lung[4] preist (wobei man hinzufügen muss, dass *Sonnenberger* selbst Mitglied dieser Arbeitsgruppe ist,[5] was das Gewicht seines Lobes etwas relativiert), meint *Zimmermann*,[6] seinerseits Mitglied der „konkurrierenden" *Lando*-Gruppe, der *Gandolfi*-Code sei in einigen Punkten „systemwidrig" und tradiere „rechtshistorisch Überholtes". Für mich stellt sich daher die Frage, ob diese auf privater Initiative beruhenden Regelwerke nicht überschätzt werden und ob man sich nicht stärker auf das positive Recht konzentrieren sollte.

Ein zweiter Punkt scheint mir noch bemerkenswert: Das Schrifttum – sieht man von einigen Rechtsvergleichern ab – orientiert sich bei seiner Argumentation nicht daran, ob eine bestimmte Auslegung des nationalen Rechts „EU-kompatibel" ist. Diese Erkenntnis hat die Autorin für das französische Recht plastisch herausgearbeitet. Wenn die Rechtsvereinheitlichung in der EU gelingen soll, ist hier ein Umdenken notwendig.

Paris/Zwickau JOACHIM GRUBER

Grädler, Thomas: Die Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen im deutschen Recht, dargestellt am Beispiel der englischen floating charge. (Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2011/12.) – Tübingen: Mohr Siebeck 2012. XX, 324 S. (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. 19.)

I. In der Arbeit wird untersucht, ob es sinnvoll wäre, eine Kreditsicherheit wie die englische *floating charge* – die als globale Unternehmensbelastung verstanden wird – ins deutsche Recht einzuführen. Dies wird zum einen bejaht, weil die globale Belastung eines Unternehmens durch ein einheitliches Sicherungsrecht für praktischer als die Kombination einzelner Sicherheiten gehalten wird (S. 143); zudem lasse sich nur mit einer globalen Belastung der über die kumulative Belastung einzelner Gegenstände hinausgehende Wert des Unternehmens als Kreditunterlage verwenden (144). Eine Einführung einer derartigen Kreditsicherheit ins deutsche Recht sei aber nur dann möglich, wenn das deutsche Recht, so der Autor, eine weitere Ausnahme zum Spezialitätsprinzip zuließe (146, 173 ff.).

II. Bevor analysiert wird, ob dem zugestimmt werden kann, soll zunächst kurz skizziert werden, welche rechtlichen Besonderheiten die *floating charge* nach englischem Recht aufweist.

1. Die *floating charge* ist ein besitzloses Kreditsicherungsrecht. Es kann alle möglichen Objekte erfassen – Immobilien, Mobilien, Rechte sowie immaterielle Güter. Sehr oft sollen mit ihr alle dannzumal vorhandenen schuldnerischen Objekte als Kreditsicherheit dienen. Die *floating charge* kennt zwei Phasen: zunächst eine vertragliche und dann eine dingliche. In der ersten, vertraglichen

[4] *Hans Jürgen Sonnenberger*, Der Entwurf des Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein, RIW 2001, 409.

[5] Siehe <www.accademiagiusprivatistieuropei.it>.

[6] *Reinhard Zimmermann*, Der „Codice Gandolfi" als Modell eines einheitlichen Vertragsrechts für Europa? – Überlegungen zur Regelung der Aufrechnung (Art. 132), in: FS Erik Jayme, Bd. II (2004) 1401, 1418.

RabelsZ 78, 907–915 – DOI: 10.1628/003372514X683756
ISSN 0033-7250 – © 2014 Mohr Siebeck

Phase[1] darf der Sicherungsgeber über die vorhandenen und sich stetig verändernden potentiellen Sicherungsobjekte grundsätzlich frei verfügen; doch ist klar, dass die Begründung einer zweiten, dieselben Objekte betreffenden *floating charge* die Rechte des ersten Sicherungsnehmers nicht beeinträchtigen kann.[2] In der zweiten, dinglichen Phase kann nicht mehr frei verfügt werden. Diese dingliche Phase wird mit der sogenannten *crystallisation*[3] erreicht. Die Kristallisation ist also ein Mechanismus, der bewirkt, dass die *floating charge* bestimmte Objekte dinglich belastet und insolvenzfest wird. Die *floating charge* wird so zur *fixed charge*. Zur Kristallisation führen die freiwillige oder gerichtlich erzwungene Liquidation bzw. die Einstellung der Geschäftstätigkeit (55 f.), die „Gefährdung der Sicherheit" (56) oder individuell festgelegte Kristallisationsgründe (56 ff.).

2. Wieso ist ein derartiger Mechanismus notwendig? Wenn man sich vergegenwärtigt, dass dingliche Rechte nur an bestimmten Objekten bestehen können, und die *floating charge* sehr oft alle vorhandenen Objekte dinglich belasten soll, bedarf es eines zeitlichen Fixpunktes, anhand dessen sich bestimmen lässt, welche Objekte vom dinglichen Recht erfasst sind. Erst dieser zeitliche Fixpunkt führt zur Momentaufnahme, die eine Bestandsaufnahme aller vorhandenen Objekte und damit auch deren dingliche Belastung ermöglicht. Lediglich wenn die *floating charge* z. B. ein örtlich bestimmtes, von anderen Dingen eindeutig abgegrenztes Lager mit einem unter einer Sammelbezeichnung erfassten wechselnden Warenbestand belasten soll (38), ist die Bestimmtheit schon von Anfang an gegeben. Mit der Kristallisation wird da lediglich bewirkt, dass der Sicherungsgeber die Verfügungsfähigkeit über die in einem bestimmten Zeitpunkt von der *floating charge* erfassten Gegenstände verliert und das Recht insolvenzfest wird.

Das englische Sachenrecht kann also ebenso wenig wie das deutsche Recht vom Bestimmtheitsgrundsatz und Spezialitätsprinzip abweichen. Überraschen kann das nicht. Denn worauf soll sich ein dingliches Recht beziehen, wenn es an der Bestimmtheit fehlt? Und wie soll vom Spezialitätsprinzip abgewichen werden können, wenn doch der Bestimmtheitsgrundsatz bei dinglichen Rechten aufgrund der Sachlogik stets einzuhalten ist – durch ein nachträgliches gedankliches Verwischen aller Objektgrenzen und die dingliche Belastung ei-

---

[1] *Roderick J. Wood*, The Concept of a Security Interest: The Canadian Experience (18.8.2011) 5, abrufbar unter <http://ssrn.com/Abstract=1912047>.

[2] Siehe dazu *In re Benjamin Cope & Sons Ltd, Marshall v Benjamin Cope & Sons Ltd* [1914] 1 Ch 800, 806 f., Sargant J.

[3] *The Governments Stock Investment and other Securities Investment Co Ltd v The Manila Railway Co Ltd and others* [1896] AC 81, 86, Lord Macnaghten: „It is of the essence of such a charge that it remains dormant until the undertaking charged ceases to be a going concern, or until the person in whose favour the charge is created, intervenes"; *Illingworth v Holdswourth* [1904] AC 355, 358, Lord Macnaghten: „A specific charge, I think, is one that without more fastens on ascertained and definite property or property capable of being ascertained and defined; a floating charge, on the other hand, is ambulatory and shifting in its nature, hovering over and so to speak floating with the property which it is intended to affect until some event occurs or some act is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge within its reach and grasp."

ner „Masse"? Und falls ja, wozu dies? Denn niemand hindert den einheitlichen Verkauf von Objekten bei der Verwertung, die zusammen einen größeren Wert aufweisen als getrennt. Der Bestimmtheitsgrundsatz führt also ganz automatisch zum Spezialitätsprinzip. Folgende Stellen zeigen denn auch sehr schön auf, dass mit der *floating charge* des englischen Rechts stets nur bestimmte einzelne Objekte dinglich belastet werden: „It is of the essence of a floating charge […] that it remains dormant and inoperative as regards any particular assets until it is converted into a charge on specific assets by the debenture-holder intervening and taking the proper steps to make it attach to all the existing assets of the company. Until that moment arrives, it has no present operation to confer an interest on the debenture-holder in a specific asset." Weiter: „Upon crystallisation, the charge specifically attaches to the individual assets and the debtor no longer has the ability to deal with them."[4]

3. Über die Natur der *floating charge* besteht in der englischen Doktrin bis zum heutigen Tag keine Einigkeit.[5] Das kann nicht verwundern, denn die Fragen, die mit ihr aufgeworfen werden, sind komplex. Der Autor meint zur Natur des Rechts, dass die *floating charge* vor der Kristallisation immerhin gewisse dingliche Wirkungen habe (70 f.). Dies, weil – wie bereits erwähnt – die Begründung einer zweiten, dieselben Objekte betreffenden *floating charge* die Rechte des ersten Sicherungsnehmers nicht beeinträchtigen könne. M.E. liegt der Grund für diese Lösung allerdings nur in Gerechtigkeitserwägungen und nicht in einer stets bestehenden Dinglichkeit der *floating charge*: Die bedingte Rechtsposition des Sicherungsnehmers kann nicht nachträglich ohne seine Zustimmung vernichtet werden. Das deutsche Recht kennt diesen Gedanken auch; denn es schützt z.B. die Anwartschaft (neben § 160 BGB) auch mittels § 161 BGB. Dinglichkeit (auch der Anwartschaft nach deutschem Recht – was allerdings von der h.M. nicht so gesehen wird) besteht allerdings nicht; lediglich ein ausgeprägter Schutz einer für schutzwürdig befundenen Rechtsposition. Ohne einen entsprechenden Schutz wäre die *floating charge* des englischen Rechts dem Untergang geweiht gewesen.[6] Auch ein Blick in die Vergangenheit, in das früher weit über die Landesgrenzen hinaus bekannte Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch *Johann Caspar Bluntschlis*, zeigt auf, welche Natur die Generalhypothek (§§ 874, 889 PGB) hat: „Ein generelles Pfandrecht auf ein ganzes Vermögen, liegendes und fahrendes Gut, eine Gattung, eine Masse von Waaren usf. kann zwar bestellt werden", sie kann aber keine dinglichen Wirkungen haben; denn

---

[4] *Evans v Rival Granite Quarries Ltd* [1910] 2 KB 979, 981 (Argument der *barristers*; insofern ohne jegliche Autorität, aber instruktiv).

[5] *Eilís Ferran*, Floating Charges – The Nature of the Security, CLJ 47 (1988) 213, 214 ff.; *Wood*, Security Interest (Fn. 1) 5.

[6] *In re Benjamin Cope* [1914] 1 Ch 800, 806, Sargant J: „[…] it has been generally recognized that a floating security can be displaced by a specific legal or equitable mortgage. But does it follow that it can be displaced by a subsequent floating charge in the absence of words in the first charge authorizing such a displacement? Nothing in the reported cases has carried the matter so far, and in so laying down the law I should, I believe, be acting contrary to all professional and commercial views on the subject – and it must be remembered that these debentures are commercial instruments."

aufgrund mangelnder Spezialität habe sie „eher den Charakter eines vertragsmässigen Vorzugsrechtes im Konkurse als den eines Pfandrechts".[7]

III. Wenn also auch im englischen Sachenrecht weder vom Bestimmtheitsgrundsatz noch vom Spezialitätsprinzip abgewichen werden kann, wie soll denn dies, wie in der Arbeit ausgeführt, im deutschen Sachenrecht möglich bzw. notwendig sein?

In der Arbeit wird dafür u. a. folgendes Beispiel genannt (187): Mit dem Registerpfandrecht am Luftfahrzeug, das sich auf die Ersatzteillager erstreckt, soll im deutschen Recht eine legislatorische Ausnahme vom Spezialitätsprinzip gemacht worden sein, indem sich die Pfandrechtserweiterung nicht auf einzelne Ersatzteile beziehe, sondern auf das gesamte Ersatzteillager in seinem wechselnden Bestand.

Bei genauer Betrachtung eines sehr ähnlichen weiteren Sicherungsinstruments des deutschen Rechts fällt allerdings auf, dass eine Ausnahme nicht bestehen kann: Denn der Bestimmtheitsgrundsatz (und daher auch das Spezialitätsprinzip) wird auch bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern eingehalten (116 ff.).[8] Die Bindung an den klar abgegrenzten Raum macht es möglich. So kann ein örtlich bestimmtes, von anderen Dingen eindeutig abgegrenztes Warenlager mit einem unter einer Sammelbezeichnung erfassten, wechselnden Warenbestand fiduziarisch und ohne unmittelbare Besitzübergabe übereignet werden.[9] Übereignet wird so nicht etwa eine Sachgesamtheit, sondern jeder einzelne Gegenstand. Die Bindung an den definierten, klar abgegrenzten Raum macht da ein Instrument wie die Kristallisation überflüssig. Auch das englische Recht kennt das Kriterium (implizit).[10]

In diesem Sinne ist auch der Text des deutschen Gesetzes betreffend das Registerpfandrecht am Luftfahrzeug, das sich auf die Ersatzteillager erstreckt, zu verstehen, § 71 LuftfzRG: „(1) Auf Grund der Erweiterung erstreckt sich das Registerpfandrecht auf die zur Zeit der Erweiterung oder später in das Ersatzteillager eingebrachten Ersatzteile. Dies gilt nicht für Ersatzteile, die nicht in das Eigentum des Eigentümers des belasteten Luftfahrzeugs gelangt sind. (2) Ersatzteile werden von der Haftung nach Absatz 1 frei, wenn sie aus dem Ersatzteillager entfernt werden, bevor sie in Beschlag genommen worden sind." Dieser Text enthält keinen Hinweis auf die Verpfändung einer Gesamtsache. Er kann es aufgrund der Sachlogik auch gar nicht.

Es bestehen also zwei Mechanismen, um mit Sicherungsabreden besitzlose

---

[7] *Johann Caspar Bluntschli*, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich[3], Bd. II: Das zürcherische Sachenrecht (1861) § 889 PGB, S. 309.

[8] Siehe zu rigideren Auffassungen noch *Rolf Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. II: Die einfache Sicherungsübertragung – Erster Teil (1965) 152 ff.

[9] BGH 17.1.1995 – XI ZR 192/93, BGHZ 128, 295, 299; BGH 13.1.1992 – II ZR 11/91, NJW 1992, 1161; BGH 3.7.2000 – II ZR 314/98, NJW 2000, 2898.

[10] Siehe dazu z. B. *In Re Marine Mansions Co* (1867) LR 4 Eq 601, Sir W. Page Wood, VC – die im Fall beschriebene *fixed charge* bezieht sich auf örtlich bestimmte Gegenstände und auf Forderungen, die sich aus dem Geschäften mit diesen Gegenständen ergeben: Das Grundeigentum und die darauf befindlichen Gegenstände und damit zusammenhängenden Forderungen sind als solche eindeutig bestimmbar. Daher können sie dinglich belastet werden. Und es kann so auch ohne weiteres vollstreckt werden.

dingliche Sicherungsrechte zu bestellen, die z. B. jedes einzelne Objekt aus einer Sachgesamtheit mit zunächst fluktuierenden Objekten erfassen, ohne dass dies die Verfügungsfreiheit des Sicherungsgebers von vornherein behinderte: die Bindung an einen örtlich bestimmten, klar abgegrenzten Raum (wie z. B. beim Warenlager oder aber auch beim Grundpfandrecht – der Sicherungsgegenstand des Grundpfandrechts sind auch Erzeugnisse und unwesentliche Bestandteile sowie Zubehörstücke, § 1120 BGB; aber auch Forderungen bilden einen Haftungsgegenstand, § 1123 BGB, siehe dazu S. 102 ff.) oder aber das Setzen einer Bedingung, die es erlaubt, das Vermögen zu einem bestimmten Zeitpunkt klar auseinanderzudividieren und die belasteten Gegenstände zu identifizieren. Wie das englische Recht es klar macht, kann allerdings aus der Tatsache, dass Bestimmtheit vorhanden ist, nicht auch automatisch auf Dinglichkeit und Insolvenzfestigkeit geschlossen werden: Eine *floating charge*, die bestimmte Gegenstände erfasst, wird dadurch nicht automatisch zur *fixed charge*.

IV. Fazit: Dass eine *floating charge* im deutschen Recht nicht besteht, bedeutet keinen grundsätzlichen Mangel im Vergleich zum englischen Recht. Denn auch das englische Recht kennt keine dinglich wirkende Vermögenshypothek. Das englische Recht hat allerdings gewisse Vorzüge: Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt es ein breites sachenrechtliches Konzept und kann so für deutlich mehr Sicherungsobjekte sorgen (siehe dazu 38 f.). Zudem hat es mit der *floating charge* ein besitzloses, (phasenweise) beschränktes dingliches Recht geschaffen, das auch Immobilien belasten kann, derweil im deutschen Recht die (nur betreffend Mobilien begründbare) und nicht-akzessorisch begriffene Sicherungsübereignung nach wie vor die Rolle des besitzlosen Pfandrechts einnimmt und so fast mehr Probleme schafft als sie löst.

1. Aber auch die Tatsache, dass das englische Recht die Kristallisation als ein etabliertes Instrument kennt, die Bestimmtheit herbeizuführen, um so zu dinglichen Sicherungsrechten an allen erfassten Gegenständen zu gelangen, bedeutet einen Vorsprung zum deutschen Recht. Man könnte vielleicht denken, dass auch das deutsche Recht einen vergleichbaren Mechanismus wie die *crystallisation* hat (siehe dazu den Hinweis des Autors 110 f. im Zusammenhang mit der Beschlagnahme beim Grundpfandrecht). Denn der Sicherungsgeber behält beim Grundpfandrecht, das sich neben der Liegenschaft auch auf weitere Gegenstände erstreckt, die Verfügungsbefugnis bis zur Beschlagnahme bei der Zwangsvollstreckung, §§ 20 I, 146 I ZVG i. V. m. § 135 f. BGB. (Verfügungsverbot zugunsten des Sicherungsnehmers). Dies wird als „potentielle Haftung" verstanden, „welche der latenten Globalbelastung der *floating charge* entspricht" (111).

Bei einem solchen Vergleich ist allerdings zu bedenken, dass sich beim Grundpfandrecht nach deutschem Recht die Bestimmtheit der dinglich belasteten Objekte – ähnlich wie bei der Besicherung durch alle Objekte in einem bestimmten, abgegrenzten Warenlager – bereits aufgrund eines anderen Fixpunktes ergibt: der Bindung an einen bestimmten, örtlich fixierten Gegenstand, d. h. das Grundstück. Die Beschlagnahme ist da also nicht notwendig, um die Bestimmtheit der Objekte und damit deren dingliche Belastung herbeizuführen. Die Beschlagnahme bewirkt lediglich, dass der Sicherungsgeber nicht mehr frei über die bereits dinglich belasteten Gegenstände verfügen kann. In

einem anderen Zusammenhang kann der zeitliche Fixpunkt hingegen sehr wohl auch im *civil law* zur Bestimmtheit der Objekte führen: So erlaubt es z. B. die Ausrichtung auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers, zu bestimmen, was zum Nachlass gehört.

Um also mit dem englischen Recht und seiner *floating charge* mithalten zu können, müsste im deutschen Recht folglich nicht etwa eine legislatorische Ausnahme vom Spezialitätsprinzip gemacht werden (was nach dem hier vertretenen Verständnis gar nicht möglich ist), sondern es müsste ein besitzloses akzessorisches Pfandrecht mit einem besonderen Mechanismus eingeführt werden, der es erlaubt, das belastete Objekt genau zu bestimmen: Bei einer Belastung aller Objekte müsste dieser Mechanismus der Kristallisation entsprechen; bei einer Teilbelastung kennt das deutsche Recht den Weg bereits, wie soeben im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit einem unter einer Sammelbezeichnung erfassten, wechselnden Warenbestand aufgezeigt wurde. Zudem müsste das deutsche Recht ein breiteres Verständnis von der Sache erhalten.

Die Registrierung eines solchen beschränkten dinglichen Rechts ist entgegen der Ansicht des Autors (219 ff.) allerdings nicht so wichtig. Denn zur Dinglichkeit bedarf es nicht etwa eines Publizitätsaktes (siehe dazu aber 218 f.), sondern lediglich der Bestimmtheit. Der Publizitätsakt ist eigentlich nicht mehr als ein reines Beweismittel, das dafür sorgt, dass das Recht auch anerkannt wird. Diese Nuance hat z. B. die Auffassung im französischen Recht, wonach der Eigentumsübergang erst dann drittwirksam sei, wenn der Besitz übertragen wurde[11] (Art. 1583 *Code civil*). Für den Eigentumstransfer genügt es also eigentlich, wenn die Sache bestimmt ist. Bestimmt ist sie schon mit der Bezeichnung im Vertrag. Lediglich zu Beweiszwecken mag es notwendig werden, zusätzlich den Besitz zu übertragen;[12] wie bei der *traditio ficta* könnte dies aber eigentlich auch durch Urkundenbeweis geschehen.[13] Und ein starker Drittgläubigerschutz kann mit der Registrierung ebenfalls nicht erreicht werden.[14] Denn Schuldner sind grundsätzlich frei, Sicherungsrechte an ihren Vermögensgegenständen zu begründen und so die Interessen anderer Gläubiger zu beeinträchtigen. Und jedes

---

[11] *Eleanor Cashin Ritaine*, National Report on the Transfer of Movables in France, in: National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Bd. IV: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, hrsg. von Wolfgang Faber/Brigitta Lurger (2011) 27; *Gerhard Kegel*, Verpflichtung und Verfügung – Sollen Verfügungen abstrakt oder kausal sein?, in: FS Frederick Alexander Mann (1977) 57, 74; Henri Capitant war, wie er gegenüber Ernst Rabel versicherte, der Ansicht, dass eine Eigentumsübertragung, die gegenüber Dritten nicht gilt (siehe dazu Art. 1583 *Code civil*), keine Eigentumsübertragung sein kann: *Ernst Rabel*, The Conflict of Laws, A Comparative Study[2], Bd. III: Special Obligations: Modification and Discharge of Obligations (1964) 79 Fn. 2.

[12] Ohne diese Begründung, aber im Ergebnis ebenso *Christian Atias*, Droit civil, Les biens[10] (2009) 204, der meint, der konsensuelle Eigentumsübergang erfolge drittwirksam; siehe zu dieser Frage auch *Franco Ferrari*, Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip, ZEuP 1 (1993) 52, 61 f. m. w. N.

[13] Zu deren Entwicklungsgeschichte *Johannes Biermann*, Traditio ficta, Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage (1891, Nachdr. 1968) 10 ff.

[14] *Nataša Hadžimanović*, Die allgemeine Mobiliarhypothek – unentbehrlich fürs Schweizer Recht?, AJP 2009, 1435, 1452.

Rückgängigmachen eines Sicherungsrechtes berührt die Interessen des gesicherten Gläubigers (und seiner Gläubiger). Daher kann der mit einer Registrierung angestrebte Drittgläubigerschutz, der sich auf die Drittgläubiger des Sicherungsgebers bezieht, höchstens die Bezeichnung von Belastungen zur Verhinderung von Missbrauch zum Ziel haben.

2. Missbrauch besteht dann, wenn gewissen Gläubigern auf Kosten anderer ungerechtfertigt Privilegien eingeräumt werden sollen. Dies ist auch dann der Fall, wenn es um den Schuldner so steht, dass die genannten Gläubiger zum Zeitpunkt der Bezeichnung der Belastung, dem eine Periode ohne Bezeichnung voranging, sich nicht mehr ein eigenes Sicherungsrecht einräumen lassen oder zumindest eine Sicherstellung bekommen können. Dazu kann gerade auch der Fall gehören, wo ein bereits vereinbartes Sicherungsrecht erst nachträglich, meist erst ganz kurz vor der Insolvenz, eingetragen wird. Will man Missbrauch verhindern, muss man vorschreiben, dass ein Pfandrecht, das ein wertvolles Gut (oder sehr viele, insgesamt wertvolle Güter) belastet, gelöscht wird, sollte sich herausstellen, dass der Eintrag z. B. weniger als ein Jahr vor der Insolvenz erfolgt und dem Schuldner von Dritten ein nicht zurückbezahlter Kredit gewährt worden ist (dessen Rückzahlung auch nicht etwa sichergestellt wurde). Denn in einem solchen Fall würde eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht vermutet. Die am Sicherungsgeschäft Beteiligten müssten diese Vermutung widerlegen, indem sie nachweisen, dass das Sicherungsrecht nach Abschluss des Pfandvertrages umgehend eingetragen wurde. Nur eine den Missbrauch verhindernde Anfechtungsklage führt also zu einem gewissen Schutz der Drittgläubiger.[15]

3. Die Registrierung mag aber den Vorteil haben, dass ein Zeitpunkt rasch, kostengünstig und unkompliziert fixiert werden kann, woraus sich die Art und der Rang des Sicherungsrechts (sowie – zum gegebenen Zeitpunkt – die einzelnen belasteten Objekte) klar bestimmen lassen und sich seine Konkursfestigkeit eindeutig ergibt.[16] Dies lässt sich zwar auch mit einer notariellen Beurkundung erreichen. Allerdings ist dieser Weg weniger schnell und möglicherweise auch teurer (wenn man die Kosten nicht berücksichtigt, die die Einführung eines Registers mit sich bringt).[17]

4. Es stellt sich allerdings in erster Linie die Frage, ob ein derart ausgestaltetes Pfandrecht für das deutsche Recht tatsächlich so interessant wäre. Denn das deutsche Recht hat mit der Sicherungsübereignung von Objekten in bestimmten, abgegrenzten Warenlagern bislang lediglich die „kleinere Variante" entwickelt. In der englischen Praxis wird die *floating charge* zudem mit einer bestimmte Güter belastenden und insolvenzfesten *fixed charge* sowie dem (durch die Reformen in 2002 etwas in den Hintergrund gedrängten) *receivership* bzw. dem *pre-pack*[18] kombiniert und erlangt erst so – als ein *management-take-over-tool* – ihre

[15] *Hadžimanović*, AJP 2009, 1435, 1444 f.

[16] *Hadžimanović*, AJP 2009, 1435, 1452.

[17] *Hadžimanović*, AJP 2009, 1435, 1452.

[18] Ein vom Sicherungsnehmer eingesetzter Insolvenzverwalter verkauft beim „pre-pack" zu einem sehr frühen Zeitpunkt das eigentlich profitable Unternehmen privat, ohne dass Gerichte oder *junior creditors* konsultiert werden müssten und ohne dass die finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens publik gemacht werden müssten; siehe dazu *Andrea Polo*, Secured Creditor Control in Bankruptcy: Costs and Conflict (13.9.2012) 5, abrufbar unter

enorme Beliebtheit. Die *crux* liegt also auch in der Ausgestaltung des Insolvenzrechts. Die Frage nach der Bedeutung der *floating charge* stellt sich aber auch in einem anderen Kontext: Denn mit den Reformen in Neuseeland, Kanada und Australien ist ein einheitliches Sicherungsrecht nach nordamerikanischem Vorbild (Art. 9 Uniform Commercial Code) eingeführt worden. Es fragt sich also, ob die *floating charge* nicht lediglich ein Zwischenstadium ist, das bereits überholt ist. Antworten auf solche Fragen fehlen in der Arbeit (vgl. dazu 94 ff.). Die Arbeit bringt daher nicht den Erkenntniswert, den man sich vom Titel der Arbeit verspricht. Das ist schade.

V. Warum aber ist das so? M. E. besteht das Hauptproblem der Arbeit darin, dass eine gründliche Analyse zur Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Spezialitätsprinzips im Sachenrecht fehlt.

1. Der Bestimmtheitsgrundsatz soll sich nach Ansicht des Autors aus der Lehre vom Vertrag ergeben und eng mit dem Traditionsprinzip verbunden sein (176). M. E. leitet sich der Bestimmtheitsgrundsatz für das Sachenrecht aber nicht von anderen rechtlichen Prinzipien ab. Er ergibt sich aus der Sachlogik. Ohne Bestimmtheit gibt es kein dingliches Recht: „Le droit de créance peut donc exister sans qu'il y ait une chose qui en fasse l'objet. Il n'en est pas de même du droit réel, il ne se conçoit pas sans une chose déterminée: une chose indéterminée et un droit de propriété, ou d'usufruit, ou de servitude dans cette chose sont des idées contradictoires. De là suit qu'il ne peut pas y avoir de transmission de propriété tant que la chose n'est pas détérminée."[19]

2. Das Spezialitätsprinzip soll entweder auf den Vorstellungen *Savignys* „vom Sachenrecht als der Herrschaft über die unfreien Gegenstände der Natur" beruhen, „wonach nur die Herrschaft über einen Teil der Natur vorstellbar sei und somit auch nur die Übereignung einzelner körperlicher Gegenstände" (174); oder aber auf dem Traditionsprinzip (174). Die entscheidende Rechtfertigung für das Spezialitätsprinzip wird in der Dogmatik des Verfügungsgeschäfts gesehen, denn das Verfügungsgeschäft setze eine besondere Berechtigung zur Einwirkung auf das betroffene Recht im Sinne einer Verfügungsbefugnis voraus, die für jedes betroffene Recht gesondert bestehe (174).

Daraus und wohl auch aufgrund der Tatsache, dass das englische Recht einen breiteren Sachbegriff als das deutsche Recht kennt, sowie aufgrund der Auffassung, dass Durchbrechungen vom Spezialitätsprinzip ganz generell möglich seien (174 ff.), scheint der Autor den Schluss zu ziehen, dass das englische Sachenrecht das Spezialitätsprinzip nicht beachten müsse (und das deutsche Recht bei einer Einführung der *floating charge* es ihm gleichtun könne). Denn, so meint der Autor, das englische Recht kenne das Trennungsprinzip im Gegensatz zum deutschen Recht nicht (212).

Damit wird aber verkannt, dass das Trennungsprinzip lediglich die Beach-

---

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2084881>; sowie *John Armour*, The Rise of the ‚Pre-Pack': Corporate Restructuring in the UK and Proposals for Reform, in: Restructuring companies in troubled times: Director and creditor perspectives, hrsg. von R. P. Austin/Fady J. G. Aoun (2012) 43 ff., abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=2093134>.

[19] *François Laurent*, Principes de droit civil français[3], Bd. VI (1878) 95.

tung zweier unterschiedlicher Aspekte im Zusammenhang mit Übertragungen, dinglichen Belastungen etc. von Objekten erfordert: des vertraglichen und des dinglichen. Wie viele Rechtsgeschäfte bestehen, ist dagegen unerheblich.[20] Auch das französische Recht beachtet das Trennungsprinzip.[21]

3. Aus einem breit angelegten Sachkonzept, wie es im englischen Recht besteht, scheint zudem in der Lehre[22] und auch vom Autor gefolgert zu werden, dass da zwischen Schuld- und Sachenrecht keine rechte Trennung bestehe und somit schlussendlich auch, dass das Eigentum an Unspezifischem, Bestimmbarem, an Sachgesamtheiten erworben werden könne. Dies aber ist ein Trugschluss. Das englische Sachenrecht selbst ist dafür Beweis genug. Denn für den Transfer des Eigentums an *generic goods* im englischen Recht, das einen sehr breiten Sachbegriff hat,[23] gilt grundsätzlich,[24] dass, solange diese nicht *ascertained*, d. h. spezifiziert sind, sie nicht zu Eigentum erworben werden können (s. 16 *Sale of Goods Act*). Um Härten zu vermeiden, besteht indes die Regel, dass derjenige, der eine bestimmte Menge an Gütern kauft, die noch nicht ausgeschieden sind, einen Miteigentumsanteil an der Gesamtmenge erwirbt (s. 20A *Sale of Goods [Amendment] Act*); er wird Miteigentümer nach Bruchteilen. Beide Prinzipien – Bestimmtheits- und Spezialitätsprinzip – werden da also beachtet. Denn dies ist genau der Weg, der auch in der deutschen Doktrin vorgeschlagen wird, um einen Bruchteil an einem Warenlager übertragen zu können.[25]

Der Autor verkennt also, dass der Bestimmtheitsgrundsatz, ohne den kein Sachenrecht auskommen kann, automatisch auch zur Beachtung des Spezialitätsprinzips führen muss. Das englische und das deutsche Sachenrecht sind sich also viel ähnlicher, als der Autor annimmt.

4. Mag der Autor des hier besprochenen Buches auch in entscheidenden Punkten m. E. nicht die richtige Fährte verfolgen, so ist sein Buch doch insofern wertvoll, als es den kritischen Leser dazu anregt, viele Überlegungen zu ganz grundsätzlichen Fragen des Sachenrechts anzustellen.

Hamburg NATAŠA HADŽIMANOVIĆ

---

[20] Siehe dazu sehr instruktiv *Stefan Habermeier*, Das Trennungsdenken, Ein Beitrag zur europäischen Privatrechtstheorie, AcP 195 (1995) 283, 293.

[21] Vgl. dazu *Habermeier*, AcP 195 (1995) 283, 291 f.

[22] *Wolfgang Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990) 112, 117.

[23] *Sandra Frisby/Michael Jones*, National Report on the Transfer of Movables in England and Wales, in: National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Bd. II: England and Wales, Ireland, Scotland, Cyprus, hrsg. von Wolfgang Faber/Brigitta Lurger (2009) 58 ff.

[24] *Frisby/Jones*, Transfer of Movables (vorherige Fn.) 65; zur Frage, ob in Fällen fehlender Ausscheidung zumindest *equitable rights* bestehen, ebd. 67 ff. (möglich außerhalb von Kaufverträgen; bei Kaufverträgen besteht im Zusammenhang mit noch nicht ausgeschiedenen Sachen aus einer Menge eine besondere Regel im *Sale of Goods Act*, die dem Bestimmtheitserfordernis Rechnung trägt).

[25] *Serick*, Eigentumsvorbehalt (Fn. 8) 157 f.