

Ruth Schönemann

SICHERUNGSEIGENTUM IM GRENZÜBERSCHREITENDEN VERKEHR MIT ITALIEN

Eine rechtsvergleichende
und kollisionsrechtliche Untersuchung



Ruth Schönemann

**Sicherungseigentum im
grenzüberschreitenden
Verkehr mit Italien**

Ruth Schönemann

Sicherungseigentum im grenzüberschreitenden Verkehr mit Italien

**Eine rechtsvergleichende
und kollisionsrechtliche Untersuchung**

Tectum Verlag

Ruth Schönemann

Sicherungseigentum im grenzüberschreitenden Verkehr mit Italien. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung

Zugl. Univ.Diss.,Universität Passau 2012

Umschlagabbildung: photocase.com © bIO-54o (bearbeitet)

© Tectum Verlag Marburg, 2013

ISBN 978-3-8288-5924-1

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der ISBN 978-3-8288-3089-9 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

www.facebook.com/tectum.verlag

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen. Sie ist dort während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht sowie Internationales Privatrecht von Prof. Dr. Wolfgang Hau in den Jahren 2009-2011 entstanden.

Die Recherche hinsichtlich des italienischen Rechts konnte ich dank eines großzügigen Stipendiums des Deutschen Akademischen Austauschdienstes in der Biblioteca Giuridica der Università degli Studi di Perugia in Italien durchführen.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Hau, der die Anregung zu diesem Thema gab und das Gelingen der Arbeit förderte.

Herrn Prof. Dr. Klaus Reischl danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Erwähnt seien an dieser Stelle auch meine Freundinnen Dr. Michaela Weigl und Dr. Inga Schüttfort sowie meine damaligen Bürokollegen, Anke Droege und Kathrin Franck, von denen ich neben geduldigem Zuspruch auch stets Unterstützung und Rat erfahren habe.

Meinem Vater, Dr. Hans Schönemann, danke ich für die gewissenhafte Überarbeitung in stilistischer Hinsicht.

Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern, die mich stets und in jeder Hinsicht bedingungslos unterstützen.

Ruth Schönemann

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil – Einführung	1
§ 1. Ziele und Gang der Untersuchung	1
§ 2. Herausbildung und Entwicklung der Mobiliarsicherheiten in der Geschichte des Rechts	4
A. Mobiliarsicherheiten im Römischen Recht	4
I. VON DER PERSONAL- ZUR VERMÖGENSVOLLSTRECKUNG IM RÖMISCHEN REICH	4
II. SICHERUNGSMITTEL IM RÖMISCHEN RECHT	6
1. Überblick	6
2. <i>Fiducia</i>	7
3. <i>Pignus und hypotheca</i>	9
B. Die Entwicklung der Mobiliarsicherheiten im deutschen Recht	11
Zweiter Teil – Sachrecht	15
§ 1. Deutschland: Sicherungseigentum	15
A. Grundlagen	15
I. BEGRIFF	15
II. RECHTSENTWICKLUNG	16
1. <i>Situation vor Inkrafttreten des BGB</i>	16
a. Wirtschaftliche Notwendigkeit einer besitzlosen Mobiliarsicherheit	16
b. Vom Kauf zu Sicherungszwecken zur Sicherungsübereignung	17
c. Argumente gegen die Zulässigkeit von Sicherungskauf bzw. Sicherungsübereignung	18
aa. Der Vorwurf der Simulation	19
bb. Der Vorwurf der Gesetzesumgehung (<i>fraus legis</i>)	21
cc. Verstoß gegen das Verbot der <i>lex commissoria</i> ?	24

2. Das Gesetzgebungsverfahren zum Bürgerlichen Gesetzbuch	25
a. Erster Entwurf	25
b. Zweiter Entwurf	27
3. Rechtsprechung und Literatur nach Inkrafttreten des BGB	28
III. DOGMATISCHE EINORDNUNG	32
1. Die Pfandrechtslehre	32
2. Sicherungsübereignung als Treuhandgeschäft	33
3. Sicherungsübereignung als auflösend bedingtes Rechtsgeschäft	33
B. Begründung von Sicherungseigentum	34
I. STRUKTUR DER SICHERUNGSÜBEREIGNUNG	34
1. Beteiligte	34
2. Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten	35
3. Sicherungsgegenstand	35
4. Sachenrechtlicher Erwerbstatbestand	36
a. Dingliche Einigung	36
aa. Form und Inhalt	36
bb. Bestimmtheitsgrundsatz	36
b. Besitzmittlungsverhältnis	37
aa. Anforderungen an die Wirksamkeit	37
bb. Antizipiertes Besitzkonstitut und Insichgeschäft	38
cc. Verfügung als Nichtberechtigter	39
5. Abstraktheit der Übereignung	40
6. Schuldrechtlicher Sicherungsvertrag	41
a. Allgemeines	41
b. Funktion der Sicherungsabrede	41
c. Inhalt des Sicherungsvertrags	42
aa. Pflichtenstellung des Sicherungsgebers	42

VIII

bb. Rechtsstellung des Sicherungsgebers	42
(1) Im Verhältnis zum Sicherungsnehmer	42
(a) Besitz-, Nutzungs- und Gebrauchsrecht	42
(b) Rückübertragungsanspruch	43
(c) Ansprüche aus Delikt	44
(2) Im Verhältnis zu Dritten	44
cc. Pflichtenstellung des Sicherungsnehmers	45
dd. Rechtsstellung des Sicherungsnehmers	46
(1) Im Verhältnis zu Dritten	46
(2) Im Verhältnis zum Sicherungsgeber	46
(a) Ansprüche aus dem Sicherungsvertrag	46
(b) Stellvertretendes <i>commodum</i> , § 285 BGB	46
(c) Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten, § 816 BGB	47
(d) Schadensersatz aus §§ 989, 990 BGB	47
(e) Schadensersatz aus § 826 BGB	48
(f) Angemaßte Eigengeschäftsführung, §§ 687 II, 681 S. 2, 667 BGB	48
II. NICHTIGKEIT DER SICHERUNGSABREDE	49
1. Rechtsfolgen der Nichtigkeit	49
2. Insbesondere: Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 138 BGB	50
a. Kredittäuschung	51
aa. Insolvenzverschleppung	51
bb. Kreditbetrug	51
cc. Gläubigergefährdung	52
b. Schuldnerknebelung	53
c. Übersicherung	53
aa. Anfängliche Übersicherung	54
bb. Nachträgliche Übersicherung	55
3. Rechtsfolgen des Sittenverstoßes	57

III. SONDERFÄLLE DER SICHERUNGSÜBEREIGNUNG	57
1. <i>Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, insbesondere von Warenlagern</i>	57
a. Bestimmtheitsgrundsatz	57
b. Gemischte Warenlager	59
c. Warenlager mit wechselndem Bestand	59
2. <i>Verlängerungs- und Erweiterungsformen</i>	60
a. Erweiterte Sicherungsübereignung	60
b. Verlängerte Sicherungsübereignung	60
aa. Verarbeitungsklausel	61
bb. Vorausabtretungsklausel	62
cc. Erlösklausel	63
c. Kombination von verlängerter und erweiterter Sicherungsübereignung	65
IV. KOLLISIONEN MIT ANDEREN SICHERUNGSRECHTEN	65
1. <i>Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt</i>	65
a. Übereignung zu Sicherungszwecken durch den Vorbehaltskäufer	65
b. Übereignung zu Sicherungszwecken durch den Vorbehaltsverkäufer	66
2. <i>Verlängerte Sicherungsübereignung und Globalzession</i>	67
3. <i>Verlängerte Sicherungsübereignung und verlängerter Eigentumsvorbehalt</i>	68
4. <i>Sicherungseigentum und Vermieterpfandrecht</i>	68
5. <i>Sicherungseigentum und Grundpfandrechte</i>	70
V. MEHRFACHVERFÜGUNGEN DES SICHERUNGSGEBERS	71
1. <i>Verfügungen ohne antizipiertes Besitzkonstitut</i>	71
2. <i>Verfügungen unter antizipiertem Besitzkonstitut</i>	72
VI. BEENDIGUNG DER SICHERUNGSÜBEREIGNUNG	72

VII. VERWERTUNG DES SICHERUNGSEIGENTUMS	73
1. <i>Allgemeines</i>	73
2. <i>Rechtsgrundlagen</i>	74
3. <i>Zeitpunkt der Verwertung</i>	74
4. <i>Durchführung der Verwertung, Verwertungsarten</i>	76
a. <i>Freihändiger Verkauf oder öffentliche Versteigerung</i>	76
b. <i>Verfallklausel, Selbsteintrittsklausel</i>	77
aa. <i>Verbot der Verfallabrede für beschränkte dingliche Rechte – Ausweitung auf die Sicherungsübereignung</i>	77
(1) <i>Ratio des Verbots</i>	78
(2) <i>Argumente für eine Anwendung dieses Verbots auf die Sicherungsübereignung</i>	78
(3) <i>Argumente gegen eine Anwendung des Verbots und Stand der Rechtsprechung</i>	79
bb. <i>Abrechnungsfreier und abrechnungspflichtiger Verfall</i>	80
cc. <i>Rechtsfolgen der Verfallabrede</i>	83
VIII. ZWANGSVOLLSTRECKUNG	83
1. <i>Rechtsbehelfe des Sicherungsnehmers bei Pfändung des Sicherungsguts durch Gläubiger des Sicherungsgebers</i>	83
a. <i>§ 771 oder § 805 ZPO?</i>	83
b. <i>Erinnerung, § 766 ZPO</i>	86
2. <i>Rechtsbehelfe des Sicherungsgebers bei Pfändung des Sicherungsguts durch Gläubiger des Sicherungsnehmers</i>	87
a. <i>Erinnerung, § 766 ZPO</i>	87
b. <i>Drittwiderrspruchsklage, § 771 ZPO</i>	87
IX. SICHERUNGSÜBEREIGNUNG UND INSOLVENZ.....	89
1. <i>Insolvenz des Sicherungsgebers</i>	89
a. <i>Absonderungsrecht des Sicherungsnehmers, §§ 50, 51 Nr. 1 InsO</i>	89
b. <i>Verwertungsverfahren</i>	90
2. <i>Insolvenz des Sicherungsnehmers</i>	91

§ 2. Italien – Sicherungseigentum und Funktionsäquivalente	93
A. Veräußerung zu Sicherungszwecken in Italien	93
I. TREUHÄNDERISCHES GESCHÄFT	93
1. <i>Konsensprinzip (principio consensualistico)</i>	94
2. <i>Causa</i>	95
a. Die Geschichte der <i>causa</i>	96
b. Der traditionelle Inhalt der <i>causa</i>	97
c. <i>Causa als funzione economico sociale</i> des Vertrags	98
d. <i>Causa als funzione economico individuale</i> des Vertrags.....	100
3. <i>Konstruktion des treuhänderischen Geschäfts</i>	101
a. Treuhänderisches Geschäft als einheitliche Figur	101
aa. Struktur	101
bb. Kritik	103
(1) Verstoß gegen den <i>numerus clausus</i> der dinglichen Rechte	103
(2) Sicherungsübereignung nur möglich in Rechtsordnungen, die das Abstraktionsprinzip kennen?.....	105
(3) Verstoß gegen den <i>numerus clausus</i> der Vorzugsrechte?	106
(4) Kritik an der <i>causa fiduciae</i>	106
b. Treuhänderisches Geschäft als zweigliedriges Geschäft.....	107
II. ALIENAZIONI A SCOPO DI GARANZIA – VERÄUßERUNGEN ZU SICHERUNGSZWECKEN	108
1. <i>Vendita a scopo di garanzia – Der Kauf zu Sicherungszwecken</i>	108
a. Bedeutung einer besitzlosen Mobiliarsicherheit	109
b. Zulässigkeit der <i>vendita a scopo di garanzia</i> – Verstoß gegen das Verbot der Verfallklausel	109
aa. Geschichte und Entwicklung des Verbots des <i>patto commissorio</i>	110
bb. Die <i>Ratio</i> des Verfallklauselverbots – Ansichten in der Literatur.....	112
(1) <i>Interessi individuali</i>	112
(a) Schuldnerschutz	112
(b) Schutz der <i>par conditio creditorum</i>	114
(c) Schutz des Schuldners und seiner übrigen Gläubiger.....	115

(2) <i>Interessi generali</i>	116
(a) <i>Principio di ordine pubblico</i>	116
(b) <i>Interesse generale im engeren Sinne</i>	117
(3) Systematische Analyse.....	118
(4) Restriktive Auslegung.....	119
(5) Haltung der Rechtsprechung.....	119
cc. Zwischenergebnis.....	120
dd. <i>Patto commissorio autonomo</i> , sog. selbständige oder unabhängige Verfallvereinbarung – Struktur des <i>patto commissorio</i>	121
(1) Haltung der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung.....	122
(2) Kritik.....	123
c. Entwicklung der Rechtsprechung betreffend die Zulässigkeit der <i>vendita a scopo di garanzia</i>	125
aa. Rechtsprechung bis zu Beginn der 80er Jahre.....	126
bb. <i>Revirement</i> der <i>Corte di Cassazione</i> 1983.....	132
cc. Entscheidung der <i>Sezioni unite</i> 1989.....	134
2. <i>Vendita (rectius alienazione) a scopo di garanzia und negozio fiduciario</i>	138
III. ABGRENZUNG DER VERÄUßERUNG ZU SICHERUNGSZWECKEN ZU ÄHNLICHEN, ABER ZULÄSSIGEN RECHTSFIGUREN.....	139
1. <i>Vendita con patto di riscatto</i>	139
a. Die Struktur der <i>vendita con patto di riscatto</i>	139
b. Die Funktion der <i>vendita con patto di riscatto</i>	140
2. <i>Patto marciano</i>	143
a. Voraussetzungen und Konstruktion des <i>patto marciano</i>	143
b. Der <i>patto marciano</i> und das Verbot aus Art. 2744 c. c.....	148
c. Konstruktion einer wirksamen Veräußerung zu Sicherungszwecken mit Hilfe der Figur des <i>patto marciano</i>	149
3. <i>Sale and lease back</i>	153
a. Konstruktion des <i>sale and lease back</i>	153

b. <i>Sale and lease back</i> und das Verbot aus Art. 2744 c. c.....	154
aa. <i>Sale and lease back normale</i>	155
bb. <i>Sale and lease back anomalo</i>	157
cc. Kritik	159
IV. ZUSAMMENFASSUNG DER AKTUELLEN SITUATION BEZÜGLICH SICHERUNGSVERÄUßERUNGEN IN ITALIEN	160
B. Besitzlose Pfandrechte und <i>privilegi</i>	161
I. PEGNO SUI PROSCIUTTI – SCHINKENPFANDRECHT	162
1. <i>Entstehung</i>	162
2. <i>Parteien, Begründung des Pfandrechts</i>	163
3. <i>Verhältnis zu anderen Gläubigern und Verwertung</i>	164
II. IPOTECA MOBILIARE – MOBILIARHYPOTHEK	166
1. <i>Sicherungsgegenstand, Begründung</i>	166
2. <i>Verwertung</i>	167
3. <i>Zwangsvollstreckung und Konkurs</i>	167
III. PRIVILEGI – PRIVILEGIEN/VORZUGSRECHTE	168
1. <i>Begriff und Definition</i>	168
2. <i>Allgemeine und besondere Privilegien</i>	169
3. <i>Entstehen des Privilegs</i>	170
4. <i>Erlöschen des Privilegs</i>	171
5. <i>Privilegien und der Unterschied zu den anderen dinglichen Sicherungsrechten</i>	171
6. <i>Rangfolge der Privilegien</i>	172
a. <i>Rangfolge der Privilegien untereinander</i>	172
b. <i>Privilegien und andere dingliche Sicherungsrechte</i>	172
7. <i>Zwangsvollstreckung</i>	173
8. <i>Konkurs des Schuldners</i>	174
9. <i>Insbesondere: Das Bankenprivileg aus Art. 46 t. u.</i>	174
a. <i>Sicherungsgegenstand</i>	175
b. <i>Formerfordernisse</i>	176
c. <i>Konfliktsituationen</i>	177
d. <i>Verwertung</i>	178
e. <i>Fazit</i>	179

Dritter Teil – Kollisionsrecht	180
§ 1. Die Regelungen des Internationalen Privatrechts betreffend Mobiliarsicherheiten	180
A. Das Sachstatut in der Geschichte des IPR	180
I. DEUTSCHES RECHT – VON DER LEX DOMICILII ZUR LEX REI SITAE.....	180
II. ITALIENISCHES RECHT.....	181
B. Grenzüberschreitende Sachverhalte – Statutenwechsel	183
C. Das Sachstatut und die Behandlung des Statutenwechsels in Deutschland und Italien	185
I. DEUTSCHLAND.....	185
1. <i>Sachstatut</i>	185
a. Anwendungsbereich	185
aa. Rechte an einer Sache, Art. 43 EGBGB	185
bb. Wesentlich engere Verbindung, Art. 46 EGBGB	186
b. Anknüpfungzeitpunkt	187
2. <i>Behandlung des Statutenwechsels</i>	187
a. Standpunkte in der Literatur	188
aa. Die Lehre von der Transposition.....	188
bb. Die Lehre von der „Selektiven Transposition“	190
cc. Die Anerkennungs- oder Hinnahmetheorie	190
dd. Die Lehre von der Substitution.....	191
(1) Begriff	192
(2) Voraussetzungen für eine erfolgreiche Substitution	192
(3) Substitution und Integration ausländischer dinglicher Rechte.....	193
ee. Resümee	195
(1) Kritik an der Transpositionslehre.....	195
(2) Bevorzugung einer flexiblen Lösung.....	196
b. Art. 43 II EGBGB.....	197

c. Die Vorgehensweise der Rechtsprechung.....	198
(1) Französisches Registerpfand – BGH, Urt. v. 20.3.1963 – VIII ZR 130/61.....	198
(2) Strickmaschinenfall, BGH, Urt. v. 2.2.1966 - VIII ZR 153/64	199
(3) Venezolanisches Schiffspfand, BGH, Urt. v. 21.1.1991 – II ZR 50/90.....	200
(4) Italienische Autohypothek, BGH, Urt. v. 11.3.1991 - II ZR 88/90.....	201
(5) <i>Mortgage</i> an Flugzeug, BGH, Urt. v. 7.10.1991 - II ZR 252/90.....	202
(6) US-amerikanisches <i>security interest</i> an Fahrzeug, OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.7.2000 - 9 U 159/99	203
(7) Resümee	204
II. ITALIENISCHES RECHT – IPRG V. 31.5.1995, N. 218	205
1. <i>Sachstatut</i>	205
a. Anwendungsbereich	205
aa. <i>Possesso e diritti reali</i> , Art. 51 I IPRG	205
bb. <i>Pubblicità degli atti relativi ai diritti reali</i> , Art. 55 IPRG	207
b. Sonderanknüpfungen	209
aa. <i>Diritti reali sui beni in transito</i> , Art. 52 IPRG	209
bb. Art. 6 disp. prel. cod. nav.	210
c. Anknüpfungszeitpunkt.....	210
2. <i>Behandlung des Statutenwechsels</i>	210
a. Gesetzliche Regelung	210
b. Standpunkte in der Literatur	211
c. Vorgehensweise der Rechtsprechung.....	215
d. Resümee.....	217
§ 2. Schicksal der deutschen Sicherungsübereignung in Italien	218
A. Statut der Sicherungsabrede	218
B. Statut der Begründung des Sicherungseigentums	219
C. Ausübung der deutschen Mobiliarsicherheit Sicherungsübereignung in Italien – Verwertung im einfachen Sicherungsfall, Insolvenz und Zwangsvollstreckung nach der Methode der Substitution.....	220
I. VERWERTUNG DES SICHERUNGSGUTS IM EINFACHEN SICHERUNGSFALL.....	220
1. <i>Verwertungsmodalitäten – Typisierung und Parteiautonomie – Sach- und Schuldstatut</i>	220

2. Grenzen der Parteiautonomie.....	222
a. Abweichende Vorschriften im italienischen Sachrecht.....	222
b. Sonderanknüpfung international zwingender Vorschriften/ <i>ordre public</i>	223
aa. Eingriffsnormen (<i>overriding mandatory provisions, lois de police</i>), Art. 9 Rom I-VO.....	224
bb. <i>Ordre public</i> , Art. 21 Rom I-VO.....	225
II. GUTGLÄUBIGER ERWERB - ACQUISTO A NON DOMINO.....	226
III. INSOLVENZ	228
1. Insolvenzstatut: <i>EuInsVO</i>	228
a. Internationale Zuständigkeit	228
b. Örtliche Zuständigkeit.....	230
c. Das anwendbare Recht.....	230
2. Insolvenzstatut und Mobiliarsicherheiten	231
3. In Italien eröffnetes Insolvenzverfahren gegen den Sicherungsgeber.....	233
a. Aussonderung, Art. 93 I. fall.....	233
b. Abgesonderte Befriedigung, Art. 54 I. fall.....	234
c. Abgesonderte Befriedigung mit Verwertung durch den Gläubiger selbst, Art. 53 I. fall.....	235
d. Zusammenfassung.....	236
4. Substitutionsentscheidung.....	237
a. Art. 93 I. fall.....	237
b. Art. 53 I. fall.....	238
c. Art. 54 I. fall.....	239
aa. Vergleich der Rechtswirkungen.....	240
bb. Vergleich der tatbestandlichen Voraussetzungen.....	241
(1) Relevanz der Publizität von Sicherungsrechten in Italien.....	242
(a) Sicherungszession (<i>cessione del credito a scopo di garanzia</i>).....	242
(b) Eigentumsvorbehalt (<i>Riserva di proprietà</i>).....	243
(c) <i>Patto marciano; Sale and lease back</i>	243
(2) Zwischenergebnis.....	244

d. Ergebnis der Substitution.....	245
IV. ZWANGSVOLLSTRECKUNG	246
1. <i>Prozessstatut</i>	246
2. <i>Pfändung des Sicherungsguts durch Gläubiger des Sicherungsgebers in Italien</i>	246
a. Mögliche Rechtsbehelfe.....	247
aa. <i>Opposizione di terzo</i> , Art. 619 c. p. c.	247
bb. <i>Intervento dei creditori</i> , Art. 499 c. p. c.	249
b. Substitutionsentscheidung.....	252
aa. Art. 619 c. p. c.	252
bb. Art. 499 c. p. c.	253
D. Ausübung der deutschen Mobiliarsicherheit Sicherungsübereignung in Italien – Verwertung im einfachen Sicherungsfall, Insolvenz und Zwangsvollstreckung nach der Methode der Transposition	254
E. Fazit	255
§ 3. Schicksal der italienischen besitzlosen Mobiliarsicherheiten in Deutschland	257
A. Mobiliarhypothek (<i>ipoteca mobiliare</i>)	257
I. BEGRÜNDUNGSSTATUT	257
II. ENTSCHEIDUNG DES BGH V. 11.3.1991 - II ZR 88/90	257
III. AUSÜBUNG DER ITALIENISCHEN MOBILIARHYPOTHEK IN DEUTSCHLAND – VERWERTUNG IM EINFACHEN SICHERUNGSFALL, INSOLVENZ UND ZWANGSVOLLSTRECKUNG NACH DER METHODE DER SUBSTITUTION.....	258
1. <i>Einfacher Sicherungsfall</i>	258
2. <i>Zwangsvollstreckung</i>	259
3. <i>Insolvenz</i>	259
B. Schinkenpfandrecht (<i>pegno sui prosciutti</i>)	260
I. BEGRÜNDUNGSSTATUT	260

II. AUSÜBUNG DES ITALIENISCHEN SCHINKENPFANDRECHTS IN DEUTSCHLAND – VERWERTUNG IM EINFACHEN SICHERUNGSFALL, INSOLVENZ UND ZWANGSVOLLSTRECKUNG NACH DER METHODE DER SUBSTITUTION	260
1. Einfacher Sicherungsfall.....	260
2. Zwangsvollstreckung	261
3. Insolvenz.....	261
C. Privilegi	262
I. BEGRÜNDUNGSSTATUT	262
II. AUSÜBUNG DER ITALIENISCHEN PRIVILEGI IN DEUTSCHLAND – VERWERTUNG IM EINFACHEN SICHERUNGSFALL, INSOLVENZ UND ZWANGSVOLLSTRECKUNG NACH DER METHODE DER SUBSTITUTION	262
1. Einfacher Sicherungsfall.....	262
2. Zwangsvollstreckung	262
3. Insolvenz.....	263
D. Patto marciano	264
I. BEGRÜNDUNGSSTATUT	264
II. AUSÜBUNG DES ITALIENISCHEN PATTO COMMISSORIO IN DEUTSCHLAND – VERWERTUNG IM EINFACHEN SICHERUNGSFALL, INSOLVENZ UND ZWANGSVOLLSTRECKUNG NACH DER METHODE DER SUBSTITUTION	264
1. Einfacher Sicherungsfall.....	264
2. Insolvenz.....	265
3. Zwangsvollstreckung	266
Vierter Teil: Mobiliarkredit, Statutenwechsel und europäisches Recht	267
§ 1. Anerkennung ausländischer Mobiliarsicherheiten zwingend wegen der europäischen Grundfreiheiten?	267
A. Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit	267
B. Eingriff in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit	268
C. Eingriff in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit	270

D. Rechtfertigung des Eingriffs	270
E. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs	273
F. Ergebnis	274
§ 2. Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung	276
A. Lösung auf der Ebene des Kollisionsrechts	276
B. Lösung auf der Ebene des Sachrechts	277
I. GRUNDLAGEN FÜR EINE VEREINHEITLICHUNG ODER HARMONISIERUNG	278
1. <i>UNCITRAL Legislative Guide on secured transactions</i>	278
2. <i>DCFR (Draft Common Frame of Reference)</i>	279
II. OPTIONALES EUROPÄISCHES KREDITSICHERUNGSRECHT	281
III. EUROPÄISCHES MODELLGESETZ NACH VORBILD DES AMERIKANISCHEN UCC	283
Fünfter Teil: Zusammenfassende, letzte Anmerkungen	284
Literaturverzeichnis	285
Abkürzungsverzeichnis	321

Erster Teil - Einführung

§ 1. Ziele und Gang der Untersuchung

Die Sicherungsübereignung ist nach der Grundschuld das am häufigsten genutzte Sicherungsmittel von Unternehmen bei der Kreditaufnahme¹, aber auch Privatleute, insbesondere im Bereich der Kfz-Finanzierung², greifen regelmäßig auf diese Art der Kreditsicherung zurück. Im Gegensatz zu einer mit einer Grundschuld belasteten Immobilie kann eine zur Sicherheit übereignete bewegliche Sache allerdings leicht über die nationalen Grenzen verbracht werden, man denke nur an den Sicherungsgeber, der mit seinem in Deutschland zur Sicherheit übereigneten Auto nach Italien fährt, oder an einen deutschen Bauunternehmer, der seinen an eine Bank sicherungsübereigneten Maschinenpark auf einer Baustelle in Italien einsetzt. Greifen nun Gläubiger in Italien auf das Sicherungsgut zu oder soll das Kfz wegen einer Trunkenheitsfahrt auf italienischem Boden zugunsten der italienischen Staatskasse versteigert werden³, stellt sich – insbesondere für den Sicherungsnehmer – die Frage nach der Beständigkeit und der Ausübung seiner Mobiliarsicherheit im Ausland. Die Maßgeblichkeit von *Situs-*

¹ Im Zeitraum von 2004-2006, vgl. KfW Unternehmensbefragung 2007. http://www.kfw.de/kfw/de/1/II/Download_Center/Fachthemen/Research/PDF-Dokumente_WirtschaftsObserver_online/2007/WOB_Sicherheiten_071115_final.pdf (6.9.2011).

² Vgl. nur Postbank Autokredit oder Deutsche Bank Online Autokredit.

³ Dies sieht seit 2008 Art. 186 Codice della strada für den Fall vor, dass der Fahrer mit einer Blutalkoholkonzentration von über 1,5 ‰ aufgegriffen wird und das Kfz nicht einer Person gehört, die an der Straftat nicht beteiligt war. Die *Corte di Cassazione* hat allerdings klargestellt, dass der im Gesetz verwendete Ausdruck „gehören“ („*appartenere*“) nicht mit „Eigentum an einer Sache innehaben“ gleichgesetzt werden kann. Vielmehr komme es darauf an, dass der Straftäter über das Kfz auf Grundlage eines Titels verfügen kann, der Dritte ausschließt. Ausgehend von diesem Verständnis hat das Gericht die Beschlagnahme eines geleasten Fahrzeugs für rechtmäßig befunden, Cass., Sez. penale, Urt. v. 18.3.2010, n. 10688. Die Gefahr, die davon ausgeht, dass der Alkoholsünder zur Wiederholung der Tat schreiten könnte, bestehe eben genauso bei einem geleasten Fahrzeug. Will die Leasinggesellschaft das Kfz herausverlangen, muss sie nachweisen, dass der Leasingvertrag nicht mehr besteht. In Anbetracht dieser Rechtsprechung ist durchaus vorstellbar, dass auch eine Beschlagnahme des Kfz des Sicherungsgebers Billigung findet, schließlich hat laut Sicherungsvertrag er die Dispositionsbefugnis.

Grundsatz und *Numerus clausus*-Prinzip, die national gewachsenen, unterschiedlichen Systeme der Mobiliarsicherung sowie die enge Verzahnung der Mobiliarsicherung mit dem Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzregime der einzelnen Länder bedingen eine von Unsicherheit geprägte Rechtslage.⁴ Insbesondere fehlen den Kreditgebern wie auch den Kreditsuchenden Informationen über das ausländische Sachen-, Vollstreckungs- und Insolvenzrecht, die eine realistische Einschätzung überhaupt erst ermöglichen. Für das deutsch-italienische Verhältnis im Hinblick auf Sicherungsübertragungen an Mobilien möge diese Arbeit einen Beitrag zur Transparenz im grenzüberschreitenden Kreditverkehr leisten.

Der Gang der Arbeit ist folgendermaßen zu skizzieren: Einleitend erfolgt eine Darstellung der Anfänge der Mobiliarkreditsicherung im Römischen Recht, an die sich ein Überblick über die Entwicklung der besitzlosen Sicherung im deutschen Raum anschließt. Der zweite Teil der Arbeit beginnt mit der Darstellung des Rechts der Sicherungsübereignung in Deutschland. Anschließend wird die italienische Rechtslage geschildert. Der Schwerpunkt liegt hier in den Betrachtungen zur Zulässigkeit dieser Form der Kreditsicherung, da sie von der herrschenden Ansicht in Italien abgelehnt wird. Zudem werden italienische besitzlose Sicherungsrechte erläutert, die funktional betrachtet mit der deutschen Sicherungsübereignung vergleichbar erscheinen.

Der dritte Teil befasst sich mit dem Kollisionsrecht: Nach der Beleuchtung der internationalprivatrechtlichen Regelungen beider Länder im Hinblick auf sachenrechtlich geprägte Sachverhalte erfolgt eine Auseinandersetzung mit den vorhandenen Auffassungen zur Integration ausländischer Sicherungsrechte in das nationale Recht. Anschließend wird das Schicksal der deutschen Sicherungsübereignung auf italienischem Gebiet und umgekehrt das Schicksal italienischer besitzloser Mobiliarsicherheiten in Deutschland behandelt.

Im vierten Teil der Arbeit, wird der Frage nachgegangen, ob die europäischen Grundfreiheiten eine Anerkennung ausländischer (europäischer) Mobiliarsicherheiten erzwingen und inwieweit

⁴ Ist es für die Sicherungsparteien absehbar, dass das Sicherungsgut ins Ausland verbracht wird, bedienen sie sich daher regelmäßig nicht der Sicherungsübereignung, sondern greifen auf Exportversicherungen oder Bankgarantien zurück. Der Nachteil gegenüber einer Mobiliarsicherheit ergibt sich aus den höheren Kosten.

Rechtsvereinheitlichung oder -angleichung die aktuelle, durchaus problematische Situation verbessern können.

§ 2. Herausbildung und Entwicklung der Mobiliarsicherheiten in der Geschichte des Rechts

A. Mobiliarsicherheiten im Römischen Recht⁵

I. VON DER PERSONAL- ZUR VERMÖGENSVOLLSTRECKUNG IM RÖMISCHEN REICH

Als Inhaber einer Forderung, beispielsweise auf Rückzahlung eines Darlehens, war man auch schon zu Zeiten des Römischen Reichs immer der Gefahr ausgesetzt, dass der Schuldner sich als zahlungsunfähig oder doch jedenfalls zahlungsunwillig erweist. Es ist dann aufgrund seines Gewaltmonopols Aufgabe des Staates, den Rückzahlungsanspruch notfalls im Rahmen einer Zwangsvollstreckung für den Gläubiger durchzusetzen.

Im alten Rom galt dabei ursprünglich keineswegs die heutzutage praktizierte Vermögensvollstreckung, sondern vielmehr die so genannte Personalvollstreckung, welche den Haftenden mit seinem Körper erfasste.⁶ Die Zwangsvollstreckung im altrömischen Legisaktionenverfahren⁷ geschah regelmäßig mittels einer Personalexekution, die, wenn der Schuldner nicht doch noch rechtzeitig ausgelöst wurde, zu seinem Tod⁸ oder jedenfalls seiner Verskla-

⁵ Die Geschichte des Römischen Rechts umfasst, angefangen mit den Zwölfafelgesetzen (*leges duodecim tabularum*, um 450 v. Chr.) bis hin zum *Corpus Iuris Civilis* Justinians, eine Zeitspanne von 1000 Jahren, die von Rechtshistorikern in die republikanische (5.-1. Jhd. v. Chr.), die klassische (1. Jhd. v. Chr.- Mitte 3. Jhd. n. Chr.) und die nachklassische Zeit (3.-6. Jhd. n. Chr.) eingeteilt wird, vgl. dazu *Wesel*, S. 155 f.

⁶ *Kaser/Knütel*, § 81, Rn. 10.

⁷ Legisaktionen (*legis actiones*) waren gesetzliche Klageformeln, deren Wortlaut (in Form einer Wechselrede) peinlich genau beachtet werden musste, um nicht den Prozess zu verlieren; wo die Rechtsordnung keine Klageformel vorsah, gab es auch kein subjektives Recht, vgl. *Meder*, S. 46.

⁸ XII T. 3, 5 (Gell, 20, 1, 46. 47): *Tertiis autem nundinis capite poenas dabant*; Gell, 20, 1, 48 ff. (A. Gellius, *Noctes Atticae*): *tertiis nundinis partis secanto. si plus minusve secuerunt, sine fraude esto* (XII T. 3.6); allerdings ist laut *Kaser*, § 20 VII.1, „dunkel und umstritten“, ob mit dem „in Stücke schneiden“ wirklich der Schuldner gemeint ist. Nachweise bei *Kaser/Hackl*, § 20, I. 1; es ist aber jedenfalls kein konkreter Fall der Tötung eines Schuldners überliefert, vgl. *Kaser/Knütel*, § 81, Rn. 12; *Marrone*, S. 37.

vingung⁹ führte. Schon früh wurde allerdings Usus, dass der Schuldner, um die Endexekution abzuwenden, als Schuldknecht bei seinem Gläubiger arbeitete.¹⁰ Während des Formularprozesses¹¹, der in der jüngeren Republik¹² die starren Legisaktionen allmählich ablöste,¹³ bestand die Personalvollstreckung zwar fort, wurde nun aber durch die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners zurückgedrängt.¹⁴ Vollstreckt wurde im Bereich des Formularprozesses in das Gesamtvermögen des Schuldners.¹⁵ Die Generalexekution, also das Konkursverfahren, gelangte – anders als heutzutage – auch dann zur Anwendung, wenn der Schuldner nicht zahlungsunfähig war.¹⁶ Das Schuldnervermögen wurde daher als Ganzes beschlagnahmt und der Gläubiger in den Besitz eingewiesen, sog. *missio in bona*; dies allerdings nur *rei servandae causa*, also nur zur Erhaltung des Vermögens.¹⁷

Anschließend wurde das Vermögen regelmäßig im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung¹⁸ veräußert, sog. *venditio bonorum*.¹⁹ Der Zuschlag ging an denjenigen, der den Gläubigern die höchste Quote ihrer Forderungen zu zahlen bereit war (*bonorum emptor*).²⁰ Bei diesem Verfahren war es natürlich wahrscheinlich, dass das Vermögen des Schuldners nicht ausreichte, um alle Gläubiger in voller Höhe zu befriedigen, weswegen diese alsbald dazu über-

⁹ D.h. er konnte als Sklave ins Ausland (*trans Tiberim*) verkauft werden, XII T. 3, 5.

¹⁰ Kaser/Hackl, § 20 VII.2. Näher zur Schuldknechtschaft Spann, S. 21 ff.

¹¹ Auch im Formularprozess galt, dass ein Anspruch nur dann eingeklagt werden konnte, wenn eine passende *actio* vorhanden war. Die strengen Spruchformeln des Legisaktionenverfahrens wurden aber durch die Prozessformel (*formula*) ersetzt. Näher dazu Kaser/Hackl, S. 151.

¹² 2-1. Jhd. v. Chr. Um 17 v. Chr. wurde das Legisaktionenverfahren mit wenigen Ausnahmen abgeschafft.

¹³ Kaser/Hackl, § 4, I. Es wurde zunehmend als ungerecht empfunden, dass man sein Recht verlieren konnte, nur weil einem ein Fehler in der Formel unterliefe, vgl. Meder, S. 49.

¹⁴ Hausmaninger/Selb, S. 386; Kaser/Knütel, § 85, Rn. 2; Baur/Stürner/Bruns, § 3, S. 20.

¹⁵ Kunkel/Selb, Anhang § 19; Kaser/Hackl, § 57, I; Hausmaninger/Selb, S. 386. Zu den seltenen Fällen einer Einzelvollstreckung: Kaser/Hackl, § 60.

¹⁶ Kaser/Hackl, § 57, I.

¹⁷ Kaser/Knütel, § 85, Rn. 6, Marrone, S. 64 f.

¹⁸ Cic. Quinct. 49 f. (Rede für P. Quinctius).

¹⁹ Kaser/Hackl, § 57, I; Marrone, S. 64 f.

²⁰ Kaser/Knütel, § 85, Rn. 6; Marrone, S. 65.

gingen, sich die Gewähr für eine vollständige Rückzahlung mit Hilfe von Sicherheiten zu verschaffen.

II. SICHERUNGSMITTEL IM RÖMISCHEN RECHT

1. Überblick

Als Sicherungsmittel standen im Römischen Recht – wie auch heute noch – die Personalhaftung und die Sachhaftung zur Verfügung.²¹

Jedoch war im antiken Rom die Personalhaftung in Form der Bürgschaft weitaus wichtiger als die Sachhaftung in Form der Kreditsicherung durch Pfand.²² Diese Tatsache ist wohl darauf zurückzuführen, dass Treueverhältnisse und Freundschaftsbindungen vor allem im republikanischen Rom eine enorme Rolle spielten.²³ Des Weiteren resultierte die Bevorzugung des Personalkredits aus dem strengen Vollstreckungsverfahren, das den Körper des Schuldners und später jedenfalls sein gesamtes Vermögen umfasste und somit größere Sicherheit für den Gläubiger versprach.²⁴

War dennoch Sachhaftung – die hier einzig interessieren soll – vereinbart, standen den Parteien zwei Rechtsformen zur Verfügung: Einmal die so genannte *fiducia cum creditore contracta*²⁵ und zum anderen das *pignus*²⁶, wobei im älteren Römischen Recht zunächst noch gar kein Pfandrecht in Form eines dinglichen Rechts an einer im Eigentum eines anderen stehenden Sache bekannt war und daher nur die Vollrechtsübertragung in Form der *fiducia* möglich war.²⁷

²¹ Kaser/Knütel, § 31, Rn. 1.

²² Schulz, Rn. 700.

²³ Kaser/Knütel, § 31, Rn. 2. Nach Schulz, Rn. 700, waren die tragenden Säulen dieser Kreditform „Roman pedantic accuracy, honesty and reliability in business matters.“

²⁴ Kaser/Knütel, § 31, Rn. 2; Schulz, Rn. 700.

²⁵ Mit dem Begriff *fiducia* kann sowohl lediglich die *causa* der Rechtsübertragung als auch das gesamte Rechtsgeschäft bezeichnet sein, vgl. Krämer, S. 14.

²⁶ Hausmaninger/Selb, S. 179 f.; Kaser/Knütel, § 31, Rn. 3; Kaser, § 108, II; Honsell, § 24, S. 76.

²⁷ Im klassischen Römischen Recht wurde Eigentum als die absolute, totale, ausschließliche und unteilbare rechtliche Herrschaft eines Einzelnen über eine Sache verstan-

2. *Fiducia*

Im Rahmen der *fiducia cum creditore contracta* wurde dem Gläubiger vom Sicherungsgeber (meist der Schuldner selbst) eine *res Mancipi*²⁸ durch *mancipatio*²⁹ oder *in iure cessio*³⁰ übereignet; gleichzeitig wurde dabei der Gläubiger einer obligatorisch wirkenden Treubindung unterworfen, kraft derer er sein Eigentum nicht über die Erfordernisse des Sicherungszwecks hinaus ausüben durfte.³¹ Die *fiducia cum creditore contracta*³² stellte also eine Sicherungsübereignung dar.³³ Der Gläubiger erhielt mit dem Eigentum formal eine Position, die über sein Sicherungsinteresse hinausging, das darin bestand, sich bei ausbleibender Zahlung aus der Sache zu befriedigen. Durch das *pactum fiduciae* verpflichtete sich der Sicherungsnehmer allerdings, mit der Sache nur in den Grenzen des Sicherungszwecks zu verfahren und insbesondere sie bei ordnungsgemäßer Schuldtilgung dem Schuldner zurückzuüber-

den, *Wieacker*, S. 191. Erst im Laufe der Zeit bildeten sich dingliche Rechte an fremden Sachen heraus, *Dernburg*, § 192, 4, S. 453.

²⁸ *Res Mancipi* waren die des Privateigentums teilhaftigen Grundstücke und bestimmte weitere wertvolle und für den bäuerlichen Betrieb wichtige Gegenstände wie beispielsweise Sklaven, Rinder, Pferde, Esel und Maultiere.

²⁹ *Mancipatio* ist eine Form der Übereignung, die nach einem bestimmten Ritual vor sich zu gehen hatte: Vor einem *libripens* (Waagehalter) und 5 Zeugen hatte der Erwerber eine *res Mancipi*, beispielsweise einen Sklaven, zu ergreifen und folgende Formel zu sprechen: „*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere anaeaeque libra.*“ Der Erwerber schweigt dazu und nimmt den vom *libripens* abgewogenen Kaufpreis entgegen. Später wird die *mancipatio* durch die formlose *traditio* zurückgedrängt.

³⁰ Auch die *in iure cessio* diente der Eigentumsübertragung: Erwerber und Veräußerer kamen hierbei vor dem Prätor zusammen. Dort sprach der Erwerber die Formel „*Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio*“, der Veräußerer schwieg dazu, woraufhin der Prätor dem Erwerber das Eigentum zusprach. Vgl. dazu *Kaser*, §§ 9, 10. Auch *res nec Mancipi* konnten Gegenstand der *datio fiduciae* sein, allerdings konnte ihre Übereignung nur nach den Regeln der *in iure cessio* erfolgen, *Bruckner*, *Krit. Vierteljahresschrift*, Bd. 36 (1894), 1 (6).

³¹ *Kaser*, § 108, II.

³² Beispiel für ein *pactum fiduciae* bei *Degenkolb*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Bd. 9 (1870), 117 (118 f.).

³³ *Hausmaninger/Selb*, S. 180; *Honsell*, § 24, S. 76.

eignen.³⁴ Die Rückübereignung konnte der Sicherungsgeber seit dem 3. Jhd. v. Chr. mit Hilfe der *actio fiduciae* einfordern.³⁵

Im Falle aber, dass er außerstande war seine Schuld zu tilgen, konnte der Gläubiger aus der Sache Befriedigung suchen.³⁶ Es wird davon ausgegangen, dass ursprünglich das Sicherungsgut dem Sicherungsgeber verfallen geblieben ist, er also endgültig Eigentümer blieb.³⁷ Die explizite Vereinbarung einer *lex commissoria* (Verfallklausel) war also nicht erforderlich. Später wurde üblicherweise, um den (wohl abrechnungsfreien) Verfall zu vermeiden, zwischen den Parteien eine Verkaufsabrede verabredet, das sog. *pactum vendendo* (auch: *ut vendere liceat; pactum de distrahendo*).³⁸ Im Falle der Nichtbefriedigung konnte so der Sicherungsnehmer die Sache verkaufen und sich aus dem Erlös befriedigen. Deckte der Kaufpreis die Forderung nicht, blieb die Restforderung (*reliquum*) bestehen; wenn der Erlös hingegen die Forderung überstieg, schuldete der Sicherungsnehmer Herausgabe dieses Überschusses (*superfluum*).³⁹

Die *fiducia* konnte, indem dem Schuldner die Sache miet-, pacht- oder bittweise (*precarium*) zurückgegeben wurde, auch besitzlos gestellt werden.⁴⁰ Im Laufe der Republik behielt dann der Schuldner die Sache gleich von vornherein in seinem Besitz.⁴¹ Die Sicherungsübereignung war noch bis in die klassische Zeit hinein verbreitet, verschwand dann aber zusammen mit dem Institut der *mancipatio*.⁴² Im *Corpus Iuris* von *Iustinian* wurden sämtliche Hinweise auf sie getilgt.⁴³

³⁴ Kaser/Knütel, § 31, Rn. 7; Hausmaninger/Selb, S. 180.

³⁵ Kaser, § 109 III. Zuvor war der Treubruch des Gläubigers wohl nur anhand sakraler und zensorischer Strafdrohungen verfolgbare, Kaser, § 9 III 2. c. Die Formel der *actio fiduciae* ist nachzulesen bei Lenel § 107, S. 291 ff.

³⁶ Kaser/Knütel, § 31, Rn. 10.

³⁷ Kaser, § 109, II; Erbe, § 9, S. 37; Noordraven, S. 239; a.A. Oertmann, § 27, S. 203.

³⁸ Honsell, § 24, S. 77; Kaser, § 109, II.

³⁹ Kaser, § 109, II.

⁴⁰ Hromadka, Faustpfandprinzip, S. 17 m. w. Nachw.

⁴¹ Iul. Dig. 43, 26, 18 (13 dig), dazu: Erbe, § 13, S. 71; Oertmann, § 4, S. 30.

⁴² Honsell, § 24, S. 76. Das vermutet auch Noordraven, S. 9.

⁴³ Honsell, § 24, S. 76; Noordraven, S. 5, 9; Oertmann, S. 82.

3. *Pignus und hypotheca*

Das Pfand haben die Römer als einheitliche Rechtseinrichtung aufgefasst, gleich, ob die Sache bei der Verpfändung in den Besitz des Gläubigers gelangte (Faustpfand) oder beim Verpfänder verblieb (besitzloses Pfand)⁴⁴, wobei das Besitzpfand den Anfang bildete.⁴⁵ Seit der jüngeren Republik wurde der Pfandvertrag dann auch ohne Besitzübergabe abgeschlossen, insbesondere dann, wenn der Verpfänder den Besitz an der Sache aus wirtschaftlichen oder persönlichen Gründen nicht entbehren konnte.⁴⁶ Für dieses besitzlose Pfand bürgerte sich in der klassischen Periode der Name *hypotheca* ein.⁴⁷

Die Verpfändung einer Sache unterlag drei Voraussetzungen: Der Verpfänder musste Eigentum an der Sache innehaben, sich mit dem Gläubiger über die Pfandbestellung einigen (*conventio pignoris*)⁴⁸ und die Sache übergeben, wobei die Übergabe der Sache später auch als entbehrlich angesehen wurde. Zudem herrschte das Akzessorietätsprinzip, d. h. die Entstehung des Pfandrechts war an die Existenz der zu sichernden Forderung geknüpft.⁴⁹

Wurde die gesicherte Forderung nicht erfüllt, konnte der Pfandgläubiger nach Eintritt der Fälligkeit zur Verwertung des Pfandgegenstands übergehen.⁵⁰ Anfangs ist wohl auch das Pfand dem Gläubiger verfallen, d. h. der Gläubiger konnte die Pfandsache an

⁴⁴ Kaser, § 110, I; Hausmaninger/Selb, S. 181.

⁴⁵ Hausmaninger/Selb, S. 181; Kaser, § 110 I; Talamanca, 101 d, S. 479; a. A., allerdings ohne Begründung, Schanbacher, FS Mayer-Maly, S. 639 (644 Fn. 31).

⁴⁶ Kaser, § 110, II b.

⁴⁷ Die begriffliche Unterscheidung ist im *Corpus Iuris* an zwei Stellen definiert: Ulp. D. 13, 7, 9, 2: „*Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*“; Inst. 4, 6, 7: „*nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus*“; Kaser/Knütel, § 31, Rn. 14; Talamanca, 101 d, S. 479. Allerdings haben sich die klassischen Juristen nicht immer an diese strikte Terminologie gehalten, dazu Krämer, S. 30 ff.

⁴⁸ Beispiele für den Wortlaut einer Pfandabrede bei Schanbacher, FS Mayer-Maly, S. 644 f.

⁴⁹ Kaser, § 110, II 1.; Honsell, § 25, S. 78.

⁵⁰ Kaser, § 111 II 1.

Stelle der Schuldsomme behalten.⁵¹ Aber auch hier hat sich mit der Zeit der Pfandverkauf durchgesetzt, in spätklassischer Zeit galt er dann sogar ohne ausdrückliche Vereinbarung als Inhalt der Pfandabrede.⁵² Der bei dem Verkauf gegebenenfalls erzielte Überschuss (*superfluum* oder *hypérocha*) war an den Schuldner herauszugeben.⁵³

Mit einem Gesetz Kaiser Konstantins wurde die *lex commissoria* dann aus Gründen des Schuldnerschutzes im 4. Jhd. n. Chr. verboten.⁵⁴

Natürlich neigten die Gläubiger dazu, sich eine Sache verpfänden zu lassen, die den Wert der zu sichernden Forderung überstieg, um dann im Fall, dass der Schuldner die Forderung nicht zurückzahlen konnte, mehr zu erhalten als ihnen eigentlich zustand.

Auch im Römischen Recht war es nicht nur möglich einzelne Sachen zu verpfänden, vielmehr konnte auch ein Generalpfand am gesamten Vermögen bestellt werden⁵⁵ oder eine Gesamtsache (*universitas rerum*) verpfändet werden.⁵⁶

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass schon in der Antike Gegenstände zur Kreditsicherung eingesetzt wurden. Gängig war sowohl die *fiducia cum creditore contracta*, bei der zur Sicherung das Eigentum an einer Sache übertragen wurde, als auch (später) das *pignus* und die *hypotheca*, die bereits beschränkte dingliche Rechte verkörperten.

Dem Bedürfnis des Schuldners auch diejenigen Sachen zur Kreditsicherung einsetzen zu können, die er zu seinem wirtschaftlichen oder persönlichen Fortkommen in seinem Besitz haben musste, wurde durch die Institute der *fiducia* und der *hypotheca*, die auf eine Besitzübertragung verzichteten, Rechnung getragen.

⁵¹ Hausmaninger/Selb, S. 184; Krämer, S. 1; Kaser, § 111 II 1; ders., Studien zum römischen Pfandrecht, S. 12; Talamanca, 101 h, S. 482. Nachweise zu abweichenden Ansichten bei Kaser, Studien zum römischen Pfandrecht, S. 13 ff.

⁵² Ulp. (41 ad Sab.). Dig. 13, 7, 4: (...) *sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat* (...). Kaser, Studien zum römischen Pfandrecht, S. 77.; Talamanca, 101 h, S. 482.

⁵³ Hausmaninger/Selb, S. 185; Schanbacher, FS Mayer-Maly, S. 649.

⁵⁴ Codex Theodosianus.3. 2. 1. = Codex Iustinianus 8. 34. 3.: "*Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri.*"

⁵⁵ Benke/Meissel, S. 204.

⁵⁶ D. 20, 1, 34 pr (*taberna* als Gesamtsache).

Die Befriedigung des Gläubigers erfolgte auch schon vor dem Erlass des Verbots der *lex commissoria* durch Konstantin meist dadurch, dass der Gläubiger die Sache verkaufte und den Erlös in Höhe der Forderung einbehielt.

B. Die Entwicklung der Mobiliarsicherheiten im deutschen Recht

Im deutschen Recht war das Fahrnispfand ursprünglich als Besitzpfand ausgestaltet. Die Begründung dieses Pfandrechts vollzog sich durch Hingabe der Sache in die leiblichen Gewere des Gläubigers.⁵⁷ Bereits in der zweiten Hälfte des 13. Jhd. finden sich aber auch erste Spuren eines besitzlosen Pfandrechts, bezeichnet als *jüngere Satzung*.⁵⁸ Es konnte durch die Übertragung einer ideellen oder Zinsgewere übertragen werden oder auch völlig ohne Gewereübertragung.⁵⁹ Allerdings genügte eine Begründung durch einfachen Konsens nicht aus, erforderlich war vielmehr eine öffentliche Bestellung, meist vor Rat oder Gericht mit anschließender Kundgabe in einem öffentlichen Buch.⁶⁰

Infolge der Rezeption des Römischen Rechts wurde mit der Hypothek die Verpfändung durch bloße Willensübereinstimmung möglich. Weder Besitz noch öffentliche Beurkundung waren nötig, um dem Pfand dingliche Wirksamkeit zu verschaffen.⁶¹ In vielen Partikularrechten erhielt sich dabei aber für Immobilien das Erfor-

⁵⁷ *Gierke II*, § 169 I 1, S. 956. Leibliche Gewere bedeutet tatsächliche Sachherrschaft; diese „Machtausübung muss die Behauptung eines vorhandenen dinglichen Rechts einschließen“, *Gierke II*, § 113, S. 191.

⁵⁸ *Gierke II*, § 155 III, S. 818 ff. Zwar galt die jüngere Satzung ursprünglich nur für Liegenschaften, es wurden ihr aber auch bewegliche Sachen unterworfen, dazu im Detail ebd. § 169 I 2, S. 961 f.

⁵⁹ *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 27.

⁶⁰ *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 28 f.; *Gierke II*, § 169 I 2, S. 963.

⁶¹ *Gierke II*, § 156 I, S. 826, § 169 II, S. 963; *Wolff/Raiser*, § 129 IV, S. 521: „Die Aufnahme des römischen Pfandrechts in Deutschland zerstörte für das gemeine Recht die Grundsätze der Publizität (...), der Spezialität und der verschiedenen Behandlung von Fahrnis- und Liegenschaftspfand.“

dernis von Formalakten⁶², die Verpfändung von Mobilien wurde an die reale Besitzübertragung geknüpft.⁶³ Teilweise war die Mobilienhypothek als eine Hypothek minderen Rechts ausgestaltet, d. h. sie war mit einer minderen Rechtswirkung versehen.⁶⁴ In den Stadt- und Landrechten des ausgehenden Mittelalters und der frühen Neuzeit war also beinahe jede Pfandrechtsform vertreten, einzig eine Beschränkung auf das Faustpfand als alleinige Verpfändungsform war nicht zu finden.⁶⁵

Im 18. Jhd. wurde es verstärkt als problematisch empfunden, dass besitzlose Pfandrechte für Dritte nicht erkennbar waren. Man vertrat die Ansicht, dass zur Förderung des Güterumsatzes und der wirtschaftlichen Entwicklung der Erwerber einer Sache oder eines Pfandrechts an einer Sache sicher gehen können sollte, dass die Sache noch nicht mit einem Pfand zugunsten eines anderen belastet ist. Dies wollte man dadurch erreichen, dass man nur noch solche Verpfändungen zuließ, mit denen die Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger einherging. So konnte der Erwerber sicher sein, dass alle im Besitz des Schuldners befindlichen Gegenstände nicht mit fremden Rechten belastet waren.⁶⁶ Vielerorts wurde so das Faustpfandprinzip etabliert.⁶⁷ Der Schutz des Erwerbers durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb war damals hingegen noch nicht bekannt. Das preußische ALR⁶⁸ sowie auch alle übrigen Kodifikationen behielten das Verbot der Mobilienhypothek bei.⁶⁹

⁶² Beispielsweise Ausstellung von Urkunden, Art. 222, Bayerisches Landrecht von 1346, vgl. *Schlosser/Schwab*, S. 319.

⁶³ *Dernburg*, § 264.3b, S. 661.

⁶⁴ Nachweise bei *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 30; *Wolff/Raiser*, § 129 IV 1.

⁶⁵ *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 31.

⁶⁶ Stillschweigend wurde also vorausgesetzt, dass treuwidrige Verfügungen des kreditbedürftigen Pfandgebers wahrscheinlicher sind als solche des besitzenden Pfandnehmers; der Pfandnehmer war nun nämlich in der Lage den Pfandgegenstand zu veräußern und dabei nicht nur über die Lastenfreiheit, sondern auch über das Eigentum zu täuschen, siehe dazu *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 52.

⁶⁷ Z.B. in Preußen durch § 29 der Hypothec- und Concurs- Ordnung von 4. 2. 1722; vgl. dazu *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 51.

⁶⁸ §§ 20 I 6-10; 104 f. ALR (*Hattenhauer/Bernert*, S. 292, 295). *Svarez* äußerte bei der Schlussrevision des ALR, dass ein besitzloses Pfandrecht oder die Anwendung des *constitutium possessorium* bei der Pfandbestellung „Quelle unendlicher Betrügereien“ sei, siehe: Amtliche Vorträge bei der Schlussrevision, S. 59.

⁶⁹ Vgl. *Hromadka*, JuS, 89, (91); *Asmus*, S. 15.

Die gemeinrechtliche Mobiliarhypothek behielt zwar weiterhin – wenn auch in einem sehr kleinen Gebiet⁷⁰ – Gültigkeit, ihr wurde aber durch § 306 II ADHGB⁷¹ für das Gebiet des deutschen Bundes „die Lebenskraft genommen“, durch § 40 der Reichskonkursordnung (i. V. m. § 14 EGKO)⁷² wurde sie schlussendlich „zu Grabe [getragen]“.⁷³ § 306 ADHGB schützte nämlich nur den gutgläubigen Faustpfandnehmer, nicht aber den redlichen Mobiliarhypothekar. § 40 RKO stufte die gemeinrechtliche Mobiliarhypothek als nicht konkursfest ein; Hintergrund der Norm war das Publizitätsprinzip.⁷⁴ Damit war die Bestellung eines besitzlosen Pfandes auch in den wenigen Landesteilen, in denen ein solches noch zulässig war, wirtschaftlich sinnlos geworden.⁷⁵

Mit der Schaffung des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten⁷⁶ fiel die *ratio legis* des Faustpfandprinzips, nämlich Schutz des Dritten vor dem Erwerb einer belasteten Sache, weg.⁷⁷ Trotzdem ist der Gesetzgeber nicht zur Mobiliarhypothek zurückgekehrt.

⁷⁰ Die römische Hypothek war zu diesem Zeitpunkt nur noch auf einem Gebiet von etwa 500 Quadratmeilen mit etwa zwei Millionen Einwohnern zulässig, vgl. die Zusammenstellung in: Motive zur KO, S. 191; meist war jedoch auch in diesen Gebieten ihre Einzelheiten siehe: Motive zur KO, S. 191.

⁷¹ § 306 ADHGB: „Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolgern nicht geltend gemacht werden.“

⁷² § 40 RKO: „Gläubiger, welche an einer beweglichen körperlichen Sache (...) des Gemeinschuldners ein Faustpfandrecht haben, können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung verlangen (...)“; § 14 EGKO: „Faustpfandrechte im Sinne des § 40 KO bestehen an beweglichen körperlichen Sache nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.“

⁷³ Hromadka, Faustpfandprinzip, S. 127.

⁷⁴ „Sollen die späteren Gläubiger in der Beurtheilung der Vermögenslage ihres Schuldners nicht ungebührlich getäuscht und der Kredit überhaupt nicht empfindlich verletzt werden, so muss Jedermann in der Lage gewesen sein, diese rechtliche Absonderung des Gegenstands thatsächlich zu erkennen.“ So die Motive zur KO, S. 186.

⁷⁵ Der Gesetzgeber kommt angesichts der ohnehin nur noch geringen Verbreitung der Mobiliarhypothek zu dem Schluss, dass man „daher ohne Bedenken für den Konkurs, und damit freilich für das Leben, die Mobiliarhypothek zu Grabe tragen [kann]“, siehe: Motive zur KO, S. 192.

⁷⁶ §§ 15 I 42 ff. ALR, dazu Hinz, ZEuP 1995, 398 (416); § 306 ADHGB dazu Hinz, ZEuP 1995, 398 (420 f.).

⁷⁷ Hromadka, JuS 1980, 89 (91).

Vielmehr wurde nun die Notwendigkeit des Faustpfandprinzips im Hinblick auf den Schutz ungesicherter Drittgläubiger betont.⁷⁸ Diese sollten davor gewarnt werden, dem Schuldner im Hinblick auf die in seinem Besitz gebliebenen, aber schon verpfändeten Sachen Kredit zu gewähren.

Der BGB-Gesetzgeber übernahm das Faustpfandprinzip.⁷⁹ Kritik, die an diesem Prinzip geübt wurde, verhallte. Insbesondere wurde wohl vom Gesetzgeber nicht gesehen, dass das Institut des gutgläubigen Erwerbs die Funktion des Faustpfandprinzips übernommen hatte.⁸⁰ Auch den Schutz ungesicherter Drittgläubiger hatte der Gesetzgeber aber wohl nicht im Blick, denn seiner Ansicht nach sind die Gläubiger keinesfalls berechtigt, sich darauf zu verlassen, dass alle im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen diesem auch gehören.⁸¹

⁷⁸ *Hromádka*, Faustpfandprinzip, S. 184.

⁷⁹ §§ 1205 f. BGB.

⁸⁰ *Leonhard*, Gruchot 25 (1881), 177 (210 f.).

⁸¹ Prot. III, S. 3690.