

Das japanische Register für Mobiliarsicherheiten

Modell für Deutschland?

Robert KORVES*

- I. Einleitung
- II. Das japanische Register für Mobiliarsicherheiten
 - 1. Grundstrukturen der Begründung und Übertragung dinglicher Rechte und der Forderungsabtretung im japanischen Zivilrecht
 - 2. Hintergrund und Anwendungsbereich des Sondergesetzes
 - 3. Materiell-rechtliche Wirkungen einer Eintragung
 - 4. Registerverfahren
- III. Das japanische Register als Modell für Deutschland
 - 1. Anzeigemöglichkeit für Zessionar
 - 2. Beweiskraft eines Registerauszugs
 - 3. Klagelast und Kostenrisiko
 - 4. Wertverfolgung in der Insolvenz
 - 5. Internationale Anerkennung bei beweglichen Sachen
 - 6. Materielle Publizität?
- IV. Fazit und Ausblick

* Dr. iur., Habilitand und Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Prozessrecht und Bürgerliches Recht von Herrn Professor Dr. Peter A. WINDEL an der Ruhr-Universität Bochum.

Der Beitrag und die Übersetzungen sind während eines Forschungsaufenthaltes an der Universität Kyōto entstanden, der auf Empfehlung des Deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD) von der Japan Society for the Promotion of Science (JSPS) mehr als großzügig gefördert worden ist. Für die Ermöglichung des Forschungsaufenthalts und die damit verbundenen organisatorischen Mühen danke ich herzlich Herrn Professor Dr. Keizō YAMAMOTO [山本敬三] und meinem verehrten akademischen Lehrer Herrn Professor Dr. Peter A. WINDEL. Für die tatkräftige Unterstützung vor Ort und die vielen hilfreichen Erläuterungen zum japanischen Recht danke ich herzlich Herrn Professor Katsuyuki WADA [和田勝行]. Für die wertvollen Hinweise zu einigen schwierigen Übersetzungsfragen danke ich herzlich Frau Professor Dr. Gabriele KOZIOL und Herrn Professor Dr. Fumihito NAGANO [長野史寛]. Unmöglich geblieben wäre mein Aufenthalt ohne den treuen Rückhalt meiner Frau Sarah, die in dieser Zeit vieles alleine zu schultern hatte und gleichwohl das Vorhaben bedingungslos unterstützt hat. Trotz der Wirren durch die Corona-Pandemie wird mir der Aufenthalt stets in wunderbarer Erinnerung bleiben. Angegebene Links wurden letztmalig am 11. November 2021 überprüft.

I. EINLEITUNG

Was der deutschen Zivilprozessrechtsdogmatik die Streitgegenstandslehren sind, ist dem Kreditsicherungsrecht die Publizitätsfrage für Mobiliarsicherheiten. Die Intensität der Debatte oszilliert dabei ebenso, wie sich ihr Fokus stetig verschiebt. War es im Vor- und Umfeld der großen Insolvenzrechtsreform die Auszehrung der Konkursmasse durch publizitätslose Mobiliarsicherheiten, wird seit einiger Zeit der deutsche Sonderweg mit publizitätslosen konkursfesten Sicherheiten als Hindernis auf dem Weg zu einem gemeineuropäischen Kreditsicherungsrecht ausgemacht. Die Thematik ist daher treffend als „Wiedergänger“¹ beschrieben worden. Trotz des regen Interesses hat sich die deutsche Reformdiskussion auf der Suche nach Vorbildern für ein Mobiliarsicherheitenregister in den vergangenen Jahrzehnten praktisch ausschließlich am *notice filing* des Uniform Commercial Code (UCC) und den davon beeinflussten Regelwerken abgearbeitet.² Die Überbelichtung des *notice filing* ist aber weniger auf seine Eignung,³ sondern wohl hauptsächlich auf einen Mangel an sichtbaren Alternativen⁴ zurückzuführen.⁵ Auch dem Draft Common Frame of Reference (DCFR) wird gera-

-
- 1 M. HEESE, Die Dogmatik der Mobiliarsicherheiten, in: Boele-Woelki / Faust / Jacobs et al. (Hrsg.), Festschrift für K. Schmidt, Bd. I (2019) 409, 419; ähnlich M. BRINKMANN, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen (2011) 2: „Dauerthema“.
 - 2 Insbesondere E.-M. KIENINGER, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, Wertpapier Mitteilungen 2005, 2305 ff.; 2353 ff.; E.-M. KIENINGER, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 208 (2008), 182, 196 ff.; E.-M. KIENINGER, Gestalt und Funktion einer „Registrierung“ von Mobiliarsicherungsrechten, Rheinische Notar-Zeitschrift (RNotZ) 2013, 216 ff.; E.-M. KIENINGER, Perspektiven für ein Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2016, 201 ff.; BRINKMANN, *supra* Fn. 1, 349 ff., 424 ff.; M. BRINKMANN, Der deutsche Sonderweg im Recht der Sicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen (und warum er bisher funktioniert hat), in: Limperg / Bormann / Filges et al. (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Carl Heymanns Verlag (2015) 277, 283 ff.
 - 3 Fundierte Kritik insbesondere von M. HEESE, Das U.S.-amerikanische Registerpfandrecht als Modell für deutsche und europäische Reformen?, Zeitschrift für Insolvenzrecht 2010, 405, 414 ff.; HEESE, *supra* Fn. 1, 420 ff.
 - 4 Besonders deutlich KIENINGER, ZEuP, *supra* Fn. 2, 212: „*notice filing* der einzig denkbare und sinnvolle Kompromiss“.
 - 5 Zu den vielfältigen Gründen für die unterschiedlich starke Ausstrahlungswirkung einzelner Rechtsordnungen und Rechtsinstitute P. MANKOWSKI, Rechtskultur (2016) 481 ff., 503 ff.; insbesondere zum Einfluss unterschiedlicher Rechtskulturen durch die am japanischen Kodifikationsprozess beteiligten Personen G. RAHN, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan (1990) 95 f.; H.-P. MARUTSCHKE,

de in der Frage der Registerpublizität die Vorbildfunktion abgesprochen⁶ und stattdessen für die Entwicklung eines deutschen Modells plädiert, das seinerseits eine Vorreiterrolle in Europa einnehmen könnte.⁷

In der Diskussion bisher nahezu unbeachtet geblieben ist das japanische Register für Mobiliarsicherheiten. Soweit ersichtlich war es zuletzt Oskar HARTWIG,⁸ der neben dem deutschen und US-amerikanischen auch das japanische Recht zum Gegenstand einer rechtsvergleichenden Betrachtung des Mobiliarkreditsicherungsrechts gemacht hatte, wenngleich sein Schwerpunkt ebenfalls auf dem US-amerikanischen Recht lag.⁹ Zu dieser Zeit war das japanische Register noch nicht allgemein eingeführt, geschweige denn über deutschsprachige Sekundärliteratur erschlossen. Aber auch seit seiner Einführung 1998 gab es bis vor kurzem¹⁰ trotz der mittlerweile reichlich vorhandenen deutschsprachigen Literatur zum japanischen Schuld-, Sachen- und Kreditsicherungsrecht nicht einmal eine Überblicksdarstellung in deutscher Sprache. Die Unerschlossenheit in westlichen Sprachen dürfte der einzige Grund sein, warum das japanische Modell in der deutschen Diskussion bisher außer Acht geblieben ist. Sachliche Grün-

Übertragung dinglicher Rechte und gutgläubiger Erwerb im japanischen Immobiliarsachenrecht (1997) 13 f.; A. SANDERS, Die japanische Rezeption europäischen Zivilrechts – Ein Modell für die europäische Rechtsvereinheitlichung?, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2002, 96, 104 ff.; ganz ausführlich C. SOKOLOWSKI, Der so genannte Kodifikationstreit in Japan (2010).

6 HEESE, *supra* Fn. 1, 418; tendenziell ebenso BRINKMANN, *supra* Fn. 1, 483 ff.

7 BRINKMANN, *supra* Fn. 1, 485 ff.; HEESE, *supra* Fn. 1, 424 f.

8 O. HARTWIG, Die Publizität von Mobiliarsicherheiten im deutschen, US-amerikanischen und japanischen Recht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, 96 ff.

9 Die deutsche Rechtslage und Reformdiskussion dürfte dem Adressatenkreis hinlänglich bekannt sein, die Betrachtung der japanischen beschränkte sich auf die Rezeption der wenigen deutschsprachigen Veröffentlichungen, so dass diese Rechtswelt für HARTWIG, *supra* Fn. 8, 97 „noch ferner [als die US-amerikanische] liegt“.

10 Nunmehr K. WADA, Digitale Registerpublizität im Recht der Mobiliarsicherheiten, ZJapanR / J.Japan.L. 48 (2019) 79 ff., dessen Beitrag auf einen Vortrag zurückgeht, dessen thematische Ausrichtung von mir angestoßen worden war; Erwähnung findet das Register im deutschsprachigen bzw. übersetzten Schrifttum bei K. MASUI, Zur japanischen Sicherungsübereignung – unter besonderer Berücksichtigung ihrer rechtlichen Konstruktion, in: Kunig / Nagata (Hrsg.) Persönlichkeitsschutz und Eigentumsfreiheit in Japan und Deutschland (2009) 223, 225 Fn. 7; H. MATSUOKA, Dingliche Kreditsicherheiten, in: Baum / Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (2011) § 14 Rn. 8 f. mit Fn. 14; 176 f.; M. BÄLZ, Zur Entwicklung des Rechts der Forderungsabtretung aus deutscher Sicht, in: Tadaki / Baum (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung in Japan (2014) 101, 112 ff.; M. IKEDA, Das japanische System der Forderungsübertragung und der Zwischenentwurf zur Reform des Schuldrechts: unter Einschluss der Fragen an die deutsche Seite, in: Tadaki / Baum (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung in Japan (2014) 317, 320.

de dafür gibt es jedenfalls nicht. Im Gegenteil versprechen die Zugehörigkeit des japanischen Rechts zum Kreis der *Civil Law*-Systeme¹¹ und dessen enge Verwandtschaft gerade mit dem deutschen und französischen materiellen Zivil- und Haftungsrecht vielsprechende Erkenntnisse für ein deutsches oder gar europäisches Modell.

II. DAS JAPANISCHE REGISTER FÜR MOBILIARSICHERHEITEN

Die Rechtsgrundlage des japanischen Registers für Mobiliarsicherheiten stellt ein Einzelgesetz dar, das 1998 verabschiedet und seitdem mehrfach reformiert worden ist.¹² Es enthält nicht ausschließlich formelles Recht, sondern auch Regelungen über die zentralen materiell-rechtlichen Wirkungen der Eintragungen, weshalb es in Übereinstimmung mit der japanischen Bezeichnung nachfolgend nicht als „Registergesetz“, sondern als „Sondergesetz“ (SoG) bezeichnet wird. Aufgrund der engen Verzahnung mit dem materiellen Zivilrecht ist es unerlässlich, zunächst einen Blick auf die Grundstrukturen der Rechtsbegründung und -übertragung im japanischen Zivilrecht zu werfen (1.), bevor wir uns dem Hintergrund und Anwendungsbereich des Sondergesetzes (2.), dessen materiell-rechtlichem Gehalt (3.) und dem Registerverfahren (4.) näher zuwenden.

1. Grundstrukturen der Begründung und Übertragung dinglicher Rechte und der Forderungsabtretung im japanischen Zivilrecht

Der große Einfluss des deutschen und französischen Rechts auf die Kodifikation des japanischen Zivilrechts muss hier nicht vertieft werden.¹³ Obgleich man den deutschen Einfluss gemeinhin deutlich stärker gewichtet als den französischen, ist letzterer bei den hier im Fokus stehenden Grundstrukturen der Begründung und Übertragung von Rechten bis heute unver-

11 U. KISCHEL, Rechtsvergleichung (2015) § 9 Rn. 135 ff.; zum Erkenntniswert und gegen die Kritik an der Lehre von den Rechtskreisen C. A. KERN, In der Zange der Zahlen: Rechtsvergleichung und wissenschaftlicher Zeitgeist, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 116 (2017) 419, 433 f.

12 動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律 *Dōsan oyobi saiken no jōto no taikō yōken ni kansuru Minpō no tokurei-tō ni kansuru hōritsu* [Gesetz über Sonderregelungen etc. zum Zivilgesetz betreffend die Voraussetzungen der Entgegensetzbarkeit der Übertragung von beweglichen Sachen und Forderungen], Gesetz Nr. 104/1998, deutsche Übersetzung in diesem Heft, S. 259.

13 Z. KITAGAWA, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan (1970) 27 ff.; H. BAUM / M. BÄLZ, Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung, in: Baum / Bälz (Hrsg.), Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (2011) § 1 Rn. 15 ff.; SANDERS, *supra* Fn. 5, 101 ff.

kennbar.¹⁴ Sowohl im Hinblick auf Forderungen als auch auf bewegliche wie unbewegliche Sachen gilt grundsätzlich das Konsensprinzip flankiert von unterschiedlichen Voraussetzungen zur Herbeiführung der Entgegensetzbarkeit (対抗要件, *taikō yōken*), die im Französischen gemeinhin als *opposabilité* bezeichnet wird.¹⁵

a) Sachen

Die Begründung und Übertragung dinglicher Rechte wird gemäß Art. 176 民法 (*Minpō*, Zivilgesetz, nachfolgend ZG)¹⁶ durch bloßen Konsens wirksam. Der Erwerb, Verlust und Änderung dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen kann gemäß Art. 177 ZG jedoch Dritten erst ab dem Zeitpunkt entgegengesetzt werden, ab dem sie in das Register eingetragen werden. Bei der Übereignung beweglicher Sachen kommt es gemäß Art. 178 ZG auf deren Übergabe an. Daneben existieren für bestimmte Sachen alternative Publizitätsakte.¹⁷ Hingegen ist die Bestellung – nicht erst die Entgegensetzbarkeit – eines Pfandrechts (質権, *shichiken*) wie im deutschen Recht an die Übergabe der Sache geknüpft (Art. 344 ZG), eine Bestellung qua Besitzkonstitut ausgeschlossen (Art. 345 ZG).

b) Forderungen

Für die Abtretung lässt das japanische Recht ebenso eine Einigung genügen. Für die Entgegensetzbarkeit¹⁸ fordert es entweder die Anzeige durch den Zedenten an den Schuldner oder dessen Zustimmung (Art. 467 Abs. 1 ZG). An den unterschiedlichen Formerfordernissen für Anzeige und Zu-

14 K. W. NÖRR, Die Forderungszession im deutschen BGB und japanischen ZGB, in: Knütel / Nishimura (Hrsg.), Hundert Jahre Japanisches Zivilgesetzbuch (2004) 283; SOKOŁOWSKI, *supra* Fn. 5, 483 f., 487; K. WADA, Das Recht der Forderungsabtretung, in: Yamamoto / Koziol (Hrsg.), Das reformierte japanische Schuldrecht (2021) 109 ff.; warum sich gerade in dieser Frage das französische Modell trotz der Totalrevision des alten ZG (旧民法, *Kyū-minpō*) in das Zivilgesetz hinüberretten konnte, ist offenbar unklar.

15 Zur 対抗要件 *taikō yōken* [Entgegensetzbarkeit] im japanischen Recht näher S. WAGATSUMA [我妻榮] / T. ARIIZUMI [有泉亨], 新訂 物権法(民法講義II) [Neuaufgelegtes Sachenrecht (Lehrbuch zum Zivilrecht II)] (1983) 70 ff.; S. WAGATSUMA [我妻榮], 新訂 債権総論(民法講義IV) [Neuaufgelegtes Schuldrecht Allgemeiner Teil (Lehrbuch zum Zivilrecht IV)] (1964) 541; MARUTSCHKE, *supra* Fn. 5, 136 ff., 156 ff.; zur französischen *opposabilité* M. FERID, Das Französische Zivilrecht (1971), Bd. 1, 568; Bd. 2, 937 ff., 949 ff.; MARUTSCHKE, *supra* Fn. 5, 147 ff.

16 Gesetz Nr. 89/1896.

17 WAGATSUMA / ARIIZUMI, *supra* Fn. 15, 199 ff.

stimmung zeigt sich, warum in enger Anlehnung an die japanische (対抗要件, *taikō yōken*) – und auch französische (*opposabilité*) – Rechtssprache der Begriff „Entgegenseitzbarkeit“ dem schillernden der „Drittwirksamkeit“ vorzuziehen ist. Zu den von der Abtretung unmittelbar Betroffenen zählen neben den jeweiligen Gläubigern des Zedenten und des Zessionars auch der Schuldner der Forderung. Anders als die Gläubiger, die durch die entgegenseitzbare Abtretung eine Zugriffsmöglichkeit verlieren bzw. gewinnen, bleibt die Abtretung für den Schuldner haftungsrechtlich neutral, insbesondere weil ihm eine bis dahin begründete Aufrechnungslage und (sonstige) Einwendungen erhalten bleiben. Man mag den Schuldner daher auch als Dritten bezeichnen, muss sich aber bewusst sein, dass dessen Interessen anders gelagert sind als diejenigen sonstiger Dritter. Im japanischen Recht unterscheiden sich daher die an die Entgegenseitzbarkeit gestellten Voraussetzungen je nachdem, ob es um den Schuldner oder (andere) Dritte geht. Für die Entgegenseitzbarkeit dem Schuldner gegenüber reichen formlose Anzeige bzw. Zustimmung. Das ist konsequent, weil es im Streitfalle Sache des Zedenten oder Zessionars ist nachzuweisen, dass und wann dies erfolgt sei. Für die Entgegenseitzbarkeit gegenüber (anderen) Dritten hingegen müssen Anzeige¹⁹ oder Zustimmung in einer Urkunde mit beweiskräftigem Datum erfolgen (Art. 467 Abs. 2 ZG).²⁰ Das ist ebenso konsequent, wenn man die Funktion eines Publizitätserfordernisses (auch) darin erblickt, Verschiebungen der haftungsrechtlichen Zuordnung objektiv nachvollziehbar zu machen. Die Bestellung eines Pfandrechts an Forderungen ist in gleicher Weise wie die Abtretung ausgestaltet. Für die Voraussetzungen der Entgegenseitzbarkeit verweist Art. 364 ZG auf Art. 467 ZG.

2. Hintergrund und Anwendungsbereich des Sondergesetzes

Die beschriebene Ausgestaltung des Zessionsrechts im Zivilgesetz erlaubt keine vollwirksame stille Zession. Bei einer Vielzahl von Forderungen vor allem mit unterschiedlichen Schuldner ist das Anzeigeerfordernis mindestens lästig, wenn nicht praktisch unmöglich zu erfüllen.²¹ Rechtlich unmög-

18 Für die Gläubigeranfechtung (Art. 424 ZG) kommt es demgegenüber allein auf die Abtretung an, OGH, 12. Juni 1998, 民集 Minshū 52, 1121 = ZJapanR / J.Japan.L. 8 (1999) 157.

19 Zu den weiteren Anforderungen an die Anzeige OGH, 22. November 2001, 民集 Minshū 55, 1056 = ZJapanR / J.Japan.L. 15 (2003) 280 f.; OGH, 27. November 2001, 民集 Minshū 55, 1090 = ZJapanR / J.Japan.L. 15 (2003) 281.

20 Näher dazu und zur gängigen Praxis WADA, *supra* Fn. 10, 81 f.

21 Dieses Problem wurde auch schon im deutschen Kodifikationsprozess gesehen, vgl. B. MUGDAN (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II (1899) 572.

lich ist es bei künftigen Forderungen, deren Schuldner noch nicht bestimmbar ist – wie das auch bei Globalabtretungen von Forderungen aus künftiger Weiterveräußerung besicherter beweglicher Sachen die Regel ist.²² Weder kann eine Anzeige erfolgen noch eine Zustimmung eingeholt und damit die Voraussetzung der Entgegensetzbarkeit herbeigeführt werden. Daher war es insbesondere für Banken praktisch unmöglich, Refinanzierungsgeschäfte durch die Besicherung von Forderungsbeständen zu tätigen. Abhilfe schafften auf bestimmte Finanztransaktionen zugeschnittene Sonderregelungen, die 1992 eingeführt worden waren und als Vorläufer des Sondergesetzes gelten.²³ Die zunächst bereichsspezifisch begrenzte Registrierungsmöglichkeit bedeutete also keine Verschärfung der bestehenden Publizitätsanforderungen, sondern mit dem Register ist eine weitere Möglichkeit geschaffen worden, die Entgegensetzbarkeit zu begründen. Ihren Ausgang hat sie in dem praktischen Bedürfnis genommen, Globalabtretungen möglichst weitreichend Dritten entgegensetzen zu können. 1998 ist das Register auf eine neue gesetzliche Grundlage gehoben worden und aus der bereichsspezifischen Ausnahme wurde eine Möglichkeit für alle juristischen Personen, Zessionen registrieren zu lassen und so die Voraussetzung der Entgegensetzbarkeit herbeizuführen.

Während in der deutschen Diskussion die Vorzüge der stillen Zession gegenüber dem Pfandrecht vorwiegend im Geheimhaltungsinteresse gesehen und die revolvingenden Globalsicherheiten eher als Hindernis für Registerpublizität angeführt werden, ebnete das japanische Register gerade den revolvingenden Globalsicherheiten überhaupt erst den Weg. Die seitdem ebenfalls mögliche Zession am Schuldner vorbei mag ein willkommener Begleiteffekt sein,²⁴ kann aber schon deswegen nicht vorwiegender oder gar alleiniger Zweck sein, weil dem Schuldner ein uneingeschränktes Recht zur Einsicht in das Register zusteht.²⁵ Man kann daher nicht von einer „stillen“, sondern bloß von einer „leisen“ Zession sprechen. Neben der praktischen Notwendigkeit im Hinblick auf Globalzessionen besteht ein weiterer Vorteil darin, dass bei der „leisen Zession“ im Sicherungsfall auch der Zessionar allein dem Schuldner rechtssicher Kenntnis von der Abtretung verschaffen kann mittels eines beweiskräftigen Registerauszugs.

22 Zum Bestimmtheitserfordernis bei der Abtretung künftiger Forderungen OGH, 21. April 2000, 民集 Minshū 54, 1562 = ZJapanR / J.Japan.L. 13 (2002) 283; OGH, 10. Oktober 2002, 民集 Minshū 56, 1742 = ZJapanR / J.Japan.L. 17 (2004) 258 f.

23 Zusammenfassend dazu M. JANSSEN / O. KLIESOW, Verabschiedete Gesetze: Bericht über die 144. bis 145. Sitzungsperiode des Japanischen Parlaments, ZJapanR / J.Japan.L. 8 (1999) 127, 128 f.

24 WADA, *supra* Fn. 10, 82 f., nennt sie als einen von drei Vorteilen, den das Registersystem gegenüber den allgemeinen Zessionsregeln habe.

25 Dazu näher unter II.4.c).

Die später erfolgte Ausweitung des Registers auf das Forderungspfandrecht erscheint insofern konsequent, als nach den allgemeinen Regeln des Zivilgesetzes die Bestellung eines Forderungspfandrechts denselben Voraussetzungen unterliegt wie die Abtretung (Art. 364 ZG). Der praktische Unterschied zwischen Sicherungszession und Forderungspfandrecht mit ihren gleichförmigen Voraussetzungen liegt in den Verwertungsmodalitäten: Anders als im deutschen Recht ist neben dem Zessionar auch der Pfandgläubiger unmittelbar – also ohne Vollstreckungstitel – zur Einziehung der verpfändeten (Geld-)Forderung berechtigt (Art. 367 Abs. 1 ZG), allerdings anders als der Zessionar beschränkt auf den Betrag der gesicherten Forderung (Art. 367 Abs. 2 ZG).

2004 wurde das Forderungsregister auf die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen durch juristische Personen erweitert, obwohl das Rechtsinstitut durch Wissenschaft und Rechtsprechung ein gefestigtes dogmatisches Fundament erlangt hatte.²⁶ Nicht unwesentlich für den Erfolg dürften die bestehenden Brücken gewesen sein. Das bereits erprobte Forderungsregister ermöglichte eine Anknüpfung an dessen rechtliche und organisatorische Strukturen. Aber auch das seit jeher bestehende Grundstücksregister hat sich eher positiv auf die Entwicklung des Forderungsregisters ausgewirkt. Während in Deutschland das Grundbuch als eine für Mobiliarsicherheiten bis heute unerreichbare Blaupause erscheint, die frühere Reformdiskussionen dominiert und dadurch zugleich behindert hatte, bot das japanische Immobilienregister Orientierung allein deshalb, weil die Sicherungsübereignung an unbeweglichen Sachen seit ihrer Anerkennung eintragungsfähig ist.

Das japanische Kreditsicherungsrecht hegt jedoch keine prinzipielle Aversion gegen publizitätslose Sicherheiten. Bis zu ihrer Eintragungsfähigkeit war die Sicherungsübereignung eine publizitätslose Mobiliarsicherheit, die sich in Japan von einem kaufähnlichen Sicherungsgeschäft hin zur treuhänderischen Vollrechtsübertragung mit den auch aus der deutschen Dogmengeschichte²⁷ hinlänglich bekannten Argumentationstopoi (Umgehungsgeschäft, Umdeutung in Pfandrechtsbestellung und analoge Anwendung der Pfandrechtsbestimmungen, Befugnis zu Drittwiderspruchs- oder Vorzugsklage etc.) entwickelt hatte.²⁸ Der Eigentumsvorbehalt ist nach wie vor gänz-

26 T. FUKUCHI [福地俊雄] / H. URABE [占部洋之], in: Yunoki [柚木馨] / Takagi [高木多喜男] (Hrsg.), 新版注釈民法(9) 物権(4) [Neuaufgelegter Kommentar zum Zivilrecht (9), Sachenrecht (4)] (2. Aufl., 2015) 647.

27 BRINKMANN, *supra* Fn. 1, 106 ff.

28 K. UEGAKI [植垣勝裕] / H. OGAWA [小川秀樹], 一問一答 動産・債権譲渡特例法 [Q&A Sondergesetz zur Übertragung von beweglichen Sachen und Forderungen] (3. erw. Aufl. 2009) 6; M. NAGATA, Sicherungsübertragung im japanischen Recht, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1985, 694 f.; M. NAGATA, Eigentum als abso-

lich vom Register ausgenommen. Ebenfalls nicht eingetragen werden können Pfandrechte an beweglichen Sachen. Schließlich tritt die Registerpublizität neben die allgemeinen Publizitätsträger des Zivilgesetzes, nicht an deren Stelle. Die Parteien des Sicherungsgeschäfts können also vollständig auf Registerpublizität verzichten und sich stattdessen auf die tradierten Formen verlassen. Für die Abtretung ist im Vorfeld der großen Reform des Zivilgesetzes intensiv darüber diskutiert worden, die Registereintragung zum alleinigen und für alle – also auch für natürliche Personen – geltenden Publizitätssystem zu erheben,²⁹ was sich jedoch bisher nicht durchgesetzt hat.³⁰

Ein klares Alternativverhältnis besteht hingegen zwischen Registerpublizität und den handelsrechtlichen Traditionspapieren. Vom Anwendungsbereich des Sondergesetzes ausgenommen sind Sicherungsübereignungen von Sachen, über die ein 倉荷証券 *kurani shōken* [Lagerschein], ein 船荷証券 *funani shōken* [Schiffsladeschein] oder ein 複合運送証券 *fukugō unsō shōken* [kombinierter Frachtschein] ausgestellt worden ist (Art. 3 Abs. 1 SoG). Diese Papiere haben – anders als im deutschen Recht³¹ – eine verdrängende Traditionswirkung. Ist ein solches Papier ausgestellt, kann über das Gut nur mittels des Papiers verfügt werden, und an dessen Übergabe sind für den Rechtserwerb dieselben Wirkungen geknüpft wie an die Übergabe des Guts.³²

Schlagwortartig zusammenfassend kann man die mit dem japanischen Mobiliarsicherheitenregister geschaffene Registerpublizität als *fakultativ*, *selektiv* und *partiell suspendiert* beschreiben: Sie ist fakultativ, weil die Parteien sich statt des Registers anderer Wirkformen zur Begründung von Mobiliarsicherheiten bedienen können. Sie ist selektiv, weil nicht alle Mobiliarsicherheiten erfasst sind, insbesondere der Eigentumsvorbehalt nicht, und das Register nur juristischen Personen offensteht. Sie wird suspendiert durch die handelsrechtlichen Legitimationspapiere.

lutes Recht, in: Kunig/Nagata (Hrsg.), Persönlichkeitsschutz und Eigentumsfreiheit in Japan und Deutschland (2009) 251, 254 ff.; MASUI, *supra* Fn. 10, 226 ff.

29 BÄLZ, *supra* Fn. 10, 112 ff.; IKEDA, *supra* Fn. 10, 320.

30 WADA, *supra* Fn. 10, 87 f., 90; WADA, *supra* Fn. 14, 111 f.

31 Die handelsrechtlichen Traditionspapiere des deutschen Rechts (§§ 448; 475g; 513 HGB) bieten eine alternative Möglichkeit der Verpfändung (§ 1292 BGB), verdrängen aber die Verpfändung durch Übergabe der Sache nicht, J. DAMRAU, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8 (8. Aufl., 2020) § 1205 Rn. 14.

32 Vgl. die Artt. 605, 607 (倉荷証券 *kurani shōken*, Lagerschein); 761, 763 (船荷証券 *funani shōken*, Schiffsladeschein); 769 Abs. 2 S. 1 (複合運送証券 *fukugō unsō shōken*, kombinierter Frachtschein) des 商法 *Shōhō* [Handelsgesetz (HG)], Gesetz Nr. 48/1899.

3. *Materiell-rechtliche Wirkungen einer Eintragung*

a) *Sicherungsübereignung*

Die Eintragung der Übereignung einer beweglichen Sache durch eine juristische Person hat dieselbe Wirkung wie die Übergabe gem. Art. 178 ZG. Das SoG bedient sich methodisch der Fiktion und ordnet in Art. 3 Abs. 1 an, dass „die Übergabe nach Art. 178 ZG in dem Zeitpunkt als erfolgt gilt, in dem die Eintragung erfolgt“. Es spielt dabei keine Rolle, ob sich der Veräußerer im (unmittelbaren) Besitz der Sache befindet (vgl. Art. 3 Abs. 2 SoG). Befindet sich die Sache im Besitz eines Vertreters,³³ so führt allein die Eintragung wohl noch nicht zum Wechsel des mittelbaren Besitzes, sondern dies erforderte nach allgemeinen Regeln die Anordnung seitens des Vertretenen (Art. 184 ZG). Verlangt der als Erwerber Eingetragene allein auf Grundlage der Eintragung die Sache vom Vertreter heraus, so obliegt es diesem, durch Rücksprache beim Vertretenen Zweifel auszuräumen, um sich nicht schadensersatzpflichtig zu machen (Art. 3 Abs. 2 SoG). Dies verdeutlicht noch einmal, dass die Eintragung keine positive Publizität nach deutschem Verständnis (vgl. etwa §§ 893, 2367 BGB) zeitigt.

b) *Sicherungsabtretung und Forderungspfandrecht*

Wie auch das ZG differenziert das SoG im Hinblick auf die materiell-rechtlichen Wirkungen zwischen dem Schuldner und (anderen) Dritten. Die Eintragung der Abtretung einer Geldforderung durch eine juristische Person hat anderen Dritten als dem Schuldner gegenüber dieselben Wirkungen wie die Vornahme der Anzeige in einer Urkunde mit beweiskräftigem Datum (vgl. 467 Abs. 2 ZG). Gemäß Art. 4 Abs. 1 SoG gilt die Anzeige basierend auf einer Urkunde mit beweiskräftigem Datum mit der Eintragung als erfolgt und für den Zeitpunkt ist das Datum der Eintragung maßgeblich.

Dem Schuldner gegenüber treten die Wirkungen wie nach den allgemeinen Regeln (vgl. Art. 467 Abs. 1 ZG) erst mit dessen Zustimmung oder einer Anzeige ein, jedoch kann letztere auch durch den Zessionar mittels Aushändigung eines Registerauszugs erfolgen (Art. 4 Abs. 2 SoG). Dies deckt sich im Grundsatz mit der deutschen Rechtslage, wenn der Zedent eine Urkunde über die Abtretung ausgestellt hat und diese dem Schuldner durch den Zessionar ausgehändigt wird (§ 410 Abs. 1 BGB). Allerdings vermeidet das japanische Recht die leidige im BGB getroffene Unterscheidung zwischen Kenntnis des Schuldners (§§ 406 f. BGB) und dem Zugang

33 Näher zur Stellvertretung im deutschen und japanischen Recht P. A. WINDEL, Die gewillkürte Vertretungsmacht in Deutschland und Japan, ZJapanR / J.Japan.L. 50 (2020) 75 ff.

der Anzeige (§ 409 BGB). Die japanische Registerlösung knüpft sämtliche Wirkungen dem Schuldner gegenüber einheitlich an den Zeitpunkt der Aushändigung des Registerauszugs (Art. 4 Abs. 3 SoG i.V.m. Artt. 468 Abs. 1; 469 Abs. 1 ZG). Für das Forderungspfandrecht gilt über die Verweisung der Art. 14 Abs. 1 SoG das gleiche wie für die Abtretung. Die Stellung des Drittschuldners im Sinn von Art 364 ZG entspricht derjenigen des Schuldners im Abtretungsrecht.

c) Eintragungsdauer und Verlängerung

Alle Eintragungen sind grundsätzlich befristet. Das unterstreicht den Charakter des Registers als Sicherheitenregister, obgleich es die Eigentums- und Forderungsübertragung nicht explizit auf Sicherungsgeschäfte beschränkt. Angesichts der Befristung erscheint es nicht sinnvoll, die Voraussetzung der Entgegensetzbarkeit bei der dauerhaften Vollrechtsübertragung mittels Registereintragung herbeiführen zu wollen. Sollte sich der japanische Gesetzgeber dazu entscheiden, die Registereintragung zum alleinigen Publizitätsmittel zu erheben, müsste man für Sicherungsgeschäfte einerseits und dauerhaft gewollte Vollrechtsübertragungen andererseits differenzierte Lösungen finden.

Die Dauer der Eintragung gehört zu ihrem wesentlichen Inhalt und ist bei Antragstellung anzugeben (Artt. 7 Abs. 2 Nr. 6; 8 Abs. 2 Nr. 5 SoG). Die Befristung unterliegt also privatautonomer Vereinbarung. Es gelten allerdings Höchstfristen, die nur in Ausnahmefällen überschritten werden können, und zwar für die Sicherungsübereignung 10 Jahre (Art. 7 Abs. 3 SoG) und für die Sicherungsabtretung sowie die Einräumung eines Forderungspfandrechts 50 Jahre, falls alle (Dritt-)Schuldner der besicherten Forderung bestimmt sind, andernfalls 10 Jahre (Artt. 8 Abs. 3; 14 Abs. 1 S. 1 SoG). Diese Höchstgrenzen dürfen auch durch eine spätere Verlängerung nicht überschritten werden (Art. 9 Abs. 1 S. 2; 14 Abs. 1 S. 1 SoG). Mit Ablauf der Frist enden die an die Eintragung geknüpften Wirkungen, was einer Befristung gleichkommt, wie sie für Rechtsgeschäfte auch nach allgemeinen Regeln möglich ist (vgl. Art. 135 Abs. 2 ZG, der den §§ 163; 158 Abs. 2 BGB entspricht).

d) Kein öffentlicher Glaube

Mit der Eintragung ist kein öffentlicher Glaube im Sinne des deutschen Rechts verbunden. Weder begründet eine Eintragung eine Vermutung für die Inhaberschaft des Rechts noch darf man von einer Nichteintragung oder Löschung auf das Nichtbestehen schließen. Dies ist allerdings keine Besonderheit des Sicherheitenregisters, sondern gilt auch für das Immobilienregister. Es wäre aber ein Kurzschluss, das allein mit der mangelnden Mitwir-

kung eines Notars³⁴ begründen zu wollen. Gerade beim Immobilienkauf sind die Makler gesetzlich verpflichtet, die Rechtsverhältnisse an der Immobilie klarzustellen und beide Parteien vor Vertragsschluss darüber schriftlich und mündlich aufzuklären; zumeist wird beim Vollzug zudem der Rechtsschreiber (司法書士, *shihō shoshi*) beteiligt.³⁵ Eine dem deutschen Recht vergleichbare Publizitätswirkung der Eintragung vertritt sich nicht mit dem Grundsatz, dass der Rechtserwerb keiner Eintragung bedarf. Wenn die Eintragung für den Rechtserwerb nicht konstitutiv ist und die Entgegensetzbarkeit überdies auf anderem Wege herbeigeführt werden kann, kann es keine negative Publizität geben. Positive Publizität im Sinne eines Vertrauens auf einen Rechtsscheinträger ist dem japanischen Recht grundsätzlich fremd. Eine dem gutgläubigen Erwerb vergleichbare Wirkung erzielt die japanische Doktrin im Immobiliarsachenrecht über die Grundsätze des Scheingeschäfts (Art. 94 Abs. 2 ZG): Das Vertrauen auf eine unrichtige Eintragung im Immobilienregister ist geschützt, sofern diese vom Berechtigten veranlasst oder geduldet war.³⁶ Grundlage des Vertrauensschutzes ist also nicht die Eintragung als solche, sondern der vom Berechtigten veranlasste Rechtsschein. Bewegliche Sachen können zwar grundsätzlich bei Übergabe gutgläubig erworben werden (Art. 192 ZG), doch gilt dies wiederum nicht für solche beweglichen Sachen, für die ein Registersystem besteht, wie das etwa für Kraftfahrzeuge der Fall ist.³⁷ Welche Bedeutung einer Eintragung im Mobiliarsicherheitenregister zukommt, ist umstritten.³⁸

34 A. KAISER, Immobilienrecht, in: Baum / Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (2011) § 16 Rn. 47 ff. Einen Aufschwung dürfte das Notariatswesen in Japan nunmehr dadurch erleben, dass mit dem reformierten Schuldrecht eine notarielle Form für (Rück-)Bürgschaftsverträge zur Sicherung von Unternehmensverbindlichkeiten etabliert worden ist, vgl. Artt. 465-6 ff.; näher dazu H. MATSUOKA, Bürgschaft, in: Yamamoto / Koziol, *supra* Fn. 14, 89, 100 ff.

35 KAISER, *supra* Fn. 34, § 16 Rn. 45 f.; zum Immobilienkauf im Überblick H.-P. MARUTSCHKE, Einführung in das Japanische Recht (2. Aufl., 2009) § 10 IV. 4.

36 Grundlegend OGH, 20. August 1954, 民集 Minshū 8, 1505; fortgeführt von OGH, 24. Juli 1970, 民集 Minshū 24, 1116; OGH, 22. September 1970, 民集 Minshū 24, 1424 = U. EISENHARDT et al. (Hrsg.), Japanische Entscheidungen zum Bürgerlichen Recht, I. Allgemeiner Teil und Sachenrecht (2004) Nr. 14; OGH, 28. April 1973, 民集 Minshū 27, 724; ausführlich M. YASUNAGA [安永正昭], 講義 物権・担保物権法 [Lehrbuch zum Sachen- und Sicherungsrecht] (3. Aufl. 2019) 90 ff.; MARUTSCHKE, *supra* Fn. 5, 223 ff.; im Überblick MARUTSCHKE, *supra* Fn. 35, § 9 IV. 2.

37 WAGATSUMA / ARIIZUMI, *supra* Fn. 15, 216; MARUTSCHKE, *supra* Fn. 35, § 10 V. 2.

38 Diesen Hinweis verdanke ich Herrn Professor K. WADA; nach MATSUOKA, *supra* Fn. 10, § 14 Rn. 176 a.E., soll eine Eintragung den gutgläubigen Erwerb (Art. 192 ZG) unter Umständen ausschließen können.

4. *Registerverfahren*

a) *Antrag*

Es gilt – wie im deutschen Registerrecht (vgl. §§ 13, 17 GBO) – das Antrags- und Prioritätsprinzip. Die Eintragungen werden grundsätzlich auf gemeinsamen Antrag des Veräußerers und Erwerbers vorgenommen (Artt. 7 Abs. 2; 8 Abs. 2; 9 Abs. 1 S. 1; 10 Abs. 1 SoG). Die Eintragungen sind nach der Reihenfolge der Annahme der Anträge vorzunehmen, gleichzeitig angenommene Anträge sind gleichzeitig einzutragen (Art. 10 動産・債権譲渡登記令 *Dōsan, saiken jōto tōki-rei*, Verordnung über die Eintragung der Übertragung beweglicher Sachen und Forderungen, VO SoG)³⁹. Um die mit den Postlaufzeiten verbundenen Zufälligkeiten zu verringern, sind alle postalisch eingegangenen Anträge gleichzeitig am Folgetag zuerst anzunehmen (Art. 9 S. 2 VO SoG). Der Antrag – zusammen mit den erforderlichen Anlagen (Art. 8 VO SoG) – ist grundsätzlich schriftlich und elektronisch einzureichen (Art. 7 Abs. 1, 5 VO SoG). Ebenso wie im deutschen Grundbuchverfahren gilt das formelle Konsensprinzip: Anträge sind grundsätzlich von Veräußerer und Erwerber gemeinsam zu stellen und werden vom Registerorgan lediglich formal geprüft (Art. 11 VO SoG).

Gegen Verfügungen und die Untätigkeit des Registrars kann Widerspruch eingelegt werden, der ein – dem deutschen Erinnerungsverfahren ähnliches – Rechtsbehelfsverfahren einleitet (Art. 19 SoG). Unrichtige Eintragungen können außerdem von Amts wegen berichtigt (Art. 12 VO SoG) und gelöscht (Art. 13 VO SoG) werden.

b) *Aufbau und Inhalt des Registers*

Das Register ist in ein Fahrnis- und ein Forderungsregister unterteilt (vgl. Art. 7 Abs. 1; 8 Abs. 1 SoG). In letzteres werden neben den Sicherungsabtretungen auch die Forderungspfandrechtsbestellungen eingetragen (vgl. Art. 14 Abs. 1 SoG). Aufgebaut sind die Register jeweils nach der Person des Sicherungsgebers. Es handelt sich also um ein zweigleisiges Personalfolienregister. Geführt wird es bei den sog. Justizämtern, die dem Justizministerium unterstehen (Art. 6 SoG). Die Eintragungen sind fortlaufend mit Datum zu nummerieren (Artt. 7 Abs. 2 Nr. 7 und 8; 8 Abs. 2 Nr. 1; 14 Abs. 1 S. 1 SoG). Außer dem Sicherungsgeber sind der Sicherungsnehmer sowie der Zeitpunkt des Sicherungsgeschäfts und die Befristungsdauer einzutragen (Artt. 7 Abs. 2 Nr. 1-4 und 6; 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 5; 14 Abs. 1 SoG). Bei der Abtretung ist zudem der Betrag der abgetretenen Forderung

39 Verordnung Nr. 296/1998, deutsche Übersetzung in diesem Heft, S. 271.

anzugeben, soweit diese bereits entstanden ist (Art. 8 Abs. 2 Nr. 3 SoG); entsprechendes gilt für das Forderungspfandrecht (Art. 14 Abs. 1 SoG).

Hervorzuheben sind schließlich die notwendigen Angaben zur Bestimmung der besicherten Gegenstände, die nicht von jedermann, sondern nur von einem eng definierten Personenkreis eingesehen werden können. Welche Angaben konkret erforderlich sind, bestimmt nicht das SoG, sondern die auf seiner Grundlage (Artt. 7 Abs. 2 Nr. 5; 8 Abs. 2 Nr. 4; 14 Abs. 1 SoG) erlassene Justizministerialverordnung (法務省令 *Hōmu-shō-rei*, JMVO SoG).⁴⁰ Diese unterscheidet formal zwischen solchen beweglichen Sachen, die (allein) durch ihre Eigenschaften, und solchen, die (allein) durch ihre Belegenheit bestimmt werden, lässt aber im Ergebnis über einen general-klauselartigen Auffangtatbestand die Eintragung jeglicher unterscheidungskräftigen Merkmale zu (Art. 8 JMVO SoG). Bei besicherten Forderungen ist – soweit bekannt – die Person des Schuldners und die Anzahl der Gläubiger zur Zeit der Entstehung der Forderung anzugeben. Außerdem ist anzugeben, ob die Forderung aus einem Geld- oder Warenkredit- oder sonstigen Geschäft herrührt, ferner das Entstehungsdatum und der Betrag der Forderung sowohl zum Zeitpunkt ihrer Entstehung als auch ihrer Besicherung.

c) Einsichtnahme durch Urkundenausfertigung

Die Einsichtnahme in das Register erfolgt durch die Ausfertigung beglaubigter Schriftstücke, die den Inhalt einer Eintragung dokumentieren und grundsätzlich zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet sind. Einen einfachen Registerauszug kann jedermann verlangen (Art. 11 Abs. 1 SoG). Dieser dokumentiert alle Eintragungen mit Ausnahme der Angaben zur Bestimmung der besicherten Gegenstände. Jedermann kann also Informationen über die Person des eingetragenen Sicherungsgebers, die mit ihm verbundenen Sicherungsnehmer und – bei bestehenden Forderungen – den eingetragenen Betrag einholen. Einen vollständigen Registerauszug können nur Personen mit einem näher definierten rechtlichen Interesse verlangen (Art. 11 Abs. 2 i. V. m. Art. 15 VO SoG). Neben dem Sicherungsgeber und dem Sicherungsnehmer sowie – bei bestehenden Forderungen – dem Schuldner sind das im Prinzip alle Personen, die ein Recht an dem besicherten Gegenstand haben, insbesondere Folgeerwerber, Pfand- und Pfändungsgläubiger sowie sonstige Vorzugs- und Nutzungsberechtigte wie etwa Mieter und die von Gesetzes wegen (vgl. Artt. 306 Nr. 2; 308 ZG) vorzugsberechtigten Angestellten des Sicherungsgebers. Ein Konflikt mit dem (einfachgesetzlichen) Datenschutzrecht wird zugunsten des Registers auf-

⁴⁰ Justizministerialverordnung Nr. 39/1998, deutsche Übersetzung auszugsweise in diesem Heft, S. 281.

gelöst, indem die einschlägigen Datenschutzgesetze für die Registereintragungen nicht gelten (Artt. 17 f. SoG).

d) Löschung und Fristablauf

Soweit das Sicherungsgeschäft unwirksam ist oder der besicherte Gegenstand untergeht oder erlischt, können Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer die Löschung der betroffenen Eintragungen verlangen (Art. 10 SoG). Sowohl im Falle der Löschung als auch mit Ablauf der Befristungsdauer werden die Eintragungen in ein Verschlussregister überführt (Art. 4 VO SoG).

e) Kosten der Eintragung und Einsichtnahme

Sowohl für die Vornahme und Löschung von Eintragungen als auch für die Einsichtnahme werden Gebühren erhoben.⁴¹ Die Kosten der Ersteintragung sowohl einer Sicherungsübereignung als auch einer Sicherungsabtretung wie einer Pfandrechtsbestellung betragen derzeit 7.500 Yen (entspricht ca. 60 Euro)^{42,43} Die Ersteintragung einer Globalzession bzw. Pfandrechtsbestellung mit 5.000 Yen oder mehr besicherten Forderungen kostet das Doppelte. Bemerkenswert ist, dass es für die Sicherungsübereignung nur einen einheitlichen Kostentatbestand gibt, obwohl die Raumsicherungsübereignung als revolvingende Globalsicherheit auch im japanischen Recht seit langem anerkannt ist.⁴⁴ Die Verlängerung einer Eintragung kostet in allen Fällen 3.000 Yen (ca. 25 Euro), deren Löschung stets 1.000 Yen (ca. 8 Euro). Demgegenüber liegen die Kosten eines Registerauszugs lediglich zwischen 300 Yen und 800 Yen (ca. 2,50 Euro bzw. 6,50 Euro). Zusätzliche Kosten fallen jeweils an, falls Anträge nicht elektronisch, sondern postalisch oder zur Niederschrift gestellt werden.

III. DAS JAPANISCHE REGISTER ALS MODELL FÜR DEUTSCHLAND

Die beiden größten Schwächen der bisher diskutierten, am UCC bzw. DCFR orientierten Modelle bestehen darin, dass diese sich nicht bruchlos

41 Zu den Kosten im UCC BRINKMANN, *supra* Fn. 1, 386 f.

42 In den letzten Jahren schwankte der Wechselkurs nicht signifikant – 100 Yen kosteten zwischen 0,73 und 0,87 Euro, so dass die exakten Umrechnungsbeträge von den hier gemachten Zirka-Angaben je nach Zeitpunkt allenfalls um einige Euro abweichen.

43 Die Kosten sind veröffentlicht auf <http://www.moj.go.jp/MINJI/dousanjouto.html> (Sicherungsübereignung) bzw. <http://www.moj.go.jp/MINJI/saikenjouto.html> (Sicherungsabtretung und Pfandrechtsbestellung).

44 Vgl. OGH, 10. November 1987, 民集 Minshū 41, 1559 = EISENHARDT et al., *supra* Fn. 36, Nr. 48; MATSUOKA, *supra* Fn. 10, § 14 Rn. 8 f., 170.

in die bestehende nationale Ordnung einfügten und den Parteien keinen konkreten Nutzen brächten. Selbst der übergeordnete Nutzen für „die Rechtsgemeinschaft“ bleibt ungewiss.⁴⁵ Im Vordergrund steht vielmehr die europäische oder gar internationale Anschlussfähigkeit des deutschen Rechts, die man durch die publizitätslosen Sicherheiten behindert sieht.⁴⁶ Erfolgt die Übernahme eines Modells aber zuvörderst unter dieser Prämisse, erhärtet sich der Verdacht, es gehe nicht um die Schaffung eines sinnvollen Registers für die hiesige Rechtsordnung, sondern um deren Umgestaltung mittels eines Registers.⁴⁷ Nicht zufällig erweisen sich insbesondere das Sachen- und Einzel- wie Gesamtvollstreckungsrecht – also die Herzstücke des Haftungsrechts in einem *Civil Law*-System – als besonders sensible Residuen der nationalen Rechtsordnung.⁴⁸ Ein *legal transplant*, das sowohl diese gewachsenen Strukturen als auch die Interessen der konkret Betroffenen allenfalls am Rande berücksichtigt, ruft unweigerlich Abstoßungsreaktionen hervor.⁴⁹

Das japanische Modell fußt demgegenüber auf Prinzipien, die es für eine deutsche Lösung geeignet erscheinen lassen. Erstens ist es mit den dogmatischen Strukturen des allgemeinen Zivil-, Vollstreckungs- und Insolvenzrechts eng verwoben. So beschränkt sich der materiell-rechtliche Gehalt des Sondergesetzes darauf, die Eintragung einer Sicherungsübereignung, einer Sicherungsabtretung sowie einer Pfandrechtsbestellung jeweils als alternativen Weg zur Herbeiführung der Entgegenseitbarkeit festzuschreiben. Alles andere sind registerrechtliche Regelungen. Das Sondergesetz etabliert somit keine haftungsrechtlichen Parallelstrukturen. Zweitens bedient das japanische Register die konkreten Interessen der am Sicherungsgeschäft Beteiligten. Ohne die Interessen derjenigen zu berücksichtigen, die Aufwand und Kosten tragen, hätte ein fakultatives Registermodell keine Chance gehabt, sich zu etablieren.

Ausgangspunkt der Überlegungen sind damit das geltende deutsche Haftungsrecht und die Interessen der am Sicherungsgeschäft beteiligten Akteure. Das hier zu skizzierende Modell für ein deutsches Mobiliarsicherheitenregister soll sich als Wahlmodell innerhalb der geltenden Ordnung eignen. Es geht weder um die Schaffung neuer noch um die Modifikation oder gar

45 H. EIDENMÜLLER, Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung, Archiv für die civilistische Praxis 204 (2004) 477; BRINKMANN, *supra* Fn. 1, 395: „Gewinn an Rechtssicherheit [...] ist schwer zu quantifizieren“.

46 KIENINGER, ZEuP, *supra* Fn. 2, 213, nennt an erster Stelle die „mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen“ als Profiteure einer Reform.

47 BRINKMANN, *supra* Fn. 1, 483, spricht von „Rechtsvereinheitlichung durch die Hintertür“.

48 KIENINGER, AcP, *supra* Fn. 2, 196.

49 Dies betont auch KIENINGER, RNotZ, *supra* Fn. 2, 223.

Abschaffung bestehender Sicherungsrechte. Es geht um ein Register, das die Publizität bestimmter anerkannter Sicherungsrechte ermöglicht – nicht erzwingt. Die Nutzung dieses Wahlmodells ist nicht Samariterdienst an der Rechtsgemeinschaft und darf vor allem nicht allein das Gebühreninteresse der Registerstellen und Notare bedienen,⁵⁰ sondern muss mit handfesten Vorteilen gerade für die Parteien des Sicherungsgeschäfts verbunden sein, weil diese Aufwand und Kosten tragen. Da im geltenden deutschen Recht der publizitätslosen Sicherungsübereignung wie der stillen Sicherungszession die volle haftungsrechtliche Wirkung zukommt, müsste die Nutzung eines Mobiliarsicherheitenregisters den Parteien andere Vorteile bieten. Mögliche Wirkungen eines Registereintrags sollen zunächst aufgezeigt werden, bevor auf grundsätzliche Unterschiede zum Grundbuch eingegangen wird, das nicht als falsches Vorbild dienen sollte.

1. Anzeigemöglichkeit für Zessionar

Die Anzeige an den Schuldner ist im japanischen Zessionsrecht die Möglichkeit, um die volle haftungsrechtliche Wirksamkeit der Zession herbeizuführen. Funktionsgleich ist sie im deutschen Recht die Wirkform für die Bestellung eines Forderungspfandrechts (§ 1280 BGB) sowie eines Faustpfandrechts, falls sich die Sache im Besitz eines Dritten befindet (§ 1205 Abs. 2 BGB). Das vollstreckungsrechtliche Äquivalent ist das dem Drittschuldner zuzustellende Arrestatorium (§ 829 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 ZPO). Demgegenüber ist im deutschen Zessionsrecht die Anzeige keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Abtretung und der damit verbundenen haftungsrechtlichen Konsequenzen. Jedoch kann insbesondere der Zessionar ein Interesse daran haben,⁵¹ dass der Zedent dem Schuldner die Abtretung (schriftlich) anzeigt oder ihm (dem Zessionar) eine Urkunde über die Abtretung aushändigt, damit er selbst die Anzeige übermitteln kann. Die Anzeige verschafft dem Schuldner nämlich regelmäßig⁵² Kenntnis von der Abtretung und verhindert so, dass er mit befreiender Wirkung an den Zedenten zahlen (§ 407 Abs. 1 BGB), über die Forderung mit diesem zum

50 HEESE, *supra* Fn. 1, 422; aus der Perspektive der ökonomischen Analyse sieht A. MORELL, Die Ökonomik des Registers, in: Brinkmann / Schmoeckel (Hrsg.), Registerwesen (2020) 35, 48, ein „Register dem Lobbying von etablierten Berufsgruppen besonders schutzlos ausgesetzt“.

51 Die Interessen des Zessionars an Publizität in den Vordergrund stellend auch EIDENMÜLLER, *supra* Fn. 45, 476.

52 R. STÜRNER, in: Jauernig, BGB Kommentar (18. Aufl., 2021) § 407 Rn. 4; G. H. ROTH / E.-M. KIENINGER, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3 (8. Aufl., 2019) § 407 Rn. 18; J. LIEDER, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR (2021) § 407 BGB Rn. 63.

Nachteil des Zessionars prozessieren⁵³ (§ 407 Abs. 2 BGB) und neue Aufrechnungslagen zum Nachteil des Zessionars entstehen (§ 406 BGB) können.⁵⁴ Außerdem kann der Schuldner die Zahlung an den Zessionar solange verweigern, bis ihm die Abtretung in qualifizierter Form angezeigt worden ist (§§ 410 f. BGB). Weil diese für den Zessionar bedeutsamen Wirkungen mit der Anzeige verbunden sind, hat er gegen den Zedenten einen Anspruch darauf, dass dieser ihm gegen Kostenvorschuss eine Urkunde in qualifizierter Form über die Abtretung ausstellt (§ 403 BGB). Ein besonderes Interesse des Zessionars an der Ausstellung einer Urkunde über die Abtretung besteht im Fall der stillen Sicherungszession. Von dieser soll der Schuldner erst und nur bei Eintritt des Sicherungsfalles Kenntnis erlangen. Bis dahin soll er nicht nur mit befreiender Wirkung an den Sicherungsgeber zahlen können, sondern dieser wird regelmäßig selbst zur Einziehung ermächtigt sein. Zeichnet sich der Eintritt des Sicherungsfalles ab, besteht das dringende Bedürfnis für den Sicherungsnehmer, die Abtretung ohne Mitwirkung des Sicherungsgebers anzeigen zu können. In Deutschland behilft man sich offenbar neuerdings damit, dass der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer Blankoanzeigeurkunden ausstellt,⁵⁵ was auf die sukzessive Entwertung der früher verbreiteten, vom Zessionar veranlassten Schuldnerauskünfte⁵⁶ zurückgehen dürfte. Doch bei Globalzessionen stößt diese Praxis an ihre Grenzen, denn im Zeitpunkt der Abtretung(en) wird häufig die Anzahl der möglichen Schuldner (im Zeitpunkt des möglichen Sicherungsfalles) nicht einmal abzuschätzen sein. Die Anzahl benötigter Blankoanzeigeurkunden ist ungewiss. Lässt sich der Sicherungsnehmer im Vorfeld zu wenige ausstellen, ist er im Krisenfall auf die Mitwirkung des Sicherungsgebers angewiesen oder muss kostenträchtige Ausfertigungen anfertigen lassen, da für die Praxis bisher unklar ist, ob eine Kopie ausreicht.⁵⁷ Eine Urkunde in qualifizierter Form ist im Krisenfall praktisch kaum noch zu erlangen, da kein Sicherungsnehmer dem verlorenen Geld noch weiteres in Gestalt des Vorschusses (§ 403 S. 2 BGB) hinterherwerfen wird. Lässt sich der Sicherungsnehmer dagegen im Vorfeld zu viele Blankoanzeigen

53 Zur Problematik der Zedentenklage W. BREHM, Die Klage des Zedenten nach der Sicherungsabtretung, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1985, 1 ff.

54 Zur Unterscheidung von materiell- und formell-rechtlichem Schuldnerschutz L. HÄSEMAYER, Zur Unterscheidung zwischen materiellrechtlichem und formellrechtlichem Schuldnerschutz bei Abtretung und Prozessbürgschaft, in: Stürner / Matsumoto / Lüke / Deguchi (Hrsg.), Festschrift für D. Leipold (2009) 1067 ff.

55 M. ROHE, in: Beck'scher Online Kommentar BGB (59. Ed.) § 407 Rn. 13 a.E.; B. KREBE, in: Nomos-Kommentar, Bd. 2/1 (3. Aufl., 2016) § 407 Rn. 12 a.E.; LIEDER, *supra* Fn. 52, § 407 Rn. 63.1.

56 Dazu NÖRR, *supra* Fn. 14, 289 ff.

57 BGH, 23. August 2012, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 3426, 3427 m.w.N.

ausstellen, vielleicht sogar in qualifizierter Form, wurden unnötige Kosten erzeugt; ebenso, wenn es überhaupt nicht zur Krise kommt.

Die Eintragung der Abtretung in ein Sicherheitenregister würde den Sicherungsnehmer dagegen in die Lage versetzen, sich jederzeit ohne Mitwirkung des Sicherungsgebers die benötigte Anzahl von Urkunden ausstellen zu lassen. Mäße man den Registerausügen zudem die Beweiskraft öffentlicher elektronischer Dokumente bei (§ 371a Abs. 3 ZPO), hätte der Sicherungsgeber seine Pflicht gem. § 403 S. 1 BGB bereits durch die Mitwirkung an der Ersteintragung erfüllt. Im Krisenfall könnte der Sicherungsnehmer dann Urkunden in qualifizierter Form ohne Mitwirkung des Sicherungsgebers und ohne Kostenvorschuss an diesen erlangen. Nach geltendem Recht belaufen sich die Kosten einer öffentlichen Beglaubigung (§ 129 BGB) – ohne Ausfertigungen – je nach Höhe der Forderung auf 20 Euro bis 70 Euro, so dass das japanische Modell insoweit konkurrenzfähig erscheint. Zudem mag man erwägen, das Register neben der Sicherungszeession für die formbedürftige Abtretung von Briefgrundpfandrechten zu öffnen (§§ 1154 f., 1192 Abs. 1 BGB). Der Registereintrag könnte dann die gleichen Wirkungen wie die schriftliche, ein Registerauszug die gleichen wie eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung haben.

2. Beweiswirkungen eines Registerauszugs

Im deutschen System begründen Grundbucheintrag und Besitz eine Vermutung für die Inhaberschaft des Eigentums zugunsten des Eingetragenen bzw. des Besitzers (§§ 891, 1006 BGB). Man spricht von Rechtsvermutungen – in Abgrenzung zur Tatsachenvermutung –, weil sie auf den Bestand eines Rechts schließen lassen. Dem Erwerber wird somit erspart, im Streitfalle (vollen) Beweis für die weiteren Erwerbsvoraussetzungen erbringen zu müssen, also insbesondere die Einigung mit dem Veräußerer und dessen Berechtigung. Die Berechtigung des Veräußerers muss nicht gesondert dargelegt werden, weil diese wegen der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs (§§ 892, 932 BGB) und dessen Ausgestaltung (Vermutung für Gutgläubigkeit) überwunden werden kann. Beim Mobiliarerwerb wird schließlich zudem vermutet, dass der Voreigentümer die Sache nicht unfreiwillig aus der Hand gegeben hat (§ 935 Abs. 1 BGB). Rechtsprechung und Lehre gehen darüber hinaus von einer tatsächlichen Vermutung für die Einigung aus, wenn Übergabe und *causa* dargetan sind.⁵⁸ Beim Immobiliärerwerb sorgen die Zwänge des Registerverfahrensrechts dafür, dass entsprechende Vermutungstatbestände geschaffen werden. Ohne den Nachweis der *causa* durch

⁵⁸ F. KLINCK, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR (2021) § 929 BGB Rn. 66 m. w. N.

notarielle Urkunde (§§ 311b Abs. 1 S. 1; 128 BGB) soll eine Auflassung nicht vorgenommen werden (§ 925a BGB), und ohne den Nachweis der dinglichen Einigung in qualifizierter Form soll eine Eintragung nicht erfolgen (§§ 20; 29 GBO). Die Rechtsvermutungen der §§ 891, 1006 BGB stehen also in einem untrennbaren Zusammenhang mit den Eigentumserwerbsvoraussetzungen und dürfen nicht isoliert gesehen werden.

Vor diesem Hintergrund wären die beweisrechtlichen Wirkungen einer Eintragung in einem Mobiliarsicherheitenregister zu sehen. Wenn die Registereintragung keine Erwerbsvoraussetzung ist, kann sie allein deswegen keine Rechtsvermutung zu Gunsten des Eingetragenen erzeugen.⁵⁹ Es kommt also nicht auf die Folgefragen an, inwieweit freie Einsehbarkeit Voraussetzung oder Folge materieller Publizität ist.⁶⁰ Unerheblich ist auch, ob ein Personalfolium in unserem System dazu prinzipiell geeignet wäre, weil es nicht über die Rechtslage an bestimmten Gegenständen, sondern über die Rechtsbeziehungen bestimmter Personen Auskunft gibt.

Wohl aber wäre einem Registerauszug ohne Weiteres die Wirkung einer Privaturkunde beizumessen, wenn die Eintragung auf einem gemeinsamen schriftlichen oder elektronischen Antrag von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer beruht. Die Urkunde erbrächte vollen Beweis für die Abgabe der Erklärungen durch die Aussteller (§ 416 ZPO), also die dingliche Einigung über die Sicherheitenbestellung einschließlich etwaiger Modalitäten (Bedingung, Befristung). Würde das Register zudem öffentlich geführt, bestünden auch keine Bedenken, einem Registerauszug die Qualität eines öffentlichen elektronischen Dokuments (§ 371a Abs. 3 ZPO) mit der Beweiskraft von § 418 ZPO beizumessen.⁶¹ Je nach Ausgestaltung der Prüfpflichten des Registerorgans kann der Registerauszug auch als öffentlich beglaubigte (Privat-)Urkunde eingeordnet werden.

3. *Klagelast und Kostenrisiko*

Ursprünglich hatten Publizitätsakte bei der Sicherheitenbestellung die Funktion, dem Sicherungsnehmer die Rechtsdurchsetzung überhaupt zu ermöglichen.⁶² Nur wer tatsächlichen Zugriff auf die Pfandsache hatte, konnte Befriedigung aus ihr suchen. Erst der moderne Zivilprozess ermöglicht es dem Sicherungsnehmer, sein Recht auf anderen Wegen nachzuweisen und durchsetzen zu lassen. Das erlaubt ihm, die Pfandsache beim Si-

59 KIENINGER, ZEuP, *supra* Fn. 2, 210.

60 Näher unten III.6.

61 Zum Zusammenhang von Beweiskraft und öffentlicher Registerführung A. KIEHNLE, Das Öffentliche im Privaten (2020) 52 ff.

62 W. HROMADKA, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert (1971) 17, 20 f., 31 f.

cherungsgeber zu belassen, ohne dass dies einem Rechtsverlust gleichkäme. Im modernen Recht bedeutet der Verzicht auf Publizität vielmehr, dass der Sicherungsnehmer die Klagelast (a) und ein erhöhtes Kostenrisiko (b) übernimmt. Insoweit könnte sich ein Eintrag im Mobiliarsicherheiten für ihn positiv auswirken.

a) *Klagelast*

Im Zivilprozess trägt die Klagelast grundsätzlich derjenige, der den *status quo* verändern will.⁶³ Wer dem Inhaber einer publizitätsgebundenen Sicherheit das Recht streitig machen möchte, muss sich bewegen. Gegen den Pfandgläubiger muss Herausgabeklage erhoben werden ebenso wie der vorgeblich zu Unrecht eingetragene Grundpfandgläubiger auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung zu verklagen ist. Wird einem Forderungsschuldner die Verpfändung angezeigt, können andere Forderungsprätendenten ihn praktisch nur durch rechtskräftiges Urteil zur Zahlung an sich veranlassen. Der Publizitätsakt sichert dem Sicherungsnehmer den Erhalt des *status quo*. Verzichten die Parteien demgegenüber auf Publizität, fällt dem Sicherungsnehmer die Klagelast zu. Dieser Zusammenhang wird besonders deutlich in der Einzelzwangsvollstreckung.

Die Ausgestaltung des Einzelzwangsvollstreckungsrechts ist sehr eng mit den publizitätsgebundenen Sicherheiten verbunden. Das verwundert kaum, gehen doch die drei Grundformen haftungsrechtlicher Publizität (Gewahrsam, Anzeige und Registereintrag) auf das Einführungsgesetz zur Konkursordnung (EGKO) zurück, das mit der CPO zusammen konzipiert worden ist. § 14 EGKO setzte für die Zuerkennung eines Absonderungsrechts an einer beweglichen Sache voraus, dass der Pfandgläubiger an ihr Gewahrsam erlangt hat. Dementsprechend machte § 712 CPO den Schuldnergewahrsam zur Voraussetzung der Einzelzwangsvollstreckung und damit der Entstehung eines Pfändungspfandrechts für Drittgläubiger. Weil das Publizitätserfordernis, das nur entweder in der Person des Sicherungsnehmers oder des Sicherungsgebers erfüllt sein kann, zugleich zur formalen Vollstreckungsvoraussetzung erklärt wird, sind der materiellen Haftungsordnung widersprechende Vollstreckungsmaßnahmen praktisch ausgeschlossen. Belässt der Sicherungsnehmer dagegen die Sache im Gewahrsam des Sicherungsgebers, gibt er sie der Vollstreckung dritter Gläubiger preis.⁶⁴

63 Teilweise anders W. HAU, Die Klagelast als Rechtsfigur und Regelungsproblem, Zeitschrift für Zivilprozess 129 (2016) 133, der auf die „Rechtsberühmung“ abstellt.

64 Die Fallgruppe „evidenten Dritteigentums“ als Vollstreckungshindernis (dazu M. WÜRDINGER, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 8 [23. Aufl., 2017] § 808 Rn. 8 ff.) ist unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten abzulehnen. Selbst wenn das Eigentum eines Dritten für das Vollstreckungsorgan of-

Will er deren Vollstreckung verhindern oder jedenfalls am Erlös vorrangig beteiligt werden, muss er klagen (§§ 771; 805; 878 ZPO).

Der gleiche Zusammenhang besteht bei der Forderungspfändung. Die Zuerkennung eines konkursfesten Pfandrechts setzte gem. § 15 EGKO die Drittschuldnerbenachrichtigung voraus. Diese verhindert zwar nicht, dass die Forderung durch Beschluss für Dritte gepfändet wird, was insbesondere nachrangige Pfandrechte an ihr ermöglicht.⁶⁵ Die Anzeige verhindert aber die Zahlung des Drittschuldners mit befreiender Wirkung und versetzt ihn in den Stand, seiner Erklärungspflicht insbesondere hinsichtlich anderweitiger Sicherungsrechte (§ 840 Nr. 2, 3 ZPO) nachzukommen. Demgegenüber kann und wird bei der stillen Zession der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Zedenten zahlen (§ 407 BGB) und den Sicherungsnehmer so trotz Zahlungswilligkeit in die Klägerrolle zwingen. Besteht für den

fenkundig ist, muss eine Pfändung erfolgen können, um dem Vollstreckungsgläubiger einen etwaigen Nachrang zu sichern. Führt evidentes Dritteigentum zu einem Vollstreckungsverbot, wäre eine Pfändung des Anwartschaftsrechts unmöglich, ganz gleich welcher Theorie (vgl. dazu nur die prägnante Darstellung bei O. JAUERNIG / C. BERGER / C. A. KERN, *Zwangsvollstreckungsrecht* [24. Aufl., 2021] § 20 Rn. 24 ff.) man folgt: Sowohl die drei auf die Sachpfändung rekurrierenden Theorien (die herrschende Theorie der Doppelpfändung, die Theorie der reinen Sachpfändung sowie die Theorie der analogen Sachpfändung) als auch die Theorie der Rechtspfändung erfordern einen Zugriff auf die Sache, letztere analog § 847 ZPO. Erkennt man evidentes Dritteigentum als Vollstreckungshindernis an, das der Eigentümer mit der Erinnerung rügen können soll, so erspart man ihm den vorgezeichneten Weg, sein Recht im Klagewege geltend machen zu müssen.

- 65 Das ist bei der Sachpfändung nach dem Gesetzeswortlaut nur möglich, wenn der vorrangige besitzende Pfandgläubiger „zur Herausgabe bereit“ ist (§ 809 ZPO). Es reicht nicht aus, dass dieser das Anlegen von Siegelmarken duldet, M. WÜRDINGER, *supra* Fn. 64, § 809 Rn. 8. Allerdings ist nicht so recht ersichtlich, warum der erst-rangige Pfandgläubiger eine Pfändung (funktional handelt es sich um eine Anschlusspfändung) unter Belassung des Gewahrsams soll vereiteln können, wenn sich seine Position dadurch nicht verschlechtert (vgl. § 1232 BGB). Eine Erklärung könnte darin liegen, dass allein beim Faustpfandrecht eine privatrechtliche Verwertung ohne Titel abseits der ZPO möglich ist (§§ 1228 Abs. 1, 1233 Abs. 1, 1234 ff. BGB), die durch ein Pfandsiegel gleich welcher Art faktisch ausgeschlossen würde. Von der Möglichkeit einer Anschlusspfändung zu unterscheiden ist die Frage, ob der Gewahrsamsinhaber die Herausgabe von Bedingungen wie etwa einer vorzugsweisen Befriedigung abhängig machen kann, dafür E. SCHILKEN, *Zur Pfändung von Sachen im Gewahrsam Dritter*, Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitschrift 1986, 145, 147 ff.; J. P. KNOCH, *Materieller Drittschutz im Mobiliarzwangsvollstreckungsrecht*, Zeitschrift für Zivilprozess 114 (2001) 399, 409 f.; U. GRUBER, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 2 (6. Aufl., 2020) § 809 Rn. 9 f.; oder dafür die Zustimmung aller Vollstreckungsgläubiger vorausgesetzt ist, so die h.M., statt aller M. WÜRDINGER, *supra* Fn. 64, § 809 Rn. 9 mit Fn. 44 m. w.N.

Schuldner Unklarheit über die Person des richtigen Gläubigers wegen unterschiedlicher Anzeigen oder des Zusammentreffens von Anzeige und Pfändungsbeschluss, so kann er hinterlegen und die Forderungsprätendenten einschließlich des richtigen Sicherungsnehmers in den Prozess zwingen (vgl. etwa §§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2; 21 Hinterlegungsgesetz NRW).

Der Grundbucheintrag sichert dem Sicherungsnehmer die Beteiligung in der Immobiliervollstreckung von Amts wegen (§ 9 Nr. 1 Zwangsversteigerungsgesetz [ZVG]). Die Beteiligtenstellung gewährt ihm wiederum die Befugnis zum Widerspruch gegen die Beteiligung und Berücksichtigung anderer Rechte (§§ 9 Nr. 2; 115 ZVG). Der Inhaber einer publizitätslosen Sicherheit ist demgegenüber gehalten, gegen die Vollstreckung zu klagen (§§ 771 ZPO i.V.m. § 37 Nr. 5 ZVG) oder seine Rechte glaubhaft zu machen, um gegen den Widerspruch anderer Gläubiger im Verfahren berücksichtigt zu werden (§§ 9 Nr. 2; 37 Nr. 4 ZVG) und Mängel rügen zu können (§ 97 Abs. 2 ZVG).

b) Kostenrisiko

Mit der Klagelast ist noch nichts über das Kostenrisiko gesagt. Obsiegt der Sicherungsnehmer im Interventionsprozess, trägt grundsätzlich der Vollstreckungsgläubiger die Prozesskosten (§ 91 Abs. 1 ZPO). Weil der Kläger faktisch die Gerichtskosten (§ 12 Gerichtskostengesetz) und häufig seine Anwaltskosten (§ 9 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz) vorschießen muss, bedeutet die Verlagerung der Klagelast auf den Sicherungsnehmer, dass dieser hinsichtlich der Prozesskosten das Insolvenzrisiko im Verhältnis zu konkurrierenden Gläubigern übernimmt. Indes wird das Risiko, den Prozess zu verlieren, eher gering sein. Auch bei publizitätslosen Sicherheiten wird der Sicherungsnehmer Vorsorge treffen, um im Streitfall sein Recht unproblematisch nachweisen zu können. Das bringt den ahnungslosen Vollstreckungsgläubiger in eine missliche Lage. Wird eine sicherungshalber übereignete Sache für ihn beim Sicherungsgeber gepfändet, kann er zwar auch die Kosten dieser letztlich erfolglosen Pfändung gem. § 788 ZPO beim Sicherungsgeber eintreiben, ist aber einer erfolgversprechenden Klage des Sicherungsnehmers ausgesetzt. Kann dieser sein (vorrangiges) Sicherungsrecht nachweisen, verliert der Vollstreckungsgläubiger den Prozess. Dies gilt unabhängig davon, ob der Gläubigerstreit im Rahmen einer Vorzugs-, (verlängerten) Drittwiderspruchs- oder Bereicherungsklage ausgetragen wird. Eine einseitige Erledigungserklärung ist dem beklagten Vollstreckungsgläubiger verwehrt, weil sich der Streit nicht durch ein nach Rechtshängigkeit eintretendes Ereignis erledigt, sondern durch den Nachweis eines vorprozessualen Ereignisses (Sicherungsübereignung zu Gunsten des Klägers). Publizitätslose Sicherheiten provozieren daher kostenträchtige

Gläubigerkonflikte, deren Kosten bei unbesehener Gesetzesanwendung auf Dritte abgewälzt zu werden drohen.

Da die anfallenden Prozesskosten in der vom Vollstreckungsgläubiger nicht zu verantwortenden Publizitätslosigkeit begründet sind, ist dieser insoweit von ihnen freizustellen, als sie auf die Publizitätslosigkeit zurückzuführen sind. Dafür bieten sich prinzipiell zwei Wege. Erstens könnte man die Prozesskosten gänzlich als Vollstreckungskosten i. S. v. § 788 ZPO einordnen. Diesen Weg geht die h.M. im Ergebnis zu Recht nicht.⁶⁶ Sie billigt stattdessen in unterschiedlichem Ausmaß dem beklagten Vollstreckungsgläubiger zu, den Klageanspruch mit der Kostenfolge des § 93 ZPO „sofort“ anzuerkennen. Die innerprozessuale Kostenerstattung ist der bessere Weg, weil er eine differenzierte Lösung ermöglicht, die den Vollstreckungsgläubiger nur insoweit von den Prozesskosten freistellt, als diese gerade in der Publizitätslosigkeit begründet liegen. Verliert er dagegen den Prozess aus Nachlässigkeit oder bestreitet er anderes als die stille Rechtsinhaberschaft, so kann dies dem klagenden Sicherungsnehmer nicht angelastet werden. Der Weg über die Vollstreckungskosten wäre zudem verwehrt, wenn den Vollstreckungsgläubiger nach Beendigung der Vollstreckung aufgrund einer publizitätslosen Sicherheit Prozesskosten treffen, etwa aufgrund einer verlängerten Drittwiderspruchs- oder Bereicherungsklage des Sicherungsnehmers. Selbst wenn man den Schuldner aufgrund eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs für verpflichtet hielte, dem vormaligen Vollstreckungsgläubiger diese Kosten zu erstatten, könnte dieser sie nicht mehr aufgrund des erwirkten Titels betreiben (vgl. § 788 Abs. 1 S. 1 ZPO).

Die h.M. hält ein „sofortiges“ Anerkenntnis so lange für möglich, bis dem Beklagten das Interventionsrecht in einem gewissen Sinne „wahrscheinlich“ gemacht worden ist.⁶⁷ Damit trägt man zwar den Nöten des

66 W. MÜNZBERG, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 7 (22. Aufl., 2002) § 788 Rn. 19 f.; A. BLOMEYER, Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren (1975) § 98 II. 1. c); K. SCHMIDT/M. BRINKMANN, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 2 (6. Aufl., 2020) § 788 Rn. 23.

67 MÜNZBERG, *supra* Fn. 66, § 771 Rn. 69 ff.; BLOMEYER, *supra* Fn. 66, § 37 II. 7.; H. F. GAUL, in: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht (12. Aufl., 2010) § 41 Rn. 169; SCHMIDT/BRINKMANN, *supra* Fn. 66, § 771 Rn. 76 (letztere jeweils: „Glaubhaftmachung im untechnischen Sinne“); S. SMID/S. HARTMANN, in: Wieczorek/Schütze Zivilprozessordnung Großkommentar, Bd. 2/2 (4. Aufl., 2015) § 93 Rn. 20; F. SPOHNHEIMER, in: Wieczorek/Schütze Zivilprozessordnung, Großkommentar, Bd. 9 (4. Aufl., 2016) § 771 Rn. 60 ff.; OLG Düsseldorf, 10. Dezember 1997, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 1998, 790 f.; OLG Frankfurt, 16. Mai 1989, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 1990, 1535; OLG Bremen, 22. Mai 1989, beck-online.RECHT-

Interventionsbeklagten ausreichend Rechnung, strapaziert aber § 93 ZPO allein im Anwendungsbereich der Interventionsklage über Gebühr. Verborgen bleibt weithin,⁶⁸ dass der innere Grund gerade in der Publizitätslosigkeit zu suchen ist und kein Spezifikum der Interventionsklage⁶⁹ darstellt. Dieselben Grundsätze sollen auch im Aus-⁷⁰ und Absonderungsstreit⁷¹ mit dem Insolvenzverwalter gelten.⁷² Stellt man daneben in Rechnung, dass der Vollstreckungsgläubiger zudem aus anderen Gründen als des mangelnden Nachweises das Recht des Sicherungsnehmers bestreiten könnte, so führt eine extensive Anwendung von § 93 ZPO zu Unbilligkeiten, weil er nur eine Alles-oder-Nichts-Lösung ermöglicht.

Wird der Vollstreckungsgläubiger allein aufgrund der Publizitätslosigkeit, also wegen des im Vorfeld fehlenden Nachweises der Rechtsinhaberschaft, in den Prozess gezwungen, so müssen dem Sicherungsnehmer inso-

SPRECHUNG 1989, 07683; LG Köln, 28. September 1949, Neue Juristische Wochenschrift 1949, 956; Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei R. STÜRNER, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976) 270 Fn. 5, 284 Fn. 73.

68 MÜNZBERG, *supra* Fn. 66, § 771 Rn. 72, zählt die gesetzlichen Vermutungen immerhin zu den relevanten Faktoren für die „im Einzelfall“ zu treffende Entscheidung.

69 Nur vordergründig anders MÜNZBERG, *supra* Fn. 66, § 771 Rn. 69 („für § 771 gilt kein Sonderrecht“), der im Folgenden (Rn. 70 ff.) den zahlreichen „Ausnahmen“ breiten Raum gibt; wie hier dagegen STÜRNER, *supra* Fn. 67, 273 ff.

70 W. HENCKEL, in: Jaeger, Insolvenzordnung Kommentar, Bd. 2 (2007) § 47 Rn. 168; H. G. GANTER, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1 (4. Aufl., 2019) § 47 Rn. 490; H. PRÜTTING, in: Kübler / Prütting / Bork, Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 2 (89. Lfg., 2021) § 47 Rn. 94; J. ADOLPHSEN, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch (6. Aufl., 2020) § 40 Rn. 118; OLG Bamberg, 24. September 1952, Neue Juristische Wochenschrift 1953, 109 f.; so auch noch bei M. BRINKMANN, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung Kommentar (13. Aufl., 2010) § 47 Rn. 112.

71 GANTER, *supra* Fn. 70, Vor §§ 49–52 Rn. 132, 137.

72 Die gleiche Problematik stellt sich im Insolvenzverfahren, wenn der Insolvenzverwalter aufgrund unklarer Haftungslage die angemeldeten Forderungen der Insolvenzgläubiger im Prüfungstermin (§ 176 InsO) einerseits nicht unwidersprochen lassen, ihnen andererseits aufgrund der drohenden Kosten bei Unterliegen im Feststellungsprozess (§ 179 Abs. 1 InsO) auch nicht uneingeschränkt widersprechen kann. Nach heute h.M. erhält die *praeter legem* entwickelte Figur des „vorläufigen Bestreitens“ (dazu statt aller W. GERHARDT, in: Jaeger Insolvenzordnung Kommentar, Bd. 6 (2010) § 176 Rn. 60 ff. m. w. N.) dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, sich im Feststellungsprozess gem. § 93 ZPO trotz Unterliegens gegen die Kostenlast zu verwahren. Um dem Insolvenzverwalter diese Möglichkeit zu nehmen, fordert die h.M., dass der Gläubiger seine Forderung durch Urkunden nachweist (GERHARDT, a. a. O., Rn. 74 a. E.; OLG Celle, 27. Februar 1985, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1985, 823 f.).

weit die Kosten auferlegt werden, als er keinen entsprechenden Nachweis erbracht hatte. Die Interessenlage ist vergleichbar mit § 94 ZPO, der eine Kostentrennung ermöglicht und so unabhängig von dem sonstigen Prozessverhalten den klagenden Sicherungsnehmer nur insoweit mit den Kosten belastet, als das Bestreiten des beklagten Vollstreckungsgläubigers auf der Publizitätslosigkeit beruht. Unmittelbar einschlägig ist die Norm ohnehin im Falle der (stillen) Sicherungszession, und zwar unabhängig davon, ob der Sicherungszessionar den Drittschuldner oder andere Forderungsprätendenten in Anspruch nimmt.⁷³ Sie müsste aber entsprechend bei allen publizitätslosen Sicherheiten greifen,⁷⁴ und auch unabhängig davon, ob über sie im Rahmen einer Vorzugs-, (verlängerten) Drittwiderspruchs-, Bereicherungs- oder Herausgabeklage⁷⁵ gestritten wird.

Freilich führte die entsprechende Anwendung von § 94 ZPO insbesondere bei verdeckter Sicherungsübereignung und Vorbehaltseigentum nicht dazu, dass jeder derivative Rechtserwerb bzw. jede behauptete Rechtsinhaberschaft vorprozessual nachzuweisen wäre und so ein „allgemeines Recht auf Nachweis des Rechtsüberganges für jeden Passivbeteiligten“ begründet wäre.⁷⁶ Es geht allein um Klagen aus publizitätsloser Rechtsinhaberschaft, und das entspricht genau der von § 94 ZPO vorausgesetzten Interessenlage. Zu Recht wird die Norm, die keine Entsprechung in der CPO hatte und erst mit der Novelle aus Anlass des Inkrafttretens des BGB geschaffen wurde, in einen untrennbaren Zusammenhang mit dem materiellen Recht gestellt und als prozessuale⁷⁷ Erweiterung des Schutzes betrachtet, den die §§ 409

73 O. MUTHORST, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2 (23. Aufl., 2016) § 94 Rn. 3 mit Fn. 7, unter Verweis auf OLG Hamburg, 23. Februar 1905, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen 11 (1905) 55, 56 f.

74 So auch A. NIKISCH, Zivilprozeßrecht (2. Aufl., 1952) § 133 III. 2.; für die Anwendung auf die verdeckte Sicherungsübereignung schon K. HELLWIG, Gläubigernot (1912) 141, 151 ff. (Sonderdruck aus Recht und Wirtschaft 1911); dagegen LEVIN, Zum Begriff des sofortigen Anerkenntnisses bei Interventionsklagen, Juristische Wochenschrift (JW) 1911, 22, 24 ff.; LEVIN, Zur Auslegung des § 94 ZPO, Juristische Wochenschrift (JW) 1912, 118, 119 f.; und im Anschluss an ihn die Kommentierung im Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung zu § 94 ZPO, zuletzt MUTHORST, *supra* Fn. 73, § 94 Rn. 1.

75 Zu letzterer OLG Schleswig, 5. Juni 2000, beck-online.RECHTSPRECHUNG 2000, 11958.

76 So die Befürchtung von LEVIN, JW 1912, *supra* Fn. 74, 119 f.; dagegen zu Recht STÜRNER, *supra* Fn. 67, 274 f.

77 Zur Unterscheidung von materiell- und formell-rechtlichem Schuldnerschutz HÄSEMAYER, *supra* Fn. 54, 1067 ff.

f. BGB gewähren.⁷⁸ Ein dem Drittschuldner unerkannt gebliebener Forderungsübergang soll ihn vor den Gefahren doppelter Inanspruchnahme schützen und ihm bis zum Nachweis ein kostenprivilegiertes Recht zum Bestreiten der Rechtsinhaberschaft gewähren.

c) Nachweis der Sicherungsabrede durch Registereintrag

Erkennt man in den § 94 ZPO; §§ 409 Abs. 1 S. 2; 410 BGB einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken gerade für die publizitätslosen Sicherheiten, so ist auch die Frage beantwortet, in welcher Form die Sicherheitenbestellung nachzuweisen ist, um der Kostensanktion⁷⁹ zu entgehen – in Form einer Urkunde, die das Sicherungsgeschäft beweist.⁸⁰ Für die publizitätslosen Sicherheiten an beweglichen Sachen erzeugt die Urkunde über die Sicherungsabrede zusammen mit dem unmittelbaren Besitz des Sicherungsgebers eine echte Rechtsvermutung zugunsten des Sicherungsnehmers.

Es ist eine bis heute kontrovers diskutierte Frage, inwieweit Sicherungsnehmern die Eigentumsvermutung zugutekommt, wenn sich das Sicherungsgut im unmittelbaren Besitz des Sicherungsgebers befindet. Es ist kein Zufall, dass diese Frage praktisch ausschließlich im (verlängerten) Interventionsprozess zwischen den Inhabern publizitätsloser Sicherheiten und Pfändungsgläubigern ventiliert wird. Teilweise heißt es für Sicherungsnehmer und Pfändungsgläubiger, diese würden von einer Reflexwirkung⁸¹ des Sicherungsgebers als unmittelbarem Besitzer profitieren.⁸² Eine solche Reflexwirkung sieht das Gesetz nur in § 1006 Abs. 3 BGB für den mittelbaren (Eigen-) Besitzer vor, und allein darauf können sich die Inhaber publizitätsloser Sicherheiten als mittelbare Besitzer berufen.

78 MUTHORST, *supra* Fn. 73, § 94 Rn. 1; A. SCHULZ, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1 (6. Aufl., 2020) § 94 Rn. 1; J. FLOCKENHAUS, in: Musielak / Voit, Zivilprozessordnung Kommentar (18. Aufl., 2021) § 94 Rn. 1.

79 Zum Sanktionscharakter der §§ 93 ff. ZPO STÜRNER, *supra* Fn. 67, 269 f.

80 Nichts anderes verlangt im Ergebnis auch die zu §§ 93, 771 ZPO vertretene h.M., vgl. etwa R. BRUNS, Zwangsvollstreckungsrecht (1963) § 15 II. 5.; MÜNZBERG, *supra* Fn. 66, § 771 Rn. 72; SPOHNHEIMER, *supra* Fn. 67, § 771 Rn. 62; K. HERGET, in: Zöller, Zivilprozessordnung Kommentar (34. Aufl., 2022) § 93 Rn. 6.61; L. LEUSCHNER, Prüfungsfristen und Darlegungsobliegenheiten bei der außergerichtlichen Inanspruchnahme, Archiv für die civilistische Praxis 207 (2007) 64, 76 f.; OLG Frankfurt, 16. Mai 1989, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 1990, 1535.

81 Unklarheiten über das normative Fundament bei K.-H. GURSKY, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2013) § 1006 Rn. 35, der eine „mittelbare (reflexweise) Wirkung der Eigentumspräsumtion aus § 1006 Abs. 1 und 2 (jeweils eventuell iVm Abs. 3)“ konstatiert (Hervorhebung von mir).

82 GURSKY, *supra* Fn. 81.

Nicht ohne weiteres zielführend ist es, die Vermutungswirkung jedem zugutekommen zu lassen, „der sein Recht vom Eigenbesitzer ableitet“, ⁸³ denn das behaupten im Konflikt beide Sicherungsnehmer. ⁸⁴ Wer sein Recht und vor allem mit welchem Rang vom Sicherungsgeber als dem unmittelbaren Besitzer ableitet, ist oft gerade die entscheidungserhebliche Frage, die für publizitätslose Sicherheiten nicht durch § 1006 BGB determiniert wird. Die Kategorie des Eigenbesitzes kann haftungsrechtlich nicht ausschlaggebend sein, sonst würde man den Eigentumssicherheiten einen prinzipiellen Vorrang vor den (Grund-)Pfandrechtsgläubigern als beschränkt Berechtigten einräumen. Das dies nicht dem Gesetz entspricht, zeigt erstens § 1227 BGB, der die Eigentumsvermutung für den Pfandgläubiger fruchtbar macht, und zweitens kommt dem Grundpfandgläubiger hinsichtlich des mithaftenden Mobiliars ebenfalls eine Rechtsvermutung zugute (§§ 1120 a. E.; 1192 Abs. 1 BGB); beide sind jedoch Fremdbesitzer. Ebenso kann der Pachtpfandkreditgläubiger hinsichtlich des mithaftenden Inventars (§ 3

83 So BGH, 3. März 2017, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2017, 1097, 1098 Rn. 11; GURSKY, *supra* Fn. 81; C. BERGER, in: Jauernig, BGB Kommentar (18. Aufl., 2021) § 1006 Rn. 2; T. RAFF, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 8 (8. Aufl., 2020) § 1006 Rn. 38 Fn. 64; im Ergebnis offenbar auch J. STAMM, Die Entflechtung des Interventionsrechts gemäß § 771 ZPO von Besitz und obligatorischen Herausgabeansprüchen und die einhergehende Harmonisierung mit den Vorgaben des Mobiliar- und Immobiliarsachenrechts, Zeitschrift für Zivilprozess 124 (2011) 317, 320 („Eigentumsvermutung [...] für den Schuldner und damit zugunsten des vollstreckenden Gläubigers“); nicht in dieser Allgemeinheit M. WOLFF / L. RAISER, Sachenrecht (10. Aufl., 1957) § 22 III, die meinen, der Vollstreckungsgläubiger könne sich gegen die Interventionsklage des *Vorbesitzers* (Hervorhebung von mir) auf § 1006 BGB berufen. Das mag zutreffen, jedenfalls wenn der Vorbesitzer nicht zugleich gegenwärtigen mittelbaren Besitz behauptet, weil die auf den gegenwärtigen Besitz abstellenden Abs. 1 und 3 dem auf den früheren Besitz abstellenden Abs. 2 vorgehen. Der Vorbesitzer ist aber nicht dem Inhaber einer (behaupteten) publizitätslosen Sicherheit gleichzustellen. Insgesamt eher ablehnend D. MEDICUS, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6 (4. Aufl., 2004) § 1006 Rn. 7; C. BALDUS, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7 (7. Aufl., 2017) § 1006 Rn. 27.

84 Paradigmatisch BGH, 7. Oktober 1970, BGHZ 54, 319, zum Konflikt zwischen klagendem Pachtkreditpfandgläubiger und beklagtem Sicherungseigentümer, der die Vollstreckung und Verwertung betrieben hatte; die Problematik des zum Klassiker gereiften sog. *Fräsmaschinen-Falls* (BGH, 27. März 1968, BGHZ 50, 45, ausführlich dazu J. WILHELM, Sachenrecht (6. Aufl., 2019) Rn. 983 ff.) wird oftmals auf die Gutgläubensvorschriften verkürzt, obgleich die Eigentumsvermutung zugunsten des mittelbaren Besitzers mindestens ebenso bedeutend ist, wie zu Recht insbesondere E. PICKER, Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb, Archiv für die civilistische Praxis 188 (1988) 511, 552 ff., hervorgehoben hat.

Pachtkreditgesetz) die Eigentumsvermutung im Prozess gegen einen behaupteten Sicherungseigentümer für sich reklamieren.⁸⁵ Gleiches soll neuerdings⁸⁶ für den Vermieter gelten.⁸⁷

Grundlage der Rechtsvermutung ist jeweils der unmittelbare Besitz des Sicherungsgebers zusammen mit der Sicherungsabrede als dem maßgeblichen Besitzmittlungsverhältnis. Normativ verankert ist das in § 1006 Abs. 3 BGB, und auch die Beweislastverteilung in § 1120 a.E. BGB ist nichts anderes als dessen konsequente Fortschreibung. Der unmittelbare Besitz des Grundstückseigentümers am Zubehör streitet für dessen Eigentümerstellung, die wiederum zugunsten des mittelbar besitzenden Grundpfandgläubigers streitet.⁸⁸

Einschränkend sollte man daher formulieren, dass die Rechtsvermutung nur dann für den mittelbar besitzenden Sicherungsnehmer streitet, wenn das Besitzmittlungsverhältnis bewiesen oder unstreitig ist.⁸⁹ Selbst wenn der Bestand der Sicherheiten und damit die Besitzmittlungsverhältnisse der Sicherungsnehmer unstreitig sein sollten, kann dies für die Anwendung des § 1006 Abs. 3 BGB nicht genügen, wenn die Sicherungsnehmer um den besten Rang konkurrieren. Im Falle eines mehrstufigen Besitzmittlungsverhältnisses bedarf es zusätzlich des Nachweises, wer erstrangiger Oberbesitzer ist, um die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB fruchtbar machen zu können. Steht gerade dies in Streit, so gilt die allgemeine Beweislastverteilung.⁹⁰

Ist aber das Besitzmittlungsverhältnis wirksam bestritten, so hilft § 1120 a.E. BGB dem Grundpfandgläubiger ebenso wenig wie § 1006 Abs. 3 BGB dem Sicherungseigentümer. Reklamieren unterschiedliche Sicherungsnehmer jeweils das rangbeste Besitzmittlungsverhältnis für sich, so streitet die Eigentumsvermutung für keinen von ihnen. Von diesen Grundsätzen macht auch die Zwangsversteigerung keine Ausnahme.⁹¹ Wird das Mobilium von niemand anderem in Anspruch genommen, so haftet es zugunsten der Grundstücksgläubiger, auch wenn es im Eigentum Dritter steht (§§ 55

85 BGH, 7. Oktober 1970, BGHZ 54, 319, 325.

86 In Abgrenzung zu RG, 22. Oktober 1902, RGZ 146, 334, 339 f., wo allerdings die Besitzverhältnisse nicht aufgeklärt waren.

87 BGH, 3. März 2017, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2017, 1097.

88 RG, 12. Juni 1906, RGZ 63, 371, 373.

89 J. MÜNCH, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2/1 (13. Aufl., 2007) § 1006 Rn. 27; C. THOLE, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2019) § 1006 Rn. 58.

90 Richtig daher RG, 22. Oktober 1902, RGZ 146, 334, 339 f.

91 So aber H. WOLFSTEINER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2019) § 1120 Rn. 34 a.E.

Abs. 2, 90 Abs. 2 ZVG). Die Situation ist dieselbe, wie wenn außerhalb der Zwangsversteigerung niemand interveniert und es zur Versteigerung schuldnerfremder Sachen kommt.⁹² Meldet aber ein Dritter Rechte am Mobilier an, so ist der Streit zwischen ihm und dem Grundstücksgläubiger nach allgemeinen Grundsätzen im Prozess auszutragen, ohne dass einer von beiden die Eigentumsvermutung für sich reklamieren könnte. Allein um am Verfahren beteiligt zu werden, reicht für die Anmeldung bei Bestreiten eines Gläubigers die Glaubhaftmachung (§ 9 Nr. 2 a.E. ZVG). Die Freigabe der beanspruchten Moblie erfordert aber eine nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilende Interventionsklage (§ 37 Nr. 5 ZVG).⁹³

Die Registerpfandrechte haben für den Sicherungsnehmer den großen Vorteil, dass sich aus dem Register eine (echte oder tatsächliche) Vermutung für die Sicherungsabrede und damit das Besitzmittlungsverhältnis ergibt. Der Eintrag in einem Mobiliarsicherheitenregister nach japanischem Vorbild erzeugte zwar für sich keine materielle Publizität und damit keine Rechtsvermutung entsprechend dem § 891 BGB. Es würde dem eingetragenen Sicherungsnehmer aber ermöglichen, mittels Registerauszugs das Besitzmittlungsverhältnis und den Zeitpunkt seines Abschlusses nachzuweisen. Zusammen mit dem unmittelbaren Besitz des Sicherungsgebers käme der Sicherungsnehmer so in den Genuss der Rechtsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB. Damit wiederum könnten konkurrierende Gläubiger von der Vollstreckung abgehalten oder ihnen bzw. dem Insolvenzverwalter jedenfalls im Interventionsprozess die Möglichkeit kostenprivilegierten Bestreitens (§ 93 bzw. § 94 ZPO) genommen werden.

92 Daher kommt dem Besitzer von Zubehörstücken nach erfolgter Versteigerung die Eigentumsvermutung nicht zugute, THOLE, *supra* Fn. 89, § 1006 Rn. 24. Zum Zusammenhang von Eigentumsvermutung und Eigentumserwerb des Ersteigerers an schuldnerfremden Mobilien OLG Düsseldorf, 24. November 1993 – 11 U 46/93; ferner RG, 12. Juni 1906, RGZ 63, 371, 373. Dass die Eigentumsvermutungen zuvörderst im Zusammenhang mit dem rechtsgeschäftlichen gutgläubigen Erwerb stehen, darf nicht den Blick für die Bedeutung der Publizitätsträger beim originären Erwerb verstellen. Die Basis des originären Erwerbs schuldnerfremder Sachen ist der unmittelbare Besitz des Vollstreckungsschuldners (§ 1006 Abs. 1 BGB) als Pfändungs- (§ 808 ZPO) sowie Beschlagnahmenvoraussetzung (§ 55 Abs. 2 ZVG) bzw. der Registereintrag (§ 891 Abs. 1 BGB) oder der urkundliche Erbfolgenachweis (§ 2365 BGB; Art. 69 EuErbVO) als Anordnungsvoraussetzung (§ 17 ZVG); vgl. ferner § 147 ZVG.

93 Zur Unterscheidung von förmlicher Anmeldung und materiell-rechtlicher Intervention BGH, 18. Juli 2013, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2014, 125 f.

4. Wertverfolgung in der Insolvenz

Eröffnete ein digitales Mobiliarsicherheitenregister sowohl die Möglichkeiten zur Eintragung von Sicherungsübereignungen wie auch der Abtretung künftiger Forderungen, wäre es nur ein kleiner Schritt zu deren Verknüpfung. Diese Verknüpfung könnte dem Sicherungsnehmer bei der verlängerten Sicherungsübereignung die gerade in der Insolvenz für ihn so bedeutende Wertverfolgung⁹⁴ erheblich erleichtern und Poolvereinbarungen erübrigen.

Die Rechtsprechung des BGH zur Ersatzaus- und -absonderung nach der unberechtigten Einziehung sicherungszedierter Forderungen zwingt Sicherungsnehmer zu dem Nachweis, dass die vom Sicherungsgeber oder (vorläufigen) Insolvenzverwalter eingezogene Forderung die Gegenleistung gerade für das Objekt der vereitelten Aus- oder Absonderung war.⁹⁵ Ein Warenhändler wird anhand seiner Buchhaltung regelmäßig unschwer feststellen können, welcher Geldbetrag für die Veräußerung welcher Sachen auf das Geschäftskonto geflossen ist.⁹⁶ Das vermutet jedenfalls die Rechtsprechung, indem sie von einer sekundären Darlegungslast des Sicherungsgebers und (vorläufigen) Insolvenzverwalters ausgeht, der diese wiederum bei unverhältnismäßigem Aufwand nachkommen können, indem sie dem Sicherungsnehmer Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere gewähren. Ein digitales Register könnte Sicherungsgebern die Möglichkeit bieten, die bei der Weiterveräußerung entstehenden Forderungen dem richtigen Sicherungsnehmer zuzuordnen, indem die weiterveräußerte Ware einer eingetragenen Raumsicherungsübereignung zugeordnet und diese wiederum mit einer – ebenfalls bereits eingetragenen – Vorausabtretung zugunsten desselben Sicherungsnehmers am selben Warenbestand verknüpft wird. Diese Möglichkeit der Wertverfolgung durch ein digitales Register böte Siche-

94 Kritisch zur singulären Wertverfolgung grundsätzlich L. HÄSEMEYER, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1982, 507 ff., insb. 543 ff.; L. HÄSEMEYER, Die Altlasten – Ein Prüfstein für wechselseitige Abstimmungen zwischen dem Insolvenzrecht und dem Verwaltungsrecht, in: H. Prütting / H. Vallender (Hrsg.), Festschrift für W. Uhlenbruck (2000) 97, 101; speziell zu den Absonderungsrechten L. HÄSEMEYER, Insolvenzrecht (4. Aufl., 2007) Rn. 18.04 ff.

95 BGH, 24. Januar 2019, BGHZ 221, 10 Rn. 42 ff. (mit Anmerkungen von C. THOLE, Die Ersatzabsonderung bei Einziehung sicherungszedierter Kundenforderungen und beim verlängerten Eigentumsvorbehalt, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2019, 552 ff.; P. A. WINDEL, Stille Mobiliarsicherheiten im Insolvenzeröffnungsverfahren, LMK 2019, 417830; M. BRINKMANN, Mobiliarsicherheiten im Insolvenzeröffnungsverfahren, Betriebs-Berater 2019, 1474 ff.).

96 Die Rechtsprechung beschränkt sich dabei auf unbare Zahlungen, kritisch dazu M. BRINKMANN, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung Kommentar, Bd. 1 (15. Aufl., 2019) § 48 Rn. 35; WINDEL, *supra* Fn. 95, 2. c).

rungsnehmern zudem eine Alternative zu den Lieferantenpools.⁹⁷ Wer seine Sicherheiten registriert und die Eintragungen aktuell hält, bedarf keines Pools, der allein die mit der Wertverfolgung verbundenen Beweisschwierigkeiten⁹⁸ abmildern soll. In welchen Intervallen eine Aktualisierung erfolgt, wäre eine von den Parteien zu beantwortende Kosten-Nutzen-Frage und hinge nicht zuletzt von den Gebühren einer derartigen Konkretisierung und Aktualisierung der eingetragenen Globalsicherheiten ab, die sinnvollerweise deutlich unter denen einer Ersteintragung liegen sollten. Die schon heute vielfach vorhandenen Möglichkeiten, körperliche Sachen mit virtuellen Gegenständen und elektronischen Datenbanken weitestgehend automatisiert kommunizieren zu lassen („Internet of Things“), wird sich unweigerlich – auch ohne ein Mobiliarsicherheitenregister – auf das Haftungsrecht auswirken.⁹⁹

5. Internationale Anerkennung bei beweglichen Sachen

Eine Registermöglichkeit könnte dem Sicherungsnehmer schließlich Vorteile im Hinblick auf die Anerkennung seiner Sicherheit im grenzüberschreitenden Warenverkehr bieten,¹⁰⁰ auch wenn dies ein eher überschätztes Problem sein dürfte.¹⁰¹ Jedenfalls in Österreich werden auch publizitätslose deutsche Mobiliarsicherheiten nach der jüngeren Rechtsprechung des OGH anerkannt.¹⁰²

97 Bei den Bankenpools liegen die Interessen anders. Den Banken ist aufgrund der elektronischen Buchhaltung eine Wertverfolgung ohnehin möglich, es geht ihnen lediglich darum, bei mehreren Geschäftskonten unterschiedlicher Banken die Zufälligkeiten der Einziehung auf diesem oder jenem Konto abzumildern.

98 R. STÜRNER, Aktuelle Probleme des Konkursrechts, Zeitschrift für Zivilprozess 94 (1981) 263, 274 ff.; HÄSEMEYER, Insolvenzrecht, *supra* Fn. 94, Rn. 18.64 f.; BRINKMANN, *supra* Fn. 96, § 49 Rn. 20 f.; U. FOERSTE, Insolvenzrecht (7. Aufl., 2018) Rn. 373 ff.; C. BECKER, Insolvenzrecht (3. Aufl., 2010) Rn. 365, 584, 1360; plastisch auch O. JAUERNIG, Zwangspool von Sicherungsgläubigern im Konkurs, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 1980, 318.

99 Vgl. etwa die Szenarien bei M. HÜTHER / M. DANZMANN, Der Einfluss des Internet of Things und der Industrie 4.0 auf Kreditfinanzierungen, Betriebs-Berater 2017, 834, 839; 2693, 2694 ff.

100 In den Vordergrund stellt diesen Aspekt KIENINGER, AcP, *supra* Fn. 2, 182 ff.; KIENINGER, ZEuP, *supra* Fn. 2, 201 ff.; nachrangig wird die Problematik behandelt von BRINKMANN, *supra* Fn. 1, 322 ff.; 481 f.

101 E. JAYME, Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten, in: Huber / Jayme (Hrsg.), Festschrift für R. Serick (1992) 241 ff.; HEESE, *supra* Fn. 1, 419; BRINKMANN, *supra* Fn. 2, 278 f.

102 OGH Österreich, 23. Januar 2019, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 2019, 337 (mit Anm. P. MANKOWSKI); dazu näher E.-M. KIENINGER, Grenzüberschreitende

6. *Materielle Publizität?*

Die deutsche Lehre tut sich schwer, einem Rechte-Register Funktionen jenseits positiver und negativer Publizität beizumessen. Anscheinend überwuchert das deutsche Grundbuch jede andere Vorstellung und verleitet zu dem Trugschluss, ein Rechte-Register ohne grundbuchähnliche Wirkung sei nutzlos.¹⁰³ Doch diese Annahme ist allein der Perspektive geschuldet, aus der wir gemeinhin auf das Grundbuch blicken.

Positive und negative Publizität und der damit verbundene Schutz des guten Glaubens sind Aspekte des Verkehrsschutzes, also des Schutzes von Drittinteressen. Demgegenüber ist das japanische Mobiliarregister zuvörderst an den Interessen der unmittelbar Beteiligten ausgerichtet. Die Registereintragung hat vornehmlich für sie einen Nutzen. Deswegen wird das Register genutzt, obwohl es gerade für Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer mit Kosten verbunden und seine Nutzung nicht obligatorisch ist.

Materielle Publizität könnte ein Mobiliarsicherheitenregister im deutschen Recht nach japanischem Vorbild schon deswegen nicht bewirken, weil es nicht von jedem Interessierten uneingeschränkt eingesehen werden kann. Die Einsicht in konkrete Rechtsverhältnisse steht nur denjenigen zu, die Rechte an den besicherten Gegenständen nachweisen können. Alle anderen können eigenmächtig nur allgemeine Informationen über die Kreditverhältnisse erlangen und sind sonst darauf angewiesen, dass ein qualifiziert Einsichtsberechtigter ihnen Einblicke verschafft. Negative Publizität können aber auch qualifiziert Einsichtsberechtigte nicht in Anspruch nehmen, da die mit einer Eintragung primär bezweckte Rechtsfolge (Entgegensetzbarkeit) auch auf andere Weise bewirkt werden kann. Demgegenüber ist die positive Publizität des deutschen Grundbuchs aufs Engste verbunden mit dem Recht zur Einsicht für jeden, der ein berechtigtes Interesse darlegen kann (§ 12 GBO),¹⁰⁴ und die negative Publizität mit der Eintragung als konstitutivem Erfordernis rechtsgeschäftlichen Erwerbs (§ 873 BGB). Freilich ist nicht ausgeschlossen, dass die Eintragungen in einem Mobiliarsicherheitenregister sich auf Umwegen etwa auf den gutgläubigen Mobiliarerwerb auswirken. In Deutschland hat sich der Kfz-Brief, der nichts anderes ist als ein urkundlicher Auszug aus einem öffentlichen Register, das ausdrücklich kein Rechte-Register ist, faktisch zum Rechtsscheinträger entwickelt.¹⁰⁵ Doch eine ähnliche Entwicklung stünde nicht zu befürchten,

Kreditsicherung an Mobilien 2019: Pretoria, Wien, Brüssel, in: Benicke/Huber (Hrsg.), Festschrift für H. Kronke (2020) 967, 972 ff.

103 Auf die materielle Publizität beschränkt sich auch die ökonomische Analyse von MORELL, *supra* Fn. 50, 35 ff.

104 KIEHNLE, *supra* Fn. 61, 52 ff.

105 Näher KLINCK, *supra* Fn. 58, § 932 BGB Rn. 47 ff.

solange die Eintragung – anders als im deutschen Kfz-Zulassungsregister – nicht obligatorisch wäre.

Ein weiterer Unterschied zum Grundbuch besteht darin, dass dieses kein reines Sicherheitenregister, sondern auch an der dauerhaften Vollrechtsübertragung ausgerichtet ist. Während die Eintragungen im japanischen Mobiliarsicherheitenregister von vornherein grundsätzlich befristet sind, ist die Übertragung von Grundeigentum unter einer Zeitbestimmung im deutschen Recht unwirksam (§ 925 Abs. 2 BGB) und damit nicht eintragungsfähig. Wenn für die Einsichtsberechtigten nicht nur ein (potentielles) Rechtsverhältnis, sondern zugleich dessen Befristung offenbar wird, verliert die mit der positiven Publizität verbundene Möglichkeit gutgläubigen (lastenfreien) Erwerbs erheblich an Bedeutung. Selbst wenn man dem Mobiliarsicherheitenregister positive Publizität beimessen wollte, könnte ein Erwerber allenfalls befristet vom Sicherungsnehmer und niemals gegen den als Sicherungsgeber Eingetragenen erwerben. Letzterer wird im japanischen Modell sogar ausdrücklich geschützt, indem sich die Befristung der zuerst eingetragenen Rechtsübertragung im Falle der Weiterveräußerung durch den Sicherungsnehmer solange verlängert, wie auch die Weiterveräußerung währt (Artt. 7 Abs. 4; 8 Abs. 4 SoG). Ist die Weiterveräußerung auf Dauer angelegt, gilt die zuerst eingetragene Rechtsübertragung als unbefristet (Artt. 7 Abs. 5; 8 Abs. 5 SoG). Ein Dritterwerb kann sich demnach nicht nachteilig auf den eingetragenen Sicherungsgeber auswirken.

Nicht überbewerten darf man die Frage des gutgläubigen Erwerbs. Nach dem soeben Gesagten kann ein Eintrag in einem derartigen Mobiliarsicherheitenregister nicht alleinige Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs sein. Der Registerauszug bezeugt lediglich, dass der als Veräußerer Eingetragene sich mit dem als Erwerber Eingetragenen über die Sicherheitenbestellung geeinigt hat, nicht aber, dass der Veräußerer zur Verfügung über den Gegenstand berechtigt war. Für die Situation im Zessionsrecht änderte sich insoweit nichts – der gute Glaube an den Bestand der Forderung wird allein im Rahmen des § 405 BGB geschützt, der aber die Mitwirkung des Schuldners voraussetzt, was bei der Sicherungszession gerade vermieden werden soll. Beim Mobiliarerwerb bliebe wie bisher der unmittelbare Besitz alleiniger Rechtsscheinträger. Zusammen mit dem unmittelbaren Besitz des Sicherungsgebers könnte der Sicherungsnehmer durch den Nachweis des Besitzmittlungsverhältnisses mittels Registerauszugs die Rechtsvermutung des § 1006 Abs. 3 BGB für sich in Anspruch nehmen. Das verschlechterte die Rechtslage für den wahren Eigentümer im Vergleich zur *lex lata* kein bisschen.

IV. FAZIT UND AUSBLICK

Gute Gesetzgebung gründet sich auch auf eine breite rechtsvergleichende Grundlage. Das beweisen die japanischen Kodifikationen ebenso wie für Deutschland die Reichsjustizgesetze und das BGB. Während die Japaner jedoch bis heute umsichtig in alle Himmelsrichtungen blicken, wie die jüngste Schuldrechtsmodernisierung eindrucksvoll belegt,¹⁰⁶ hat sich der deutsche Blick jedenfalls auf dem Feld des Kreditsicherungsrechts gen Westen verengt. Das ist zu bedauern, sind es doch gerade die ostasiatischen Staaten und unter ihnen insbesondere Japan, die in Fragen der Digitalisierung eine Kompetenz erlangt haben, die man kaum überschätzen kann. Es war daher nur eine Frage der Zeit, bis Aspekte der Digitalisierung zum Gegenstand des japanisch-deutschen Rechtsdialogs werden würden,¹⁰⁷ aus dem die deutsche Seite momentan vielleicht weit mehr Erkenntnis ziehen könnte, als sie selber beizusteuern vermag.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag stellt das japanische Register für Mobiliarsicherheiten vor. Dieses Register ermöglicht Sicherungsgebern und Sicherungsnehmern die kostengünstige Eintragung einer Mobiliarsicherheit, die dadurch auch Dritten entgegengesetzt werden kann. Auf der Grundlage des japanischen Modells wird sodann ein Mobiliarsicherheitenregister für Deutschland entwickelt. Im Gegensatz zu den bisher diskutierten, praktisch ausschließlich am Uniform Commercial Code (UCC) und Draft Common Frame of Reference (DCRF) orientierten Modellen fügte sich das hier entwickelte Modell bruchlos in das geltende deutsche Kreditsicherungsrecht ein. Zudem ist es in erster Linie an den Interessen von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer orientiert und nicht einem übergeordneten Verkehrsschutzkonzept verhaftet. Daher verspricht es auch dann genutzt zu werden, wenn die Eintragung für die Bestellung einer Mobiliarsicherheit wie bisher nicht konstitutiv wäre.

106 Näher K. YAMAMOTO, Die Schuldrechtsreform 2020 und die Rechtsvergleichung, in: Yamamoto / Koziol, *supra* Fn. 14, 1, 2 ff.

107 Wie etwa beim japanisch-deutschen Symposium „Shaping the Law for a Society 5.0“, das unter meiner Mitwirkung 2018 an der Ruhr-Universität Bochum stattgefunden hat und dessen japanische Beiträge in deutscher Sprache veröffentlicht sind in ZJapanR / J.Japan.L. 48 (2019).

SUMMARY

The contribution gives an introduction of the Japanese digital register for security rights in movables. This register enables the parties to register a security right in movables with third-party effects cost-effectively. On the basis of the Japanese model a register for security rights in movables for Germany is developed. In contrast to the existing discussion in Germany, that is solely focused on models guided by the Uniform Commercial Code (UCC) and the Draft Common Frame of Reference (DCFR), the developed model could be blended smoothly into the prevailing German Law of Property. Furthermore, it is guided by the interests of parties of the security contract, not by supra-individual public interests. Therefore, there is a chance, that the register could be used even if registration is not necessary as by now for the creation of a fully effective security right in movables.