

Ass. iur. Stephan Friedrich Sigloch (LL.B.)

Doktorand

**Der Kampf um die Sicherungszession  
in der Rechtsprechung des Reichsgerichts seit 1879**

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte der  
Universität Mannheim

Abteilungssprecher: Prof. Dr. Friedemann Kainer

Erstreferent: Prof. Dr. Ulrich Falk

Zweitreferent: Prof. Dr. Philipp Fischinger

Tag der mündlichen Prüfung: 23. September 2024

# Gliederung

I. Kapitel: Einleitung .....	1
I.    Einführung in die Thematik .....	1
II.   Forschungsfragen und Gegenstand der Arbeit .....	4
1.  Forschungsfragen und Motivation .....	4
2.  Die Übersicht der Arbeit nach Kapiteln .....	5
III.  Kurzübersicht über die rechtshistorische Entwicklung der Zession .....	6
II. Kapitel: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über die Anerkennung der Sicherungszession in den Jahren 1880 bis 1903 .....	10
A.    Der Gang der Rechtsprechung zur Sicherungszession im ausgehenden 19. Jahrhundert .....	10
I.    Die erstmalige Anerkennung der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession in den Urteilen vom 9. und 13. Oktober 1880 .....	10
1.  Erstmalige Anerkennung der Sicherungsübereignung in Form des Sicherungskaufs durch den I. Zivilsenat am 9.10.1880 .....	11
2.  Ablehnung der Wirksamkeit einer Sicherungsübereignung durch den III. Zivilsenat noch im September 1880 .....	14
3.  Erstmalige Anerkennung der Sicherungszession durch den I. Zivilsenat am 13.10.1880 .....	16
4.  Die Grundsatzurteile zur Sicherungsübereignung vom 10.1.1885 und zur Sicherungszession vom 4.12.1886 .....	18
5.  Das Reichsgericht und die Rollenverteilung seiner Zivilsenate – ein Überblick. ....	20
II.   Die Begründungen der Zivilsenate zur Wirksamkeit der Sicherungszession .....	23
1.  Ist die Zession aufgrund der Sicherungsabrede per se als Forderungsverpfändung anzusehen? .....	24
2.  Die Sicherungszession als Umgehung der Faustpfandvorschriften? .....	25

3.	Erwirbt der Sicherungsnehmer das Vollrecht, obwohl die Zession nur zur Sicherheit („in securitatem“) erfolgte?.....	26
4.	Sicherungsabreden: Kann diese der (Dritt-)Schuldner auch dem Zessionar entgegenhalten?.....	29
III.	Die Rechtslage nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).....	31
1.	Die Rechtslage nach Einführung des BGB anhand des Urteils vom 10.10.1903 .....	31
2.	Dogmatische Erläuterungen zur Sicherungszession .....	33
3.	Schlussbetrachtung der <i>ersten Phase</i> der Rechtsprechung von 1880 bis 1903....	34
B.	Die Simulation als Einwand gegen die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte .....	37
I.	Der Einwand der Simulation – ein alter Bekannter.....	39
1.	Der Sicherungskauf als Vorgänger der Sicherungsüberübereignung .....	39
2.	Der Sicherungskauf unter Verwendung des <i>constitutum possessorium</i> .....	40
II.	Der Einwand der Simulation in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.....	41
1.	Das Urteil des Reichsgerichts vom 7.5.1880 – Argumente für einen fehlenden Willen zur Übereignung .....	41
2.	Das Oberappellationsgericht Rostock 1854 – der Sicherungszweck stehe der Wirksamkeit des Sicherungskaufs nicht entgegen .....	45
3.	Drei Entscheidungen des Reichsgerichts aus dem Jahr 1880 – der Sicherungskauf als Simulation .....	48
4.	Urteil des V. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 21.1.1893 – Sekuritäts- vs. Scheinzession .....	51
5.	Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 8.6.1896 – die Maßgeblichkeit des Parteiwillens .....	53
III.	Die Ansichten in der Rechtswissenschaft .....	55
1.	Rudolph von Jhering .....	55
2.	Joseph Kohler .....	56

3.	Konrad Hellwig .....	57
4.	Otto Bähr .....	59
5.	Ferdinand Regelsberger.....	59
6.	Zusammenfassung der rechtswissenschaftlichen Standpunkte .....	63
C.	Gesetzesumgehung .....	65
I.	Die Diskussion in der Rechtswissenschaft zur Umgehung der Pfandrechts- und konkursrechtlichen Vorschriften .....	65
1.	Die Diskussion in der Rechtswissenschaft über die Umgehung der deutschen Pfandgesetze durch die Sicherungsübereignung und Sicherungszession .....	66
a)	Umgehung der deutschen Pfandgesetze durch die Sicherungsübereignung... .....	67
b)	Die deutschen partikularrechtlichen Faustpfandgesetze als Verbotsgesetze ansehend: .....	68
aa)	Konrad Hellwig .....	68
bb)	Otto Bähr.....	71
cc)	Gerhard Leist und Heinrich Dernburg.....	72
dd)	Joseph Kohler.....	72
c)	Die Deutschen partikularstaatlichen Faustpfandgesetze nicht als Verbotsgesetze ansehend: .....	73
aa)	Rudolf Leonhard .....	73
bb)	Karl Linckelmann .....	75
d)	Stellungnahme zur Diskussion um den Verbotscharakter der partikularrechtlichen Pfandgesetze.....	77
e)	Umgehung der partikularstaatlichen Faustpfandgesetze durch die Sicherungszession .....	77
aa)	Zur Vergleichbarkeit von Sicherungszession und Forderungspfandrecht... .....	78
bb)	Werden die deutschen Pfandgesetze durch die Sicherungszession umgangen? .....	79

2.	Sind die konkursrechtlichen Vorschriften als Verbotsgesetz der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung auszulegen? .....	82
a)	§ 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung sei kein Verbotsgesetz .. .....	84
b)	§ 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung sei ein Verbotsgesetz .... .....	86
c)	Lassen sich in den Motiven des Gesetzgebers Antworten zur Frage des Verbotsgesetz finden? .....	87
3.	Verstoß gegen das Verbot der <i>lex commissoria</i> .....	89
a)	Das Verbot der Vertragsklausel <i>lex commissoria</i> .....	90
b)	Verstießen die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte gegen das Verbot der <i>lex commissoria</i> ?.....	91
II.	Der Einwand der Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung.....	94
1.	Wesentliche Entscheidungen für die Annahme der Gesetzesumgehung und gegen die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte .....	95
a)	Drei kritische Entscheidungen des III. Zivilsenats aus dem Jahr 1880 .....	95
b)	Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Kiel vom 10.11.1884.....	97
2.	Wesentliche Entscheidungen gegen die Annahme einer Gesetzesumgehung und für die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte .....	98
a)	Grundsatzentscheidung zur Sicherungsübereignung vom 10.1.1885 .....	98
b)	Die Grundsatzentscheidung zur Sicherungszession vom 4.12.1886 .....	100
c)	Die Entscheidung des VI. Zivilsenats am 2.6.1890 .....	102
III.	Nach Einführung des BGB: Umgehung von § 1280 bzw. §§ 1205, 1253 Abs. 2 BGB .....	104
1.	Die Argumente des Reichsgerichts gegen eine Umgehung von §§ 1205, 1253 Abs. II bzw. § 1280 BGB .....	104
a)	Urteil vom 17.6.1902 .....	106
b)	Urteil vom 8.11.1904 .....	107

2.	Die rechtswissenschaftliche Literatur zur Umgehung von § 1280 und §§ 1205, 1253 Abs. II BGB.....	108
IV.	Schlussbetrachtung .....	112
1.	Das Rechtsverständnis der Sicherungszession um 1900.....	112
a)	Die Sicherungszession als fiduziarisches Rechtsgeschäft .....	112
b)	Die Rechtsbeziehungen der Beteiligten bei der fiduziarischen Sicherungszession .....	114
2.	Zusammenfassung und Würdigung des II. Kapitels .....	116
D.	Die Behandlung der Sicherungszession in der Konkursordnung von 1877.....	118
I.	Die Reichskonkursordnung von 1877 .....	118
1.	Die Rechtslage im Deutschen Kaiserreich.....	120
2.	Wirtschaftslage im Kaiserreich – eine Konkursordnung für das Deutsche Reich wird notwendig.....	120
3.	Das Konkursrecht als soziale Frage .....	121
II.	Die Behandlung der fiduziarischen Sicherheiten nach der neuen Reichskonkursordnung von 1877 und 1898.....	122
1.	Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte .....	122
2.	Findet sich die Lösung des Gesetzgebers in den Motiven zur Konkursordnung? .....	124
3.	Die Rechtstellung des Sicherungsnehmers und des Sicherungsgebers im Falle des Konkurses des jeweiligen Vertragspartners.....	128
a)	Die Rechtstellung des Sicherungsnehmers im Konkurs des Sicherungsgebers: Die Lösungsansätze von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung .....	128
aa)	Der Lösungsvorschlag der Rechtswissenschaft.....	128
bb)	Der Lösungsansatz des Reichsgerichts (I. Zivilsenat) .....	130
cc)	Würdigung der Lösung des Reichsgerichts.....	135

b)	Die Rechtsstellung des Sicherungsgebers im Konkurs des Sicherungsnehmers: Die Lösungsansätze des Gesetzgebers, der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft.....	137
aa)	Die begriffliche und dogmatische Weiterentwicklung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts zur Treuhand.....	137
bb)	Der Lösungsansatz des Gesetzgebers .....	139
cc)	Der Lösungsansatz des Reichsgerichts.....	141
dd)	Der Lösungsansatz der Rechtswissenschaft.....	147
III.	Zusammenfassung des Abschnitt D. Konkursordnung .....	152
III.	Kapitel: Die Vorauszession .....	154
I.	Einleitung .....	154
II.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Vorauszession .....	156
1.	Ausgangsentscheidung vom 29.9.1903 – das Reichsgericht anerkennt die Vorauszession.....	157
a)	1. Argument: Vorauszession bereits nach gemeinem Recht möglich.....	157
b)	2. Argument: Vorauszession als dringendes Verkehrsbedürfnis .....	158
c)	Max Eccius Alternative zur Vorauszession – der Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB.....	158
d)	Das Verkehrsbedürfnis als leitendes Motiv des Reichsgerichts .....	160
e)	§ 398 S. 2 BGB stehe der Vorauszession nicht entgegen .....	161
2.	Urteil vom 1.10.1907 – Die Verfügung über eine künftige Forderung.....	161
a)	„Das Wesen der Verfügung“ .....	161
b)	„Das Wesen der Willenserklärung“ .....	163
c)	„Die Wirkung der Verfügung“ .....	164
d)	Würdigung der Entscheidungen.....	165
e)	Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit als Grenze der Vorauszession .....	166
III.	Die Diskussion der Rechtswissenschaft um die Möglichkeit der Vorauszession.... .....	168

1.	Weitere Argumente für die Wirksamkeit der Vorauszession.....	168
2.	Argumente der Rechtswissenschaft gegen die Möglichkeit einer Vorauszession .....	172
3.	Abschließende Betrachtung: .....	174
IV.	Die Vorauszession als subjektloses subjektives Recht?.....	176
V.	Das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit – der Weg zur Zulassung der Globalzession .....	178
VI.	Die reichsgerichtliche Rechtsprechung unter rechtsmethodischer Betrachtung: Begriffs- oder Interessenjurisprudenz? .....	187
1.	Die Begriffs- und Interessenjurisprudenz .....	187
2.	Die Richter des Reichsgerichts – Begriffs- oder Interessenjuristen?.....	189
VII.	Zusammenfassung .....	192
1.	Sprünge und Brüche in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Sicherungszession .....	192
2.	Gefahr der Rückschauverzerrung.....	193
IV. Kapitel:	Die Reformbewegungen Anfang des 20. Jahrhunderts.....	197
I.	Überblick über die Reformbewegungen.....	199
II.	Die Reformvorschläge der Vorkriegsjahre.....	201
1.	Erste Reformidee: Das Registerpfandrecht .....	201
2.	Zweiter Reformvorschlag: Die Ausweitung des Anfechtungsrechts .....	202
3.	Reformideen aus dem Ausland – ein Rechtsvergleich.....	203
III.	Die Bemühungen des Gesetzgebers um eine Reform in der Zeit vor und während des Ersten Weltkriegs.....	205
IV.	Weitere Anstrengungen für eine Reform der Mobiliarsicherheiten nach dem Ersten Weltkrieg.....	207
V.	Kritische Würdigung der Reformbewegung .....	210
VI.	Vorschlag zur Reformierung der Sicherungszession .....	213

VII.	Lassen sich die vorgenannten Modernisierungs- und Reformierungsideen auch auf die heutige Rechtslage anwenden?.....	217
V. Kapitel:	Zusammenfassung und Schlussbetrachtung .....	220
I.	Zusammenfassung .....	220
II.	Schlussbetrachtung und Würdigung der Arbeit .....	222

# I. Kapitel: Einleitung

## I. Einführung in die Thematik

Ein zentrales Problem der Konkurs- und Insolvenzverfahren ist seit jeher die Massearmut. Sie führt – wenn das Verfahren überhaupt eröffnet wird – meist zu geringen Quoten für die Insolvenzgläubiger (heute i.d.R. 3–5 %<sup>1</sup>). Die Massearmut hat verschiedene Ursachen. Eine bedeutsame sind die Mobiliarkreditsicherheiten.<sup>2</sup> Sie gewähren dem besicherten Gläubiger einen weitreichenden Zugriff auf die Konkurs- bzw. Insolvenzmasse, bevor andere, ungesicherte Konkurs- bzw. Insolvenzgläubiger zum Zug kommen. Von besonderer praktischer Bedeutung sind noch heute die beiden fiduziarischen Mobiliarkreditsicherheiten – die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung. Banken und andere Gläubiger lassen sich regelmäßig vom Schuldner einzelne Gegenstände, meist aber ganze Sachgesamtheiten des Betriebes, wie z.B. Warenlager oder alle Außenstände (Forderungen), jetzt und für die Zukunft übertragen.<sup>3</sup> Allerdings zeigt ein Blick in das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900, dass der Gesetzgeber diese Institute dort nicht vorsah. Vielmehr findet man im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) zur Beleihung von Mobilien noch heute nur die Möglichkeit, bewegliche Sachen, Forderungen und Rechte zu verpfänden. Für die Entstehung des Pfandrechts ist die Offenkundigkeit der Verpfändung die entscheidende Voraussetzung. Daher verlangen die §§ 1205 ff. BGB für bewegliche Sachen die Übergabe an den Pfandgläubiger und die §§ 1279 ff. BGB für Forderungen und Rechte, eine Anzeige der Verpfändung an den (Dritt-)Schuldner. Auch die von 1879 bis 1998 geltende (Reichs-)Konkursordnung (KO) gewährte das Privileg der abgesonderten Befriedigung nur unter den vorgenannten Bedingungen.<sup>4</sup> Die Kreditpraxis

---

<sup>1</sup> Laut dem Bundesamt für Statistik erhielten die Gläubiger bei Insolvenzverfahren in Deutschland, die im Jahr 2011 eröffnet und bis Ende 2018 beendet wurden, durchschnittlich nur 3,8 % ihrer Forderungen zurück. Nur wenig besser sah es speziell für die Gläubiger von insolventen Unternehmen mit 6,1 % aus, vgl. <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/insolvenzverfahren-bis-2018.html>.

<sup>2</sup> Hierauf hat treffend hingewiesen: *Falk*, Konkursübel, ZRG GA 131 (2014), 266 (268 f.); *Falk/Kling*, German Bankruptcy Act, S. 235; später auch *Kling*; Konkurs, S. 385 f.

Als weitere Gründe der Massearmut werden u.a. genannt: Die verspätete Antragsstellung bzw. Leerlaufen straf- und zivilrechtlicher Sanktionen der verspäteten Beantragung, die Aushöhlung der Konkursmasse durch Masseverbindlichkeiten, Steuervorrechte des Staates bzw. Vorrechte der Sozialversicherungsträger, *Hess/Goetsch*, Sanierung der KO durch die Insolvenzrechtsreform, 1993, S. 17; Vgl. zudem auch: *Erkel* in: *Uhlenbruck 100 Jahre KO (FS)*, 295 (297), *Falk*, Konkursübel, S. 268 f.

<sup>3</sup> *Falk*, Konkursübel, S. 269.

<sup>4</sup> Die Reichskonkursordnung von 1877 sowie in ihrer Fassung von 1898, gewährten Pfandrechten das Privileg der Absonderung (vgl. § 40 KO a.F. bzw. § 48 KO n.F. i.V.m. §§ 14, 15 EinfG KO). Allerdings mussten für die Pfandrechtsentstehung die Voraussetzungen der landesrechtlichen Pfandgesetze eingehalten sein.

entwickelte daher seit circa Mitte/Ende des 19. Jahrhunderts die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession als eigene Rechtsinstitute, um bewegliche Sachen, Forderungen und Rechte zu beleihen. Die Bedenken seitens der Rechtswissenschaft, aber auch von Teilen der Rechtsprechung waren zahlreich und gewichtig. Welche waren diese und wie hielt man dagegen? Hier gaben die Gerichte und insbesondere das Reichsgericht die entscheidenden Antworten, während der Gesetzgeber meist schwieg.

Aber weshalb schuf die Rechtspraxis überhaupt die beiden neuen Kreditsicherungsmittel? Der Grund hierfür sind die zahlreichen Vorteile gegenüber einer Verpfändung. Zunächst ergab sich für den Schuldner als größter Vorteil, dass er sich frisches Kapital beschaffen konnte, ohne auf die Verwendung seines in der Regel im Betriebsinventar, wie Maschinen, Gerätschaften, Geschäftsaußenständen gebundenen Kapitals, verzichten zu müssen. Außerdem wurde weder durch eine Übergabe der Sache noch durch eine Anzeige der Verpfändung den gegenwärtigen oder künftigen Gläubigern ein finanzieller Engpass des Schuldners bekannt und er konnte Kreditlaufzeiten für bestehende Kredite verlängern oder neue Kredite erhalten. Daneben profitierte auch der besicherte Gläubiger erheblich von der Vereinbarung einer Sicherungszession oder einer Sicherungsübereignung. In der Einzelzwangsvollstreckung konnte er als Rechtsinhaber sein Sicherungsgut nach Belieben verwerten, d.h. verpfänden, vermieten, oder selbst nutzen, ohne den pfandrechtlichen Beschränkungen nach §§ 1228 ff. BGB zu unterliegen. Schließlich brachten die Sicherheiten auch im Konkursverfahren keinen Nachteil. Selbst nach der einschränkenden Auslegung des Reichsgerichts um 1900, waren sie noch gleich den Pfandrechten privilegiert. Dem besicherten Gläubiger stand im Konkurs des Schuldners zwar kein Aussonderungsrecht, aber wie einem Pfandgläubiger, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zu.<sup>5</sup>

Allerdings hatten die neuen Kreditsicherheiten auch eine Kehrseite. Denn all die genannten Vorzüge für die Vertragsparteien gingen vor allem zu Lasten der sonstigen ungesicherten (Waren-)Gläubiger, die dem Schuldner im Vertrauen auf seine äußerlich solide erscheinende

---

<sup>5</sup> Das RG stellte bald (um den Jahrhundertwechsel) in ständiger Rspr. fest, dass dem Gläubiger nur ein Absonderungsrecht an einer sicherungsübereigneten Sache bzw. sicherungsbedingten Forderung oder Recht zustehe; so die ständige Rspr. des RG um 1900: Nach eingeh. Darstellung bereits RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (49 f.); ausdr. feststellend: RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 12 (14); RG, Urteil vom 28.2.1922 – VII. 372/21, SeuffA 77 (1923), 261 (262 f.). RG, Urteil vom 5.11.1918 – VII. 202/18, RGZ 94, 305 (307); RG, Urteil vom 14.10.1927 – VII. 122/27, RGZ 118, 209 (209). Vorstehende Rechtsprechung gilt noch heute. Dem Sicherungszessionar (*Stürner*, in: Jauernig BGB-Kom., 17. Aufl. 2018, § 398 Rn. 17) sowie dem Sicherungseigentümer stehen in der Insolvenz des Sicherungsgebers nach §§ 51 Nr. 1, 50 InsO jeweils nur ein Absonderungsrecht zu (*Oechsler*, MüKo-BGB 8. Aufl. 2020, Anh. §§ 929–936 Rn. 57).

finanzielle Verfassung, Darlehen ohne Sicherheiten gewährten. Sie nahmen regelmäßig an, dass dem Schuldner die in seinem Besitz befindlichen beweglichen Sachen und mangels Abtretungsanzeige, die in seinen Geschäftsbüchern stehenden Forderungen, allein gehörten und folglich im Konkursfall als Sicherheit bereitstünden. Jene Fehleinschätzung wollte man mit dem für die Pfandrechte geltenden sogenannten Offenkundigkeits- bzw. Faustpfandprinzip vermeiden. Doch der Preis einer offenkundigen Verpfändung war, dass der Schuldner die verpfändete Sache oder Forderung nicht mehr in seinem Betrieb verwenden konnte. Sein Vermögen wurde „in den Kasten gelegt“, wie der Rechtsgelehrte Rudolf Leonhard bereits 1881 bemängelte.<sup>6</sup>

Schließlich ließ das Reichsgericht Ende des 19. Jahrhunderts die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung zu. Die Interessen der Kreditparteien hatten sich gegenüber denjenigen der sonstigen Gläubiger durchgesetzt. Der wirtschaftliche Hintergrund war folgender: In den Krisenzeiten von 1873 bis 1896 („große Depression“)<sup>7</sup> waren die Wirtschaftsakteure, insbesondere die einfachen Gewerbetreibenden, Kaufleute, Handwerker und Bauern wegen fehlenden Eigenkapitals auf Kredite angewiesen. Da sie regelmäßig keine Grundpfandrechte oder Bürgschaften als Kreditsicherheiten stellen konnten, ließen sich die Geldgeber das mobile Betriebsinventar mittels der beiden Sicherungsgeschäfte als Sicherheit überschreiben.<sup>8</sup> Ohne diese Möglichkeit, ihre oft einzigen Vermögenswerte als Sicherungsmittel nutzen zu können, wäre es jenen Wirtschaftsakteure nicht gelungen, Kredite zu erhalten.<sup>9</sup> Da man das übertragene Inventar gleichzeitig für den Betrieb des Geschäfts benötigte, eigneten sich die vom Gesetz vorgesehenen Pfandrechte hierfür nicht. Mit Hilfe der neuen Kreditsicherheiten gelang es, die gesamtwirtschaftliche Kreditvergabe im späten 19. Jahrhundert zu steigern, um der Wirtschaft einen Impuls zu geben und gleichzeitig den Anschluss an andere Industriestaaten, wie Großbritannien, nicht zu verpassen. Ob es hierfür unbedingt der Sicherungsübereignung und insbesondere in der Form einer verlängerten Sicherungsübereignung ganzer Warenlager bedurft hätte, ist diskussionswürdig. Noch fraglicher erscheint die Sicherungsabtretung, insbesondere die Möglichkeit zukünftig erst noch entstehende Forderungen im Voraus sowie schließlich sogar aller gegenwärtigen und künftig entstehenden Forderungen als „Globalzession“ abtreten zu können. Denn auf diese Weise konnte bis auf den verbleibenden Firmenwert, das gesamte Anlage- und Umlaufvermögen eines Unternehmens oder anders ausgedrückt, dessen

---

<sup>6</sup> Leonhard, Gruchot 25 (1881), 177 (192).

<sup>7</sup> Borchardt, Wirtschaftliches Wachstum und Wechsellagen 1800–1914, in: Zorn (Hg.) Bd. 2, S. 198 ff.

<sup>8</sup> Höbel, S.Ü. und S.Z., S. 9.

<sup>9</sup> Höbel, S.Ü. und S.Z., S. 9.

werthaltige Substanz, vollständig als Kreditsicherheit übertragen werden. War dies allerdings wünschenswert und vor allem aus konkursrechtlicher Sicht, nicht sogar gefährlich? Und hatte man damals die möglichen Konsequenzen, welche die materiell-rechtliche Zulassung der fiduziarischen Kreditsicherheiten für das Konkursverfahren haben könnte, bereits gesehen, zumindest erahnt oder gar übersehen? Die Thematik ist noch heute aktuell. Denn die beiden Sicherungsgeschäfte tragen in ihren heutigen Vertragsformen nach wie vor erheblich zu einer Auszehrung der Insolvenzmasse bei. Die Kenntnis der Hintergründe ihrer Entstehung, die Einwände gegen und die Argumente für sie, sowie mögliche alternative Gestaltungsformen, sind für das Verständnis und die Verbesserung des modernen Kreditsicherungs-, und Insolvenzrechts gleichermaßen von Bedeutung.

## **II. Forschungsfragen und Gegenstand der Arbeit**

### **1. Forschungsfragen und Motivation**

Mit vorliegender Arbeit sollen bestehende Lücken in der rechtsgeschichtlichen Forschung zur Sicherungszession geschlossen werden. Die Sicherungszession wurde von den Rechtsgelehrten des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert, wenn überhaupt, nur im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung als weiteres, zulässiges (Mobiliar-)Kreditsicherungsmittel kurz erwähnt. Jedoch sind eine Vielzahl reichsgerichtlicher Entscheidungen zur Sicherungszession ergangen, die von der damaligen Literatur unberücksichtigt blieben. Außerdem ist bisher kein Gesamtwerk zur Sicherungszession als Sekundärliteratur erschienen.

Die Sicherungszession spielte jedoch zu Beginn des 20. Jahrhunderts als zweites, publizitätsloses Pfandrecht neben der Sicherungsübereignung eine ähnlich wichtige Rolle in der Praxis der Kreditvergabe. Während die Sicherungsübereignung als Behelf für ein in §§ 1205 ff. BGB nicht vorgesehenes, besitzloses Pfandrecht dient, ermöglicht die Sicherungszession eine nach den §§ 1273 ff. BGB nicht vorgesehene stille Forderungsverpfändung – d.h. ohne Anzeige an den Schuldner.

Im Konkursrecht nahm sie damals wie auch heute – nun insbesondere in ihrer Ausgestaltung als Globalzession – wahrscheinlich eine sogar gleichwertige Rolle ein.<sup>10</sup> Denn neben der verlängerten Sicherungsübereignung eines Warenlagers kann der kreditgebende Gläubiger erst durch die Globalzession, also mit Übertragung aller gegenwärtigen und

---

<sup>10</sup> Vgl. für die Bedeutung der S.Z. in Zahlen: *Hattenhauer*, HK § 398 Rn. 42.

zukünftigen Forderungen des Schuldners auf ihn, umfassend auf das Mobiliarvermögen und damit auf die potenzielle Konkursmasse des Gesamtschuldners zugreifen.

Aus diesem Grund konzentriert sich die vorliegende Forschung auf die Sicherungszession und ihre Entwicklungsstufen der Vorauszession als Abtretung aller künftigen Forderungen und der Globalzession als deren Kombination, der Abtretung von bestehenden und künftigen Forderungsbeständen.

Zentraler Ausgangspunkt ist hierbei die Rechtsprechung des Reichsgerichts, primär aus den Jahren 1879 bis 1914. Denn während dieser Zeit erkannte das Reichsgericht die Sicherungsgeschäfte der Bankjuristen allmählich an und schuf damit das Institut der Sicherungszession nach heutigem Rechtsverständnis. Der Gesetzgeber hingegen schwieg zu deren Zulässigkeit, insbesondere auch in der Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1900 (vgl. § 1273 ff. BGB). Aus ihrer materiell-rechtlichen Zulassung folgte zwingend die Frage nach ihrer Behandlung im Konkurs.

## **2. Die Übersicht der Arbeit nach Kapiteln**

(1) Zu Beginn der Arbeit soll dem Leser zunächst ein rechtshistorischer Überblick über die Entwicklung der Zession vom römischen Recht bis zur Entstehung des Reichsgerichts 1879 gegeben werden.

(2) Anschließend wird im II. Kapitel schwerpunktmäßig die reichsgerichtliche Rechtsprechung von 1879 bis 1903 betrachtet. Mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 13.10.1880 geriet der Stein zur Entstehung der Sicherungszession als Kreditsicherungsmittel ins Rollen. Allerdings gab es damals verschiedene Bedenken gegen die Wirksamkeit der Sicherungszession, mit denen sich die Zivilsenate des Reichsgerichts in zahlreichen Entscheidungen über 20 Jahre hinweg beschäftigten. Die Einwände werden anhand der jeweils wichtigsten Entscheidungen unter Berücksichtigung der wissenschaftlichen Texte erläutert und bewertet. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf den beiden wichtigsten Einwänden, nämlich der Betrachtung der Sicherungsabtretung als Scheingeschäft sowie als Umgehung bestehender Pfandgesetze.

Mit der schrittweisen Anerkennung der neuen Mobiliarsicherheiten (S.Z. und S.Ü.) in den Jahren 1879 bis 1903, stellte sich zudem die schwierige Frage, wie diese im Konkursfall des Sicherungsgebers bzw. des Sicherungsnehmers zu behandeln seien. Gemeint ist dabei insbesondere die Frage, ob eine Privilegierung des begünstigten Gläubigers und, falls ja in

welcher Form, z.B. als Aus- oder Absonderungsrecht zu gewähren sei. Hierauf mussten zunächst der Reichsgesetzgeber bei der Verfassung der Reichskonkursordnung von 1877 bzw. ihrer Novelle vom 1898, anschließend die Richter des Reichsgerichts sowie die Rechtswissenschaft passende Antworten finden. Ihre Lösungen werden erforscht und kritisch hinterfragt.

(3) Schließlich begann mit der Entscheidung von 1903 auch künftige Forderungen abtreten zu können (Vorauszession), eine zweite Phase reichsgerichtlicher Rechtsprechung. Sie mündete schließlich ein halbes Jahrhundert später in die Anerkennung der Globalzession (1952<sup>11</sup>). Die Möglichkeit der Vorauszession war in der Rechtswissenschaft höchst umstritten, sodass das Reichsgericht, insbesondere der VII. Zivilsenat, seine Ansicht mit zahlreichen Argumenten verteidigen musste. Ob ihm das überzeugend gelang, wird Gegenstand des III. Kapitels sein. Im Übrigen werden auch rechtswissenschaftliche Strömungen der Zeit – die Lehren der Begriffs- und Interessenjurisprudenz – nicht ausgeblendet, sondern versucht, weitere Erklärungsansätze für die Argumentation des VII. Senats zu finden.

(4) Im IV. Kapitel stellt sich die Frage, ob es nicht Alternativen gegeben hätte, eine Besicherung von Mobilien zuzulassen, ohne auf die Publizität verzichten zu müssen und zugleich das konkursrechtliche System privilegierter aus- und absonderungsberechtigter Gläubiger zu verändern. Dafür werden die ab 1907 beginnenden intensiven Reformanstrengungen verschiedener Interessenverbände und Gremien aus Wirtschaft, Justiz und Rechtswissenschaft erläutert und kritisch bewertet. Die Arbeit endet im V. Kapitel mit wichtigen Schlüssen, die für das Verständnis und gegebenenfalls für eine Verbesserung der heutigen Insolvenzordnung hilfreich sind.

### **III. Kurzübersicht über die rechtshistorische Entwicklung der Zession**

Die Geschichte der Zession (Abtretung) ist bereits in einem anderen Werk umfassend dargestellt,<sup>12</sup> sodass hier ein Überblick genügt. Für ihre historische Entwicklung als Kreditsicherungsmittel war zunächst ihre Anerkennung als dingliche Verfügung über Forderungsrechte von entscheidender Bedeutung. Denn dem römischen Recht war die Zession

---

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365.

<sup>12</sup> *Luig*, Zur Geschichte der Zessionslehre.

einer Forderung oder eines Rechts fremd. Erst die beiden bedeutenden Zivilrechtsgelehrten Bernhard Windscheid und Otto Bähr ebneten Mitte des 19. Jahrhundert den Weg für einen dinglichen Abtretungsvertrag über Forderungen.<sup>13</sup>

Das römische Recht kannte noch nicht die Möglichkeit, eine Abtretung als Sonderrechtsnachfolge in die Forderung zu vereinbaren.<sup>14</sup> Denn man sah das Schuldverhältnis als ein Band des Rechts zwischen den Parteien (*iuris vinculum inter partes*), bei dem durch Eintreten eines neuen Gläubigers sich auch der Inhalt der Leistungspflicht für den (Dritt-)Schuldner veränderte und dieser zustimmen musste.<sup>15</sup> Außerdem mangelte es an einem geeigneten Rechtsakt zur Übertragung einer Forderung.<sup>16</sup> Als Ersatz für eine Zession (als Sonderrechtsnachfolge) bediente sich das römische Recht entweder der Rechtsfigur der *Novation*, bei der das alte Schuldverhältnis vollständig durch ein neues ersetzt wurde, oder aber man bevollmächtigte den zu begünstigenden Dritten als *procurator in rem suam*, die Leistung im fremden Namen – des Gläubigers – geltend zu machen.<sup>17</sup>

Die zweitgenannte Möglichkeit, das sogenannte *mandatum ad agendum in rem suam*, wandelte sich über die vielen Jahrhunderte bis schließlich die Zessionslehre von Christian Mühlenbruch aus ihr hervorging. Ihr kam zur Mitte des 19. Jahrhunderts große Bedeutung zu.<sup>18</sup> Nach Mühlenbruchs Lehre, konnte eine Forderung bzw. ein Recht nur insoweit von dem berechtigten Subjekt auf ein anderes übertragen werden, wie ihr individueller Gegenstand auch für andere ein Rechtsobjekt werden konnte.<sup>19</sup> Die Forderung ermöglichte dem Berechtigten, eine Handlung von bestimmten Personen zu verlangen und war damit eine persönliche Verpflichtung.<sup>20</sup> Diese Verpflichtung bestand nur zwischen den Personen aufgrund derer wechselseitiger Beziehung. Entfiel sie, endete auch das Forderungsrecht selbst.<sup>21</sup> Die Übertragung eines Forderungsrechts war folglich nicht möglich. Die Bedeutung Mühlenbruchs Lehre blieb bis zum Ende des 19. Jahrhunderts in der Rechtswissenschaft erhalten, wie Theodor Kipp im Jahr 1906 feststellte: So „hält die herrschende Meinung noch immer an der

---

<sup>13</sup> Pagenkopf, künftige Forderungen, S. 6 f.; Vgl. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, S. 364 Anm. 10 zu § 329, S. 360 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Kunkel, in: Jörs/Kunkel/Weger, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. 1949, S. 199, 205; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, S. 361.

<sup>15</sup> Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, Bd. 2, S. 361; Vgl. auch Hattenhauer, HK § 398 Rn. 3, 7.

<sup>16</sup> Windscheid, Actio, S. 164.

<sup>17</sup> Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, S. 361 f., insb. Hinweise auf Gaius in Anm. 1, 3 und 4 zu § 329; I.Ü. auch Hattenhauer, HK § 398 Rn. 8.

<sup>18</sup> Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, S. 360 Anm. \* zu § 329.

<sup>19</sup> Mühlenbruch, Die Lehre der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. 1836, S. 5.

<sup>20</sup> Mühlenbruch, Die Lehre der Cession der Forderungsrechte, S. 5; S. auch Hattenhauer, HK § 398 Rn. 21.

<sup>21</sup> Mühlenbruch, Die Lehre der Cession der Forderungsrechte, S. 20 f.

Unübertragbarkeit der Forderung fest und bestimmt demgemäß die Rechtsstellung des neu Eintretenden im Wesentlichen dahin, daß derselbe ein eigenes Recht auf Ausübung einer fremden Obligation erwerbe.“<sup>22</sup>

Die entscheidende Wende brachte schließlich Bernhard Windscheid mit seinem Werk über die römische *actio*<sup>23</sup> im Jahr 1856.<sup>24</sup> Die *actio* bezeichnete die selbstständige „Befugnis, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen“ und stand damit im Gegensatz zur damaligen herrschenden Meinung, die erst bei einer Verletzung des Rechts einen gerichtlichen Schutz gewährte.<sup>25</sup> Die römische Rechtsordnung regelte nicht die Rechte, sondern gerichtlich verfolgbaren Ansprüche. Die Gewährung von Rechten erfolgte durch die Rechtsordnung nur insofern, als sie ihre gerichtliche Durchsetzbarkeit ermöglichte. Windscheids *actio* beschrieb hingegen das Forderungsrecht bzw. den Anspruch, der eingeklagt werden konnte.<sup>26</sup> Relevanz für die Geschichte der Zessionslehre hatten Windscheids dogmatischen Ausführungen deshalb, weil für ihn die *actio utilis* im Gegensatz zur damals herrschenden Meinung des 19. Jahrhunderts<sup>27</sup>, eine eigene Klage des Zessionars und nicht eine Klage des Stellvertreters darstellte.<sup>28</sup> Mit diesem Ansatz leitete er eine Sonderrechtsnachfolge in Forderungen aus dem rezipierten römischen Recht her. Allerdings musste nach Windscheid der Zessionar für die Wirksamkeit der Zession den „Besitz“ einer *actio* erst ergreifen.<sup>29</sup> Dazu diene vor allem die Anzeige der Zession an den Dritten (Denunziation).<sup>30</sup> Denn die *actio* sei der Wille und so müsse der „Erwerber der *actio*, um wirklich berechtigt zu werden, sich ihm gleichsam erst vorstellen, und ihm die neue Richtung anweisen.“<sup>31</sup> Entsprechend wie bei der Übereignung von beweglichen Sachen die Übergabe (*traditio*) war bei der Zession die Anzeige notwendig, damit die „Cession mit derjenigen Körperhaftigkeit bekleidet“ war, wie dies bei jedem Übertragungsakt Voraussetzung sei.<sup>32</sup>

Einen weiteren Beitrag zur Begründung der Singularsukzession von Rechten leistete der Rechtsgelehrte und spätere Richter des Reichsgerichts, Otto Bähr.<sup>33</sup> Ihm zufolge war für eine

---

<sup>22</sup> Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, S. 364 Anm. 10 zu § 329.

<sup>23</sup> Windscheid, Die Actio des römischen Rechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856.

<sup>24</sup> Pagenkopf, künftige Forderungen, S. 4 f.; Hattenhauer, HK § 398 Rn. 24.

<sup>25</sup> Windscheid, Actio, S. 1 ff., S. 3 (Zitat).

<sup>26</sup> Windscheid, Actio, S. 1 ff., S. 5 f., S. 221 ff.

<sup>27</sup> Vgl. Windscheid, Actio, S. 175 ff.

<sup>28</sup> Windscheid, Actio, S. 126 f.; Zur Entw. der *actio utilis* vgl. Luigi, Zur Geschichte der Zessionslehre, S. 92 ff.

<sup>29</sup> Windscheid, Actio, S. 140 ff., S. 145 (Zitat).

<sup>30</sup> Vgl. Hattenhauer, HK § 398 Rn. 36.

<sup>31</sup> Windscheid, Actio, S. 145.

<sup>32</sup> Windscheid, Actio, S. 146 (Zitat), S. 172, S. 187 ff.

<sup>33</sup> Bähr, Jherings Jahrbücher 1 (1857), 351; Hattenhauer, HK § 398 Rn. 24, 31.

wirksame Zession, die Anzeige an den Drittschuldner und damit Windscheids Erfordernis einer Besitzergreifung durch den Zessionar, nicht mehr erforderlich.<sup>34</sup> Für Bähr war die Zession ein „dinglicher Vertrag“,<sup>35</sup> der abstrakt und damit unabhängig von dem Verpflichtungsgeschäft (*causa*) erfolge.<sup>36</sup> Im Jahr 1900 schrieb man seine Rechtsvorstellung schließlich in § 398 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nieder. Danach konnten Forderungen durch eine abstrakte Verfügung ohne Anzeige an den Drittschuldner und ohne dessen Einwilligung, vom Zedenten auf den Zessionar übergehen.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Bähr, Jherings Jahrbücher 1 (1857), 351 (396 f., 414, 425).

<sup>35</sup> Bähr, Jherings Jahrbücher 1 (1857), 351 (371) bzw. auf S. 401 spricht er auch von „Eigenthum“ an Forderungen.

<sup>36</sup> Bähr, Jherings Jahrbücher 1 (1857), S. 396.

<sup>37</sup> Vgl. zum Abschnitt auch Pagenkopf, künftige Forderungen, S. 3 ff.

## **II. Kapitel: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über die Anerkennung der Sicherungszession in den Jahren 1880 bis 1903**

Im II. Kapitel werden anhand einer Auswahl wichtiger Entscheidungen des Reichsgerichts (RG) aus den Jahren 1880 bis 1903 die wesentlichen, damals streitigen Fragen zur Anerkennung der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung dargestellt und erläutert (Teil A.). Anschließend folgt eine vertiefte Analyse und Kommentierung der beiden bedeutendsten Einwände gegen die Wirksamkeit der Sicherungszession, nämlich die Einwände der Simulation (Teil B.) und der Gesetzesumgehung (Teil C.). Grundlage hierfür bieten weitere reichsgerichtliche Urteile sowie die in der Rechtswissenschaft vertieft geführte Diskussion darüber.

### **A. Der Gang der Rechtsprechung zur Sicherungszession im ausgehenden 19. Jahrhundert**

#### **I. Die erstmalige Anerkennung der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession in den Urteilen vom 9. und 13. Oktober 1880**

Der I. Zivilsenat des Reichsgerichts entschied am 9.10.1880<sup>38</sup> erstmals, dass die Sicherungsübereignung (S.Ü.) als wirksam anzuerkennen sei und bestätigte dies nur vier Tage später, am 13.10.1880<sup>39</sup>, auch für die Sicherungszession (S.Z.). Entsprechend dieser zeitlichen Reihenfolge soll das Augenmerk zunächst auf das Urteil über die Anerkennung der Sicherungsübereignung liegen und anschließend die Entscheidung zur Sicherungszession näher erörtert werden. Die beiden Urteile markieren den Beginn der *ersten Phase* der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zur Sicherungsabtretung und Sicherungsübereignung, die sich insgesamt über zwei Jahrzehnte, von ca. 1880 bis 1903 erstreckte.<sup>40</sup>

In der *ersten Phase* verlief die Rechtsprechung zur Sicherungszession zu großen Teilen parallel zur Rechtsprechung der Sicherungsübereignung. Die Gerichte überprüften die Wirksamkeit der beiden Sicherungsinstrumente vor allem auf die Einwände des Scheingeschäfts (*Simulation*), sowie der Umgehung verschiedener landes- und

---

<sup>38</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168.

<sup>39</sup> RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1).

<sup>40</sup> Bereits viele Jahre früher hatten sich jedoch bereits das Reichsoberhandelsgericht sowie Obergerichte der Partikularstaaten hierzu geäußert. Vgl. u.a. Obertribunal Stuttgart 1856, SeuffA 10 (1857), Nr. 243; OLG Celle 1860, SeuffA 14 (1861) Nr. 90; OAG Rostock 1863, SeuffA 19 (1866), Nr. 122.

konkursrechtlicher Pfandrechtsvorschriften (*Gesetzesumgehung*). Abgesehen von kleineren Besonderheiten, auf die an späterer Stelle eingegangen wird, sind die Urteile zur Sicherungsübereignung daher regelmäßig ebenso relevant für die hier untersuchte Sicherungszession.

Erst in der *zweiten Phase* der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, in der es um die Gültigkeit der Vorauszession (ab 1903) ging, muss zwischen den beiden Rechtsinstituten exakt differenziert werden. Wird nachfolgend begrifflich von (fiduziarischen) Sicherungsübertragungen oder aus rein sprachlichen Gründen, synonym hierfür von fiduziarischen Sicherungsgeschäften oder fiduziarischen Sicherheiten gesprochen, so sind die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung gemeint. Geht es nur um das eine oder das andere Rechtsinstitut, so wird es konkret bezeichnet.

### **1. Erstmalige Anerkennung der Sicherungsübereignung in Form des Sicherungskaufs durch den I. Zivilsenat am 9.10.1880**

In seinem Urteil vom 9.10.1880 entschied das Reichsgericht erstmalig, dass die Sicherungsübereignung zulässig sei. Der zuständige I. Zivilsenat beschäftigte sich mit der Problematik, ob eine Übereignung zum Zweck der Sicherung einer Forderung des Gläubigers, bereits aufgrund dieser Absicht als *simuliert* anzusehen und damit unwirksam sei. Als erster Senat des Reichsgerichts verneinte er dies entschieden<sup>41</sup>. Denn aus dem „Zwecke der Sicherstellung des Klägers [...] folge keineswegs“, dass das Rechtsgeschäft „nur simuliert sei.“<sup>42</sup>

Im Ausgangsfall vereinbarte der Kläger mit den beklagten Eheleuten einen sogenannten *Sicherungskauf* über deren Mobilien zu 1000 Mark. Der Sicherungskauf war damals das in der Rechtspraxis übliche Sicherungsgeschäft. Das Reichsgericht hatte sich in seinen ersten Entscheidungen zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften in den Achtzigerjahren des 19. Jahrhunderts folglich immer wieder mit der Konstruktion des Sicherungskaufs beschäftigen müssen.

---

<sup>41</sup> Im selben Jahr war der III. Zivilsenat noch in drei Entscheidungen von einem Scheingeschäft ausgegangen, vgl. dazu die Urteile: RG, Urteil vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1880), 142 Nr. 99; RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1880), 14 Nr. 8; RG, Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173.

<sup>42</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (170 f.).

Die Sicherungsabtretung und die Sicherungsübereignung im heutigen Begriffsverständnis, d.h. mit einer (bloßen) Sicherungsabrede als schuldrechtliche *causa*, entwickelte die Kreditpraxis dagegen erst ein paar Jahre später. Gleichwohl befand das Reichsgericht sie in einem Urteil von 1890 ebenfalls für wirksam.<sup>43</sup> Sprechen die nachfolgenden Ausführungen bereits von Sicherungsabtretung oder Sicherungsübereignung, handelt es sich genau genommen regelmäßig noch um einen sogenannten Sicherungskauf,<sup>44</sup> der sich wie folgt abstrakt erläutert lässt: Bei einem Sicherungskauf verkaufte und übereignete der Verkäufer als Sicherungsgeber seinem Gläubiger als Sicherungsnehmer bewegliche Sachen oder Forderungen (Sicherungsgut) zum Kaufpreis in Höhe der zu sichernden (Darlehens-)Verbindlichkeit.<sup>45</sup> Die Eigentumsübertragung bei einer beweglichen Sache – als dingliches Rechtsgeschäft – erfolgte durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses (*constitutum possessorium*), sodass der Sicherungsgeber im Besitz der übereigneten Sachen blieb und diese weiterhin benutzen konnte. Als Besitzkonstitut hierfür vereinbarten die Parteien regelmäßig, wie auch im vorbezeichneten Ausgangsfall, eine unentgeltliche Leihe. Schloss man alternativ einen Mietvertrag, so bestand der Mietzins in der Regel in Höhe des für den ursprünglich gewährten Kredits aufzubringenden Zinssatzes. Schließlich stand dem sicherungsgebenden Verkäufer am Ende der Laufzeit des Darlehens ein vertragliches Rückkaufsrecht zu, wobei der Kaufpreis der noch valutierenden Darlehensforderung entsprach. Machte er von seinem Rückkaufsrecht Gebrauch, zahlte er – rein wirtschaftlich betrachtet – den erhaltenen bzw. noch offenen Kreditbetrag zurück. Dafür erhielt er aus dem Kaufvertrag einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Rückübertragung der Sache, oder anders ausgedrückt, einen Anspruch auf Freigabe des Sicherungsgutes. Konnte er – in der Regel mangels Liquidität – sein Rückkaufsrecht hingegen nicht ausüben, durfte der sicherungsnehmende Käufer sich durch Verwertung seines Eigentums befriedigen. Der Sicherungsfall trat ein.<sup>46</sup> Für die hier zu erforschende Frage nach der Zulässigkeit einer Sicherungsübereignung allgemein, spielt es allerdings keine Rolle, ob man wie bei einem

---

<sup>43</sup> Im Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 entschied das RG über einen Fall, in dem die Parteien das mittels *constitutum possessorium* übertragene Eigentum schuldrechtlich durch die bloße Vereinbarung „zur Sicherung“ einer Schuld des Sicherungsgebers begründet hatten. Der VI. Senat hielt allein diese Sicherungsabrede bzw. später auch als Sicherungsvertrag bezeichnete schuldrechtliche *causa* für ausreichend und das Sicherungsgeschäft insgesamt für wirksam. Die komplizierte Einkleidung in das Gewand von Kauf- und Rückkauf (als *causa*) war nun nicht länger notwendig (so auch *Brinkmann*, Kreditsicherheiten S. 98). Die S.Ü. mittels Sicherungsabrede im heutigen Sinne war damit geboren.

<sup>44</sup> Die vertragliche Ausgestaltung des Sicherungskaufes variierte im Einzelfall.

<sup>45</sup> Wobei der Käufer bzw. Sicherungsnehmer seine besicherte Forderung gegen den Kaufpreisanspruch des Schuldners bzw. Verkäufers aufrechnen kann und dies dann zum Erlöschen der Forderung führt. Folglich ist de facto keine zu sichernde Forderung mehr vorhanden, *Hellwig*, AcP 64 (1881) 369 (184).

<sup>46</sup> *Brinkmann*, Kreditsicherheiten S. 94 f.

Sicherungskauf ein Kaufvertrag als schuldrechtliche *causa* oder, wie in späterer Zeit üblich, eine Sicherungsabrede<sup>47</sup> vereinbart hatte.<sup>48</sup>

Im Urteil vom 9.10.1880 lassen sich bereits einige wesentliche Einwände finden, die die Beklagten in späteren Entscheidungen immer wieder gegen die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung vortrugen. Der I. Zivilsenat des Reichsgerichts widerlegte diese jedoch wie folgt:

*Zunächst* verneinte er den Einwand, dass der mit dem Sicherungskauf herbeigeführte Eigentümerwechsel gar nicht beabsichtigt und als *Scheingeschäft* unwirksam sei. Nach Ansicht des I. Senats folge aus dem Umstand, dass man das Geschäft zum Zweck der Sicherstellung des Klägers geschlossen habe, „keineswegs, daß das Kaufgeschäft nur simuliert sei“. Es sei nicht nur rechtlich zulässig, sondern auch häufige Übung, dass einem Gläubiger zur Sicherstellung seiner persönlichen Forderung von seinem Schuldner ein Vermögensobjekt in der „durchaus ernstlichen Absicht verkauft und übertragen wird, dass der Gläubiger als Käufer wirklicher Eigentümer werden sollte“.<sup>49</sup>

Nebenbei gaben die Richter mit dieser Ausführung auch ein erstes Votum zu einer zweiten, später oft diskutierten Frage über die Rechtstellung des Sicherungsnehmers entweder als *Eigentümer* oder nur als *Pfandrechtsinhaber* ab. Ob sie sich hier der möglichen zweitgenannten Alternative einer Pfandrechtsbestellung schon bewusst waren, ist nicht zu erkennen. Jedenfalls stellten sie entschlossen fest, dass der Käufer „wirklicher Eigentümer und zur Ausübung aller Rechte eines Eigentümers befugt“<sup>50</sup> sein sollte. Sie argumentierten, dass „der wirtschaftliche Zweck einer bloßen Sicherstellung aber dadurch erreicht [werde, indem] der Gläubiger sich durch Nebenabreden persönlich verbindlich macht, unter gewissen vereinbarten Bedingungen das Eigentum dem bisherigen Schuldner zurück zu übertragen“.<sup>51</sup>

Als *zweites* Argument gegen die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung bei einem Sicherungskauf wandten die Beklagten ein, dass die Parteien dem Kläger *nur ein Pfandrecht*

---

<sup>47</sup> Dann als Sicherungsübereignung bezeichnet.

<sup>48</sup> Denn in beiden Fällen wird eine bewegliche Sache mittels *constitutum possessorium* zum Zweck der Sicherung einer Forderung an den Gläubiger treuhänderisch übertragen. Die genaue Ausgestaltung des schuldrechtlichen Geschäfts ist zweitrangig. Letztlich geht es um die Frage der Wirksamkeit der Übertragung eines Vollrechts – Eigentum an einer beweglichen Sache oder Inhaberschaft einer Forderung – zu Sicherungszwecken. Wird nachfolgend sprachlich vereinfachend bereits von S.Ü. gesprochen, ist auch die anfängliche Form des Sicherungskaufs gemeint.

<sup>49</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (168, 170).

<sup>50</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (168, 170).

<sup>51</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (168, 170).

zur Sicherheit einräumen wollten. Der I. Senat erwiderte darauf, dass der „Zweck der Sicherstellung“ weder die Annahme rechtfertige, dass das Geschäft simuliert sei, noch dass es nur als Pfandrecht Gültigkeit entfalte. Außerdem argumentierten die Richter mit dem Gewohnheitsrecht. Eine solche Kreditsicherung sei bereits in der Vergangenheit „häufige Übung“ gewesen.<sup>52</sup>

Schließlich sei *drittens* die gewählte Konstruktion auch nicht deshalb unwirksam, weil sie andere Gläubiger benachteilige. Ohne weitere Begründung merkte das Gericht nebenbei an, dass „die Umstände des Falles durchaus nicht mit Notwendigkeit [...] zu der Annahme einer Simulation zum Zwecke der *Hintergehung anderer Gläubiger der Beklagten*“ führen würden.<sup>53</sup>

Damit gab der I. Zivilsenat bereits in dieser ersten Entscheidung eine wesentliche und die gesamte Rechtsprechung prägende Wertung, die die Interessen der Parteien eines Sicherungsvertrags für gewichtiger hielt als die der sonstigen Gläubiger bzw. des Rechtsverkehrs. Die Diskussion um die Abwägung der beiden konkurrierenden Interessen – die der Vertragsparteien einerseits, sowie der sonstigen Gläubiger andererseits – findet sich in einer Vielzahl anderer Entscheidungen wieder.<sup>54</sup>

## **2. Ablehnung der Wirksamkeit einer Sicherungsübereignung durch den**

### **III. Zivilsenat noch im September 1880**

Die eben besprochene Entscheidung des I. Zivilsenats des Reichsgerichts stellt einen deutlichen Bruch zur Rechtsansicht des III. Zivilsenates dar. Dieser hatte sich im selben Jahr noch in drei ähnlich gelagerten Fällen eines Sicherungskaufes jeweils entschieden gegen die Zulässigkeit einer Sicherungsübereignung ausgesprochen.<sup>55</sup>

Am 24.9.1880 bezeichnete der III. Senat den Sicherungskauf als „in Wirklichkeit“ gewollte, jedoch nach hessischem Recht verbotene Mobilhypothek.<sup>56</sup> Allerdings billigte das

---

<sup>52</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (169 f.)

<sup>53</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (171 f.) mit Hervorhebung durch Verf.; Auf die Problematik der Umgehung verschiedener gesetzlicher Regelungen (u.a. der Pfandrecht- und Konkursrechtsvorschriften) soll zu späterem Zeitpunkt näher beleuchtet werden.

<sup>54</sup> Vgl. unten u. a. S. 127 ff.

<sup>55</sup> RG, Urteil vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1880), 142 Nr. 99; RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1880), 14 Nr. 8; RG, Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173.

<sup>56</sup> RG, Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173 (174); Außerdem stand der III. Senat (neben dem II. Senat) grds. der S.Ü. am kritischsten gegenüber. Dies zeigt bereits die Häufung von Urteilen, in denen er die S.Ü. für ungültig erachtete. Vgl. dazu auf S. 21 Fn. 86.

Gericht, dass ein "wirklicher Kaufvertrag" grundsätzlich zu dem Zweck abgeschlossen werden könne, dem Gläubiger Sicherheit für eine Forderung zu verschaffen. Für dessen Wirksamkeit müsse jedoch die Absicht der Parteien erkennbar auf eine Übertragung des Eigentums gegen Zahlung des Kaufpreises gerichtet sein.<sup>57</sup>

Im zugrundeliegenden Fall war der Sicherungskauf für eine nur bedingte, durch Inanspruchnahme des Bürgens (Sicherungskäufer) möglicherweise gegen den Hauptschuldner (Sicherungsverkäufer) entstehende Regressforderung vereinbart worden. Das Gericht sah in der Vereinbarung einer nur aufschiebend bedingten Kaufpreisforderung einen ersten Grund, einen fehlenden Übertragungswillen anzunehmen und den Sicherungskauf für unwirksam zu erklären. Einen zweiten erblickte man in der Befugnis des Sicherungsverkäufers weiterhin über das Sicherungsgut verfügen zu können. So führte das Gericht zu den beiden Gründen ausdrücklich aus: „Wenn sich aber aus der Vereinbarung der Kontrahenten ergibt, dass die Kaufgeldforderung nur zur Entstehung kommen soll, wenn der Käufer aus einem Schuldverhältnisse des Verkäufers zu einem Dritten in Anspruch genommen werde, oder daß der Verkäufer welcher den Besitz der Kaufobjekte namens des Käufers fortsetzt, diese frei zu benutzen und zu veräußern befugt sein soll, so ist, da derartige Verabredung mit dem Wesen des Kaufvertrags im Widerspruch stehen, nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze (1.80 § 3 Dig. De Contrh. Emt. 18.1) ein Geschäft anderer Gattung geschlossen." Es liege, „sonach kein Kauf, sondern ein [...] verbotener Pfandvertrag vor, und es gilt nach 1.1.2.3 Cod. plus valere 4.22 weder das abgeschlossene (vorgespiegelte), noch das wirklich beabsichtigte Geschäft.“<sup>58</sup>

Etwas ungewöhnlich ist diese Begründung dahingehend, dass die beiden alternativ genannten Nichtigkeitsgründe – die aufschiebend bedingte Kaufpreisforderung sowie der weiterhin bestehende Besitz des Sicherungsverkäufers – nicht als Indizien eines Scheingeschäfts, sondern beide als Verstoß gegen das als Verbotsgesetz ausgelegte hessische Pfandgesetz gewertet wurden. Dieser Verstoß führte zur Nichtigkeit des vereinbarten Sicherungskaufs. Das Reichsgericht hatte offenbar Schwierigkeiten, die typischen Vertragselemente des Sicherungskaufs entweder als fehlender Wille zur Eigentumsübertragung und folglich als Scheingeschäft oder aber als Verstoß gegen ein Pfandgesetz (Gesetzesverstoß) zu qualifizieren. Auch in den folgenden Jahren beschäftigten sich verschiedene Zivilsenate in

---

<sup>57</sup> RG, Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173 (174).

<sup>58</sup> RG, Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173 (174).

zahlreichen Entscheidungen immer wieder mit der Frage der Unwirksamkeit der Sicherungsübertragungen aufgrund Simulation,<sup>59</sup> wegen Umgehung der Faustpfandvorschriften beziehungsweise wegen Verstoßes gegen das Verbot einer Mobiliarhypothek,<sup>60</sup> sowie wegen der Umgehung konkursrechtlicher Vorschriften, insb. § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung (EinfG KO) und § 40 KO.<sup>61</sup> Dabei differenzierten die Senate in den ersten Entscheidungen aus den Achtzigerjahren des 19. Jahrhunderts noch nicht trennscharf zwischen den eben genannten, einzelnen Gründen. Vor allem die Einwände der Simulation und der Gesetzesumgehung vermischte man noch über viele Jahre.<sup>62</sup>

### **3. Erstmalige Anerkennung der Sicherungszession durch den I. Zivilsenat am 13.10.1880**

Nur vier Tage nach der erstmaligen Anerkennung der Sicherübergabe (in Form des Sicherungskaufs), überprüfte derselbe I. Zivilsenat erstmals die Wirksamkeit einer Sicherungszession. Konkret prüfte das Gericht, ob die Zession einer Forderung, die nur zur Sicherung einer anderen dem Gläubiger zustehenden Forderung erfolgte, wirksam sei.<sup>63</sup> Ohne dies näher für die Sicherungszession zu problematisieren, stellte der I. Senat hierfür ebenfalls fest, dass dieses Rechtsgeschäft keine Simulation darstelle und folglich nicht als unwirksam einzustufen sei.<sup>64</sup> Umfassender thematisierten der I., III. und V. Zivilsenat diesen Einwand der Simulation für die Sicherungszession in ihren Entscheidungen vom 4.12.1886<sup>65</sup>, 17.09.1889<sup>66</sup> und insbesondere in differenzierter Weise in dem Urteil vom 21.1.1893<sup>67</sup>. Im letztgenannten Urteil unterschied das Reichsgericht begrifflich zwischen einer Sekuritatzession und einem

---

<sup>59</sup> Vgl. Rechtsprechungsübersicht des RG zum Einwand der Simulation, S. 36 Fn. 187.

<sup>60</sup> Vgl. dazu: RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13,200; RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180; RG, Urteil vom 11.3.1896 – V. 354/95, JW 1896, 213.

<sup>61</sup> Vgl. insb. die Urteile: RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200; RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45; RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180; RG, Urteil vom 11.3.1896 – V. 354/95, JW 1896, 213 die an späterer Stelle noch ausführlich zur Problematik der Umgehung von konkursrechtlichen Vorschriften untersucht werden.

<sup>62</sup> Eine exakte Differenzierung zwischen „Simulation“ und „Umgehung“ findet man erst in der Entscheidung des RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180; vgl. auch *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 390 f.

<sup>63</sup> Zuvor bereits das OAG Rostock am 1.2.1866 zur Gültigkeit der Sicherungszession, OAGE 6 (1868) Nr. 44.

<sup>64</sup> RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f.); Urteil nur in der Fußnote des Urteils vom 9.10.1880 veröffentlicht. Der I. Senat führt lediglich an, dass es sich um keine Verpfändung handele, sondern die Forderung wirksam zur Sicherheit („in securitatem“) zediert sei; vgl. ebenda S. 171.

<sup>65</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399.

<sup>66</sup> RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161.

<sup>67</sup> RG, Urteil vom 21.1.1893 – V. 174:316/92, RGZ 30, 273.

Scheingeschäft. Eine simulierte Zession sei „keine wirklich Cession“. Dagegen führe die Sekuritatzession als „wirkliche Cession“ zu einer Übertragung von Rechten. Den oben beschriebenen Gedanken – der Zweck der Sicherung nehme der Zession nicht ihre „Ernstlichkeit“ und somit nicht ihre Wirksamkeit – betonte das Reichsgericht also erneut.<sup>68</sup> Der Einwand der Simulation spielte in der Rechtsprechung zur Sicherungszession und Sicherungsübereignung eine so wesentliche Rolle, dass an späterer Stelle (unter B.) noch sehr ausführlich darauf eingegangen wird.

Vergleicht man die beiden Entscheidungen zur Sicherungsübereignung und zur Sicherungszession vom Oktober 1880 miteinander, so fällt auf, dass der Begründungsaufwand für die Wirksamkeit der Sicherungszession deutlich knapper ausfiel. Bereits anhand der zeitlichen Verkündung der Entscheidungen – das Urteil zur Sicherungszession als zweites – zeigt eine Wertung über den Inhalt dahingehend, dass das für die Sicherungsübereignung Gesagte auch für die Sicherungszession gelte. Die zeitliche Abfolge scheint dabei kein Zufall gewesen zu sein. Man hielt beide Institute für vergleichbar und wollte wohl bewusst bei der Sicherungszession auf die Entscheidung zur Sicherungsübereignung verweisen können. Auch die Redaktion der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) scheint dieser Ansicht gefolgt zu sein, indem sie die Entscheidung vom 13.10.1880 zur Sicherungszession lediglich in knapper Zusammenfassung in der Fußnote 1 der Entscheidung zur Sicherungsübereignung abdruckte. Tatsächlich waren in diesem frühen Stadium, als es um die Anerkennung der beiden Institute ging, die Problemfragen der möglichen Unwirksamkeit aufgrund von Simulation oder Gesetzesverstoß sehr ähnlich, sodass eine gemeinsame Erörterung Sinn ergab. Rein sich aus der absoluten Anzahl von Entscheidungen ergebend, war um 1880 auch die Sicherungsübereignung das weit häufiger vorkommende Sicherungsinstrument.

Aus einer heutigen rechtshistorischen Betrachtung heraus, handelt es sich bei diesen beiden Entscheidungen um wegweisende erste Schritte zur Anerkennung der Sicherungszession und Sicherungsübereignung<sup>69</sup> als Mobiliarkreditsicherheiten. Nach Ansicht des I. Zivilsenats waren sie auch ohne die für eine landesgesetzliche Verpfändung notwendigen jeweiligen Publizitätsakte – Verpfändungsanzeige bzw. Übertragung des tatsächlichen Besitzes – und insbesondere neben dem Forderungspfand bzw. dem Faustpfand als eigene kreditsichernde

---

<sup>68</sup> RG, Urteil vom 21.1.1893 – V. 174:316/92, RGZ 30, 273 (273).

<sup>69</sup> Zunächst in Form des Sicherungskaufs.

Rechtsinstitute zulässig. Zu Recht werden die beiden genannten Entscheidungen heute in der Fachliteratur regelmäßig als erster Beleg für die Statthaftigkeit der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession zitiert.<sup>70</sup>

#### **4. Die Grundsatzurteile zur Sicherungsübereignung vom 10.1.1885 und zur Sicherungszession vom 4.12.1886**

Fünf Jahre später bestätigte erneut der I. Zivilsenat, in der fortan viel zitierten Grundsatzentscheidung vom 10.1.1885<sup>71</sup> seine Haltung zugunsten der Wirksamkeit der Sicherungsübereignung.<sup>72</sup> Die Entscheidung war prägend für die Judikatur zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften. In den nächsten ca. 15 Jahren schlossen sich allmählich alle anderen vier, beziehungsweise sechs Zivilsenate des Reichsgerichts der Rechtsprechung des I. Zivilsenats an.

In der erwähnten Entscheidung vom 10.1.1885 griff der I. Senat zunächst den Einwand der Simulation auf. Er bekräftigte seine Auffassung, dass es für die Ernstlichkeit der maßgeblichen Eigentumsübertragung nicht darauf ankomme, ob das zugrundeliegende Rechtsgeschäft ein Kauf oder die Sicherung eines Darlehens sei. Der Sicherungszweck führe daher nicht zu einem simulierten und demnach unwirksamen Geschäft, wie dies von den Beklagten immer wieder eingewandt worden war.<sup>73</sup> Außerdem ergänzte er seine Ausführungen um einen bisher von den Zivilsenaten nicht berücksichtigten, aber umso entscheidenderen Gesichtspunkt – den Einwand der Gesetzesumgehung. Entgegen der Ansicht des III. Senats<sup>74</sup> vertrat der I. Senat, dass die Eigentumsübertragung nicht die Gesetze umgehe, die für die Pfandrechte gelten. Im zugrundeliegenden Fall entschied der I. Senat dies für § 14 Einführungsgesetz zur Konkursordnung (EinfG KO), wonach Faustpfandrechte im Sinne des § 40 KO an körperlichen Sachen im Konkurs nur Bestand hatten, wenn der Gewahrsam übertragen wurde. Nach seiner Ansicht würden diese Vorschriften aber lediglich für die Begründung eines Pfandgesetzes Anwendung finden. Gehe es hingegen wie bei der Sicherungsübereignung um eine Eigentumsübertragung mittels *constitutum possessorium*, würden die Pfandgesetze hingegen

---

<sup>70</sup> So z.B. bei *Schubert*, SZGA 107 (1990), 132 (133 Fn. 3).

<sup>71</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200; Bereits als Grundsatzurteil bezeichnet von *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 389 und *Kleene*, Orientierung, S. 143.

<sup>72</sup> Genauer bzgl. ihrer Form als Sicherungskauf. S.Ü wird vereinfachend als Überbegriff (synonym) verwendet.

<sup>73</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 (201 f.);

<sup>74</sup> RG, Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173.

nicht umgangen.<sup>75</sup> Der Sicherungsübereignung unter Verwendung des *constitutum possessorium* war nun für zulässig erklärt.<sup>76</sup>

Auch für die Sicherungszession bekräftigte der I. Zivilsenat seine Rechtsansicht in gleicher Weise. In der für die Anerkennung der Sicherungszession bedeutsamen Entscheidung vom 4.12.1886,<sup>77</sup> sprach er sich zunächst nochmals ausdrücklich gegen die Annahme einer Simulation aus. Er verwies diesbezüglich auf die bereits ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsoberhandelsgerichts, worin man die Zession zu Sicherungszwecken schon mehrmals für zulässig erklärt hatte.<sup>78</sup> Anschließend stellte er fest, dass durch die Vereinbarung der Sicherungszession auch keine Umgehung der pfandrechtlichen Vorschriften erfolge. Konkret entschied das Gericht in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht (OLG Königsberg), dass die Sicherungszession nicht die Pflicht zur Anzeige der Forderungsverpfändung an den (Dritt-)Schuldner gemäß § 288 A.L.R. I.20 umgehe. Da das Gesetz „verschiedene Wege zulasse[e], die Sicherung eines Gläubigers zu bewirken, [könne] es nicht als eine Umgehung des Gesetzes bezeichnet werden“, wenn zur Vermeidung der Nachteile eines Weges – beim Pfandrecht die Benachrichtigung des Schuldners – die Parteien den anderen Weg, also die Sicherungszession wählten. Außerdem ergänzte der I. Senat folgende für das Konkursrecht sehr bedeutsame Rechtsfolge: Wie bereits für die Sicherungsübereignung kein zur Absonderung berechtigendes Faustpfand i.S. des § 14 EinfG KO (vgl. § 40 KO) entstehe, so ergebe sich auch für die Sicherungszession kein zur Absonderung berechtigendes Forderungspfandrecht i. S. des § 15 EinfG KO (vgl. § 40 KO).

Bei einem Vergleich der beiden genannten Entscheidungen zur Sicherungsübereignung vom 10.1.1885 und zur Sicherungszession vom 4.12.1886 wird, wie bereits in den zwei Urteilen von 1880<sup>79</sup>, erneut gut erkennbar, dass der I. Zivilsenat seine Feststellungen für die Sicherungsübereignung konsequent auf die Fälle der Sicherungszession übertrug. Auch die Argumentation<sup>80</sup> und sogar in Teilen die Wortwahl<sup>81</sup> waren identisch. Bemerkenswert ist an

---

<sup>75</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 (203 f.).

<sup>76</sup> So *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 390. Gedanken über die Ausgestaltung des *constitutum possessorium* folgten erst später, in den nicht veröffentlichten Urteilen vom 13.7.1900 und 11.12.1900, *Ders*, S. 395 f. m.N.

<sup>77</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339.

<sup>78</sup> RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f.); RG, Urteil vom 18.01.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27 (1883), 1088; ROHG, Urteil vom 15.02.1875, ROHGE 19 (1876), 131.

<sup>79</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 und v. 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1).

<sup>80</sup> Bzgl. der Simulation schade auch der Sicherungszweck der S.Ü. und S.Z. nicht der Wirksamkeit; Bzgl. der Gesetzesumgehung stelle so die S.Ü. und S.Z. jeweils nur eine andere, neben der Pfandbestellung existierende, zulässige Sicherungsform dar.

<sup>81</sup> Bzgl. der Gesetzesumgehung spricht der I. Senat beide Male von „einem anderen Weg“.

den beiden Urteilen außerdem, dass der I. Senat die Bedeutung des Einwands der Gesetzesumgehung bereits erkannte und diesen<sup>82</sup> unter Bezugnahme auf den Wortlaut sowie mit dem Willen des Gesetzgebers argumentativ zu widerlegen versuchte. Allerdings unterblieb in beiden Entscheidungen eine Auseinandersetzung mit den umfangreichen Argumenten der damaligen herrschenden Lehre. Vielmehr wirken die Urteile wie ein rechtsetzender Akt, wie ein Gesetz. Jedenfalls hatten sie eine ähnliche Wirkung für die weiteren Entscheidungen des Reichsgerichts und der übrigen Zivilgerichte.

## **5. Das Reichsgericht und die Rollenverteilung seiner Zivilsenate – ein Überblick**

Das Reichsgericht war mit seinen zunächst fünf bzw. zum Ende der Neunziger Jahre des 19. Jahrhunderts sieben Zivilsenaten keine einheitlich entscheidende Instanz, sondern vielmehr von der Diversität seiner Entscheidungsgremien geprägt. Insbesondere für die Rechtsprechung zur Sicherungszession und Sicherungsübereignung in der *ersten Phase* von 1880 bis ca. 1903, in der die Geschäftsverteilung nach der Herkunft der Streitsache erfolgte und damit grundsätzlich alle Senate gegebenenfalls zur Entscheidung berufen waren, lassen sich interessante Beobachtungen zu der Rollenverteilung der einzelnen Senate machen:

Vorreiter bei der Diskussion um die Anerkennung der Sicherungsübereignung und Sicherungszession, war der I. Zivilsenat. So spricht er sich im Oktober 1880 nicht nur als erster Senat für die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung und Sicherungszession aus, sondern trat in der genannten Grundsatzentscheidung von 1885, den von der herrschenden Lehre ins Feld geführten Einwände einer Gesetzesumgehung entschieden entgegen.<sup>83</sup> Gleiches bestätigte der I. Senat auch 1886 für die Sicherungszession: Die Sicherungsabtretung sei weder als Scheingeschäfte anzusehen noch stelle sie eine Gesetzesumgehung dar und sei folglich als wirksames Rechtsinstitut einzustufen.<sup>84</sup> Trotz eines deutlich erkennbaren Abweichens von der Ansicht des III. Senats, verhinderte der I. Senat die Vorlage an und damit eine klärende Entscheidung durch den Vereinigten Zivilsenat. Dies gelang, indem er die Entscheidung des

---

<sup>82</sup> Dies erfolgte zumindest im Urteil zur S.Ü.

<sup>83</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 (202 ff.).

<sup>84</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (402).

III. Senats vom 24.9.1880 zur Unwirksamkeit eines Sicherungskaufs als Einzelfallentscheidung bewertete.<sup>85</sup> Eine Vorlagepflicht entfiel hierdurch.

Wesentlich kritischer war hingegen der III. Zivilsenat. Er versagte der Sicherungsübereignung noch im Jahr 1880 dreimal<sup>86</sup> die Wirksamkeit. Allerdings lenkte der III. Senat bereits 1882<sup>87</sup> für die Sicherungsübereignung beziehungsweise 1883<sup>88</sup> für die Sicherungszession ein, und erkannte ihre Wirksamkeit an. Trotzdem blieb er den neuen Kreditsicherungsmitteln grundsätzlich gegenüber kritisch und verneinte noch 1896 und 1900 fallweise die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung.<sup>89</sup> Der Grund für die Unwirksamkeit war dort aber weniger generell Art, sondern den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls geschuldet. Man trat damit nicht – jedenfalls nicht offen – in Widerspruch mit der sich vom I. Senat durchsetzenden Meinung.

Daneben gehört auch der II. Zivilsenat, welcher grundsätzlich für das rheinisch-französische Recht zuständig war, eher zu den Kritikern der fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Zwar anerkannte der II. Senat 1885<sup>90</sup> grundsätzlich die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung, verneinte aber insbesondere kurz nach Einführung des BGB deren Gültigkeit in drei Fällen.<sup>91</sup> In zwei der Entscheidungen nahm der II. Senat an, dass die Parteien keine Eigentumsübertragung, sondern nur eine Pfandrechtsbestellung beabsichtigt hätten. Die Wirksamkeit der Pfandrechtsbestellung scheiterte jedoch je an der fehlenden Voraussetzung der „tatsächlichen“ Übergabe nach § 1205 BGB.<sup>92</sup> Im dritten Urteil misslang die Sicherungsübereignung eines Warenlagers wegen der unzureichenden Begründung eines Rechtsverhältnisses nach § 930 BGB.<sup>93</sup>

---

<sup>85</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200; die Unwirksamkeit des vom III. Senat zu beurteilen Sicherungskauf ergebe sich demnach aus dem „Inhalt des Vertrages und aus den Umständen des einzelnen Falles“.

<sup>86</sup> RG, Urteile vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1880), 142 Nr. 99; vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1880), Nr. 100, vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173.

<sup>87</sup> RG, Urteil vom 31.1.1882 (III.), JW 1882, 92 (zur S.Ü.).

<sup>88</sup> RG, Urteil vom 23.1.1883 (III.), JW 1883, 127 Nr. 60 (zur S.Z.).

<sup>89</sup> RG, Urteil vom 7.1.1896 – (III.), JW 1896, 82 Nr. 71 und vom 13.7.1900 – III. 146/1900, JW 1900, 670 Nr. 32. (jeweils zur S.Ü.).

<sup>90</sup> RG, Urteil vom 17.3.1885 – II. 467/84, RGZ 13, 298 (300) (zur S.Ü in Form des Sicherungskaufs).

<sup>91</sup> Vgl. RG, Urteile vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485; RG, Urteil vom 28.10.1902 – II. 193/02, RGZ 52, 385 (388 f.); RG, Urteil vom 3.1.1903 – II. 294/02, DJZ 1903, 153 (jeweils zur S.Ü.).

<sup>92</sup> RG, Urteil vom 28.10.1902 – II. 193/02, RGZ 52, 385 (388 f.); RG, Urteile vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485 (485).

<sup>93</sup> RG, Urteil vom 3.1.1903 – II. 294/02, DJZ 1903, 153 Nr. 30 (153).

Dagegen folgte der IV. Senat dem I. bereits im Jahr 1881<sup>94</sup> für die Sicherungsübereignung und 1883<sup>95</sup> für die Sicherungszession mit deren grundsätzlichen Anerkennung als zulässige Kreditsicherung neben den Pfandrechten.

Auch der V. Senat sprach sich schließlich 1886<sup>96</sup> in seinem, bis dahin ersten Urteil zu einer fiduziarischen Zession für ihre Zulässigkeit aus. Er wiederholte seine Rechtsansicht für die Sicherungsübereignung in einer Reihe von Entscheidungen zum Ende der Neunzigerjahre des 19. Jahrhunderts<sup>97</sup> und trug so erheblich dazu bei, die Gültigkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte weiter zu etablieren.

Schließlich bestätigte der VI. Zivilsenat in einigen Entscheidungen zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften Ende der Achtzigerjahre bis Mitte der Neunzigerjahre die Linie der mittlerweile herrschenden Rechtsprechung des Reichsgerichts.<sup>98</sup> Er wurde ab 1886 zur Entlastung der anderen Senate eingesetzt.

Mit Einführung des BGB im Jahre 1900 änderte man die Geschäftsverteilung jedoch grundlegend. Die einzelnen Senate waren nun nicht mehr für die Streitigkeiten aus einem bestimmten Gebiet des Deutschen Reichs zuständig, sondern ihnen wurden die Streitfälle thematisch nach Rechtsgebieten zugewiesen.<sup>99</sup> Die neu eingeführte thematische Geschäftsverteilung führte dazu, dass der seit 1899 neu eingesetzte VII. Zivilsenat für das Mobiliarsachenrecht zuständig wurde.<sup>100</sup> Nach einer Übergangszeit ergingen die meisten Entscheidungen zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften fortan durch ihm.<sup>101</sup> Nun prägte er die Rechtsprechung zu den beiden Sicherungsgeschäften. Seine Grundhaltung gegenüber jenen

---

<sup>94</sup> RG, Urteil vom 28.2.1881 – IV. 558/80, RGZ 4, 248 (zur S.Ü.)

<sup>95</sup> RG, Urteil vom 18.1.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27 (1883), 1087 (zur S.Z.).

<sup>96</sup> RG, Urteil vom 9.1.1886 – V. 213/85, Gruchot 30 (1886), 1033 (zur S.Z.).

<sup>97</sup> Vgl. z.B. Urteile vom 7.12.1892 (V.), Gruchot 37 (1892), 911; vom 1.3.1893 – V. 288/92, JW 1893, 208 Nr. 53; vom 26.2.1896 (V.), JW 1896, 211 Nr. 47; vom 11.3.1896 – V. 354/95, JW 1896, 213 Nr. 52; vom 16.1.1897 – V. 230/96, Gruchot 41 (1897), 421 (je zur S.Ü.).

<sup>98</sup> RG, Urteil vom 25.4.1887 (VI.), SeuffA 42 (1887), 397 Nr. 281 (zur S.Ü.); vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (zur S.Ü.); vom 30.10.1890 – VI. 116/90, RGZ 27, 26 (zur S.Ü.); vom 29.2.1892 – VI. 305/92, JW 1892, 243 Nr. 25 (zur S.Ü.); vom 12.12.1895 – VI. 249:287/95, JW 1896, 82 Nr. 72 (zur S.Z.); vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103 (zur S.Z.).

<sup>99</sup> Der I., II. und der III. Zivilsenat erhielten die bisher dem Reichsoberhandelsgericht angehörenden Sachen. Der II. Senat war zudem noch für das französische Recht, der III. Senat für gemeinrechtliche Streitigkeiten zuständig. Der IV. und V. Senat waren für die Fälle aus dem Geltungsgebiet des preußischen A.L.R. berufen. Dazu und zur Geschäftsverteilung nach Rechtsgebieten seit 1900 vgl. *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 40.

<sup>100</sup> *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 40.

<sup>101</sup> Aufgrund ihrer sich teilw. auch überschneidenden Zuständigkeit ergingen auch von anderen Senaten ein paar Entscheidungen.

war grundsätzlich positiv.<sup>102</sup> Dies zeigte sich insbesondere daran, dass er im Jahr 1903 erstmals zuließ, dass sogar künftig erst entstehende Forderungen als Kreditsicherheiten abgetreten werden konnten. Dies war nicht nur rechtsdogmatisch ein Novum, sondern ist auch für die Kreditpraxis bis heute von entscheidender Bedeutung.<sup>103</sup> Der Grundstein für die Schaffung neuer, weitreichender und damit die Konkursmasse beeinträchtigender Kreditsicherungsmittel, wie insbesondere die Globalzession war gelegt. Es war lediglich eine Frage der Zeit, bis die Kautelarjuristen die rechtlichen Möglichkeiten auch praktisch umsetzten. Treibende Kraft waren dabei vor allem die kreditgebenden Institutionen. Sie konnten durch Beleihung quasi des gesamten Eigenkapitals eines Schuldners, erheblich höhere Kredite zu geringem Risiko bzw. nur mit dem Verwertungsrisiko des Sicherungsguts vergeben.

## II. Die Begründungen der Zivilsenate zur Wirksamkeit der Sicherungszession

Die bereits vom I. Zivilsenat im Oktober 1880 angedeuteten Einwände gegen die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte, vertieften die Senate des Reichsgerichts in den Folgejahren. Die hier dargestellten Urteile stellen dabei eine Auswahl rechtshistorisch bedeutsamer Entscheidungen dar. Sie hatten alle ausschließlich Sicherungszessionen zum Prüfgegenstand. Außerdem fanden sie weder in der damaligen Primär- noch in der rechtshistorischen Sekundärliteratur Beachtung. Wenn die rechtshistorische Forschung bisher Urteilen des Reichsgerichts Beachtung schenkte, waren es lediglich vereinzelte, die zur Sicherungsübereignung ergingen.<sup>104</sup>

Nachfolgend werden thematisch nach den jeweiligen Einwänden der Beklagten geordnet, die Feststellungen und Argumente der verschiedenen Zivilsenate in ihrer zeitlichen Abfolge erörtert. Abgesehen von der nur geringen Anzahl kritischer Entscheidungen<sup>105</sup> zur Zulässigkeit der Sicherungsübereignung, vor allem des III. und später des II. Senats,<sup>106</sup> verneinte kein Senat

---

<sup>102</sup> Wobei der VII. Senat die Wirksamkeit der fiduziarischen Geschäfte kritisch darauf prüfte, ob „wirklich der Wille, Eigentum zu übertragen, vorhanden war, oder nur eine verschleierte Verpfändung vorlag.“, RG, Urteil vom 7.11.1905 – VII. 53/05, RGZ 61, 430 (433.).

<sup>103</sup> Vgl. zur Vorauszession das III. Kapitel, S. 151 ff.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu *Bähr*, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883; *Caemmerer*, Sicherungsübereignung, 1951 sowie *Kleene*, Orientierung, 1985.

<sup>105</sup> Vgl. hierzu Vorstehendes unter I. Ziffer 5 und nachfolgende Fußnote.

<sup>106</sup> Hinsichtlich der Zulässigkeit der S.Ü. kritische Entscheidungen im 19. Jh. des II. und III. Senats: RG, Urteil vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99; vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8; vom 8.11.1881 – III. 48/81, RGZ 5, 181; vom 7.1.1896 – (III.), JW 1896, 82 Nr. 71; vom 13.7.1900 – III. 146/1900, JW 1900, 670 Nr. 32; vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485; vom 28.10.1902 – II. 193/02, RGZ 52, 385; vom 3.1.1903 – II. 294/02, DJZ 1903, 153.

die Wirksamkeit der Sicherungszession. Die Gerichte konzentrierten sich daher darauf, die verschiedenen Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Sicherungszession zu widerlegen. Hierzu nun im Einzelnen:<sup>107</sup>

### **1. Ist die Zession aufgrund der Sicherungsabrede per se als Forderungsverpfändung anzusehen?**

Der I. Zivilsenat problematisierte im Urteil vom 13.10.1880<sup>108</sup> zunächst den Einwand, dass die Abrede zwischen Zedenten und Zessionar, die Abtretung nur zur Sicherung einer Gläubigerforderung vorzunehmen, *per se* dahingehend auszulegen sei, die Parteien beabsichtigten eine „bloße Verpfändung“. Wenn auch ohne Begründung, widersetzte sich der I. Senat dieser Auffassung entschieden. Er hielt es hingegen bereits zu diesem Zeitpunkt für möglich, dass die Parteien entweder das Rechtsinstitut der Verpfändung oder alternativ das der Sicherungszession vereinbaren könnten. Zugleich bejahte er damit (bereits) die generelle Zulässigkeit der Sicherungszession.<sup>109</sup> Einige Jahre später konkretisierte dann der V. Senat genauer, worauf es für die Differenzierung zwischen beiden Alternativen ankomme. Maßgeblich sei demnach der bei Vertragsschluss zu Tage tretende Wille der Parteien, der wiederum durch Auslegung ermittelt werde.<sup>110</sup>

Die Entscheidungen des IV., V. und I. Zivilsenats bestätigten am 18.1.1883<sup>111</sup>, am 9.1.1886<sup>112</sup> und am 4.12.1886<sup>113</sup> die grundsätzliche Wahlmöglichkeit der Vertragsparteien, entweder eine Forderung zur Sicherung an den Gläubiger abzutreten oder an diesen zu verpfänden. Insbesondere in der Entscheidung vom 4.12.1886 stellte I. Zivilsenat ausführlich und in eindeutiger Weise fest, dass eine Zession zum Zweck der Sicherung („*in securitatem*“) neben der Forderungsverpfändung möglich sei.<sup>114</sup> Denn so könne der „wirtschaftliche Zweck, einem Gläubiger Sicherheit [...] zu verschaffen, durch Rechtsgeschäfte verschiedener Art erreicht werden. Nicht allein durch die Verpfändung einer Forderung, sondern auch durch die

---

<sup>107</sup> Die gegen die Wirksamkeit der S.Z. und S.Ü vorgebrachten Einwände der Simulation und Gesetzesumgehung sind so wesentlich, dass diese im Anschluss in den Abschnitten (B. und C.) sehr ausführlich besprochen werden.

<sup>108</sup> RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f.).

<sup>109</sup> RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f.).

<sup>110</sup> RG, Urteil vom 9.1.1886 – V. 213/85, Gruchot 30 (1886), 1033 (1033).

<sup>111</sup> RG, Urteil vom 18.1.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27 (1883), 1087.

<sup>112</sup> RG, Urteil vom 9.1.1886 – V. 213/85, Gruchot 30 (1886), 1033.

<sup>113</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399.

<sup>114</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399; auf dieses sehr wichtige Urteil wird später noch ausführlich eingegangen.

Übertragung des Eigenthums“. Daher kann die „Sicherstellung eines Gläubigers auch durch Zession einer Forderung bewirkt werden“.<sup>115</sup> Die nachfolgenden Entscheidungen des Reichsgerichts zur Sicherungszession problematisierten den Sicherungszweck nicht mehr, sondern wiederholten lediglich der Vollständigkeit halber, die Erkenntnisse des I. Senats.

Das Urteil vom 4.12.1886 kann außerdem als erste Zusammenfassung der richterlichen Rechtsfortbildung zur Sicherungszession verstanden werden. Denn das Gericht griff in einer ausführlichen Darstellung außerdem drei weitere, wesentlichen Einwände gegen die Wirksamkeit einer Sicherungszession argumentatorisch auf und lehnte sie im Ergebnis als unbegründet ab. Der erste (Simulation) und der zweite (Umgehung der Pfandvorschriften)<sup>116</sup> Einwand waren bereits Gegenstand von drei früheren Entscheidungen und man formulierte hier nach genauen Erläuterungen, erste Zwischenergebnisse. Neu hinzu kam als dritter Einwand, dass die regelmäßig von den Kreditparteien vereinbarte Einziehungsermächtigung der Wirksamkeit der Sicherungszession schade. Allerdings widersprach der I. Zivilsenat entschieden und begründete die Unbeachtlichkeit des Einwands mit ausführlicher Argumentation. Seine Argumente werden nachstehend unter Ziffer 3 auf S. 26 im Einzelnen erörtert. Dank ihrer detaillierten Ausführungen stellt diese Entscheidung insgesamt eine wertvolle Erkenntnisquelle für die Entwicklung der Sicherungszession dar.

## **2. Die Sicherungszession als Umgehung der Faustpfandvorschriften?**

Der I. Zivilsenat äußerte sich in seiner Entscheidung vom 4.12.1886<sup>117</sup> zu dem in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Einwand,<sup>118</sup> ob die Sicherungszession die Anzeigepflicht der Verpfändung<sup>119</sup> gemäß § 288 A.L.R. I.20 umgehe. Im Rahmen der erstmaligen Anerkennung der Sicherungsübertragungen im Oktober 1880 hatte derselbe

---

<sup>115</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (401).

<sup>116</sup> Genauer die Umgehung der Pfandvorschriften zur Benachrichtigung des (Dritt-)Schuldners, wie § 288 Abs. 1 A.L.R. I.20.

<sup>117</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (401 f.).

<sup>118</sup> Vergleiche zum Einwand der Gesetzesumgehung durch S.Ü. und S.Z. in der der Literatur S. 63 ff. und in der Rechtsprechung S. 91 ff., einschließlich Rechtsprechungsübersicht S. 91 Fn. 463.

<sup>119</sup> Eine Differenzierung zwischen den Streitfragen der Simulation und der Gesetzesumgehung bildete sich erst im Laufe der Achtzigerjahre des 19. Jh.s unter Einfluss der Literatur heraus, so das RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (184). Zu beachten ist, dass die Streitfrage sich um die Umgehung verschiedener Gesetze dreht: Die Umgehung der Pfandrechtsvorschriften der Anzeige bzw. und damit zugleich der Verstoß gegen das Verbot der Mobiliarhypothek (so der Vorwurf *Hellwigs*, AcP 64 (1881), 369 ff.), der Vorschriften der KO von 1879 (insb. § 14 EinfG KO zu § 40 KO), sowie der Umgehung von Einführungsgesetzen verschiedener Partikularstaaten (z.B. § 4 des hamburgischen EinfG KO). Details hierzu im II. Kapitel Abschn. C. und D.

I. Senat diesen Einwand noch nicht angesprochen.<sup>120</sup> In konsequenter Fortsetzung seiner bereits erlassenen Urteile, verneint er eine Umgehung der gesetzlichen Verpfändungsvorschriften. Denn „indem das Gesetz verschiedene Wege zuläßt, die Sicherung eines Gläubigers zu bewirken, kann es nicht als Umgehung des Gesetzes bezeichnet werden, wenn zur Vermeidung des mit Beschreitung des einen Wegs verbundenen Nachtheils der offenstehende andere Weg betreten, insbesondere zur Vermeidung der bei der Verpfändung von Buchforderungen nach § 288 A.L.R. I.20 nöthigen Benachrichtigung der Schuldner das Mittel der Cession gewählt wird“<sup>121</sup>.

Aus der grundsätzlichen Wahlmöglichkeit für die Parteien auch mittels einer Sicherungszession Forderungen als Sicherungsgut an den Gläubiger zu übertragen, schlussfolgerte der I. Senat, dass hierfür auch keine Anzeige an den Drittschuldner verpflichtend sei.<sup>122</sup>

### **3. Erwirbt der Sicherungsnehmer das Vollrecht, obwohl die Zession nur zur Sicherheit („*in securitatem*“) erfolgte?**

Der IV. Zivilsenat thematisierte am 18.1.1883<sup>123</sup> als erster ausführlich die Frage, ob der Sicherungsnehmer durch die Sicherungszession das Vollrecht oder in anderen Worten, die unbeschränkte Inhaberschaft und daraus folgende Verfügungsbefugnis an der Forderung erwirbt. Rein praktisch betrachtet, machte es für den Gläubiger einen erheblichen Unterschied, ob die Rechtsinhaberschaft übertragen oder ihm lediglich eine Einzugsermächtigung erteilt wurde. Im Fall der bloßen Einzugsermächtigung hätte der Zessionar nur die Möglichkeit, die Erfüllung an sich zu verlangen, jedoch nicht über die Forderung zu verfügen. Er könnte weder zu Refinanzierungszwecken die Forderung an seine sonstigen Gläubiger abtreten (z.B. Factoring) noch wäre er vor absprachewidrigen Verfügungen seines Schuldners über sein Sicherungsgut geschützt.

Der IV. Zivilsenat vertrat die Ansicht, dass der Zessionar „nicht unbedingtes Eigenthum“ erhalte. Es werde ihm lediglich ermöglicht, die Forderung einzuziehen.<sup>124</sup> Das Gericht führte dazu aus, dass die Bezeichnung der „ihm zur Sicherung zedierten Grundsuld als [...]

---

<sup>120</sup> Dort in Form des Sicherungskaufs einer Forderung, vgl. RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168.

<sup>121</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (401 f.).

<sup>122</sup> Vgl. die ausführliche Darstellung im II. Kapitel, Abschnitt C. Gesetzesumgehung, S. 63 ff.

<sup>123</sup> RG, Urteil vom 18.1.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27 (1883), 1087.

<sup>124</sup> RG, Urteil vom 18.1.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27 (1883), 1087 (1088).

Eigenthum“<sup>125</sup> nicht zutreffe. Es gehe „zwar nicht unbedingtes Eigenthum auf den Gläubigern über, wohl könne er aber die Forderung einziehen und gleich einer Kaution [...] zur Sicherung zurückbehalten“.<sup>126</sup> Anstatt einer Übertragung der unbeschränkten Inhaberschaft des Rechts, wollte das Gericht dem Sicherungsnehmer nur eine Einziehungsbefugnis der fremden Forderung in eigenem Namen zugestehen.

Der I. Zivilsenat sah in seiner Entscheidung zur Sicherungszession vom 13.10.1880<sup>127</sup> noch keinen Anlass, diese Frage näher zu erörtern. Er stellte lediglich fest, dass der Sicherungsnehmer Gläubiger der zedierten Forderung geworden sei.<sup>128</sup> Hieran lässt sich jedoch erkennen, dass der I. Senat von einem Erwerb des Vollrechts ohne Verfügungsbeschränkungen ausging. Sechs Jahre später (4.12.1886) bekräftigte er ausdrücklich diese Auffassung, indem er hervorhob, dass der Zessionar „Eigenthümer des Eigenthumsobjekts Forderung“<sup>129</sup> geworden sei. Damit widersprach der I. Senat dem Oberlandesgericht Königsberg als Berufungsgericht. Das Oberlandesgericht Königsberg war der Ansicht, dass ein Eigentumserwerb an Rechten und Forderungen nur möglich sein solle, wenn diese vollständig, d.h. unbeschränkt auf den Gläubiger übergehen. Allein die Gewährung einer Einziehungsermächtigung zugunsten des Zedenten (unter Gewährung von ersatzweise zedierten Forderungen) sei ausreichend, den Erwerb der sicherungszedierten Forderung zu verneinen.<sup>130</sup>

Der I. Zivilsenat begründete seine Gegenposition zunächst mit einem Vergleich der Zession mit der Veräußerung von beweglichen Sachen. Bei der Veräußerung von Sachen führe der Vorbehalt einer Dienstbarkeit (Servitut) oder eines anderen das Eigentum beschränkenden Rechts auch zum Übergang des eingeräumten Rechts auf den Erwerber, wengleich auch mit den vereinbarten Beschränkungen. Gleiches müsse auch für die Zession gelten. „So erscheint auch die Zession von Forderungsrechten unter Vorbehalt [...] des Einziehungsrechtes“ möglich.<sup>131</sup> Ein mit der Einziehungsermächtigung des Zedenten beschränktes Forderungsrecht könne genauso übertragen werden wie ein beschränktes Eigentumsrecht. In beiden Fällen würden die Rechte dinglich vollständig übertragen.

---

<sup>125</sup> RG, Urteil vom 18.1.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27 (1883), 1087 (1089).

<sup>126</sup> RG, Urteil vom 18.1.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27 (1883), 1087 (1088 f.).

<sup>127</sup> RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168.

<sup>128</sup> RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (171).

<sup>129</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399.

<sup>130</sup> OLG Königsberg in RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (402).

<sup>131</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (402).

Anschließend widerlegte der I. Senat das Argument des Berufungsgerichts, dass die Gewährung der Einziehungsermächtigung zugunsten des Zedenten die Übertragung der Forderung an den Zessionar verhindert habe. Wenn auch der Zessionar „nur neben dem Zedenten berechtigt war diese abgetretene Forderung selbst einzuziehen [...], so hindere dies doch den Eigentumsübergang so wenig, wie [...] den Zedenten ohne solche Verabredung wegen unterbliebener Benachrichtigung des (Dritt-)Schuldners Kraft Gesetz die Forderung einzuziehen“<sup>132</sup>. Das Gericht vergleicht die im Ausgangsfall vereinbarte Einziehungsermächtigung mit dem Fall fehlender Benachrichtigung bzw. Anzeige an den (Dritt-)Schuldner. Aus § 415 A.L.R. 1.11 folgt, dass der gutgläubige Schuldner auch ohne Mitteilung der Abtretung weiterhin an den Zedenten (erfüllend) leisten kann (heute § 407 BGB). Aber auch ohne Benachrichtigung des (Dritt-)Schuldners, ist der Zessionar Forderungsinhaber geworden. Er ist berechtigt, die Forderung einzuziehen. Dasselbe solle für den hier zugrundeliegenden Fall der Sicherungsabtretung mit Einziehungsermächtigung zugunsten des Zedenten gelten. Die Sicherungsabtretung bleibe infolge des Einziehungsverlangens des Zedenten regelmäßig dem Drittschuldner unbekannt. Dennoch verhindere dies nicht die Übertragung der Forderung. Allein die Vereinbarung der Einziehungsermächtigung könne schließlich zu keinem anderen Ergebnis führen.<sup>133</sup> Folglich erwirbt der Zessionar ähnlich dem Sicherungsnehmer im Rahmen der Sicherungsübereignung das Vollrecht an der Forderung einschließlich gegebenenfalls bestehender Beschränkungen, wie sie in der Person des Zedenten bestanden.

Schließlich folgte auch der III. Zivilsenat der Rechtsprechung des I. und V. Senats und nahm die Übertragung des Vollrechts an.<sup>134</sup> In seiner Entscheidung vom 17.9.1889<sup>135</sup> fügte er außerdem hinzu, dass durch den Sicherungszweck keineswegs ein bloßes *pignus nominis* (Forderungspfand)<sup>136</sup> entstehe, sondern vielmehr das „Gläubigerrecht auf die Zessionarin“ übertragen werde. Dem Zedenten verbleibe hingegen nur „das Recht [...], von der Zessionarin nach Abtretung der gesicherten Schuld Rückcession und bei einer nach Fälligkeit der Schuld erfolgten Erhebung oder weiteren Cession den nach Abzug von Kapital, Zinsen und Kosten

---

<sup>132</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (403).

<sup>133</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (403).

<sup>134</sup> RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161.

<sup>135</sup> RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161 (162).

<sup>136</sup> *Pignus nominis* bezeichnet das Pfandrecht an Forderungen, vgl. dazu auch: *Wittelshöfer*, Das Pfandrecht an einer Forderung (*pignus nominis*) 1876, S. 39 ff.

verbliebenen Überschuß zu fordern.“<sup>137</sup> War die besicherte Forderung hingegen bereits beglichen, erhielt der Schuldner die Forderung „nicht von selbst [...], sondern allein durch die Rückcession“ zurück.<sup>138</sup> Das Gericht ging damit von einem lediglich schuldrechtlichen, aus dem Sicherungsvertrag resultierenden Anspruch auf Rückübertragung des Vollrechts aus (1. Variante). Zwar war grundsätzlich auch die Konstruktion einer durch Tilgung der besicherten Schuld auflösend bedingten (dinglichen) Übertragung des Rechts bekannt (2. Variante).<sup>139</sup> Jedoch musste der Wille zur automatischen Rückübertragung klar erkennbar sein, was so gut wie nie der Fall war.<sup>140</sup> Bei Betrachtung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ist deutlich zu erkennen, dass die (allmählich) als fiduziarische Sicherungszession bzw. fiduziarische Sicherungsübereignung bezeichnete 1. Variante mit einem nur schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch der absolute Regelfall war.<sup>141</sup> Daher soll diese 1. Variante bei den nachfolgenden Betrachtungen im Vordergrund stehen.<sup>142</sup>

#### **4. Sicherungsabreden: Kann diese der (Dritt-)Schuldner auch dem Zessionar entgegenhalten?**

Die Anerkennung der Sicherungszession warf zudem die Frage auf, ob und wenn ja, welche der bis zur Abtretung entstandenen Einreden des (Dritt-)Schuldners dieser nun dem Sicherungszessionar als Neugläubiger entgegenhalten konnte.

Unstrittig musste sich der Zessionar die dem Drittschuldner gegenüber dem Zedenten zustehenden Einreden entgegenhalten lassen. Denn der Drittschuldner sollte durch die Abtretung der Forderung keine Nachteile erleiden.<sup>143</sup> Schwieriger war die Antwort bezüglich solcher Einreden zu finden, die nicht die Forderung selbst, sondern vielmehr die Person des Zedenten betrafen. Die überwiegende Meinung<sup>144</sup> war, dass auch solche in der Person des

---

<sup>137</sup> RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161 (163).

<sup>138</sup> RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161 (163).

<sup>139</sup> Der I. Senat differenzierte bereits grundsätzlich zwischen den folgenden zwei unterschiedlichen Varianten einer Sicherungszession. Entweder wurde im Sicherungsvertrag: (1. Var.) dinglich vereinbart, dass die zedierte Forderung „von selbst aus an den Zedenten zurückfällt“, d.h. als dinglich wirkende, auflösend bedingte Zession oder aber (2. Var.) sich der „Zessionar nur obligatorisch verpflichtete, das Eigentum durch Rückcession auf ihn wieder zu übertragen“, so RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (401).

<sup>140</sup> Bereits *Caspari*, Sicherungsübereignung und Sicherungszession, 1903, S. 30.

<sup>141</sup> *Caspari*, Sicherungsübereignung, 1903, S. 30.

<sup>142</sup> Wird nachfolgend von S.Z. oder S.Ü. gesprochen, ist grds. die 1. schuldrechtliche Variante gemeint.

<sup>143</sup> *Engel*, Sicherungsübereignung und Sicherungszession, 1902, S. 50; Allerdings bedeutet dies nicht, dass man bei der (Sicherungs-)Zession eine Anzeige nötig wäre, vgl. *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 31.

<sup>144</sup> *Dreyer*, Gruchot 40 (1896), 449 (460); Zum Streitstand *Dernburg*, Pandekten, Bd. 2, 2. Aufl. 1889, § 51 S. 139 Anm. 6–8.

Zedenten liegenden Einreden, die bis zur Abtretungsanzeige (*Denuntiation*) entstanden sind, dem Zessionar erfolgreich entgegengesetzt werden könnten. Windscheid lehnte dies hingegen mit der Begründung ab, dass die Forderung auf den Erwerber übergehe, „wie sie bei dem bisherigen Gläubiger war, mit ihren Mängeln und mit ihren Vorzügen.“<sup>145</sup> Allerdings machten deren Vertreter jedenfalls aus Billigkeitsgründen Ausnahmen<sup>146</sup> und der Sicherungszessionar musste sich z. B. die Einrede des Erlasses der Schuld gefallen lassen.<sup>147</sup>

Schwieriger war die dem Reichsgericht vorgelegte Frage, ob die zwischen dem Zedenten und dem Zessionar vertraglich vereinbarte Dispositionsbeschränkungen (wie z. B. die Einziehungsermächtigung) auch von dem (Dritt-)Schuldner gegen seine Inanspruchnahme durch den Sicherungszessionar geltend gemacht werden können. Es ging folglich um die Auswirkungen der in der Sicherungsabrede liegenden Dispositionsbeschränkung für den (Dritt-)Schuldner. Hintergrund der Entscheidungen war, dass die beklagten (Dritt-)Schuldner sich vermehrt gegen die Inanspruchnahme durch den Zessionar mit dem Argument wehrten, die Voraussetzungen aus dem Sicherungsvertrag (des Zedenten mit dem Zessionar) seien vom Zessionar nicht eingehalten worden.

Der I. Zivilsenat hatte am 4.12.1886<sup>148</sup> zu entscheiden, ob der (Dritt-)Schuldner das Zahlungsverlangen des Sicherungszessionars (als Neugläubiger) unter Berufung auf die dem Sicherungszedenten im Sicherungsvertrag eingeräumte Einziehungsermächtigung verweigern dürfe. Das OLG Königsberg argumentierte, dass aufgrund der Einziehungsbefugnis des Zedenten das „ausschließliche Recht, über die cedierte Forderung zu verfügen“ dem Zessionar nicht eingeräumt worden und folglich das „Eigenthum“ an der Forderung nicht vollständig auf diesen übertragen worden sei.<sup>149</sup> Diesen Makel könne auch der (Dritt-)Schuldner gegenüber dem Zessionar als Neugläubiger leistungsverweigernd einwenden. Der I. Senat des Reichsgerichts widersprach jedoch diesem Rechtsgedanken und stellte klar, dass selbst die Abrede der Einziehungsermächtigung nicht die Wirksamkeit der Sicherungszession verhindere. Wie bereits zuvor unter Nennung der Argumente (vgl. oben 3.) dargelegt, sei der Zessionar Eigentümer des „Eigenthumsobjekts Forderung“ geworden. Mit der vollständigen Übertragung des Rechts (im Außenverhältnis) unterliegt der Zessionar als Erwerber nur gegenüber seinem

---

<sup>145</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1887, § 332 (S. 281 f., S. 283 f.).

<sup>146</sup> *Dreyer*, Gruchot 40 (1896), 449 (460 f.).

<sup>147</sup> *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 50.

<sup>148</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399.

<sup>149</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (402).

Vertragspartner im Innenverhältnis gewissen Beschränkungen, wie hier der Einziehungsbefugnis zugunsten des Zedenten.<sup>150</sup>

Letzteren Gedanken formulierte der III. Zivilsenat im Jahr 1889 noch allgemeiner: „Vereinbarungen zwischen Zedenten und Zessionar über die Ausübung des übertragenen Gläubigerrechts berühren das Schuldverhältnis [Schuldner-Drittschuldner] selbst nicht, können daher auch nicht vom *Debitor cessus* [Schuldner] gegen den legitimierten Zessionar geltend gemacht werden.“<sup>151</sup> Beide Senate (I. und III.) argumentierten hier mit der Relativität der Schuldverhältnisse. Die Zession stelle eine dingliche Rechtsübertragung dar, die – *inter omnes* – gegenüber jedermann, insbesondere auch gegenüber dem (Dritt-)Schuldner wirke. Dagegen wirkten die Beschränkungen aus der Sicherungsabrede nur zwischen den Vertragsparteien – *inter partes* – und könnten daher nicht vom Drittschuldner gegenüber dem Sicherungszessionar als Einwand gegen die Gültigkeit der Sicherungszession eingewandt werden.

Schließlich präziserte der V. Zivilsenat diesen Rechtssatz am 4.11.1893<sup>152</sup> anhand von Fallgruppen. Folgende, regelmäßig von (Dritt-)Schuldnern vorgetragene Sicherungsabreden, konnten allesamt nicht als leistungsverweigernde Einreden gegenüber dem Zessionar eingewandt werden. Im Einzelnen waren dies die Einwände, „daß der Zessionar die Forderung nur betreiben, also *nur Inkassomandatar*, aber nicht Eigenthümer derselben“ sei, sowie „daß der Cessionar sich *zunächst an ein ihm gegebenes Wechselaccept halten müsse*, und daß die Cession *nur in securitatem erteilt sei*“ und schließlich der Einwand „daß der Cedent sich [als Altgläubiger] der *Betreibung der Forderung enthalten solle*“<sup>153</sup>. Im Ergebnis konnte der (Dritt-)Schuldner sich auf keine fremden Einreden des Sicherungszedenten bei seiner Inanspruchnahme durch den Sicherungszessionar bezüglich der Wirksamkeit der Sicherungszession berufen.

### III. Die Rechtslage nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)

#### 1. Die Rechtslage nach Einführung des BGB<sup>154</sup> anhand des Urteils vom 10.10.1903<sup>155</sup>

---

<sup>150</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (401, 403).

<sup>151</sup> RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161 (163).

<sup>152</sup> RG, Urteil vom 4.11.1893 – V. 207/98, RGZ 32, 216.

<sup>153</sup> RG, Urteil vom 4.11.1893 – V. 207/98, RGZ 32, 216 (220), kursive Hervorh. durch Verf.

<sup>154</sup> Das BGB trat am 1.1.1900 in Kraft.

<sup>155</sup> RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867.

In seinem ersten Urteil zur Sicherungszession nach Einführung des BGB betonte der I. Zivilsenat des Reichsgerichts am 10.10.1903, dass „auch das Recht des BGB der Sicherungsübereignung und Sekuritatzsession<sup>156</sup> die Anerkennung nicht versagt ha[be].“<sup>157</sup> Außerdem sei in Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen die „Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession für das Gebiet des Preußischen Allgemeinen Landrechts, wie des gemeinen Rechts anerkannt [...]“. <sup>158</sup> Seine Klarstellung für das BGB begründete der I. Senat mit zwei kurz gefassten Argumenten: *Zunächst* ergebe sich dies „insbesondere aus der Vorschrift des § 223 Abs. 2 BGB.“<sup>159</sup> § 223 Abs. 2 a.F. (1900) lautete: „Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden.“<sup>160</sup> Die Vorschrift impliziere dem Gericht zufolge, dass Rechte zu Sicherungszwecken übertragen werden können. Gleiches sollte daher auch für Forderungen gelten. Die Vorschrift sei eine deutliche gesetzgeberische Wertung für die Wirksamkeit der Sicherungszession. Im übrigen berief man sich ohne eigene nähere Begründung auf Dernburgs<sup>161</sup> und Lilienthals<sup>162</sup> Ausführungen hierzu.<sup>163</sup>

*Außerdem*, der I. Senat weiter, treffe es auch für die Rechtslage nach dem BGB zu, dass dem Gläubiger Realsicherheiten in der Regel durch ein Pfandrecht an einer Sache oder einem Recht bestellt würden. Jedoch könne eine Realsicherheit „aber auch in der Weise verschafft werden, daß dem Gläubiger zum Zwecke der Sicherung einer Forderung, Vermögensobjekte, Sachen oder Rechte seines Schuldners in sein Vermögen übertragen werden.“<sup>164</sup>

Noch deutlicher war die für die Sicherungsübereignung bereits am 17.6.1902<sup>165</sup> ergangene Begründung des II. Zivilsenats ausgefallen. Das Reichsgericht erkannte die Notwendigkeit einer Klarstellung der Rechtsnachlage nach dem neu eingeführten BGB.<sup>166</sup> Schließlich verankerte man dort in §§ 1205, 1253 Abs. 2 bzw. § 1280 BGB erneut das Faustpfandprinzip, während

---

<sup>156</sup> Das RG bezeichnete die Sicherungszession auch als Sekuritatzsession.

<sup>157</sup> RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (869). Kritisch war anfängl. der II. Senat in den (unverfftl.) Urteilen vom 2.2.1900 und vom 1.6.1900, siehe *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 393, 404.

<sup>158</sup> RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (868) unter Nennung weiterer Urteile.

<sup>159</sup> RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (869).

<sup>160</sup> § 223 Abs. 2 a.F. (1900) entspricht heute § 216 Abs. 2 S. 1 BGB.

<sup>161</sup> *Dernburg*, Pandekten Bd. 3, § 100 S. 282, § 263 S. 739 ff., zit. nach: RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (869).

<sup>162</sup> *Lilienthal*, DJZ 1902, 542 (543 rechte Sp.).

<sup>163</sup> RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (869).

<sup>164</sup> RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (869); so bereits der I. Senat des RG im Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (169).

<sup>165</sup> RG, Urteil vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485; vgl. zudem die Ausführungen auf S. 105 f.

<sup>166</sup> Bereits *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 399.

sich zu den Rechtsinstituten der Sicherungsübereignung und Sicherungszession keine Regelung wiederfand. Das Gericht hob daher hervor, dass der Sicherungsübereignung keine „gesetzliche Vorschrift“ entgegenstehe, insbesondere „die §§ 1205, 1253 Abs. 2 BGB kein Verbotsgesetz [...]“ darstellten.<sup>167</sup> Auf die Frage, weshalb der Gesetzgeber des BGB am Faustpfandprinzip festhielt, wird erst am Ende der Arbeit eingegangen.<sup>168</sup>

## 2. Dogmatische Erläuterungen zur Sicherungszession

Darüber hinaus nutzte der I. Zivilsenat in seiner Urteilsbegründung vom 10.10.1903 die Möglichkeit, gewisse rechtstechnische bzw. dogmatische Unklarheiten zur Sicherungszession zu klären. Man stellte zunächst fest, dass Pfandrechte einerseits sowie die Sicherungszession beziehungsweise die Sicherungsübereignung andererseits als zwei unterschiedliche Kreditsicherungen nebeneinander existieren.

Zur Unterscheidung der beiden Sicherungsübertragungen führte der I. Senat aus: Erfolgt die Sicherung „durch Sachen, so spr[eche] man von Sicherungsübereignung, erfolgt sie durch Rechte, so lieg[e] eine Sekuritatzession vor.“<sup>169</sup> Mit dem Begriff „Rechte“ waren dabei auch Forderungen gemeint. Außerdem hätten die Vertragsparteien bei beiden Alternativen zusätzlich die Wahlmöglichkeit, eine Sache oder ein Recht zu übertragen entweder (1) „nur unter auflösender Bedingung“, dass mit der Tilgung der Forderung das Sicherungsgut automatisch an den Zedenten zurückfällt, oder (2) so, dass „die Veräußerung bedingungslos geschieht“, der Gläubiger jedoch schuldrechtlich verpflichtet wird, die Vermögensobjekte an den Schuldner zurück zu übertragen.<sup>170</sup> In der Praxis setzte sich dabei die zweite, bedingungslos vereinbarte Alternative durch.

Auch zum Rechtsverhaltnis zwischen dem Sicherungsgeber und dem Sicherungsnehmer, ergänzte der V. Senat ein Jahr später für die Sicherungszession folgende Ausfuhungen:<sup>171</sup> Die Sicherungszession erhalte „begrifflich einen Auftrag und begründe ein Treueverhaltnis

---

<sup>167</sup> RG, Urteil vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485 (485 r. Sp.).

<sup>168</sup> S. u. Kapitel V., II. Schlussbetrachtung und Würdigung, S. 219 f.

<sup>169</sup> RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (869).

<sup>170</sup> RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (869); So bereits am 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (401). Wobei man allerdings, unter Würdigung der Rechtsprechung, in der Praxis fast ausschließlich die 2. Variante vereinbarte, sodass im Folgenden mit S.Z. grds. diese gemeint ist. Die 2. Variante hatte jedoch für den sicherungsgebenden Schuldner den Nachteil, dass nach Tilgung seiner Schuld die Forderung wieder zurückübertragen werden musste, was für ihn gewisse Risiken mit sich brachte, wie z.B. ein zwischenzeitlich eingetretener Konkurs des Sicherungsnehmers.

<sup>171</sup> RG, Urteil vom 23.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 190.

zwischen Zedenten und Zessionar. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den § 662 ff. BGB [sei] der Zessionar einer Forderung verpflichtet, daß Interesse des Zedenten wahrzunehmen, also z.B. die Forderung ordnungsgemäß beizutreiben oder so gut wie möglich zu verwerten und den Erlös, insoweit er die Forderung überschreitet, an den Zedenten herauszugeben (§ 677 BGB).<sup>172</sup> Außerdem dürfe der Zessionar seine durch die Zession erlangte formale Rechtstellung nicht dazu benutzen, „seinen Machtgeber zu schädigen.“<sup>173</sup>

Mit den dogmatischen Grundlagen der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung, den sogenannten fiduziarischen Rechtsgeschäften, beschäftigte man sich auch in der Rechtswissenschaft. Insbesondere Ferdinand Regelsberger trug mit seinem Aufsatz „Zwei Beiträge zur Lehre der Zession“<sup>174</sup> aus dem Jahr 1880 wesentlich zur dogmatischen Entwicklung der Sicherungszession als fiduziarisches Rechtsgeschäft bei. Er prägte nicht nur den Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, sondern seine Ausführungen bildeten im Übrigen auch die Grundlage für die sich um die Jahrhundertwende allmählich entwickelnde Lehre der Treuhand und insbesondere der Sicherungstreuhand.<sup>175</sup>

### **3. Schlussbetrachtung der *ersten Phase* der Rechtsprechung von 1880 bis 1903**

Betrachtet man die Rechtsprechung der *ersten Phase* zur Sicherungszession und Sicherungsübereignung von 1880 bis 1903 als Ganzes, so fallen folgende Besonderheiten ins Auge: In den Urteilsgründen zu Beginn der Achtzigerjahre scheint das Reichsgericht noch unsicher im Umgang mit der Sicherungszession. Diesen Eindruck vermitteln insbesondere die Urteilsgründe der ersten Entscheidungen, in denen man die verschiedenen Einwände gegen die Wirksamkeit kurz und wenig differenziert darstellte oder diese sogar teilweise miteinander vermischte.<sup>176</sup> Auch wirkt die verwendete Rechtssprache dogmatisch ungenau. Es fehlt oft an Definitionen und Abgrenzungen verschiedener Einzelfälle. Ein Grund dafür könnte in der mangelnden Erfahrung der Richter mit den neuen Rechtsinstituten zu finden sein. Außerdem konnte man in den Achtzigerjahren noch auf keine frühere reichsgerichtliche Rechtsprechung

---

<sup>172</sup> RG, Urteil vom 23.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 190 (191 f.).

<sup>173</sup> RG, Urteil vom 23.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 190 (192).

<sup>174</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157; vgl. auch später im II. Kapitel, Abschnitt C. unter IV. Schlussbetrachtung, S. 109 ff.

<sup>175</sup> Vgl. zur Entwicklung der Treuhandlehre und der Sicherungstreuhand, II. Kapitel, Abschnitt D., Ziffer 2 lit. b), S. 134 ff.

<sup>176</sup> Z.B. der III. Senat, der die Einwände Simulation und Gesetzesumgehung vermischte, RG, Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173 (174).

zurückgreifen, sondern allenfalls Urteile des preußischen Reichsoberhandelsgerichts<sup>177</sup> oder der Oberlandesgerichte<sup>178</sup> heranziehen. Schließlich könnte die anfänglich noch fehlende Unterstützung der Rechtswissenschaft mit thematischen Aufsätzen mitverantwortlich dafür gewesen sein, dass sich das Reichsgericht schwertat, Streitfragen präzise und rechtsdogmatisch schlüssig zu begründen. Denn die Wissenschaft begann erst um 1880 damit, die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession und ihre rechtstechnische Konstruktion als fiduziarisches Rechtsgeschäft zu erforschen.<sup>179</sup> Die anfängliche Unsicherheit verschwand allerdings allmählich. Ab Mitte der Achtzigerjahre und in den Neunzigerjahren erkennt man in den Urteilsbegründungen bereits eine gewisse Struktur, insbesondere nach den verschiedenen Einwänden gegen ihre Wirksamkeit.<sup>180</sup> Die Urteilsbegründungen wurden zudem umfangreicher und man setzte sich nun auch unter Abwägung von Argumenten differenziert mit einzelnen Einwendungen auseinander.<sup>181</sup>

Mit der erläuterten Entscheidung vom 10.10.1903 entschied nun (erneut) der I. Zivilsenat nicht nur für die neue Gesetzeslage nach dem BGB, ob die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte überhaupt möglich seien, sondern er scheint nach über 20 Jahren reichsgerichtlicher Rechtsprechung sowie in der Literatur geführter Diskussion, eine erste Zwischenbilanz zu ziehen. Die Senate hatten schließlich zu Beginn des 20. Jahrhunderts weitestgehend alle Einwände gegen die Wirksamkeit der Sicherungszession ausführlich widerlegt. Weder ihr Sicherungszweck konnte dahingehend ausgelegt werden, dass es sich um ein Scheingeschäft handele, noch führte dieser per se zu der Annahme, dass man nur eine Forderungsverpfändung vereinbaren wolle. Damit führte auch die *cessio in securitatem* zu einer vollständigen Rechtsübertragung. Des Weiteren konnte der Drittschuldner keine Einwendungen aus der Sicherungsabrede gegenüber dem Sicherungszessionar geltend machen. Und zu guter Letzt sah man in der Sicherungszession (und Sicherungsübereignung) keine zu deren Nichtigkeit

---

<sup>177</sup> Vor allem zum Vollindossament zu Inkasso ergingen folgende Entscheidungen: ROHG, Urteil vom 20.7.1870, BOHGE 1 (1871), 169; vom 7.2.1871, BOHGE 1 (1871), 275; vom 23.1.1872, ROHGE 5 (1872), 36; vom 9.4.1872, ROHGE 6 (1872), 49; vom 23.10.1872, ROHGE 7 (1873), 245; vom 1.5.1877, ROHGE 22 (1878), 265; vom 17.12.1878, ROHGE 25 (1880), 251. Allerdings ist zu beachten, dass das Indossament keine Zession ist. Doch ließen sich früher entwickelte allg. Grundsätze auf die S.Z. übertragen, *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157 (181).

<sup>178</sup> So v.a. Entscheidungen des OAG Rostock, OAG Dresden, Obertribunal Berlin und OAG Berlin, vgl. *Kleene*, Orientierung, S. 227 f.

<sup>179</sup> Erkennbar wird dies an den Erscheinungsjahren der wichtigsten Veröffentlichungen.

<sup>180</sup> So v.a. mit den Urteilen des RG vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 und vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399.

<sup>181</sup> So z.B. eindrucksvoll RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (182 ff.), wo man die Frage der Gesetzesumgehung in Abgrenzung zur Simulation, unter Würdigung der wichtigsten (einschlägigen) wissenschaftlichen Arbeiten, ausführlich prüfte.

führende Umgehung der Pfandgesetze der Partikularstaaten bzw. des BGBs. Die beiden Rechtsinstitute waren nun (in ihrer Grundform) anerkannte Rechtsinstitute des Mobiliarkreditsicherungsrechts.

Auf der Grundlage dieser Rechtssätze, wandte sich das Reichsgericht in den folgenden Jahren neuen Fragestellungen zu: Die Frage nach der Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen (sog. Vorauszession) sowie ein paar Jahrzehnte später die Prüfung der Wirksamkeit der Übertragung wechselnder, revolvingender Forderungsbestände (sog. Globalzession).

## B. Die Simulation als Einwand gegen die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte

In der *ersten Phase* reichsgerichtlicher Entscheidungen zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften (1880–1903) problematisierten die deutschen Obergerichte<sup>182</sup> und ab 1879 auch das Reichsgericht, die Zulässigkeit des Sicherungskaufs bzw. die Sicherungsübereignung<sup>183</sup> sowie die Sicherungszession sehr häufig unter dem Aspekt des Scheingeschäfts (Simulation). Bezüglich dieses Einwands bestand inhaltliche Übereinstimmung zwischen den Entscheidungen zur Sicherungsübereignung und denen zur Sicherungszession. Es machte keinen Unterschied, ob es sich um einen Sicherungskauf einer beweglichen Sache oder einer Forderung<sup>184</sup> handelte. Beide Rechtsinstitute waren als fiduziarische Sicherungsgeschäfte konstruiert. Sie unterschieden sich in diesem (frühen) Stadium lediglich durch den übertragenen Gegenstand und den dazugehörigen Übertragungsakt – die Übereignung einer beweglichen Sache bei der Sicherungsübereignung und die Abtretung einer Forderung oder eines Rechts<sup>185</sup> bei der Sicherungszession. Abweichungen ergeben sich daher allenfalls aus dem Übertragungsakt bei der Sicherungsübereignung, dem *constitutum possessorium*, das zusätzlich die Vermutung eines Scheingeschäfts nahelegte.

Auffällig ist, dass das Reichsgericht in dieser *ersten Phase* der Rechtsprechung trotz der ersten Anerkennung des Sicherungskaufs im Jahr 1880,<sup>186</sup> noch fast zwei Jahrzehnte lang in etlichen Entscheidungen<sup>187</sup> den Einwand der Simulation thematisierte. Die Urteilsbegründungen problematisierten, ob eine Übereignung von Sachen bzw. Forderungen aufgrund des mit dem Geschäft verfolgten Sicherungszwecks nur simuliert und damit

---

<sup>182</sup> Vgl. u.a. Obertribunal Stuttgart 1856, SeuffA 10 (1857), Nr. 243; OLG Celle 1860, SeuffA 14 (1861) Nr. 90; OAG Rostock 1863, SeuffA 19 (1866), 622 Nr. 122.

<sup>183</sup> Wobei die Entwicklung vom Sicherungskauf hin zur S.Ü. allerdings weder logisch und stringent verlief noch wechselte die S.Ü. den Sicherungskauf von heute auf morgen ab, *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 144.

<sup>184</sup> Die S.Z. wurde bereits anfänglich als solche bzw. als Sicherheit „in securitatem“ bezeichnet, RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1).

<sup>185</sup> Wobei die Gerichte begrifflich neben Abtretung und Zession, auch von Eigentumsübertragung einer Forderung sprachen, wie z.B. RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1). Somit war die Terminologie (hier vom I. Senat) bei S.Ü. und S.Z. einheitlich und eine entsprechend gleiche rechtliche Würdigung naheliegend.

<sup>186</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 für den Sicherungskauf über Mobilien, bzw. RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1) für den Sicherungskauf von Forderungen an Schiffsparten.

<sup>187</sup> Vgl. zur Simulation insb.: RG, Urteil vom 9.1.1880, SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99 (143); Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8; Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173; Urteil vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200; Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161; Urteil vom 4.11.1889 – VI. 154/89, Gruchot 34 (1890), 464; Urteil vom 21.1.1893 – V. 174/316/92, RGZ 30, 273; Urteil vom 28.3.1893 – III. 329/92, Gruchot 37 (1893), 967; Urteil vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103.

unwirksam sei.<sup>188</sup> Im jeweiligen Einzelfall prüften die Senate die teils unterschiedlich gestalteten Sicherungskäufe letztlich immer unter der Frage ob, ein „ernstlicher Wille“ zur Übertragung des Eigentums vorliege.

Als Simulation definierte die Rechtswissenschaft<sup>189</sup> des 19. Jahrhunderts<sup>190</sup> „eine gemeinschaftliche Willenserklärung mehrerer [...], die darüber einverstanden sind, ihren Erklärungen eine andere als die gewöhnliche Bedeutung zu geben.“<sup>191</sup> Dabei war zwischen zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Entweder wollten die Parteien überhaupt kein Rechtsgeschäft, oder sie wollten „ein anderes als das wörtlich ausgesprochene Rechtsgeschäft“ abschließen.<sup>192</sup> Als Rechtsfolge ergab sich im ersten Fall, dass das Rechtsgeschäft nichtig war. Und im zweiten Fall sollte das gewollte Geschäft gelten, sofern es nicht gegen andere Gesetze verstieß.<sup>193</sup> Folglich war daher allein der Wille der Parteien das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung, ob ein Scheingeschäft vorlag oder nicht.<sup>194</sup> Der Richter hatte durch Auslegung der Willenserklärungen im Einzelfall zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich – entweder ein Kaufvertrag mit Rückkaufsvorbehalt oder eine Verpfändung – vereinbaren wollten. Gelangte er zu der Einschätzung, dass eine Verpfändung gewollt war, so erklärte er das Geschäft wegen Formmangels für nichtig, da für eine Verpfändung die Besitzübertragung durch *constitutum possessorium* nicht ausreichte. Kam er jedoch zu dem Ergebnis, dass ein Kauf unter Rückkaufsvorbehalt vorläge, auch wenn der Verkäufer im Besitz der Sache blieb, so bestanden bezüglich dessen Wirksamkeit keine rechtlichen Bedenken.<sup>195</sup>

---

<sup>188</sup> So der I. Senat ausdrücklich im Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 und sinngemäß auch im Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1), wobei er die Frage verneinte und damit die Wirksamkeit der Sicherungskäufe erstmalig bejahte.

<sup>189</sup> Zur gemeinrechtlichen Doktrin der Simulation: *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, § 100 (S. 234 ff.); *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 5. Aufl. 1879, § 75 (S. 202 f.); *Buchholz*, in: Thibaut, System des Pandekten-Rechts. Bd. 1, 9. Aufl. 1846, § 380 (S. 324); *Puchta*, Pandekten, 9. Aufl. 1863, § 65 (S. 100 f.), hrsg. von A.F. Rudorff; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 134 III (S. 261 f.)

<sup>190</sup> Dabei hatte sich die theoretische Konzeption vom Mittelalter bis in die Achtzigerjahre des 19. Jh.s kaum verändert, *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 149.

<sup>191</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 134 III (S. 261 f.).

<sup>192</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, § 134 III (S. 262); *Regelsberger* bezeichnet das eine Rechtsgeschäft daher auch als „leeres“ und das zweite als „verdecktes“ Geschäft, AcP 63 (1880), 157 (172).

<sup>193</sup> *Glück*, Pandekten Bd. 4,1 1796, § 302 (S. 182 f.).

Der sächsische Gesetzgeber formulierte im Übrigen das gemeine Recht in § 828 und § 829 sächs. BGB sehr treffend, wie folgt: „Haben die Beteiligten bei einem der äußeren Erscheinung nach vorliegenden Verträge die Eingehung eines solchen nicht gewollt, sondern die Vertragshandlung bloß zum Scheine vorgenommen, so ist die letztere nichtig. Wird ein Vertrag unter der äußeren Erscheinung eines anderen Vertrages eingegangen, so ist das Geschäft nach den Vorschriften über den beabsichtigten Vertrag zu beurteilen.“ Gesetz online verfügbar bei *Hattenhauer/Schäfer* (Hg.), Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, §§ 828, 829.

<sup>194</sup> Vgl. u.a. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 225; *Glück*, Pandekten Bd. 4,1 1796, § 302 (S. 183).

<sup>195</sup> *Funke*, Beiträge zur Erörterung, 1830, S. 214 f., S. 222.

## I. Der Einwand der Simulation – ein alter Bekannter

Für ein besseres Verständnis, weswegen die Gerichte den Sicherungskauf immer wieder unter dem Aspekt des Scheingeschäfts bzw. der Simulation prüften, sind vorab einige grundlegende Erläuterungen hilfreich.

### 1. Der Sicherungskauf als Vorgänger der Sicherungsüberübereignung

Der Sicherungskauf war in seiner einfachsten Form ein Kauf mit einem Rückkaufsvorbehalt des Verkäufers. Dieser an sich seltene Vertragstyp, war vom hohen Mittelalter bis in das späte 19. Jahrhundert in der Regel zweckentfremdet gebraucht worden.<sup>196</sup> Die Konstruktion des Sicherungskaufs diente damals vor allem dazu, das kanonische Zinsverbot<sup>197</sup> bzw. die späteren Zinsbeschränkungen<sup>198</sup> und zugleich das Verbot der *lex commissoria*<sup>199</sup> zu umgehen.<sup>200</sup> Auf diese Weise konnte der Gläubiger anstatt Zinsen zu verlangen, sich das Sicherungsgut vom Schuldner verkaufen lassen und dieses gegen Mietzins beim Schuldner belassen. Der Mietzins unterlag nämlich nicht dem Zinsverbot.<sup>201</sup> Alternativ konnte er im Umfang des verbotenen Zinses, die Sache auch selbst benutzen. Damit umging der Gläubiger die Notwendigkeit, sich ein unchristliches Pfand bestellen lassen zu müssen, auf das die Zinsverbote und -beschränkungen ebenfalls Anwendung fanden.<sup>202</sup> Bei Beendigung der Geschäftsverhältnisse konnte er auch das Sicherungsgut dem Schuldner zu einem höheren Preis zurückverkaufen.<sup>203</sup> Um darüber hinaus auch das Verbot *lex commissoria*<sup>204</sup> zu umgehen, konnte der Gläubiger das

---

<sup>196</sup> Vgl. dazu die Kursächsische Konstitution von 1572, Const. ined., 41: „Weil itziger Zeit gar gemein, das *pignoratiū et foeneratiū contractus* Wiederkeuf getauft und also *illiciti contractus hoc ipso nomine tam quam liciti* palbirt und geschmückt werden.“ Frankfurter Reformation von 1611 2.2.21: „Wöllen, daß solche *Pacta*, sofern sonst kein Betrug/böse Practic/und Gefährde/nit untergemischt wurde (wie gleichwol oftmals geschieht, doch nit seyn soll) gehalten werden sollen.“ (abgedruckt bei: *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 147 Fn. 67).

<sup>197</sup> Generelles Zinsverbot seit dem 2. Laterankonzil (1139), übernommen in das *Decretum Gratiani* (um 1140 n. Chr.) und in die Dekretalen Gregors IX. von 1234 n. Chr. (*Busse*, Wiederkauf, 1965, S. 30); gemildert auf eine Beschränkung der Konventionalzinsen auf 5 % durch die Rechtsprechung und die meisten Stadt- und Landrechte des 16. Jahrhunderts und den Reichsabschied von 1654 (*Busse*, Wiederkauf, S. 89 f.).

<sup>198</sup> So u.a. die Zinsbeschränkung auf 5 % nach dem § 804 A.L.R. I.11.

<sup>199</sup> Bayrisches Landrecht 2.2.6.18; Freiburger Reformation 2.8.13; Württembergisches Landrecht 2.7.13; vgl. *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 147 Fn. 70.

<sup>200</sup> *Leist*, Die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 11; *Busse*, Wiederkauf, S. 90 f.; *Endemann*, Bd. II., S. 93 ff.

<sup>201</sup> *Busse*, Wiederkauf, S. 32.

<sup>202</sup> *Busse*, Wiederkauf, S. 91; *Endemann*, Bd. II., S. 336 f.

<sup>203</sup> *Endemann*, Bd. II., S. 96.

<sup>204</sup> Die *lex commissoria* bzw. Verfallsklausel hatte folgenden Inhalt: Beglich der Schuldner eine Forderung nicht zum Fälligkeitstermin, verfiel das zuvor dem Gläubiger bestellte Sicherungseigentum oder der Pfandgegenstand endgültig an diesen. Das Sicherungsgut hatte regelmäßig einen höheren Verkehrswert als die besicherte Schuld.

übertragene Sicherungsgut bei verspäteter Geltendmachung des Rückkaufsrechts einfach behalten bzw. es selbst nutzen, vermieten oder sich daraus befriedigen.

Als weiteres, zentrales Motiv für die Vereinbarung eines Sicherungskaufs waren die erheblichen wirtschaftlichen Vorteile gegenüber dem erlaubten Pfandrecht: So musste der Gläubiger nicht die Entstehung privilegierter Pfandrechte anderer Gläubiger an seiner Pfandsache befürchten. Zudem musste er als absonderungsberechtigter Eigentümer des Sicherungsguts nicht auf eine möglichst hohe Befriedigungsquote im Konkursverfahren hoffen. Und schließlich unterlag er auch für den Fall der Befriedigung aus diesem, nicht den Beschränkungen der Pfandverwertung. Denn aufgrund seiner Eigentümerstellung konnte er die Sache selbst benutzen, sie vermieten oder sie weiterveräußern.<sup>205</sup> Nach Abschaffung der Zinsbeschränkungen und vor Einführung des Faustpfandprinzips, waren diese Vorzüge der Hauptbeweggrund einen Sicherungskauf zu vereinbaren.<sup>206</sup>

Die Rechtsprechung, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft versuchten hingegen, diese Geschäfte zu unterbinden und verwendeten dafür schon damals das Instrument der Simulation.<sup>207</sup> Folglich lag es nahe, dass die Rechtsprechung einschließlich des Reichsgerichts, auch Ende des 19. Jahrhunderts, in ihren Entscheidungen zum Sicherungskauf zuerst auf jenes, bereits bekannte Institut der Simulation zurückgriffen.<sup>208</sup>

## 2. Der Sicherungskauf unter Verwendung des *constitutum possessorium*

Außerdem gab es noch einen zweiten Grund, den Sicherungskauf einer beweglichen Sache des bloßen Scheingeschäfts zu verdächtigen: das *constitutum possessorium*. Regelmäßig wurde bei einem Sicherungskauf die dingliche Eigentumsübertragung mittels Besitzkonstitut vereinbart, wodurch der Sicherungsverkäufer im Besitz der Sachen blieb und diese weiterhin benutzen konnte. Im Mittelalter hatte sich der unredliche Schuldner des *constitutum possessorium*

---

Zum Schutz des Pfandbestellers verbot daher bereits Kaiser Konstantin 320 n. Chr. die *lex commissoria*. Zum Begriff der *lex commissoria*: *Burkhardt*, AcP 51 (1868), 151–174.

<sup>205</sup> OAG Rostock, SeuffA 19 (1866), 662 Nr. 122 (664), welches diese drei wirtschaftl. Vorteile wörtlich aufzählte.

<sup>206</sup> *Busse*, Wiederkauf, S. 92–96; *Funke*, Beiträge zur Erörterung, 1830, S. 212 f.

<sup>207</sup> *Endemann*, Bd. I., S. 96.; Vgl. auch etwa Bayrisches L.R. 2.2.6.18: „Das sog. *Pactum commissorium* kraft dessen dem *Creditori* das Pfand auf den Fall, wenn solches nur auf bestimmte Zeit nicht gelöst wird, heimfällig seyn soll, ist von keiner Gültigkeit, und dieweil dieses auch öfters in *Fraudem legis* solchergestalt verdeckt wird, daß es dem äußerlichen Schein nach mehr für einen Wiederkauff oder andern dgl. Contract aufgenommen werden könnte, so soll man doch auf solche simulierte *Pacta*, zumal bey anscheinendem Wucher ebenso wenig als auf obbenanntes *Pactum* sprechen, und den Handel allzeit mehr für eine Verpfändung als einen Wiederkauf ansehen.“ Hinter den Scheinkäufen glaubte man ein verbotenes Darlehen oder einen Pfandvertrag, vgl. Preuß. A.L.R. I.20, § 325 (Gesetz abgedr.: *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 148 Fn. 79).

<sup>208</sup> *Endemann*, Bd. I., S. 95.

bedient, um mit einer nur zum Schein abgeschlossenen Veräußerung an einen Dritten, dem Gläubiger sein Vermögen vorzuenthalten.<sup>209</sup> Die Gerichte reagierten mit klaren Worten und befanden, dass „ein auf Veräußerung gerichtetes Geschäft, nach dessen Abschluss der Veräußerer noch scheinbar im Besitze blieb, unmöglich ernst gemeint sein könne“.<sup>210</sup> Da der Sicherungskauf nun eine Kombination von Kauf mit Rückkaufsvorbehalt und *constitutum possessorium* war, drängte es sich im 19. Jahrhundert den Richtern und Rechtsgelehrten auf, zunächst erneut mit dem dogmatischen Instrument der Simulation dagegen vorzugehen.<sup>211</sup>

## II. Der Einwand der Simulation in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung

Die deutschen Gerichte hatten immer im Einzelfall und über teils unterschiedlich ausgestaltete Sicherungsverträge zu entscheiden. Außerdem mussten sie vor Einführung des BGB im Jahr 1900, das jeweils gültige Gesetz des Partikularstaats beachten. Dennoch lassen sich einige typische, immer wiederkehrende Argumente für bzw. gegen eine Simulation wiedererkennen. Die Gerichte problematisierten in der Regel auf Anlass eines Beklagtenvortrags, verschiedene Einwände, weswegen es an einem ernstlichen Willen zur Eigentumsübertragung fehle.

### 1. Das Urteil des Reichgerichts vom 7.5.1880 – Argumente für einen fehlenden Willen zur Übereignung

Eine ausführliche exemplarische Darstellung verschiedener Einwände gegen die Annahme eines ernstlichen Willens zur Übereignung, findet sich im Urteil des III. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 7.5.1880.<sup>212</sup>

Das Reichsgericht hatte im zugrundeliegenden Fall zu entscheiden, ob der zwischen den Parteien vereinbarte Sicherungskauf wirksam war: Der landwirtschaftliche Pächter und seine Ehefrau verkauften Rinder im Wert von 7200 Taler für 6000 Taler und stellten schriftlich fest, dass das Kaufgeld durch Waren und in bar empfangen worden sei. Sie blieben jedoch im Besitz der Tiere und trugen aber sowohl die Fütterungskosten als auch die Gefahr des Untergangs der Tiere. Außerdem hatten die Eheleute 6 % Zinsen des „Capitals“ zu bezahlen. Allerdings stand ihnen ein Rückkaufsrecht in Höhe des Kaufpreises bzw. in Höhe der Forderung des Käufers zu. Des Weiteren durfte sich der Käufer für den Fall, dass der Vertrag durch die Verkäufer nicht

---

<sup>209</sup> Hromadka, Faustpfandprinzip, S. 148.

<sup>210</sup> So Biermann, *Traditio ficta*, 1891 (Neudruck 1968), S. 123.

<sup>211</sup> Hromadka, Faustpfandprinzip, S. 149.

<sup>212</sup> RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8.

erfüllt würde, den Kaufpreis verlangen oder sich aus dem Kaufgegenstand befriedigen. Im Übrigen verzeichnete der Käufer den Kaufgegenstand nicht in seinen Geschäftsbüchern, sondern führte dort nur die frühere Darlehensschuld weiter.

Der III. Senat kam in seinem Urteil zu dem Ergebnis, dass die Parteien keinen wirklichen Willen gehabt hätten, das Eigentum zu übertragen. Tatsächlich sollte nur ein nach § 12 des preußischen Gesetzes vom 29. Mai 1873<sup>213</sup> verbotene Mobiliarverpfändung verschleiert werden, und es gelte daher weder das abgeschlossene noch das beabsichtigte Geschäft. Das Reichsgericht hielt folglich den vereinbarten Sicherungskauf für unwirksam.

Den fehlenden Übertragungswillen machte es an folgenden, damals für die Rechtsprechung typischen und häufig genannten Gesichtspunkten fest:

Man habe hier bereits keinen „wirkliche(n) Kaufpreis“ vereinbart, da dieser nicht dem Verkehrswert der Sache entspreche, sondern 1200 Taler darunter liege.<sup>214</sup> In aller Regel vereinbarte man einen grundsätzlich der besicherten (Darlehens-)Schuld entsprechenden, zu niedrigen Kaufpreis. Die Divergenz von Kaufpreis und Verkehrswert der Sache, diene häufig als erstes Argument für ein Scheingeschäft.<sup>215</sup> Oft ergänzten die Gerichte, dass der Kaufpreis aufgrund des vereinbarten Rückzahlungsvorbehalts nicht bezahlt und das Geschäft daher nicht wirklich gewollt sei.<sup>216</sup>

Als zweites, sehr wichtiges Argument, führten die Gerichte bei einem Sicherungskauf einer beweglichen Sache immer wieder an, dass der Veräußerer die Sicherungsgüter weiterhin besitzen und verwenden wollte. Da es sich allermeist aber um Betriebsinventar handelte und der Verkäufer somit zwingend auf deren Gebrauch angewiesen war, lasse es den Schluss zu, die Parteien hätten niemals vorgehabt, das Eigentum wirklich zu übertragen.<sup>217</sup> So sprach auch im vorliegenden Fall von 1880 der Umstand, dass das für den Ackerbau notwendige Vieh weiterhin im Besitz und Nutzen des Veräußerers verblieb, für die Annahme eines Scheingeschäfts.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> § 12 des preußischen Gesetzes vom 29. Mai 1873 lautete: „Die Bestellung einer Hypothek am ganzen Vermögen, sowie die Bestellung einer Hypothek an einer beweglichen Sache, einschließlich der Forderungen, ist fortan unzulässig.“ Abgedr. im vorgeh. Urteil von 7.5.1880 (III.).

<sup>214</sup> RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8.

<sup>215</sup> Ausdrücklich der I. Senat, RG, Urteil vom 9.1.1880, SeuffA 34 (1881), 142 Nr. 99 (143).

<sup>216</sup> RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8 (14).

<sup>217</sup> So z.B. bereits vom Obertribunal Stuttgart im Urteil vom 23.4.1856, SeuffA 10 (1857), 858 Nr. 243 (858) als auch noch fast 50 Jahre später vom OLG Naumburg, Urteil vom 25.11.1902, SeuffA 57 (1902), 237 vertreten.

<sup>218</sup> RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.) SeuffA 36 (1881), S. 14 (14).

Drittens habe, wie auch hier, der Käufer nicht beabsichtigt, die Gegenstände wirklich als sein Eigentum behalten zu wollen. Denn nach der Vereinbarung der Parteien behalte der Käufer nur dann das Eigentum an Zahlungsstatt, wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig seine (Darlehens-)Schuld begleiche. Dieses Recht des Käufers sei „ausschließlich auf den Zweck seiner Befriedigung wegen des erwähnten Capitals gerichtet“<sup>219</sup>. Die Kaschierung der Darlehensverbindlichkeit als Kaufpreis, welche sich aus der Rückkaufsvereinbarung zum Preis der offenen Darlehensverbindlichkeit ergibt, nahmen die Gerichte naheliegender Weise als Grund eine Simulation anzunehmen.

Als Besonderheit in diesem Einzelfall wurde an vierter Stelle vorgebracht, dass der Käufer den verabredeten Kaufpreis nicht dem Konto des Verkäufers gutgeschrieben, sondern dieser die Verbindlichkeit des Schuldners auf dem Kontokorrentkonto einfach weitergeführt hatte, als ob ein Kaufvertrag gar nicht geschlossen worden sei.<sup>220</sup>

Schließlich lassen sich in anderen Entscheidungen noch einige weitere typische Einwände finden, mit denen die Gerichte die Ernstlichkeit der Eigentumsübertragung versagten: zum Beispiel habe der Gläubiger für die erworbenen Gegenstände, meist Betriebsinventar, selbst keine Verwendung. Außerdem trage nicht der Gläubiger als Käufer, sondern der Schuldner als Verkäufer auch weiterhin die Gefahr des Untergangs des verkauften Gegenstands bzw. die Kosten einer Versicherung für diesen. Das spreche für eine fortbestehende Eigentümerstellung des Schuldners. Und darüber hinaus weise die Abrede, dass der Käufer bei Befriedigung aus der Sache, den Mehrerlös (über die besicherte Schuld hinaus) an den Verkäufer auskehren müsse, auf eine nicht ernsthaft gewollte Eigentumsübertragung hin.<sup>221</sup>

Im Ergebnis waren all diese Einwände aber nur die Konsequenz des mit dem Geschäft verfolgten wirtschaftlichen Zwecks, der Sicherung einer Forderung. Die Gerichte versuchten, die von den Vertragsparteien verschleierte, wirtschaftlichen Absichten über den Einwand der Simulation auf die dingliche Seite, die Übereignung (des Sicherungsguts) durchschlagen zu lassen. Dabei vermengten sie jedoch die Wirksamkeit des schuldrechtlichen mit der des dinglichen Rechtsgeschäfts.<sup>222</sup> Allerdings war das juristische Gewand der Eigentumsübertragung jedoch – so wie dies der I. Senat des Reichsgerichts bald anerkannte<sup>223</sup> – ernsthaft gewollt und mit diesem Einwand nicht angreifbar. Folglich erwies sich das Institut

---

<sup>219</sup> RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), S. 14 (14 f.).

<sup>220</sup> RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), S. 14 (15).

<sup>221</sup> *Kleene*, Orientierung, S. 72; Vgl. zum Abschnitt *Kleene*, Orientierung, S. 71 f., S. 79 ff.

<sup>222</sup> Vgl. dazu auch *Bähr*, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883, S. 63.

<sup>223</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880, RGZ 2, 168.

der Simulation als das falsche Werkzeug, den unerwünschten Sicherungszweck des Geschäftes zu verhindern.

Zu einem völlig anderen rechtlichen Schluss gelangte allerdings der Zivilrechtprofessor Konrad Hellwig.<sup>224</sup> Interessanterweise nannte er ein Jahr später (1881) im Wesentlichen dieselben Kriterien wie die Rechtsprechung zuvor. Allerdings ging er nicht von einer simulierten und damit unwirksamen Eigentumsübertragung aus. Er folgerte aus der Vereinbarung der Sicherungsübereignung nicht, dass die Parteien keine Eigentumsübertragung, sondern nur eine Pfandbestellung verschleiern wollten. Außerdem hätten die Parteien schließlich auch keinen „dauernden“ Eigentumserwerb gewollt. Vielmehr beabsichtigten sie das Eigentum nur zur Sicherungszwecken zu übertragen.<sup>225</sup>

Anhand der folgenden typischen Kriterien seien für den im Einzelfall prüfenden Richter regelmäßig zu erkennen, dass keine dauerhafte Eigentumsübertragung, sondern nur eine Sicherungsübereignung gewollt war: Das Belassen der Sache beim Verkäufer aufgrund eines Miet- oder Leihvertrages sei wirtschaftlich ungewöhnlich, denn schließlich kaufe man eine Sache, um diese zu nutzen oder mit Gewinnaufschlag weiter zu veräußern. Folglich liege es nahe, dass der „Kauf“ nicht zum Erwerb des Eigentums an der Sache und den damit verbundenen Nutzungsmöglichkeiten abgeschlossen worden sei, sondern der Käufer nur ein Wertobjekt zur Sicherung seiner (Darlehens-) Forderung erhalten wollte. Daneben träten noch weitere charakteristische Umstände unterstützend hinzu: So entspreche der Mietzins dem üblichen bzw. bereits früher erbrachten Darlehenszins. Der Kaufpreis werde in der Höhe der offenen Darlehensschuld vereinbart, wobei der Wert des Kaufobjekts wesentlich höher sei als diese. Zudem handle es sich bei den „verkauften“ Gegenständen typischerweise um Inventar des Geschäftsbetriebs, auf dessen Nutzung der Verkäufer dauerhaft angewiesen sei. Nicht selten versichere der Verkäufer auf seine Kosten und zugunsten des Käufers die verkaufte Sache. Und schließlich werde im Falle eines zwischen den Parteien bestehenden (kaufmännischen) Kontokorrents nicht der Kaufpreis eingebucht, sondern lediglich die Darlehensforderung (auch nach dem Kauf) weitergeführt. Aus diesen Umständen könne der Richter entnehmen, dass nicht wie bei einem Kaufgeschäft üblich eine dauerhafte

---

<sup>224</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369.

<sup>225</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (389).

Eigentumsübertragung, sondern nur eine Sicherstellung des Gläubigers, also ein Sicherungskauf gewünscht war.<sup>226</sup>

## **2. Das Oberappellationsgericht Rostock 1854 – der Sicherungszweck stehe der Wirksamkeit des Sicherungskaufs nicht entgegen**

Eine völlig gegensätzliche Ansicht zum Reichsgericht (von 1880) vertrat das Oberappellationsgericht (OAG) Rostock bereits Jahrzehnte zuvor. Im Jahr 1854<sup>227</sup> bejaht es die Gültigkeit des Sicherungskaufs mit einer gegensätzlichen Argumentation. Besonders eindrucksvoll ist, wie klar es die „Gleichgültigkeit“ des Zwecks für die Wirksamkeit des Sicherungskaufs betonte und die verschiedenen Vorteile des Sicherungskaufs gegenüber der Pfandbestellung ausdrücklich aufzählte, sogar Voraussetzungen für einen wirksamen Sicherungskauf nannte und diese schließlich prüfte. In dieser Deutlichkeit sprach selbst in den Achtzigerjahren das Reichsgerichts diesen Punkt nicht an, obwohl es seit den Entscheidungen des ersten Senats vom Oktober 1880 im Ergebnis die gleiche Meinung vertrat.<sup>228</sup>

Das OAG hatte folgenden Fall zu entscheiden: Der Kläger machte gegenüber den Konkursgläubigern des P sein Eigentumsrecht geltend und verlangte darauf stützend, die Herausgabe der streitgegenständlichen Rinder. Diese hatte ihm sein Schuldner P zuvor verkauft und tradiert. Der Kläger und Käufer verpflichtete sich hingegen das Vieh bei P zu belassen. Im Fall einer Kündigung des Vertragsverhältnisses durch P, konnte er es jedoch sofort weiterverkaufen, hatte aber einen möglichen Mehrerlös an ihn (P) herauszugeben. Die beklagten Konkursgläubiger beriefen sich auf die Ungültigkeit des Verkaufs.

Das Gericht jedoch sah die Klage als begründet an. Der Kaufvertrag sei wirksam und Rechtsgrund (*iusta causa*) für die Übereignung geworden. Das OAG Rostock ging damit noch nicht von dem Abstraktionsprinzip nach Savigny, sondern von der zuvor vertretenen *Titulus-modus-Lehre* aus, wonach eine wirksame Übereignung als dingliches Geschäft vom schuldrechtlichen Geschäft (*titulus*) abhängig war.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (387 f.).

<sup>227</sup> OAG Rostock, SeuffA 7 (1854), 301 Nr. 282; dieselbe Auffassung vertrat das OAG Rostock 1868 auch für die S.Z., vgl. OAGE 6 (1868), Nr. 44, sowie als Berufungsgericht in RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200 (201 f.).

<sup>228</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168; RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1).

<sup>229</sup> Bei der Titulus-Modus-Lehre erfolgte die Übereignung, wenn ein Rechtsgrund (*titulus*), z.B. Kaufvertrag oder Schenkung, und der Übertragungsakt gehörige Form (*modus aquirendi*) vorlag.

In seiner Begründung stellte das OAG Rostock zuerst klar, dass beabsichtigter Zweck, Nutzen, sowie der gewünschte Vorteil, den die Parteien mit dem Geschäft erreichen wollten für „das Wesen und den rechtlichen Bestand“ des Kaufgeschäfts „völlig gleichgültig“ seien. Man schloss gerade nicht, wie dies viele Gerichte Mitte des 19. Jahrhunderts letztlich taten,<sup>230</sup> vom wirtschaftlichen Zweck auf die Wirksamkeit des Vertrages.<sup>231</sup>

Anschließend erläuterte das OAG ausführlich die verschiedenen Vorteile, die sich sowohl für den Verkäufer als auch den Käufer aus dem Abschluss eines Sicherungskauf ergaben und betonte zugleich, dass deren Verfolgung „rechtlich nichts im Wege“ stünde: Der *Verkäufer* habe durch die Eigentumsübertragung zum einen den Vorteil, dass er, wie bei einem Darlehensvertrag auch, Kapital erhalte oder die Frist zu dessen Rückzahlung verlängern lassen könne. Das Gericht erkannte hier bereits 1854 den verfolgten Zweck des als Kauf getarnten Rechtsgeschäfts, nämlich die anfängliche oder nachträgliche Sicherung eines Kreditgeschäfts. Zum anderen hätte das Geschäft vor allem auch einen rein tatsächlichen Vorteil, die veräußerte Sache trotz Übertragung an den Erwerber weiterhin zu benutzen und Gebrauchsvorteile ziehen zu können. Dies war eigentlich die neue und zentrale Idee der Sicherungsgeschäfte. Der Verkäufer sollte nämlich sein betriebsnotwendiges Vermögen dazu verwenden können, sich weiteres Investitionskapital zu beschaffen, ohne gleichzeitig, wie es bei einem Faustpfand der Fall war, auf den Vermögensgegenstand als Betriebsmittel verzichten zu müssen.<sup>232</sup> Der *Käufer* hingegen profitiere von der sich aus seiner Eigentümerstellung ergebenden, freien Verfügungsbefugnis, so das OAG. Er erhalte auf diese Weise einen „dinglichen Rechtsschutz“ gegenüber anderen Gläubigern, sowohl in der Zwangsvollstreckung (Drittwiderrspruchsklage) als auch im Konkursverfahren (Aussonderungsrecht). Zugleich komme ihm im Sicherungsfall der Erlös aus dem Verkauf der Sache bzw. die Sache selbst zugute. Auf diese Weise erhielt er eine höhere Sicherheit als er durch die „Bestellung eines Pfandrechts hätte erlangen können“, machte das Gericht deutlich.<sup>233</sup>

In bemerkenswerter Weise erkannte das OAG Rostock hier, zu einem sehr frühen Zeitpunkt (1854) das tatsächlich beabsichtigte, wirtschaftliche Ziel der Parteien – nämlich es dem Schuldner zu ermöglichen, seine betriebsnotwendigen Mobilien unter Weiterverwendung im

---

<sup>230</sup> So u.a. der III. Senat des RG noch 1880 vgl. RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8 bzw. die obenstehenden Ausführungen.

<sup>231</sup> OAG Rostock, SeuffA 7 (1854), 301 (301).

<sup>232</sup> OAG Rostock, SeuffA 7 (1854), 301 (301).

<sup>233</sup> OAG Rostock, SeuffA 7 (1854), 301 (301).

Betrieb gleichzeitig auch zu Darlehenszwecken voll einsetzen zu können. Außerdem verstand das Gericht auch den erheblichen Vorteil für den Gläubiger, ein zu seiner Verfügung stehendes Sicherungsgut zu erhalten, das auch in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs des Schuldners seiner privilegierten Befriedigung diene. In dieser Deutlichkeit wurden die wichtigsten Vorteile der Sicherungsübereignung und Sicherungszession – insbesondere gegenüber den Pfandrechten – selbst in den zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts seit 1879 nicht mehr genannt.

Beachtlich ist schließlich an dieser Entscheidung, dass das OAG Rostock drei abstrakte Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Sicherungskaufs definierte und anschließend subsumierte: So komme es darauf an, dass die „gesetzlichen Erfordernisse des Kaufs [...] und des Eigentumserwerbs“ beachtet worden seien. Zudem dürften die mit dem Geschäft verbundenen Nebenabreden (*pacta adjuncta*)<sup>234</sup> nicht der rechtlichen Natur des Hauptgeschäfts widersprechen und schließlich keine „fraudulöse Umgehung“ anderer Gesetze vorliegen.<sup>235</sup> Im vorliegenden Fall ging das OAG Rostock davon aus, dass „das Hauptgeschäft als solches, den gesetzlichen Erfordernissen entsprochen“ habe. Es sei der Kaufpreis, sowie die Kaufsache dadurch genügend bestimmt worden, dass man den damaligen Bestand, der Rinder genau angab. Außerdem sei das Kaufgeschäft nicht dazu gebraucht worden, „um bestehende Gesetzesvorschriften indirekt zu umgehen.“ Und schließlich verstoße die vertragliche Nebenabrede nicht gegen das Verbot der *lex commissoria*, weil der Verkäufer die Kündigungsbefugnis behielt und der Käufer für diesen Fall zum sofortigen Verkauf und zur Herausgabe des Mehrerlöses verpflichtet war.“ Auch lag die Pachtvergütung nicht über dem gesetzlichen Zinsmaß. Folglich hielt das Gericht im Ergebnis den Kaufvertrag für wirksam.<sup>236</sup>

Mit der Prüfung der definitionsgemäß klingenden, abstrakten drei Voraussetzungen für eine wirksame Sicherungsübereignung scheint das OAG Rostock seiner Zeit weit voraus. Dies wird an folgenden Punkten deutlich: Bereits im Jahr 1854 vom Abstraktionsprinzip ausgehend, differenzierte das Gericht zwischen einem wirksamen Kauf und einer wirksamen Eigentumsübertragung.<sup>237</sup> Außerdem nannte es als gesondert zu prüfende, zweite Voraussetzung, dass kein anderes Gesetz umgangen werden dürfe. Man vermengte diesen Prüfungspunkt der Gesetzesumgehung gerade nicht – wie es insbesondere das Reichsgericht

---

<sup>234</sup> *Pacta adjuncta* ist die Nebenabrede, vgl. *Schröter*, Lehrbuch des A.L.R., Bd. 2, 2. Aufl. 1840, S. 13 ff.

<sup>235</sup> OAG Rostock, SeuffA 7 (1854), 301 (301).

<sup>236</sup> OAG Rostock 1854, SeuffA 7 (1854), 301 Nr. 282 (302).

<sup>237</sup> Das OAG Rostock folgte bereits früh der Lehre Savignys des abstrakten dinglichen Rechtsgeschäfts. Vgl. dazu detaillierte Ausführungen des OAG Rostock, Urteil vom 5.11.1863, SeuffA 19 (1866), 662 Nr. 122 (663).

noch bis ins 20. Jahrhundert tat – mit dem Einwand des Scheingeschäfts. Schließlich prüfte das OAG bereits als dritte Voraussetzung, dass das Geschäft gegen kein Verbotsgesetz verstoßen dürfe. Einen möglichen Verstoß gegen das Verbot der *lex commissoria* verneinte das Gericht mit dem Argument, dass ein Mehrerlös aus dem Verkauf des Sicherungsgegenstandes an den Veräußerer zurückfließe. Exakt mit dem zuletzt genannten Argument, lehnten in 1880er Jahren auch Teile der Rechtswissenschaft die Nichtigkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte wegen desselben Einwands ab.<sup>238</sup> Aus den vorgenannten Gründen ist die Entscheidung als sehr fortschrittlich zu bewerten. Die Rechtsansicht des OAG Rostock prägte schließlich auch (als Berufungsentscheidung) die Grundsatzentscheidung zur Sicherungsübereignung des I. Senats vom 10.1.1885.<sup>239</sup>

### **3. Drei Entscheidungen des Reichsgerichts aus dem Jahr 1880 – der Sicherungskauf als Simulation**

Das Reichsgericht war sich im Jahr 1880 innerhalb seiner Senate besonders uneinig über die Frage, ob die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession simulierte und daher unwirksame Geschäfte seien.<sup>240</sup> Diese Unsicherheit dauerte im Anschluss noch über Jahrzehnte an. Als Gründe hierfür sind zu nennen: Einerseits die Unschlüssigkeit innerhalb der verschiedenen Senate, über die Zulässigkeit des wirtschaftlichen Ergebnisses – ob die fiduziarischen Sicherheiten als Kreditsicherungsmittel wünschenswert waren oder nicht. Andererseits waren es auch rechtsdogmatische Unsicherheiten über die Geltung der *Titulus-Modus-Lehre*<sup>241</sup> oder des *Abstraktionsprinzips*.<sup>242</sup> Das Abstraktionsprinzip nach Savigny setzte sich erst allmählich in allen Teilstaaten Deutschlands durch und wurde schließlich mit der

---

<sup>238</sup> Ausdrücklich kein Verstoß gegen das Verbot der *lex commissoria*: Leist, die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 71; Buetow, die Sicherungsübereignungen, 1894, S. 12.

<sup>239</sup> Vgl. RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200.

<sup>240</sup> Dies zeigen folgende drei Entscheidungen des III. Senats im Vergleich zu zwei späteren Urteilen des I. Senats aus dem Jahr 1880: Der III. Senat war gegen die Wirksamkeit der Sicherungsgeschäfte in RG, Urteil vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99, vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8; sowie vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173 Der I. Senat jedoch sprach sich kurz darauf für die Wirksamkeit der S.Ü. und S.Z. aus: RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 und vom 13.10.1880 – I.622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1).

<sup>241</sup> Nach der Titulus-Modus-Lehre geht das Eigentum über, durch das Bestehen eines Erwerbstitels (*titulus*), etwa eines Kaufvertrags, und dem tatsächlichen Vorgang der Übergabe, den *modus acquirendi*.

<sup>242</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 303 ff., insb. S. 313; Savigny, Obligationsrechte als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2 1865, S. 254 ff.; Vgl. auch Caemmerer, Sicherungsübereignung, S. 27.

Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch ab 1900 allgemeingültig.<sup>243</sup> Entsprechend Savignys Lehre unterschied man zwischen einem dinglichen und einem obligatorischen Vertrag, wobei allein der dingliche Vertrag für die Änderung der sachenrechtlichen Rechtslage ausschlaggebend war. Die *causa* als schuldrechtlicher Vertrag hatte nur die Aufgabe, das Motiv für die Eigentumsübertragung zu bilden. Aus ihr konnte zwar auf die Eigentumsübertragung geschlossen werden, sie war aber keine zwingende Voraussetzung für die dingliche Rechtslage.<sup>244</sup> Bei Betrachtung der Rechtsprechung spiegelte sich die dogmatische Unsicherheit über die Geltung der *Titulus-Modus-Lehre* oder des *Abstraktionsprinzips* teils in widersprüchlichen Ergebnissen (wie eben gesehen) sowie teils in einer in sich – aus heutiger Sicht – dogmatisch ungenauen Argumentation wieder. Letztgenannter Aspekt wird in drei Entscheidungen des III. Zivilsenats des Reichsgerichts aus dem Jahr 1880<sup>245</sup> und besonders in seiner ersten Entscheidung zum Sicherungskauf vom 9.1.1880<sup>246</sup> deutlich.

In seinem Urteil vom 9.1.1880 gelang es dem III. Senat nicht, exakt zwischen einem Scheingeschäft und einer Gesetzesumgehung zu unterscheiden,<sup>247</sup> wobei auch die anderen Senate des Reichsgerichts sich noch jahrelang damit schwertaten.<sup>248</sup> Das Gericht entschied, dass der „Wille, Eigentum zu übertragen, nur als äußere Form benutzt ist zur Umgehung des § 12 des Gesetzes vom 29. Mai 1873 und in Wirklichkeit eine Eigentumsübertragung sich nicht vollzogen habe.“ Man ging von einer Umgehung des § 12 des besagten Gesetzes aus, der die Bestellung einer Hypothek an beweglichen Sachen verbot. Jedoch zog man, zumindest aus heutiger Sicht, den falschen rechtlichen Schluss. Der Wille, Eigentum zu übertragen wurde bezweifelt und man nahm ein Scheingeschäft an, anstatt das Geschäft wegen der Umgehung eines Verbotsgesetzes insgesamt für unwirksam zu erklären.

Außerdem vermischte der III. Senat die Ernstlichkeit der *causa*, dem schuldrechtlichen Geschäft mit der Ernstlichkeit der *traditio*, dem dinglichen Geschäft.<sup>249</sup> Dies geschah, indem

---

<sup>243</sup> Die führenden Pandektenlehrbücher von Dernburg und Windscheid folgten der Lehre Savignys und machten seine Ansicht zur h.M. des gemeinen Rechts: *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 1. Aufl. 1884; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 5. Auflage 1879.

<sup>244</sup> *Savigny*, Obligationsrechte Bd. 2, S. 258.

<sup>245</sup> Die drei Urteile des III. Senats aus dem Jahr 1880: 9.1.1880, 7.5.1880 und 24.9.1880, in denen er jeweils den Sicherungskauf für unwirksam erachtete.

<sup>246</sup> Die nachf. Ausführungen beziehen sich auf: RG, Urteil von 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99.

<sup>247</sup> Auch *Kleene*, Orientierung, S. 81.

<sup>248</sup> Bis zur Entscheidung des RG vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (184), das zur Klärung der Frage auf die Rechtswissenschaft verwies.

<sup>249</sup> Vgl. auch *Kleene*, Orientierung, S. 81.

man zum einen, aufgrund der fehlenden Vereinbarung eines Kaufpreises das Veräußerungsgeschäft insgesamt (einschließlich der Übereignung) für unwirksam erachtete, obwohl dieser Mangel eigentlich nur die Wirksamkeit des Kaufvertrages als schuldrechtliches Geschäft betraf. Zum anderen hielt der Senat die Eigentumsübertragung trotz festgestellten ernsthaften Willens hierzu für ungültig, weil dieser mit dem „übrige(n) Inhalt des Vertrages in Einklang“ stehen müsse.<sup>250</sup>

Einen Erklärungsansatz, weswegen man die Sicherungsübereignung wegen eines simulierten schuldrechtlichen Geschäfts insgesamt für unwirksam erachtete, findet man im damaligen Verständnis der *Tradition* in Preußen. Nach preußischem Recht<sup>251</sup> war ebenso wie beispielsweise nach älterem gemeinen<sup>252</sup>, nach französischen<sup>253</sup> und nach bayerischem<sup>254</sup> Recht eine Übereignung nur aufgrund eines wirksamen Kausalgeschäftes wirksam.<sup>255</sup> Dabei war aber die *fiducia* nicht als Erwerbstitel anerkannt.<sup>256</sup> Im jüngeren gemeinen Recht seit Savigny<sup>257</sup> behauptete sich dagegen die abstrakte Übereignung,<sup>258</sup> die 1900 Einzug in das Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 925 ff.) fand. Mit dem Abstraktionsprinzip konnte nun der dingliche Vertrag (Übereignung und Abtretung) abstrakt und damit unabhängig vom schuldrechtlichen Geschäft bestehen. Die Prüfung seiner Wirksamkeit wurde entscheidend. Kam das Gericht im Einzelfall zu dem Ergebnis, die Eigentumsübertragung war gewollt, konnte auch die untypisch scheinende, schuldrechtliche Hülle eines Kaufvertrages die Rechtsgültigkeit des fiduziarischen Sicherungsgeschäfts im Ganzen nicht mehr verhindern. Dies zeigte sich unter anderem schon in den beiden ersten Urteilen des Reichsgerichts zur Anerkennung der Sicherungsgeschäfte im Oktober 1880.<sup>259</sup> In diesen Entscheidungen änderte sich die Schwerpunktsetzung. Der I. Zivilsenat überprüfte dort allein das Verfügungsgeschäft auf den ernsthaften Willen zur

---

<sup>250</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168.

<sup>251</sup> Preußisches A.L.R. I.10, §§ 1, 2; A.L.R. I.9, § 2; A.L.R. I.2, §§ 132, 133; RG, Urteil vom 26.2.1896 – V. 343/95, JW 1896, 211 Nr. 47 (212).

<sup>252</sup> Caemmerer, Sicherungsübereignung, S. 47.

<sup>253</sup> Vgl. Code civil Art. 711, 1138, 1583; *Lingenthal/Salomo*, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. 1, 2. Teil, S. 454 § 180.

<sup>254</sup> Bayrisches L.R. 2.3.7.2.

<sup>255</sup> Vgl. zum preuß. Recht auch *Kling*, S. 259, S. 136 ff.

<sup>256</sup> Caemmerer, Sicherungsübereignung, S. 47.

<sup>257</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 312 f.

<sup>258</sup> Im Laufe des 19. Jh.s setzte sich in der gemeinrechtlichen Literatur das Abstraktionsprinzip Savignys als h.M. durch: *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 1. Aufl. 1884, S. 482 ff.; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 5. Auflage 1879, S. 537 ff.; Siehe auch *Kleene*, S. 88.

<sup>259</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168, vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1).

Rechtsübertragung. Man versuchte nicht mehr von dem Kaufvertrag bzw. seit 2.6.1890<sup>260</sup> von der Sicherungsabrede, auf die Wirksamkeit der dinglichen Rechtsübertragung zu schließen. Vielmehr verfolgte man den umgekehrten Ansatz. Mit dem Einzug des Abstraktionsprinzips verschwanden innerhalb kurzer Zeit auch die oben genannten „typischen Argumente“<sup>261</sup> für ein Scheingeschäft aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.

#### **4. Urteil des V. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 21.1.1893 – Sekuritäts- vs. Scheinzession**

Einige Jahre nach der ersten Anerkennung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte (1880), ergingen mit der wachsenden praktischen Bedeutung der Sicherungszession nun auch gehäuft reichsgerichtliche Entscheidungen zu ihrer Wirksamkeit.<sup>262</sup> In den Urteilsbegründungen thematisierten die Senate vielfach und teils in ausführlicher Darstellung den Aspekt der Simulation bzw. der im Fall der Sicherungszession auch als Scheinzession bezeichnet wurde.<sup>263</sup>

In einer bemerkenswerten Entscheidung vom 21.1.1893<sup>264</sup> gelang es dem V. Zivilsenat des Reichsgerichts nun sehr deutlich zwischen einer simulierten und damit nichtigen Zession und einer wirksamen Sekuritätszession zu differenzieren. Im Ergebnis wies das Gericht den

---

<sup>260</sup> Seit dem Urteil des RG vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 war die Sicherungsabrede (anstelle eines i. d. R. vereinbarten Kaufvertrages) als *causa* für die Rechtsübertragung anerkannt.

<sup>261</sup> Beispiele für die „typischen Argumente“ waren der zu niedrige Kaufpreis in Höhe der Darlehensschuld, der aber regelmäßig unter dem Verkehrswert lag, oder dessen Nichtbezahlung sowie der fortwährende Besitz des Verkäufers der Kaufsache oder die Rückkaufsklausel.

<sup>262</sup> Vgl. die Zulässigkeit der S.Z. bejahend (nach altem Recht): RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1); Urteil vom 18.1.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27 (1883), 1087; Urteil vom 23.1.1883 (III.), JW 1883, 126; Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399; Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161; Urteil vom 21.1.1893 – V. 174, 316/92, RGZ 30, 273; Urteil vom 15.12.1893 (II.), JW 1894, 60:25; Urteil vom 12.2.1894 (IV.), JW 1894, 209: 59; Urteil vom 20.12.1895 (III.), JW 1896, 81:67; Urteil vom 21.11.1896 (I.), JW 1897, 25: 60; Urteil vom 30.3.1898 (I.), JW 1898, 373:80; (nach dem BGB): Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867; Urteil vom 1.10.1909 (VII.), JW 1909, 734:38; Urteil vom 21.1.1910 (VII.), Recht 1910 Nr. 1076; Urteil vom 12.6.1911 – II. 14/11, RGZ 76, 345.

<sup>263</sup> Zur Simulation bei der S.Z. im Überblick folgende Entscheidungen des RG:

1. 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1.): Sicherungszweck führt nicht zur Scheinzession (kurze Feststellung);
2. 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339: Grundsatzentscheidung zur S.Z. – Wirksamkeit der S.Z.; am Rande wird die Ernstlichkeit der Zession nicht durch den Sicherungszweck in Abrede gestellt;
3. 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161: Sicherungszweck führt nicht zur Scheinzession (kurz festgestellt) und insb. führt die Sicherungszession nicht zu einem *pignus nominis* (Forderungspfand), sondern als Gläubigerrecht zu einer (Voll-) Rechtsübertragung;
4. 4.11.1889 – VI. 154/89, Gruchot 34 (1890), 464: Inkassozession nicht als Simulation nichtig;
5. 21.1.1893 – V. 174/316/92, RGZ 30, 273: Definition und Abgrenzung der Scheinzession von der Sekuritätszession;
6. 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103: ausführliche Definition der Scheinzession und der fiduziarischen Zession, sowie der Abgrenzung im Einzelfall.

<sup>264</sup> RG, Urteil vom 21.1.1893 – V. 174, 316/92, RGZ 30, 273.

Beklagteneinwand der nichtigen Scheinzession zurück und folgte der Rechtsprechung des I. Senats (vom 13.10.1880) zur Sicherungszession.<sup>265</sup>

Der Beklagte hatte in der Revision gegen die Wirksamkeit des Sicherungsgeschäfts eingewandt, es handele sich nur um eine Verpfändung. Konkret führte der Beklagte aus, dass die Sekuritatzession nur nach gemeinem Recht vom Reichsgericht anerkannt worden,<sup>266</sup> jedoch nach dem hier zugrunde liegenden preußischen Recht lediglich als Pfandrecht zu werten sei und entsprechend auch nur eine Klage aus dem Pfandrecht, nicht aber eine Klage aus dem zedierten Recht selbst gewähre.<sup>267</sup>

Der V. Zivilsenat widersetzte sich diesem Einwand mit dem Argument, dass die Revision auf einer „Verwechslung der Sekuritatzession mit der simulierten Zession“ beruhe und legte seinen Schwerpunkt auf eine genaue Abgrenzung zwischen einer wirksamen Sekuritatzession und einer simulierten, also nichtigen Zession. So sei „die simulierte Zession keine Zession und gewähr(e) deshalb dem nur vorgeschobenen Zessionar keine Klage aus dem ihm in Wirklichkeit nicht übertragenen Rechte.“ Dagegen werde aber bei der Sekuritatzession eine „wirkliche Zession“ vorgenommen. Dasselbe gelte für das hier zugrundeliegende preußische Recht. Der Sicherungszweck sei „auch nach preußischem Recht kein Umstand, der geeignet wäre, [...] die Ernstlichkeit und damit die Rechtswirksamkeit“ des Geschafts in Frage zu stellen. Außerdem betonte das Gericht folgerichtig, dass der Sicherungszweck des Geschafts auch nicht per se dazu geeignet sei, die Geltendmachung des zedierten Rechts zu verweigern.<sup>268</sup>

Im Ergebnis bestätigte der V. Senat damit die generelle Möglichkeit, eine Zession als Kreditsicherung wirksam zu vereinbaren, ohne dass sie aus diesem Grund grundsätzlich als simulierte Zession auszulegen sei.<sup>269</sup> Mit der Ablehnung dieses wesentlichen Einwands gegen die Wirksamkeit der Sicherungszession, bekräftigte das Gericht die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu der fiduziarischen Zession.

Doch ein Aspekt bleibt unberücksichtigt. Der V. Senat nannte keine abstrakte Definition einer Scheinzession. Man beschränkte sich auf die Feststellung, dass der Sicherungszweck der fiduziarischen Zession allein kein simuliertes Geschaft begründe. Fündig wird man hingegen

---

<sup>265</sup> Vgl. die Sicherungszession als wirksam erachtet: RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn. 1); RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399.

<sup>266</sup> Vgl. dazu RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (51); RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161.

<sup>267</sup> RG, Urteil vom 21.1.1893 – V. 174, 316/92, RGZ 30, 273 (275).

<sup>268</sup> RG, Urteil vom 21.1.1893 – V. 174,316/92, RGZ 30, 273 (275).

<sup>269</sup> Zu beiden Gesichtspunkten der I. Senat bereits: RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (400 f.).

in einem zuvor ergangenen Urteil des VI. Zivilsenats vom 14.11.1889<sup>270</sup>: Danach sei die Zession als simuliert anzusehen, wenn nach dem gemeinsamen Willen der Parteien „keinerlei Rechte oder Verbindlichkeiten entstehen sollten, dass also der Kläger trotz der Zession ein Gläubigerrecht, nämlich die Befugnis zur Einziehung und Einklagung der als zediert bezeichneten Forderungen, nicht erlangen und nicht dem Schuldner, sondern nur Dritten gegenüber forderungsberechtigt erscheinen sollte, sei es um die Gläubiger der Zedenten an Ansprüchen auf die zedierten Forderungen zu verhindern, sei es um den Kläger in den Stand zu versetzen, sich zum Zwecke eines Vermögensausweises für den Eigentümer der zedierten Forderungen ausgeben zu können.“<sup>271</sup>

Maßgeblich für die Identifizierung eines simulierten Geschäfts war demnach der Wille der Parteien bei Abschluss des Vertrages. Nur wenn das Rechtsgeschäft eine dingliche Rechtsänderung zwischen ihnen und nicht nur zum Schein gegenüber Dritten herbeiführen sollte, war es nicht simuliert und damit wirksam. Das Reichsgericht verwertete in dieser Definition im Ergebnis die über viele Jahre von der Rechtswissenschaft entwickelten Ideen, das simulierte Geschäft dogmatisch zu erfassen und von den fiduziarischen Sicherungsgeschäften abzugrenzen. Interessant sind auch die beiden letzten Halbsätze der Definition. Sie beschreiben mögliche Motive der Parteien, eine simulierte Zession abzuschließen. Entweder vereinbarte man sie zum Schutz des Zedenten vor eventuellen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in seine Forderungsrechte oder zugunsten des Zessionars, zum Beispiel um dessen Kreditaufnahme bei einem Dritten durch das Vortäuschen einer größeren Haftungsmasse zu erleichtern oder gar erst zu ermöglichen.

## **5. Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 8.6.1896 – die Maßgeblichkeit des Parteiwillens**

Im Jahr 1896<sup>272</sup> bestätigte und konkretisierte derselbe VI. Zivilsenat seine Ausführungen zur Scheinzession in Abgrenzung zu einer rechtswirksamen Zession und nahm im zugrunde liegenden Fall das Vorliegen einer Scheinzession an. Denn die Vertragsparteien wollten dort dem Zedenten lediglich die Möglichkeit geben, seinen „aufdrängenden Gläubigern den Schein der Zession entgegenzuhalten.“<sup>273</sup>

---

<sup>270</sup> RG, Urteil vom 14.11.1889 – VI. 154/89, Gruchot 34 (1890), 464 (465 f.).

<sup>271</sup> RG, Urteil vom 14.11.1889 – VI. 154/89, Gruchot 34 (1890), 464 (465 f.), kursive Hervorhebung durch Verf.

<sup>272</sup> RG, Urteil vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103.

<sup>273</sup> RG, Urteil vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103 (106 f.).

Vereinfacht ging es um folgenden Sachverhalt: Der Rittergutsbesitzer Lu. zu R. hatte einen Teil seines Anspruchs aus seiner Lebensversicherung (3.000 M) gegen die beklagte Bank Thuringia an den Kläger La. direkt abgetreten. Einen zweiten Teil (10.000 M) trat er zunächst an seine langjährige Wirtschafterin F und diese einige Monate später ebenfalls an den Kläger La. ab. Die beklagte Thuringia setzte sich bezüglich beider Anspruchsteile (3.000 M und 10.000 M) mit dem Einwand der Scheinzession zur Wehr. Denn die Zessionen hätten nur den Zweck gehabt, die Gläubiger des Rittergutsbesitzer Lu. zu R. (Zedenten) durch den Entzug letzter Befriedigungsobjekte zu benachteiligen. Diese Absicht des Rittergutsbesitzer Lu. zu R. war dem Kläger La. auch bekannt gewesen.<sup>274</sup>

Das VI. Senat stellte für die Abgrenzung einer wirksamen Zession von einer Scheinzession erneut auf die Maßgeblichkeit des Parteiwillens ab. Die Zession einer Forderung könne nur als „ernst gemeint und wirklich“ betrachtet werden, wenn nach dem Willen der Kontrahenten die Forderung von dem einen auf den anderen übergehen sollte. Der Zessionar solle durch die Zessionserklärung „berechtigt und ermächtigt sein, die Forderung im eigenen Namen gegen den Schuldner geltend zu machen.“ Das Forderungsrecht des Zessionars gegenüber dem (Dritt-)Schuldner sei auch „unerlässliche Voraussetzung“ für die Wirksamkeit einer Zession. Dies gelte selbst dann, wenn die Vertragsparteien im Innenverhältnis (schuldrechtlich) vereinbart hätten, der Zedent behalte das Gläubigerrecht, der Zessionar trete jedoch gegenüber dem (Dritt-)Schuldner im Außenverhältnis als berechtigter Gläubiger auf.<sup>275</sup>

Im vorliegenden Fall sollte nach Ansicht des Gerichts, hinsichtlich des an F. abgetretenen Anspruchs in Höhe von 10.000 M, das Gläubigerrecht nicht an sie übergehen. Man wählte lediglich die Form der Abtretung, um die Beschlagnahmungen seiner Gläubiger hinsichtlich dieser Forderung zu vereiteln. Allein das sei der Wille der Vertragsparteien gewesen, weshalb der „Zessionsakt als bloße Form ohne rechtlichen Inhalt“ zu erkennen sei. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, handele es sich bei der Abtretung an die F. nicht um eine fiduziarische Zession. Dies hätte vorausgesetzt, dass F. nur obligatorisch verpflichtete Treuhänderin des Rittergutsbesitzers Lu. zu R. gewesen, dinglich aber im eigenen Namen über die Forderung hätte disponieren dürfen. Nach den Feststellungen des Einzelfalls, sah der VI. Senat die Rolle der F. aber nicht als Treuhänderin des Rittergutsbesitzers Lu. zu R., sondern nur als dessen bloßes „Werkzeug“, um dessen Gläubiger eine Abtretung vorzutäuschen. Bezüglich des i. H.

---

<sup>274</sup> RG, Urteil vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37,103 (103 f.)

<sup>275</sup> RG, Urteil vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37,103 (106).

v. 3000 M direkt an den Kläger abgetretenen Anspruchs, hielt das Gericht im Übrigen die Zession für wirksam.<sup>276</sup>

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist die nach heutigem Rechtsverständnis dogmatisch gelungene Abgrenzung zwischen einer Schein- und einer wirksamen Zession. Der VI. Zivilsenat definierte und subsumierte insbesondere mit einer, bis dato noch nicht gezeigten Ausführlichkeit die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Zession.<sup>277</sup> Mit dieser und seiner zuvor genannten Entscheidung vom 2.2.1889, trug der VI. Senat erheblich dazu bei, dass der Einwand der Simulation dogmatisch ausführlich aufgearbeitet wurde und schließlich aus der Diskussion um die Wirksamkeit der fiduziarischen Zession verschwand.

### **III. Die Ansichten in der Rechtswissenschaft**

Allerdings waren nicht allein die Gerichte darum bemüht, eine Definition des simulierten Rechtsgeschäfts in Abgrenzung zu den neuen Sicherungsgeschäften zu finden. Prägende Vorarbeit für ihre rechtsdogmatische Behandlung, leistete die Rechtswissenschaft. Erkennbar wird dies beispielsweise wenn das Reichsgericht den von Prof. Ferdinand Regelsberger entwickelten Begriff „fiduziarisches Rechtsgeschäft“ verwendet,<sup>278</sup> oder bei der Abgrenzung des Scheingeschäfts zum fiduziarischen Sicherungsgeschäft auf die Erkenntnisse der Lehre zurückzugreifen scheint.<sup>279</sup> Das Rechtsverständnis und die Wortwahl ähneln sich sehr.<sup>280</sup> In der Rechtswissenschaft entbrannte bereits um 1880 eine weitreichende Diskussion über die generelle Wirksamkeit der neuen, pfandähnlichen Sicherungsgeschäfte. Zweifel bestanden auch dort bezüglich ihrer dogmatisch richtigen Zuordnung, entweder als nichtiges Scheingeschäft oder als verdecktes Geschäft eines neuen Rechtsinstituts, dem fiduziarischen Rechtsgeschäft. Nachfolgend beschäftigen wir uns aber zunächst mit dem Einwand der Simulation.

#### **1. Rudolph von Jhering**

Die ersten grundlegenden Gedanken zur Unterscheidung simulierter von fiduziarischen Rechtsgeschäften, stammen von dem bedeutenden Zivilrechtsdogmatiker, Rudolph von

---

<sup>276</sup> RG, Urteil vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103 (107 f.).

<sup>277</sup> Vgl. zur Definition S. 106 und zur Subsumption S. 107 f. im Urteil vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103.

<sup>278</sup> U.a. der VI. Zivilsenat im Urteil vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103 (106 f.).

<sup>279</sup> Allerdings (meist) ohne Zitierung der Lehre.

<sup>280</sup> Vgl. auch *Jhering*, Geist des römischen Rechts III, 1. Abt., 2. Aufl. 1871, S. 255 ff.

Jhering.<sup>281</sup> Er differenzierte zwischen sogenannten „*simulierten Geschäften*“ und „*Scheingeschäften*“. Für ihn waren *simulierte Geschäfte* solche, bei denen die Parteien sich einig darüber waren, dass die äußerlich vorgenommene Handlung ernstlich nicht gewollt sei und für sie keine Rechtsfolgen begründen solle.<sup>282</sup> *Scheingeschäfte* seien hingegen „Schleichwege, deren das Leben sich bedien(e), um unerlaubte Zwecke zu verfolgen“. Sie seien gewohnheitsrechtlich anerkannt und ihre Gültigkeit beruhe auf einem bestimmten praktischen Zweck, den Rechtsverkehr nachfrage.<sup>283</sup>

## 2. Joseph Kohler

Auf Jherings Erkenntnissen aufbauend, entwickelte der renommierte Professor für Zivilrecht,<sup>284</sup> Josef Kohler im Jahr 1878 das Konzept, die Rechtsgeschäfte in „*simulierte*“ und „*verdeckte Geschäfte*“ aufzuteilen.<sup>285</sup> Auch für Kohler war ein *simuliertes Geschäft* nur zum Schein gegenüber Dritten vorgespiegelt. Es sei ein von den Parteien nicht gewolltes und somit ein nicht existentes Rechtsgeschäft. Anders das *verdeckte Geschäft*, das mit all seinen Rechtsfolgen von den Beteiligten gewollt sei. Mit ihm verfolge man einen ökonomischen bzw. wirtschaftlichen Zweck, der mit der gewählten juristischen Form oder ihren Rechtsfolgen nicht übereinstimme, „nicht homogen“ sei.<sup>286</sup> Dafür wählten die Parteien nicht die eigens vom Gesetz geschaffene Form, sondern eine Konstruktion als Schleichweg, die den wirtschaftlichen Zweck nicht offenlege, sondern diesen verdecke. Folglich seien diese Rechtsgeschäfte als *verdeckte Geschäfte* zu bezeichnen. Soweit man die für die rechtliche Konstruktion geltenden Gesetze eingehalten habe, sei das *verdeckte Geschäft* grundsätzlich wirksam. Andernfalls greife man in die „freie Bewegung des Verkehrs“ ein und verletze ein berechtigtes Interesse an der Verdeckung als oftmals „sehr erlaubter“, ja „gebotener Schutz gegen neugierige Nachspürungen und feindselige Übergriffe“. <sup>287</sup> Habe hingegen der Zweck der Beteiligten darin bestanden, gesetzliche Voraussetzungen oder Verbotsgesetze zu umgehen, die nicht nur eine Rechtsfolge verböten, sondern vielmehr das ökonomische Resultat insgesamt verhindern sollten, so griffen diese Gesetze. Das *verdeckte Geschäft* sei dann mangels der Voraussetzungen

---

<sup>281</sup> Zu Jherings Person siehe *Falk*, Juristen. Ein biographisches Lexikon, S. 344 ff.

<sup>282</sup> *Jhering*, Geist des römischen Rechts III, 1. Abt., 2. Aufl. 1871, S. 267.

<sup>283</sup> *Jhering*, Geist des römischen Rechts III, 1. Abt., 2. Aufl. 1871, S. 255 ff., 255 f. (Zitat), II, 2. Abt., 1. Aufl. 1858, S. 534 ff.

<sup>284</sup> Vgl. i.Ü. zu Kohlers Person *Falk*, Juristen, S. 361 ff.

<sup>285</sup> *Kohler*, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91.

<sup>286</sup> *Kohler*, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (141).

<sup>287</sup> *Kohler*, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (143 f.).

oder wegen eines Verstoßes gegen das Verbotsgesetz unwirksam.<sup>288</sup> Im Ergebnis komme es für die Gültigkeit des *verdeckten Geschäfts* daher maßgeblich darauf an, welchen juristischen Sinn und Zweck das gegebenenfalls entgegenstehende Ge- oder Verbotsgesetz habe. Im Wege der Auslegung habe man zu ermitteln, ob nur die juristische Form als solche oder vielmehr auch der dahinterstehende Zweck vom einschlägigen Gesetz unerwünscht oder nur unter den dort genannten Voraussetzungen wirksam sein solle.<sup>289</sup>

Für Kohler lag das Problem der Wirksamkeit der Sicherungsübereignung<sup>290</sup> daher weniger in der Frage, ob das Geschäft tatsächlich gewollt oder nur zum Schein geschlossen sein sollte, sondern vielmehr in der Überprüfung, ob die Sicherungsübereignung als *verdecktes Geschäft* nicht zu einer Umgehung des flächendeckend in den deutschen Staaten geltenden Faustpfandprinzips führte.<sup>291</sup> Dies bejahte er für die Sicherungsübereignung, da ihr wirtschaftlicher Zweck, den Wert eines Gegenstandes des Schuldners als Realsicherheit zu benutzen, derjenige eines Pfandrechts sei.<sup>292</sup> Hiermit gab Kohler bereits 1878 den Anstoß, die dogmatische Diskussion über die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung und Sicherungszession weg von dem Einwand der Simulation hin zum Einwand der Gesetzesumgehung weiter zu entwickeln. Das Reichsgericht schenke diesem Gedanken wenig Beachtung. Man sprach diese Frage Ende des 19. Jahrhunderts lediglich in ein paar Entscheidungen an<sup>293</sup> und problematisierte hingegen primär die Ernsthaftigkeit des Rechtsgeschäfts unter dem Stichwort der Simulation.

### 3. Konrad Hellwig

Wenige Jahre später veröffentlichte auch der spätere Professor für römisches Recht und Zivilrecht, Konrad Hellwig seine dogmatischen Überlegungen zur Simulation.<sup>294</sup> In Übereinstimmung mit Jhering und Kohler, war auch für ihn ein Rechtsgeschäft „*simuliert*“, wenn es nicht erstlich gewollt war. Das Scheingeschäft sei in Wirklichkeit ein nicht geschlossenes Rechtsgeschäft, also eine „inhaltsleere“ Hülle ohne Rechtsfolgen. Die

---

<sup>288</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (144).

<sup>289</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (144 f.).

<sup>290</sup> Genauer gesagt zu dieser Zeit: die Sicherungsübereignung in Form des Sicherungskaufes.

<sup>291</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (151 f.), vgl. auch Kohler m. Anm. zu Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (234 i.V.m. 222).

<sup>292</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (151f.).

<sup>293</sup> So in den Entscheidungen des RG vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99; vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8; vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173; vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200; vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399; vom 2.6. 1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180.

<sup>294</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369.

Sicherungsübereignung dagegen, sei sehr wohl ernst gemeint und alle ihre rechtlichen Folgen beabsichtigt. Denn das dingliche Geschäft, die Eigentumsübertragung, sei genau so gewollt, wie sie von den Parteien erklärt wurde. Lediglich vorgetäuscht oder simuliert sei ihr wirtschaftlicher Zweck. Ob dieser von der Rechtsordnung missbilligt werde, sei jedoch – in Übereinstimmung mit Kohler – vielmehr eine Frage nach der Umgehung der einschlägigen Pfandgesetze.<sup>295</sup>

Hellwig überprüfte den Zweck einiger Gesetze darauf, ob diese lediglich eine spezielle Rechtsform verbieten bzw. Voraussetzungen für sie normieren oder aber auch das wirtschaftliche Resultat als solches verhindern wollten. Die Notwendigkeit für eine Prüfung nach Sinn und Zweck des Gesetzes begründete er in überzeugender Weise damit, dass das Gesetz nur auf diese Weise die vom Gesetzgeber gewollte, praktische Geltung erfahre und es nicht bloß „tote Buchstaben bleibe“. Zudem könne man vom Gesetzgeber nicht verlangen, dass dieser alle juristisch denkbaren Gestaltungen erkenne, durch die sich eine Gesetzesumgehung erreichen ließe. So liege es in der Natur der Dinge, dass sich tatsächliche Verhältnisse ändern und die Rechtspraxis sich weiterentwickle, was eine detaillierte Kasuistik im Gesetz notwendig machen würde.<sup>296</sup> Käme man bei der Prüfung von Sinn und Zweck des Gesetzes zu dem Ergebnis, dass nicht nur die juristische Form, sondern generell auch der wirtschaftliche Zweck vom Verbotsgesetz verhindert werden solle, so sei die gewählte juristische Konstruktion, d.h. der „verdeckte Verstoß“ wie ein „offener Verstoß“ zu behandeln, so Hellwig.<sup>297</sup>

Konkret für die *Sicherungsübereignung* prüfte Hellwig schließlich die entscheidende Frage, ob sie das nach den meisten deutschen Pfandgesetzen geltende Verbot der Mobiliarhypothek<sup>298</sup> auf unzulässige Weise umgehe. Er bejahte dies mit guten Argumenten.<sup>299</sup> Da das Verbotsgesetz auch eine Umgehungskonstruktion erfasse, sei die Sicherungsübereignung letztlich unwirksam. Entsprechend umgehe auch die *Sicherungsübereignung*, die Voraussetzungen der deutschen Forderungspfandvorschriften, insbesondere die Anzeige an den Drittschuldner, und sei infolgedessen ebenfalls unwirksam. Zur Begründung verweist er zwar lediglich auf das zur Sicherungsübereignung gesagte,<sup>300</sup> doch

---

<sup>295</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (370 f.).

<sup>296</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (372 ff.).

<sup>297</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (372 ff.).

<sup>298</sup> Zu den Pfandgesetzen im Einzelnen s. u.: S. 63 Fn.332.

<sup>299</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (377 ff.).

<sup>300</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (391).

erkannte er schon damals, dass auch für die weniger erforschte Sicherungszession dasselbe Problem bestand. Bemerkenswert ist im Übrigen an seinen Ausführungen auch, dass sein Blick bereits 1881 auf die Umgehung der konkursrechtlichen Vorschriften, des § 14 Einführungsgesetz zur Reichskonkursordnung von 1877<sup>301</sup>, vgl. § 40 KO fiel, während das Reichsgericht dies erst am 2.2.1889 in vergleichbarer Weise schematisch prüfte.

#### **4. Otto Bähr**

Ebenso wie Kohler und Hellwig vertrat auch der ans Reichsgericht berufene Zivilrechtsgelehrte, Otto Bähr zwei Jahre später (1883),<sup>302</sup> dass eine Sicherungsübereignung kein *simuliertes* Geschäft sei. Er wies ausdrücklich darauf hin, dass nicht der geringste Anhaltspunkt dafür bestehe, dass diese Geschäfte nicht ernstlich gewollt und daher als simuliert anzusehen seien. Denn die Vertragsparteien wollten kein Pfandrecht bestellen, sondern das Eigentum übertragen. Folglich nahmen sie die aus der Rechtsübertragung sich ergebenden, insbesondere für den Schuldner nachteiligen, Konsequenzen des Eigentumsverlusts im Vergleich zur Gewährung eines Vorzugsrechts bei einer Pfandrechtsbestellung mit in Kauf. Dafür kamen die Parteien aber in den Genuss des wirtschaftlichen Vorteils einer dinglichen Sicherung des Gläubigers bei gleichzeitiger Belassung des Sicherungsgutes im Besitz des Schuldners.<sup>303</sup> Für Bähr war allerdings die Sicherungsübereignung ebenfalls nur eine alternative Rechtsform zur Umgehung der die Mobilhypothek verbietenden, partikularstaatlichen Gesetze, welche vom Gesetzgeber „unmöglich“ gewollt und daher unwirksam sei.<sup>304</sup>

#### **5. Ferdinand Regelsberger**

---

<sup>301</sup> § 14 Einführungsgesetz zur Konkursordnung besagte:

„Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat. Das Absonderungsrecht besteht ohne Übergabe der Sache, sofern:

1. nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waaren oder andere bewegliche Sachen der Übergabe derselben, oder die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder die Übergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunden oder einer beglaubigten Abschrift derselben der Übergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht;
2. über eine Verbodmung nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs ein Bodmereibrief ausgestellt ist.“

<sup>302</sup> Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883, S. 59 ff.

<sup>303</sup> Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 59 ff.

<sup>304</sup> Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 61.

Den bedeutendsten Beitrag<sup>305</sup> für die dogmatische Erfassung der Sicherungsübertragungen leistete schließlich Professor Ferdinand Regelsberger.<sup>306</sup> Er führte bereits 1879 auf Kohlers Differenzierung von „*simulierten*“ und „*verdeckten*“ *Geschäften* aufbauend – noch vor Hellwig und Bähr – für die Sicherungszession<sup>307</sup> erstmals das Konzept des „*fiduziarischen Rechtsgeschäfts*“ als eigene (dritte) Fallgruppe ein. Auch war er der erste Rechtsgelehrte, der sich mit der Zession bzw. der Sicherungszession ausführlich beschäftigte und sie unter dem Einwand der Simulation erörterte.<sup>308</sup> Er unterschied dafür folgende drei Kategorien von Rechtsgeschäften:

(1) Ein simuliertes, „*leeres Geschäft*“ liege vor, wenn die Parteien ein, dem äußeren Schein nach auf eine bestimmte rechtliche Wirkung gerichtetes Geschäft abschließen, ohne aber irgendwelche Rechtsfolgen herbeiführen zu wollen, sondern nur in der Absicht, Dritte über die „Errichtung dieses Rechtsgeschäfts“ zu täuschen. Im Fall einer Scheinzession als *leeres Geschäft*, hätten die Parteien nur den Anschein erwecken wollen, dass die Forderung aus dem Vermögen des Gläubigers ausgeschieden und damit dem Zugriff dessen Gläubiger entzogen sei. Das ganze Geschäft sei eine „Komödie“.<sup>309</sup>

(2) Ein simuliertes Geschäft könne aber auch ein „*verdecktes Geschäft*“ enthalten. Denn nicht notwendigerweise sei überhaupt kein Geschäft, sondern gegebenenfalls ein anderes, jedoch nicht erklärtes Geschäft, von den Parteien gewollt. Für dieses *verdeckte Geschäft* sei das Verwenden der „trügerischen Hülle“ jedoch unschädlich, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen wie für ein offenes Geschäft vorlägen.<sup>310</sup>

Nach Regelsberger könne die vereinbarte Zession so zum Beispiel als Deckmantel für eine in Wirklichkeit gewollte Vollmachtserteilung zum Einzug der abgetretenen Forderung durch den Zessionar und für die Rechnung des Zedenten fungieren. Denn eine Gläubigerstellung des Zessionars als „trügerischen Hülle“ gewähre gegenüber einer bloßen Vollmachtserteilung mehrere Vorteile. So könnten die Vertragsparteien „gewissen Hindernissen oder sonstigen

---

<sup>305</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157.

<sup>306</sup> Ferdinand Regelsberger habilitierte 1859 bei Alois Brinz in Erlangen mit dem Titel „Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte“. Später wurde er u.a. Nachfolger von Jhering an der Universität Gießen, *Riesenhuber*, NDB 21 zu Regelsberger, S. 257 f.

<sup>307</sup> Regelsberger bespricht in seinem Beispiel nur die S.Z. als fiduziarisches Rechtsgeschäft (S.177) en détail. Doch nennt er zuvor, im Rahmen seiner allgemeinen Definition eines fiduziarischen Geschäfts bereits die S.Ü. als Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken, AcP 63 (1880), 157 (172).

<sup>308</sup> Regelsberger, AcP (1880), 157 (174 ff.); Wie schon die zuvor genannten Autoren dies implizit für die S.Ü. annahmen, geht Regelsberger bei der S.Z. sogar ausdrücklich von einem vom schuldrechtlichen Geschäft abstrakt zu beurteilenden, dinglichen Rechtsgeschäft der Zession aus, Regelsberger, AcP (1880), 157 (164).

<sup>309</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (171 f.).

<sup>310</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (171 f.).

unliebsamen Folgen ausweichen, welche mit der Gläubigereigenschaft des Zedenten“ zusammenhängen. Zudem könnte ein Zessionar, der zugleich bei einem Dritten in der Schuld stand, bei dessen Zahlungsunfähigkeit noch durch eine Aufrechnung vollkommene Erfüllung erlangen, die dem Zedenten im Wege der Klage nicht mehr möglich war.<sup>311</sup> Für jene als Vollmacht verwendete Zession gelte: Auch wenn sie simuliert sei, sei das damit *verdeckte Geschäft* nicht „inhaltsleer“, sondern bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen wirksam. Sie sei vielmehr als wirksame Einzugsbevollmächtigung auszulegen. Folglich könne der Drittschuldner dem Zessionar nicht mit dem Einwand der Scheinzession entgegenreten. Allerdings dürfe er, wie auch bei einer Bevollmächtigung, seine gegenüber dem Zedenten bestehenden Einwendungen als Verteidigung gegen den Zessionar geltend machen.<sup>312</sup>

(3) Und schließlich definierte Regelsberger unter anderem für die Sicherungszession eine eigene, dritte Fallgruppe – das „*fiduziarische Geschäft*“.<sup>313</sup> Bei diesem werde mit der Erklärung eines rechtsgeschäftlichen Willens die Herbeiführung derjenigen Rechtsfolgen beabsichtigt, worauf die äußere Erscheinung hindeute. Charakteristisch sei, dass der Erwerber eine „vollumfängliche“ Verfügungsbefugnis erhalte, diese jedoch nur zu einem bestimmten, begrenzten Zweck ausnutzen dürfe.<sup>314</sup> So werde zum Beispiel Eigentum zu Pfandzwecken übertragen (Gen II, 60) oder eine Verpflichtung als Selbstschuldner zum Zweck der Bürgschaft eingegangen.<sup>315</sup>

Konkret für die Sicherungszession oder fiduziarische Zession bedeute dies, dass der Zessionar nach dem Willen der Parteien die rechtliche Eigenschaft eines Gläubigers erhalte, diese aber nur im Sicherheitsfall benutzen solle, um das ihm vom Zedenten Geschuldete für dessen Rechnung einzuziehen.<sup>316</sup> Typischerweise bestehe also ein Missverhältnis von Zweck und Mittel. Auf diese Weise würde eine Rechtsform gewählt, die mehr gewähre, als zur Erreichung des gewünschten Erfolges notwendig sei. Um ihr Ziel zu erreichen, nähmen die Parteien die Möglichkeit des Missbrauchs in Kauf. Das Geschäft verfolge aber einen erlaubten Zweck und sei somit wirksam.<sup>317</sup>

Eine gewisse Ähnlichkeit bestünde zu der „*verdeckten Zession*“. Jedoch solle der Zessionar bei der fiduziarischen Zession tatsächlich die Stellung eines Gläubigers und nicht nur, wie bei

---

<sup>311</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (176).

<sup>312</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (176 f.).

<sup>313</sup> Dem folgte später auch Dernburg ausdrücklich, *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, § 100 S. 235 f.

<sup>314</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (172 ff.).

<sup>315</sup> Vgl. Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (172) mit vielen weiteren Beispielen.

<sup>316</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (172).

<sup>317</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (173).

der *verdeckten Zession*, die eines Bevollmächtigten erhalten. Allerdings räumte Regelsberger selbst ein, dass ihre Abgrenzung für den Richter im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten könnte. Nach seiner Auslegungsregel solle im Zweifel vermutet werden, dass Wille und Erklärung grundsätzlich übereinstimmen, also eine Sicherungszession vorliege. Doch könne sich aus den Umständen das Gegenteil ergeben. Das sei insbesondere der Fall, wenn ein Gläubiger als Zedent mit dem Zessionar, der zugleich selbst Schuldner des Drittschuldners ist, vereinbart hätte, dass dieser (der Zessionar) durch Aufrechnung seine eigene Schuld begliche und dafür an den Zedenten den Betrag der zedierten Forderung (gegebenenfalls nach Abzug einer Provision) auskehre.<sup>318</sup>

Im Ergebnis stimmte Regelsberger mit den zuvor genannten Autoren Jhering, Kohler, Hellwig und Bähr zumindest darin überein, dass wie die Sicherungsübereignung auch die Sicherungszession ernsthaft gewollt und daher nicht als *simuliertes* oder *leeres Geschäft* keinerlei Rechtsfolgen begründen würde. Allerdings erklärte er ihre Wirksamkeit, indem er sie den als grundsätzlich wirksam anzusehenden *fiduziarischen Rechtsgeschäften* zuordnete.<sup>319</sup> Damit setzte er sich in klaren Widerspruch zu Kohler<sup>320</sup>, Hellwig und Bähr, die diese Geschäfte als verdeckte und damit unwirksame Geschäfte erachteten. Im Gegensatz zu ihnen, äußerte sich Regelsberger leider nicht zu der Frage, ob die Sicherungszession die deutschen Forderungspfandgesetze umgehe. Nur für die *fiduziarischen Rechtsgeschäfte* allgemein argumentierte er, dass sie einen „erlaubten Zweck“ verfolgen, sie also mit „offenen Karten“ spielen würden. Dagegen sah er, wie auch Jhering, in den „rechtsgeschäftliche(n) Schleichweg(en)“<sup>321</sup> eine „Umgehung des Gesetzes“,<sup>322</sup> prüfte dies aber für die Sicherungszession nicht weiter. So unterließ er es leider, eine genaue Grenze zwischen einer, nach ihm, wirksamen fiduziarischen Sicherungszession und einem „rechtsgeschäftlichen Schleichweg“ zu ziehen. Insgesamt trug Regelsberger mit seiner Abhandlung aber wesentlich zur dogmatischen Weiterentwicklung der Sicherungszession bei. Insbesondere prägt seine Idee von einer neuen, neben die akzessorischen Kreditsicherheiten tretenden, Kategorie der fiduziarischen Sicherheiten noch bis heute das Kreditsicherungsrecht.

---

<sup>318</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (180).

<sup>319</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (178).

<sup>320</sup> Wobei Kohler sich später (1893) von Linckelmann vom Gegenteil überzeugen ließ, Kohler, AcP 7 (1893), 209 (235 f.).

<sup>321</sup> Jhering, Geist des römischen Rechts, III, 2. Abt., 2. Aufl. 1871, S. 255 ff.

<sup>322</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (174).

## 6. Zusammenfassung der rechtswissenschaftlichen Standpunkte

Zusammenfassend ist festzuhalten: In der Lehre vertrat man innerhalb kurzer Zeit herrschend<sup>323</sup>, dass die Sicherungszession und Sicherungsübereignung nicht als *simulierte Geschäfte* unwirksam, und daher auch nicht – mangels rechtsschöpferischen Willen – ohne Rechtsfolgen blieben.<sup>324</sup> Die Übertragung von Forderungen beziehungsweise Eigentum sei mit all ihren juristischen Vor- und Nachteilen beabsichtigt gewesen.<sup>325</sup> Auch das Reichsgericht übernahm allmählich diese Ansicht.<sup>326</sup> Jedoch prüften verschiedene Senate noch über viele Jahre den Einwand der Simulation<sup>327</sup> und dieser verschwand erst mit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches aus den Urteilsbegründungen.<sup>328</sup>

Wesentliche Beiträge zur Thematik stammen von den Zivilrechtsprofessoren Joseph Kohler, Konrad Hellwig und Otto Bähr. Sie sahen (um 1880) in der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung kein *simuliertes*, sondern regelmäßig ein *verdecktes Geschäft*. Bei einem *verdeckten Geschäft* kleideten die Parteien beispielsweise die Abtretung einer Forderung oder Übereignung einer Sache in den rechtlichen Mantel eines anderen Rechtsgeschäfts, wie etwa der Forderungs- oder Eigentumsübertragung aufgrund eines Sicherungskaufs. Der Sicherungskauf als rechtliche Hülle entspreche im Gegensatz zu dem *verdeckten Geschäft* (wie etwa eines Pfandvertrages) nicht dem tatsächlichen Willen der Parteien. Das scheinbare Geschäft sei nichtig, das verdeckte hingegen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen

---

<sup>323</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (140, 151 f.); Hellwig für die S.Ü. ausdrücklich, AcP 64 (1881), 369 (372 ff.); Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 59 ff.; Leonhard, Gruchot 25 (1881), 177 (182 f.) meinte zwar, dass ein Sicherungskauf unter Verwendung des *constitutum possessorium* zur Eigentumsübertragung „streng genommen nur zum Schein“ abgeschlossen sei. Jedoch legte er auch den entscheidenden Schwerpunkt auf die Gesetzesumgehung; Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (209 ff.) stellt ohne Problematisierung der Simulation direkt auf die Gesetzesumgehung ab; Eine Eigentumsübertragung sei auch zu Sicherungszwecken möglich. Es muss aber im Einzelfall geprüft werden, ob wirklich eine Eigentumsübertragung oder nur ein Pfandrecht gewollt und das Geschäft simuliert sei. V. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1905, S. 996; Caspari, Sicherungsübereignung, S. 11; Düringer, Zur Lehre vom Sicherungskauf, LZ 1908, 97 (99 ff.); Auch Nathan, Die Übertragung des Eigentums, 1909, S. 10 geht von einer ersten Eigentumsübertragung aus; Vgl. auch Hromadka; Faustpfandprinzip, S. 155 ff.; und Kleene, Orientierung, S. 113.

<sup>324</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (140).

<sup>325</sup> So Hellwig für die S.Ü. ausdrücklich, AcP 64 (1881), 369 (375).

<sup>326</sup> Vgl. die beiden Grundsatzurteile des RG von 1880 (9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 und 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 170 f. Fn. 1) die zur Lösung des Simulationsproblems bereits beitrugen, Kleene, Orientierung, S. 113 Fn. 2.

<sup>327</sup> Z.B. in RG, Urteil vom: 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161; vom 4.11.1889 – VI. 154/89, Gruchot 34 (1890); vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180; vom 7.12.1892 (V.), Gruchot 37 (1892), 911; vom 21.1.1893 – V. 174/316/92, RGZ 30, 273; vom 8.6.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103; vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867.

<sup>328</sup> Z.B. im Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867, als man in einer zusammenfassenden Betrachtung der S.Z., die Simulation überhaupt nicht mehr erwähnte.

vorliegen, gültig.<sup>329</sup> Von dieser Prämisse ausgehend, problematisierten sie, ob die Sicherungszession und Sicherungsübereignung die Mobiliarpfandgesetze und deren Verbotswirkung umgingen. Anders hingegen Regelsberger, der die Sicherungszession einer gesonderten Fallgruppe der *fiduziarischen Geschäfte* zuordnete und diese Rechtsgeschäfte als generell wirksam erklärte.<sup>330</sup>

---

<sup>329</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (100).

<sup>330</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (173, 177); zum Ganzen auch Caspari, Sicherungsübereignung, S. 13.

## C. Gesetzesumgehung

### I. Die Diskussion in der Rechtswissenschaft zur Umgehung der Pfandrechts- und konkursrechtlichen Vorschriften

Nachdem die Rechtswissenschaft die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung in den Achtzigerjahren des 19. Jahrhunderts nun nicht mehr unter dem Gesichtspunkt eines simulierten und deshalb nichtigen Geschäfts betrachtete, wandte sich die Diskussion vor allem der Frage zu, ob die beiden Rechtsinstitute nicht wegen der Umgehung verschiedener Gesetze nichtig seien. Unter Mithilfe der Wissenschaft prüfte schließlich auch das Reichsgericht in den Neunzigerjahren ihre Wirksamkeit seltener unter dem Gesichtspunkt des simulierten Geschäfts, sondern erörterte, zumindest in ein paar Entscheidungen, nun auch den Einwand der Gesetzesumgehung.<sup>331</sup>

Zentraler Streitpunkt war die Umgehung der Pfandrechtsvorschriften der deutschen partikularstaatlichen Gesetzeskodifikationen<sup>332</sup> und später auch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, §§ 1205, 125 Abs. 2 bzw. § 1280 BGB. Alle bezeichneten Pfandgesetze sollten eine Verpfändung für jedermann offenkundig machen (sog. Publizitätsprinzip), indem sie für bewegliche Sachen deren tatsächliche Übergabe sowie für die Verpfändung von Forderungen ihre Anzeige gegenüber dem (Dritt-)Schuldner anordneten. Ein besitzloses Pfandrecht i. S. einer Mobiliarhypothek wie nach altrömischen Recht, war nicht (mehr) möglich.<sup>333</sup>

Darüber hinaus problematisierte die Rechtswissenschaft häufig im Zusammenhang mit dieser Diskussion, teils aber auch davon gesondert, die Umgehung der konkursrechtlichen

---

<sup>331</sup> Wobei die Rspr., trotz der eindeutigen Ausführung der h.L. noch oft die Simulation als Haupt- oder Nebenproblem erörterte. Der Streit um die Gesetzesumgehung war primär eine Diskussion in der Rechtswissenschaft, den das RG seltener vertiefte. Beispiel hierfür sind insb. das Urteil des RG vom 8.11.1904 – VII. 173/04, RGZ 59, 146 sowie weniger ausführlich die Urteile vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99, vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 100; vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485 Nr. 59 sowie in dem Grundsatzurteil zur S.Ü. vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200.

<sup>332</sup> In nahezu jedem deutschen Staat galten im 19. Jh. kodifizierte Pfandgesetze. Sie alle verlangten für die Verpfändung einer beweglichen Sache die tatsächliche Besitzübertragung (Tradition). Besonders hervorzuheben sind: A.L.R. I. 20, § 105; Code civil Art. 2072; Württemb. Pfandgesetz vom 15.4.1825 Art. 245 f.; Sächs. BGB § 466, 467, 486, sowie die preuß. Grundbuchgesetze von 1873, so *Hellwig*, AcP (1881), 369 (370); vgl. auch *Linckelmann*, AcP 7 (1893), 209 (223);

Für die Verpfändung von Forderungen hatte man die Anzeige (Denuntiation) der Verpfändung an den Drittschuldner oder die Übergabe einer Schuldurkunde an den Gläubiger vorausgesetzt. Hervorzuheben sind: A.L.R. I. 20, § 281, Code civil Art. 2076; Österreichisches Gesetzbuch §§ 451, 452; Württemb. Pfandgesetz vom 15.4.1825 Art. 246, 248; Sächs. BGB § 502; Bremer Handfestordnung § 123; 2. Hessisches Pfandgesetz § 92, 181; Pfandgesetz für Hannover, §§ 43, 50; Wobei außer dem preuß. A.L.R. alle die Übergabe der Schuldurkunde verlangten, so *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 33 Fn. 3.

<sup>333</sup> Die Diskussion wurde daher mit der Fragestellung geführt, ob die Sicherungsübertragungen das Verbot der Mobiliarhypothek umgehen. Die deutschen Gesetzgeber hatten im Laufe des 19. Jh.s allmählich in allen Reichsgebieten ein Besitzpfandrecht eingeführt.

Vorschriften der §§ 14, 15 EinfG KO (vgl. § 40 KO a.F.) bzw. der entsprechenden landesrechtlichen Ausführungsverordnungen zur Konkursordnung (vgl. unter 2.). Sie gewährten nur einem Pfandrechtsinhaber ein Absonderungsrecht. Schließlich prüften manche Juristen ergänzend die These, ob mittels der Sicherungsübertragungen nicht das pfandrechtliche Verbot der *lex commissoria* umgangen würde und dies ihrer Wirksamkeit entgegenstünde. Hierzu später im Einzelnen unter 3.

Der Anlass für die rechtswissenschaftliche Diskussion zu Beginn der Achtzigerjahre war einerseits das seit den Siebzigerjahren immer häufigere Auftauchen der Sicherungsübereignung und teils auch der Sicherungszession im Geschäftsverkehr. Die neuen Rechtsinstitute führten langsam zu einem ernstzunehmenden Problem des Kreditverkehrs – ganz abgesehen von den ohnehin bereits bestehenden wirtschaftlichen Problemen dieser Zeit. Andererseits zeigte sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Tendenz, dem deutlichen Verlangen des Rechtsverkehrs nach publizitätslosen Pfandrechten an beweglichen Sachen und Forderungen nachzugeben.<sup>334</sup>

Da die Diskussion um die Gesetzesumgehung von der Rechtswissenschaft ausging und erst anschließend von der Rechtsprechung aufgegriffen wurde, soll auch die nachfolgende Darstellung die zeitliche Reihenfolge beibehalten.

### **1. Die Diskussion in der Rechtswissenschaft über die Umgehung der deutschen Pfandgesetze durch die Sicherungsübereignung und Sicherungszession**

Unser Interesse gilt vorrangig der Frage, ob die Sicherungszession die deutschen Pfandgesetze umging. Zuvor müssen wir uns jedoch mit einer möglichen Umgehung durch die Sicherungsübereignung auseinandersetzen. Denn der Ausgangspunkt der juristischen Diskussion war die Umgehung der Faustpfandvorschriften durch die Sicherungsübereignung. Wenn überhaupt verwiesen die Autoren in Anschluss daran auf die Sicherungszession, meist aber ohne oder allenfalls mit sehr knapper Begründung. Notwendig ist daher zunächst eine genaue Untersuchung der Diskussion um die Sicherungsübereignung, um anschließend nachvollziehbar Parallelen zur Gesetzesumgehung durch Sicherungszession ziehen zu können.

---

<sup>334</sup> Zuerst gab das OAG Rostock in seiner ständigen Rspr. (Urteile vom 5.11.1863, SeuffA 19 (1866), Nr. 122; vom 20.7.1871, SeuffA 30 (1875), Nr. 124; vom 20.2.1872, SeuffA 30 Nr. 119), und später das RG, erstmals der I. Senat in seinen Urteilen vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 für die Gültigkeit der S.Ü, sowie vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f. Fn.) für die Wirksamkeit der S.Z., dem Drängen des Rechtsverkehrs nach.

### a) Umgehung der deutschen Pfandgesetze durch die Sicherungsübereignung

Entscheidend war in der wissenschaftlichen Diskussion um die Sicherungsübereignung, ob man in den Vorschriften über das Pfandrecht lediglich die Entstehungsvoraussetzungen für ein Pfandrecht sah, oder aus ihnen vielmehr ein Verbot jedes anderen Sicherungsgeschäfts herleitete. Die Annahme eines Verbots ergab sich, indem man die Pfandrechtsvorschriften im Sinne eines *numerus clausus* der Sicherungsrechte interpretierte und damit die Erschaffung gesetzlich nicht normierter Sicherungsrechte wie Sicherungsübereignung und Sicherungszession ausschloss.

Bei dem Diskurs spielten außerdem wirtschaftliche Gesichtspunkte eine wichtige Rolle: Zum einen der stark gewachsene Kreditbedarf begleitet von dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer dinglichen Sicherheit an beweglichen Sachen, Forderungen und Rechten, ohne dass der Schuldner auf deren Verwendung in seinem Geschäftsbetrieb verzichten musste.<sup>335</sup> Zum anderen zeigten sich allerdings allmählich auch die Kehrseiten einer übermäßigen Kreditaufnahme, sowie einer missbräuchlichen Verwendung der Sicherungsübereignung und Sicherungszession: Entweder hatte ein nicht kreditwürdiger Schuldner hiermit einem (bestimmten) Gläubiger den letzten Rest seines ihm noch verbliebenen Vermögens zulasten seiner übrigen Gläubiger übertragen. Oder aber hatte ein notleidender Schuldner von einem gutgläubigen neuen Kreditgeber nochmals Geld erhalten, weil er noch einen, Sicherheit versprechenden Vermögensgegenstand besaß, den er tatsächlich schon einem anderen übereignet hatte.<sup>336</sup> Während die Gerichte fast ausschließlich dogmatische Gesichtspunkte thematisierten, sprach die Rechtswissenschaft teils auch rechtspraktische Aspekte an.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> Kleene, Orientierung, S. 115.

<sup>336</sup> Kleene, Orientierung, S. 115.

<sup>337</sup> Dabei ist insb. Leonhard, Gruchot 25 (1881), 177 mit seiner eindringlichen Warnung vor den wirtschaftlichen Folgen eines Verbots der fiduziarischen Geschäfte zu nennen. Aber auch Kohler, AcP 7 (1893), 209 (243 f.), nach dem die negativen Auswirkungen eines Verbots für die Kreditwirtschaft schwerer wiegen würden als die Durchsetzung des Publizitätsprinzips Vorteile brächte.

Der Streitstand im Überblick: Nach den Ansichten von insbesondere Konrad Hellwig<sup>338</sup> und Otto Bähr<sup>339</sup>, sowie später auch Gerhard Leist<sup>340</sup> und Salomo Buetow<sup>341</sup> stellten die deutschen Pfandgesetze ein generelles Verbotsgesetz der Mobiliarhypothek dar, das mit Hilfe der Sicherungsübereignung umgangen werde. Folglich sei die Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken nichtig und der Schuldner sei nach wie vor Eigentümer des Gegenstandes geblieben. Zudem sei das Geschäft auch nicht als Pfandrechtsbestellung umzudeuten, sodass kein Pfandrecht zugunsten des Gläubigers entstanden sei.<sup>342</sup>

Gegen die Annahme eines Verbotsgesetzes und zugleich für die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung sprachen sich zuerst Rudolf Leonhard<sup>343</sup>, später insbesondere auch Karl Linckelmann,<sup>344</sup> Joseph Kohler<sup>345</sup> und mit der Zeit noch weitere Autoren<sup>346</sup> aus.

### **b) Die deutschen partikularrechtlichen Faustpfandgesetze als Verbotsgesetze ansehend:**

#### ***Konrad Hellwig***

Professor Konrad Hellwig vertrat im Jahr 1881, dass die partikularrechtlichen Faustpfandgesetze die Vereinbarung einer Mobiliarhypothek, also eine Pfandrechtsbestellung ohne Übergabe der Sache generell verböten. Demnach fänden sie auch Anwendung, wenn der Schuldner anstatt an seiner Sache ein Pfandrecht zu bestellen, dem Gläubiger durch Übertragung des Eigentums an dieser, Sicherheit gewährte.<sup>347</sup> Zwar „verbiete“ das Gesetz eine Mobiliarhypothek nach seinem reinen Gesetzeswortlaut nicht. Das Rechtsgeschäft wäre an sich

---

<sup>338</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369.

<sup>339</sup> Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 59 ff.

<sup>340</sup> Leist, Die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 87 ff. Gerhard Alexander Leist habilitierte 1889 zum Römischen Recht und Zivilrecht und wurde 1892 hierfür zunächst außerordentlicher Professor in Marburg, ab 1895 als ordentlicher Professor in Gießen ernannt.

<sup>341</sup> Buetow, die Sicherungsübereignungen, S. 16 ff.; außerdem zu erwähnen: Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere, 1892, S. 152 ff. sowie nach Einführung des BGB: Nathan, Die Übereignung des Eigentums, 1909, § 7 und Hoeningner, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 1911, S. 21 ff., 34 ff.

<sup>342</sup> I. Ü. bereits der I. Zivilsenat des RG, der dies für die S.Ü. und S.Z. bereits in seinen Urteilen vom 9.10.1880 – I. 395/80 sowie vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 und 170 Fn. 1) vertrat.

<sup>343</sup> Leonhard, Gruchots 25 (1881), 177, 513.

<sup>344</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209.

<sup>345</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91.

<sup>346</sup> Insb. Becker, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium, 1899, S. 14 und Salinger, Empfehlen sich gesetzl. Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung, 31. DJT, Bd. 1, S. 501 (409 ff., 427 ff.).

<sup>347</sup> Hellwig führte genau aus, wieso der Gesetzgeber es nicht will, dass eine Verpfändung ohne Besitzübertragung wirksam ist, AcP 64 (1881), 369.

„erlaubt und rechtswirksam“.<sup>348</sup> Denn für die Eigentumsübertragung sei allein der auf „Geben und Nehmen des Eigentums“ zielende Wille der Parteien erforderlich und daran bestehe bei einer Vereinbarung des Sicherungszwecks wohl kein Zweifel.<sup>349</sup>

In seiner Begründung stellte Hellwig zunächst auf die Natur der Sicherungsübereignung und den Sinn und Zweck der Mobiliarpfandgesetze ab. Die Parteien würden mit der Sicherungsübereignung ein Rechtsverhältnis schaffen, welches quasi vollständig dem altrömischen Rechtsinstitut der *fiducia* entspreche, deren Nachfolger, die Mobiliarhypothek, die deutschen Pfandgesetze wegen fehlender Publizität der Verpfändung abgeschafft hatten. Denn auch bei der *fiducia* bliebe die besicherte Forderung bestehen, sodass der Schuldner berechtigt und verpflichtet sei, diese zu begleichen. Nur für den Fall der nicht (rechtzeitigen) Rückzahlung des Darlehens, könne der Gläubiger nicht nur dieses einklagen, sondern auch aus dem ihm bereits gehörenden Sicherungsgut Befriedigung suchen. Das eben beschriebene Rechtsverhältnis sei jedoch nahezu dasselbe, wie wenn die Parteien ein Pfandrecht vereinbart hätten, so Hellwig.<sup>350</sup> Folglich erreichten die Parteien mit der Sicherungsübereignung „praktisch wirtschaftlich“ dasselbe Ergebnis, nämlich einen „Credit und den gutgläubigen Verkehr gefährdende[s] Verhältnis,“ was man durch die Mobiliarpfandgesetze gerade verhindern wollte.<sup>351</sup> Im Gegensatz zum römischen Recht, wo erst die *fiducia*, später die *hypotheca* eine Mobiliarhypothek durch Abschluss eines bloßen formlosen Vertrags ermöglichten, hätten die deutschen Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts eine klare Abkehr von diesem Prinzip beabsichtigt. Zum Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs sollte nun nach dem Prinzip der Publizität, jedermann klar erkennen können, wem der Gegenstand dinglich zugeordnet sei. Dazu forderten die Faustpfandgesetze eine Übertragung des Gewahrsams. Die Gläubiger sollten nicht mehr darüber getäuscht werden können, dass die im Besitz des Schuldners befindlichen Gegenstände gegebenenfalls nicht mehr sein Eigentum waren.<sup>352</sup> Anhaltspunkte für den entsprechenden Willen des Gesetzgebers seien nach Hellwig in den

---

<sup>348</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (379); Auch Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 224 Anm. 2 (S. 769).

Arndts, Pandekten § 365 Note 2, sowie die Rechtsprechung des OLG Rostock, SeuffA 7 (1854), 301 Nr. 282 (302).

<sup>349</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (379).

<sup>350</sup> Mit dem einzigen Unterschied, dass bei einem Pfandrecht nur ein dingliches Recht an der Sache, bei der Sicherungsübereignung das Vollrecht Eigentum gewährt wird, Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (380).

<sup>351</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (379 f.); Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 61.

<sup>352</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (378 f.). Ebenso für das Prinzip der Publizität, Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 60 f.

Motiven zur Reichskonkursordnung zu finden. Dort hieße es, dass die Gläubiger bei der „Beurteilung der Vermögenslage nicht ungebührlich getäuscht und der Kredit überhaupt nicht empfindlich verletzt werden“ dürfe.<sup>353</sup> Folglich sei die Sicherungsübereignung „in Wahrheit“ auch vom Sinn und Zweck der deutschen Verbotsgesetze der Mobiliarhypothek erfasst, schlussfolgerte Hellwig.<sup>354</sup>

Des Weiteren spräche für seine Ansicht, dass dem Gläubiger ein Vorzugsrecht an der beim Schuldner belassenen Sache gewährt werde. Ob dieses in Form eines Pfandrechts oder eben durch Übertragung von Eigentum zu Sicherungszwecken geschehe, sei dabei unerheblich. Denn das Wort „Pfandrecht“ sei vielmehr im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen und erfasse folglich das zur Sicherung übertragene Eigentum. Hellwig bietet hier bereits 1881 treffende Argumente, womit man die Sicherungsübereignung bekämpfen und das Faustpfandprinzip konsequent hätte umsetzen können. Hellwig durchschaut früh und in herausragender Weise, den tatsächlichen Zweck, sowie die Natur der Sicherungsübereignung als besitzloses Pfandrecht zulasten der gutgläubigen Gläubiger.

Schließlich bezog sich Hellwig auf den gesetzgeberischen Willen. Der Gesetzgeber wollte die Sicherungsübereignung unterbinden. Denn selbst wenn er an die Möglichkeit einer Gesetzesumgehung durch die Sicherungsübereignung nicht gedacht hätte, so könne er doch unmöglich gewollt haben, einerseits die Mobiliarverpfändung ohne Gewahrsamsübertragung zu verbieten, jedoch andererseits einen finanzschwachen Schuldner dasselbe wirtschaftliche Ergebnis mittels Sicherungsübereignung zu erlauben.<sup>355</sup> Dies wäre nicht nur widersprüchlich, sondern liefere vor allem dem Zweck des Gesetzes, den Rechtsverkehr zu schützen, zuwider. Hellwig fügte dem hinzu, dass der Wortlaut nicht ausdrücklich die Sicherungsübereignung nennen müsse. Verbotsgesetze seien regelmäßig an dem mit einem Rechtsgeschäft verfolgten wirtschaftlichen Resultat und nicht streng an der bloß juristischen Form zu überprüfen.<sup>356</sup> Denn wirtschaftliche Ergebnisse lassen sich durch verschiedene juristische Formen erreichen, welche weder alle vom Gesetzgeber vorhergesehen, noch –wegen der drohenden Unübersichtlichkeit des Gesetzes – normiert werden könnten.<sup>357</sup> Und ein Richter, der solchen Rechtsgeschäften die Wirksamkeit zuspräche, betreibe nicht bloße Gesetzesfortbildung aus „Nützlichkeit“ oder mit anderen Worten aus Gründen eines Erfordernisses des Rechtsverkehrs, sondern unterlasse es

---

<sup>353</sup> Hahn, Motive IV, S. 185.

<sup>354</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (381).

<sup>355</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (381); Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Begründungen, S. 61.

<sup>356</sup> Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Begründungen, S. 59; Vgl. Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (371 f.).

<sup>357</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (371).

vielmehr das Gesetz nach seinem „wahren, eigentlichen Sinn“ umzusetzen. Als Richter sei er allerdings dazu berufen, dem Gesetzeszweck Geltung zu verschaffen.<sup>358</sup>

Mit dem letzten Argument forderte Hellwig die Richter indirekt dazu auf, keine Rechtsfortbildung entgegen dem Willen des Gesetzgebers zu betreiben. Er ermahnte die Gerichte insbesondere, die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung nicht aufgrund bloßer Nützlichkeitsabwägungen zu bejahen. In dieser Aufforderung lässt sich bereits das die Rechtsprechung in Zukunft leitende, und das für die Vertreter der Interessenjurisprudenz wichtige Argument erkennen: Das Bedürfnis des Rechts- und Kreditverkehrs nach der Sicherungsübereignung als Ersatz für ein besitzloses Pfandrecht. Und hierfür bestanden rechtshistorische Gründe. Es gab in der Vergangenheit eigentlich immer ein Mobiliarpfand – sei es zuerst im altrömischen Recht in Form der *fiducia*, im neueren römischen Recht dann in Form der *hypotheca*, oder schließlich im älteren deutschen Recht die Mobiliarsatzung. Lediglich im modernen deutschen Recht des 19. Jahrhunderts war es durch die partikularrechtlichen Pfandgesetze verboten worden.<sup>359</sup> Hellwig erkannte das Bedürfnis der Vertragsparteien die „Unbequemlichkeit“ der Besitzübertragung an den Gläubiger vermeiden zu wollen. Der Erfüllung dieses Bedürfnisses stehe allerdings die Notwendigkeit der Verwirklichung des gesetzgeberischen Willens, nämlich die Umsetzung der Prinzipien von Publizität und Spezialität entgegen. Die deutschen Pfandgesetze verböten somit eine Mobiliarhypothek. Die Sicherungsübereignungen umgingen dieses Verbot und seien daher nichtig. Der Schuldner sei Eigentümer des Sicherungsgegenstandes geblieben.

#### **bb) Otto Bähr**

Im Anschluss an Hellwig, vertrat auch der Richter am Reichsgericht Dr. Otto Bähr<sup>360</sup> im Jahr 1883 mit nahezu identischer Begründung dieselbe Ansicht. Die Sicherungsübereignung sei wegen Verstoßes gegen das sich aus den partikularstaatlichen Mobiliarpfandgesetzen ergebende Verbot eines besitzlosen Pfandrechts als *agere in fraudem legis*<sup>361</sup> nicht wirksam. Zudem verbiete es für die Bestellung eines Faustpfandes, die Übergabe durch ein *constitutum possessorium* zu ersetzen. Denn die partikularstaatlichen Mobiliarpfandgesetze hätten Verbotscharakter. Sie lassen nur eine Verpfändung bei tatsächlicher Übergabe der Sache zu.

---

<sup>358</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (381); Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Begründungen, S. 61.

<sup>359</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (369).

<sup>360</sup> Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Begründungen, S. 59 ff.

<sup>361</sup> Unter *agere in fraudem legis* versteht man nach römisch-rechtlicher Auffassung die Herbeiführung einer verbotenen rechtsgeschäftlichen Wirkung durch die Anwendung einer erlaubten Rechtsform, Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (217).

Die an sich juristisch wirksame Gestaltung der Sicherungsübereignung sei auch vom Verbot erfasst, da maßgeblich auf den wirtschaftlichen Zweck abzustellen sei. Dieser entspräche bei der Sicherungsübereignung dem eines besitzlosen Pfandrechts.

**cc) Gerhard Leist und Heinrich Dernburg**

Auch die beiden Professoren für römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht, Gerhard Alexander Leist<sup>362</sup> und Heinrich Dernburg<sup>363</sup> stimmten Hellwig und Bähr dahingehend zu, dass die Mobiliarpfandgesetze einen Verbotscharakter hätten. Leist kritisierte jedoch – anders als Bähr – jedoch nicht die Rechtsprechung für die Verneinung eines Verbotsgesetzes. Ihm zufolge mache die Theorie in *fraudem legis* zwar die Sicherungsübereignung unwirksam, sie stelle aber der Rechtsprechung keine ausreichend gesetzliche Grundlage zur Verfügung, das Rechtsgeschäft für unwirksam zu erklären. Denn das Gesetz wollte zwar einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg verbieten, versperre aber dazu nur einen Weg.<sup>364</sup>

**dd) Joseph Kohler**

Schließlich ist Joseph Kohler<sup>365</sup> in diesem Zusammenhang zu erwähnen. Er ging bereits im Jahr 1878 als erster Rechtsgelehrter von einem Verbotsgesetz aus. Die fiduziarischen Geschäfte seien als Umgehungsgeschäfte zu werten, wenn sie als Mobiliarsicherheit unter Verbleib der Sache im Besitz des Schuldners ohne jede äußere Kundgabe der Verpfändung dem Prinzip der Publizität widersprächen. Allerdings schloss er sich einige Jahre später den ihn überzeugenden Ausführungen des Rechtsanwalts und Notars Dr. Karl Linckelmanns<sup>366</sup> an. Er hielt nunmehr die Sicherungsübereignung für wirksam. Es sei ein erheblicher Missstand, dass ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache nur durch deren Übergabe an den Gläubiger bestellt werden konnte. So verpöne „das Gesetz [...] im Interesse des Credits jede Sicherung an Mobilien ohne die vorgeschriebene Publizität.“ Dies habe weitreichende negative Konsequenzen für die Kreditwirtschaft, welche schwerer wögen als der Verstoß gegen das Publizitätsprinzip. Anders

---

<sup>362</sup> Leist, Die Sicherung von Forderungen, S. 87 ff., 93.

<sup>363</sup> Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 2. Aufl. 1888, § 264 S. 644 Fn. 9 bzw. § 31 S. 68 f., 69 Rn. 11, wobei dieser sich zur Problematik nur knapp äußerte; Vgl. zu Dernburgs Person: Falk, Juristen, S. 175 f.

<sup>364</sup> Leist, Die Sicherung von Forderungen, S. 87 ff., 93.

<sup>365</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (143 ff., insb. 151).

<sup>366</sup> Kohler, AcP 7 (1893), 209 (243 f.) als Anm. zu Linckelmanns Aufsatz.

als in der Schweiz oder in England, wo eine Art Registerpfandrecht möglich sei,<sup>367</sup> böte der deutsche Gesetzgeber keinen anderen Ausweg. Die fiduziarischen Geschäfte seien daher wirksam.<sup>368</sup> Wie schon Linckelmann zuvor, verließ auch Kohler die rein dogmatische Argumentationsebene. Er betont in einer damals selten zu beobachtender Deutlichkeit, dass auch die Kreditpraxis in Deutschland auf eine Art Registerpfandrecht angewiesen sei. Bemerkenswert ist auch seine rechtsökonomische Betrachtung, wonach der Schaden für die Kreditwirtschaft größer sei als der mit dem Publizitätsprinzip verfolgte vertrauensfördernde Effekt für die sonstigen Marktteilnehmer bringe. Leider führte er diesen Gedanken nicht genauer aus.

**c) Die Deutschen partikularstaatlichen Faustpfandgesetze nicht als Verbotsgesetze ansehend:**

**aa) Rudolf Leonhard<sup>369</sup>**

Im gleichen Jahr wie Hellwigs Aufsatz, erschien auch bereits Professor Carl Georg Rudolf Leonhards Beitrag zur selben Thematik im Jahr 1881.<sup>370</sup> Er sprach sich als erster Rechtswissenschaftler für die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung und somit gegen die Annahme ihrer zur Nichtigkeit führenden Umgehung der Pfandgesetze aus. Besonders bemerkenswert ist dabei Leonhards<sup>371</sup> vorausschauende Argumentation. Er warnte bereits 1881 mit eindringlichen und sehr deutlichen Worten vor den nach seiner Ansicht, schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen eines Verbots der fiduziarischen Geschäfte. Er beleuchtete in seinen Ausführungen primär die rechtspraktische Aufgabe der Sicherungsübereignungen für das Kreditwesen, während man in der damaligen Rechtswissenschaft weit überwiegend dogmatische Betrachtungen wiederfand. Selbst das grundsätzlich pragmatisch orientierte Reichsgericht sprach diesen Aspekt erst Jahrzehnte später als „dringendes Verkehrsbedürfnis“ an.<sup>372</sup>

---

<sup>367</sup> Nach dem Zürcher Recht a. 874 konnte ein Pfandrecht ohne Übergabe des Besitzes allein durch die Eintragung in das Pfandbuch der Gemeinde bestellt werden; vgl. auch *bill of sale* in England; Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (173).

<sup>368</sup> Kohler, AcP 7 (1893), 209 (243 f.) als Anm. zu Linckelmanns Aufsatz.

<sup>369</sup> Zu Leonhards Person vgl. Leonhard, *Karl Georg Rudolf*, in: Hessische Biografie, abrufbar: <https://www.lagis-hessen.de/pnd/11679870X>.

<sup>370</sup> Leonhard, Gruchots 25 (1881), 177.

<sup>371</sup> Leonhard, Gruchots 25 (1881), 177.

<sup>372</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335); RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576; vgl. hierzu auch S. 155 ff.

Leonhard erblickte in dem Verbot der Sicherungsübereignung eine große Gefahr für die gesamte Industrie. Ohne Sicherungsübereignung würde es beispielsweise einem Viehzüchter oder einem Fabrikbesitzer unmöglich gemacht, seine Herde oder sein Fabrikinventar für einen Kredit zu beleihen,<sup>373</sup> da er für eine wirksame Verpfändung seinen jeweiligen Beleihungsgegenstand an den Gläubiger übergeben müsste. Das Kapital sei nicht dazu bestimmt, „um in den Kasten gelegt zu werden“. Außerdem stünde der Schaden eines stillstehenden Betriebs in keinem Verhältnis zu den Nachteilen, die die Gläubiger im ungünstigsten Falle erlitten. Zwar könne der Staat Auswüchse der Kreditvergabepraxis verhindern, doch dürfte er das Kreditwesen dadurch nicht ernstlich lähmen. Dies hätte negative Auswirkungen für das gesamte wirtschaftliche und staatliche Zusammenleben. Folglich forderte Leonhard jede Beschränkung des Kreditwesens, und eine solche liege im Verbot eines besitzlosen Faustpfands, zu beseitigen.<sup>374</sup>

Zutreffend ist der Grundgedanke, dass Faustpfandrechte es dem Schuldner nicht ermöglichen, frisches Kapital zu beschaffen, ohne auf den wirtschaftlichen Nutzen seiner sicherungsübertragenen Mobilien beziehungsweise Forderungen verzichten zu müssen. Ob allerdings ein Verbot der fiduziarischen Geschäfte zu einer Gefahr für die gesamte Industrie führen würde, ist zu hinterfragen. Zum einen nannte Leonhard keine Größenordnung der hierdurch gewährten Kredite. Dies ist problematisch, da die Kredite vor allem als Klein- und Kleinstkredite und seltener an große Industriebetriebe vergeben wurden. Letztere konnten sich auch auf einem anderen Weg, insbesondere durch die Einräumung von Grundpfandrechten frisches Kapital beschaffen. Zum anderen konkretisierte er nicht, warum die Gefahren für die sonstigen Gläubiger – insbesondere in Zeiten wirtschaftlichen Niedergangs und gehäuft auftretender Insolvenzen – weniger einschneidend sein sollten als die Vorteile, die sich für die Schuldner aus dem mittels fiduziarischen Sicherungsübertragungen geliehenen Geld ergäben. Das Verhältnis der Vor- gegenüber den Nachteilen bleibt daher leider eine wage Schätzung. Allerdings ist Leonhard zugute zu halten, dass sich darüber auch kaum eine mit zuverlässigen Zahlen belegbare Aussage treffen ließ. Denn hierfür hätte man eine statistische Erhebung zu den Insolvenzen von ungesicherten Drittgläubigern gebraucht, die aus einem mittels fiduziarischen Rechtsgeschäfts für einen anderen Gläubiger geschaffenen Privilegs resultierten. Jedoch wurden über diese Auswirkung im Reichskonkursanzeiger keine Daten erhoben.

---

<sup>373</sup> Leonhard, Gruchots 25 (1881), 177 (195).

<sup>374</sup> Leonhard, Gruchots 25 (1881), 177 (192).

### ***bb) Karl Linckelmann***

Auch der Rechtsanwalt Dr. Karl Linckelmann<sup>375</sup> wandte sich einige Jahre später mit detaillierten Ausführungen ausdrücklich gegen einen Verbotscharakter der Pfandgesetze und bejahte die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung. Er stellte zu Beginn seiner Ausführungen die treffende Frage, ob die Gesetzgebung den allgemeinen Satz enthalte, dass die Erreichung des Sicherungszwecks nur unter den Voraussetzungen des Faustpfandes erfolgen dürfe.<sup>376</sup> Anschließend entwickelte er seine Argumentation, die bei genauerem Hinsehen bereits dem uns heute bekannten Muster der Methodenlehre von Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte sowie von Sinn und Zweck der Faustpfandgesetze folgte.<sup>377</sup> Dazu im Einzelnen:

Es sei bereits aus den „Worten des Gesetzes nicht abzuleiten“, dass die Pfandgesetze als Verbotsgesetze zu verstehen seien. Denn wenn das Gesetz zwar für eine „wirksame Pfandbestellung Voraussetzungen vorschreibe, so [sei] aber nicht gesagt, dass dieselben erfüllt sein müssten, wenn ein anderes Rechtsinstitut zur Erreichung des Sicherungszwecks benutzt“ würde.<sup>378</sup>

Zugleich gebe in systematischer Hinsicht der Gesamtinhalt des Gesetzes nicht genügend Anhaltspunkte für eine eindeutige Entscheidung. Ebenso liege die Situation bei der Entstehungsgeschichte der Normen. Zwar seien die Faustpfandgesetze entstehungsgeschichtlich Ausdruck einer einheitlichen Reformbewegung, die eine Korrektur der Missstände des vorherigen, römisch-rechtlichen besitzlosen Pfandrechts bezweckte. Aus dieser Veranlassung könne jedoch nicht gefolgert werden, dass man auch über das Pfandrecht hinaus – auch für die Sicherungsübereignung – eine Regelung treffen wollte.<sup>379</sup> Denn manchen Gesetzgebern sei sogar die tatsächlich bestehende Praxis der Sicherungsübereignungen selbst bewusst gewesen. Diese These bekräftigt er mit einem interessanten Beispiel, entnommen aus den Beratungen der zweiten Kammer zum hannoverischen Gesetz.<sup>380</sup> Dort bemerkte der Berichterstatter zu dem Verbot der Mobiliarhypothek folgendes:<sup>381</sup> Zwar solle eine „bitt- und

---

<sup>375</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (228); Im Übrigen sei auch das *constitutum possessorium* nicht verboten.

<sup>376</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (225).

<sup>377</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (225–229).

<sup>378</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (225 ff.).

<sup>379</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (225 f.).

<sup>380</sup> Gesetz vom 14. Dez. 1864, § 46 Nr. 2. Dieses sah im Entwurf vor, die Mobiliarhypothek zu verbieten. Jedoch schloss es die Anwendung des *constitutum possessorium* beim Faustpfand nicht ausdrücklich aus, Linckelmann, AcP (1893), 209 (226).

<sup>381</sup> Bei dem Verbot der Mobiliarhypothek war jedoch das *constitutum possessorium* nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

leihweise“ Belassung der Sachen beim Schuldner nicht möglich sein, weil man sonst dem „Betrüge Thor und Thür öffnen würde.“ Aber „Täuschungen könne man nicht vermeiden, und es würden andere Geschäfte erfunden werden, um den unredlichen Willen durchzusetzen.“<sup>382</sup> Allerdings gestand Linckelmann zugleich selbst ein, dass man aus diesem einen Beispiel nicht auf eine Kenntnis der Sicherungsübereignung aller partikularstaatlichen Gesetzgeber schließen könne.

Schließlich thematisierte Linckelmann den Sinn und Zweck der Mobiliarpfandgesetze. Entgegen der Ansicht von insbesondere Hellwig und Bähr, läge das gesetzgeberische Motiv nicht darin, die Erreichung des Sicherungszwecks in jeder anderen Form als der des Faustpfandes auszuschließen. Denn es handele sich bei den in Frage stehenden Gesetzen nicht um Verbots-, sondern lediglich um Gebotsgesetze. Wer sich Letzteren nicht füge, bliebe aber nur vom Erwerb der beabsichtigten Rechtsstellung ausgeschlossen, d.h. er erhalte kein Faustpfandreht. Als Begründung für diese These, führte er folgendes Beispiel an: So folge aus den gesetzlichen Voraussetzungen der Auflassung eines Grundstücks auch nicht, dies zu „einem Verbotsgesetz zu stempeln und etwa zu behaupten, der Eigentumserwerb sei durch Tradition oder durch Vertrag allein verboten.“<sup>383</sup>

Außerdem entgegnete Linckelmann der Auffassung von Hellwig und Bähr, es fehle an einem Nachweis, der „die Missbilligung ausdrücklich oder auch nur stillschweigend normgesetzlich ausspreche.“<sup>384</sup> Dieser Angriff erscheint jedoch nur wenig überzeugend. Denn Linckelmann stellte im Ergebnis selbst nur die Gegenbehauptung auf, dass ein Verbot normgesetzlich ausgesprochen werden müsse.<sup>385</sup> Wenn er aber selbst ein konkludenter Wille für die Begründung eines Verbotsgesetz ausreichend sein sollte, so hätte man diesen durchaus in dem allgemeinen Zweck der Mobiliarpfandgesetze, der Publizität sehen können. Überzeugender für die Annahme eines bloßen Gebotsgesetz klingt jedoch, sein zu Anfang kurz ausgeführtes *argumentum e contrario*. Denn man könne aus dem Umstand, dass nur ein einziges ausdrückliches Verbotsgesetz des besitzlosen Pfands existiere,<sup>386</sup> schließen, dass alle anderen Gesetzgeber nur auf eine „bietende“ nicht „verbietende“ Rechtsfolge zielten. Natürlich ließe sich dagegen wiederum einwenden, dass den anderen deutschen Gesetzgebern das

---

<sup>382</sup> Vgl. Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (226).

<sup>383</sup> Linckelmann, AcP (1893), 209 (227).

<sup>384</sup> Linckelmann, AcP (1893), 209 (228).

<sup>385</sup> Vgl. Linckelmann, AcP (1893), 209 (228).

<sup>386</sup> Das Mobiliarpfandgesetz des Herzogtums Braunschweig vom 8. März 1878 im § 19: „Die Veräußerung einer beweglichen Sache unter Verabredung, dass der Veräußerer sie fortan für den Erwerber innehaben solle (constitutum possessorium), hat Dritten gegenüber keine Wirkung.“ Abgedruckt bei Linckelmann, AcP (1893), 209 (223).

Problem der Sicherungsübereignung entweder nicht bewusst war oder sie dies bereits in ihrem Gesetz als logische Konsequenz ohne eine gesonderte ausdrückliche Feststellung für nötig zu halten, bereits für ausreichend geregelt hielten.

#### **d) Stellungnahme zur Diskussion um den Verbotscharakter der partikularrechtlichen Pfandgesetze**

Wie diese Auseinandersetzung zeigt, war eine eindeutige Antwort auf die Frage nach der Umgehung der Mobiliarpfandgesetze als Verbotsgesetze sehr schwierig. Zu unklar war der gesetzgeberische Wille. Zudem entsteht der Eindruck, als wollte sich dieser einer klaren Antwort entziehen und stattdessen die Rechtspraxis und die Gerichte eine adäquate Lösung finden lassen. Dafür spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber trotz Aufforderungsrufen zu einer klaren Lösung seitens der Wissenschaft und Rechtsprechung, sich dennoch nicht dazu äußerte. Darüber hinaus ergriff er selbst bei der Gestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht die Möglichkeit, eine eindeutige Richtung für die Handhabung der Sicherungsübereignung und Sicherungszession vorzugeben. Wäre es doch ein Leichtes gewesen, eine Rechtssicherheit schaffende Regelung im BGB niederzuschreiben. Insbesondere hätte man nun eine Reichsweite Geltung erreichen können, ohne jeden deutschen partikularstaatlichen Gesetzgeber zur Implementierung anhalten zu müssen. Dennoch entschieden sich die Väter des BGB dagegen. Mit den Regelungen in §§ 1205 ff. BGB beließen sie im Ergebnis die gesetzliche Ausgangslage, wie sie schon vor 1900 bestand. Erneut standen die Gerichte, insbesondere das Reichsgericht in der Verantwortung eine adäquate Lösung zu finden.

#### **e) Umgehung der partikularstaatlichen Faustpfandgesetze durch die Sicherungszession**

Wenden wir uns nun der Sicherungszession zu. Galt auch für sie das eben zur Sicherungsübereignung gesagte und war auch sie dem Einwand der Umgehung deutscher Pfandgesetze ausgesetzt?<sup>387</sup> Bei der Problematik der Simulation konnte man die Sicherungszession quasi eins zu eins wie die Sicherungsübereignung behandeln. Denn hier war lediglich der Einwand der Ernsthaftigkeit des vereinbarten Sicherungsgeschäfts relevant. Dafür spielte es keine Rolle, ob eine bewegliche Sache oder eben eine Forderung übertragen werden

---

<sup>387</sup> Für die Verpfändung von Forderungen hatte man die Anzeige der Verpfändung (*Denuntiation*) bzw. teilweise auch durch die Übergabe einer Schuldkunde vorausgesetzt.

sollte. So waren die verschiedenen Argumente und Gesichtspunkte für und gegen die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung als simuliertes Geschäft entsprechend für die Sicherungszession und umgekehrt anzuwenden. Diese Sichtweise legte im Ergebnis auch schon der I. Zivilsenat seinen beiden Entscheidungen aus dem Jahr 1880 zu Grunde.<sup>388</sup>

Ob dies für die Thematik der Gesetzesumgehung genauso gelten konnte, bedarf jedoch einer genaueren Betrachtung. Denn für diese Frage kommt es auf den Sicherungsgegenstand an. Entsprechend den sich unterscheidenden Sicherungsgütern, gewährten die deutschen Pfandgesetze auch unter jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen für bewegliche Sachen ein Faustpfandrecht, sowie für Forderungen ein Forderungspfandrecht. Zu prüfen ist daher, ob man, so wie mit der Sicherungsübereignung die Faustpfandvorschriften, mit der Sicherungszession die Forderungspfandvorschriften umgehen wollte und folglich auch die Sicherungszession nichtig wäre.

Konkret zu dieser Frage findet man eigentlich nur in Hellwigs Aufsatz von 1881<sup>389</sup> und in Casparis Dissertation von 1903<sup>390</sup> eine vergleichende Betrachtung wieder. Sie prüften dabei folgende zwei Schritte: Zunächst klärten sie als Vorfrage, ob die Sicherungszession bei einer wirtschaftlichen Betrachtung überhaupt das Forderungspfand ersetzen konnte und damit eine gewisse Vergleichbarkeit zwischen den beiden Instituten bestand. Als Zweites schloss sich die entscheidende Prüfung an, ob die Forderungspfandvorschriften auch für die Sicherungszession verbietend wirken konnten und die Sicherungszession daher als *fraudem legis* nichtig sei.

#### ***aa) Zur Vergleichbarkeit von Sicherungszession und Forderungspfandrecht***

Es bestanden durchaus Unterschiede: Zum einen ist das Forderungspfandrecht akzessorisch, d.h. es steht und fällt mit der besicherten Schuld. Die Sicherungszession hingegen ist nicht akzessorisch. Das Sicherungsgut Forderung ist somit nicht von der gesicherten Schuld abhängig und wird nicht automatisch mit ihr übertragen.<sup>391</sup> Zum anderen bleibt beim Forderungspfandrecht der Besteller Rechtsinhaber der Forderung.<sup>392</sup> Der Pfandgläubiger erwirbt nur ein Anrecht. Der sicherungsgebende Schuldner kann über die Forderung weiter

---

<sup>388</sup> In den beiden Entscheidungen zur erstmaligen Anerkennung der S.Ü. und der S.Z., entschied der I. Senat, dass die Absicht der Parteien allein auf die Rechtsübertragung von Eigentum bzw. einer Forderung zielte und folglich weder simuliert war noch ein Pfandrecht bestellt werden sollte, RG, Urteile vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (170 f.), sowie vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f.).

<sup>389</sup> Hellwig, AcP 64, 369, S. 390 ff.

<sup>390</sup> Caspari, Sicherungsübereignung, S. 29 ff.

<sup>391</sup> Caspari, Sicherungsübereignung, S. 30.

<sup>392</sup> Caspari, Sicherungsübereignung, S. 30.

verfügen, z.B. weitere nachrangige Pfandrechte bestellen, die Forderung veräußern, u.s.w. Folglich kann der Pfandgläubiger im Sicherungsfall die Forderung nur als fremdes Recht geltend machen.<sup>393</sup> Dagegen wird bei der Sicherungszession der Zessionar Forderungsinhaber und zieht die Forderung im eigenen Namen gegenüber dem Drittschuldner ein. Er ist alleiniger Gläubiger und ist allenfalls bei Überschreitung der vertraglichen Nebenabreden des Innenverhältnisses (nur *inter partes*) dem Zedenten zum Schadensersatz verpflichtet.

Allerdings haben das Forderungspfandrecht und die Sicherungszession beide eine Gemeinsamkeit: Den wirtschaftlichen Zweck. Beide Institute sollen dem Gläubiger durch den Vermögensgegenstand der Forderung Sicherheit verschaffen, wobei in beiden Fällen der Schuldner seine Rechte an der Forderung nicht endgültig aufgeben wollte, so Caspari und später das Reichsgericht.<sup>394</sup> Die vorgenannten Unterschiede sind dabei zu vernachlässigen. Denn die fehlende Akzessorietät der Sicherungszession, sowie der Rechtsverlust des Sicherungszedenten folgt, wie auch bei der Sicherungsübereignung aus dem Charakter der beiden Geschäfte. Auf sein Risiko gibt der Schuldner seine dingliche Rechtsstellung vollständig auf, gewährt dem Gläubiger mehr als nur ein beschränkt dingliches Recht (Pfandrecht). Folglich war die Sicherungszession geeignet, das Forderungspfandrecht zu ersetzen.

Zwischenergebnis: Damit bestand nicht nur eine grundsätzliche Vergleichbarkeit von Sicherungszession und Sicherungsübereignung, sondern es ergab sich vor allem auch für die Frage nach der Umgehung der Pfandgesetze, dass die Sicherungszession wegen ihres gleichen wirtschaftlichen Ziels geeignet war, ein Forderungspfandrecht zu ersetzen.

### ***bb) Werden die deutschen Pfandgesetze durch die Sicherungszession umgangen?***

Die entscheidende Anschlussfrage beantwortete insbesondere Hellwig wie folgt:<sup>395</sup> Wie alle deutschen Pfandgesetze für eine wirksame Pfandrechtsbestellung an beweglichen Sachen die Publizität mittels Übertragung des Gewahrsams anordneten, so forderten diese auch für die Wirksamkeit eines Pfandrechts an einer Forderung, dass die Verpfändung für jeden Dritten

---

<sup>393</sup> Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte, 1867, S. 59, 210.

<sup>394</sup> Caspari, Sicherungsübereignung, S. 29, 31; Auch der VII. Senat bestätigt diese Ansicht mit bemerkenswerten Worten: Ein fiduziarisches Eigentum „vertritt nicht nur wirtschaftlich die Stelle eines Pfandrechts, sondern weist auch in rechtlicher Beziehung dem Pfandrecht verwandte Züge auf. Der übereignete Gegenstand scheidet nicht endgültig aus dem Vermögen des Schuldners aus. Ebenso wie das Pfandrecht soll er dem Gläubiger zunächst als Sicherung und gegebenenfalls zur Befriedigung einer Forderung dienen.“ RG, Urteil vom 19.10.1909, VII. 409/07, Warn 1910, 38 (39 f.).

<sup>395</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369.

erkennbar zum Ausdruck gebracht werde.<sup>396</sup> Die deutschen Pfandgesetze<sup>397</sup> verlangten hierfür vor allem eine Benachrichtigung des Drittschuldners über die Verpfändung an den Gläubiger, sowie teils ergänzend die Aushändigung der Beweisurkunde an den Gläubiger.<sup>398</sup> Da die Sicherungszession die gleiche wirtschaftliche Zielrichtung wie eine Sicherungsübereignung habe, nämlich dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren und gleichzeitig dem Schuldner weiter über sein Vermögenobjekt – mittels Einziehungsermächtigung – frei verfügen zu lassen, seien folglich auch die deutschen Forderungspfandgesetze als Verbotsgesetze einer nicht offenkundigen Verpfändung auszulegen. Die „fiduziarische Zession“ umgehe diese Pfandgesetze und sei deshalb nichtig. Der Zedent sei Forderungsinhaber geblieben, so Hellwig.<sup>399</sup> Den Grund dafür sah er darin, dass die Voraussetzungen der Pfandrechtsbestellung nicht vorgelegen hätten. Zwar hätte man rein rechtstechnisch die Form der Zession als Vollrechtsübertragung gewählt, wirtschaftlich sei dennoch nur der Zweck einer stillen Forderungsverpfändung beabsichtigt gewesen.<sup>400</sup> Die gewählte Rechtsform der Zession habe nur die Forderungspfandgesetze umgehen sollen. Sie müssten daher auch für die Sicherungszession Anwendung finden, d.h. die Sicherungszession müsse sich an ihnen messen lassen. Mangels Anzeige der Verpfändung bzw. der Übergabe der Schuldurkunde an den Drittschuldner, sei sie nach Hellwig unwirksam.<sup>401</sup>

Hintergrund des mit den deutschen Pfandgesetzen verfolgten Publizitätsprinzips war, den gutgläubigen Rechtsverkehr zu schützen. Gemeint sind damit zwei Personengruppen: Zum einen die gegenwärtigen Gläubiger des Schuldners, die ein Interesse an der Erhaltung des noch übrigen, betriebsnotwendigen Sachkapitals für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses hatten. Zum anderen alle potenziellen, zukünftigen Gläubiger, die aufgrund scheinbar bestehender Verfügungsbefugnis über die Gegenstände und Forderungen von einer Kreditwürdigkeit des Schuldners ausgingen und ihm in diesem Vertrauen weiteres Geld liehen. Gewährleistet wurde das Prinzip bei der Forderungsverpfändung durch die Pflicht zur Anzeige

---

<sup>396</sup> *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 33.

<sup>397</sup> Eine Aufzählung der einzelnen Partikularstaatlichen Pfandgesetze findet sich bei *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 33. Auch die wenigen Staaten des Deutschen Reichs, in denen das Faustpfandprinzip noch nicht in der jeweiligen Privatrechtsordnung niedergeschrieben war, sind bis Inkrafttreten der Reichskonkursordnung (1879) verpflichtet gewesen, die Anforderungen der Reichsgesetzgebung (das Faustpfandprinzip nach § 14 ff. EinfG und § 40 KO) umzusetzen. Das Faustpfandprinzip galt mit Einführung der KO im ganzen Reichsgebiet. Teilweise waren forderten die einzelnen deutsche Pfandgesetze noch weitere Bedingungen für die Bestellung eines Faustpfands, *Lickelmann*, AcP 7 (1893), 209 (222 f.).

<sup>398</sup> *Hellwig*, AcP 64 (1881), 369 (391).

<sup>399</sup> *Hellwig*, AcP 64 (1881), 369 (391).

<sup>400</sup> *Hellwig*, AcP 64 (1881), 369 (391).

<sup>401</sup> *Hellwig*, AcP 64 (1881), 369 (392).

der Verpfändung bzw. durch die Übergabe der Schuldurkunden. Auf diese Weise konnten potenzielle Neugläubiger durch Nachfrage beim Drittschuldner oder aufgrund der fehlenden Vorlage der Schuldurkunde durch den Schuldner darauf schließen, dass die Forderung bereits verpfändet und nicht als mögliche Kreditsicherheit zur Verfügung stand. Bei der Verpfändung blieb die Forderung also Teil der Haftungsmasse der bestehenden Gläubiger. Gleiches erreichte man beim Faustpfand durch die Besitzübertragung an den gesicherten Gläubiger. Durch die Anzeige der Verpfändung der Forderung (bzw. durch den Anspruch, sich die Schuldurkunde vorlegen zu lassen) wurde der Drittschuldner nebenbei auch davor geschützt, an einen falschen Gläubiger zu leisten.

Geht man mit der herrschenden Literatur, die für die Sicherungsübereignung die Mobiliarpfandgesetze als Verbotsgesetze ansah und bei deren Umgehung auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts schloss, ist es konsequent, dies auch für die Sicherungszession zu vertreten. Bei der Sicherungsübereignung war der Ausgangspunkt der Argumentation, dass die Parteien die Übergabe des Besitzes vermeiden und damit zugleich den primären Zweck des Gesetzes, die Publizität, verhindern wollten. Dieser Zweck liegt, wie an der Notwendigkeit der Anzeige der Abtretung bzw. der Übergabe der Schuldurkunde deutlich erkennbar wird, bei der Forderungsverpfändung in gleicher Weise zu Grunde. Außerdem stellte der für die Auslegung maßgebliche und aus den Motiven zum EinfG zur Konkursordnung und der Konkursordnung sich ergebende Sinn und Zweck des Gesetzes sehr deutlich auf das Publizitätsprinzip ab. Daher ist es nachvollziehbar, wenn man in analoger Anwendung von der Nichtigkeit der Sicherungsübereignung wegen Umgehung der Faustpfandvorschriften in gleicher Weise dies wegen Umgehung der Forderungspfandvorschriften auch für die Sicherungszession schlussfolgern wollte.

Für die Richtigkeit dieses Gedankens kann man auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ein wichtiges Argument finden. In den beiden ersten Urteilen zu der Zulässigkeit der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession übertrug der I. Zivilsenat seine Feststellungen gegen die Annahme einer Simulation, mit teilweise sogar im Wortlaut gleicher Argumentation, eins zu eins von der Sicherungsübereignung auf die Sicherungszession.<sup>402</sup> Noch bemerkenswerter ist, dass er einige Jahre später in seinen beiden ebenfalls die

---

<sup>402</sup> RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168 (170 f.); und zur S.Ü. Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 Fn. 1).

Rechtspraxis der fiduziarischen Rechtsgeschäfte prägenden Entscheidungen<sup>403</sup> ebenso vorging. Dieses Mal übertrug er allerdings auch seine rechtsetzend klingenden Ausführungen bezüglich der Ablehnung einer Umgehung der Pfandvorschriften von der Sicherungsübereignung<sup>404</sup> auf die Sicherungszession.<sup>405</sup> Insbesondere könne „es nicht als eine Umgehung des Gesetzes bezeichnet werden, wenn zur Vermeidung des mit der Beschreitung des einen Wegs verbundene Nachtheils der offenstehende andere Weg betreten, insbesondere der bei der Verpfändung von Buchforderungen nach § 288 A.L.R. I.20 nöthigen Benachrichtigung der Schuldner das Mittel der Zession gewählt“ habe.<sup>406</sup>

Im Ergebnis ist festzuhalten: Erkennt man die damals herrschende Lehre als richtig an, erscheint es konsequent, die Sicherungszession wegen Umgehung der partikularstaatlichen Forderungspfandvorschriften ebenso für nichtig zu erklären.

## **2. Sind die konkursrechtlichen Vorschriften als Verbotsgesetz der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung auszulegen?**

Neben der Umgehung der partikularrechtlichen Pfandgesetze, fand sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur eine umfangreiche Diskussion zur Frage, ob § 14 bzw. § 15 des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung (vgl. § 40 KO a.F.) die fiduziarischen Sicherungsübertragungen verbieten. Nichtigkeit wäre die Rechtsfolge. Anknüpfend an die Vorschriften der materiell-rechtlichen Pfandgesetze, bestimmten § 40 KO a.F. i.V.m. §§ 14, 15 EinfG KO, dass nur einem Faustpfandrecht an einer beweglichen Sache oder Forderung im Konkursfall eine privilegierte Stellung in Form des Rechts zur Absonderung zukommen sollte. Denn nach § 14 EinfG KO bestand ein absonderungsberechtigtes Faustpfandrecht i. S. des § 40 KO a.F. an beweglichen Sachen einzig, wenn der Gewahrsam tatsächlich übertragen wurde. Entsprechend gewährt § 15 EinfG KO dem Inhaber des Forderungspfandrechts allein dann ein Absonderungsrecht im Sinne des § 40 KO a.F., wenn (1) der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt wurde, (2) der Pfandgläubiger den Gewahrsam an der über die verpfändete Forderung oder das Vorzugsrecht ausgestellten Urkunden erlangt hatte oder (3) die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuch

---

<sup>403</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200; RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339.

<sup>404</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200 (202 f.).

<sup>405</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339 (402).

<sup>406</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339 (402).

eingetragen worden war. Wie bereits die materiellen Pfandgesetze der deutschen Staaten, folgt auch das Konkursrecht damit dem Prinzip der Publizität.

Ob allerdings diese Voraussetzungen auch für die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte gelten und bei deren Fehlen §§ 14, 15 EinfG KO sie generell verbieten sollten, war in der Rechtswissenschaft umstritten. Bei einer genaueren Untersuchung der Diskussion fällt allerdings auf, dass sich der Streit in der Argumentation und im Ergebnis bei manchen Rechtsgelehrten wenig von der Frage nach der Umgehung der deutschen Pfandgesetze unterschied. Sie vermischten die beiden Streitfragen, obwohl es einmal um die Voraussetzungen für die Entstehung der Pfandrechte des materiellen Zivilrechts, das andere Mal im Fall der §§ 14, 15 EinfG KO dagegen um deren vollstreckungsrechtliche Behandlung im Konkursverfahren ging. Ein teilweiser Erklärungsansatz könnte sein, dass die Pfandgesetze in einigen deutschen Staaten eng mit den konkursrechtlichen Vorschriften zusammenhingen bzw. sogar Folge derer waren. Denn das Faustpfandprinzip galt in den Siebzigerjahren noch nicht in allen deutschen Partikularstaaten. Es musste dort gegebenenfalls bis zum Inkrafttreten der Reichkonkursordnung am 1.10.1879 erst noch in die jeweilige materiell-rechtliche Kodifikation des Staates aufgenommen werden.<sup>407</sup> Einige namenhafte Autoren untersuchten hingegen die §§ 14, 15 EinfG KO gesondert darauf, ob man mit ihnen die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte verbieten wollte, wobei man teilweise auch dort argumentativ an die Thematik der Umgehung der deutschen Pfandgesetze anknüpfte. Es handelt sich im Ergebnis um zwei verwandte Streitstände mit unterschiedlichen Ansatzpunkten. Unterschiedlich deshalb, weil die Konkursordnung und die deutschen Pfandgesetze von verschiedenen Gesetzgebern stammen, sowie aufgrund der unterschiedlichen Regelungsmaterien auch unterschiedliche Ziele verfolgten. Die deutschen Pfandgesetze betrafen die materiell-rechtliche Wirksamkeit einer Pfandbestellung, während die Konkursordnung deren Privilegierung in der Gesamtvollstreckung, dem Konkursverfahren, regelte. Damit bleibt auch das Ergebnis des Streitstandes offen.

---

<sup>407</sup> Die folgenden deutschen Staaten hatten noch nicht das Faustpfandprinzip in ihre Kodifikation aufgenommen: Mecklenburg-Schwerin, und Mecklenburg-Strelitz, Meiningen, Altenburg, Lippe-Detmold, Schaumburg, die beiden Reuß, Braunschweig und Hamburg, vgl. dazu *Linckelmann*, AcP (1893), 209 (222). Beachte: Das Faustpfandprinzip meint dabei nicht nur die tatsächliche Besitzübertragung von beweglichen Sachen, sondern auch die Anzeige der Verpfändung bzw. die Übergabe der Urkunde bei Forderungen und Rechten, Hahn, Motive IV, S. 198.

### a) § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung sei kein Verbotsgesetz

Erster Hauptgegner der Ansicht, dass es sich bei § 14 EinfG KO um ein Verbotsgesetz handele, war Dr. Karl Linckelmann.<sup>408</sup> Mit ihm vertraten Dr. Erich Becker<sup>409</sup> und später auch Richter am Reichsgericht Dr. Hugo Salinger,<sup>410</sup> im Gesetz sei nirgends normiert, dass man eine Sicherungsübereignung unter Verwendung eines *constitutum possessorium* verbieten wollte. Nach Linckelmann seien § 14 EinfG KO, sowie die bundesstaatlichen Pfandgesetze, nicht verbotend, sondern normierten nur Voraussetzungen für die Entstehung eines Rechts. Um von dem Charakter eines Verbotsgesetzes auszugehen, verlangte Linckelmann hingegen, dass dieses ausdrücklich als ein Verbot der Sicherungsübereignung mittels *constitutum possessorium* bezeichnet werde.<sup>411</sup> Dies sei jedoch bei den infrage stehenden Gesetzen nicht einmal stillschweigend geschehen. Selbst die in partikularstaatlichen Gesetzen sich häufiger wiederfindende Wendung „die Hypothek an beweglichen Sachen ist fortan unzulässig“, genüge nicht, um ein Verbotsgesetz anzunehmen. Die Gesetze seien nur gebietender Art und normierten lediglich die Voraussetzungen für eine nach dem Gesetz gewährte günstige Rechtsfolge.<sup>412</sup> Mit genau demselben Argument hatte sich bereits der VI. Zivilsenat gegen die Auslegung als Verbotsgesetz entschieden.<sup>413</sup>

Gewichtiger ist allerdings sein zweites Argument, das des logischen Gegenschlusses. So bestimmte § 19 des Braunschweigischen Gesetzes vom 8. März 1878 ausdrücklich das Verbot: „Die Veräußerung einer beweglichen Sache unter Verabredung, dass der Veräußerer sie fortan für den Erwerber innehaben solle (*constitutum possessorium*), hat Dritten gegenüber keine Wirkung.“ Da die übrigen Gesetze keine solche Bestimmung enthielten, ergebe sich *e contrario* die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung. Diese Schlussfolgerung scheint gut vertretbar. Dennoch entgegnete man dem – ebenso vertretbar –, dass der besagte § 19 vielmehr zur Interpretation der anderen Gesetze heranzuziehen und diese somit ebenfalls als Verbotsgesetze auszulegen seien. Nach der Argumentation von Buetow verwendeten andere Gesetzgeber nur weniger verbotend klingende Worte, wollten jedoch denselben Zweck wie der Gesetzgeber in

---

<sup>408</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209.

<sup>409</sup> Becker, Sicherung des Gläubigers durch const. poss., 1899, S. 14 ff.

<sup>410</sup> Salinger, 31. DJT, Bd. 1, 409 (409 ff., 427 ff.).

<sup>411</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (227 f.).

<sup>412</sup> Buetow kritisiert Linckelmann für diese Annahme ausdrücklich, vgl. Buetow, die Sicherungsübereignungen, S. 14; Kohler lässt sich durch Linckelmans Argumentation hingegen insgesamt umstimmen und vertrat nunmehr auch, dass kein Verbotsgesetz vorliege, vgl. Kohler, in: Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (235 f.) mit Anm. Kohlers.

<sup>413</sup> RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (184).

Braunschweig erreichen.<sup>414</sup> Dieser Kritikpunkt gewinnt insbesondere dann an Überzeugungskraft, wenn man sich die in den deutschen Pfandgesetzen häufiger verwandte Formulierung „die Hypothek an beweglichen Sachen ist fortan unzulässig“ nochmals vor Augen führt.

Becker<sup>415</sup> sah in § 14 EinfG KO ebenso wenig ein Verbotsgesetz. In seiner Dissertation versuchte er insbesondere Kohlers<sup>416</sup> damals noch vertretene Gegenansicht zu widerlegen. Laut Kohler sei es eine Frage der Gesetzesauslegung, ob sich das Verbot nur auf das von ihm bezeichnete Rechtsgeschäft in seiner konkreten Ausgestaltung oder auf den mit dem Rechtsgeschäft verfolgten Zweck beziehe. Das Gesetz verbiete in der Regel den wirtschaftlichen Erfolg und nur ausnahmsweise eine konkrete Rechtsform.<sup>417</sup> Becker hingegen erachtete die Auslegung in genau umgekehrter Weise als zutreffend. Das Gesetz habe grundsätzlich weder die Absicht noch den Zweck, wirtschaftliche Erfolge zu verhindern oder herbeizuführen. Es werden grundsätzlich nur „einzelne Schädlinge“ abgeschnitten, also einzelne, bestimmte Rechtsformen der Vertragsgestaltung für unwirksam erklärt. Nur ausnahmsweise wolle das Gesetz auch einmal den wirtschaftlichen Erfolg selbst verhindern. Dies sei, wenn zugegebenermaßen die Motive anders verstanden werden könnten, für §§ 14, 15 EinfG KO nicht der Fall.<sup>418</sup>

Interessanterweise führte Becker vor allem die Haltung der Gerichte für seine Ansicht an. Es sein kein Zufall gewesen, dass diese sich in „erdrückender Mehrzahl“ für die Gültigkeit der Sicherungsübereignung aussprachen, und nur „reine Theoretiker“ deren Wirksamkeit verneinten. Schließlich lasse sich der wirtschaftliche Erfolg auf verschiedensten Wegen erreichen. Die Richter könnten aber nicht alle Umgehungen verhindern und falls es doch möglich wäre, würden sie aus Furcht vor den negativen Konsequenzen für die Privatwirtschaft davor zurückschrecken. Zwischen den Zeilen schwingt hier die Grundhaltung der wirtschaftlichen Notwendigkeit mit, dem Rechtsverkehr eine Art besitzloses Pfandrecht zu belassen. In den gedruckten Begründungen des Reichsgerichts findet sich dieser Aspekt so allerdings nicht wieder, obwohl er den Richtern spätestens nach den deutlichen Hinweisen in

---

<sup>414</sup> *Buetow*, die Sicherungsübereignungen, S. 15.

<sup>415</sup> *Becker*, Sicherung des Gläubigers durch const. poss., S. 14 ff.

<sup>416</sup> *Kohler*, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (144).

<sup>417</sup> *Kohler*, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (144).

<sup>418</sup> *Becker*, Sicherung des Gläubigers durch const. poss., S. 15 f.

der Literatur,<sup>419</sup> bekannt gewesen sein musste. Vielmehr berief man sich dort auf die gelebte Rechtspraxis und frühere Anerkennung durch die Rechtsprechung.

Wie Becker, ging schließlich auch der spätere Richter am Reichsgericht Dr. Hugo Salinger<sup>420</sup> davon aus, dass ein Gesetz grundsätzlich nicht beabsichtige einen wirtschaftlichen Erfolg zu verhindern oder herbeizuführen. Für §§ 14, 15 EinfG KO sei von dieser Regel keine Ausnahme zu machen. Es sei zwar richtig, dass die Motive der Konkursordnung und deren Einführungsgesetz auf die Beseitigung eines besitzlosen Vertragspfandrechts zielten, wenn sie im Konkurs ausschließlich einem Faustpfandrecht das Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährten. Doch sei dies nur Motiv geblieben. Das Verbot des wirtschaftlichen Erfolgs sei selbst nicht zum Gesetz erhoben worden und deswegen die §§ 14, 15 EinfG KO keine Verbotsgesetze. An Salingers Ansicht mag irritieren, dass er bei seiner Auslegung den in den Motiven verfolgten Zweck des Gesetzgebers ignorierte. Doch stellte sich zugleich die Frage, warum der Gesetzgeber der Reichskonkursordnung ihn nicht ausdrücklich und eindeutig, z.B. in Form eines mit § 19 des Braunschweigischen Gesetzes vom 8. März 1878 vergleichbaren Verbots, klar geregelt hatte. Dazu gleich mehr.

#### **b) § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung sei ein Verbotsgesetz**

Auf der Gegenseite vertraten insbesondere Kohler, Hellwig und Bähr, später auch Buetow<sup>421</sup> herrschend die Ansicht, dass § 14 EinfG KO als Verbotsgesetz zu interpretieren und die Sicherungsübereignung daher unwirksam sei. Zum selben Ergebnis kam die herrschende Lehre<sup>422</sup> auch in Bezug auf § 15 EinfG KO<sup>423</sup>. Demzufolge seien alle Rechtsgeschäfte, die einer Forderungsverpfändung ähnlich sind, ohne aber gleichzeitig die vom Gesetz vorliegenden Voraussetzungen zu erfüllen, als in *fraudem legis* geschlossenes Geschäft für nichtig zu erklären. Wie die Sicherungsübereignung mithilfe eines *constitutum possessorium*, sei ebenso

---

<sup>419</sup> So insb. durch Leonhards Ausführungen, der sehr eindringlich auf die wirtschaftliche Notwendigkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte für den Kreditverkehr abstellte; *Leonhard*, Gruchots 25 (1881), 177).

<sup>420</sup> *Salinger*, 31. DJT, Bd. 1, S. 409–501 (409 ff., 427 ff.).

<sup>421</sup> *Buetow*, die Sicherungsübereignungen, S. 14 ff.

<sup>422</sup> *Hellwig*, AcP 64 (1881), 369 (390 ff.); *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 35; vgl. *Barthelmes*, Das Handeln in fraudem legis, Göttingen 1889, S.45.

<sup>423</sup> Ausdrücklich *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 35.

die Sicherungszession ohne Anzeige der Verpfändung oder Übergabe der Schuldurkunde als nichtig anzusehen.<sup>424</sup>

Lohnend ist ein genauerer Blick auf Buetows<sup>425</sup> ausführliche Auseinandersetzung mit § 14 EinfG KO und § 40 KO a.F., sowie seiner Analyse der Motive zur Reichskonkursordnung. Ausgangspunkt für Buetows Betrachtung bildet dabei die sich aus den niedergeschriebenen Motiven ergebende *ratio legis*.<sup>426</sup> Laut Buetow wollte man mit dem Gesetz primär das Publizitätsprinzip für den Regelungsbereich des Konkursrechts umsetzen, indem man die Notwendigkeit der tatsächlichen Übergabe der Sache für die Entstehung eines absonderungsberechtigten Pfandrechts vorschrieb. Er fragte sich in rhetorisch Weise, weshalb das Gesetz das Verbot eines bestimmten Geschäfts aber nicht positiv formulieren dürfte, also indem es an die Gewährung der günstigen Rechtsfolge des Absonderungsrechts bestimmte Erfordernisse knüpfte. Da der Gesetzgeber ein besitzloses Pfandrecht zweifellos missbilligt habe, handelte es sich um ein Verbotsgesetz, wenn es auch das Wort „verbieten“ nicht ausdrücklich enthielt.<sup>427</sup> Vor allem dürfe man, nach Buetow, eine verbietende Ausdrucksform nicht ausdrücklich verlangen. Der Gesetzgeber könne beim Erlass eines Verbotsgesetzes nicht alle denkbaren Umgehungen erkennen. Er verhindere daher nur das am meisten verwendete Rechtsgeschäft und gebe auf diese Weise den Zweck des Verbots an.<sup>428</sup> Folglich habe er sich nur gegen die Bestellung eines besitzlosen Pfandrechts gewandt, sondern wollte auch andere Formen der Umgehung, wie insbesondere die Sicherungsübereignung, verbieten.

### **c) Lassen sich in den Motiven des Gesetzgebers Antworten zur Frage des Verbotsgesetz finden?**

Letztlich drehte sich in der Rechtswissenschaft der Streit um die Frage nach der richtigen Auslegung des Gesetzes. Hierzu findet man in den Motiven des Gesetzgebers über die Begründung des Entwurfs zur Konkursordnung von 1877 zu §§ 40 KO a.F. bzw. 14, 15 EinfG KO weitere, wenn auch nicht eindeutige Antworten. Für die entscheidende Frage, ob die §§ 14, 15 EinfG KO im Ergebnis als Verbotsgesetz auszulegen sind, lassen sich dort sowohl Gründe dafür als auch dagegen finden:

---

<sup>424</sup> Ausdrücklich *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 35.

<sup>425</sup> *Buetow*, die Sicherungsübereignungen, S. 14 ff.

<sup>426</sup> *Hahn*, Motive IV S. 198.

<sup>427</sup> *Buetow*, die Sicherungsübereignungen, S. 17.

<sup>428</sup> *Buetow*, die Sicherungsübereignungen, S. 22.

*Dafür* spricht die gleich zu Beginn der Erläuterungen von § 40 KO a.F. niedergeschriebene, grundsätzliche Wertung dieser Vorschrift bzw. der §§ 14, 15 EinfG KO: Für den Konkurs hätten die Pfandrechte an beweglichen Sachen eine „völlig andere Bedeutung“ als Pfandrechte an unbeweglichen Sachen. Sie verlangten daher eine andere Behandlung als die Immobilien.

Dies wird treffend damit begründet, dass eine bewegliche Sache, anders als ein Grundstück, typischerweise nicht als Kreditsicherheit diene. Sie könne beispielsweise nicht durch eine Hypothek oder Grundschuld belastet werden. Im Gegensatz zum ortsfesten Grundstück, sei die bewegliche Sache dazu bestimmt, dass sie im Rechtsverkehr häufig den Eigentümer wechsele, d.h. verkehrsfähiger sei. Außerdem sei die Eigentümerstellung nicht für jedermann ersichtlich. Denn ein mit dem Grundbuch vergleichbares Register existiere für Mobilien nicht.<sup>429</sup> Die unterschiedliche Behandlung von Mobilien und Immobilien wollte man mit der Einführung des Faustpfandprinzips für bewegliche Sachen als Äquivalent zur Eintragung eines Grundpfandrechts im Grundbuch lösen. Dieser Absicht liefe es jedoch sichtlich zuwider, wenn man durch die Hintertür eine Hypothek an beweglichen Sachen mittels Sicherungsübereignung zuließe. Denn auch bei der Sicherungsübereignung wird, wie bei der zu unterbindenden Mobiliarhypothek, allein durch einen Vertragsschluss und ohne sichtbare Besitzübertragung ein Sicherungsrecht begründet.

*Gegen* die Auslegung als Verbotsgesetz spricht jedoch zum einen das sich aus den Motiven der Reichskonkursordnung ergebende, grundsätzliche Verhältnis des materiellen Zivilrechts zum Konkursrecht. Letzteres solle nicht „positiv“ die Voraussetzungen für ein Faustpfandrecht, sondern nur „negativ“ bestimmen, wann dem Gläubiger für ein nach dem jeweiligen (partikularstaatlichen) Zivilrecht wirksam vereinbartes Faustpfandrecht, auch ein Absonderungsrecht im Konkursfall zustehe.<sup>430</sup> Der Gesetzgeber betonte daher mehrmals, gerade nicht die zivilrechtlichen Anforderungen an das Pfandrecht positiv regeln zu wollen. Folglich beabsichtigte er mit den Vorschriften nach § 40 KO a.F. bzw. §§ 14, 15 EinfG KO ebenso wenig, die nach dem wirtschaftlichen Zweck verwandten fiduziarischen Sicherungsgeschäfte für das Zivilrecht generell zu verbieten. Man wollte demnach kein für das Zivilrecht geltendes Verbot, sondern allenfalls die Anerkennung des konkursrechtlichen Privilegs des Absonderungsrechts versagen.

---

<sup>429</sup> Vgl. Hahn, Motive IV, S. 195.

<sup>430</sup> Motive IV, S. 628.

Zum anderen spricht gegen eine Auslegung als Verbotsgesetz insbesondere die Stellungnahme des Regierungsrats Hagens. Er wies die Sorge des Reichstagsabgeordneten Hullmann zurück, dass § 40 KO a.F. und §§ 14, 15 EinfG KO umgangen würden, indem der Gemeinschuldner eine Verpfändung in Form des Sicherungskaufs kleide. Hagens begründete dies damit, dass die meisten Landesgesetze dies nur mit beschränkter Wirksamkeit zuließen und insbesondere die Sicherungskäufe „immer eine Seltenheit“ seien, sowie „nur einzelne Sachen“ betreffen.<sup>431</sup> Obgleich aus heutiger Perspektive zu erkennen ist, dass er die Gefahr der Umgehung durch die fiduziarischen Rechtsgeschäfte und deren Ausmaß falsch einschätzte, so wollte Hagens bewusst weder eine verbietende Bestimmung aufnehmen, noch eine dahingehende Auslegung der §§ 14, 15 EinfG KO.<sup>432</sup>

Unter Berücksichtigung der Gesetzesmotive erscheint daher jene Auslegung *vorzugswürdig*, die §§ 14, 15 EinfG KO nicht als generelles zivilrechtliches Verbot der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte betrachtet. Zu deutlich äußerte der Gesetzgeber den Willen, lediglich für das Konkursverfahren/Konkursrecht, und nur aufbauend auf einem nach den deutschen Pfandgesetzen wirksam vereinbarten Pfandrecht, Regelungen zu einer privilegierten Befriedigung treffen zu wollen. Umgekehrt sollten jedoch die partikularstaatlichen Pfandgesetze unangetastet bleiben.<sup>433</sup> Ob allerdings den fiduziarischen Geschäften jedoch das Privileg eines Absonderungs- oder sogar Aussonderungsrechts zu Teil werden sollte, ist damit noch nicht beantwortet. Das wird später im Abschnitt D. des II. Kapitels erörtert.

### **3. Verstoß gegen das Verbot der *lex commissoria***

In der Rechtswissenschaft prüfte man im Zusammenhang mit der Umgehungsthematik des Öfteren noch eine weitere These: Verstieß die Vereinbarung eines fiduziarischen Rechtsgeschäfts möglicherweise gegen das aus dem römischen Recht entstammende Verbot der *lex commissoria* (Verfallsklausel) und war infolgedessen unwirksam?<sup>434</sup> Das Reichsgericht

---

<sup>431</sup> Vgl. Motive IV, S. 548.

<sup>432</sup> Siehe die vertieften Ausführungen zur Diskussion von Hullmanns und Hagens S. 123 ff.

<sup>433</sup> Dies wird mehrmals und ausdrücklich in den Motiven betont. Vgl. insb. Motive IV, S. 192 sowie S. 198 und auf die Nachfrage in der ersten Lesung S. 548 folgte: Man wollte nicht „positiv die Erfordernisse des Pfandrechts festsetzen“, sondern andersrum, ausgehend von einem nach dem Zivilrecht gültigen Pfandrecht lediglich ggfs. auch ergänzend Mindestanforderungen in §§ 14, 15 EinfG KO für die konkursrechtliche Privilegierung als Absonderungsrecht feststellen.

<sup>434</sup> Fiduziarische Rechtsgeschäfte wegen Verstoß gegen das Verbot der *lex commissoria* unwirksam: *Kohler*, *Jherings Jahrbücher* 16 (1878), 91 (91 ff.); *Hellwig*, *AcP* 64 (1881), 369 (380); *Leist*, *Die Sicherung von*

beschäftigt sich in seinen Urteilsbegründungen eigentlich nicht mit dieser Thematik.<sup>435</sup> Es stellte jedoch in einem anderen Zusammenhang fest, dass grundsätzlich das Verbot der *lex commissoria* nun auch für das moderne deutsche Recht gelte.<sup>436</sup> Die Überprüfung der vorgenannten Überlegung erscheint daher nachvollziehbar und rundet die zuvor erörterte Diskussion um den Einwand der Gesetzesumgehung ab. Da auch in der Rechtswissenschaft die Bedeutung der Thematik überschaubar war, wollen wir uns auf die wesentlichen Gedanken hierzu konzentrieren.

### a) Das Verbot der Vertragsklausel *lex commissoria*

Kaiser Konstantin erließ 320 n. Chr. das Verbot der *lex commissoria*,<sup>437</sup> um Wuchergeschäfte zu unterbinden. Der typische Sachverhalt war folgender: Regelmäßig übergab der Schuldner dem Gläubiger zur Sicherung seiner Schuld einen Gegenstand, dessen Wert weit höher als die gesicherte Forderung war. Dies tat er in der festen Erwartung, bei Fälligkeit seine Sache wieder auslösen zu können. Allerdings kam der Schuldner in aller Regel in die missliche Lage, die Schuld nicht rechtzeitig begleichen zu können und verlor das Sicherungsgut an den Gläubiger. Letzteres war durch die sogenannte Verfallsklausel bzw. *lex commissoria* zuvor vereinbart worden. Um dem Schuldner bei den eben beschriebenen Sicherungsgeschäften vor Wucher zu bewahren, verbot man die *lex commissoria*.<sup>438</sup> Das Verbot wurde später von Justinian in dessen *Codex Justinianus* aufgenommen<sup>439</sup> und gelangte über die italienischen Rechtsschulen in das gemeine Recht,<sup>440</sup> sowie in einige deutsche Gesetzeskodifikationen<sup>441</sup> und wurde schließlich

---

Forderungen, 1889, S. 75 ff.; *Buetow*, die Sicherungsübereignungen, 1894, S. 14 ff.; *Linckelmann*, AcP 7 (1893), 209 (221); a.A. *Brill*, Das Verbot der *lex commissoria*, 1896.

<sup>435</sup> Zwar erwähnte das RG im Urteil vom 4.7.1913 – VII. 181/13, RGZ 83, 50 (53) für den Sicherungsvertrag einer S.Ü. zumindest die Verfallsklausel als eine mögliche Regelung für den Fall, dass der Schuldner seine Forderung nicht begleiche. Jedoch äußerte sich das Gericht nicht dazu, ob sie verboten sei oder nicht.

<sup>436</sup> RG, Urteil vom 5.10.1880 – IVa. 195/80, RGZ, 2, 333; RG, Urteil vom 2.4.1881 – I. 595/81, RGZ 4, 51. In diesen Entscheidungen bestätigten – nach vorangegangener Diskussion – der I. Hilfssenat und der I. Senat, dass die *lex commissoria* nicht durch das Bundesgesetz betreffend die vertragsmäßigen Zinsen vom 14.11.1867 beseitigt wurde, sondern noch Gültigkeit besitze.

<sup>437</sup> I. 3. C. D. de pactis pignorum 8, 34. Constantinus ad populum: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in poeterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet, creditores enim re amissa jubemus recuperare, puod dederunt. Abgedruckt bei *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, § 280 S. 689 Fn. 10.

<sup>438</sup> *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, § 280 S. 689 f.

<sup>439</sup> *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 14.

<sup>440</sup> *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 14.

<sup>441</sup> Vgl. *Warnkönig*, AcP 25 (1842), 420 ff., der diese Gesetze zitiert: Preuß. A.L.R. I. 20, § 33, Bayr. Landrecht II, 6 § 18, Code civil arg. Art. 2078, Sächs. BGB § 383; Pfandgesetze für Württemberg Art. 257, für Hessen Art. 188, für Weimar § 106.

auch vom Reichsgericht für das moderne Recht als weiterhin gültig erachtet.<sup>442</sup> Dabei handelte es sich trotz Verwendung des Begriffs „*infirmari*“ (ungültig) unbestritten um ein Verbotsgesetz.<sup>443</sup>

Im modernen deutschen Recht hatte die verbotene *lex commissoria* nach Dernburg<sup>444</sup> folgenden Inhalt: Wenn die offene Schuld fällig und nicht bezahlt wurde, so hatte der Pfandgläubiger ein Wahlrecht, „entweder die Pfandsache statt der Forderung für sich in Anspruch zu nehmen oder die versicherte Forderung beizutreiben und von der *lex commissoria* abzusehen.“ Entschied er sich für die Pfandsache, so durfte er zusätzlich die bereits an ihn auf die Schuld geleisteten Beträge behalten.<sup>445</sup> Dieses strafende Element, sowie auch das Wahlrecht des Pfandgläubigers waren charakteristisch für die *lex commissoria*.<sup>446</sup>

### **b) Verstießen die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte gegen das Verbot der *lex commissoria*?**

Vor allem unter dem Kreis der *Befürworter* einer Gesetzesumgehung durch die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte, sprachen sich auch einige Autoren für einen Verstoß dieser gegen das Verbot der *lex commissoria* aus. Dies waren Kohler,<sup>447</sup> Hellwig,<sup>448</sup> sowie ferner Leist,<sup>449</sup> Buetow<sup>450</sup> und Linckelmann.<sup>451</sup> Sie prüften nun für die beiden Varianten einer Sicherungsübereignung (schuldrechtlicher Rückübertragungsanspruch oder aufschiebend/auflösend bedingter Rückfall des Eigentums), ob diese mit dem der pfandrechtlichen Verfallsklausel übereinstimmten und daher verboten sein müssten. In diesem Zusammenhang weist Engel ausdrücklich darauf hin, dass das nachfolgend erörterte auch für die Sicherungszession (mit schuldrechtlichem Rückübertragungsanspruch) gelte.<sup>452</sup>

---

<sup>442</sup> RG, Urteil vom 5.10.1880 – IVa. 195/80, RGZ 2, 333; RG, Urteil vom 2.4.1881 – I. 595/81, RGZ 4, 51.

<sup>443</sup> Nach dem Sinn des Wortes „*infirmari*“ soll die Klausel unwirksam sein, vgl. Buetow, die Sicherungsübereignungen, 1894, S. 17.

<sup>444</sup> Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, § 280 S. 690.

<sup>445</sup> Brill, das Verbot der *lex commissoria*, 1896, S. 43.

<sup>446</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (221).

<sup>447</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 91 (91 ff.).

<sup>448</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (380).

<sup>449</sup> Leist, Die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 69 ff., insb. S. 75.

<sup>450</sup> Buetow, die Sicherungsübereignungen, 1894, S. 8 ff., insb. S. 11.

<sup>451</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (221).

<sup>452</sup> Engel, S.Ü. und S.Z., S. 31; Denn bei ihr sowie auch bei den bedingten Forderungsübertragungen zur Sicherung fehlt es aus den gleichen Gründen wie bei der Sicherungsübereignung an einer Vergleichbarkeit mit der Verfallsklausel *lex commissoria*.

Die erste Variante der Sicherungsübereignung mit einem schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruch sei nicht mit der Verfallsklausel vergleichbar. Denn dort sei der Gläubiger bei Fälligkeit der Schuld nicht einmal berechtigt gewesen, die Sache unter Anrechnung auf die Schuld zu behalten und konnte sich bestenfalls durch einen Selbsthilfeverkauf daraus befriedigen.<sup>453</sup> In der Kreditpraxis jener Zeit vereinbarte man bereits fast ausschließlich die genannte schuldrechtliche Variante.<sup>454</sup> Da hierfür das Verbot der *lex commissoria* aber keine Anwendung finden sollte, spielte dieser Streitstand auch in der Literatur nur eine Nebenrolle. Das Reichsgericht beschäftigte sich nicht mit dieser Fragestellung. Vermutlich hatte es mangels streitbefangener bedingter Sicherungsgeschäfte auch keine Möglichkeit sich in einer Entscheidung dazu zu äußern.

War außerdem vereinbart den Übererlös aus der Veräußerung der sicherungshalber übertragenen Gegenstände bzw. Forderungen an den Schuldner herauszugeben, so räumten manche Befürworter ausdrücklich ein, dass die *lex commissoria* keine Verbotswirkung entfalte.<sup>455</sup> Denn mit dieser Zusatzvereinbarung laufe Schuldner gar nicht erst Gefahr, bei einer nicht rechtzeitigen Befriedigung seiner Schuld sein wesentlich wertvolleres Pfand zu verlieren. Folglich würde das Verbot der *lex commissoria* nicht greifen und stünde der Wirksamkeit der fiduziarischen Geschäfte nicht im Weg. Aber selbst im Fall des Fehlens der vorgenannten Klausel zur Herausgabe des Mehrerlöses an den Schuldner, sowie wenn vereinbart wurde, dass nach Ablauf der Frist keine Rückübertragung mehr verlangt werden konnte, sei als Rechtsfolge nur diese Klauseln selbst, nicht aber das Sicherungsgeschäft als Ganzes unwirksam.<sup>456</sup> Denn es handelte sich um eine von den dinglichen Rechtsübertragungen selbstständige, schuldrechtliche Vereinbarung, die isoliert für unwirksam erklärt werden könne.

Schließlich sollte das Verbot ebenso wenig greifen, wenn bei Zahlungsverzug die Sache nicht an Zahlungsstatt endgültig an den Gläubiger verfallen sollte, sondern es dem Schuldner vertraglich erlaubt war, auch noch nach Eintritt der Bedingung seine offene Schuld zu begleichen und so seine Sache zurückzuerhalten.<sup>457</sup> Der Schuldner hatte auch dann keinen

---

<sup>453</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (220), Buetow, die Sicherungsübereignungen, 1894, S. 11; Engel, S.Ü. und S.Z., S. 30.

<sup>454</sup> Dies ergibt sich aus dem Studium der Entscheidungen des RG zur S.Ü. und S.Z.

<sup>455</sup> So ausdrücklich, Leist, Die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 71; Buetow, die Sicherungsübereignungen, 1894, S. 12.

<sup>456</sup> Leist, Die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 72; Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (221); Caspari, Sicherungsübereignung, S. 32.

<sup>457</sup> Leist, Die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 72; Engel, S.Ü. und S.Z., S. 30.

Nachteil. Weder verlor er seine in der Regel wertvollere Sache noch seine bereits auf die Schuld bezahlten Tilgungssummen.

Dagegen war die *lex commissoria* als Verbotsgesetz nach Linckelmann und Leist dann relevant, wenn es sich um eine dinglich vereinbarte (aufschiebend oder auflösend bedingte) Sicherungsübereignung handelte.<sup>458</sup> Denn der entscheidende Teil der pfandrechtlichen *lex commissoria* sei, dass bei Nichtzahlung der Schuld, das Eigentum auf den Gläubiger übergehe. Diese bedingte Übereignung der Pfandsache an den Gläubiger sei allerdings durch die bedingte Sicherungsübereignung nachgeahmt. Folglich unterliege sie auch dem Verbot der *lex commissoria*. Es mache jedoch dabei keinen Unterschied, ob es sich um eine aufschiebend oder auflösend bedingte Sicherungsübereignung handele. Denn während erstere die pfandrechtliche *lex commissoria* genau kopiere, füge letztere in der sofortigen Eigentumsübertragung lediglich einen fremden Bestandteil hinzu, der allerdings den Charakter des Gesetzes als solches unverändert lasse.<sup>459</sup>

Auch Buetow<sup>460</sup> schloss sich der Ansicht von Linckelmann und Leist an. So greife das Verbot der *lex commissoria* nur bei einer bedingten Sicherungsübereignung. Er präziserte den Anwendungsbereich allerdings auf die aufschiebend bedingte Sicherungsübereignung. Denn im Falle des Zahlungsverzugs des Schuldners, falle dort das Eigentum an Zahlungsstatt an den Gläubiger. Genau darin liege auch das Wesen der *lex commissoria*. Der Gläubiger nämlich wird nicht durch den Verkauf der Sache, sondern durch sie selbst an Zahlungsstatt befriedigt. Für die schuldrechtliche Variante der Sicherungsübereignung sowie die auflösend bedingte Sicherungsübereignung finde das Verbot demnach grundsätzlich keine Anwendung. Anderes gilt nur, wenn man ausnahmsweise die Rückübertragung der Sache an eine Frist gebunden hatte, nach deren Ablauf das Eigentum definitiv beim Gläubiger verbleibe.<sup>461</sup>

Im Ergebnis konnte selbst nach den Befürwortern, die Sicherungsübereignung und Sicherungszession das Verbot der *lex commissoria* nur verstoßen, wenn sie als bedingte Sicherungsübertragungen vereinbart waren. Soweit aus den Urteilen der Obergerichte

---

<sup>458</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (221); Leist, Die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 70, 75.

<sup>459</sup> Leist, Die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 71 f.

<sup>460</sup> Buetow, die Sicherungsübereignungen, 1894, S. 8 ff.

<sup>461</sup> Buetow, die Sicherungsübereignungen, 1894, S. 8 ff., insb. S. 11; Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 7. Auflage 1863, § 383 S. 867 Anm. geht bei der *lex commissoria* von einer Nebenabrede aus, wonach die Sache an den Gläubiger verfallen soll, wenn er vom Schuldner „nicht innerhalb einer bestimmten Zeit befriedigt worden sei.“

ersichtlich, scheinen sie in der derzeitigen Rechtspraxis aber nur sehr selten vereinbart worden zu sein. Ein Grund mag sein, dass die nur schuldrechtliche Rückübertragungspflicht für den Gläubigern sicherer und flexibler war als der zwingende Rückfall des Sicherungsguts bei Bedingungseintritt. Daher blieb die vorstehende Diskussion für das Reichsgericht und seine Rechtsprechung eigentlich ohne Bedeutung.

## II. Der Einwand der Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung beschäftigte sich mit dem Einwand der Gesetzesumgehung. Allerdings fällt auf, dass man in einigen Entscheidungen die Umgehungsthematik wörtlich ansprach, aber nur in einer Handvoll Urteilen sich mit diesem Einwand genauer auseinandersetzte.<sup>462</sup> Die einschlägigen Urteile betreffen thematisch die Umgehung von partikularstaatlichen Pfandgesetzen sowie von konkursrechtlichen Vorschriften. Zur Frage nach der Umgehung der *lex commissoria* ist kein Urteil ergangen. Den inhaltlichen Schwerpunkt legten die Gerichte in den beiden letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts hingegen überwiegend auf den Einwand der Simulation. Mitverantwortlich dafür waren möglicherweise auch die dogmatischen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen den Begriffen Simulation, Gesetzesumgehung (*agere in fraudem legis*) und fiduziarischen Rechtsgeschäft. Nur selten gelang den Zivilsenaten des Reichsgerichts eine klare dogmatische Einordnung der Gesetzesumgehung, wie dem I. Senat am 2.6.1890.<sup>463</sup> Außerdem fand die Auffassung von Kohler, Hellwig und Bährs über die aus der Gesetzesumgehung resultierenden Nichtigkeit der fiduziarischen Geschäfte selten Beachtung<sup>464</sup> und blieb daher für die Rechtsprechung ohne merklichen Einfluss.<sup>465</sup> Schließlich sind die Urteilsbegründungen zur

---

<sup>462</sup> Überblick über die Rechtsprechung:

1. Die Gesetzesumgehung bejahend bzw. die Wirksamkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte verneinend: OLG Kiel, Urteil vom 10.11.1884, SeuffA 40 (1885), 287 Nr. 90; RG, Urteil vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99; RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 100; wobei die Entscheidungen des RG zwar die Gesetzesumgehung wörtlich anführten, die Unwirksamkeit aber letztlich auf die Simulation stützten;

2. Die Gesetzesumgehung verneinend bzw. die Wirksamkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte bejahend: RG, Urteile: vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200 (Grundsatzurteil zur Zul. der S.Ü.); vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399; vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180; vom 7.4.1894 – V. 339/93, JW 1894, 287 Nr. 28; vom 28.10.1899 – I. 242/99, RGZ 44, 103 (112); für das BGB: RG, Urteile vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485; vom 8.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 146 (148).

<sup>463</sup> RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180, vgl. die Ausführungen weiter unten.

<sup>464</sup> Nur auf deren Ansicht verweisend der I. Senat im Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200, jedoch sich ausführlich mit der Meinung auseinandersetzend der VI. Senat, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180.

<sup>465</sup> So auch *Caemmerer*, Sicherungsübereignung, S. 86.

Gesetzesumgehung sowie zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften allgemein gesprochen, meist von einer rein dogmatischen Argumentation geprägt. Dies verwundert, denn die neuen Kreditsicherheiten waren in Zeiten allgemein steigenden Kreditbedarfs<sup>466</sup> vor allem für die Kreditpraxis interessanter geworden. Erst als um die Wirksamkeit der Vorauszession ging, findet man schließlich in zwei Entscheidungen einen rechtpraktischen Gesichtspunkt, das Argument des „Verkehrsbedürfnisses“.<sup>467</sup> Dennoch scheint es als hätte das Reichsgericht auch zuvor ihre praktische Bedeutung nicht außer Acht gelassen. Als Beleg hierfür dient die Tatsache, dass sie die Sicherungszession und Sicherungsübereignung seit 1880 durchweg für grundsätzlich wirksam hielten und dem Kreditverkehr diese Institute zur Verfügung stellten. An späterer Stelle werden wir uns mit diesem Gedanken noch ausführlich beschäftigen.

## **1. Wesentliche Entscheidungen für die Annahme der Gesetzesumgehung und gegen die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte**

Im Wesentlichen lassen sich vier Entscheidungen anführen, die die Sicherungsübereignung wegen der Umgehung eines Gesetzes für unwirksam erklärten. Diese sollen nun im Bezug ihrer Argumentation zur Gesetzesumgehung untersucht werden. Im Anschluss daran werden die Gegenargumente der wichtigsten Entscheidungen in den Blick genommen. Die nachfolgenden Erwägungen gelten dabei gleichermaßen für die Sicherungszession. Denn für den hier betrachteten Wirksamkeitseinwand der Umgehung besteht zwischen einer Umgehung der Forderungspfandvorschriften durch die Sicherungszession Gleichlauf mit der Umgehung der Faustpfandvorschriften durch die Sicherungsübereignung.<sup>468</sup> Auch die Gerichte vertraten offenbar diese Ansicht. Sie machten in dieser *ersten Phase* der Rechtsprechung hierfür keinen dogmatischen Unterschied zwischen den beiden fiduziarischen Sicherungsgeschäften.<sup>469</sup>

### **a) Drei kritische Entscheidungen des III. Zivilsenats aus dem Jahr 1880**

Der III. Zivilsenat sprach sich im Jahr 1880 in drei Fällen zum preußischen Recht gegen die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung aus. Dies geschah unmittelbar bevor der I. Senat im

---

<sup>466</sup> Kleene, Orientierung, S. 115.

<sup>467</sup> In knapper Darstellung argumentierte man mit dem „Verkehrsbedürfnis“ im Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335) und im Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576.

<sup>468</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Prüfung der Vergleichbarkeit, vorstehend S. 76 f.

<sup>469</sup> Wie dies z.B. die bereits oben behandelten beiden Urteile des I. Senats aus dem Jahr 1880 zeigen. Das Gericht hielt die S.Z. mit gleicher Begründung wie schon die S.Ü. für wirksam.

Oktober in seine beiden Grundsatzentscheidungen die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession erstmals für wirksam erklärte. Im Urteil vom 9.1.1880<sup>470</sup> hielt der III. Senat einen Sicherungskauf wegen der Umgehung des § 12 des preußischen Gesetzes über das Grundbuchwesen<sup>471</sup> für unwirksam. Denn „der Vertrag [...] lässt erkennen, dass der darin ausgesprochene Wille, Eigentum zu übertragen, nur als äußere Form benutzt ist zur Umgehung des Gesetzes [...] und in Wirklichkeit sich eine Eigentumsübertragung nicht vollzogen hat. Ein solcher Vertrag kann schon wegen des ihn treffenden Vorwurfs der Umgehung eines gesetzlichen Verbotes (§ 12) auf Rechtsgültigkeit keinen Anspruch machen.“

Neben der Gesetzesumgehung schwingt hier auch der Einwand eines simulierten Geschäfts mit, der in der weiteren Begründung noch klarer hervorgeht. So könne das „jener Willenserklärung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft bei der fehlenden Feststellung eines Kaufpreises als rechtsverbindlich nicht angesehen werden.“ Der III. Senat folgerte, für die damalige Zeit typisch, aus der fehlenden Kaufpreisvereinbarung die mangelnde Ernstlichkeit des Geschäfts. Diese Schlussfolgerung zeigt dabei sehr deutlich seine dogmatische Unsicherheit bei der Abgrenzung zwischen dem Einwand der Simulation und dem der Gesetzesumgehung.<sup>472</sup>

Zur selben Frage der Gesetzesumgehung entschied der III. Zivilsenat am 7.5.1880<sup>473</sup> ein zweites Mal und erneut mit derselben dogmatischen Schwäche, die in folgendem Satz besonders sichtbar wird: „[So ist] dieser Vertrag ohne Zweifel ein simulierte Kaufkontrakt, nur dem Namen nach als solcher bezeichnet, in Wirklichkeit aber dazu bestimmt, eine in § 12 des preußischen Gesetzes (vom 29.5.1873) verbotene Verpfändung von Mobilien zu verschleiern.“ Weder das abgeschlossene noch das beabsichtigte Geschäft seien dann wirksam.

Und schließlich machte der III. Senat am 27.9.1880<sup>474</sup> trotz einem vielversprechenden Beginn seiner Ausführungen, ein drittes Mal denselben gedanklichen Fehler. Nach seiner Urteilsbegründung trage der vorgelegte Vertrag „unverkennbar den Charakter einer verschleierte Verpfändung“, womit er die Thematik der Gesetzesumgehung aufgriff. Jedoch

---

<sup>470</sup> RG, Urteil vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99.

<sup>471</sup> § 12 des preußischen Gesetzes vom 29.5.1873 über das Grundbuchwesen im Bezirk des Appellationsgericht zu Kassel besagt: „die Bestellung einer Hypothek am ganzen Vermögen, sowie die Bestellung einer Hypothek an einer beweglichen Sache, einschließlich der Forderungen, ist fortan unzulässig.“

<sup>472</sup> Vgl. auch *Caemmerer*, Sicherungsübereignung, S. 92.

<sup>473</sup> RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8.

<sup>474</sup> RG, Urteil vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173.

fehlte es dann an einer konsequenten Weiterentwicklung dieses Gedankens. Trotz der zuvor entschiedenen grundsätzlichen Anerkennung eines „wirklichen Kaufvertrags“ zu Sicherungszwecken, stellte das Gericht leider erneut auf die fehlende Absicht bezüglich der Eigentumsübertragung mangels Vereinbarung eines wahren Kaufpreises ab. Infolgedessen nahm im Ergebnis ein simuliertes Geschäft an.<sup>475</sup>

#### **b) Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Kiel vom 10.11.1884**

Aufschlussreicher für unsere Frage nach der Gesetzesumgehung ist eine etwas jüngere Entscheidung des OLG Kiel vom 10.11.1884.<sup>476</sup> Das Gericht sah zwar keinen Verstoß gegen den Wortlaut des Gesetzes,<sup>477</sup> aber gegen die Norm selbst, welche eine Mobiliarhypothek verbot. Denn das Verbot sollte die Nachteile vermeiden, die dem Rechtsverkehr aus einer für Dritte nicht erkennbaren, heimlichen Verpfändung durch bloßen Vertragsschluss erwachsen könnten, wie insbesondere, wenn der Schuldner trotz fehlender anderweitiger Kreditsicherheiten dennoch ein neues Darlehen erhielt. Außerdem stellte das Gericht neben dem Verbot der Mobiliarhypothek auch konsequent – wie dies Hellwig, Bähr und Leist auch vertraten – fest, dass eine Eigentumsübertragung mittels *constitutum possessorium* genauso wenig zulässig sei. „Denn ein solches Geschäft enthält in gleicher Weise einem Verstoß gegen den Gedanken des Gesetzes, welcher dahin geht, dass das dingliche Vorzugsrecht eines Gläubigers an beweglichen Sachen [...] für jedermann erkennbar sein muss.“ Zur Begründung verwies das OLG Kiel ausdrücklich auf die Ansicht Otto Bährs.<sup>478</sup> Insgesamt lässt sich aus den Urteilsgründen der Einfluss Hellwig, Kohler und Bährs Vorstellung von der Umgehung der Faustpfandgesetze sehr deutlich erkennen. Das Gericht stellte (wohl) auch deswegen primär auf den Zweck des Gesetzes ab, nämlich dem Publizitätsprinzip Geltung zu verschaffen.

Umso widersprüchlicher erscheint dann die spätere Entscheidung des OLG Kiel aus dem Jahr 1891<sup>479</sup>, in der es ohne Hinweis auf die frühere Entscheidung, noch ohne Nennung von Gründen, überraschend eine völlig gegensätzliche Ansicht vertrat. So könne zwar die Kreditschädlichkeit das gesetzgeberische Motiv für das Verbot der besitzlosen Mobiliarhypothek gewesen sein, doch folge daraus keineswegs, dass die Gesetzgeber auch andere Sicherungsgeschäfte für unwirksam erklären wollten. Dies dehne die Absicht des

---

<sup>475</sup> Vgl. Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 63 f.

<sup>476</sup> OLG Kiel, Urteil vom 10.11.1884, SeuffA 40 (1885), 287 Nr. 90.

<sup>477</sup> § 36 des Gesetzes vom 27. Mai 1873 betreffend das Grundbuchwesen in Schleswig-Holstein.

<sup>478</sup> Vgl. Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, S. 59 f.

<sup>479</sup> OLG Kiel Urteil von 1891, SeuffA 46 (1891), 4 Nr. 2.

Gesetzes über den Wortlaut hinaus aus. Zudem erklärte es nun auch eine Übereignung unter Verwendung eines *constitutum possessorium* für wirksam. Im Ergebnis sprach sich das Gericht sehr deutlich für die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung aus. Wahrscheinlich erkannte das OLG Kiel, dass sein früherer Standpunkt, insbesondere vor dem Hintergrund bereits ergangener, wichtiger Entscheidungen des I. und VI. Senats des Reichsgerichts für die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung<sup>480</sup>, so nun nicht mehr aufrechterhalten werden konnte.

## **2. Wesentliche Entscheidungen gegen die Annahme einer Gesetzesumgehung und für die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte**

### **a) Grundsatzentscheidung zur Sicherungsübereignung vom 10.1.1885**

Das Reichsgericht vertrat, dass die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession nicht als Gesetzesumgehung nichtig seien. Einen wesentlichen Beitrag zur Bildung dieser Ansicht, leistete erneut der I. Zivilsenat in seiner Grundsatzentscheidung vom 10.1.1885 zur Sicherungsübereignung.<sup>481</sup> Unter ausdrücklichem Verweis auf die Aufsätze Bährs und Hellwigs, bezog er für die Gegenposition Stellung: Der streitgegenständliche Sicherungskauf sei wirksam, da § 3 der mecklenburgischen Ausführungsverordnung zur Konkursordnung<sup>482</sup> nur für die Bestellung eines Pfandrechts die Gewahrsamsübertragung anordne, nicht hingegen für den Erwerb des Eigentums. Auch betreffe der sich auf das *constitutum possessorium* beziehende zweite Absatz des § 3, wonach das Pfandrecht auch nur bei erfolgter Gewahrsamsübertragung zur Absonderung gemäß § 40 KO berechtige, ebenfalls nur dieses (das Pfandrecht) und gelte nicht für die Sicherungsübereignung.

Denn nach dem Wortlaut enthalte § 3 der Ausführungsverordnung weder ein Verbot, das Eigentum durch *constitutum possessorium* zu übertragen, noch die „Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherstellung von Gläubigern“ zu verwenden.<sup>483</sup> Hier knüpft der I. Zivilsenat an dem Gedanken des OLG Rostocks an. Als Berufungsgerichts hatte sich dieses 1883<sup>484</sup> unter

---

<sup>480</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13,200 und vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180.

<sup>481</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200.

<sup>482</sup> Im § 3 der mecklenburgisch-schwerinschen Ausführungsverordnung zur Konkursordnung vom 26. Mai 1879 ist bestimmt, „daß an beweglichen Sachen, soweit nicht die Reichsgesetze etwas anderes festsetzen, ein Pfandrecht nur durch Bestellung eines Faustpfandes entsteht, und dass auf das Faustpfandrecht die Bestimmung des EinfG KO § 14 I Anwendung findet, nach welcher Faustpfandrechte im Sinne des § 40 KO an körperlichen Sachen nur bestehen, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat; nachfolg. als mecklenburgische Ausführungsverordnung bezeichnet.“ (abgedruckt: RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 (202 f.).

<sup>483</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 (204).

<sup>484</sup> OLG Rostock, Urteil vom 25.5.1883, SeuffA 41 (1886), 132 Nr. 85.

Heranziehung der Motive zur Konkursordnung erstmals mit der Frage befasst, ob die Sicherungsübereignung – unter Belassung des Besitzes beim Schuldner – den übrigen Gläubigern gegenüber als Umgehung von § 3 der mecklenburgischen Ausführungsverordnung und des § 14 EinfG KO anzusehen und daher unwirksam sei. Das OLG Rostock interpretierte die *ratio legis* nachvollziehbar: Das Gesetz wolle nicht, dass „ein Gläubiger den übrigen Gläubigern gegenüber das Recht erwerbe, Sachen, die im Besitz des Schuldners verbleiben und dem Anschein nach [dessen] verfügbares Vermögen bilden, zu seiner Befriedigung [...]“ dienen können. Dennoch folgerte das OLG aber aus diesem Gesetzeszweck, dass § 3 der mecklenburgischen Ausführungsverordnung und § 14 EinfG KO keinen Ungültigkeitsgrund für die Sicherungsübereignung enthielten.<sup>485</sup> Dies war allerdings kein zwingendes Ergebnis. Denn unter Annahme, dem Sicherungseigentümer ein Absonderungsrecht im Konkurs zu gewähren, bewirkte die Sicherungsübereignung rein wirtschaftlich betrachtet, dasselbe Ergebnis – ein für Dritte nicht erkennbares Privileg eines einzelnen Gläubigers.

Als zweites Argument gegen die Annahme einer Gesetzesumgehung betonte der I. Zivilsenat nun insbesondere den Willen des Gesetzgebers. Entgegen dem zentralen Argument von Hellwig und Bähr,<sup>486</sup> sei die Absicht des Gesetzgebers über den Wortlaut der Verordnung hinaus gerade nicht dahin zu verstehen, dass man eine Sicherungsübertragung wegen der Verabredung des *constitutum possessorium* einer Verpfändung gleichstellen und damit nach § 3 der Ausführungsverordnung verbieten wollte. Wäre dies beabsichtigt gewesen, so hätte man dies „ohne Zweifel in der Verordnung zum Ausdruck“ gebracht.<sup>487</sup> Wenn der I. Senat zwar festhielt, dass ein zur Umgehung eines gesetzlichen Verbots (*in fraudem legis*) abgeschlossene Rechtsgeschäft ebenso wie ein solches, das gegen ein gesetzliches Verbot (*contra legem*) verstößt, grundsätzlich nichtig sei, so erteilte er jedoch der Auslegung des Gesetzes nach dessen wirtschaftlichen Zweck<sup>488</sup> eine Absage. Hier schwingt im Übrigen auch die später von Linckelmann vertretene Ansicht mit, dass der Wille des Gesetzgebers ausdrücklich oder zumindest konkludent erkennbar sein müsse.

Schließlich argumentierte das Gericht drittens mit der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Sicherungsübereignung. Denn die Sicherungsübereignung sei nicht nur als übliche Rechtspraxis in Mecklenburg, sondern vor allem auch von der Rechtsprechung

---

<sup>485</sup> OLG Rostock, Urteil vom 25.5.1883, SeuffA 41 (1886), 132 Nr. 85 (134).

<sup>486</sup> Vgl. dazu II. Kapitel, Abschnitt C. Gesetzesumgehung, S. 66 ff.

<sup>487</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 (204).

<sup>488</sup> D.h. die S.Ü. rein wirtschaftlich als Äquivalent zum Pfandrecht zu sehen und sie ebenso zu behandeln.

anerkannt worden. Folglich sei die Absicherung des Sicherungskäufers keine Umgehung des vorbezeichneten § 3 der Ausübungsverordnung.

Mit Blick auf die Argumentation im Ganzen fällt auf, dass der III. Zivilsenat die für uns spannende Frage nach den Auswirkungen auf das Konkursrecht, ausdrücklich als nicht zur Diskussion stehend offenließ. Insbesondere wäre interessant gewesen, ob der Sicherungsnehmer das erworbene Sicherungsgut im Konkurs des Sicherungsgebers mittels Aussonderungsrecht herausverlangen kann. Als Grund für seine Zurückhaltung nannte das Gericht, dass es in der hier streitgegenständlichen Klage des Erwerbers als Sicherungsnehmer gegen den Veräußerer als Sicherungsgeber nur auf die Herausgabe der Sache ankäme. Dies ist sicherlich richtig, auch wenn eine umfassende Klärung der Problematik der Gesetzesumgehung, insbesondere auch mit ihren vollstreckungsrechtlichen Folgen, sehr wünschenswert gewesen wäre. Jedoch bezog derselbe I. Senat zu diesen und weiteren wichtigen Gesichtspunkten vier Jahre später, in seiner wichtigsten Entscheidung zur Behandlung der Sicherungszession im Konkurs des Schuldners<sup>489</sup>, dann ausführlich Stellung. Die bezeichnete Entscheidung wird uns später noch eingehend beschäftigen.<sup>490</sup>

Außerdem bleibt anzumerken, dass der I. Senat durchaus einen gewissen Widerspruch zu den drei zuvor besprochenen, früheren Entscheidungen des III. Senats aus dem Jahr 1880<sup>491</sup> erkannte. Mit einer etwas unglücklichen Begründung verneinte er das Bestehen einer abweichenden Rechtsansicht und einer entsprechenden Vorlagepflicht an den Großen Senat damit, dass der III. Senat in diesen Entscheidungen jeweils die Unwirksamkeit des Vertrages aus dessen Inhalt selbst, sowie aus „den Umständen des einzelnen Falles“ abgeleitet habe. Treffender wäre die Begründung gewesen, dass es sich bei den vom III. Senat zu entscheidenden Fällen um Pfändungsinterventionen, hier jedoch um einen Prozess zwischen den Vertragsparteien des Sicherungskaufes, dem Sicherungsgeber und dem Sicherungsnehmer handelte.<sup>492</sup>

## **b) Die Grundsatzentscheidung zur Sicherungszession vom 4.12.1886**

---

<sup>489</sup> RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45.

<sup>490</sup> Vgl. dazu II. Kapitel II, Abschnitt D. Konkursordnung, S. 127 ff.

<sup>491</sup> RG, Urteile vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 142 Nr. 99, vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8., sowie vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173.

<sup>492</sup> So bereits *Leist*, die Sicherung von Forderungen, 1889, S. 92.

Ein gutes Jahr später äußerte sich nun der I. Zivilsenat in seinem Urteil vom 4.12.1886 unter anderem auch zur äquivalenten Problematik der Gesetzesumgehung durch die Sicherungszession. Zur Diskussion stand die Frage, ob die Sicherungszession eine Umgehung der Anzeigepflicht der Verpfändung<sup>493</sup> an den Drittschuldner gemäß § 288 des Allgemeinen Preußischen Landrechts (A.L.R.) I.20 sei. In konsequenter Fortsetzung seiner Rechtsprechung zur Sicherungsübereignung, verneinte er die Umgehung der genannten Forderungspfandvorschrift. Mit sogar gleichen Worten begründete er dies auch für die Sicherungszession: „Indem das Gesetz verschiedene Wege zuläßt, die Sicherung eines Gläubigers zu bewirken, kann es nicht als Umgehung des Gesetzes bezeichnet werden, wenn zur Vermeidung des mit Beschreitung des einen Wegs verbundenen Nachtheils der offenstehende andere Weg betreten, insbesondere zur Vermeidung der bei der Verpfändung von Buchforderungen nach § 288 A.L.R. I.20 nöthigen Benachrichtigung der Schuldner das Mittel der Cession gewählt hat.“<sup>494</sup>

Das Gericht sah die Sicherungszession neben der Verpfändung von Forderungen als zweite, ebenso gültige Alternative der Vertragsparteien, Forderungen als Sicherungsmittel an den Gläubiger und Sicherungsnehmer zu übertragen. Aus der Entscheidung der Parteien, die Forderung sicherungshalber abzutreten, anstatt sie zu verpfänden, müssten auch nur die rechtlichen Voraussetzungen der Abtretung eingehalten werden. Insbesondere war die Anzeige an den Drittschuldner daher nicht mehr erforderlich. Mit dieser Entscheidung ging der I. Senat den nächsten Schritt in Richtung Entwicklung eines publizitätslosen Sicherungsrechts an Forderungen.<sup>495</sup> Außerdem setzte die Anerkennung der Sicherungszession als eigenes Rechtsinstitut zugleich für die Diskussion um die Umgehung anderer gesetzlicher Vorschriften einen logischen Schlusspunkt. Entsprechend der vorgenannten Begründung umgingen die Parteien mit der Sicherungszession nun nicht mehr die Vorschriften über die Entstehung eines Pfandrechts, sondern wählten nun eine rechtmäßige Alternative hierzu.

---

<sup>493</sup> Eine Differenzierung zwischen den Streitfragen der Simulation und der Gesetzesumgehung, bildete sich erst im Laufe der Achtzigerjahre des 19. Jh.s unter dem Einfluss der Literatur heraus, so das RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (184).

<sup>494</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (401 f.); Dies bestätigte das RG im Urteil vom 7.4.1894 – V. 339/93, JW 1894, 287 Nr. 28 (287) mit ähnlichen Worten: „nicht bloß um deswillen ungültig ist, weil es einem anderen gesetzlich verbotenen Geschäft[s] des gleichen wirtschaftlichen Zwecks verfolge.“

<sup>495</sup> Mit publizitätslos ist die Verpfändung ohne eine Pflicht der Anzeige der Verpfändung an den Drittschuldner gemeint. Die Verpfändung kann daher für den sonstigen Rechtsverkehr verborgen, nur zwischen den Vertragsparteien erfolgen.

Später sehen wir an anderer Stelle jedoch, dass das Verständnis von verschiedenen, nebeneinander wirksamen Gestaltungen in keinem Fall zwingend und zu verallgemeinern war. In der später (1899)<sup>496</sup> ergangenen Entscheidung kam wiederum der I. Senat in einem Fall zum Börsenrecht zu gegenteiligem Ergebnis. § 48 Börsengesetz musste nach dem Gericht auch auf eine umgehende Gestaltung angewandt und für unwirksam erklärt werden. Das Umwegungsgeschäft bewertet der Senat dort ausdrücklich als Handeln gegen das Gesetz.<sup>497</sup>

### c) Die Entscheidung des VI. Zivilsenats am 2.6.1890

In der Entscheidung vom 2.6.1890<sup>498</sup> setzte sich der VI. Zivilsenat nun schließlich ausführlicher mit der Meinung Hellwigs und Bährs zur Gesetzesumgehung auseinander.

Im Ergebnis hielt auch der VI. Senat die Sicherungsübereignung für wirksam und stellte unter anderem für ihre Behandlung im Konkursrecht wesentliche Punkte fest:<sup>499</sup> Da zum einen die Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken mittels *constitutum possessorium*<sup>500</sup> keine Pfandrechtsbestellung sei, werde damit weder § 14 EinfG KO (vgl. § 40 KO) noch der hier anwendbare § 4 des hamburgischen Ausführungsgesetzes umgangen. Die Sicherungsübereignung sei daher wirksam. Zum anderen komme eine Umgehung überhaupt nur bei verbotenden oder gebietenden Gesetzen in Frage, das heißt bei solchen Gesetzen, die ein Unterlassen oder bestimmte Voraussetzung für ein Handeln vorschreiben. Allerdings seien die hier streitgegenständlichen konkursrechtlichen Gesetze weder verbotende noch gebietende. Insbesondere sei § 14 EinfG KO (vgl. § 40 KO) nicht verbotender Natur, da dieser nicht etwa die Verpfändung beweglicher Sachen ohne Übertragung des körperlichen Gewahrsams untersage. Außerdem habe die Norm auch keinen gebietenden Charakter, da der Wille des Gesetzgebers keineswegs dahingehe, dass „eine im allgemeinen anerkannte Geschäftsform gerade zu diesem Zweck nicht benutzt“ werden dürfe, sondern lediglich im Konkursfall kein Absonderungsrecht gewähre. Schließlich ist die Sicherungsübereignung keine in § 14 EinfG KO bezeichnete Verpfändung. Gleiches gelte im Übrigen auch für

---

<sup>496</sup> RG, Urteil vom 20.10.1899 – I. 242/99, RGZ 44, 103.

<sup>497</sup> RG, Urteil vom 20.10.1899 – I. 242/99, RGZ 44, 103 (108).

<sup>498</sup> RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180.

<sup>499</sup> Lediglich der I. Senat hatte in seiner Entscheidung vom 2.2.1889 (zur S.Z.) noch zuvor zu konkursrechtlichen Fragen Stellung bezogen, vgl. RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45. Jedoch ging es dort weniger um die Frage der Umgehung von § 14 EinfG KO (vgl. § 40 KO) und von einem länderspezifischen Ausführungsgesetz zur KO. Vielmehr wurden dort die rein konkursrechtlichen Folgen der Sicherungszession, d.h. insbesondere das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Aus-, oder Absonderungsrechts erörtert.

<sup>500</sup> D.h. ohne tatsächliche Übergabe der beweglichen Sache.

§ 4 des hamburgischen Ausführungsgesetz, dem kein Verbot einer Mobiliarhypothek zu entnehmen sei, vielmehr werde „einfach ein allgemeiner Satz über die Voraussetzungen der Entstehung von Pfandrechten aufgestellt,“<sup>501</sup> so das Gericht.

Das erste Argument überzeugt nur bedingt. Das Gericht stellt allein auf die Begriffe Pfandrecht in Abgrenzung zu Sicherungsübereignung ab und unterscheidet lediglich formaljuristisch zwischen den beiden Vertragstypen. Dagegen kann die zweite Begründung mehr überzeugen. Es erscheint schlüssig, wenn der Senat argumentiert, dass der Gesetzgeber mit § 14 EinfG KO (vgl. § 40 KO) nur auf dem Gebiet des Konkursrechts Rechtsfolgen anordnen, also die Voraussetzungen für ein Absonderungsrecht festlegen wollte und hingegen nicht die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Sicherungsübereignung geregelt habe. Hierfür waren in der Regel die einschlägigen (materiellen) Pfandgesetze der deutschen Partikularstaaten verantwortlich. Keine Ausführungen machte der Senat hingegen zu möglichen konkursrechtlichen Rechtsfolgen. Obwohl es in dem streitgegenständlichen Fall um eine Klage eines Konkursgläubigers auf Herausgabe von sicherungsübereigneten Gegenständen ging, thematisierte das Gericht nicht dessen mögliches Recht auf Aus- oder Absonderung, sowie die Konsequenzen für die Drittgläubiger im Konkursfall.

Insgesamt zeigt die Entscheidung, dass man sich mittlerweile vertieft mit der Thematik der Gesetzesumgehung und hierbei insbesondere mit der Auffassung Hellwig und Bährs beschäftigt hatte. Der VI. Senat bezog daher bewusst die Gegenposition. Ein Grund dafür war sicherlich, wie vom I. Senat zuvor bereits angedeutet, dass die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts weit überwiegend als auch Teile der Literatur, die Sicherungsübereignung grundsätzlich für wirksam erachteten. Ausgehend von diesem Ergebnis standen die Richter letztlich in der Pflicht die ergangene Rechtsprechung des I. Senats zweckmäßig fortzusetzen. Dennoch musste der Einwand der Gesetzesumgehung argumentativ beiseite geräumt werden. Dies gelang teilweise recht überzeugend.

Außerdem lassen die Urteilsgründe erkennen, dass man nach dem Studium der wissenschaftlichen Arbeiten jetzt eine gewisse Sicherheit im dogmatischen Umgang mit den drei Begriffen Simulation, Gesetzesumgehung und fiduziarischen Geschäften gewonnen hatte. Die Argumentation war juristisch präziser geworden.

---

<sup>501</sup> RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (184, 185).

### **III. Nach Einführung des BGB: Umgehung von § 1280 bzw.**

#### **§§ 1205, 1253 Abs. 2 BGB**

Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 kennt das Institut der Sicherungszession genauso wenig wie das Institut der Sicherungsübereignung. Weder regelte der Gesetzgeber unter welchen Voraussetzungen sie gültig sind, noch wurden sie ausdrücklich verboten.<sup>502</sup> Ausgangspunkt der rechtshistorischen Prüfung über die Wirksamkeit war daher auch nach 1900 – wie schon zuvor – die Frage, ob die Sicherungszession die Forderungspfandvorschriften nach §§ 1273 ff. BGB und die Sicherungsübereignung die Faustpfandvorschriften nach §§ 1205 ff. BGB in gesetzeswidriger Weise umgingen und daher als nichtige Geschäfte aufzufassen waren.

Der Gesetzgeber des BGB fordert für die wirksame Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung nach § 1280 BGB,<sup>503</sup> dass der Zessionar sie dem Drittschuldner anzeigt (*Denunziation*). Er griff somit das Erfordernis der Denunziation, wie man es nach den deutschen Pfandgesetzen der Partikularstaaten schon kannte, erneut auf. Allerdings verlangte er nicht die Übergabe der Schuldurkunden, wie es der § 15 EinfG KO für ein im Konkursverfahren absonderungsberechtigtes Forderungspfandrecht vorausgesetzt hatte.<sup>504</sup> Für die Bestellung eines Faustpfandes bedurfte es, nun in § 1205 BGB normiert, auch weiterhin die Übergabe der zu verpfändenden Sache.

#### **1. Die Argumente des Reichsgerichts gegen eine Umgehung von §§ 1205, 1253 Abs. II bzw. § 1280 BGB**

Wir wenden uns zunächst der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu.<sup>505</sup> Auch nach Einführung des BGB setzte das Reichsgericht seine Rechtsprechung konsequent fort und sah unter anderem in der Sicherungsübereignung keine Umgehung des in §§ 1205, 1253 Abs. 2 BGB festgeschriebenen Faustpfandprinzips. Aus den hierzu ergangenen Entscheidungen des

---

<sup>502</sup> Zu möglichen Gründen vgl. S. 108.

<sup>503</sup> § 1280 BGB besagt: „Die Verpfändung einer Forderung ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt.“

<sup>504</sup> Vgl. hierzu auch *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 42 f.

<sup>505</sup> Leider erörterte der I. Senat in seinem Urteil zur S.Z. vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 nichts zu einer möglichen Umgehung von § 1280 BGB. Aufgrund der Vergleichbarkeit von S.Z. und S.Ü. kann auf die Rechtsprechung zur S.Ü. zurückgegriffen werden.

Reichsgerichts<sup>506</sup> und den Gesetzesbegründungen<sup>507</sup> lassen sich im Wesentlichen folgende vier Argumente herausfiltern:

*Erstens* seien §§ 1205, 1253 Abs. 2 BGB kein Verbotsgesetz, sondern nur die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Verpfändung. Dabei sei das Erreichen des gleichen wirtschaftlichen Ziels auf einem anderen, nicht diesen Vorschriften unterliegenden Weg statthaft. So argumentierte der I. Zivilsenat bereits viele Jahre vor Inkrafttreten des BGB.<sup>508</sup> Man unterschied formal zwischen einer Verpfändung und einem fiduziarischen Sicherungsgeschäft, sodass die Voraussetzungen des einen nicht zugleich für das andere gelten.

*Zweitens* folge auch bereits aus dem neu eingeführten § 930 BGB unmittelbar die rechtliche Wirksamkeit einer Sicherungsübereignung mittels Vereinbarung eines Besitzkonstituts. Eine tatsächliche Übergabe, wie es § 1205 BGB verlange, sei nur für die Bestellung des Faustpfandes erforderlich.<sup>509</sup>

*Drittens* setze § 223 Abs. 2 BGB ausdrücklich die Möglichkeit voraus, Rechte zur Sicherung eines Anspruchs fiduziarisch zu übertragen.<sup>510</sup> § 223 Abs. 2 a.F. besagte: „Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden.“

Und *viertens* ergebe sich aus den Motiven zum BGB nicht, dass man von der bisherigen Rechtsprechung abweichen und die fiduziarischen Rechtsgeschäfte für wirksam erklären wollte. Im Gesetzgebungsverfahren zum BGB konnte sich die Kommission nicht auf einen Antrag verständigen, wonach § 134 BGB (Verbotsgesetz) wie folgt hätte ergänzt werden können: „Einem verbotenen Rechtsgeschäft ist auch ein solches gleich zu achten, dass in anderer Rechtsform denselben Zweck erreichen will, dem das gesetzliche Verbot der erstgedachten Geschäfte entgentritt.“<sup>511</sup> Der Grund für die Ablehnung des Antrags waren dabei folgende Bedenken: Die Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft in *fraudem legis* vorgenommen und damit nichtig sei, hänge von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfassenden Norm ab. Eine die Auslegungsfreiheit des Richters einengende allgemeine Direktive, würde die Gefahr mit sich bringen, dass eine Reihe

---

<sup>506</sup> Vgl. insb.: RG, Urteil vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485; vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (868); vom 8.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 146; vom 11.3.1904 – VII. 498/03, RGZ 57, 175. Urteil

<sup>507</sup> Protokolle BGB Bd. 1, 1897, S. 123.

<sup>508</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 (202 f.); RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339 (402).

<sup>509</sup> RG, Urteil vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485.

<sup>510</sup> Schäfer, ArchBR 38 (1913), 1 (7).

<sup>511</sup> Protokolle BGB Bd. 1, 1897, S. 123.

erlaubter Geschäfte für nichtig erklärt werden würden. Daraufhin zog der Antragssteller seinen Antrag zurück, sodass man den Passus nicht ergänzend in § 134 BGB aufnahm.<sup>512</sup>

Die genannten Argumente ergeben sich dabei insbesondere aus den folgenden lehrreichen Entscheidungen:

**a) Urteil vom 17.6.1902**

Als erstes entschied der II. Zivilsenat<sup>513</sup> nach Inkrafttreten des BGB, dass die Rechtsprechung der anderen Senate<sup>514</sup> nun auch bezüglich der Umgehung<sup>515</sup> der §§ 1205, 1253 Abs. 2 BGB gelte. Das Gericht sah in seinem im Jahr 1902 zu beurteilenden Fall das Sicherungsgeschäft zwar im Ergebnis als unwirksame Pfandbestellung an, weil es an der Voraussetzung einer tatsächlichen Übergabe fehlte. Jedoch betonte der II. Senat, dass ein Sicherungskauf auch nach dem BGB grundsätzlich zulässig und gültig sei. Insbesondere gebe es keine entgegenstehenden gesetzlichen Vorschriften, da die §§ 1205, 1253 Abs. 2 BGB nicht als Verbotsgesetze zu werten seien.<sup>516</sup>

Für seine Gültigkeit führte der II. Senat zunächst § 930 BGB an, aus dem bereits für sich betrachtet die Wirksamkeit folge. Denn dieser erlaube es ausdrücklich, die für eine Eigentumsübertragung notwendige Übergabe durch das *constitutum possessorium* zu ersetzen. Mit der Betonung des Besitzkonstituts als Notwendigkeit für die Sicherungsübereignung, fand das Gericht in § 930 BGB eine geeignete gesetzliche Stütze, die zugleich half den Vorwurf der Gesetzesumgehung und der Missachtung von Verbotsgesetzen zu entkräften.<sup>517</sup> Des Weiteren berief sich der II. Senat auch auf die frühere Rechtsprechung der anderen Zivilsenate des Reichsgerichts,<sup>518</sup> wenn er zugleich ausdrücklich einräumte, dass diese Geschäfte zur Umgehung der gesetzlichen Vorschriften des Faustpfandes abgeschlossen worden waren. Und schließlich gelang es dem II. Senat, aus der ergangenen Rechtsprechung erstmals eine differenzierte *Definition* für ein wirksames fiduziarisches Rechtsgeschäft zu formulieren: Wenn ein anders geartetes Rechtsgeschäft „zur Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift und

---

<sup>512</sup> Protokolle BGB Bd. 1, 1897, S. 123 f.

<sup>513</sup> RG, Urteil vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485.

<sup>514</sup> Gemeint sind v.a. die Rspr. des I., V. und später des III. Zivilsenats des RG.

<sup>515</sup> Vgl. allg. zum Verständnis der Gesetzesumgehung im ausgehenden 19. Jh., die Definition in: RG, Urteil vom 28.10.1899 – I. 242/99, RGZ 44, 103 (112).

<sup>516</sup> RG, Urteil vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485 (485 I. Sp.)

<sup>517</sup> Bereits zutreffend *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 404 f.

<sup>518</sup> In den nachgen. Entscheidungen habe das RG den Sicherungskauf für grds. zulässig erachtete: RG, Urteil vom 17.3.1885 – II. 467/84, RGZ 13, 298 (300) sowie das Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (182).

gleichzeitig zur Erzielung eines entsprechenden wirtschaftlichen Zwecks abgeschlossen [wird], so ist dasselbe als rechtswirksam zu erachten, falls seine Voraussetzungen vorliegen, die Vertragsschließenden es wirklich gewollt und das umgangene Gesetz kein Verbotsgesetz ist.“<sup>519</sup>

Bei Subsumption der Voraussetzungen habe es aber im vorliegenden Fall an einem ernstlichen Willen zur Übertragung des Eigentums gefehlt. Denn die Parteien hätten nicht, wie üblich, nur ein Rückkaufsrecht für den Sicherungsgeber vereinbart, sondern ergänzt, dass falls dieser (der Sicherungsgeber) das Rückkaufsrecht nicht geltend mache, der Sicherungsnehmer sich durch öffentlichen Verkauf aus dem Erlös befriedigen sollte. Aus Letzterem folgte der II. Zivilsenat ohne weitere Begründung, dass die Vertragsparteien nur eine Pfandrechtsbestellung gewollt hätten. Ihre Wirksamkeit scheiterte jedoch an der Voraussetzung der Übergabe gemäß § 1205 BGB.<sup>520</sup>

Die zusätzliche Verwertungsabrede gab hier dem Senat Anlass, das Rechtsgeschäft mehr als Verpfändung anstatt als Sicherungskauf zu bewerten. Die getroffene Vereinbarung des Verkaufs in einer öffentlichen Versteigerung unter Auskehr des erzielten Mehrerlöses, lassen diese Einordnung plausibel erscheinen. Entsprechend der Qualifizierung als Pfandrecht waren die Pfandrechtsvorschriften nach §§ 1205 ff. BGB und insbesondere § 1205 BGB selbst einschlägig.

#### **b) Urteil vom 8.11.1904<sup>521</sup>**

Auf der genannten Entscheidung aufbauend, hielt auch der VII. Zivilsenat § 1205 BGB nicht für ein Verbotsgesetz.<sup>522</sup> In seiner viel zitierten Entscheidung vom 8.11.1904<sup>523</sup> nannte er folgende Voraussetzungen für die Annahme einer Gesetzesumgehung durch die Sicherungsübereignung: Der mit der Sicherungsübereignung verfolgte Zweck der Kreditsicherung würde nur dann zu dessen Unzulässigkeit führen, „wenn dem § 1205 BGB die Tragweite beizumessen wäre, dass sie Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen des Schuldners nur im Wege der Verpfändung nach Maßgabe jener Vorschrift sollte erfolgen dürfen, und daß nach dem Willen des Gesetzes jede andere Form pfandrechtlicher Sicherung

---

<sup>519</sup> RG, Urteil vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485 (485).

<sup>520</sup> RG, Urteil vom 17.6.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485 (485).

<sup>521</sup> RG, Urteil vom 8.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 146.

<sup>522</sup> Zum selben Ergebnis kam bereits der I. Senat des RG mit Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 (868).

<sup>523</sup> RG, Urteil vom 8.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 146 (148 einschließl. nachgen. Zitate); Der VII. Senat setzte damit auch nach Einführung des BGB die ständige Rechtsprechung der anderen Senate zur Wirksamkeit der S.Ü. fort. Ebenso im Urteil vom 11.3.1904 – VII. 498/03, RGZ 57, 175.

[...]“ ausgeschlossen werden sollte. Nur bei dieser Auslegung des Gesetzes, könne man von einer Umgehung durch die Sicherungsübereignung ausgehen und zu deren Nichtigkeit gelangen. Allerdings widersprach der VII. Senat einer solchen Auslegung. Denn weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gebieten dies. Und solange der Gesetzgeber keinen abweichenden Willen klar äußere, hätten die Parteien die Möglichkeit einen „anderen Weg einzuschlagen als den der Verpfändung [...]“.<sup>524</sup> Im Übrigen folge auch aus der regelmäßigen Verwendung des *constitutum possessorium* zur Eigentumsübertragung kein Verstoß gegen § 1205 BGB.<sup>525</sup>

Bemerkenswert ist an den Ausführungen des VII. Senats, dass er dies unter Bildung eines hypothetischen Falls für das Vorliegen eines Verbotsgesetzes, mit drei, wenn auch kurz ausgeführten Argumenten – Wortlaut, Entstehungsgeschichte, sowie der Wille des Gesetzgebers – verneinte. Außerdem erkannte das Gericht damals (1904) keinen klaren gesetzgeberischen Willen für ein Verbotsgesetz und forderte daher, wie auch schon einige Stimmen in der Literatur zuvor,<sup>526</sup> den Gesetzgeber ausdrücklich zu einer klärenden Stellungnahme auf. Die Antwort blieb jedoch aus. Die Formulierung der Urteilsgründe erweckt zudem den Eindruck, als sei der VII. Senat von seiner dargestellten Argumentation besonders überzeugt gewesen.<sup>527</sup> Hatte doch bereits der I. Senat dies ein Jahr zuvor ausdrücklich für die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung unter Nennung einiger Entscheidungen festgelegt.<sup>528</sup> Nun wollte man als geltendes Recht festlegen, dass die Sicherungsübereignung kein Gesetz umgehe und insgesamt wirksam sei.

## **2. Die rechtswissenschaftliche Literatur zur Umgehung von § 1280 und §§ 1205, 1253**

### **Abs. II BGB**

---

<sup>524</sup> RG, Urteil vom 8.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 146 (148).

<sup>525</sup> RG, Urteil vom 8.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 146 (148).

<sup>526</sup> Z.B. *Linckelmann*, Die Sicherheitsübereignungen, AcP 7 (1893), S. 211 (222 ff.), der auch klare Worte vom Gesetzgeber verlangte, wenn es sich um ein verbotendes Gesetz handeln sollte.

<sup>527</sup> Umso erstaunlicher ist der im Urteil vom 7.5.1905 – VII. 53/05, RGZ 61, 430 (432 f.) erkennbar kritische Ton des VII. Senats bzgl. der Wirksamkeit fiduziarischer Eigentumsübertragungen. Denn trotz ihrer Anerkennung durch das RG bedeute dies nicht, dass jede „äußerlich im Gewand fiduziarischer Abmachung auftretende Vertrag auch als gültig anzusehen sei.“

Denn neben einiger älterer Entscheidungen (Anfang der Achtzigerjahre) gab es kaum kritische Äußerungen mehr, vgl. *Schäfer*, ArchBR 38 (1913), I (6).

<sup>528</sup> Für die Wirksamkeit der fiduziarischen Geschäfte war insbesondere auch das Urteil zur S.Z. vor dem Hintergrund des neu eingeführten BGB vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48 (1904), 867 wegbereitend. Darin verneinte der I. Senat nicht einige wesentlichen Einwände, die bis dato gegen die Wirksamkeit der S.Z. vorgebracht worden waren, sondern bejahte auch die Wirksamkeit der S.Z. und der S.Ü. auf Grundlage des seit dem 1.1.1900 geltenden BGB.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur befasste man sich nach Einführung des BGB nicht nur mit der Umgehung von §§ 1205, 1253 Abs. 2 BGB durch die Sicherungsübereignung, sondern noch interessanter hier, mit der Umgehung von § 1280 BGB durch die Sicherungszession.

Ganz herrschend vertrat man, dass die Sicherungszession die Forderungspfandvorschriften, also § 1280 BGB und § 15 EinfG KO umgehe und sprach sich auch nach Einführung des BGB für ihre Unwirksamkeit aus.<sup>529</sup>

Die Frage nach der Umgehung des § 1280 BGB versuchte man, wie schon bei der Umgehung der Mobiliarpfandgesetze, mit der *ratio legis* zu beantworten.<sup>530</sup> Aus den Motiven<sup>531</sup> zu § 1280 BGB geht hervor, dass man sich aus einer Vielzahl von verschiedenen Wirksamkeitsvoraussetzungen der partikularstaatlichen Pfandgesetze<sup>532</sup> letztlich für die Anzeige an den Drittschuldner (*Denuntiation*) entschied. Erst mit ihr trete die beabsichtigte Rechtswirkung ein. Man forderte für die Forderungsverpfändung im Vergleich zur Forderungsübertragung, bewusst das zusätzliche Erfordernis der Anzeige der Verpfändung des Verpfänders an den (Dritt-)Schuldner.<sup>533</sup> Die Abtretung einer Forderung erfolge hingegen, wie schon nach herrschender Lehre zum gemeinen Recht,<sup>534</sup> ohne Anzeige nach §§ 398 ff. BGB. Hinter dem Erfordernis der Benachrichtigung stand der Gedanke der Publizität zum Schutz Dritter, wie dies Dernburg bestätigte. „Die Denunziation ersetzt also den Schutz, welchen bei den verpfändeten körperlichen Objekten die Regel, *res transit cum suo onere*, die Besitzübertragung gewährt.“<sup>535</sup>

Des Weiteren finden sich auch in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch zwei weitere aufschlussreiche Gründe für das Erfordernis der Denunziation: Zum einen würden durch die Pflicht zur Anzeige die Forderungen „einzeln kenntlich“ gemacht und mögliche Gefahren aus

---

<sup>529</sup> h.L. um 1900: *Engel*, Sicherungsübereignung und Sicherungszession, 1902, S. 56 (zur Umgehung von § 1280 BGB und § 15 EinfG KO); *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 1898, S. 401; *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 41, er spricht sich ausdrücklich für die Unwirksamkeit der S.Z. aufgrund der Umgehung der Publizitätsvorschriften aus; im Ergebnis auch *Stammler*, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 196; etwas ungewöhnlich, will er die S.Z. weder als wirksame Abtretung noch als unwirksame Gesetzesumgehung ansehen.

a.A.: *Wienstein*, Gruchot 46 (1902), 2. und 3. Heft, S. 232, hielt die S.Z., ohne nähere Problematisierung der Umgehungsthematik, für wirksam.

<sup>530</sup> *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 42.

<sup>531</sup> *Mugdan*, Materialien BGB, Bd. 3, 1899, S. 477 f.

<sup>532</sup> Man fand in den Kodifikationen der deutschen Staaten im 19. Jahrhundert neben der Bekanntmachung an den Drittschuldner folgende Erfordernisse: eine schriftliche Verpfändung, die Übergabe der Verpfändungsurkunde oder die Übergabe der Schuldurkunde. Die entsprechenden Normen sind zu finden: *Mugdan*, Materialien BGB, Bd. 3, 1899, S. 477 Fn.\*.

<sup>533</sup> *Mugdan*, Materialien BGB, Bd. 3, 1899, S. 478.

<sup>534</sup> *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 43.

<sup>535</sup> *Dernburg*, Pfandrecht, Bd. 1, 1860, S. 464 f.

einer nur generellen Bezeichnung von einer Mehrheit von Forderungen vermieden.<sup>536</sup> Dieser Gedanke zielte im Ergebnis auf das sachenrechtliche Gebot der Bestimmtheit der verpfändeten Forderungen ab. Auf ihn wird später im III. Kapitel zur Vorauszession noch ausführlich eingegangen. Zum anderen diene die Voraussetzung in § 1280 BGB auch dazu, einen Gleichlauf von Pfandrecht mit dem Vollstreckungsrecht, insbesondere dem Konkursrecht zu erreichen. Dies erachtete man als „nicht von geringe[m] Gewichte.“<sup>537</sup>

Besonders faszinierend ist die zweite Begründung. Die Verfasser des BGB haben sich an dieser Stelle bewusst Gedanken über das Verhältnis von materiellem Pfandrecht zum Vollstreckungsrecht bzw. Konkursrecht gemacht und deren Bedeutung zumindest angedeutet. Ihr Stellenwert wird anhand der folgenden Erläuterungen deutlich: Das Vollstreckungsrecht greift wie ein Scharnier am materiellen Recht an. Denn es werden insbesondere die Privilegien eines Aussonderungs- oder Absonderungsrechts zwar in der Konkursordnung und im Einführungsgesetz zur Konkursordnung an die Begriffe des Eigentums und des Pfandrechts geknüpft. Die vorgelagerte Frage nach der Definition eines privilegierten Eigentums oder privilegierten Pfandrechts erfolgt jedoch allein durch das materielle Recht, dem BGB. Folglich war es notwendig, dass der Gesetzgeber des materiellen Pfandrechts auch die Rechtsfolgen der Konkursordnung, insbesondere die dort gewährten Privilegien vor Augen hatte. Übersähe man die Auswirkungen auf das Konkursrecht, könnte dessen System einer Gesamtvollstreckung spürbar gestört werden. Die Konkursordnung als solche verfolgte den grundsätzlichen Zweck der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger zu gleichen Teilen. Nur ausnahmsweise war dieses Prinzip durch die Gewährung von konkursrechtlichen Privilegien, wie dem Aus- und Absonderungsrecht durchbrochen. Zwar wurden die Privilegien bewusst zugestanden, jedoch nur wenn das begünstigte Eigentum oder Pfandrecht nach seinen materiellen Voraussetzungen vorlag. Hier griffen Sicherungszession und Sicherungsübereignung empfindlich in das aufeinander abgestimmte System von Pfandrecht und Konkursrecht ein. Denn man erließ jenen pfandrechtsähnlichen Instituten zum einen die Erfordernisse der Pfandgesetze,<sup>538</sup> wie die Übergabe der Sache bzw. die Anzeige der Verpfändung. Zum anderen gewährte man ihnen im Konkursrecht nicht nur wie für ein Pfandrecht vorgesehen, lediglich das Privileg des Absonderungsrechts, sondern auch das für (fremde) Eigentumsrechte vorgesehene, maximale

---

<sup>536</sup> *Mugdan*, Materialien BGB, Bd. 3, 1899, S. 478.

<sup>537</sup> *Mugdan*, Materialien BGB, Bd. 3, 1899, S. 478.

<sup>538</sup> Für die Vereinbarung einer wirksamen S.Z. war keine Anzeige an den Drittschuldner sowie für die S.Ü. keine Besitzübergabe erforderlich.

Privileg der Aussonderung. Genaue Ausführungen hierzu folgen im nächsten Abschnitt.<sup>539</sup> Wie die eingangs zitierte Stelle in den Motiven des BGB zeigt, erahnte man zumindest die Abhängigkeit des Vollstreckungs- und Konkursrechts vom materiellen Forderungspfandrecht des BGB.<sup>540</sup> Dagegen scheint es, als habe das Reichsgericht dieses Systemverständnis – zum Leidwesen der Funktionalität der Konkursordnung – bei seiner Rechtsprechung zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften vernachlässigt. Nach Durchsicht von ca. über 200 Urteilen zur Sicherungszession und Sicherungsübereignung ist keine Passage ersichtlich,<sup>541</sup> in der sich das Reichsgericht mit diesem Gedanken eines abgestimmten Systems kritisch auseinandersetze. Trotz vorausschauender Überlegungen, entschloss sich der Gesetzgeber dennoch gegen eine eindeutige Regelung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte im Bürgerliche Gesetzbuch. Über die Gründe hierfür lässt sich nur mutmaßen. Wahrscheinlich scheute man sich vor einer klaren Entscheidung und zog es vor, den Gerichten die Rechtsbildung zu überlassen.<sup>542</sup> Vielleicht hielt man sie sogar für geeigneter, das Recht an die sich verändernden Kreditbedürfnisse anzupassen. Sicher scheint jedoch nach den gewonnenen Erkenntnissen, dass die Verfasser bewusst keine klare Entscheidung im BGB verankern wollten.<sup>543</sup>

Um zu unserer Ausgangsfrage nach der Gesetzesumgehung von § 1280 BGB zurückzukehren, folgte die herrschende Lehre aus dem eingangs genannten Gebot der Publizität, dass auch § 1280 BGB als Verbotsgesetz zu werten sei.<sup>544</sup> Ebenso wie bei der Umgehung der Faustpfandvorschriften, müsse auch hier das Gesetz ein bestimmtes Handeln nicht ausdrücklich verbieten.<sup>545</sup> Da aber die Sicherungszession rechtlich eine Zession im Sinne der § 398 ff. BGB sei und somit keiner Anzeige an den Drittschuldner bedürfte,<sup>546</sup> bot sie die Möglichkeit, die

---

<sup>539</sup> S. u. II. Kapitel, Abschnitt D. Konkursordnung, S. 115 ff.

<sup>540</sup> Insbesondere die Reichstagsabgeordneten Bähr und Hullmann warnten im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich vor der Gefahr für die KO (*Hahn*, Motive IV, S. 759); vgl. hierzu ausf. II. Kapitel, Abschnitt D. Konkursordnung, S. 121 ff.

<sup>541</sup> Auch in den bedeutenden, ausführlichen Entscheidungen des RG vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 und vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80 findet sich hierzu keine Stellungnahme.

<sup>542</sup> Der Gesetzgeber ließ bewusst den Gerichten den Freiraum, das Recht der S.Z. und S.Ü. zu prägen. *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 383 ff., 405 seine Hypothese, ihre Urteile als *contra legem* zu beurteilen, ist daher mit ihm zu verneinen.

<sup>543</sup> Vgl. Thematik auch *Caemmerer*, Sicherungsübereignung, S. 17 f. und *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 404 f. sowie *Kling*, Konkurs, S. 377 f.

<sup>544</sup> *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 56; *Wienstein*, Gruchot 46 (1902), 2. und 3. Heft, S. 232; *Kuhlenbeck*, von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd. 1898, S. 401; letztlich auch *Stammler*, der die Zulässigkeit der Zessionen insgesamt verneint, in: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 196.

<sup>545</sup> *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 43.

<sup>546</sup> Die Abtretung einer Forderung erfolgt, wie schon nach h.L. zum gemeinen Recht (*Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 43) ohne Anzeige an den Schuldner, §§ 398 ff. BGB.

Voraussetzungen der Forderungsverpfändung zu umgehen. Folglich ging man von einem Handeln *in fraudem legis* aus und hielt die Sicherungszession für unwirksam.<sup>547</sup>

#### **IV. Schlussbetrachtung**

##### **1. Das Rechtsverständnis der Sicherungszession um 1900**

Am Ende der *ersten Phase* der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (ca. 1880–1903) lässt sich aus den Erkenntnissen der Wissenschaft und Rechtsprechung für die Sicherungszession nachfolgendes Rechtsverständnis zusammentragen. Die Darstellung dient als Zusammenfassung des sich um 1900 etablierten Rechts.

Besondere Bedeutung gewinnen diese rechtshistorischen Ausführungen, wenn man den Vergleich mit der heutigen Rechtslage zur Sicherungszession zieht. Man erkennt, dass die Rechtssätze, unter anderem durch die Aufnahme ins BGB eigentlich unverändert noch heute gelten.<sup>548</sup> Sie bilden zudem das Fundament für die später aus der Sicherungszession entwickelten und heute in der Praxis gängigen Kreditsicherheiten – der Globalzession und des verlängerten Eigentumsvorbehalts. Ein genauer Blick auf die sich um 1900 herauskristallisierende Rechtslage lohnt sich daher auch für ein umfassendes Rechtsverständnis heutiger Kreditsicherungsmittel.

##### **a) Die Sicherungszession als fiduziarisches Rechtsgeschäft**

Unter fiduziarisch verstand man um 1900, dass das Eigentum als Vollrecht – dinglich – übertragen, aber aufgrund einer Nebenabrede die Rückübertragungspflicht – schuldrechtlich – vereinbart wurde.<sup>549</sup> Die Rechtsübertragung erfolgte nur zu Sicherungszwecken.<sup>550</sup> Während die Sicherungsübereignung zunächst als Sicherungskauf vereinbart wurde, bekundete man bei der Sicherungszession hingegen gleich ausdrücklich, dass die Forderung nur zur Sicherung abgetreten sei.

---

<sup>547</sup> *Kuhlenbeck*, von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd. 1898, S. 401.

<sup>548</sup> Die S.Z. nach gemeinem Recht erfuhr durch die Einführung des BGB im Jahr 1900 fast keine Neuerungen, so explizit *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 65 f. Soweit nicht auf eine Abweichung gesondert hingewiesen wird, gilt für das BGB das für das gemeine Recht gesagte.

<sup>549</sup> *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157 (172 f.); Es ist daneben auch eine dingliche Gestaltung, d.h. als auflösend bedingte Übereignung möglich, wonach mit Begleichung der Forderung durch den Schuldner das Eigentum automatisch an diesen zurückfällt.

<sup>550</sup> Heute ist auch der Begriff der Sicherungstreuhand üblich. Fiduziarisch wird heute oft auch als Gegenbegriff zu akzessorisch gebraucht, vgl. *Habersack*, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 774 Rn. 11 f.

Die vertragliche Nebenabrede räumte dem Sicherungsgeber in der Regel das Recht ein, die Forderung innerhalb einer bestimmten Frist durch Begleichung der besicherten Schuld zurückzuerhalten.<sup>551</sup> Bis dahin konnte der Zedent als Sicherungsgeber, die an den Zessionar als Sicherungsnehmer übertragene Forderung, regelmäßig weiterhin in eigenem Namen einziehen. Es handelte sich bereits um eine Einzugsermächtigung, die Ermächtigung ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend machen zu können. Der Sicherungsvertrag gab der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung zugleich den Namen „fiduziarische Rechtsgeschäft“. Dieser wurde erstmals von Regelsberger 1881 eingeführt.<sup>552</sup> Er leitete sich dabei aus dem altrömischen *pactum fiduciae* ab.<sup>553</sup> Charakteristisch war für das fiduziarische Geschäft, dass das Vollrecht als stärkste Rechtsposition – Eigentum oder Forderungsrecht – ganz auf den Sicherungsnehmer übertragen wurde, obwohl nur dessen Absicherung verfolgt wurde, die eigentlich durch eine beschränkt dingliches Recht – wie das Pfandrecht – völlig ausreichend hätte erreicht werden können.<sup>554</sup> Die Übertragung der uneingeschränkten Rechtsinhaberschaft barg daher für den Sicherungsgeber das Risiko absprachewidriger Verfügungen durch den Sicherungsnehmer.

Um die Forderungsübertragung herbeizuführen, mussten die Voraussetzungen des dinglichen Geschäfts, somit die der Abtretung vorliegen, vgl. seit 1900 die §§ 398 ff. BGB. Nach dem gemeinen Recht Ende des 19. Jahrhunderts mittlerweile als herrschend anerkanntem Abstraktionsprinzip Savignys,<sup>555</sup> wurde der Sicherungsnehmer Inhaber des Vollrechts,<sup>556</sup> also Inhaber der Forderung im Außenverhältnis. Der von den Parteien mit dem Geschäft verfolgte Sicherungszweck war dabei unerheblich. Als rein obligatorische Beschränkung wirkte die Nebenabrede nur im Innenverhältnis.<sup>557</sup> Verstöße dagegen führten lediglich zu einem Schadensersatzanspruch, ließen die Rechtsübertragung jedoch unberührt.<sup>558</sup>

---

<sup>551</sup> RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161 (163); Engel, S.Ü. und S.Z., S. 32 f.

<sup>552</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157.

<sup>553</sup> So bereits das RG, das für die Sicherungszession auf die fiducia des römischen Rechts hinwies, RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 Fn.1).

<sup>554</sup> Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (172 ff., insb. 173).

<sup>555</sup> Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 303 ff., insb. S. 313.

<sup>556</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 299 (400); bestätigt durch RG, 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161 (162).

<sup>557</sup> h.M.: Lang, die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte, AcP 83 (1900), 336 – 356; Engel, S.Ü. und S.Z., S. 32 f.; t.v.A.: Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, § 100 S. 236, der dem Sicherungsnehmer nach außen die Stellung eines Eigentümers eingeräumt, nach innen in jedoch nur auf die Stellung eines bloßen Bevollmächtigten beschränken will. Allerdings ist sehr fraglich, wie diese Konstruktion juristisch funktionieren soll, wie Lang, AcP 83, 336 (344) richtig feststellt.

<sup>558</sup> Engel, S.Ü. und S.Z., S. 45.

Wie erwähnt hing die Rechtsübertragung von den gesetzlichen Voraussetzungen ab und war beispielsweise bei einem Verstoß gegen ein Verbotsgesetz unwirksam. Ende des 19. Jahrhunderts fanden für die Sicherungszession die nach dem gemeinen Recht regelmäßig weiterhin geltenden römischen Zessionsverbote sowie verschiedene Reichsgesetze Anwendung,<sup>559</sup> die gewisse Leistungen und Ansprüche verboten. Ferner wirkte sich die Vereinbarung eines Abtretungsverbots (*pactum de non cedendo*) zwischen Zedenten und dem Drittschuldner auf die Wirksamkeit der Sicherungszession negativ aus, vgl. ab 1900 § 399 Alt. 2 BGB.<sup>560</sup>

Bereits damals konnte die Sicherungszession eine beliebige Forderung – egal welchen Rechtsgrundes<sup>561</sup> – besichern. Zudem war der Inhalt der besicherten Forderung war gleichgültig. Sie konnte zum Beispiel unbedingt oder bedingt, fällig oder nicht fällig, verjährt oder einredebehaftet sein. Die Übertragung der Forderung erfolgte dennoch sofort und blieb infolge der Unabhängigkeit von der besicherten Schuld auch nach deren Erlöschen bestehen. Der Anspruch aus dem Vertrag verpflichtete nur zur Rückübertragung.<sup>562</sup>

#### **b) Die Rechtsbeziehungen der Beteiligten bei der fiduziarischen Sicherungszession**

Für die Rechtsverhältnisse der Vertragsparteien untereinander ist folgendes festzuhalten: Mit der Sicherungszession ging die Forderung sofort auf den Sicherungsnehmer (Sicherungszessionar) in der Form über, wie sie zuvor beim Sicherungsgeber (Sicherungszedenten) bestand.<sup>563</sup> Für die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers, sowie für sein Verhältnis zum Sicherungsgeber war daher der Zeitpunkt der Übertragung der Forderung maßgeblich. Der Sicherungsnehmer konnte folglich auch alle mit dem Sicherungsgut verbundenen Rechte geltend machen, wie beispielsweise, die für eine zederte Forderung von Dritten bestellten Bürgschaften oder Pfandrechte, vgl. seit 1900 § 401 BGB.<sup>564</sup> Für den Sonderfall, dass dem Sicherungszedenten bei dessen Geltendmachung der Forderung ihm Vorrechte eingeräumt wurden, galt folgendes: Bestanden Vorrechte an der Forderung, so

---

<sup>559</sup> Z.B.: Reichsgesetz vom 21.6.1896 betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes § 1 und § 2 (der Lohn darf nur gepfändet werden, soweit er schon verdient, fällig und noch nicht eingefordert ist); Reichsmilitärsgesetz vom 2.5.1874 § 45; außerdem sozialpolitische Gesetze u.s.w., *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 41 Fn. 2.

<sup>560</sup> *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 41, 65 f.

<sup>561</sup> I.d.R. handelt es sich aber um eine Darlehensverbindlichkeit.

<sup>562</sup> Zum Abschnitt: *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 37, 42.

<sup>563</sup> *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 37, 42.

<sup>564</sup> *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 42, 65 f.

konnte diese auch der Sicherungszessionar einfordern. Wurden sie hingegen nur dem Sicherungszedenten persönlich, bei dessen Ausübung gewährt, so hatte man dies verneint.<sup>565</sup> Letzteres war für das BGB jedoch zweifelhaft.<sup>566</sup> Für den Fall, dass dem Sicherungszedent gegenüber dem Sicherungszessionar Einreden zustanden, konnten diese nicht durch den Drittschuldner bei dessen Inanspruchnahme durch den Zessionar entgegengehalten werden.<sup>567</sup>

Mit der Übertragung der Forderung als Vollrecht an den Sicherungszessionar, erhielt dieser im Außenverhältnis die alleinige Verfügungsbefugnis.<sup>568</sup> Er konnte beispielsweise die Forderung erneut abtreten, mit einer gegen ihn bestehenden Hauptforderung aufrechnen, sie dem Drittschuldner erlassen, etc. Im Gegenzug schied die Forderung vollständig aus dem Vermögen des Sicherungszedenten aus, sodass er nicht zum Nachteil des Sicherungszessionar erneut über die Forderung verfügen konnte.<sup>569</sup> Nach dem sachenrechtlichen Prioritätsprinzip hatte er als Nichtberechtigter gehandelt. Der Sicherungszessionar war bereits alleiniger Rechteinhaber geworden,<sup>570</sup> vgl. ab 1900 § 398 BGB.

Infolge der Konstruktion – die Übertragung des Vollrechts bei einer nur schuldrechtlichen Beschränkung im Innenverhältnis (fiduziarisches Rechtsverhältnis) – zeigte sich auch der große Nachteil gegenüber der bloßen Gewährung eines beschränkt dinglichen Rechts, dem Pfandrecht. Der Sicherungsgeber (Schuldner) trug die Gefahr, dass der Sicherungsnehmer (Gläubiger) treuwidrig, aber kraft seiner Verfügungsbefugnis, die Forderung selbst einzog.<sup>571</sup> Der Schuldner konnte sich dagegen nicht wehren. Er konnte lediglich vom Sicherungsnehmer Schadensersatz wegen Verletzung der Sicherungsabrede verlangen.<sup>572</sup>

Insgesamt zeigen die detaillierten dogmatischen Ausführungen über die Sicherungszession eindrucksvoll, welche ausdifferenziertes Rechtsinstitut die Wissenschaft und die Rechtsprechung des Reichsgerichts in den letzten 20 Jahren des 19. Jahrhunderts geschaffen haben. Die Rechtswissenschaft leistete hierbei den grundlegenden Beitrag. Erkennbar wird dies an dem über die Jahre gewachsenen dogmatischen Verständnis der Zivilsenate für die

---

<sup>565</sup> *Dernburg*, Pandekten, Bd. 2, 5. Aufl. 1897, § 51 S. 143 f.

<sup>566</sup> *Oertmann* bejahte dies, BGB-Kom., 1910, § 401 Anm. 2 (S. 317); Kritisch hingegen *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 66.

<sup>567</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 299 (402 f.); RG, Urteil vom 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161 (163).

<sup>568</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 299 (400); bestätigt durch RG, 17.9.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161 (162).

<sup>569</sup> *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 37.

<sup>570</sup> Vgl. RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (403).

<sup>571</sup> Vgl. *Becker*, Sicherung des Gläubigers durch const. poss., 1899, S. 27 f.

<sup>572</sup> *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 46.

fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Die Urteilsgründe wurden infolgedessen in den betrachteten 20 Jahren viel ausführlicher und dogmatisch differenzierter. Bei genauerem Hinsehen findet man dort das übernommene Rechtsverständnis mancher Autoren wieder. Trotz hinzugewonnener Rechtskenntnisse unterließ der Gesetzgeber es, die Sicherungszession im Bürgerlichen Gesetzbuch zu kodifizieren.

## **2. Zusammenfassung und Würdigung des II. Kapitels**

Wie die letzten beiden Abschnitte (B. und C.) des II. Kapitels zeigen, waren die Anstrengungen der Wissenschaft enorm. Man klärte nicht nur die dogmatische Rechtsnatur der Sicherungszession in ihrer Abgrenzung zum Scheingeschäft, sondern diskutierte in sehr zahlreichen Veröffentlichungen, die drei verschiedenen Möglichkeiten einer Gesetzesumgehung durch die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte. Dies waren die Umgehung der verschiedenen partikularrechtlichen Pfandgesetze, der konkursrechtlichen Vorschriften der §§ 14, 15 EinfG KO (vgl. § 40 n.F. KO) unter Einbeziehung des landesrechtlichen Ausführungsverordnungen zur Konkursordnung sowie des Verbots des *lex commissoria*. Während man sich weitgehend einig war, dass die fiduziarische Zession kein Scheingeschäft darstelle, war man bezüglich ihres Potenzials andere Gesetze zu umgehen, völlig verschiedener Meinung. Die Wirksamkeit des fiduziarischen Geschäfts bekämpften insbesondere Kohler,<sup>573</sup> Hellwig, Bähr, sowie später auch Leist, Dernburg und Buetow. Der Grund für die Unwirksamkeit lag für sie in der Umgehung der deutschen Pfandgesetze sowie der §§ 14, 15 EinfG KO. Sie stellten vor allem auf den mit dem fiduziarischen Sicherungsgeschäft verfolgten Zweck einer besitzlosen beziehungsweise stillen Verpfändung ab. Ihre wichtigsten Gegner Leonhard, Linckelmann, später auch Kohler, Becker und Salinger, hielten die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte für wirksam. Leonhard betonte eingehend die wirtschaftliche Notwendigkeit dieser Institute. Nach Linckelmann sprächen weder Wortlaut, systematischer Zusammenhang, Entstehungsgeschichte, noch Sinn und Zweck der Mobiliarpfandgesetze für eine Auslegung als Verbotsgesetze. Und für Josef Kohler war aus gesamtwirtschaftlicher Sicht, die Zulassung der Sicherungsgeschäfte das kleinere Übel.

---

<sup>573</sup> Während Kohler seit Linckelmanns Aufsatz von 1893 seine dogmatischen Bedenken hinter die wirtschaftliche Notwendigkeit zurückstellte und die S.Ü. als gültig anerkannte, vgl. *Kohler*, AcP 7 (1893), 234 f.

Das Reichsgericht setzte sich vor Einführung des BGB hingegen nur an drei Stellen vertieft mit Frage der Gesetzesumgehung auseinander. Man verteidigte die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte gegen den Einwand der Umgehung verschiedener Gesetze:

Mit der Entscheidung vom 10.1.1885 lehnte der I. Zivilsenat die Umgehung des § 3 der mecklenburgischen Ausführungsverordnung zur KO ab.

Am 4.12.1886 folgte die Widerlegung, dass die Sicherungszession der in § 288 des preußischen A.L.R. I.20 normierte Anzeigepflicht an den Drittschuldner für eine Forderungsverpfändung zuwiderlaufe. Wie schon im zuvor genannten Urteil, berief man sich auch hier auf die Möglichkeit, die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung als einen alternativen Weg der Sicherung zu wählen, für den lediglich andere Voraussetzungen gelten würden.

Schließlich bestätigte der VI. Senat dies am 2.6.1890 auch für die Umgehung der in § 14 EinfG KO normierten Pflicht, den körperlichen Gewahrsam zu übertragen. Die Norm nenne nur Bedingungen für ein absonderungsberechtigtes Pfandrecht.

Im Ergebnis stimmte das Reichsgericht mit der Meinung von Leonhard, Linckelmann, Kohler und weiteren überein, wenn auch seine Argumentation mehr dogmatische und weniger wirtschaftliche Gesichtspunkte beleuchtete. An dieser Einschätzung änderte sich auch nach Einführung des BGB nichts. Das Reichsgericht ergänzte lediglich in zwei weiteren Entscheidungen § 233 Abs. 2 BGB sowie die Motive zum BGB als weitere Argumente für die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte.

Mit der bereits besprochenen Entscheidung vom 10.10.1903 (Abschnitt A<sup>574</sup>) waren die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung schließlich in ihren Grundformen anerkannte Rechtsinstitute des BGB geworden. Auf Grundlage dieser Rechtslage wandte sich das Reichsgericht anschließend der Frage nach der Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen (Vorauszession), sowie ein paar Jahrzehnte später, nach der Wirksamkeit der Übertragung wechselnder, revolvingierender Forderungsbestände, wie insbesondere der Globalzession zu.

---

<sup>574</sup> Vgl. II. Kapitel, Abschnitt. A, S. 31 ff.

## D. Die Behandlung der Sicherungszession in der Konkursordnung von 1877

Bevor wir uns der *zweiten*, ab ca. 1903 beginnenden *Phase*<sup>575</sup> der Rechtsprechung über die Vorauszession zuwenden, betrachten wir zunächst die Sicherungszession und die Sicherungsübereignung im Konkursverfahren auf der Grundlage der Reichskonkursordnung von 1877. Ihre Bedeutung gewannen sie als Kreditsicherheiten insbesondere im Konkursverfahren, meist für den Fall eines zahlungsunfähig gewordenen Schuldners. Ohne eine genaue Erörterung der speziell sich für die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte im Konkurs ergebenden Rechtsfragen, würde man einerseits ihrer wirtschaftlichen Tragweite in Krisenzeiten nicht gerecht werden. Andererseits würde man die erheblichen Auswirkungen für das Konkursverfahren damit vernachlässigen oder sogar übersehen. Welche konkursrechtlichen Schwierigkeiten diese Institute für die Rechtsprechung mit sich brachten, zeigt schon der Blick auf die Fülle von Entscheidungen, die primär die Rolle der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung im Konkurs behandelten.<sup>576</sup>

Nach einem Überblick über das Konkursrecht der Reichskonkursordnung von 1877, sollen anschließend ihre Wirkungen in zwei Fallkonstellationen untersucht werden: Als erstes die Rechtsstellung des Gläubigers als Sicherungsnehmer im Konkurs seines Kreditschuldners als Sicherungsgeber, sowie als zweites den umgekehrten Fall, der Rechtsposition des Sicherungsgebers bei Bankrott des Sicherungsnehmers.<sup>577</sup>

### I. Die Reichskonkursordnung von 1877

Um den jahrzehntelang bestehenden Wunsch nach einer Vereinheitlichung des Konkursrechts im Deutschen Reich gerecht zu werden, verkündete der Reichsjustizgesetzgeber am

---

<sup>575</sup> Zur Definition der *zweiten Phase* der Rechtsprechung, s.o. S. 11.

<sup>576</sup> Vgl. insb. für: 1. Konkurs des S.G.: ROHG, Urteil vom 1.5.1877, ROHGE 22 (1878), 65 (Stellung des Pfandgläubiger im Konkurs); RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200 (Umgehung von § 14 EinfG KO verneint); Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 399 (Gesetzesumgehung von § 15 EinfG KO verneint); Urteil vom 5.3.1887 – I. 23/87, RGZ 19, 59 (Aus-, Absonderungsrecht Hypothekenforderung); Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24,45 (Aus-/Absonderungsrecht bei S.Z. als Grundsatzurteil); Urteil vom 19.10.1909 – VII. 409/07, Warn 1910, 38 (39 f.); OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.10.1909, DJZ 1909, 90 (Anfechtbarkeit einer S.Ü. im Konkurs);

2. Konkurs des S.N.: RG, Urteil vom 18.6.1890 – I. 143/90, SeuffA 46 (1891), 144 Nr. 99 (Indossament im K. des Treugebers; Arg. § 368 Abs. 2 HGB); Urteil vom 30.6.1892 – IV. 134/92, Gruchot 37 (1893), 119; Urteil vom 21.5.1895 – III. 55/95, RGZ 35, 77 (Indossament im K. des Treugebers); Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80 (Aus-, Absonderungsrecht bei S.Z. im K. d. Treuhänders); Urteil vom 19.9.1909 – VII. 409/07, Warn 1910, 38 (formelles/materielles Eigentum); Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 277 (formelles/materielles Eigentum).

<sup>577</sup> Vgl. vorstehende Fn.

10.2.1877<sup>578</sup> die am 1.10.1879 in Kraft getretene Reichskonkursordnung (KO).<sup>579</sup> Wie Josef Kohler 1881 schreibt, soll sie „durch klaren Aufbau, energische Entwicklung der richtigen und zuträglichen Prinzipien, sowie durch einfache und schlichte Sprache“ das Konkursverfahren im Reich einheitlich und abschließend regeln.<sup>580</sup> Denn gerade die Rechtszersplitterung im Reich sah man als Ursache für die Rechtsunsicherheit und als eine Störung des Handels.<sup>581</sup> In der Literatur galt die Konkursordnung als besonders gelungenes Gesetz<sup>582</sup> und fand weitreichenden Zuspruch unter den Juristen und Sachverständigen.<sup>583</sup> Auf Grundlage der preußischen Konkursordnung von 1855 erarbeitete Carl Hagens den Entwurf<sup>584</sup> eines „Gesamtvollstreckungsverfahrens“, das anstatt vieler Einzelzwangsvollstreckungsverfahren zugunsten einzelner Gläubiger, ein einheitliches und gleichmäßiges Befriedigungsverfahren für alle Gläubiger bereithielt. Es beruhte auf dem Prinzip der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger entsprechend ihrer Quote.<sup>585</sup> Der Entwurf wurde durch eine vom Reichstag eingesetzte Kommission in zwei Lesungen überwiegend formal überarbeitet und schließlich in der dritten Lesung am 21.12.1876 vom Reichstag als „Konkursordnung“ einstimmig angenommen.<sup>586</sup> Die Konkursordnung erfuhr während ihrer gesamten Geltungsdauer lediglich kleinere Änderungen, so vor allem durch die Anpassung an das BGB, in der Novelle von 1898.<sup>587</sup> Trotz ökonomischen und politischen Veränderungen in Deutschland, blieb sie in den Krisenjahren zu Beginn des 20. Jahrhunderts, sowie auch während der NS-Zeit und den Nachkriegsjahren im Wesentlichen unverändert.<sup>588</sup> Sie war während ihrer Wirkungsdauer

---

<sup>578</sup> RGBI. 1877, Nr. 10, S. 351–389.

<sup>579</sup> Vgl. zur Einführung in die KO: *König*, Das Konkursverfahren nach der Reichs-Konkursordnung vom 10. Februar 1877, 1879; *Willenbücher*, Die Reichs-Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz, 1909; Vgl. zur Entstehungsgeschichte: *Meier*, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, 2003; Vgl. zur rechtshistor. Bewertung der KO mit Bezügen zur InsO insb. *Falk*, Konkursübel, ZRG GA (2014), 266 ff.

<sup>580</sup> *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891, S. 64 (Zitat); *Jaeger*, KO-Kom., 2. Aufl. 1904, Einleitung S. XII.

<sup>581</sup> *Jaeger*, DJZ 1904, Sp. 903/904–911/912 (903 f.).

<sup>582</sup> Nach *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891, S. 64 wurde „die Konkursordnung allgemein als das gelungenste der vier Reichsjustizgesetze erachtet.“ Bestätigend lobte der Rechtshistoriker *Franz Wieacker* sie später als „eines der besten, wenn nicht das beste deutsche Reichsgesetz des 19. Jh.s“, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967.; vgl. *Falk*, Konkursübel, S. 270.

<sup>583</sup> *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891, S. 64; *Wolff*, KO-Kom., 1. Aufl. 1900, Einleitung, S. IX ff.; *Jaeger*, DJZ 1904, Sp. 903/904–911/912 (905 ff.); *Petersen* in: *Kleinfeller*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1912, § 4, S. 8 f.; vgl. auch *Falk*, Konkursübel, S. 270 ff. m.w.N.; *Meier*, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, 2003, S. 196 f.; Später hingegen wurde die KO häufiger auch kritisiert, vgl. hierzu ausführlich *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck* 100 Jahre KO (FS), S. 19 ff., sowie S. 19 Fn. 48 m.w.N. der Kritiker ab 1930. *Uhlenbrucks* eigene Kritik an der KO als angeblich sanierungsfeindlich (*Uhlenbruck*, NJW 1975, 902 f.) hat jedoch *Falk*, Konkursübel, 2014, S. 268 ff., 312 überzeugend widerlegt.

<sup>584</sup> *Lent* in: *Jaeger*, KO-Kom., Bd. 1, 8. Aufl. 1958, Einleitung S. XLV.

<sup>585</sup> *Jaeger*, Konkursrecht, 1924, S. 1; *Petersen*, in: *Kleinfeller*, KO-Kom., 3. Aufl. 1892, Einleitung S. 1.

<sup>586</sup> *Lent* in: *Jaeger*, KO-Kom., Bd. 1, 8. Aufl. 1958, Einleitung S. XLV.

<sup>587</sup> RGBI. 1898, Nr. 25, S. 612–665.

<sup>588</sup> *Lent* in: *Jaeger*, KO-Kom., Bd. 1, 8. Aufl. 1958, Einleitung S. XLVI f.

jedoch kein starres Gebilde, sondern man passte sie durch einer den Umständen entsprechenden Handhabung der gesetzlichen Vorschriften an die neuen rechtlichen Ideen und Strömungen, sowie an die tiefgreifenden Veränderungen im politischen, wirtschaftlichen und sozialen Bereich an.<sup>589</sup> In der Form von 1898<sup>590</sup> galt die Konkursordnung über 100 Jahre lang bis zur Einführung ihres Nachfolgers, der Insolvenzordnung am 1.1.1999.

## **1. Die Rechtslage im Deutschen Kaiserreich**

Das Bestreben nach einer einheitlichen Regelung des Konkursrechts ist bereits nach der Gründung des Norddeutschen Bundes 1866/67 laut geworden. Das Problem bestand in der Zersplitterung des Rechts. Diese ergab sich, zum einen aus den vielen verschiedenen Vorrechtsordnungen, schwerwiegenden Unterschieden bei den Pfandrechten, sowie völlig diversen Vorschriften des ehelichen Güterrechts und zum anderen, aus dem Mangel einer gemeinsamen Gerichtsverfassung und Prozessordnung. Zudem hatten lediglich die Staaten Preußen, Bayern, Baden, Oldenburg, Braunschweig und die Hansestädte eine eigene Konkursordnung erlassen.<sup>591</sup>

## **2. Wirtschaftslage im Kaiserreich – eine Konkursordnung für das Deutsche Reich wird notwendig**

In den Jahren von 1843 bis 1873 dauerte eine Phase beispiellosen wirtschaftlichen Wachstums an,<sup>592</sup> die jedoch mit der Gründerkrise 1873<sup>593</sup> ein Ende fand. Es folgte eine über 20 Jahre andauernde Periode wirtschaftlicher Stagnation und Niedergangs („große Depression“).<sup>594</sup> Die von 1873 bis 1896 andauernde Krise erreichte eine bis dahin noch nicht gesehene Intensität.<sup>595</sup> Die gesamte Volkswirtschaft war über 20 Jahre hinweg vom Strudel der Rezession ergriffen. Folglich gerieten viele Unternehmen in die Zahlungsunfähigkeit<sup>596</sup> und das Konkursrecht

---

<sup>589</sup> v. *Danckelmann*, Aus- und Absonderungsrecht im deutschen Konkursrecht, 2008, S. 123.

<sup>590</sup> Konkursnovelle mit Einführungsgesetz vom 17. Mai 1898, bekannt gemacht am 20. Mai 1898, vgl. *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 64.

<sup>591</sup> *Lent* in: Jaeger, KO-Kom., Bd. 1, 8. Aufl. 1958, Einleitung S. XLV; Vgl. zur Rechtslage vor der Konkursordnung auch die Anlage I von *Hahn*, Motive IV.

<sup>592</sup> Vgl. *Borchardt* in: Zorn (Hg.) Bd. 2, S. 198 ff, S. 208.

<sup>593</sup> *Kellenbenz*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, Bd. 2, S. 171 f.; *Borchardt* in: Zorn (Hg.) Bd. 2, S. 198 ff.; *Lütge*, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 1960, S. 444 ff.

<sup>594</sup> Vgl. *Henning*, Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands, Bd. 2, 2003, S. 792 ff., 804 ff.

<sup>595</sup> Vgl. *Borchardt* in: Zorn (Hg.) Bd. 2, S. 265 ff.

<sup>596</sup> Zu den Konkurszahlen vgl. Fn. 598.

gewann enorm an Bedeutung für die Rechts- und Wirtschaftsordnung.<sup>597</sup> Das zeigte sich auch an einem enormen Anstieg von Konkursverfahren im Deutschen Kaiserreich.<sup>598</sup> Einen Beleg hierfür finden wir in der vom Reichjustizamt regelmäßig veröffentlichten deutschen Justizstatistik, welche die von den Oberlandesgerichten mitgeteilten Geschäftszahlen der zugeordneten Amtsgerichte zugrunde legte.<sup>599</sup> Seit Beginn ihrer Aufzeichnung im Jahr 1881 bis zum Hochpunkt in 1901, verdoppelte sich die Anzahl der bei den Amtsgerichten anhängig gewordenen Konkursverfahren von 6.222 auf 12.951. Erst in den darauffolgenden Jahren (ab 1902) gingen die beantragten Konkursverfahren wieder leicht zurück.<sup>600</sup> Das Konkursrecht hatte zum Ende des 19. Jahrhunderts Hochkonjunktur.<sup>601</sup> Erst 1896 bis 1913 folgte wieder eine Phase wirtschaftlicher Erholung im Reich.<sup>602</sup>

### 3. Das Konkursrecht als soziale Frage

Zudem stellte sich der Konkurs als ein komplizierter Ausgleich von verschiedenen juristischen und wirtschaftlichen Interessen dar,<sup>603</sup> den es im Reich zwingend einheitlich und abschließend zu regeln galt. Der Konkurs und das Konkursverfahren hatte in der Regel zahlreiche und erhebliche Auswirkungen auf die Vermögensverhältnisse der Beteiligten.<sup>604</sup> Die widerstreitenden Interessen der Beteiligten besaßen folgendes Konfliktpotenzial: Die Gläubiger standen vor dem Problem, wie sie bei ständiger Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ihre offenen Forderungsbeträge erhalten konnten.<sup>605</sup> Im Fall einer für die Eröffnung des

---

<sup>597</sup> Ein Schwerpunkt der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (15,8 %) entfiel auf den Bereich der Gerichtsverfassung und die Verfahren in Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit. Hiervon beschäftigten sich 61,1 % mit der KO und 24,9 % mit dem AnfG. *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 64, 49 ff.

<sup>598</sup> Konkursstatistiken bei: *Kling*, Konkurs, insb. S. 232 Abb. 6 (Daten basierend auf Deutschen Reichsanzeiger, dem amtl. Verkündungsblatt; digitalisiert und zur Recherche abrufbar: <https://digi.bib.uni-mannheim.de/periodika/konkursdatenbank/>) sowie *Hesse*, Konkursstatistik, in: *Jahrbücher der Nationalökonomie und Statistik* 90 (1908), S. 64 ff., insb. 69 ff. (Daten basierend auf deutschen Justizstatistik). Nach *Kling* weichen die erhobenen Daten kaum voneinander ab, Konkurs, S. 249 f.

<sup>599</sup> *Hesse*, Konkursstatistik, in: *Jahrbücher der Nationalökonomie und Statistik* 90 (1908), S. 64 f.

<sup>600</sup> Dies zeigt die Tabelle I bei *Hesse*, Konkursstatistik, in: *Jahrbücher der Nationalökonomie und Statistik* 90 (1908), S. 69 für die anhängigen Verfahren sehr deutlich. Ähnliches Ergebnis ergibt sich auch für die eröffneten Verfahren bei *Kling*, Konkurs, S. 232 Abbildung 6. Allerdings sinkt die Quote der eröffneten im Verhältnis zu den anhängigen Verfahren von 82,4 % (1881) auf 68,7 % (1901) ab, vgl. Tabelle I (*Hesse*, S. 69). Die fiduziarischen Sicherheiten könnten hierfür bereits verantwortlich sein.

<sup>601</sup> Vgl. *Falk*, INDat Report 08\_2018, 68 (70).

<sup>602</sup> *Kellenbenz*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, Band 2, S. 313 ff.

<sup>603</sup> Vgl. *Gerhardt*, Aspekte zur Wechselwirkung zwischen Konkursrecht und Wirtschaftsleben, in: FS Weber 1975, S. 181–196; *Becker*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 1.

<sup>604</sup> *Falk*, Konkursübel, S. 278 ff.; Vgl. i.Ü. *Zech*, Die soziale Frage im Konkursrecht 1879–1900, 2012, S. 23 f.

<sup>605</sup> Vgl. *Falk*, Konkursübel, S. 280, 284 ff. sowie *Uhlenbruck*, DZWIR 17 (2007), S. 1 ff. je mit Überblick über die Geschichte des Konkursrechts.

Konkursverfahrens ausreichender Konkursmasse, musste die Verteilung unter den verschiedenen Gläubigern bestimmt sein. Für den Schuldner war der Konkurs ein weitreichender Eingriff in seine Rechtsstellung,<sup>606</sup> da er seine letzten Vermögensrechte verlor. Schließlich war der Konkurs für die gesamte Volkswirtschaft schädlich.<sup>607</sup> Denn das Konkursverfahren schadete nicht nur dem Ansehen des Wirtschaftsstandortes,<sup>608</sup> sondern zerschlug mit dem Unternehmen auch volkswirtschaftlich nutzbare Werte.<sup>609</sup> Der Konkurs beeinträchtigte damit auch die Interessen der Allgemeinheit.<sup>610</sup> Vor diesem Hintergrund war es die Aufgabe der Rechtsordnung, die verschiedenen widerstreitenden Interessen in einem geordneten Konkursverfahren auszugleichen.<sup>611</sup> Auf diese Weise sollte die Anwendung von Selbsthilfe seitens der Gläubiger vermieden und der Rechtsfrieden gewahrt werden.<sup>612</sup>

## **II. Die Behandlung der fiduziarischen Sicherheiten nach der neuen Reichskonkursordnung von 1877 und 1898**

Insbesondere interessiert uns die Frage, welche Rolle die fiduziarischen Sicherheiten im Konkursverfahren nach der Reichskonkursordnung von 1877 und ihrer Novelle von 1898 spielten.

### **1. Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte**

Leider findet sich in der Reichskonkursordnung (KO) keine gesetzliche Regelung. Die fiduziarischen Sicherheiten werden in der Konkursordnung und deren Einführungsgesetz nicht genannt. Vielmehr blieb für den Rechtsanwender nur die Möglichkeit, auf die allgemeinen Regelungen zur Aussonderung nach §§ 35 ff. KO a.F., bzw. §§ 43 ff. KO n.F. und zur Absonderung nach §§ 39 ff. KO a.F. bzw. §§ 47 ff. KO n.F. zurückzugreifen. Je nach ihrer juristischen Qualifizierung als Vollrecht oder als Pfandrecht des Sicherungsnehmers, kam ein Aussonderungs-, Absonderungsrecht, oder auch denkbar, keinerlei Anerkennung einer konkursrechtlichen Privilegierung infrage.

---

<sup>606</sup> Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 304 ff.

<sup>607</sup> Vgl. Eickmann, Konkurs- und Vergleichsrecht, S. 20 f.

<sup>608</sup> Vollmershausen, Vom Konkursprozess zum Marktberäumungsverfahren, S. 308 ff.

<sup>609</sup> Vgl. Falk, Konkursübel, S. 280, 306, 312, 314 f.

<sup>610</sup> Borrmann, ZRG GA 139 (2022), 429 (430).

<sup>611</sup> Falk, Konkursübel, S. 280.

<sup>612</sup> Becker, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn.1, S. 2 f.; Puchta, Ueber den Conkursprozeß, § 20, S. 43 f.; Stürner/Bauer, Insolvenzrecht, 1991, § 1, S. 1 ff.

Im Konkursverfahren erfuhr grundsätzlich der *aussonderungsberechtigte Gläubiger* den weitestgehenden Schutz. Das Konzept des Aussonderungsrecht bestand darin, dem berechtigten Gläubiger eine im Besitz des Schuldners befindliche Sache, nicht zur Verwertung zugunsten der Drittgläubiger zu überlassen.<sup>613</sup> Die Verwertung des Eigentums wäre ein rechtswidriger Eingriff in die Vermögenssphäre des berechtigten Gläubigers gewesen.<sup>614</sup> Es ging um die Verteidigung eines massefremden Rechts eines Dritten,<sup>615</sup> das ungewollt in die Konkursmasse geriet.<sup>616</sup> Für dessen Schutz sah der Gesetzgeber drei Tatbestände vor: Insbesondere für die Frage der fiduziarischen Geschäfte relevant, das allgemeine Aussonderungsrecht nach § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F., sowie die hier vernachlässigbaren, beiden speziellen Aussonderungsrechte des Verkäufers nach § 36 KO a.F., bzw. § 44 KO n.F. und der Ehefrau nach § 37 KO a.F., bzw. § 45 KO n.F.

Weniger weit reichte dagegen der Schutz einer *abgesonderten Befriedigung* nach §§ 39 ff. KO a.F. bzw. § 47 ff. KO a.F. Der absonderungsberechtigte Gläubiger erhielt nicht, wie bei einem Aussonderungsrecht, die Herausgabe des Gegenstandes, sondern nach der Verwertung des Sicherungsgegenstandes durch den Konkursverwalter eine vorzugsweise Befriedigung vor den sonstigen, nicht privilegierten Konkursgläubigern. Das Absonderungsrecht wollte den wirtschaftlichen Wert einer Sache, Forderung oder sonstigen Rechts schützen, der sich in der Konkursmasse befand, obwohl ein bestimmter Gläubiger ein Verwertungsrecht hieran hatte.<sup>617</sup> Der Gesetzgeber entschloss sich daher für die grundsätzliche Anerkennung von Vorzugsrechten im Konkurs.<sup>618</sup> Dafür schuf er drei Regelungen: Die Absonderung für Grundpfandrechte in § 39 KO a.F., bzw. § 47 KO n.F., sowie für bewegliche Sachen die Absonderung von vertraglichen Pfandrechten in § 40 KO a.F., bzw. § 48 KO n.F. und von gesetzlichen Pfandrechten in § 41 KO a.F., bzw. § 49 KO n.F.

Die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte wurden gesetzlich nicht geregelt. Aufgrund ihrer wirtschaftlichen Ähnlichkeit zu den vertraglichen Pfandrechten, kam ein Absonderungsrecht aus § 40 KO a.F., bzw. § 48 KO n.F. i.V.m. §§ 14, 15 EinfG KO in Betracht. Allerdings akzeptierte man Pfandrechte an beweglichen Sachen nur eingeschränkt nach § 40 KO a.F., bzw.

---

<sup>613</sup> Vgl. *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 155 ff; *Lent* in: Jaeger, KO-Kom., Bd. 1, 8. Aufl. 1958, § 43 Anm. 1, S. 598 f.

<sup>614</sup> *Seuffert*, Deutsches Konkursprozessrecht, 1899, § 16, S. 89 f.

<sup>615</sup> *Kilger/Schmidt*, Konkursordnung, § 43 Nr. 1, S. 253 f.

<sup>616</sup> Vgl. zum Ganzen: *Hahn*, Motive IV, S. 157.

<sup>617</sup> *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 155 ff.

<sup>618</sup> Vgl. *Hahn*, Motive IV, S. 185.

§ 48 KO n.F., wenn es sich um ein Faustpfandrecht handelte. Dies stand bei fiduziarischen Rechtsgeschäften jedoch in Frage. Alle anderen nur vertraglich vereinbarten Pfandrechte blieben dagegen im Konkurs unberücksichtigt. Der Grund für die Einführung des Faustpfandprinzips war, die Gläubiger vor der Existenz nicht erkennbarer Vertragspfandrechte zu schützen. Damit wollte man die Kreditvergabe absichern, den Handel fördern<sup>619</sup> und so letztlich der Wirtschaft zum Wachstum verhelfen.

## **2. Findet sich die Lösung des Gesetzgebers in den Motiven zur Reichskonkursordnung?**

Wie gesehen, findet sich in der Konkursordnung keine gesetzliche Regelung zur konkursrechtlichen Behandlung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte. Hatte der Gesetzgeber sie übersehen oder wenn nicht, weshalb hatte man für sie keine Bestimmung getroffen?

Dem Gesetzgeber der Reichskonkursordnung war die Problematik einer möglichen Gesetzesumgehung durch die Sicherungsübereignung nicht verborgen<sup>620</sup> geblieben.<sup>621</sup> Mehrmals konfrontierte man ihn mit der Gefahr. Als erster warnte der Reichstagsabgeordnete und spätere Richter am Reichsgericht, *Dr. Otto Bähr* bereits in der ersten Beratung des Plenums davor, den Sicherungskauf bei der Fassung des § 24 Nr. 1 KO, bzw. den gleichlautenden § 3 Nr. 1 Anfechtungsgesetz (AnfG) wegen Benachteiligung der Konkursgläubiger als anfechtbares Rechtsgeschäft zu vergessen.<sup>622</sup> In der Begründung zum Gesetzesentwurf wollten ihre Verfasser hingegen einen Eigentumsübergang ohne Besitzübertragung, insbesondere mittels *constitutum possessorium*, nicht unter § 24 Nr. 1 KO, bzw. § 3 Nr. 1 AnfG subsumieren. Man sah es „als sachwidrigen Eingriff in das bürgerliche Recht und als eine meist ungerechtfertigte Verkehrsbeschränkung“ an.<sup>623</sup>

Aus seiner Erfahrung als Richter am Reichsgericht, wies Bähr darauf hin, dass nach Einführung des preußischen Verbots über die Bestellung von Mobilienhypotheken es üblich geworden sei, stattdessen Sicherungskäufe zu vereinbaren. Das Verbot der Mobilienhypothek

---

<sup>619</sup> Vgl. *Hahn*, Motive IV, S. 192 ff., S. 184 ff.

<sup>620</sup> Ebenso *Hromodka*, für den der Gesetzgeber bei der konkursrechtlichen Behandlung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte eine „klägliche Rolle“ gespielt habe. Zustimmung *Kling*, Konkurs, S. 356.

<sup>621</sup> Auch die Problematik, wie der Sicherungsgeber im Konkurs des Sicherungsnehmers behandelt bzw. ihm ein Aussonderungsrecht zustehen sollte oder nicht, wollte der Gesetzgeber trotz Kenntnis des Problems nicht eindeutig regeln, s. u. S. 133 ff.

<sup>622</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 759.

<sup>623</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 740.

werde so „paralysiert“. Aber auch die Konkursordnung gehe von der Unwirksamkeit einer Mobiliarhypothek aus, indem sie ihnen (den Mobiliarhypotheken) kein Vorzugsrecht gewähre. Nur einem Faustpfand stand ein Absonderungsrecht nach § 40 KO i.V.m. §§ 14, 15 EinfG KO zu. Daher dienten diese Geschäfte dazu, „ein Loch in unsere Konkursordnung zu machen.“ Folglich müsse man diese Problematik bei der Gestaltung von § 23 Nr. 1 KO bzw. § 3 Nr. 1 AnfG zur Bekämpfung von „betrügerischen Veräußerungen“ zwingend regeln, forderte Bähr demonstrativ.<sup>624</sup>

Eindrucksvoll benannte Bähr nicht nur die typische Motivlage der Vertragsparteien für den Abschluss einer Sicherungsübereignung, sondern insbesondere auch ihre Bedeutung für den Erfolg eines funktionierenden Konkursverfahrens. Er erkannte bereits folgendes Verhältnis, das zwischen dem materiellen Recht und der konkursrechtlichen Privilegien von Aus- und Absonderung bestand: Nach der Konzeption der Konkursordnung definierten grundsätzlich die bürgerlichen Eigentums- und Pfandgesetze der deutschen Partikularstaaten beziehungsweise ab 1900 das BGB, unter welchen Voraussetzungen diese Rechte bestanden. Darauf aufbauend gewährte die Konkursordnung in §§ 35 ff. a.F. und §§ 39 ff. KO a.F. ein Aus- und Absonderungsrecht oder, wie gesehen, in § 24 Nr. 1 KO bzw. § 3 Nr. 1 AnfG ein Anfechtungsrecht. Die Konkursordnung war hier in Abhängigkeit der materiellen Gesetze konstruiert. Die Konkursordnung setzte an der Stelle an, wo das bürgerliche Recht schützenswerte Eigentums- und Pfandrechte definiert hatte.<sup>625</sup> Jedoch konnten auch allein für das Konkursrecht geltende Abweichungen, also geringere oder höhere Voraussetzung für ein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht festgelegt werden.<sup>626</sup> Wenn aber wie bei den fiduziarischen Sicherungsgeschäften nach materiellem Recht diese nicht definiert und infolgedessen auch für das Konkursrecht unklar war, ob es sich um Eigentum, um ein Pfandrecht oder um ein rechtlich nicht anzuerkennendes Geschäft handelte, so hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, eine eigene speziell konkursrechtliche Regelung zu treffen. Nach Bähres Ansicht hätte die Konkursordnung den fiduziarischen Sicherungsgeschäften die konkursrechtliche Privilegierung versagen bzw. sie anfechtbar gestalten müssen, sonst rissen diese ein „Loch in die Konkursordnung“.<sup>627</sup> Dahinter verbarg sich die Befürchtung, dass das System von privilegierten und nicht privilegierten Konkursgläubigern empfindlich gestört würde, wenn man diesen Rechtsgeschäften einen

---

<sup>624</sup> Hahn, Motive IV, S. 759 (alle Zitate).

<sup>625</sup> S. o. S. 107 f.

<sup>626</sup> Vgl. Hahn, Motive IV, S. 160, 187 f., 191 f.

<sup>627</sup> Vgl. Hahn, Motive IV, S. 759.

Vorzug im Konkurs einräumte. Dies würde die ohnehin bescheidene Konkursmasse weiter schmälern und träfe die ungesicherten Konkursgläubiger und damit den Kreditverkehr erheblich.

In die gleiche Richtung zielten auch die Bedenken des Reichstagsabgeordneten und späteren Reichsoberhandels- und Reichsgerichtsrats *August Hullmann*.<sup>628</sup> In der ersten Lesung der Kommission des Reichstages, warnte Hullmann den Gesetzgeber eindringlich vor der Gefahr, die von der Sicherungsübereignung ausgehe. Im Rahmen der Diskussion um ein absonderungsberechtigtes Vertragspfandrecht nach § 40 KO a.F., formulierte er vorausschauend den Verdacht, dass das in §§ 14, 15 EinfG KO niedergeschriebene Faustpfandprinzip „dadurch umgangen werden könnte, dass der Gemeinschuldner die Verpfändung in Form eines Verkaufs mit dem Vorbehalt des Rückkaufs [Sicherungskaufs] einkleide.“<sup>629</sup> Er fragte insbesondere besorgt, ob man die ungesicherten Konkursgläubiger, zu deren Schutz man das Faustpfandprinzip als zentrales Prinzip dieser Gesetze auserkoren hatte, nicht vor solchen Sicherungsübertragungen mit Hilfe einer gesonderten Regelung schützen müsse.<sup>630</sup>

Hullmann traf mit seinen Bedenken den Kern des Problems, nämlich dass der Konkurschuldner mittels der Sicherungsübertragungen heimlich die Konkursmasse zulasten der anderen, ungeschützten Gläubiger schmälerte. Allerdings unterschätzte man seitens des Gesetzgebers die Dimension dieser Gefahr. Der Regierungsrat Carl Hagens<sup>631</sup> tat in seiner Antwort die Bedenken Hullmanns damit ab, dass die meisten Landesgesetze ein *constitutum possessorium* nur mit beschränkter Wirksamkeit zuließen. Außerdem seien die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte „immer eine Seltenheit“ und betreffen „nur einzelne Sachen“, sodass der Ausschluss dieser Geschäfte nicht dringend genug sei, um in das Zivilrecht einzugreifen.<sup>632</sup> Tatsächlich hatte sich ihre Relevanz für den Kreditverkehr jedoch bereits in zahlreichen obergerichtlichen Entscheidungen gezeigt.<sup>633</sup> Außerdem warnten die beiden Abgeordneten

---

<sup>628</sup> Heinrich Gerhard August Hullmann verfasste auch einen der ersten Kommentare zur KO: Kommentar zur Konkursordnung für das Deutsche Reich, Nördlingen 1879. Hierzu und zur Bespr. der Fundstelle siehe insb. *Falk/Kling*, German Bankruptcy Act, S. 236 f. und *Kling*, Konkurs, S. 357, 356 ff.

<sup>629</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 548.

<sup>630</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 548.

<sup>631</sup> Carl von Hagens war hier als Vertreter des Bundesrats anwesend, *Kling*, Konkurs, S. 357.

<sup>632</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 548.

<sup>633</sup> Neben den obersten Landesgerichten hatte sich auch das Reichsoberhandelsgericht bereits viele Male mit der S.Ü. beschäftigt. Vgl. zu den Entscheidungen: *Kleene*, Orientierung, S. 227 f.; Auch nach *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 162 f. waren sie aus dem „Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken“.

Bähr und Hullmann unabhängig voneinander, eindringlich vor den weitreichenden Konsequenzen für die Konkursordnung. Auch erscheint das Argument, es betreffe „nur einzelne Sachen“ wenig überzeugend. Den Verfassern der Konkursordnung sollte nicht verborgen geblieben sein, dass die übertragenen Gegenstände meist wertvoll waren und einen Großteil des Vermögens der Sicherungsgeber ausmachten. Wie die reichsgerichtlichen Entscheidungen zeigen, übereigneten häufig Bauern als Sicherheit ihre Viehherden, kleineren Gewerbetreibende, wie Weber ihre Webstühle oder Kleinindustrielle ihre Dampfmaschinen.<sup>634</sup> Im Ergebnis lehnte der Gesetzgeber jedenfalls bewusst eine ausdrückliche Regelung der Sicherungsübereignung und Sicherungszession in der Konkursordnung ab und verkannte auch nach damaligem Kenntnisstand in fahrlässiger und grundlegender Weise die Bedeutung dieser Rechtsinstitute für die Konkurspraxis.<sup>635</sup>

Doch drängt sich die Frage auf, weshalb Hagens so unbekümmert über die kritischen Nachfragen kundiger Konkursrechtler, wie Bähr<sup>636</sup> und Hullmann<sup>637</sup> hinwegging. Kling<sup>638</sup> präsentiert hierzu folgende aufschlussreiche These: Als preußische Juristen fehlte Carl Hagens und aller anderen Verfassern der Reichskonkursordnung das Verständnis für die Dimension des Problems.<sup>639</sup> Denn in Preußen wäre das Problem der Sicherungsübereignung kaum relevant gewesen. Das Faustpfandprinzip sowie die Schutzmaßnahmen gegen dessen Umgehung waren im preußischen Zivilrecht schon zu Zeiten der preußischen Konkursordnung von 1855 verankert.<sup>640</sup> Zur Erstellung des Entwurfs zur Reichskonkursordnung habe Hagens als preußischer Ministerialbeamter, laut Kling, zudem lediglich eine Vielzahl von Gutachten und Stellungnahmen preußischer Justizbehörden gelesen. Auch zeigten seine hier aufgezeigten Ablehnungsgründe, dass er fest vom preußischen Privat- und Konkursrecht ausging.<sup>641</sup> Aus der Sicht Hagens schien daher die Gefahr der fiduziarischen Sicherheiten zunächst vernachlässigbar.<sup>642</sup>

Doch auch vor diesem Hintergrund bleibt der Vorwurf der fahrlässigen Missachtung der Problematik bestehen. Nach den eindringlichen Warnungen von Bähr und Hullmann hätten die

---

<sup>634</sup> Z.B.: Im Urteil des RG vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8 als die Sicherungsgeber ihre Viehherden für 7200 Taler verkauften; So bereits *Luig*, Das BGB und seine Richter, S. 391 und *Hromadka*, Faustpfandprinzip, S. 135 ff.

<sup>635</sup> Ebenso kritisch bereits *Kling*, Konkurs, S. 358.

<sup>636</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 759.

<sup>637</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 548.

<sup>638</sup> *Kling*, Materielles und Verfahrensrecht im Konkurs, Dis. 2019 (im Druck).

<sup>639</sup> Alle bislang bekannten Verfasser der KO waren preußische Juristen, *Kling*, Konkurs, S. 358 Fn. 1216.

<sup>640</sup> *Kling*, Konkurs, S. 359 f.; vgl. weitere Ausführungen zum preußischen Privatrecht *Kling*, Konkurs, S. 360 f.

<sup>641</sup> *Kling*, Konkurs, S. 360 f.

<sup>642</sup> *Kling*, Konkurs, S. 359, 361. Auch seine Begründung zeigte, dass Hagens fest im preuß.

Verfasser zumindest selbstkritisch die Risiken für das nichtpreußische Privatrecht überprüfen müssen. Eine Beschränkung des Blicks auf das preußische Zivil- und Konkursrecht griff zu kurz. Fortan wurde es daher zur Aufgabe der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung eine Lösung des Problems zu finden.

### **3. Die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers und des Sicherungsgebers im Falle des Konkurses des jeweiligen Vertragspartners**

Besondere Bedeutung kam der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung im Konkurs zu, wenn es also um ihre dortige Sicherungswirkung ging. Dabei waren die folgenden zwei Fallkonstellationen grundsätzlich denkbar: Zum einen der typische und in der Praxis häufiger vorkommende Fall, dass der Sicherungsgeber als Treugeber in Konkurs ging. Zum anderen der Fall, dass der Sicherungsnehmer als Treuhänder<sup>643</sup> zahlungsunfähig wurde. Für beide Konstellation mussten Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nun praxistaugliche Lösungen entwickeln. Sie werden nun genau untersucht.

#### **a) Die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers im Konkurs des Sicherungsgebers: Die Lösungsansätze von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung**

##### ***aa) Der Lösungsvorschlag der Rechtswissenschaft***

Für die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers im Fall des Konkurses des Sicherungsgebers fand sich Ende des 19. Jahrhunderts in der Literatur folgendes Meinungsbild:

Der generelle Kritiker des fiduziarischen Sicherungsgeschäfts Professor Konrad Hellwig wollte dem Sicherungsnehmer als Konkursgläubiger keinerlei konkursrechtlichen Privilegien zugestehen.<sup>644</sup> Die Begründung dafür klingt zunächst schlüssig. Ein Aussonderungsrecht sei ihm zu verwehren, da man entsprechend dem wirtschaftlich verfolgten Zweck ein Pfandrecht vereinbart hätte, für das die Konkursordnung aber nur ein Absonderungsrecht vorsähe. Allerdings bestünde auch kein Absonderungsrecht, da rein formal die gesetzlichen Voraussetzungen eines Faustpfands oder eines diesem gleichstehenden Rechts (Retentionsrecht) gerade nicht vorlägen (vgl. §§ 3, 39, 40, 41, 108. KO a.F.).<sup>645</sup>

---

<sup>643</sup> Hinweis: Sicherungsgeber und Treugeber, sowie Sicherungsnehmer und Treuhänder werden jeweils synonym verwendet.

<sup>644</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (393).

<sup>645</sup> Hellwig, AcP 64 (1881), 369 (393).

Gegen diese Ansicht brachte der Richter am Landgericht *Max Engel* jedoch folgendes volkswirtschaftliches Argument vor: Der Sicherungsnehmer habe nur im Vertrauen auf eine im Konkurs des Schuldners bestehende Sicherung den Kredit an den, wie er wusste, wenig kreditwürdigen Schuldner gewährt. Der gutgläubige Gläubiger sei schutzbedürftig. Würde man ihm den Schutz entziehen, so ginge dies zudem auch zulasten des wirtschaftlich Schwächeren, des Schuldners. Denn jene finanziell schlecht aufgestellten Wirtschaftsakteure hätten ohne das Sicherungsgeschäft mit großer Wahrscheinlichkeit überhaupt erst keinen Kredit erhalten.<sup>646</sup> Hinter dieser Argumentation stand das makroökonomische Ziel jener Zeit, die Wirtschaft mit ausreichend Krediten zu versorgen und ihr so zu mehr Investitionen und letztlich wieder zu mehr Wachstum zu verhelfen. Mit der Privilegierung des Gläubigers im Konkurs des Schuldners versprach man sich die Kreditvergabe zu fördern.

Daher stellte sich die Frage, ob man den Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers nicht doch privilegieren sollte. Ob dies in der Form eines Aus- oder Absonderungsrechts geschehen sollte, beurteilte man unterschiedlich:

*Max Engel* und der Hochschullehrer *Karl von Lilienthal*<sup>647</sup> waren der Ansicht, dass der Sicherungsnehmer als Eigentümer nach materiellen Recht auch als solcher im Konkursrecht zu behandeln sei, ihm folglich ein Aussonderungsrecht nach § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F. zustehe.<sup>648</sup>

Im Sinne *Hellwigs*<sup>649</sup> ließe sich dagegen jedoch einwenden, dass diese Ansicht allein formaljuristisch auf die Eigentümerstellung abstellt. Konzeptionell ist der § 35 KO a.F. allerdings auf den Schutz des Eigentums eines am Konkursverfahren unbeteiligten Dritten gerichtet. Materiell betrachtet, ist der fiduziarische Sicherungsnehmer dies aufgrund seiner Forderung gegen die Konkursmasse jedoch nicht. Er hat vielmehr eine dem Pfandgläubiger vergleichbare Rechtsstellung. Denn nach den Vorstellungen der Parteien schließen sie das fiduziarische Sicherungsgeschäft anstelle eines Pfandrechts ab. Jedoch wäre ein Pfandrecht bei Vorliegen der partikulargesetzlichen Voraussetzungen lediglich mit einem

---

<sup>646</sup> *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 48.

<sup>647</sup> *Lilienthal*, DJZ 1902, 542 (545); *Engel*, S.Ü. und S.Z., S. 48.

<sup>648</sup> Die Vorschriften über die Aussonderungsrechte in §§ 35–37 KO a.F. von 1877 entsprechen den §§ 43–46 KO n.F. der Novelle von 1898, sowie für das Absonderungsrecht §§ 39–41 KO (1877) den Normen in §§ 47–49 KO (1898). Lediglich in § 40 a.F. bzw. § 48 n.F. wurde der Wortlaut bei gleichem Inhalt etwas vereinfacht; Die nachfolgenden Bezeichnungen a.F. (alte Fassung) und n.F. (neue Fassung) der Paragraphenangaben der KO beziehen sich auf die Fassungen von 1877 als a.F. bzw. von 1898 als n.F.

<sup>649</sup> *Hellwig*, AcP 64 (1881) 369 (393).

Absonderungsrecht privilegiert worden, § 40 KO a.F. Daher gewährte der Konkursrechtsgelehrte, Professor Ernst Jaeger zusammen mit der herrschenden Lehre<sup>650</sup> dem Erwerber nur ein Absonderungsrecht. Ein Aussonderungsrecht nach § 35 KO a.F. würde den Sicherungsnehmer zu sehr bevorzugen.

***bb) Der Lösungsansatz des Reichsgerichts (I. Zivilsenat)***

Auch das Reichsgericht schloss sich in der bedeutsamen Entscheidung vom 2.2.1889<sup>651</sup> der herrschenden Lehre an. Der I. Zivilsenat begründete dort das bis heute geltendes Prinzip,<sup>652</sup> wonach dem Sicherungszeessionar und dem Sicherungsnehmer jeweils nur ein Absonderungsrecht zusteht. Später fasste der VII. Senat die, sich bereits um die Jahrhundertwende als ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts etablierte Auffassung treffend zusammen:<sup>653</sup> Die von einem fiduziarischen Sicherungsgeschäft für den Gläubiger begründete Rechtsposition, vertritt „nicht nur wirtschaftlich die Stelle eines Pfandrechts, sondern weis[t] auch in rechtlicher Beziehung dem Pfandrecht verwandte Züge auf; der übereignete Gegenstand scheidet nicht endgültig aus dem Vermögen des Schuldners aus, sondern soll[...] ebenso wie das Pfandrecht dem Gläubiger zunächst zur Sicherung und gegebenenfalls zur Befriedigung einer Forderung dienen; im Falle des Erlöschens der Forderung durch Tilgung oder in anderer Weise, fällt[t] der übereignete Gegenstand, je nach Abrede der Parteien, entweder unmittelbar in das Vermögen des Schuldners zurück oder der Gläubiger [ist] zu ihrer Rückübertragung verpflichtet.“<sup>654</sup>

Aus den genannten Erwägungen kamen die Zivilsenate in ständiger Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass dem Sicherungseigentümer im Konkurs des Schuldners kein Aussonderungsrecht, sondern nur ein Absonderungsrecht zustehe. Die Ansprüche auf Aussonderung hätten nach § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F. zur Voraussetzung, dass der auszusondernde Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner gehöre. Im Sinne der §§ 1 und 43 KO n.F. gehörten die sicherungsübertragenen Gegenstände, wenn auch nicht

---

<sup>650</sup> Jaeger, KO-Kom. 5. Aufl. 1916, § 48 Anm. 13, S. 741, § 64 Anm. 6, S. 883. Petersen, in: Kleinfeller, KO-Kom., 4. Aufl. 1900, § 47 Vorb. 10 und § 64 Anm. 1.; Wilmonski, KO-Kom., 6. Aufl. 1906, § 43 Anm. 5; Mentzel, KO-Kom., 4. Aufl. 1932, § 48 Anm. 2.

<sup>651</sup> RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45.

<sup>652</sup> Dem Sicherungszeessionar (BGHZ 95, 152; BGH NJW 1984, 1750; Stürner, Jauernig BGB., 17. Aufl. 2018, § 398 Rn. 17) sowie dem Sicherungseigentümer stehen in der Insolvenz des Sicherungsgebers nach §§ 51 Nr. 1, 50 InsO jeweils nur ein Absonderungsrecht zu (Oechsler, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, Anh. §§ 929–936 Rn. 57).

<sup>653</sup> RG, Urteil vom 28.2.1922 – VII. 372/21, SeuffA 77 (1923), 261 Nr. 169; es lag eine S.Ü. zu Grunde.

<sup>654</sup> RG, Urteil vom 28.2.1922 – VII. 372/21, SeuffA 77 (1923), 261 Nr. 169 (262 f.).

formal, so doch materiell und wirtschaftlich noch zum Vermögen des Schuldners. Sie seien somit als Bestandteil der Konkursmasse anzusehen.<sup>655</sup>

### ***(1) Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 2.2.1889***

Wegweisend für diese Rechtsprechung war das um die Jahrhundertwende viel zitierte Urteil des I. Zivilsenats vom 2.2.1889.<sup>656</sup> Das Gericht stellte in dieser Entscheidung erstmals grundlegend fest, dass dem Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers wie einem Pfandrechtsinhaber auch, nur ein Absonderungsrecht zustehe, auch wenn man ausgehend von dessen formaler Rechtstellung als Rechtsinhaber eigentlich, dogmatisch konsequent, auf ein Aussonderungsrecht schließen müsste. Das Gericht begründete seine Meinung detailliert und unter Nennung von vier lehrreichen Argumenten, die nachfolgend dargestellt werden.

### ***(2) Absonderungsrecht als interessengerechte Lösung***

Zunächst betonte der I. Senat, dass die Gewährung eines Absonderungsrechts interessengerecht sei. Denn die Rechtstellung des Sicherungsnehmers entspreche materiell der eines Pfandrechtsinhabers. Das fiduziarische Sicherungsgut diene trotz Übertragung in das Vermögen des Gläubigers, im Verhältnis zum Schuldner aber weiterhin als dessen Recht und Mittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten. Es verhalte sich daher materiell, in seiner Bedeutung für das Verhältnis des gesicherten Gläubigers in Konkurrenz zu den sonstigen, ungesicherten Konkursgläubigern genauso, wie ein für diesen Gläubiger bestelltes Pfandrecht.<sup>657</sup>

### ***(3) Keine Bevorzugung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte gegenüber den Pfandrechten beabsichtigt***

---

<sup>655</sup> So die ständige Rspr. des RG zu Beginn des 20. Jh.s: Im Ergebnis nach eingehender Darstellung bereits RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (49 f.); ausdrücklich feststellend: RG, Urteil vom 19.10.1909 – VII. 409/07, Warn 1910, 38 (40); RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 12 (14); RG, Urteil vom 28.2.1922 – VII. 372/21, SeuffA 77 (1923), 261 Nr. 169 (262 f.). RG, Urteil vom 5.11.1918 – VII. 202/18, RGZ 94, 305 (307); RG, Urteil vom 14.10.1927 – VII. 122/27, RGZ 118, 209 (209). Dabei entwickelte sich diese Rechtsprechung primär an Fällen, denen eine Sicherungszession zugrunde lag. I. Ü. sprach man rechtstechnisch im Laufe des 20. Jh.s nun seltener von fiduziarischen Rechts- bzw. fiduziarischen Sicherungsgeschäften, sondern von Treuhand/Treuhandverhältnis bzw. Sicherungstreuhand. Eine erste Definition eines Treuhandverhältnisses findet sich im Urteil des RG, vom 19.2.1914 – VII. 448/13, RGZ 84, 214 (217).

<sup>656</sup> RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45.

<sup>657</sup> RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (48 f.).

Anschließend setzte sich der I. Senat mit dem Willen des Gesetzgebers auseinander. Das Gericht interpretierte dessen Entscheidung, für die fiduziarischen Rechtsgeschäfte keine gesonderte Regelung in der Konkursordnung treffen zu wollen, wie folgt: Zwar habe der Gesetzgeber den Zugriff auf die Konkursmasse über die Gewährung eines Absonderungsrecht in § 40 KO a.F. bzw. § 48 n.F. nur für die Pfandrechte ausdrücklich begrenzt, doch wollte er damit die zweite Form der Kreditsicherung, die fiduziarischen Rechtsgeschäfte nicht durch ein Aussonderungsrecht besserstellen.<sup>658</sup> Schließlich „verhielten“ sich Pfandrechte und fiduziarische Sicherungsgeschäfte im Konkurs des Sicherungsgebers doch gleich. Zudem würde man sonst dem Gesetzgeber indirekt den schweren Vorwurf machen, das „öffentliche Interesse“, also den Schutz der ungesicherten Gläubiger zugunsten des „privaten Interesses“ der durch fiduziarischen Sicherheiten besicherten Gläubiger „in kurzsichtiger Weise“ im Stich gelassen zu haben.<sup>659</sup>

#### ***(4) Fehlende Kenntnis der fiduziarischen Sicherungsgeschäft als Grund für den Mangel einer ausdrücklichen Regelung***

Der Grund für das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung liege nach Ansicht des I. Senats vielmehr in folgendem Aspekt: Man dürfe vom Gesetzgeber nicht erwarten, ein allgemeines Grundprinzip – hier das Absonderungsrecht für Pfandrechte – so präzise formulieren zu können, sodass durch dessen direkte Anwendung bereits alle Sonderfälle geregelt seien. Es sei schon gar nicht seine Aufgabe, alle Fallkonstellationen einzeln und ausdrücklich zu regeln. Dies würde voraussetzen, dass der Gesetzgeber alle juristischen Gestaltungen voraussehen könne, mit denen Rechtspraktiker versuchen das Ziel des Gesetzes zu vereiteln. Die Aufgabe liege vielmehr bei den Gerichten, das im Gesetz niedergeschriebene Grundprinzip auf die konkreten Einzelfälle anzuwenden und auf diese Weise das Ziel des Gesetzes umzusetzen. Daher seien jene Rechtsgeschäfte nicht zu dulden, die im Wesentlichen dasselbe praktische Resultat bezwecken, wie solche Rechtsgeschäfte, die das Gesetz entweder verbiete oder aus demselben Grund an deren Wirksamkeit gewisse Voraussetzungen geknüpft habe.<sup>660</sup>

An dem vorgenannten Argument ist besonders beachtlich: Zum einen begründete der I. Zivilsenat damit beiläufig seine Verantwortung und zugleich auch seine eigene Kompetenz als Judikative, Prinzipien des Gesetzgebers aufzugreifen und sie im öffentlichen Interesse – hier zugunsten der ungesicherten Konkursgläubiger – am konkreten Streitfall entsprechend

---

<sup>658</sup> RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (48 f.).

<sup>659</sup> RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (48 f.).

<sup>660</sup> RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (50).

anzuwenden. Der Senat sieht sich als oberste Instanz der Judikative dazu berufen, neue Rechtssätze zu begründen und damit das Recht weiter zu entwickeln. Die vorstehende Entscheidung, aber auch die Rechtsprechung zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften insgesamt zeigen eindrucksvoll, dass man davon Gebrauch machte.

Zum anderen erkennt man an der Schlussfolgerung des I. Senats, Umgehungsgeschäfte nicht dulden zu dürfen, gewisse Unstimmigkeiten mit seiner sonstigen Rechtsprechung. Überträgt man diese auf den vorliegenden Fall, so ergäbe sich für die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte, dass sie trotz unterschiedlicher Rechtsform im Wesentlichen das gleiche sachliche Ziel verfolgen wie eine unzulässige stille Forderungsverpfändung und ein besitzloses Pfandrecht. Folglich umgingen sie das pfandrechtliche Prinzip der Publizität für das materielle Recht, sowie auch für das Konkursrecht gleichermaßen. Erstaunlicherweise zog allerdings das Reichsgericht weder in dieser Entscheidung von 1889 noch in seinen sonstigen Entscheidungen<sup>661</sup> diesen Schluss, obwohl die rechtswissenschaftliche Literatur sehr deutlich darauf hingewiesen hatte. Es fragt sich, wieso man in diesem Urteil plötzlich mit einem Rechtssatz argumentierte, den man zuvor für ungültig hielt.<sup>662</sup> Für das Konkursrecht wollte man nun eine Umgehung des Faustpfandprinzips durch die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte für gegeben erachten. Man erklärte beide Arten von Rechtsgeschäften für vergleichbar, was man ein paar Jahre zuvor noch abgelehnt hatte.<sup>663</sup> Daher sei das fiduziarische Rechtsgeschäft als Pfandrechtsäquivalent auch nach gleichem konkursrechtlichem Prinzip zu behandeln, dem Sicherungsnehmer also ein Absonderungsrecht einzuräumen.

Diese Rechtsansicht stimmt allerdings nicht mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Anerkennung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte überein. Sie baut dogmatisch nicht auf der früheren Argumentation auf, sondern bricht vielmehr mit ihr. Überraschend will man im Konkursrecht einen Gleichlauf von fiduziarischem Sicherungsgeschäft und Pfandrecht befürworten.

Doch weshalb entschied das Reichsgericht anders? Als plausibler Grund dafür erscheint, dass dem I. Zivilsenat das Ergebnis einer konsequenten Fortführung seiner früheren Rechtsprechung für das Konkursrecht bekannt war. Denn eigentlich müsste er die fiduziarischen Sicherungsgegenstände mit einem Aussonderungsrecht bevorzugen, was er

---

<sup>661</sup> RG, Urteil vom 10.1.1885 – I. 330/80, RGZ 13, 200 (204); RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339 (400); RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180 (184).

<sup>662</sup> So ausdrücklich derselbe I. Senat im Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339 (402).

<sup>663</sup> Dort sprach sich der I. Senat ausdrücklich gegen ein Absonderungsrecht nach § 40 KO a.F. aus, weil die gesetzlichen Voraussetzungen eines Pfandrechts nicht vorlagen; RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339 (400).

jedoch nicht für interessengerecht hielt. Er korrigierte daher nun – dogmatisch widersprüchlich – dieses Ergebnis mit der entsprechenden Anwendung des für das Pfandrecht geltenden Absonderungsrechts. Die Entscheidung deutet an, dass der I. Senat bei der Frage nach der grundsätzlichen materiell-rechtlichen Anerkennung der beiden fiduziarischen Sicherungsgeschäfte 1880, sowie später bei der ausdrücklichen Ablehnung eines Absonderungsrechts für sie 1886,<sup>664</sup> sich nicht ausreichend Gedanken darüber gemacht hatte, welche Auswirkungen dies für das konkursrechtliche System von Aus- und Absonderungsrechten haben konnte. Daher ist diese Entscheidung nicht nur eine Änderung der Rechtsprechung im Vergleich zum Urteil vom 4.12.1886, sondern zugleich eine erste Korrektur auf dem Gebiet des Konkursrechts gegenüber seiner Rechtsprechung zur materiell-rechtlichen Zulässigkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte.

#### ***(5) Kein unzulässiger Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz der Länder***

Zurück zur Entscheidung vom 2.2.1889: Schließlich argumentierte der I. Zivilsenat, dass man in der Gewährung eines Absonderungsrecht zugunsten des Sicherungsnehmers auch keinen unzulässigen Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz der Länder erkennen könne.<sup>665</sup> Zur Zeit des Gesetzgebungsverfahrens 1875/76 lag die Regelungskompetenz des materiellen Zivilrechts noch bei den jeweiligen deutschen Staaten. Nach den Motiven der Reichkonkursordnung sollte eine Überschreitung der Gesetzgebungskompetenz ausdrücklich vermieden werden. Hagens betonte hierzu in der ersten Lesung der Kommission des Reichstages zu § 40 KO a.F. auf die Nachfrage des Reichstagsabgeordneten Dr. Goldschmidt, dass weder die Konkursordnung noch deren Einführungsgesetze „positiv die Erfordernisse des Pfandrechts“ bestimmten. Dies sei die Aufgabe des Zivilrechts wofür die Länder zuständig seien.<sup>666</sup> Das Konkursrecht bestimme lediglich „negativ“, wann ein Faustpfandrecht im Konkursfall absondernde Wirkung habe.<sup>667</sup>

Für den I. Senat war sein gefundenes Ergebnis hiermit konform. Denn wenn der Gesetzgeber nach den Motiven zu § 40 KO a.F. absichtlich keine Unwirksamkeit oder Unbeachtlichkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte gesetzlich festlegen wollte,<sup>668</sup> so

---

<sup>664</sup> RG, Urteil vom 4.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31 (1887), 339 (400). Dort verneinte der I. Senat das Absonderungsrecht gemäß § 40 KO a.F. noch mit der Begründung, dass weder eine Verpfändung mangels Benachrichtigung an den Drittschuldner gemäß § 288 A.L.R. I.20 noch die § 15 EinfG KO bezeichneten Erfordernisse vorgelegen hätten.

<sup>665</sup> Vgl. RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (50 ff.).

<sup>666</sup> Hahn, Motive IV, S. 548 (einschl. Zitate).

<sup>667</sup> Hahn, Motive IV, S. 628.

<sup>668</sup> Man hielt ihre praktische Bedeutung für eine Regelung zu gering, vgl. Hahn, Motive IV, S. 666 f.

kämen diesen Ausführungen jedoch keine Bedeutung für das Konkursrecht und der Frage zu, ob und wie diese Rechtsinstitute dort zu behandeln seien.<sup>669</sup> Folglich falle die hier beschiedene Gewährung eines Absonderungsrechts selbstverständlich in die „Herrschaft“ des Konkursrechts und sei demnach kein unzulässiger Eingriff in das Zivilrecht der Länder, so das Gericht überzeugt.<sup>670</sup>

Der I. Zivilsenat sprach hier einen für den Reichsgesetzgeber sehr bedeutsamen Punkt an. Man wollte nach den Motiven zu § 40 KO a.F. ausdrücklich einen Eingriff in das Zivilrecht bzw. in die Pfandgesetze der deutschen Partikularstaaten verhindern.<sup>671</sup> Folglich durfte man mit einer konkursrechtlichen Regelung nicht die fiduziarischen Rechtsgeschäfte generell verbieten oder für unwirksam erklären. Dies wäre die Aufgabe der Landesgesetzgeber gewesen. Allerdings stellt sich sofort die Frage, warum man nicht auf das Gebiet des Konkursrechts beschränkt, den fiduziarischen Rechtsgeschäften jeden Vorzug, also eines Aus- und eines Absonderungsrechts entzog. Das wäre zumindest theoretisch Teil der konkursrechtlichen Regelungsmaterie des Reichstags gewesen. Praktisch betrachtet, hätte dies zwar dennoch zu einem ähnlich starken Eingriff in das jeweilige materielle Pfandrecht geführt, was den Richtern wahrscheinlich bewusst war. Hätte man zwar die Wirksamkeit den fiduziarischen Sicherungsgeschäften materiell-rechtlich anerkannt, ihnen aber gleichzeitig den Schutz im Konkursverfahren versagt, wäre dies einem teilweisem Verbot gleichgekommen. Denn der Sinn und Zweck der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte bestand primär darin, dem Sicherungsnehmer im Konkurs des Gemeinschuldners eine Sonderstellung gegenüber den sonstigen ungesicherten Gläubigern zu verschaffen. Wären sie aber konkursrechtlich nicht anerkannt worden, wäre ihr Hauptanwendungsbereich entfallen. Lediglich in der Einzelzwangsvollstreckung hätten sie noch eine Rolle gespielt, die aber für die damalige Praxis weniger bedeutsam war. Im Ergebnis hätte man auf diese Weise die fiduziarischen Sicherungsgeschäft insgesamt unattraktiv gemacht.

### *cc) Würdigung der Lösung des Reichsgerichts*

---

<sup>669</sup> RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (52).

<sup>670</sup> Vgl. RG, Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (50 ff.).

<sup>671</sup> Hahn, Motive IV, S. 192, 198, 548. Man wollte nicht „positiv die Erfordernisse des Pfandrechts festsetzen“, sondern ausgehend von einem nach dem Zivilrecht gültigen Pfandrecht lediglich die Voraussetzungen für ein konkursrechtliches Privileg des Absonderungsrechts ergänzen.

Auf der formalen Rechtstellung des Sicherungsnehmers aufbauend, wäre es an sich logisch und juristisch konsequent gewesen, ihn auch im Konkurs entsprechend als Eigentümer, beziehungsweise Rechtsinhaber zu behandeln und ihm ein Aussonderungsrecht zu gewähren. Doch weshalb entschied sich das Reichsgericht dennoch für eine andere Lösung? Zum einen scheint es dem Schutz des in §§ 35 ff. KO a.F. geregelten Systems, ausgewogen verteilter Aus- und Absonderungsrechte gedient zu haben. Zum anderen sprachen auch Wertungsgesichtspunkte der materiellen Gerechtigkeit gegen ein Aussonderungsrecht. Hätte man dem Sicherungsnehmer im Konkurs der Sicherungsgeber nicht nur ein Absonderungsrecht aus § 40 KO a.F., bzw. § 48 KO n.F., sondern sogar ein Aussonderungsrecht nach § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F. zugestanden, so hätte man ihn im Vergleich zu einem Pfandrechtsinhaber deutlich bevorzugt und infolgedessen die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte gegenüber den Pfandrechten noch attraktiver gemacht. Dies hätte aber in deutlichem Widerspruch mit dem aus den Motiven folgenden Sinn und Zweck des § 40 KO i.V.m. §§ 14, 15 EinfG KO a.F. gestanden, wonach das Faustpfandprinzip zum Schutz der Drittgläubiger, zumindest für die Konkursordnung, flächendeckend in Deutschland Geltung erfahren sollte. Aus diesen Gründen schien die Gewährung eines Aussonderungsrechts nicht die richtige Lösung zu sein.

Näher lag es daher mit dem Reichsgericht und der herrschenden Lehre dem Sicherungsnehmer ein pfandrechtliches Vorzugsrecht, ein Absonderungsrecht einzuräumen. Denn ausgehend von der Rechtsprechung des Reichsgerichts über die materiell-rechtliche Anerkennung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte, hätte die Versagung jeglichen Privilegs im Konkurs nicht nur eine Korrektur, sondern vielmehr eine Kehrtwende bedeutet. Das wollte der I. Senat verhindern. Ein Absonderungsrecht erschien wegen der Vergleichbarkeit zu den Pfandrechten auch aus Wertungsgesichtspunkten materiell gerechtfertigt. Zugleich bot es eine Möglichkeit, die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts zu korrigieren, ohne diese gleichzeitig grundlegend zu ändern. Man entschied schließlich nur für das Gebiet des Konkursrechts, nicht jedoch für das materielle Recht der Pfandgesetze. Im Ergebnis bemühte sich der I. Senat, das Konkursrecht für die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte interessengerecht weiter zu entwickeln. Seine Rechtsprechung ist bis heute geltendes Recht, vgl. §§ 51 Nr. 1, 50 InsO.<sup>672</sup>

---

<sup>672</sup> Dem Sicherungszeessionar (BGHZ 95, 152; BGH, NJW 1984, 1750; *Stürmer*, Jauernig BGB, 17. Aufl. 2018, § 398 Rn. 17) sowie dem Sicherungseigentümer stehen in der Insolvenz des Sicherungsgebers nach §§ 51 Nr. 1, 50 InsO jeweils nur ein Absonderungsrecht zu (*Oechsler*, MüKo-BGB 8. Aufl. 2020, Anh. §§ 929–936 Rn. 57).

**b) Die Rechtsstellung des Sicherungsgebers im Konkurs des Sicherungsnehmers:  
Die Lösungsansätze des Gesetzgebers, der Rechtsprechung und der  
Rechtswissenschaft**

***aa) Die begriffliche Weiterentwicklung des fiduziarischen Rechtsgeschäfts zur  
Treuhand***

Bevor wir uns eingehend mit der Diskussion um die Gewährung eines Aus- oder Absonderungsrechts des Sicherungsgebers im Konkurs des Sicherungsnehmers beschäftigen, wollen wir unsere Aufmerksamkeit zuerst dem Begriffsverständnis der *Treuhand* zu Beginn des 20. Jahrhunderts zuwenden. Denn die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Rechtsstellung des Sicherungsgebers im Konkurs des Sicherungsnehmers war zugleich prägend<sup>673</sup> für die Entwicklung der heute geltenden Treuhanddogmatik.<sup>674</sup> Die Grundlage dafür bildete das Rechtsverständnis der fiduziarischen Rechtsgeschäfte Ende des 19. Jahrhunderts.<sup>675</sup>

***(1) Das fiduziarische Rechtsgeschäft nach Regelsberger im Jahr 1880***

Ausgangspunkt und zugleich entscheidend für das Rechtsverständnis des *fiduziarischen Rechtsgeschäfts* war Ferdinand Regelsbergers Aufsatz aus dem Jahr 1880.<sup>676</sup> Nach seinem Verständnis beschrieb das fiduziarische Rechtsgeschäft grundsätzlich den Fall, dass über den wirtschaftlichen Zweck hinausgehend, Eigentum an einer Sache, eine Forderung, oder ein sonstiges Recht vollständig (dinglich) übertragen wurde, aber nach Erreichen des Zwecks schuldrechtlich eine Rückübertragungspflicht bestand. Verfügte der Erwerber dennoch absprachewidrig über den Gegenstand, war dies rechtlich wirksam, führte jedoch zu einer Schadensersatzpflicht gegenüber dem Veräußerer.<sup>677</sup> Den Namen „fiduziarisch“ leitete Regelsberger dabei aus dem altrömischen *pactum fiduciae* ab. Verfolgte die Rechtsübertragung wirtschaftlich den Zweck eine Forderung zu sichern, sprach man von einem fiduziarischen Sicherungsgeschäft.<sup>678</sup> Dies war der Überbegriff für die Sicherungsgeschäfte der

---

<sup>673</sup> Siehe Entscheidungen S. 133 Fn. 680.

<sup>674</sup> Siehe für das aktuelle Treuhandrecht insb. die Habilitationsschrift von *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechte, 2006, sowie frühere Standardwerke von *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand, 1997, *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973 und *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933.

<sup>675</sup> *Löhnig*, Treuhand, S. 23 f., 9, 13 ff.; vgl. *Bitter*, Treuhand, S. 5.

<sup>676</sup> *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157; Bereits *Löhnig*, Treuhand, S. 23 f.

<sup>677</sup> *Regelsberger*, Pandekten, Bd. 1, 1893, S. 518 f.; später *Lang*, AcP 83 (1894), S. 336 (336 ff.).

<sup>678</sup> *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157 (172 f.).

Sicherungszession, der Sicherungsübereignung und des später häufiger in Erscheinung tretenden Eigentumsvorbehalts. Die Besonderheit des fiduziarischen Sicherungsgeschäfts bestand darin, dass das Vollrecht als stärkstes Recht vollständig auf den Sicherungsnehmer übertragen wurde, obwohl für den mit dem Geschäft verfolgten Sicherungszweck eigentlich ein Pfandrecht gänzlich ausgereicht hätte.<sup>679</sup>

## **(2) Die Anfänge der Treuhand**

Während das Reichsgericht und die Lehre um den Jahrhundertwechsel grundsätzlich den Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäfts verwendeten, begannen die Zivilsenate des Reichsgerichts Anfang des 20. Jahrhunderts, vornehmlich im Zusammenhang mit der Diskussion eines Aus- und Absonderungsrechts des Sicherungsgebers im Konkurs des Sicherungsnehmers, den Ausdruck *Treuhand* zu benutzen.<sup>680</sup> Die Treuhand umfasste begrifflich auch die fiduziarischen Rechtsgeschäfte, reichte jedoch weiter.<sup>681</sup> Der VII. Zivilsenat des Reichsgerichts definierte das Treuhandverhältnis im Jahr 1914 wie folgt:<sup>682</sup> Von einem „Treuhandverhältnis“ spreche man, „wenn der Treugeber aus seinem Vermögen einem anderen, dem Treuhänder, einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet, damit dieser [der Treuhänder] das übertragene Recht in eigenem Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll.“<sup>683</sup> Wie schon das fiduziarische Rechtsverhältnis,<sup>684</sup> war das Treuhandverhältnis im Außenverhältnis eine dingliche Übertragung des Vollrechts, im Innenverhältnis aber beschränkt durch die schuldrechtlichen Abreden<sup>685</sup> zugunsten des Treugebers.<sup>686</sup> Die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte wurden später

---

<sup>679</sup> *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157 (172 ff.). Außerdem vereinbarte man damals fiduziarische Geschäfte auch aus anderen wirtschaftlichen Gründen, wie häufiger zur Bevollmächtigung des Erwerbers z.B. bei einer Zession einer Forderung oder einem Vollindossament zu Inkassozwecken. Dazu *Lang*, AcP 83 (1894), S. 336 (336 f.); Vgl. u.a. die Aufzählung bei *Dungs*, Gruchot 32 (1888), 8 (9 unten).

<sup>680</sup> Zur Treuhand im Konkurs des Treugebers: RG, Urteil vom 5.11.1918 – VII. 202/18, RGZ 94, 305 (307 f.); RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 277 (280); vgl. i. Ü. RG, Urteil vom 19.2.1914 – VII. 448/13, RGZ 84, 214 (217).

<sup>681</sup> S. u. S. 135 Fn. 689–691 für weitere damals typische Anwendungsfelder der Treuhand.

<sup>682</sup> RG, Urteil vom 19.2.1914 – VII. 448/13, RGZ 84, 214 (217); Weniger ausführlich bereits RG, Urteil vom 20.3.1912 – V. 352/11, RGZ 79, 121 (122); Lediglich den Begriff Treuhand verwendete bereits RG, Urteil vom 5.6.1908 – VII. 527/107, RGZ 69, 44 (48).

<sup>683</sup> RG, Urteil vom 19.2.1914 – VII. 448/13, RGZ 84, 214 (217).

<sup>684</sup> Vgl. hierzu *Regelsberger*, Pandekten, Bd. 1, 1893, S. 518 f.; Zur Definition fiduziarischen Eigentums siehe RG, 6.2.1905 – III. 273/05, RGZ 62, 386 (391).

<sup>685</sup> RG, Urteil vom 5.6.1908 – VII. 527/07, RGZ 69, 44 (48); *Bitter*, Treuhand, S. 24 f.

<sup>686</sup> Kriterium „Interesse“ ergänzt in RG, Urteil vom 20.3.1912 – V. 352/11, RGZ 79, 121 (122); so *Bitter*, Treuhand, S. 25.

auch als Sicherungstreuhand bezeichnet,<sup>687</sup> dem Rechtsverhältnis zwischen Sicherungsgeber als Treugeber und Sicherungsnehmer als Treuhänder.<sup>688</sup> Neben ihrer Funktion als Kreditsicherung, vereinbarte man Treuhandverhältnisse um die Jahrhundertwende häufig auch anstelle einer Vollmacht zu Zwecken der Geschäftsbesorgung, wie die Übereignung eines Grundstücks zwecks eines Verkaufs,<sup>689</sup> die Abtretung einer Forderung zum Zweck der Einziehung (Inkassoession<sup>690</sup>), oder die Indossierung eines Schecks oder eines Wechsels zu Inkassozwecken.<sup>691</sup>

Bis heute ist die Treuhand gesetzlich nicht normiert. Bitter definiert sie in seiner Habilitationsschrift 2006 prägnant als „Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung“.<sup>692</sup> die durch zwei Elemente gekennzeichnet ist: erstens durch den schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Rechts, sowie zweitens durch eine Trennung von Rechtsträgerschaft und Gefahrtragung.<sup>693</sup>

### ***bb) Der Lösungsansatz des Gesetzgebers***

Nun zur Diskussion um die Gewährung eines Aus- oder Absonderungsrechts des Treugebers im Konkurs des Treuhänders:

Die Reichskonkursordnung regelte an keiner Stelle explizit, welche Rechte dem Treugeber im Konkurs des Treuhänders bezüglich seines Treuguts zustehen. In § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F. war lediglich der umgekehrte Fall, die Rechtstellung des Treuhänders im Konkurs des Treugebers gesetzlich geregelt. Danach war allgemein bestimmt, dass ein Dritter seine, dem Gemeinschuldner nicht gehörende Gegenstände aussondern dürfe. Welche dies seien, so die Motive zur Reichskonkursordnung, bestimme sich entsprechend aus den dinglichen oder persönlichen Rechten des Zivilrechts. Man wollte weder einzelne Aussonderungsrechte aufzählen, noch hielt man dies wegen der Geltung verschiedener einzelstaatlicher Zivilgesetze für eine sinnvolle Lösung.<sup>694</sup> Gemäß § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F. ergab sich für den

---

<sup>687</sup> Vgl. *Mentzel*, KO-Kom., 4. Aufl. 1932, § 1 Anm. 53.

<sup>688</sup> *Löhnig*, Treuhand, S. 2; *Bitter*, Treuhand, S. 334 f.

<sup>689</sup> RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80.

<sup>690</sup> RG, Urteil vom 18.6.1890 – I. 143/90, SeuffA 46 (1891), 144 Nr. 91; RG, Urteil vom 30.6.1892 – V. 134/92, Gruchot 37 (1893), 119; RG, Urteil vom 21.5.1895 – III. 55/95, RGZ 35, 77.

<sup>691</sup> RG, Urteil vom 26.1.1898 – I. 447/97, RGZ 41, 1; vgl. dazu i. Ü. *Mentzel*, KO-Kom., 4. Aufl. 1932, § 43 Anm. 2 m. w. Bsp. für Treuhandverhältnisse.

<sup>692</sup> *Bitter*, Treuhand, S. 518, 115 f.

<sup>693</sup> *Bitter*, Treuhand, S. 518.

<sup>694</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 160.

Gegenstand der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte folgendes: Da das Treugut formal betrachtet dem Treuhänder als Vollrecht gehörte, stünde umgekehrt dem Treugeber eigentlich kein Aussonderungsrecht zu.<sup>695</sup>

Daher diskutierte man nun in der Kommission des Reichstags zur Erarbeitung der Konkursordnung die Frage, ob man mit der Aufnahme einer konkursrechtlichen Regelung als § 35a KO nach dem Vorbild des § 24 der preußischen Konkursordnung von 1855, nicht dem Treugeber für den Fall des Konkurses des Treuhänders, ein originäres Aussonderungsrecht an seinem Treugut geben sollte. § 24 der preußischen Konkursordnung von 1855 besagte, dass „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser, bei der Übermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, [...] zurückgefordert werden [können], wenn sie zur Zeit der Konkursöffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, der sie für den Gemeinschuldner besitzt.“ Zwar nannte diese Vorschrift nicht explizit die „Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken“, doch galt entsprechendes für die Herausgabe sicherungsübertragener Gegenstände und Forderungen.<sup>696</sup> Denn auch bei diesen handelte es sich um Treuhandverhältnisse.

Das Mitglied der Reichstagskommission, der Abgeordnete Johannes Goldschmidt, beantragte daher insgesamt drei Mal die Aufnahme einer dieser entsprechenden Vorschriften in die Reichskonkursordnung. Er hatte erkannt, dass bei dogmatisch korrekter Anwendung des Abstraktionsprinzips, das Eigentum restlos auf den Treuhänder übergegangen war und dem Treugeber daher nichts mehr im Sinne des § 35 KO a.F. „gehörte“, was er hätte zurückfordern können. Allein die obligatorische Abrede im Innenverhältnis änderte daran nichts.<sup>697</sup> Goldschmidt stütze sich dabei unter anderem auf die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts aus dem Jahr 1872, wonach die Übertragung des Eigentumsrechts als „stärksten Mittels [...] für und gegen die Beteiligten alle Rechtsfolgen nach sich [zieht], welche sich an das stärkste Mittel knüpfen.“<sup>698</sup> Allerdings blieben seine intensiven Bemühungen ohne Erfolg. Die

---

<sup>695</sup> So das Kommissionsmitglied *Goldschmidt*, vgl. *Hahn*, Motive IV, S. 540.

<sup>696</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 621, wo Goldschmidt dies als Antragssteller vertritt.

<sup>697</sup> *Hahn*, Motive IV, S. 540 f., 661; *Löhnig*, Treuhand, S. 50; vgl. zudem *Asmus*, Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand, 1977, S. 264, der ebenfalls eine Ergänzung in § 35 KO hierfür erforderlich hielt.

<sup>698</sup> ROHG, Urteil vom 9.4.1872, ROHGE 6 (1872), 45 (55, vgl. 53 ff.).

Mehrheit der Kommission vertrat in Übereinstimmung mit dem Verfasser des Entwurfs zur Reichskonkursordnung, Carl Hagens, dass es bezüglich eines Aussonderungsrechts maßgeblich auf den im Innenverhältnis, das heißt zwischen den Parteien bestehenden Willen ankomme. Danach beabsichtigte der Treugeber es jedoch nicht, dem Treuhänder sein Eigentum (dauerhaft) zu übertragen.<sup>699</sup> Maßgeblich sei „die materielle Ursache der Übertragung“, so die Mehrheit der Kommission.<sup>700</sup> Dagegen wehrte sich Goldschmidt energisch. Eine Aufspaltung des „Eigentums im Verhältnisse zu A und [...] im Verhältnisse zu B [sei] absolut undenkbar.“<sup>701</sup>

Auch wenn die Kommission im Ergebnis die Aufnahme einer ausdrücklichen Regelung im Sinne des Vorschlags zu § 35a KO ablehnte,<sup>702</sup> war man dennoch mit Goldschmidt einig, dass ein Aussonderungsrecht zugunsten des Treugebers bestehen sollte. Die Kommission stimmte daher zu, gewissermaßen als Kompromiss, folgenden Passus in ihr Protokoll mit aufzunehmen: „Durch § 35 des Entwurfs soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sondern die dem Gemeinschuldnerin nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz: zur Einziehung, zur Sicherung, oder eine ähnlich beschränkende Klausel nicht enthält.“<sup>703</sup> Allerdings stand man in der Rechtspraxis schon bald vor dem Problem, dass die einhellige Auffassung der Kommission zugunsten eines Aussonderungsrechts, sich nicht im Gesetz wiederfand.<sup>704</sup>

### ***cc) Der Lösungsansatz des Reichsgerichts: Urteil vom 23.12.1899***

Die Rechtslage war unbefriedigend. Dies löste in der Rechtswissenschaft Ende des 19. Jahrhunderts eine intensive dogmatische Diskussion aus. In concreto erforschte man, ob der Treugeber im Konkurs seines Treuhänders zur Aussonderung „seines“ Treuguts berechtigt sein sollte. Auch das Reichsgericht äußerte sich in einigen Entscheidungen zu diesem Problem.<sup>705</sup>

---

<sup>699</sup> Hahn, Motive IV, S. 660 f.

<sup>700</sup> Hahn, Motive IV, S. 541.

<sup>701</sup> Hahn, Motive IV, S. 661.

<sup>702</sup> Hahn, Motive IV, S. 161 f.

<sup>703</sup> Hahn, Motive IV, S. 666 f.

<sup>704</sup> Vgl. auch Löhnig, Treuhand, S. 51 f.

<sup>705</sup> RG, Urteil vom 18.6.1890 – I. 143/90, SeuffA 46 (1891), 144 Nr. 91 (146); RG, Urteil vom 30.6.1892 – V. 134/92, Gruchot 37 (1893), 119 (121 f.); RG, Urteil vom 21.5.1895 – III. 55/95, RGZ 35, 77 (79); Das RG gewährte in ständ. Rspr. dem Treugeber ein Aussonderungsrecht: RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80; RG,

Von zentraler Bedeutung war dabei das Urteil vom 23.12.1899.<sup>706</sup> Der V. Zivilsenat des Reichsgerichts begründete in einer umfangreichen Darstellung, dass das fiduziarische Eigentum trotz der vom Reichsgericht anerkannten wirksamen Übertragung des Vollrechts, im Konkurs des Treuhänders weiterhin dem Vermögen des Treugebers zuzuordnen sei. Dem Treugeber stünde daher nach § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F. ein Aussonderungsrecht zu.<sup>707</sup> Dafür differenzierte das Gericht insbesondere zwischen einem formell juristischen sowie einem materiell wirtschaftlichen Eigentum. Nicht die formale Eigentumslage, sondern die wirtschaftliche, vermögensrechtliche Zuordnung war entscheidend.

### ***(1) Formell juristisches und materiell wirtschaftliches Eigentum***

Im zugrundeliegenden Fall eines in Konkurs geratenen Treuhänders, gewährte der V. Senat dem Treugeber dennoch ein Aussonderungsrecht an dem zu Veräußerungszwecken aufgelassenen Grundstück. Er begründete dies zunächst mit folgendem Argument: Mit der Konkurseröffnung sei die Bevollmächtigung und damit der Zweck des Geschäfts entfallen und der Treuhänder vertraglich zur Rückauffassung verpflichtet. Die formelle Eigentümerstellung des Treuhänders sei dabei zu vernachlässigen.<sup>708</sup> Es handele sich um ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, das zwar als Eigentumsübertragung konstruiert sei, jedoch materiell keinen Vermögenszuwachs für den Treuhänder bezwecke. Die Treuhandabrede mache den Treuhänder nur zum Eigentümer und verpflichte ihn, das Treugut zurück zu übertragen, wenn der Zweck der Treuhand entfallen ist. Dies gelte insbesondere, wenn der Treuhänder in Konkurs gerate. Denn man könne dessen Konkursgläubiger nicht mehr Rechte am Vermögen des zahlungsunfähigen Treuhänders einräumen, als diesem selbst zustanden.<sup>709</sup>

---

Urteil vom 20.3.1912 – V. 352/11, RGZ 79, 121; RG, Urteil vom 19.2.1914 – VII. 448/13, RGZ 84, 214; RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 12; RG, Urteil vom 5.11.1918 – VII. 202/18, RGZ 94, 305.

<sup>706</sup> Vgl. RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80.

<sup>707</sup> Wobei dies der VII. Senat später dahingehend konkretisiert, dass kein Aussonderungsanspruch des Treugebers mehr besteht, wenn das Treugut vor der Konkurseröffnung veräußert und der Gegenwert beigezogen wurde. Dann ist der dingliche Anspruch des Treugebers verloren, sodass dieser nur noch seinen schuldrechtlichen Anspruch als ungesicherte Konkursforderung geltend machen kann, RG, Urteil vom 5.11.1918 – VII. 202/18, RGZ 94, 305 (307 f.).

<sup>708</sup> Vgl. RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80 (81 ff; insb. 84); vgl. *Zech*, Die soziale Frage im Konkursrecht 1879–1900, S. 148 f.

<sup>709</sup> RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80 (85); *Bitter*, Treuhand, S. 124.

Gleiches wurde zehn Jahre später explizit auch für die Sicherungstreuhand im Fall einer Sicherungszession vom VII.<sup>710</sup> und anschließend vom V. Senat<sup>711</sup> bestätigt. Habe der Treugeber die besicherte Forderung beglichen, so stünde ihm ein Anspruch auf Rückübertragung des Treuguts und bei Konkurs des Treuhänders, entsprechend ein Aussonderungsrecht zu.<sup>712</sup>

Die dogmatisch etwas ungewöhnliche Aufspaltung des Eigentums in einem formellen und einen materiellen Teil, war keine neue Idee des V. Zivilsenats gewesen. In den Entscheidungen vom 18.6.1890<sup>713</sup> hatten bereits der I. Senat, sowie in dem Urteil vom 21.5.1895<sup>714</sup> der III. Senat – jeweils im Zusammenhang mit § 35 KO a.F. – schon zwischen formellem und materiellem Eigentumsrecht an einer Forderung unterschieden.<sup>715</sup> Der I. Senat sprach dort in dem Fall einer Inkassozession,<sup>716</sup> dem Zedenten ein Aussonderungsrecht bezüglich der an den Zessionar unter Treuhandauflage abgetretenen Forderung zu. Er begründete dies damit, dass der Zedent materiell Eigentümer der abgetretenen Forderung geblieben sei. Denn der maßgebliche Wille der Parteien zielte nicht auf eine „wirkliche Übertragung“ der Geschäftsforderungen. Man übertrug dem Zessionar die Forderungen nur um sie im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung für den Zedenten gegenüber den Drittschuldnern einziehen zu können. Ungeachtet der wirksamen Forderungsübertragung durch die Inkassozession, stünde dem Zedenten ein Aussonderungsrecht gemäß § 35 KO a.F. zu. Die Geschäftsforderung sollte in Wirklichkeit nicht in das Vermögen des Zessionars übergehen.<sup>717</sup>

Auch der V. Senat übernahm diesen Gedanken bereits in seinem Urteil vom 30.6.1892, gleichfalls im Fall einer Inkassozession.<sup>718</sup> Dort gewährte das Gericht dem Zedenten unter Verweis auf dessen materielles Gläubigerrecht eine Drittwiderspruchsklage nach § 690 CPO, um die Pfändung durch einen Gläubiger des Zessionars zu verhindern. Die Zession habe „in Wahrheit“ nur eine nach außen, gegenüber Dritten bestehende Legitimation zum Einzug der Forderung bewirkt. Die Zession könne zwar gegenüber Dritten, die gutgläubig auf die Zession

---

<sup>710</sup> RG, Urteil vom 19.9.1909 – VII. 409/07, Warn 1910, 38.

<sup>711</sup> RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 277 (280).

<sup>712</sup> Jeweils im Fall einer Sicherungsabtretung, der Anspruch auf Rückabtretung: RG, Urteil vom 19.9.1909 – VII. 409/07, Warn 1910, 38 (40); RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 277 (280).

<sup>713</sup> RG, Urteil vom 18.6.1890 – I. 143/90, SeuffA 46 (1891), 144 Nr. 91 (146).

<sup>714</sup> RG, Urteil vom 21.5.1895 – III. 55/95, RGZ 35, 77 (79).

<sup>715</sup> Vgl. auch den älteren Aufsatz von *Dungs*, Über die Rechtsstellung des Gläubigers, Gruchot 32 (1888), 8 (11 ff., insb. 19 f.). Er spricht sich zudem für ein Aussonderungsrecht des Zedenten aus.

<sup>716</sup> Die Inkassozession beschreibt den Fall, dass der Zedent als Treugeber seine Forderung an den Treuhänder mit der Auflage abtritt, diese für ihn und auf seine Rechnung einzuziehen.

<sup>717</sup> RG, Urteil vom 18.6.1890 – I. 143/90, SeuffA 46 (1891), 144 Nr. 91 (146); a.A. *Dreyer*, Gruchot 40 (1896), 449 (458), der bei einer Inkassozession dem auftraggebenden Zedenten kein Aussonderungsrecht zugestehen will. Denn die Sache gehöre anders als bei einer Miete, Leihe oder Verwahrung nicht mehr dem Auftraggeber.

<sup>718</sup> RG, Urteil vom 30.6.1892 – V. 134/92, Gruchot 37 (1893), 119 (121 f.).

vertraut hätten zum Schadensersatz verpflichten, aber nichts an der wirklich gewollten, materiellen Rechtslage ändern.

Beachtlich ist an den vorgenannten konkursrechtlichen Entscheidungen, dass der I., III. und V. Zivilsenat immer das tatsächlich gewollte Rechtsgeschäft für maßgeblich erachteten. Bei der materiell-rechtlichen Frage nach der Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte, stellte man dagegen immer allein auf die formale Rechtsübertragung ab. Dort ging das Eigentum oder eine Forderung auf den Sicherungsnehmer über, obwohl wirtschaftlich betrachtet, ebenfalls nur ein Pfandrecht am Sicherungsgegenstand bestellt werden sollte. Hinzuweisen ist außerdem, dass alle drei eben genannten, älteren Entscheidungen immer das Aussonderungsrecht im Fall einer fiduziarischen Zession zum Zweck der Bevollmächtigung (Inkassoession) betrafen. Ebenso auch die hier vertieft besprochene Entscheidung vom 23.12.1899, in der die fiduziarische Eigentumsübertragung auch der Bevollmächtigung des Treuhänders diene. Allerdings machte es für die konkursrechtliche Behandlung keinen Unterschied, ob die Treuhand wirtschaftlich einer Bevollmächtigung oder einer Sicherung des Treuhänders diene. Beide Male handelte es sich um ein fiduziarisches Rechtsgeschäft und Treuhandverhältnis.<sup>719</sup>

## **(2) Der Wortlaut des § 35 KO a.F.**

Zurück zur Ausgangsentscheidung vom 23.12.1899: Dort führte der V. Senat den Wortlaut des § 35 KO a.F. als *zweites* Argument dafür an, dem Treugeber im Konkurs des Treuhänders ein Aussonderungsrecht zu gewähren. So dürfe man den Wortlaut nicht dahingehend verstehen, dass die formelle und juristische Eigentums- oder sonstige Rechtsstellung entscheide, sondern § 35 KO a.F. vielmehr danach frage, ob Gegenstände dem Konkursschuldner materiell und wirtschaftlich „nicht gehörten“. Da er bei einem fiduziarischen Geschäft aber als Treuhänder vertraglich dazu verpflichtet sei, den Gegenstand nur treuhänderisch, und nicht wie sein Eigentum zu behandeln, „gehör[e]“ es ihm gerade nicht im materiellen und wirtschaftlichen Sinne.<sup>720</sup>

---

<sup>719</sup> Vgl. RG, Urteil vom 19.12.1909 – VII. 409/07, Warn 1910, 38 (40); RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 277 (280); Dafür spricht bereits die Ansicht des Gesetzgebers, der die fiduziarischen Rechtsgeschäfte zur Bevollmächtigung des Vertragspartners denen zu Sicherungszwecken gleichstellte. Die Kommission und die Regierungsvertreter führten zu § 35 KO a.F. aus, dass ein Aussonderungsrecht bei einer fiduziarischen Rechtsübertragung nicht ausgeschlossen sei, auch wenn sie den Zusatz „zur Einziehung“, „zur Sicherung“ oder ähnlich beschränkende Klausel nicht enthielten, vgl. dazu *Hahn*, Motive IV, S. 666 f.

<sup>720</sup> RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80 (84 f.); vgl. auch *Bitter*, Treuhand, S. 53.

### **(3) Die Entstehungsgeschichte zu § 35 KO a.F.**

Außerdem argumentierte das Gericht *drittens*, mit der Entstehungsgeschichte zu § 35 KO a.F. Schon in Carl Hagens Begründung des Entwurfs zu § 35 KO a.F. sei festgestellt<sup>721</sup> sowie von den Regierungsvertretern der Reichstagskommission ausdrücklich wiederholt worden, dass ein Aussonderungsrecht auch die fiduziarischen Gegenstände erfasse. In den Motiven heiße es dazu wörtlich, „durch § 35 KO soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechselln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie [...] mit der Bestimmung übertragen worden sind, dass sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollten.“<sup>722</sup> Man habe wegen ihrer besonderen Häufigkeit und ihrer früheren ausdrücklichen Erwähnung in der preußischen Konkursordnung von 1855 (vgl. § 24<sup>723</sup>), nur die Wechsel und andere indossable Urkunden beispielhaft hervorgehoben. Andere fiduziarische Rechtsübertragungen habe man aber ebenso damit gemeint.<sup>724</sup>

### **(4) § 368 Abs. 2 ADHGB analog**

Und schließlich bleibt ein letztes, *viertes* Argument für ein Aussonderungsrecht des Treugebers, in diesem Zusammenhang noch zu ergänzen.<sup>725</sup> Das Reichsgericht stütze in seiner Entscheidung vom 18.6.1890 das Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurs des Treuhänders auf eine Analogie zu § 368 Abs. 2 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB) von 1861.<sup>726</sup> Nach § 368 Abs. 2 ADHGB<sup>727</sup> konnte ein Kommittent, wenn der Kommissionär dessen Sachen verkaufte, jedoch vor Einzug der Kaufpreisforderung in Konkurs ging, diese Außenstände gegenüber Dritten als sein Anspruch

---

<sup>721</sup> Hahn, Motive IV, S. 161 f.

<sup>722</sup> RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80 (86).

<sup>723</sup> § 24 der preußischen KO von 1855: „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser, bei der Uebermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkursöffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, der sie für den Gemeinschuldner besitzt.“

<sup>724</sup> RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80 (83).

<sup>725</sup> Der V. Senat führte es hier in seiner Entscheidung zur Eigentumsübertragung nicht an, da es nur im Fall einer Zession griff.

<sup>726</sup> RG, Urteil vom 18.6.1890 – I. 143/90, SeuffA 46 (1891), 144 Nr. 91 (146); vgl. Bitter, Treuhand, S. 121 f.

<sup>727</sup> § 368 Abs. 2 ADHGB von 1861 (der inhaltlich heute § 392 HGB entspricht):

(1) Forderungen aus einem Geschäft, welches der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

(2) Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.

aussondern. Eine mit der Sicherungszession vergleichbare Interessenlage bestehe. Denn der Kommissionär sei wie der Treuhänder zwar formell berechtigter Gläubiger der Forderung, materiell und wirtschaftlich betrachtet sei aber der Kommittent wie ein Treugeber als wirklicher Inhaber dieser Forderung anzusehen, und ihm daher ein Aussonderungsrecht zu gewähren.<sup>728</sup> In der Wissenschaft kritisierte insbesondere Landgerichtspräsident Dr. H. v. Lang dieses Argument damit, dass die Situation beim Kommissionsgeschäft und einem fiduziarischen Geschäft verschieden seien.<sup>729</sup> Außerdem handele sich bei § 368 Abs. 2 ADHGB um eine nicht analogiefähige Ausnahmegesetzvorschrift.<sup>730</sup>

**(5) Zusammenfassung und Kritik des Urteils vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80**

Insgesamt ließ sich der V. Zivilsenat bei seiner Argumentation von dem Ziel der materiellen Gerechtigkeit leiten. Sie könne diese sich auch gegen die formale Rechtslage der Eigentümerstellung des Treuhänders durchsetzen. Den gerechten Ausgleich der gegensätzlichen Interessen von Treugeber einerseits und den Konkursgläubigern des Treuhänders andererseits, erreichte man dadurch, dass man das Treuhandeigentum auch im Konkurs des Treuhänders wirtschaftlich weiterhin dem Vermögen des Treugebers zuordnete und ihm zum Nachteil der Konkursgläubiger über das Aussonderungsrecht nach § 35 KO a.F. Schutz gewährte.<sup>731</sup> Der Treugeber stand dem Sicherungsgut vermögensrechtlich näher als die Konkursgläubiger des Treuhänders, die ungerechtfertigt in den Genuss der Mehrung der Konkursmasse kämen. Dies hielt der Senat für unbillig.

Seine Rechtsprechung fand schließlich großen Zuspruch bei den anderen Zivilsenaten des Reichsgerichts und etablierte sich als geltendes Richterrecht.<sup>732</sup> Auch in der Wissenschaft stimmte man dem überwiegend zu.<sup>733</sup> Einige Rechtsgelehrte kritisierten jedoch die besprochene Entscheidung mit deutlichen Worten. Angriffspunkt war vor allem die Aufspaltung des Eigentums in einen formellen und einen materiellen Bestandteil. Für die rechtliche Bewertung

---

<sup>728</sup> RG, Urteil vom 18.6.1890 – I. 143/90, SeuffA 46 (1891), 144 Nr. 91 (146).

<sup>729</sup> Lang, AcP 83 (1894), 336 (347 f.); Ebenfalls kritisch: *Katzmann*, Aussonderung, 1928, S. 37 ff.; Analogie in Lit. überwiegend bejaht, vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 73 m.N.

<sup>730</sup> Lang, AcP 83 (1894), 336 (348).

<sup>731</sup> RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80 (85).

<sup>732</sup> Das RG gewährte in ständ. Rspr. seit Beginn des 20. Jh.s dem Treugeber ein Aussonderungsrecht: RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80; RG, Urteil vom 20.3.1912 – V. 352/11, RGZ 79, 121; RG, Urteil vom 19.2.1914 – VII. 448/13, RGZ 84, 214; RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 12; RG, Urteil vom 5.11.1918 – VII. 202/18, RGZ 94, 305.

<sup>733</sup> Vgl. dazu die Ausführungen weiter unten, auf S. 145 f.

eines Rechtsgeschäfts sei das wirtschaftliche Ziel grundsätzlich „völlig gleichgültig.“<sup>734</sup> Denn jedes Rechtsgeschäft könne zu unterschiedlichen Zwecken vorgenommen werden. Dabei bleibe der rechtliche Charakter des Geschäfts immer derselbe. Prof. Karl von Lilienthal hielt es daher nicht nur für falsch, die rechtliche Beurteilung eines Rechtsgeschäfts von ihrem wirtschaftlichen Zweck abhängig zu machen, sondern wegen der fehlenden Greifbarkeit, der „Flüssigkeit der wirtschaftlichen Fragen“, sowie der mangelnden Bestimmbarkeit der wirtschaftlichen Begriffe sogar für gefährlich.<sup>735</sup> Es komme zu einer „Vermengung von Jurisprudenz und Nationalökonomie“, die das Recht instabil mache, kritisierte der Oberlandesgerichtspräsident Max Eccius.<sup>736</sup>

Letztlich hat sich aber die dogmatische Konstruktion eines, in einen formellen und einen materiellen Teil gespaltenes Eigentum bis heute durchgesetzt. Das Insolvenzrecht gewährt dem Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders gewohnheitsrechtlich ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO, vorausgesetzt der Sicherungszweck ist entfallen.<sup>737</sup>

#### ***dd) Der Lösungsansatz der Rechtswissenschaft***

In der Rechtswissenschaft war um den Jahrhundertwechsel sehr umstritten, welche Rechtstellung man dem Treugeber bezüglich seiner fiduziarisch übertragenen Rechte im Konkurs seines Treuhänders gewähren sollte. Die Wissenschaft lieferte gute Vorarbeit für das Reichsgericht. Ein Vergleich ihrer Argumente für ein Aussonderungsrecht des Treugebers mit denen des Reichsgerichts zeigt deutlich, dass man sich durchaus gegenseitig inspirieren ließ.

Ausgehend von der Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsübertragungen,<sup>738</sup> drehte sich die Diskussion auch in der Literatur, um die Streitfrage: Sollte man trotz formaler Rechtsübertragung an den Treuhänder, in dessen Konkurs, die Sicherungsobjekte wegen der sicherungsvertraglichen Beschränkungen dem Vermögen des Treugebers zuordnen und ihm das Privileg des Aussonderungsrechts nach § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F. gewähren? Die

---

<sup>734</sup> Lilienthal, DJZ 1902, 542 (543).

<sup>735</sup> Lilienthal, DJZ 1902, 542 (543).

<sup>736</sup> Eccius, Gruchot 36 (1892), 642 (655). Max Eccius (1835–1918) war Präsident des Oberlandesgerichtes der preuß. Provinz Hessen-Nassau.

<sup>737</sup> Thole, in: Schmidt, InsO-Kom., 19. Aufl. 2016, § 47 Rn. 27; Vgl. auch zur gewohnheitsrechtlichen Entstehung des Aussonderungsrechts Jaeger, KO-Kom. 1. Bd., 8. Aufl. 1958, § 43 Anm. 39 m. w. N.

<sup>738</sup> Ständige Rechtsprechung des RG und Teile der Literatur, s.o.

herrschende Meinung sprach sich für diese Lösung aus.<sup>739</sup> Andere Stimmen in der Literatur<sup>740</sup> verneinten hingegen diese Frage und wiesen insbesondere auf die Rechtstellung des Treuhänders als formalen Rechtsinhaber hin. Nach ihrer Ansicht wäre dem Treugeber nichts anderes übriggeblieben, als seinen Anspruch auf Rückübertragung der sicherungsabgetretenen Forderung oder der sicherungsübereigneten Sache als Konkursforderung zur Tabelle anzumelden, §§ 126 ff. KO a.F., bzw. §§ 138 ff. KO n.F. In den rechtshistorischen Quellen ließen sich interessante Argumente für die herrschende Lehre als auch für die Gegenansicht finden. Mit Blick auf die eben erörterte Rechtsprechung des Reichsgerichts, sind uns manche Begründungsansätze der herrschenden Lehre nicht ganz unbekannt.

### ***(1) Argumente der herrschenden Lehre***

Die herrschende Lehre und insbesondere der bedeutende Pandektist *Heinrich Dernburg*,<sup>741</sup> trennten bereits das Eigentum an einer zedierten Forderung auf, in formelles Eigentum des Treuhänders sowie materielles oder wirtschaftliches Eigentum des Treugebers. Dadurch habe der Treuhänder nach außen die Stellung eines Gläubigers und könne sie gegenüber Dritten uneingeschränkt geltend machen. Dagegen bleibe er aber nach innen lediglich Bevollmächtigter, sodass ihm die Forderung im Verhältnis zum Treugeber fremd sei. Eine unterlassene Auskehr eingezogener Forderungen sei außerhalb des vereinbarten Sicherungsfalls daher auch als Unterschlagung mit Strafe bedroht.<sup>742</sup>

Des Weiteren hatte *Josef Kohler* bereits 1878 die Vorstellung, den Treugeber so zu behandeln, als sei aus seinem Vermögen nichts veräußert worden. Denn die zufällige Aufteilung eines fiduziarischen Geschäfts in einen Veräußerungs- und einen Rückveräußerungsakt, dürfe nicht zu einem unverdienten Massezuwachs zugunsten der Gläubiger des Treuhänders bei gleichzeitigem Vermögensverlust für den Treugeber führen. Dem Treugeber sei daher die *rei vindicatio utilis* als Klage aus dem Eigentumsrecht zu

---

<sup>739</sup> Die Rechtswissenschaft: *Kohler*, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 325 (349); *Jaeger*, KO-Kom., 2. Aufl. 1904, § 43 S. 17 ff.; v. *Wilmowski*, KO-Kom., 6. Aufl. 1906, § 43, Anm. 5; *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, § 100 S. 236; *Petersen*, in: Kleinfeller, KO-Kom., 4. Aufl. 1900, § 43, Anm. 2; *Wienstein*, Gruchot 46 (1902), 241 (245 ff.).

Die ständige Rechtsprechung des RG (im 19. Jh.): RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/9, RGZ 45,80; RG, Urteil vom 18.6.1890 – I. 143/90, SeuffA 46 (1891), 144 Nr. 91 (146); RG, Urteil vom 30.6.1892 – V. 134/92, Gruchot 37 (1893), 119 (121 f.); RG, Urteil vom 21.5.1895 – III. 55/95, RGZ 35, 77 (79).

<sup>740</sup> *Regelsberger*, AcP 63 (1880), 157 (187 ff.); *Hellwig*, AcP 64 (1881), 369 (393); *Wiesing*, das Aussonderungsrecht im Konkurse, S. 17 ff., *Lang*; AcP 83 (1894), 336 (342, 351).

<sup>741</sup> So wie später auch das RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/9, RGZ 45, 80 (s.o.).

<sup>742</sup> *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl. 1896, § 100 S. 216, § 236 S. 506 ff.

gewähren.<sup>743</sup> Kohler argumentierte von einer wirtschaftlichen Perspektive aus, wem das Treugut näherstehe. Hierbei war die materielle Gerechtigkeit letztlich der entscheidende Gesichtspunkt gewesen, den die Rechtsprechung so übernahm.<sup>744</sup>

Außerdem verwies man, wie später auch der V. Zivilsenat des Reichgerichts, auf die Beratung der Reichstagskommission zu § 35 KO a.F. Dort ließen die Kommissionsmitglieder und Regierungsvertreter übereinstimmend in das Protokoll aufnehmen, dass § 35 des Entwurfs es dem Treugeber nicht versage, die „nur zur Sicherstellung“ an den Treuhänder übertragenen Rechte aus dessen Konkursmasse heraus zu verlangen, „obwohl das Indossament den Zusatz: zur Einziehung, zur Sicherung, oder eine ähnlich beschränkende Klausel nicht enthält[e].“<sup>745</sup> Zudem war man sich darüber einig, dass die Aufnahme einer allgemeinen, der § 24 der preußischen KO von 1855<sup>746</sup> entsprechenden Regelung nicht nötig sei, da § 35 KO a.F. den Gedanken mangelnder Massefähigkeit fiduziarischer Rechte bereits ausreichend zum Ausdruck bringe.<sup>747</sup> Kritiker wandten dagegen jedoch ein, dass es sich nur um eine theoretische Absichtserklärung handle, die zwar zu beachten, aber mangels Gesetzescharakter nicht verbindlich sei.<sup>748</sup>

Und schließlich sprach bereits die herrschende Lehre den Gedanken der Billigkeit an. Den Sicherungsgeber lediglich auf eine Konkursforderung zu verweisen, würde für ihn eine zu große finanzielle Einbuße darstellen. Daher machten ihre Vertreter wegen des „Postulats der Gerechtigkeit“, wie es Josef Kohler ausdrückte, eine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip, dass nur dinglichen Rechten ein Vorrecht im Konkurs zuständen.<sup>749</sup>

## ***(2) Argumente der Gegenansicht***

Für die Gegenansicht fanden sich jedoch ebenfalls nicht zu vernachlässigende Gesichtspunkte: Zunächst spreche die formale Rechtsstellung des Treuhänders als Eigentümer gegen ein Aussonderungsrecht des Treugebers. Durch die Sicherungsübertragung sei die Forderung restlos und im Ganzen in das Vermögen des Treuhänders übergegangen. Eine Aufteilung in

---

<sup>743</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 325 (349, 353 ff.).

<sup>744</sup> RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/9, RGZ 45, 80 (84); Vgl. dazu obige Ausführungen S. 138 f.

<sup>745</sup> Vgl. Hahn, Motive IV, S. 666 f.

<sup>746</sup> Zu § 24 der preuß. KO von 1855 vgl. zuvor S. 142 Fn. 723.

<sup>747</sup> Vgl. ausführlich dazu Fuss, Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, 1899, S. 92 ff.

<sup>748</sup> Zustimmung: Wiesing, Das Aussonderungsrecht im Konkurse, S. 17 f.; Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 325 (353); a. A.: Jaeger, KO-Kom., 2. Aufl. 1904, § 43 Anm. 9; v. Wilimowski, KO-Kom., 6. Aufl. 1908, § 43, Anm. 5.

<sup>749</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 325 (348, 353 f.).

„formelles“ und „materielles Eigentum“, wie es die herrschende Lehre und das Reichsgericht wollten, sei mit dem Eigentum als vollkommenem Recht der Privatrechtsordnung nicht vereinbar. Es gebe kein mehr- oder minderwertiges Eigentum. Das unterstreiche auch § 7 Abs. 1 S. 1 KO n.F. Demgemäß konnte nach Eröffnung des Konkursverfahrens die Zugehörigkeit des Eigentums zum Vermögen des Treuhänders nicht bestritten werden; der Konkurschuldner blieb auch nach Einziehung seiner Privatrechte zur Masse, juristisch Inhaber seines Vermögens.<sup>750</sup> Das Gewicht dieser Argumentation lässt sich nicht von der Hand weisen. Man findet noch heute inhaltlich dasselbe Argument in der Diskussion um die Frage, ob Sicherungseigentum ein „die Veräußerung hinderndes Recht“ im Sinne des § 771 ZPO darstelle. Die dies befürwortende herrschende Meinung<sup>751</sup> beruft sich dort vor allem auf die formale Eigentümerstellung des Sicherungsnehmers.

Außerdem könne auch die schuldrechtliche Verpflichtung des Treuhänders, nur im Sicherungsfall das Treugut zu verwerten, an der dinglichen Rechtslage nichts ändern könne.<sup>752</sup> Deutlich werde dies insbesondere anhand folgenden Vergleichs: Es fragt sich, warum die Sicherungszession im Gegensatz zum Nießbrauch, der nicht nur als obligatorischer, sondern sogar dinglicher Vertrag die intensivste Einschränkung des Eigentums herbeiführe, für den Treugeber im Konkurs des Treuhänders jedoch kein Aussonderungsrecht gewähre, anders behandelt werden solle. Es wäre widersprüchlich, dem Treugeber durch eine lediglich schuldrechtliche Vereinbarung einen stärkeren Schutz zu gewähren.<sup>753</sup> Vielmehr sollte der treugebende Zedent dem Nießbrauchberechtigten gleichgestellt werden, ihnen folglich beiden eine Konkursforderung zur Tabelle zustehen.

Schließlich sei es nach Ansicht des Landgerichtspräsidenten v. Lang nicht einzusehen, warum dem Treugeber als Gläubiger nach der vorgenannten herrschenden Lehre, die Vorteile aller drei, ihm für seine Zwecke zur Wahl stehenden Rechtsgeschäfte – namentlich der Sicherungszession, der Forderungsverpfändung oder der Einzugsermächtigung – zur gleichen Zeit zustehen sollten. Diese Aussage bedarf einer genaueren Erläuterung. Die Zession habe für den Treugeber *erstens* den Vorteil, dass der Drittschuldner seine gegen den Zedenten, seinen Gläubiger, persönlich begründeten Einreden, wie insbesondere die Aufrechnung, dem Zessionar als Treuhänder nicht mehr entgegenhalten könne. *Zweitens* erlange der Treugeber

---

<sup>750</sup> Wiesing, Das Aussonderungsrecht im Konkurse, S. 18 f.

<sup>751</sup> Schmidt/Brinkmann, MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 771 ZPO Rn. 29 m. w. N.

<sup>752</sup> RG, Urteil vom 2.7.1900 – IV. 121/00; Wiesing, Das Aussonderungsrecht im Konkurse, S. 17.

<sup>753</sup> Wiesing, Das Aussonderungsrecht im Konkurse, S. 17 f.

nach der herrschenden Lehre mit einem Aussonderungsrecht sogar für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Treuhänders vollen Schutz für seine abgetretene Forderung, ebenso wie wenn er den Treuhänder lediglich zu deren Einzug ermächtigt hätte.<sup>754</sup> Dies verschaffe dem Treugeber unverhältnismäßig viele Vorteile. Selbst einige wichtige Vertreter der herrschenden Lehre räumten dies ein. Sie suchten allerdings die Lösung darin, dem Drittschuldner die Geltendmachung der persönlichen, ursprünglich gegen den Zedenten bestehenden Einreden, auch gegenüber dem Zessionar als *Exceptio doli* zu gestatten.<sup>755</sup> Im Übrigen profitierte der Treugeber *drittens*, vor allem von dem wirtschaftlichen Vorteil der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte. Denn im Gegensatz zu einer Pfandrechtsbestellung konnten sie auch im Stillen, also ohne Anzeige an den Drittschuldner und ohne Übertragung des unmittelbaren Besitzes vereinbart werden. Dem Treugeber war es demnach im Verhältnis zu seinen sonstigen Geschäftspartnern und Kunden insbesondere möglich, abgetretene Forderungen weiterhin selbst einzuziehen beziehungsweise seine sicherungsübereigneten Maschinen und Betriebsmittel für die Produktion zu verwenden.

Die Gewährung der vorgenannten drei Vorteile hielt man, salopp gesprochen, in der Summe für zu viel des Guten. Geht man, mit der Ende des 19. Jahrhunderts sich durchsetzenden, herrschenden Meinung<sup>756</sup> grundsätzlich von einer wirksamen formellen Rechtsübertragung bei fiduziarischen Rechtsgeschäften aus, so müsste im Austausch für ihre beiden Vorteile – stille Verpfändung und Wegfall persönlicher Einreden des Drittschuldners – wenigstens auch der konkursrechtliche Nachteil akzeptiert werden. Folglich wollte v. Lang kein Aussonderungsrecht nach § 35 KO a.F., bzw. § 43 KO n.F. gewähren.<sup>757</sup> Dem Treugeber sollte lediglich eine Konkursforderung zustehen.<sup>758</sup>

Geht man mit der herrschenden Meinung von einer wirksamen Vollrechtsübertragung aus, so erscheint die letztgenannte Ansicht ebenfalls plausibel. Sie stellt formaljuristisch konsequent

---

<sup>754</sup> Lang, AcP 83 (1894), 336 (341 f., 338).

<sup>755</sup> Kohler, Jherings Jahrbücher 16 (1878), 150 f.; Dungs, Gruchot 32 (1888), 8 (38 ff.); Regelsberger, AcP 63 (1880), 157 (189 f.).

<sup>756</sup> h.M. s.o. Kapitel II.

<sup>757</sup> Vgl. Lang, AcP 83 (1894), 336 (341 f.).

<sup>758</sup> Lang, AcP 83 (1894), 336 (341 f.); Ebenso Lilienthal, DJZ 1902, 543 (545), der die Gewährung eines Aussonderungsrechts als ein unhaltbares Überschreiten der gesetzlichen Grenzen ansieht. Lilienthal verweigerte konsequent mangels eines die Veräußerung hindernden Rechts auch ein Widerspruchsrecht des Schuldners gegen die Pfändung eines sicherungsübertragenen Gegenstandes nach § 771 C.P.O. Anderes hätte sich i. Ü. vom Standpunkt dieser Ansicht nur ergeben, wenn man mit der älteren Lehre bereits die Wirksamkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte gänzlich abgelehnt hätte. Der Treugeber hätte infolgedessen sein Eigentum nie verloren und dies daher auch nicht nach § 35 KO a.F. zurückfordern können.

auf die vollzogene Rechtsübertragung an den Treuhänder ab. Der Treugeber sei kein Rechtsinhaber mehr und folglich stünde ihm nach dieser Rechtslage auch für das Konkursrecht kein Aussonderungsrecht mehr zu. Allerdings erscheint das Ergebnis, wie es auch die herrschende Lehre und das Reichsgericht sah, aus Wertungsgesichtspunkten für den Treugeber unbillig zu sein. Wenn man die Sicherungszession nach materiellem Recht nicht für unwirksam erklären oder verbieten wollte, fragt sich doch, warum man nicht wenigstens eine das Aussonderungsrecht versagende Regelung im Konkursrecht, zumindest in der Novelle von 1898 nachträglich getroffen hatte. Mit einer eindeutigen Regelung im Sinne eines schon in der Kommission vorgeschlagenen § 35a KO<sup>759</sup>, hätte man nicht nur das dogmatisch widersprüchliche Ergebnis vermeiden, sondern auch für die Rechtspraxis Rechtssicherheit schaffen können. Über die Gründe kann nur spekuliert werden. Doch scheint es kein Zufall gewesen zu sein, dass man sich auch im Konkursrecht eines gesetzlich regelnden Eingriffs enthielt und die Frage der Rechtsprechung und Literatur überließ.

### III. Zusammenfassung des Abschnitt D. Konkursordnung

Zusammenfassend lässt sich für das Kapitel II, Abschnitt D. Konkursordnung festhalten: Die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte spielten insbesondere im Konkursverfahren eine entscheidende Rolle. Als Kreditsicherungsmittel konstruiert, gewannen sie erst in Zeiten wirtschaftlicher Zusammenbrüche besonders an Bedeutung. Dies spiegelte sich an der Fülle von Entscheidungen zum Ende des 19. Jahrhunderts („großen Depression“<sup>760</sup>) wieder, die primär die rechtliche Behandlung der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung im Konkursverfahren thematisierten.<sup>761</sup> Für den in der Praxis häufiger vorkommenden Fall des in Konkurs gefallenen Sicherungsgebers, gewährte und gewährt man noch heute,<sup>762</sup> dem Sicherungsnehmer lediglich ein Absonderungsrecht am Sicherungsgut. Dies war bereits eine Modifikation gegenüber der sonstigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach seinem

---

<sup>759</sup> Bzw. der dem § 24 KO der preußischen KO von 1855 entsprechen sollte.

<sup>760</sup> Die als „große Depression“ bezeichnete Wirtschaftskrise dauerte über 20 Jahre (1873–1896) an, vgl. *Borchardt*, in: Zorn (Hg.) Bd. 2, S. 267 f.

<sup>761</sup> Vgl. insb. die Aufzählung der Entscheidungen auf S. 115 Fn. 576. Ein Schwerpunkt der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (15,8 %) entfiel auf den Bereich der Gerichtsverfassung und die Verfahren in Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit. Dabei beschäftigten sich wiederum  $\frac{3}{4}$  mit der KO (61,1 %) und dem AnfG (24,9 %). *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 64, 49 ff.

<sup>762</sup> Vgl. §§ 51 Nr. 1, 50 InsO. Dem Sicherungszessionar (BGHZ 95, 152; BGH, NJW 1984, 1750; *Stürner*, Jauernig BGB, 17. Aufl. 2018, § 398 Rn. 17) sowie dem Sicherungseigentümer stehen in der Insolvenz des Sicherungsgebers nach §§ 51 Nr. 1, 50 InsO jeweils nur ein Absonderungsrecht zu (*Oechsler*, MüKo-BGB 8. Aufl. 2020, Anh. §§ 929–936 Rn. 57).

Sicherungsgeber das Vollrecht und im Konkurs dogmatisch konsequent ein Aussonderungsrecht zugestanden hätte. Dogmatisch ähnlich inkonsequent, leitete man im umgekehrten Fall, des zahlungsunfähig gewordenen Sicherungsnehmers als Treuhänder, für den Sicherungsgeber als Treugeber ein Aussonderungsrecht her. Denn trotz formaler Rechtsübertragung an den Treuhänder, stünde materiell dem Treugeber der Wert des Sicherungsgut zu. Dem Reichsgericht erschien es unbillig, den sonstigen Gläubigern des zahlungsunfähig gewordenen Treuhänders den Vorzug vor dem Treugeber zu gewähren. Seine Rechtsauffassung hat sich bis heute behauptet.<sup>763</sup> Außerdem begann sich aus dieser Rechtsprechung sowie in den wissenschaftlichen Abhandlungen dazu die moderne Treuhandlehre zu entwickeln.<sup>764</sup>

---

<sup>763</sup> Nach geltenden Insolvenzrecht gewährt man dem Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders gewohnheitsrechtlich ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO, vorausgesetzt der Sicherungszweck ist entfallen, *Thole* in: Schmidt InsO-Kom., 19. Aufl. 2016, § 47 Rn. 27; Vgl. *Bitter*, Treuhand S. 54.

<sup>764</sup> Dies zeigte bereits die Wortwahl: Treuhand bzw. für den Sicherungsgeber – Treugeber, sowie für den Sicherungsnehmer – Treuhänder.

### III. Kapitel: Die Vorauszession

#### I. Einleitung

Nachdem man die Zession von Forderungen im 19. Jahrhundert anerkannt, sowie anschließend auch ihre Verwendung als Kreditsicherungsmittel zugelassen hatte, ging die Entwicklung weiter und man stellte sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Frage, ob es auch möglich sein sollte, künftig erst entstehende Forderungen als Kreditsicherung abzutreten. Es folgte eine ab 1903 beginnende *zweite Phase* reichsgerichtlicher Rechtsprechung zur Thematik der sog. Vorauszession.

Ausgangspunkt war das Urteil des Reichsgerichts vom 29.9.1903. Der VII. Zivilsenat entschied, dass auch künftige Forderungen Gegenstand eines gültigen Abtretungsvertrages sein können, und dies selbst dann, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei Forderungen „noch nicht einmal ein Grund vorhanden“ und ihre Entstehung „vielmehr nur als möglich“ erscheine.<sup>765</sup> Der VII. Senat berief sich ausdrücklich auf die gemeinrechtliche Entscheidung des III. Senats aus dem Jahr 1891, wonach die Zulässigkeit solcher Zessionen „jetzt unbestritten“ sei.<sup>766</sup> Außerdem begründete das Gericht die Anerkennung der Vorauszession mit „einem dringenden Verkehrsbedürfnis“, dessen Nichterfüllung – falls sie vom Bürgerlichen Gesetzbuch beabsichtigt war – sicher nicht ohne nähere Begründung geblieben wäre.<sup>767</sup> Mit dieser Entscheidung entfachte das Gericht in der rechtswissenschaftlichen Literatur eine heftige Diskussion zu der Frage,<sup>768</sup> ob nach dem im Jahr 1900 eingeführten Bürgerlichen Gesetzbuch künftige Forderungen bereits vor ihrer Entstehung zediert werden könnten.<sup>769</sup>

---

<sup>765</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (334); Gleiche Ansicht vertrat bereits das OLG Hamburg am 1.11.1901 in: *Hanseatische Gerichtszeitung* 1902, 27 für das Recht des BGBs. Dort bestand Streit zwischen einem eine Mietzinsforderung pfändenden Gläubiger und einem Sicherungszessionar, dem diese Einnahmen bereits vor der Vermietung an den Mieter abgetreten wurden. Der Sicherungsnehmer wandte ein, dass die Abtretung solcher zukünftigen Forderungen wirksam sei und die Pfändung ihm gegenüber ins Leere ginge. Vgl. *Heuer*, DJZ 1903, 28 (29).

<sup>766</sup> RG, Urteil vom 20.1.1891 – III. 231/90, RGZ 55, 334 (334). Die Entscheidung selbst wurde nicht veröffentlicht.

<sup>767</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335).

<sup>768</sup> Zahlreiche Veröffentlichungen folgten: Vgl. dazu *Pöggeler*, Sukzessionen, § 9 I Fn. 7.

<sup>769</sup> Die Diskussion wurde dabei auch von dem Umstand begünstigt, dass sich die fiduziarischen Geschäfte mittlerweile enorm ausgebreitet hatten (*Hellwig*, Gläubigernot, 1912, S. 150). Spätestens ab den Neunzigerjahren des 19. Jh.s, gewann vor allem auch die S.Z. an immer größerer praktischer Bedeutung. Man erkannte allmählich, dass die fiduziarische Abtretung für den Sicherungsnehmer als Gläubiger im Vergleich zu einer Bevollmächtigung eine bessere Möglichkeit bot, eine quasi „fremde“ Forderung einzuziehen (vgl. auch *Hellwig*, Gläubigernot, 1912, S. 150).

Im Zusammenhang mit der Frage nach der Wirksamkeit der Vorauszession, musste sich das Reichsgericht insbesondere mit der dogmatisch diffizilen Frage auseinandersetzen, wann eine Verfügung über künftige Forderungen ausreichend bestimmt bzw. bestimmbar ist. Für den Rechtsanwender war die Bestimmtheit entscheidend, um bei seiner Gestaltung der Sicherungsverträge kein Risiko hinsichtlich ihrer Anerkennung im Streitfall einzugehen. Dogmatischer Ausgangspunkt für die Bestimmtheit bildete die Natur der Zession als Verfügung, die stets Klarheit über das Ausmaß der beabsichtigten Rechtsänderung schaffen sollte.<sup>770</sup> Dies bereitete aber für die Zession künftiger Forderungen Schwierigkeiten, da im Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung es noch keinen gesicherten Rechtsgrund für das Verfügungsobjekt der Forderung gibt. Nach dem Bestimmtheitsgrundsatzes sollte für alle Vermögensgegenstände, wie Forderungen, Rechte und Sachen eine zweifelsfreie Zuordnung ermöglichen, um den Rechtsfrieden zu wahren und gleichzeitig den Rechtsverkehr bzw. im Besonderen den Kreditverkehr zu fördern.<sup>771</sup> So entwickelten das Reichsgericht und später der Bundesgerichtshof anhand ihrer Entscheidungen zur Vorauszession das Postulat der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit.<sup>772</sup> Allmählich entstanden aus den detaillierten Einzelfallprüfungen<sup>773</sup> schließlich über die Jahrzehnte hinweg formelhafte Definitionen.<sup>774</sup> Nach allgemeiner Auffassung hält man heute für die Bestimmbarkeit bei der Vorauszession für ausreichend: „Eine Vorausabtretung ist [...] dann wirksam, wenn die abgetretene künftige Forderung bei der Abtretung so umschrieben wird, dass sie spätestens bei ihrer Entstehung nach Gegenstand und Umfang bestimmbar, also die aufgrund der Abtretung konkret in Anspruch genommene Einzelforderung genügend individualisierbar ist.“<sup>775</sup>

Aus volkswirtschaftlichem Blickwinkel war und ist die Vorauszession heute, meist in der Form der Globalzession oder eines verlängerten Eigentumsvorbehalts, ein bedeutendes Kreditsicherungsmittel für das Gewerbe. Kreditinstitute oder Lieferanten sehen sich mit der Situation konfrontiert, dass ein Unternehmen mit Hilfe von Aufbau- und Investitionskrediten

---

<sup>770</sup> Kötter, Die Tauglichkeit der Vorauszession als Sicherungsmittel, S. 11.

<sup>771</sup> Pöggeler, Sukzessionen, § 9 VIII.

<sup>772</sup> So auch Pöggeler, Sukzessionen, § 9 VIII Fn. 59.

<sup>773</sup> Wie z.B. RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166.

<sup>774</sup> Vgl. insb. zur Prüfung der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit im Einzelfall: RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166; vom 21.1.1910 – VII. 159/09, JW 1910, 230; vom 22.2.1918 – III. 402/17, RGZ 92, 238; vom 18.10.1935 – II. 55/35, RGZ 149, 96; vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 sowie aus der neueren Rechtsprechung des BGH: Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365; vom 23.10.1963 – VIII. ZR 150/62, BGH NJW 1964, 149; vom 15.03.1978 – VIII. ZR 180/76, BGHZ 71, 75; vom 20.11.1980 – VII. ZR 70/80, BGHZ 79, 16 sowie vom 25.10.1984 – IX. ZR 142/83, BGH NJW 1985, 800.

<sup>775</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1984 – IX. ZR 142/83, NJW 1985, 800 (802).

errichtet, zur Sicherung eines die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit erhöhenden Betriebsmittelkredit nur seine gegenwärtigen und zukünftigen Geschäftsforderungen noch anbieten kann. Denn das Anlagevermögen, insbesondere Grundstücke haften bereits für ältere Kredite, während das Umlaufvermögen praktisch immer unter Eigentumsvorbehalt den Lieferanten gehört. Zugriff auf die Außenstände erlangt der Kreditgeber jedoch nur durch eine Vorauszession.<sup>776</sup> Da der Schuldner i. d. R. ermächtigt ist bestehende Forderungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang einzuziehen und zum Erlöschen zu bringen, ist der Geldgeber auf die Vorauszession angewiesen. Aus heutiger, rechtshistorischer Sicht war die Vorauszession die entscheidende Erneuerung der Sicherungsabtretung, woraus sich erst die Kreditsicherungsmittel des verlängerten Eigentumsvorbehalts sowie der seit 1952<sup>777</sup> anerkannten Globalzession entwickeln konnten.

## II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Vorauszession

Trotz der zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts zur Vorauszession, findet man nur in einigen wenigen eine Begründung zu der Frage nach der rechtlichen Möglichkeit, künftige Rechte zu übertragen.<sup>778</sup> Eine maßgebliche Rolle hierfür spielte die oben bereits erwähnte, erste Entscheidung des VII. Zivilsenats in dieser Sache vom 29.9.1903<sup>779</sup> sowie ein zweites bedeutendes Urteil vom 1.10.1907.<sup>780</sup> Im zweit genannten Urteil bekräftigte der VII. Senat erneut seine frühere Ansicht und wiederlegte zudem argumentativ die vom Schrifttum vorgebrachten Zweifel.<sup>781</sup> Erstmals schränkte er den Umfang der Verfügung über künftige Rechte mittels des Postulats der Bestimmtheit bzw. der Bestimmbarkeit ein. Dieses im Interesse des Rechtsverkehrs liegende Erfordernis einer bestimmten bzw. bestimmbaren Verfügung<sup>782</sup> war anschließend in den zahlreichen späteren Entscheidungen die entscheidende Frage der richterlichen Prüfung. Ausgehend von der grundsätzlichen Möglichkeit einer Vorausabtretung, verlagerte das Reichsgericht damit den Schwerpunkt auf die Prüfung dieser Voraussetzung.<sup>783</sup>

---

<sup>776</sup> Vgl. *Kötter*, Die Tauglichkeit der Vorausabtretung als Sicherungsmittel, S. 19 f.

<sup>777</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365.

<sup>778</sup> Dies sind vor allem folgende Urteile: RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334; 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166; 8.11.1912 – VII. 218/12, JW 1913, 132; 8.4.1932 – II. 362/31, RGZ 136, 100; 11.10.1935 – VII. 48/35, RGZ 149, 19.

<sup>779</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334.

<sup>780</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166.

<sup>781</sup> Bereits *Bergk*, Übertragungen, S. 68.

<sup>782</sup> Vgl. *Bauer*, Lehrbuch des Sachenrechts, S. 582.

<sup>783</sup> So zuvor *Pagenkopf*, künftige Forderungen, S. 12; Prüfung der Bestimmtheit der Vorauszession im Einzelfall vgl. insb.: RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166; RG, Urteil vom 21.1.1910 – VII. 159/09, JW 1910, 230; RG, Urteil vom 3.6.1904 – 106/1904, Gruchot 48, 891 f.

Im Folgenden wird zunächst die Argumentation des Reichsgerichts anhand seiner wichtigsten Entscheidungen näher analysiert und bewertet werden.

## **1. Ausgangsentscheidung vom 29.9.1903 – das Reichsgericht anerkennt die Vorauszession**

In seiner Ausgangsentscheidung vom 29.9.1903 bejahte der VII. Zivilsenat erstmals die Frage, ob künftige Forderungen, zu denen „nicht einmal ein Grund vorhanden, deren Entstehung vielmehr nur als möglich“ erscheint, Gegenstand eines gültigen Abtretungsvertrags sein könnten.

### **a) 1. Argument: Vorauszession bereits nach gemeinem Recht möglich**

Als erstes Argument nannte der VII. Senat die Auffassung des III. Senats vom 20.1.1891. Dieser hielt die Vorauszession nach dem gemeinen Recht für grundsätzlich möglich, mit der Folge, dass die Forderung bei ihrer späteren Entstehung unmittelbar auf den Zessionar übergehe. Der VII. Senat übertrug dies auch auf die nach dem BGB geltende Rechtslage. Wenn auch das bereits seit 1900 geltende BGB diese Frage nicht ausdrücklich regelte, sei „weder mittelbar aus sonstigen Bestimmungen des Gesetzbuchs, noch aus den Verhandlungen der Kommission und des Reichstages ein zwingender Grund zu entnehmen“, die Frage jetzt anders zu entscheiden, als nach dem gemeinem Recht.<sup>784</sup>

Der Rechtswissenschaftler Max E. Eccius, Bearbeiter des preußischen Privatrechts und Mitherausgeber der Gruchots Beiträge,<sup>785</sup> war der erste und zugleich der größte Gegner dieser Rechtsprechung. Er wollte den Verweis auf das gemeine Recht nicht als Begründung für Zulässigkeit der Vorauszession gelten lassen. Es fehle an der Vergleichbarkeit der Zession nach dem BGB und der Zession nach dem gemeinen Recht. Nach dem BGB stelle die Vorauszession eine Verfügung im Sinne einer dinglichen Übertragung des Rechts dar. Dagegen hätte man im gemeinen Recht aber erst allmählich begonnen, die Verfügung als Rechtsübertragung aus der römisch-rechtlichen Zession, dem *mandatum agendi*<sup>786</sup> zu entwickeln und man hätte diesen

---

<sup>784</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335).

<sup>785</sup> Pöggeler in: Sukzessionen, § 9 I.

<sup>786</sup> Die römisch-rechtliche Zession, das *mandatum agendi* war gerade nicht als dingliche Rechtsübertragung i. S. des § 398 BGB, sondern vielmehr nur die Begründung eines schuldrechtlichen Auftrags bzw. Mandatsverhältnisses für den Begünstigten, die Forderung einzuziehen; vgl. Eccius, DJZ 1904, 53 (54).

Prozess mit Sicherheit noch nicht abgeschlossen. Daher könne man sich nicht auf einen vollständig geklärten Rechtszustand des gemeinen Rechts berufen.<sup>787</sup>

### **b) 2. Argument: Vorauszession als dringendes Verkehrsbedürfnis**

Der VII. Senat führte jedoch noch einen zweiten, sehr bedeutenden Begründungsansatz ins Feld, das „dringende Verkehrsbedürfnis“. Falls der Gesetzgeber des BGB „dessen Nichtbefriedigung“ gewollt hätte, so hätte man dies sicher auch ausreichend in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch begründet. Da es aber an einer solchen Begründung fehlte, hielt es das Gericht für notwendig, den Wunsch des Kreditverkehrs nach einem – im Vergleich zur bis dato anerkannten Sicherungszession – weiterentwickelten und mithin umfangreicheren Kreditsicherung erfüllen zu müssen.<sup>788</sup> Betrachtet man in diesem Zusammenhang die nachfolgende Stellungnahme des württembergischen Redaktors von Kübel, der Mitglied der Ersten Kommission und maßgeblich für das Obligationsrecht des BGB verantwortlich war, so erscheint die Ansicht des Gerichts nicht ganz fernliegend.<sup>789</sup> Von Kübel meinte, „der Regel nach kann jede aus einem Schuldverhältnis entspringende Forderung veräußert werden, welcher Art und welchen Ursprungs sie sein möge; die betagten, die zukünftigen und die ungewissen Forderungen.“<sup>790</sup>

### **c) Max Eccius Alternative zur Vorauszession – der Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB**

Eccius bekämpfte das Argument des dringenden Verkehrsbedürfnisses mit der folgenden, interessanten Vorschlag. Anhand des vom Reichsgericht vorgelegenen Sachverhalts versuchte er nachzuweisen, dass die Vertragsparteien das gleiche wirtschaftliche Ergebnis auch auf andere Weise hätten erreichen können, nämlich mit Hilfe eines Vertrages zugunsten Dritter. In dem zur Entscheidung stehenden Fall, hatte ein Bauunternehmer (Sicherungsgeber) seinem Kreditgeber (Sicherungsnehmer) versprochen, ihm alle Werklohnforderungen aus dem demnächst abzuschließenden Werkvertrag mit der Stadt S (Drittschuldner) zur Sicherheit zu

---

<sup>787</sup> *Eccius*, DJZ 1904, 53 (54).

<sup>788</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335). Umfangreicher meint in diesem Zusammenhang, die Möglichkeit des Kreditgebers sich nicht nur den Zugriff auf bestehende, sondern bereits auch künftige Forderungen zu sichern.

<sup>789</sup> Bereits *Pöggeler*, Sukzessionen, § 9 I.

<sup>790</sup> V. *Kübel*, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abschnitt: §§ 342–436, § 398.

übertragen. Nach Eccius hätte man das gleiche wirtschaftliche Ziel auch erreicht, indem sich der Sicherungsgeber gegenüber seinem Sicherungsnehmer (schuldrechtlich) verpflichtet hätte, dem künftigen Vertrag mit dem Dritten, der Stadt S so zu bedingen, dass der Werklohn an den Sicherungsnehmer zu zahlen sei, d.h. den Vertrag gemäß § 328 BGB als Vertrag zugunsten Dritter<sup>791</sup> (zugunsten des Sicherungsnehmers) abzuschließen. Auch mit der Vorauszession könne nicht mehr bewirkt werden. Ohne sie blieb kein wirtschaftliches Bedürfnis unbefriedigt, so Eccius überzeugt.<sup>792</sup>

Zutreffend erscheint Eccius Annahme, dass bei einer Vorauszession der Sicherungsnehmer in ähnlicher Weise von einem redlichen Verhalten seines Schuldners, dem Sicherungsgeber abhängig ist, wie dies bei einem Vertrag zwischen Sicherungsgeber und Drittschuldner zugunsten des Sicherungsnehmers der Fall wäre. Denn in beiden Fällen könnte der Sicherungsgeber die Stellung des Sicherungsnehmers zwar rechtlich nicht durch weitere Verfügungen beeinträchtigen, wozu nur der Sicherungsnehmer als Berechtigter im Stande ist. Allerdings könnte er den Sicherungsnehmer auch jeweils erst gar nicht über die Entstehung der Forderungen informieren und ihn faktisch an deren Geltendmachung hindern.

Allerdings macht sich im Konkursverfahren ein wesentlicher Unterschied des Vertrags zugunsten Dritter gegenüber der Vorauszession als dingliche Verfügung bemerkbar. Die schuldrechtliche Bedingung, dass die Zahlung des Dritten an den Sicherungsnehmer zu erfolgen habe, hätte der Konkursverwalter ignoriert und die Forderung als Teil der Konkursmasse eingezogen. Dem Sicherungsnehmer bliebe dann nur die Möglichkeit, den Konkursverwalter darauf zu verklagen, den Drittschuldner zur Zahlung an ihn zu verpflichten (§ 328 BGB) und gleichzeitig von der Einziehung der streitgegenständlichen Forderung abzusehen. Die schuldrechtliche Sicherungsvariante wäre jedoch nicht als ein zur Aussonderung berechtigendes Recht geschützt gewesen, sondern lediglich als Konkursforderung (§ 61 Nr. 1 KO n.F. bzw. §§ 2, 54 Nr. 6 a.F.) befriedigt worden.

Außerdem ist noch ein zweiter bedeutender Unterschied zu beachten. Der große Vorteil der Sicherungszession gegenüber dem an sich gesetzlich vorgesehenen Pfandrecht an Forderungen ist, dem Drittschuldner die Verpfändung nicht anzeigen zu müssen, § 398 BGB im Vergleich zu § 1280 BGB. Jedoch hat nach Eccius Idee, die Vereinbarung des Sicherungsgebers mit dem Drittschuldner für den Sicherungsfall an den Sicherungsnehmer zu leisten (§ 328 BGB) die

---

<sup>791</sup> § 328 Abs. 1 BGB in der von 1900 (bis 2001) geltenden Fassung: „Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.“

<sup>792</sup> Eccius, DJZ 1904, 53 (54 f.).

Wirkung einer Abtretungsanzeige. Der Drittschuldner erhält zwingend Kenntnis von der wirtschaftlichen Situation des Sicherungsgebers. Folglich hätten die Vertragsparteien stattdessen wohl eher ein gesetzliches Pfandrecht an künftigen Forderungen nach §§ 1273 ff. BGB bestellt, das im Konkursfall zumindest über ein Absonderungsrecht nach § 48 KO n.F. geschützt wäre.

Im Ergebnis erscheint Eccius Ansatz auf den ersten Blick als eine interessante Idee, die jedoch in der Kreditpraxis keine ähnlich zielführende Alternative zur Vorauszession gewesen wäre. Vielleicht beschäftigt sich das Reichsgericht auch deshalb nicht mit dieser Alternative und sie fand stattdessen lediglich vereinzelt bei Gegnern der Vorauszession ihren Zuspruch.<sup>793</sup>

#### **d) Das Verkehrsbedürfnis als leitendes Motiv des Reichsgerichts**

Das vom VII. Zivilsenat vorgetragene Argument des *Verkehrsbedürfnisses* war bislang bei den Entscheidungen zur Begründung der Zulässigkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäften noch nicht ausdrücklich in Erscheinung getreten. Allerdings war es spätestens seit Leonhards Aufsatz vom 1881<sup>794</sup> der Fachwelt bekannt. Wenn auch nur im Hintergrund scheint es ein leitendes Motiv für das Reichsgericht gewesen zu sein, das Kreditsicherungsrecht weiterzuentwickeln. Bei der Entwicklung der Sicherungszession zur der Vorauszession im Jahr 1903, benannte der VII. Senat es ausdrücklich als Argument.<sup>795</sup> Er sprach von „einem dringenden Verkehrsbedürfnis“,<sup>796</sup> ohne dies jedoch weiter auszuführen. Und auch bei der Begründung der Globalzession kehrte es wieder.<sup>797</sup> Wenn auch der III. Senat des Reichsgerichts interessanterweise das Verkehrsbedürfnis für die Anerkennung der Globalzession in seinem ersten Urteil (hierzu) vom 5.5.1911<sup>798</sup> noch nicht für ausreichend hielt, so kam der Bundesgerichtshof (BGH) später unter anderem hierauf zurück und bejahte schließlich im Jahr 1952<sup>799</sup> die Wirksamkeit der Globalzession.

---

<sup>793</sup> So *Bergk*, der von einer „überzeugenden Darstellung“ spricht; *Bergk*, Übertragungen, S. 70.

<sup>794</sup> *Leonhard*, Gruchot (1881), 177 (192 ff.).

<sup>795</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335); RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (576) bestätigt wörtlich, dass aus „dem Bedürfnis des Verkehrs [...] die Notwendigkeit der Anerkennung der Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen vornehmlich hergeleitet w[e]rde.“

<sup>796</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335).

<sup>797</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365 (368), der die Anforderungen des RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 29 als „in der Tat zu streng“ bezeichnete. Man folgte damit der Kritik von *Flume*, NJW 1950, 841 (846).

<sup>798</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576.

<sup>799</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365 (369).

### e) § 398 S. 2 BGB stehe der Vorauszession nicht entgegen

Schließlich lieferte der VII. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 29.9.1903 noch ein drittes Argument. Er widerlegte den Einwand, § 398 S. 2 BGB stünde der Möglichkeit der Vorauszession entgegen. Die Vorschrift besagt, dass mit Abschluss des Vertrages der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen trete. Nach Ansicht der damaligen Literatur könne aber, solange ein Anspruch oder ein Recht noch nicht existiere, d.h. keine rechtliche Bindung zwischen den Vertragsparteien bestehe, es denklogisch auch noch keinen Gläubiger geben. Daher dürfe die Regelung in § 398 S. 2 BGB nicht angewendet werden.<sup>800</sup> Folglich sei der Zessionar nicht der Gläubiger geworden und die Vorauszession nicht möglich. Der VII. Senat dagegen erwiderte: § 398 S. 2 BGB besage nur, dass sich die Rechtsänderung unmittelbar aus dem Abtretungsvertrag ergebe und hingegen nicht erst an die Benachrichtigung des Schuldners oder an die Auslieferung der Schuldurkunden oder an sonstige mit der Erfüllung des Abtretungsvertrages zusammenhängenden Umstände geknüpft sei.<sup>801</sup> Welcher Gedanke sich genau hinter diesem Gegenargument verbirgt, wird im Zusammenhang mit den im Anschluss dargestellten Erläuterungen des Verfügungsbegriffs noch deutlicher werden.<sup>802</sup>

## 2. Urteil vom 1.10.1907 – Die Verfügung über eine künftige Forderung

### a) „Das Wesen der Verfügung“

In einer zweiten bedeutenden Entscheidung zur Thematik der Vorauszession vom 1.10.1907,<sup>803</sup> nutzte der VII. Zivilsenat die Gelegenheit, um auf die Kritik der Literatur an seiner am 29.9.1903 geäußerten Rechtsansicht einzugehen. Der VII. Zivilsenat widerlegte argumentativ die „von sehr beachtenswerter Seite“<sup>804</sup> im Schrifttum vorgebrachten Zweifel an der Wirksamkeit der Vorausabtretung. Zugleich erläuterte er in diesem Zusammenhang das Wesen der Verfügung und ihre Rechtswirkung im Detail.

Zunächst kritisierte der VII. Senat deutlich die Ansicht, wonach zum „Wesen der Verfügung“ im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehöre, dass der Gegenstand – egal ob Sache oder Recht – „zur Zeit der Verfügung existiere, und daß die durch die Verfügung

---

<sup>800</sup> So bereits *Heuer*, DJZ 1903, 28 (28), dann *Eccius*, DJZ 1904, 53 (55), Gruchot 53 (1909), 1 (2 f.), sowie zustimmend u.a. *Bergk*, Übertragungen, S. 71.

<sup>801</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335).

<sup>802</sup> Vgl. auch weiter unten § 398 BGB als Argument gegen die Zulässigkeit der Vorauszession, S. 169.

<sup>803</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166.

<sup>804</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

gewollte Rechtsänderung im Augenblick der Verfügung möglich“ sein müsse. Die herrschende Meinung sah die Verfügung als eine Rechtshandlung an, die unmittelbar auf den Gegenstand einwirke.<sup>805</sup> Hierbei müsse das Wort „unmittelbar“ sowohl gegenständlich als insbesondere auch zeitlich eng ausgelegt werden,<sup>806</sup> sodass nur im Zeitpunkt der Verfügung bereits bestehende Rechte von ihr erfasst würden.

Der VII. Senat erwiderte hier folgende Überlegung: Wenn eine Verfügung über einen körperlichen Gegenstand i. S. v. § 90 BGB vor dessen Entstehen, d.h. im Voraus nicht möglich sei, liege dies daran, dass „jedenfalls bei beweglichen Sachen gewisse in der äußeren Erscheinungswelt sich vollziehende Handlungen erforderlich sind, die nach ihrer Natur nur an einer vorhandenen Sache möglich sind.“<sup>807</sup> Der Senat meinte dabei die Übergabe, die nur an einem gegenwärtig vorhandenen körperlichen Gegenstand möglich ist. Ganz anders sei es jedoch bei den „der gedachten Welt angehörenden Rechten“. Zwar gelte auch dort der Grundsatz, dass ohne Vorhandensein eines Objekts die Begründung eines dinglichen Rechtsverhältnisses „logisch undenkbar“ wäre. Daraus folge aber lediglich, dass die Abtretung zukünftiger Forderungen „*ex-tunc*“, anstatt „*ex-nunc*“ eintrete.<sup>808</sup>

Für sich betrachtet, erscheint die Argumentation schlüssig. Denkt man allerdings den ersten Teil seiner These bis zu Ende, erkennt man bezüglich der späteren Entscheidungen zur grundsätzlichen Wirksamkeit der Sicherungsübereignung von Warenlager mit wechselndem Bestand<sup>809</sup> Unstimmigkeiten. Verfügungen über künftig entstehende körperliche Sachen (§ 90 BGB) sollen nach dem VII. Senat nicht möglich sein.<sup>810</sup> Wie ist dies jedoch mit Wirksamkeit der Sicherungsübereignung an einem Warenlager mit ständig wechselndem Bestand vereinbar. Schließlich werden dort auch nachträglich in das Eigentum des

---

<sup>805</sup> Als h.M. von *Bergk*, Übertragungen, S. 72 bezeichnet; anders vertraten dies nur wenige, wie z.B. *Süß*, Abtretungen künftiger Ansprüche, S. 28, nach dem eine Verfügung „nicht begriffsnotwendig auf einen Gegenstand sofort unmittelbar einwirken muss“.

<sup>806</sup> *Bergk*, Übertragungen, S. 72.

<sup>807</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

<sup>808</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167); vgl. i. Ü. auch *Lippmann*, DJZ 1904, 255 ff., der Ähnliches bereits 1904 vertrat.

<sup>809</sup> Ausdrücklich feststellend, dass die Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand möglich ist, OLG Dresden, Urteil vom 23.03.1912, SeuffA 67 (1912), 462, Nr. 259 (462 m.w. Nachw.); Sonstige Entscheidungen zur S.Ü. von Warenlagern gehen durchweg und ohne Hinterfragung von ihrer Wirksamkeit aus, vgl. *Schäfer*, ArchBR 38, 1 (30); Kritisch nur RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (576).

<sup>810</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

Sicherungsgebers gelangte Objekte dem Sicherungsnehmer sicherungsübereignet. Leider findet man hierzu kein Problembewusstsein.<sup>811</sup>

Widersprüche in der Rechtsprechung des Reichsgerichts werden jedoch auch an anderer Stelle sichtbar: Bei (rein) natürlicher Betrachtung eine (erst) künftig entstehende Sache weit weniger abstrakt und greifbarer als eine künftige Forderung. Denn bei einer in Zukunft entstehenden Sache muss man sich lediglich deren körperlichen Entstehung vorstellen. Dagegen bedarf es bei einer künftigen Forderung sogar zwei Stufen der gedanklichen Abstraktion. Schon die bereits bestehende Forderung ist lediglich ein nicht sichtbarer, nicht körperlich greifbarer Anspruch. Eine künftige Forderung erfordert daher sogar eine weitere, zweite Stufe der Vorstellung. Wenn die Rechtsprechung die Wirksamkeit einer Vorausabtretung für möglich hält, muss dies erst recht für die Verfügung über künftig entstehende körperliche Sachen (§ 90 BGB) gelten.

Mit einem anderen interessanten Ansatz kritisierte bereits Bergk die vom VII. Senat vorgenommene Unterscheidung zwischen einer Verfügung über eine künftig entstehende Sache und einem künftig entstehenden Recht. Bei der Übertragung einer körperlichen Sache gehe es letztlich auch um die Verfügung über ein Recht an der Sache, dem Eigentumsrecht als Herrschaft über die Sache, das ebenso nur der „gedachten Welt“ angehöre.<sup>812</sup> Er bekräftigt dies am Beispiel des Nießbrauchs, dessen Bestellung sich nicht auf die Substanz der Sache, jedoch auf die Rechtsstellung des Bestellers als Eigentümer auswirke. Ebenso sei aber auch die Beeinträchtigung der Sachsubstanz durch z.B. Beschädigung oder Zerstörung der Sache in letzter Linie als ein Einwirken auf das Recht zu sehen. Daher unterscheide sich das „Wesen der Verfügung“ bei Rechten nicht von dem bei körperlichen Sachen. Infolgedessen sei eine Vorausabtretung nicht gerechtfertigt.<sup>813</sup>

#### **b) „Das Wesen der Willenserklärung“**

Der VII. Zivilsenat berief sich in seiner Entscheidung vom 1.10.1907 nicht nur auf das „Wesen der Verfügung“, sondern anschließend auch auf das „Wesen der Willenserklärung“. Allein eine Willenserklärung sei zur Zession erforderlich. Folglich sei es „logisch denkbar, daß diese Willenserklärung schon vor dem Zeitpunkt in welchen die Rechte existent werden, mit dem

---

<sup>811</sup> S. o. Fn. 809.

<sup>812</sup> Bergk, Übertragungen, S. 78.

<sup>813</sup> Bergk, Übertragungen, S. 79; vgl. auch Wild, Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen, S. 12.

Erfolge abgegeben [werde], dass sie im Augenblick des Existenzwerdens der Rechte auf diese wirksam [werde] und sie unmittelbar ergreif[e].“<sup>814</sup> Der genannte Erfolg, also die erst in Zukunft eintretende dingliche Rechtsänderung, sei die von der Abtretungserklärung bereits im Zeitpunkt ihrer Erklärung ausgehende rechtliche Wirkung, so der Senat.<sup>815</sup>

### c) „Die Wirkung der Verfügung“

Die Wirkung bzw. Rechtsfolge der Vorauszession, sowie ihre Rechtsnatur als Verfügung, erläuterte der VII. Zivilsenat sehr ausführlich in einer weiteren Entscheidung vom 8.11.1912:<sup>816</sup> Die Wirkung der Abtretung, also der Gläubigerwechsel, könne nicht vor der Entstehung der abgetretenen Forderung eintreten, da der Übergang einer Forderung bzw. eines Rechts „begriffsnotwendig“ ihr Bestehen voraussetze.<sup>817</sup> Allerdings würde die „dingliche“ Wirkung der Zession bereits im Zeitpunkt der Abtretungserklärungen begründet. Träte dagegen nur eine schuldrechtliche Bindung ein, so stünde die eigentliche Übertragung der Forderung noch aus und der Abtretungsvertrag wäre inhaltlich nichts anderes als die Vereinbarung einer späteren Übertragung (*pactum de cedendo*).<sup>818</sup> Dies hätte man aber in der Entscheidung vom 1.10.1907<sup>819</sup> „natürlich nicht im Sinn gehabt“, als man die Vorauszession als wirksam anerkannte. Denn, so der VII. Senat im Urteil vom 8.11.1912 weiter, verstehe es sich von selbst und sei auch nie bezweifelt worden, dass ein solcher „Vorvertrag über eine noch nicht bestehende Forderung zulässig und schuldrechtlich wirksam [sei].“ Wenn aber der Schuldner seine künftige Forderung nicht nur „abzutreten verspricht, sondern abtritt, verfügt er damit schon jetzt über sie.“<sup>820</sup> Folglich gingen spätere Abtretungen durch den Zedenten selbst oder Pfändungen aufgrund Zwangsvollstreckungen ins Leere. Die schlussendliche Rechtsänderung der Abtretung – der Übergang der Forderung auf den neuen Gläubiger – entfalte die Verfügung allerdings erst mit der Entstehung der Forderung. Jedoch wirke sie ex-tunc auf den Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung zurück. Ohne weiteres Zutun des alten Gläubigers die Forderung „sofort“ und „unmittelbar“ auf den neuen Gläubiger übergehe, so der VII. Senat.<sup>821</sup>

---

<sup>814</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

<sup>815</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

<sup>816</sup> RG, Urteil vom 8.11.1912 – VII. 218/12, JW 1913, 132; soweit nicht anders bezeichnet, stammen alle nachstehenden Zitate aus dieser Entscheidung.

<sup>817</sup> So der V. Senat, der sich der Ansicht des VII. Senats anschloss, vgl. RG, Urteil vom 14.12.1910 – V. 693/09, RGZ 74, 416 (419).

<sup>818</sup> RG, Urteil vom 8.11.1912 – VII. 218/12, JW 1913, 132 (132).

<sup>819</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

<sup>820</sup> RG, Urteil vom 8.11.1912 – VII. 218/12, JW 1913, 132 (132).

<sup>821</sup> RG, Urteil vom 8.11.1912 – VII. 218/12, JW 1913, 132 (132f.).

Zusammengefasst sollte mit dem Abtretungsvertrag bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine dingliche Rechtsänderung über eine künftige Forderung herbeigeführt werden, deren Wirkung, der Gläubigerwechsel, sich jedoch erst im Zeitpunkt ihrer Entstehung, dennoch rückwirkend (*ex-tunc*) auf den Vertragsschluss entfaltet.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur hielt man auch diese Ausführungen des VII. Senats für falsch. Ausgehend von dem Grundsatz, eine Verfügung müsse unmittelbar – im gegenständlichen und insbesondere im zeitlichen Sinne – verstanden werden, könne man nach Bergk, bei einer Vorauszession mit einer *ex-tunc* Wirkung nicht mehr von Unmittelbarkeit sprechen. Denn ein Teil der Verfügung trete mit der vertraglichen Bindung der Vorauszession sofort, der andere Teil, also die Änderung des Gläubigers als dingliche Wirkung, erst später mit dem Entstehen der Forderung ein. Die zeitliche Unmittelbarkeit fehle.<sup>822</sup> Ebenso sah es auch Eccius. Er fragte sich, aufgrund welchen Rechtssatzes der in der Abtretungseinigung geäußerte Wille die Macht haben könne, zu einem Zeitpunkt, in dem noch keine Forderung bzw. noch kein Gegenstand der Verfügung existiere, bereits bindend zu sein. Und dies selbst dann, wenn dieser Wille im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung nicht erneut bekundet werde oder sogar überhaupt nicht mehr vorhanden sei. Zudem bestimme § 398 BGB für eine wirksame Abtretung lediglich, dass sich ein Gläubiger mit einem anderen über den Forderungsübergang einige. Gläubiger sei aber nicht jemand, „der einmal Gläubiger werden will, sondern einer, der in einem bestehenden Obligationsverhältnisse jetzt Gläubiger ist.“<sup>823</sup>

#### **d) Würdigung der Entscheidungen**

Der VII. Zivilsenat scheint – nach Hinweisen der Wissenschaft, insbesondere von Eccius – erkannt zu haben, dass seinem richtungsweisenden Urteil vom 29.9.1903 über die Zulassung der Vorauszession es an einer dogmatisch fundierten Begründung fehlte. Das Versäumnis holte er in den beiden vorbezeichneten Entscheidungen vom 1.10.1907 und vom 8.11.1912 nun ausführlich nach.

Um die Vorauszession als wirksame dingliche Verfügung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit Rückwirkung (*ex-tunc*) ab Entstehung der Forderung rechtlich zu konstruieren, wählte der Senat folgenden dogmatischen Kunstgriff: Die Rechtsfolge der

---

<sup>822</sup> Bergk, Übertragungen, S.73.

<sup>823</sup> Eccius, Gruchot 53 (1909), 1 (2).

Voraussetzung der Forderung, also der Gläubigerwechsel trete erst im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung ein. Insoweit wich man nicht vom herrschenden Begriffsverständnis der Verfügung ab.<sup>824</sup> Die Vereinbarung der Zession, also der dingliche Vertragsschluss der Verfügung mit zwei korrespondierenden Willenserklärungen sei jedoch – entsprechend der allgemeinen Lehre von der Willenserklärung<sup>825</sup> – auch über künftig erst entstehende Forderungen möglich. Der dogmatische Kunstgriff besteht nun aber zum einen darin, dass man diese beiden allgemein anerkannten Elemente der Verfügungswirkung und der Willenserklärung kombinierte. Zugleich ergänzte man die Wirkung der Verfügung dahingehend, dass diese ex-tunc auf den Abtretungszeitpunkt zurückwirke. Dieser Zusatz war notwendig, um gegebenenfalls die Rechtsstellung des Zessionars vereitelnde, spätere Verfügungen des Zedenten rechtlich bedeutungslos zu machen. Auf diese Weise erreichte der VII. Senat das zeitliche Auseinanderfallen von Abtretungserklärungen und der dinglichen Rechtsänderung bzw. Wirkung der Verfügung.<sup>826</sup>

Seitens der Rechtswissenschaft wollte man diese Konstruktion aber nicht gelten lassen. Eine dinglich verfügende Willenserklärung müsse auf einen unmittelbaren Inhalt gerichtet sein, womit sie vor Entstehung des Rechts ohne Wirkung sei.<sup>827</sup> Man führte hierbei vor allem § 398 BGB an, der „eine dingliche Einigung im Sachrecht als Verfügung“ regelt. Danach werde verlangt, dass sich der Gläubiger mit einem anderen über die Abtretung einigt. Der Gläubiger sei aber „nicht einer der einmal Gläubiger werden wird, sondern [...] in einem bestehenden Obligationenverhältnis jetzt Gläubiger ist“.<sup>828</sup> Daraus folgte man, dass § 398 BGB der Wirksamkeit jener Abtretungserklärungen entgegenstehe, deren Wirkung erst eintreten solle, wenn das Recht entsteht.<sup>829</sup>

#### **e) Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit als Grenze der Vorauszession**

Der VII. Senat scheint im Urteil vom 1.10.1907 gegenüber seinem ersten Urteil (29.9.1903) außerdem erkannt zu haben, dass er es mit einer unbeschränkten Vorauszession übertrieben hatte. Er schränkte daher den Umfang einer zulässigen Vorauszession dahingehend ein, dass nur diejenigen Forderungen bzw. und Rechte übertragen werden, die im Zeitpunkt der

---

<sup>824</sup> Zum Begriff der Verfügung, vgl. *Eccius*, DJZ 1904, 53 (54 rechte Sp.).

<sup>825</sup> Vgl. *Dernburg*, Pandekten, Bd. 2, 5. Aufl. 1897, § 49 S. 138 f.

<sup>826</sup> Vgl. i. Ü. auch *Eccius*, Gruchot 53 (1909), 1 (1 f.).

<sup>827</sup> *Eccius*, Gruchot 53 (1909), 1 (3).

<sup>828</sup> *Eccius*, Gruchot 53 (1909), 1 (2).

<sup>829</sup> Vgl. *Bergk*, Übertragungen, S. 74.

Abtretung durch die Abtretungserklärungen bereits bestimmt oder zumindest im Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmbar sind. Das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit begründete das Gericht damit, dass bei den Vertragsparteien über „Inhalt und Gegenstand des Rechtsgeschäfts“ keine Unsicherheiten bestehen dürften.<sup>830</sup> Im zugrunde liegenden Fall hielt man die Vorauszession aufgrund fehlender Bestimmbarkeit im Ergebnis für unwirksam. Die Parteien hatten eine Sicherungszession vereinbart, wonach nicht nur bestimmte, bereits vorhandene Außenstände, sondern auch „die weiteren durch zukünftige Lieferungen an seine Abnehmer entstehenden Forderungen“ übertragen sein sollten. Da der Gemeinschuldner jedoch Inhaber verschiedener Betriebe eines Bergwerks, eines Gutshofs, eines Fuhrparks und eines Getreide- und Düngermittelhandels war, sei nicht sicher erkennbar gewesen, welche aus diesen verschiedenen Betrieben entstehende Forderungen abgetreten sein sollten. Außerdem spricht das Gericht in diesem Zusammenhang noch einen anderen bedeutsamen Aspekt an. Hätten die Parteien „schlechthin alle zukünftigen Geschäftsforderungen“ an die Sicherungsnehmerin abtreten wollen, so wäre dies im Übrigen bereits nach dem Grundsatz des § 310 BGB a.F.<sup>831</sup>, sowie zugleich nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam gewesen.<sup>832</sup> Der VII. Senat spricht sich hier beiläufig und später, im Jahr 1911<sup>833</sup> ausdrücklich gegen die Möglichkeit aus, alle künftigen Forderungen „global“ abzutreten. Man erklärte demnach eine Globalzession, also die Abtretung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen für unzulässig.

Was jedoch in dieser, sowie auch in den Entscheidungen der folgenden Jahre fehlte, war eine allgemeine Beschreibung oder Definition der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit. Der VII. Zivilsenat hielt es vielmehr für ausreichend, diese Voraussetzung im jeweiligen Sachverhalt des Einzelfalls genau zu prüfen und dementsprechend die vereinbarte Zession künftiger Forderungen für wirksam oder unwirksam zu erklären.<sup>834</sup> Dies war allerdings für die Rechtspraxis, namentlich die Vertragsparteien ein höchst unbefriedigendes Ergebnis. Erst in den

---

<sup>830</sup> Vgl. RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (168).

<sup>831</sup> Damalige Fassung, gültig bis 21.12.2001: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, ist nichtig.“

<sup>832</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (168); ebenso die vorbezeichneten Zitate.

<sup>833</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – VII. 204/10, JW 1911, 576 (576).

<sup>834</sup> So im Urteil des RG vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167), wo man eine genaue Begriffsklärung noch offenließ, als auch in dessen Urteil vom 21.1.1910 – VII. 159/09, JW 1910, 230 (231). Wobei man im zuletzt genannten zumindest die allgemein üblichen Geschäftsbedingungen der Banken für ausreichend bestimmt hielt, bei denen die bei der Bank lagernde Wertpapiere der Kunden für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen (der Bank gegen den Kunden) haften.

1930er Jahren wagte sich das Reichsgericht allmählich an eine allgemeingültige Umschreibung einer hinreichend bestimmten Vorauszession heran,<sup>835</sup> auf die später noch genauer eingegangen wird. Wenden wir unseren Blick aber zunächst auf die Argumente der Befürworter und Gegner der Vorauszession in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

### **III. Die Diskussion der Rechtswissenschaft um die Möglichkeit der Vorauszession**

Die prominenteste Diskussion herrschte in der Rechtswissenschaft zwischen *Andreas von Tuhr*, Professor in Straßburg<sup>836</sup> und *Max E. Eccius*, Bearbeiter des preußischen Privatrechts und Mitherausgeber der Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.<sup>837</sup> Wie gesehen, kritisierte Eccius vehement die Auffassung des VII. Senats<sup>838</sup> seiner ersten Entscheidung von 1903.<sup>839</sup> Über einen Gegenstand zu verfügen, der noch nicht einmal existiert, ist für ihn unmöglich. Rhetorisch geschickt formulierte er hierzu: „Die Schranken meines Denkvermögens entziehen mir die Möglichkeit der Annahme einer dinglich wirkenden Verfügung über das, was nicht ist. Die Verfügung über ein Nonens erscheint mir als Nonsens.“<sup>840</sup> Denn die Existenz der Forderung sei die begriffliche Voraussetzung, um über sie zu verfügen.<sup>841</sup> Eccius widerstrebt es, eine Verfügung als eine konkrete Rechtsänderung über einen völlig unkonkreten, irrealen Gegenstand einer nur möglicherweise in Zukunft entstehenden Forderung anzuerkennen.

#### **1. Weitere Argumente für die Wirksamkeit der Vorauszession**

V. Tuhr erwiderte Eccius lebhaftere Darstellung hingegen mit einer nüchternen dogmatischen Argumentation. Auch für ihn bildete der Begriff der Verfügung den Ausgangspunkt seiner Betrachtung. Sein *erstes* Argument fand er in der Regelung des § 185 Abs. 2 BGB. Nach § 185 Abs. 2 BGB wird eine zunächst unwirksame Verfügung eines Nichtberechtigten über ein Recht wirksam, wenn der Nichtberechtigte dieses später erwirbt. V. Tuhr argumentierte, dass dasselbe

---

<sup>835</sup> V.a. in den Entscheidungen vom 30.10.1931 – VII. 116/31, RGZ 134, 225 (227) und vom 8.4.1932 – II. 362/31, RGZ 136, 100 (108).

<sup>836</sup> *Falk*, Juristen, S. 637 f.

<sup>837</sup> *Pöggeler* in: Sukzessionen, § 9 I.

<sup>838</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (334).

<sup>839</sup> *Eccius*, DJZ 1904, 53 (54).

<sup>840</sup> *Eccius*, Gruchot 48 (1904), 465 (470).

<sup>841</sup> *Eccius*, DJZ 1904, 53 (54).

auch für die Verfügung des Berechtigten über ein erst in Zukunft entstehendes Recht gelten müsse. Denn in beiden Fällen finde die Verfügung des Zedenten das Objekt zunächst nicht vor, auf das sie ihre Wirkung entfalten soll. Ob der Gegenstand der Verfügung nicht dem Verfügenden gehöre oder ob er noch nicht existiere, dürfe wertungsmäßig keinen Unterschied machen.<sup>842</sup> Dem schloss sich neben Stimmen in der Literatur,<sup>843</sup> über zwei Jahrzehnte später schließlich auch das Reichsgericht ausdrücklich an.<sup>844</sup> § 185 Abs. 2 BGB „muß aber auch angewendet werden, wenn wie hier Verfügungen eines noch nicht Berechtigten in Betracht komme“.<sup>845</sup>

Hellwig wollte dieses Argument so nicht gelten lassen. Er hielt mit folgender erwähnenswerten Überlegung dagegen: Verfügt jemand als Nichtberechtigter, so sei rechtstechnisch zwischen der Verfügungsmacht und dem Verfügungsrecht zu differenzieren. Verfügt im Fall des § 185 Abs. 2 BGB ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand, so werde die Verfügung nachträglich wirksam, d.h. das Gesetz verleihe ihm die Macht über den Gegenstand zu verfügen, wenn er nachträglich auch das Verfügungsrecht erwirbt.<sup>846</sup> Fehle es wie bei der Vorauszession bereits an einem Gegenstand, könne § 185 Abs. 2 BGB im Nachhinein jedoch keine Macht mehr verleihen, über diesen Gegenstand zu verfügen. Soweit reiche die Wirksamkeitsfiktion von § 185 Abs. 2 BGB nicht.<sup>847</sup>

Ob Hellwigs und Bergks Gedanken überzeugen können, ist Ansichtssache. Jedenfalls lassen ihre Bemühungen, das bezeichnete Argument zu entkräften erkennen, dass § 185 Abs. 2 BGB als Begründung für die Zulässigkeit der Vorauszession Potenzial hatte. Auch das Reichsgericht machte sich diese Begründung zu eigen.

Ein *zweites* wichtiges Argument für die Zulässigkeit der Vorauszession stammt ebenfalls von v. Tuhr.<sup>848</sup> So anerkenne das Bürgerlich Gesetzbuch die Gültigkeit bzw. Existenz von bedingten und betagten Forderungen (§§ 158, 163 BGB) oder solchen Forderungen, deren mehraktiger Entstehungsgrund erst teilweise erfüllt ist, wie z.B. bei einer erst künftig fällig werdenden

---

<sup>842</sup> V. Tuhr, DJZ 1904, 426 (427).

<sup>843</sup> Silber, in: Planck, BGB-Kom., Bd. 2, 1. Hälfte, 3. Aufl. 1907, § 398 Anm. 4e m.w.N.

<sup>844</sup> RG, Urteil vom 10.11.1935 – VII. 48/35, RGZ 149, 19.

<sup>845</sup> RG, Urteil vom 10.11.1935 – VII. 48/35, RGZ 149, 19 (22), wobei er damit den zeitlich noch nicht berechtigten Zessionar der Vorauszession meinte. Das Urteil führte detailliert aus, wieso die Möglichkeit der Vorauszession dem Grundgedanken des § 185 Abs. 2 BGB entspreche.

<sup>846</sup> Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, 1903, S. 275 f.

<sup>847</sup> Bergk, Übertragungen S. 83 f.; Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, 1903, S. 275 f.

<sup>848</sup> V. Tuhr, DJZ 1904, 425 (428).

Mietzins- oder Lohnforderung nach Abschluss des Miet- oder Arbeitsvertrages. In diesen beiden ersten Kategorien von Forderungen,<sup>849</sup> fehle es jeweils an einer zur Entstehung erforderlichen Tatsache, weshalb sie beide unter dem Oberbegriff „künftige Forderungen“ zu subsumieren seien. „Bestehende Forderungen“ seien hingegen nur solche, „deren Tatbestand vollständig vorliege.“ Ausgehend von der Zulässigkeit der beiden ersten Kategorien, drehe sich nach v. Thur, der Streit bei der Zulässigkeit der Vorauszession eigentlich nur um eine dritte Kategorie künftiger Forderungen, solche deren „Grund noch nicht gelegt ist.“<sup>850</sup> Jedoch sei allen drei Kategorien gleich, dass die Forderungen erst zukünftig (vollständig) zur Entstehung gelangen. Warum man nun aber nur die erste und die zweite Kategorie für wirksam erachten wolle, die dritte Kategorie hingegen nicht, erschließe sich ihm nicht. Denn der Unterschied zu jener dritten Kategorie sei doch allenfalls ein quantitativer. In der ersten und der zweiten Kategorie fehle je „ein Stück des Tatbestandes, hier bei der dritten fehlen (noch) alle Stücke.“ Gemeinsam sei ihnen aber, dass in allen Fällen das Recht, über das verfügt werde, noch nicht vorhanden und seine Entstehung mehr oder minder ungewiss sei.<sup>851</sup>

Als *Drittes* entdeckten die Befürworter an verschiedenen Stellen des BGB bzw. der ZPO noch weitere Vorschriften, die als Argumente für die Zulässigkeit der Vorauszession dienen sollten.<sup>852</sup> Beispielsweise lassen die §§ 765 Abs. 2, 1113 Abs. 2 und 1204 Abs. 2 BGB eine Bürgschaft, eine Hypothek und ein Pfandrecht auch ausdrücklich für künftige Forderungen zu. Zum einen besage dies, dass das Gesetz auch künftige Forderungen als Objekte des Rechtsverkehrs ansehe. Zum anderen anerkenne man damit vor allem, dass über die künftigen Forderungen in anderer Weise verfügt werden könne. Denn wenn eine Bürgschaft oder eine dingliche Sicherheitsbestellung vollwirksam an einer künftigen Forderung bestellt werden könne, dann könne über dieses Rechtsobjekt verfügt und daher in logischer Konsequenz auch die Verfügung der Zession hierüber wirksam vorgenommen werden. Letztlich impliziere die Anerkennung der Sicherheitsrechte für eine künftige Forderung auch die Wirksamkeit einer

---

<sup>849</sup> Zur Verdeutlichung: V. Tuhr unterteilt die künftigen Forderungen in drei Kategorien: Die erste Kategorie sind die bedingten und betagten Forderungen, die zweite sind solche Forderungen, bei denen schon ein Grundverhältnis besteht, aber noch kein Recht selbst entstanden ist, sowie als dritte Kategorie die Forderungen, bei denen noch nicht einmal der Grund gelegt ist. Dieser Differenzierung anschließend *Hoddick*, Verfügung über künftige Rechte nach dem BGB, S. 4 ff. an.

<sup>850</sup> Wieder aufgegriffen wurde er Streit von v. *Tuhr*, DJZ 1904, 425 (428), sodass ihn u.a. auch *Ramsauer*, Die Abtretung künftiger Forderungen, S. 14, *Siß*, Abtretung künftiger Ansprüche, S. 44 ff. und *Hoddick*, Verfügung über künftige Rechte nach dem BGB, S. 9 ff. übernahmen.

<sup>851</sup> V. *Tuhr*, DJZ 1904, 425 (428).

<sup>852</sup> *Lippmann*, DJZ 1904, 255; *Grünebaum*, DJZ 1905, 801.

Zession dieser, da die Sicherheitsrechte an der künftigen Forderung „untrennbar mit dieser selbst verbunden“ seien.<sup>853</sup>

*Des Weiteren* fanden sich auch in einigen anderen Vorschriften eine Bestätigung dafür, dass künftige Forderungen wirksame Rechtsobjekte seien. Beispielsweise in § 573 BGB a.F.,<sup>854</sup> der die Rechtswirksamkeit einer Verfügung über künftige Mietforderungen voraussetzte.<sup>855</sup> Oder die Regelung des § 717 S. 2 BGB, die dem Gesellschafter erlaubte, seinen Anspruch auf den Gewinnanteil oder auf das, was ihm im Falle der Auseinandersetzung zusteht, an einen Dritten zu übertragen. Der Anspruch auf Anteil des Gewinns ist allerdings vor Erstellung des Jahresabschlusses eine Forderung, die in ihrem Bestand und ihrer Höhe nach noch ungewiss ist. Gleiches gilt auch für den Anspruch im Falle einer Auseinandersetzung, da dieser grundsätzlich erst mit der Auflösung der Gesellschaft erfolgt. Beide Male hätte man es mit künftigen Forderungen zu tun.<sup>856</sup>

*Schließlich* führte man § 833 ZPO an, den man als eine der wichtigsten Normen in Bezug auf die Zulässigkeit der Vorauszession sah, sodass selbst ausgesprochene Gegner der Vorauszession sie als Ausnahmebestimmung sehen wollten.<sup>857</sup> Nach den Befürwortern der Vorauszession ermögliche § 833 ZPO<sup>858</sup> eine Pfändung und damit auch eine Überweisung künftiger Gehaltsforderungen. Da nach § 833 ZPO mit der Pfändung des Dienst Einkommens auch solche Gehaltsforderungen erfasst werden, die der Angestellte bei Versetzung in ein anderes Amt oder Übertragung in ein neues Amt oder durch Gehaltserhöhungen erhält, ergebe

---

<sup>853</sup> Zuerst *Lippmann*, DJZ 1904, 255 (256 f.), anschließend mit demselben Argument *Grünebaum*, DJZ 1905, 801 (801 f.).

<sup>854</sup> § 573 BGB in der bis zum 31.8.2001 (Inkrafttreten der Mietrechtsreform) geltenden Fassung: „Hat der Vermieter vor dem Übergang des Eigentums über den Mietzins, der auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfällt, verfügt, so ist die Verfügung insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietzins für den zur Zeit des Übergangs des Eigentums laufenden Kalendermonat bezieht; geht das Eigentum nach dem fünfzehnten Tage des Monats über, so ist die Verfügung auch insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietzins für den folgenden Kalendermonat bezieht. Eine Verfügung über den Mietzins für eine spätere Zeit muss der Erwerber gegen sich gelten lassen, wenn er sie zur Zeit des Überganges des Eigentums kennt.“

<sup>855</sup> *Grünebaum*, DJZ 1905, 801 (801).

<sup>856</sup> *Abrahamson*, DJZ 1903, 342 (343).

<sup>857</sup> *Langheineken*, der annimmt, dass § 833 ZPO eine Fiktion enthalte. Dagegen wendet *Bergk* ein, die Regelung (des § 833 ZPO) spreche nur von „Pfändung einer in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung“, womit „die erst nach der Pfändung fällig werdenden Beträge“ gemeint sind. Eine Pfändung erst künftig fällig werdender Beträge sei aber niemals bestritten worden; hierzu *Bergk*, Übertragungen, S. 89.

<sup>858</sup> § 833 Abs. 1 ZPO: „Durch die Pfändung eines Dienst Einkommens wird auch das Einkommen betroffen, das der Schuldner infolge der Versetzung in ein anderes Amt, der Übertragung eines neuen Amtes oder einer Gehaltserhöhung zu beziehen hat. Diese Vorschrift ist auf den Fall der Änderung des Dienstherrn nicht anzuwenden.“

dieser erst dann Sinn, wenn man ihn so versteht, dass er eine Pfändung und damit einhergehend eine Überweisung künftiger Gehaltsforderungen zulasse.<sup>859</sup>

## 2. Argumente der Rechtswissenschaft gegen die Möglichkeit einer Vorauszession

Aber auch die Gegner der Vorauszession fanden einige gesetzliche Vorschriften, die ihre Ansicht bestätigen sollten. Eccius stellte *zunächst* auf den Wortlaut des § 398 BGB ab. Danach kann eine „Forderung“ übertragen werden. Allerdings sei eine künftige Forderung noch keine Forderung, sondern nur die Vorstellung eines noch nicht bestehenden, „künftigen Gebildes“, welches für den Fall seiner Entstehung unter dem Begriff der Forderung falle. Ebenso wenig gäbe es bei einer künftigen Forderung schon einen „Gläubiger“ i. S. des § 398 BGB. Folglich könne sich die Wirkung des Abtretungsvertrages nach § 398 S. 2 BGB nicht entfalten, d.h. der neue Gläubiger könne nicht an die Stelle des bisherigen treten, da dieser überhaupt noch nicht feststehe.<sup>860</sup> Dies erscheint ein schlüssiges Gegenargument zu sein. Auch die Befürworter erkannten das teilweise und stützten daher die Möglichkeit der Vorauszession auf einen Analogieschluss zu § 398 ff. BGB<sup>861</sup> oder eine gewohnheitsrechtliche Geltung.<sup>862</sup>

*Außerdem* passe die Vorschrift des § 399 Alt. 2 BGB nicht so recht zur Theorie der Vorauszession. Durch § 399 Alt. 2 BGB könne die Abtretung vom Gläubiger und Schuldner vertraglich ausgeschlossen werden, sodass sie ihre Wirkung gegenüber jedermann verliert.<sup>863</sup> Dabei gehe § 399 BGB nach seinem Wortlaut (aber) von einer bestehenden Forderung und einem bestehenden Schuldner aus. Nur wer schon Gläubiger und Schuldner sei, könne eine Abtretung ausschließen. Doch frage man sich, wie die Norm bei einer angenommenen Zession künftiger Forderungen zu verstehen sei. Soll etwa in diesem Falle keine Möglichkeit bestehen, die Abtretung vertraglich auszuschließen, d.h. § 399 Alt. 2 BGB hier nicht anwendbar sein? Oder solle die Vorauszession im Nachhinein ausgeschlossen werden können, fragte Eccius kritisch.<sup>864</sup>

Tatsächlich lässt sich hier eine gewisse Unstimmigkeit mit der Theorie der Vorauszession nicht von der Hand weisen. Ihre Befürworter haben auf diesen Einwand keine direkte Antwort.

---

<sup>859</sup> *Grünebaum*, DJZ 1905, 801 (801).

<sup>860</sup> *Eccius*, DJZ 1904, 53 (55) und *Gruchot* 53 (1909), 1 (2); vgl. auch *Bergk*, Übertragungen, S. 100.

<sup>861</sup> *V. Tuhr*, DJZ 1904, 426 (430).

<sup>862</sup> So bereits RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (335).

<sup>863</sup> Vgl. RG, Urteil vom 14.06.1932 – VII. 43/32, RGZ 136, 395 (399) bzw. später BGH, 14.10.1963 – VII. ZR 33/62, BGHZ 40, 156 (159).

<sup>864</sup> *Eccius*, *Gruchot* 53 (1909), 1 (5).

Man wollte jedoch ein paar Jahrzehnte später die Vorschrift des § 399 BGB um den Satz ergänzen: „ein Abtretungsverbot bewirkt auch, dass die Forderung von nun an nicht mehr im Voraus abgetreten werden kann.“<sup>865</sup> Doch setzt dies letztlich voraus, dass die künftige Forderung bereits vor ihrer Entstehung als unübertragbar gestaltet werden kann. Für eine solche Vereinbarung müsste der Gläubiger und der Schuldner aber bereits durch ein Rechtsverhältnis miteinander verbunden sein. Allerdings zog man daraus keinen Rückschluss für die Zulässigkeit der Vorauszession. Denn konsequent weitergedacht wäre eine Abtretbarkeit künftiger Forderungen nur eingeschränkt möglich – nämlich nur, wenn bereits ein Gläubiger, ein Schuldner und ein Rechtsgrund bestünden.<sup>866</sup>

*Zudem* nannte man einige Vorschriften, die auf den Gleichlauf von Übertragbarkeit und Pfändbarkeit von Forderungen basieren, wie beispielsweise § 1274 BGB,<sup>867</sup> sowie Jahrzehnte später auch § 400 BGB und § 851 ZPO.<sup>868</sup> Hervorzuheben ist § 1204 Abs. 2 BGB, der die Zulässigkeit eines Pfandrechts für eine künftige Forderung ermöglichte. Nach Bergk wäre es doch sehr auffällig, wenn der Gesetzgeber von der Idee der Verpfändbarkeit künftiger Rechte ausgegangen wäre und dies nicht geregelt hätte, dagegen jedoch in § 1204 Abs. 2 BGB die Bestellung eines Pfandrechts für eine künftige Forderung explizit zuließ. Aus dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung für die Übertragbarkeit künftiger Rechte folge *e contrario*, dass der Gesetzgeber dies bewusst nicht gewollt habe.<sup>869</sup>

*Schließlich* ist das zentrale Argument gegen die Zulässigkeit der Vorauszession nochmals in Erinnerung zu rufen, das Wesen der Verfügung.<sup>870</sup> Die Verfügung müsse eine unmittelbare gegenständliche und zeitliche Wirkung auf den Verfügungsgegenstand haben.<sup>871</sup> Das Gesetz erkenne nämlich seinem Wortlaut nach „nur einen sich gegenwärtig bindenden Verfügungswillen des gegenwärtig Berechtigten über die gegenwärtig bestehende Forderung als wirksam an zur gegenwärtig wirkenden Veränderung des Gläubigerrechts.“<sup>872</sup> Die Verfügung setze daher begriffsnotwendig voraus, dass im Zeitpunkt der Abtretungseinigung die Forderung bereits existiere. Als Begründung dafür zieht man den Vergleich zwischen einer Verfügung über eine künftige Forderung mit der Verfügung über eine künftige bewegliche

---

<sup>865</sup> Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band IV, 1976, S. 324.

<sup>866</sup> Bereits die Kritik von Pagenkopf, künftige Forderungen, S. 87.

<sup>867</sup> Bergk, Übertragungen, S. 101.

<sup>868</sup> V. Caemmerer, JZ 1953, S. 97 (98).

<sup>869</sup> Bergk, Übertragungen, S. 101 f.

<sup>870</sup> Vgl. auch oben, S. 158 ff.

<sup>871</sup> Bergk, Übertragungen, S. 98.

<sup>872</sup> Eccius, Gruchot 53 (1903), 1 (3).

Sache. Letztere läge auch dann erst vor, wenn die im Zeitpunkt der Einigung noch nicht existente Sache schließlich übergeben werde.<sup>873</sup>

### 3. Abschließende Betrachtung:

Zusammengefasst führte der VII. Zivilsenat des Reichsgerichts im Ergebnis folgende Argumente für die Wirksamkeit der Vorauszession an: Neben dem „dringenden Verkehrsbedürfnis“,<sup>874</sup> stehe ihr auch § 398 S. 2 BGB<sup>875</sup> nicht entgegen. Außerdem sei es mit dem „Wesen der Verfügung“ vereinbar, unmittelbar eine Rechtsänderung herbeizuführen,<sup>876</sup> auch wenn im Zeitpunkt der Abtretung noch keine Forderung existent sei. Die Wirkung der Verfügung greife erst später, zum Zeitpunkt der Entstehung des Rechts und bewirke dann den Forderungsübergang. Dabei hänge die Wirkung der Verfügung jedoch beschränkt vom Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit ab.<sup>877</sup> Zu guter Letzt berief sich der VII. Senat auf das „Wesen der Willenserklärung“, welche allein für die Abtretung erforderlich sei und schon vor Entstehen der Forderung wirksam abgegeben werden könne.<sup>878</sup>

Unter den *Befürwortern* in der Wissenschaft ergänzte man insbesondere, dass auch § 185 Abs. 2 BGB dafür spreche.<sup>879</sup> Denn wie eine Verfügung eines Nichtberechtigten, soll auch die Verfügung über etwas Nichtexistentes dann Wirksamkeit entfalten, wenn der Gegenstand später entstehe. Außerdem nenne das Gesetz an anderen Stellen Fallkonstellationen, in denen es als „künftig“ bezeichnete Ansprüche für übertragbar erkläre, wie beispielsweise § 891 S. 1 HGB.<sup>880</sup>

Ihre *Gegner* hielten hier im Wesentlichen mit folgenden Argumenten dagegen: Sie stellten zunächst auf den Wortlaut des § 398 BGB ab, wonach „Forderungen“ übertragen werden. Allerdings sei „eine künftige Forderung keine Forderung“.<sup>881</sup> Außerdem sei wegen des Gleichlaufs von Pfändbarkeit und Übertragbarkeit und der Regelung des § 1204 Abs. 2 BGB e contrario davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Übertragbarkeit künftiger Rechte

---

<sup>873</sup> *Eccius*, Gruchot 53 (1903), 1 (3) und DJZ 1904, 53 (54).

<sup>874</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334.

<sup>875</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334.

<sup>876</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

<sup>877</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

<sup>878</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

<sup>879</sup> So v. *Tuhr* und andere, vgl. *Bergk*, Übertragungen S. 84.

<sup>880</sup> § 891 S. 1 HGB a.F. (Geltung bis 31.12.2007) besagte: Der Versicherte ist befugt, nicht nur die aus einem bereits eingetretenen Unfall ihm zustehenden, sondern auch die künftigen Entschädigungsansprüche einem Dritten abzutreten.

<sup>881</sup> *Eccius*, DJZ 1904, 53 (55) und Gruchot 53 (1909), 1 (2); vgl. auch *Bergk*, Übertragungen, S. 100.

bewusst nicht zulassen wollte.<sup>882</sup> Und schließlich sei es insbesondere mit dem Wesen der Verfügung schlicht nicht vereinbar, über etwas Nichtexistentes zu verfügen.<sup>883</sup> Eine Verfügung müsse eine unmittelbare gegenständliche und zeitliche Wirkung auf den Verfügungsgegenstand haben.<sup>884</sup>

Bei einer abschließenden Betrachtung des Meinungsstreits fällt auf, dass die Befürworter vor allem das „überragende Verkehrsbedürfnis“ (Reichsgericht), sowie § 185 Abs. 2 BGB analog (Wissenschaft) für ihre Auffassung anführten. Die Stellungnahme ihrer Gegner (Wissenschaft) war hingegen weitgehend von der Idee einer zeitlich unmittelbaren Verfügung, sowie der Aufzählung widersprechender Normen geprägt.

Außerdem sticht bei der Analyse der Entscheidungen des Reichsgerichts über die Anerkennung der Vorauszession ins Auge, dass nun der VII. Senat nicht nur als erster Senat die Vorauszession im Jahre 1903 für möglich hielt, sondern auch die wesentlichen Entscheidungen hierzu fast ausschließlich von ihm stammten. Dies ist interessant, da sich Ende des 19. Jahrhundert noch vor allem der I. wie auch der V. Senat für die Anerkennung der Sicherungszession besonders hervorgetan hatten. Außerdem folgten die anderen Senate der Rechtsprechung des VII. Senats und in der Regel ohne die Frage nochmals kritisch zu prüfen. So bestätigte der III. Senat bereits in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1904 die Ansicht des VII. Senats, indem er lediglich in einem Nebensatz auf dessen Entscheidung von 1903 hinwies. Auch der V. Senat schloss sich ein paar Jahre später dessen Rechtsprechung an. Als letzter folgte auch der II. Senat.<sup>885</sup> Hintergrund der Kompetenzverschiebung war dabei folgender: Aufgrund steigender Fallzahlen, entschied man sich neben den fünf bestehenden Senaten einen VII. Senat im Jahr 1899<sup>886</sup> zu schaffen. Außerdem wies man den Senaten mit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1.1.1900 die Streitigkeiten nicht mehr entsprechend der verschiedenen Rechtsordnungen zu,<sup>887</sup> sondern konnte ihnen bestimmte Rechtsgebiete

---

<sup>882</sup> *Bergk*, Übertragungen, S. 101 f.

<sup>883</sup> *Eccius*, Gruchot 53 (1903), 1 (3).

<sup>884</sup> *Bergk*, Übertragungen, S. 98.

<sup>885</sup> Das gleiche Bild ergab sich im Übrigen auch bei der Möglichkeit der Verpfändung von künftigen Forderungen und Rechten. Auch dort bejahte der VII. Senat dies als erster in seinem Urteil vom 29.4.1904 mit der Berufung auf die frühere preußische Praxis und bestätigte seine Ansicht knapp 10 Jahre später in einer ausführlicheren Darstellung unter anderem mit dem Verweis auf die Möglichkeit der Vorauszession.

<sup>886</sup> Verfügung des Reichsjustizamtes v. 19.4.1899, BArch R 3002/81, Bl. 75; Ein VI. Senat wurde bereits 1886 errichtet; Verfügung des Reichsjustizamtes v. 28.4.1886, BArch R 3002/81, Bl. 74.

<sup>887</sup> Der I., der II. und der III. Senat beschäftigten sich mit den, zuvor zum ROHG gehörenden bürgerlichen Rechtstreitigkeiten, wobei der II. Senat zusätzlich für Streitigkeiten aus dem französischen Recht verantwortlich

zuteilen.<sup>888</sup> So war nun der VII. Senat primär für das Mobiliarsachen- und Schadensersatzrecht verantwortlich.<sup>889</sup> Zuvor war hingegen jeder der fünf bzw. sieben Senate thematisch zur Entscheidung über die Sicherungszession oder Sicherungsübereignung berufen, solange es sich um einen Rechtsfall aus der ihm zugewiesenen Rechtsordnung handelte. Daher zeigte sich vor 1900 auch ein buntes Bild von mehr oder weniger Entscheidungen aller fünf Senate, während anschließend fast ausschließlich der VII. Senat diese Rechtsprechung bestimmte.

#### IV. Die Vorauszession als subjektloses subjektives Recht?

Trotz der intensiven Auseinandersetzung unter Nennung einer Vielzahl von Argumenten für und gegen die Möglichkeit der Vorauszession zogen weder ihre Befürworter noch ihre Gegner in Betracht, die Vorauszession unter dem Gesichtspunkt eines subjektlosen subjektiven Rechts<sup>890</sup> zu hinterfragen. Unter der Annahme, es handele sich bei der vorauszedierten Forderung um ein subjektloses subjektives Recht, hätte man die Vorauszession gemeinsam mit ihren Kritikern<sup>891</sup> ebenfalls als „undenkbar“<sup>892</sup> bezeichnen können. Umgekehrt hätte man mit Bernhard Windscheid,<sup>893</sup> der entschieden von der Existenz subjektloser subjektiver Rechte ausging, die Vorauszession als ein solches (subjektloses Recht) anerkennen können.

Die These bedarf jedoch zunächst einiger Erläuterungen: Es war Windscheid, einer der bedeutendsten Juristen seiner Zeit und Gründungsvater des BGB,<sup>894</sup> der Mitte des 19. Jahrhunderts im Zusammenhang mit seiner Abhandlung über die Konstruktion der *hereditas iacens* (ruhende Erbschaft)<sup>895</sup> insbesondere subjektlose subjektive Rechte für

---

war. Der IV. und V. Senat waren für Streitigkeiten aus dem Geltungsgebiet des preuß. A.L.R. zuständig, die vorwiegend sachenrechtlicher Art waren, *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 40.

<sup>888</sup> Vgl. dazu *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 40.

<sup>889</sup> Vgl. *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 35, 40.

<sup>890</sup> Zur Thematik der subjektlosen subjektiven Rechte: *Falk*, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 255 ff.; *Hohner*, Subjektlose Rechte, 1969; *Schauen*, der gemeinrechtliche Streit über die Möglichkeit des Bestehens subjektloser subjektiver Rechte, 1904.

<sup>891</sup> Kritiker insb. *Jhering*, sowie u.a. *Kuntze*, *Neuner*, *Arndts*, *Randa*, *Zittelmann*, *Bolze*, vgl. *Schauen*, 1904, S. 4, 33 ff. und *Hohner*, Subjektlose Rechte, 1969, S. 57 ff.

<sup>892</sup> Für *Eccius* war die Konstruktion der Vorauszession „undenkbar“, *Eccius*, DJZ 1904, 53 (54).

<sup>893</sup> *Windscheid* war 1853 der erste Rechtswissenschaftler, der mutig ein subjektloses subjektives Recht für möglich hielt, *Windscheid*, Kritische Übersicht Bd. 1 (1853), 181 (186 ff.); Später folgten ihm u.a. *Köppen*, *Brinz*, *Demelius*, *Fitting*, *Bekker*, *Unger*, vgl. *Schauen*, 1904, S. 3, 5 ff.

<sup>894</sup> Vgl. dazu *Fezer*, JuS 1993, 103 (103 ff., insb. 104 ff.), der *Windscheid* u.a. den Vollender der systematischen Einheit des Privatrechts nannte. Denn *Windscheid* arbeitete seit 1853 ausdrücklich auf das Ziel hin, eine einheitliche deutsche Privatrechtsordnung zu schaffen, so *Falk*, Rechtshistorische Journal 12 (1993), 598 (616).

<sup>895</sup> Vgl. *Windscheid*, Kritische Übersicht Bd. 1 (1853), 181 ff.

dogmatisch möglich erklärte und damit eine über Jahrzehnte andauernde Debatte darüber auslöste.<sup>896</sup> Windscheid hielt ein subjektives Recht, hier bei der ruhenden Erbschaft das Vermögen des Erblassers, auch ohne Rechtssubjekt für sich allein für souverän genug als sogenanntes subjektloses subjektives Recht existieren zu können.<sup>897</sup> Für diese These erntete er unter anderem heftige Kritik von seinem Freund Jhering, der diese Konstruktion 1871 als „unwürdige Fiction“<sup>898</sup> beschimpfte.<sup>899</sup> Windscheid gelangte zu seiner Erkenntnis, als er sich mit folgender erbrechtlicher Problemstellung auseinandersetzte: Im gemeinen Recht ging das Vermögen des Erblassers nicht unmittelbar mit dessen Tod auf den Erben über, sondern bedurfte hierfür grundsätzlich der Abtretung der Erbschaft. Daraus ergab sich für die Rechtswissenschaft die dogmatisch-rechtskonstruktive Fragestellung, wie das Vermögen des Erblassers in der Zwischenzeit, d.h. bis zur Abtretung zu behandeln sei.<sup>900</sup> Ungeklärt war in diesem Zusammenhang auch die Rolle der Verbindlichkeiten des Erblassers. Konnten sie während des Schwebezustandes ohne Rechtsträger, also ohne Schuldner bestehen. Dies bejahte jedenfalls Windscheid, indem er eine Verbindlichkeit als subjektives Recht auch ohne ihr Subjekt, ihren Schuldner für möglich erachtete.

An dieser Stelle ist nun die Vorauszession und ihre dogmatische Vergleichbarkeit mit einer subjektlosen Verbindlichkeit interessant. Auch bei der Zession künftiger Rechte fehlt es im Zeitpunkt der Abtretung (noch) an einem Schuldner als Subjekt. Erst in einem gegebenenfalls eintretenden, späteren Zeitpunkt gelangt die Forderung zur Entstehung und der dann bekannt gewordene Drittschuldner komplettiert die Forderung bzw. das subjektive Recht. Windscheids These entsprechend weitergedacht, gelangt man zu dem Ergebnis, dass die vorausabgetretene Forderung ebenfalls ein subjektloses subjektives Recht ist und als solches nach Windscheid auch wirksam bestehen kann. Andererseits ließe sich unter Berufung auf Jhering und andere entsprechend einwenden, dass die Vorauszession schon deshalb unwirksam sei, weil eine vorauszedierte Forderung als subjektloses subjektives Recht per se nicht existent sei.

---

<sup>896</sup> Die über ein halbes Jahrhundert andauernde Diskussion endete schließlich ohne Ergebnis, da sich mit der Einführung der Universalsukzession in § 1922 BGB das Problem erübrigt hatte. Dort war bestimmt worden, dass mit dem Versterben des Erblassers, der Erbe sofort und unmittelbar in dessen vermögensrechtliche Stellung eintritt und es das Stadium einer ruhenden Erbschaft nicht mehr gab, *Falk*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 221 (225); Zur Debatte vgl. auch *Schauen*, 1904, S. 3 ff.; *Hohner*, *Subjektlose Rechte*, 1969, S. 56 ff.

<sup>897</sup> *Windscheid*, *Kritische Übersicht* Bd. 1 (1853), S. 186 f.

<sup>898</sup> *Jhering*, *Jherings Jahrbücher* 10 (1871), 387 (389).

<sup>899</sup> *Falk*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 221 (229).

<sup>900</sup> *Falk*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 221 (225).

Aber wieso hatte man sich bei der Diskussion über die Möglichkeit der Vorauszession auf keiner Seite mit dem Problem des subjektlosen subjektiven Rechts befasst. Ein möglicher Erklärungsversuch könnte sein: Aus der Sicht der Befürworter der Vorauszession, also insbesondere des Reichsgerichts (VII. Senat) war man sich möglicherweise gar nicht bewusst gewesen, dass es sich auch bei der vorauszedierten Forderung um ein subjektloses subjektives Recht handeln könnte. Mit der Einführung der Universalsukzession in § 1922 Abs. 1 BGB hatte man möglicherweise auch mit der Rechtsfigur der *hereditas iacens* abgeschlossen, sodass auch die ihr zugrunde liegende Dogmatik in Vergessenheit geriet. Von einem subjektlosen Erbschaftsvermögen ausgehend, hätte man zunächst auf die Subjektlosigkeit ihrer einzelnen Bestandteile, wie der Verbindlichkeiten der Erbschaft schließen müssen. Eine Forderung gegen die *hereditas iacens* wurde als ohne Schuldner, ohne Subjekt gesehen.<sup>901</sup> Der nötige zweite Gedankenschritt wäre gewesen, zu erkennen, dass auch die vorauszedierte Forderung im Zeitpunkt der Abtretung ebenfalls noch ohne ihr Subjekt des Schuldners ist. Die Forderung wird erst in Zukunft gegenüber einem Dritten begründet. Ein anderer denkbarer Erklärungsansatz ist, dass man wie schon Windscheid<sup>902</sup> das Bestehen eines solchen subjektlosen subjektiven Rechts für möglich hielt. Um aber keine erneute dogmatische Diskussion hierrüber zu riskieren, nahm man dies schweigend als gegeben an.

## **V. Das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit – der Weg zur Zulassung der Globalzession**

Während der VII. Zivilsenat das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit bereits in der bedeutenden Entscheidung vom 1.10.1907 als Grenze der Vorauszession eingeführt hatte, gelang es ihm jedoch auch in den darauffolgenden Jahren nicht eine allgemeingültige Formel oder Definition dafür zu finden.<sup>903</sup> Stattdessen prüfte man die Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit vielmehr nur im konkreten Einzelfall.<sup>904</sup> Erst in den 1930er Jahren begann man

---

<sup>901</sup> Vgl. *Windscheid*, Kritische Übersicht Bd. 1 (1853), 181 (189 f.).

<sup>902</sup> Windscheid meinte, „wer sich nicht denken kann, dass das Recht [...] eine Zusammengehörigkeit von Vermögensverhältnissen auch da anzuerkennen vermöge, wo angeblich keine Person vorhanden, der sie zugeschrieben werden, mit dem ist nicht weiter zu streiten.“, *Windscheid*, Kritische Übersicht Bd. 1 (1853), 181 (187 f.); Vgl. *Falk*, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 221 (228).

<sup>903</sup> Im Urteil vom 1.10.1907 – VII. 52/06, RGZ 67, 167 (168) der VII. Senat dazu: „Wie weit oder eng der Rahmen für die Anforderungen an eine Individualisierung der abgetretenen zukünftigen Forderungen im Übrigen zu spannen ist, kann hier dahingestellt bleiben.“

<sup>904</sup> Eine detaillierte Einzelfallprüfung der Bestimmbarkeit der Vorauszession findet sich insb. in: RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 52/06, RGZ 67, 167 (168), Urteil vom 21.1.1910 – VII. 159/09, JW 1910, 230 (231) und Urteil vom 22.2.1918 – III. 402/17, RGZ 92, 238.

allmählich sich an einer allgemeinen Definition zu versuchen. In seiner Entscheidung aus dem Jahr 1931<sup>905</sup> bezeichnete der VII. Zivilsenat solche Forderungen als ausreichend bestimmt bzw. bestimmbar „deren Entstehung auf dem Boden des zur Zeit der Abtretung [...] geltenden Rechts als möglich erschien.“ Was man sich unter einer in Zukunft möglichen Entstehung der Forderung vorzustellen hatte, scheint dem Senat in dieser Entscheidung selbst noch nicht ganz klar gewesen zu sein. Man war aber davon überzeugt, dass dies jedenfalls nicht der Fall sein sollte, wenn es an einer „Rechtsgrundlage für die Möglichkeit der künftigen Entstehung einer Forderung“ fehlte.<sup>906</sup> Hiermit wollte das Gericht ausdrücken, dass wenigstens eine in der Regel vertragliche Rechtsbeziehung schon vor der Abtretung vorliegen müsse.

Ein paar Jahre später grenzte derselbe (VII.) Zivilsenat dies dahingehend weiter ein, dass es sich zur Zeit der Verfügung, also bei Abgabe der Abtretungserklärungen „nicht um völlig ungewisse in der Luft schwebende Zukunftshoffnungen“ handeln dürfe, sondern es „vielmehr Ansprüche sei[e]n, die sich aus einer in sicherer Aussicht stehenden Fortentwicklung des objektiven Rechts in naher Zukunft ergeben werden.“<sup>907</sup> Die Frage, wann das der Fall sein sollte, überließ man allerdings wiederum den Richtern bei deren Prüfung im Einzelfall.

Einen etwas anderen Ansatz zur Umschreibung der Bestimmbarkeit, wählte hingegen der II. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 8.4.1932.<sup>908</sup> Hiernach sei grundsätzlich die Bestimmbarkeit nicht deshalb abzulehnen, weil „im Zeitpunkt der Abtretungserklärungen die Person des Schuldners oder der Inhalt des abgetretenen Anspruchs noch nicht bezeichnet werden“ könnten.<sup>909</sup> Es genüge vielmehr, dass diese später im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Abtretung bzw. im Zeitpunkt des Entstehens der Forderungen im konkreten Einzelfall ermittelbar seien. Im zugrunde liegenden Fall hatten die Parteien einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart, nach dem grundsätzlich alle künftigen Forderungen, die bei der Veräußerung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gegenstände entstehen, im Voraus abgetreten werden.<sup>910</sup> Der II. Senat bejahte hier die Bestimmbarkeit, da sowohl der Gegenstand

---

<sup>905</sup> RG, Urteil vom 30.10.1931 – VII. 116/31, RGZ 134, 225 (227).

<sup>906</sup> RG, Urteil vom 30.10.1931 – VII. 116/31, RGZ 134, 225 (227).

<sup>907</sup> RG, Urteil vom 11.10.1935 – VII. 48/35, RGZ 149, 19 (22).

<sup>908</sup> RG, Urteil vom 8.4.1932 – II. 362/31, RGZ 136, 100.

<sup>909</sup> RG, Urteil vom 8.4.1932 – II. 362/31, RGZ 136, 100 (108).

<sup>910</sup> Im Ausgangsfall hatte der Kläger an seinen Abnehmer Zucker unter verlängertem E.V. geliefert. In den Verkaufsbedingungen war vereinbart, dass das Eigentum am Zucker bis zur vollständigen Bezahlung bei der Verkäuferin verbleibe, der Käufer dennoch im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr die Kaufsache weiterveräußern dürfe. Dafür gehe die durch Weiterverkauf gegenüber einem Dritten entstandene Forderung auf den Verkäufer (hier den Kl.) über; vgl. RG, Urteil vom 8.4.1932 – II. 362/31, RGZ 136, 100 (100 f.).

der Veräußerung, wie die Person des Erwerbers und die von diesem zu bewirkende Leistung sich mit den üblichen Beweismitteln, insbesondere aus den Geschäftsbüchern der Beteiligten feststellen ließen. Allerdings würde die Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen nach Ansicht des Senats dann problematisch, wenn zwei gleichartige Sachen miteinander vermischt und die Mischung teilweise veräußert oder die Gegenstände verschiedener Lieferanten zu einem Einheitspreis verkauft würden. Im ersten Fall scheidet bei der Entstehung einer neuen Sache die Vorausabtretung aus, während dies im zweiten Fall keine Auswirkungen hätte.<sup>911</sup> Die Idee hinter der Bestimmbarkeit im zweiten Fall eines Einheitspreises ist, dass die Forderungen letztlich immer nur von der verkauften Menge abhängig sind. Der bezeichnete Ansatz des II. Senat lässt dabei bereits große Ähnlichkeit zur heute gängigen Definition erkennen. Nach der heute anerkannten Rechtsverständnis ist eine Abtretung einer künftigen Forderung ausreichend bestimmt bzw. bestimmbar, wenn sie spätestens im Zeitpunkt ihrer Entstehung nach Gegenstand, Umfang und Person des Schuldners genügend individualisierbar ist.<sup>912</sup> Einen Unterschied findet man lediglich darin, dass man sich damals weniger auf die Bestimmbarkeit im Zeitpunkt der Forderungsentstehung, sondern auf die Eintragung in den Geschäftsbüchern berief. Praktisch ist es dasselbe Ergebnis, da die Eintragung in das Geschäftsbuch buchhalterisch die Forderung entstehen lässt.

Eine völlig andere Wendung erfährt die Rechtsprechung fünf Jahre später, mit der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 6.4.1937.<sup>913</sup> In diesem Urteil hatte das Gericht erneut im Zusammenhang mit einem Eigentumsvorbehalt über die Bestimmbarkeit bei einer im Voraus abgetretenen Forderungen zu entscheiden. Ausgangspunkt war folgender (vereinfachte) Sachverhalt: Der Konkursverwalter machte als Kläger für den in Konkurs geratenen Bauunternehmer gegenüber dessen Zulieferer von Baumaterialien geltend, dass der zwischen ihnen vereinbarte verlängerte Eigentumsvorbehalt bezüglich der an den Zulieferer vorausgedienten Werklohnforderungen nicht ausreichend bestimmbar gewesen sei. Folglich sei die Abtretung unwirksam und die Werklohnforderung gehöre zur Konkursmasse des Bauunternehmers.

---

<sup>911</sup> RG, Urteil vom 8.4.1932 – II. 362/31, RGZ 136, 100 (108).

<sup>912</sup> BGH, ZIP 2020, 1129 (1136) m.w.N.; *Rohe*, BeckOK BGB, 61. Ed. 1.2.2022, § 398 Rn. 32.

<sup>913</sup> RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26.

Dabei hatte der beklagte Zulieferer bei Abschluss des Kaufvertrags seine Allgemeine Verkaufs- und Lieferbedingungen zugrunde gelegt, die im Wesentlichen folgende mustertypischen Elemente eines verlängerten Eigentumsvorbehalts enthielten:

- (1) Die gelieferten Gegenstände stehen unter Eigentumsvorbehalt bis zur Bezahlung aller Forderungen aus den gemeinsamen Geschäftsverbindungen,
- (2) wobei der Käufer die Ware im ordnungsmäßigen Geschäftsverkehr an einen Dritten weiterveräußern oder für ihn verarbeiten darf.
- (3) Alle Forderungsrechte gegenüber den Abnehmern unseres Käufers, die aus der Weiterveräußerung, ggfs. auch einschließlich der Verarbeitung der (von uns unter EV gelieferten) Waren, sind in voller Höhe, also auch einschließlich des Gewinns oder anderweitiger Gegenwerte an uns abgetreten,
- (4) wobei der Käufer bis auf Widerruf als unser Treuhänder zu ihrer Einziehung berechtigt und verpflichtet ist.
- (5) Die Abtretung der Forderung wird von selbst hinfällig, sobald der Käufer alle seine Schulden bezahlt hat.<sup>914</sup>

Zunächst definiert der II. Senat seiner Entscheidung abstrakt das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit. So sei der verlängerte Eigentumsvorbehalt wirksam, wenn „die im Voraus abgetretenen Forderungen im Augenblick ihrer Entstehung allgemein, d.h. bei Außerachtlassung aller Zufälligkeiten des Einzelfalls, bestimmbar sind.“<sup>915</sup> Das Kriterium Bestimmbarkeit konkretisiert er weiter: „Die abgetretene Forderung ist nur dann bestimmbar, wenn kein Fall denkbar ist, in dem ihre gattungsmäßige Bezeichnung zu Zweifeln Anlaß gibt. Diese bestünden nicht, wenn die Bestimmbarkeit bezüglich folgender zwei Voraussetzungen vorläge:

- (1) Hinsichtlich des Gegenstandes der Abtretung im engeren Sinne, d.h. hinsichtlich der Bestimmung des Schuldners und des Rechtsgrundes der abgetretenen Forderung und
- (2) hinsichtlich des Umfanges der Abtretung dieser Forderung.“<sup>916</sup>

Anschließend prüfte der II. Senat beide Kriterien im zugrunde liegenden Fall. Die *erste* Voraussetzung, die Bestimmung des Schuldners und des Rechtsgrundes, bereite keine Schwierigkeiten, da „alle Forderungsrechte [...] des Käufers, die aus der Weiterveräußerung,

---

<sup>914</sup> Wiedergegeben in RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (27).

<sup>915</sup> RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (28).

<sup>916</sup> RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (29).

ggfs. auch einschließlich aus der Verarbeitung resultieren“ abgetreten wurden. Daher spiele es weder eine Rolle, ob die Ware unverändert oder nach erfolgter Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung weiterveräußert würde, noch, ob es sich bei der zedierten Forderung um eine aus einem Kauf-, einem Werklieferungs- oder aus einem reinen Werkvertrag handele.<sup>917</sup> Demnach waren die abgetretenen Forderungen bereits bei Vertragsschluss bzgl. ihres Schuldners und ihres Rechtsgrunds für den Zeitpunkt ihrer Entstehung ausreichend bestimmbar.

Anders beurteilte der II. Senat den *zweiten* Prüfungspunkt – der Bestimmbarkeit des Umfangs der abgetretenen Forderung. Vorliegend sollten „alle Forderungsrechte [...] in voller Höhe, also einschließlich des in dem Forderungsrecht des Käufers steckenden Gewinns oder anderweitiger Gegenwerte“ abgetreten sein.<sup>918</sup> Für den Fall der Weiterveräußerung der gelieferten Sache ergäben sich keine Schwierigkeiten, da dort die Kaufpreisforderung samt Gewinnaufschlag abgetreten sei. Problematischer sei allerdings der Fall der Verarbeitung, insbesondere des Einbaus einer einzelnen unter verlängerten Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache. Dort bestünde Unklarheit, inwieweit die Werklohnforderung für das gesamte Bauwerk auf den Zulieferer beispielsweise einer einzigen verbauten Komponente übergehen solle. Denn es sei nicht für jedes der verbauten Bauelementen jeweils ein einzelner Werkvertrag mit einer einzelnen Werklohnforderung geschlossen worden. Zwar sei eine Auslegung dahingehend denkbar, dass die Forderung in Höhe des Gegenwertes der gelieferten und anschließend verbauten Baumaterialien entspreche. Doch selbst ein Sachverständiger könnte nur mit Schwierigkeiten annähernd schätzen, welchen Anteil jener vom Verkäufer gelieferte Werkstoff an der, vom Bauherrn zu zahlenden gesamten Werklohnforderung habe. Folglich fehle es an einem mit Sicherheit abgrenzbaren Umfang der abgetretenen Forderung. Mangels eines hinreichend bestimmbar Umfangs der abgetretenen Forderung, hielt das Gericht die Vorauszession daher insgesamt für unwirksam.<sup>919</sup>

Die eben dargestellte Entscheidung steht exemplarisch für einen folgenreichen Bruch im Vergleich zu der früheren Rechtsprechung zur Vorauszession im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts.<sup>920</sup> Man stellte nun wesentlich strengere Anforderungen an die Bestimmbarkeit der Vorausabtretung als noch in der zuerst vorgestellten Entscheidung vom

---

<sup>917</sup> RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (30 f.).

<sup>918</sup> RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (28).

<sup>919</sup> RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (31 ff.).

<sup>920</sup> Vgl. die Urteile in Fn. 922.

8.4.1932.<sup>921</sup> Man forderte nun nicht nur, dass die Klausel der Vorausabtretung eine Individualisierung der vorausgedachten Forderungen im konkreten Einzelfall ermögliche, sondern auch in jedem nur denkbaren, hypothetisch möglichen Fall. Bei seinen früheren Entscheidungen prüfte das Reichsgericht hingegen nur, ob im konkreten Einzelfall die vorausgedachten Forderungen bestimmbar sind.<sup>922</sup> Mit diesen verschärften Anforderungen an die Bestimmbarkeit entwertete das Reichsgericht nicht nur die Vorausabtretung, sondern machte insbesondere das für den Warenkredit wichtigste Sicherungsmittel, den verlängerten Eigentumsvorbehalt de facto unbrauchbar.

Erst der Bundesgerichtshof (BGH) machte die Vorausabtretung und den verlängerten Eigentumsvorbehalt mit seiner Entscheidung aus dem Jahr 1952<sup>923</sup> wieder praxistauglich. Der I. Zivilsenat senkte dazu die Anforderungen an die Bestimmbarkeit gegenüber der eben genannten Rechtsprechung des Reichsgerichts erheblich, sodass eine Vorausabtretungsklausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder möglich wurde.<sup>924</sup> So hielt der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs daran fest, dass für die Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „alles Zufällige des einzelnen Falls“ unbeachtet bleibe und eine dort enthaltene Vorausabtretung „genügend bestimmt oder bestimmbar“ sein müsse. Allerdings wich er von der Rechtsprechung des Reichsgerichts dahingehend ab, dass die Bestimmbarkeit der allgemein im Voraus abgetretenen Forderungen nicht „für jeden [denkbaren] Fall gewährleistet“ sein müsse, sondern es ausreiche, wenn diese Forderung im konkreten Einzelfall „genügend individualisierbar“ sei.<sup>925</sup>

Eine dogmatische oder rechtspolitische Begründung für die Änderung der Reichsgerichtsrechtsprechung sucht man im genannten Urteil jedoch vergebens. So stellt der Bundesgerichtshof bei der Wiedergabe der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts lediglich fest, dass dessen „neuere Rechtsprechung in der Tat zu strenge Anforderungen an die Bestimmung“ der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Voraus abgetretenen

---

<sup>921</sup> Von nun an erklärte das RG den verlängerten EV unter dem Gesichtspunkt „fehlerhafter Individualisierung“ für unwirksam. Siehe dazu folgende Entscheidungen: RG, Urteil vom 19.9.1933 – II. 70/33, RGZ 142, 139 (142 f.); Urteil vom 18.10.1935 – II. 55/35, RGZ 149, 96; RG, und Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (32).

<sup>922</sup> Eine detaillierte Einzelfallprüfung der Bestimmbarkeit der Vorauszession findet sich insbesondere in: RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 52/06, RGZ 67, 167 (168), Urteil vom 21.1.1910 – VII. 159/09, JW 1910, 230 (231) und Urteil vom 22.2.1918 – III. 402/17, RGZ 92, 238. Allerdings verneinte man sie jedes Mal, sodass die Vorausabtretungen der in den allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarten verlängerten E.V. unwirksam waren.

<sup>923</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365.

<sup>924</sup> Vgl. *Erman*, Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten E.V., S. 7 f.

<sup>925</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365 (365, 369).

Forderungen gestellt hätte. Allerdings scheint auch der zuvor erschienene Aufsatz von Flume aus dem Jahr 1950<sup>926</sup> Auslöser dieser Korrektur gewesen zu sein. Flume kritisierte das Reichsgericht scharf für die Orientierung an einem „denkbaren“ Fall, anstatt auf die in Wirklichkeit vorliegenden Einzelfälle abzustellen. Diese hatte es nämlich allesamt für ausreichend individualisierbar angesehen. Die richterliche Aufgabe bestehe darin, so Flume, den Einzelfall zu beurteilen. Wenn in einem „denkbaren“ Fall die Klausel mangels Individualisierbarkeit nicht greifen würde, so berühre dies nicht die Entscheidung des tatsächlichen Falls.<sup>927</sup> Entsprechend zeigte Flume sich auch mit der neuen Rechtsprechung des I. Zivilsenat zufrieden und verteidigte sie sogar indirekt, indem er die Bedenken von v. Caemmerer<sup>928</sup> zerstreute.<sup>929</sup> Aus rechtspraktischer Perspektive kritisierte Westermann richtigerweise, dass mit dieser Entscheidung nun jegliche Grenzen einer Vorausverfügung gefallen sind und nun ein schrankenloser Zugriff auf das zukünftige Vermögen des Schuldners möglich ist. Das ist sowohl für den Schuldner gefährlich, lässt aber insbesondere jeden Interessenschutz Dritter entfallen. Denn alle für diesen bzw. den Rechtsverkehr allgemein aus den Geschäftsbüchern ersichtliche Anzeichen, die den Schuldner als Inhaber der Forderung bezeichnen, werden so bedeutungslos. Die mittels des Publizitätsprinzips umgesetzte, gesetzlich gewollte Interessenbewertung zugunsten der Drittgläubiger wird so empfindlich verändert.<sup>930</sup>

Mit dieser Entscheidung<sup>931</sup> war aber nicht nur der verlängerte Eigentumsvorbehalt zur Sicherung von Warenkrediten wiederbelebt worden, sondern auch die darin als Bestandteil enthaltene Zession aller gegenwärtiger und künftiger Forderungen für wirksam erklärt worden. Ohne ausdrücklichen Hinweis und ohne Bezeichnung als solche, hatte man beiläufig zugleich die Globalzession erstmalig zugelassen. Dieses als Abtretung aller gegenwärtiger und künftiger Forderungen definierte Sicherungsmittel konnte dank dieser Entscheidung sogar in AGB-Klauseln vereinbart werden. Insbesondere die Banken als (Geld-)Kreditgeber ließen sich regelmäßig sämtliche Geschäftsforderungen abtreten.<sup>932</sup> Ob sich der BGH über die Bedeutung

---

<sup>926</sup> Flume, NJW 1950, 841.

<sup>927</sup> Flume, NJW 1950, 841 (845 f.).

<sup>928</sup> V. Caemmerer, JZ 1953, 97 ff.

<sup>929</sup> Flume, NJW 1959, 913 (915 f.).

<sup>930</sup> Vgl. Westermann, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, S. 20.

<sup>931</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365.

<sup>932</sup> Ausführliche AGB-Klausel eines verlängerten E.V. zu finden in RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (27); Bereits RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (576) hatte im Rahmen eines verlängerten E.V. über die Abtretung aller gegenwärtigen und künftigen Geschäftsforderungen zu urteilen.

und Reichweite seiner Entscheidung für die Geldkreditvergabe der Banken dabei bewusst war, erscheint bei Betrachtung der Urteilsgründe jedoch fraglich.

Interessanterweise erörterte das Reichsgericht bereits über 40 Jahre zuvor genau, weswegen es die Abtretung „aller künftiger Forderungen“ und damit eine Globalzession für unwirksam hielt.<sup>933</sup> In der Entscheidung des III. Zivilsenats vom 5.5.1911 ging es um folgenden Sachverhalt: Der Sicherungsnehmer klagte gegen den Konkursverwalter des Sicherungsgebers. Letzterer hatte alle vorhandenen und zukünftigen Geschäftsaußenständen, das Eigentum aller fertiger und halbfertiger Waren, Rohmaterialien, Werkzeuge und Geschäftseinrichtungsgegenstände, sowie auch das Eigentum künftig zu erwerbenden Waren und Rohmaterialien an den Sicherungsgeber übertragen.

Das Gericht hielt allerdings bereits die Vereinbarung der Globalzession, genauer gesagt die Zession hinsichtlich „aller zukünftig entstehender Geschäftsaußenstände“ für nichtig. Man begründete dies insbesondere mit den folgenden Argumenten:

*Zunächst* fehle es bei der Bezeichnung der zedierten Forderungen an der „nötigen Bestimmtheit“. Denn „jede Erweiterung des Geschäftsbetriebs, jede Beteiligung des Abtretenden an deren Unternehmungen, der Abschluß von Börsen- und sonstigen Geschäften muß zu Zweifeln führen, ob die daraus erwachsenen Forderungen als Geschäftsaußenstände im Sinne des Vertrages und demnach mitabgetreten sind.“<sup>934</sup>

*Außerdem* komme es zu einer schweren Gefährdung des „redlichen Verkehrs“, wenn man die hier vereinbarte Globalzession zulassen würde. Der Schutz der sonstigen, von der Zession nichtsahnenden gutgläubigen Drittgläubiger vor dem heimlichen Zugriff eines einzelnen Gläubigers (Sicherungsnehmers) wiege schwerer als das „Bedürfnis des Verkehrs“.<sup>935</sup> Um die Bedeutung dieses Arguments zu unterstreichen, präzisiert der Senat seine Ausführungen wie folgt: „Denn die Rücksicht auf den gesunden Verkehr, auf die Interessen der sonstigen Gläubiger, an denen es bei einem Schuldner, der sich zu derartigen Verträgen bestimmen lässt, niemals fehlen wird [...] erfordert, daß einer Vereinbarung, durch die der Schuldner sich seines gesamten dem Geschäftsbetrieb dienenden Vermögens, auch des zukünftig zu erwerbenden, zugunsten eines Gläubigers entäußert und zum bloßen Werkzeug dieses Gläubigers wird,

---

<sup>933</sup> So zuerst der VII. Senat in der Entscheidung vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67,166 (167), sowie noch ausführlicher der III. Senat am 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (576).

<sup>934</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (576).

<sup>935</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (576).

während er gleichwohl nach außen hin den Schein eines selbständigen Gewerbebetriebs aufrechterhält, die rechtliche Anerkennung versagt werde.“<sup>936</sup>

Diese Passage des Urteils ist besonders bemerkenswert. Sie zeigt, wie früh und mit welcher selten dagewesener Deutlichkeit der III. Zivilsenat die Gefahr der Globalzession für den gutgläubigen Geschäftsverkehrs bzw. die ungesicherten (bestehenden und künftigen) Drittgläubiger aufzeigte. Außerdem stufte man anschließend den Verkehrsschutz gegenüber dem Bedürfnis nach einer Globalzession eindeutig und ausdrücklich als vorzugswürdig ein.<sup>937</sup> Erst über 40 Jahre später, sollte sich diese Wertung ändern.

*Schließlich* sieht das Reichsgericht noch einen zweiten Grund für die Unwirksamkeit des hier zugrundeliegende Sicherungsgeschäfts. Es sei die Kombination aus zwei vertraglichen Elementen, wie der Globalzession einerseits, sowie der Sicherungsübereignung des gesamten aktuellen Warenlagers einschließlich aller künftig zu erwerbenden Gegenstände andererseits, die gegen die „guten Sitten“ gemäß § 138 BGB, sowie § 310 a.F. BGB in analoger Anwendung verstießen. Denn das Sicherungsgeschäft entziehe dem Schuldner „völlig die geschäftliche Selbständigkeit“ und gebe dem Gläubiger hingegen „die Möglichkeit, jederzeit einzugreifen und die gewerbliche Tätigkeit des Schuldners lahmzulegen“. Der Schuldner dürfe sich auf diese Weise nicht zum „bloßen Werkzeug“ seines Gläubigers machen.<sup>938</sup>

Dennoch könnten die vorgenannten Argumente des Reichsgericht (III. Senat), den Bundesgerichtshof im Jahr 1952 nicht von der Zulassung der Globalzession abhalten. Mit der Anerkennung der Globalzession hatte die richterrechtliche Schaffung eines praxistauglichen Mobiliarkreditsicherungsmittels eine letzte prägende Stufe erreicht. Nachdem man im 19. Jahrhundert die Zession, dann im Jahr 1880 die Zession auch zur Sicherung von Forderungen (Sicherungszession) zugelassen hatte, sowie sich anschließend entschied die Zession künftiger Forderungen (Vorauszession) als Sicherung anzuerkennen, gelangte diese stufenweise Entwicklung mit der Globalzession zu einem Maximum. Damit entstanden die noch heute in der Praxis häufigsten Formen der Sicherungszession, nämlich die Globalzession und der verlängerte Eigentumsvorbehalt. In den nachfolgenden Jahrzehnten beschäftigte sich die Rechtsprechung nun jedoch mit der Lösung von Folgeproblemen bzw. der Einschränkung der anerkannten Institute. Beispiele hierfür sind die Kollision der Globalzession mit einem

---

<sup>936</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (577).

<sup>937</sup> Vgl. oben zum Argument „Verkehrsbedürfnis“ S. 155 ff.

<sup>938</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (577).

verlängerten Eigentumsvorbehalt,<sup>939</sup> die Schuldnerknebelung<sup>940</sup> oder die nachträglichen Übersicherung bei der Globalzession.<sup>941</sup>

## **VI. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung unter rechtsmethodischer Betrachtung: Begriffs- oder Interessenjurisprudenz?**

Im Folgenden soll die reichsgerichtliche Rechtsprechung von einem rechtsmethodischen Blickwinkel betrachtet werden. Konkret stellt sich die Frage, von welchem grundsätzlichen methodischen Rechtsverständnis die Richter des Reichsgerichts bei der Zulassung der Sicherungszession Ende des 19. Jahrhunderts bzw. der Vorauszession zum Beginn des 20. Jahrhunderts ausgegangen waren, genauer gesagt, ob sie dem Ansatz der Interessenjurisprudenz oder dem der Begriffsjurisprudenz gefolgt war.

### **1. Die Begriffs- und Interessenjurisprudenz**

Zunächst soll aber die Aufmerksamkeit dem Verständnis und dem Unterschied der beiden Methoden, als auch ihren wichtigsten Vertretern gelten.<sup>942</sup>

Bernhard Windscheid (1817–1892)<sup>943</sup> zählte neben Georg Friedrich Puchta (1798–1846)<sup>944</sup> und Rudolph von Jhering (1818–1892) zu den bedeutendsten Vertretern der Begriffsjurisprudenz.<sup>945</sup>

Die Begriffsjurisprudenz lässt sich allgemein als Methodik der Rechtsanwendung umschreiben, bei der alle Rechtssätze ihrem Wortlaut bzw. ihren Begriffen nach, ein geschlossenes System bilden. Die „innere Zusammengehörigkeit“ der Rechtssätze wird von den in ihnen ständig wiederkehrenden Begriffselementen begründet.<sup>946</sup> Mit Hilfe einer sogenannten deduktiven Methode kann die Lösung eines jeden Falles von dem Wortlaut des abstrakt formulierten,

---

<sup>939</sup> Zur Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB (Vertragsbruchtheorie) im Kollisionsfall vgl. Grdl. BGH, Urteil vom 30. 4. 1959 – VII ZR 19/58, BGHZ 30, 149 (Leitsatz und Gründe); bestätigend u.a. BGH, Urteil vom 16.3.1995 – IX ZR 72/94 BGHZ 72, 308, 310 m. w. N.; nachfolgend z.B. BGH, Urteil vom 14.7.2004 – XII. ZR 257/01, NJW 1999, 940.

<sup>940</sup> Siehe zur Knebelung bei der S.Z.: BGH, Urteil vom 9.11.1955 – IV. ZR 196/54, BGHZ 19, 12

<sup>941</sup> Grdl. BGH, Urteil vom 29.11.1989 – VIII. ZR 228/88, BGHZ 109, 240 (246 f.).

<sup>942</sup> Vgl. hierzu auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 19 ff., 27 ff.

<sup>943</sup> Wobei Windscheids Zuordnung als Begriffsjurist nach Falk nicht eindeutig sei, *Falk*, Rechtshistorisches Journal 12 (1993), 598 (626); Siehe auch *ders.*, Ein Gelehrter wie Windscheid, u.a. S. 129, 217 f. sowie das Werk an sich zu Windscheids Person.

<sup>944</sup> Zu Puchtas Person und Werken vgl. *Falk*, Juristen, S. 517 f. und *ders.*, Konkursübel, S. 296 ff.

<sup>945</sup> *Falk*, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 221 (222).

<sup>946</sup> *Windscheid*, Lehrbuch der Pandektenrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1887, § 24 (S. 66 f., S. 66 Zitat); Vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre, S. 19 ff., 27 ff., insb. 30.

allgemein gültigen Rechtssatzes logisch abgeleitet werden. Hierbei werden weder richterliche Wertungen anerkannt noch die Umstände des Einzelfalls beachtet.<sup>947</sup>

Die Gegenbewegung zur vorbezeichneten Begriffsjurisprudenz ist die Interessen- oder Zweckjurisprudenz. Ihr wichtigster Vertreter war nach seiner methodischen Umkehr seit den 1860er Jahren ebenfalls Jhering.<sup>948</sup> Die Zweck- oder Interessenjurisprudenz stellt nicht auf abstrakte Begriffe, sondern auf die Interessen der Beteiligten ab. Dabei fällt der Richter sein Urteil nicht als logisches Ergebnis der Anwendung abstrakter Rechtssätze, sondern trifft unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften, eine an den Interessen der Beteiligten orientierte Einzelfallentscheidung.<sup>949</sup> Denn „die Rechtswissenschaft sei [...] da, um ein Recht festzustellen, welches im Stande sei, menschliche Interessen und Bedürfnisse zu befriedigen“, so Jhering überzeugt.<sup>950</sup> Kämpferisch wandte er sich gegen die von ihm als „Irrsinn“ bezeichnete Begriffsjurisprudenz: „Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch notwendig oder unmöglich sein.“<sup>951</sup> Diesen pragmatisch wirkenden Ansatz vertiefte Jhering später in seinem Werk „Der Zweck im Recht“ in mehreren Bänden.<sup>952</sup> Der Grundgedanke seines Werks ist, dass „der Zweck der Schöpfer des gesamten Rechts ist, daß es keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, das ist einem praktischen Motiv, seinen Ursprung verdankt.“<sup>953</sup> Für ihn war das Recht keine objektive, abstrakte und in sich vollkommene Ordnung, sondern nur Ausdruck des praktischen Zwecks, nämlich der Gesellschaft „zur Sicherung ihrer Lebensbedingungen“ zu verhelfen.<sup>954</sup> Ganz anders hingegen Windscheid, nach dem „das Bedürfnis des Verkehrs keine Rechtsquelle [sei].“<sup>955</sup> Dem häufigen Vorwurf hiergegen, dass ein fundamentaler Kontrast zwischen der

---

<sup>947</sup> Bohrer in: Falk (Hg.), Fallstudien, S. 21; Otte in: Hadding (Hg.), Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/35, S. 433 (433).

<sup>948</sup> Falk, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 221 (222) mit Hinweis auf Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Dogmatiken Jherings und Windscheids; Später spielte v.a. auch Philipp Heck (1858–1943) eine bedeutende Rolle, vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 49 ff.

<sup>949</sup> Vgl. Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2005, S. 196; Petersen, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, S. 6 f.

<sup>950</sup> So Windscheid über die Kritik seines Freund Jhering; siehe Falk, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), 221 (223) Zitat, nach Transkription von Kleemann 1991.

<sup>951</sup> Zitat abgedr. bei: Larenz, Methodenlehre, S. 45 (Zitate).

<sup>952</sup> Jhering, Der Zweck im Recht I, 1. Aufl. 1877.

<sup>953</sup> Zit. nach Larenz, Methodenlehre, S. 46.

<sup>954</sup> Zitat Jherings bei Larenz, Methodenlehre, S. 46.

<sup>955</sup> Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid, 1989, S. 35.

lebensfremden Begriffsjurisprudenz und der lebensnahen Zweckjurisprudenz bestehe, widersprach Windscheid jedoch mehrmals. In seinen Augen seien „das keine Gegensätze“.<sup>956</sup>

## 2. Die Richter des Reichsgerichts – Begriffs- oder Interessenjuristen?

Doch wie lässt sich nun die Rechtsprechung des Reichsgerichts des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts bezüglich der Sicherungszession in die beiden genannten Kategorien der Rechtsmethodik einordnen?

Anfang des 20. Jahrhunderts findet man in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Meinung, wonach das Reichsgericht formalistisch und treu dem Gesetz seine Urteile sprach.<sup>957</sup> Unterstützung erhält diese Beurteilung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in den Standardwerken der rechtshistorischen Literatur. In Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ finden hierzu dessen Annahme, dass sich erst nach der Weimarer Republik erste Gegentendenzen zur begriffsjuristischen Tradition des Reichsgerichts bemerkbar machten.<sup>958</sup> Allerdings entdeckt man zum Ende des 20. Jahrhunderts speziell für die Rechtsprechung zur Sicherungzübereignung auch Stimmen, die nicht mehr von einer formalistischen, begriffsjuristischen Grundhaltung der Richter ausgehen.<sup>959</sup>

Tatsächlich scheint die Annahme einer grundsätzlich zweckjuristisch geprägten Grundhaltung der Richter des Reichsgerichts ebenso gut vertretbar. Dies zeigt die Auswertung der umfangreichen Rechtsprechung zur Sicherungszession. In den Urteilsbegründungen lassen sich gute Argumente dafür finden, dass die Richter mehrheitlich ein Rechtsverständnis hatten, das mit Jherings und später seit 1905 auch Philipp Hecks<sup>960</sup> Verständnis von Interessenjurisprudenz vergleichbar scheint:

---

<sup>956</sup> *Windscheid*, DJZ 1909, 953 (955); *Fezer*, JuS 1992, 902 (906).

<sup>957</sup> *Kantorowicz* (Pseudonym: Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, S. 7.

<sup>958</sup> *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, § 27, S. 514 Anm. 1; vgl. auch *Bohrer* in: Falk (Hg.), *Fallstudien*, S. 21.

<sup>959</sup> *Kleene*, *Orientierung*, S. 220; Dem zustimmend, insb. anhand des Urteils vom 30.10.1902 – VI. 208/02, RGZ 52, 373 (zu § 823 BGB), *Bohrer*, in: Falk (Hg.), *Fallstudien*, S. 22 f., insb. 27; Weitergehend, für die Judikatur des RG allg. *Falk*, *Haftung des Konkursverwalters*, S. 122 f. m.N.

<sup>960</sup> Erstmals äußerte sich Philipp Heck über Ernst Stampes Werke „Interessenfindung durch Interessenabwägung“ und über das Verhältnis von „Gesetz und Richtermacht“ im Jahr 1905, so *Bohrer* in: Falk (Hg.), *Fallstudien*, S. 26.

Ein gewichtiges Argument für eine zweckjuristische Denkweise der Richter ist, dass sie bei ihren Entscheidungen stets die Interessen der Rechtspraxis berücksichtigten. An exponierter Stelle sprach man es schließlich ausdrücklich an. Im richtungsweisenden Urteil vom 29.9.1903 über die (erstmalige) Anerkennung der Vorauszession diente das „Verkehrsbedürfnis“ als wichtiges Argument.<sup>961</sup> Ebenso kam es zur Sprache, als man am 5.5.1911 bereits die Frage nach der Wirksamkeit der Globalzession zu beantworten hatte.<sup>962</sup> In letzterer Entscheidung sollte es jedoch (noch) nicht für die Globalzession ausreichen.<sup>963</sup> Allgemein verlangte der Rechtsverkehr eine vereinfachte Verpfändung von bestehenden und künftigen Forderungen. Hierfür eignete sich die Sicherungszession ohne eine Anzeige an den (Dritt-)Schuldner besser als die unpraktisch empfundene Forderungsverpfändung mit Anzeige. Die Gerichte wollten diesem Bedürfnis nachgeben. Sie hielten das Interesse der Kreditparteien für wichtiger als die strikte Anwendung der geltenden Pfandgesetze der deutschen Partikularstaaten bzw. ab 1900 der §§ 1273 ff. BGB. Die Grundhaltung des Reichsgerichts spiegelte Jherings interessenjuristische Grundidee wider, wonach das Recht vor allem die Bedürfnisse und Interessen der Menschen zu befriedigen habe.<sup>964</sup>

Ebenfalls für ein interessenjuristische Grundhaltung spricht, dass die Richter des Reichsgerichts regelmäßig den Willen der Parteien als maßgeblich erachteten.<sup>965</sup> Demnach hielten die Gerichte die Lebensumstände und die tatsächlichen Bedürfnisse für das Verständnis der Norm bzw. des Rechtsbegriffs für ausschlaggebend.<sup>966</sup> Dagegen sollte nach begriffsjuristischem Rechtsverständnis gerade nicht vom Zweck einer Regelung, von einem ethischen oder sozialpolitischen Sinn eines Rechtsinstituts, Rückschlüsse auf den Rechtssatz gezogen werden.<sup>967</sup>

Und schließlich hielt das Reichsgericht eine Interessenabwägung im Einzelfall für notwendig.<sup>968</sup> Vom Gesetzgeber könne nicht verlangt werden, dass ein allgemein gefasstes

---

<sup>961</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334 (334).

<sup>962</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (576); vgl. oben zum „Verkehrsbedürfnis“ S. 155 ff.

<sup>963</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 (576). Dennoch bestätigte in dieser Entscheidung wörtlich, dass aus „dem Bedürfnis des Verkehrs [...] die Notwendigkeit der Anerkennung der Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen vornehmlich hergeleitet w[e]rde.

<sup>964</sup> S.o. zur Interessenjurisprudenz nach Jhering, S.185.

<sup>965</sup> Regelmäßig bei der Frage, ob ein simuliertes Geschäft oder ein erstlich gewollte Rechtsübertragung erfolgen sollte, wie besonders ausf. geprüft in RG, Urteil vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1881), 14 Nr. 8; vgl. zudem die Urteile zum Einwand der Simulation oben im II. Kapitel, B. Simulation.

<sup>966</sup> Zur Interessenjurisprudenz hier: *Larenz*, Methodenlehre, S. 53 f.

<sup>967</sup> *Puchta*, Pandekten, 9. Aufl. Leipzig 1863, § 20 (S. 33); *Falk*, Rechtshistorisches Journal, Band 12 (1993), 598 (607).

<sup>968</sup> Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (49 f.); Vgl. z.B. auch die Entscheidungen zur Prüfung der Bestimmtheit im Einzelfall, siehe oben S. 152 Fn. 774.

Gesetz für jede Fallkonstellation durch „einfache Schlussfolgerung“ das richtige Ergebnis liefere. Vielmehr sei es Aufgabe der Richter das Gesetz im konkreten Einzelfall wertend anzuwenden.<sup>969</sup>

Die Bedeutung der Lebensumstände und die tatsächlichen Bedürfnisse für die Auslegung der Norm sowie das Verständnis um die Rolle des Richters andererseits, lassen Jherings Vorstellung einer interessenjuristischen Methodik wiedererkennen. Man ging insbesondere nicht mehr – wie die Begriffsjuristen – von einem Richter aus, der nur aufgrund „rein logischer Operationen [...] die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung [...] mit absoluter Exaktheit nachweise [...]“, ohne dabei eigene richterliche Wertungen oder die Umstände im Einzelfall miteinzubeziehen.<sup>970</sup> Mit diesen Worten hatte Herrmann Kantorowicz 1906 in seiner bekannten Schrift „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“ die begriffsjuristische Vorstellung eines Richters charakterisiert.<sup>971</sup> Gegenteiliges war der Fall. Im Reichsgericht hatte man das Selbstverständnis eines im Einzelfall die Interessen der Parteien abwägenden und wertenden Richters. Der Vorwurf des Freirechtlers Ernst Fuchs, das Reichsgericht setze „die abstrakte Systemlogik und das selbstkluge Vernünfteln“ über das „Sachliche, Menschliche“<sup>972</sup> erscheint daher nicht richtig. Vielmehr passt das hier für die Forschung über die Sicherungszession gefundene Ergebnis einer interessenjuristischen Grundhaltung des Reichsgerichts<sup>973</sup> in das Bild, was Ursula Kleene Ende des 20. Jahrhunderts für die Sicherungsübereignung<sup>974</sup> gefunden hatte.<sup>975</sup>

---

<sup>969</sup> Dies führte der I. Senat ausdrücklich aus, im Urteil vom 2.2.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45 (49 f. unten).

<sup>970</sup> Kantorowicz (Pseudonym: Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* 1906, S. 7.

<sup>971</sup> Vgl. Bohrer in: Falk (Hg.), *Fallstudien*, S. 21.

<sup>972</sup> Fuchs in: Foulkes/Kaufmann (Hg.), *Gerechtigkeitswissenschaft*, S. 21 (24).

<sup>973</sup> Vgl. i. Ü. Ogorek, ZHR 150 (1986), S. 87 ff., insb. S. 93 f., 114 die für das ROHG zu ähnlichem Ergebnis gelangte; Vgl. Falk, *Haftung des Konkursverwalters*, S. 106.

<sup>974</sup> In den Urteilen zur S.Ü. zeigten die Richter keine formaljuristische Arbeitsweise, sondern versuchten „den wirtschaftlichen Notwendigkeiten Rechnung zu tragen“, Kleene, *Orientierung*, S. 220. Umfassender, für die Judikatur des RG allg., grds. eine positivistische und begriffsjuristische Methodik ablehnend, Falk, *Haftung des Konkursverwalters*, S. 122 f. Interessant ist an dieser Stelle auch ein Blick auf Windscheids Richterbild, der u.a. selbst auch ein richterliches Ermessen bei der Vertragsauslegung lehrte, Falk, *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993), 598 (607 ff., insb. 609).

<sup>975</sup> Siehe in diesem Zusammenhang Falk, *Haftung des Konkursverwalters*, S. 105 ff. und ders., *Ein Gelehrter wie Windscheid*, 1989, insb. S.157 ff. Dort legte Falk umfassend und eindrucksvoll dar, dass weder Windscheid noch das von ihm mitgestaltete BGB pauschal wegen „begriffsjuristischen Rechtsdenken“ abzutun seien. So noch zur zeitgenössischen Kritik bei Schlosser, *Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. 2014, S. 292 über den von Windscheid verantworteten 1. Entwurf des BGB.

## VII. Zusammenfassung

### 1. Sprünge und Brüche in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Sicherungszession

Nach detaillierter Analyse einer Vielzahl von reichsgerichtlichen Entscheidungen zur Sicherungszession, soll nun folgender abschließender Frage nachgegangen werden: Welche Entscheidungen sind aus heutiger rechtsgeschichtlicher Perspektive die bedeutendsten, da sie einen Sprung in der Entwicklung der Sicherungszession und zugleich eine Änderung oder sogar Bruch mit früheren Rechtsansichten bewirkten?

Den ersten initialen Sprung in der Entwicklung der fiduziarischen Sicherheiten stellten die beiden Entscheidungen des I. Zivilsenats im *Oktober 1880* dar.<sup>976</sup> Erstmals erachtete das Reichsgericht eine Eigentumsübertragung – damals noch in der Form des Sicherungskaufs –, sowie eine Zession ausschließlich zum Zweck der Sicherung eines Gläubigers als wirksam. Dies war zugleich eine deutliche Abkehr von den drei vorangegangenen Entscheidungen des III. Senats zu vergleichbaren Fällen,<sup>977</sup> in denen man eine Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken noch für unwirksam hielt. Über 20 Jahre war nun das Reichsgericht, insbesondere der I. und der V. Zivilsenat damit beschäftigt, die Wirksamkeit der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung<sup>978</sup> gegen alle juristischen Einwände zu behaupten.

Plötzlich, im *September 1903*<sup>979</sup> auf Grundlage des neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs, wagte der VII. Senat einen Quantensprung juristischer Vorstellungskraft und zugleich einen zweiten Meilenstein für den Kreditverkehr – die Anerkennung der Vorauszession zu Kreditsicherung. Seine Entscheidungsgründe fielen zunächst sehr knapp aus. Erst später folgten weitere Erläuterungen, um die Zweifel seitens der Wissenschaft zu widerlegen, wie das zweite Urteil in dieser Sache vom 1.10.1907<sup>980</sup> erkennen lässt. Nun prägte der VII. Senat die Rechtsprechung zur Sicherungszession.

---

<sup>976</sup> Zur S.Ü.: RG, Urteil vom 9.10.1880 – I. 395/80; RGZ 2, 168 und S.Z., RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (170 f.).

<sup>977</sup> Vgl. dazu die Urteile: RG, Urteil vom 9.1.1880 (III.), SeuffA 36 (1880), 142 Nr. 99; vom 7.5.1880 (III.), SeuffA 36 (1880), 14 Nr. 8; vom 24.9.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173. Allerdings hielt der III. Senat in seinem Urteil vom 24.9.1880 die S.Ü. bereits grds. für möglich und sie müsse nicht zwangsläufig am Einwand des simulierten Geschäfts scheitern.

<sup>978</sup> Seit 1890 erstmals für die S.Ü. anerkannt; RG, Urteil vom 2.6.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180.

<sup>979</sup> RG, Urteil vom 29.9.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334.

<sup>980</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 167.

Erst ein halbes Jahrhundert später war es schließlich so weit, der I. Zivilsenat des BGH<sup>981</sup> erkannte im *Jahr 1952* nun nicht nur die Sicherungszession von bereits bestehender oder getrennt davon, künftig entstehender, bestimmbarer Forderungen (Vorauszession), sondern auch deren Kombination, die sogenannte Globalzession an. Es könnten nun jegliche bestehende, sowie künftig vielleicht zur Entstehung gelangende Forderungen vollständig, also global an den Sicherungsnehmer zediert werden. Aus heutiger Sicht ist dies die dritte und letzte wesentliche Entwicklungsstufe der Sicherungszession als Kreditsicherheit. Man hatte nun den Umfang der Abtretung auf ein Maximum gesteigert. Der Kreditgeber konnte sich nun alle, auch in Zukunft entstehenden Geschäftsforderungen seines Schuldners für die Laufzeit des Kredits als Sicherheit übertragen lassen. Dies war sogar mittels einer AGB-Klausel im Kreditvertrag oder im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts möglich. Bis heute verwenden Banken und Lieferanten regelmäßig die Globalzession als Kreditsicherungsmittel in ihren Kredit- und Lieferverträgen.

Bis sich der BGH zu dieser Entscheidung durchrang, hegte das Reichsgericht über Jahrzehnte rechtliche Zweifel an der Zulässigkeit der Globalzession. Beispielweise hatte der III. Zivilsenat bereits 1911<sup>982</sup> über die Wirksamkeit einer Globalzession zu entscheiden. Der Senat erklärte damals den die Globalzession beinhaltenden Sicherungsvertrag für sittenwidrig gemäß §§ 138, 310 BGB. Denn das „Bedürfnis des Verkehrs“ rechtfertige nicht „die Abtretung zukünftiger Forderungen in einem derartigen Umfang“, argumentierte das Gericht.<sup>983</sup> Besonders interessant ist an dieser Stelle, dass insbesondere das Argument des Verkehrsbedürfnisses zu dieser Zeit (noch) nicht als ausreichend gesehen werde, die Globalzession zu rechtfertigen. Letztlich war es aber dieser Gesichtspunkt, der dem Bundesgerichtshof im Jahr 1952 dazu bewegte, die Globalzession im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts nun schließlich doch zuzulassen.<sup>984</sup> Man begründete ihre Zulässigkeit in nur einem Satz, worin es hieß, dass die „neue Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Tat zu strenge Anforderungen an die Bestimmbarkeit der auf Grund typischer Urkunden im Voraus abgetretener Forderungen gestellt“ habe.<sup>985</sup>

## 2. Gefahr der Rückschauverzerrung

---

<sup>981</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365.

<sup>982</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576

<sup>983</sup> RG, Urteil vom 5.5.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576.

<sup>984</sup> Vgl. oben zur Globalzession S. 182 f.

<sup>985</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365 (369).

Bei Beurteilung der in dieser Arbeit analysierten Rechtsprechung des Reichsgerichts darf allerdings nicht der Eindruck entstehen, dass die Zulassung der Sicherungszession und Sicherungsübereignung im Jahr 1880 zwingend der erste Schritt für die Schaffung eines Mobiliarkreditsicherungsrecht in der heute gültigen Art gewesen sei. Man unterläge leicht dem kognitionspsychologischen Phänomen der sogenannten Rückschauverzerrung (*hindsight bias*), wenn man behaupten würde, das Reichsgericht hätte im Jahr 1880 vorhersehen oder gar planen können, dass sich seine Rechtsprechung zwangsläufig durchsetzen und mit der Zulassung der Vorauszession und schließlich der Globalzession sogar zu einem in der heutigen Kreditpraxis immer noch zentralen Rechtsinstitut entwickeln würde.

Zunächst zur Rückschauverzerrung: Sie ist auch für die rechtsgeschichtliche Forschung nicht vernachlässigen.<sup>986</sup> Aus dem Wissen um den Ausgang historische Ereignisse, geschichtlicher Verläufe und Kausalitäten entsteht schnell der trügerische Eindruck der Zwangsläufigkeit. Dadurch droht der Rechtshistoriker seine Offenheit für komplexe historische Probleme zu verlieren und unbewusst, die Geschichte als von Anfang an determiniert zu sehen. Dieser Effekt wird von Fischhoff auch als „*creeping determination*“ bezeichnet.<sup>987</sup> Der rückschauende Beobachter tendiert intuitiv dazu, die Wahrscheinlichkeit des Eintretens bestimmter Geschehnisse zu überschätzen, wenn er weiß, dass sie tatsächlich eingetreten sind. Dabei unterschätzt er im gleichen Zug, die Wahrscheinlichkeit alternativer Verläufe und Ereignisse oder übersieht sie gänzlich. In dieser Bewusstseinslage gefangen, glaubt er immer schon gewusst zu haben, dass alles so passieren musste.<sup>988</sup>

Die jahrzehntelange Rechtsentwicklung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte ist eine zu komplexe Materie, um behaupten zu können, spätere Entscheidungen wären voraussehbar gewesen. Vielmehr waren die einzelnen Entscheidungen der Zivilsenate des Reichsgerichts von sozio-ökonomischen Einflüssen ihrer Zeit geprägt und unterlagen häufig schlicht dem Zufall. Folgende Zufallsfaktoren sind bei der Betrachtung der Rechtsprechung zu berücksichtigen:

---

<sup>986</sup> So wies der Psychologe *Baruch Fischhoff* bereits 1975 auf die Bedeutung seiner Studien für die Geschichtswissenschaft hin, vgl. *Fischhoff*, *Hindsight ≠ Foresight*, *Journal of Experimental Psychology*, vol. 1, No. 3, S. 288 ff.

<sup>987</sup> *Falk*, *Wahrnehmungsverzerrung*, S. 56 (58); vgl. auch zur Thematik *Falk*, *Urteilsverzerrungen*.

<sup>988</sup> *Falk*, *Wahrnehmungsverzerrung*, S. 56 (59).

Es spielte *zunächst* eine wichtige Rolle, welcher Zivilsenat nach dem Geschäftsverteilungsplan<sup>989</sup> dazu berufen war, eine Entscheidung zur Sicherungszession zu treffen und das Recht nachhaltig prägen zu können. Denn die einzelnen Senate als Spruchkörper waren in ihrer Zusammensetzung mit verschiedenen Richtern alles andere als homogen. Ihre mehr oder minder verschiedenen individuellen Rechtsansichten, die auch von ihrer Herkunft im Reich geprägt waren,<sup>990</sup> wirkten sich auf die Beurteilung des Einzelfalls aus. Des Weiteren traten auch die einzelnen Spruchkörper<sup>991</sup> selbst in verschiedener Konstellation zusammen, da man ihnen für eine sorgfältige Sachbearbeitung mehr Mitglieder als nötig zuteilte. Dies schuf durchaus Raum für eine, von vorhergehenden Entscheidungen abweichende Beurteilung.<sup>992</sup>

*Daneben* konnten auch die Kläger bzw. Beklagten gezielt auf den Erlass eines Urteils durch einen bestimmten Senat Einfluss nehmen. Je nachdem, ob sie glaubten mit einer Revision bei dem in ihrer Sache zuständigen Senat erfolglos oder erfolgreich zu sein, konnten sie ihre Revision zurücknehmen<sup>993</sup> oder verfolgten diese mit besonderen Anstrengungen. Folglich lag es nahe, dass Banken und andere Kreditgeber, eine für sie günstige Entscheidung eines bestimmten, für die fiduziarischen Sicherheiten offenen Senats anstrebten. Es war kein Geheimnis, dass sich der I. und der sich ihm gleich anschließende V. Zivilsenat nach den Grundsatzentscheidungen vom Oktober 1880 erneut für die Gültigkeit der Sicherungszession und der Sicherungsübereignung aussprechen könnten, während dies bei dem III. Senat (zunächst) noch anders schien. Ein vergleichbares Bild ergab sich ab 1903 beim VII. Senat, welcher die Vorauszession für wirksam erklärte.

---

<sup>989</sup> Bis 1900 war theoretisch jeder Zivilsenat dazu berufen, eine Entscheidung zur S.Z. oder S.Ü. zu treffen, wenn dieser aus der ihm zugewiesenen Rechtsordnung entstammte. Der I., II. und der III. Zivilsenat erhielten die bisher dem Reichsoberhandelsgericht angehörenden Verfahren. Der II. Senat war zudem noch für das französische Recht, der III. Senat für gemeinrechtliche Streitigkeiten zuständig. Der IV. und V. Senat waren für die Streitigkeiten aus dem Geltungsgebiet des preuß. A.L.R. berufen. Mit der Einführung des BGB, wies man dann die Fälle entsprechend den Rechtsgebieten zu, *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 40.

<sup>990</sup> Vgl. *Möller*, Rechtsprechung des RG, S. 33.

<sup>991</sup> Ein Senat bestand zunächst aus 7 (§ 140 GVG, RGBl. 1877, S. 35 ff.), seit 1924 nur noch aus 5 Richtern, vgl. Notverordnung vom 4.1.1924 (§ 2 der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4.1.1924, RGBl. I. 1924, S. 15 ff.).

<sup>992</sup> So für die unterschiedliche Besetzung der Senate: *Lobe*, in: Fünfzig Jahre Reichsgericht, S. 21 und *Simons*, in: Handwörterbuch der Rechtsgeschichte, Bd. 5, S. 2.; Zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung innerhalb der Senate hatte man im Fall einer beabsichtigten Abweichung die Anrufung des Vereinigten Zivilsenats vorgesehen (§ 173 GVG). Jedoch wurde dessen Entscheidungsfindung als zu schwerfällig gefürchtet. Unter den Mitgliedern setzte sich daher die Meinung durch, dass eine Anrufung nicht nötig sei, wenn man von einem anderen Senat abweichen wollte, der zuvor von einer Entscheidung des abgehenden Senats selbst abgewichen war, *Lobe*, in: Fünfzig Jahre Reichsgericht, S. 28.

<sup>993</sup> Bzw. die Beklagte verhinderten ein Urteil gegen sich durch einen Vergleichsschluss oder ein Anerkenntnis.

*Schließlich* prägten auch die wirtschafts- und sozialpolitischen Gegebenheiten die Entscheidungsfindung der Gerichte. Relevant war hierbei insbesondere die allgemeine Kreditsituation im Deutschen Reich und die Finanzlage der Unternehmen. Der untersuchte Betrachtungszeitraums (1880–1914) war überwiegend von wirtschaftlichen Krisen mit einer Vielzahl von Unternehmenspleiten geprägt und machten die Kreditgeber grundsätzlich vorsichtig. Um die für das gesamtwirtschaftliche Wachstum notwendige Vergabe von Krediten nicht zu erschweren, sahen sich die Senate wiederholt gezwungen, dem steten Verlangen der Kreditwirtschaft nach ausgedehnter Mobiliarsicherheit nachzugeben.<sup>994</sup> Allerdings zeigt das auf dem Weg zur Globalzession ergangene Urteil vom 6.4.1937,<sup>995</sup> dass die Entwicklung der Sicherungszession auch in die entgegengesetzte Richtung hätte voranschreiten können. Letztlich war sie für die jeweils urteilenden Gerichte weder planbar noch in ihrer Gesamtheit voraussehbar.

---

<sup>994</sup> Die Vorauszession war nach *Hattenhauer*, HK § 398 Rn 43 daher nur eine Frage der Zeit. Sie war nach Gemeinem Recht auch ohne ausdrücklich Regelung weitgehend anerkannt.

<sup>995</sup> RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26; vgl. oben die Ausführungen zu diesen Entscheidungen.

## IV. Kapitel: Die Reformbewegungen Anfang des 20. Jahrhunderts

Unsere heutige, erst gut 20 Jahre alte Insolvenzordnung wird erneut häufig kritisiert.<sup>996</sup> Ein wichtiger Kritikpunkt ist dabei die Massearmut der insolventen Unternehmen, sodass regelmäßig nur eine quotale Befriedigung in Höhe von 3–5 % erreicht wird.<sup>997</sup> Betrachtet man die Praxis der Insolvenzverwalter, so lässt sich erkennen, dass sie heute vermehrt mittels des Anfechtungsrechts nach §§ 123 ff. InsO dem entgegenzuwirken versuchen. Allerdings ist, wie Falk bemerkenswert aufzeigte,<sup>998</sup> das Problem der Massearmut und die daraus folgenden geringen Quoten für die (ungesicherten) Insolvenzgläubiger kein neues Phänomen der Insolvenzordnung. Vielmehr war dies schon ein Hauptkritikpunkt der bis 1998 geltenden Konkursordnung.<sup>999</sup> Daher drängt sich die Frage auf, ob das schon von der Reichskonkursordnung 1879 eingeführte System der Gesamtvollstreckung in sich falsch konstruiert war und daher regelmäßig zu einem enormen Ausfall der Konkursgläubiger führen musste. Doch fand die Reichskonkursordnung nach ihrer Einführung großen Zuspruch unter den Experten. Der Konkursrechtler Theodor Wolff lobte sie im Jahr 1921 mit den Worten, dass deren „Grundsätze und Vorschriften denen des praktischen Lebens entsprechen und daher fortzuauern werden, wenn die Zivilrechtsordnung längst durch eine Neuregelung ersetzt sein wird.“<sup>1000</sup> Ähnlich lobende Töne fand auch der Kommentator und Herausgeber des gleichnamigen Kommentars zum Konkursrecht Professor Ernst Jaeger.<sup>1001</sup>

---

<sup>996</sup> Die vormalige Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger bezeichnete die InsO sogar als eine der derzeit „größten Reformbaustellen im Wirtschaftsrecht“ worauf Falk, Konkursübel, S. 266 (m. Zitatnachweis) expressis verbis hinwies. Zur Kritik der KO eingehend: *Ders.*, Konkursübel, S. 266 ff.

<sup>997</sup> Laut dem Bundesamt für Statistik erhielten die Gläubiger bei Insolvenzverfahren in Deutschland, die im Jahr 2011 eröffnet und bis Ende 2018 beendet wurden, durchschnittlich nur 3,8 % ihrer Forderungen zurück. Nur wenig besser sah es speziell für die Gläubiger von insolventen Unternehmen mit 6,1 % aus, vgl. <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/insolvenzverfahren-bis-2018.html>.

<sup>998</sup> Für Falk liegt die Massearmut insb. an der Anerkennung umfassender, insolvenzfester revolvingender Sicherheiten, wie dem verlängerten E.V., der vorweggenommene S.Ü. von Warenlagern sowie der Globalzession, Falk, Konkursübel, S. 268 f. bzw. *Falk/Kling*, INDat Report 07\_2020, 48 (53). Dem ist ausdrücklich zuzustimmen. Interessanterweise rieten die hierzu befragten Konkursrichter bereits im Jahr 1959 zu deren Beschränkung, *Ders.*, Konkursübel, S. 270.

<sup>999</sup> Die InsO sollte die KO auch dahingehend reformieren. In den letzten Geltungsjahren der KO waren ca. 75 % aller Konkursanträge mangels Verfahrenskosten deckender Masse abgewiesen worden, *Hess/Goetsch*, Die Sanierung der KO durch die Insolvenzrechtsreform, S. 14; Zur Reformliteratur der KO Ende des 20. Jh.s vgl. *Ders.*, S. XIII ff. sowie Falk, Konkursübel, S. 267 f. m.w.N.

<sup>1000</sup> *Wolff*, KO-Kom., 2. Aufl. 1921, Einl. S. XV.

<sup>1001</sup> *Jaeger*, KO-Kom., 2. Aufl. 1904, Einl. S. XII Ziff. 2.

Allerdings gab es ebenso kritische Stimmen und sie fanden einen ersten Höhepunkt im (erfolglosen) Änderungsentwurf vom 16.11.1893; Vgl. Reichstagsprotokolle 1893/94 Nr. 18, sowie Nr. 75, 126, 278. Seitdem ist Kritik nicht mehr verstummt. Ausgerechnet Ernst Jaeger drängte 1930 auf dem I. Internationalen Kongreß für

Allerdings wirkten möglicherweise auch andere nicht im System der Konkursordnung angelegte, externe Faktoren sich negativ auf die Befriedigungsquoten der Gläubiger aus. Für das Vollstreckungsrecht der Konkursordnung im 19. und 20. Jahrhundert war, genauso wie die Insolvenzordnung heute, immer auch das materielle Recht von entscheidender Bedeutung. Dies gilt insbesondere für die Reichweite von Vorzugsrechten gesicherter Gläubiger. Denn die Konkurs- bzw. Insolvenzordnung greift wie ein Scharnier in das materielle Kreditsicherungsrecht, indem sie die materiell-rechtlich gültigen Kreditsicherungsrechte als aus- oder absonderungsberechtigte Vorzugsrechte anerkennt. Verändert man aber das materielle (Kreditsicherungs-)Recht, hat dies auch erhebliche Folgen für das Konkurs- bzw. Insolvenzrecht. Dies geschah stufenweise, als das Reichsgericht im Jahr 1880 begann, die Sicherungsübereignung und Sicherungszession für wirksam zu erachten. Seit 1903 ließ man dann deren weitreichenderen Erscheinungsformen, die Vorauszession und die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand<sup>1002</sup> und schließlich im Jahr 1952<sup>1003</sup> beim verlängerten Eigentumsvorbehalt auch erstmals die Globalzession als neue Kreditsicherungsrechte zu. Immer mehr Forderungen und Rechte bzw. bewegliche Gegenstände konnten auf diese Weise der Konkursmasse von privilegierten Gläubigern entzogen werden.<sup>1004</sup> Einer Anzeige an die sonstigen (ungesicherten) Gläubiger des Sicherungsgebers bedurfte es für die Sicherungszession nicht. Auch die Sicherungsübereignung erfolgte ohne Übergabe des unmittelbaren Besitzes, sodass in beiden Fällen sonstige Dritte von der Rechtsübertragung keine Kenntnis hatten (Stichwort: fehlende Publizität). In der Kreditpraxis erfreuten sich die von der Rechtspraxis entworfenen und vom Reichsgericht akzeptierten Kreditsicherungsmittel großer Beliebtheit. Ohne Zweifel gewährten sie in Zeiten chronischer Geldknappheit der Unternehmen zum Ende des 19. und Beginn des 20. Jahrhunderts dem Schuldner Zugang zu neuem Kapital. Ohne ihre Zulassung wäre vielen finanzschwachen Schuldnern die Kreditaufnahme und infolgedessen ein Wirtschaften meist

---

Gläubigerschutz in Wien auf eine Reform der KO. Vgl. zur Kritik an der KO ausführlich *Uhlenbruck* in: *Uhlenbruck 100 Jahre KO (FS)*, S. 19 ff., insb. S. 20 Fn. 48, wo sämtliche Kritiker aufgeführt sind.

<sup>1002</sup> Wobei die S.Ü. von Warenlagern mit wechselndem Bestand bereits in Entscheidungen vor 1903 ohne Bedenken und ohne weitere Begründung als S.Ü. für wirksam erachtet wurden, *Schäfer*, ArchBR 38 (1913), 1 (30).

Ohne Bedenken grds. von Wirksamkeit ausgehend, RG, Urteil vom 18.5.1911 (VI.), JW 1911, 650 Nr. 22 (651). Ausdrückl. für wirksam erklärte sie z. B. das OLG Dresden, Urteil vom 23.12.1912, SeuffA 67, 462 (462, 465).

<sup>1003</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365.

<sup>1004</sup> Der VI. Zivilsenat erkannte und kritisierte in einem Fall, in dem zunächst alle Geschäftsaußenstände, später das gesamte Warenlager mit wechselndem Bestand übertragen wurde, dass der Sicherungsgeber nun „vollständig in er Hand“ des Sicherungsnehmers sei, RG, Urteil vom 18.5.1911 (VI.), JW 1911, 650 (651 oben).

nicht oder nicht mehr möglich gewesen. Denn ihr einziges als Kreditsicherung dienendes Kapital war regelmäßig ihr Umlaufvermögen, das sich aus beweglichen Sachen, Forderungen und Rechten zusammensetzte. Dieses benötigten sie zwingend für die Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebes. Ein Rückgriff auf die partikularstaatlichen bzw. später in §§ 1205 ff. bzw. §§ 1273 ff. BGB geregelten Pfandgesetze war daher nicht möglich.

Aber war die vereinfachte „Verpfändung“ von Mobilien (Sicherungsübereignung, Sicherungszession und Eigentumsvorbehalt<sup>1005</sup>) der einzige Weg, dem von seiner Gründung bis zum Ersten Weltkrieg rezessionsgeplagten Deutschen Kaiserreich mit mehr Kreditvergaben zum Aufschwung zu verhelfen? Gab es keine juristische bzw. rechtskonstruktive Alternative ohne die Konkursordnung in ihrer Systematik der privilegierten, aus- und absonderungsberechtigter Gläubiger so empfindlich zu stören?

Um Antworten zu finden, folgt ein rechtshistorischer Blick auf die damaligen Reformvorschläge, sowie die ausländischen Regelungen als mögliche Alternativen zur reichsgerichtlichen Lösung der fiduziarischen Mobiliarsicherheiten. Möglicherweise können die für die Reichskonkursordnung gefundenen rechtshistorischen Erkenntnisse und Ideen auch dabei helfen, dieselbe Schwachstelle der Insolvenzordnung – die Massearmut – zu verstehen oder sogar zu beheben.

## **I. Überblick über die Reformbewegungen**

Nachdem man über die Jahrhundertwende einen wirtschaftlichen Aufschwung erfahren hatte, erfasste die Ende 1907 einsetzende internationale Wirtschaftskrise auch das Deutsche Kaiserreich.<sup>1006</sup> In diesem Zusammenhang verschlechterte sich die allgemeine Kreditsituation erheblich. Hohe Zinssätze und der stark gewachsene Bedarf vieler von der Krise gebeutelten Unternehmen nach frischem Kapital, machte es selbst im ersten Aufschwungsjahr 1910 schwierig, neue Kredite zu erhalten.<sup>1007</sup> Infolgedessen stieg die Zahl der geschäftlichen Zusammenbrüche stark an,<sup>1008</sup> was sich etwas zeitversetzt in einem erhöhten Aufkommen konkursrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts widerspiegelt.

---

<sup>1005</sup> Der Eigentumsvorbehalt war neben der S.Ü. und S.Z. die dritte besitzlose Mobiliarsicherheit, die von der Kautelarjurisprudenz in Zeiten geringen Eigenkapitals geschaffen wurde, *Ernst*, HK § 449 Rn. 10.

<sup>1006</sup> *Spiethoff*, Die Wirtschaftlichen Wechsellagen, Bd. 1, S. 134 f.; *Schumpeter*, Konjunkturzyklen, Bd. 2, S. 436, 438 ff.

<sup>1007</sup> *Spiethoff*, Die Wirtschaftlichen Wechsellagen, Bd. 1, S. 136 f., 147.

<sup>1008</sup> In *Haberler*, Prosperität und Depression, S. 256 wird in der graphischen Darstellung 1910 als Tiefpunkt des Konjunkturzyklus dargestellt.

Zur volkswirtschaftlich prekären Situation im Kaiserreich mit zahlreichen Konkursfällen, kam ein weiterer Umstand erschwerend hinzu. Die ungesicherten Marktteilnehmer, wie insbesondere die Warenlieferanten, zeigten sich nun besonders krisenanfällig. Sie hatten regelmäßig infolge des Konkurses ihrer Kunden selbst mit Zahlungsschwierigkeiten zu kämpfen. Aufgrund der Aus- und Absonderungsrechte der fiduziarischen Sicherheiten zugunsten der besicherten Gläubiger, war die Konkursmasse ihrer Schuldner stark verringert und die Befriedigungsquoten ihrer Warenforderungen fielen entsprechend gering aus. Ein ähnliches Bild ergab sich in der Einzelzwangsvollstreckung, die wegen der genannten Sicherheiten meist erfolglos blieb.<sup>1009</sup>

Vor diesem kreditwirtschaftlichen Hintergrund strebte man seit 1910 in verschiedensten Ausschüssen und Gremien an, eine Reform der Mobiliarpfandrechte voranzubringen. Nicht nur die preußischen Oberlandesgerichte, das Reichsjustizamt und die juristische Fachliteratur beschäftigten sich mit Ideen zur Verbesserung des bestehenden Faustpfandprinzips im BGB bzw. mit der Abschaffung der Sicherungsübereignung.<sup>1010</sup> Auch die Handelskammern, der Deutsche Handelstag sowie weitere Vereinigungen der Wirtschaft, wie Kreditwirtschaftsverbände und mittelständische Vereinigungen, führten über viele Jahre eine Diskussion zu genannter Thematik, die erst Ende der Zwanzigerjahre ohne Ergebnis verstummte. Dies ermöglichte es dem Eigentumsvorbehalt sich bis Anfang der Dreißigerjahre in seiner heutigen Form als verlängerter oder erweiterter Eigentumsvorbehalt durchzusetzen.<sup>1011</sup> Anschließend verschärfte jedoch das Reichsgericht die Anforderungen an die Bestimmtheit der zu übertragenden Gegenstände eines Warenlagers.<sup>1012</sup> Wahrscheinlich wollte man die Warenkreditgeber gegenüber den Geldkreditgebern schützen.<sup>1013</sup> Zum Schutz sonstiger ungesicherter Gläubiger des Schuldners, zählte das Reichsgericht außerdem in einer die Rechtspraxis prägenden Entscheidung vom 9.4.1932 exemplarisch fünf Fälle auf, in denen sich der Sicherungsnehmer, durch die an ihn gewährte Sicherungsübereignung, ihnen

---

<sup>1009</sup> Vgl. *Melsheimer*, Sicherungsübereignung und Registerpfand, 1967, S. 20. In Leipzig gründeten schätzungsweise 40 % der Widersprüche gegen Zwangsvollstreckungen auf S.Ü., vgl. Mitteilungen an die Mitglieder des Deutschen Handelstages, 1910, S. 7., zit. in *Schubert*, SZGA 107 (1990), 132 (151 Fn. 74).

<sup>1010</sup> Die Reformbemühungen konzentrierten sich primär auf die S.Ü. Allerdings lassen sich die Gedanken entsprechend auf die S.Z. übertragen, vgl. auch weiter unten, VII., S. 210 ff. Das zentrale Problem, das es zu beheben galt, war bei beiden dasselbe – die stille Rechtsübertragung zulasten dritter Gläubiger.

<sup>1011</sup> *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 107 ff.

<sup>1012</sup> Exemplarisch: RG, Urteil vom 11.10.1935 – VII. 48/35, RGZ 149, 19 (22), wonach es sich bei der Verfügung, „nicht um völlig ungewisse in der Luft schwebende Zukunftshoffnungen“ handeln dürfe.

<sup>1013</sup> *Schubert*, S. 183.

gegenüber nach § 826 BGB schadenersatzpflichtig machen würde.<sup>1014</sup> Mitte bzw. Ende der Dreißigerjahre hatte das Reichsgericht hingegen die weitreichende Ausbreitung des (verlängerten) Eigentumsvorbehalts wieder zurückgedrängt. Die formularmäßige Vorausabtretung und der daraus folgende verlängerte Eigentumsvorbehalt waren unwirksam, wenn sich in einem theoretisch denkbaren Fall die abgetretenen Forderungen nach Art und Umfang nicht genau abgrenzen ließen und damit nicht bestimmbar waren.<sup>1015</sup> Die Folge dieser Entscheidung war, dass der verlängerte Eigentumsvorbehalt als Warenkreditsicherungsmittel für die Praxis untauglich wurde. Dies erkannte und änderte schließlich erst der Bundesgerichtshof im Jahr 1952, indem er die Voraussetzungen der Bestimmbarkeit in der Weise lockerte, dass diese fortan nur in einem konkreten Fall vorliegen musste.<sup>1016</sup>

## II. Die Reformvorschläge der Vorkriegsjahre

Die Reformbemühungen der verschiedenen Gremien drehten sich im Wesentlichen um zwei bzw. drei Schlüsselideen. Mit nur kleinen Unterschieden in der praktischen Umsetzung, bestimmten sie über zwei Jahrzehnte hinweg den Inhalt der Diskussion. Die besagten Kernideen waren zum einen, die Einführung eines Registerpfandrechts, bei gleichzeitigem Verbot der Sicherungsübereignung. Zum anderen wollte man das Anfechtungsrecht der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes ausweiten.

### 1. Erste Reformidee: Das Registerpfandrecht

Die meisten Kritiker schlugen vor, die Sicherungsübereignung bzw. eine besitzlose Mobilienhypothek nur dann als wirksam anzuerkennen, wenn sie in einem öffentlichen Register eingetragen war.<sup>1017</sup> Unter den zahlreichen Befürworten eines Registerpfands diskutierte man regelmäßig folgende drei Fragen zur Umsetzung: Zunächst wurde erörtert, ob die Einsicht in das von den Amtsgerichten zu führende Register jedermann oder nur denjenigen zu gewähren

---

<sup>1014</sup> RG, Urteil vom 9.4.1932 – IV. 74/31, RGZ 136, 247 (253 ff.); Vgl. auch RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (28).

<sup>1015</sup> RG, Urteil vom 6.4.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26 (28).

<sup>1016</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365.

<sup>1017</sup> Die Mehrheit der Oberlandesgerichte, die sich über die „Bewahrung des Bestehenden in Bezug auf die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen“ äußern sollten. Vgl. die Zusammenstellung der Äußerungen enthalten in der Akte des Geheimen Staatsarchivs Berlin-Dahlem, Rep. 84a, 435, S. 367–388 (nachfolgend bezeichnet: Zusammenstellung OLG; nach der Seitenzahl des Originals), zit. nach *Schubert*, S. 146 Fn. 51. Literaturübersicht zur Frage des Sicherungsregisters bei: *Kober*, in Staudinger, BGB-Kom., 5./6. Aufl. 1910, § 929 Anm. VIII.

sei, die ein berechtigtes Interesse daran nachweisen konnten. Außerdem war man sich uneins, ob ähnlich dem englischen Recht, eine Eintragung erst ab einer Wertgrenze von 150 Mark verpflichtend sein sollte. Bei Festlegung einer Wertgrenze wäre ferner zu bedenken, ob die Sicherungsübereignungen mit geringerem Wert gültig oder per se nichtig sein sollten.<sup>1018</sup> Und drittens, ob nur Gewerbetreibenden und Kaufleuten eine Registrierung für ihre zum Betrieb des Gewerbes oder Handelsgeschäfts erforderlichen Sachen offenstehen sollte.<sup>1019</sup> Mit dem Registerzwang verfolgte man primär das Ziel, den Missstand der heimlichen Verpfändungen bei Sicherungsübereignungen zu bekämpfen und so ein Vertrauen in die Kreditwürdigkeit der Schuldner wieder zu ermöglichen. Außerdem sollten betrügerische Sicherungsübereignungen, wie an Verwandte und Freunde, zum Nachteil der ungesicherten Konkursgläubiger bzw. der vollstreckenden Einzelgläubiger vermieden werden.

Die Gegner des Registerpfandrechts wiesen auf den bürokratischen Aufwand und die Kosten der Eintragung für die Gerichte und den Rechtsverkehr hin. Außerdem würde es zu Verzögerungen bei der Eintragung kommen, was eine seltene Einsicht der Berechtigten in das Register mit sich brächte. Auch würde eine Abgrenzung der eintragungspflichtigen Sicherungsübereignungen von verwandten Rechtsgeschäften, wie beispielsweise Eigentumsvorbehalten, Kommissionsgeschäften, Abzahlungsgeschäften und Aushändigungen von Konnossementen vor der Zahlung, zu weiteren Schwierigkeiten führen.<sup>1020</sup> Ob die genannten Einwände die Vorteile einer Eindämmung heimlicher Verpfändungen sowie betrügerischer Verpfändungen aufwiegen, soll zu einem späteren Zeitpunkt genauer erörtert werden.

## **2. Zweiter Reformvorschlag: Die Ausweitung des Anfechtungsrechts**

Ein zweiter Vorschlag zielte darauf, das Anfechtungsrechts auszuweiten. Damit beabsichtigte man vor allem zu verhindern, dass der Schuldner mittels Sicherungsübereignungen Mobilienvermögen an Verwandte und Freunde übertrug und auf diese Weise zulasten der ungesicherten Konkursgläubiger die Konkursmasse verringerte bzw. zulasten (einzelnzwangs-)vollstreckender Gläubiger verfügte. Verschiedene Kritikerkreise aus Wirtschaft, Justiz und Rechtswissenschaft schlugen dafür vor, die Anfechtungsmöglichkeit

---

<sup>1018</sup> *Schubert*, S. 157.

<sup>1019</sup> Zusammenstellung OLG, S. 16 f., zit. nach *Schubert*, S. 149 Fn. 62.

<sup>1020</sup> Zusammenstellung OLG, S. 12 ff., zit. nach *Schubert*, S. 148 Fn. 60.

nach der Konkursordnung,<sup>1021</sup> dem Anfechtungsgesetz (AnfG)<sup>1022</sup> und der Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>1023</sup> zu erweitern<sup>1024</sup> und dabei die Beweislast zulasten des Sicherungnehmers umzukehren.<sup>1025</sup> So fasste der Deutsche Handelstag 1910 einen neu einzuführenden § 30a KO wie folgt: „Anfechtbar sind die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtsgeschäfte, welche bezwecken, einen Konkursgläubiger durch Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache, deren Besitz dem Gemeinschuldner verbleibt, eine Sicherung zu gewähren, sofern der Gläubiger nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Vornahme des Geschäfts eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.“<sup>1026</sup>

Dagegen schlug man nur selten vor, die Sicherungsübereignung und Sicherungszession ersatzlos abzuschaffen und auf diese Weise wieder zum früheren Rechtszustand des Faustpfandrechts zurückzukehren.<sup>1027</sup> Sowohl der Deutsche Handelstag von 1910,<sup>1028</sup> als auch die ganz herrschende Meinung in der Justiz<sup>1029</sup> hielten ein grundlegendes Verbot der Sicherungsübereignung für falsch. Für kleinere Gewerbe- und Handelsbetriebe wäre dies ungerecht, da „deren bewegliche Habe oft das einzige Mittel ist, um sich in Fällen der Not Kredite zu beschaffen.“<sup>1030</sup> Denn mithilfe der Sicherungsübereignung kann der Schuldner, „dem Gläubiger Sicherheit gewähren und es wird gleichzeitig dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, durch den weiteren Besitz und die fernere Benutzung der Mobilien seine wirtschaftliche Existenz zu erhalten, seine Schulden allmählich abzustoßen und das Eigentum an den Sachen zurück zu erwerben.“<sup>1031</sup>

### 3. Reformideen aus dem Ausland – ein Rechtsvergleich

---

<sup>1021</sup> Reichskonkursordnung vom 10.2.1877, RGBL. 1877, S. 351 ff.

<sup>1022</sup> Zivilprozessordnung vom 30.1.1877, RGBL. 1877, S. 83 ff.

<sup>1023</sup> Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb eines Konkursverfahrens vom 21.7.1879, RGBL. 1879, S. 277 ff.

<sup>1024</sup> So der Deutsche Handelstag, vgl. Zusammenstellung OLG, S. 14 f., zit. nach *Schubert*, S. 158 Fn. 101; vgl. auch *Rehbein*, JW 1911, 605 ff.; *Asch*, JW 1911, 303 f.; *Przibilla*, JW 1911, 300 ff.; ablehnend: *Schneider*, ZZP, Bd. 40 (1910), 350 f.

<sup>1025</sup> Zusammenstellung OLG, S. 20 ff., zit. nach *Schubert*, S. 149 Fn. 66.

<sup>1026</sup> *Schubert*, S. 158, 160.

<sup>1027</sup> So lediglich OLG Köln und Stetin, *Schubert*, S. 147.

<sup>1028</sup> Vgl. Mitteilungen an die Mitglieder des Deutschen Handelstages, 1910 (Jg. 52), Nr. 25 vom 6.12.1910 über die Sitzung vom 27.10.1910 (zitiert: Mitteilungen Handelstag), S. 7, zit. nach *Schubert*, S. 151 Rn. 74.

<sup>1029</sup> Zusammenstellung OLG, S. 1 f. zit. nach *Schubert*, 147 Fn. 53.

<sup>1030</sup> Mitteilungen S. 7; ebenso OLG Hamm, Kiel und Posen, vgl. Zusammenstellung OLG, S. 3., zit. nach *Schubert*, S. 147 Fn. 55.

<sup>1031</sup> So besonders akzentuierend das KG Berlin und das OLG Düsseldorf, Zusammenstellung OLG, S. 3., zit. in *Schubert*, S. 147 Fn. 54.

Die damalige Rechtslage im Ausland ist ebenfalls einen Blick wert. Denn so wurde die Reformdiskussion des Mobiliarpfandrecht insbesondere auch von der Rechtslage in England und Frankreich mitbestimmt.<sup>1032</sup>

*In England* war die Situation Mitte des 19. Jahrhunderts ähnlich der in Deutschland. Um das Verbot der Mobiliarhypothek zu umgehen, vereinbarten die Parteien auch dort regelmäßig eine Sicherungsübereignung.<sup>1033</sup> Allerdings vollzog sich mit dem Gesetz vom 22.7.1878 ein bedeutender Umschwung.<sup>1034</sup> Man führte darin ein Register ein, wonach alle zur Sicherung einer Forderung dienenden Verträge eingetragen werden mussten, wenn die Sachen nicht dem Gläubiger übergeben wurden. Die zur Sicherung bestimmte Sache wurde in das Verzeichnis mit dem Vermerk aufgenommen, dass sie bedingt an den Gläubiger übereignet wurde, mit der Abrede nach Bezahlung der Schuld rückübertragen zu werden (sog. *bills of sale conditional*).<sup>1035</sup> Die Eintragung hatte dabei innerhalb einer siebentägigen Frist zu erfolgen. Das Registerpfand war nur für fünf Jahre gültig, konnte aber erneuert werden.<sup>1036</sup> Damit der Schuldner nicht jede Habe verpfänden konnte, musste der Sicherungsbetrag mindestens 30 Pfund betragen. Das Register war von jedermann einsehbar.<sup>1037</sup> Außerdem war in den *causes of seizure* genau geregelt, wann der Sicherungsfall eintrat und der Gläubiger das Sicherungsgut an sich nehmen konnte.<sup>1038</sup>

Linckelmann beschäftigte sich genauer mit dem englischen Recht. Er gestand ihm großes Potenzial zu. Der Gläubiger erhalte jede „wünschenswerthe Sicherung“, während gleichzeitig die Registereintragung „das Licht der Öffentlichkeit“ bringe, welches den Anforderungen von „Publizität und Spezialität des Pfandrechts“ genüge.<sup>1039</sup> Auch Kohler stimmte dem zu. Er hielt das Beispiel der englischen Gesetzgebung mit ihrem *bills of sales* für „sehr bedeutungsvoll und einer genaueren Beachtung werth.“<sup>1040</sup>

---

<sup>1032</sup> Schubert, S. 156.

<sup>1033</sup> Caspari, Sicherungsübereignung, S. 45.

<sup>1034</sup> Die maßgebenden Gesetze waren: The bills of Sale Act 1878, Amendment Act 1882, The bills of Sale Act 1890. Hierzu Caspari, Sicherungsübereignung, S. 45 f. und Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (229 ff.).

<sup>1035</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (231); Vgl. auch Wilutzky, Reputed Ownership im Deutschen Recht, DJZ 1902, 217 (217).

<sup>1036</sup> Caspari, Sicherungsübereignung, S. 45 f.

<sup>1037</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (231).

<sup>1038</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (231).

<sup>1039</sup> Linckelmann, AcP 7 (1893), 209 (231).

<sup>1040</sup> Kohler, ArchBR 7 (1893), 209 (235) Anm. zu Linckelmanns Aufsatz.

In Frankreich<sup>1041</sup> konnte man nach den Gesetzen von 1898 und 1909 landwirtschaftliche und gewerbliche Erzeugnisse mit Hilfe einer indossablen Urkunde (*warrants agricoles*) verpfänden.<sup>1042</sup> Die Pfandgegenstände konnten dabei entweder im Besitz des Schuldners verbleiben oder von einer landwirtschaftlichen Genossenschaft oder einem Dritten aufbewahrt werden.<sup>1043</sup> Die Eintragung der Urkunde erfolgte in das von einem Friedensgericht geführte Register, das nur beschränkt öffentlich einsehbar war. Außerdem konnten seit dem Gesetz vom 1.3.1898<sup>1044</sup> sogar Handelsunternehmen (unter Ausschluss der Waren und Forderung) verpfändet werden. Dafür waren ein schriftlicher oder notarieller *contract de natissement* und die Eintragung in das Pfand- und Handelsregister notwendige Voraussetzungen. Für den Pfandgläubiger brachte dies die Vorteile eines Rechts auf vorzugsweise Befriedigung, ein Folgerecht und die Möglichkeit eine Zerstückelung des Unternehmens zu verhindern.<sup>1045</sup> Auch das Zürcher Recht sah für die Verpfändung von Vieh ohne Übertragung des Besitzes, die Eintragungen in ein öffentliches Pfandbuch vor, wie schon Kohler feststellte.<sup>1046</sup>

Allen drei Rechtsordnungen ist im Ergebnis gemeinsam: Man ließ eine besitzlose Verpfändung im Interesse der Vertragsparteien, des Sicherungsnehmers und des Sicherungsgebers zu. Gleichzeitig gab man aber mit der Eintragung in ein Register, den sonstigen Gläubiger die Möglichkeit, von der Verpfändung zu erfahren und auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners zu schließen. Da auch das deutsche Recht die Mobiliarhypothek an Schiffen unter Eintragung in ein Schiffsregister kenne, bestünde in diesen Gesetzen die „Grundlage für eine Ordnung des Mobiliarkreditverkehrs“, so Caspari in seiner Dissertation über die Sicherungsübereignung und Sicherungszession im Jahr 1902.<sup>1047</sup>

### **III. Die Bemühungen des Gesetzgebers um eine Reform in der Zeit vor und während des Ersten Weltkriegs**

Auch das Reichsjustizministerium diskutierte auf Drängen von Wirtschaft und Justiz in den Jahren vor und nach dem ersten Weltkrieg immer wieder über die Frage der Einführung eines

---

<sup>1041</sup> Zur Entwicklung handelsrechtl. Mobiliarhypothek (mit Registereintrag) in Frankreich bei *Schauer*, LZ 1911, Sp. 46–49.

<sup>1042</sup> *Schubert*, S. 157.

<sup>1043</sup> *Schubert*, S. 157.

<sup>1044</sup> „relative a la vente et au natissement des fonds de commerce“, vgl. Denkschrift S. 27 ff., zit. nach *Schubert*, S. 157 Fn. 96.

<sup>1045</sup> Vgl. *Schubert*, S. 157.

<sup>1046</sup> *Kohler*, ArchBR 7 (1893), 209 (235).

<sup>1047</sup> *Caspari*, Sicherungsübereignung, S. 45 f.

Registerpfandrechts. Nachdem sich neben den Handelskammern, Kreditschutzverbänden, mittelständischen Vereinigungen auch die juristische Fachliteratur<sup>1048</sup> mit der Einführung eines Pfandregisters beschäftigt hatten, fertigte das Reichsjustizministerium Mitte 1911 eine „Zusammenstellung über die wesentlichen Vorschläge für gesetzliche Maßnahmen gegen Auswüchse bei Sicherungsübereignungen“.<sup>1049</sup> Jedoch betrachtete das Reichsjustizministerium die Beschwerden der Geschäftswelt über die Folgen und Begleiterscheinungen der Sicherungsübereignungen nur als „Missbräuche und Auswüchse einer wirtschaftlich berechtigten Einrichtung“.<sup>1050</sup> Wirtschaftskreise sahen nach dieser Zusammenstellung keine besonderen Mehrwert einer im Register eingetragenen Mobiliarhypothek, gegenüber der bisherigen Sicherungsübereignung und wünschten sich vielmehr, dass man diese für einen besseren Schutz des redlichen Rechtsverkehrs stärker beschränkte.<sup>1051</sup> Interessanterweise ging nicht der Gesetzgeber, sondern das Reichsgericht schließlich zwei Jahrzehnte später in seiner Rechtsprechung zur Haftung aus § 826 BGB bei vorsätzlich sittenwidrigen Sicherungsübereignungen von Warenlagern diesen Weg.<sup>1052</sup> Das Reichsjustizamt berief hingegen am 12.4.1912 eine „Kommissarische Beratung über die Bekämpfung der Auswüchse bei der Sicherungsübereignung“ ein.<sup>1053</sup> Man diskutierte erneut den Vorschlag eines Registers, wobei der Direktor des Reichsjustizministeriums bereits mit seiner ablehnenden Haltung das Ergebnis der Tagung beeinflusste und man sich wieder gegen die Einführung des Sachregisters entschied. Allerdings einigte man sich zumindest auf die Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten, entsprechend dem bereits erwähnten Vorschlag eines neuen § 30a KO.<sup>1054</sup>

Zum gleichen Ergebnis gelangte im selben Jahr auch der 31. Deutsche Juristentag in Wien.<sup>1055</sup> Man empfahl die Konkursordnung und das Anfechtungsgesetz so zu ändern, „daß die innerhalb einer bestimmten Zeit vor der Zahlungseinstellung oder Anfechtung vorgenommenen Sicherungsübereignungen anfechtbar sind und daß dem Sicherungseigentümer der Beweis

---

<sup>1048</sup> Literaturübersicht bei *Kober*, in: Staudinger BGB-Kom., 1910, § 929 Anm. VIII.

<sup>1049</sup> Geh. StA Berlin-Dahlem, Rep. 84a, 435, S. 295–310 (nachfolgend: „Zusammenstellung RJM“ mit Originalseitenzählung), zit. nach *Schubert*, S. 154 Fn. 83.

<sup>1050</sup> Zusammenstellung RJM, S. 1, zit. nach *Schubert*, S. 154 Fn. 84.

<sup>1051</sup> Zusammenstellung RJM, S. 3 f., zit. nach *Schubert*, S. 155 Fn. 88.

<sup>1052</sup> Exemplarisch: RG, Urteil vom 9.4.1932 – IV 74/31, RGZ 136, 247 (253 ff.).

<sup>1053</sup> Protokoll vom 12.4.1912 (ZStA Berlin-Dahlem, Rep. 84a, 435, 417–427; zitiert nach den Originalseitenzahlen), zit. nach *Schubert*, S. 159 Fn. 102.

<sup>1054</sup> Protokoll vom 12.4.1912, S. 11 (ZStA Berlin-Dahlem, Rep. 84a, 435, 417–427; zitiert nach den Originalseitenzahlen), zit. nach *Schubert*, S. 160 Fn. 108.

<sup>1055</sup> Verhandlung des 31. DJT, Bd. 3, S. 409 ff.

obliegt, ihm sei zur Zeit des Vertragsschlusses eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen.“ Außerdem wünschte man sich mehrheitlich, § 805 ZPO und § 48 KO n.F. auf die Sicherungsübereignung auszudehnen.<sup>1056</sup>

Mit Beginn des Ersten Weltkrieges geriet die Reformbewegung des Reichsjustizministerium ins Stocken. Bis Ende des Ersten Weltkriegs beriet das Ministerium nur noch am 29.2.1916 kurz über eine gesetzliche Anerkennung des Mobiliarpfands.<sup>1057</sup>

#### **IV. Weitere Anstrengungen für eine Reform der Mobiliarsicherheiten nach dem Ersten Weltkrieg**

Der Reformwille erhöhte sich wieder zu Beginn der Zwanzigerjahre. Auf Drängen der Handelskammer Hamburg, legte das Reichsjustizministerium nun einen Referentenentwurf einer Verordnung über die Verpfändung ohne Besitzübertragung, zugunsten ausländischer Warenlieferanten vor.<sup>1058</sup> Die auf ausländische Rohstoffe angewiesene Veredelungsindustrie war in Kreditschwierigkeiten geraten und verlangte nach einer geeigneten Kreditsicherungsform.<sup>1059</sup>

Auf dem 32. Deutschen Juristentag im Jahr 1921 in Bamberg war die Grundhaltung gegenüber der Sicherungsübereignung zwar grundsätzlich positiver geworden. Dennoch hielt man am beschlossenen Reformvorschlag fest, ein registrierpflichtiges Mobiliarpfandrecht einzuführen.<sup>1060</sup>

Neue Dynamik gewann die Diskussion um das Registerpfand wenig später, im Jahr 1925. Nachdem das Reichsjustizministerium noch auf die Forderung des Verbands der Vereine Creditreform zurückhaltend reagiert hatte, folgten auf die Eingabe des Zentralverbands des Deutschen Großhandels zu derselben Idee größere Bemühungen.<sup>1061</sup> Das Reichsjustizministerium lud daraufhin im Juni 1925 zu drei Beratungsterminen ein, an denen man in verschiedenen Konstellationen mit den Vertretern der Reichsbank, der Führung des Zentralverbands des Deutschen Großhandels, den Vertretern von elf Wirtschaftsverbänden

---

<sup>1056</sup> Verhandlung des 31. DJT 1912, Bd. 3, S. 258 f.

<sup>1057</sup> *Schubert*, S.161.

<sup>1058</sup> StA Bremen, 3 – J 1. Nr. 750, zit. nach *Schubert*, S. 162 Rn. 117.

<sup>1059</sup> *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 52 ff.

<sup>1060</sup> Vgl. zu folgendem: Verh. 32. DJT 1921, Bd. 1, S. 185 ff, insb. S. 226; *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 54.

<sup>1061</sup> *Schubert*, S. 168; vgl. *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 67 f.

sowie mit den Ministerialreferenten Preußens und des Deutschen Reichs diskutierte.<sup>1062</sup> Interessanterweise waren nun neben der Reichsbank auch die Geschäftsbanken größte Gegner des Registerpfands. Denn man hatte die ausländischen Kredite auf die Sicherungsübereignung aufgebaut und befürchtete, mit der Registereinführung das Vertrauen ausländischer Investoren in die deutsche Wirtschaft zu schädigen. Auch die Industrie lehnte das Vorhaben strikt ab, während das Handwerk und der Einzelhandel lediglich mit Gleichgültigkeit auf den Vorschlag reagierten.<sup>1063</sup> Trotz dieses Widerstands ließ der Zentralverband des Deutschen Großhandels seinen Vorschlag durch seine Geschäftsführer und zugleich Abgeordneten des Reichstags *Keinath*, am 29.1.1926 als Entwurf in den Reichstag einbringen.<sup>1064</sup> Allerdings versagte auch der kurz darauf einberufene Deutsche Industrie und Handelstag (DIHT) fast einstimmig seine Zustimmung zu Keinaths Antrag. Keinath ließ jedoch nicht von seinem Vorhaben ab und der DIHT beschloss zumindest einen alternativen Vorschlag, den man anschließend in den volkswirtschaftlichen Ausschuss des Reichstags einbrachte.<sup>1065</sup> Nach dem neuen Vorschlag sollte der Schuldner ein besonderes Handelsbuch, ein sogenanntes Sicherungsbuch führen. Darin sollten sämtliche nach außen unkenntlichen Sicherungen, namentlich Sicherungsübereignungen, Eigentumsvorbehalte und sonstige Geschäfte, bei denen unmittelbarer Besitz und Eigentum auseinanderfielen, eingetragen werden. Auf diese Weise würde keine allgemeine Publizität, sondern nur ein privater Offenbarungszwang erreicht. Die zivilrechtliche Wirksamkeit sollte zwar von der Eintragung in das Handelsbuch unberührt bleiben, jedoch dessen falsche Führung unter Strafe gestellt werden.<sup>1066</sup>

Trotz einer allgemein ablehnenden Haltung der Reformer bewirkte Keinaths Vorschlag, dass das Reichsjustizministerium am 18.2.1926 die Vertreter des Reichswirtschaftsministeriums, des Reichsernährungsministeriums, des Reichsfinanzministeriums, der Reichsbank, sowie der preußischen Ministerien für Justiz, Handel und Landwirtschaft zu einer erneuten Besprechung einlud.<sup>1067</sup> Thema der Tagung war wiederum vor allem der Vorschlag eines Registerpfandrechts. Während lediglich das Reichswirtschaftsministerium sich dafür aussprach, merkte die Reichsbank an, dass für eine

---

<sup>1062</sup> *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 69 ff.

<sup>1063</sup> *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 68 f.

<sup>1064</sup> Antrag Nr. 1881 des Reichstags, Session 1924/26 (Bd. 406 der Sten. Ber.), zit. nach *Schubert*, S. 170 Fn 134.

<sup>1065</sup> Nr. 86 der Drucksachen des volkswirtschaftlichen Ausschusses des Reichstages (Session 1924/26) vom 6.3.1926, zit. nach *Schubert*, S. 172 Fn. 137; vgl. auch *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 91.

<sup>1066</sup> Vgl. Verhandlungen des DIHT 1926, Heft 1, S. 24 ff., 42, zit. nach *Schubert*, S. 170 Fn. 135.

<sup>1067</sup> Vgl. den Vermerk in der Akte des Reichsjustizministeriums im ZStA Potsdam, Nr. 1325, Bl. 256 ff.; zit. nach *Schubert*, S. 172, Fn. 138.

neue Kreditform kein Bedürfnis bestehe, da auf dem „offenen Geldmarkt [...] große Geldflüssigkeit“ herrsche. Ursache der Kreditnot sei daher nicht der Geldmangel, sondern der Mangel an kreditwürdigen Anlagemöglichkeiten, insbesondere an geeigneten Wechseln vielversprechender Firmen.<sup>1068</sup>

Allerdings fand sich schließlich im Reichstag ebenfalls keine Mehrheit für Keinaths Antrag. Man forderte vielmehr das Reichsjustizministerium dazu auf, zunächst eine Denkschrift über das Registerpfand anzufertigen.<sup>1069</sup> Dem folgte das Reichsjustizministerium und legte dem volkswirtschaftlichen Ausschuss des Reichstags am 18.6.1926 eine „Denkschrift über die Einführung eines durch Vertrag zu begründenden besitzlosen Pfandrechts an beweglichen Sachen (Registerpfand, Mobiliarhypothek)“<sup>1070</sup> vor.

Die Denkschrift fasste die Entwicklung der Vor- und Nachkriegsdiskussion zusammen und beeinflusste, da seit 1926 kaum neue Aspekte hinzukamen, die Reformüberlegungen bis zum Beginn des zweiten Weltkriegs erheblich.<sup>1071</sup> Sie enthielt insgesamt vier Teile, wovon sich der erste mit der *Rechtsentwicklung im Deutschen Reich*, der zweite mit den *Vorschlägen zur Ausgestaltung des Mobiliarkredits*, der dritte mit *Vorschlägen zur Änderung der Vorschriften über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch Verarbeitung* und schließlich der vierte mit einer *Übersicht über die Rechtsentwicklung im Ausland* beschäftigte. Im zweiten Teil über die *Vorschläge zur Ausgestaltung des Mobiliarkredits* erörterte man neben dem Registerpfand und dessen konkreter Umsetzung auch die anderen beiden Vorschläge, einer erleichterten Anfechtung nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz sowie die Idee eines Sicherungsbuchs.<sup>1072</sup>

Jedoch konnte auch die im Zuge der Erstellung der Denkschrift letztmalig intensiviertere Auseinandersetzung mit dem Pfandregister den Reichstag nicht umstimmen.<sup>1073</sup> Hinzu kam, dass die allgemeine Verbesserung der Konjunktur, die verbesserten Kreditkontrollmöglichkeiten sowie die Einschaltung von Teilzahlungsbanken, sogar beim Zentralverband des Deutschen Großhandels als stärkstem Fürsprecher, das Interesse an der Einführung eines Registerpfands schwinden ließ.<sup>1074</sup> Außerdem stieß der Vorschlag auch beim

---

<sup>1068</sup> ZStA Potsdam, Nr. 1325 (Fn. 138), Bl. 257, zit. nach *Schubert*, S. 172 Fn. 139.

<sup>1069</sup> *Schubert*, S. 173.

<sup>1070</sup> Denkschrift abgedruckt: Drucksache Nr. 115 des 8. Reichstagsausschusses (Wahlperiode 1924/26), 42 Seiten (Geh. StA Berlin-Dahlem, Rep. 84a, 5127, Bl. 102 ff., zit. nach *Schubert*, S. 173 Fn. 141.

<sup>1071</sup> *Schubert*, S. 173; *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 101 f.

<sup>1072</sup> Denkschrift, S. 17 ff. bzgl. Anfechtungsmögl. und Sicherungsbuch, zit. nach *Schubert*, S. 178 Fn. 146.

<sup>1073</sup> Vgl. hierzu allg. *Schubert*, S. 173, 182 f.

<sup>1074</sup> Vgl. *Melsheimer*, Sicherungsübereignung, S. 104 ff.

DIHT auf Ablehnung.<sup>1075</sup> Dort verständigte man sich aber zumindest auf eine Schriftform der Sicherungsübereignung, den Wegfall des Widerspruchsrechts des Sicherungseigentümers durch Änderung des § 805 ZPO sowie eine abgesonderte Befriedigung nach § 48 KO (für das Sicherungseigentum).<sup>1076</sup> Und schließlich stieß Keinaths Idee des Registerpfands auch im Rechtsausschuss des Reichsverband der Deutschen Industrie auf starken Gegenwind. Man bezeichnete Keinaths Vorschlag sogar als eine „unerträgliche Hemmung des Wirtschaftslebens“ und bejahte lediglich eine Änderung des § 805 ZPO.<sup>1077</sup> Mit der Diskussion um die Denkschrift des Reichsjustizministeriums war Ende 1926 das Reformvorhaben über die Einführung eines Registerpfands, sowie eines Sicherungsbuchs, endgültig gescheitert.

## V. Kritische Würdigung der Reformbewegung

Die Dauer der Reformbewegung, die Anzahl der Diskussionsrunden und Vorschläge sowie die Beteiligung zahlreicher bedeutender Akteure aus Wirtschaft, Rechtswissenschaft und Justiz, zeigen die enorme Bedeutung der Mobiliarpfandrechte für die Kredit- und Volkswirtschaft insgesamt. Trotz offensichtlicher Mängel des bestehenden Systems und vielversprechender Ideen zu dessen Verbesserung, konnte man sich nicht zu einer grundlegenden Reform durchringen. Letztlich war es wohl die Angst vor einem unbekanntem bzw. nicht erprobtem Registerpfandrecht, die gepaart mit den sich mehrenden kritischen Stimmen der verschiedenen Interessenverbände dazu führte, vorzugsweise den Status quo zu bewahren, anstatt eine mit der Einführung des Registerpfandrechts elementare Änderung des Mobiliarkreditsicherungsrechts zu beschließen. Hinzu kam außerdem, dass das Reichsjustizamt von Beginn der Debatte im Jahr 1910 bis zum Schlusssentwurf von Heinrich Lehmann 1935/36 der Einführung eines Mobiliarpfandregister ablehnend gegenüberstand. Die Gründe dafür waren neben der Skepsis, mit dem Pfandregister ein neues System einzuführen, auch der Wille am Faustpfandprinzip festzuhalten und gleichzeitig die Scheu, die grundlegende Entscheidung des BGB-Gesetzgeber dafür aufzuheben.<sup>1078</sup>

---

<sup>1075</sup> Verhandlung des DIHT, Heft 17, S. 24 ff., zit. nach *Schubert*, S. 183 Fn. 161.

<sup>1076</sup> Dies übermittelte man an das Reichsjustizministerium (RJM), vgl. ZStA Potsdam, RJM Nr. 1326, zit. nach *Schubert*, S. 183 Fn. 162.

<sup>1077</sup> Laut Eingabe des Reichsverbands der Deutschen Industrie an das RJM, ZStA Potsdam (Fn. 159, Bl. 99 ff.), zit. nach *Schubert*, S. 182 Fn. 160.

<sup>1078</sup> Vgl. *Schubert*, S. 187.

Dieses Verhalten lässt sich nach heutigen Erkenntnissen der Verhaltenspsychologie als sogenannte *status-quo-Verzerrung* (*status quo bias*) beschreiben. Dabei handelt es sich um eine kognitive Verzerrung, wonach der bestehende Status quo gegenüber Veränderungen besonders bevorzugt wird. Anders ausgedrückt, wollen Menschen grundsätzlich lieber das Bestehende bewahren als Dinge verändern.<sup>1079</sup> Die *status-quo-Verzerrung* basiert dabei auf dem psychologischen Phänomen, dass Menschen einen Verlust stärker bewerten als einen Hinzugewinn und wird daher als Ausprägung der *Verlustaversion* (*loss aversion*) gesehen.<sup>1080</sup> Ergänzt wird sie um den *Trägheitseffekt* (*inertia effect*), wonach einmal getroffene Entscheidungen auch gegen widersprechende Informationen weitgehend unverändert ("immun") bleiben.<sup>1081</sup> Aus dem Blickwinkel der Verhaltenspsychologie hatte es die Reformbewegung hin zur Einführung eines Registerpfands daher bereits von Anfang an schwer. Zu sehr hatte sich bereits das bestehende System etabliert.

Die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs hielten bei dessen Einführung im Jahr 1900 grundsätzlich am Faustpfandprinzip fest. Dennoch ließen sie und die späteren Gesetzgeber dem Kreditverkehr immer die Möglichkeit offen, sowohl eine Übereignung durch Besitzkonstitut (§ 930 BGB) als auch eine Zession ohne Benachrichtigung des Drittschuldners (§ 398 BGB) zu vereinbaren. Erst auf dieser rechtlichen Grundlage aufbauend, konnte die Kreditpraxis eigene Mobiliarkreditsicherheiten, wie die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession hervorbringen.<sup>1082</sup> Dasselbe ist auch beim Eigentumsvorbehalt zu beobachten, da man eine Übereignung auch bedingt erklären kann (§§ 929, 158 Abs. 1 BGB) bzw. Zwischenverfügungen für relativ unwirksam hielt (§ 161 Abs. 1 BGB). Es scheint als wären sich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Ende des 19. Jahrhunderts nicht sicher, ob ein strenges Durchhalten des Faustpfandprinzips den Bedürfnissen des Kreditverkehrs gerecht würde. Es konnte kaum ein Zufall sein, dass sie trotz Kenntnis der grundsätzlichen Anerkennung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte, durch alle Zivilsenate des Reichsgerichts Ende des 19. Jahrhunderts, nicht gesetzgeberisch aktiv wurden.<sup>1083</sup> Weder verbot man die Sicherungsgeschäfte direkt noch machten sie sie rechtstechnisch – beispielsweise durch

---

<sup>1079</sup> Vgl. *Kahneman/Knetsch/Thaler: Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*. In: *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, No. 1, 1991, S. 193 (197 ff.).

<sup>1080</sup> *Kahneman/Knetsch/Thaler*, in: *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, No. 1, 1991, S. 193 (197, 199 f.).

<sup>1081</sup> Vgl. *Cohen/Chesnik/Haran: A confirmation of the inertia psi effect in sequential choice and decision*. In: *British Journal of Psychology*, Vol. 63, 1972, S. 41 (41 ff.)

<sup>1082</sup> Bereits *Schubert*, S. 187.

<sup>1083</sup> Auch *Luig*, *Das BGB und seine Richter*, S. 404 f.

Änderung des § 930 BGB bzw. § 398 BGB – unmöglich. Mit der Billigung der neuen geschaffenen Institute, überließ man im Ergebnis bewusst der Kreditwirtschaft die Aufgabe praxistaugliche Mobiliarkreditsicherungsmittel zu entwickeln.

Aber auch das Reichsjustizministerium, das für die Gesetzesinitiativen primär verantwortlich war, setzte diese Linie später fort. Es blieb selbst in den Zeiten als mit großem Nachdruck von verschiedenen Seiten Reformforderungen laut wurden – sowohl in den Vorkriegsjahren als auch Anfang bzw. Mitte der Zwanzigerjahre – gegenüber einem reformierenden Eingreifen skeptisch.<sup>1084</sup> Dabei hätte man in den Vorkriegsjahren des Ersten Weltkriegs ein Registerpfandrecht noch mit deutlich weniger Widerstand einführen können. Schwieriger wäre dies Anfang und Mitte der Zwanzigerjahre geworden, während es Ende der Zwanzigerjahre nur noch durch eine radikale Vereinfachung oder eine starke Reglementierung des Kreditverkehrs möglich gewesen wäre. Zu dieser Zeit hatten sich auch der Eigentumsvorbehalt mit seinen heute noch üblichen Erstreckungsformen bereits durchgesetzt.<sup>1085</sup> Die Gründe für das zögerliche Verhalten des Reichsjustizministeriums waren verschiedene. In der ersten großen, vom Reichsjustizamt initiierten „Kommissarischen Beratung über die Bekämpfung der Auswüchse bei der Sicherungsübereignung“ im Jahr 1912,<sup>1086</sup> brachte dessen Direktor vor, dass die durch das Register beabsichtigte Publizität nur zum Schein erfolge. Denn so könne das Register nur solche Gläubiger schützen, die nach Eintragung Kreditverträge mit dem Schuldner schlössen. Jedoch seien auch jene Gläubiger schutzwürdig, die schon bei Abschluss des Kreditsicherungsgeschäfts Gläubiger waren. Das preußischen Justizministeriums sah 1912 zudem (noch) keinen Anlass zum Einschreiten, da die Rechtsprechung noch nicht abgeschlossen sei und man zuerst auf die, in den neuen Entscheidungen des Reichsgerichts begonnene Bekämpfung von Missständen bei der Sicherungsübereignung vertraute. Auch wollte man erst das letzte Wort des Reichsgerichts zur Gültigkeit der Sicherungsübereignung von Warenlagern abwarten.<sup>1087</sup> Diese Begründung stützt im Übrigen die zuvor aufgestellte

---

<sup>1084</sup> Dies stellten die Vertreter der Handelskammer Berlin bereits im Gespräch mit dem Reichsjustizamt im Jahr 1910 fest, vgl. *Oegg* (Reichsjustizamt) in der Petitionskommission des Reichstages, Verh. RT, Bd. 201, Drucksache Nr. 846 (S. 1147), zit. nach *Schubert*, S. 186 Fn. 175. Daran änderte sich auch in der Weimarer Zeit und zu Beginn der NS-Zeit nichts, sodass man u.a. den Vorschlag des Zentralverbandes des Deutschen Großhandels laut internen Vermerken wenig Erfolgchancen zugerechnete, vgl. *Melsheimer*, Sicherungsübereignung S. 67 ff.

<sup>1085</sup> Vgl. dazu auch *Schubert*, S. 187.

<sup>1086</sup> Protokoll vom 12.4.1912, zit. nach *Schubert*, S. 159 Fn. 102.

<sup>1087</sup> Protokoll vom 12.4.1912, S. 8 f., zit. nach *Schubert*, S. 159 Fn. 105.

These, dass man seitens der Legislative die Ausbildung der Mobiliarpfandrechte der Kreditpraxis und den Gerichten, insbesondere dem Reichsgericht überließ und sich auf dessen Kompetenz vertrauend, einer regelnden Einflussnahme enthielt. Nachdem man nach dem Ersten Weltkrieg eine zweite Welle von Diskussionen abgewartet hatte, fasste das Reichsjustizministerium am 18.6.1926 in einer „Denkschrift über die Einführung eines durch Vertrag zu begründenden besitzlosen Pfandrechts an beweglichen Sachen (Registerpfandrecht, Mobiliarhypothek)“<sup>1088</sup> die gesamte Entwicklung der Vor- und Nachkriegsdiskussion zusammen. Dennoch äußerte sich beispielsweise auf der Tagung des Rechtsausschusses des Reichsverbandes der Deutschen Industrie am 28.9.1926, der Referent des Reichsjustizministeriums Kiesow, der als Gegner des Registerpfandrechts bekannt war, seine Zweifel bezüglich einer Registrierungspflicht des Vorbehaltseigentums. Das Register würde unübersichtlich werden. Davon abgesehen, ließen sich die Bestimmungen des BGB über das Faustpfand und den gutgläubigen Erwerb nicht auf ein Registerpfandrecht übertragen und es sei aus juristisch-technischen Gründen „unmöglich“.<sup>1089</sup>

## VI. Vorschlag zur Reformierung der Sicherungszession

Bei den Reformanstrengungen schenkte man ab 1910 über 15 Jahre hinweg fast ausschließlich der Sicherungsübereignung und nur selten dem Eigentumsvorbehalt Beachtung. Die Sicherungszession wurde in diesem Zeitraum vernachlässigt. Allerdings ist sie nicht nur rechtskonstruktiv mit der Sicherungsübereignung verwandt, sondern auch für die Kreditpraxis von damals wie heute kaum weniger bedeutsam.<sup>1090</sup>

Es hätte gute Gründe gegeben, ihre Reformierung damals zu erwägen und gibt sie womöglich heute noch. Zunächst war auch die Sicherungszession für den redlichen Rechtsverkehr gefährlich. Nach §§ 398 ff. BGB konnte und kann die Abtretung ohne Benachrichtigung des Drittschuldners erfolgen. Für den Rechtsverkehr bzw. insbesondere für sonstige Gläubiger bleibt sie verborgen und geht im Falle (einzel-)vollstreckungsrechtlicher Maßnahmen oder im Konkursfall zu ihren Lasten. Im Vertrauen auf die wirtschaftliche Stabilität ihres Schuldners verlängern die Gläubiger die Kreditlaufzeiten, unterlassen Vollstreckungsmaßnahmen und gewähren neue Kredite. Tatsächlich hat der Schuldner neben

---

<sup>1088</sup> Drucksache Nr. 115 des 8. Reichstagsausschusses (Wahlperiode 1924/26), 42 Seiten (Geh. StA Berlin-Dahlem, Rep. 84a, 5127, Bl. 102 ff.), zit. nach *Schubert*, S. 173 Fn. 141.

<sup>1089</sup> Protokoll in der Akte des Reichsjustizministeriums, ZStA Potsdam, Nr. 1326, Bl. 61 ff., zit. nach *Schubert*, S. 182 Fn. 159.

<sup>1090</sup> Die enorme wirtschaftliche Bedeutung der S.Z. heute bei *Hattenhauer*, HK § 398 Rn 42.

seinen beweglichen Betriebsgegenständen (durch Sicherungsübereignung) nun sogar seine Betriebsaußenstände und sonstigen Rechte, ggfs. auch für die Zukunft, einzelnen Kreditgebern versprochen, sodass die Insolvenzmasse seines Unternehmens (bis auf einen möglichen Firmenwert) fast vollständig privilegiert verpfändet ist. Außerdem gefährdet sich der Schuldner selbst, wenn er seine finanziellen Schwierigkeiten unterschätzt und leichtfertig den Sicherungsfall und faktisch eine Liquidation seines Wirtschaftsbetriebes – infolge Verwertung der Betriebsmittel und Kundenforderung – riskiert, anstatt rechtzeitig die Notwendigkeit einer strikten Haushaltsdisziplin zu erkennen.

Darüber hinaus konnte damals die Sicherungszession dazu verwendet werden, Forderungen und sonstige Rechte aus dem Firmenvermögen an Verwandte oder Freunde des Schuldners zu übertragen, um sie dem Zugriff der zwangsvollstreckenden oder das Konkursverfahren betreibenden Gläubigern zu entziehen. Zwar bestand für die Gläubiger die Möglichkeit diese Verfügungen nach § 31 KO bzw. § 3 AnfG anzufechten und auf diese Weise wieder in das Vermögen des Schuldners als Haftungsmasse zurückzuführen. Jedoch war dies mit der Schwierigkeit verbunden, die im Zeitpunkt der Verfügung stehende Benachteiligungsabsicht des Schuldners zu beweisen. In der Folge gingen Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse mangels Bestehens einer Forderung oder eines Rechts ins Leere und die Befriedigungsquoten der Konkursgläubiger sanken. Das genannte Problem monierten bereits einige preußische Oberlandesgerichte im Jahr 1909.<sup>1091</sup>

Aber auch auf andere Weise ließ sich die Vereinbarung der Sicherungszession missbräuchlich verwenden. Ohne Anzeige der Übertragung an den Drittschuldner, wusste nur der Schuldner und sein Kreditgläubiger als Sicherungsnehmer von der Abtretung. Hierdurch konnte der Schuldner an weitere Gläubiger, die auf dessen nach außen ersichtliche Inhaberstellung vertrauten, dieselbe Forderung ein zweites oder drittes Mal als Sicherheit abtreten,<sup>1092</sup> ohne dass die Täuschung vor Eintritt des Sicherungsfalles gegenüber einem oder mehreren Gläubigern ans Licht kam. Mögliche Schadensersatzforderung gegen den Schuldner blieben regelmäßig mangels verwertbaren Vermögens faktisch wertlos. Daneben gab es schließlich noch weitere Gründe, die eine Reformierung der Sicherungszession ratsam erscheinen ließen. Unter anderem die rechtliche Komplexität des Sicherungsvertrages, die

---

<sup>1091</sup> Die OLG Kassel, Köln, Königsberg, Stetin, die als Lösung eine Umkehrung der Beweislast in §§ 3 AnfG, 31 KO zulasten des erwerbenden Sicherungseigentümers vorschlugen. Zusammenstellung OLG S. 6 f., 20 ff., zit. nach *Schubert*, S. 148 f. Fn. 58, 66.

<sup>1092</sup> Vgl. auch die Mitteilungen an die Mitglieder des Deutschen Handelstages 1911, Nr. 1, S. 54., Nr. 24, S. 3 ff., worin der Berichterstatter in der Sitzung des Hauptausschusses (am 8.12.1910) bei der S.Ü. auf diesen Missstand hinwies, zit. nach *Schubert*, S. 153 Fn. 80, 81.

kostspielige Überwachung des Schuldners über den Ab- und Zugang von Forderungen sowie die latente Rechtsunsicherheit, ein Gericht könnte die Sicherungszession für unwirksam erklären.

Wie hätte aber die Sicherungszession reformiert werden können?

Um ihre missbräuchliche Verwendung zu unterbinden, wäre eine Änderung der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes dahingehend sinnvoll gewesen, die innerhalb einer bestimmten Frist vor der Zahlungseinstellung oder Anfechtung vereinbarten Sicherungszessionen anfechten zu können. Ergänzend hätte man die Beweislast zulasten des Sicherungszessionars in der Form umkehren können, dass er den Beweis hätte führen müssen, nichts von einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners gewusst zu haben. Zusätzlich hätte man auch die Anwendung von § 805 ZPO und § 48 KO auf die Sicherungszession ausdehnen können. Unredliche Sicherungszessionen hätten sich entsprechend wie missbräuchliche Sicherungsübereignungen verhindern lassen.

Schwieriger ist es für das damals wie heute bestehende Problem der „Heimlichkeit der Sicherungszession“ eine passende Antwort zu finden. Hier hätte die Einführung einer Registerpflicht für die Sicherungszession ein möglicher Lösungsansatz sein können. Ein Registerpfandrecht für Forderungen und Rechte hätte für alle Beteiligten folgende Vorteile mit sich gebracht: Der Schuldner hätte nicht mehr seine Forderung bzw. sein Recht vollständig dinglich übertragen, sondern lediglich seinem Kreditgeber ein Verwertungsrecht an der Forderung einräumen können. Bei Einhaltung der pfandrechtlichen Verwertungs Vorschriften hätte der Schuldner nicht sein Forderungsrecht verloren und müsste sich folglich im Fall einer unrechtmäßigen Verwertung der sicherungszedierten Forderung nicht mehr auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Sicherungsnehmer verweisen lassen. Er hätte hingegen die Forderung (weiterhin) gegenüber seinem Schuldner geltend machen können. Auch der Sicherungsgläubiger hätte zu seiner Absicherung nur ein dingliches Verwertungsrecht an der Forderung benötigt, nicht jedoch die Inhaberschaft der Forderung als Vollrecht. Im Gegenzug hätte er mit einem gesetzlich geregelten Registerpfandrecht auf einen rechtssicheren Zustand vertrauen können. Für ihn hätte nicht mehr die latente Gefahr bestanden, dass im Jahre später eintretenden Sicherungsfall ein Gericht die Sicherungszession für unwirksam<sup>1093</sup> oder aufgrund zuerst erfolgter konkurrierender Abtretung einem Dritten zugesprochen wird. Schließlich hätte

---

<sup>1093</sup> Vgl. für die S.Ü. *Lehmann*, Gläubigerschutz, 1926, S. 44, 73 ff.

man im Interesse aller sonstigen gegenwärtigen und künftigen Gläubiger das zentrale Problem behoben – die heimliche Besicherung. Durch die Einsicht in das Register würden Sicherungszessionen erkennbar und es dem Kreditgeber möglich, die Kreditwürdigkeit des Schuldners richtig einzuschätzen. Das Übersehen einer nur zwischen dem Schuldner und einem Sicherungsgläubiger vereinbarten Sicherungszessionen wäre vermieden.<sup>1094</sup> Der gutgläubige Drittgläubiger würde geschützt, was der Kreditwirtschaft sowie dem Geschäftsverkehr allgemein, einen positiven Impuls gäbe. Man würde ein gesamtwirtschaftliches Auskunfts- und Kontrollsystem gegenüber finanzschwachen Schuldnern schaffen.<sup>1095</sup> Verlangte man zugleich für die Einsicht in das Register ein berechtigtes Interesse, ließe sich – wie damals bereits angemahnt – die allgemeine Veröffentlichung der finanziellen Situation des Schuldners vermeiden.

Allerdings gäbe es auch Argumente gegen die Einführung einer Registerpflicht für die Sicherungszession. Den Vertragsparteien wären durch die Eintragungspflicht Mehrkosten in Form von Eintragungsgebühr und administrativem Aufwand entstanden. Zudem entstünde bei den mit der Führung des Registers betrauten Gerichten zusätzlicher Aufwand. Darüber hinaus könnte eine Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall zu einer reduzierten Kreditvergabe führen. Und schließlich kann eingewandt werden, dass mit dem Registerpfand ein unerprobtes Rechtsinstitut gegen ein bereits bekanntes eingetauscht worden wäre. Allerdings zeigen die genannten negativen Effekte der Sicherungszession auch, dass dieses Rechtsinstitut trotz seiner jahrzehntelangen Geltung nicht unbedingt überzeugen konnte. Die Sicherungszession allein mit ihrer langen Anwendung begründen zu wollen, vermag nicht zu genügen.

Als milderer Mittel zur Einführung eines Registerpfands an Forderungen und Rechten, hätte man damals die Schuldner dazu verpflichten können, ein Sicherungsbuch über alle vereinbarten Sicherungszessionen zu führen.<sup>1096</sup> Sinnvollerweise wären dort auch alle Sicherungsübereignungen, Eigentumsvorbehalte und sonstige Geschäfte, bei denen Besitz und Rechtsinhaberschaft auseinanderfallen miteinzutragen gewesen.<sup>1097</sup> Die Vorzüge des Sicherungsbuchs liegen dabei insbesondere in der Möglichkeit, „heimliche Verpfändungen“ weitestmöglich zu verhindern und gleichzeitig den administrativen Aufwand für die

---

<sup>1094</sup> Vgl. für die S.Ü. *Lehmann*, Gläubigerschutz, 1926, S. 44.

<sup>1095</sup> Vgl. *Schubert*, SZGA 107 (1990), S. 132 (168 Fn. 132).

<sup>1096</sup> Alternativ schlug *Lehmann* 1937 übrigens vor, die Wirksamkeit eines besitzlosen Mobiliarpfandrechts an die Übergabe einer Pfandurkunde zu knüpfen. *Lehmann*, Reform der Kreditsicherung, 1937, S. 73, 81.

<sup>1097</sup> Man hatte dies so für die S.Ü. und den E.V. vorgesehen, vgl. Denkschrift, S. 17 ff. bzgl. eines Sicherungsbuchs, zit. nach *Schubert*, S. 178 Fn. 146.

Kreditparteien und Gerichte gering zu halten. Das zuständige Registergericht hätte lediglich die korrekte Führung des Sicherungsbuchs überwachen müssen. Außerdem wäre die Beeinträchtigung des Kreditverkehrs geringer als bei Einführung eines Registerpfands gewesen, da die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts nicht konstitutiv von der Eintragung abhinge, also Sicherungsverträge zuerst wirksam abgeschlossen und anschließend der Schuldner die Eintragung vorgenommen hätte. Bestehende Sicherungsübereignungen und Eigentumsvorbehalte hätten sich durch bloße Eintragung in das neue Sicherungsbuch rechtswirksam überführen lassen. Die mit einem Systemwechsel zum Registerpfand verbundenen Unsicherheiten und Risiken für die Kreditwirtschaft, hätte man auf diese Weise vermeiden können. Schließlich hätten – wie auch bei einem Registerpfand auch – nur diejenigen Akteure mit berechtigtem Interesse, Informationen über die finanzielle Situation des Schuldners erhalten. Dies wären neben Alt- und möglichen Neugläubigern, die Kenntnis über die finanzielle Situation benötigen, auch potenzielle Vollstreckungsgläubiger, die auf diese Weise wüssten, in welchen Gegenstand sie vollstrecken könnten, ohne eine Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO bei Sicherungseigentum) oder eine Umstellung der Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO bei fremden Pfandrechten) befürchten zu müssen.

## **VII. Lassen sich die vorgenannten Modernisierungs- und Reformierungsideen auch auf die heutige Rechtslage anwenden?**

Auch wenn aufgrund pandemiebedingter expansiver Geldpolitik die Unternehmen heute grundsätzlich keine Schwierigkeiten haben, Kredite zu erhalten, besteht jedoch für das Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren noch heute dasselbe strukturelle Problem – die Massearmut. Einen erheblichen Einfluss auf die Massearmut hat die Herausgabe des beweglichen Vermögens durch die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte, insbesondere in Form der Sicherungsübereignung, des (verlängerten) Eigentumsvorbehalts und der Globalzession an privilegierte Kreditgeber. Dem Insolvenzverwalter verbleibt in der heutigen Insolvenzpraxis meist nur das Instrument der Anfechtung<sup>1098</sup> nach §§ 129 ff. InsO, um Vermögensverschiebungen, die der Schuldner im Vorfeld des Insolvenzverfahrens vornahm, wieder rückgängig zu machen.

---

<sup>1098</sup> Vgl. *Freudenberg*, MüKO-InsO, Bd. 2, 4. Aufl. 2019, Vor. §§ 129 Rn. 1–4.

Doch ist in Zeiten großen Angebots an liquiden Mittel eine vollständige Verpfändung und mithin Auszehrung der Unternehmen noch zeitgemäß? Schließlich erkannte das Reichsgericht die ungeschriebenen Mobiliarsicherheiten zum Ende des 19. bzw. Anfang des 20. Jahrhunderts an, als die Unternehmen in Krisenzeiten gerade um ihr wirtschaftliches Überleben kämpften und sie auf jedes Darlehen und eine maximal mögliche Kreditsicherung angewiesen waren. Ebenso hatten auch die Geldgeber in diesen Zeiten der Unsicherheit und geringen Zahlungsmoral das verstärkte Bedürfnis nach weitestreichenden Kreditsicherheiten. Heute sind die fiskalen Rahmenbedingungen hingegen völlig anders. Die Banken können sich aufgrund historisch niedriger Refinanzierungskosten<sup>1099</sup> von -0,05 % p.a., Buchgeld bei der Europäische Zentralbank erhalten und selbst wiederum den Unternehmen zu günstigen Konditionen Darlehen anbieten. Bestünde daher nicht heute die Chance, die Unternehmen wieder mit mehr insolvenzrechtlicher Haftungsmasse auszustatten? Erreichen ließe sich dieses Ziel, indem man eine konstitutive Eintragung der fiduziarischen Sicherheiten in ein elektronisches Pfandregister für Mobilien oder, als milderer Mittel, deren Eintragung in ein vom Sicherungsgeber zu führendes Sicherungsbuch verlangen würde. Ein Vorbild für das Pfandregister könnte der US-amerikanische Uniform Commercial Code sein, wonach gemäß § 9-310 (a) UCC das mit Abtretung entstehende Sicherungsrecht (*security interest*) erst mit Eintragung entsteht.<sup>1100</sup> Durch die Eintragung im öffentlichen Pfandregister oder im Sicherungsbuch würde die finanzielle Lage des Schuldners für jeden bestehenden oder künftigen Gläubiger hierdurch offengelegt. Das Risiko eines Forderungsausfalls wird für Geldgeber erkennbar und besser kalkulierbar und hindert sie im Zweifel vor einer ungesicherten Kreditvergabe. Gleichzeitig wird der Schuldner vor einem zu hohen Risiko einer Beleihung zu 100 % seines Unternehmenswerts geschützt. In Krisenzeiten hätte er noch die Möglichkeit nicht verpfändetes Betriebsvermögen zur Beschaffung von „Notkrediten“ auszuschöpfen und eine Insolvenz abzuwehren. Im Zuge der Finanzkrise verpflichtet man beispielsweise bereits nach der Richtlinie 2013/36/EU (Eigenkapitalrichtlinie) die Finanzinstitute schrittweise ihre Eigenkapitalquoten zu erhöhen und sie krisensicherer zu machen. Durch eine Reform der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte würde man faktisch dasselbe Ergebnis für die Unternehmen erreichen. Deren wirtschaftliche Stabilität würde erhöht. Die Darlehensgeber könnten hingegen mit dem Verlangen anderer Kreditsicherungsmittel oder moderat steigender Zinsen reagieren.

---

<sup>1099</sup> Der Leitzins für das Hauptrefinanzierungsgeschäft der Banken beträgt zum Stand 27.07.2022: 0,50 %. Der Einlagesatz (Einlagefazilität) gegenüber der EZB beträgt hingegen sogar 0,00 %.

<sup>1100</sup> Vgl. *Hattenhauer*, HK § 398 Rn. 77, der auch zutreffend hinweist, dass Deutschland mit seinem völlig publizitätsfreien System international nahezu alleinsteht.

Letzteres würde beim aktuell niedrigen Zinsniveaus nur eine geringfügige Mehrbelastung der Unternehmen bedeuten.

Allerdings sei klargestellt, dass eine Abschaffung der ungeschriebenen Mobiliarsicherheiten in unserer heutigen Form selbstverständlich nicht gefordert werden kann. Lediglich erscheint eine zielgerichtete Reform des bestehenden Rechts durch die Einführung eines elektronischen Pfandregisters oder eines Sicherungsbuchs – je nach obigen Ausführungen – unter Abwägung von Kosten und Nutzen ein diskussionswürdiger Verbesserungsvorschlag für das heutige Pfandrecht und die Insolvenzordnung. Hegt ein Gläubiger ernsthaft Misstrauen bezüglich der Zahlungsfähigkeit seines Geschäftspartners, so kann er sich vor Abschluss des Kreditvertrages, einen Auszug aus dem elektronischen Pfandregister oder dem vom Schuldner – unter Strafandrohung – ordnungsgemäß geführten Sicherungsbuch zusenden lassen und das gegebene Risiko konkret beurteilen.

## V. Kapitel: Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

### I. Zusammenfassung

Mit der ersten, fast zeitgleichen Anerkennung der beiden fiduziarischen Sicherungsgeschäfte<sup>1101</sup> im Jahr 1880 (durch den I. Zivilsenat des Reichsgerichts), war aus heutiger, rechtshistorischer Sicht, bereits der Stein zur Entwicklung eines modernen Mobiliarkreditsicherungsrecht ins Rollen geraten. Dies war allerdings, wie die Untersuchung gezeigt hat, für den I. Senat des Reichsgerichts damals nicht vorhersehbar. Ende des 19. Jahrhunderts trug man hingegen viele verschiedene Einwände gegen ihre Wirksamkeit vor, die man (durchaus) auch anders hätte beurteilen können. Insbesondere der Einwand der Simulation, führte in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts noch oft dazu, dass die Wirksamkeit eines fiduziarischen Sicherungsgeschäft im Ergebnis abgelehnt wurde.

Nachdem man die dogmatischen Unsicherheiten im Umgang mit der Sicherungszession bzw. der Sicherungsübereignung in Abgrenzung zum Scheingeschäft in den Achtzigerjahren allmählich überwunden hatte, kam man zu dem – aus juristischer Sicht – eigentlich zentralen Problem, ob die beiden Institute nicht das in den materiellen Pfandgesetzen, sowie in den entsprechenden konkursrechtlichen Normen (vgl. §§ 14, 15 EinfG KO i.V.m. § 40 KO) verankerte Faustpfandprinzip umgingen. Die Rechtswissenschaft beschäftigte sich hier federführend mit den verschiedenen Gesetzen, bei denen eine Umgehung durch die fiduziarischen Rechtsgeschäfte in Betracht kam. Das Reichsgericht würdigte ihre Arbeit aber lediglich indirekt, indem es in ein paar Entscheidungen eine Gesetzesumgehung unter Nennung ihrer zentralen Gegenargumente verneinte.

Die bis ca. 1903 andauernde *erste Phase* zur Anerkennung der fiduziarischen Sicherheiten endete mit der Bestätigung, dass auch nach dem neu eingeführten Bürgerlichen Gesetzbuch ihre Gültigkeit fortbestand. Angesichts einer auch im BGB fehlenden ausdrücklichen Gestattung der fiduziarischen Sicherheiten und der gleichzeitigen Verankerung des Faustpfandprinzips in §§1205 ff. bzw. §§ 1273 ff. BGB, war dies nicht selbstverständlich und bedurfte einiger Argumente.

Eine wichtige Rolle spielten die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte insbesondere auch im Konkursverfahren der seit 1879 geltenden Reichskonkursordnung. Dies zeigt bereits ein Blick auf die Fülle von Entscheidungen, die primär die Rolle der Sicherungszession und der

---

<sup>1101</sup> Die S.Ü. am 9.10.1880 bzw. die S.Z. am 13.10.1880.

Sicherungsübereignung im Konkurs behandelten. Für den in der Praxis häufigeren Fall des in Konkurs geratenen Schuldners (Sicherungsgebers), gewährte man dem Gläubiger nur ein Absonderungsrecht am Sicherungsgut. Dies war bereits eine klare Modifikation der sonstigen materiell-rechtlichen Rechtsprechung, wonach seinem Sicherungsgeber das Vollrecht (Eigentum bzw. Forderung) und im Konkurs, eigentlich dogmatisch konsequent, ein Aussonderungsrecht zugestanden hätte. Ähnlich dogmatisch unstimmtig, leitete man im Fall des zahlungsunfähig gewordenen Sicherungsnehmers, ein Aussonderungsrecht für den Sicherungsgeber her. Trotz formaler Rechtsübertragung an den Sicherungsnehmer, stünde materiell dem Sicherungsgeber der Wert des Sicherungsgut zu. Man hielt es letztlich für unbillig, den Gläubigern des zahlungsunfähigen Sicherungsnehmers den Vorzug vor dem Sicherungsgeber zu geben. Wenn zweitgenannte Fall auch in der Praxis seltener war, war diese Rechtsprechung (bzw. und die wissenschaftlichen Ausführungen dazu) dennoch sehr bedeutsam, da man an ihr die Grundzüge die moderne Treuhandlehre entwickelte.<sup>1102</sup>

Die *zweite Phase* der reichsgerichtlichen Rechtsprechung begann für die Sicherungszession mit der Anerkennung der Vorauszession am 29.9.1903 (VII. Zivilsenat) und endete schließlich erst im Jahr 1952 mit der erstmaligen Zulassung der Globalzession durch den Bundesgerichtshof.<sup>1103</sup> Die Anerkennung der Vorauszession als Kreditsicherung war ein Novum juristischer Vorstellungskraft. Auch wenn im Zeitpunkt der Vereinbarung der Abtretung noch keine Forderung existierte, konnte über künftig entstehende Forderungen bereits eine unmittelbar Rechtsänderung herbeigeführt werden.<sup>1104</sup> Im Zeitpunkt der Entstehung des Rechts griff die Wirkung der Verfügung und bewirkte den Forderungsübergang. Zugleich war die Vorauszession ein Meilenstein für das moderne Mobiliarkreditsicherungsrecht, das mit der Globalzession vollendet wurde.

Auch die mit der Konkurswelle ca. 1910 beginnenden und bis ca. 1935 andauernden intensiven Reformbemühungen verschiedenster Beteiligten aus Rechtswissenschaft, Wirtschaft und Justiz konnten, trotz ausgefeilter Reformvorschläge (vor allem zum Registerpfandrecht) den Gesetzgeber bzw. das Reichsjustizministerium nicht überzeugen, das Mobiliarkreditsicherungsrecht zu reformieren. Neben der Scheu vor der Veränderung der grundlegenden Entscheidung des BGB-Gesetzgebers für das Faustpfandprinzip, war es auch die Unsicherheit, ein nicht erprobtes Registerpfandrecht einzuführen.

---

<sup>1102</sup> Darauf wies schon die Wortwahl hin: Treuhand sowie für den Sicherungsgeber – Treugeber bzw. für den Sicherungsnehmer – Treuhänder.

<sup>1103</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1952 – I. ZR 48/52, BGHZ 7, 365.

<sup>1104</sup> RG, Urteil vom 1.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166 (167).

## II. Schlussbetrachtung und Würdigung der Arbeit

Die gesamte Entwicklung der Rechtsprechung zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften zeigt, dass sich die Mobiliarhypothek des (älteren) römischen Rechts, letztlich nicht durch das Faustpfandprinzip der deutschen partikularstaatlichen Pfandgesetze des 18. und 19. Jahrhunderts abschaffen ließ. Zu stark war das Bedürfnis der Praxis nach einer besitzlosen Verpfändung von Mobilien bzw. einer Verpfändung von Forderungen ohne Anzeige an den Drittschuldner. Die Vorteile eines mit der Mobiliarhypothek vergleichbaren Instituts, wie der Sicherungsübereignung und Sicherungszession, gegenüber dem Pfandrecht an beweglichen Sachen und Forderungen waren zu groß. Den deutschen Gesetzgebern gelang es also nicht das Faustpfandprinzip konsequent durchzusetzen und damit die Interessen des Rechtsverkehrs besser zu schützen. Allerdings setzte sich das Verlangen der Kreditparteien nach den fiduziarischen Sicherungsgeschäften erst nach schier unzähligen Gerichtsurteilen langsam durch. So brauchte allein das Reichsgericht von seiner ersten Grundsatzentscheidung im Oktober 1880 (I.) über 20 Jahre und ca. 100 Entscheidungen, um alle gegen die Wirksamkeit der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte vorgebrachten Argumente – insbesondere der Simulation und der Gesetzesumgehung – weitgehend auszuräumen und seine Rechtsprechung zu festigen.<sup>1105</sup> Die verschiedenen Zivilsenate des Reichsgerichts waren selbst untereinander (vor allem im Jahr 1880) uneins über die Wirksamkeit der fiduziarischen Geschäfte. Letztlich konnte sich aber der I. Zivilsenat zusammen mit dem V., später auch mit dem IV. und VII. Senat gegenüber dem kritischeren III. und II. Senat durchsetzen. Das Reichsgericht führte damit die Tradition des früheren Reichsoberhandelsgerichts des Norddeutschen Bundes fort, das vor allem das Vollindossament zu Inkassozwecken für wirksam erachtete.<sup>1106</sup>

Die reichsgerichtlichen Entscheidungen zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften fallen jedoch, gerade in den Achtzigerjahren, oft sehr knapp aus. Sie wirken häufig ungenau und unvollständig. Ihre juristische Fachsprache klingt wenig präzise, was sicherlich auch der rechtlichen Unsicherheit im Umgang mit den neuen Rechtsgeschäften geschuldet ist. Jedenfalls für den Einwand der Simulation kam hinzu, dass die Richter noch teilweise von der *Titulus-*

---

<sup>1105</sup> Zuvor hatten sich seit den Vierzigerjahren des 19. Jahrhunderts die Obergerichte der Länder und ab 1869 das Reichsoberhandelsgericht bereits mit dem const. poss. und mit dem Vollindossament zum Inkasso beschäftigt, vgl. Kleene, Orientierung, S. 227 f.

<sup>1106</sup> Vgl. 17.12.1878, ROHGE 25 (1880), 251.

*modus-Lehre* im Gegensatz zum Abstraktionsprinzip nach Savigny (des jüngeren gemeinen Rechts) ausgingen. Auffällig ist an den Entscheidungen zudem, dass die Zivilsenate ihre Rechtsansichten insbesondere zu Anfang der Achtzigerjahre grundsätzlich wenig argumentativ begründeten. Taten sie es doch, so war die Argumentation in der Regel dogmatisch geprägt. Hin und wieder finden sich in den Urteilen versteckt Anhaltspunkte („Interessen des Verkehrs“) dafür, dass volkswirtschaftliche und rechtspraktische Gesichtspunkte der Kreditwirtschaft berücksichtigt wurden, vielleicht sogar ausschlaggebend waren. Den Richtern blieb die praktische Bedeutung der Sicherungsgeschäfte nicht verborgen. Schließlich wiesen viele Rechtsgelehrte immer wieder auf die praktische Wirkung der Zulassung der Sicherungszession bzw. später der Vorauszession, sowie ihre Anerkennung in der Konkursordnung hin. Die Rolle der Rechtswissenschaft war grundsätzlich von großer Bedeutung für die Rechtsprechung. Frühzeitig bemühten sich die Rechtsgelehrten um dogmatisch richtige, aber zugleich auch praxistaugliche Argumente und Lösungsansätze. Mit detaillierten Ausführungen trafen verschiedene Rechtsgelehrte den Kern des Problems und gaben den Gerichten ausreichend Begründungsansätze an die Hand, die zentralen Fragen in die ein oder andere Richtung entscheiden zu können. Auch wenn das Reichsgericht die Rechtswissenschaft nur selten ausdrücklich zitierte, so erkennt man dennoch an mancher Urteilsstelle – anhand von Inhalt und Wortwahl – deutlich ihren Einfluss auf seine Rechtsprechung. Die Rechtsgelehrten leisteten maßgebliche Vorarbeit, um die im Zusammenhang mit den fiduziarischen Sicherungsgeschäfte zentralen Fragen der Simulation, der Gesetzesumgehung, der Behandlung der fiduziarischen Sicherheiten im Konkurs sowie die Frage nach der Möglichkeit der Vorauszession beantworten zu können. Dem Leser der reichsgerichtlichen Entscheidungen helfen ihre Ausführungen enorm, um die knappen, über lange Schachtelsätze sich hinziehenden, oft abstrakt gehaltenen Ausführungen vollständig zu erfassen und sie juristisch sowie in ihrem wirtschaftlichen und sozialen Hintergrund richtig einordnen zu können. Insbesondere die Richter des Reichsgerichts profitierten von den gewonnenen Erkenntnissen.

Die Gesetzgeber hingegen enthielten sich immer einer klarstellenden Regelung. Sie überließen es vielmehr – wohl bewusst – dem Zusammenspiel von Rechtspraxis und Rechtsprechung eine adäquate Lösung zu finden. Die vor 1900 für das materielle Kreditsicherungsrecht zuständigen

Landesgesetzgeber erließen – bis auf das Herzogtum Braunschweig<sup>1107</sup> – keine ausdrückliche Regelung, wonach die fiduziarischen Sicherheiten verboten bzw. als nicht wirksam betrachtet wurden. Dasselbe Bild zeigte sich bei der Reichskonkursordnung. Trotz Kenntnis über die praktische Existenz dieser Sicherungsgeschäfte traf auch der Reichsgesetzgeber im Jahr 1877 in der Reichskonkursordnung keine beschränkende Regelung. Möglicherweise hatte man damals die Problematik für die Konkursordnung noch nicht gesehen oder unterschätzt. Jedoch war man spätestens im Jahr 1898 zur Zeit der Novelle der Konkursordnung mit zahlreichen reichsgerichtlichen Entscheidungen eines Besseren belehrt worden, zeigte aber erneut keine Reaktion. So klingt das Argument, die Konkursordnung dürfe nicht in die Pfandgesetzgebungskompetenz der Bundesstaaten eingreifen, eher nach einem Vorwand,<sup>1108</sup> um sich einer Regelung enthalten zu können.

Auch mit der Einführung des reichseinheitlich geltenden Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahr 1900 änderte sich nichts. Auffälligerweise hielt man im BGB weiterhin allein am Faustpfandprinzip nach §§ 1205 ff. bzw. §§ 1273 ff. BGB ausdrücklich fest. Hierbei verpasste man Chancen. Wenn man das Faustpfandprinzip zum Schutz der ungesicherten Gläubiger tatsächlich hätte durchsetzen wollen, bot die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Gelegenheit,<sup>1109</sup> dies durch ein Verbot der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte konsequent zu tun. Alternativ hätte man sie im Bürgerlichen Gesetzbuch zu Klarstellungszwecken für unwirksam erklären können. Und schließlich hatte man drittens die Möglichkeit gehabt, die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte lenkend zu reformieren. Angeboten hätte sich beispielsweise die Einführung eines eintragungspflichtigen Registerpfandrechts für bewegliche Sachen, Forderungen und Rechte. Kohler und Linckelmann wiesen bereits im Jahr 1893 darauf hin, dass man insbesondere in England, aber auch in Frankreich und in der Schweiz (Zürcher Recht) damit gute Erfahrungen gemacht habe.<sup>1110</sup> In England reformierte man zum Ende des 19. Jahrhunderts durch Einführung des Registerpfands die dort ebenfalls verbreitete

---

<sup>1107</sup> § 19 des Braunschweigischen Gesetzes vom 8. März 1878 bestimmte: Die Veräußerung einer beweglichen Sache unter Verabredung, dass der Veräußerer sie fortan für den Erwerber innehaben solle (*constitutum possessorium*), hat Dritten gegenüber keine Wirkung.

<sup>1108</sup> Vgl. zur Thematik auch *Kling*, Konkurs, S. 378 f.

<sup>1109</sup> Allerdings legen die Untersuchungen von *Hromadka*, Faustpfandprinzip S. 167–174 und *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, S. 163 nahe, dass beide Kommissionen zur Vorbereitung des BGB die S.Ü. neben dem Pfandrecht bestehen lassen wollten, vgl. *Luig*, Das BGB und sein Richter, S. 392, 404 ff. der ihnen zustimmt.

<sup>1110</sup> *Linckelmann*, AcP 7 (1893), 209 (230 ff.); *Kohler*, AcP 7 (1893), 209 (234 f.). Vgl. auch Kapitel IV, II. 4.

Sicherungsübereignung und Sicherungszession (*bills of sales*).<sup>1111</sup> Mit der Einführung des BGB wäre aus heutiger Sicht, eine grundlegende Änderung bzw. Reformierung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte und des gesamten Mobiliarkreditsicherheiten möglich gewesen. Denn anders als in den intensiven Reformbemühungen der Zwanzigerjahre, stand damals noch kein über Jahrzehnte entwickeltes (ausdifferenziertes) Richterrecht einer solchen Veränderung entgegen.

Aus rechtshistorischer Sicht bestätigt die erfolgte Untersuchung über die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den fiduziarischen Sicherungsgeschäften folgende Entwicklung: Ausgangspunkt war die Anerkennung der Sicherungszession und Sicherungsübereignung als wirksame Rechtsübertragung zum Zweck der Kreditsicherung. Daran schloss sich seit 1903 die Möglichkeit an, die Sicherungszession auch für künftige Forderungen (Vorauszession) zu bestellen. Dies gipfelte schließlich einige Jahrzehnte später, im Jahr 1952 in der Möglichkeit, sowohl gegenwärtige als auch künftige Forderungen zusammen als Gesamtheit (Globalzession) zu übertragen. Angetrieben wurde die genannte Entwicklung dabei stets von der Kreditpraxis und dort insbesondere von den Bankjuristen großer Geldhäuser. Sowohl für die Kreditgeber als auch für die Kreditnehmer war die Vereinbarung der fiduziarischen Sicherheiten gegenüber den gesetzlich vorgesehenen Pfandrechten an beweglichen Sachen von großem Vorteil. Begünstigt wurde deren Entwicklung außerdem durch die langen Perioden wirtschaftlicher Krisen zum Ende des 19. Jahrhunderts (1873–1896 „große Depression“) sowie Anfang des 20. Jahrhunderts vor und nach dem Ersten Weltkrieg (1907–1910 bzw. ab 1918). Schließlich schuf der Gesetzgeber aber auch keine Alternative zum starren Faustpfandrecht, z.B. ein Registerpfand wie in England oder Frankreich.

Im Ergebnis billigten die Gerichte, für die ganze Rechtsprechung gesprochen, immer die von der Kreditpraxis vorangetriebene Entwicklung, zu immer weitreichenderen Zugriffsmöglichkeiten des Sicherungsnehmers auf das Vermögen des Schuldners bzw. auf dessen Konkursmasse. Man gab dem Interesse der Kreditparteien den Vorrang vor den sonstigen (ungesicherten) Gläubigern.

Die gesamte Entwicklung der Sicherungszession zeigt, dass die Richter des Reichsgerichts den Kreditparteien – ohne dies anfänglich geplant zu haben – immer weitere Zugeständnisse

---

<sup>1111</sup> Caspari, Sicherungsübereignung, S. 45.

machten, bewegliche Sachen als Kreditsicherheiten zu nutzen. Den Kreditgebern gelang es über Jahrzehnte hinweg, ihre Interessen sukzessiv gegenüber denen der sonstigen ungesicherten Gläubiger durchzusetzen und weitreichendere Zugriffsmöglichkeiten auf das Vermögen des Schuldners bzw. auf dessen Konkursmasse zu erhalten. Sie stießen zwar auf Widerstand, setzten sich aber langfristig durch. Korrekturen nahm das Reichsgericht aber interessanterweise für die Behandlung der fiduziarischen Sicherungsgeschäfte im Konkursrecht vor. Dogmatisch nicht konsequent, gewährte man im ersten Fall, dem Konkurs des Sicherungsgebers, dem Sicherungsnehmer nur ein Absonderungsrecht anstatt eigentlich eines Aussonderungsrechts (§ 35 a.F. bzw. § 43 n.F.). Plötzlich wollte man für das Konkursrecht den Vergleich zu den Pfandrechten ziehen. Für die Richter des Reichsgerichts war dies interessengerecht. Auch im zweiten Fall – dem Konkurs des Sicherungsnehmers – wollte man dem Sicherungsgeber aus Billigkeit ein Aussonderungsrecht zugestehen, da er trotz vollständiger Rechtsübertragung noch materieller Eigentümer des Sicherungsgegenstandes war. An diesen Wertungen des Reichsgerichts hält man bis heute fest.<sup>1112</sup> Allerdings änderte sich für die Bedeutung der fiduziarischen Sicherheiten im Regelfall des Konkurses des Sicherungsgebers letztlich kaum etwas. Die abgesonderte Befriedigung gewährt ebenfalls einen privilegierten Zugriff auf die Konkursmasse. Hätte man dies ändern wollen, hätte man die fiduziarischen Sicherheiten für die Konkursordnung für unwirksam erklären müssen. Für die Kreditwirtschaft hätte dies massive Auswirkung gehabt, weshalb man, wie schon der Gesetzgeber von 1877, davor zurückschreckte. Das Absonderungsrecht stellte lediglich eine kleine, wertungstechnische Korrektur dar.

---

<sup>1112</sup> Vgl. heute §§ 51 Nr. 1, 50 InsO bzw. § 47 InsO.

## **Literaturverzeichnis:**

*Abrahamson, W.*, Die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich?, in: Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ), 1903 (8. Jg.), S. 342–343

*Asch, Adolf*, Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung (II.), in: Juristische Wochenschrift (JW), Jg. 1911, S. 303–304

*Asmus, Wolfgang*, Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand: Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre, Frankfurt a. M., Bern 1977

*Asmus, Wolfgang*, Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand: Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre, Frankfurt a. M. 1977 (zitiert: *Asmus*, Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand)

*Bähr, Otto*, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München und Leipzig 1883.

*Bähr, Otto*, Zur Cessionslehre, in: Jherings Jahrbücher der Dogmatik, Band 1 (1857), S. 351–502

*Barthelmes, Adolf*, Das Handeln in fraudem legis, Diss. Göttingen 1889

*Bauer, Fritz*, Lehrbuch des Sachenrechts, 9. Auflage, München 1977

*Becker, Christoph*, Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln 2010

*Becker, Erich*, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium, Diss. Erlangen 1899

*Berges, August Maria*, Vergleich und Konkurs in der Evolution der Marktwirtschaft, in: Uhlenbruck, Wilhelm/Klasmeyer, Bernd/Kübler, Bruno M. (Hg.), 100 Jahre Konkursordnung, Festschrift, Köln 1977, S. 363–399 (zitiert: *Berges* in: Uhlenbruck 100 Jahre KO (FS))

*Bergk, Alfred*, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Halle 1912 (zitiert: *Bergk*, Übertragungen)

*Biermann, Johannes*, Traditio ficta: ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage, Stuttgart 1891, Neudruck Amsterdam 1968 (zitiert: *Biermann*, Traditio ficta, 1891 (Neudruck 1968))

*Bitter, Georg*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand, Tübingen 2006 (zitiert: *Bitter*, Treuhand)

*Bohrer, Melanie*, in: Falk, Ulrich (Hg.), Fallstudien zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts um 1900, Karlsruhe 2011 (zitiert: *Bohrer*, Fallstudien)

*Borchardt, Knut*, Wirtschaftliches Wachstum und Wechsellagen 1800–1914, in: Zorn, Wolfgang (Hg.), Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Band 2: Das 19. und 20. Jahrhundert, Stuttgart 1976, S. 198–275 (zitiert: *Borchardt*, Wirtschaftliches Wachstum und Wechsellagen 1800–1914, in: Zorn (Hg.) Bd. 2)

*Borrmann, Alexander*, Rezension zu Niebler, Verena: Die Entstehungsgeschichte der Reichskonkursordnung von 1877 – Liquidation statt Sanierung? Der Einfluss des politischen und geistesgeschichtlichen Hintergrunds auf den Sanierungsgedanken, Diss. Regensburg 2021, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung, Bd. 139 (2022), S. 429–431 (zitiert: *Borrmann*, ZRG GA 139 (2022), 429)

*Bremer, Franz Peter*, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte: Eine dogmatische Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts, Leipzig 1867

*Brill, Albert*, Die zur Sicherung einer Vertragsobligation vorgenommenen bedingten Eigentumsübertragungen und das Verbot der pfandrechtlichen *lex commissoria*, Diss. Erlangen 1896 (zitiert: *Brill*, Verbot der *lex commissoria*)

*Brinkmann, Moritz*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, Tübingen 2011 (zitiert: *Brinkmann*, Kreditsicherheiten)

*Buchholz, Alexander August von*, in: Thibaut, Anton Friedrich Justus (Hg.), System des Pandekten-Rechts, nach dem Tod des Herausgebers fortgeführt von A. A. Buchholz, Band 1, 9. Auflage, Jena 1846

*Buetow, S.*, Die Sicherungsübereignungen, Diss. Göttingen 1894

*Burckhardt, Hugo*, Zur Lehre von der *lex commissoria* beim Kauf, in: Archiv für civilistische Praxis (AcP), Band 51 (1868), S. 151–174.

*Burkhardt, Hugo*, Zur Lehre der *lex commissoria* beim Kauf, AcP 51 (1868), S. 151–174

*Busse, Klaus*, Der Wiederkauf in der Rechtsliteratur des 12.– 18. Jahrhundert, Diss. Münster 1965 (zitiert: *Busse*, Wiederkauf)

*Caemmerer, Ernst von*, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, in: JuristenZeitung (JZ) 1953, S. 97–99

*Caemmerer, Hans*, Die Rechtsgültigkeit der Sicherungsübereignung in ihrer historischen Entwicklung, Diss. Heidelberg, 1951 (zitiert: *Caemmerer*, Sicherungsübereignung)

*Caspari, Fritz*, Sicherungsübereignung und Sicherungscession nach gemeinem Recht und BGB, Diss. Berlin 1903 (zitiert: *Caspari*, Sicherungsübereignung)

*Cohen, John/Chesnik E. J./Haran D.*: A confirmation of the inertia psi effect in sequential choice and decision. In: British Journal of Psychology, Vol. 63, 1972, p. 41–46

*Coing, Helmut*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973

*Dernburg, Heinrich*, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Band 1, Leipzig 1860 (zitiert: *Dernburg*, Pfandrecht, Bd. 1, 1860)

*Dernburg, Heinrich*, Pandekten Band 1: Allgemeiner Theil und dingliche Rechte, 1. Auflage, Berlin 1884

*Dernburg, Heinrich*, Pandekten Band 1: Allgemeiner Theil und dingliche Rechte, 2. Auflage, Berlin 1888

*Dernburg, Heinrich*, Pandekten Band 1: Allgemeiner Theil und Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin 1896

*Dernburg, Heinrich*, Pandekten Band 2: Obligationsrecht, 2. Auflage, Berlin 1889.

*Dernburg, Heinrich*, Pandekten Band 2: Obligationsrecht, 5. Auflage, Berlin 1897

*Dreyer*, Das fiduziarische Rechtsgeschäft, in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchot), Band 40 (1896), S. 449–467

*Dungs*, Über die Rechtstellung des Gläubigers für fremde Rechnung, Gruchot 32 (1888), S. 8–39

*Düringer, Albert*, Zur Lehre vom Sicherungskauf, Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht (LZ), Jg. 1908, S. 97–123

*Eccius, Max*, Abtretung künftiger Forderungen, Gruchot 53 (1909), S. 1–12

*Eccius, Max*, Pflichten des Hypothekengläubigers, Gruchot 36 (1892), S. 642–656

*Eccius, Max*, Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Gruchot 48 (1904), S. 465–476

*Eccius, Max*, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, DJZ 1904 (9. Jg.), S. 53–55

*Eickmann, Dieter*, Konkurs- und Vergleichsrecht, 2. Auflage, Berlin 1980

*Endemann, Wilhelm*, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts, Band I. und II., Neudruck der Ausgaben Berlin 1874 und 1883, Aalen 1962 (zitiert: *Endemann*, Bd. I., II.)

*Engel, Wilhelm*, Sicherungsübereignung und Sicherungscession nach gemeinem Recht und bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Rostock 1902 (zitiert: *Engel*, S.Ü. und S.Z.)

*Erkel, Günther*, Insolvenzzrechtliche Erkenntnisse aktueller Rechtstatsachenforschung, in: Uhlenbruck, Wilhelm/Klasmeyer, Bernd/Kübler, Bruno M. (Hg.), 100 Jahre Konkursordnung, Festschrift, Köln 1977, S. 295–299 (zitiert: *Erkel* in: Uhlenbruck 100 Jahre KO (FS))

*Erman, Walter*, Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt, Karlsruhe 1960

*Ernst, Wolfgang* in: Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/ Zimmerman, Reinhard (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band 3; Schuldrecht Besonderer Teil §§ 433–853, 1. Teilband; §§ 433–656, § 449, Tübingen 2007 (zitiert: *Ernst*, HK)

*Falk, Ulrich*, Der wahre Jurist und der Jurist als solcher. Zum Gedenken an Bernhard Windscheid, in: Rechtshistorisches Journal, herausgegeben von Dieter Simon, Band 12 (1993), S. 598–633 (zitiert, *Falk*, Rechtshistorisches Journal 12 (1993))

*Falk, Ulrich*, Die Haftung des Konkursverwalters in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1900: „Höchste Ungerechtigkeit und Willkühr“?, in: Haferkamp, H., Reppen, T. (Hg). Wie

pandektistisch war die Pandektistik?: Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015, Tübingen 2017 (zitiert: *Falk*, Haftung des Konkursverwalters)

*Falk, Ulrich*, Die Konkursübel. Forschungsfragen Zur Geschichte des Konkursverfahrens in Deutschland, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung, Band 131 (2014), S. 266–324 (zitiert: *Falk*, Konkursübel)

*Falk, Ulrich*, Ein Gegensatz prinzipieller Art, in: Rechtshistorisches Journal, herausgegeben von Dieter Simon, Band 9 (1990), S. 221–240 (zitiert: *Falk*, Rechtshistorisches Journal 9 (1990))

*Falk, Ulrich*, Ein Gelehrter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Reihe: Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, Band 38, 256 Seiten; 1. Auflage, Diss. Frankfurt a. M. 1989 (2. unveränderte Auflage Frankfurt a. M. 1999) (zitiert: *Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid, 1989)

*Falk, Ulrich*, Juristen. Ein biographisches Lexikon, herausgegeben von Stolleis, Michael, München 1995 (zitiert: *Falk*, Juristen)

*Falk, Ulrich*, Professionelle Konkursverwaltung in Deutschland um 1900, in: INDat Report, Das Fachmagazin für Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz, Ausgabe 08\_2018, S. 68–71 (zitiert: *Falk*, INDat Report 08\_2018)

*Falk, Ulrich*, Urteilsverzerrungen: hindsight bias und anchoring. Einleitende Fragen zu einem interdisziplinären Problem, in: Brodersen, Kai/ Vincere, Scis/ Victoria, Uti Nescis (Hg.), Aspekte der Rückschauverzerrung in der Alten Geschichte, Berlin 2008, S. 9–17 (zitiert: *Falk*, Urteilsverzerrungen)

*Falk, Ulrich*, Wahrnehmungsverzerrungen: Ein Problemfeld (auch) der Rechtsgeschichte. Beobachtet am Beispiel des Konkursrechts und seiner Praxis um 1900, in: Alfried Krupp Fellows 2010/11, Alfried Krupp Wissenschaftskolleg Greifswald, S. 56–65 (zitiert: *Falk*, Wahrnehmungsverzerrungen)

*Falk, Ulrich/Kling, Christoph*, The Regulatory Concept of Compulsory Composition in the German Bankruptcy Act, in: Cordes, Albrecht/ Beerbühl, Margit Schulte (Hg.), Dealing with Economic Failure, Frankfurt a.M. 2016 (zitiert: *Falk/Kling*, German Bankruptcy Act)

*Falk, Ulrich/Kling, Christoph*, Von Berufsverwaltern und Fliegenschwärmen: Professionelle und unprofessionelle Konkursverwaltung im Spiegel der Konkurshistorischen Datenbank für das Deutsche Kaiserreich (1879–1914), in: INDat Report, Das Fachmagazin für Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz, Ausgabe 07\_2020, S. 48–53 (zitiert: *Falk/Kling*, INDat Report 07\_2020)

*Fezer, Karl-Heinz*: Wider eine neopositivistische Begrifflichkeit im Recht -Zur Wiederbelebung von Windscheids Begriffsjurisprudenz als liberalem Rechtsstaatsdenken im Neopositivismus, in: Juristische Wochenschrift (JuS), Jg. 1993, S. 103–106

*Fischhoff, Baruch*, Hindsight is not equal to foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty, *Journal of Experimental Psychology*, vol. 1 (1975), No. 3, p. 288–299

*Flume, Werner*, Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Jg. 1950, S. 841–850

*Flume, Werner*, Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts, *NJW* 1959, S. 913–922

*Freudenberg, Nils*, in: Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich (Hg.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 2: §§ 80–216, 4. Auflage 2019 (zitiert: *Freudenberg*, *MüKo-InsO*, Bd. 2, 4. Aufl. 2019)

*Fuchs, Ernst*, Was will die Freirechtsschule? in: Foulkes, Albert/Kaufmann, Arthur (Hg.), *Gerechtigkeitswissenschaft: Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre von Ernst Fuchs*, 1965, S. 21–63 (zitiert: *Fuchs* in: Foulkes/Kaufmann (Hg.), *Gerechtigkeitswissenschaft*)

*Funke, Gottlob Leberecht*, Beiträge zur Erörterung practischer Rechtsmaterien, mit Berücksichtigung des sächsischen Rechts, Chemnitz 1830 (zitiert: *Funke*, Beiträge zur Erörterung)

*Fuss, Richard*, Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, Diss. Kiel 1899

*Gerhardt, Walter*, Aspekte zur Wechselwirkung zwischen Konkursrecht und Wirtschaftsleben, in: Böckelmann, Erhard/ Henckel Wolfram/Jahr Günther (Hg.), *Festschrift für Friedrich Weber*

zum 70. Geburtstag, Berlin 1975 (zitiert: *Gerhardt*, Aspekte zur Wechselwirkung zwischen Konkursrecht und Wirtschaftsleben, in: FS Weber 1975)

*Gierke, Otto von*, Deutsches Privatrecht, Band 2: Sachenrecht, herausgegeben von Binding, Karl als Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig 1905 (zitiert: *V. Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1905)

*Glück, Christian Friedrich von*, Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, Band 4, 1. Abteilung, Erlangen 1796 (zitiert: *Glück*, Pandekten, Bd. 4, 1, 1796)

*Grundmann, Stefan*, Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand, München 1997

*Grünebaum*, Zur Frage betreffend Verfügungen über künftige Forderungen, DJZ 1905 (10. Jg.), S. 801–803.

*Haberler, Gottfried*, Prosperität und Depression. Eine theoretische Untersuchung der Konjunkturbewegungen, Bern 1948

*Habersack, Mathias*, in: Bettina Limperg/Hartmut Oetker/Roland Rixecker/Franz Jürgen Säcker (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 7: §§ 705–853 BGB, PartGG, ProfHaftG, 8. Auflage, München 2020 (zitiert: *Habersack*, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020)

*Hahn, Carl* (Hg.), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4: Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881, Neudruck der Ausgabe Aalen 1983 (zitiert: *Hahn*, Motive IV; Seitenzahlen beziehen sich auf Neudruck)

*Hattenhauer, Christian / Schäfer, Frank L.* (Hg.), Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Elektronische Datenbank, abrufbar: [Materialien](#)

*Hattenhauer, Christian* in: Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/ Zimmerman, Reinhard (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band 2; Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 421–432, 2. Teilband: §§ 305–432, §§ 398 ff., Tübingen 2007 (zitiert: *Hattenhauer*, HK)

*Hellwig, Konrad*, Gläubigernot: Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen, Köln 1912

*Hellwig, Konrad*, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Band 1, Leipzig 1903

*Hellwig, Konrad*, Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, AcP 64 (1881), S. 369–494

*Henning, Friedrich-Wilhelm*, Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands, Band 2: Deutsche Wirtschafts- und Sozialgeschichte im 19. Jahrhundert, München 2003 (zitiert: *Henning*, Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands, Bd. 2, 2003)

*Hess, Harald/Goetsch, Hans-Wilhelm*, Die Sanierung der Konkursordnung durch die Insolvenzrechtsreform, Berlin 1993

*Hesse, Albert*, Konkursstatistik, in: Die "Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik" unter den Herausgebern Bruno Hildebrand und Johannes Conrad 1863–1915, Band 90 (1908), München 1977, S. 64–101 (zitiert: *Hesse*, Konkursstatistik, in: Jahrbücher der Nationalökonomie und Statistik 90 (1908))

*Heuer*, Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich?, DJZ 1903 (8. Jg.), S. 28–29

*Höbel, Heinrich*, Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung in ihrer Abstellung auf den Zweck, München 1931 (zitiert: *Höbel*, S.Ü. und S.Z.)

*Hoddick, Ernst*, Verfügung über künftige Rechte nach dem BGB, Diss. Leipzig 1907

*Hoeningner, Heinrich*, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 2. Auflage, Bensheim 1911 (zitiert: *Hoeningner*, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 1911)

*Hohner, Georg*, Subjektlose Rechte: Unter besonderer Berücksichtigung der Blankozession, Bielefeld 1969 (zitiert: *Hohner*, Subjektlose Rechte, 1969)

*Hromadka, Wolfgang*, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert. (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, hrsg. von H. Coing und H. Thieme, Band 17), Köln/Wien 1971 (zitiert: *Hromadka*, Faustpfandprinzip)

*Jaeger, Ernst* (Hg.), Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Band 1: §§ 1–70, 2. Auflage, Berlin 1904 (zitiert: *Jaeger*, KO-Kom., 2. Aufl. 1904)

*Jaeger, Ernst* (Hg.), Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Band 1: §§ 1–70, 5. Auflage, Berlin 1916 (zitiert: *Jaeger*, KO-Kom. 5. Aufl. 1916)

*Jaeger, Ernst*, Die Konkursordnung 1879–1904, DJZ 1904 (9. Jg.), S. 903–912

*Jaeger, Ernst*, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Auflage, Berlin 1904

*Jaeger, Ernst*, Konkursrecht, Berlin 1924

*Jhering*, Passive Wirkungen der Rechte, in: *Jherings Jahrbücher für Dogmatik* 10 (1871), S. 387–586

*Jhering, Rudolph von*, Der Zweck im Recht I, 1. Auflage, Leipzig 1877

*Jhering, Rudolph von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, 2. Teil, 2. Abteilung, 1. Auflage, Leipzig 1858 (zitiert: *Jhering*, Geist des römischen Rechts II., 2. Abt., 1. Aufl. 1858)

*Jhering, Rudolph von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung, 3. Teil, 1. Abteilung, 2. Auflage, Leipzig 1871 (zitiert: *Jhering*, Geist des römischen Rechts III, 1. Abt., 2. Aufl. 1871)

*Kahneman, Daniel/Knetsch, Jack L./Thaler, Richard H.*: Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. In: *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, No. 1, Winter 1991, p. 193–206 (zitiert: *Kahneman/Knetsch/Thaler*, in: *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, No. 1, 1991)

*Kantorowicz, Herrmann* (Pseudonym: Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906

*Katzmann, Ewald*, Die Aussonderung von Treugut im Konkurs, Marburg 1928 (zitiert: *Katzmann*, Aussonderung, 1928)

*Kellenbenz, Herrmann*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, Band 2: Vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges, München 1981 (zitiert: *Kellenbenz*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, Bd. 2)

*Kipp, Theodor*, in: Windscheid, Bernhard (Hg.), Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Auflage, Frankfurt a. M. 1906 (Neudruck Aalen 1963).

*Kleemann Bernd*, Sieben kleine Beiträge zu einer Windscheid-Biographie, in: Mohnhaupt, Heinz (Hg.), Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten. Beispiele, Parallelen, Positionen, Frankfurt a.M. 1991 (zitiert: *Kleemann*, 1991)

*Kleemann, Bernd*, Sieben kleine Beiträge zu einer zu einer Windscheid-Biographie, S. 211–231, in: Mohnhaupt, Heinz (Hg.), Rechtsgeschichte in beiden deutschen Staaten (1988–1990). Beispiele, Parallelen, Positionen, Frankfurt a.M. 1991 (zitiert: *Kleemann* 1991)

*Kleene, Ursula*, Die Orientierung der Rechtsprechung an wirtschaftlichen Interessen: Dargestellt am Beispiel der Sicherungsübereignung, Pfaffenweiler 1985 (zitiert: *Kleene*, Orientierung)

*Kleinfeller, Georg*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1912

*Kling, Christoph*, Materielles Recht und Verfahrensrecht im Konkurs: Genese, Konzept, Praxis und Scheitern des preußisch-deutschen Konkursrechts (1825–1998), Diss. Mannheim 2019, derzeit in Vorbereitung zum Druck, Zitate beziehen sich auf die aktuellste Fassung vom 17.10.2020 (zitiert: *Kling*, Konkurs)

*Kober, Karl*, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3: Sachenrecht, 5./6. Auflage, München 1910 (zitiert: *Kober*, in: Staudinger BGB-Kom., 1910)

*Köbler, Gerhard*, Deutsche Rechtsgeschichte: Ein systematischer Grundriss der geschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts von den Indogermanen bis zur Gegenwart 6. Auflage, München 2005 (zitiert: *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2005)

*Kohler, Josef*, Bemerkungen zu Linckelmann, Karl, Die Sicherungsübereignungen, in: Archiv für bürgerliches Recht (ArchBR), Band 7 (1893), S. 209–235

*Kohler, Josef*, Der Rechtszwang zum Thun. Dogmatisch betrachtet, AcP 7 (1893), S. 230–267

*Kohler, Josef*, Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891

*Kohler, Josef*, Studien über Mentalreservation und Simulation, in: Jherings Jahrbücher für Dogmatik 16 (1878), S. 91–158 (zitiert: *Kohler*, Jherings Jahrbücher 16 (1878))

*König, Georg*, Das Konkursverfahren nach der Reichs-Konkursordnung vom 10. Februar 1877, Hannover 1879

*König, Georg*, Das Konkursverfahren nach der Reichs-Konkursordnung vom 10. Februar 1877, Hannover 1879

*Kötter, Hans-Wilhelm*, Die Tauglichkeit der Vorauszession als Sicherungsmittel des Geld- und Warenkredits: Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Frankfurt a. M. 1960 (zitiert: *Kötter*, Die Tauglichkeit der Vorauszession als Sicherungsmittel)

*Kübel, Franz Philipp von*, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abschnitt: §§ 342–436, Berlin 1888

*Kuhlenbeck, Ludwig*, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Berlin 1898.

*Kunkel, Wolfgang*, in: Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold, Römisches Privatrecht. Abriss des römischen Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Berlin 1949 (zitiert: *Kunkel*, in: Jörs/Kunkel/Weger, Römisches Privatrecht)

*Lang, H. von*, Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte, AcP 83 (1894), 336–351

*Lang, H. von*, Die Wirkungen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, AcP 83 (1894), S. 336–351

*Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, Heidelberg, Berlin 1983 (zitiert: *Larenz*, Methodenlehre)

*Lehmann, Heinrich*, Gläubigerschutz, Mannheim, Berlin, Leipzig 1926

*Lehmann, Heinrich*, Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen: Denkschrift (nebst Gesetzesvorschlag) auf Grund der Beratungen des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht, Stuttgart 1937 (zitiert: *Lehmann*, Reform der Kreditsicherung, 1937)

*Leist, Gerhard Alexander*, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, Jena 1889 (zitiert: *Leist*, Die Sicherung von Forderungen)

*Lent, Friedrich* in: Jäger, Ernst (Hg.), Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Band 1: §§ 1–70, 8. Auflage, Berlin 1958 (zitiert: *Lent* in: Jaeger, KO-Kom., Bd. 1, 8. Aufl. 1958)

*Lent, Friedrich*, in: Jaeger, Ernst (Hg.), Kommentar zur Konkursordnung, Band 1, § 1–70, 8. Auflage, Berlin 1958

*Leonhard, Rudolf*, Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhang über die beabsichtigte Beseitigung des *constitutum possessorium*, Gruchot 25 (1881), S. 177–221, S. 513–534

*Lilienthal*, Die Uebereignung zum Zwecke der Sicherung, DJZ 1902 (7. Jg.), S. 542–546

*Linckelmann, Karl*, Die Sicherungsübereignungen, AcP 7 (1893), S. 209–235

*Lingenthal, Zachariä von/ Salomo Karl*: Handbuch des französischen Civilrechts, 6. Auflage, Heidelberg 1875

*Lippmann*, Die Gründe für die Annahme einer Unübertragbarkeit zukünftiger Forderungen, DJZ 1904 (9. Jg.), S. 255–257

*Lobe, Adolf*, in: Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1.10.1929, Berlin/Leipzig 1929 (zitiert: *Lobe*, in: Fünfzig Jahre Reichsgericht)

*Löhnig, Martin*, Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, Tübingen 2006. (zitiert: *Löhnig*, Treuhand)

*Luig, Klaus*, Zur Geschichte der Zessionslehre, Köln 1966

*Luig, Klaus*: Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung, in: Falk, Ulrich (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), Frankfurt a. M. 2000, S. 383–406 (zitiert: *Luig*, Das BGB und seine Richter).

*Lütge, Friedrich*, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Ein Überblick, 2. Auflage, Berlin 1960

*Meier, Anke*, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877, Frankfurt 2003

*Melsheimer, Klaus*, Sicherungsübereignung und Registerpfandrecht: Eine politische Studie über den Kampf der Interessengruppen und die Reform des Kreditsicherungsrechts, Köln und Opladen 1967 (zitiert: *Melsheimer*, Sicherungsübereignung)

*Mentzel, Franz* (Hg.), in: Kommentar zur Reichskonkursordnung, 4. Auflage, Mannheim 1932 (zitiert: *Mentzel*, KO-Kom., 4. Aufl. 1932)

*Möller, Kristina*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Paderborn 2001 (zitiert: *Möller*, Rechtsprechung des RG)

*Mugdan, Benno* (Hg.) Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3: Sachenrecht, Berlin 1899 (zitiert: *Mugdan*, Materialien BGB, Bd. 3, 1899)

*Mühlenbruch, Christian, Friedrich*, Die Lehre der Cession der Forderungsrechte, 3. Auflage, Greifswald 1836

*Nathan, August*, Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen, Stuttgart 1909 (zitiert: *Nathan*, Die Übertragung des Eigentums)

*Oechsler, Jürgen* in: Bettina Limperg/Hartmut Oetker/Roland Rixecker/Franz Jürgen Säcker (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8: Sachenrecht, §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 8. Auflage 2020 (zitiert: *Oechsler*, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020)

*Oertmann, Paul* (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage, Berlin 1910 (zitiert, *Oertmann*, BGB-Kom. 1910)

*Ogorek, Regina*, Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (1870–1879), Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR), Band 150 (1986), S. 87–116 (zitiert: *Ogorek*, ZHR 150 (1986), S. 87)

*Otte, Gebhard*, Ist die Begriffsjurisprudenz wirklich tot?, in: Hadding, Walther (Hg.), Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/35, Berlin 1999 (zitiert: *Otte*, in: Hadding, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/35)

*Pagenkopf, Martin*, Zur Abtretung künftiger Forderungen, Bonn 1978 (zitiert: *Pagenkopf*, künftige Forderungen)

*Petersen, Jens*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz: Dargestellt an Beispielen aus dem deutschen Privatrecht, Heidelberg 2001

*Petersen, Julius*, in: Kleinfeller, Georg (Hg.), Konkursordnung für das Deutsche Reich, 3. Auflage, Lahr 1892 (zitiert: *Petersen*, in: Kleinfeller, KO-Kom., 3. Aufl. 1892)

*Petersen, Julius*, in: Kleinfeller, Georg (Hg.), Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage, Lahr 1900 (zitiert: *Petersen*, in: Kleinfeller, KO-Kom., 4. Aufl. 1900)

*Pfaff, Ivo*, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere, Wien 1892

*Pöggeler, Wolfgang*, in: Nörr, Knut Wolfgang/Scheyhing, Robert/Pöggeler, Wolfgang (Hg.), Sukzessionen, Handbuch des Schuldrechts, Band 2, 2. Auflage 1999 (zitiert: *Pöggeler*, Sukzessionen)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band 1: Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitte I, II, bearbeitet von: *Gebhard, Albert/Spahn, Peter/Achilles, Alexander*, Berlin 1897 (zitiert: Protokolle BGB, Bd. 1, 1897)

*Przibilla*, Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung (I.), JW 1911, S. 300–303

*Puchta, Georg Friedrich*, Lehrbuch der Pandekten, nach dem Tod des Herausgebers fortgeführt von Adolf August Friedrich Rudorff, 9. Auflage, Leipzig 1863

*Puchta, Wolfgang Heinrich*, Ueber den Concursprozeß, Erlangen 1827

*Ramsauer, Peter*, Die Abtretung künftiger Forderungen, Diss. Göttingen 1907

*Regelsberger, Ferdinand*, Pandekten Band 1, Leipzig 1893

*Regelsberger, Ferdinand*, Zwei Beiträge zur Lehre der Zession, AcP 63 (1880), S. 157–207

*Rehbein*, Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung, JW 1910, S. 605–607

*Riesenhuber, Karl*, Regelsberger, Aloys Ferdinand Friedrich Waldemar. In: Neue Deutsche Biographie (NDB), Band 21, Berlin 2003 (zitiert: *Riesenhuber*, NDB 21 zu Regelsberger)

*Rohe, Mathias*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, hrsg. von Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 61. Edition, Stand: 1.2.2022 (zitiert: *Rohe*, BeckOK BGB, 61. Ed. 1.2.2022)

*Rückert, Joachim*: Bernhard Kipp und seine Jurisprudenz „als solche“ im liberalen Rechtsstaat, JuS 1992, S. 902–908

*Salinger, Hugo*, Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in Bezug auf die Sicherungsübereignung? in: Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags, Band 1, Berlin 1912, S. 409–501 (zitiert: *Salinger*, 31. DJT, Bd. 1)

*Savigny, Friedrich Carl von*, Obligationsrechte als Theil des heutigen Römischen Rechts, Band 2, Berlin 1865 (zitiert: *Savigny*, Obligationsrechte Bd. 2)

*Savigny, Friedrich Carl von*, System des heutigen römischen Rechts, Band 3, Berlin 1840.

*Schäfer, L.*, Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung, ArchBR 38 (1913), S. 1–48

*Schauen, Kurt*, Der gemeinrechtliche Streit über die Möglichkeit des Bestehens subjektloser subjektiver Rechte, Berlin 1904 (zitiert: *Schauen*, 1904)

*Schauer*, Mitteilungen und Erörterungen, LZ 1911, S. 46–49

*Schlosser, Hans*, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 2. Auflage, München 2014 (zitiert: *Schlosser*, Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2014)

*Schmidt, Karsten/Brinkmann, Moritz* in: Rauscher, Thomas/ Krüger, Wolfgang (Hg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Band 2: §§ 355–945b ZPO, 6. Auflage, München 2020 (zitiert: *Schmidt/Brinkmann*, MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020)

*Schneider, K.*, Rezension zu: *Bernard Noest*, Vorschläge zur Verbesserung unseres Prozeßverfahrens, Berlin 1910; Rezension abgedruckt in: Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), Band 40 (1910), S. 350–351

Schriftführer-Amt der ständigen Deputation des Deutschen Juristentags (Hg.): Stenographische Berichte, in: Verhandlungen des Einunddreißigsten Deutschen Juristentages (Wien 1912), Band 3, Berlin 1913; Neuauflage 2020, herausgegeben von: Deutscher Juristenverein e.V.

Schriftführer-Amt der ständigen Deputation des Deutschen Juristentags (Hg.): Stenographische Berichte, in: Verhandlungen des Zweiunddreißigsten Deutschen Juristentag (Bamberg 1921), Band 1, Berlin 1922.

*Schröter, L.*, Lehrbuch des Allgemeinen Landrecht, Band 2: Recht der Verträge, 2. Auflage, Berlin 1840 (zitiert: *Schröter*, Lehrbuch des A.L.R., Bd. 2, 2. Aufl. 1840)

*Schubert, Werner*, Die Diskussion über die Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten in der späten Kaiserzeit und in der Weimarer Zeit, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung (SZGA), Band 107 (1990), S. 132–187 (zitiert: *Schubert*, Seite)

*Schubert, Werner*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, Berlin 1966

*Schumpeter, Joseph A.*, Konjunkturzyklen. Eine theoretische, historische und statistische Analyse des kapitalistischen Prozesses, Band 2: S. 461–1117, Göttingen 1961 (zitiert: *Schumpeter*, Konjunkturzyklen, Bd. 2)

*Serick, Rolf*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Monographie in 6 Bänden, Band 4: Verlängerungs- und Erweiterungsformen der Eigentumsvorbehalte und der Sicherungsübertragung; Erster Teil: Verlängerungsformen und Kollisionen, Heidelberg 1976.

*Seuffert, Lothar von*, Deutsches Konkursprozessrecht, Leipzig 1899

*Siebert, Wolfgang*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem, Marburg 1933

*Silber*, in: Planck, Gottlieb (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzen, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 241–432, 1. Hälfte, 3. Auflage, Berlin 1907 (zitiert: *Silber*, in: Planck, BGB-Kom., Bd. 2, 1. Hälfte, 3. Aufl. 1907)

*Simons, Walter*, Reichsgericht, in: Handwörterbuch der Rechtsgeschichte Band 5, herausgegeben von Stier-Solmo, Fritz/Elster, Alexander, Berlin/Leipzig 1928 (zitiert: *Simons*, in: Handwörterbuch der Rechtsgeschichte)

*Spiethoff, Arthur* (Hg.), Die Wirtschaftlichen Wechsellagen. Aufschwung, Krise, Stockung, Band 1: Erklärende Beschreibung, Tübingen 1955 (zitiert: *Spiethoff*, Die Wirtschaftlichen Wechsellagen, Bd. 1)

*Stammler, Rudolf*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren: Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1897.

*Stürner Rolf*, in: Baur, Fritz/Stürner, Rolf (Hg.), Insolvenzrecht: Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Heidelberg 1991

*Stürner, Rolf*, in: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Auflage, München 2018 (zitiert: *Stürner*, Jauernig BGB, 17. Aufl. 2018)

*Süß, Georg*, *Abtretung künftiger Ansprüche*. Ein Beitrag zum Problem der Verfügung über künftige Rechte, Diss. München, Berlin 1910

*Thole, Christoph*, in: Schmidt, Karsten (Hg.) Kommentar zur Insolvenzordnung, 19. Auflage Hamburg 2016 (zitiert: *Thole*, in: Schmidt, InsO-Kom., 19. Aufl. 2016)

*Tuhr, Andreas von*, Verfügungen über künftige Forderungen, DJZ 1904 (9. Jg.), S. 426–430

*Uhlenbruck, Wilhelm*, 100 Jahre Konkursordnung, in: Uhlenbruck, Wilhelm/ Klasmeyer, Bernd/ Kübler, Bruno M. (Hg.), Einhundert Jahre Konkursordnung, Festschrift, Köln 1977, S. 3–34 (zitiert: *Uhlenbruck* in: Uhlenbruck 100 Jahre KO (FS))

*Uhlenbruck, Wilhelm*, Zur Geschichte des Konkurses, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR) 17 (2007), S. 1–5

*Uhlenbruck, Wilhelm*, Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, S. 897–903

*Vollmershausen, Christiane E.*, Vom Konkursprozess zum Marktberäuberungsverfahren, Das deutsche Konkursverfahren von 1700 bis heute, Münster 2007 (zitiert: *Vollmershausen*, Vom Konkursprozess zum Marktberäuberungsverfahren)

*Warnkönig, Leopold August*, Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pfandrechte, AcP 25 (1842), S. 420–439

*Westermann, Harry*, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe 1954

*Wieacker, Franz*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967 (zitiert: *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967)

*Wienstein*, Bemerkungen zum Begriffe des fiduziarischen „Rechtsgeschäfts“, Gruchot 46 (1902), S. 241–252

*Wiesing, Herrmann*, Das Aussonderungsrecht im Konkurse, Jena 1910

*Wild, Ludwig*, Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen, Diss. Kempten 1906

*Willenbücher, Heinrich* (Hg.), Die Reichs-Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz, 3. Auflage, Berlin 1909

*Wilmowski, Gustav von* (Hg.), Deutsche Reichs-Konkursordnung, 6. Auflage, Berlin 1906, (zitiert: *v. Wilmowski*, KO-Kom., 6. Aufl. 1906)

*Wilutzky*, Reputed Ownership im Deutschen Recht, DJZ 1902 (7. Jg.), S. 217–218

*Windscheid, Bernhard*, Die Actio des römischen Rechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, (zitiert: *Windscheid*, Actio)

*Windscheid, Bernhard*, Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit, in: Kritische Übersicht, Band 1, 1853, S. 181–207

*Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 5. Auflage, Stuttgart 1879

*Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 6. Auflage, Frankfurt a.M. 1887

*Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 6. Auflage, Frankfurt a.M. 1887

*Windscheid, Bernhard*, Rede Windscheids zum 50jährigen Dienstjubiläum des Oberlandesgerichtspräsidenten Albrecht, DJZ 1909 (9. Jg.), S. 953–955

*Windscheid, Bernhard*: Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit, in: Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band 1, 1853, S. 181–207

*Wittelschöfer, Moritz*, Das Pfandrecht an einer Forderung (pignus nominis), Erlangen 1876

*Wolff, Theodor*, Die Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898, Kommentar, 1. Auflage, Berlin 1900 (zitiert: *Wolff*, KO-Kom., 1. Aufl. 1900)

*Wolff, Theodor*, Die Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 1921 (zitiert: *Wolff*, KO-Kom., 2. Aufl. 1921)

*Zech, Heiko*, Die soziale Frage im Konkursrecht 1879–1900, Frankfurt a. M. 2012

### Liste zitierter Entscheidungen des Reichsgerichts (chronologisch):

- RG, Urteil vom 09.01.1880 (III.), SeuffA 36, 142 Nr. 99
- RG, Urteil vom 07.05.1880 (III.), SeuffA 36, 14 Nr. 8
- RG, Urteil vom 24.09.1880 – III. 58/80, RGZ 2, 173
- RG, Urteil vom 05.10.1880 – IVa. 195/80, RGZ 2, 333
- RG, Urteil vom 09.10.1880 – I. 395/80, RGZ 2, 168
- RG, Urteil vom 13.10.1880 – I. 622/80, RGZ 2, 168 (Urteil nur in der Fußnote des Urteils vom 9.10.1880 veröffentlicht.)
- RG, Urteil vom 28.02.1881 – IV. 558/80, RGZ 4, 248
- RG, Urteil vom 02.04.1881 – I. 595/81, RGZ 4, 51
- RG, Urteil vom 08.11.1881 – III. 48/81, RGZ 5, 181
- RG, Urteil vom 31.01.1882 – III. 527/81, JW 1882, 92
- RG, Urteil vom 18.01.1883 – IV. 467/82, Gruchot 27, 1087
- RG, Urteil vom 23.01.1883 – III. 375/82, JW 1883, 127 Nr. 60
- RG, Urteil vom 10.01.1885 – I. 431/84, RGZ 13, 200
- RG, Urteil vom 17.03.1885 – II. 467/84, RGZ 13, 298
- RG, Urteil vom 09.01.1886 – V. 213/85, Gruchot 30, 1033
- RG, Urteil vom 04.12.1886 – I. 356/86, Gruchot 31, 399
- RG, Urteil vom 05.03.1887 – I. 23/87, RGZ 19, 59
- RG, Urteil vom 25.04.1887 (VI.), SeuffA 42, 397 Nr. 281
- RG, Urteil vom 02.02.1889 – I. 332/88, RGZ 24, 45
- RG, Urteil vom 17.09.1889 – III. 133/89, RGZ 24, 161
- RG, Urteil vom 14.11.1889 – VI. 154/89, Gruchot 34, 464
- RG, Urteil vom 02.06.1890 – VI. 68/90, RGZ 26, 180
- RG, Urteil vom 18.06.1890 – I. 143/90, SeuffA 46, 144

- RG, Urteil vom 30.10.1890 – VI. 116/90, RGZ 27, 26
- RG, Urteil vom 20.01.1891 – III. 231/90 (unveröffentlicht)
- RG, Urteil vom 29.02.1892 – VI. 305/92, JW 1892, 243 Nr. 25
- RG, Urteil vom 30.06.1892 – IV. 134/92, Gruchot 37, 119
- RG, Urteil vom 07.12.1892 (V.), Gruchot 37, 911
- RG, Urteil vom 21.01.1893 – V. 174:316/92, RGZ 30, 273
- RG, Urteil vom 01.03.1893 – V. 288/92, JW 1893, 208 Nr. 53
- RG, Urteil vom 28.03.1893 – III. 329/92, Gruchot 37, 967
- RG, Urteil vom 04.11.1893 – V. 207/98, RGZ 32, 216
- RG, Urteil vom 15.12.1893 – II. 119/93, JW 1894, 60 Nr. 25
- RG, Urteil vom 12.02.1894 – IV. 293/93, JW 1894, 209 Nr. 59
- RG, Urteil vom 07.04.1894 – V. 339/93, JW 1894, 287 Nr. 28
- RG, Urteil vom 21.05.1895 – III. 55/95, RGZ 35, 77
- RG, Urteil vom 12.12.1895 – VI. 249:287/95, JW 1896, 82 Nr. 72
- RG, Urteil vom 20.12.1895 – III. 264/95, JW 1896, 81 Nr. 67
- RG, Urteil vom 07.01.1896 – III. 375/95, JW 1896, 82 Nr. 71
- RG, Urteil vom 26.02.1896 (V.), JW 1896, 211 Nr. 47
- RG, Urteil vom 11.03.1896 – V. 354/95, JW 1896, 213 Nr. 52
- RG, Urteil vom 08.06.1896 – VI. 1/96, RGZ 37, 103
- RG, Urteil vom 21.11.1896 – I. 224/96, JW 1897, 25 Nr. 60
- RG, Urteil vom 16.01.1897 – V. 230/96, Gruchot 41, 421
- RG, Urteil vom 26.01.1898 – I. 447/97, RGZ 41, 1
- RG, Urteil vom 30.03.1898 – I. 21/98, JW 1898, 373 Nr. 78
- RG, Urteil vom 28.10.1899 – I. 242/99, RGZ 44, 103
- RG, Urteil vom 23.12.1899 – V. 233/99, RGZ 45, 80

- RG, Urteil vom 02.07.1900 – IV. 121/00, RGZ 46, 165
- RG, Urteil vom 13.07.1900 – III. 146/1900, JW 1900, 670 Nr. 32
- RG, Urteil vom 17.06.1902 – II. 101/02, DJZ 1902, 485 Nr. 59
- RG, Urteil vom 28.10.1902 – II. 193/02, RGZ 52, 385
- RG, Urteil vom 30.10.1902 – VI. 208/02, RGZ 52, 373
- RG, Urteil vom 03.01.1903 – II. 294/02, DJZ 1903, 153 Nr. 30
- RG, Urteil vom 29.09.1903 – VII. 198/03, RGZ 55, 334
- RG, Urteil vom 10.10.1903 – I. 184/1903, Gruchot 48, 867
- RG, Urteil vom 11.03.1904 – VII. 498/03, RGZ 57, 175
- RG, Urteil vom 03.06.1904 – 106/1904, Gruchot 48, 891
- RG, Urteil vom 08.11.1904 – VII. 173/04, RGZ 59, 146
- RG, Urteil vom 23.11.1904 – V. 215/04, RGZ 59, 190
- RG, Urteil vom 06.02.1905 – III. 273/05, RGZ 62, 386
- RG, Urteil vom 07.11.1905 – VII. 53/05, RGZ 61, 430
- RG, Urteil vom 01.10.1907 – VII. 524/06, RGZ 67, 166
- RG, Urteil vom 05.06.1908 – VII. 527/107, RGZ 69, 44
- RG, Urteil vom 01.10.1909 – VII. 533/08, JW 1909, 734 Nr. 38
- RG, Urteil vom 19.10.1909 – VII. 409/07, Warn 1910, 38 Nr. 38
- RG, Urteil vom 21.01.1910 (VII.), Recht 1910 Nr. 1076/JW 1910, 230 Nr. 6
- RG, Urteil vom 05.05.1911 – III. 204/10, JW 1911, 576 Nr. 10
- RG, Urteil vom 18.05.1911 – VI. 338/10, JW 1911, 650 Nr. 22
- RG, Urteil vom 12.06.1911 – II. 14/11, RGZ 76, 345
- RG, Urteil vom 20.03.1912 – V. 352/11, RGZ 79, 121
- RG, Urteil vom 08.11.1912 – VII. 218/12, JW 1913, 132 Nr. 8
- RG, Urteil vom 04.07.1913 – VII. 181/13, RGZ 83, 50

- RG, Urteil vom 19.02.1914 – VII. 448/13, RGZ 84, 214
- RG, Urteil vom 10.10.1917 – V. 159/17, RGZ 91, 12
- RG, Urteil vom 22.02.1918 – III. 402/17, RGZ 92, 238
- RG, Urteil vom 05.11.1918 – VII. 202/18, RGZ 94, 305
- RG, Urteil vom 28.02.1922 – VII. 372/21, SeuffA 77, 261
- RG, Urteil vom 14.10.1927 – VII. 122/27, RGZ 118, 209
- RG, Urteil vom 30.10.1931 – VII. 116/31, RGZ 134, 225
- RG, Urteil vom 08.04.1932 – II. 362/31, RGZ 136, 100
- RG, Urteil vom 09.04.1932 – IV. 74/31, RGZ 136, 247
- RG, Urteil vom 14.06.1932 – VII. 43/32, RGZ 136, 395
- RG, Urteil vom 19.09.1933 – II. 70/33, RGZ 142, 139
- RG, Urteil vom 11.10.1935 – VII. 48/35, RGZ 149, 19
- RG, Urteil vom 18.10.1935 – II. 55/35, RGZ 149, 96
- RG, Urteil vom 06.04.1937 – II. 238/36, RGZ 155, 26

### **Abkürzungen Zeitschriften:**

AcP, Archiv für civilistische Praxis (Band, Jahr und Seite)

ALR, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten

ArchBR, Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von J. Kohler und V. Ring (Band, Jahr und Seite)

BGHZ, Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen (Band und Seite)

DJZ, Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)

DZWIR, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Jahrg. und Seite)

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J.A. Gruchot (Band, Jahr und Seite)

Jherings Jahrbücher, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik, begründet von R. v. Jhering und C. F. v. Gerber (Band, Jahr und Seite)

JW, Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)

JuS, Juristische Schulung (Jahr und Seite)

JZ, Juristische Zeitung (Jahr und Seite)

LZ, Leipziger Zeitschrift für Handels- Konkurs- und Versicherungsrecht (Jahr und Seite).

MDR, Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahrg. und Seite)

NJW, Neue Juristische Wochenschrift (Jahrg. und Seite)

Rechtshistorische Journal, herausgegeben von Dieter Simon (Band, Jahr und Seite)

RGZ, Reichsgerichtliche Entscheidungen in Zivilsachen (Band und Seite)

RGBl, Reichsgesetzblatt (Jahr und Seite)

ROHGE, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgericht (Band, Jahrg. und Seite)

SeuffA., Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Band und Nummer, z. T. Seite)

SZGA, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung (Jahrg. und Seite)

Warn, Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (Jahrg. und Seite).

ZHR, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, begründet von Levin Goldschmidt (Jahrg., Jahr und Seite)

ZZP, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (Band, Jahr und Seite)

## Sonstige Abkürzungen:

### A

a.A. anderer Ansicht  
a.a.O. am angegebenen Ort  
a.E. am Ende  
Abb. Abbildung  
ABl. Amtsblatt  
Abs. Absatz  
Abschn. Abschnitt  
Alt. Alternative  
Anl. Anlage  
Anm. Anmerkung  
Art. Artikel  
Aufl. Auflage  
Az. Aktenzeichen

### B

Bd. Band  
Beschl. v. Beschluss vom  
Bsp. Beispiel  
bspw. beispielsweise  
bzgl. bezüglich

### C

ca. circa

### D

ders. derselbe  
dgl. dergleichen  
dt. deutsch

### E

evtl. eventuell

### F

FS Festschrift  
Fn. Fußnote

### G

gem. gemäß  
ggf. gegebenenfalls  
grds. grundsätzlich

### H

h.A. herrschende Ansicht  
h.M. herrschende Meinung  
Hrsg. Herausgeber  
Hs. Halbsatz

### I

i.A. im Auftrag  
i.d.F. in der Fassung  
i.d.R. in der Regel  
i.d.S. in diesem Sinne  
i.E. im Ergebnis  
i.R.d. im Rahmen der/des  
i.R.v. im Rahmen von  
i.S.d. im Sinne des/der  
i.S.v. im Sinne von  
i.Ü. im Übrigen  
i.V. in Vertretung  
insb. insbesondere

## **M**

m.E. meines Erachtens  
max. maximal  
min. minimal  
Mio. Millionen  
Mrd. Milliarden  
MwSt. Mehrwertsteuer

## **N**

Nr. Nummer

## **O**

o.a. oben angegeben  
o.Ä. oder Ähnliches  
o.ä. oder ähnlich  
o.g. oben genannt

## **P**

p.a. pro anno  
Pos. Position  
pp. per procura

## **R**

rd. rund  
Rn. Randnummer  
Rs. Rechtssache  
Rspr. Rechtsprechung  
Ziff. Ziffer  
zit. zitiert  
zzgl. zuzüglich

## **S**

S. Seite

s. siehe  
s.a. siehe auch  
s.o. siehe oben  
s.u. siehe unten  
sog. sogenannt

## **T**

Tab. Tabelle  
Tsd. Tausend

## **U**

u.Ä. und Ähnliches  
u.a.m. und anderes mehr  
u.E. unseres Erachtens  
u.U. unter Umständen  
Urt. v. Urteil vom  
usw. und so weiter

## **V**

v.a. vor allem  
v.H. vom Hundert  
vgl. vergleiche  
Vorb. Vorbemerkung

## **Z**

z.Hd. zu Händen  
z.T. zum Teil

