verhindern, da heute nahezu alle Sicherungsverträge schriftlich, zumeist durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, abgeschlossen werden. Aus diesem Grunde verlangt HAGENMÜLLER²³⁴, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere die Vereinbarung der Erstreckungsformen des Eigentumsvorbehalts zu verbieten. Diese sollen nur in schriftlichen Einzelverträgen vereinbart werden dürfen. Er verspricht sich davon, den Abschluß derartiger Sicherungsverträge und damit die Entstehung von verlängerten Eigentumsvorbehalten in der Weise zu beeinflussen, daß Abnehmer von Warenlieferungen sich seltener auf die Vereinbarung von verlängerten Eigentumsvorbehalten einlassen werden, wenn diese in jedem Einzelfall ausdrücklich schriftlich vereinbart werden müssen. Die Zahl derartiger Vereinbarungen verringere sich damit. Zudem werde durch die erhöhte "interne Publizität" eines Einzelvertrages die Gefahr von Doppelabtretungen durch den Schuldner verringert. Außerdem erhofft man sich, Klarheit über den Zeitpunkt der Entstehung des Sicherungsrechts zu schaffen.²³⁵

Zudem ist das Erfordernis einer öffentlichen Beglaubigung des Sicherungsvertrages denkbar.

8. Stellungnahme

²³⁴ Hagenmüller, S.58 ff.

²³⁵ Vgl. Lehmann, S.20 f.

Dem Lösungsansatz des BGH im Hinblick auf die Konkurrenz zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession kann nicht gefolgt werden. Insofern ist dem Kritikansatz des Schrifttums beizupflichten, daß die Auffassung des BGH über das eigentliche Ziel, nämlich dem verlängerten Eigentumsvorbehalt des Warenlieferanten bei bestehender Konkurrenzsituation Vorrang zu gewähren, verfehlt. Denn die Rechtsprechung des BGH führt dazu, daß eine Globalzession, die die vom BGH aufgestellten Erfordernisse nicht erfüllt, der Nichtigkeitsfolge des § 138 unterfällt, d.h., daß selbst der über das Sicherungsinteresse des Vorbehaltslieferanten hinausgehende Teil der Abtretung nichtig ist, und zwar auch dann, wenn eine Konkurrenz zwischen Vorbehaltslieferant und Globalzessionar gar nicht mehr besteht.

Schon die Begründung des Lösungsansatzes über § 138 stößt somit auf erhebliche Bedenken. Die Anwendung des § 138 ist aber auch deshalb sehr bedenklich, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen in der Regel kaum gegeben sein dürften, was sich bereits darin äußert, daß die Rechtsprechung auf das Vorliegen der subjektiven Komponente kaum noch Wert legt bzw. deren Vorhandensein bereits durch die Vereinbarung einer Globalzession als gegeben ansieht. Es ist aber den Stimmen aus dem Schrifttum darin beizupflichten, daß nichts Anstößiges, gar Sittenwidriges darin gesehen werden kann, wenn ein an sich zulässiges Sicherungsmittel vereinbart wird. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb ein Globalzessionar erst in der Zukunft zu treffende Absprachen sollte beachten müssen. Ebenso könnte vom Vorbehaltslieferanten verlangt werden, die bereits zuvor vereinbarte

Globalzession zu beachten, zumal ein Vorbehaltslieferant regelmäßig damit rechnen muß oder zumindest zu rechnen hat, daß ein Unternehmen, welches Lieferantenkredite in Anspruch nimmt, eine Globalzession bereits bestellt hat.

Ferner ist bei bestehender Gesetzeslage nicht erkennbar, aus welchen Gründen überhaupt der Vorbehaltsverkäufer besser geschützt sein sollte als der Globalzessionar. Eine Wertung zugunsten des einen oder anderen Kreditsicherungsmittels ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Letztlich helfen sowohl Vorbehaltslieferanten als auch Globalzessionar gleichermaßen, die Existenz des Unternehmens am Markt zu erhalten.

Konsequenz dieser Auffassung ist, daß auch allen anderen Lösungsansätzen, die bei bestehender Gesetzeslage dem verlängerten Eigentumsvorbehalt ein Vorrecht - in welcher Form auch immer - einräumen, nicht gefolgt werden kann.

Dies trifft beispielsweise zu auf die Auffassung, die für die Nichtigkeit der Globalzession²³⁶ plädiert, damit zu gleichen Ergebnissen - freilich mit anderer Begründung - gelangt wie der BGH. Ebenso scheiden diejenigen Teilungsvorschläge aus, die eine vorrangige Befriedigung des Vorbehaltslieferanten fordern.

Ausscheiden muß auch die Auffassung, die Vorauszessionen beschränken will²³⁷, da damit die gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Vorauszession außer Acht gelassen wird, mit möglicherweise verheerenden Folgen für die Wirtschaft. Denn letztlich wird dadurch die Möglichkeit ausgeschlossen, verlängerte Eigentums-

²³⁶ Siehe oben 1. Kapitel VI 6 a.

²³⁷ Siehe oben 1. Kapitel VI 6 e.

vorbehalte und Globalzessionen überhaupt wirksam zu vereinbaren. Aufgrund der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Vorauszession wäre eine solche Änderung der bestehenden Rechtslage - schon aus Gründen der Rechtssicherheit - wohl nur de lege ferenda praktikabel.

Einen interessengerechten Ausgleich vermag bei bestehender Gesetzeslage somit lediglich diejenige Auffassung zu erreichen, die eine anteilige Befriedigung der Sicherungsgeber im Verhältnis ihrer Sicherheiten fordert, obgleich auch eine solche Regelung dem Gesetz nicht entnommen werden kann. Letztlich kommt als einzige und strikte Geltung des Gesetzes nur diejenige Lösungsalternative in Betracht, die die strikte Geltung des Prioritätsprinzips befürwortet.

Von den Lösungsansätzen de lege ferenda erscheint lediglich diejenige praktikabel, die eine Publizität der Sicherungsrechte fordert. Um aber auch hier einem Mißbrauch vorzubeugen, sollte die Eintragung in ein Register verlangt werden, da bloße Drittschuldneranzeigen oder gar nur ein Schriftformerfordernis, welches heute ohnehin nahezu immer eingehalten wird, letztlich auch manipulierbar sind, insbesondere wenn es darum geht, den Zeitpunkt der Vereinbarung des Sicherungsrechts mit Gewissheit zu bestimmen. Daß ein solcher Weg durchaus praktikabel ist, zeigt der Blick auf die sogleich zu erörternden Rechtsordnungen. Freilich ist im Rahmen dieser Erörterungen aber auch die Frage zu stellen, ob es bei der Einführung eines Registrierungserfordernisses dann nicht auch sinnvoll ist, ein Kreditsicherungsmittel, wie beispielsweise die Unternehmenshypothek einzuführen, da diese noch umfassender ist als die Globalzession.

Alle anderen oben dargestellten Lösungsansätze de lege ferenda lassen außer acht, daß sich verlängerte Eigentumsvorbehalte und Globalzessionen in unserer Rechtsordnung bereits etabliert haben, so daß deren Abschaffung - jedenfalls ohne gleichzeitige Schaffung eines ähnlich umfassenden Kreditsicherungsrechts - nicht befürwortet werden kann.

Zweites Kapitel: England

I. Allgemeines

Gerade im englischen Kreditsicherungsrecht macht sich die "gespaltene" Rechtsordnung Englands bemerkbar. Die einstige Unterscheidung zwischen der Common Law¹ und der Equity-Gerichtsbarkeit hat auch bei den Sicherungsrechten zur Entwicklung unterschiedlicher Rechtsinstitute geführt.² Obwohl beide Rechtssysteme durch den Judicature Act von 1873 - in Kraft getreten 1875 - vereint worden sind, so daß seitdem sämtliche Gerichte sowohl die Grundsätze des einen als auch diejenigen des anderen Systems zu beachten haben³, bestehen auch heute noch in einigen Rechtsgebieten weitreichende Unterschiede zwischen den beiden Rechtssystemen.⁴ Für die Behandlung einiger Sicherungsrechte kommt es deshalb entscheidend darauf an, ob es sich um ein im Common Law oder in Equity entwickeltes Rechtsinstitut handelt. So hat diese Unterscheidung z.B. insbesondere beim Institut der Abtretung zur Entwicklung zweier unterschiedlicher Abtretungsformen geführt.⁵

II. Überblick über einige Sicherungsarten

¹ Mit Common Law ist hier nicht der Gegensatz zu den kontinentalen Rechtsordnungen, sondern derjenige zur Equity-Gerichtsbarkeit gemeint. Vgl. auch Zweigert/Kötz, § 14 III (S.184 f., insbesondere S.185).

² Vgl. ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung Zweigert/Kötz, § 14 III.

³ Vgl. Zweigert/Kötz, § 14 V (S.195 f.).

⁴ Vgl. Zweigert/Kötz, § 14 III (S.185 ff.).

⁵ Siehe dazu noch ausführlich unten 2. Kapitel III, insbesondere III 2 und 3. Ähnlich ist es bei der "mortgage" oder bei der "charge".

Neben der Abtretung und dem Eigentumsvorbehalt kennt auch das englische Recht weitere Kredit-sicherungsformen, von denen einige zum besseren Verständnis der folgenden Darstellung kurz vor-gestellt werden sollen.

1. Besitzpfandrecht (pledge)

Ältestes Sicherungsrecht in England ist das Besitzpfandrecht (pledge).⁶ Dieses entspricht in etwa dem Pfandrecht des BGB. Auch dort ist es aus Publizitätsgründen⁷ erforderlich, daß dem Gläubiger Besitz an der verpfändeten Sache eingeräumt wird, allerdings reicht mittelbarer Besitz bereits aus. Erfüllt der Schuldner seine Zahlungsverpflichtungen nicht, so hat der Gläubiger anders als im deutschen Recht⁸ ein Recht zum Verkauf der Sache.⁹

2. Charge

Ein weiteres Sicherungsmittel ist die sogenannte "charge". Bei ihr handelt es sich um eine reine Belastung eines Gegenstands, die durch eine Vereinbarung¹⁰ zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner an einer bestimmten Sache oder

⁶ Vgl. dazu Goode, Legal Problems, S. 10 ff.; ders., Commercial Law, S.643; Snell's Equity, S.453 ff.; Had-ding/Schneider, Rn.386 ff.; Bernstorff, Rechtsprobleme, S.109 f.

⁷ Vgl. Goode, Legal Problems, S.38.

⁸ Das BGB gestattet dem Gläubiger lediglich die Verwer-tung im Wege der Versteigerung (vgl. § 1235 I BGB; zur Ausnahme vgl. § 1235 II BGB).

⁹ Um den Fall eines "contractual lien" handelt es sich hingegen, wenn dem Gläubiger vertraglich ausdrücklich nur ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wurde; vgl. Goode, Legal Problems, S.14.

¹⁰ Hierfür ist die ausdrückliche oder konkludente Verein-babung, daß ein Gegenstand als Sicherheit dienen soll, ausreichend. Vgl. Goode, Legal Problems, S.28; ders., Commercial Law, S.675 f.

Forderung des Schuldners, welche als Sicherheit haften soll, bestellt wird. Auch hier ist der Gläubiger dazu befugt, den Gegenstand zu veräußern, sofern der Schuldner seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Der Vorteil der "charge" liegt darin begründet, daß für ihre Bestellung keine Besitzübergabe oder Aufgabe des Eigentums- beziehungsweise Forderungsinhaberschaftsrechts (wie z.B. bei der sog. ("chattel")-"mortgage"¹¹, welche als Übertragung eines Rechts an einem Rechtsgut als Sicherheit für die Zahlung einer Verbindlichkeit der deutschen Sicherungsübereignung entspricht) erforderlich sind.¹² Bei einer "charge" wird also nichts übertragen, sondern lediglich ein Recht auf etwas gewährt.¹³ Da die Sache somit beim Schuldner mit "vollem Recht" verbleibt, kann dieser die Sache an Dritte veräußern. Dabei hat die "charge" den Vorteil, daß sie mitübergeht, also auch dem Dritterwerber gegenüber Wirkungen entfaltet, es sei denn, dieser erwirbt den Gegenstand gutgläubig.¹⁴

Für den Fall, daß der Schuldner eine Gesellschaft ist, sind sec. 395 ff. Companies Act (CA) 1985 zu beachten.¹⁵ Danach bedürfen "char-

¹¹ Vgl. dazu Goode, Legal Problems, S.14; ders., Commercial Law, S.644 f.; Chorley, S.289; Bernstorff, Rechtsprobleme, S.110 f.; Triebel, Rn.311 ff.

¹² Dies bedeutet gleichzeitig, daß die "charge" nur aufgrund Gesetzes oder in Equity existiert, wobei für die hier zu erörternden Fälle der Mobiliarsicherung lediglich die "equitable charge" in Betracht kommt. Vgl. Kessel, RIW 1991,812,813.

¹³ Vgl. Chorley, S.290.

¹⁴ Vgl. zum ganzen Goode, Legal Problems, S.14; ders., Commercial Law, S.645 f.; Snell's Equity, S.449 f.; Buckley, Bd.1, S.238 ff.; Gough, S.1 ff.; Pennington, Company Law, S.561.

¹⁵ Part IV (sec. 92-107) des Companies Act 1989 sieht weitreichende Änderungen hinsichtlich der Registrierungserfordernisse von Part XII Companies Act 1985 vor. Der Gesetzesentwurf von 1989 wurde jedoch als weitestgehend verfehlt angesehen, und es steht daher nicht zu erwarten, daß er in nächster Zukunft - wenn

ges" unter anderem über Land, Schiffe, Flugzeuge, Intellectual Property, Buchforderungen ("book debts") einer Gesellschaft, "charges" über bewegliche Gegenstände, welche sich nicht im Besitz des Gläubigers befinden oder auf die dieser keinen dokumentenmäßigen Anspruch hat, sowie die sogenannte "floating charge"¹⁶ über das Eigentum und das Geschäft einer Gesellschaft der Eintragung in ein öffentliches Register.¹⁷ Diese Registrierung hat gemäß sec. 398 ff. CA 1985 binnen 21 Tagen nach Begründung des Sicherungsrechts zu erfolgen.¹⁸ Anderenfalls ist sie im Außenverhältnis (z.B. gegenüber anderen Gläubigern, dem "liquidator" oder "administrator" der Gesellschaft) unwirksam.¹⁹

Im Hinblick auf die hier zu erörternden Kreditsicherungsrechte, die Sicherungszession sowie den verlängerten Eigentumsvorbehalt, ist die Registrierungspflicht einer "charge" über Buchforderungen ("book debts") einer Gesellschaft

überhaupt - in Kraft treten wird. Im Folgenden wird daher der CA 1985 zugrunde gelegt. Bei natürlichen Personen sind bei der Vereinbarung von Sicherheiten die Vorschriften des Bill of Sales Act 1878 sowie des Bill of Sales Act (1878) Amendment Act 1882 zu beachten.

¹⁶ Die "floating charge" stellt eine Art "Generalhypothek" bzw. besitzloses Pfandrecht (so Triebel, Rn.331) am Gesamtvermögen oder einem Teil des Vermögens einer Gesellschaft, die einem ständigen Wandel unterliegen, dar. Der Bestand der belasteten Gegenstände wechselt dabei im Zuge der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft. Die "floating charge" erlischt, wenn die belasteten Gegenstände veräußert werden und erstreckt sich ipso iure auf die Surrogate. Vgl. dazu ter Meulen, S. 1 ff.; Pennington, Company Law, S.561 f.; Harding/Schneider, Rn.621 ff. m.w.N.; Triebel, Rn.331 ff., sowie sogleich ausführlich unter II 3.

¹⁷ Dem sog. "Registrar of Companies", Companies Registration Office, Companies House, Crown Way, Maindy, Cardiff, LF4 3UZ.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen auch Gough, S. 1 ff.

¹⁹ Gegenüber der Gesellschaft selbst bleibt die Belastung wirksam, d.h. der Sicherungsnehmer kann vom Sicherungsgeber auch ohne Eintragung Zahlung verlangen und sein Recht zwangsweise durchsetzen. Vgl. zum Ganzen Palmer's Company Law, Rn.46-07, S.742.

zu beachten. Dies sind Forderungen, die gewöhnlich im Betrieb eines Handelsgewerbes entstehen und in die Handelsbücher beziehungsweise deren moderne Äquivalente eingetragen werden, wobei es allerdings für die Charakterisierung als Buchforderung nicht darauf ankommt, ob die Eintragung ins Handelsbuch auch tatsächlich erfolgt.²⁰ Nach dieser Begriffsbestimmung können also auch Weiterverkaufsforderungen darunter fallen, so daß für diese - und damit auch für den verlängerten Eigentumsvorbehalt - möglicherweise die Registrierungsspflicht der sec. 395, 396 CA 1985 eingreift.²¹

3. Floating Charge

a. Allgemeines

Für Sicherungszwecke wird am häufigsten die sog. "floating charge" benutzt.²² Die "floating charge" findet im deutschen Recht kein entsprechendes Rechtsinstitut und wird daher häufig als "General-" oder "Unternehmenshypothek"²³ bezeichnet.²⁴ Zwar können mit einer "floating charge" auch bestimmte abgegrenzte Teile eines Unternehmens belastet werden²⁵, doch stellt dies eher einen Ausnahmefall dar. In der Regel wird

²⁰ Vgl. Palmer's Company Law, Rn.46-06, S.739 m.w.N.

²¹ Ausführlich dazu unter 2. Kapitel III 4 sowie V; zum einfachen Eigentumsvorbehalt siehe unter 2. Kapitel IV 2 und IV 5 b aa. Siehe auch Palmer's Company Law, Rn.46-06, S.739.

²² Vgl. Bernstorff, Einführung, S. 123.

²³ So z.B. Hadding/Schneider, Rn.623; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 628.

²⁴ Triebel, Rn.331, bezeichnet sie als besitzloses Pfandrecht. Ausführlich zur "floating charge" u.a. Sadtler, S. 24 ff.; Holden, Rn. 32-33 ff.; Goode, Commercial Law, S. 730 ff.; Gough, S. 85 ff.

²⁵ Re Colonial Trusts Co. (1880), 15 ChD.465; Palmer's Company Law, S.710.

gerade deshalb auf die "floating charge" zurückgegriffen, um dem Sicherungsnehmer eine möglichst umfassende Sicherheit zu verschaffen.²⁶ Die "floating charge" vermag nämlich das gesamte gegenwärtige und zukünftige²⁷ Betriebsvermögen - also alle Aktiva - zu erfassen, insbesondere Mobilien, Immobilien, Forderungen und sonstige Rechte aller Art²⁸ sowie auch den "goodwill"²⁹ eines Unternehmens.³⁰ Darin liegt einer der entscheidenden Vorteile der "floating charge", denn durch sie können Vermögensteile, die bei Bestellung anderer Kreditsicherungsmittel nicht oder nur schwer als Sicherheit dienen könnten und daher als Kreditsicherheit nicht nutzbar wären, belastet werden.³¹

Historisch hat sich die "floating charge", die den "equitable charges" zuzuordnen ist³², in der handelsrechtlichen Praxis entwickelt und wird,

²⁶ Vgl. Triebel, Rn.331. Auch Wenckstern, *RabelsZ* 56 (1992), 624, 630.

²⁷ Die Erfassung zukünftiger Rechte ist deshalb problemlos möglich, weil Sicherungsgegenstand nicht einzelne Rechte sind, sondern das Vermögen des Unternehmens in seinem jeweils wechselnden Bestand. Vgl. Hadding/Schneider, Rn.624.

²⁸ Dazu zählen insbesondere Anwartschaften und Immaterialgüterrechte.

²⁹ Vgl. sec. 396 (1) (j) CA 1985.

³⁰ Pennington, *Company Law*, S.561 f.; Wenckstern, *RabelsZ* 56 (1992), 624, 630; Hadding/Schneider, Rn.624. Goode, *Legal Problems*, 1.A., S.11, sowie Triebel, Rn.331, sprechen von einem Haftungsfond, der dem Sicherungsnehmer zur Verfügung steht. Vgl. auch die Beschreibungen der "floating charge" in *Government Stock Co. Ltd. v. Manila Railway Co. Ltd.*, [1897] A.C. 81, 86; *Illingworth v. Houldsworth*, [1904] A.C. 355, 358; *Re Brightlife Ltd.*, [1986] 3 All ER 673, 680. Geschäftsbücher der Gesellschaft unterfallen allerdings nicht der "floating charge", da sie im Falle der Insolvenz dem Konkursverwalter zugänglich sein müssen. Vgl. *Re Clyne Tin Plate Co.Ltd.* [1882], 47 L.T. 439; *Re Capital Fire Insurance Association* [1883], 24 Ch.D. 408; *Palmer's Company Law*, S.711 f.

³¹ Vgl. Hadding/Schneider, Rn.621.

³² Goode, *Legal Problems*, S.46; *Gower's Principles*, S.362; Hadding/Schneider, Rn.623; Triebel, Rn.333.

nachdem sie richterlich anerkannt worden ist³³, insbesondere von Banken zur Absicherung von sog. "debentures"³⁴ genutzt.³⁵ Da die "floating charge" bislang nur in wenigen Teilbereichen eine gesetzliche Regelung gefunden hat³⁶, bleibt ihre Ausgestaltung im Einzelnen vornehmlich der Abrede der Parteien vorbehalten.³⁷

b. Wirksamkeitsvoraussetzungen der "floating charge"

Bestellt werden kann die "floating charge" nur von Kapitalgesellschaften ("companies")³⁸, da auf natürliche Personen und "partnerships" der Bills of Sale Act 1878 sowie der Bills of Sale Act (1878) Amendment Act 1882 Anwendung fin-

³³ Vgl. Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co. (1870), L.R. 5 Ch.App.318; Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd., [1903] 2 Ch.D. 284, bestätigt vom House of Lords unter Illingworth v. Houldsworth, [1904] A.C.355.

³⁴ Darunter ist eine Art Schuldverschreibung zu verstehen, mit der Kredite am allgemeinen Geldmarkt beschafft werden können. Vgl. Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 631 f. Ausführlich siehe Gough, S.645 ff.; Palmer's Company Law, S.672 ff.; Pennington, Company Law, S.560 f.; Osborne, S.108; Hadding/Schneider, Rn.608 ff.

³⁵ Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. ter Meulen, S.21 ff.; Pennington, Mod.L.Rev. 23 (1960), 630 ff.; Gough, S.102 ff.

³⁶ So z.B. im CA 1985 und IA 1986. Vgl. Hadding/Schneider, Rn.626; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 628; Triebel, Rn.332.

³⁷ Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Umfangs des Sicherungsgutes, der Festlegung des Verwertungsfalles und der Befugnisse des Sicherungsnehmers im Verwertungsfall.

³⁸ Gerade die Möglichkeit für Gesellschaften, eine "floating charge" einräumen zu können, stellt einen der Gründe dar, weshalb "companies" im englischen Wirtschaftsleben derart verbreitet sind. Vgl. Triebel, Rn.332; Hadding/Schneider, Rn.622; Gower's Principles, S.89. Vielfach wird ein Unternehmen nur zum Zwecke der Bestellung einer "floating charge" in eine "company" umgewandelt. Vgl. dazu Gower, Harv.L.Rev. 69 (1955/56), 1369, 1397.

den³⁹, die die Bestellung einer "floating charge" für diesen Personenkreis zwar nicht ausdrücklich, aber doch praktisch ausschließen. Denn zum einen ist nach den Vorschriften der oben genannten Bills of Sale Acts eine genaue Bestimmung des Sicherungsgutes erforderlich⁴⁰, zum anderen kann zukünftiges Vermögen nicht einbezogen werden.⁴¹ Angesichts der überragenden Verbreitung der "companies" im englischen Wirtschaftsleben wird die Bedeutung der "floating charge" durch diese Vorschriften aber kaum eingeschränkt.⁴²

Die Vereinbarung einer "floating charge" ist grundsätzlich⁴³ formlos möglich.⁴⁴ Wie bei der Vereinbarung einer "fixed charge" ist aber auch hier das Registrierungserfordernis der sec. 395 ff. CA 1985⁴⁵ zu beachten.⁴⁶ Für den Fall der

³⁹ Gemäß sec. 17 Bills of Sale Act (1878) Amendment Act 1882 finden die Vorschriften der Bills of Sale Acts auf Kapitalgesellschaften nämlich keine Anwendung, wenn diese zur Sicherung von "debentures" Belastungen aufnehmen. Diese Regelung wird heute allgemein auf die Bestellung von "floating charges" angewandt, also nicht nur dann, wenn sie der Besicherung von "debentures" dienen. Vgl. auch Gower's Principles, S.89; Gough, S.863 ff.

⁴⁰ Vgl. sec.4 des Bills of Sale Act (1878) Amendment Act 1882.

⁴¹ Vgl. sec. 5 Bills of Sale Act (1878) Amendment Act 1882. Zum ganzen auch Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624,629; Hadding/Schneider, Rn.622,628; Triebel, Rn.332; Gower's Principles, S.89 f. Kritisch Fitzpatrick, (1971) JBL 18 ff.

⁴² Dies liegt u.a. daran, daß selbst kleine Einzelhändler, Kaufleute und Handwerksbetriebe häufig in der Rechtsform der "company" organisiert sind. Vgl. Hadding/Schneider, Rn.622; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624,629.

⁴³ Eine Ausnahme gilt gemäß sec. 2 Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 bei der Verpfändung von Grundeigentum.

⁴⁴ Vgl. allerdings die bußgeldbewährten Vorschriften der sec. 411 f. CA 1985, die jedoch die Wirksamkeit der Vereinbarung nicht beeinflussen. Schon aus Beweisgründen empfiehlt es sich natürlich auch hier, Schriftform einzuhalten.

⁴⁵ Insbesondere sec. 396 (1)(f) CA 1985.

Nichtbeachtung dieser Vorschriften treten die gleichen - oben 2. Kapitel II 2 geschilderten - Rechtsfolgen wie bei einer "charge" ein.⁴⁷

c. Wirkung der "floating charge" vor Eintritt der "crystallisation"

Nach ihrer Bestellung bestimmen sich die Wirkungen und Rechtsfolgen der "floating charge" nach dem Zeitpunkt des Eintritts des Sicherungs- und Verwertungsfalls, der sogenannten "crystallisation".

Die Besonderheit der "floating charge" liegt darin, daß der Sicherungsgeber vor dem Zeitpunkt der "crystallisation" zunächst noch über sein Vermögen im ordentlichen Geschäftsgang⁴⁸ lastenfrei verfügen darf.⁴⁹ Die dingliche Wirkung der "floating charge" tritt also nicht sofort ein. Der Eintritt der dinglichen Wirkung

⁴⁶ Darüberhinaus sind sec. 245,249 IA 1986 zu beachten, die die Unwirksamkeit der "floating charge" für bestimmte Zeiträume statuieren, die vor dem Konkurs der Gesellschaft liegen. Vgl. dazu auch Palmer's Company Law, S.715 f.

⁴⁷ Vgl. Palmer's Company Law, S.742; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 634; Triebel, Rn.342 f.; Harding/Schneider, Rn.637 ff.

⁴⁸ Vertraglich vereinbarte Verfügungsbeschränkungen sind nicht üblich und widersprechen dem Wesen der "floating charge". Vgl. Illingworth v. Houldsworth, [1904] A.C. 355; Evans v. Rival Granite Quarries Ltd., [1910] 2 K.B. 979; Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd., [1903] 2 Ch.D. 284, 295; auch Re Horn and Hellard [1885], 29 Ch.D. 736; Palmer's Company Law, S.708; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 635.

⁴⁹ Darunter fallen z.B. Verkäufe von Waren, Forderungstilgungen sowie Aufrechnungen. Vgl. Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co. (1870), L.R. 5 Ch.App. 318, 322. Auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers kommt es dabei nicht an. Auch außerhalb des ordentlichen Geschäftsgangs kann Vermögen veräußert werden, sofern dies der Satzung der Gesellschaft unterfällt. Vgl. dazu Goode, Legal Problems, S.84 ff.; Harding/Schneider, Rn. 652 f.; ter Meulen, S.62 f.; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 635 m.w.N.

beginnt erst im Zeitpunkt der "crystallisation", in welchem sich die "floating charge" in eine "fixed charge" umwandelt. Zunächst wird also lediglich ein Schwebezustand vereinbart. An den so aus dem Vermögen des Sicherungsgebers ausgeschiedenen Bestandteilen erlischt die "floating charge", sie erfasst aber - als zukünftiges Vermögen - sogleich und ohne weiteren Rechtsakt als Surrogate die neu in das Vermögen des Sicherungsgebers tretenden Bestandteile.⁵⁰ Die Gegenstände der "floating charge" sind also einem ständigen Wandel unterworfen.⁵¹ Da der Sicherungsgeber berechtigt ist, belastete Vermögensbestandteile im ordnungsgemäßen Geschäftsgang⁵² zu veräußern, darf er auch sein gesamtes Vermögen (z.B. mit "legal mortgages", "fixed" oder weiteren "floating charges") belasten.⁵³ Auch die Einzelzwangsvollstreckung Dritter in das Gesellschaftsvermögen ist vorerst noch möglich.⁵⁴

⁵⁰ Pennington, *Company Law*, S.562; Wenckstern, *RabelsZ* 56 (1992), 624,635.

⁵¹ Gerade dies typisiert die "floating charge". Vgl. *Government Stock Co.Ltd. v. Manila Railway Co.Ltd.*, [1897] A.C. 81,86; *Illingworth v. Houldsworth*, [1904] A.C. 355,358. Goode, *Legal Problems*, 1.A., S.11 f., vergleicht die "floating charge" mit der Themse, deren Wasser sich zwar dauerhaft austauscht, sie aber dennoch ihre Identität beibehält.

⁵² Eine vertragliche Beschränkung hinsichtlich der Bestellung weiterer Sicherheiten ist im Gegensatz zur Vermögensveräußerung zumindest eingeschränkt als sog. "equitable restriction" möglich. Vgl. statt aller Wenckstern, *RabelsZ* 56 (1992), 624,635 f. m.w.N. Auch Triebel, Rn.337 (dort "negative pledge"-Klauseln).

⁵³ Vgl. *Re Florence Land Co.* [1878], 10 Ch.D. 530,541; *Wheatley v. Silkstone and Haigh Moor Coal Co.* [1885], 29 Ch.D.715; *Palmer's Company Law*, S. 712 f.; Triebel, Rn.336; Wenckstern, *RabelsZ* 56 (1992),624,635; *Hadding/Schneider*, Rn.653. Zum Rangverhältnis dieser nachträglich bestellten Sicherheiten zur "floating charge" siehe sogleich unter 2. Kapitel II 3 e.

⁵⁴ Anderenfalls könnte der Sicherungsnehmer im Zusammenwirken mit der Gesellschaft jede Einzelzwangsvollstreckung vereiteln. Vgl. *Palmer's Company Law*, S.725; *Pennington, Company Law*, S.579.

Die "floating charge" bietet dem Sicherungsnehmer vor der "crystallisation" also zunächst vornehmlich eine schuldrechtliche Sicherheit.⁵⁵ Sie erfasst zwar das gesamte - sich wandelnde - Vermögen des Sicherungsnehmers, bezieht sich aber zunächst nicht auf konkrete Sachen. Erst mit dem Sicherungsfall ("crystallisation") entfaltet die "floating charge" ihre eigentliche vollwertige Sicherungswirkung.⁵⁶ Angesichts dieser Tatsache ist umstritten, ob die "floating charge" vor der "crystallisation" überhaupt schon eine echte Sicherheit darstellt. Da es sich dabei jedoch nur um akademische Fragen handelt, die für die Praxis keinerlei Bedeutung haben, wird auf eine Darstellung verzichtet.⁵⁷

d. Wirkung der "floating charge" nach Eintritt der "crystallisation"

Mit dem Eintritt der "crystallisation" erlischt die Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers, und die "floating charge" wandelt sich in eine "fixed charge" unter Konkretisierung auf sämt-

⁵⁵ Goode, Legal Problems, 1.A., S.10; Hadding/Schneider, Rn.625,668; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,650.

⁵⁶ Vgl. Goode, Legal Problems, 1.A., S.10; Ferran [1988] C.L.J. 213,214 ff.; Worthington [1994] C.L.J. 81 ff. So ist die "floating charge" in ihrer Zeit vor der "crystallisation" als schlafend (siehe Government Stock Co. v. Manila Railway, [1897] A.C.81) oder als Wolke, die über dem jeweiligen Vermögen schwebt (so Gower's Principles, S.89), beschrieben oder auch mit einem Falken (so Mather, S.262) verglichen worden.

⁵⁷ Vgl. dazu Pennington, Mod.L.Rev. 23 (1960), 630, der diese Frage verneint. Anders Evans v. Rival Granite Quarries Ltd., [1910] 2 K.B. 979,994,996, insbesondere S.999; Re Woodroffes (Musical Instruments) Ltd., [1985] 3 WLR 543; Goode, Legal Problems, 1.A., S.10 f.; wohl auch Triebel, Rn.334. Vgl. auch Ferran [1988] C.L.J. 213,214 ff.; ausführlich Worthington [1994] C.L.J. 81,82 ff.; Gough, S.97 ff. m.w.N.; Palmer's Company Law, S.709 m.w.N.; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,638 f.

liche⁵⁸ zu diesem Zeitpunkt noch im Eigentum des Sicherungsgebers befindlichen oder noch hinzutretenden Vermögensteile um ("attachment").⁵⁹ Der Sicherungsnehmer erhält also jetzt eine volle dingliche Sicherheit.⁶⁰ Der Zeitpunkt, zu dem die "crystallisation" eintritt, ist entweder gesetzlich oder im Sicherungsvertrag bestimmt und ist in der Regel an den Eintritt gewisser Ereignisse geknüpft. Derartige privatautonome vereinbarte Ereignisse sind in der Regel die Durchführung der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen seitens Dritter⁶¹, die "crystallisation" einer anderen vor- oder nachrangigen "floating charge" über das gesicherte Vermögen⁶², eine entsprechende Mitteilung des Sicherungsnehmers an den Sicherungsgeber⁶³ sowie der einfache Zahlungsverzug des Sicherungsnehmers.⁶⁴ Weitere Fälle sind die "liquidation" des Unternehmens⁶⁵ sowie die Einstellung der Geschäftstätigkeit.⁶⁶

⁵⁸ Zwar kann auch eine Teil-"crystallisation" vereinbart werden, doch kommt dieser kaum praktische Bedeutung zu. Vgl. Gough, S.171 f., 401 f.; Goode, Legal Problems, S.74 f.; Picarda, S.39 f.

⁵⁹ Goode, Legal Problems, 1.A., S.13; Triebel, Rn.339; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 637; Hadding/Schneider, Rn.698.

⁶⁰ Hadding/Schneider, Rn.701.

⁶¹ Vgl. Gough, S.134, 254, 256 f.

⁶² Vgl. Re Woodroffes (Musical Instruments) Ltd. [1985] 3 W.L.R. 543, 548 f.

⁶³ Vgl. Re Brightlife Ltd., [1986] 3 All ER 673, 681 D; Picarda, S.33.

⁶⁴ Vgl. The Government Stock Co.Ltd. v. Manila Railway Co.Ltd., [1897] A.C. 81, 85, 87, 89; Boyle (1979) J.B.L. 231 f.; Farrar, Conveyancer (N.S.) 40 (1976), 397, 401 f.

⁶⁵ Re Woodroffes (Musical Instruments) Ltd., [1985] 3 WLR 543; Palmer's Company Law, S.716 m.w.N.

⁶⁶ Vgl. Re Woodroffes (Musical Instruments) Ltd., [1985] 3 WLR 543; William Gaskell Group Ltd. v. Highley, [1994] 1 BCLC 197; Bank of Credit and Commerce International SA v. BRS Kumar Brothers Ltd., [1994] 1 BCLC 211; Picarda, S. 27; Pennington, Company Law, S.564; Palmer's Company Law, S.709, 717; Farrar, Conveyancer (N.S.) 40 (1976), 397, 399; Triebel, Rn.339; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 637. Zum ganzen Penning-

Den Regelfall, bei dem die "crystallisation" ausgelöst wird, stellt allerdings die Bestellung eines "receiver"⁶⁷ über das Vermögen des Sicherungsgebers durch den Sicherungsnehmers dar⁶⁸. Zur Bestellung des "receiver" ist der Sicherungsgeber bei Eintritt der oben genannten - in der Sicherungsabrede vereinbarten - Ereignis-

ton, Company Law, S.563 f.; Gough, S.135 ff.; Hadding/Schneider, Rn.671; ter Meulen, S.78 f.

⁶⁷ Vom "receiver" ist der sog. "liquidator" zu unterscheiden, der eine Gesellschaft insgesamt abwickelt. Der "receiver" wird in aller Regel außergerichtlich - entsprechend der Sicherungsabrede - ausschließlich von den Gläubigern einer Gesellschaft eingesetzt, wobei die Vermögenswerte der Gesellschaft an den "receiver" übertragen werden, damit dieser sie im Interesse der Gläubiger als Vertreter der Gesellschaft verwerten kann, um deren Forderungen zu tilgen. Dennoch hat der "receiver" vorrangige Sicherheiten zu beachten. Je nach der Art der zugunsten der Gläubiger bestellten Sicherheit ("floating charge" oder Verpfändung einzelner Sachen) kann der "receiver" die ganze Gesellschaft - dies ist der Regelfall - oder auch nur einzelne verpfändete Gegenstände verwerten. Dabei hat der "receiver" die Rangfolge unterschiedlicher Sicherheiten zu beachten, da er keine weitergehenden Rechte als die Gesellschaft selbst hat. Während des "receivership" steht die Insolvenz einer Gesellschaft noch nicht fest, wenn auch eine starke Vermutung dafür spricht, denn grundsätzlich kann eine Gesellschaft nach der Beendigung der Aufgaben des "receiver" ihre Geschäfte wieder aufnehmen, sofern sie dann noch lebensfähig ist. Vgl. zum ganzen Osborn, S.278 f.; Tolley's Insolvency Service, Caseblatt-Sammlung, S. I 5101 ff.; Kerr, S.329 f.; Picarda, S.55 ff.; ter Meulen, S.96 ff.; Lange, WM 1990,701 ff.; Triebel, Rn. 847 ff.; Hadding/Schneider, Rn. 679 ff., insbesondere 690 ff.; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,640 ff.; Lipp, RIW 1994,18,22 f. Seit der Einführung des Insolvency Act 1986 ist an die Stelle des bisherigen "receiver" der "administrative receiver" getreten, der aufgrund einer "floating charge" bestellt wird (vgl. sec. 29 (2) IA 1986). Der "receiver" nach heutigem Recht verwertet hingegen nur noch einzelne verpfändete Gegenstände und wird daher vereinzelt auch als "ordinary receiver" bezeichnet (vgl. Triebel, Rn.847, sowie die begrifflichen Definitionen in sec. 251 IA 1986). Zum begrifflichen Unterschied zwischen den verschiedenen Instituten (liquidator, administrator und receiver) vgl. Lightman/Moss, Rn.2-07 ff., S.11 ff.

⁶⁸ Vgl. ter Meulen, S.78 f.; Lange, WM 1990,701,702; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,638; Triebel, Rn.341; Hadding/Schneider, Rn.699.

nisse befugt, also insbesondere im praktisch häufigen Fall des Zahlungsverzugs.⁶⁹ Ohne vertragliche Vereinbarung kann der Sicherungsnehmer zudem dann einen "receiver" vom Gericht bestellen lassen (sogenannter "court appointed receiver")⁷⁰, insbesondere wenn eine Gefahr für das Sicherungsgut ("jeopardy"⁷¹) besteht.⁷²

Umstritten ist, ob die "crystallisation" - je nach Vereinbarung - auch automatisch bei dem Eintritt bestimmter Ereignisse ausgelöst werden kann, ob es also ausreicht, daß ein vorher vertraglich bestimmtes Ereignis eintritt, oder ob der Sicherungsnehmer regelmäßig zunächst einen "receiver" bestellen muß - dessen Bestellung von dem Eintritt der Ereignisse abhängig ist. Gerichtlich sind bislang - auch wenn höchstrichterliche Entscheidungen noch nicht ergangen sind - die Vereinbarungen im Sicherungsvertrag als maßgebliches Kriterium für den Eintritt der "crystallisation" erachtet worden, d.h. daß diese offenbar ipso iure mit dem Eintritt bestimmter vereinbarter Ereignisse eintreten kann.⁷³

⁶⁹ Picarda, S.41 f.; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 638.

⁷⁰ Dazu vgl. Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 643 f.; Hadding/Schneider, Rn.679 ff.

⁷¹ Zu diesem Begriff vgl. Pennington, Company Law, 4.A., S.450 ff.; Gough, S.133 f.

⁷² Vgl. Evans v. Rival Granite Quarries Ltd., [1910] 2 K.B. 979.

⁷³ So jedenfalls Re Woodroffes (Musical Instruments) Ltd., [1985] 3 WLR 543, 552; Re Brightlife Ltd., [1986] 3 All ER 673; Hadding/Schneider, Rn.700, unter Hinweis auf Davey & Co. v. Williamson & Sons Ltd., [1898] 2 Q.B. 194; Picarda, S.31 ff. Wohl auch bereits Re Horne and Hellard [1885], 29 Ch.D. 736. Anderer Auffassung ist Insolvency Law and Practice, Report of the Review Committee, Chairman K. Cork (sog. "Cork Report"), Command Paper 8558, Rn.1572 ff., mit dem Einwand fehlender Rechtssicherheit und Gläubigerbenachteiligung. Vgl. zum ganzen auch Triebel, Rn. 340; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 637 f. m.w.N.; Farrar, Conveyancer (N.S.) 40 (1976), 397, 400; Boyle, (1979) J.B.L. 231. Ausführlich Palmer's Company Law, S.717 ff.

Da die "crystallisation" zu einer vollständigen dinglichen Sicherung des Sicherungsnehmers führt, ändert sich nach der "crystallisation" die Stellung des Sicherungsnehmers auch im Verhältnis zu Dritten. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das belastete Vermögen der Gesellschaft können nun nicht mehr durchgeführt werden. Dies gilt zumeist selbst dann, wenn derartige Maßnahmen bereits vor der "crystallisation" begonnen, aber noch nicht abgeschlossen⁷⁴ worden sind.⁷⁵ Der gutgläubige Erwerb Dritter bleibt zwar noch weiterhin möglich⁷⁶, ist aber aufgrund der strengen Regelungen⁷⁷, die die Veröffentlichung der "receiver"-Einsetzung vorschreiben, praktisch nahezu unmöglich⁷⁸, denn lastenfrei kann ein Dritter, wenn er von der "crystallisation" Kenntnis hat, nur dann Eigentum erwerben, wenn der "receiver" zustimmt.⁷⁹

e. Verhältnis und Rang der "floating charge" zu anderen Sicherungsrechten

Da dem Sicherungsnehmer aufgrund der "floating charge" nicht mehr Rechte zustehen können, als der Sicherungsgeber innehatte, wird von der

⁷⁴ Damit ist die Auskehr des Erlöses an den Vollstreckungsgläubiger gemeint.

⁷⁵ Vgl. Pennington, Company Law, S.579 ff.; Goode, Legal Problems, S.87 f.; Kerr, S.158,364 f.; Holden, Rn.32-30; ter Meulen, S.85 ff.; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,646 ff.; Hadding/Schneider, Rn.702. Auch Re Opera Ltd., [1891] 3 Ch. 260; Taunton v. Sheriff of Warwickshire, [1895] 2 Ch.319; Evans v. Rival Granite Quarries Ltd., [1910] 2 K.B. 979.

⁷⁶ Goode, Legal Problems, S.90.

⁷⁷ Vgl. dazu sec. 46 IA 1986 i.V.m. rule 3.2 Insolvency Rules 1986. Siehe auch Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,640 f.; Hadding/Schneider, Rn.684.

⁷⁸ Anders ist dies allenfalls dann, wenn die "crystallisation" ipso iure aufgrund der Sicherungsabrede eintritt, ohne daß ein "receiver" bestellt worden ist.

⁷⁹ Palmer's Company Law, S.1299; Pennington, Company Law, S.562.

"floating charge" dasjenige Vermögen nicht erfasst, welches im Eigentum eines Dritten steht.⁸⁰ Der Eigentumsvorbehalt ginge, sofern er wirksam vereinbart werden kann⁸¹, der "floating charge" also vor.⁸² Auch der Vermieter kann sein Vermieterpfandrecht an denjenigen Gegenständen, die von der "floating charge" erfasst werden, jederzeit geltend machen und die Sachen beschlagnahmen.⁸³

Auch nachträglich bestellte Sicherheiten über einzelne, bestimmte Vermögensbestandteile stehen im Rang vor der "floating charge", so z.B. eine "fixed charge" oder "mortgage".⁸⁴ Dies gilt aber nur bis zur "crystallisation", denn nach der "crystallisation" wandelt sich die "floating charge" ihrerseits in eine "fixed charge" an konkreten Vermögensbestandteilen um.⁸⁵

⁸⁰ Nach dem Grundsatz "nemo dat quod non habet". Vgl. Pennington, Company Law, S.581 f.; ders., Corporate Insolvency, S.508 f.; Goode, Legal Problems, 1.A., S.19; Picarda, S.57 sowie 165 ff.; Lipp, RIW 94,18,23; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,630; Hadding/Schneider, Rn.707.

⁸¹ Dazu sogleich unter 2. Kapitel IV und V.

⁸² Holden, Rn.32-30; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,630, Fn.31; Lipp, RIW 94,18,23.

⁸³ General Share and Trust Co. v. Wetley, Brick and Pottery Co., [1882] 20 Ch.D.260; Pennington, Company Law, S.583 f.; Hadding/Schneider, Rn.705.

⁸⁴ Vgl. Re Florence Land Co. [1878], 10 Ch.D. 530,541; Re Hamilton's Windsor Ironworks [1879], 12 Ch.D.707; Wheatley v. Silkstone and Haigh Moor Coal Co. [1885], 29 Ch.D. 715; Re Castell & Brown Ltd., [1898] 1 Ch.315; Palmer's Company Law, S.712 f.; Pennington, Company Law, S.575; Holden, Rn.32-34; Hadding/Schneider, Rn.706; ter Meulen, S.99 f.; Triebel, Rn.344; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992),624,635,636. Zu beachten ist, daß die "floating charge" eine "equitable"-Sicherheit darstellt und daher schon aus diesem Grunde hinter "legal"-Sicherheiten zurücktritt.

⁸⁵ Palmer's Company Law, S.714,744; Pennington, Company Law, S.575. Diese Ausnahme gilt zwar nur dann, wenn der zweite Sicherungsnehmer Kenntnis von der "crystallisation" hatte, denn sonst kann er die Sicherheit noch gutgläubig erwerben, doch wird guter Glaube nach der "crystallisation" wegen der umfangreichen Publizitätsvorschriften für den Fall der "crystallisation"

Eine weitere Ausnahme vom vorrangigen Erwerb einer später bestellten Sicherheit gilt dann, wenn dem Sicherungsgeber die Bestellung weiterer vor- oder gleichrangiger Sicherheiten in der Sicherungsabrede verboten worden ist (sogenannte "negative pledge"-Klauseln).⁸⁶ Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß der zweite Sicherungsnehmer positive Kenntnis von dieser Verbotsklausel erhalten hat.⁸⁷ Dafür ist es nicht ausreichend, daß der zweite Sicherungsnehmer Kenntnis davon hat, daß der Sicherungsgeber zugunsten eines Dritten bereits eine "floating charge" bestellt hat, er muß vielmehr konkret Kenntnis von der Verbotsklausel erhalten haben.⁸⁸ Diesbezüglich obliegt dem zweiten Sicherungsnehmer grundsätzlich auch keine Nachforschungspflicht.⁸⁹ Aus diesem Grunde vermögen derartige Klauseln ihre Wirkung nicht mit Sicherheit zu entfalten⁹⁰, was auch daran liegt, daß die Verbotsklausel nach den Vorschriften des CA 1985 bisher nicht eintragungsfähig ist.⁹¹

(siehe dazu bereits oben) eher eine seltene Ausnahme bilden.

⁸⁶ Sie stellen eine "equitable restriction" der Verfügungsmacht der Gesellschaft dar. Vgl. Pennington, Company Law, S.576 m.w.N.; Picarda, S.21 ff.

⁸⁷ Holden, Rn.32-34; Palmer's Company Law, S.713,724; Gough, S.225 f. mit zahlreichen w.N.; Pennington, Company Law, S.576; Picarda, S.22 f. m.w.N.; Hadding/Schneider, Rn.706; Triebel, Rn.337.

⁸⁸ English and Scottish Mercantile Investment Co.Ltd. v. Brunton, [1892] 2 QB 700,707 ff.; Re Valletort Sanitary Steam Laundry Co.Ltd., [1903] 2 Ch.654; Farrar, Conveyancer (N.S.) 38 (1974),315,319 m.w.N.; Holden, Rn.32-34; Pennington, Company Law, S.577; Gough, S.225 m.w.N. Anders ist dies, wenn der zweite Sicherungsnehmer in "wilful blindness" handelt. Vgl. dazu Palmer's Company Law, S.714,724 f.

⁸⁹ Pennington, Company Law, S.577 m.w.N. Zu den Beweislastregeln siehe Gough, S.226.

⁹⁰ Vgl. Pennington, Company Law, S.577.

⁹¹ Eine entsprechende Möglichkeit sehen erst sec. 415 (1) und (2) CA 1985, eingefügt durch sec. 103 CA 1989 vor, die aber bislang nicht in Kraft getreten sind. Vgl. Palmer's Company Law, S.724; Gough, S.226; Pennington, Company Law, S.577.

Floating charges über dasselbe Sicherungsgut, die nachträglich bestellt werden, aber Gleichrang mit oder gar Vorrang vor bereits eingetragenen floating charges in Anspruch nehmen, können den angestrebten Rang auch dann nicht erreichen, wenn der neue Sicherungsgläubiger gutgläubig ist. Der Vorrang der zuerst eingetragenen floating charge ist durch ihre Eintragung gesichert.⁹² Der Vorrang der Eintragung setzt allerdings voraus, daß die Eintragung fristgerecht (binnen 21 Tagen) erfolgt ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Gläubiger von dem Bestehen einer anderen nichtregistrierten Sicherheit Kenntnis hatte.⁹³

Die Bestellung einer zweiten vor- oder gleichrangigen "floating charge" über nur einen Teil des Vermögens der Gesellschaft wird allerdings für zulässig erachtet, es sei denn, sie entspricht wirtschaftlich der Belastung des gesamten Gesellschaftsvermögens.⁹⁴

Zu beachten sind neben diesen dinglich konkurrierenden Sicherheiten, die einer "floating charge" vorgehen können, aber auch diejenigen nicht dinglich gesicherten Forderungen, die im Konkurs der Gesellschaft bevorrechtigt wären. Dabei handelt es sich insbesondere aus öffentlichen oder sozialen Gründen bevorrechtigte Ansprüche, beispielsweise - untereinander gleich-

⁹² Re Benjamin Coper & Sons Ltd., [1914] 1 Ch.800; Palmer's Company Law, S.713,744; Pennington, Company Law, S.576. Der angestrebte Gleich- oder Vorrang läßt sich lediglich dann erreichen, wenn er bei der Bestellung der ersten "floating charge" ausdrücklich vorbehalten wurde. Vgl. Re Automatic Bottle Makers Ltd. Osborne v. Automatic Bottle Makers Ltd., [1926] Ch. 412.

⁹³ Palmer's Company Law, S.743; Triebel, Rn.344; Harding/Schneider, Rn.640.

⁹⁴ Pennington, Company Law, S.576, unter Hinweis auf Re Automatic Bottle Makers Ltd., [1926] Ch.412,423; einschränkend Palmer's Company Law, S.744.

rangig - die in den letzten sechs Monaten abzuführende Mehrwertsteuer (V.A.T.), die in den vergangenen 12 Monaten abzuführende Kfz-Steuer sowie bestimmte Wett- und Spielgebühren, ferner Löhne und Gehälter der Mitarbeiter für die letzten vier Monate, allerdings beschränkt auf £ 800 pro Mitarbeiter, sowie deren aufgelaufene Ansprüche auf Urlaubsvergütung, ferner bestimmte Sozialversicherungsbeiträge.⁹⁵

Liegen also die Vorteile der "floating charge" insbesondere in der anfänglich umfangreichen Haftungsmasse, die sich nach "crystallisation" in eine dingliche Sicherheit am gesamten Vermögen der Gesellschaft umwandelt, ist entscheidender Nachteil ihr Nachrang zu gewissen konkurrierenden Sicherheiten und bevorrechtigten Forderungen. Der wirtschaftliche Wert einer "floating charge" kann je nach Umfang der vorrangigen Sicherheiten erheblich gemindert sein.⁹⁶ Daher ist die "floating charge" auch schon als vertraglich vereinbartes, dinglich auf die belasteten Vermögenswerte begrenztes Liquidationsvorrecht mit vorletzter Rangstelle bezeichnet worden.⁹⁷ Aus diesem Grunde lassen sich Sicherungsgeber neben der "floating charge" häufig auch "fixed charges" an bestimmten Vermögensteilen einräumen.⁹⁸

f. Vergleich mit dem deutschen Recht

⁹⁵ Vgl. dazu sec. 386 IA 1986 i.V.m. schedule 6 zu IA 1986 i.V.m. sec. 40 IA 1986. Siehe auch Holden, Bd.1, Rn.11-299; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 648 ff.

⁹⁶ Zu weiteren Nachteilen, insbesondere bei Befriedigung von nicht gesicherten Gläubigern, vgl. Holden, Rn.32-27.

⁹⁷ So Antonio, The Accountants' Magazine (Edinburgh) 63 (1959), 185, 187 f.; Wenckstern, RabelsZ 56 (1992), 624, 651.

⁹⁸ Holden, Rn.32-26.

Ein ausführlicher Vergleich der "floating charge" mit entsprechenden Instituten des deutschen Rechts ist schon deshalb nicht möglich, weil die sogenannte Unternehmenshypothek dem deutschen Recht unbekannt ist. Im Gegensatz zu Kreditsicherungsrechten des deutschen Rechts ermöglicht die "floating charge" dem Sicherungsnehmer, alle Aktiva eines Unternehmens zu erfassen. Eine entsprechend umfassende Sicherungsmöglichkeit ist dem deutschen Recht fremd. Das deutsche Recht kannte bis zur Einführung des neuen Insolvenzrechts⁹⁹ in ähnlich umfassender Weise lediglich die Vermögensübernahme nach § 419 BGB, die allerdings wegen der mit ihr verbundenen Haftungskonsequenz des § 419 I BGB als Sicherungsrecht schon kaum Verwendung fand. Andere Sicherungsrechte, wie z.B. die Globalzession oder die Sicherungsübereignung eines Warenlagers, können unter Umständen zwar auch das gesamte Betriebsvermögen erfassen, sind aber doch jeweils gegenständlich beschränkt. Eine Gemeinsamkeit zu den soeben genannten Sicherungsarten des deutschen Rechts besteht insofern, daß auch der Sicherungsgeber einer "floating charge" zunächst weiterhin über sein Vermögen im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs verfügen darf, das Sicherungsvermögen also auch hier einem dauerhaften Wandel unterworfen ist.

Ein weiterer Unterschied besteht in dem Erfordernis der Registereintragung, das dem deutschen Recht selbst bei umfangreicheren Sicherungsrechten an Mobilien nicht geläufig ist.

III. Die Abtretung nach englischem Recht

⁹⁹Die Insolvenzordnung trat am 1.1.1999 in Kraft.

1. Allgemeines

Die Übertragung von Forderungen¹⁰⁰ ist in England erst recht spät als Rechtsinstitut entwickelt worden. Denn Forderungen - als höchstpersönliche Rechte (personal properties) - sollten ursprünglich nicht beliebig aus dem zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden konkreten Rechtsverhältnis heraustrennbar sein.¹⁰¹

Mittlerweile existieren im englischen Recht aufgrund seiner historisch bedingten Zweiteilung¹⁰² zwei in Voraussetzungen und Wirkungen zum Teil unterschiedliche Formen der Forderungsabtretung ("assignment"), nämlich das "legal assignment"¹⁰³ und das "equitable assignment". Während das "legal assignment" gesetzlich geregelt ist¹⁰⁴, basiert das "equitable assignment" auf der Billigkeitsrechtsprechung der "Equity"-Gerichte und hat keine gesetzliche

¹⁰⁰ In der englischen Rechtsterminologie werden Forderungen als "choses in action" oder "things in action" bezeichnet. Dazu zählen u.a. Geldforderungen, Wertpapiere, Aktien, Patent- und Urheberrechte. "Choses in action" werden als "jedes persönliche Vermögensrecht, das nur klageweise und nicht durch Ansichnahme geltend gemacht werden kann", definiert; vgl. *Torkington v. Magee* [1902] 2 K.B. 427,430: "choses in action is a known legal expression used to describe all personal rights of property which can only be claimed or enforced by action, and not by taking physical possession." Zur Abgrenzung einer "legal" und einer "equitable chose in action" siehe *Anson*, S.448 f. Vgl. zum ganzen auch *Marshall*, S. 1 ff.; *Bailey*, 47 (1931) LQR 516,526; ders., 48 (1932) LQR 248 sowie 547.

¹⁰¹ Ausnahmen bildeten lediglich Abtretungen von oder an die "Krone". Vgl. *Master v. Miller* (1791), 4 Term R. 320,340. Siehe auch *Anson*, S.447; *Treitel*, *Law of Contract*, S.619; *Kötz*, *Internat. Encyclop.*, Bd. VII, Rn. 13-62; *Bernstorff*, *Rechtsprobleme*, S.93; *Gotzmann*, S.26 f.

¹⁰² Siehe dazu bereits oben 2. Kapitel I.

¹⁰³ Auch "statutory assignment" genannt.

¹⁰⁴ Erstmals findet sich eine gesetzliche Regelung der Abtretung in sec. 25 (6) *Judicature Act* 1873. Mittlerweile ist diese Regelung ersetzt worden durch den *Law of Property Act* 1925.

Grundlage.¹⁰⁵ Die beiden Varianten der Forderungsabtretung schließen sich gegenseitig nicht aus. Ist eine Abtretung nach den gesetzlichen Regeln des "legal assignment" nicht wirksam, kann sie dennoch den Erfordernissen des "equitable assignment" genügen.¹⁰⁶

Allerdings gibt es auch heute noch einen bedeutenden Unterschied zwischen diesen beiden Abtretungsarten. Während der Zessionar einer "legal assignment" den Drittschuldner in eigenem Namen - also direkt - verklagen kann, steht ein solches Recht dem Zessionar einer "equitable assignment" häufig nicht zu.¹⁰⁷ Dieser muß in vielen Fällen¹⁰⁸ im Namen des Zedenten klagen, mit der Folge, daß auch der Zedent Prozeßpartei wird.

Von dem Grundsatz, daß alle Forderungen abtretbar sind, gibt es nur wenige Ausnahmen. Nicht abtretbar sind z.B. Pensions- und Gehaltsansprüche¹⁰⁹ bestimmter öffentlich Bediensteter¹¹⁰ sowie vertraglich geschuldete höchstpersönliche

¹⁰⁵ Vgl. Bernstorff, Rechtsprobleme, S.93.

¹⁰⁶ Cheshire/Fifoot, S.523; Chitty, Rn. 20-002 sowie 20-020; Treitel, Law of Contract, S.625; Brandt's Sons & Co. v. Dunlop Rubber Co. Ltd., [1905] A.C. 454,461 f.; Ramsey v. Hartley, [1977] 2 All ER 673.

¹⁰⁷ Vgl. Torkington v. Magee, [1902] 2 K.B. 427,435; Marchant v. Morton, Down & Co., [1901] 2 K.B. 829,832; Holden, Rn.29-6.

¹⁰⁸ Z.B. bei nur teilweiser Abtretung einer Forderung, oder wenn die Abtretung nur mündlich erfolgt. Zu den Einzelheiten, insbesondere wann dies der Fall ist, vgl. Chitty, Rn. 20-022; Cheshire/Fifoot, S.521; Anson, S.453. Zur früheren Rechtslage siehe sec. 25 (6) Judicature Act 1873.

¹⁰⁹ Vgl. im deutschen Recht § 400 BGB.

¹¹⁰ Vgl. Anson, S.460; Treitel, Law of Contract, S.639 ff.; Re Mirams, [1891] 1 Q.B. 594. Weitere Abtretungsverbote statuieren z.B. sec. 187 Social Security Administration Act 1992; vgl. auch sec. 5 (1) Superannuation Act 1972. Siehe auch Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse, [1980] 3 All E.R. 721,744, eingeschränkt vom House of Lords [1982] A.C. 679, zur Abtretbarkeit einer Prozeßführungsbefugnis.

Leistungen.¹¹¹ Ebenso ist der gutgläubige Erwerb nicht bestehender Forderungen unmöglich.¹¹² Die Abtretung zukünftiger Forderungen¹¹³ ist ausschließlich in der Form des "equitable assignment" möglich.¹¹⁴ Sondervorschriften existieren für die Abtretung von Aktien¹¹⁵ und anderen sogenannten handelsfähigen Wertpapieren¹¹⁶, Lebensversicherungspolice¹¹⁷, Urheber-¹¹⁸ und Patentrechten¹¹⁹. Besonderheiten gelten auch für die Globalzession ("general assignment") sowie bei der Abtretung von Forderungen einer limited company.¹²⁰

2. Legal assignment

¹¹¹ Cheshire/Fifoot, S.529.

¹¹² Vgl. Redmond, S.123. Ausnahmen gibt es bei Wertpapieren.

¹¹³ Der Begriff "future choses in action" ist ebenso zu verstehen wie der Begriff der künftigen Forderung im deutschen Recht, betrifft also nur Forderungen, die ihren Entstehungszeitpunkt und -grund erst in der Zukunft haben. Nicht als "future choses in action" anzusehen sind hingegen Forderungen, die zwar bereits bestehen, bei denen aber ungewiß ist, ob eine Zahlungspflicht auch tatsächlich fällig werden wird, so z.B. bei einem Werklohnanspruch, der bereits mit Abschluß des Werkvertrages dem Grunde nach besteht, aber erst mit mangelfreier Herstellung des Werks bzw. Abnahme fällig wird. Derart "unsichere" Forderungen sind als existente Forderungen anzusehen und daher auch in "Law" abtretbar. Vgl. Hughes v. Pump House Hotel Co. Ltd., [1902] 2 K.B. 190. Siehe auch Walker v. Bradford Old Bank [1884], 12 Q.B.D. 511; Chitty, Rn.20-028 f.

¹¹⁴ Vgl. Gotzmann S.30; Büeler, Bank-Betrieb 1965,158,159; Cheshire/Fifoot, S.526; Holden, Rn. 29-7. Hierauf wird sogleich einzugehen sein.

¹¹⁵ Dazu vgl. Vaines, S.278; sec. 182 (1) Companies Act 1985; Stock Transfer Act 1963.

¹¹⁶ Sog. "negotiable instruments" (darunter fallen z.B. Wechsel und Schecks). Vgl. dazu sec. 31 Bills of Exchange Act, 1882. Vgl. auch die Sonderregelungen für "Bills of lading", Carriage of Goods by Sea Act 1924 sowie sec. 50 (2) Marine Insurance Act 1906.

¹¹⁷ Vgl. dazu sec. 1 Policies of Insurance Act 1867 und sec. 136 (II) Law of Property Act, 1925.

¹¹⁸ Vgl. dazu sec. 90,94 Copyright, Designs and Patents Act 1988.

¹¹⁹ Vgl. dazu sec. 30,32 Patents Act 1977.

¹²⁰ Vgl. dazu unten 2. Kapitel III 4.

Das "legal assignment" findet seine gesetzliche Regelung in sec. 136 Law of Property Act 1925 (LPA).¹²¹ Danach ist das "legal assignment" wirksam, wenn es sich um eine schriftliche und unbedingte ("absolute") Abtretung handelt, die dem Drittschuldner in Schriftform angezeigt wird.¹²²

a. Schriftform

Die Abtretung muß schriftlich "under the hand of the assignor"¹²³ erfolgen und datiert sein. Zweifelhaft ist, ob durch diese Formulierung in sec. 136 LPA die Vertretung bei der Unterzeichnung der Abtretungsurkunde zulässig ist. Dies wird in der Literatur größtenteils abgelehnt¹²⁴, während die Rechtsprechung bislang nicht eindeutig hierzu Stellung genommen hat.¹²⁵ Um dieses Risiko auszuschließen, sollte daher der Zedent die Abtretung eigenhändig unterschreiben.

¹²¹ Die Regelung lautet wie folgt: "Any absolute assignment by writing under the hand of the assignor (not purporting to be by way of charge only) of any debt or other legal thing in action, of which express notice in writing has been given to the debtor, trustee or other person from whom the assignor would have been entitled to claim such debt or thing in action, is effectual in law (subject to equities having priority over the right of the assignee) to pass and transfer from the date of such notice ...".

¹²² Die noch von Büeler, Bankbetrieb 1965, 158 ff., vertretene Auffassung, es müsse sich auch um eine "legal chose in action" handeln, widerspricht der gefestigten englischen Rechtsprechung, wonach eine "legal assignment" auch bei "equitable choses in action" zulässig ist. Vgl. dazu King v. Victoria Insurance Co. Ltd., [1896] A.C. 250,254; Re Pain Gustavson v. Haviland, [1919] 1 Ch. 38,44 f.

¹²³ So sec. 136 Law of Property Act 1925.

¹²⁴ Vgl. Anson, S.451; Chitty, Rn.20-015; Kaiser, S.43.

¹²⁵ Vgl. Wilson v. Wallani (1880), 5 Ex.D. 155.

Eine qualifizierte Schriftform in Form der sogenannten "deed"¹²⁶, d.h. einer unterzeichneten Urkunde, die mit einem Siegel versehen und dem Vertragspartner übergeben wird, ist bei einer "legal assignment" nicht erforderlich.¹²⁷ Dies ist deshalb bemerkenswert, weil bei der "legal assignment" - anders als bei der "equitable assignment"¹²⁸ - keine Gegenleistung ("consideration"¹²⁹) versprochen werden muß¹³⁰, bei derartigen Verträgen aber regelmäßig ein "contract under seal"¹³¹ in Form der "deed" Voraussetzung für ihre Wirksamkeit ist.

b. "absolute assignment"

Eine "absolute assignment" liegt vor, wenn der Zedent seine gesamte Forderung unbedingt, d.h. weder auflösend noch aufschiebend bedingt, auf den Zessionar überträgt und dieser uneingeschränkt Forderungsinhaber wird.¹³²

Ausreichend ist, daß die Forderung nur für den Zeitraum des Bestehens eines Kreditverhältnisses unbedingt übertragen wird, daß die Abtretung also insofern befristet ist, daß sie nach Beendigung des Kreditverhältnisses wieder rückgängig zu machen ist (sogenannte Rückabtretungsklausel). Dies hat der Court of Appeal in der Grundsatzentscheidung Hughes v. Pump House

¹²⁶ Vgl. dazu Triebel, 1.A., S.39; Cheshire/Fifoot, S.29; Osborn, S.109 f.; Major, S.1 ff.

¹²⁷ Vgl. Marchant v. Morton, Down & Co., [1901] 2 K.B. 829,832. Diese Entscheidung übersieht Büeler, Bank-Betrieb 1965,158,160, der eine "deed" für erforderlich hält. Vgl. auch Chitty, Rn.20-015.

¹²⁸ Siehe dazu sogleich.

¹²⁹ Vgl. dazu Cheshire/Fifoot, S.73 ff.

¹³⁰ Re Westerton, Public Trustee v. Gray, [1919] 2 Ch.D. 104,112 f.

¹³¹ Oder auch "specialty contracts". Vgl. dazu Cheshire/Fifoot, S.28 f. und 526.

¹³² Cheshire/Fifoot, S.519.

Hotel Co. Ltd.¹³³ klargestellt. Obgleich für den Fall der Kreditrückzahlung eine Rückabtretungsverpflichtung des Zessionars vereinbart worden war, hat das Gericht die Abtretung als unbedingt ("absolute") anerkannt, weil die Abtretung jedenfalls während der Dauer des Kreditverhältnisses unbedingt erfolgt sei.¹³⁴ Dadurch ist dem Zedenten die Möglichkeit eröffnet worden, Forderungen zu Sicherungszwecken, z.B. zur Besicherung eines Kredites, abzutreten.

Auf der anderen Seite ist eine Abtretung dann unwirksam, wenn sie nach Kreditrückführung ipso iure an den Zedenten zurückfällt, es eines eigenständigen Rückübertragungsaktes also nicht mehr bedarf.¹³⁵ Da eine solche Abtretung unter einer auflösenden Bedingung steht, ist sie nicht "absolute" und als "legal assignment" somit unwirksam.¹³⁶ Grund dafür ist, daß der Schuldner der abgetretenen Forderung seinen wahren Gläubiger nicht kennt, d.h. nicht weiß, an wen er zahlen soll, es sei denn, er ermittelt den jeweiligen Stand der Kreditrückführung.¹³⁷ Der Drittschuldner müßte sich also, um risikofrei zahlen zu können, über den jeweiligen Gläubiger informieren. Bei einer Rückabtretungsvereinbarung ist die Situation für den Drittschuldner hingegen anders. Wegen der erforderlichen Drittschuldneranzeige - dazu sogleich - erführe der Drittschuldner von der Rückabtretung beziehungsweise Kreditrückführung und wüßte zu jedem Zeitpunkt, wer sein Gläubi-

¹³³ [1902] 2 K.B. 190.

¹³⁴ Vgl. auch *Tancred v. Delagoa Bay and East Africa Ry. Co.* [1889], 23 Q.B.D. 239; *Care Shipping Corp. v. Latin American Shipping Corp.*, [1983] Q.B. 1005,1016; *Cheshire/Fifoot*, S.519 f.

¹³⁵ Vgl. *Durham Brothers v. Robertson*, [1898] 1 Q.B. 765,772; *Cheshire/Fifoot*, S.520 f.; *Chitty*, Rn.20-012; *Treitel, Law of Contract*, S.623.

¹³⁶ *Cheshire/Fifoot*, S.520.

¹³⁷ Vgl. *Treitel, Law of Contract*, S.623.

ger ist.¹³⁸ Gleiche Grundsätze gelten für auf-schiebend bedingte Abtretungen.¹³⁹

Die Übertragung nur eines Teils einer Forderung wird nicht als "absolute assignment" anerkannt.¹⁴⁰ Dies gilt selbst dann, wenn der abgetretene Forderungsteil betragsmäßig genau bestimmt ist¹⁴¹, denn nach gefestigter Rechtsprechung ist eine "absolute assignment" nur bei Zedierung der gesamten Forderung wirksam.¹⁴²

c. Drittschuldneranzeige

Erst mit dem Zugang der schriftlichen Abtretungsanzeige beim Drittschuldner wird die "legal assignment" wirksam.¹⁴³ Die Abtretungsanzeige kann sowohl vom Zedenten als auch vom Zes-

¹³⁸ Solange keine Drittschuldneranzeige erfolgt, ist die Rückabtretung zwar wirksam, aber da der Drittschuldner dann noch keine Kenntnis von der Rückabtretung hat, kann er noch mit befreiender Wirkung an den Altgläubiger leisten. Vgl. dazu die Ausführungen so-gleich.

¹³⁹ Cheshire/Fifoot, S.520.

¹⁴⁰ Cheshire/Fifoot, S.520; Treitel, Law of Contract, S.624 m.w.N. Eine so unwirksame Teilabtretung kann aber als "equitable assignment" wirksam sein. Vgl. dazu Ramsey v. Hartley, [1977] 2 All E.R. 673; Chit-ty, Rn.20-014.

¹⁴¹ Für unbestimmte Abtretungen vgl. Jones v. Humphreys, [1902] 1 K.B. 10, wonach solche Abtretungen nicht "absolute" seien.

¹⁴² Vgl. die Grundsatzentscheidung Re Steel Wing Co. Ltd., [1921] 1 Ch. 349. Ebenso Forster v. Baker, [1910] 2 K.B. 636; Williams v. Atlantic Assurance Co. Ltd., [1933] 1 K.B. 81,100; Bank of Liverpool and Martins Ltd. v. Holland (1926), 43 T.L.R. 29; Walter & Sullivan Ltd. v. J.Murphy & Sons Ltd., [1955] 2 Q.B. 584; Ramsey v. Hartley, [1977] 2 All E.R. 673; Deposit Protection Board v. Dalia, [1994] 2 A.C. 367,392 = [1994] 2 All ER 577 (H.L.). Anders noch Skipper & Tucker v. Holloway and Howard, [1910] 2 K.B. 630.

¹⁴³ Holt v. Heatherfield Trust Ltd., [1942] 1 All E.R. 404,407 f. = [1942] 2 K.B. 1,5 f.; W.F. Harrison & Co. Ltd. v. Burke, [1956] 2 All E.R. 169; Warner Bros. Records Inc. v. Rollgreen Ltd., [1975] 2 All E.R. 105.

sionar vorgenommen werden.¹⁴⁴ Unter anderem muß die in einfacher Schriftform zu errichtende Anzeige das genaue Datum der Abtretung¹⁴⁵, den genauen Betrag der abgetretenen Forderung sowie den Namen des Zessionars enthalten.¹⁴⁶ Darüberhinaus sollte sie inhaltlich klar gefaßt sein und alle zweifelhaften Formulierungen vermeiden.¹⁴⁷

d. Folgerungen

Aufgrund der Notwendigkeit der Drittschuldneranzeige kann das "legal assignment" nicht als stille Zession vereinbart werden. Da die Abtretung bei der "legal assignment" unbedingt erfolgen muß, sind künftige Forderungen nicht als "legal assignment" abtretbar. Diese Einschränkungen haben dazu geführt, daß die "legal assignment" in der Praxis nur noch selten Verwendung findet, insbesondere zu Sicherungszwecken kaum geeignet ist. Die "equitable assignment", die für ihre Wirksamkeit der Beachtung dieser Punkte nicht bedarf, wird in der praktischen Rechtsanwendung daher in der Regel

¹⁴⁴ Vgl. Klein, WM 1978,390,394; Bernstorff, RIW 1994,542,544; ders., RIW 1984,508,510. Siehe auch Bateman v. Hunt, [1904] 2 K.B. 530,538.

¹⁴⁵ Anderenfalls ist die Anzeige unwirksam. Vgl. dazu W.F. Harrison & Co. Ltd. v. Burke, [1956] 2 All.E.R. 169. Ebenso Chitty, Rn.20-016 m.w.N.; Treitel, Law of Contract, S.627. Anders Kaiser, S.44.

¹⁴⁶ Vgl. Denney, Gasquet and Metcalfe v. Conklin, [1913] 3 K.B. 177.

¹⁴⁷ Es sollte aus ihr klar hervorgehen, daß die Forderung abgetreten worden ist. Vgl. Treitel, Law of Contract, S.627, sowie James Talcott Ltd. v. John Lewis & Co. Ltd. and North American Dress Co. Ltd., [1940] 3 All E.R. 592 für den Fall einer "equitable assignment". Siehe auch Herkules Piling Ltd. v. Tilbury Construction Ltd. (1992), 61 Build L.R. 107. In Van Lynn Developments Ltd. v. Pelias Construction Co. Ltd., [1969] 1 Q.B. 607,615 wurde die bloße schriftliche Zahlungsaufforderung seitens des Zessionars an den Drittschuldner als ausreichend erachtet. Für Sonderfälle vgl. sec. 137 LPA.

bevorzugt. Darüberhinaus genießt die "equitable assignment" den Vorzug, daß sie nicht den Formerfordernissen der "legal assignment" bedarf.

3. Equitable Assignment

a. Wirksamkeitserfordernisse

Werden die soeben dargestellten gesetzlichen Erfordernisse der "legal assignment" von den Parteien absichtlich oder versehentlich nicht eingehalten¹⁴⁸, so kann die Abtretung dennoch als "equitable assignment" wirksam sein. Denn die "equitable assignment" ist nicht an eine Schriftform¹⁴⁹ gebunden, kann also auch mündlich erfolgen¹⁵⁰, und zu ihrer Wirksamkeit bedarf es keiner Drittschuldneranzeige.¹⁵¹ Dies gilt auch für ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten, z.B.

¹⁴⁸ Z.B. mangels Schriftform, Drittschuldneranzeige oder Unbedingtheit. Cheshire/Fifoot, S.524 f.

¹⁴⁹ Ausnahmen gelten gemäß sec. 53 I (a), (c) des Law of Property Act 1925 lediglich bei der Abtretung von Rechten an Grundstücken (z.B. Hypothekenforderung oder Rentenschuld) sowie für die Abtretung von Rechten eines Treugebers an einem Trust.

¹⁵⁰ Anson, S.453; Treitel, Law of Contract, S.625 f.; ders., Outline, S.258; Bernstorff, Rechtsprobleme, S.94. Von der Rechtsprechung ist mehrfach festgestellt worden, daß für ein "equitable assignment" keine Form erforderlich ist. Es müsse auch nicht ausdrücklich das Wort "assignment" bei der Vereinbarung gefallen sein, solange klar ist, daß von den Parteien eine Abtretung gewollt sei. Vgl. dazu W.Brandt's Sons & Co. v. Dunlop Rubber Co.Ltd., [1905] A.C. 454,462; Re Wale, [1956] 1 W.L.R. 1346,1350; Trendtex Trading Corp. v. Crédit Suisse, [1980] 3 All E.R. 721,740 ff. Auch Cheshire/Fifoot, S.519 m.w.N.; Chitty, Rn.20-021 m.w.N.

¹⁵¹ Vgl. Holt v. Heatherfield Trust Ltd., [1942] 1 All E.R. 404,407 = [1942] 2 K.B. 1,4 f.; Gorringe v. Irwell India Rubber Works (1886), 34 Ch.D. 128; Re Patrick, [1891] 1 Ch. 82,87; Re Westerton, [1919] 2 Ch. 104; Re City Life Assurance Co. (Stephenson's Case), [1926] Ch.191; Re Trytel, [1952] 2 T.L.R. 32; Wedell v. J.A.Pearce, [1988] Ch.26.

dem Konkursverwalter des Zedenten.¹⁵² Darüberhinaus ist die "equitable assignment" nicht nur bei bereits bestehenden, sondern auch bei künftigen Forderungen ("future choses in action") zulässig¹⁵³, wobei die Abtretung erst dann wirksam wird, wenn die Forderung entsteht.¹⁵⁴ Der Grund liegt darin, daß derartige Abtretungen als vertragliche Verpflichtung angesehen werden, ein in der Zukunft entstehendes Recht künftig abzutreten.¹⁵⁵

Wegen dieser Erleichterungen bei der "equitable assignment" ist die praktische Bedeutung des "legal assignment" gemäß sec. 136 LPA 1925 eher gering.

Obgleich die "equitable assignment" nicht den strengeren Voraussetzungen der "legal assignment" unterstellt ist, müssen auch bei ihr einige Wirksamkeitserfordernisse erfüllt sein. So muß die Forderung überhaupt abtretbar sein¹⁵⁶, und es muß eine bestimmte oder bei künftigen Forderungen zumindest bestimmbar Forderung abgetreten werden.¹⁵⁷

¹⁵² Vgl. Vaines, S.274; Cheshire/Fifoot, S.526; Chitty, Rn.20-063. Siehe dazu sogleich.

¹⁵³ Vgl. Cheshire/Fifoot, S.526; Vaines, S.279; Curzon, S.89; Halsbury's Laws of England (-Pettit), Choses in Action, Bd.6, 4.A.(1991), S.24 f. Siehe auch Glegg v. Bromley, [1912] 3 K.B. 474,490, wo die Abtretung eines möglicherweise bestehenden Anspruchs aus einem noch zu erlassenden Urteil für zulässig erachtet wurde.

¹⁵⁴ Glegg v. Bromley, [1912] 3 K.B. 474,490; Halsbury's Laws of England (-Pettit), Choses in Action, Bd.6, 4.A. (1991), S.24. Vgl. Kaiser, S.45. So ist auch Baumgarte, RIW/AWD 1981,733,736, zu verstehen.

¹⁵⁵ Vgl. dazu auch Holden, Rn.29-7; Kötz, Internat. Encycl.,Bd. VII, Rn.13-82; Treitel, Law of Contract, S.629.

¹⁵⁶ Siehe dazu bereits oben 2. Kapitel III 1.

¹⁵⁷ Vgl. Percival v. Dunn (1885), 29 Ch.D. 128; Holden, Rn.29-7.

Zwar ist nach der Rechtsprechung der englischen Gerichte für die Wirksamkeit der Abtretung ausschließlich die Willensrichtung des Zedenten maßgeblich, doch wird übereinstimmend gefordert, daß der Zessionar zumindest Kenntnis von der zu seinen Gunsten erfolgten Abtretung erhalten haben muß¹⁵⁸ - was in der Regel allerdings der Fall sein dürfte.¹⁵⁹ Eine Annahmeerklärung des Zessionars ist hingegen nicht erforderlich.¹⁶⁰

Desweiteren ist für die Wirksamkeit - zumindest zwischen Zedent und Zessionar¹⁶¹ - der "equitable assignment" erforderlich, daß ihr eine "consideration" zugrunde liegt.¹⁶² Von der Rechtsprechung wird die "consideration" als irgendein Recht, Gewinn oder Vorteil einer Vertragspartei definiert, die für ein gegenseitiges Leistungsversprechen dem Vertragspartner eingeräumt wird.¹⁶³ Steht eine versprochene Leistung also nicht in einem solchen Gegenseitigkeitsverhältnis, ist sie nach englischer Rechtsprechung regelmäßig unwirksam, außer sie ist

¹⁵⁸ Vgl. *Alexander v. Steinhardt, Walker & Co.*, [1903] 2 K.B. 208; *Curran v. Newpark Cinemas Ltd.*, [1951] 1 All E.R. 295; Treitel, *Law of Contract*, S.626 f.; Kötz, *Internat. Encycl.*, Bd. VII, Rn.13-65; Chitty, Rn.20-023 m.w.N.; Bernstorff, *Rechtsprobleme*, S.94. Nach *Rekstin v. Severo, etc., and Bank for Russian Trade*, [1933] 1 K.B. 47 ist eine Abtretung zumindest im Verhältnis zu anderen Gläubigern als unwirksam anzusehen, wenn der Zessionar von der Abtretung keine Kenntnis hat. Nach *Re Mc Ardle*, [1951] Ch. 669 soll sie dann jedenfalls nicht einklagbar sein.

¹⁵⁹ Dies ist bei der "equity assignment" allerdings nicht selbstverständlich, da sie seitens des Zedenten nämlich nicht nur dem Zessionar gegenüber, sondern auch dem Drittschuldner gegenüber erklärt werden kann.

¹⁶⁰ Vgl. dazu auch Klein, *WM* 1978,390,394.

¹⁶¹ Vgl. Treitel, *Law of Contract*, S.629.

¹⁶² *Glegg v. Bromley*, [1912] 3 K.B. 474,491; Anson, S.454 f.; *Cheshire/Fifoot*, S.524 ff.; Chitty, Rn.20-027; Treitel, *Law of Contract*, S.629 ff.; Bernstorff, *Rechtsprobleme*, S.94. Vgl. dazu auch Marshall, S.109; *Megarry* 59 (1943) L.Q.R. 58,208; *Hollond* 59 (1943) L.Q.R. 129; *Hall* [1959] C.L.J. 99.

¹⁶³ Vgl. *Currie v. Misa* (1875), L.R. 10 Ex.153.

"under seal" versprochen worden.¹⁶⁴ Die Problematik der "consideration" tritt allerdings nur selten auf, da der im Handelsverkehr erfolgten Abtretung regelmäßig eine "consideration" zugrunde liegt. Das ist allerdings dann nicht der Fall, wenn eine Forderung für einen bereits gewährten Kredit abgetreten wird, da sich das Gegenleistungsversprechen dann nicht mehr auf gegenwärtig oder künftig zu erbringende Leistungen bezieht. Eine Forderung kann also nur dann wirksam als Sicherheit abgetreten werden, wenn der Kredit erst noch zur Auszahlung gelangt. Auch bei einer Vertragsänderung mit Leistungsversprechen ist zu beachten, daß erneut eine Gegenleistung erbracht werden muß.¹⁶⁵ Bei mündlich erfolgter "equitable assignment" ist das Erfordernis der "consideration" nur gewahrt, wenn Abtretung und Gegenleistung Zug um Zug erfolgen.

b. Drittschuldneranzeige

Obleich die Wirksamkeit des "equitable assignment" nicht von einer Drittschuldneranzeige abhängig ist, ist diese für die Rechtsstellung des Zessionars dennoch nicht bedeutungslos. So hat die Drittschuldneranzeige, die keinerlei Formerfordernissen unterliegt und daher auch mündlich erfolgen kann¹⁶⁶, solange der Drittschuldner von der Abtretung erfährt¹⁶⁷, rechtliche Konsequenzen, wenn es um den Schuldnerschutz (aa.), die Priorität mehrerer Abtretungen (bb.) sowie um die Stellung des Zessionars im Konkurs des Zedenten (cc.) geht.

¹⁶⁴ Siehe dazu bereits oben 2. Kapitel III 2 a.

¹⁶⁵ Vgl. Bernstorff, Rechtsprobleme, S.95.

¹⁶⁶ Vgl. Anson, S.458; Re Dallas, [1904] 2 Ch. 385,399; Treitel, Law of Contract, S.627. Die Ausnahme des sec. 137 (3) LPA 1925 gilt allerdings auch hier.

¹⁶⁷ Zu Ausnahmen siehe sec. 137 (3) LPA 1925.

aa. So ist eine Drittschuldneranzeige für die Stellung des Drittschuldners wichtig. Mit der Anzeige kann der Zessionar verhindern, daß der Drittschuldner weiterhin mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten kann.¹⁶⁸ Leistet der Drittschuldner trotz Notifikation noch an den Zedenten, so ist diese Zahlung dem Zessionar gegenüber unwirksam.¹⁶⁹ Gegenüber dem Zessionar kann der Drittschuldner darüberhinaus nur mit denjenigen Gegenansprüchen aufrechnen, die bereits in dem Zeitpunkt bestehen¹⁷⁰, in dem der Drittschuldner erstmals von der Abtretung Kenntnis genommen hat. Nach der Notifikation erst entstandene Gegenansprüche kann der Drittschuldner nicht mehr aufrechnen.¹⁷¹

bb. Wird eine Forderung mehrfach abgetreten, so sind zwar beide Abtretungen auch ohne Dritt-

¹⁶⁸ Anson, S.454; Chitty, Rn.20-020; Cheshire/Fifoot, S.527 m.w.N. Er liefe auch Gefahr, daß der Zedent dem Drittschuldner die Forderung erläßt. Vgl. Halsbury's Laws of England (-Pettit), Choses in Action, Bd.6, 4.A.(1991), S.32; Treitel, Law of Contract, S.628.

¹⁶⁹ Vgl. Brice v. Bannister (1878), 3 Q.B.D. 569; Deposit Protection Board v. Dalia, [1994] 1 All E.R. 539 ff., insbesondere S.554,555 (C.A.); ebenso Chitty, Rn.20-020. Anderer Auffassung ist Simon Brown L.J. in Deposit Protection Board v. Dalia, a.a.O. Vom House of Lords ist diese Frage in der Berufungsinstanz [1994] 2 A.C. 367 offengelassen worden.

¹⁷⁰ Die Fälligkeit der Aufrechnungsforderung kann auch noch nach der Drittschuldneranzeige eintreten, schränkt die Aufrechenbarkeit also nicht ein. Vgl. dazu die Entscheidungen des Court of Appeal Rother Iron Works Ltd. v. Canterbury Precision Engineers Ltd., [1974] Q.B. 1,6 sowie Biggerstaff v. Ruwatts Wharf Ltd., [1896] 2 Ch. 93. Diese Entscheidungen übersieht Klein, WM 1978,390,396, der - unter Berufung auf Roxburghe v. Cox (1881), 17 Ch.D.520 - auch Fälligkeit vor der Notifikation verlangt. Ebenso Chitty, Rn.20-068.

¹⁷¹ Vgl. Roxburghe v. Cox (1881), 17 Ch.D. 520,526; Watson v. Mid Wales Railway (1867), L.R. 2 C.P. 593,598; Business Computers Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd., [1977] 1 W.L.R. 578,582 ff.; Chitty, Rn.20-068 m.w.N.; Cheshire/Fifoot, S.527 f.

schuldneranzeige wirksam¹⁷², doch ist für ihre Rangfolge untereinander maßgebend, welche Abtretung dem Drittschuldner zuerst angezeigt worden ist. Nach dieser in der Grundsatzentscheidung *Dearle v. Hall*¹⁷³ getroffenen Regelung¹⁷⁴, die heute auf alle Abtretungen Anwendung findet¹⁷⁵, kommt es somit nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme der Abtretung oder denjenigen der Absendung der Abtretungsanzeige, sondern allein auf den des Zugangs der Anzeige beim Drittschuldner an.¹⁷⁶ Wird gar keine Abtretung angezeigt, gilt das Prioritätsprinzip, d.h. die Rangfolge bestimmt sich nach der chronologischen Reihenfolge der Abtretungen.¹⁷⁷

Die "rule in *Dearle v. Hall*" gilt allerdings selbst bei vorangegangener Drittschuldneranzeige nicht, wenn der anzeigende Zessionar bösgläubig war, d.h., wenn er von einer zuvor erfolgten Abtretung - sei diese nun mit oder ohne Anzeige erfolgt - zugunsten eines Dritten gewußt hat.¹⁷⁸ Für den Zeitpunkt der Kenntnis ist

¹⁷² *Gorrington v. Irwell India Rubber Works* (1886), 34 Ch.D. 128.

¹⁷³ (1828) 3 Russ. 1. Gefolgt von *Marchant v. Morton, Down & Co.*, [1901] 2 K.B. 829; *Re Dallas*, [1904] 2 Ch.D. 385; *Hill v. Peters*, [1918] 2 Ch.D. 273. Vgl. auch *Chitty*, Rn.20-066 m.w.N.

¹⁷⁴ Auch bekannt unter "rule in *Dearle v. Hall*". Kritisch dazu *Goode, Commercial Law*, S.705 ff.

¹⁷⁵ Ursprünglich betraf die "rule in *Dearle v. Hall*" nur die Rangfolge der Abtretungen einer "equitable chose in action", wurde dann erweitert auf die "legal chose in action" und gilt heute für sämtliche Abtretungen. Vgl. dazu *Marchant v. Morton, Down & Co.*, [1901] 2 K.B. 829; *E. Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH v. Arbuthnot Factors Ltd.*, [1988] 1 W.L.R. 150,161 ff.

¹⁷⁶ Vgl. auch *Holt v. Heatherfield Trust Ltd.*, [1942] 2 K.B. 1,5 f.; *Anson*, S.458; *Treitel, Law of Contract*, S.627. Sollten mehrere Drittschuldneranzeigen gleichzeitig zugehen, kommt es auf den Zeitpunkt der Abtretungserklärung an.

¹⁷⁷ Vgl. *Kötz, Internat. Encyclop.*, Bd. VII, Rn.13-102.

¹⁷⁸ *Dearle v. Hall* (1828), 3 Russ. 1; *Re Holmes* (1885), 29 Ch.D. 786; *Chitty*, Rn.20-066; *Halsbury's Laws of*

bei der "equitable assignment" allerdings auf den Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung abzustellen, denn mit diesem Zeitpunkt wird die Abtretung rechtswirksam, ein abgeschlossener Rechtsvorgang der durch nachträgliche Bösgläubigkeit nicht mehr soll vernichtet werden können, selbst wenn die Abtretungsanzeige noch nicht erfolgt ist.¹⁷⁹ Bei der "equitable assignment" wirkt sich die Bösgläubigkeit demnach nur dann aus, wenn sie bereits bei der Abtretungserklärung vorlag.¹⁸⁰ Hat der Zedent die Forderung erst einmal an den Zessionar abgetreten, wirkt sich dessen Bösgläubigkeit nicht mehr aus.

Die praktische Relevanz der "rule in Dearle v. Hall" ist durch gesetzliche Vorschriften, die die Registrierung einer Zession vorsehen - wie z.B. der Insolvency Act 1986 oder der Companies Act 1985¹⁸¹ - eingeschränkt worden. Denn wenn ein gesetzlicher Registrierungszwang besteht, bestimmt sich die Rangfolge mehrfacher Abtretungen nicht mehr nach dem Zeitpunkt der Drittschuldneranzeige, sondern ausschließlich nach dem der Registrierung.¹⁸²

cc. Bei einer "equitable assignment" ist die Abtretung im Konkurs des Zedenten auch ohne Drittschuldneranzeige dem Konkursverwalter ge-

England (-Pettit), Choses in Action, Bd.6, 4.A.(1991), S.32 f.

¹⁷⁹ Vgl. Mutual Life Assurance Society v. Langley (1886), 32 Ch.D. 460.

¹⁸⁰ Anders ist dies bei der "legal assignment", die ja ohnehin erst mit dem Zugang der Abtretungserklärung wirksam wird. Dort ist die Bösgläubigkeit mangels vorheriger Wirksamkeit bis zu diesem Zeitpunkt zu berücksichtigen.

¹⁸¹ Siehe dazu sogleich.

¹⁸² Vgl. Kötz, Internat.Encyclop., Bd. VII, Rn.13-102; Goode, Commercial Law, S.705.

genüber wirksam.¹⁸³ Die "doctrine of reputed ownership", die unter sec. 38 Bancruptcy Act 1914 anwendbar war und nach der der Konkursverwalter unter gewissen Voraussetzungen die Rückübertragung beziehungsweise -abtretung von Geschäftsforderungen (sog. "trade debts") verlangen konnte, hat seit dem Insolvency Act 1986 keine Geltung mehr. Insofern spielt die Drittschuldneranzeige für den Fall des Konkurses des Zedenten keine Rolle mehr.

c. Folgerungen

Auch die "equitable assignment" findet unter Sicherungsaspekten in der Praxis eher selten Anwendung. Grund hierfür ist zum einen, daß sie als stille Zession nur sehr beschränkten Sicherungswert hat, denn die Priorität bei mehrfacher Abtretung derselben Forderung richtet sich nach dem Zeitpunkt der Offenbarung. Darüberhinaus bedingt das Erfordernis der "consideration", daß die "equitable assignment" nur zur Besicherung eines noch zu gewährenden, mangels Gegenleistung nicht aber für einen bereits gewährten Kredit möglich ist.

4. Globalzession ("general assignment")

Die Abtretung oder Sicherungsabtretung aller gegenwärtigen und künftigen Außenstände (Globalzession) ist als "equitable assignment" grundsätzlich möglich. Für natürliche Personen als Zedenten, die "engaged in any business"¹⁸⁴

¹⁸³ Vaines, S.274; Chitty, Rn. 20-063; Cheshire/Fifoot, S.526; Kötz, Internat.Encyclop., Bd.VII, Rn.13-87.

¹⁸⁴ Darunter fallen nur natürliche Personen, wie z.B. Einzelkaufleute (sog. "sole traders"). Ausgenommen sind Kapitalgesellschaften, vgl. Überschrift vor sec. 252 IA 1986.

sind, ist sec. 344 Insolvency Act 1986¹⁸⁵ zu beachten.¹⁸⁶ Danach sind sämtliche Globalzessionen bestehender oder künftiger Buchforderungen ("book debts"), auch solche, die nicht sicherungshalber erfolgen, wie sogenannte "bills of sales" einzutragen¹⁸⁷, es sei denn, der Drittschuldner oder der Vertrag, aus dem die Forderung resultiert, sind bereits im Zeitpunkt der Abtretung genau bestimmt.¹⁸⁸ Da aber in nahezu allen Fällen einer Globalzession jedenfalls der Drittschuldner - zumeist sind es mehrere - noch nicht feststeht, ist die Globalzession regelmäßig eintragungsbedürftig.¹⁸⁹ Erfolgt die erforderliche Eintragung nicht, ist die Abtretung im Konkurs des Zedenten dessen Konkursverwalter und anderen Gläubigern gegenüber unwirksam, außer die abgetretene Forderung wurde bereits vor

¹⁸⁵ Vgl. auch sec. 339-349, 423-425 Insolvency Act 1986.

¹⁸⁶ Durch sec. 344 Insolvency Act 1986 ist sec. 43 Bankruptcy Act 1914 ersetzt worden. Sec. 344 (1) IA 1986 lautet: " The following applies where a person engaged in any business makes a general assignment to another person of his existing or future book debts, or any class of them, and is subsequently adjudged bankrupt."

¹⁸⁷ Das Registrierungserfordernis von sec. 4 Bills of Sale Act 1878 findet auf Forderungsabtretungen keine unmittelbare Anwendung, da unter den Begriff des "bill of sale" nur solche Urkunden fallen, die die Übertragung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben. Vgl. sec 4 Bills of Sale Act 1878; Berry/Bailey/Schaw-Miller, Rn.27.10; Habel, S.82; Bernstorff, RIW 1984,508,510.

¹⁸⁸ Vgl. hierzu sec. 344 (3)(b) IA 1986 sowie zu weiteren Ausnahmen vom Registrierungserfordernis Goode, Commercial Law, S.705, Fn.41; Chitty, Rn.20-063; Bernstorff, RIW 1984,508,510; Klein, WM 1978,390,397; Habel, S.82. Anders als im deutschen Recht reicht es nicht aus, daß die Forderung erst im Moment ihrer Entstehung eindeutig bestimmt ist, sondern sie muß bereits bei Vornahme der Abtretung bestimmt sein. Mißverständlich daher Klein, WM 1978,390,397, der Bestimmbarkeit bereits für ausreichend hält.

¹⁸⁹ Nicht vereinbar mit dem Wortlaut des Insolvency Act sind insofern die Ausführungen von Bernstorff, RIW 1984,508,510 und RIW 1994,542,545, der einer Globalzession in solchen Fällen offenbar überhaupt die Registrierbarkeit abspricht.

Konkursbeginn beglichen.¹⁹⁰ Grund der Registrierungspflicht ist unter anderem, Gläubiger davor zu schützen, daß ein Schuldner sich aller Forderungen, die ihm zustehen, heimlich begibt.

Für die Sicherungsabtretung von Buchforderungen ("book debts")¹⁹¹ einer "company" gelten ähnliche Regelungen¹⁹², die ebenso verdeutlichen, weshalb Abtretungen zu Sicherungszwecken in England - insbesondere angesichts der überragenden Bedeutung der "limited company" - nahezu ungebräuchlich sind. Zur Sicherheit übertragene Forderungen¹⁹³, also sowohl jene im Rahmen einer Globalzession als auch Einzelabtretungen, einer Gesellschaft, sind als "charge" gemäß sec. 395-398 Companies Act 1985 im "Company's Register of Charges" binnen einer Frist von 21 Tagen einzutragen.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Sec. 344 (2) IA 1986. Vgl. auch Chitty, Rn.20-063; Vaines, S.274 sowie S.483; Griffiths/Taylor, S.76; Sheldon, S.504; Klein, WM 1978,390,397; Habel, S.82; Bernstorff, RIW 1984,508,510.

¹⁹¹ Zu diesem Begriff siehe Independent Automatic Sales Ltd. v. Knowles & Foster, [1962] 3 All ER 27; Paul & Frank Ltd. v. Discount Bank (Overseas) Ltd., [1967] Ch.D.348.

¹⁹² Sec. 344 Insolvency Act 1986 ist auf "companies" nicht anwendbar, da diese den Konkursregelungen des Insolvency Act nicht unterliegen.

¹⁹³ Diese Regelung betrifft auch "legal assignments", vgl. Re Kent and Sussex Sawmills Ltd., [1947] 1 Ch. 177; Re Miller, Gibb & Co., [1957] 1 W.L.R. 703; Paul and Frank Ltd. v. Discount (Overseas) Ltd., [1967] Ch. 348. Freilich kann die "legal assignment" sich nur auf Sicherungsabtretungen bestehender Forderungen beziehen, da Globalzessionen nur in "Equity" möglich sind. Siehe dazu bereits oben.

¹⁹⁴ Siehe auch N.V. Slavenburg's Bank v. Intercontinental Natural Resources Ltd., [1980] 1 W.L.R. 1076 mit Besprechung von Magnus in RIW/AWD 1981,197,198; Independent Automatic Sales Ltd. v. Knowles & Foster, [1962] 1 W.L.R. 974. Die Auffassung von Klein, WM 1978,390,398, daß auch einfache Abtretungen und nicht nur Sicherungsabtretungen unwirksam seien, widerspricht dem Wortlaut von sec. 395,396 Companies Act 1985. Ebenso Kaiser, S.50. Vgl. auch Chitty, Rn.20-064; Goode, Commercial Law, S.705, Fn.41; Pennington, Company Law, S.646.

Befindet sich die Gesellschaft in der Liquidation, ist eine nicht registrierte Abtretung Dritten gegenüber unwirksam, bietet dem Zessionar also keinerlei Schutz.¹⁹⁵

Ebenso wie beim verlängerten Eigentumsvorbehalt¹⁹⁶ kann bei der Sicherungsabtretung künftiger Forderungen dagegen nicht eingewandt werden, die zedierten Forderungen seien, da sie zu keinem Zeitpunkt Teil des Gesellschaftsvermögens würden, nicht von der Gesellschaft bestellt. Die Forderungen würden nämlich Teil des Gesellschaftsvermögens werden, wären sie nicht zuvor abgetreten worden.¹⁹⁷

5. Vergleich mit dem deutschen Recht

Sinn eines Vergleichs des deutschen Rechts mit den hier untersuchten Rechtsordnungen kann es nicht sein, diese bis ins Detail gegenüberzustellen. Der vergleichende Teil dieser Arbeit beschränkt sich daher darauf, die wesentlichen Unterschiede der untersuchten Rechtsordnungen zum deutschen Recht herauszustellen.

Die Abtretung nach englischem Recht unterscheidet sich zunächst danach, daß es zwei voneinander unabhängige Abtretungsvarianten kennt. Wichtigster Unterschied ist bei Sicherungszeessionen, die von "companies" vorgenommen werden, auch hier, daß diese anders als im deutschen Recht in ein Register einzutragen sind.

Die "legal assignment" unterscheidet sich von der Abtretung nach deutschem Recht in mehrfa-

¹⁹⁵ Vgl. Re Kent & Sussex Sawmills Ltd., [1947] 1 Ch. 177,178; Chitty, Rn.20-064; Holden, Rn.29-7.

¹⁹⁶ Dazu sogleich unter 2. Kapitel V.

¹⁹⁷ Habel, S.83.

cher Hinsicht. So sind im deutschen Recht auch erst künftig entstehende Forderungen abtretbar, sofern sie hinreichend bestimmt oder bestimmbar bezeichnet sind.¹⁹⁸ Die Abtretung nach deutschem Recht kann formlos erfolgen¹⁹⁹, während sie in England schriftlich sein muß. Eine stille Zession ist bei der "legal assignment" anders als in Deutschland ebenso wie eine Teilabtretung nicht möglich.²⁰⁰ Während die automatische Rückübertragung der abgetretenen Forderung nach deutschem Recht für den Fall des Wegfalls des Sicherungszwecks vereinbart werden kann²⁰¹, bedarf es bei der "legal assignment" in jedem Fall eines gesonderten Rückübertragungsakts.

Die "equitable assignment" jedoch entspricht weitgehend der Abtretung nach deutschem Recht. Unterscheiden tut sie sich durch die fehlende gesetzliche Regelung. Darüberhinaus ist die Klage gegen den Drittschuldner ohne Mithilfe des Zedenten problematisch, während der Zessionar in Deutschland unbeschränkter Forderungsinhaber wird und aus der Forderungsinhaberschaft resultierende Rechte selbst dann uneingeschränkt in eigenem Namen geltend machen kann, wenn die Zession nur sicherungshalber erfolgt ist.²⁰²

Das Erfordernis der "consideration" führt in der Praxis dazu, daß die Sicherungszession für einen bereits gewährten Kredit nur "under seal" wirksam erfolgen kann, während Sicherheiten in Deutschland - unter anderem wegen des Abstrak-

¹⁹⁸ BGHZ 7,365,367; Palandt-Heinrichs § 398, Rn.11 und 14 m.w.N.

¹⁹⁹ Palandt-Heinrichs § 398, Rn.7.

²⁰⁰ Die Teilabtretung nach deutschem Recht ist möglich, wenn die Forderung teilbar ist und die Parteien sie nicht durch Vereinbarung gemäß § 399 BGB ausgeschlossen haben. Vgl. Palandt-Heinrichs § 398, Rn.10.

²⁰¹ Vgl. Palandt-Heinrichs § 398, Rn.21 m.w.N.

²⁰² Palandt-Heinrichs § 398, Rn.21.

tionsprinzips - auch noch nach Valutierung problemlos gewährt werden können.

Hinsichtlich der Rangfolge zweier Abtretungen derselben Forderung gehen beide Rechtssysteme vom Prioritätsprinzip aus, wobei sich diese in England allerdings nicht wie bei uns nach dem Zeitpunkt der Abtretung, sondern nach demjenigen des Zugangs der Drittschuldneranzeige beurteilt.

Bei der Globalzession besteht der wesentliche Unterschied in dem Erfordernis nach Registrierung.

IV. Der Eigentumsvorbehalt einschließlich des erweiterten Eigentumsvorbehalts²⁰³

1. Allgemeines

Dem englischen Recht ist das bei uns geltende Traditionsprinzip fremd.²⁰⁴ Demestprechend geht das Eigentum unabhängig von der Verschaffung des Besitzes oder einer Bezahlung in der Regel mit Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer über.²⁰⁵ Allerdings bleibt es den Vertragsparteien unbenommen, den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs selbst zu bestimmen, denn gemäß sec. 17 (1) Sale of Goods Act (SGA) 1979²⁰⁶

²⁰³ Üblicherweise wird der Eigentumsvorbehalt in England "retention of title" genannt. Es gibt aber auch die Bezeichnungen "reservation of title" sowie "reservation of the right of disposal".

²⁰⁴ Vgl. Zweigert/Kötz, Bd.I, 1.A., § 15.

²⁰⁵ Vgl. Bernstorff, Rechtsprobleme, S.63 f.; Pennington, ICLQ 27 (1978), 277, 278.

²⁰⁶ Sec. 17 (1) SGA 1979 lautet: "Where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred." Vgl. dazu Halsbury's Laws of England

richtet sich der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs vorwiegend nach dem Parteiwillen.²⁰⁷ Während die sec. 17 (2) sowie 18 SGA 1979 lediglich Regelungen für die Ermittlung des Parteiwillens hinsichtlich des Zeitpunkts des Eigentumsübergangs enthalten²⁰⁸, bestimmt sec. 19 SGA 1979²⁰⁹ abweichend von diesen Vorschriften ausdrücklich den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs für den Fall einer vereinbarten Bedingung. Danach kann sich der Verkäufer das Eigentum vertraglich vorbehalten, bis bestimmte Bedingungen, in der Regel wird dies die Kaufpreiszahlung sein²¹⁰, erfüllt sind. Damit ist auch klar gestellt, daß der einfache Eigentumsvorbehalt in England anerkannt ist²¹¹ und unproblematisch vereinbart werden kann, sofern die Absicht der Parteien erkennbar dahin geht, einen solchen zu vereinbaren.²¹² Hinsichtlich der Erkennbarkeit dieser Absicht sollte aus der entsprechenden Vertragsklausel eindeutig hervorgehen, daß der Vorbehaltsverkäufer rechtlicher Eigentümer der

(-Debattista), *Sale of Goods and Supply of Services*, Bd.41, 4.A. (1983), §§ 601 ff.; 706 ff.

²⁰⁷ Vgl. Bernstorff, RIW 1993,365,368; ders., Einführung, S.125; Kessel, RIW 1991,812,814; Baumgarte, RIW/AWD 1981,733,734.

²⁰⁸ Vgl. in einer Übersetzung die Darstellung bei Baumgarte, RIW/AWD 1981,733,734.

²⁰⁹ S. 19 (1) SGA lautet:

"where there is a contract for the sale of specific goods or where goods are subsequently appropriated to the contract, the seller may, by the terms of the contract or appropriation, reserve the right of disposal of the goods until certain conditions are fulfilled; and in such case, notwithstanding the delivery of the goods to the buyer, or to a carrier or other bailee or custodian for the purpose of transmission to the buyer, the property in the goods does not pass to the buyer until the conditions imposed by the seller are fulfilled."

²¹⁰ Vgl. Goode, *Commercial Law*, S.244.

²¹¹ Vgl. dazu auch die Entscheidungen *Clough Mill v. Martin*, [1985] 1 WLR 111, 116 f., 119 (CA); *Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG*, [1990] 3 All ER 481 (HL).

²¹² Vgl. Goode, *Commercial Law*, S.245.

Ware bleibt, auch wenn dem Käufer der Besitz daran schon eingeräumt wurde.²¹³

Trotz dieser gesetzlichen Regelungen war der Eigentumsvorbehalt in England früher wenig verbreitet. Der Grund lag unter anderem in der - ausnahmsweise²¹⁴ im englischen Recht gegebenen²¹⁵- Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs durch Dritte sowie an den Rechtsfolgen beim Konkurs von natürlichen Personen.²¹⁶ Zudem war bereits die Anerkennung des einfachen Eigentumsvorbehalts fraglich und umstritten.²¹⁷ Obwohl Eigentumsvorbehaltsklauseln im internationalen Handelsverkehr mit England schon früher vielfach usus waren, erging die erste Gerichtsentscheidung, die sich mit diesem Rechtsinstitut befasste, erst Mitte der 70-er Jahre in dem sogenannten Romalpa-Fall.²¹⁸ Erst seit dieser Entscheidung, die sogleich noch dargestellt werden wird, breitete sich der Eigentumsvorbehalt auch im innerenglischen Warenverkehr allmählich aus.²¹⁹

²¹³ Goode, Commercial Law, S.245; Triebel, Rn.356. Eine Klausel, in der sich der Vorbehaltverkäufer lediglich das "equitable und beneficial ownership" vorbehält, ist dazu nicht ausreichend. Siehe dazu Re Bond Worth Ltd. v. Monsanto, [1979] 3 All ER 919, 936 f.

²¹⁴ Vgl. dazu Triebel, Rn.218 ff.

²¹⁵ Siehe dazu unten 2. Kapitel IV 5 a.

²¹⁶ Vgl. dazu Pennington, ICLQ 27 (1978), 277, 279; Berry/Bailey/Schaw-Miller, Rn.27.5. Siehe auch sogleich unten 2. Kapitel IV 5 b bb. Zu den hier nicht dargestellten Problemen des sog. "hiving down of assets" vgl. Parris, Effective, S.1 ff.; Baumgarte, RIW 1981, 733, 734; Graupner, RIW 1994, 109, 110.

²¹⁷ Diese Frage ist durch die Entscheidung des House of Lords in Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG, [1990] BCC 925 mittlerweile geklärt.

²¹⁸ Vgl. Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd., [1976] 2 All ER 552 = [1976] 1 WLR 676. Siehe zu dieser Entscheidung sogleich unten.

²¹⁹ Vgl. Pennington, ICLQ 27 (1978), 277, 279. Siehe auch die Bemerkung von Lordrichter Balcombe in Specialist Plant Services Ltd. v. Braithwaite Ltd., [1987] BCLC 1, 5: "..., because these retention of title clauses are becoming increasingly popular at the moment."

2. Rechtsnatur des Eigentumsvorbehalts

Zur Wirksamkeit eines Sicherungsrechts ("charge") bedarf es einer Vereinbarung zwischen Sicherungsgeber und -nehmer. Danach muß der Sicherungsgeber eine in seinem Eigentum stehende Sache zugunsten des kreditgebenden Gläubigers belasten, d.h. er muß sich zumindest eines Teiles seiner Rechtsmacht begeben. Da aber der Vorbehaltskäufer dem Vorbehaltsverkäufer keine Rechte - insbesondere nicht das Eigentum - am Kaufgegenstand einräumt, sondern der Vorbehaltsverkäufer lediglich die Übertragung seines Eigentums an den Käufer bis zur vollen Kaufpreiszahlung hinausschiebt, wird nach englischem Recht mit dem einfachen Eigentumsvorbehalt keinerlei Sicherungsrecht zwischen den Vertragsparteien vereinbart²²⁰, sondern nur eine Bedingung für den Eigentumsübergang.²²¹ "Eigentumsvorbehalt und Sicherungsrechte sind demnach diametral entgegengesetzte, unvereinbare Institute".²²² Aus diesem Grunde kann der einfache Eigentumsvorbehalt unproblematisch vereinbart werden, da die für Sicherungsrechte einzuhaltende Publizität (z.B. die Eintragung bei einer "charge") nicht erforderlich ist.

²²⁰ Vgl. Tettenborn, [1981] JBL 173; Goode, Commercial Law, S.642; Kessel, RIW 1991,812,814 f.; Bernstorff, RIW 1993,365,368.

²²¹ Vgl. die grundlegende Entscheidung des House of Lords zu dieser Einordnung des Eigentumsvorbehalts in *Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG*, [1990] BCC 925 = [1990] 3 All ER 481. Eine Besprechung dieser Entscheidung findet sich bei Graupner, RIW 1991,73; Roloff, IPrax 1991,274. Siehe auch die Definition des Eigentumsvorbehalts in sec. 251 Insolvency Act 1986 sowie schon die Entscheidung des Court of Appeal in *Clough Mill Ltd. v. Martin*, [1985] 1 WLR 111 = [1984] 1 All ER 721. Dazu sogleich noch unten.

²²² So Kessel, RIW 1991,812,815.

3. Eigentumsvorbehalt mit Kontokorrentklausel

Mit dieser Begründung hat das House of Lords im Jahre 1990 auch die Wirksamkeit von Kontokorrent- und Konzernklauseln allgemein anerkannt.²²³ Diese Entscheidung hat nicht nur für Klarheit hinsichtlich der Wirksamkeit von Kontokorrent- und Konzernklauseln gesorgt, sondern hat auch die Zweifel um die Anerkennung des einfachen Eigentumsvorbehalts höchststrichterlich ausgeräumt.²²⁴ Kontokorrent- und Konzernvorbehalt entsprechen damit hinsichtlich Wirksamkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen dem einfachen Eigentumsvorbehalt.

4. Form und Zeitpunkt der Vereinbarung

Wegen des im englischen Recht geltenden Vertragsprinzips geht das Eigentum an der Kaufsache ipso iure mit Abschluß des Kaufvertrages auf den Erwerber über (vgl. sec. 18 SGA 1979). Aus diesem Grunde muß der Eigentumsvorbehalt spätestens bei Abschluß des Kaufvertrages vereinbart werden. Sofern also dem Vorbehaltskäufer (einseitig) erst später ein Lieferschein oder eine Rechnung mit dem entsprechenden Hinweis auf den Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung überreicht wird, ist dies unwirksam²²⁵, da zu diesem Zeitpunkt das Eigentum bereits übergegangen ist. Sollten die Parteien (beiderseitig) nach Abschluß des Kauf-

²²³ Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG, [1990] BCC 925. Vgl. dazu Hicks, [1992] JBL 398,402 f.; Roloff, IPRax 1991,274, sowie die Anmerkungen von Graupner, RIW 1991,73. Vgl. auch die zweitinstanzliche Entscheidung in 1989 S.L.T. 185 ff., insbesondere 188.

²²⁴ Vgl. z.B. die (schottischen) Vorinstanzen zu dem Urteil des House of Lords, 1986 S.L.T. 182 sowie 1989 S.L.T. 185.

²²⁵ Vgl. Baumgarte, RIW/AWD 1981,733,735; Bernstorff, RIW 1993,365,368; ders., Einführung, S.125 f.

vertrages - also nach Übergang des Eigentums - einen "Eigentumsvorbehalt" vereinbaren, bewirkt dies zu diesem Zeitpunkt eine Vertragsänderung²²⁶ mit der Folge, daß Sicherungseigentum ("chattel mortgage") als Folge der Rückübereignung begründet wird. Grund dafür ist, daß in einem solchen Fall die Sache nunmehr aus dem Eigentum des Käufers stammt, und damit ein Sicherungsrecht am bereits auf den Käufer übergegangenen Eigentum an der "Vorbehaltsware" begründet wird. Zur Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung bedarf es jedoch der Beachtung spezifischer Formvorschriften.²²⁷

Grundsätzlich ist die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts formlos möglich.²²⁸ In der Regel wird der Eigentumsvorbehalt aber, insbesondere im Handelsverkehr, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Vorbehaltsverkäufers vorgegeben werden, was auch in England grundsätzlich möglich ist. Die AGB gelten dann als wirksam in den Vertrag einbezogen, wenn sie Bestandteil des unterzeichneten Vertrages sind. Es kommt allerdings auch in England nicht darauf an, ob der Vertragspartner die Bedingungen auch tatsächlich zur Kenntnis genommen oder verstanden hat.²²⁹

²²⁶ Siehe auch Thieme/Mitscherlich, RIW/AWD 1974,173,179.

²²⁷ Nämlich nach sec. 8, 10 Bills of Sale Act 1878 sowie sec. 8 Bills of Sale Act (1878) Amendment Act 1882. Bei "companies", auf die die Bills of Sale Acts gemäß sec. 17 Bills of Sale (1878) Amendment Act 1882 keine Anwendung finden, gelten sec. 395 ff. CA 1985. Vgl. dazu Triebel, Rn.311 f.; Berry/Bailey/Schaw-Miller, Rn.27.6; Klötzel, RIW 1983,822.

²²⁸ Auch hier gilt aber die Grundregel, daß es sich aus Gründen einer vereinfachten Beweisführung anbietet, die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts schriftlich abzufassen.

²²⁹ Vgl. Thieme/Mitscherlich, RIW/AWD 1974,173,175 m.w.N.; Baumgarte, RIW 1981,733,734; Triebel, Rn.98.

Eine formlose Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ist ausgeschlossen im Anwendungsbereich des Verbrauchercreditgesetzes (Consumer Credit Act 1974). Dieses Gesetz kommt bei Ratenverkäufen an eine Privatperson bei einem Warenwert von unter £ 25.000²³⁰ zur Anwendung.²³¹ In diesem Fall sind gesetzliche Formvorschriften sowie zahlreiche weitere Besonderheiten zu beachten.²³²

5. Rechtsfolgen

Im Innenverhältnis zum Vorbehaltskäufer verschafft der Eigentumsvorbehalt dem Vorbehaltsverkäufer eine "Sicherheit", die es ihm erlaubt, die Ware wieder an sich zu nehmen, sofern diese sich noch im ursprünglichen Zustand²³³ im Besitz des Vorbehaltskäufers befindet.²³⁴

Die Wirkungen im Außenverhältnis, d.h. Dritten gegenüber, sind danach zu differenzieren, ob es sich um gutgläubigen Erwerb dritter Personen handelt, oder ob das Konkursverfahren über das Vermögen des Vorbehaltskäufers eröffnet worden ist.

a. Gutgläubiger Erwerb Dritter

²³⁰ Bis zum 01.05.98 galt noch eine Grenze von £ 15.000.

²³¹ Vgl. s. 8,9 CCA 1974.

²³² Da Verkäufe im Handelsverkehr regelmäßig nicht von diesen Vorschriften erfasst sind, wird von einer detaillierten Darstellung abgesehen. Vgl. dazu Chitty, Bd.2, Rn. 38-002 ff.

²³³ Für die Fälle des gestatteten Weiterverkaufs oder der gestatteten Weiterverarbeitung siehe sogleich unten.

²³⁴ Vgl. Bernstorff, Rechtsprobleme, S.75; Triebel, Rn.359. Hinsichtlich der hier ausgeklammerten Frage, welchen Gerichtsstand der Vorbehaltsverkäufer wählen muß, vgl. Lipp, RIW 1994,18,19 ff.

Grundsätzlich ist die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs in England stark eingeschränkt.²³⁵ Ausnahmen lassen sec. 21 ff. SGA 1979 sowie sec. 2, 9 Factors Act 1889 zu, wonach Dritte eine Sache z.B. dann gutgläubig erwerben können, wenn - wie bei einem Eigentumsvorbehalt üblich - dem Vorbehaltskäufer der Besitz an der Ware oder die Verfügungsbefugnis durch Dokumente (sog. "documents of title") mit Willen des Vorbehaltsverkäufers eingeräumt worden und die Veräußerung geschäftsmäßig erfolgt ist.²³⁶ Der Eigentumsvorbehalt sichert den Vorbehaltsverkäufer somit im Außenverhältnis nicht gegen den gutgläubigen Erwerb der Vorbehaltsware durch einen Dritten ab.²³⁷ Dies stellt einen der Gründe dar, weshalb der Eigentumsvorbehalt in England anfangs wenig Beachtung fand.

b. Insolvenz des Vorbehaltskäufers

Bei einer Insolvenz des Vorbehaltskäufers war hinsichtlich der Rechtsfolgen lange Zeit danach zu differenzieren, ob es sich bei ihm um eine Kapitalgesellschaft ("company") oder aber um eine natürliche Person handelte. Der Grund lag darin, daß der Bankruptcy Act 1914 auf "companies" keine unmittelbare Anwendung fand. Durch den Insolvency Act 1986 sind die Rechtsfolgen jedoch angeglichen worden.

aa. Gesellschaft ("company")

²³⁵ Vgl. Triebel, Rn.218 ff.

²³⁶ Vgl. insbesondere sec. 25 SGA 1979. Zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Vorschrift siehe Forsythe International (UK) Ltd. v. Silver Shipping Co.Ltd. (The Saetta), [1994] 1 All ER 851.

²³⁷ Zu Schadensersatzansprüchen des Vorbehaltsverkäufers bei unberechtigter Verfügung des Vorbehaltskäufers bzw. des "receivers" über die Ware vgl. Graupner, RIW 1994,109 ff.

Sofern es sich beim Vorbehaltskäufer um eine Kapitalgesellschaft²³⁸ (z.B. um eine "limited company") handelt, hat der Vorbehaltsverkäufer - nach wie vor - das Recht, die Ware aus der Insolvenzmasse des Käufers auszusondern²³⁹ sowie einer (auch bereits erfolgten) Zwangsversteigerung in die gelieferte Sache zu widersprechen. Denn der einfache Eigentumsvorbehalt ist - wie soeben dargestellt - kein Sicherungsrecht und damit keine registrierungspflichtige "charge" im Sinne von sec. 395 ff. CA 1985 darstellt.²⁴⁰ Der Vorbehaltsverkäufer ist somit umfassend geschützt.

bb. Natürliche Person

Bei dem Konkurs einer natürlichen Person²⁴¹ sah die Situation des Vorbehaltslieferanten dagegen

²³⁸ Vgl. zu diesem Begriff Buckley, Bd.1, S.19 ff.; ders., Bd.2, S.1425 ff. sowie sec. 1 CA 1980 und sec. 1 CA 1985.

²³⁹ Während einer sog. "administration order" (vgl. sec. 8 ff. IA 1986; dazu Triebel, Rn.842 ff.) darf Vorbehaltsware mit Zustimmung des Gerichts allerdings veräußert oder die Herausgabe verweigert werden. Da der Eigentumsvorbehalt aber auch gegenüber dem "administrator" gilt, muß der "administrator" im Falle des Verkaufs der Vorbehaltsware zunächst den Vorbehaltsverkäufer aus dem Erlös befriedigen. Ausführlich dazu Benjamin's Sale of Goods, Rn.5-157 f.; Hanbury/Martin, S.684 ff., insbesondere S.685 f.; Triebel, Rn.845. Siehe auch Lipp, RIW 1994,18,24, und Lange, WM 1990,701,702 ff., zur Rechtslage gegenüber einem "administrative receiver". Zur Abgrenzung dieser beiden Rechtsinstitute vgl. Triebel, Rn.844; auch Lightman/Moss, Rn.2-07 ff., S.11 ff.

²⁴⁰ Diese Rechtsfolge wurde auch vom House of Lords in *Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG*, [1990] BCC 925, bestätigt. Vgl. auch Bernstorff, Einführung, S.126 f.; Triebel, Rn.359.

²⁴¹ Sec. 38 Bankruptcy Act 1914 sprach von einer "person engaged in trade or business". Hierzu zählten nicht nur Privat- und Kaufleute (sog. "sole traders"), sondern auch "partnerships", auf die der Companies Act 1985 nicht anwendbar ist (siehe dazu Benjamin's Sale of Goods, Rn.5-160; Triebel, Rn.554 ff.; Lipp, RIW

bis in die achtziger Jahre ungünstig aus, da in einem solchen Fall die sogenannte "doctrine of reputed ownership"²⁴² zur Anwendung gelangte. Gemäß sec. 38 Bankruptcy Act (BA) 1914 wurden diejenigen Sachen, die der Schuldner bei Beginn des Konkursverfahrens mit Zustimmung des wahren Eigentümers in Besitz oder zur Verfügung²⁴³ hatte, und die er für sein Geschäft oder Gewerbe genutzt hat, als ihm gehörig angesehen und fielen daher in die Konkursmasse²⁴⁴, vorausgesetzt allerdings, daß der Schuldner den Umständen oder der Natur der Sache nach für den Eigentümer gehalten werden konnte.²⁴⁵

Die Situation des Vorbehaltslieferanten beim Konkurs einer natürlichen Person entsprach damit in etwa derjenigen beim gutgläubigen Erwerb Dritter der im Besitz des Vorbehaltskäufers be-

1994,18,Fn.7). Heute unterstehen "partnerships" nicht den Insolvenzregelungen, die für natürliche Personen unter dem Insolvency Act 1986 gelten. Das Insolvenzrecht der "partnerships" ist in weiten Bereichen an dasjenige der Kapitalgesellschaften angekoppelt worden. Eine entsprechende Regelung findet sich in der Insolvent Partnership Order 1986, auf die sec. 420 Insolvency Act 1986 verweist (siehe dazu auch Berry/Bailey/Schaw-Miller, Rn.16.1; Triebel, Rn.815 ff.). Angesichts der geringen praktischen Bedeutung von "partnerships" im englischen Handelsverkehr wird von einer detaillierten Darstellung abgesehen.

²⁴² Vgl. dazu Triebel, 1. A., S.191; Graupner, RIW/AWD 1976,258,261; Stumpf/Fichna, S.163; Halsbury's Laws of England (-Waterer), Bankruptcy and Insolvency, Bd.2, 3.A. (1953), S.438 ff.; Halsbury's Statutes of England, Bankruptcy and Insolvency, Bd.3, 3.A.(1968), S.89 m.w.N.; Berry/Bailey/Schaw-Miller, Rn.27.5.

²⁴³ "possession, order or disposition".

²⁴⁴ Dies galt unabhängig davon, ob eine Eintragung des Eigentumsvorbehalts nach dem Bills of Sales Act 1878 und dem Bills of Sale (1878) Amendment Act 1882 erfolgt war. Vgl. Triebel, 1.A., S.191; Lipp, RIW 1994,18, Fn.8.

²⁴⁵ Vgl. Halsbury's Laws of England (-Waterer), Bankruptcy and Insolvency, Bd.2, 3.A.(1953), S.438 ff.; Triebel, 1.A.,S.191. Wann der Schuldner den Umständen nach für den Eigentümer gehalten werden konnte, mußte in jedem Einzelfall entschieden werden. Vgl. z.B. Lamb v. Wright, [1924] 1 K.B. 857; Re Ford, [1929] 1 Ch. 134.

findlichen Waren. Der Eigentumsvorbehalt hat dem Vorbehaltslieferanten keinerlei Schutz gewährt.

Diese Situation des Vorbehaltsverkäufers hat sich seit der Einführung des Insolvency Act 1986 grundlegend geändert, da dieses Gesetz die "doctrine of reputed ownership" abgeschafft hat.²⁴⁶ Ob eine Sache in die Konkursmasse fällt, hängt nunmehr gemäß sec. 283 IA 1986 davon ab, ob sie zum Zeitpunkt der Konkursöffnung im Eigentum des Schuldners steht oder nicht.²⁴⁷ Da bei der Vereinbarung eines einfachen Eigentumsvorbehalts das Eigentum an der Ware bis zur Bezahlung nicht auf den Käufer beziehungsweise Schuldner übergeht, kann der Vorbehaltsverkäufer nach jetzigem Recht also die Vorbehaltsware aussondern.²⁴⁸ Damit ist die Rechtslage bei natürlichen Personen an die von Gesellschaften angeglichen worden.

6. Vergleich mit dem deutschen Recht

Sowohl in England als auch in Deutschland sind der einfache Eigentumsvorbehalt und der Kontokorrentvorbehalt anerkannt. Aus theoretischer Sicht unterscheiden sich beide Rechtsordnungen durch das Fehlen des Traditionsprinzips im eng-

²⁴⁶ Vgl. Berry/Bailey/Schaw-Miller, Rn.27.5; Lipp, RIW 1994,18,Fn.8. Etwas unklar, aber im Ergebnis ebenso Triebel, Rn.830. Siehe auch bereits oben 2. Kapitel III 3 b.

²⁴⁷ Vgl. auch Halsbury's Laws of England (-Bailey), Bankruptcy and Insolvency, Bd.3 (2), 4.A.(1989), Rn.406.

²⁴⁸ Vgl. Benjamin's Sale of Goods, Rn.5-161. Graupner, RIW 1991,73, kommt zu dieser Schlußfolgerung bereits aufgrund der Entscheidung Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG. Zwar hat das Gericht dort ausdrücklich nur auf die Wirksamkeit von Vorbehaltsklauseln gegenüber Gesellschaften erkannt, doch zieht Graupner, a.a.O., daraus den Schluß, daß der Eigentumsvorbehalt damit wohl auch eine solche Wirkung gegenüber Konkursverwaltern von Individualschuldnern haben dürfte.

lischen Recht. Praktische Auswirkungen hat dies auf den Zeitpunkt der Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts. Während der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht auch noch nach dem Abschluß des Kaufvertrages bis spätestens zur Übereignung erfolgen kann²⁴⁹, muß der Eigentumsvorbehalt wegen des Konsensual-/Vertragsprinzips des englischen Rechts spätestens bei Abschluß des Kaufvertrages erklärt werden, da sonst das Eigentum bereits zu diesem Zeitpunkt übergeht. Nach Übergang des Eigentums, kann eine Sicherung in beiden Rechtsordnungen lediglich noch durch eine Sicherungsübereignung der Kaufsache durch den Käufer erfolgen²⁵⁰, die allerdings in England - anders als im deutschen Recht - formbedürftig ist.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß der Vorbehaltsverkäufer nach englischem Recht ein Rücknahme- beziehungsweise Wegnahmerecht hinsichtlich des Vorbehaltsguts hat, während ihm nach deutschem Recht lediglich ein Herausgabeanspruch zusteht, wenn der "Sicherheitsfall" eintritt.

V. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt

Anders als zum einfachen Eigentumsvorbehalt existieren zum verlängerten Eigentumsvorbehalt in England keinerlei gesetzliche Vorschriften.

²⁴⁹ Vgl. Palandt-Heinrichs § 929, Rn.29. Allerdings besteht dann die Gefahr, daß ein solches Verhalten nicht im Einklang mit der vertraglichen Vereinbarung steht, was aber i.d.R. deshalb unerheblich ist, da die Übereignung dann verweigert werden kann, wenn der andere Vertragsteil sich ebenfalls nicht vertragstreue verhält, z.B. indem er den vereinbarten Kaufpreis nicht bei Übergabe zahlt. Etwas anderes gilt aber dann, wenn z.B. ein Zahlungsziel im Vertrag vereinbart worden ist.

²⁵⁰ In Deutschland nach §§ 929, 930. Zu England siehe 2. Kapitel IV 4.

Die Regeln zum verlängerten Eigentumsvorbehalt ergeben sich daher - wie im englischen "Case-Law-System" vielfach üblich - lediglich aus der Rechtsprechung. Es ist aus diesem Grunde eine Analyse der in diesem Rechtsbereich vielfach ergangenen Entscheidungen erforderlich, um die Entwicklung der Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts in England beurteilen zu können. Allerdings wird bei Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts rechtlich nicht nach dem Recht des Vorbehaltskäufers zum Weiterverkauf und demjenigen zur Weiterverarbeitung unterschieden. Beide Rechte werden - anders als im deutschen Recht - nach den gleichen Grundsätzen behandelt, so daß Entscheidungen zum einen Rechtsinstitut gleichzeitig Auswirkungen auf das andere haben und auch dort gelten. Aus diesem Grunde ist es unerläßlich, in der folgenden Darstellung auch Entscheidungen zu den sogenannten Verarbeitungsklauseln zu erörtern.

1. Der Ausgangspunkt: Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd²⁵¹

Die Geschichte des verlängerten Eigentumsvorbehalts ist in England noch recht jung. Englische Gerichte befassten sich erstmals im Jahre 1976 mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, eine holländische Gesellschaft, belieferte die Beklagte mit Aluminiumfolien. In den dem Vertrag zugrunde liegenden AGB behielt sich die Klägerin das Eigentum an der gelieferten Ware vor. Darüberhinaus wurde zwischen den Parteien vereinbart, daß es der Beklagten im

²⁵¹ [1976] 2 All ER 552.

Rahmen eines vertraglich vorgesehenen Treuhandverhältnisses gestattet sei, die gelieferten Folien weiterzuverarbeiten und zu veräußern. Das Recht an den Verarbeitungs- beziehungsweise Veräußerungssurrogaten sollte dabei auf die Klägerin übergehen.²⁵² Nachdem auf Seiten der Beklagten ein "receiver" eingesetzt worden war, verlangte die Klägerin Feststellung, daß die noch bei der Beklagten befindlichen unbezahlten Folien Eigentum der Klägerin seien, und daß der Erlös aus dem erfolgten Weiterverkauf der (verarbeiteten) Folien²⁵³, der immer getrennt von anderen Geldern aufbewahrt worden war, treuhänderisch vom "receiver" für sie verwaltet werde.

Vor Gericht gestand die Beklagte zu, die Vorbehaltsware als "bailiff", also treuhänderisch, für die Klägerin in Besitz gehabt zu haben. Sie bestritt jedoch, daß die in den AGB vereinbarte Vorbehaltsklausel Bestandteil der einzelnen Kaufverträge geworden sei, und war der Ansicht, daß zumindest der vom "receiver" für die weiterverkaufte Ware empfangene Preis nicht der Klägerin zustehen könne.

Der Court of Appeal²⁵⁴ gab dem Begehren der Klägerin statt. Das Gericht war der Auffassung, der vereinbarte Eigentumsvorbehalt sei wirksam vereinbart worden. Hinsichtlich der noch bei der Beklagten vorhandenen Vorbehaltsware konnte

²⁵² Die deutsche Übersetzung der in holländischer Sprache abgefaßten Vereinbarung lautete: "Das Eigentum an dem gelieferten Material geht erst dann auf den Käufer über, wenn er alles, was ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund dem Verkäufer zusteht, bezahlt hat. Bis zum Tag der Zahlung wird der Käufer auf Verlangen des Verkäufers das Material so aufbewahren, daß es deutlich als Eigentum des Verkäufers gekennzeichnet ist." Zum englischen Wortlaut der Vereinbarung vgl. S.559 C, G-J der Entscheidung.

²⁵³ Dieser war erst nach Einsetzung des "receivers" bei diesem eingegangen.

²⁵⁴ Ebenso der erstinstanzliche High Court.

somit das Eigentum der Klägerin ohne weiteres vom Gericht bejaht werden, da die Ware noch unbezahlt war. Hinsichtlich der Weiterverkaufserlöse stützte sich das Gericht auf die Regel aus *re Hallet's Estate*²⁵⁵. Nach dieser Regel hat ein Begünstigter bei Vorliegen eines Treuhandverhältnisses ("fiduciary relationship") das Recht auf Erlöse aus Verfügungen des Treuhänders, soweit diese noch identifizierbar sind. Dieses Recht steht dem Begünstigten auch dann zu, wenn der Erlös - wie hier - aus dem Verkauf von Ware resultiert. Ein solches Treuhandverhältnis bejahte das Gericht mit der Begründung, die Parteien hätten zueinander in einem Vertretungsverhältnis ("agency relationship") gestanden. Aufgrund einer Vertragsauslegung deutete das Gericht den vereinbarten Vertragsinhalt dahingehend, daß die Käuferin zwar zum Verkauf der Ware berechtigt, gleichzeitig aber auch zur Abführung des Verkaufserlöses an die Verkäuferin verpflichtet sein sollte, so daß im Innenverhältnis die Käuferin nichts anderes als eine Beauftragte der Verkäuferin gewesen sei.²⁵⁶ Somit konnte das Gericht das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses bejahen und, obgleich die Käuferin ihren eigenen Kunden gegenüber den bestehenden Eigentumsvorbehalt nicht offenbarte - und dadurch im Außenverhältnis eigentlich im eigenen Namen auftrat -, vom Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses ausgehen. Selbst wenn ein eigentliches Vertretungsverhältnis nicht vorliegen sollte, sei die Beklagte zumindest "bailee"²⁵⁷ gewesen und somit in Bezug auf die

²⁵⁵ (1880) 13 Ch.D. 696.

²⁵⁶ Kritisch zur Begründung des Gerichts *Goode*, *Legal Problems*, S.8; *Kessel*, *RIW* 1991,812,815.

²⁵⁷ Nach *Trustrecht* ist das "bailment" die treuhänderische Übergabe von beweglichen Sachen aufgrund eines ausdrücklichen oder stillschweigend abgeschlossenen Vertrages. Auf Grund des Treuhandverhältnisses hat der Empfänger diese Sachen entweder in ihrer ursprünglichen oder einer veränderten Form zurückzuge-

Vorbehaltsware in der gleichen Lage. Auf Grund des Treuhandverhältnisses habe die Verkäuferin somit Treuhandeigentum am Weiterverkaufserlös erworben und sei zu dessen Aussonderung berechtigt.

Grund für die Anerkennung des verlängerten Eigentumsvorbehalts war demnach die Konstruktion eines Treuhandverhältnisses, in dessen Rahmen es der Vorbehaltskäuferin gestattet war, die Kaufgegenstände an weitere Abnehmer weiterzuverkaufen, wobei das Eigentum an den Erlösen des Weiterverkaufs auf den ursprünglichen Lieferanten sofort übergehen sollte. Das Treuhandverhältnis wurde unter anderem daraus gefolgert, daß die Käuferin verpflichtet war, die Ware gesondert zu lagern und auch ein gesondertes Konto zu führen.²⁵⁸ Auf die Registrierungs-pflicht im Rahmen einer "charge" ging das Gericht nicht ein.

Obwohl der Court of Appeal ein weiteres Rechtsmittel beim House of Lords mit der Begründung verweigerte, daß der entschiedene Fall nicht als Leitfall dienen könne²⁵⁹, nahm die zuvor in England unübliche Verwendung von Verlängerungs-

ben, sobald die vereinbarte Vertragsdauer oder deren vorgesehener Gebrauch beendet oder die vereinbarte Bedingung für die Überlassung erfüllt worden ist. Vgl. Prior, Mod.L.Rev. 39 (1976), 585, 589; Farrar/Furey, Cambridge Law Journal, 1977, 27, 29; Thornley, CLJ (1980), 48; Halsbury's Laws of England (-Sutton), Bailment, Bd.2, 3.A.(1953), S.94 f.; Re Davis and Co. Ltd., [1945] Ch.D. 402.

²⁵⁸ Vielfach wurde daher empfohlen, in den Vertragstext die Klausel aufzunehmen, daß der Käufer im Innenverhältnis bis zur Bezahlung der Ware nur Treuhänder, jedoch berechtigt ist, als Beauftragter und für Rechnung des Verkäufers weiterzuverkaufen, und daß die Ware bis zur Überweisung des Erlöses Eigentum des Verkäufers bleibt und zu seiner Verfügung gehalten wird. Vgl. Mann, NJW 1976, 1013, 1014. Zum Romalpa-Fall siehe auch Habel, S.88 ff.; Hadding/Schneider, S.181 f.; Triebel, Rn.361; Stumpf/Fichna, S.160.

²⁵⁹ Vgl. Graupner, RIW/AWD 1976, 258, 260.

klauseln sprunghaft zu²⁶⁰, und Romalpa wurde dennoch teilweise - insbesondere im internationalen Warenverkehr - als "Markstein für die grundsätzliche Anerkennung"²⁶¹ der Wirkung einer verlängerten Vorbehaltsklausel angesehen.²⁶² Die künftige Rechtsentwicklung sollte diese Schlußfolgerung jedoch nicht bestätigen.

2. Erste Reaktionen der englischen Rechtsprechung:

Auch bei der Entscheidung des High Court in **re Bond Worth Ltd.**²⁶³ ging es um Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts. Die Beklagte wurde mit Kunstfaser beliefert, welches bei ihr in Garn versponnen und sodann in Teppiche verarbeitet wurde. Die Lieferungen erfolgten mit den Klauseln, daß das "equitable and beneficial ownership"²⁶⁴ solange bei dem Lieferanten verbleibt, bis der Kaufpreis vollständig bezahlt ist, oder, wenn die gelieferte Ware weiterverkauft wird, das "beneficial entitlement" sich an dem Erlös aus dem Weiterverkauf oder der Forderung aus dem Weiterverkauf fortsetzt. Gleichzeitig wurde vereinbart, daß sich im Falle der Weiterverarbeitung der gelieferten Waren das "equitable and beneficial ownership" auch auf die Verarbeitungsprodukte erstrecken sollte,

²⁶⁰ Vgl. Parris, Retention of Title, S.85 ff.; Gregory, [1990] LQR 550.

²⁶¹ So Graupner, RIW/AWD 1976,258,260 f.

²⁶² Goode, The Times 11.05.1977, zitiert von Davies, LMCLQ [1984],49,52.

²⁶³ [1979] 3 All ER 919 = [1979] 3 WLR 629 = [1980] Ch. 228.

²⁶⁴ Von Habel, S.89, werden die Begriffe formelles (legal) und wirtschaftliches (equitable and beneficial) Eigentum verwendet. Vgl. auch Hanbury/Martin, S.17 ff.

die im übrigen der gleichen Regelung unterliegen wie weiterverkaufte Vorbehaltsware.²⁶⁵

Nachdem für den Vorbehaltskäufer eine "receivership" eingesetzt worden war, bevor die gelieferten Waren bezahlt worden waren, stützte sich der Vorbehaltsverkäufer auf diese Klausel und verlangte vom "receiver" die noch vorhandene unverarbeitete Ware, die Verarbeitungsprodukte sowie die Weiterverkaufserlöse heraus. Das Gericht wies die Klage ab. Es vertrat die Auffassung, daß wegen des beabsichtigten Sicherungszwecks der Vereinbarung, nämlich eine Sicherheit für den Kaufpreis zu stellen, die vorbehaltene "treuhänderische" Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers als "charge" angesehen werden müsse, die gemäß sec. 95 CA 1948²⁶⁶ zu ihrer Wirksamkeit Dritten gegenüber²⁶⁷ der Registereintragung bedurft hätte.²⁶⁸

Wirksame Rechte des Vorbehaltsverkäufers hätten sich - wie im Romalpa-Fall entschieden - allenfalls aus einem Treuhandverhältnis der beiden Vertragsparteien ergeben können.²⁶⁹ Anders als in der Romalpa-Entscheidung, welche grundsätzlich auch für diesen Fall bindend war²⁷⁰, war das Gericht hier der Auffassung, daß die Beziehung zwischen Käufer und dem unbezahlten Verkäufer für sich allein nicht ausreichte, um ein solches Treuhandverhältnis zu begründen. Da der Vorbehaltsverkäufer frei über das Vorbehaltsgut und dessen Surrogate habe verfügen dürfen, habe es sich allein um eine registrierungspflichtige

²⁶⁵ Zum genauen englischen Wortlaut siehe [1979] 3 All ER 919, 926 B-D.

²⁶⁶ Heute sec. 395 CA 1985.

²⁶⁷ Zu Dritten i.d.S. gehört auch der "receiver".

²⁶⁸ Vgl. [1979] 3 All ER 919, 938 J und S.939 A der Entscheidung.

²⁶⁹ S.938 A der Entscheidung.

²⁷⁰ Vgl. Goodhart/Gareth, Mod.L.Rev. 43 (1980), 489, 504.

"charge" handeln können.²⁷¹ Dieser Aspekt sei im Romalpa-Fall nicht beachtet worden, denn wie sich aus zahlreichen anderen Entscheidungen ergebe²⁷², ist es mit einem Treuhandverhältnis nicht vereinbar, wenn der Treuhänder (Vorbehaltskäufer) frei über das Vorbehaltsgut und dessen Surrogate verfügen könne. Zudem erstrecke sich der Anspruch des Treugebers bei einer Wertsteigerung des Treuguts auch auf den Mehrerlös, während beim Eigentumsvorbehaltskauf der Anspruch auf den restlichen (geschuldeten) Kaufpreis beschränkt ist. Neben diesen materiellrechtlichen Erwägungen für die Annahme einer "charge" wurde formellrechtlich argumentiert, daß im Romalpa-Fall das volle Eigentum vorbehalten worden war, während es in diesem Fall lediglich das "equitable und beneficial ownership" gewesen sei.²⁷³ Letztlich lag wohl der Grund für die Annahme einer "charge" auch in der beabsichtigten Einschränkung neuer, publizitätsloser Sicherungsrechte.²⁷⁴

Unter ausdrücklichem Hinweis auf *re Bond Worth Ltd.*²⁷⁵ wurde auch die Klage in der Sache **Specialist Plant Services Ltd. v. Braithwaite Ltd.**²⁷⁶ mit der Begründung abgewiesen, die Vereinbarung begründe eine "charge" und sei mangels Registrierung nichtig gemäß sec. 95 CA (1948).²⁷⁷ Denn die in den AGB²⁷⁸ verwandte Klau-

²⁷¹ S.945 J, 953 H, 955 f. der Entscheidung.

²⁷² *Re Nevill, ex parte White* (1871), LR 6 Ch.App.397; *Foley v. Hill*, [1843-60] All ER 16; *South Australian Insurance Co. v. Randell* (1869), LR 3 PC 101; *Henry v. Hammond*, [1913] 2 KB 515.

²⁷³ Vgl. S.951 D der Entscheidung. Kritisch zu diesem Argument Klötzel, RIW 1983,824.

²⁷⁴ Vgl. Klötzel, RIW 1983,824.

²⁷⁵ [1979] 3 All ER 919. Siehe dazu oben.

²⁷⁶ [1987] BCLC 1 = (1987) 3 BCC 119.

²⁷⁷ Zum Sachverhalt: die Klägerin, eine Reparaturfirma für Maschinen, vereinbarte mit der Beklagten in ihren AGB, daß bei einem Einbau von Ersatzteilen in Maschinen der Beklagten das Eigentum an der "neuen" Sache als Sicherheit für noch nicht bezahlten Werkunterneh-

sel, "the company shall be given the ownership of this (these) new article(s) as surety of the full payment of what the customer owes the company", indiziere eindeutig die Vereinbarung einer Sicherheit, die zu ihrer Wirksamkeit hätte eingetragen werden müssen.

Auch in Entscheidungen aus den neunziger Jahren wird noch ausdrücklich auf die Entscheidung re Bond Worth Ltd. Bezug genommen. Dies gilt zum einen für den Fall **Stroud Architectural Systems Ltd. v. John Laing Construction Ltd.**²⁷⁹, dessen Sachverhalt und Vertragswortlaut in etwa dem der Entscheidung re Bond Worth Ltd. entsprach. In **Compaq Computer Ltd. v. The Abercorn Group Ltd.**²⁸⁰ wird das Bemühen der Verkäuferin deutlich, den zuvor in der Rechtsprechung²⁸¹ aufgestellten Grundsätzen gerecht zu werden.²⁸² Die Klägerin belieferte die Beklagte mit Computer-Hardware unter Zugrundelegung ihrer allgemeinen Lieferbedingungen. Diese sahen vor, daß die Käuferin die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren als "bailee and agent" für die Vorbehaltsverkäuferin halten sollte. Die Käuferin hatte die Ware zu versichern, getrennt aufzubewahren, und sie hatte der Verkäuferin zu gestatten, die Ware auf ihren Wunsch jederzeit wieder an sich nehmen und weiterverkaufen zu dürfen. Der Käuferin wurde ihrerseits gestattet, die Vorbehaltsware zu veräußern, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß sie die Ver-

merlohn an die Klägerin übergehen sollte. Nachdem ein "receiver" auf Seiten der Beklagten eingesetzt worden war, begehrte die Klägerin (im Wege der einstweiligen Verfügung) die Feststellung, daß ihr das Recht an den von ihr reparierten Maschinen zustehe.

²⁷⁸ Vgl. 1 b der AGB. Zum vollständigen Text der verwandten AGB vgl. [1987] BCLC 1,3.

²⁷⁹ [1994] BCC 18.

²⁸⁰ [1991] BCC 484 = [1993] BCLC 602.

²⁸¹ U.a. in re Bond Worth Ltd., aber insbesondere in Tatum v. Galex (siehe dazu noch sogleich unten).

²⁸² Vgl. Hicks, [1992] JBL 398,411.

käuferin von jedem Weiterverkauf unterrichtet und die Weiterverkaufserlöse auf einem separaten Konto aufbewahrt.

Nachdem die Käuferin in Liquidation gegangen war, verlangte die Verkäuferin Herausgabe der Weiterverkaufserlöse. Trotz der umfangreichen Vereinbarung wertete das Gericht die Vereinbarung als registrierungsbedürftige "charge", und zwar mit der Begründung, die Beklagte habe die Vorbehaltsware trotz anders lautender Vertragsklausel rein tatsächlich auf eigene Rechnung weiterveräußert und nicht als Treuhänderin für die Klägerin. Damit liege die typische Situation für die Begründung einer "charge" vor.²⁸³

Zu ähnlichen Ergebnissen gelangte die Entscheidung in der Sache **Borden (U.K.) Ltd. v. Scottish Timber Products Ltd.**²⁸⁴. Die klagende Verkäuferin von Kunstharz hatte der beklagten Möbelherstellerin mehrfach Harz geliefert, den diese kurz nach der Lieferung mit Zusätzen versah und zu Spanplatten weiterverarbeitete. Das Eigentum am Holzlack sollte auf die Beklagte jeweils erst dann übergehen, wenn die gelieferte Ware und sämtliche Waren aus allen anderen Verträgen zwischen den Parteien vollständig bezahlt waren.²⁸⁵ In der Sache haben die Parteien also einen Kontokorrentvorbehalt vereinbart.

²⁸³ In diesem Fall wurde neben der "charge" das Begehren der Klägerin noch aus Prioritätsgesichtspunkten abgelehnt.

²⁸⁴ Erstinstanzlich [1979] 2 Lloyd's Rep. 168; zweitinstanzlich [1979] 3 All ER 961 = [1979] 3 WLR 672 = [1980] 1 Lloyd's Rep.160.

²⁸⁵ Die Klausel lautete im Originalwortlaut: "Property in goods supplied will pass to the customer when: (a) the goods the subject of this contract; and (b) other goods the subject of any other contract between the company and the customer which, at the time of payment of the full price of the goods sold under this contract, have been delivered but not paid for in full, have been paid for in full."

Nach der Zwangsliquidation der Beklagten verlangte die Klägerin aufgrund des vereinbarten Eigentumsvorbehalts Zahlung der restlichen Kaufpreisforderung. Die Klägerin vertrat die Auffassung, die Rechte aus dem vorbehaltenen Eigentum sollten sich an den Verarbeitungsprodukten sowie an den Veräußerungserlösen²⁸⁶ fortsetzen. Während der High Court der Klägerin erstinstanzlich - entsprechend Romalpa - nach den Regeln des "trusts" wenigstens einen Anspruch auf die Veräußerungserlöse ("right to trace") einräumte²⁸⁷, kam der Court of Appeal zweitinstanzlich zu einem abweichenden, klagabweisenden Urteil.

Ebenso wie der High Court ging der Court of Appeal davon aus, daß ein Anspruch auf verarbeitete Waren nicht bestehe, da das Eigentum des Vorbehaltsverkäufers aufgrund der Verarbeitung untergegangen sei. Entgegengesetztes sei vertraglich auch nicht vereinbart worden. Einen Anspruch auf die Veräußerungserlöse lehnte das Gericht ebenfalls wegen fehlender vertraglicher Vereinbarung über die Verarbeitungsprodukte ab. Die vereinbarte Kontokorrentklausel umfasse keine Veräußerungserlöse beziehungsweise Verarbeitungsprodukte. Zudem liege kein Treuhandverhältnis vor, das seine Grundlage in einer Beziehung zwischen Vertretenem ("principal") und Stellvertreter ("agent") hat, da die gelieferten Waren ausschließlich für den Produktionsprozeß der Beklagten vorgesehen gewesen seien.²⁸⁸ Daher sei im vorliegenden Fall die Regel

²⁸⁶ Das Recht auf die Geltendmachung des Veräußerungserlöses als ein das ursprüngliche Eigentum fortsetzende Recht nennt sich "right to trace".

²⁸⁷ Ein (dinglicher) Anspruch auf die Verarbeitungsprodukte wurde auch vom High Court wegen der erfolgten Weiterverarbeitung abgelehnt.

²⁸⁸ [1979] 3 All ER 961, 968 G.

aus *re Hallett's Estate* nicht anwendbar.²⁸⁹ Zwar hätten die Parteien möglicherweise ein Treuhandverhältnis beabsichtigt, dieses sei aber nicht explizit vereinbart worden. Eine stillschweigende Vereinbarung über die Fortsetzung der Sicherheit an den Surrogaten dürfe nicht in den Vertrag hineingedeutet werden. Auch ein Treuhandverhältnis, das seine Grundlage in einem "bailment" (Verwahrungsvertrag) zwischen den Parteien hat, wurde abgelehnt. Im vorliegenden Fall sei das dafür erforderliche Rückforderungsrecht des Verkäufers beziehungsweise "bailors" (Hinterleger) nicht gegeben, da es sich vorliegend um ein Umsatzgeschäft gehandelt habe.²⁹⁰ Zwei der drei zweitinstanzlichen Richter wiesen im übrigen darauf hin, daß eine Erstreckung des Eigentumsvorbehalts auf die Surrogate der gelieferten Waren als registrierungspflichtige "charge" im Sinne von sec. 95 CA (1948) zu betrachten sei.²⁹¹ Letztlich stand offensichtlich auch hinter dieser Entscheidung das Bestreben, die Ausdehnung publizitätsloser Sicherungsrechte zu verhindern.²⁹²

Auch in *re Peachdart Ltd.*²⁹³ wurde die Wirksamkeit eines nicht eingetragenen verlängerten Eigentumsvorbehalts abgelehnt.²⁹⁴ Das Gericht

²⁸⁹ [1979] 3 All ER 961, 970 E-F.

²⁹⁰ Diese Begründung stützte das Gericht auf die Entscheidung *South Australian Insurance Co. v. Randell*, vgl. S.965 D-H der Entscheidung.

²⁹¹ Lordrichter Templeman, S.973 der Entscheidung; Lordrichter Buckley, S.974 f. der Entscheidung. Vgl. auch S.962 der Entscheidung.

²⁹² Vgl. die Bemerkung von Lordrichter Templeman auf S. 971 G-H der Entscheidung, wo er die Übertragung der *Romalpa*-Entscheidung auf den vorliegenden Fall als einen Versuch wertet, "to produce a new super-equitable trace (...) immune from the requirements of registration".

²⁹³ [1983] BCLC 225 = [1983] All ER 204 = (1983) 1 BCC 98, 920 = [1984] Ch. 131 = [1983] 3 WLR 878.

²⁹⁴ Zum Sachverhalt: der Verkäufer von Leder hatte dem Handtaschenhersteller *Peachdart Ltd.* Leder geliefert und sich bis zur vollständigen Bezahlung an der ge-

konnte der Auffassung des Verkäufers, Peachdart habe als "agent" beziehungsweise als "bailee" für ihn gehandelt²⁹⁵, nicht folgen. Das Gericht war der Ansicht, daß es sich im Gegensatz zur Romalpa-Entscheidung vorliegend nicht um ein "bailment" handeln könne, da Peachdart weder habe Verkaufslisten führen noch den Verkaufserlös gesondert habe verbuchen müssen.²⁹⁶ Obgleich das Gericht einräumte, daß seine Auslegung "does some violence to the language of the clause"²⁹⁷, kam es zu dem Ergebnis, daß der Vorbehaltskäuferin Peachdart aus oben genannten Gründen realiter nicht lediglich die Stellung eines "bailee" - wie in Romalpa -, sondern eine weitergehende Rechtsposition eingeräumt werden sollte. Daher habe zwischen den Parteien Einigkeit darüber bestanden, daß der Vorbehaltsverkäufer mit dem Beginn der Verarbeitung des Leders nicht mehr alleiniger Eigentümer desselben sein sollte und daher von diesem Zeitpunkt an nur noch eine Sicherheit für die restliche Kaufpreisforderung haben sollte. Da also nach

lieferten und weiterverarbeiteten Ware das Eigentum vorbehalten. Sollte Peachdart mit ihren Zahlungen in Verzug geraten, war der Vorbehaltsverkäufer berechtigt, ihre - Peachdart's - Betriebsstätte zu betreten und die gelieferte Vorbehaltsware wieder in Besitz zu nehmen. Zudem vereinbarten die Parteien, "until the seller is paid in full for all the products the relationship of the buyer to the seller shall be fiduciary in respect of the products or other goods in which they are incorporated or used and if the same are sold by the buyer the seller shall have the right to trace the proceeds thereof according to the principles in 'Re Hallet's Estate'. A like right for the seller shall apply where the buyer uses the products in any way so as to be entitled to payment from a third party." Offensichtlich war mit dieser Klausel beabsichtigt, der Romalpa-Entscheidung Rechnung zu tragen, indem ausdrücklich eine treuhänderische Beziehung sowie ein "right to trace" zwischen den Parteien vereinbart wurde, um dem Vorbehaltsverkäufer neben dem weitergeleiteten Eigentum auch ein Recht am Verkaufserlös einzuräumen.

²⁹⁵ Vgl. (1983) 1 BCC 98,920,925.

²⁹⁶ (1983) 1 BCC 98,920,926.

²⁹⁷ Vgl. (1983) 1 BCC 98,920,926.

Beginn des Verarbeitungsprozesses nur noch eine Sicherheit gewollt gewesen sei, hätte diese als "charge" der Registrierung nach sec. 95 CA (1948) bedurft. Da dies nicht geschehen war, sei die Vereinbarung im Verhältnis zu Dritten unwirksam.

Die hier fehlende Verpflichtung zur gesonderten Aufbewahrung diene offenbar dazu, den vorliegenden Fall von der für das Gericht bindenden Romalpa-Entscheidung zu unterscheiden, um so zu einem anderen Ergebnis gelangen zu können.²⁹⁸ Dies wird insbesondere dadurch verdeutlicht, daß die Vertragsauslegung seitens des Gerichts in gewissem Widerspruch zu dem an sich eindeutigen Wortlaut der Vertragsklauseln steht, und daß sich das Gericht dieser Tatsache wohl bewußt war.²⁹⁹

In dem kürzlich entschiedenen Fall **Ian Chisholm Textiles Ltd. v. Griffiths**³⁰⁰ wurde die Käuferin mit Textilien unter ähnlichen Vertragsbedingungen wie im soeben dargestellten Fall re Peachdart Ltd. beliefert.³⁰¹ Im Prozeß ging es nur noch um die Herausgabe der bereits verarbeitete-

²⁹⁸ Vgl. auch Klötzel, RIW 1985,460,461.

²⁹⁹ Vgl. obige Ausführungen sowie (1983) 1 BCC 98,920,926.

³⁰⁰ [1994] BCC 96.

³⁰¹ Zum Sachverhalt: das "legal and equitable ownership" an den gelieferten Waren sollte bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises bei der Verkäuferin verbleiben. Bis zu diesem Zeitpunkt sollte die Käuferin die gelieferte Ware als "bailee" getrennt und als Eigentum der Klägerin identifizierbar verwahren. Gleichzeitig wurde der Käuferin die Möglichkeit eingeräumt, die Ware im ordnungsgemäßen Geschäftsgang als "principal" zu veräußern, sofern der Weiterveräußerungserlös "in trust" auf separatem Konto verwahrt werde. Für den Fall, daß das Eigentum dabei nicht an den Dritterwerber übergehen sollte, war vereinbart, daß die Vorbehaltskäuferin als "agent" der Klägerin handele. Gleichzeitig trat die Käuferin sämtliche Ansprüche aus dem Weiterverkauf der Ware an die Klägerin ab. Zu dem originären Vertragstext siehe [1994] BCC 96,97 f.

ten Vorbehaltsware.³⁰² Obgleich ein Eigentumsvorbehalt an weiterverarbeiteter Ware nicht vertraglich vereinbart worden war, vertrat die Klägerin die Auffassung, der Vertrag sei dahingehend auszulegen, daß von der Verlängerungsklausel auch die Weiterverarbeitung der Ware erfaßt sein solle.

Obgleich das Gericht bereits eine solch weitgehende Auslegung des Vertragswortlauts ablehnte, ging es noch darauf ein, ob eine solche Klausel überhaupt wirksam hätte vereinbart werden können. Diese Frage verneinte das Gericht. Zwar verbliebe das Eigentum an der weiterverarbeiteten Ware bei der Klägerin, doch hätte sich nach der Weiterverarbeitung die Natur des Eigentums geändert, nämlich vom "beneficial ownership" in eine "charge", deren Vereinbarung zu ihrer Wirksamkeit gemäß sec. 395 CA 1985 der Eintragung bedurft hätte.³⁰³

In **Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd. v. Grahame Puttick Ltd.**³⁰⁴ liegt der Unterschied zu den anderen bisher dargestellten (typischen) Gestaltungen des verlängerten Eigentumsvorbehalts darin, daß zwischen den Parteien lediglich ein einfacher Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, und daß zudem die "verarbeitete"

³⁰² Die noch unverarbeitete Ware wurde der Klägerin freiwillig herausgegeben.

³⁰³ [1994] BCC 96,103 ff. Nach Auffassung des Gerichts sind Ausnahmen von der Eintragungspflicht nicht gegeben. Zum einen ging das Gericht davon aus, daß es sich um eine "floating charge" nach sec. 396 (1)(f) gehandelt habe, da die Vorbehaltsware einem ständigen Wandel in Art und Quantität unterworfen sei. Zum anderen sei auch eine Ausnahme nach sec. 396 (1)(c) i.V.m. sec. 4 Bills of Sale Act 1878 nicht gegeben.

³⁰⁴ [1984] 1 WLR 485 = [1984] 2 All ER 152. Ausführlich dazu siehe Klötzl, RIW 1985,460,462.

Vorbehaltsware leicht identifizierbar und abtrennbar war.³⁰⁵

Nur hinsichtlich eines noch vorhandenen, nicht veräußerten Motors hatte die Klage Erfolg. Das Gericht sah den vereinbarten Eigentumsvorbehalt als wirksam an und führte aus, daß das Eigentumsrecht der Klägerin durch den Einbau der Motoren in Generatoren nicht beeinträchtigt worden sei, da die Motoren anhand ihrer Seriennummern leicht identifizierbar und ohne großen Aufwand herauslösbar gewesen seien.³⁰⁶

Soweit die Motoren beziehungsweise Generatoren jedoch bereits an Dritte weiterveräußert waren, sei das Eigentumsrecht der Vorbehaltsverkäuferin an diesen Motoren - wegen des in England geltenden Vertragsprinzips - untergegangen. Auch einen Anspruch auf Zahlung der Weiterverkaufserlöse verneinte das Gericht. Dieses Ergebnis begründete der High Court damit, daß hier, anders als im Romalpa-Fall, an den sich auch dieses Gericht gebunden sah, zwischen den Parteien keine treuhänderische Beziehung be-

³⁰⁵ Zum Sachverhalt: Die Klägerin, eine Lieferantin für Motoren, verkaufte der Beklagten Dieselmotoren, die diese unverändert in Generatoren einbaute und weiterverkaufte. Die Motoren waren anhand ihrer Seriennummern leicht wiederzuerkennen und konnten auch ohne großen Aufwand wieder aus den Generatoren ausgebaut werden. Die Klägerin hatte sich das Eigentum an den gelieferten Motoren vorbehalten und der Beklagten den Weiterverkauf des Vorbehaltsguts gestattet. Dieser einfache Eigentumsvorbehalt war verbunden mit dem Recht der Verkäuferin, unbezahlte Vorbehaltsware bei Zahlungsverzug wieder in Besitz nehmen zu dürfen. Die Klausel lautete im Originalwortlaut: "Unless the company (Hendy Lennox) shall otherwise specify in writing all goods sold by the company to the purchaser shall be and remain the property of the company until the full purchase price thereof shall be paid to the company. [...] In the case of default in payment by the purchaser, the company shall have the right to retake possession of and permanently retain any unpaid for goods ...".

³⁰⁶ Vgl. [1984] 485,493 f. der Entscheidung.

standen habe, denn der zwischen den Parteien vereinbarte Kredit des Lieferanten stünde im Widerspruch zu der treuhänderischen Verpflichtung, einkommende Zahlungen aus Weiterverkäufen gesondert zu verbuchen und anzuzeigen.³⁰⁷

Ähnlich gelagert ist der Fall **re Andrabell Ltd. (in liquidation) Airborne Accessories Ltd. v. Goodman**.³⁰⁸ Auch hier wurde zwischen dem Vorbehaltsverkäufer Airborne und Andrabell, die mit Reisetaschen beliefert wurde, ein einfacher Eigentumsvorbehalt³⁰⁹ sowie ein Lieferantenkredit³¹⁰ vereinbart. Die Klägerin begründete ihren Anspruch auf Herausgabe der Weiterverkaufserlöse damit, daß im Wege der Vertragsauslegung³¹¹ aus dem vereinbarten Eigentumsvorbehalt zu folgern sei, daß zwischen den Parteien gemäß der Regel aus *re Hallet's Estate* eine treuhänderische Beziehung bestünde.³¹²

Der High Court lehnte jedoch die Annahme einer solchen "fiduciary relationship" und damit ein "right to trace" der Klägerin ab, denn anders als bei *Romalpa* fehle hier die dafür notwendige getrennte Lagerung der gelieferten Ware sowie Zahlung der Verkaufserlöse auf ein gesondertes Konto. Auch der Lieferantenkredit stehe der Annahme einer Treuhandbeziehung entgegen, denn dem Käufer stehe es während des eingeräumten

³⁰⁷ S.499 der Entscheidung. Da bereits das für einen Anspruch auf Weiterverkaufssurrogate notwendige Vorliegen eines "fiduciary relationship" abgelehnt wurde, ließ das Gericht offen, ob vorliegend eine registrierungspflichtige "charge" vorgelegen habe; S. 499 f. der Entscheidung.

³⁰⁸ [1984] 3 All ER 407.

³⁰⁹ Die Klausel lautete: "It is a condition of sale that ownership of the goods covered shall not pass to the company (Andrabell) until the company has paid to Airborne the total purchase price including VAT."

³¹⁰ Vereinbart wurde ein Zahlungsziel von 45 Tagen.

³¹¹ Sog. "implied terms".

³¹² Vgl. S.410 der Entscheidung.

Zahlungsziels frei, Verkaufserlöse vertragsgemäß für eigene Zwecke zu verwenden.³¹³

3. Die Rechtsentwicklung Mitte bis Ende der achtziger Jahre

Im Ergebnis hat sich die Rechtsprechung Mitte der achtziger Jahre weiter verfestigt. Dies verdeutlichen insbesondere die Entscheidungen *Clough Mill v. Martin* sowie *E. Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf v. Arbuthnot Factors*, die darüberhinaus auch für die Anerkennung des einfachen und erweiterten Eigentumsvorbehalts von Bedeutung waren.

In ***Clough Mill Ltd. Martin***³¹⁴ belieferte die Klägerin, eine Garnspinnerei, die Vorbehaltskäuferin, eine Weberei, mit Garn, den diese zu Stoffen weiterverarbeitete und dann veräußerte. Die Klägerin hatte sich in ihren AGB das Eigentum an dem gelieferten Garn und den damit hergestellten Erzeugnissen bis zur Bezahlung aller gelieferten Waren vorbehalten. Daneben wurde vereinbart, daß die Klägerin die gelieferte Ware bei Zahlungsverzug der Käuferin wieder an sich nehmen und hierzu das Betriebsgelände der Käuferin betreten dürfe.³¹⁵ Vereinbart war

³¹³ Vgl. S.415 f. der Entscheidung sowie die Entscheidungen *Henry v. Hammond*, [1913] 2 K.B. 515,521; *Re Nevill, ex parte White* (1871), L.R. 6 Ch.App. 397; *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L. Cas.28 = [1843-60] All ER 16; *South Australian Insurance Co. v. Randell* (1869), LR 3 P.C. 101, auf die sich der High Court in seiner Begründung stützt. So auch schon *Re Bond Worth Ltd*, siehe dazu oben 2. Kapitel V 2.

³¹⁴ Erstinstanzlich [1984] 1 WLR 1067 = [1984] 1 All ER 721; zweitinstanzlich [1985] 1 WLR 111 = [1984] 3 All ER 982.

³¹⁵ Im Originalwortlaut lautete die Vereinbarung: "However, the ownership of the material shall remain with the seller, which reserves the right to dispose of the material until payment in full for all the material that has been received by it in accordance with

somit ein einfacher Eigentumsvorbehalt verbunden mit einer Kontokorrentklausel am unverarbeiteten Garn sowie einer Verarbeitungsklausel.

Nachdem ein "receiver" eingesetzt worden war, verlangte die Klägerin vom beklagten "receiver" Herausgabe des gelieferten sowie noch vorhandenen Garns. Der "receiver" verweigerte die Herausgabe und ließ das Garn gegen den Protest der Vorbehaltsverkäuferin weiterverarbeiten, da er der Auffassung war, daß die Vereinbarung eine registrierungspflichtige "charge" gewesen sei.

Im Prozeß verlangte die Klägerin Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung³¹⁶ hinsichtlich der vom "receiver" in Auftrag gegebenen Verarbeitung des Garns. Der erstinstanzliche High Court vertrat die Auffassung, daß zwar ein einfacher Eigentumsvorbehalt ohne weiteres vereinbart werden könne³¹⁷, im vorliegenden Fall jedoch der vereinbarte Eigentumsvorbehalt nicht unabhängig von der Verarbeitungsklausel betrachtet werden dürfe. Da der Käuferin eine Weiterverarbeitung erlaubt gewesen sei, habe sich die Verkäuferin nicht das für einen wirksamen Eigentumsvorbe-

the terms of this contract or until such time as the buyer sells the material to its customers by way of bona-fide sale at full market value. If such payment is overdue in whole or in part the seller may (without prejudice to any of its other rights) recover or resell the material or any of it and may enter upon the buyer's premises by its servants or agents for that purpose. Such payments shall become due immediately upon the commencement of any act or proceeding in which the buyer's solvency is involved. If any of the material is incorporated in or used as material for other goods before such payment the property in the whole of such goods shall be and remain with the seller until such payment has been made, or the other goods have been sold as aforesaid, and all the seller's rights hereunder in the material shall extend to those other goods."

³¹⁶ Zur Frage, ob ein solcher Schadensersatzanspruch auch vor deutschen Gerichten durchgesetzt werden könnte, vgl. Graupner, RIW 1994, 109 ff.

³¹⁷ Gemäß sec. 19 SGA 1979.

halt erforderliche volle Eigentum ("absolute ownership") vorbehalten, da sie lediglich bei Zahlungsverzug der Käuferin das Recht gehabt habe, die Vorbehaltsware wieder an sich zu nehmen. Zudem könne der einfache Eigentumsvorbehalt nicht von der gleichzeitig vereinbarten Verarbeitungsklausel, mit der sich die Verkäuferin habe an Ware sichern wollen, die zuvor nicht vollständig in ihrem Eigentum gestanden habe, getrennt werden. Beide Klauseln seien insgesamt als "charge" registrierungspflichtig nach sec. 95 CA (1948) gewesen.³¹⁸

Der Court of Appeal folgte dieser Rechtsauffassung nicht. Der einfache Eigentumsvorbehalt für das unverarbeitete Garn sei wirksam, da ein einfacher Eigentumsvorbehalt, weil er kein Sicherungsrecht am Gesellschaftsvermögen darstelle, keine "charge" sein könne³¹⁹ und daher auch nicht der Registrierung bedürfe.

Hinsichtlich der vom "receiver" entgegen dem Willen des Verkäufers in Auftrag gegebenen Verarbeitung unterschied das Gericht wegen des hier vereinbarten Kontokorrentvorbehalts danach, ob der Vertrag noch fortbestehe. Grundsätzlich gelte, daß der Vorbehaltskäufer sich bei Verarbeitung der Vorbehaltsware schadensersatzpflichtig macht, es sei denn, ihm ist dies vertraglich gestattet worden. Diese vertragliche Haftung werde in der Regel wohl dann als beendet angesehen werden können, wenn der Vorbehaltsverkäufer berechtigt ist, seinen Eigentumsvorbehalt geltend zu machen (z.B. bei Zahlungsverzug oder Konkurs des Käufers), und er dies auch tut. Solange der Kaufvertrag noch fortbestehe, könne der unbezahlt gebliebene

³¹⁸ Vgl. [1984] 1 WLR 1067, 1075 und 1080 f.

³¹⁹ [1984] 3 All ER 982, 991, 993.

Verkäufer auf die Ware nur in dem Umfang zurückgreifen, in dem das zur restlichen Tilgung notwendig sei. Einen Mehrerlös müsse er dem Käufer herausgeben. Sollte der Kaufvertrag beendet sein, sei der Verkäufer in der Verwertung des Vorbehaltsguts frei und müsse lediglich bereits gezahlte Kaufpreistraten zurückzahlen, wenn Waren zurückgenommen wurden, die bereits bezahlt waren.³²⁰ Allerdings kann der Verkäufer dem Rückzahlungsanspruch des Käufers unter Umständen eine Schadensersatzforderung wegen Vertragsverletzung im Wege der Aufrechnung entgegenhalten.

Auf die Verarbeitungsklausel, die vom Court of Appeal letztlich als "charge" angesehen wurde, ging das Gericht nur obiter ein. Den Vertragsparteien könne in aller Regel nicht unterstellt werden, daß dem Vorbehaltverkäufer ohne weiteres der durch die Weiterverarbeitung geschaffene Mehrwert der Vorbehaltsware zufallen solle. Grundsätzlich sei die Vereinbarung einer Verarbeitungsklausel zwar möglich, wegen des geschaffenen Mehrwerts stelle diese aber regelmäßig ein Sicherungsrecht, also eine "charge", dar. Das Gericht behandelte somit - anders als der High Court - Rechtswirkungen von Eigentumsvorbehalt und Verarbeitungsklausel unabhängig voneinander. Die Entscheidung verdeutlicht, daß die Unwirksamkeit einer Verlängerungsklausel die Wirksamkeit eines einfachen beziehungsweise erweiterten Eigentumsvorbehalts nicht berührt.

In **E. Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co. v. Arbuthnot Factors Ltd.**³²¹ wurde die Klä-

³²⁰ Dies folgt aus dem Grundsatz des "total failure of consideration", der einen Rückabwicklungsanspruch bewirkt, vgl. Chalmers, S.252.

³²¹ [1988] 1 WLR 150 = (1987) 3 BCC 608 = [1987] BCLC 522.

gerin, eine deutsche Exporteurin von Wein, von Springfield, einem englischen Importeur, unter Zugrundelegung ihrer AGB, die einen verlängerten Eigentumsvorbehalt beinhalteten, mit Wein beliefert. Zwischen den Vertragsparteien wurde folgendes vereinbart³²²:

- (1.) Sämtliche Rechte und Forderungen aus dem Weiterverkauf sollen (einschließlich eines evtl. erzielten Verkaufsgewinns) bis zur Höhe der Restforderung auf die Verkäuferin übergehen;
- (2.) Im Falle eines Barverkaufs geht das Eigentum am von Dritten erhaltenen Geld unmittelbar auf die Verkäuferin über;
- (3.) Das von Dritten erhaltene Geld muß von anderen Geldern getrennt aufbewahrt, getrennt verbucht und so lange verwahrt werden, bis die Verkäuferin danach verlangt;
- (4.) Auf Verlangen der Verkäuferin hat die Käuferin (Springfield) eine Forderungsabtretung anzuzeigen.

Nachdem Springfield den Wein unter Vereinbarung einer Kreditlinie an Dritte weiterverkauft hatte, trat sie die aus dem Weiterverkauf entstandenen Forderungen (im Rahmen eines Factoringvertrages) an die gutgläubige³²³ Beklagte ab. Die Beklagte zeigte daraufhin gleichzeitig mit Springfield den Dritten die erfolgte Abtretung an und zog die Forderungen ein. Die Klägerin verlangte von der Beklagten Herausgabe der eingezogenen Gelder mit der Begründung, sie sei "beneficial owner" der Weiterverkaufssurrogate geworden, und sie habe ein "besseres" - weil früheres - Recht auf die Surrogate.

³²² Zum genauen englischen Wortlaut der Vereinbarung siehe [1988] 1 WLR 150,153 f.

³²³ Springfield sicherte der Beklagten dabei zu, daß "no reservation of title by any third party will apply to all or any part of the goods sold by the company (=Springfield)".

Das Gericht vertrat die Auffassung, daß eine gewisse Vermutung dafür spreche, daß ein Vorbehaltskäufer, dem der Weiterverkauf der Ware gestattet ist, die Ware in der Regel nicht auf Rechnung des Vorbehaltsverkäufers, sondern auf eigene Rechnung und damit nicht als Treuhänder ("fiduciary") verkaufe. Auch die Art der Vereinbarung, die hier einer Sicherheit entspreche, sei mit der Annahme einer treuhänderischen Beziehung unvereinbar.³²⁴ An diesem Punkt ging das Gericht ausführlich auf die Romalpa-Entscheidung ein³²⁵, deren Anwendung es aus verschiedenen Gründen ablehnte. Zum einen vermochte das Gericht vorliegend das Verhältnis von Verkäufer zu Käufer, der noch nicht Eigentümer der verkauften Ware geworden war, nicht als das von "bailor" und "bailee", und damit nicht als treuhänderisch, anzusehen. Das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer sei in der Regel rein vertraglicher Natur und entspreche daher nicht dem typischen "bailor/bailee"-Verhältnis. Hiergegen spreche schon die Natur des hier vereinbarten Geschäfts als Sicherheit. Im Gegensatz zu Romalpa sei hier nämlich keine Vereinbarung getroffen worden, die dem Verkäufer lediglich hilfsweise Sicherheiten verschaffe. Die Annahme eines "bailor/bailee"-Verhältnisses in der Romalpa-Entscheidung sei zudem nur aufgrund der dortigen Besonderheiten möglich gewesen. Unvereinbar mit der Annahme eines solchen Verhältnisses im vorliegenden Fall sei auch, daß zwischen den Parteien die Vereinbarung getroffen worden sei, die Klägerin erhalte statt sämtlicher Weiterverkaufssurrogate lediglich diejenigen bis zur Höhe der ausstehenden Zahlungsverpflichtungen der Vorbehaltskäuferin.

³²⁴ Vgl. [1988] 1 WLR 150,151,159.

³²⁵ Vgl. [1988] 1 WLR 150,157 ff., 159.

Aufgrund dieser Erwägungen kam das Gericht zu dem Ergebnis, daß zwischen den Vertragsparteien keine treuhänderische Beziehung vorliege, und daß somit der Kaufvertrag mangels Registrierung gemäß sec. 95 (1), (2) (e) CA (1948) nichtig gewesen sei und keinerlei Wirkung Dritten gegenüber entfaltet habe.³²⁶

4. Heutiger Stand

Die bis Ende der achtziger Jahre ergangene Rechtsprechung wurde durch die Entscheidungen in *Tatung v. Galex* sowie *re Weldtech* weiter verfestigt. Die Besonderheit dieser Fälle liegt darin, daß die Vorbehaltsverkäufer - wenn auch vergeblich - bestrebt waren, sämtlichen zuvor in der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätzen gerecht zu werden.³²⁷ So muß aus heutiger Sicht davon ausgegangen werden, daß verlängerte Eigentumsvorbehalte ohne Registrierung allgemein als unwirksam betrachtet werden. Dies wird durch weitere jüngste Urteile englischer Gerichte bestätigt.³²⁸

In *Tatung (UK) Ltd. v. Galex Telesure Ltd.*³²⁹ verkaufte die Klägerin den Beklagten elektrische Geräte unter Vorbehalt des Eigentums an

³²⁶ Daneben kam das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Abtretung der Weiterverkaufsforderung an die Beklagte nach dem Prioritätsprinzip entsprechend der Regel aus *Dearle v. Hall*, (1823) 3 Russ.1 - dazu bereits oben 2. Kapitel III 3 b -, vorrangig zu berücksichtigen sei, weil sie den Drittschuldnern zuerst angezeigt worden sei; vgl. [1988] 1 WLR 150,161 ff. sowie sec. 136 (1) Law of Property Act 1925.

³²⁷ Vgl. auch Hicks, [1992] JBL 398,409.

³²⁸ Vgl. *Compaq Computer Ltd. v. The Abercorn Group Ltd.*, [1991] BCC 484 = [1993] BCLC 602; *Ian Chisholm Textiles Ltd. v. Griffiths*, [1994] BCC 96; *Stroud Architectural Systems Ltd. v. John Laing Construction Ltd.*, [1994] BCC 18.

³²⁹ (1989) 5 BCC 325. Vgl. auch Schmidt, RIW 1990,144.

der Ware. Daneben wurde zwischen den Parteien vereinbart, daß die Beklagten die Vorbehaltsware als "bailee" entgegennehmen und diese, damit sie bis zur Zahlung des vollständigen Kaufpreises leicht zu identifizieren ist, getrennt aufzubewahren haben. Gleichzeitig wurde den Vorbehaltskäufern gestattet, die Vorbehaltsware im normalen Geschäftsgang zu veräußern oder anderweitig über sie zu verfügen (z.B. im Wege der Vermietung). Den Erlös aus den Verfügungen hatten die Beklagten auf ein separates Konto einzuzahlen und als Treuhänder für die Klägerin zu verwalten. Neben dem Verkauf beziehungsweise der Vermietung der Vorbehaltsware war den Käufern auch die Verarbeitung der Ware gestattet, allerdings nur insoweit, als die neu hergestellten Sachen ebenfalls getrennt zu lagern waren und der Klägerin hieran das "legal and equitable ownership" einzuräumen war. Zudem wurde auch hierfür vereinbart, daß die Beklagten die neu hergestellte Ware als "bailee" (treuhänderisch) für die Klägerin aufzubewahren hatten.³³⁰

Diese umfangreiche Vereinbarung verdeutlicht das Bemühen der Klägerin, allen zuvor in Gerichtsentscheidungen aufgestellten Anforderungen an eine Verlängerungsklausel - unter anderem denen aus Romalpa - gerecht zu werden.³³¹ Dennoch sollte dies auch hier nicht ausreichen.³³² Nachdem auf Seiten der Vorbehaltskäufer "receiver" eingesetzt worden waren, verlangte die Klägerin Herausgabe der noch vorhandenen

³³⁰ Zum vollständigen Wortlaut der Vereinbarung siehe S.328 f. der Entscheidung.

³³¹ Das zeigen auch die Ausführungen des Klägerevertreters, der die Vertragsformulierung hier eng an die des Romalpa-Falles angelehnt sah, vgl. S. 330 E,F der Entscheidung.

³³² Hicks, [1992] JBL 398,402, spricht daher von einer Ironie dieses Falles.

Vorbehaltsware beziehungsweise Zahlung der Weiterverkaufs- und Vermietungserlöse.

Das Gericht lehnte auch in diesem Fall das Begehren der Klägerin mit der Begründung ab, bei der Vereinbarung habe es sich um eine Sicherheit ("charge") gehandelt, die mangels Registrierung nichtig sei gemäß sec. 95 CA (1948) - beziehungsweise gemäß sec. 395, 396 CA (1985). Interessant angesichts der umfangreichen vertraglichen Vereinbarung war, auf welche Begründung das Gericht sein Ergebnis stützte, zumal auch hier das Gericht an Romalpa und andere frühere - oben dargestellte - Entscheidungen gebunden war.³³³ Nach Auffassung des Gerichts habe die Klägerin nur ein "beschränktes" Eigentumsrecht an den Verkaufs- beziehungsweise Vermietungserlösen innegehabt, da ihr das Eigentumsrecht lediglich bis zur vollständigen Bezahlung des restlichen Kaufpreises habe zustehen sollen. Diese zeitliche Begrenzung des Eigentumsrechts bedinge, daß der Klägerin nicht das volle Eigentum an den Verkaufs- beziehungsweise Vermietungserlösen zugestanden haben könne. Und ein solches zeitlich beschränktes Eigentumsrecht stelle typischerweise eine Sicherheit ("charge") dar, denn eine solche ist gerade dann nicht mehr erforderlich, wenn die gesicherte Schuld getilgt werde.³³⁴ Da somit eine Sicherheit ("charge") begründet worden sei, sei die getroffene Vereinbarung nach Auffassung des Gerichts mangels Registrierung nichtig gemäß sec. 95 CA 1948 beziehungsweise sec. 395 CA 1985.

Daneben ging das Gericht auch auf die Romalpa-Entscheidung ein³³⁵, von der es sich zu lösen

³³³ Vgl. S.330,332 ff. der Entscheidung.

³³⁴ S.333 der Entscheidung.

³³⁵ Vgl. S.334 der Entscheidung.

galt. Nach Ansicht des Gerichts war eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle geboten, weil der Anspruch auf die Weiterverkaufserlöse in Romalpa von (Präzedenz-) Rechts wegen, nämlich aus der Regel aus *re Hallet's Estate*³³⁶, bestanden habe, während die Klägerin im vorliegenden Fall - lediglich - kraft vertraglicher Abrede vorübergehend Anspruch auf die Verkaufserlöse haben sollte. Damit sei der Klägerin nicht kraft geltenden Rechts, sondern rein vertraglich eine Sicherheit gewährt worden. Diese Darlegung des Gerichts indiziert, daß es grundsätzlich unmöglich sein dürfte, einen verlängerten Eigentumsvorbehalt (vertraglich) zu vereinbaren.³³⁷

Aus deutscher Sicht ist insbesondere **re Weldtech Equipment Ltd.**³³⁸ interessant, weil eine deutsche Firma Schweißgeräte an Weldtech unter Vereinbarung deutschen Rechts verkaufte. In ihren AGB behielt die Verkäuferin sich das Eigentum an der gelieferten Ware vor. Die Verlängerungsklausel entsprach in etwa derjenigen aus dem soeben geschilderten Fall *Tatung v. Gallex*³³⁹, so daß insbesondere Erlöse aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware noch leicht identifizierbar auf einem gesonderten Konto eingezahlt wurden. Daneben enthielten die AGB noch den Satz, daß "this transfer takes place only for securing our claims against the purchaser and does not affect his payment obligations." Nachdem die Käuferin anschließend in Liquidation gegangen war, verlangte die Verkäuferin von dem eingesetzten Liquidator Herausgabe der noch

³³⁶ (1880) 13 Ch.D. 696.

³³⁷ Vgl. auch Kessel, RIW 1991,812,816, der von einer Benachteiligung wegen ausführlicher vertraglicher Regelung spricht.

³³⁸ [1991] BCC 16 = [1991] BCLC 393.

³³⁹ Zum englischen Wortlaut der Klausel vgl. S. 16 f. der Entscheidung.

vorhandenen Ware sowie Herausgabe der Erlöse aus vorgenommenen Verkäufen von Vorbehaltsware. Hinsichtlich der noch vorhandenen Ware hielt der Liquidator den Eigentumsvorbehalt für wirksam und gab die Geräte zurück. Hinsichtlich der Weiterverkaufserlöse hielt er allerdings die Vorausabtretungsklausel für eine "charge" und aufgrund ihrer fehlenden Registrierung ihm gegenüber für unwirksam. Er beehrte daher beim Gericht insoweit die Unwirksamkeit der Klausel festzustellen.

Das Gericht schloß sich der Auffassung des Liquidators an und hielt die Verlängerungsklausel nach sec. 395 CA (1985) mangels Registrierung für unwirksam. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Vereinbarung sei die Vorausabtretung lediglich erfolgt, um eine Sicherheit für die Verkäuferin zu schaffen.³⁴⁰ Damit stelle sie eine "charge" dar. Nach Auffassung des Gerichts habe zwar Auslegung und Wirkung der "charge" nach deutschem Recht zu erfolgen, aber dennoch sei klar, daß die Regelung des sec. 395 CA (1985) auf alle "charges" von Gesellschaften mit Sitz in England Anwendung finden müsse, und zwar unabhängig von dem Recht - vorliegend war es das deutsche -, nach welchem die "charge" begründet worden sei, da englische Registrierungserfordernisse sich nicht durch die Anwendung ausländischen Rechts aushebeln lassen dürften. Insbesondere gelte dies, wenn die "charge" über Buchforderungen ("book debts") einer englischen Gesellschaft begründet worden sei.³⁴¹ Dahinter steckt letztlich der Gedanke,

³⁴⁰ Das Gericht legte die Klausel nach deutschem Recht aus.

³⁴¹ Vgl. S.17 der Entscheidung. Vgl. auch "Rule" 189 in Dicey/Morris, S.1266, worauf sich die Begründung des Gerichts stützt. Vgl. auch Benjamin's Sale of Goods, Rn.25-121, sowie zwei irische Entscheidungen, die auf diese international-privatrechtliche Fragestellung

daß englische Drittgläubiger und Gesellschaften auch bei der Anwendung ausländischen Rechts geschützt werden sollen.

Bei seinen Folgerungen hinsichtlich der Annahme einer "charge" stützte sich das Gericht ausdrücklich und vornehmlich auf die Entscheidung *Tatung v. Galex*.

Zum gleichen Ergebnis gelangt auch **Modelboard Ltd. v. Outer Box Ltd.**³⁴² Die Verkäuferin behielt sich das Eigentum an der verkauften Ware bis zur vollständigen Bezahlung vor. Bis zur vollständigen Bezahlung sollte die Beklagte die gelieferte Ware als "bailee" treuhänderisch für die Klägerin verwahren. Daneben wurde der Beklagten gestattet, die Ware zu verarbeiten, der Klägerin allerdings sollte an den Verarbeitungsprodukten das "sole and exclusive" Eigentum zustehen. Die verarbeiteten Produkte durfte die Beklagte weiterveräußern, wobei die Beklagte die Weiterverkaufserlöse "in trust" für die Klägerin zu verwahren hatte.³⁴³

Bei seiner Begründung stützte sich die Chancery Division vornehmlich auf das Argument, daß der Wert der Vorbehaltsware durch die Verarbeitung zugenommen habe. Da die Vertragsklausel vorsehe, daß der Klägerin das alleinige Eigentum an den Verarbeitungsprodukten zustehen solle, ebenso wie an möglichen Mehrerlösen aus dem Weiterverkauf, behalte sich die Klägerin mehr vor, als ihr eigentlich zustehe. Die getroffene Vereinbarung stelle somit eine Sicherheit dar,

eingehen: *Re Interview Ltd.* [1975] I.R. 382,395 f.; *Kruppstahl AG v. Quitmann Products Ltd.* [1982] ILRM 551,560. Siehe auch *Mc Cormack*, S.233 ff.

³⁴² [1992] BCC 945 = [1993] BCLC 623. Siehe auch Besprechung von Vorpeil, RIW 1993,944,947 f.

³⁴³ Zur vollständigen Vertragsklausel vgl. [1992] BCC 945, 947 f. der Entscheidung.

die als "charge" hätte eingetragen werden müssen.³⁴⁴

5. Schottische Entscheidungen

Auch schottische Entscheidungen aus den achtziger Jahren lehnen die publizitätslose Vereinbarung verlängerter Eigentumsvorbehalte ab. In *Clark Taylor & Co.Ltd. v. Quality Site Development (Edinburgh) Ltd.*³⁴⁵ wurde ein verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt als Versuch gewertet, unter dem Deckmantel eines angeblichen "trust" der Gesellschaft wertvolle Vermögensgüter zu entziehen, die dann mit Vorrang vor den anderen Gläubigern der Gesellschaft dazu bestimmt gewesen wären, die Kaufpreisforderungen der Kläger zu befriedigen. In *Emerald Stainless Steel Ltd. v. South Side Distribution Ltd.*³⁴⁶ wurde ein solcher Eigentumsvorbehalt als Versuch gewertet, eine besitzlose Sicherheit durch Anwendung der "machinery of trust under Scots Law" zu schaffen.³⁴⁷

6. Zusammenfassung zum verlängerten Eigentumsvorbehalt

Die dargestellten Entscheidungen zum verlängerten Eigentumsvorbehalt in England verdeutli-

³⁴⁴ Vgl. S. 949 f. der Entscheidung.

³⁴⁵ 1981 S.L.T. 308.

³⁴⁶ 1983 S.L.T. 162.

³⁴⁷ Vgl. auch die Entscheidungen *Deutz Engines Ltd. v. Terex Ltd.*, 1984 S.L.T. 273; *Hammer & Söhne v. H.W.T. Realisations Ltd.*, 1985 S.L.T. 21; *Zahnrad Fabrik Passau GmbH v. Terex Ltd.*, 1986 S.L.T. 94, die zur gleichen rechtlichen Würdigung gelangen. Angesichts der Entscheidung des House of Lords in *Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG*, die auch für Schottland Geltung hat, ist die Bindungswirkung dieser Entscheidungen zum Teil (insbesondere hinsichtlich der "all monies clauses") eingeschränkt worden.

chen, daß die wirksame Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts - jedenfalls im Verhältnis zu Dritten - nahezu unmöglich ist, es sei denn die getroffene Vereinbarung wird binnen 21 Tagen beim Registrar of Companies zu Gunsten des Verkäufers und zu Lasten des kaufenden Unternehmens eingetragen. Dies verdeutlichen insbesondere die jüngeren Entscheidungen *Tatung v. Galex* sowie *Compaq v. Abercorn*, in denen das Begehren der klagenden Verkäuferin trotz sehr ausführlicher Vertragsvereinbarungen verworfen worden ist. Es sind kaum vollständigere Vertragsbedingungen denkbar, die eine bessere Aussicht auf Erfolg hätten, als die in diesen beiden Entscheidungen getroffenen vertraglichen Vereinbarungen.³⁴⁸ Obwohl in früheren Entscheidungen teilweise ausgeführt worden war, daß die dort getroffenen Vereinbarungen unwirksam seien, weil sich aus ihnen ein Treuhandverhältnis nicht eindeutig genug ergebe, wird in den neueren Fällen, in denen dieser Gesichtspunkt bei der Abfassung der Verträge sorgfältige Berücksichtigung fand³⁴⁹, trotzdem das Vorliegen einer "charge" angenommen. Zudem wird ausgeführt, daß trotz der Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses realiter ein solches gar nicht vorliege beziehungsweise von den Parteien nicht gewollt sei.³⁵⁰ Die Unterscheidung zwischen der Vereinbarung eines Sicherungsrechts ("charge") und eines verlängerten Eigentumsvorbehaltsrechts fällt also nahezu einhellig zu Gunsten des ersteren aus.

³⁴⁸ Vgl. auch Hicks, [1992] JBL 398,411.

³⁴⁹ Z.B. durch die Pflicht des Käufers, eingehende Zahlungen auf einem besonderen Konto zu verbuchen oder die weiterverarbeitete Ware getrennt aufzubewahren.

³⁵⁰ Hanbury/Martin, S.682. Vgl. die entsprechenden Ausführungen bei Pennington, *Company Law*, S.645, für eine "agency relationship" zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer.

Dies macht deutlich, daß den Gerichten daran gelegen ist, die Ausweitung publizitätsloser Sicherungsrechte zu vermeiden. Versuche, wie in Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd., eine treuhänderische Beziehung zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer zu gestalten, die es ermöglicht, Verarbeitungsprodukte oder Veräußerungserlöse (nach den Regeln des "tracing") herauszuverlangen, sind heute also regelmäßig zum Scheitern verurteilt. Ein verlängerter Eigentumsvorbehalt, der in England regelmäßig als "charge" gewertet wird, kann also - jedenfalls im Verhältnis zu Dritten - nur dann wirksam vereinbart werden, wenn er eingetragen wird.

Zweifelhaft ist, ob diese Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn der Vorbehaltskäufer nicht wie in den bislang dargestellten Entscheidungen eine Kapitalgesellschaft ("company")³⁵¹, sondern eine natürliche Person (z.B. "sole trader") oder "partnership" ist. Da die Vorschriften des Companies Act 1985 auf natürliche Personen und "partnerships" keine Anwendung finden, ist fraglich, ob Verlängerungsklauseln gegenüber natürlichen Personen ohne Registrierung wirksam vereinbart werden können. Diese Problematik ist in der Rechtsprechung soweit ersichtlich bislang nicht erörtert worden. Der Grund liegt einerseits darin, daß gegenüber diesem Personenkreis bis zur Einführung des IA 1986 die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts aufgrund der "doctrine of reputed ownership" ohne praktische Bedeutung war, da eine solche Vereinbarung im Konkurs ohnehin keine Geltung hatte, sowie andererseits darin, daß natürliche

³⁵¹ Denn nur auf solche ist der Companies Act 1985 anwendbar.

Personen und "partnerships" im englischen Handelsverkehr kaum eine Rolle spielen.

Doch dürfte auch bei natürlichen Personen die Vereinbarung von Verlängerungsklauseln ohne Registrierung im Konkurs keinen Bestand haben, da eine Registrierung nach den Vorschriften des Bills of Sale Act (1878) erforderlich sein könnte. Zum einen wird vertreten, die Abtretung von Weiterverkaufsforderungen könnte unter sec. 344 IA 1986 fallen mit der Folge, daß die Verlängerungsklausel im Konkurs des Vorbehaltskäufers mangels Eintragung unter dem Bills of Sale Act keinen Bestand hätte³⁵². Zum anderen könnte ein Sicherungsrecht an Rechten des Vorbehaltskäufers vereinbart worden sein, da dieser mit Verarbeitung der Ware Eigentümer derselben³⁵³ und mit dem Verkauf der Ware Inhaber der Weiterverkaufsforderungen werde. Ein solches Sicherungsrecht wäre aber nach den Vorschriften der Bills of Sale Acts eintragungsbedürftig.³⁵⁴ Um sicherzugehen, sollte also auch gegenüber natürlichen Personen eine Eintragung erfolgen.

7. Im Ausland vereinbarter verlängerter Eigentumsvorbehalt

Auch für ausländische - insbesondere deutsche - Lieferanten gilt es, diese Grundsätze zu beachten. Denn die Beantwortung der Frage, welches Recht bei miteinander konkurrierenden Ansprüchen hinsichtlich der Auskehr limitierter Sicherungsmasse zur Anwendung gelangt, wird in

³⁵² Vgl. Berry/Bailey/Schaw-Miller, Rn.27.9 f.; Benjamin's Sale of Goods, Rn.5-161 f.; siehe auch Mc Cormack, S.152 f.

³⁵³ Triebel, Rn.358.

³⁵⁴ Vgl. dazu oben die Ausführungen 2. Kapitel IV 4.

England zugunsten der *lex fori* beantwortet.³⁵⁵ Diese Auffassung, die auch in *re Weldtech Equipment Ltd.* zum Ausdruck gekommen ist, rechtfertigt sich bereits daraus, daß die Verteilungsprinzipien limitierter Vermögensmasse einer Gesellschaft nicht von fremdem Recht diktiert werden dürfen. So ist in *re Weldtech Equipment Ltd.* die Vorausabtretung nach deutschem Recht gewürdigt und danach als "charge" ausgelegt, jedoch im Verhältnis zu konkurrierenden Ansprüchen anderer Gläubiger, die vom Liquidator befriedigt werden sollten, englisches Recht als *lex fori* unterworfen worden.

Zu demselben Ergebnis führt auch der Grundsatz der *lex rei sitae*. Ebenso wie im deutschen Recht geht das englische internationale Privatrecht davon aus, daß für die Wirksamkeit einer Weiterverarbeitungs-klausel der Lageort zur Zeit der Verarbeitung maßgeblich ist.³⁵⁶ Ebenso ist bei einer Weiterveräußerung der Lageort zum Zeitpunkt der Veräußerung ausschlaggebend.³⁵⁷ So verlieren in Deutschland gültige Klauseln bei Weiterverarbeitung oder -veräußerung in England nach dem Grundsatz der *lex rei sitae* ihre Wirksamkeit.

8. Vergleich mit dem deutschen Recht

³⁵⁵ Vgl. Dicey/Morris, S.1266, der im übrigen feststellt, daß die Frage, ob eine "charge" entstanden sei, nach englischem Recht zu beurteilen sei. Vgl. auch Benjamin's Sale of Goods, Rn.25-121, sowie die irischen Entscheidungen zu diesem Problemkreis *Re Interview Ltd.* [1975] IR 382,395 f.; *Kruppstahl AG v. Quitman Products Ltd.* [1982] ILRM 551,560.

³⁵⁶ Dicey/Morris, S. 1265. Benjamin's Sale of Goods, Rn. 25-120, sowie die oben genannten irischen und schottischen Entscheidungen *Kruppstahl v. Quitman* und *Zahnrad Fabrik Passau v. Terex*.

³⁵⁷ Dicey/Morris, a.a.O.; Benjamin's Sale of Goods, Rn. 25-124.

Aus den soeben dargestellten Folgerungen ergeben sich bereits die Unterschiede von Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts im deutschen und englischen Recht. In beiden Rechtsordnungen kann der verlängerte Eigentumsvorbehalt vereinbart werden. Der wesentliche Unterschied liegt jedoch darin, daß er in Deutschland zwischen den Parteien formlos vereinbart werden kann, während in England nach derzeitigem Erkenntnisstand die Registrierung für die Wirksamkeit im Verhältnis zu Dritten erforderlich ist. Dieser nicht unerhebliche Unterschied führt im englischen Recht zu einer weitaus geringeren Bedeutung des verlängerten Eigentumsvorbehalts im Wirtschaftsleben.

VI. Zusammenfassung

Wie die dargestellte Rechtslage in England aufzeigt, wird eine Konkurrenz zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession dadurch gelöst, daß die Publizität derartiger Sicherungsrechte verlangt wird. Beide Sicherungsrechte sind in einem öffentlichen Register einzutragen. Sollte eine Forderung mehrfach abgetreten werden, entscheidet das Prioritätsprinzip über die Rangfolge. Sofern eine Eintragung vorgesehen ist, geht das zuerst eingetragene Recht vor.

Der Zwang zur Publizität führt freilich dazu, daß Zessionen zu Sicherungszwecken von der Praxis nur sehr selten genutzt werden.³⁵⁸ Bereits die Vereinbarung einer einfachen Sicherungszession begegnet in der englischen Praxis Schwierigkeiten, da sie selbst in Form der "equitable assignment" dem Zessionar nur dann vollständige

³⁵⁸ Holden, Rn.29-1.

Sicherheit bieten kann, wenn eine Drittschuldneranzeige erfolgt. Daran wird aber regelmäßig der Zedent kein Interesse haben, da seine finanzielle Situation dadurch möglicherweise aufgedeckt wird. Auf der anderen Seite hat der Zessionar an einer "stillen Zession" in der Regel kein Interesse, da er um die Gefahr fürchten muß, daß die zu seinen Gunsten vorgenommene Zession hinter eine später vorgenommene Zession derselben Forderung zurücktritt, weil der andere Zessionar dem Drittschuldner eine entsprechende Mitteilung gemacht hat.³⁵⁹ Im übrigen kann die "equitable assignment" den Nachteil haben, daß der Zessionar sie nicht selbst - ohne Mitwirkung des Zedenten - gerichtlich geltend machen kann.³⁶⁰

Noch unangenehmer ist für den Zedenten die Vornahme einer Globalzession, da diese in einem Register einzutragen ist. Der Zedent legt mit einer Globalzession also seine gesamte finanzielle Situation quasi öffentlich bloss. Gleiches gilt für die "limited company", bei der bereits jede zu ihren Lasten erfolgte Sicherungszession einzutragen ist. Daß Schuldner angesichts dieser kreditschädigenden Konsequenzen kaum ein Interesse an einer Sicherungsabtretung haben, ist offenkundig.³⁶¹

Darüberhinaus besteht für den Zessionar, der sich künftige Forderungen abtreten läßt, eine weitere Unsicherheit. Sollte der Zedent in Konkurs gehen, und sind die abgetretenen Forderun-

³⁵⁹ Habel, S.81, spricht daher von einer weitgehenden Entwertung der Vorausabtretung. Kaiser, S.50, spricht von einem "beschränkten Wert" der Sicherungszession. Vgl. auch Holden, Rn.29-2: "bankers look upon these propositions with disfavour."

³⁶⁰ Vgl. Holden, Rn. 29-6: "rarely will a banker be content with an equitable assignment."

³⁶¹ Vgl. auch Hadding/Schneider, Rn.540.

gen bis zur Konkurseröffnung nicht entstanden, weil es zu ihrer Entstehung einer (Gegen-) Leistung des Zedenten bedurft hätte, so ist die Abtretung dieser Forderungen unwirksam.³⁶² Grund dafür ist, daß dem Zessionar nicht mehr Rechte zustehen sollen als solche, die zur Konkursmasse hätten gehören können.

Aus diesen Gründen wird in England zu Sicherungszwecken von den hier dargestellten Rechtsinstituten nur selten Gebrauch gemacht.³⁶³ Von den englischen Banken werden Globalzessionen als Kreditsicherheit gemeinhin nicht anerkannt.³⁶⁴ Stattdessen weichen die Banken auf das - ebenfalls eintragungspflichtige - Institut der "floating charge" aus, mit der unter anderem auch die gegenwärtigen und künftigen Außenstände einer Gesellschaft erfasst werden können. Der Vorteil für die Banken ist dabei, daß die "floating charge" vom Sicherungsumfang wesentlich weiter ist als die Globalzession, da sie neben Forderungen auch Immobilien, Mobilien, Rechte aller Art sowie den "goodwill" eines Unternehmens erfasst.³⁶⁵

³⁶² Vgl. *Wilmot v. Alton* [1897] 1 Q.B. 17; *Re Collins* [1925] Ch.556.

³⁶³ Vgl. *Hadding/Schneider*, Rn.540.

³⁶⁴ *Klein*, WM 1978,390,397 m.w.N.; *Kaiser*, S.52; *Bernstorff*, RIW 1984,508,510 und RIW 1994,542,545; *ders.*, Rechtsprobleme, S.95. Siehe auch *Hadding/Schneider*, Rn.540.

³⁶⁵ Siehe dazu bereits oben 2. Kapitel II 3 a.

Drittes Kapitel: Schweden

I. Allgemeines

Gesetzliche Regelungen gibt es in Schweden, wie in anderen nordischen Ländern, meist nur in einigen (wichtigen) Teilbereichen.¹ Zumeist sind die einzelnen Rechtsgebiete nur in kasuistischer Form geregelt, so daß zu wenigen Einzelfällen Stellung genommen wird, ohne daraus jedoch allgemeine Schlußfolgerungen ziehen zu können.² Auch aus den wenigen allgemeinen Normen können nur selten, z.B. im Wege der Analogie, Schlußfolgerungen gezogen werden.³ Hinzu kommt, daß zu einzelnen Rechtsfragen, die in Deutschland umfassend erörtert werden, oft nur wenige und gelegentlich überhaupt keine Gerichtsentscheidungen vorhanden sind.⁴

Schwedisches Zivilrecht wird heute in vier Teilgebiete aufgegliedert: das Personen-, das Familien- und Erb- sowie das Vermögensrecht⁵. Das Kreditsicherungsrecht gehört zum Vermögensrecht⁶, welches die Begründung, den Erwerb, den Schutz und die Übertragung von Vermögensrechten regelt.⁷

Das schwedische Recht unterscheidet zwar - ähnlich dem deutschen Recht - formaljuristisch zwischen Schuld- und Sachenrecht⁸; diese Diffe-

¹ Vgl. Cornelius, S.12. Zur Rechtsentwicklung in Schweden vgl. ausführlich ders., S.4 ff.

² Gomard, Scand. Stud. L. 5 (1961),27,37; Cornelius, S.14.

³ Vgl. Gutschke, S.1 f. Für das ältere schwedische Recht insbesondere F. Schmidt, S.124 f.

⁴ Siehe insbesondere unten 3. Kapitel III für das Zessionsrecht.

⁵ Cornelius, S.14; Fagerberg, Kap.1.1 (S.12).

⁶ Carsten, S.7

⁷ Cornelius, S.14; Johansson, S.9.

⁸ Johansson, S.9.

renzierung zwischen verpflichtenden und dinglichen Rechten ist allerdings nur wenig ausgeprägt.⁹ Der Sinn dieser Differenzierung, wonach dingliche Rechte eine unmittelbare Sachherrschaft ausüben und allgemeinen Drittschutz genießen, während obligatorische Rechte ausschließlich inter partes wirken¹⁰, wird insbesondere in der jüngeren Rechtslehre teilweise nicht mehr anerkannt.¹¹ Die schwedische Rechtslehre widmet sich stattdessen vermehrt der eher praxisorientierten, insbesondere im Vermögens- bzw. Kreditsicherungsrecht relevanten Frage, ob ein bestimmtes Recht nur gegenüber dem Schuldner oder auch gegenüber Dritten Wirkungen entfaltet. Die Unterscheidung zwischen schuld- und sachenrechtlicher Bestimmung eines Rechts spielt dabei eine eher untergeordnete Rolle.¹²

II. Vertrags- oder Traditionsprinzip

Die Frage, ob ein Recht lediglich (schuldrechtlich) inter partes oder bereits (sachenrechtlich) Dritten gegenüber Wirkungen entfaltet, kann nur dann beantwortet werden, wenn geklärt ist, welcher Zeitpunkt für die Entstehung bzw. den Übergang des Rechts maßgeblich ist. Dies ist davon abhängig, ob eine Rechtsordnung das Vertrags- oder das Traditionsprinzip anwendet. Wegen der hier zu bearbeitenden Problematik und zu ihrem weiteren Verständnis soll diese Frage anhand des Eigentumsrechts beantwortet werden.

⁹ Vgl. Carsten, S.62; Gottheiner, RabelsZ 18 (1953),356,360 ff.; Zitting, Scand. Stud. L. 3 (1959),227,229 ff.

¹⁰ Dazu Cornelius, S.15; Johansson, S.10; Fagerberg, Kap.3.1. (S.19).

¹¹ Vgl. Kausche, S.11; Björne, S.253.

¹² Cornelius, S.16; Johansson, S.10.

Wann jemand Eigentum erwirbt und wann dieses vollständigen, drittwirkenden Schutz genießt, hängt davon ab, zu welchem Zeitpunkt Eigentum auf einen anderen übergeht. Während dies nach der Vertragstheorie bereits im Augenblick des Vertragsschlusses geschieht, ist der Eigentumsübergang nach dem Traditionsprinzip vom Vertragsschluß losgelöst und setzt einen weiteren Akt, in der Regel einen dinglichen Vertrag (Einigung) sowie die Übergabe der Sache, voraus.

Der Eigentumsübergang beweglicher Sachen ist im schwedischen Recht nicht gesetzlich geregelt.¹³ Bis zur gesetzlichen Erweiterung des eher begrenzten Anwendungsbereichs der sog. "lösöre-köpsförordning" (Fahniskaufverordnung = Gesetz über den Kauf beweglicher Sachen) im Jahre 1907¹⁴ wurde in Schweden vorwiegend das Vertragsprinzip vertreten¹⁵, wonach das Eigentum an einer Sache bereits mit Vertragsschluß auf den Erwerber überging, und zwar auch mit Wirkung gegenüber Dritten. Dies bedeutete, daß die Sache mit diesem Zeitpunkt auch dann, wenn sie im Besitz des Verkäufers verblieb, dem Zugriff der

¹³ Gutschke, S.57 f. und S.64; Carsten, S. 63; Gottheiner, *RabelsZ* 18 (1953), 356, 360. Auch in den Gesetzen anderer nordischer Länder findet sich kein Anhaltspunkt bezüglich der Frage, wann das Eigentum übergeht.

¹⁴ Bis zur Erweiterung sicherte das Gesetz den Erwerber einer Sache zunächst nur bei der Zwangsvollstreckung gegen den Veräußerer, danach wurde der Schutz auf den Konkurs erweitert.

¹⁵ Lundstedt, *Om lösöre köp*, S.21; ders., *Lösöre köpsförordningen och 1734 års lag*, *Minnesskrift ägnad 1734 års lag* (1934), Bd.II, S.668, 672; König S.187 Nr.4 und S.188 Nr.14; Nial, *Handelsbalken*, *Minnesskrift ägnad 1734 års lag* (1934), Bd.I S.294, 306. Bei der Schenkung galt allerdings bereits im 18. Jahrhundert in der Rechtspraxis das Traditionsprinzip; vgl. Undén, § 18 IV (S.127). Wegen der fehlenden gesetzlichen Regelung des Eigentumsübergangs konnte die Rechtsprechung einzelfallbezogen entscheiden, ohne grundsätzlich Stellung zu beziehen; vgl. Undén, § 17 A (S.94 ff.).

Gläubiger des Veräußerers entzogen war.¹⁶ In der gesetzlichen Erweiterung der Fahrniskaufverordnung¹⁷ sahen sich die bis dahin wenigen Anhänger des Traditionsprinzips¹⁸ darin bestätigt, daß der Eigentumserwerb an Fahrnis in der Regel von ihrer Übergabe abhängt.¹⁹ Eine vorbehaltlose Hinwendung zum Traditionsprinzip trat dadurch allerdings noch nicht ein.

Erst nach einer Entscheidung des Högsta Domstolen (HD, Oberster Gerichtshof) im Jahre 1925 fand das Traditionsprinzip sowohl in der schwedischen Rechtspraxis, als auch in der schwedischen Rechtslehre immer mehr Anhänger.²⁰ Aufgrund der in dieser Entscheidung entwickelten Regeln wird heute in Schweden überwiegend eine mittlere Position vertreten, die Grundsätze sowohl des Vertrags- als auch des Traditionsprinzips miteinander verknüpft. Danach können die Vertragsparteien aufgrund der Privatautonomie zwar inter partes den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs frei vereinbaren, eine sachenrechtliche Drittwirkung erlangt eine solche Vereinbarung allerdings nicht. Ein dinglicher Schutz gegenüber den Gläubigern des Veräußerers wird erst mit Übergabe der Sache oder mit Einhaltung der besonderen Publizitätsvorschriften der Fahrniskaufverordnung gewährt.²¹ Danach kann das Eigentum also zwar mit Vertragsschluß übergehen, sachenrechtlicher Drittschutz wird aber

¹⁶ Eine Ausnahme galt lediglich in der Zwangsvollstreckung, da hierauf die Fahrniskaufverordnung Anwendung fand.

¹⁷ Zu ihrem Inhalt vgl. die Ausführungen unten VI sowie Gutschke, S.39.

¹⁸ Vgl. die bei Lundstedt, Om lösöreköp, S.18, insbes. in Fn.1, zitierte Literatur.

¹⁹ Vgl. Fehr, S.29; Sjögren, TFR 1914,281,309. Dagegen insbes. Hillgård, S.99 ff.

²⁰ HD NJA 1925,130,133; bestätigt durch HD NJA 1949,164,167. Vgl. auch HD NJA 1986,409,412.

²¹ Vgl. Undén, § 17 A (S.94 ff.); Lögdberg, S.285 f.; Lejman, S.220; Björling-Malmström, S.73.

erst mit Übergabe der Sache oder mit Einhaltung der Vorschriften der Fahrniskaufverordnung erlangt.²²

Abzugrenzen davon ist die Frage, die in Deutschland unter dem Stichwort Abstraktionsprinzip behandelt wird, inwiefern die Wirksamkeit des obligatorischen Grundgeschäfts diejenige des dinglichen Rechtsgeschäfts beeinflusst. Anders als im deutschen Recht²³ wird die Wirksamkeit beider Rechtsgeschäfte in Schweden nicht voneinander losgelöst beantwortet. Beide Geschäfte hängen derart eng miteinander zusammen, daß die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrages gleichzeitig die Übereignung erfaßt, so daß z.B. die erfolgreiche Anfechtung des Kaufvertrages die Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung zur Folge hat.²⁴

III. Die Abtretung

Die Abtretung beziehungsweise die Sicherungsabtretung sind in Schweden gesetzlich nicht geregelt²⁵ und sind dort keine gebräuchlichen Sicherungsmittel, da sie in Schweden - im Gegensatz zu Deutschland - gewissen Publizitätserfordernissen unterliegen.

Zwar kann eine Zession auch formlos zwischen dem Zedenten und dem Zessionar vereinbart werden, sachenrechtlich wirksam wird die Abtretung aber erst in dem Zeitpunkt, in dem sie dem

²² Wegen dieser Mittelstellung wird daher auch vom "modifizierten Traditionsprinzip" gesprochen; vgl. Gutschke, S.59.

²³ Vgl. Palandt-Bassenge, Einl. vor § 854, Rn. 16 f.

²⁴ So Hillgård, S.167 f. Vgl. auch Gutschke, S.9 f.; ders., AWD 1968,10; ders., TFR 1966,388 ff.

²⁵ Lediglich einige Grundlagen sind im Schuldscheingesetz (Lag om skuldebrev 1936 Nr.81) geregelt.

Drittschuldner angezeigt wird.²⁶ Die Forderung unterfällt beim Zedenten bis zu diesem Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung sowie der Konkursmasse. Eine ohne Anzeige erfolgte Zession ist daher bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Abtretungsanzeige beim Drittschuldner lediglich inter partes wirksam. Der Zessionar wird deshalb zu seinem eigenen Schutz an einer möglichst schnellen Anzeige interessiert sein, die nachweislich dem Schuldner der Forderung zugegangen sein muß.

Erlangt der Drittschuldner lediglich anderweitig Kenntnis von der Abtretung, so hat dies zwar zur Folge, daß er mit befreiender Wirkung nur noch an den Zessionar zu leisten berechtigt ist, sachenrechtliche Wirkung - also Wirkung gegenüber den Gläubigern des Zedenten - erlangt diese Zession allerdings nicht. Eine Drittschuldneranzeige bleibt zu diesem Zweck stets erforderlich.²⁷

Wie zuvor bereits festgestellt, liegt der entscheidende Vorteil der Zession im deutschen Recht darin, daß sie "still" vereinbart werden kann. Diese Möglichkeit der publizitätslosen Vereinbarung einer Zession mit sachenrechtlicher Wirkung vermag die Zession des schwedischen Rechts nicht zu bieten. Aus diesem Grunde hat die Sicherungsabtretung in Schweden nicht die herausragende Bedeutung im Kreditsicherungsrecht erlangt, wie sie sie in Deutschland hat, denn die Abtretungsanzeige kann das Vertrauen in die Solvenz des Zedenten unter Umständen erheblich beeinträchtigen.

²⁶ Vgl. Fischler/Vogel, S.142; Bernstorff, RIW 1994, 542, 547.

²⁷ Fischler/Vogel, S.142; Bernstorff, RIW 1994, 542, 547.

Sofern in Schweden eine Sicherungsabtretung - in der Form, wie wir sie kennen²⁸ - erfolgen soll, muß sich der Zessionar in aller Regel damit zufrieden geben, daß der Zedent ihm seine Drittschuldnerforderungen laufend mit Rechnungsabschriften lediglich im Innenverhältnis abtritt, unter gleichzeitiger Einziehungsermächtigung des Zedenten, damit die oftmals peinliche Abtretungsanzeige vermieden wird. Damit der Zessionar zumindest ein gewisses Maß an Sicherheit erreicht, wird er sich hierauf nur einlassen, wenn der Zedent sich gleichzeitig dazu verpflichtet, die Zahlungseingänge entweder auf ein zu diesem Zweck errichtetes Konto zahlen zu lassen, über das der Zessionar verfügen darf, oder aber sofort an den Zessionar auszuzahlen. Zwar bietet auch diese Konstruktion dem Zessionar keine vollständige Sicherheit, insbesondere den anderen Gläubigern des Zedenten gegenüber nicht, aber wenigstens kann der Zessionar durch Notifikation an den Drittschuldner intervenieren, sobald der Zedent gegen die getroffenen Absprachen verstößt.²⁹

Diese Schwierigkeiten, und insbesondere die Unsicherheit auf der sachenrechtlichen Ebene, verdeutlichen, weshalb die Vereinbarung einer Sicherungsabtretung in Schweden eher den Ausnahmefall darstellt.

Soweit es um die Konkurrenz zweier Abtretungen derselben Forderung geht, hat regelmäßig diejenige Vorrang, die dem Schuldner der Forderung

²⁸ Zur Form der sog. Unternehmenshypothek, die üblicherweise eingesetzt wird zur Forderungssicherheit, siehe unten 3. Kapitel VII.

²⁹ Zum Ganzen Fischler/Vogel, S.142.

zuerst angezeigt wurde.³⁰ In Schweden gilt somit das Prioritätsprinzip.³¹

In aller Regel wird zur Forderungssicherheit die Unternehmenshypothek eingesetzt.³² Daneben wird von der Praxis vereinzelt auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein vertragliches Pfandrecht zu vereinbaren.³³ Unterschiede zum deutschen Recht bestehen dabei insbesondere im Fehlen des Abstraktionsprinzips, d.h., daß neben dem dinglichen Rechtsgeschäft ein damit korrelierendes schuldrechtliches Grundgeschäft nicht existiert.³⁴ Ferner kann die persönliche Haftung des Schuldners vertraglich abbedungen, d.h. die Haftung auf die Pfandsache beschränkt werden.³⁵ Grundsätzlich gilt auch für das Pfandrecht das Traditionsprinzip, d.h., Drittschutz erwirbt der Pfandgläubiger erst mit Übergabe der Pfandsache.³⁶ Ist ein Dritter im Besitz der zu verpfändenden Sache³⁷, kann ein Pfandrecht durch Notifikation der Verpfändung seitens des Verpfänders an den Dritten oder durch Vorlage eines schriftlichen Verpfändungsvertrages seitens des Pfandgläubigers an den Dritten³⁸ erworben werden.³⁹

³⁰ Fischler/Vogel, S.142; Bernstorff, RIW 1994,542,547.

³¹ Dieses Prinzip gilt auch bei der Unternehmenshypothek (siehe dazu unten 3. Kapitel VII 3). Auch bei gesetzlichen Sicherungsrechten gilt dieses Prinzip, vgl. Håstad, Sakrätt, Kap. 12.2.5 (S.320 f.).

³² Siehe dazu unten 3. Kapitel VII.

³³ Die Regelungen über das vertragliche Pfandrecht finden sich in Kapitel 10 des Handelsbalken von 1734. Daneben gibt es Regelungen im Gesetz über den Handel mit Wertpapieren (1991 Nr. 980), in Kapitel 12 des Patentrechtsgesetzes (1967 Nr. 837) sowie im Schuldscheingesetz (1936 Nr. 81). Vgl. dazu Johansson, S. 30 ff.; Fischler/Vogel, S. 127 ff. Zu gesetzlichen Pfandrechten siehe Johansson, S. 36 ff.

³⁴ Johansson, S.31.

³⁵ Vgl. Carsten, S. 31 f.; Johansson, S. 33.

³⁶ Vgl. HD NJA 1986, 409, 412; Undén S. 179; Johansson, S.31.

³⁷ Vgl. dazu das Gesetz über die Verpfändung beweglichen Vermögens im Besitz Dritter (1936 Nr. 88).

³⁸ Vgl. dazu HD NJA 1977,805,808; Fischler/Vogel, S.128.

³⁹ Weitere Unterschiede zum deutschen Recht gibt es beispielsweise hinsichtlich der Verwertung der Pfandsa-

IV. Vergleich der Abtretung mit dem deutschen Recht

Ein Vergleich des Zessionsrechts in Deutschland und Schweden erübrigt sich nahezu, da die Zession in Schweden jedenfalls zu Sicherungszwecken kaum Verwendung findet. Die Zession ist in Schweden, wenn auch - anders als in Deutschland - ohne gesetzliche Regelung, grundsätzlich anerkannt. Der wesentliche Unterschied zum deutschen Recht liegt darin, daß die Drittschuldneranzeige für die sachenrechtliche Wirksamkeit erforderlich ist. Eine "stille Zession" ist zwar ebenso wie in Deutschland möglich, hat aber nur Wirkung inter partes. Auch richtet sich die Priorität zweier Abtretungen nach dieser Anzeige, während in Deutschland ausschließlich der Abtretungszeitpunkt selbst maßgeblich ist.⁴⁰ Auch ist die Drittschuldneranzeige dafür verantwortlich, daß Globalzessionen sachenrechtlich wohl nicht wirksam vereinbart werden können, da schon wegen der Drittschuldneranzeige sachenrechtlich wirksame Vorausabtretungen nicht möglich sein dürften.⁴¹

V. Eigentumsvorbehalt

1. Grundlagen / Allgemeines

Ähnlich dem deutschen Recht, existieren in Schweden Sicherungsrechte, die auf vertragli-

che. So kann der Gläubiger die Pfandsache beispielsweise freihändig verkaufen. Vgl. dazu im einzelnen Johansson, S. 34

⁴⁰ Palandt-Heinrichs, § 398, Rn.18.

⁴¹ Ablehnend Lambsdorff, S. 387; Gehlhoff, S.98 f., scheint die Vereinbarung einer Vorausabtretung für möglich zu halten.

chen Vereinbarungen beruhen, und solche, die sich direkt aus gesetzlichen Bestimmungen ergeben. Der Eigentumsvorbehalt (ägarförbehåll)⁴² unterfällt dabei auch im schwedischen Recht der erstgenannten Kategorie. Eine allgemeine gesetzliche Regelung des Eigentumsvorbehalts gibt es nicht.⁴³ Lediglich für vereinzelte Bereiche ist der Eigentumsvorbehalt geregelt, nämlich hinsichtlich der (Kredit-) Verträge mit Endverbrauchern (= Abzahlungskauf)⁴⁴, hinsichtlich der Abzahlungsgeschäfte zwischen Gewerbetreibenden⁴⁵ sowie hinsichtlich des - anders als im deutschen Recht - möglichen Eigentumsvorbehalts an Immobiliareigentum⁴⁶ und Grundstückszubehör.⁴⁷

Auch wenn der Eigentumsvorbehalt bis heute keine allgemeine gesetzliche Regelung gefunden hat⁴⁸, war und ist er in Schweden ein allgemein anerkanntes Sicherungsinstrument⁴⁹, das mit Wirkung gegenüber Dritten vereinbart werden kann.⁵⁰

⁴² Teilweise werden noch die (veralteten) Begriffe ägenderättsförbehåll oder återttagandeförbehåll verwendet. Vgl. auch Undén, § 17 B (S.100), Fn.75.

⁴³ Fischler/Vogel, S.136.

⁴⁴ Konsumentkreditlag (1992 Nr.830) - KKL. Siehe dazu unten 3. Kapitel V 3, V 5 a. Eine ausdrückliche Regelung enthält heute § 25 des Verbraucherkreditgesetzes (Konsumentkreditlag, 1992 Nr.830), wonach die Möglichkeit, einen Eigentumsvorbehalt zu vereinbaren, aus Verbraucherschutzgründen eingeschränkt wurde. Schon im Abzahlungsgesetz (avbetalningslagen) von 1915 wurde der Eigentumsvorbehalt ausdrücklich erwähnt (vgl. § 1 I avbetalningslagen).

⁴⁵ Lag (1978 Nr.599) om avbetalningsköp mellan näringsidkare. Siehe dazu unten 3. Kapitel V 5 a.

⁴⁶ Vgl. dazu Carsten, S. 100; Gutschke, RIW/AWD 1968,10,11.

⁴⁷ Jordabalk (1970 Nr.994 = Grundstücksgesetz), avd.1: Rättsförhållanden rörande fast egendom. Siehe dazu unten 3. Kapitel V 6. Hinsichtlich des Zubehörs von Schiffen enthält das Seegesetz (sjölag) eine den Vorschriften über das Grundstückszubehör weitgehend entsprechende Regelung.

⁴⁸ Fischler/Vogel, S.136.

⁴⁹ Gehlhoff, S.95; Stumpf/Fichna, S.381.

⁵⁰ Undén, § 17 B (S.99 ff.); Rodhe, § 15 B a (S.185); Håstad, Sakrätt, Kap. 11.2.1 (S.177 f.); Helander,

Die Bedenken, die in Schweden gegen den Eigentumsvorbehalt vorgebracht werden, entsprechen im wesentlichen denen, die auch in Deutschland geäußert wurden. So wurde beispielsweise vorgebracht, dadurch entstehe - den Grundsätzen des schwedischen Kreditsicherungsrechts zuwider - eine publizitätslose Sicherungsform ähnlich einem besitzlosen Pfandrecht, da der Sicherungsnehmer keinen Besitz mehr am Sicherungsgut habe.⁵¹

In der schwedischen Rechtspraxis findet in der Regel ausschließlich der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen (lösöre) beim Kaufvertrag Anwendung.⁵² Der bemerkenswerterweise auch an Grundstücken⁵³ und anderen Sachen, die nicht unter den Begriff lösöre fallen⁵⁴, zulässige Eigentumsvorbehalt soll hier daher nicht erörtert werden.

2. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Damit der Eigentumsvorbehalt wirksam ist, muß vor der Übergabe zwischen den beiden Vertragsparteien eine entsprechende Abrede getroffen werden, d.h., daß der nur seitens des Vor-

Kap. VI 3.1. (S.613 ff.); SOU 1988:63, S.66; Gutschke, RIW/AWD 1968,10,11; Fischler/Vogel, S.136.

⁵¹ Vgl. Adlercreutz, FS für Rodhe, S.1; Gutschke, S.30 ff.

⁵² Ein Eigentumsvorbehalt kann - was aber nur in den seltensten Fällen und insbesondere nicht im Handelsverkehr geschieht - auch bei Schenkungs- und Tauschverträgen vereinbart werden. Vgl. Rodhe, § 26 a (S.357).

⁵³ Gutschke, RIW/AWD 1968,10,11. Nach dem Inkrafttreten des Jordabalken (=Grundstücksgesetz) ist der Eigentumsvorbehalt wohl nicht ausdrücklich vorgesehen, aber die aufschiebend bzw. auflösend bedingte Eigentumsübertragung ist möglich, was praktisch der Wirkung eines Eigentumsvorbehalts gleichkommt.

⁵⁴ So z.B. Gebäude auf fremdem Grund oder Wertpapiere. Vgl. dazu F. Schmidt, S.146 (zu Gebäuden auf fremdem Grund); Hessler, SOU 1965:14, S.33 (zu Wertpapieren).

behaltensverkäufers erklärte Eigentumsvorbehalt nicht wirksam ist.⁵⁵ Allerdings muß diese Vereinbarung nicht ausdrücklich erfolgen, denn der Eigentumsvorbehalt kann auch konkludent vereinbart werden, wobei an eine solche Vereinbarung keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁵⁶

3. Formerfordernisse

Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts unterliegt keinerlei Formvorschriften.⁵⁷ Gleichwohl werden unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossene Abzahlungskäufe regelmäßig schriftlich vereinbart⁵⁸, da der Vorbehaltsverkäufer bei schriftlicher Vereinbarung gemäß § 30 des Verbraucherkreditgesetzes⁵⁹ ohne gerichtliches Urteil die Rückgabe der Kaufsache fordern und vom Gerichtsvollzieher durchsetzen lassen kann.⁶⁰ Außerdem ergeben sich Beweiserleichterungen, und die Nichteinhaltung der Schriftform führt bei Abzahlungskäufen zudem zu Nachteilen für den Vorbehaltsverkäufer (vgl. § 9 KKL). Die schriftliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts kann - wie in Deutschland - auch durch die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbeziehungsweise Lieferbedingungen erfolgen.⁶¹

⁵⁵ Håstad, Sakrätt, Kap. 11.2.1 (S.179 f.).

⁵⁶ Vgl. HD.: NJA 1980,219,223; 1976,134,139; 1971,288; Rodhe, § 15 B a; Håstad, Sakrätt, Kap. 11.2.1 (S.180). Anders noch Gutschke, RIW/AWD 1968,10,11 f.

⁵⁷ Vgl. Gehlhoff, S.97.; Stumpf/Fichna, S.383. Vgl. auch F. Schmidt, S.163 f., der die Einführung einer Formvorschrift fordert.

⁵⁸ Vgl. Carsten, S.106.

⁵⁹ Früher noch §§ 10 f. des schwedischen Abzahlungsgesetzes (avbetalningslagen).

⁶⁰ Voraussetzung dafür ist, daß in dem schriftlichen Vertrag der Bar- und Abzahlungspreis der Kaufsache, die Laufzeit sowie die einzelnen Fälligkeitstermine der Raten festgelegt sind; vgl. Carsten, S.106; Gehlhoff, S.97.

⁶¹ Vgl. Gutschke, S.51; Carsten, S.106; Gehlhoff, S.96,89 f. In Schweden können AGB in besonderen Fällen auch ohne unmittelbare Kenntnisnahme des Käufers in den

4. Vereinbarungszeitpunkt

Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts muß spätestens im Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache erfolgen. Der sog. "nachträgliche Eigentumsvorbehalt", d.h. die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts nach erfolgter Übergabe beziehungsweise Übereignung, ist zumindest⁶² dinglich unwirksam.⁶³ Dritten gegenüber kann ein Eigentumsvorbehalt grundsätzlich⁶⁴ also nur dann sachenrechtlich wirksam vereinbart werden, wenn die Übergabe an den Käufer noch nicht erfolgt ist.⁶⁵

5. Rechtsfolgen

Bei den Rechtsfolgen eines wirksam vereinbarten Eigentumsvorbehalts ist zwischen den Wirkungen des Eigentumsvorbehalts dem Käufer und Dritten gegenüber zu unterscheiden.

Vertrag einbezogen sein; vgl. dazu ausführlich Gehlhoff, S.88 ff.

⁶² Für Wirksamkeit im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer: F. Schmidt, S.145,149; Gutschke, S.38.

⁶³ Vgl. HD.: NJA 1925,681; 1932,755; 1938,80; F. Schmidt, S.147 f.; Hellner/Ramberg, S.371; Håstad, Sakrätt, Kap.11.2.1 (S.181); Rodhe, § 15 B a (S.186); Undén, § 17 B (S.102, insbesondere Fn.87 m.w.N.); Almén/Neubecker, § 28 (S.471), Fn.133 = Almén/Eklund, § 28 (S.409),Fn.133; Gutschke, S.37 ff.; Carsten, S.106 f.; Gehlhoff, S.96; Fischler/Vogel, S.136. Anderer Ansicht früher noch HD NJA 1916,16.

⁶⁴ In sehr seltenen Fällen läßt das Gesetz über den Kauf beweglicher Sachen (lösöreköpslag) Ausnahmen zu. Dazu Carsten, S.107; Almén/Neubecker, § 28 (S.471),Fn.133 = Almén/Eklund, § 28 (S.409),Fn.133; F. Schmidt, S.148.

⁶⁵ Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo ein "nachträglicher Eigentumsvorbehalt" bei Parteivereinbarung möglich ist, wird diese Möglichkeit in Schweden zum Schutze des Rechtsverkehrs und Dritter eingeschränkt. Vgl. dazu Gutschke, S.39 f.

a. Rechte gegenüber dem Vorbehaltskäufer

Der Verkäufer vereinbart den Eigentumsvorbehalt unter anderem, um bei Zahlungsverzug des Käufers Rechte geltend machen zu können. Bei den Rechten des Verkäufers unterscheidet das schwedische Recht, ob die Übergabe der Kaufsache bereits erfolgt ist oder nicht. Auch wenn kein Eigentumsvorbehalt vereinbart worden ist, kann der Verkäufer vor der Übergabe gemäß § 10 des Kaufgesetzes (Köplag 1990 Nr. 931) in jedem Fall ein Zurückbehaltungsrecht (detentionsrätt) an der Kaufsache geltend machen. Gemäß § 52 ff. Kaufgesetz kann der Verkäufer zudem bei Verzug des Käufers oder einer anderen wesentlichen Vertragsverletzung⁶⁶ Vertragserfüllung (§ 52) verlangen, vom Vertrag zurücktreten (§ 54) oder Schadensersatz geltend machen (§ 57).⁶⁷ Nach der Übergabe der Kaufsache kann der Vorbehaltsverkäufer - ähnlich dem deutschen Recht⁶⁸ - hingegen nur noch vom Vertrag zurücktreten⁶⁹; ein Rücktritt ist nach herrschender Meinung⁷⁰ bereits in der Rücknahme der Kaufsache zu sehen.⁷¹

Beim Abzahlungskauf mit Verbrauchern (nach dem KKL) gelten hinsichtlich des Rücktrittsrechts jedoch Besonderheiten, die hier nur kurz darge-

⁶⁶ § 54 III nennt z.B. die Annahmeverweigerung des Käufers.

⁶⁷ Diese Regelungen entsprechen denen des UN-Übereinkommens über den internationalen Warenkauf von 1980 (vgl. Art. 61 ff.), welches Schweden in sein Kaufgesetz inkorporiert hat. Zur ähnlichen früheren Regelung in §§ 14, 28 Kaufgesetz vgl. Gutschke, S. 73 ff.

⁶⁸ Vgl. § 455 BGB.

⁶⁹ Vgl. Fischler/Vogel, S.136. Der "schlichte" Verkäufer hingegen kann im Gegensatz zum Vorbehaltsverkäufer lediglich auf Vertragserfüllung klagen.

⁷⁰ Almén/Neubecker, § 28 (S.468), Fn.124 m.w.N. = Almén/Eklund, § 28 (S.406), Fn.124.

⁷¹ Im Anwendungsbereich des Verbrauchercreditgesetzes (Konsumentkreditlag, 1992 Nr. 830) und des Verbraucherkaufgesetzes (Konsumentköplag, 1990 Nr.932) sind Besonderheiten zu beachten.

stellt werden sollen⁷²: der Vorbehaltsverkäufer kann gemäß §§ 25, 26 KKL sein Rücknahmerecht nur dann ausüben, wenn der Vorbehaltskäufer nach Fälligkeit der Forderung⁷³ mit mehr als 1/10 des gesamten Kaufpreises länger als einen Monat in Verzug ist.⁷⁴ Beim Abzahlungskauf zwischen Gewerbetreibenden darf die Rücknahme nach § 7 des Gesetzes über den Abzahlungskauf zwischen Gewerbetreibenden erst dann erfolgen, wenn der Vorbehaltskäufer länger als 14 Tage mit mehr als 1/10 der gesamten Forderung in Verzug ist, oder wenn er zumindest mit zwei Raten in Verzug ist, und dies mehr als 1/20 der Gesamtforderung ausmacht.

b. Rechte gegenüber Dritten

Vornehmlich geht es dem Vorbehaltsverkäufer bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts um sachenrechtlichen Schutz, d.h. um Drittschutz. Im Konkurs des Vorbehaltskäufers kann er - wie im deutschen Recht - die Aussonderung der Sache aus der Masse und Herausgabe verlangen.⁷⁵ In der Zwangsvollstreckung gegen den Vorbehaltskäufer ist die (Sach-) Pfändung der Kaufsache trotz des Eigentums des Vorbehaltsverkäufers möglich. Die Zwangsversteigerung der Kaufsache darf aber nur dann erfolgen, wenn die Restschuld des Vorbehaltsverkäufers aus dem Versteigerungserlös vollständig getilgt werden kann, oder wenn der Vorbehaltsverkäufer der Versteigerung unter

⁷² Zur alten Rechtslage bei Geltung der §§ 1 ff. avbetalningslag (Abzahlungsgesetz), vgl. Gutschke, S.77 f.; Carsten, S.112 f.

⁷³ Dazu §§ 21, 22 KKL.

⁷⁴ Siehe auch Hellner/Ramberg, S.322. Daneben müssen noch weitere Voraussetzungen gegeben sein, die hier aber nicht angesprochen werden sollen.

⁷⁵ Sogenanntes separationsrätt. Vgl. Boye, RIW 1992, 271, 272.

Vorbehalt seines Rechts zustimmt.⁷⁶ Die erteilte Zustimmung führt dazu, daß der Ersteigerer unter Übernahme sämtlicher kaufvertraglicher Rechte und Pflichten in die Rechtsstellung des ursprünglichen Vorbehaltskäufers eintritt.⁷⁷ Dem Vorbehaltsverkäufer steht also in der Zwangsvollstreckung letztlich ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung (vgl. § 805 ZPO) zu.

Gegen den gutgläubigen Erwerb der Kaufsache seitens eines Dritten ist der Vorbehaltsverkäufer hingegen nicht geschützt. Der gutgläubige⁷⁸ Dritte kann mit Übergabe⁷⁹ Eigentum an der Kaufsache erwerben.⁸⁰ Allerdings hat der Vorbehaltsverkäufer gegen den Dritten ein sogenanntes Lösungsrecht, d.h., der Vorbehaltsverkäufer kann dem Dritten die Sache wieder "abkaufen", wobei jedoch umstritten ist, ob der Vorbehaltsverkäufer dem Dritten den Marktwert der Sache oder den tatsächlich gezahlten Kaufpreis zu ersetzen hat.⁸¹ Einen Vindikationsanspruch hingegen hat der Vorbehaltsverkäufer nur gegen den bösgläubigen Erwerber.⁸²

6. Beschränkungen der Wirkungen des Eigentumsvorbehalts gegenüber Dritten

⁷⁶ Vgl. Kap. 9 § 10 Utsökningsbalk, 1981 Nr.777 = Vollstreckungsgesetz.

⁷⁷ Aus diesem Grund ist auch die Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers notwendig, da ein Schuldnerwechsel stattfindet. Vgl. zum ganzen: Håstad, Sakrätt, Kap. 11.2.1 (S.196); Gregow, Kap. 16.1 f) (S.183 f.); Rodhe, § 33 B; Carsten, S. 114 ff.

⁷⁸ Der Maßstab des guten Glaubens kann in Einzelfällen anders sein als im deutschen Recht: vgl. Hessler, RabelsZ 32 (1968), 284, 287; SOU 1965:14, S.88 ff. U.U. kann den Dritten eine Nachforschungspflicht treffen (z.B. im Gebrauchtwagenhandel): HD.: NJA 1942, 467; 1948, 152; 1951, 305; 1952, 256; 1955, 114. Vgl. auch Stumpf/Fichna, S.386.

⁷⁹ Undén, S. 147.

⁸⁰ Vgl. Art.11.4 und 12.4 Handelsbalk (HB, 1734).

⁸¹ Vgl. SOU 1965:14, S.107.

⁸² Zum Ganzen Undén, § 20 VI (S.145 ff.).

Eine ablehnende Haltung nehmen die schwedische Rechtslehre und -praxis gegenüber den Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts ein. Der Vorbehaltsverkäufer kann sich nach übereinstimmender Auffassung an Waren, über die der Vorbehaltskäufer vor Zahlung des restlichen Kaufpreises in irgendeiner Weise verfügen darf, z.B. in Form der Weiterveräußerung, Verarbeitung oder des Einbaus in ein Grundstück⁸³, das Eigentum jedenfalls dinglich⁸⁴, d.h. Dritten gegenüber, nicht wirksam vorbehalten.⁸⁵ Dies gilt selbst dann, wenn der Vorbehaltskäufer von dieser Verfügungsbefugnis gar keinen Gebrauch macht. Allein maßgeblich ist die Tatsache, daß ihm die Verfügung vereinbarungsgemäß gestattet ist.⁸⁶

a. Waren, die veräußert oder verarbeitet werden dürfen

Diese Auffassung geht bereits aus einem Urteil des Obersten Gerichtshofs aus dem Jahre 1908⁸⁷ hervor. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte ein Lieferant einem Gerber Häute in Kommission, unter dem ausdrücklich

⁸³ Siehe dazu sogleich unter V 6 c.

⁸⁴ Ob ein solcher Eigentumsvorbehalt wenigstens inter partes Geltung hat, ist umstritten. Vgl. dazu Håstad, Kap.11.2.1 (S.184, m.w.N. in Fn.73); auch Adlercreutz, FS för Rodhe, S.1,12.

⁸⁵ So die allgemeine Auffassung: HD NJA 1908,449; 1932,292; 1960,221; Urteil des HD vom 31.10.78, besprochen bei Fischler, RIW/AWD 1978,819 f.; Rodhe, § 15 B a) (S.189); Hellner/Ramberg, S.371 f.; Håstad, Sakrätt, Kap.11.2.1 (S.184 f.); Undén, § 17 B (S.102); Agell, SvJT 1965,239 ff.; Helander, Kap. VI 3.3.4 (S.649 ff.); F. Schmidt, S.194 ff.; Ramberg, S.179; Boye, RIW 1992,271,272; Gehlhoff, S.97 f. Vgl. auch SOU 1988:63, S.67 ff.

⁸⁶ Vgl. HD NJA 1908,449; 1960,221; Carsten, S.129 f.; Håstad, Sakrätt, Kap. 11.2.1 (S.184 f.).

⁸⁷ NJA 1908,449.

vereinbarten Vorbehalt des Eigentums an der Ware bis zur vollständigen Bezahlung, geliefert. Dem Gerber war es gestattet, die Häute zu verarbeiten und weiterzuveräußern. Nachdem der Gerber vor Zahlung des Kaufpreises in Konkurs gegangen war, verlangte der Lieferant Aussonderung der Häute. Der HD wies die darauf gerichtete Klage des Lieferanten ab. Die Verfügungsbefugnis des Vorbehaltskäufers stehe im Widerspruch zum Vorbehalt des Eigentums und verstoße gegen die Vorbehaltsvereinbarung. Dem Eigentumsvorbehalt könne daher keine Wirkung zukommen. Im Schrifttum wird die Ablehnung des Eigentumsvorbehalts von Waren, die zum Weiterverkauf oder zur Verarbeitung bestimmt sind, einerseits damit begründet, daß der Eigentumsvorbehalt im Hinblick auf ein (dazu widersprüchliches) Veräußerungsrecht des Vorbehaltskäufers nicht ernst gemeint sein könne⁸⁸, andererseits wird ausgeführt, daß der Vorbehaltsverkäufer im Hinblick darauf, daß die Kaufsache nicht beim Vorbehaltskäufer verbleiben soll, nicht ernsthaft vorhaben könne, sein Eigentum zu behalten, ohne einen Dritten (den Erwerber) schädigen zu wollen.⁸⁹

Ein Eigentumsvorbehalt ist also ex tunc unwirksam, wenn dem Vorbehaltskäufer das Recht eingeräumt wird, vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises über die Sache zu verfügen.

b. Im Ausland vereinbarter Eigentumsvorbehalt

Diesen Grundsatz wendet der HD auch dann an, wenn ein (verlängerter) Eigentumsvorbehalt -

⁸⁸ So Almén/Neubecker, § 28 (S.470), Fn.129 = Almén/Eklund, § 28 (S.408), Fn.129. Kritisch zu dieser Begründung F. Schmidt, S.197 f.

⁸⁹ Ramberg, S.179.

nach der international geltenden Regel der *lex rei sitae* - in einem Land wirksam vereinbart wurde, die Ware aber für den Export nach Schweden vorgesehen ist. So entschied der Oberste Gerichtshof in dem bekannten Krupp-Fall aus dem Jahre 1932⁹⁰. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte die deutsche Firma Krupp unter Zugrundelegung ihrer AGB Erntemaschinen an einen schwedischen (Zwischen-) Händler verkauft und geliefert. Die AGB sahen einen verlängerten Eigentumsvorbehalt an den Maschinen vor, d.h., daß der schwedische Vorbehaltskäufer vor vollständiger Bezahlung frei über die Maschinen verfügen und sie insbesondere weiterveräußern durfte. Nachdem der Vorbehaltskäufer in Konkurs gefallen war, verlangte die Firma Krupp Aussonderung der noch vorhandenen Maschinen. Die darauf gerichtete Klage wurde jedoch vom Obersten Gerichtshof mit Hinweis auf die Weiterveräußerungsbefugnis des Vorbehaltskäufers abgewiesen.⁹¹

Nach der international geltenden Regel der *lex rei sitae*⁹² ist solange deutsches Recht anzuwenden, wie die Ware sich in Deutschland befindet. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt müßte danach in diesem Fall zunächst als wirksam angesehen werden, da er noch vor der Versendung der Ware aus Deutschland nach deutschem Recht wirksam vereinbart worden war. Nach der *lex-rei-sitae*-Regel kommt es aber auf den jeweiligen Lageort der Sache an. Der ursprünglich vereinbarte verlängerte Eigentumsvorbehalt ist somit zwar in Deutschland wirksam gewesen, nach Verbringung der Kaufsache nach Schweden unterliegt das dingliche Recht jedoch schwedischem Recht.

⁹⁰ Abgedruckt in NJA 1932,292.

⁹¹ HD NJA 1932,292,294 f.

⁹² Auch im internationalen schwedischen Sachenrecht gilt diese Regel, vgl. Fischler, RIW/AWD 1978,819,820.

Nach Auffassung des HD könne der zunächst in Deutschland wirksam vereinbarte verlängerte Eigentumsvorbehalt nicht für Waren gelten, die zum Export nach Schweden vorgesehen waren, da ansonsten die Gleichbehandlung der Gläubiger im Konkurs und in der Einzelzwangsvollstreckung nicht mehr gewährleistet sei.⁹³ Die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung sei also nach schwedischem Recht zu beurteilen, und danach könne eben ein Eigentumsvorbehalt (sachenrechtlich) nicht wirksam vereinbart werden, wenn dem Vorbehaltskäufer das Recht zur Weiterveräußerung der Ware eingeräumt ist.

Ebenso entschied der Oberste Gerichtshof in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1978⁹⁴. Ein in Deutschland ansässiger Exporteur verkaufte und lieferte Teppiche unter verlängertem Eigentumsvorbehalt an einen schwedischen Händler. Nachdem dieser in Konkurs gefallen war, verlangte der Vorbehaltsverkäufer die Aussonderung der Teppiche. Auch dieses Verlangen wies der Oberste Gerichtshof ab. Die Ware habe sich zwar in Deutschland befunden, als der Eigentumsvorbehalt wirksam vereinbart worden war, sie habe sich aber in Schweden befunden, als der Vorbehaltsverkäufer Ansprüche gegen die Konkursmasse stellte. In einer solchen Situation sei die Frage, inwieweit der Eigentumsvorbehalt gegen die anderen Gläubiger des Vorbehaltskäufers wirksam ist, nach schwedischem Recht zu beurteilen, weshalb der verlängerte Eigentumsvorbehalt unwirksam sei.

⁹³ Vgl. Fischler/Vogel, S.196. Der deutsche Gläubiger hätte ansonsten im Gegensatz zu schwedischen Gläubigern ein Vorzugs- bzw. Aussonderungsrecht.

⁹⁴ Entscheidung des HD vom 31.10.1978, besprochen bei Fischler, RIW/AWD 1978,819 f.

Es bleibt daher festzuhalten, daß ein verlängerter Eigentumsvorbehalt in Schweden auch dann - zumindest sachenrechtlich - unwirksam ist, wenn er zuvor im Ausland wirksam vereinbart, die Kaufsache aber anschließend nach Schweden verbracht worden ist. Ein solcher Eigentumsvorbehalt schützt also weder gegen einen Konkurs oder eine Zwangsvollstreckung gegen den Vorbehaltskäufer noch vor einer Weiterveräußerung der Ware durch diesen.⁹⁵

c. Eigentumsvorbehalt an Zubehör

Auch bei Sachen, die als Zubehör anzusehen sind, ist die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts nur eingeschränkt möglich. Dabei ist zwischen Grundstücks⁹⁶- beziehungsweise Gebäudenzubehör⁹⁷ und Industriezubehör zu differenzieren.⁹⁸

Grundstückszubehör sind im wesentlichen Sachen, die einen äußeren mechanischen Zusammenhang mit dem Grundstück haben, wie z.B. Gebäude und Anlagen, die in oder über der Erde zum ständigen Gebrauch angebracht worden sind.⁹⁹ Diese Begriffsbestimmung weist also eine gewisse Übereinstimmung mit der Definition des "wesentli-

⁹⁵ Gewissen Schutz kann der Vorbehaltsverkäufer dadurch erreichen, indem er mit dem Vorbehaltskäufer ein Verfügungsverbot vereinbart, wodurch er dann auch strafrechtlichen Schutz genießt.

⁹⁶ Sog. unmittelbares Zubehör. Zur Terminologie siehe Rodhe, § 15 B a) (S.188), Fn.60; Fischler, AWD 1968,343.

⁹⁷ Sog. mittelbares Zubehör.

⁹⁸ Vgl. Fischler/Vogel, S.136; Fischler, AWD 1968,343 f.

⁹⁹ Vgl. Kap. 2 § 1 Jordabalk (JB), 1970 Nr.994. Danach ist eine Sache dann als "angebracht" zu qualifizieren, wenn sie zwar nicht fest im Boden verankert ist, durch ihr Gewicht aber fest auf ihrem Platz gehalten wird; vgl. Håstad, Sakrätt, Kap.3.1. (S.31 f.).

chen Grundstücksbestandteils" aus § 94 I 1 BGB auf.¹⁰⁰

Gebäudezubehör sind gemäß Kap. 2 § 2 JB feste Vorrichtungen sowie Gegenstände, mit denen das Gebäude versehen ist und die zum ständigen Gebrauch des Gebäudes oder eines Gebäudebestandteiles bestimmt sind. Es muß also ein nach objektiven Maßstäben zu beurteilender Zweckzusammenhang zwischen Gegenstand und Gebäude bestehen, d.h. beide müssen eine Art Einheit bilden.¹⁰¹ Beispielhaft nennt Kap.2 § 2 I JB sanitäre Anlagen, Aufzüge, Elektrizitäts- und Wasserleitungen, Heizkörper und -kessel, Markisen und Feuerlöscher.¹⁰²

Wird eine Sache Grundstücks- oder Gebäudezubehör im Sinne des Kap.2 § 1 und 2 JB, erlischt ein zuvor vereinbarter Eigentumsvorbehalt sowohl schuldrechtlich, als auch dinglich.¹⁰³ Der Eigentumsvorbehalt geht dabei nicht erst dann unter, wenn die Sache eingefügt wird, sondern wie bei der Vereinbarung einer Veräußerungsbefugnis auch hier schon dann, wenn dem Vorbehaltskäufer gestattet worden ist, die Sache einzufügen.¹⁰⁴ Der Eigentumsvorbehalt ist also auch hier unabhängig davon, ob der Vorbehaltskäufer von seinem Verfügungsrecht tatsächlich Gebrauch macht, ex tunc unwirksam.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Fischler/Vogel, S.137.

¹⁰¹ Vgl. Fischler, AWD 1968,343.

¹⁰² Weitere Beispiele bei Fischler, AWD 1968,343; Fischler/Vogel, S.137; Wenckstern, RabelsZ 52 (1988),663,671.

¹⁰³ Vgl. Kap.2 § 5 JB. Siehe auch: Håstad, Sakrätt, Kap.11.2.1 (S.184 f.); Rodhe, § 15 B a (S.188); Fischler, AWD 1968,343. Vgl. auch Wenckstern, RabelsZ 52 (1988),663,671 ff. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des JB vgl. F. Schmidt, S.166 ff.; Agell, SvJT 1965,225,230 ff.; Carsten, S.119 ff.

¹⁰⁴ Rodhe, § 15 B a (S.188). Zu ungenau Gehlhoff, S.101.

¹⁰⁵ Für Schiffszubehör enthalten §§ 3 und 5 des Seegesetzes (sjölag, 1994 Nr.1009) nahezu übereinstimmende Vorschriften.

Als Industriebehör anzusehen sind Maschinen und Ausrüstungsgegenstände, die auf ein Grundstück gebracht werden, um vornehmlich für die auf dem Grundstück ausgeübte industrielle beziehungsweise gewerbliche Tätigkeit verwendet zu werden, so z.B. für die Produktion von Waren mit maschinellen Hilfsmitteln (Kap.2 § 3 S.1 JB). Dabei kommt es weniger auf die äußere Verbindung mit dem Grundstück, als vielmehr auf den inneren Zusammenhang zwischen Betriebszweck und Ausrüstung an.¹⁰⁶ Derartige Sachen werden, sofern sie im Eigentum des Grundstückseigentümers stehen, als Industriebehör bezeichnet.

Fahrzeuge, Büroausrüstung und Handwerkszeug sind gemäß Kap.2 § 3 S.3 JB nicht als Zubehör zu qualifizieren, da es sich dabei um Sachen handelt, die einfach von einem Grundstück zu entfernen sind. Ein Eigentumsvorbehalt an diesen Gegenständen kann daher problemlos vereinbart werden.

Anders als bei Grundstücks- oder Gebäudezubehör ist ein Eigentumsvorbehalt an Sachen, die als Industriebehör zu qualifizieren sind, sowohl schuldrechtlich, als auch dinglich wirksam.¹⁰⁷ An solchen Gegenständen, die lediglich als bewegliches Vermögen zu qualifizieren sind, wenn sie nicht dem Grundstückseigentümer gehören, ist die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts möglich, und zwar auch dann, wenn die unter Vorbehalt gelieferte Sache mit dem Grundstück oder dem Betriebsgebäude fest verbunden wird.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Fischler/Vogel, S.137 f.; Fischler, AWD 1968,343.

¹⁰⁷ Kap.2 § 3 i.V.m. Kap.2 § 4 I 2 JB. Vgl. auch Håstad, Sakrätt, Kap.11.2.1 (S.182 f.); Rodhe, § 15 B a (S.188).

¹⁰⁸ Zur Abgrenzung von Gebäude- und Industriebehör vgl. HD NJA 1985,232; Fischler, AWD 1968,343,344.

Anzumerken bleibt noch, daß ein Eigentumsvorbehalt hingegen nicht wirksam ist, wenn die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sache fest mit einer anderen verbunden wird, so daß letztere als die Hauptsache anzusehen ist.¹⁰⁹ Unwirksam ist ein Eigentumsvorbehalt ferner bei Verarbeitung der Kaufsache zu einer neuen Sache, "wenn der Wert der Verarbeitung nicht erheblich hinter dem Stoffwert zurückbleibt".¹¹⁰

7. Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts

Sehr restriktiv steht das schwedische Recht den Erweiterungs- und Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts gegenüber. Da ein Eigentumsvorbehalt an Waren, die weiterveräußert oder verarbeitet werden dürfen, nicht wirksam vereinbart werden kann¹¹¹, ist damit auch die Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts nach schwedischem Recht unzulässig.¹¹²

Der sog. Kontokorrentvorbehalt¹¹³, mit dem der Vorbehaltsverkäufer den Eigentumsvorbehalt an der Kaufsache auf alle bestehenden Forderungen aus der laufenden Geschäftsverbindung erstrecken will¹¹⁴, wurde zwar früher anerkannt¹¹⁵. Seit-

¹⁰⁹ So die ständige Rechtsprechung.: HD.: NJA 1934,234; 1935,416,420; 1942,195,197; 1955,1; 1960,9. Vgl. auch Carsten, S.122 ff.

¹¹⁰ So Gutschke, RIW/AWD 1968,10,13. Vgl. auch HD.: SvJT 1925,58; 1926,84; 1946,25.

¹¹¹ Siehe dazu soeben 3. Kapitel V 6 a.

¹¹² Håstad, Sakrätt, Kap.11.2.1 (S.184 f.); Boye, RIW 1992,271,272.

¹¹³ Auch genannt "erweiterter Eigentumsvorbehalt". Zum Begriff vgl. Palandt-Putzo, § 455, Rn.18.

¹¹⁴ Wegen der Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte wird in Schweden im Anschluß an F. Schmidt, S.155, vom sog. "kopplingsförbehål" gesprochen.

¹¹⁵ Strittig war lediglich, ob er dingliche oder nur schuldrechtliche Wirkung hatte. Für dingliche Wirkung

dem das frühere Verbraucherkreditgesetz im Jahre 1977 den Kontokorrentvorbehalt zumindest für Verbraucherkreditgeschäfte abschaffte¹¹⁶, und das Gesetz über Abzahlungsgeschäfte zwischen Gewerbetreibenden im Jahre 1978 diesen nur sehr begrenzt ermöglichte¹¹⁷, lehnen Rechtsprechung und Lehre¹¹⁸ heute die Wirksamkeit eines Kontokorrentvorbehalts allgemein ab, da anderenfalls eine Möglichkeit geschaffen wäre, Ansprüche aus anderen Rechtsgeschäften abzusichern, die mit der ursprünglichen Kaufpreisforderung in keinerlei unmittelbarem Zusammenhang stehen.

8. Zusammenfassung

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß das schwedische Recht den Eigentumsvorbehalt wesentlich restriktiver behandelt als das deutsche.¹¹⁹ Insbesondere im Bereich der Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts zeigt sich die einschränkende Haltung, da bereits der Eigentumsvorbehalt in diesen Fällen regelmäßig

die Rechtsprechung: HD.: NJA 1944,184,188 f.; 1948,152. Für schuldrechtliche Wirkung: Eklund-Nordström, § 8, Anm.6,7 (S.79 ff.). Kritisch F. Schmidt, S.154 ff., insbesondere S.160.

¹¹⁶ Das früher geltende Abzahlungsgesetz (avbetalningslagen) sah in § 8 I keine eindeutige Regelung vor.

¹¹⁷ Vgl. insbesondere § 6 I des Gesetzes (lag om avbetalning mellan näringsidkare, 1978 Nr.599). Vgl dazu Rodhe, § 15 B a) (S.187); Håstad, Sakrätt, Kap.11.2.1 (S.192). Zwischen Kaufleuten ist es zulässig, den Eigentumsvorbehalt auf Nebenforderungen zu erstrecken, und dies auch nur, soweit es um Forderungen aus Reparaturen oder sonstige Aufwendungen an der Vorbehaltsware geht (§ 6 II des Gesetzes über Abzahlungsgeschäfte zwischen Gewerbetreibenden). Zur entsprechenden Klausel vgl. Gehlhoff, S.105.

¹¹⁸ Vgl. HD.: NJA 1966,350; 1972,451; 1975,198; Håstad, Sakrätt, Kap.11.2.1 (S.191 f.); Hellner/Ramberg, S.321; F. Schmidt, S.160; Agell, SvJT 1965,225,230; Karlgren, Sondervotum zur Entscheidung NJA 1958,577,583. Vgl. auch SOU 1988:63, S.70.

¹¹⁹ So auch Carsten, S.129. Mehr die Gemeinsamkeiten betonend Gutschke, S.162 ff.; ders., RIW/AWD 1968,10,14.

sachenrechtlich unwirksam ist. Daher findet der Eigentumsvorbehalt zwischen Kaufleuten zwecks Absicherung von Warenlieferungen nur selten Verwendung.¹²⁰

9. Vergleich mit dem deutschen und englischen Recht

Bereits durch die fehlende allgemeine gesetzliche Regelung unterscheidet sich der Eigentumsvorbehalt nach schwedischem von demjenigen deutschen Rechts. Dennoch ist er im schwedischen Recht ebenso anerkannt. Ein wesentlicher Unterschied besteht nach schwedischem Recht darin, daß der Eigentumsvorbehalt auch an unbeweglichen Sachen (z.B. Grundstücken) vereinbart werden kann, während eine bedingte Übereignung nach deutschem Recht nur an Mobilien möglich ist.¹²¹ Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt darin, daß nach schwedischem Recht der Vorbehaltverkäufer einem Dritten, der die Vorbehaltsware möglicherweise gutgläubig erworben hat, quasi wieder abkaufen kann (sog. Lösungsrecht). Ein solches Recht gibt es in Deutschland nicht; der gutgläubige Erwerber wird uneingeschränkter Eigentümer der erworbenen Sache (§ 932 I BGB).¹²²

Ferner unterscheidet sich das schwedische Recht darin, daß bereits ein Eigentumsvorbehalt an Waren, über die der Vorbehaltskäufer verfügen darf, - ex tunc - unwirksam ist. Dies betrifft Waren, die der Vorbehaltskäufer veräußern, verarbeiten oder aber in ein Grundstück oder Gebäude (als Zubehör) einfügen darf. Eine Ausnahme gilt lediglich bei Industriezubehör, welches

¹²⁰ Vgl. auch Fischler/Vogel, S.136.

¹²¹ Palandt-Putzo, § 455, Rn.4.

¹²² Palandt-Bassenge, § 932, Rn.16.

in ein Grundstück eingebracht wird. Doch ist auch dort der Eigentumsvorbehalt unwirksam, wenn es fest mit einer anderen Sache verbunden wird, und die hinzugefügte Sache als Hauptsache anzusehen ist.

Bei den Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts gibt es kaum Vergleichsmöglichkeiten, da sowohl der Kontokorrent-, als auch der verlängerte Eigentumsvorbehalt aus vorerwähnten Gründen jedenfalls sachenrechtlich nicht wirksam vereinbart werden können. Bemerkenswert ist dabei, daß der Eigentumsvorbehalt schon mit der Vereinbarung eines solchen Veräußerungs-, Verarbeitungs- oder Verbindungsrechts unwirksam ist und nicht erst mit der Ausübung eines solchen. Darin liegt ein Unterschied des schwedischen zum englischen Recht, wo der vereinbarte Eigentumsvorbehalt wenigstens bis zur Weiterverarbeitung oder -veräußerung wirksam bleibt. Ein weiterer Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsordnungen besteht darin, daß der verlängerte Eigentumsvorbehalt in England wenigstens durch Eintragung wirksam vereinbart werden kann. Auffallend ist, daß die Begründungen, mit denen die Wirkungen der Verlängerungsformen abgelehnt werden, sich in den beiden untersuchten Rechtsordnungen ähneln. Sowohl in England als auch in Schweden wird davon ausgegangen, daß ein solcher Eigentumsvorbehalt nicht ernst gemeint sein könne, weil der Vorbehalt des Eigentums mit einer gleichzeitig dem Käufer eingeräumten Verfügungsbefugnis unvereinbar sei.

VI. Ergebnis

Wegen der Schwierigkeiten bei der Vereinbarung einer Sicherungsabtretung und wegen der im Re-

gelfall vereinbarten Unternehmenshypothek¹²³, werden Sicherungsabtretungen in Schweden kaum vereinbart. Dies gilt insbesondere für Vorausabtretungen, z.B. in Form der Globalzession¹²⁴, welche in Schweden niemals vereinbart wird. Zum einen ist zweifelhaft, ob Vorausabtretungen in Schweden überhaupt (sachenrechtlich) wirksam vereinbart werden können, denn die Zession wird erst durch Anzeige an den Drittschuldner sachenrechtlich wirksam, und der Drittschuldner einer vorausgedienten Forderung ist eben im Zeitpunkt der Abtretung in der Regel unbekannt.¹²⁵ Zum anderen nimmt die schwedische Rechtspraxis insbesondere aufgrund dieses Hindernisses von der Vereinbarung von Vorausbeziehungsweise Globalzessionen Abstand, da der Zessionar zur Erreichung eines gewissen Maßes an Sicherheit dazu gezwungen wäre, sich fortlaufend über neu hinzugekommene Drittschuldnerforderungen zu informieren. Aus diesem Grunde sind höchstrichterliche Entscheidungen zum Recht der Globalzession bislang nicht ersichtlich.

Die in Deutschland vieldiskutierte Konkurrenz zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession existiert im schwedischen Recht somit aus zweierlei Gründen nicht: zum einen kann ein verlängerter Eigentumsvorbehalt sachenrechtlich nicht wirksam vereinbart werden. Zum anderen ist auch die Vereinbarung einer Globalzession, soweit sie rechtlich überhaupt möglich sein sollte, derart unüblich und unpraktikabel, daß sie im schwedischen Recht je-

¹²³ Siehe dazu sogleich 3. Kapitel VII.

¹²⁴ Vorausabtretungen in Form von verlängerten Eigentumsvorbehalten können bereits aus anderen Gründen nicht vereinbart werden. Dazu siehe oben 3. Kapitel V 6.

¹²⁵ Aus diesem Grund verneint Drobnig, S.72, die Möglichkeit von Vorauszessionen in romanischen Ländern. Dies dürfte auch für das schwedische Recht gelten.

denfalls faktisch nicht existiert. Das schwedische Recht räumt eine Konkurrenz zwischen diesen beiden publizitätslosen Sicherungsrechten also bereits dadurch aus dem Weg, daß es ihnen die Wirksamkeit versagt.

Dieses Ziel, derartige Konkurrenzen zu vermeiden, erklärt auch, daß die Vereinbarung publizitätsloser Sicherungsrechte auch in anderen Bereichen des schwedischen Kreditsicherungsrechts entweder gar nicht oder allenfalls nur sehr eingeschränkt möglich ist. So wird entweder eine Registereintragung verlangt, wie z.B. bei der Unternehmenshypothek, oder ein hohes Maß an Publizität, wie z.B. beim sog. Sicherungskauf (lösöreköp)¹²⁶, bei dem Schriftform, die Hinzuziehung zweier Zeugen, die Bekanntmachung in einer lokalen Zeitung am Wohnort des Verkäufers¹²⁷, die Vorlage des Vertrages bei der Vollstreckungsbehörde sowie die Eintragung des Vertrages in ein amtsgerichtliches Protokoll erforderlich sind. Insbesondere das Beispiel des sogenannten Sicherungskaufes verdeutlicht, wie hoch Publizitätsvorschriften in Schweden eingestuft werden.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß in Schweden die Nichtzulassung publizitätsloser Sicherungsrechte den Ausweg aus einer möglichen Konkurrenz derartiger Rechte bildet.

¹²⁶ Die wörtliche Übersetzung lautet Fahrniskauf. Dieses Rechtsinstitut ähnelt der deutschen Sicherungsübereignung und ist geregelt im Gesetz über den Handel mit Fahrnis, die der Käufer in der Obhut des Verkäufers beläßt (lösöreköpslagen, 1845 Nr.50 S.1); dazu bereits oben 3. Kapitel II. Zur Rechtsentwicklung vgl. Göranson, Kap. 12, S.313 ff.; Håstad, Sakrätt, Kap.11.3.2 (S.213 f). Zum Sicherungskauf vgl. Helander, Kap. V 4.3.1 (S.565 ff.); Carsten, S.51 ff.

¹²⁷ Früher war stattdessen die Bekanntmachung in Form eines öffentlichen Anschlags erforderlich, vgl. Helander, Kap. V 4.3.1. (S.570).

Kommt es jedoch bei eingetragenen Sicherungsrechten zu einer Konkurrenz, so genießt auf Grund des Prioritätsprinzips dasjenige Recht Vorrang, welches zuerst wirksam entstanden ist.

VII. Unternehmenshypothek als alternatives Kreditsicherungsmittel

1. Allgemeines

Statt der Sicherungszession wird aus den oben in Abschnitt IV geschilderten Gründen im Regelfall das Institut der sogenannten Unternehmenshypothek (företagshypothek)¹²⁸ vereinbart, um Sicherheiten an Forderungen zu bestellen. Die Unternehmenshypothek ist ein besitzloses, hypothekarischeres Sicherungsrecht¹²⁹, welches nur am Fahrnisvermögen (lös egendom)¹³⁰ eines Unternehmens¹³¹, zu dem auch dessen Forderungen gehö-

¹²⁸ Vormalig auch förlagsinteckning und företagsinteckning - vgl. dazu Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 666 f. Auch die Vereinbarung eines (vertraglichen) Pfandrechts an einer Forderung ist möglich (siehe dazu oben 3. Kapitel III).

¹²⁹ Johansson, S. 26.

¹³⁰ An unbeweglichem Vermögen (fast egendom), welches im JB geregelt ist, kann nur ein Grundpfandrecht bestellt werden. Dadurch sollen Konkurrenzen zwischen Immobilial- und Mobiliarkreditsicherheiten ausgeschlossen werden. Zur begrifflichen Bestimmung des fast egendom vgl. Kap. 1 und 2 JB sowie die Ausführungen bei Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 669 ff.

¹³¹ Dazu gehört nur das dem Gewerbetreibenden gehörende Vermögen - vgl. Kap. 2 § 1 I FHL. Nicht betroffen von der Hypothekenhaftung sind nach Kap. 2 § 1 II FHL z.B. auch Bankguthaben, Bargeld sowie Sachen, die durch Eintragung in ein Register verpfändet werden können (so z.B. Flugzeuge und Schiffe), obgleich auch diese zum lös egendom zählen. Vgl. dazu Walin, FS für Welamson, S. 487 ff.; Håstad 12.4.4. (S. 357 ff.), Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 675 f. Auch das Privatvermögen des Gewerbetreibenden wird von der Unternehmenshypothek nicht erfasst, vgl. Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 673 f. Liquide Mittel wie Bankguthaben und Bargeld sind im Regelfall als Sicherungsgut einer Unternehmenshypothek aber auch ver-

ren¹³², bestellt werden kann¹³³. Sie ist gesetzlich geregelt im Gesetz über die Unternehmenshypothek (Lag om företagshypothek = FHL).¹³⁴ Die Unternehmenshypothek kann von einem Gewerbetreibenden als Sicherung für eine Geldforderung bestellt werden¹³⁵, und sie umfaßt im allgemeinen das gesamte¹³⁶ gewerbliche Vermögen des Gewerbetreibenden in Schweden¹³⁷ (Kap.3 § 1 I FHL). In der Regel werden sich Banken und Sparkassen, aber auch Lieferanten zwecks Absicherung von Warenkrediten und auch Privatpersonen der Unternehmenshypothek bedienen. Verfahrenstechnisch wird die Unternehmenshypothek wie ein Immobiliarpfandrecht bestellt.¹³⁸ Publiziert wird sie durch Eintragung der Belastung bei der zentralen Registerbehörde in Malmö. Bei mehre-

zichtbar, da sie im Verwertungsfall ohnehin bereits aufgebraucht sein dürften.

¹³² Vgl. Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 672 f. Früher (vor Inkrafttreten des FHL im Jahre 1986) waren nicht alle Forderungen erfaßt, so z.B. Darlehensforderungen. Vgl. dazu Håstad, JT 1989-90, 632, 638; Fischer/Vogel, S.132.

¹³³ Vgl. Kap. 2 § 1 I FHL. Zum durch Unternehmenshypothek verpfändbaren beweglichen Vermögen zählen neben Forderungen auch bewegliche Sachen, Gebäude und Anlagen auf fremdem Grund, Wertpapiere, Gesellschaftsanteile, Immaterialgüterrechte sowie der Goodwill eines Unternehmens. Vgl. ausführlich Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 672 f. Siehe auch Johansson, S. 26; Håstad 12.4.4. (S.356); SOU 1988:76, S.77 f.

¹³⁴ 1984 Nr. 649. Dieses Gesetz ist seit dem 01.01.1986 in Kraft. Eine deutsche Übersetzung des Gesetzes ist bei Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 729 ff., abgedruckt. Zu den Vorarbeiten vgl. SOU 1981:76, S.45 ff.

¹³⁵ Vgl. Kap. 1 § 2 FHL. Auch derjenige, der erst plant, einen Gewerbebetrieb zu errichten, kann gemäß Kap. 1 § 4 III FHL eine Unternehmenshypothek bestellen, um die Existenzgründung zu erleichtern.

¹³⁶ Es ist aber auch möglich, die Unternehmenshypothek vertraglich auf ein bestimmtes Gewerbe einzuschränken, Kap. 3 § 1 II 1 FHL.

¹³⁷ Zur Problematik im Ausland befindlicher Vermögensgegenstände, die von ausländischen Gewerbebetrieben eines schwedischen Gewerbetreibenden zu unterscheiden sind, vgl. Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 674 f.

¹³⁸ Vgl. Johansson, S.26 f.; Håstad, Sakrätt, Kap.12.4.2 (S.345). Ausführlich dazu Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 678 ff.

ren Unternehmenshypothen am gleichen Vermögen gilt das Prioritätsprinzip.¹³⁹

2. Rechtsfolgen

Der Sicherungsgeber darf auch noch nach Bestellung einer Unternehmenshypothek über die belasteten Vermögensbestandteile verfügen, d.h. er darf sie verkaufen, mit anderen Sicherungsrechten belasten oder gar in sein Privatvermögen oder einen unbelasteten Betrieb übertragen. Auch hat er weiterhin die Möglichkeit, den gesamten Gewerbebetrieb zu veräußern oder stillzulegen.¹⁴⁰

Der Sicherungsnehmer kann erst dann aus der Unternehmenshypothek seine Befriedigung verlangen, wenn der gesicherte Kredit zur Rückzahlung fällig ist¹⁴¹, Dritte die Zwangsvollstreckung in belastete Vermögenswerte durchführen¹⁴², oder der Sicherungsgeber in Konkurs gegangen ist.¹⁴³ Allerdings hat der Sicherungsnehmer das Recht, vorfällige Befriedigung aus den belasteten Vermögenswerten zu verlangen, wenn sich der Wert der Sicherheit erheblich verringert¹⁴⁴, oder

¹³⁹ Ausführlich zur Unternehmenshypothek vgl. Pettersson, S.1 ff.

¹⁴⁰ Vgl. Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 685 m.w.N. Freilich wird die Vergütungsforderung aus dem Verkauf des Gewerbebetriebs von der Unternehmenshypothek erfasst, allerdings nur hinsichtlich derjenigen verkauften Vermögenswerte, die schon bei der Veräußerung von der Hypothek erfasst wurden, Kap. 2 § 2 FHL.

¹⁴¹ Zum Verwertungsverfahren siehe Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 686 f.

¹⁴² Eine Ausnahme gilt dann, wenn die von der Pfändung des Dritten nicht erfassten Vermögensgegenstände zur Befriedigung des Sicherungsnehmers noch ausreichen, vgl. Kap. 8 § 13 II UB.

¹⁴³ Vgl. dazu auch Kap. 5 § 1 II KL.

¹⁴⁴ Das ist z.B. dann der Fall, wenn größere Teile des Inventars des Gewerbebetriebs ohne Ausgleich verkauft oder Kundenforderungen, z.B. im Rahmen des Factoring,

wenn, wie üblicherweise der Fall, das Recht auf vorzeitige Befriedigung für bestimmte Fälle vertraglich vorgesehen ist.¹⁴⁵

Die Unternehmenshypothek erlischt mit dem Verkauf des belasteten Vermögensgegenstands an Dritte, und zwar selbst dann, wenn diese von der Belastung wußten. Gegenüber Erwerbfern von belasteten Vermögensgütern des Gewerbetreibenden hat der Sicherungsnehmer - wie schon beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen¹⁴⁶ - lediglich ein Lösungsrecht.¹⁴⁷ Mit dieser Regelung soll die freie Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers über die belasteten Vermögensgegenstände gesichert werden.¹⁴⁸ Eine Ausnahme stellt insofern die Sicherungsübereignung von Sachen, die mit einer Unternehmenshypothek belastet sind, dar. Die Rechte des Sicherungseigentümers gehen nur dann vor, wenn er die zur Sicherheit übereignete Sache in Besitz hat, oder die Sicherungsübereignung formwirksam bereits mehr als dreißig Tage bestanden hat, bevor die Eintragung der Unternehmenshypothek beantragt wurde.¹⁴⁹

3. Verhältnis und Rang der Unternehmenshypothek zu anderen Sicherungsrechten

Bereits die Systematik des schwedischen Kreditsicherungsrechts läßt Kollisionslagen selten entstehen. So kann eine Konkurrenz z.B. zu Sicherungsrechten an unbeweglichen Sachen, wie z.B. dem Grundpfandrecht, nicht entstehen, da

verpfändet oder veräußert werden. Vgl. Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 685.

¹⁴⁵ Vgl. Kap. 2 § 7 FHL.

¹⁴⁶ Siehe dazu bereits oben 3. Kapitel V 5 b.

¹⁴⁷ Vgl. Kap. 2 §§ 3, 4 FHL.

¹⁴⁸ Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 687.

¹⁴⁹ Vgl. auch Kap. 2 § 4 II FHL. Siehe auch Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 689.

diese von der Unternehmenshypothek nicht erfasst werden können.¹⁵⁰ Darüberhinaus sind auch einige bewegliche Sachen ausdrücklich von der Unternehmenshypothek ausgenommen.¹⁵¹ Konkurrenzsituationen zu Sicherungsrechten an sonstigem beweglichen Vermögen spielen in der Praxis kaum eine Rolle.¹⁵²

Dennoch sind Konkurrenzsituationen grundsätzlich möglich. Teilweise werden diese durch das Förmånsrättslag¹⁵³ gelöst. So gehen gemäß §§ 5 I, 9 I FRL das Vermieter- und das Verpächterpfandrecht der Unternehmenshypothek vor, allerdings zeitlich nur auf drei Monatsmieten beziehungsweise eine Jahrespacht¹⁵⁴ sowie auf diejenigen Sachen begrenzt, die sich auf dem vermieteten oder verpachteten Gelände befinden.¹⁵⁵

Die Konkurrenz mehrerer Unternehmenshypotheken am gleichen Vermögen wird durch das Prioritätsprinzip gelöst.¹⁵⁶ Da der Sicherungsgeber trotz der Unternehmenshypothek weiterhin die Möglichkeit hat, über das belastete Vermögen zu verfügen¹⁵⁷, kann er Dritten vorrangige Faustpfandrechte einräumen.¹⁵⁸ Dieses ist allerdings kaum von praktischer Bedeutung, da der Sicherungsgeber auf den Besitz des belasteten Vermögens in der Regel angewiesen sein wird.¹⁵⁹ Da eine Unternehmenshypothek nur an eigenem

¹⁵⁰ Siehe dazu soeben oben.

¹⁵¹ Siehe dazu soeben oben.

¹⁵² Vgl. dazu Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 687 f.

¹⁵³ (1970 Nr. 979 = FRL); Gesetz über das Vorzugsrecht.

¹⁵⁴ § 5 I Nr. 1 FRL.

¹⁵⁵ Vgl. §§ 5 II FRL. Auch Kommissionäre haben gegenüber der Unternehmenshypothek gemäß §§ 4 Nr. 2, 5 I Nr. 2, 9 I FRL ein Vorzugsrecht.

¹⁵⁶ Dabei kommt es auf den Zeitpunkt des Eingangs des Antrags auf Eintragung der Unternehmenshypothek bei der Registerbehörde an, vgl. Kap. 3 § 4 FHL.

¹⁵⁷ Siehe dazu soeben oben.

¹⁵⁸ Das sehen auch §§ 4 Nr. 2, 5 I Nr. 2, 9 I FRL vor.

¹⁵⁹ Siehe auch Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 688.

Vermögen eingeräumt werden kann, geht der Eigentumsvorbehalt eines Warenlieferanten der Unternehmenshypothek vor.¹⁶⁰ Dieses gilt allerdings nicht für den erweiterten und verlängerten Eigentumsvorbehalt, da bereits dessen Vereinbarung unwirksam ist¹⁶¹, eine Konkurrenzsituation also schon deshalb nicht entstehen kann.

Die Konkurrenzsituation gegenüber der Einzelzwangsvollstreckung ungesicherter Gläubiger in das belastete Vermögen wird durch das Prioritätsprinzip gelöst, d.h. die Unternehmenshypothek genießt Vorrang, wenn deren Eintragung vor der Vollstreckungsmaßnahme beantragt wurde. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn der gepfändete Gegenstand zur Sicherung des Unternehmenshypothekars nicht notwendig ist, weil diesem ausreichend andere Vermögenswerte zur Sicherung seines Kredits zur Verfügung stehen.¹⁶² Trotz seiner Priorität gegenüber pfändenden Drittgläubigern kann der Sicherungsnehmer jedoch die Zwangsvollstreckung in belastete Gegenstände nicht abwenden.¹⁶³ Ihm steht lediglich bei der Verwertung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zu.¹⁶⁴

Im Konkurs des belasteten Gewerbebetriebs gewährt die Unternehmenshypothek dem Sicherungs-

¹⁶⁰ Vgl. auch Kap. 9 § 10 i.V.m. Kap. 4 § 17, Kap. 5 § 5 UB.

¹⁶¹ Sie dazu bereits oben 3. Kapitel V 6. Zur möglichen Konkurrenz bei Industriezubehör siehe oben 3. Kapitel V 6 c. sowie Wenckstern, *RabelsZ* 52 (1988), 663, 671 f., 689.

¹⁶² Vgl. Kap. 8 § 13 II 1 UB. Zur Begründung dieser Vorschrift siehe Wenckstern, *RabelsZ* 52 (1988), 663, 692 f.

¹⁶³ Kap. 8 § 13 I UB. Lediglich durch Befriedigung des pfändenden Drittgläubigers kann der Sicherungsnehmer Pfändung und anschließende Verwertung abwenden.

¹⁶⁴ Diese Regelung entspricht in etwa § 805 ZPO. Vgl. dazu Johansson, S.29; Wenckstern, *RabelsZ* 52 (1988), 663, 692.

nehmer weder ein Aussonderungs- noch ein Absonderungsrecht, "sondern nur ein begrenztes dingliches Konkursvorrecht mittleren Ranges".¹⁶⁵ Bei sofortiger Liquidation¹⁶⁶ wird der Sicherungsnehmer aus dem Verwertungserlös des Sicherungsguts befriedigt. Vorrang genießen aber Konkurskosten¹⁶⁷ sowie Masseschulden gegenüber Dritten aus der Verwaltung und Veräußerung von Sicherungsgut.¹⁶⁸ Erst danach rangieren alle besonderen Vorzugsrechte unter Einschluß der Unternehmenshypothek, wobei aber vorrangig Vorzugsrechte wie z.B. das Vermieter- und Verpächterpfandrecht¹⁶⁹ zu berücksichtigen sind. Andere Forderungen an die Masse werden erst danach berücksichtigt.¹⁷⁰

4. Ergebnis

Aus der soeben dargestellten Struktur der Unternehmenshypothek ist ersichtlich, daß diese vorrangig als Sicherheit für Banken attraktiv ist. Sie hat dementsprechend auch eine große wirtschaftliche Bedeutung und ist nach dem Grundpfandrecht das wichtigste sachenrechtliche Kreditsicherungsmittel, da sie Betriebsvermögen umfassend als Sicherheit bieten kann. Wenn sie auch für Warenlieferanten in der Regel nicht zur Absicherung von Lieferantenkrediten in Frage kommt¹⁷¹, kann sie auch dort aufgrund ihrer

¹⁶⁵ So Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 722.

¹⁶⁶ Wird der Betrieb befristet fortgeführt, weil dies zweckdienlich ist (Kap. 8 § 2 S. 1 KL), oder wird er als Einheit verkauft, gelten abweichende Grundsätze. Dazu siehe Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 696 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Kap. 11 § 1, Kap. 14 § 2 KL.

¹⁶⁸ Vgl. Kap. 11 § 1, Kap. 14 § 2, Kap. 14 § 18 KL.

¹⁶⁹ Vgl. § 5 FRL.

¹⁷⁰ Vgl. dazu Wenckstern, RabelsZ 52 (1988), 663, 694 ff.

¹⁷¹ Weil sich zumeist schon Banken eine erstrangige Unternehmenshypothek haben einräumen lassen.

hohen Verkehrsfähigkeit grundsätzlich als Sicherheit eingeräumt werden.

5. Vergleich mit dem englischen Recht

Zwischen den Unternehmenshypothen nach englischem und schwedischem Recht gibt es weitgehende Übereinstimmungen. Beträchtliche Unterschiede bestehen freilich bei der gesetzlichen Kodifizierung sowie der Haftungsmasse.

Während in England sämtliche Aktiva eines Unternehmens, darunter auch Immobilien, erfasst werden, kann eine Unternehmenshypothek in Schweden nur an beweglichen Sachen, und dies auch nur mit kleineren Ausnahmen, bestellt werden. In England ist die "floating charge" lediglich in Teilbereichen gesetzlich geregelt, während es in Schweden ein spezielles Gesetz für die Unternehmenshypothek gibt, und es ergänzende Regelungen noch in anderen Gesetzen gibt.

Die schwedische Unternehmenshypothek unterscheidet sich zudem durch ihren besseren Rang im Verhältnis zu anderen Kreditsicherungs- und Gläubigerrechten. Darüberhinaus hat der englische Sicherungsnehmer im Gegensatz zum schwedischen kein Lösungsrecht.

Im übrigen bestehen weitgehende Gemeinsamkeiten. Die Eintragung in ein Register ist in beiden Ländern Wirksamkeitsvoraussetzung. In beiden Rechtsordnungen ist der Sicherungsfall an den Eintritt bestimmter Ereignisse (z.B. Fälligkeit/Verzug, Zwangsvollstreckung/Liquidation des Sicherungsvermögens) geknüpft, während der

Sicherungsgeber vor deren Eintritt freie Verfügungsbefugnis über die Haftungsmasse besitzt.

In beiden Rechtsordnungen gehen Vermieterpfandrechte sowie der Eigentumsvorbehalt eines Dritten vor. Später bestellte Unternehmenshypothesen sind grundsätzlich nachrangig, wobei allerdings in England der Zeitpunkt der Vertragsabrede für die Priorität maßgebend ist, sofern die Unternehmenshypothek fristgerecht registriert wird, während in Schweden der Antrag auf Eintragung bei der Registerbehörde entscheidend ist.

Schlußbetrachtung

Wie die Darstellung aufzeigt, bestehen zwischen den hier untersuchten Rechtsordnungen nicht unerhebliche Unterschiede im Bereich vertraglich vereinbarter Kreditsicherungsrechte. Dies gilt insbesondere bei Sicherungszessionen, Eigentumsvorbehalten und Unternehmenshypotheken im Hinblick auf ihre Publizität. Teilweise ist die Möglichkeit, derartige Rechte zu vereinbaren, gar nicht gegeben, so der verlängerte Eigentumsvorbehalt in Schweden, andererseits ist teilweise deren Eintragung in ein Register erforderlich. Die hier untersuchten Rechtsordnungen legen also mehr Wert auf Publizität als das deutsche Recht. So bedürfen verlängerte Eigentumsvorbehalte, Globalzessionen und Unternehmenshypotheken in England der Eintragung in ein Register. Gleiches gilt für die Unternehmenshypothek in Schweden. Die Unterschiede sind unter anderem im grenzüberschreitenden Handelsverkehr nicht ganz bedeutungslos, da in Deutschland wirksam vereinbarten Kreditsicherungsrechten die Anerkennung in den hier untersuchten Rechtsordnungen nach den dortigen Regeln des internationalen Privatrechts teilweise verwehrt wird.

Ob daraus Schlußfolgerungen für das deutsche Recht gezogen werden können, bleibt fraglich, denn das deutsche Recht kennt Eintragungen von Kreditsicherungsrechten lediglich im Immobiliarsachenrecht.

Dennoch wäre es wünschenswert, das deutsche Kreditsicherungsrecht zu überdenken. So wäre das Institut der Unternehmenshypothek durchaus auch für den deutschen Rechtskreis geeignet und gerade im Hinblick auf seine umfassende Siche-

rungsmasse auch wünschenswert. Denn nach derzeitiger Gesetzeslage können sämtliche Aktiva eines Unternehmens nur durch umständliche Kombinationen von Grundpfandrechten, Sicherungsübereignungen und -zessionen gesichert werden. Dabei bestünde dann noch die Gefahr der Sittenwidrigkeit einer solchen Vereinbarung gemäß § 138 BGB wegen eines Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung.¹

Bei alledem sollte man sich jedoch dessen bewußt sein, daß das Institut der Unternehmenshypothek kaum dazu geeignet sein dürfte, die Anzahl masseloser Konkurse beziehungsweise Insolvenzen zu verringern. Denn letztlich werden ungesicherte Gläubiger hinter dem Unternehmenshypothekar rangieren. Darüberhinaus eignet sich die Unternehmenshypothek - ähnlich der Globalzession - vorwiegend zur Absicherung von Geldkrediten, die Sicherung von Warenkreditgebern wird also eher erschwert. Die Unternehmenshypothek kann also vorwiegend den Zweck haben, den Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, ihre Aktiva als Ganzes bei der Kreditsicherung anbieten zu können, wodurch eine bessere Kreditversorgung erreicht werden könnte. Mit diesem unter Umständen höheren Kreditvolumen können dann auch Warenlieferungen schnell bezahlt werden.

Letztlich ermöglicht die Unternehmenshypothek es aber dem ungesicherten Gläubiger, nicht ausschließlich auf die persönliche Kreditwürdigkeit des Schuldners zu vertrauen, sondern er hat die Möglichkeit, anhand eines Registers die Bonität des Schuldners zumindest zu einem Teil zu überprüfen und nicht plötzlich zusehen zu

¹ Bis zur Einführung des neuen Insolvenzrechts zum 1.1.1999 bestand ferner die Gefahr der Haftung gemäß § 419 BGB.

müssen, wie möglicherweise das gesamte Schuldnervermögen von einer publizitätslosen Globalzession aufgezehrt wird. Er kann sich also zuvor wenigstens über vorrangige Gläubigerrechte informieren.

Auf der anderen Seite sollten Überlegungen angestellt werden, die deutschen Kreditsicherungsrechte teilweise einem gewissen Maß an Publizitätserfordernissen zu unterwerfen. Schließlich zeigen sowohl die englische als auch die schwedische Wirtschaft, daß ökonomischer Wettbewerb auch ohne publizitätslose Kreditsicherungsmittel funktionieren kann. Darüberhinaus zeigt insbesondere das schwedische Kreditsicherungsrecht, daß bei entsprechender Regelung des gesamten Kreditsicherungswesens die Gefahr möglicher Kollisionen bereits von Gesetzes wegen weitgehend ausgeschlossen werden kann. In einem Eintragungssystem lassen sich Kollisionen zwar nicht völlig ausschließen, jedoch ergeben sich die Rangverhältnisse eindeutig und jedermann ersichtlich aus dem Register; langwierige und kostspielige Prozesse um den Vorrang einer Sicherheit lassen sich dadurch vermeiden.

Im Hinblick auf die Konkurrenz von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession wäre insbesondere an eine Einschränkung der publizitätslosen Möglichkeit der Vereinbarung von Globalzessionen de lege ferenda zu denken. Dem verlängerten Eigentumsvorbehalt grundsätzlich den Vorzug einzuräumen, läßt sich nach derzeitiger Gesetzeslage jedenfalls nicht begründen. Aus ökonomischer Sicht dürfte für den Vorzug des verlängerten Eigentumsvorbehalts die Tatsache sprechen, daß der Warenlieferant dem Käufer letztlich den Sachwert mit seiner Lieferung

verschafft, den der Käufer bei Weiterveräußerung gegen die Forderungen aus dem Weiterverkauf eintauscht. Die Lieferanten opfern also beim Weiterverkauf ihr Vorbehaltseigentum, sie stehen der Drittschuldnerforderung aus dem Weiterverkauf in gewisser Weise also näher als der Globalzessionar. Im übrigen ist nicht einzusehen, warum der Warenlieferant durch den Weiterverkauf der Ware jegliche Sicherheit verlieren sollte, hätte er doch anderenfalls zumindest noch das Eigentum an der Ware. Dieser Sachzusammenhang, den auch die Rechtsprechung erkannt hat, indem sie dingliche Teilverzichtsklauseln für Globalzessionen fordert, sowie die Tatsache, daß die Globalzession ein relativ weitgehendes Kreditsicherungsmittel ist, kann zum Anlaß genommen werden, Publizitätsanforderungen, z.B. in Form einer Registereintragung, an die Globalzession zu stellen. So hätte jeder Lieferant, wie auch sonstige ungesicherte Gläubiger, zuvor die Möglichkeit, sich über etwaigen Forderungsausfall zu informieren. Darüberhinaus sprechen für die Eintragung nur der Globalzession auch praktische Erwägungen. Die Globalzession wird in der Regel zur Absicherung eines Kredits für einen längeren Zeitraum eingeräumt, während verlängerte Eigentumsvorbehalte nur einmalige Lieferungen betreffen. Deren Eintragung wäre im Hinblick auf einen möglichst unkomplizierten Wirtschaftskreislauf eher unzumutbar. Die Schaffung einer derartigen Publizität für Globalzessionen würde im übrigen im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage auf gesetzlicher Grundlage fußen. Darüberhinaus könnte sie den jetzigen Zustand, wonach eine Globalzession als Ganzes nichtig ist, wenn sie die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt, beenden.

Es bleibt somit festzuhalten, daß die Schaffung der Unternehmenshypothek für die deutsche Rechtsordnung durchaus wünschenswert ist. Globalzessionen sollten zur Vermeidung von Konkurrenzsituationen in ein Register eingetragen werden. Die untersuchten Rechtsordnungen zeigen auf, daß durch derartige Regelungen Konkurrenzsituationen im Kreditsicherungsrecht, insbesondere zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession, nahezu ausgeschlossen werden. Darüberhinaus kämen gesetzliche Regelungen über Rangfolgen im Kreditsicherungsrecht in Betracht.