

Hans Friedhelm Gaul

## DAS KREDITSICHERUNGSSYSTEM DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND\*

### I. DAS GELTENDE DEUTSCHE KREDITSICHERUNGSSYSTEM ALS ERGEBNIS EINER RECHTSFORTBILDUNG PRAETER LEGEM

Das geltende deutsche Kreditsicherungssystem beruht nur noch zum geringsten Teil auf der Legalordnung des BGB von 1900. Es ist heute weithin das Ergebnis einer Rechtsfortbildung praeter legem. Die heutige Ausbreitung zu einem fast lückenlosen Netz an Sicherungsrechten ist nur verständlich vor dem Hintergrund des Verlustes der Wirtschaftsgüter durch den zweiten Weltkrieg, der Inflation und Währungsreform. Der verlorene Fundus an Vermögenswerten löste einen erheblichen Kreditbedarf aus, der nur durch Inanspruchnahme hoher Fremdfinanzierung gedeckt werden konnte. Die mangelnde Eigenkapitalausstattung, das Fehlen an Anlagevermögen machte es notwendig, auch Umlaufvermögen wie zum Verkauf oder zur Verarbeitung bestimmte Waren zu Zwecken der Kreditsicherung heranzuziehen.

Dieser Lage war das pfandrechtlich ausgestaltete Sicherungssystem des BGB nicht gewachsen. Das Grund- und Mobiliarpfandrecht (§§ 1113 ff., 1204 ff. BGB) ist einseitig am Anlagevermögen wie Grundstücken und beweglichen Sachen als statisches Sicherungsgut orientiert, nicht an Sachsicherheiten, die wegen ihrer Bestimmung zum Verkauf oder zur Verarbeitung ein dynamisches rechtliches Schicksal haben.

Hier bot die vom Prinzip der Privatautonomie beherrschte Privatrechtsordnung trotz des sachenrechtlichen Typenzwangs — des sog. numerus clausus der Sachenrechte — die besten Voraussetzungen für einen

\* Vortrag, gehalten am 22 Juni 1990 vor der Juristischen Fakultät der Universität Warschau.

weiteren Ausbau des Kreditsicherungssystems. Durch extensive Ausschöpfung der Gestaltungsmöglichkeiten der Kautelarjurisprudenz entwickelte sich in Ergänzung des *ius scriptum* ein System nichtpfandrechtlicher Mobiliarsicherheiten in Gestalt der Sicherungsübereignung, der Sicherungszession und des Eigentumsvorbehalts mit vielfältigen Erweiterungsformen.

Man hat diese Rechtsfortbildung als „juristisches Kunstwerk made in Germany“ gelobt<sup>1</sup>. Wegen der Kompliziertheit und des Verzichts auf Publizität hat man es aber auch kritisiert als „undurchsichtigen Dschungel“, der die wahren Kreditverhältnisse verschleierte<sup>2</sup>. Gewiß handelt es sich um eine juristische Pionierleistung, die den Wirtschaftsaufschwung nach dem letzten Weltkrieg mit ermöglicht hat. Ohne das Vertrauen in das hochwirksame Kreditsicherungssystem hätte sich die Kreditwirtschaft nicht zur großzügigen Kreditgewährung bereit gefunden<sup>3</sup>.

Ein auf niedriger — heute noch bei nur 18,5% liegender<sup>4</sup> — Eigenkapitalbasis gewachsenes Kreditsicherungssystem zeigt seine Schattenseite im Konjunkturtief. Die durch die Ölpreiskrise 1973 ausgelöste Rezession ließ die in den Wirtschaftswunderjahren noch bei 3000 bis 4000 liegenden Insolvenzen rasch auf das Doppelte anschwellen; die Zahl liegt heute bei ca. 15 000 Insolvenzen<sup>5</sup>. Dann wird der „Kredit zur Quelle des Konkurses“<sup>6</sup>. Inwieweit auch das weithin anonyme Kreditsicherungssystem als solches konkursfördernd wirkt, ist zwar umstritten. Tatsache ist, daß die Massenarmut der Konkurse wesentlich auf der „Aushöhlung“ durch vorweg zu befriedigende Sicherungsrechte beruht. Heute werden etwa 80% der nach Konkurseröffnung festgestellten Vermögenswerte an aus- und absonderungsberechtigte Sicherungsgläubiger verteilt<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> R. Serick, *Deutsche Mobiliarsicherheiten, Aufbau und Grundgedanken*, Heidelberg (1988), S. 109.

<sup>2</sup> H. Hanisch, *Diskussionsbeitrag auf dem 51. Deutschen Juristentag, herausgegeben von der ständigen Deputation*, München (1977), Teil 0, Band 2, S. 101 f.

<sup>3</sup> H. F. Gaul, *Zur Reform der Kreditsicherheiten*, Sparkasse 1978, S. 316 (317).

<sup>4</sup> Zur Entwicklung der „Eigenkapitalquote der deutschen Unternehmen von 1970 bis 1986 siehe „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht“ (ZIP) 1987, S. A 174 f.; dazu auch Serick, a.a.O. (Fn. 1), S. 85 f.

<sup>5</sup> C. Doehring, *Das Insolvenzgeschehen in der Bundesrepublik Deutschland mit neueren statistischen Ergebnissen*, Konkurs, Treuhand, Sanierung (KTS) 1989, S. 825 ff.: Die Tendenz ist rückläufig; gegenüber 1985 mit 18 876 Insolvenzen wurden im 1. Halbjahr 1989 nur noch 7 500 ermittelt.

<sup>6</sup> So schon Levy, *Konkursrecht*, 2. Aufl. (1926), Einleitung.

<sup>7</sup> Vgl. *Die allgemeine Begründung zum Referentenentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts*, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Verlag Kommunikationsforum Köln (1989), Teil A, S. 3.

## II. DIE LEGALORDNUNG DES BGB

Vor einer kritischen Besinnung ist jedoch zunächst das eigenartige deutsche Kreditsicherungs-system vorzustellen.

### 1. Die Pfandrechte des BGB und ihre Bedeutung

Der Regelung des BGB lag noch die naive Vorstellung zugrunde, daß der Geldkredit im wesentlichen durch Grundkredit oder Personalkredit gewährleistet werden könnte, durch Grundpfandrechte namentlich in Gestalt der Hypothek (§ 1113 BGB) und durch das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Kreditschuldners nebst seines Bürgen (§ 765 BGB)<sup>8</sup>.

Die Bürgschaft als „klassische“ Personalsicherheit hat im Rahmen der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit inzwischen manigfache Abwandlungen erfahren etwa durch Klauseln der „Zahlung auf erstes Anfordern“ oder ist teilweise schon ersetzt worden durch Garantieerklärungen, die namentlich im internationalen Rechtsverkehr herkömmliche Rechtsinstitute wie das des Akkreditivs verdrängt haben, aber auch durch Schuldbeitritts-, Patronatserklärungen und dergleichen. Doch muß ich mich hier auf die Darstellung der Entwicklung der sogenannten Real-sicherheiten beschränken.

Die Sachenrechtsordnung sieht zwar neben dem Grundpfandrecht noch das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1204 BGB) sowie das Pfandrecht an Forderungen und sonstigen Rechten vor (§ 1273 BGB). Als Kreditsicherungsmittel erwiesen sich diese aber bald als unzureichend und unpraktisch. Die Verpfändung beweglicher Sachen entzieht dem Kreditschuldner gemäß dem Faustpfandprinzip (§ 1205 BGB) Besitz und Nutzung und kommt deshalb praktisch nur an entbehrlichen Sachen wie Wertpapieren und Kostbarkeiten in Betracht. Das Leihhaus existiert nur noch vom kurzfristigen Kleinkredit<sup>9</sup>. Die Verpfändung von Forderungen setzt neben dem Verpfändungsvertrag die Anzeige an den Schuldner voraus (§ 1280 BGB) und setzt damit die Bonität und die Kreditwürdigkeit des Schuldners im Geschäftsverkehr herab. Sie wird deshalb heute meist durch die sog. „stille Zession“ ersetzt.

<sup>8</sup> Vgl. nur Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 15. Aufl. (1989), § 56 II 4.

<sup>9</sup> Vgl. *Verordnung über den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher (Pfandleiherverordnung) vom 1.2.1961* (BGBl. I, S. 58) in der Fassung vom 28.12.1979 (BGBl. I, S. 1986), abgedruckt bei Soergel-Mühl: *Kommentar zum BGB*, 12. Aufl. (1990), Einleitung Rnr. 10 Vor § 1204.

Eine gemeinhin zu wenig beachtete Bedeutung haben die Pfandrechte der §§ 1204 und 1273 BGB jedoch heute in der umfassenden Pfandklausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute (Nr. 19 II AGB-Banken, Nr. 21 I AGB-Sparkassen). Danach erlangt die Bank ein Pfandrecht an Wertgegenständen jeder Art, an Sachen wie Rechten, die in den Besitz oder die Verfügungsmacht der Bank gelangen<sup>10</sup> einschließlich der Forderungen des Kunden gegen die Bank selbst, ohne daß es im letzteren Fall wegen der Identität von Pfandgläubiger und Schuldner einer Anzeige bedarf<sup>11</sup>.

Das zweittypische System der Grundpfandrechte mit dem Nebeneinander von forderungsabhängiger Hypothek (§ 1113 BGB) und „isolierter“ Grundschuld (§ 1192 BGB) gilt zwar bis heute unverändert fort. Namentlich wird das Grundpfandrecht als wertbeständigstes Realkreditmittel hoch geschätzt. So waren 1986 Grundpfandrechte in Höhe von ca. 740 Milliarden DM im Grundbuch eingetragen<sup>12</sup>. Die schwerfällige Hypothek wurde jedoch weithin von der flexibleren Grundschuld verdrängt. Der Anteil der Grundschulden beträgt heute 81<sup>0</sup>/<sub>0</sub> gegenüber 19<sup>0</sup>/<sub>0</sub> Hypotheken<sup>13</sup>. Die Hypothek dient nur noch der Sicherung langfristiger Anlagekredite, während die Grundschuld heute bei kurz- und mittelfristigen Krediten das übliche Sicherungsmittel ist, und zwar die Briefgrundschuld. Dabei handelt es sich jedoch regelmäßig nicht um die „isolierte“ Grundschuld des § 1192 BGB, sondern um die sog. „Sicherungsgrundschuld“<sup>14</sup>.

Die „Sicherungsgrundschuld“ macht zwar die Grundschuld nicht gleich der Hypothek zu einem akzessorischen Recht; sie bleibt vielmehr sachenrechtlich Grundschuld im Sinne des BGB. Sie bindet aber den Gläubiger schuldrechtlich an den in der „Sicherungsabrede“ vereinbarten Zweck der Sicherung der Forderung. Die „Sicherungsgrundschuld“ hat sich namentlich gegenüber der Höchstbetragshypothek in der Praxis durchgesetzt, weil sie als beweglicheres Instrument dem Gläubiger eine

<sup>10</sup> Der Bundesgerichtshof (BGH) hält Nr. 19 II AGB-Banken = Nr. 21 I AGB-Sparkassen in ständiger Rechtsprechung für wirksam und insbesondere für vereinbar mit §§ 3, 9 AGBG vom 9.12.1976; vgl. BGH, NJW 1983, 2701 ff., BGHZ 93, 71 (75) = NJW 1985, 863 f.; BGH, NJW 1988, 3260 (3262). — Die Pfandklausel gilt nicht für Werte mit besonderer Zweckbestimmung und Treuhandkonten, BGH, NJW 1985, 1954.

<sup>11</sup> Man bezeichnet noch heute das Pfandrecht an eigener Schuld als „pignus debiti“, vgl. BGHZ 93, 71 (76).

<sup>12</sup> Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 36 I 1.

<sup>13</sup> Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 44 I 2.

<sup>14</sup> Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 45 I.

stärkere Rechtsposition gibt. Es besteht sogar die Möglichkeit, dem Gläubiger eine „heimliche Grundschuld“ zu verschaffen, wenn nämlich der Eigentümer sie zunächst als „Eigentümergrundschuld“ (§ 1196 BGB) für sich selbst bestellt und dann durch Briefübergabe und schriftliche Abtretungserklärung außerhalb des Grundbuchs abtritt<sup>15</sup>.

Der hervorragende Sicherungswert des Grundpfandrechts beruht nicht zuletzt auf den von den Kreditinstituten zu beachtenden Beleihungsgrenzen. So legt § 11 II Hypothekengesetz fest, daß die — erststellige — Beleihung „3/5 des Wertes des Grundstücks nicht übersteigen“ darf. Entsprechende Beleihungsgrenzen gelten für die öffentlichrechtlichen Sparkassen, die ebenfalls Darlehen regelmäßig nur gegen erststellige Sicherheit gewähren<sup>16</sup>. Speziell die Beleihung von Wohnbauten wird heute von Bausparkassen mit zweitstelligen und im sog. sozialen Wohnungsbau vom Staat (Landeskreditanstalten) mit zweit- oder drittstelligen Grundpfandrechten übernommen<sup>17</sup>.

Die Bedeutung des Grundpfandrechts als „klassische“ Sicherheit wird noch dadurch erhöht, daß es sich nicht nur auf das Grundstück als Pfandobjekt, sondern auch auf seine Bestandteile und das bewegliche Zubehör erstreckt (§ 1120 BGB). So kann bei Betriebsgrundstücken der Wert der Sicherheit durchaus zu 50% im mithaftenden Zubehör liegen<sup>18</sup>.

Die genannten Pfandrechte des BGB sind durch das gemeinsame Merkmal der Publizität gekennzeichnet. Sie wird bewirkt bei den Grundpfandrechten durch die Eintragung im Grundbuch (§§ 873, 1115, 1193 BGB), beim Pfandrecht an beweglichen Sachen durch die Besitzübergabe (§ 1205 BGB), beim Pfandrecht an Forderungen durch die Anzeige an den Schuldner (§ 1280 BGB). Der Vorteil dieses Systems liegt in der Transparenz der Kreditverhältnisse, ihre Offenlegung für andere Gläubiger und damit in der Vermeidung von Kollisionen von Sicherungsrechten an demselben Sicherungsobjekt. Seine Nachteile bestehen in der starren Fixierung auf das nur beschränkt verfügbare Anlagevermögen und dem Verlust der Nutzungsmöglichkeit durch Besitzverlust. Er macht es dem Schuldner unmöglich, mit dem Sicherungsgut wie Maschinen und Rohstoffen weiterzuarbeiten und mit dem erwirtschafteten Erlös den Gläubiger zu befriedigen. Insofern tendieren Schuldner- wie Gläubigerinteressen zu einem besitzlosen Pfandrecht, das jedoch nach dem BGB durch Rechtsgeschäft nicht bestellt werden kann<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 36 II 2 c, § 44 I 2.

<sup>16</sup> Gaul, a.a.O. (Fn. 3), S. 322.

<sup>17</sup> Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 36 I 4 d, g.

<sup>18</sup> Münchener Kommentar-Eickmann, BGB, 2. Aufl. (1986), § 1120 Rnr. 1.

<sup>19</sup> Serick, a.a.O. (Fn. 1), S. 67 ff.

B.U.F.

## 2. Der (einfache) Eigentumsvorbehalt

Zugunsten der Warengläubiger hat das Gesetz allerdings den Eigentumsvorbehalt als seiner Natur nach publizitätsloses Sicherungsrecht geregelt (§ 455 BGB). Er ist im Grunde ein ebenso anonymes sicherungsrecht wie das besitzlose Pfandrecht:

Der Verkäufer übergibt die Sache bereits dem Käufer, behält sich aber des Eigentum so lange vor, bis der Kaufpreis bezahlt ist. § 455 BGB stellt dann die Vermutung auf, „daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises erfolgt“. Der Regelung liegt die dem deutschen Recht eigentümliche Trennung von (schuldrechtlichem) Verpflichtungsgeschäft und (dinglichem) Verfügungsgeschäft zugrunde, das sog. Abstraktionsprinzip. Der Kaufvertrag als Kausalgeschäft ist unbedingt geschlossen (§ 433 BGB), das Übereignungsgeschäft als abstraktes Verfügungsgeschäft (§ 929 BGB) bedingt derart, daß das Eigentum erst mit dem Bedingungseintritt der Kaufpreiszahlung auf den Käufer übergeht (§ 158 I BGB). Der Verkäufer behält also zunächst sein Eigentum und sichert damit die Kaufpreisforderung wie den eventuellen Rückgabeanspruch, der Käufer erhält bereits Besitz und Nutzungsrecht an der Kaufsache<sup>20</sup>.

### III. DAS SICHERUNGSSYSTEM PRAETER LEGEM

#### 1. Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts

Das Gesetz regelt jedoch nur den sog. einfachen Eigentumsvorbehalt. Er erfaßt nur Sachen, die zum Verbleib beim Käufer als Letztverbraucher bestimmt sind und künftig zu seinem Anlagevermögen gehören sollen. Nicht geregelt ist jedoch der im Geschäftsverkehr bedeutsamere Fall, daß die Vorbehaltsware zum Weiterverkauf oder zur Verarbeitung bestimmt ist, mithin nicht zum (statischen) Anlage-, sondern zum (dynamischen) Umlaufvermögen beim Erstkäufer gehört<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Das ZGB der DDR vom 19.6.1975 kennt keinen vertraglichen Eigentumsvorbehalt mehr. Aber der Eigentumsübergang ist nicht nur an die „Übergabe“ der Ware, sondern auch an die „Zahlung des Kaufpreises“ gebunden, „soweit nichts anderes vereinbart ist“ (§ 139 III ZGB); darin liegt praktisch eine Art abdingbarer gesetzlicher Eigentumsvorbehalt. Bei Teilzahlungskrediten erlangt das Kreditinstitut kraft Gesetzes (I) ein Pfandrecht an der Ware (§ 141 ZGB). Vgl. dazu U. Dröbnig, *Dingliche Rechte im Zivilgesetzbuch der DDR*, ROW 1976, S. 11 ff. (15, 18 f.).

<sup>21</sup> Vgl. Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 59 I 4; Serick, a.a.O. (Fn. 1), S. 47 ff.

a) Das hat in der Praxis zur Ausbildung des sog. verlängerten Eigentumsvorbehalts geführt.

aa) Der Vorbehaltsverkäufer sichert sich durch sog. verlängerten Eigentumsvorbehalt mit Vorausabtretungsklausel, wenn die Vorbehaltsware von vornherein zum Weiterverkauf bestimmt ist. Er gestattet dem Vorbehaltskäufer die Weiterveräußerung (§ 185 BGB), läßt sich aber von diesem die künftigen Kaufpreisforderungen als weitere Sicherheit abtreten (§ 398 BGB). Die Verkaufsforderung bildet also die Ersatzsicherheit, das „Surrogat“ für die ursprüngliche Sachsicherheit aus Eigentum<sup>22</sup>.

bb) Der sog. verlängerte Eigentumsvorbehalt mit Verarbeitungsklausel dient dem Vorbehaltsverkäufer zur Sicherung bei Lieferung von zur Verarbeitung bestimmten Waren, wie z.B. von Rohstoffen zur Herstellung von Fertigfabrikaten. An sich bewirkt § 950 BGB, daß der Vorbehaltslieferant mit der Verarbeitung sein Eigentum verliert, denn das Gesetz spricht das Eigentum an der neuen Sache nicht dem bisherigen Eigentümer des Stoffes, sondern dem „Hersteller“ zu.

Dagegen soll die Verarbeitungsklausel dem Stofflieferanten das Eigentum auch am Endprodukt sichern. Die dogmatische Begründung dafür ist umstritten. Teils hält man § 950 BGB für dispositiv<sup>23</sup>. Der BGH hält dagegen nur eine vertragliche Bestimmung der „Hersteller“ — Eigenschaft in dem Sinne für zulässig, daß als „Hersteller“ der Stofflieferant erscheint, der die Sache durch den Verarbeiter herstellen läßt<sup>24</sup>. Der Lieferant kann so „seinen Eigentumsvorbehalt trotz § 950 BGB in das Fertigfabrikat hinein verlängern“ mit der Folge, daß er daran unmittelbar das Eigentum erlangt. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß § 950 BGB den „Interessenkonflikt“ zwischen Lieferant und Produzent unter „keinem sozialpolitischen, sondern nur unter einem wirtschaftspolitischen Aspekt“ regelt, weshalb Hersteller nicht notwendig der sein muß, der die Arbeit tatsächlich ausführt<sup>25</sup>.

Nach einer dritten Meinung kann Hersteller nur sein, wer objektiv das Produktions- und Absatzrisiko trägt; das ist der Produzent<sup>26</sup>. Der Lieferant kann sich vor dem Verlust seiner Sicherheit — des Rohstoffs — nur schützen, indem er sich durch antezipierte Sicherungsübereignung das Eigentum am Endprodukt vom Produzenten im voraus übertragen

<sup>22</sup> Aus der Judikatur vgl. nur BGHZ 56, 34 ff.; BGHZ 104, 129 (133 f.).

<sup>23</sup> So Flume, *Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt*, NJW 1950, 841 (843 ff.); zustimmend Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 53 b III 3.

<sup>24</sup> BGHZ 46, 117 ff.; BGHZ 79, 16 (23 ff.); BGHZ 98, 303, (312 f.); zustimmend Serick, a.a.O. (Fn. 1), S. 48 ff.

<sup>25</sup> BGHZ 56, 88 (90).

<sup>26</sup> Jauernig, BGB, 5. Aufl. (1990), § 950 Anm. 3 d.

läßt (§ 930 BGB). Der Nachteil für den Lieferanten besteht dann darin, daß er das Eigentum nicht im Wege des Direkterwerbs, sondern nur des Durchgangserwerbs erwirbt, was Drittgläubigern den zwischenzeitlichen Zugriff auf die Sache ermöglicht.

Eine uneingeschränkte Verarbeitungsklausel mit der Folge, daß der Lieferant Alleineigentum an der neuen Sache erwerben soll, kann allerdings leicht zu einer sittenwidrigen Übersicherung führen. Denn das Endprodukt ist meist viel wertvoller als der gelieferte Rohstoff. Dem kann eine sog. eingeschränkte Verarbeitungsklausel vorbeugen, durch die dem Lieferanten „Miteigentum an der neuen Sache im Verhältnis des Rechnungswerts des Stoffs zum Wert der neuen Sache“ eingeräumt wird. Ist also z.B. der Rohstoff 1000 DM wert, das Endprodukt 4000 DM, so erhält der Lieferant Miteigentum nach Bruchteilen am Endprodukt zu 1/4, der Produzent zu 3/4<sup>27</sup>.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich beim Zusammentreffen mehrerer Verarbeitungsklauseln zugunsten mehrerer Stofflieferanten bezüglich desselben Endprodukts. Hier versagt die Herstellerbestimmung im Sinne des BGH. Die Lösung wird in der entsprechenden Anwendung des § 947 BGB in dem Sinne gefunden, daß die Lieferanten Miteigentum am Endprodukt nach dem Verhältnis der Stoffwerte zueinander erwerben<sup>28</sup>. Zu dieser Lösung tendiert auch der BGH<sup>29</sup>. Ungeklärt bleibt danach freilich, mit welchem Anteil der Produzent mit seinen Lohn- und Betriebskosten beteiligt werden kann. Nach BGH scheidet seine Beteiligung an den Bestimmtheitsanforderungen<sup>30</sup>.

b) Eine Ergänzung des einfachen Eigentumsvorbehalts bildet schließlich der sog. erweiterte Eigentumsvorbehalt, der vielfach in Form des Kontokorrentvorbehalts begegnet:

aa) Danach behält sich der Vorbehaltsverkäufer das Eigentum nicht nur bis zur Erfüllung der Kaufpreisforderung, sondern bis zur Tilgung aller Forderungen aus der Geschäftsverbindung mit dem Käufer vor<sup>31</sup>. Die Problematik liegt darin, daß der Eigentumsübergang so ad infinitum hinausgeschoben werden kann oder beim Kontokorrentvorbehalt mit wechselndem Aktiv- und Passiv Saldo zumindest unklar bleibt. Nach der Judikatur des BGH darf der Kontokorrentvorbehalt mit seiner Ausdehnung auf andere als die ursprüngliche Kaufpreisforderung nicht der-

<sup>27</sup> Serick, aa.O. (Fn. 8), S. 53.

<sup>28</sup> Vgl. Soergel-Mühl, aa.O. (Fn. 9), § 950 Rnr. 18 mit Nachweisen.

<sup>29</sup> BGHZ 46, 117 (122) mit Hinweis auf § 947 BGB

<sup>30</sup> Vgl. Gaul, aa.O. (Fn. 3), S. 325.

<sup>31</sup> Beispiel: BGH, JZ 1971, 506.

art dem Sinn des Kaufvertrags widersprechen, daß er einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit bedeutet<sup>32</sup>.

bb) Unter diesem Aspekt ist am bedenklichsten der sog. Konzernvorbehalt mit der Ausdehnung auf Forderungen mehrerer demselben Konzern angehörender Gläubiger<sup>33</sup>.

## 2. Sicherungsübereignung

a) Die bedeutsamste Mobiliarsicherheit für den Geldkreditgeber bildet im deutschen Recht die Sicherungsübereignung. Sie geht auf die „fiducia cum creditore“ des römischen Rechts zurück und beruht somit auf alter Rechtstradition. Der Gesetzgeber des BGB hat sie — wie auch § 223 II BGB zeigt — als legitimes Seitenstück zum Faustpfandrecht des § 1205 BGB bewußt toleriert<sup>34</sup>, die VerglO von 1935 in § 27 II dem Sicherungseigentümer ausdrücklich das Absonderungsrecht zuerkannt. Allerdings hat das Sicherungseigentum kraft Gewohnheitsrechts das Pfandrecht des § 1205 BGB aus den genannten Gründen praktisch weit hin verdrängt.

Die Sicherungsübereignung erfolgt in der Weise, daß sich beide Parteien über den Eigentumsübergang einigen und anstelle der Übergabe der Sache ein Besitzmittlungsverhältnis (sog. Besitzkonstitut) vereinbaren, demzufolge nunmehr der Sicherungsgeber für den Sicherungsnehmer besitzt (§ 930 BGB). Gemäß der zugrunde liegenden schuldrechtlichen Sicherungsabrede soll die Übereignung aber nur der Sicherung einer Forderung dienen, so daß der Sicherungsnehmer nach Tilgung der Schuld zur Rückübereignung verpflichtet ist<sup>35</sup>. Die Sicherungsübereignung verleiht also dem Sicherungseigentümer mehr Rechtsmacht, als es der Sicherungszweck erfordert. Darin zeigt sich ihr fiduziarischer Charakter. Sie bietet gegenüber der Pfandbestellung den Vorteil, daß dem Schuldner Besitz und Nutzung der Sache verbleiben, die ihm die Fortführung seines Betriebs ermöglichen.

b) Die Sicherungsübereignung erfüllt im Wirtschaftsleben für die Banken eine ähnliche Funktion wie der Eigentumsvorbehalt für den

<sup>32</sup> BGH, NJW 1978, 632; Gaul, a.a.O., S. 324 mit weiteren Nachweisen.

<sup>33</sup> Der BGH hat in BGHZ 104, 129 (132) die Wirksamkeit des Konzernvorbehalts offengelassen. — Die Abteilung Kreditsicherung auf dem 51. Deutschen Juristentag (1976), Teil 0, Band 2, S. 181 hat sich für eine Einschränkung des „Konzernvorbehalts“ ausgesprochen.

<sup>34</sup> Vgl. Gaul, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, AcP 168 (1968), S. 351 ff.; ebenso Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 56 I; Soergel-Mühl, a.a.O. (Fn. 9), § 930 Rnr. 21 mit weiteren Nachweisen.

<sup>35</sup> Vgl. BGH, NJW 1984, 1184 (1185); im Zweifel ist mit der Sicherungsübereignung nur ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch verbunden und keine auflösende Bedingung (§ 158 II BGB); ebenso Gaul, a.a.O. (Fn. 35), S. 358, 367.

Warenlieferanten. Deshalb kennt die Praxis auch bei der Sicherungsübereignung die gleichen „Verlängerungs“- und „Erweiterungs“-Formen wie beim Eigentumsvorbehalt<sup>36</sup>.

aa) Besondere Bedeutung hat das bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand. Der sachenrechtliche Spezialitätsgrundsatz steht zwar der Übereignung von Sachgesamtheiten entgegen. So ist die Übertragung von Lagerbestandteilen mit bloß mengen- oder wertmäßiger Bezeichnung mangels Bestimmtheit unzulässig. Wohl kann sich die Sicherungsübereignung auf gesondert gelagerte oder besonders markierte Waren beziehen, wie es durch „Raumsicherungs“- und „Markierungsverträge“ geschieht<sup>37</sup>.

Durch antezipiertes Besitzkonstitut kann auch vereinbart werden, daß künftig in das Warenlager eingebrachte „Ersatzstücke“ in das Sicherungseigentum der Bank fallen sollen<sup>38</sup>. Sind die Waren zum Verkauf bestimmt, so kann sich die Bank — wie beim verlängerten Eigentumsvorbehalt — durch Vorausabtretung der Forderungen aus dem Verkauf sichern, ebenso durch „Verarbeitungsklausel“, falls die Waren zur Verarbeitung bestimmt sind<sup>39</sup>.

bb) Häufig dient die Sicherungsübereignung auch der Absicherung eines Kontokorrentkredits der Bank. Dann läßt sich die Bank das Sicherungsgut nicht bloß zur Sicherung einer Darlehensforderung, sondern wegen aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung übertragen. Diese „Erweiterung“ der Sicherungsübereignung ist heute banküblich und bei Kreditinstituten weniger bedenklich als der Kontokorrenteigentumsvorbehalt beim Warenverkäufer<sup>40</sup>.

### 3. Die Sicherungszession

a) Neben der Sicherungsübereignung ist heute die Sicherungszession gewohnheitsrechtlich anerkannt und wegen der geringen Eigenkapitalbasis der Unternehmen zu einem unentbehrlichen Sicherungsmittel der Warenlieferanten wie Banken geworden<sup>41</sup>. Sie hat in ähnlicher Weise

<sup>36</sup> Serick, a.a.O. (Fn. 1), S. 31 ff.

<sup>37</sup> Vgl. BGHZ 28, 16 ff. = NJW 1958, 1133 ff.; BGH, NJW 1984, 803 ff.; BGH, NJW 1986, 1985 (1986).

<sup>38</sup> Zu den Bestimmtheitsanforderungen vgl. jedoch BGH, LM Nr. 9 zu § 930 = WM 1963, 504; Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 57 III 2 b mit weiteren Nachweisen.

<sup>39</sup> Es gilt insoweit Entsprechendes wie oben zu Fn. 24 f.

<sup>40</sup> Beispiel: BGH, NJW 1984, 1184 ff.

<sup>41</sup> Grundlegend BGHZ 7, 365 ff.; ferner BGHZ 70, 86 (89 I.); BGHZ 88, 205 (206 f.) = JZ 1984, 99 f.; Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 58 I, II; Serick, a.a.O. (Fn. 1), S. 85 ff.

das Pfandrecht an Rechten (§ 1273 BGB) zurückgedrängt wie die Sicherungsübereignung das Sachpfandrecht. Der Grund dafür ist nicht zuletzt der, daß die Verpfändung künftiger Forderungen nicht im voraus angezeigt werden kann<sup>42</sup>. Allerdings hat das Pfandrecht an Rechten in den Pfandklauseln der Kreditinstitute heute noch eine größere Bedeutung<sup>43</sup>.

Schon der verlängerte Eigentumsvorbehalt wie die verlängerte Sicherungsübereignung sind im Grunde nichts anderes als die Kombination der dinglichen Sicherung mit einer Sicherungszession der künftigen Kaufpreisforderungen<sup>44</sup>. Die Sicherungszession hat darüber hinaus heute aber vor allem eigenständige Bedeutung.

Sie ist zunächst nichts anderes als eine Abtretung nach § 398 BGB. Der Gläubiger erhält also die abgetretene Forderung als Vollrecht übertragen (und nicht nur ein Pfandrecht daran) und somit — ähnlich wie bei der Sicherungsübereignung — mehr Rechtsmacht, als sie ihm die schuldrechtliche Sicherungsabrede einräumt. Auch die Sicherungszession ist also fiduziarischer Natur. Da sie — anders als die Verpfändung (§ 1280 BGB) — keine Anzeige erfordert, spricht man — tautologisch — von „stiller Zession“. Da der Zedent meist die Einziehungsbefugnis behält (§ 185 BGB), bleibt die Zession allerdings auch noch im Stadium der Geltendmachung der Forderung „verdeckt“<sup>45</sup>.

b) Die wichtigste Erscheinungsform der Sicherungszession ist die bankübliche „Globalzession“: Der Kunde tritt der Bank alle seine gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus Warenlieferungen oder Leistungen gegen Dritte „global“ ab. Problematisch ist dabei die genauere Bestimmung der zugleich abgetretenen künftigen Forderungen. Der BGH läßt insoweit die Bestimmbarkeit in dem Sinne genügen, als die einzelnen Forderungen im Zeitpunkt ihrer Entstehung anhand der Geschäftsunterlagen hinreichend individualisierbar sind<sup>46</sup>. Dafür genügt die Abtretung aller künftig in einem bestimmten Geschäftsbetrieb entstehenden Forderungen.

Die Globalabtretung aller Forderungen kann allerdings wegen „Übersicherung“, namentlich wegen sittenwidriger Knebelung nach § 138 BGB nichtig sein, weil sie dem Zedenten jede wirtschaftliche Bewegungsfreiheit nimmt. Dem Bedenken suchen die Banken durch Beschränkung der

<sup>42</sup> Serick, a.a.O. (Fn. 1), S. 76 ff.; zur Problematik siehe auch OLG Köln, NJW-RR 1988, 239; Das Pfandrecht entsteht erst, wenn das verpfändete Recht entstanden ist.

<sup>43</sup> Vgl. oben zu Fn. 10.

<sup>44</sup> Vgl. oben zu Fn. 22 und Fn. 39.

<sup>45</sup> Nach BGH, NJW 1978, 698 (699) gehört es sogar zum „Wesen des Rechtsinstituts der Sicherungsabtretung“, daß dem Zedenten die Möglichkeit zusteht, „die Forderung in eigenem Namen einzuziehen, ohne die Abtretung offenlegen zu müssen“.

<sup>46</sup> BGHZ 70, 86 (90).

Globalzession auf Forderungen aus bestimmten Geschäftszweigen oder einem eingeschränkten Personenkreis wie gegen Drittschuldner mit den Namensanfangsbuchstaben A bis K vorzubeugen. Üblich sind auch „Freigabeklauseln“, durch die sich die Bank zur Freigabe bei Überschreitung einer bestimmten „Deckungsgrenze“ verpflichtet, z.B. sobald der Nennbetrag der abgetretenen Forderungen die Kreditsumme um 20% übersteigt. Der BGH hat sogar eine „Überdeckung“ um 50% bei abgetretenen Baugeldforderungen noch für angemessen gehalten angesichts der weit unter dem Nennbetrag liegenden Realisierbarkeit der Forderungen sowie mit Hinweis auf die allgemeine „Schwäche der Sicherungszession“ als Sicherungsmittel<sup>47</sup>.

#### 4. Das „Factoring“-Geschäft

Eine moderne Erscheinungsform der Globalzession ist das Factoring-Geschäft, das allerdings nur eingeschränkt den Sicherungsgeschäften zuzuordnen ist. Dabei handelt es sich um eine neue Finanzierungsart, die etwa vor 30 Jahren aus den USA importiert worden ist. Die große Verbreitung des Factoring ist ein weiteres Symptom für die Eigenkapitalknappheit der Unternehmen. Die Factoring-Institute erzielten 1986 bereits Umsätze von ca. 10,8 Milliarden DM in Deutschland<sup>48</sup>.

Beim Factoring tritt der Kunde alle Forderungen gegen seine Abnehmer an die Factor-Bank im Wege der — meist offenen — Globalzession ab. Der Vorteil besteht für ihn darin, daß er sofort verfügbares Kapital in Höhe seiner Forderungen unter Abzug einer Gebühr von 0,5 bis 2,5% erhält und sich die Debitorenbuchhaltung und das Mahnwesen erspart.

a) Das echte Factoring beruht auf einem normalen Forderungskauf i.S. der §§ 433 ff. BGB und macht den Factor definitiv zum Gläubiger mit der Folge, daß er das Bonitätsrisiko trägt. Es ist also kein Kreditgeschäft, sondern Erfüllungsgeschäft des zugrunde liegenden Forderungskaufs<sup>49</sup>.

b) Beim unechten Factoring bleibt das Zahlungsrisiko beim Zedenten. Ist der Drittschuldner zahlungsunfähig, wird der Zedent mit der abgetretenen Forderung rückbelastet. Hier gewährt also der Factor mit der Gutschrift Kredit und läßt sich die Forderung erfüllungshalber zur Sicherung des Kredits abtreten. Es handelt sich also um einen Fall der Sicherungszession<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> BGHZ 98, 303 (316 f.); zuletzt BGH, JZ 1990, 490 ff. mit Anmerkung H. Weber.

<sup>48</sup> Vgl. Serick, a.a.O., S. 89 ff.; auch Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 58 I 2 e.

<sup>49</sup> BGHZ 69, 254 (257 f.); BGHZ 72, 15 (22); BGHZ 100, 353 (358 f.).

<sup>50</sup> BGHZ 58, 364 (366); BGHZ 82, 50 (61) = NJW 1982, 164 (165).

## 5. Kollisionsprobleme

Das ausgedehnte Netz publizitätsloser Sicherungsrechte führt leicht zu Kollisionen. Der Hauptfall ist das Zusammentreffen von verlängertem Eigentumsvorbehalt des Warenlieferanten mit der Globalzession zugunsten der Bank. Dieselben künftigen Forderungen werden hier oft vom Kreditschuldner zweimal abgetreten, zunächst durch Globalzession an die Bank und später durch verlängerten Eigentumsvorbehalt an den Warenlieferanten.

Der BGH entscheidet den Konflikt in ständiger Rechtsprechung praktisch zugunsten des Warenlieferanten<sup>51</sup>. Er geht zwar theoretisch neutral vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Waren- und Geldkreditgeber aus und bestimmt den Rang im Einklang mit dem pfandrechtlichen Sicherungssystem des BGB nach dem Prioritätsprinzip. Das scheint zunächst zugunsten der Bank als zeitlich vorrangige Globalzessionsempfängerin zu sprechen.

Der BGH hält jedoch in der Regel die Globalzession für sittenwidrig und nichtig nach § 138 BGB, soweit sie auch solche künftigen Forderungen umfassen soll, die der Schuldner später seinem Lieferanten aufgrund eines branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalts abtreten muß und abtritt. Darin sieht der BGH nämlich eine Verleitung zum Vertragsbruch (sog. Vertragsbruchtheorie)<sup>52</sup>. Die Bank kann dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur entgehen, wenn sie dem Warenlieferanten durch sog. dingliche Verzichtsklausel den Vorrang einräumt<sup>53</sup>. Das führt im Ergebnis zum Vorrang des Warenkreditgebers.

Ebenso entscheidet der BGH bei einer Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehalts mit dem unechten Factoring. Danach ist die Sicherungsabtretung an den Factor gleichfalls unter dem Aspekt der sittenwidrigen Förderung des Vertragsbruchs nichtig<sup>54</sup>. Dagegen hält der BGH die Globalabtretung im Wege des echten Factoring für wirksam, da der von der Bank gezahlte Gegenwert für den Forderungsankauf nur dem Kaufpreis entspreche, den der Vorbehaltskäufer beim Weiterverkauf an seine Abnehmer eingezogen hätte<sup>55</sup>. Die Interessen des Warenlieferanten werden also durch das echte Factoring nicht beeinträchtigt.

<sup>51</sup> BGHZ 30, 149 (151); BGHZ 32, 161 (163) und seitdem ständige Rechtsprechung; vgl. dazu Gaul, a.a.O. (Fn. 3), S. 325; Baur, a.a.O., § 59 VI mit weiteren Nachweisen.

<sup>52</sup> BGHZ 30, 153 im Anschluß an Flume, a.a.O. (Fn. 23), S. 847.

<sup>53</sup> BGH, NJW 1974, 942 f.

<sup>54</sup> BGHZ 82, 50 (64) = NJW 1982, 166.

<sup>55</sup> BGHZ 100, 353 (358 f.).

## IV. DIE SICHERUNGSRECHTE IM GELTENDEN KONKURSRECHT

Die Sicherungsrechte sollen sich in der Insolvenz bewähren, sich möglichst als „konkursfest“ erweisen. Insoweit gewährt das geltende deutsche Konkursrecht den Sicherungsgläubigern in Gestalt von Aus- und Absonderungsrechten (§§ 43, 48 f. KO) starke Vorrechte vor den persönlichen Gläubigern, die als Konkursgläubiger nur in der *par conditio creditorum* anteilige Befriedigung aus der restlichen Masse erhalten (§ 3 I KO). Namentlich können sich die Sicherungsgläubiger als Absonderungsberechtigte „unabhängig vom Konkursverfahren“ vorab befriedigen (§ 4 II KO).

1. Der Eigentumsvorbehalt gibt dem Vorbehaltsverkäufer kraft seines Eigentums im Konkurs des Käufers ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) nach Rücktritt (§ 455 BGB) oder Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter (§ 17 KO). Seine Verlängerungs- und Erweiterungsformen rechtfertigen allerdings nur ein Absonderungsrecht (§ 48 KO), da beim verlängerten Eigentumsvorbehalt die Vorausabtretung der künftigen Forderungen aus dem Weiterverkauf nur den Charakter einer Sicherungszession hat und der erweiterte Eigentumsvorbehalt nach Tilgung der Kaufpreisschuld hinsichtlich der übrigen Forderungen nur noch die Funktion einer Sicherungsübereignung erfüllt<sup>56</sup>.

2. Das Sicherungseigentum führt im Konkurs des Sicherungsgebers nur zu einem Absonderungsrecht, obwohl es in der Einzelzwangsvollstreckung ein Interventionsrecht kraft Eigentums gewährt (§ 771 ZPO). Das ist kein Widerspruch, da der Liquidationszweck des Konkurses seine Gleichstellung mit dem Pfandrecht erfordert<sup>57</sup>. Der Sicherungseigentümer darf deshalb den Sachwert nur zur Befriedigung seiner gesicherten Forderung beanspruchen, der Übererlös gebührt der Masse. Das Verwertungsrecht steht jedoch dem Sicherungseigentümer und nicht dem Konkursverwalter zu, da er berechtigt ist, sich aus dem Sicherungsgut „ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen“ (§ 127 II KO)<sup>58</sup>. Das entspricht der Regel, daß auch dem Pfandgläubiger als Absonderungsberechtigtem vorrangig das Verwertungsrecht zukommt, während es der Konkursver-

<sup>56</sup> Für den verlängerten Eigentumsvorbehalt vgl. BGH, JZ 1971, 505; für den erweiterten Eigentumsvorbehalt BGH, JZ 1971, 506; BGHZ 98, 160 (170) = JZ 1987, 355 mit Anmerkung W. Henckel. — Anderer Ansicht: Baur, Stürner, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, Band II: *Insolvenzrecht*, 12. Aufl. (1990) Rnr. 14.9: Aussonderungsrecht.

<sup>57</sup> RGZ 124, 73 (75); BGHZ 72, 141 (146 f.); Rosenberg, Gaul, Schilken, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 10. Aufl. (1987), § 41 VI 4 b (S. 506) mit weiteren Nachweisen.

<sup>58</sup> BGH, NJW 1978, 632 (633); BGHZ 77, 139 (141).

walter entgegen der Gesetzessystematik nur ausnahmsweise innehat (§ 127 I KO).

3. Entsprechendes gilt für die Sicherungszession. Auch sie gibt dem Sicherungsgläubiger trotz voller Rechtsinhaberschaft kein Aus-, sondern nur ein pfandrechtsartiges Absonderungsrecht nach § 48 KO mit einem Verwertungsrecht nach § 127 II KO.

Erstaunlich ist, daß Absonderungsberechtigte, zu denen § 27 II VergIO ausdrücklich den Sicherungseigentümer und Sicherungszessionar zählt, auch in das Vergleichsverfahren nicht einbezogen sind, sondern auch dort ihre Rechte ohne Rücksicht auf das Sanierungsziel ausüben können.

4. Es hat sich gezeigt, daß das ausgedehnte deutsche Kreditsicherungssystem in der Insolvenz fast zwangsläufig zur „Auszehrung“ der Konkursmasse führen muß<sup>59</sup>. Dies hat nicht nur allgemein zum Funktionsverlust des Konkurses mit seinem Ziel der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger beigetragen. Die Ausgestaltung der Sicherungsrechte als Absonderungsrechte mit separater Verwertungsbefugnis und der Möglichkeit, das Sicherungsgut im Einzelzugriff dem Unternehmen zu entziehen, löst fast immer eine „Zerschlagungsautomatik“ aus, die von vornherein jede Sanierungschance nimmt<sup>60</sup>.

Wie schon eingangs erwähnt, ist das bei Konkurseröffnung vorhandene Vermögen statistisch zu über 80% mit Aus- und Absonderungsrechten belastet<sup>61</sup>. Davon entfallen fast 50% aller Sicherheiten auf Immobiliarsicherheiten, fast 33% auf Mobiliarsicherheiten und ca. 18% auf Sicherungszessionen. Speziell bei Banken liegt der Anteil der Grundpfandrechte sogar bei 64% gegenüber nur 7,1% an Globalzessionen<sup>62</sup>. Die Relation drückt zugleich die Stärke der Grundpfandrechte und die Schwäche der Sicherungszession aus.

## V. REFORM DER MOBILIARSICHERHEITEN IM KÜNFTIGEN INSOLVENZRECHT

### 1. „Insolvenzrechtliche“ statt „materiellrechtliche“ Lösungsmodelle

Die geschilderte Lage hat spätestens seit dem 51. Deutschen Juristentag 1976 eine lebhafte Reformdiskussion ausgelöst<sup>63</sup>. Dabei denkt man

<sup>59</sup> Vgl. Gaul, a.a.O. (Fn. 3), S. 321 insbesondere mit Hinweis auf das Referat von W. Henckel auf dem 51. Deutschen Juristentag 1976, Teil 0, Band 2, S. 8 ff.

<sup>60</sup> Vgl. *Die allgemeine Begründung zum Referentenentwurf 1989* a.a.O. (Fn. 7), S. 51.

<sup>61</sup> Vgl. oben zu Fn. 7.

<sup>62</sup> Vgl. Gaul, a.a.O. (Fn. 3), S. 321; vgl. auch Baur, a.a.O. (Fn. 8), § 56 I 3 betreffend die Aufteilung nur unter den Mobiliarsicherheiten (ohne Berücksichtigung der Grundpfandrechte): Pfandrechte (6%), Eigentumsvorbehalt (26%), Sicherungsübergabe (30%), Sicherungszession (34%).

<sup>63</sup> Vgl. Gutachten Drobniß auf dem 51. Deutschen Juristentag 1976, a.a.O.

jedoch weniger an eine „materiellrechtliche“ als eine „insolvenzrechtliche Lösung“. Immerhin erscheint ein materiellrechtlicher „Rückschnitt“ der Sicherungsrechte angesichts der Auflockerung des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht völlig indiskutabel. Auch der Gedanke einer Registerpublizität nach dem Vorbild der USA wurde bisher nicht aufgegriffen<sup>64</sup>.

Eine grundsätzliche Diskreditierung der heute gewohnheitsrechtlich anerkannten Mobiliarsicherheiten gegenüber gesetzlichen Sicherungsrechten wäre gewiß verfehlt. Sie würde die Bedürfnisse der Kreditmärkte verkennen und nur zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Denn die Wurzel allen Übels ist die notorische Unterkapitalisierung der Unternehmen, der Ausbau des Sicherungssystems nur die Reaktion darauf.

Auch ist zu bedenken, daß die Kreditinstitute gesetzlich zur Sicherung ihrer Kredite verpflichtet sind, so durch § 18 KWG und durch die Sparkassenverordnungen der Länder. Das gebietet der Einlegerschutz und die Mündelsicherungspflicht der Sparkassen. Darüber wacht das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen und die Landesaufsicht über Sparkassen<sup>65</sup>.

Die amtlichen Reformvorschläge beschränken sich deshalb auf eine „insolvenzrechtliche Lösung“. Eine solche hat freilich auch materiellrechtliche Rückwirkungen. Denn in dem Maße, in dem man den Sicherungsrechten die insolvenzrechtliche Wirkungskraft beschneidet, entwertet man im Grund auch ihre materielle Qualität. Zudem ergänzt das Insolvenzrecht als Recht der Haftungsverwirklichung nur die Privatrechtsordnung und läßt sich von dieser nicht ganz trennen<sup>66</sup>.

Der damalige Justizminister Vogel hat es 1978 bei Einsetzung der Insolvenzkommission im Anschluß an den Konkursrechtler Weber gera-

(Fn. 2), Teil F, Band 1, S. 16 ff.; Referat W. Henckel, a.a.O. (Fn. 59), S. 8 ff. und dazu Gaul, a.a.O. (Fn. 3), S. 321 ff.

<sup>64</sup> Das „security interest“ des Art. 9 des Uniform Commercial Code der USA umfaßt als einheitliches Sicherungsrecht sogar alle Ersatzwerte des Sicherungsguts und wirkt aufgrund der Eintragung auch gegen Dritte, vgl. Drobniß, a.a.O. (Fn. 63), S. 72, 96. — In England kennt man die „floating charge“ als eintragungspflichtige Unternehmenshypothek, die sich bei drohender Zahlungsunfähigkeit aus einer schwebenden Belastung in eine dingliche Sicherheit am Vermögen der Company verfestigt. Sie verleiht dem Geldkreditgeber (Bank) ein monopolartiges Übergewicht und ist deshalb auf das deutsche System der traditionellen Doppelfinanzierung durch Geld- und Lieferantenkredit nicht übertragbar, vgl. Drobniß, a.a.O. (Fn. 63), S. 83 ff.; Gaul, a.a.O. (Fn. 3), S. 323. — Das besitzlose Pfandrecht des § 448 ZGB DDR 1975 aufgrund schriftlicher Vereinbarung stand im Hinblick auf das Kreditmonopol der staatlichen und genossenschaftlichen Einrichtungen nur Trägern sozialistischen Eigentums offen und ist deshalb auf eine freiheitliche Marktwirtschaft nicht übertragbar, vgl. Drobniß, a.a.O. (Fn. 20), S. 19; Gaul, a.a.O. (Fn. 3), S. 323.

<sup>65</sup> Vgl. Gaul, a.a.O. (Fn. 8), S. 322.

<sup>66</sup> Vgl. Gaul, a.a.O. (Fn. 8), S. 323.

dezu als „Schicksalsfrage der Insolvenzreform“ bezeichnet, „ob sich die Ausweitung der Mobiliarsicherheiten im Konkurs zurückdrängen läßt, ohne die volkswirtschaftlich notwendige Kreditversorgung zu gefährden“<sup>67</sup>.

## 2. Das Reformmodell des Kommissionsberichts 1985

In dem 1985 vorgelegten Bericht der Insolvenzkommission<sup>68</sup> bildet deshalb die Behandlung der Sicherungsrechte ein Kernstück, indem er scharf zwischen solchen mit und ohne Publizität unterscheidet. Die Besitz- und Grundpfandrechte sollen prinzipiell wie bisher das Absonderungsrecht behalten, die Inhaber „besitzloser Mobiliarsicherheiten“ sollen als „bevorrechtigte Insolvenzgläubiger“ in das Insolvenzverfahren einbezogen werden. „Besitzlose Mobiliarsicherheiten“ in diesem Sinne sind die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession, aber auch der Eigentumsvorbehalt in all seinen Erscheinungsformen sowie das Vermieter- und Verpächterpfandrecht.

Das Verwertungsrecht steht ausschließlich dem Verwalter zu. Die Sicherungsgläubiger unterliegen also einer absoluten Zugriffssperre, zudem einem Zinsstop ab Verfahrenseröffnung, einem Verzicht auf Nutzungsentuschädigung unter Vorbehalt eines Wertausgleichsanspruchs für Abnutzung und eines Eintrittsrechts zum Selbsterwerb des Sicherungsguts. Vor allem sollten die Sicherungsgläubiger einem Abzug eines „Verfahrensbeitrags“ von 25% unterliegen, der zugleich als „Solidarbeitrag“ zugunsten der ungesicherten Gläubiger gedacht war<sup>69</sup>. Ferner sollten im Falle der Reorganisation und des Zwangsvergleichs die besitzlosen Mobiliarsicherheiten um bis zu 50% gekürzt werden bei Zustimmung mit Summenmehrheit von 80%<sup>70</sup>.

## 3. Kritik und Neuformulierung des Reformziels

Dieses Reformmodell wurde zwar in bezug auf das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters positiv aufgenommen, stieß aber in bezug auf den „Verfahrensbeitrag“ von 25% auf den schärfsten Widerspruch<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Vogel, *Recht*, Information des Bundesministers der Justiz, März 1978, S. 21 (23).

<sup>68</sup> *Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht*, RWS-Verlag Köln (1985).

<sup>69</sup> Vgl. Leitsätze 3.3.2, 3.3.3 Abs. 2 des Ersten Berichts a.a.O. — Das dem zugrunde liegende ursprüngliche „Henckel-Modell“, vorgetragen auf dem 51. Deutschen Juristentag, a.a.O. (Fn. 59), S. 22 ff. sah noch eine anteilige Umlage der Masseschulden und Massekosten auf die Sicherungsgläubiger als Abzug vom Verwertungserlös ohne festen Prozentsatz vor.

<sup>70</sup> Vgl. Leitsätze 2.2.17 Abs. 2 a, 2.4.4.6 und 2.4.4.7 des Ersten Berichts, a.a.O.

<sup>71</sup> Vgl. Landfermann, *Die Rechtsstellung der dinglich gesicherten Gläubiger im künftigen Insolvenzverfahren*, KTS 1987, 381 (395 f.) mit Nachweisen.

Ende 1986 griff der amtierende Justizminister Engelhard in einem spektakulären Schritt öffentlich in die Diskussion ein. Er distanzierte sich ausdrücklich vom Kostenbeteiligungsmodell der Kommission und formulierte das Reformziel neu: Das künftige Insolvenzverfahren dürfe nicht der „Umverteilung von Vermögenswerten“ zwischen gesicherten und nicht gesicherten Gläubigern, sondern müsse allein der Haftungsverwirklichung dienen und deshalb die privatrechtlichen Haftungsverhältnisse respektieren<sup>72</sup>.

#### 4. Das „neue Modell“ des Reformentwurfs BJM 1989

Das „neue Modell“ liegt inzwischen — nach einem vorausgegangenem Diskussionsentwurf vom August 1988<sup>73</sup> — in dem Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts“ vom 1. November 1989 vor<sup>74</sup>. Der Entwurf übernimmt in § 54 weitgehend die Regelung der §§ 48, 49 KO und § 27 I VergIO über das Absonderungsrecht der Pfandgläubiger und stellt ihnen in § 55 die Inhaber besitzloser Mobiliarsicherheiten, nämlich den Vorbehaltseigentümer, Sicherungseigentümer und Sicherungszessionar gleich.

Die stärkere Einbindung der Sicherungsgläubiger in das Insolvenzverfahren hält jedoch auch der Referentenentwurf für notwendig. Deshalb unterwirft er sie dem Zugriffsstop und dem Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters. Dieser darf alle Gegenstände, an denen ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwerten, wenn er die Sache in seinem Besitz hat (§ 181 RefE). Dadurch wird den Gläubigern der Zugriff auf die wirtschaftliche Einheit des Schuldnervermögens verwehrt und die „Zerschlagungsautomatik“ des geltenden Rechts vermieden.

Den Besitzpfandgläubigern verbleibt dagegen wie im geltenden Recht das volle Absonderungs- und Verwertungsrecht (§ 189 RefE). Die Differenzierung trifft der Entwurf nicht deshalb, um die besitzlosen Mobiliarsicherheiten als „verdeckte“ Sicherheiten abzuwerten, sondern weil er sich bei diesen von einer einheitlichen Verwertung eine bessere Haftungsverwirklichung verspricht. Entscheidend war der Gedanke, daß die durch Faustpfandrechte und Pfändungen belegten Gegenstände ohnehin

<sup>72</sup> Engelhard, *Politische Akzente einer Insolvenzrechtsreform*, Rede auf dem Sparkassen-Prüfertag am 1. Oktober 1986, ZIP 1986, 1287 (1289).

<sup>73</sup> *Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts* des Bundesjustizministeriums vom 30. August 1988, RWS-Verlag 1988; dazu besonders informativ Uhlenbruck, BB 1989, 433 ff.

<sup>74</sup> Vgl. *Referentenentwurf 1989*, a.a.O. (Fn. 7).

schon aus dem technisch-organisatorischen Verbund des übrigen Schuldnervermögens herausgelöst sind<sup>75</sup>. Besteht ausnahmsweise auch an diesen Gegenständen ein Nutzungs- und Verwertungsinteresse des Insolvenzverwalters, kann er bei Gericht ihre Überlassung beantragen (§ 188 RefE).

Grundpfandrechte können wie im geltenden Recht auf Antrag des Gläubigers wie des Verwalters verwertet werden (§§ 53, 176 RefE). Beeinträchtigt die abgesonderte Verwertung des Gläubigers die Interessen der Insolvenzmasse etwa durch vorzeitigen Entzug eines Grundstücks, so kann der Verwalter — wie bisher schon (§ 30 a ZVG) — Vollstreckungsaufschub erwirken (§ 177 RefE).

Das grundsätzliche Verwertungsrecht des Verwalters wird durch das Informationsrecht (§ 181 a RefE), das Eintrittsrecht (§ 182 RefE) sowie vor allem durch das Initiativrecht des Gläubigers eingeschränkt (§ 183 RefE), durch das er auf Verfahrensbeschleunigung dringen kann. Verwertet der Verwalter nicht unverzüglich nach dem Berichtstermin oder bis zum Ablauf einer vom Gläubiger bei Gericht beantragten Frist, so erlischt das Verwertungsrecht des Verwalters (§ 183 II RefE).

Ein Zinsstop soll nur für die ersten 3 Monate bis zum Berichtstermin gelten. Danach sollen die Gläubiger bis zur Verwertung des Sicherungsguts Zinsen erhalten (§ 183 II RefE), ähnlich wie sie im Falle des Vollstreckungsaufschubs der Grundpfandgläubiger erhält (§ 178 RefE).

Für die Nutzung der Sicherheit soll Gläubiger eine Entschädigung für den Wertverlust schon ab Eröffnung des Verfahrens erhalten, sofern nicht der Verwalter eine Ersatzsicherheit stellt (§ 186 RefE). Entsprechendes gilt bei Verarbeitung der Sache durch den Verwalter. Soweit die Sache einer Verarbeitungsklausel aus verlängertem Eigentumsvorbehalt unterliegt, trifft den Gläubiger bezüglich des Wertüberschusses eine Freigabepflicht (§ 186 III 2 RefE).

Der Hauptunterschied zum Kommissionsvorschlag<sup>76</sup> besteht darin, daß dem Sicherungsgläubiger nur noch ein Kostenbeitrag von 10% abverlangt wird, nämlich 5% Feststellungskosten und 5% Verwertungskosten — vorbehaltlich der konkreten Berechnung tatsächlich höherer oder niedrigerer Verwertungskosten (§ 185 I, III RefE). Der Gedanke eines „Aufbesserungsbeitrags“ zwecks Vermehrung der Quote ungesicherter Gläubiger wird also ganz aufgegeben<sup>77</sup>.

Ein Kostenbeitrag von 5% ist ferner bei Grundstücksversteigerung für die Feststellung des mithaftenden Zubehörs vom Erlös abzuziehen (§ 1120 BGB, Art. 7 RefE, § 10 Nr. 1 a ZVGE).

<sup>75</sup> Vgl. *Allg. Begründung des RefE*, a.a.O. (Fn. 7), S. 48 ff., *Einzelbegründung des RefE*, a.a.O., Teil B, S. 203 ff. (205).

<sup>76</sup> Vgl. oben zu Fn. 69.

<sup>77</sup> Vgl. *Allg. Begründung des RefE*, a.a.O. (Fn. 7), S. 48 ff., 60 ff.

Vom Insolvenzplan werden Absonderungsberechtigte grundsätzlich nicht berührt (§ 256 I RefE). Jedoch können die Sicherungsrechte im Plan auch gekürzt, gestundet, ersetzt oder sonstigen Regelungen unterworfen werden (§ 256 II RefE). Bestimmte Kürzungsgrenzen werden nicht festgelegt. Die Absonderungsberechtigten bilden eine Sondergruppe (§ 255 II Nr. 1 RefE) und müssen mit Kopf- und Summenmehrheit zustimmen (§ 278 RefE) — während das geltende Recht 3/4-Summenmehrheit verlangt (§ 182 I KO, § 74 I VergIO) — sofern nicht die Zustimmung durch das Obstruktionsverbot als erteilt gilt (§ 279 RefE). Ein Minderheitenschutz gilt insofern, als der Gläubiger ohne seinen Willen durch den Plan nicht schlechter gestellt werden darf als vorher. Er kann die Versagung der Bestätigung bei Gericht beantragen (§ 287 RefE).

Ein materiellrechtlicher Eingriff des RefE richtet sich gegen die Abtretung und Pfändung von Arbeitsentgelt. Lohnabtretungen sollen spätestens 3 Jahre ab Verfahrenseröffnung, Lohnpfändungen sofort hinfällig werden (§ 122 I, III RefE). Das hat große praktische Bedeutung bei der Verbraucherinsolvenz, weil Verbraucherkredite heute vielfach durch Lohnabtretungen gesichert werden. Insofern wird den Abtretungsempfängern ein Sonderopfer zugunsten der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung abverlangt<sup>78</sup>. Die Beschränkung kommt jedoch weniger der Masse, als der Restsschuldbefreiung zugute (§ 226 II RefE).

## VI. KRITISCHE GESAMTWÜRDIGUNG

Für eine nähere kritische Auseinandersetzung mit den Reformvorschlägen bleibt kein Raum. Ich muß mich auf wenige Hinweise beschränken.

Richtig ist die Einbeziehung der besitzlosen Mobiliarsicherheiten in das Insolvenzverfahren und ihre Unterstellung unter das Verwertungsrecht des Verwalters. Nur so ist der „Zerschlagungseffekt“ vermeidbar. Ihre Funktion als Sicherungsrechte bleibt erhalten, solange sie „vorrangige Befriedigung“ finden. „Vollständige Befriedigung“ kann kein Gesetz verbürgen<sup>79</sup>.

Geäußerte verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Art. 3 und 14 GG verkennen die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Die

<sup>78</sup> Vgl. *Allg. Begründung des RefE*, a.a.O. (Fn. 7), S. 50, 103 ff., *Einzelbegründung des RefE*, a.a.O. Teil B, S. 124 ff.

<sup>79</sup> Treffend H. Baum, *Von der Freiheit des Reformgesetzgebers-Verfassungskonforme Behandlung der publizitätslosen Mobiliarsicherheiten im Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung*, KTS 1989, 553 (577) mit Hinweis auf Flessner, *Sanierung und Reorganisation* (1982), S. 221 f.

Rückstufung des Eigentumsvorbehalts vom Aus- zum Absonderungsrecht ist keineswegs eine verfassungswidrige „Enteignung zum Nulltarif“<sup>80</sup>, mag man auch gegen diese Lösung rechtssystematische und gewisse rechtspolitische Vorbehalte haben<sup>81</sup>. Dem Lieferanten bleibt ja ein Absonderungsrecht in Höhe des Restkaufpreises; das bietet noch eine genügende Rechtfertigung<sup>82</sup>.

Auch die Beschneidung der Gehaltsabtretung und Pfändung erscheint unter dem Aspekt der Freistellung des künftigen Erwerbs für die Restschuldbefreiung vertretbar und entspricht nur der jüngsten BGH-Judikatur zur Unwirksamkeit formularmäßiger Lohnabtretung wegen Übersicherung<sup>83</sup>.

Ein „Verfahrensbeitrag“ der Mobiliarsicherungsgläubiger von 25% bedeutet allerdings einen unverhältnismäßigen Eingriff. Diese Schlechterstellung gegenüber den Pfandrechten des BGB wird allein durch das Kriterium des Publizitätsmangels nicht gerechtfertigt und hätte in der Tat einen „Umverteilungseffekt“. Der Rechtsverkehr ist heute auf anonyme Sicherungsrechte eingestellt. Selbst für die BGB-Pfandrechte gilt das Publizitätsprinzip nicht ausnahmslos wie die Zubehörhaftung beim Grundpfandrecht (§ 1120 BGB) und das „*pignus debiti*“ der AGB-Pfandklauseln der Banken zeigt<sup>84</sup>. Andererseits gibt es auch offene Sicherungsaktionen.

Ein „Kostenbeitrag“ von 10% erscheint angemessen. Freilich sollte er nicht einer „Übersicherung“ entnommen werden<sup>85</sup>; Bemessungsmaßstab müßte die gesicherte Forderung sein<sup>86</sup>.

Problematisch ist die Nutzungsentschädigung, die selbst über das geltende Recht hinausgeht<sup>87</sup>, sowie der Zinslauf schon nach 3 Monaten statt nach einer längeren Stillhaltephase.

---

<sup>80</sup> So Serick, *Mobiliarsicherheiten im Diskussionsentwurf zur Reform des Insolvenzrechts — Möglichkeiten der Enteignung von Vorbehaltslieferanten zum Nulltarif*, ZIP 1989, 409 ff. (419).

<sup>81</sup> So insbesondere U. Huber, *Der Eigentumsvorbehalt im Synallagma*, ZIP 1987, 750 ff. (758 f.); zur entsprechenden Situation in der Einzelzwangsvollstreckung vgl. Rosenberg, Gaul, Schilken, a.a.O. (Fn. 57), § 41 VI 2 a (S. 501) mit Nachweisen.

<sup>82</sup> Vgl. dazu eingehend H. Baum, a.a.O. (Fn. 79), S. 553, 562 ff., 566, 576 f., 584 ff. (zugleich mit Hinweisen auf die verfassungsrechtliche Diskussion zur Bankruptcy Reform Act 1979/1984/1986 in den USA).

<sup>83</sup> BGH, Urt. v. 22.6.1989, NJW 1989, 2383.

<sup>84</sup> Vgl. oben zu Fn. 10, 43.

<sup>85</sup> Vgl. U. Huber, a.a.O. (Fn. 81), S. 759.

<sup>86</sup> Vgl. Baur, Stürner, a.a.O. (Fn. 56), Rnr. 4.48.

<sup>87</sup> Vgl. BGH, NJW 1980, 226 f.

Im übrigen steht die detaillierte Wertersatzregelung im Widerspruch zum Grundziel des Referentenentwurfs einer „Deregulierung“ und „Entbürokratisierung“ des Insolvenzverfahrens<sup>88</sup>.

Problematisch ist zudem die starke Beschränkung der Verwaltungsbefugnisse durch das Initiativrecht der Gläubiger unter dem Aspekt einer anzustrebenden Verfahrenseffektivität.

Schließlich muß man die Position der Sicherungsgläubiger unter dem allgemeinen Aspekt der „Verteilungsgerechtigkeit“ im Insolvenzverfahren sehen. Wenn die Konkursvorrechte der Arbeitnehmer und des Fiskus des § 61 KO ganz gestrichen werden sollen<sup>89</sup>, sind auch den Sicherungsgläubigern kleine Opfer zumutbar.

Institut für Zivilprozessrecht  
der Universität Bonn

Hans Friedhelm Gaul

SYSTEM ZABEZPIECZENIA KREDYTU  
W REPUBLICIE FEDERALNEJ NIEMIEC

Obowiązujący niemiecki system zabezpieczenia kredytu w małym tylko stopniu opiera się na unormowaniach BGB z 1900 r. Daleko posunięty jest dziś rozwój prawa *praeter legem*. Przewidziane w BGB prawo zastawu na nieruchomościach i ruchomościach daje wprawdzie korzyści wynikające z jawności i przejrzystości, może jednak obejmować jako majątek stanowiący zabezpieczenie jedynie mienie zainwestowane. Utrata dóbr ekonomicznych w wyniku wojny i spadku wartości, jak również brak w przedsiębiorstwach własnego kapitału wywołały konieczność objęcia systemem zabezpieczenia także towarów przeznaczonych do sprzedaży albo przeróbki. Stało się to możliwe w drodze szerokiego wykorzystania zasady autonomii stron przy określaniu treści umów. W ten sposób doszło do rozbudowy niezastawowych zabezpieczeń na rzeczach ruchomych, w postaci tzw. przedłużonego i rozszerzonego zastrzeżenia własności na rzecz dającego kredyt towarowy, jak również przeniesienia własności na zabezpieczenie oraz przelewu wierzytelności na zabezpieczenie na rzecz dającego kredyt pieniędzy.

Praktycznie sprawiło to, że przewidziane w BGB ustanowienie zastawu na ruchomościach zostało w szerokiej mierze zastąpione zabezpieczeniem przez ustanowienie posiadania pośredniego (*Besitzkonstitut*, § 930 BGB), zaś ustanowienie zastawu na prawach, które według BGB wymaga zawiadomienia dłużnika wierzytelności, zostało zastąpione przez przelew na zabezpieczenie („cichy przelew“). Banki zgadzają się często na zabezpieczenie kredytu przez przeniesienie na ich rzecz w drodze „glo-

<sup>88</sup> Vgl. auch Baur, Stürner, a.a.O. (Fn. 56), Rnr. 4.54.

<sup>89</sup> Zur geplanten Abschaffung der allgemeinen Konkursvorrechte der Arbeitnehmer und des Fiskus nach § 61 KO vgl. *Allg. Begründung des ReIE*, a.a.O. (Fn. 7), S. 63 ff.

balnego przelewu" wszelkich istniejących i przyszłych wierzytelności klientów w stosunku do dłużników tych ostatnich. Podobne znaczenie ma obecnie umowa o tzw. niewłaściwy factoring, przy której klient ponosi daleko posunięte ryzyko solidności (niezdolności płatniczej) swego dłużnika.

Niejawność w dokonywaniu przelewu na zabezpieczenie prowadzi łatwo do kolizji w razie dwukrotnego przeniesienia wierzytelności, jak to może mieć miejsce przy zbiegu przedłużonego zastrzeżenia własności dostawcy towarów z globalnym przelewem na rzecz banku. Orzecznictwo opierające się na BGB wychodzi z zasady priorytetu, a zatem pierwszeństwa pierwszego przeniesienia praw, uważa jednak, że dokonanie pierwszego przeniesienia na rzecz banku jest z reguły przeciwne dobrym obyczajom i nieważne, ponieważ bank musi przy takim przeniesieniu brać pod uwagę, iż klient, chcąc otrzymać towary, musi te same wierzytelności przenieść na swego dostawcę.

„Zatalenie stosunków kredytowych" przez zabezpieczenie na ruchomościach bez oddawania ich w posiadanie działa niekorzystnie w wypadku niewypłacalności. Przywileje wierzyciela, który uzyskał zabezpieczenie, prowadzą do „wyczerpania" masy upadłości, zaś oddzielne dochodzenie jego wyodrębnionych praw powoduje często „rozbicie" niewypłacalnego przedsiębiorstwa i pozbawienie go w ten sposób szans na uzdrowienie.

Podjęta w 1976 r. pod wpływem rosnącej liczby wypadków niewypłacalności dyskusja nad reformą prawa o niewypłacalności (Insolvenzrecht) doprowadziła do wysunięcia w 1985 r. przez Komisję prawa o niewypłacalności (Insolvenzrechtskommission) propozycji zmierzającej do pozbawienia osób korzystających z bezposiadaniowego zabezpieczenia, ich wyodrębnionych praw i do obciążenia tych osób 25-procentową „solidarną składką" na rzecz wierzycieli nie mających zabezpieczenia. Ogłoszony w 1989 r. projekt *Ustawy o reformie prawa o niewypłacalności (Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts)* porzucił z kolei myśli o „przekształceniu podziału" i jako cel przyszłego postępowania w wypadku niewypłacalności przyjął z powrotem „urzeczywistnienie odpowiedzialności (Haftungsverwirklichung)". Według tego projektu osoby korzystające z zabezpieczenia miałyby wprawdzie zachować swoje wyodrębnione prawa, prawo do spieniężenia byłoby jednak zastrzeżone przede wszystkim dla syndyka niewypłacalności (Insolvenzverwalter), a to dla uniknięcia szkodliwych „skutków rozbicia". Na wierzycieli korzystających z zabezpieczenia miałyby być nałożona jedynie 10-procentowa „składka na koszty", a to celem odciążenia masy upadłości. W niniejszej pracy zostało zajęte krytyczne stanowisko wobec tych propozycji.

W warunkach gospodarki rynkowej wykorzystuje się wiele instrumentów prawnych służących zabezpieczeniu wierzytelności kredytowej. Mają oczywiście zastosowanie konstrukcje, które zabezpieczają realizację każdego już bieżącego lub przyszłego roszczenia za pomocą czynności prawnych. Zastaw, hipoteka czy poręczenie stanowią prawne formy zabezpieczenia kredytu także w Polsce. Nastąpiło jednak swoiste przewartościowanie środków służących ochronie kredytodawcy. Ponieważ przez wiele lat przysławiano bankom, w szczególności Narodowemu Bankowi Polskiemu, uprzywilejowaną pozycję wobec kredytobior-