

FRITZ KLEWETA

Die Sicherungsfunktion der Floating Charge in Deutschland

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

398

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

398

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:
Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Fritz Kleweta

Die Sicherungsfunktion der Floating Charge in Deutschland

Mohr Siebeck

Fritz Kleweta, geboren 1979; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Bonn und Lausanne; Zweites juristisches Staatsexamen beim OLG Celle; Postgraduiertenstudium im Corporate Law an der University of Edinburgh/UK; seit 2010 Rechtsanwalt.

Zgl. Lüneburg, Universität, Dissertation, 2016.

ISBN 978-3-16-155524-4 / eISBN 978-3-16-155532-9

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016 von der Fakultät Wirtschaftswissenschaften der Leuphana Universität Lüneburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Januar 2017 berücksichtigt werden.

Auf das Thema der Arbeit wurde ich ursprünglich durch zwei Beiträge zur *floating charge* von Herrn Prof. Dr. Alexander Schall aus dem Jahre 2009 aufmerksam. Zu jener Zeit war dieser noch habilitierter Privatdozent mit Promotionsrecht an der Universität Hamburg und freundlicherweise bereit, mich als Doktorand zu betreuen.

Bei Einreichung im Januar 2014 hatte Herr Prof. Dr. Schall mittlerweile eine Professur an der Leuphana Universität Lüneburg inne. Das Promotionsverfahren konnte jedoch nicht unmittelbar eröffnet werden, weil dort das Promotionsrecht zum Dr. iur. noch nicht fest etabliert und die erforderlichen Grundlagen in der Promotionsordnung erst Mitte des Jahres 2015 geschaffen waren.

Erst nachdem weitere Zeit aufgrund des Dekanats und eines anschließenden Auslandsforschungssemesters meines Doktorvaters sowie nach der Promotionsordnung erforderlicher Pflichtseminare verstrichen war, wurde das Promotionsverfahren unmittelbar nach dem überraschenden Brexit-Votum eröffnet und konnte nach nochmaliger Aktualisierung beendet werden.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Schall, auf dessen Unterstützung ich mich insbesondere in der Endphase der Promotionszeit in vollem Umfang verlassen konnte. Herrn Privatdozent Dr. Sebastian Mock sowie Herrn Prof. Dr. Michael Stöber danke ich für die zügige Erstellung der Zweit- und Drittgutachten.

Ferner danke ich den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Tiefster Dank gilt schließlich meiner lieben Frau Larissa, die stets eine wertvolle Unterstützung war. Ihr und unseren Kindern ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, 8. Februar 2018

Fritz Kleweta

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einführung	1
I. Zielsetzung der Untersuchung	4
II. Vorteile, wirtschaftliche Bedeutung und Kritik an der <i>floating charge</i>	5
B. Die <i>floating charge</i> im englischen Recht	9
I. Die Entwicklung der <i>floating charge</i>	9
II. Funktionsweise der <i>qualifying floating charge</i>	23
III. Mögliches Sicherungsgut	27
IV. Dingliche Wirkungen der <i>floating charge</i>	32
V. Stellung des Sicherungsnehmers gegenüber Dritten	65
VI. Registrierungserfordernisse der <i>floating charge</i>	71
VII. Anfechtbarkeit von <i>floating charges</i> in der Insolvenz	93
VIII. Verwertung der <i>floating charge</i>	95
IX. Zusammenfassung	110
X. Exkurs: Die <i>floating charge</i> im irischen Recht	111
C. Die <i>floating charge</i> in Deutschland	115
I. Die <i>floating charge</i> über das Unternehmen	115
II. Meinungsstand	116

VIII	<i>Inhaltsübersicht</i>	
III.	Stellungnahme	144
IV.	Exkurs: Die irische <i>floating charge</i>	214
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse	217
I.	Die <i>floating charge</i> im englischen Recht	217
II.	Die <i>floating charge</i> über die Limited mit COMI in Deutschland	221
	Literaturverzeichnis	229
	Materialien	247
	Entscheidungsverzeichnis	249
	Sachverzeichnis	255

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einführung	1
I. Zielsetzung der Untersuchung	4
II. Vorteile, wirtschaftliche Bedeutung und Kritik an der <i>floating charge</i>	5
B. Die <i>floating charge</i> im englischen Recht	9
I. Die Entwicklung der <i>floating charge</i>	9
1. Kreditsicherheiten des <i>common law</i>	10
2. Rechtskörper der <i>equity</i> und Grundlagen für die <i>charge</i>	11
3. Entwicklung der <i>fixed charge</i> über <i>future property</i>	13
a) Besitzlose Sicherheit über zukünftiges Vermögen	15
b) Dinglicher Erwerb im Wege des <i>trust</i>	15
c) Dingliche Wirkung der <i>fixed charge</i>	17
4. Anerkennung der <i>floating charge</i> durch die Rechtsprechung	18
a) Eigenschaften der <i>floating charge</i> und Abgrenzung zur <i>fixed charge</i>	19
b) Gesetzliche Einschränkungen durch die <i>Bills of Sale Acts</i>	21
c) Notwendigkeit des Zugrundeliegens einer <i>debenture</i>	22
II. Funktionsweise der <i>qualifying floating charge</i>	23
1. <i>Qualifying floating charges</i> und einfache <i>floating charges</i>	24
2. Umfassende vertragliche Gestaltungsfreiheit	24
3. Umfang und Wirkung der <i>floating charge</i>	25
4. Verwendung als <i>lightweight floating charge</i> in der Bankpraxis	26

III.	Mögliches Sicherungsgut	27
	1. Vermögen im Eigentum des Sicherungsgebers	27
	a) Kreditsicherheiten Dritter	27
	b) Erfassung des <i>undertaking</i>	28
	c) Außerhalb Englands liegende Vermögenswerte	29
	2. Geschäftsbücher	30
	3. <i>Uncalled capital</i>	31
IV.	Dingliche Wirkungen der <i>floating charge</i>	32
	1. Verfügungsbefugnis vor <i>crystallisation</i>	32
	2. Belastungswirkung vor <i>crystallisation</i>	33
	a) Keine dingliche Wirkung vor <i>crystallisation</i>	34
	b) <i>Defeasible charge</i> -Theorie	34
	c) <i>Overreachable charge</i> -Theorie	35
	d) <i>Immediate equitable charge</i> -Theorie	35
	e) Analyse der dinglichen Wirkung anhand der Rechtsprechung	37
	(1) Verfolgungsrecht gegenüber Dritten	37
	(2) Rechte trotz <i>winding-up petition</i>	39
	(3) <i>Injunction</i> bei Gefährdung des Sicherungsgutes	40
	(4) Bestellung eines <i>receiver</i> bei Gefährdung des Sicherungsgutes	40
	(5) Vollstreckungshandlungen durch <i>enforcement</i> <i>officer/sheriff</i>	42
	(6) <i>Third party debt proceedings</i>	45
	(7) <i>Floating charge</i> über Grundstücke	46
	(8) Drittwirkung von Nichtbelastungsversprechen	47
	f) Stellungnahme	50
	(1) Keine dingliche Wirkung	50
	(2) <i>Defeasible charge</i> -Theorie	51
	(3) <i>Overreachable charge</i> -Theorie	53
	(4) <i>Immediate equitable charge</i> -Theorie	53
	g) Ergebnis	54
	3. Eintritt der <i>crystallisation</i>	54
	a) Richterrechtliche Gründe für die <i>crystallisation</i>	55
	(1) Auflösung der Gesellschaft und Einstellung des Geschäftsbetriebes	55
	(2) Eingreifen des Sicherungsnehmers oder eines Dritten	56
	b) Vertraglich vereinbarte <i>crystallising events</i>	57

4.	Wirkung der <i>crystallisation</i>	58
	a) Umwandlung in eine <i>fixed charge</i>	58
	b) Schaffung einer neuen Vermögensordnung	59
	(1) Übertragung der <i>beneficial ownership</i>	60
	(2) Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen	62
5.	Einschränkungen der Drittwirkung	63
	a) Forderungskauf und <i>Dearle v Hall</i>	63
	b) Käufer oder Sicherungsnehmer ohne Kenntnis	64
	c) Ausübung eines Vermieterpfandrechts – <i>landlord</i> <i>levying distress</i>	64
V.	Stellung des Sicherungsnehmers gegenüber Dritten	65
	1. Rechtsgeschäftlich bestellte Sicherungsrechte	66
	2. Vollstreckungsgläubiger	67
	3. Verhältnis zu aufrechenbaren Forderungen	69
	4. Preferential creditors und Liquidationskosten	69
	5. Gesetzlicher Anteil (<i>prescribed part</i>) der ungesicherten Gläubiger	70
	6. Zusammenfassung	71
VI.	Registrierungserfordernisse der <i>floating charge</i>	71
	1. Notwendigkeit der Registrierung nach CA 2006	71
	a) Folgen der Nichtberücksichtigung der 21-Tage-Frist	73
	b) Belastungsregister der Gesellschaft	74
	c) Umfang der Registerpublizität	74
	d) Erweiterung der Publizität in Einzelfällen	75
	2. Sonstige Registrierungspflichten	76
	3. Registrierung bei Auslandsvermögen	78
	a) Registrierung außerhalb der Rom I-VO	79
	b) Anwendbarkeit der Rom I-VO	80
	c) Ergebnis	81
	4. Eigentumsvorbehalte als zu registrierende <i>floating charge</i>	81
	a) Einfacher Eigentumsvorbehalt	81
	b) Verarbeitungsklauseln	82
	(1) Einbau und Herstellung einer neuen Sache	82
	(2) Vermischung und Vermengung	83
	c) Verlängerter Eigentumsvorbehalt und <i>Romalpa-</i> Klauseln	84
	d) Kombination von <i>Romalpa</i> -Klauseln und Verarbeitungsklauseln	86
	e) Ergebnis	86

5. Die <i>floating charge</i> als Finanzsicherheit	86
a) Persönlicher Anwendungsbereich der FCAR 2003	87
b) Sachlicher Anwendungsbereich	87
c) Barsicherheiten	88
d) Bedeutung der Begriffe Besitz und Kontrolle	89
(1) Besitz oder administratives Kontrollrecht	89
(2) Herrschaftsverhältnis im Sinne negativer Kontrolle	90
(3) Stellungnahme	91
(4) Ergebnis	93
VII. Anfechtbarkeit von <i>floating charges</i> in der Insolvenz	93
1. Allgemeine Insolvenzanfechtungsregeln	93
2. Sonderregelung für <i>floating charges</i>	94
VIII. Verwertung der <i>floating charge</i>	95
1. Maßnahmen der Einzelvollstreckung	95
2. Bestellung eines <i>administrative receiver</i>	97
a) Einschränkungen durch den Enterprise Act 2002	98
(1) Transaktionen mit Bezug zum Kapitalmarkt	99
(2) Projektfinanzierung mit <i>step-in rights</i>	99
(3) Weitere Ausnahmen	100
(4) Transaktionen im Zusammenhang mit dem Finanzmarkt	100
(5) Zusammenfassung	100
b) Befugnisse des <i>administrative receiver</i>	101
c) Kündigung von Verträgen der Gesellschaft	102
3. Bestellung eines <i>administrator</i>	103
a) Befugnisse des <i>administrator</i>	103
b) Herbeiführung eines Moratoriums	105
c) Möglichkeiten der Bestellung	106
d) Anerkennung nach der EuInsVO 2015	108
e) Wesentliche Unterschiede zur <i>liquidation</i>	109
4. Möglichkeit des <i>foreclosure</i>	109
IX. Zusammenfassung	110
X. Exkurs: Die <i>floating charge</i> im irischen Recht	111
1. Übersicht über die irische <i>floating charge</i>	111
2. Bestellung eines <i>receiver</i>	112
C. Die <i>floating charge</i> in Deutschland	115

I.	Die <i>floating charge</i> über das Unternehmen	115
II.	Meinungsstand	116
	1. Wirksamkeit der schuldrechtlichen Aspekte	116
	a) Sittenwidrigkeit wegen Übersicherung	117
	b) Sittenwidrigkeit wegen Verleitung zum Vertragsbruch	117
	c) Wirksame Rechtswahl zugunsten des englischen Rechts	118
	d) Stellungnahme	118
	(1) Keine Sittenwidrigkeit wegen (anfänglicher) Übersicherung	119
	(2) Keine Verleitung zum Vertragsbruch	120
	(3) Sittenwidrigkeit aufgrund Verwalter- bestellungsrechts	121
	(4) Wahl englischen Rechts	122
	e) Ergebnis	123
	2. Dingliche Wirkung der Sicherungsabrede	123
	a) Zur Möglichkeit der Belastung des Unternehmens- betriebes	123
	b) Unvereinbarkeit mit der deutschen Sachenrechts- ordnung	125
	c) Unvereinbarkeit mit dem deutschen <i>ordre public</i>	126
	(1) Verstoß gegen das Publizitätsprinzip	126
	(2) Verstoß gegen das Spezialitätsprinzip	126
	d) Wirksame Belastung nur über in England belegenes Vermögen	127
	(1) Handeln unter fremdem Recht	128
	(2) Wirkungen vor <i>crystallisation</i>	129
	(a) Mobilien	129
	(b) Forderungen und Immaterialgüterrechte	129
	(c) Luft- und Wasserfahrzeuge	130
	(d) Immobilien	131
	(e) Ergebnis	131
	(3) Wirkungen nach <i>crystallisation</i>	131
	(a) Wirkung hinsichtlich in Deutschland belegener Vermögenswerte	131
	(b) Wirkung bei nachträglichem Statutenwechsel	132
	(c) Ergebnis	133
	(4) Berücksichtigung in einem Insolvenzverfahren	133

(5) Anknüpfung des <i>administrative receiver / court appointed receiver</i>	134
(6) Zusammenfassung	134
e) Wirksame Belastung über in Deutschland belegenes Vermögen	135
(1) Aufteilung nach belasteten Vermögenswerten	135
(a) Mobilien und Forderungen	135
(b) Sonstige Rechte	136
(c) Immobilien, Transportmittel im Sinne von Art. 45 EGBGB	136
(d) Ergebnis	136
(2) Berücksichtigung in der Zwangsvollstreckung	136
(3) Ergebnis	137
f) Gesellschaftsrecht, <i>situs</i> und Liquidationsrecht	137
(1) Gesellschaftsrechtliche Anknüpfung	137
(2) Anknüpfung an das Statut des belasteten Vermögensgegenstandes	138
(3) Berücksichtigung in der Insolvenz	138
(4) Ergebnis	139
g) Gesellschaftsrechtliche Gesamtanknüpfung	139
(1) Bestellung und Existenz der <i>floating charge</i>	139
(2) Qualifikation von <i>administration</i> und <i>administrative receivership</i>	140
(3) Hilfsweise: Einsetzen eines <i>contractual receiver</i>	141
(4) <i>Crystallisation</i> als besonderer Eröffnungsgrund	142
(5) Ergebnis	142
3. Möglichkeit der Rechtswahl im Sachenrecht	143
III. Stellungnahme	144
1. Belastung des Unternehmens	145
a) Rechtsprechung zu der Belastung des Unternehmens	145
b) Unternehmensnießbrauch	146
c) Statut des <i>undertaking</i>	147
d) Ergebnis	149
2. Nicht schlechthin unvereinbar	149
a) Ursprünglich in England belegene Sachen	149
b) Ursprünglich in Deutschland belegene Sachen	150
c) Möglichkeit einer Bestellung über eine <i> Holding-Limited</i>	150
d) Deutschem Recht unterliegende Forderungen	151

3. Kein genereller Verstoß gegen das Publizitätsprinzip	151
4. Kein genereller Verstoß gegen das Spezialitätsprinzip	152
a) Begriff des Bestimmtheitsgrundsatzes	152
b) Aufweichung des Spezialitätsprinzips bei der Sicherungsübereignung	153
(1) Umgehung der Regelungen des Faustpfandrechts	153
(2) Grundsätze für die Übertragung von Sachgesamtheiten	154
(3) Fehlende räumliche Abgrenzung	154
(4) Im Umlauf befindliches Sicherungsgut	155
(5) Ergebnis	156
c) Aufweichung des Spezialitätsprinzips im Umwandlungsrecht	157
d) Gesetzliche Aufweichung des Spezialitätsgrundsatzes	159
(1) Haftungsverband der Hypothek	159
(2) Haftungsverband der Schiffshypothek	161
(3) Haftungsverband des Registerpfandrechts nach dem LuftFzG	163
(a) Der Umfang des Haftungsverbands	163
(b) Erweiterung auf das Ersatzteillager	164
(c) Vollstreckung und Bestellung eines Treuhänders	166
(d) Ergebnis	167
(4) Haftungsverband des Inventarpfandrechts	168
e) Schlussfolgerungen für die <i>floating charge</i>	169
(1) Keine Verschleierung der Eigentumsverhältnisse	170
(2) Kern einer wirtschaftlichen Einheit	171
(3) Anerkennung im Falle des COMI-Wechsels	171
f) Ergebnis	172
g) Hilfsweise: Möglichkeit der Umdeutung	172
(1) Strickmaschinenfall/Aufwertung ausländischer Kreditsicherheiten	172
(2) Interessenlage bei Handeln unter fremdem Recht	174
(3) Keine Möglichkeit zur Umdeutung	174
h) Ergebnis	174
5. Gesellschaftsrechtliche Anknüpfung	175
a) Einflechtung in die Finanzverfassung	176
b) Schaffung einer neuen Vermögensordnung	177
c) Übertragung des <i>undertaking</i> zwingend gesellschaftsrechtlich	177
d) Ergebnis	180

6. Vollstreckung in Deutschland	180
a) Vollstreckungsweise der <i>floating charge</i>	180
b) Einzelverwertung/-vollstreckung außerhalb der Insolvenz	181
c) Bestellung eines <i>administrative/contractual receiver</i>	183
(1) Wirkungen nach englischem Recht	183
(2) Qualifikation des <i>administrative receiver</i>	184
(3) Folgen der Nichtanerkennung der <i>floating charge</i> im Ausland	186
(4) Lösungsmöglichkeiten bei Unwirksamkeit nach deutschem Recht	187
(5) Ergebnis	189
d) Bestellung eines <i>administrator</i> außerhalb der Insolvenz und vor Eröffnung des (vorläufigen) Insolvenzverfahrens	189
(1) Qualifikation und Befugnisse des <i>administrator</i>	189
(2) Person des <i>administrator</i>	191
(3) Ergebnis	192
e) Verfallsvereinbarung/Kündigung von Verträgen	192
(1) Veräußerung der belasteten Vermögensgegenstände (a) Keine unzulässige Befriedigungsabrede nach § 1149 BGB	194
(b) Keine Verfallvereinbarung nach § 1229 BGB	195
(2) Kündigung von Verträgen/Moratorium	195
(3) Ergebnis	195
f) Konsequenzen der Insolvenz der Gesellschaft nach Bestellung eines Unternehmensverwalters	196
(1) Bestellung des Unternehmensverwalters als (vorläufiger) Insolvenzverwalter	197
(2) Bestellung des Unternehmensverwalters als Eigenverwalter	198
(3) Kündigung von Verträgen/Moratorium	200
(4) Ergebnis	200
7. Risiko der Nachrangigkeit in der Insolvenz, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO	201
a) Anwendbarkeit auf Auslandsgesellschaften	201
(1) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	201
(2) Eingeschränkte Anwendbarkeit auf Auslands- gesellschaften	202
(3) Stellungnahme	203

b) Voraussetzungen der Einbeziehung Dritter	203
(1) Nachrangigkeit bei Verpfändung von Geschäftsanteilen	204
(2) Nachrangigkeit wegen Verhaltens- und Informations- pflichten	205
(3) Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die <i>floating charge</i>	206
c) Ergebnis	209
8. Beschränkung der Grundfreiheiten	209
a) Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit	209
b) Keine Verletzung der Kapitalverkehrs- oder Dienstleistungsfreiheit	213
c) Keine Beschränkung der Grundfreiheiten	213
9. Gesamtergebnis	214
IV. Exkurs: Die irische <i>floating charge</i>	214
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	217
I. Die <i>floating charge</i> im englischen Recht	217
II. Die <i>floating charge</i> über die Limited mit COMI in Deutschland	221
Literaturverzeichnis	229
Materialien	247
Entscheidungsverzeichnis	249
Sachverzeichnis	255

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AC	Law Reports, Appeal Cases (seit 1891)
ACLR	Australian Company Law Reports
ACSR	Australian Corporations and Securities Reports
AG	Aktiengesellschaft
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
All ER	All England Law Reports Annotated (seit 1936)
ALR	American Law Reports
Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AppCas	Appeal Cases
Art	article
Art.	Artikel
BB	Der Betriebsberater
BCC	British Company Law Cases
Bd.	Band
Begr. RegE.	Gesetzesbegründung der Bundesregierung zum Regierungsentwurf
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BJIBFL	Butterworths Journal of International Banking & Financial Law
BCLC	Butterworths Company Law Cases
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Online-Rechtsprechungsammlung des Beck-Verlags
BGH	Bundesgerichtshof
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BPIR	Bankruptcy and Personal Insolvency Reports
BSA	Bills of Sale Act
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
CA	Companies Act
CBR	The Canadian Bar Review
CBR (NS)	The Canadian Bar Review (Nova Scotia)
Ch	Law Reports, Chancery Division (seit 1891)
ChD	Law Reports, Chancery Division (von 1875 bis 1890)

CFL	Corporate Finance Law
CL	The Company Lawyer
CLJ	Cambridge Law Journal
CLN	Company Law Newsletter
CLWR	Common Law World Review
CMLJ	Capital Markets Law Journal
CMLR	Common Market Law Reports
COMI	Centre of Main Interest
ComLR	Commercial Law Reports
CPL	Conveyancer and Property Lawyer
CPR	Civil Procedure Rules
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EA 2002	Enterprise Act 2002
ebda.	ebenda
ECFR	European Company and Financial Law Review
ELR	Edinburgh Law Review
ER	English Reports
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ERPL	European Review of Private Law
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EuInsVO 2000	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren
EuInsVO 2015	Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions
EWHC	High Court of England and Wales
EWHC (Ch)	High Court of England and Wales (Chancery Division)
EWHC (Comm)	High Court of England and Wales (Commercial Court)
f(f).	folgend(e)
FCAR 2003	Financial Collateral Arrangements (No 2) Regulations 2003/3266
FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
Fn.	Fußnote
FS	[Festschrift]
FSR	Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten, ABl. EG Nr. L 168 vom 27. Juni 2002, S. 2002, S. 43 ff.
gem.	gemäß
GLJ	The German Law Journal
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmbHRep	GmbH-Report
GRL	Griffith Law Review
GS	Gedenkschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung

HKLRD	Hong Kong Law Reports & Digest
HLR	Harvard Law Review
hrsg./Hrsg.	herausgegeben/Herausgeber
IA	Insolvency Act
IBL	International Banking Law
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IFLR	International Financial Law Review
II	Insolvency International
IILR	International Insolvency Law Review
InsInt	Insolvency Intelligence
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IR	The Irish Reports
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
JBL	Journal of Business Law
JIBFL	Butterworths Journal of International Banking & Financial Law
JIBLR	Journal of International Banking Law and Regulation
JPIL	Journal of Public and International Law
jurisPK	juris PraxisKommentar
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports, King's Bench Division (1901–1952)
KPB	Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard, InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung
LBS	Langenbucher, Katja/Bliesener, Dirk/ Spindler, Gerald: Bankrechtskommentar
LFMR	Law and Financial Markets Review
LG	Landgericht
Lief.	Lieferung
Lit.	Buchstabe
LJ	Lord Justice
LLP	Limited Liability Partnership
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
LPA	Law of Property Act
LQR	Law Quarterly Review
LR [...] App	Law Reports, Chancery Appeal Cases (1865–1875)
LR [...] App Cas	Law Reports, Appeal Cases (1875–1890)
LR [...] Ch App	Law Reports, Chancery Appeal Cases (1865–1866)
LR [...] Ex	Law Reports, Court of Exchequer Cases (1865–1875)
LR [...] QBD	Law Reports, Queen's Bench Division (1875–1895)
LT	Law Times Reports
Ltd	Limited
LuftFzG	Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen
LuftVZO	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MLJ	Malayan Law Journal
MLR	Modern Law Review

MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüHdb/GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MüKo/BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo/InsO	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-BGB	Nomos-Kommentar: BGB
Nr.	Nummer
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
NZLR	The New Zealand Law Reports
NZULR	New Zealand Universities Law Review
PachtKrG	Pachtkreditgesetz
para(s)	Paragraph(s)
PLC	Practical Law Companies
Pt	Part
PWW	Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd: BGB Kommentar
QB	Queen's Bench
RdTW	Recht der Transportwirtschaft
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RegE	Regierungsentwurf
RF	Review of Finance
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
(r)r	Rule(s)
S.	Seite
SASR	South Australian State Reports
SC	Session Cases
Sch	Schedule
SchiffFRG	Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken
SI	Statutory Instrument
SJ	The Solicitors' Journal
SJLS	Singapore Journal of Legal Studies
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes
sog.	sogenannte
(s)sec	Section(s)
TILJ	Texas International Law Journal
u. a.	unter anderem
UCLJR	University College London Jurisprudence Review
UKHL	United Kingdom, House of Lords
UKPC	United Kingdom, Privy Council
Urt.	Urteil
v	<i>versus</i>
v.	vom
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorb	Vorbemerkungen
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

WLR	The Weekly Law Reports
WM	WM Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

A. Einführung

Im Zusammenhang mit den wesentlichen Zielen der Europäischen Union, insbesondere der Schaffung eines gemeinsamen unbeschränkten Binnenmarktes gemäß Art 26 AEUV¹, wird neben dem freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital sowie der Freizügigkeit der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates immer wieder auch ein einheitliches Kreditsicherungsrecht diskutiert. Dabei wird typischerweise auf die dinglichen Aspekte (und die damit verbundenen Hindernisse) abgestellt. Im Einzelfall kann aber die Kapitalbeschaffung über Kreditsicherungsmittel so eng mit den gesellschaftsrechtlichen Vorgängen verknüpft sein, dass sich die Frage stellt, ob in diesen Fällen nicht auch das jeweilige Kreditsicherungsmittel als Kernelement ins Ausland mitgenommen werden kann. Eine Grundlage könnte die gemäß Artt. 49, 54 AEUV gewährleistete Freizügigkeit von Gesellschaften in Form der Niederlassungsfreiheit sein. Diese Frage wurde auch für Deutschland relevant, nachdem der EuGH in einer Reihe von Entscheidungen, insbesondere in den Urteilen *Centros*², *Übersee-ring*³ und *Inspire Art*⁴, die Niederlassungsfreiheit ausgestaltet hatte und in Deutschland die „überschwemmungsartige“⁵ Gründung von Briefkastengesellschaften, insbesondere in der Form englischer *private companies limited by shares* (nachfolgend Limited), folgte.⁶ Die englische Limited wiederum lieferte sich einen Wettbewerb mit vergleichbaren Rechtsformen aus anderen Ländern wie Irland oder Malta.

Nach einem Boom der Limited, der im Jahr 2006 mit über 46.000 Niederlassungen in Deutschland seinen Höhepunkt fand,⁷ hat sich nach einer Marktberichtigung in den Folgejahren ihre Zahl auf etwas über 9.000 registrierten Nieder-

¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Fassung aufgrund des am 1.12. 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung, bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47).

² EuGH, Slg. I 1999, S. 1459.

³ EuGH, Slg. I 2002, S. 9919.

⁴ EuGH, Slg. I 2003, S. 10155.

⁵ *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2009, S. 1048, 1054.

⁶ *Ringe*, ECFR 2013, S. 230, 231; *Miras*, NZG 2012, S. 486.

⁷ *Westhoff*, GmbHR 2007, S. 474, 478.

lassungen eingependelt.⁸ Auch wenn mittlerweile seit Einführung der Unternehmersgesellschaft (nachfolgend UG)⁹ der Siegeszug der Limited in Deutschland ein Ende gefunden und die UG deutlich die Oberhand gewonnen hat,¹⁰ war die Limited weiterhin für Unternehmer mit Tätigkeitsgebiet in Deutschland interessant.¹¹ Weniger relevant ist die Limited indes für ausschließlich in Deutschland tätige Kleinunternehmen mit geringem Finanzierungsbedarf, also als reine Briefkastengesellschaft. Für solche Zwecke ist die UG als rein deutsche Rechtsform besser geeignet.¹² Von größerer Bedeutung dürfte eine ausländische Rechtsform vielmehr für Unternehmungen sein, welche gerade zur Erschließung des europäischen Marktes genutzt werden sollen und deren Zweck tatsächlich ein Tätigwerden in mehreren Mitgliedstaaten ist. Die Erschließung des europäischen Marktes mit einer ausländischen Rechtsform kann eine Vielzahl von Gründen haben. Aus unternehmerischer Sicht werden es bei irischen oder englischen Gesellschaften die arbeitsrechtlichen (eine Limited mit mehr als 500 Mitarbeitern bedarf anders als deutsche Gesellschaften mit beschränkter Haftung keines Aufsichtsrates¹³) oder steuerrechtlichen Verhältnisse sein. Ferner ist die Behandlung der Limited im Ausland durch die englische Rechtsprechung deutlich besser abgesichert, als dies für die gerade erst flügge gewordene GmbH oder UG der Fall ist. Dass diese Vorteile nicht nur theoretischer Natur sind, sieht man besonders deutlich bei größeren internationalen Anwaltskanzleien, von denen mittlerweile eine Vielzahl die Rechtsform einer LLP angenommen hat und unter neuer Rechtsform grenzüberschreitend – zum Teil mit COMI in Deutschland – tätig wird. Gleiches gilt etwa für Sony Europe Limited oder Imperial Tobacco International Limited, die im Jahr 2010 nun auch eine Niederlassung in Deutschland haben eintragen lassen.¹⁴

Mit dem EU-Referendum zum Brexit am 23. Juni 2016 ist das Interesse zumindest an einer englischen Limited mit COMI in Deutschland sicher nicht gestiegen. Immerhin steht der erforderliche Austrittsantrag nach Art. 50 Abs. 2

⁸ *Miras*, NZG 2012, S. 486, 487.

⁹ Henssler/Strohn/*Servatius*, IntGesR, Rn. 43; als wesentlicher Aspekt für den Rückgang der Limited in Deutschland wird neben der mangelnden Akzeptanz, Reputationsproblemen und erheblicher Verwaltungskosten auch die insgesamt restriktive Rechtsprechung gegenüber ausländischen Gesellschaften in Deutschland gesehen, vgl. *Ringe*, ECFR 2013, S. 230, 257 ff.

¹⁰ Bis Ende Februar 2012 sind etwa 66.000 UG eingetragen worden, vgl. *Miras*, NZG 2012, S. 486, 487; *Kornblum*, GmbHRep 2010, S. 53; *Ringe*, ECFR 2013, S. 230, 250; *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2009, S. 1048, 1054.

¹¹ Henssler/Strohn/*Servatius*, IntGesR, Rn. 43; *Kornblum*, GmbHR 2009, S. 1056, 1063.

¹² *Rolfes*, S. 187 ff.

¹³ *Rolfes*, S. 190; ErfK/*Oetker*, § 1 DrittelbG, Rn. 3.

¹⁴ *Miras*, NZG 2012, S. 486, 487.

AEUV von Großbritannien noch aus, und es ist unklar, ob sich Großbritannien nicht insoweit Sondervorteile ausbedingen wird. Dies könnte insbesondere auch die Niederlassungsfreiheit derart betreffen, dass deren Fortbestand zwischen der EU und Großbritannien vereinbart wird. Unabhängig von einem möglichen Brexit bleibt aber weiterhin die Möglichkeit, eine irische Limited mit COMI in Deutschland zu betreiben, so dass die in dieser Arbeit angestellten Überlegungen nicht obsolet werden. Damit wird sich auch weiterhin die Frage stellen, wie mit der Limited, oder mit ihrer irischen Schwester, in Zukunft umzugehen sein wird.

Häufig besteht bei Neugründungen, aber auch bei bereits bestehenden expandierenden Gesellschaften ein erheblicher Finanzierungsbedarf. Dieser Finanzierungsbedarf war häufig ein Grund für das Scheitern der Limiteds in Deutschland. Ohne Mindestkapital waren viele deutsche Banken nicht bereit, Darlehen an eine Limited (zu einem vertretbaren Zinssatz) auszureichen.¹⁵ Dieselbe leidvolle Erfahrung mussten die Limiteds auch in England machen, nur einige hundert Jahre früher, zur Zeit der Industrialisierung. Auch damals bestand erheblicher Finanzierungsbedarf für Gesellschaften ohne Mindestkapital, so dass in der Folge in England eine allumfassende Kreditsicherheit – die *floating charge* – entwickelt wurde, welche die fehlende persönliche Haftung auf der einen Seite und das fehlende Mindestkapital auf der anderen Seite ausgleichen sollte. Die *floating charge* ermöglicht die Besicherung des laufenden Unternehmens selbst, einschließlich des gesamten Eigentums der Gesellschaft. Erst durch die *floating charge* wurde es Unternehmensgründern ermöglicht, umfassende Unterstützung durch Fremdkapital zu erhalten. Da die *floating charge* eine Vielzahl von Unternehmensgründungen überhaupt erst möglich gemacht hat, wird man ihr ohne Weiteres erhebliche wirtschaftsfördernde Wirkung beimessen können.¹⁶ Dies zeigt auch die Gegenprobe in Schweden. Die umfassende Beschränkung¹⁷ der dortigen Unternehmenshypothek stellte sich letztlich als Hemmnis für das Wirtschaftswachstum in Schweden heraus, so dass die Änderungen anschließend revidiert werden mussten.¹⁸

¹⁵ Bayer/Hoffmann, GmbH 2009, S. 1048, 1054.

¹⁶ Lenhard, *Englisches Mobiliarkreditsicherungsrecht*, S. 27; Armour, *Secured Lending*, in: Eidenmüller/Kieninger, *Future of Secured Credit*, S. 3, 28.

¹⁷ Im Jahr 2004 wurde die Rechtslage im Hinblick auf die *företagshypotek* (zwischen 2004 und 2009 *företagsinteckning*) dahingehend geändert, dass der Sicherungsnehmer nach Befriedigung der vorrangigen Gläubiger nur noch mit einem Anteil von 55% des verbleibenden Vermögens beteiligt war. Im Übrigen wurde er wie ein ungesicherter Gläubiger behandelt, vgl. Johansson, *Investment Securities*, S. 105.

¹⁸ Johansson, *Investment Securities*, S. 105.

Unternehmensgründer mit COMI in Deutschland, die kein Mindestkapital aufwenden können und sich gleichzeitig nicht der persönlichen Haftung aussetzen wollen, stehen in Deutschland auch heute noch vor derselben Frage wie ein englischer Unternehmensgründer zur Zeit der Industrialisierung: Wie kann das Vorhaben finanziert werden? Bei Gesellschaften mit geringem Finanzierungsbedarf und ohne Expansionsgedanken in das europäische Ausland dürfte die UG als seriöser Schuldner taugen und eine Finanzierung bis zu einem gewissen Punkt möglich sein. Bei ambitionierteren Unterfangen wäre eine umfassende Sicherheit wie die *floating charge* hilfreich, um die Fremdkapitalbeschaffung zu erleichtern.

I. Zielsetzung der Untersuchung

Die Untersuchung soll die Frage beantworten, ob die Limited die für ihre Kapitalbeschaffung grundlegende *floating charge* nach Deutschland als für sie maßgeschneidertes Kreditinstitut „mitnehmen“ kann und ob eine Verwertung auch von deutschem Recht unterliegenden Vermögensgegenständen möglich ist. Bisherige detailliertere Untersuchungen haben sich, soweit ersichtlich, nur mit der abstrakten Wirkung der *floating charge* in Deutschland auseinandergesetzt, nicht jedoch mit ihr als gesellschaftsrechtlich an bestimmte englische Gesellschaftsformen angeknüpftes Institut. Da sich innerhalb Europas bislang – obgleich wünschenswert¹⁹ – noch kein einheitliches Kreditsicherungsrecht herausgebildet hat, ist diese Frage auch weiterhin aktuell. Zwar hat die Rom I-Verordnung²⁰ zum Teil, etwa in Bezug auf Forderungsabtretungen, eine gewisse Vereinheitlichung ermöglicht. Den Mitgliedstaaten wird aber noch immer ein umfangreicher Spielraum im Hinblick auf die Gestaltung von Kreditsicherheiten und damit auch deren Ausschluss eingeräumt. Hinderlich erscheint auf den ersten Blick, dass die Wirksamkeit einzelner Kreditsicherheiten nicht nur von der jeweiligen *lex fori* abhängig ist. Sie kann zusätzlich davon abhängen, ob das Recht außerhalb oder im Rahmen eines Insolvenzverfahrens geltend gemacht wird, welchem Recht der besicherte Vermögensgegenstand unterliegt und schließlich, wo der Sicherungsgeber seinen Satzungssitz hat, da manche Mitgliedstaaten – darunter auch England – ein schuldnerbezogenes Register führen.

Besondere Hindernisse werden durch das kollisionsrechtliche Prinzip der *lex rei sitae* – in Deutschland insbesondere durch das Spezialitätsprinzip und den

¹⁹ Dazu u. a. *Armour*, in: Eidenmüller/Kieninger, Future of Secured Credit, S. 3, 4, 28.

²⁰ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, nachfolgend Rom I-VO.

Typenzwang – aufgestellt. Das deutsche Recht erlaubt grundsätzlich eine Belastung der Vermögensgegenstände einer Gesellschaft in ihrer Gesamtheit oder nach ihrer Gattung zumindest dann nicht, wenn diese nicht normativ bestimmbar sind.²¹ Soweit dies ein Hindernis für die Wirksamkeit der *floating charge* darstellt, ist zu klären, ob die Grundsätze des deutschen Sachenrechts zurücktreten können (oder sogar müssen) oder ob der *floating charge* im Rahmen der Umsetzung zur Geltung verholfen werden könnte. Darüber hinaus sind neben der Belastungswirkung der *floating charge* auch die typischerweise von der *rescue culture* geprägten außergerichtlichen Durchsetzungsmechanismen von ganz besonderem Interesse. In der Literatur wurde die Wirksamkeit der *floating charge* an einer deutschen Gesellschaft über Vermögensgegenstände in Deutschland vollständig²² oder zumindest ihre umfassende Umsetzung in das deutsche Recht weitgehend abgelehnt.²³ Zu klären ist nun, ob dies auch für die Limited der Fall ist.

II. Vorteile, wirtschaftliche Bedeutung und Kritik an der *floating charge*

Die Vorteile der *floating charge* gegenüber der Limited sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass dieses Sicherungsmittel Dank umfassender Vertragsfreiheit im englischen Kreditsicherungsrecht²⁴ auf die Bedürfnisse der Limited „zugeschnitten“ werden konnte.²⁵ Die *floating charge* wurde dementsprechend in der Rechtswissenschaft zum Teil auch als erfolgreichstes Modell einer Unternehmenshypothek bezeichnet.²⁶

²¹ Baur/Stürner, § 57 Rn. 13; Nobbe/Fischer/Klindtworth, § 929–930 BGB Rn. 79; Bütter, English charges, (2002) 2 JCLS S. 213, 233; Wenckstern, Floating charge, RabelsZ 56 (1992), S. 624, 627.

²² v. Bar, Internationales Privatrecht II, Rn. 761.

²³ Bütter, English charges, (2002) 2 JCLS S. 213, 235 ff.; Wenckstern, Floating charge, RabelsZ 56 (1992), S. 624, 651 ff.; Erman/Hohloch, BGB, Bd. 2, Art. 43 Rn. 22; jurisPK/Kieninger, BGB Bd. 6, Art 43 Rn. 29; PWW/Brinkmann, BGB, Art. 43 Rn. 17; Staudinger/Stoll, IntSachR, Rn. 195; NK-BGB/v. Plehwe, BGB Bd. 1, Art. 43 Rn. 44 f.; Schall, Floating charge im I(Z)PR, IPRax 2009, S. 209, 211 ff.; ders., KTS 2009, S. 69, 76 ff.

²⁴ Bridge, English law of security, in: Kieninger, Security Rights, S. 81, 85.

²⁵ Die einzigen wesentlichen Grenzen für die Bestellung der *floating charge* waren insoweit die Bills of Sale Acts 1878 und 1891, die allerdings schon nicht auf *incorporated companies* anzuwenden waren.

²⁶ Drobniq, Reform der Mobiliarsicherheiten, S. 84; auch v. Wilmowsky, Kreditsicherungsrecht, S. 86.

Zunächst ermöglicht die englische *floating charge* eine umfassende Besicherung nahezu sämtlicher Vermögensgegenstände der Gesellschaft einschließlich des Unternehmens (d. h. des *undertaking* im Sinne von Kundenstamm, Ruf, Unternehmenschancen, Geschäftsbeziehungen, Geschäftsgeheimnisse). Gleichzeitig behält der Sicherungsgeber seine Verfügungsbefugnis, sein Geschäftsbetrieb bleibt also unbehelligt.²⁷ Vor allem aber stellen die Vollstreckungsmechanismen der *floating charge* einen erheblichen Vorteil dar. Auf der Vollstreckungsseite wurden verschiedene außergerichtliche Vollstreckungsmechanismen zur Durchsetzung der *floating charge* entwickelt, welche einem Sicherungsnehmer ausschließlich unter der *floating charge* zustehen. Die Durchsetzung der Sicherheit auch ohne Einbindung des Gerichts im Rahmen der „Privatvollstreckung“ erhöht vor allem die Einflussmöglichkeiten des Sicherungsnehmers auf den Verfahrensgang bei häufig deutlich geringeren Kosten. Die Vollstreckung erfolgt dabei primär im Rahmen von zwei leicht unterschiedlichen Verfahren, der *administrative receivership* und der *administration* (bzw. bei der irischen *floating charge* durch den *receiver-manager*). Bei der *administrative receivership* stehen die Interessen des Sicherungsnehmers im Vordergrund, während bei der *administration* vorrangig die Fortführung der Gesellschaft beabsichtigt ist. Studien zum Erfolg solcher Rettungsmaßnahmen legen nahe, dass die Restrukturierung von notleidenden Gesellschaften außerhalb gerichtlicher Verfahren häufiger erfolgreich ist als die einfache Liquidation der Gesellschaft und Verteilung des Vermögens.²⁸ Diese Erkenntnis scheint sich mittlerweile auch in Deutschland durchgesetzt zu haben, wo immer häufiger auch das englische *creditors voluntary arrangement* oder auch *scheme of arrangement* in Betracht gezogen wird.²⁹

Auch in anderen Mitgliedstaaten sind die Vorteile einer Unternehmenshypothek – jeweils mit unterschiedlicher Prägung – erkannt worden. Frankreich³⁰,

²⁷ v. Wilmowsky, *Kreditsicherungsrecht*, S. 86.

²⁸ *Armour*, in: Eidenmüller/Kieninger, *Future of Secured Credit*, S. 3, 28.

²⁹ *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC S. 1104 (Ch); *Re Primacom Holding GmbH (No 1)* [2011] EWHC S. 3746 (Ch); siehe dazu auch *Bork*, IILR 2012, S. 477, 478.

³⁰ Im Gegensatz zur *floating charge* erfasst das *nantissement* Forderungen, Betriebsgrundstücke und das Warenlager nicht, mindestens aber den Kundenstamm. Daneben sind häufig Werkzeuge und gewerbliche Schutzrechte, die Firma und Ansprüche aus Mietverträgen von diesem Kreditsicherungsmittel erfasst, vgl. Derleder/Knops/Bamberger, *Handbuch Bankrecht*, Bd. 2, § 97 Rn. 59; *Graham-Siegenthaler*, *Kreditsicherungsrechte*, S. 301; *Kunzler*, *Nantissement du Fonds de Commerce*, S. 46 f.; *Sonnenberger/Dammann*, *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Rn. VII 115.

Belgien³¹ und Luxemburg³² ermöglichen die Besicherung des Unternehmens durch das *nantissement du fond de commerce*, Schweden stellt die *företagshypotek*³³ bereit, Spanien kennt die *hipoteca de establecimiento mercantil*³⁴ und das Vereinigte Königreich sowie Irland³⁵ lassen die Besicherung bestimmter körperschaftlich organisierter Gesellschaftsformen durch die *floating charge*³⁶ zu. Auch Finnland erlaubt die Besicherung des Unternehmens sowie der Vermögensgegenstände einer Gesellschaft anhand eines einzigen Kreditsicherungsinstruments, der *yrityskiinnitys*.³⁷ Im Jahr 2006 wurde darüber hinaus auch in Dänemark die *virksomhedspant*³⁸ eingeführt. Schließlich kennen auch das ungarische³⁹ und das griechische Recht⁴⁰ ein mit der *floating charge* vergleichbares Sicherungsmittel. Die aufgezählten Sicherungsmittel weisen in Anwendungsbereich, Umfang, Rangfolge und Durchsetzung erhebliche Unterschiede auf und können keineswegs als identisch eingestuft werden. Gleichwohl ist der hinter diesen Instituten stehende Grundgedanke jeweils derselbe: die einfache Besicherung der Gesamtheit aller Werte des Betriebsvermögens oder einer bestimmten Gattung von Vermögensgegenständen.

³¹ In Belgien erfasst das *nantissement* das gesamte Unternehmen einschließlich des Warenbestandes bis zu einer Quote von 50%, vgl. Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht, Bd. 2, § 92 Rn. 64.

³² Diese Kreditsicherheit erfasst ebenfalls die Gesamtheit aller Werte des Betriebsvermögens sowie den Warenbestand bis zu einer Quote von 50%, vgl. Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht, Bd. 2, § 105 Rn. 243.

³³ Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht, 2004, S. 1879; *Johansson*, Investment Securities, S. 105; *Wenckstern*, Floating charge, RabelsZ 56 (1992), S. 624, 627. Auch die *företagshypotek* erfasst die gesamten Werte des Betriebsvermögens.

³⁴ Dieses Sicherungsmittel erfasst ebenfalls die Gesamtheit aller Werte des Betriebsvermögens mit Ausnahme des Eigentums an Grund und Boden. Die Bestandteile des Grundstückes werden gleichwohl erfasst, vgl. *Hellmich*, Kreditsicherungsrechte, S. 81; *Reichmann*, Kreditsicherheiten, S. 88 f.

³⁵ Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht, Bd. 2, § 100 Rn. 53, wobei die schottische *floating charge* erhebliche Unterschied zu der englischen *floating charge* aufweist.

³⁶ Im Einzelnen dazu nachfolgend unter B.

³⁷ Erfasst wird auch hier der gesamte Geschäftsbetrieb, vgl. *Zimmermann*, S. 58; Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch Bankrecht, Bd. 2, § 96 Rn. 31; *Wood*, International Insolvency, Rn. 14-089.

³⁸ *Haugaard*, Floating charge introduced, (2005) 24(6) IFLR S. 91; *Kjellegaard Jensen*, RIW 2006, S. 280, 284. Erfasst werden hier der gesamte Warenbestand, Maschinen und Ausrüstung, gewerbliche Schutzrechte sowie ungesicherte Forderungen.

³⁹ Auch dieses Sicherungsmittel besichert sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Gegenstände eines Unternehmens, ohne die Gegenstände im Einzelnen zu spezifizieren, vgl. *Vékás*, Ungarisches Zivilrecht, in: FS Drobnig, S. 713, 720.

⁴⁰ *Kieninger*, Security Rights in Movable Property, S. 477.

Es sollte gleichwohl nicht unerwähnt bleiben, dass die *floating charge* trotz ihrer Vorteile auch in England seit Langem umstritten ist. Denn das Vollstreckungsregime der *administrative receivership* und der Vorrang gegenüber allen ungesicherten Gläubigern führte dazu, dass die Gemeinschaft der ungesicherten Gläubiger letztlich von der Vollstreckung ausgeschlossen wurde. Vor allem vor diesem Hintergrund wurde die *floating charge* mittlerweile in Kanada und Neuseeland abgeschafft.⁴¹ In England wurde stattdessen die *crown preference* abgeschafft und ein *ring-fenced fund* zu Gunsten der ungesicherten Gläubiger eingerichtet.⁴² Anders als in Schweden scheint die Abschaffung der *floating charge* in Kanada keine negativen Auswirkungen auf die Unternehmensfinanzierung gehabt zu haben.⁴³ Gleichwohl wird angesichts der erheblichen Bedeutung der *floating charge* für die Fremdkapitalbeschaffung von Unternehmen auch weiterhin bezweifelt, dass mit zusätzlichen Einschnitten in das Konzept *floating charge* zu rechnen ist.⁴⁴

⁴¹ *Gullifer/Payne*, Characterization, in: Getzler/Payne, Company Charges S. 51, 102; *Sevenoaks*, Financing requirements, (2009) ICCLR 20(1), S. 17, 21.

⁴² *Tarling*, CL 2013 34(8), S. 234, 239.

⁴³ *Goode*, Abolition of the floating charge, in: Getzler/Payne, Company Charges, S. 11, 15.

⁴⁴ Trotz der Nachteile für die ungesicherten Gläubiger führte der *Cork-Report* in Rn. 110 aus: „that the *floating charge* has become so fundamental a part of the financial structure [...] that its abolition can no longer be contemplated“; *Lenhard*, Englischens Mobiliarkreditsicherungsrecht, S. 259.

B. Die *floating charge* im englischen Recht

Da die *floating charge* der deutschen Rechtsordnung fremd ist, erscheint zunächst eine Darstellung ihrer Entwicklung erforderlich. Hinsichtlich der Entstehung werden zunächst die dogmatischen Grundlagen sowie die Herleitung der *floating charge* erläutert. Anschließend sind die durch die Rechtsprechung¹ herbeigeführten Änderungen und Klarstellungen zu berücksichtigen.

I. Die Entwicklung der *floating charge*

Die *floating charge* wurde am Ende des neunzehnten Jahrhunderts zunächst von der Kautelarjurisprudenz entwickelt, um nach Einführung der *limited companies* und der damit einhergehenden Beschränkung der persönlichen Haftung Herr zu werden. In der Gesetzgebung findet man die *floating charge* bis heute kaum wieder, allerdings wird ihre Existenz in einer Vielzahl von Vorschriften vorausgesetzt. Die Anerkennung erfolgte schließlich durch die *equity*-Rechtsprechung² erstmalig in der Entscheidung *Re Panama, New Zealand and Australia Royal Mail Co*³ und war nach der Zulassung eines Sicherungsmittels über zukünftige Vermögensgegenstände⁴ ein weiterer Durchbruch gegenüber dem *numerus clausus* der Kreditsicherungsmittel des *common law*. Nachfolgend soll zunächst ein Überblick über die Kreditsicherheiten des *common law* gegeben und anschließend die Entwicklung der *fixed charge* sowie der *floating charge* durch die *equity*-Rechtsprechung nachvollzogen werden.

¹ Insbesondere im Hinblick auf die Wirkungen der *charge* vor *crystallisation*, vgl. *Re Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL S. 41, [2005] BCC S. 694.

² *Goode*, Credit and Security, Rn. 4-02; *ter Meulen*, Floating Charge, S. 21. Die *equity*-Gerichte wurden schließlich mit den Supreme Court of Judicature Acts 1873 und 1875 als selbständige Gerichte abgeschafft und durch die *Chancery Division* im *High Court of Justice* ersetzt. Die Grundsätze der *equity* bleiben aber aufgrund der Eingliederung in das *High Court of Justice* geltendes Recht, vgl. *Pettit*, Equity, Kap. 1, Abschn. 3(B).

³ (1869–70) LR 5 Ch App S. 318.

⁴ *Holroyd v Marshall* [1861–73] All ER S. 414.

1. Kreditsicherheiten des common law

Dem *common law* standen im Wesentlichen drei Sicherheiten zur Verfügung, das *pledge*, das *lien* sowie die *common law mortgage*. *Pledge*, *lien* und *common law mortgage* wurden auf Grundlage der strengen Eigentums- und Besitzbegriffe des *common law* entwickelt, welche keinen Spielraum für Anpassungen an besondere Konstellationen erlaubten.⁵ Hintergrund für diesen mangelnden Spielraum war die Bindung der *common law*-Gerichte an das *law*, das geschriebene Recht. Neben einem beschränkten Kreis von Rechtsfiguren stand den *common law*-Gerichten nur ein beschränkter Kreis an Vollstreckungsmechanismen zur Verfügung. Neuartige Konstruktionen wie die Belastung zukünftiger Gegenstände oder besitzlose Pfandrechte⁶ waren daher unwirksam.⁷ Darüber hinaus konnte nur ein eingeschränkter Kreis von Vermögenswerten, nämlich Mobilien und Immobilien, Gegenstand dieser Belastungen sein,⁸ so dass etwa eine Belastung des Unternehmens vollends ausschied.

Gemeinsam war den Kreditsicherheiten des *common law*, dass grundsätzlich eine Besitzübergabe erforderlich ist,⁹ soweit nicht das Eigentum ohnehin vollständig übertragen wird.¹⁰ So ist auch das *pledge* mit dem deutschen vertraglichen Pfandrecht vergleichbar. Neben der Möglichkeit zur Verwertung im Sicherungsfall besteht zudem ein Nutzungsrecht des Pfandgläubigers.¹¹ Das *lien* entspricht nach seiner Zwecksetzung sowie dem Grund des Entstehens im weitesten Sinne dem deutschen Werkunternehmerpfandrecht. Die Besitzübergabe erfolgt somit nicht primär zum Zwecke der Sicherung, sondern etwa zum Zweck einer Reparatur oder zur Verwahrung.¹² Das *lien* ist anders als das *pledge* ein passives Recht und erlaubt grundsätzlich nur die Zurückbehaltung und nicht die Verwertung des Pfandgutes.¹³ Ein Verwertungsrecht besteht also anders als bei einem deutschen Werkunternehmerpfandrecht lediglich in Einzelfällen.¹⁴ Im Falle der *mortgage* wird das Recht an dem Sicherungsgut, das *general property*, unter der

⁵ *Worthington*, Equity, S. 78; *Goode*, Commercial Law, Rn. 22.15.

⁶ Als *mortgage by demise* räumte die *common law mortgage* dem Sicherheitengeber ausnahmsweise ein Besitzrecht ein. Grundlage für dieses Besitzrecht war allerdings nicht die *mortgage* selbst, sondern ein gleichzeitig mit dem Sicherungsnehmer abgeschlossener Pachtvertrag (*lease*), vgl. *Steven*, Immobiliarsicherheiten, S. 57 m. w. N.

⁷ *Holroyd v Marshall* [1861–73] All ER S. 414, 419; *Worthington*, Equity, S. 78.

⁸ *ter Meulen*, Floating Charge, S. 25.

⁹ *Worthington*, Equity, S. 78; *Sealy/Hooley*, Commercial Law, S. 1092 und 1108.

¹⁰ Wie bei der *mortgage*, *Re Hardwick, ex p Hubbard* (1886) 17 QBD S. 690, 698 CA.

¹¹ *Goode*, Credit and Security, Rn. 1-48.

¹² *Sealy/Hooley*, Commercial Law, S. 1106.

¹³ *Donald v Suckling* (1866) LR 1 QB S. 585, 604; *Ferran*, Corporate Finance Law, S. 314; *Worthington*, Equity, S. 78.

¹⁴ Etwa wenn vertraglich eingeräumt, *Sealy/Hooley*, Commercial Law, S. 1118, aufgrund

Sachverzeichnis

- Administration*, siehe *administrator*
administrator 103 ff., 139, 189 ff.
administrative receiver 97 ff., 139, 183 ff.
administrative receivership, siehe
 administrative receivership
atypisches Pfandrecht 203 ff.
Aufwertung ausländischer Sicherheiten
 132, 172 ff.
- Barsicherheiten 88 ff.
Befriedigungsabrede, unzulässige 194 f.
Besitzkonstitut 153 f.
bona fide purchaser for value, siehe
 Erwerber (gutgläubig)
- charge* 11 ff.
charging order 68
common law 10 ff.
common law mortgage 10 ff.
constitutum possessorium, siehe Besitz-
 konstitut
constructive notice 38, 76
contractual receiver 141, 183
crown preference 69
crystallisation
 – *automatic* 57 f.
 – *semi-automatic* 57 f.
crystallising event 57 f.
- debenture* 22 f.
defeasible charge-Theorie 34, 44, 51 ff.
distinguishing 12
- Eigentumsposition, siehe *ownership*
Eigentumsposition, billigkeitsrechtliche 41
Eigentumsvermutung, siehe *reputed*
 ownership doctrine
Eigentumsvorbehalt (*retention of title*)
 – einfacher 81
 – nachträglicher 82
 – verlängerter 28, 84
Eigenverwaltung 181, 198 ff., 214 f.
Einlöserrecht (*equity* oder *right of*
 redemption) 36, 109
Einzelverwertung/-vollstreckung 181 f.
enforcement officer 42 f.
Erwerb (dinglicher) 15 f.
Erwerber (gutgläubig) 17, 37 f., 52
equitable fixed charge 14
equitable interest 65 f.
equitable mortgage 14, 46, 109 f.
equitable proprietary interest, siehe
 Eigentumsposition, billigkeitsrechtliche
equity-Rechtsprechung 9 ff.
- Faupfandrecht 13, 153
fixed charge 13 ff.
floating charge
 – einfache 24
 – *qualifying* 24
 – *lightweight/vestigial* 25
foreclosure decree 47, 109 f.
foreclosure-Verfahren 109 f.
företagshypotek 7
fund of assets (separate) 59
future property 13
- Geschäftschancen 18, 147
Geschäftsverlauf, gewöhnlicher 32 ff.
Gesellschafterdarlehen 203, 208
Gesellschaftskapital 31
Gläubiger
 – gesicherter 109, 207
 – ungesicherter 120
Gläubigervereinbarung 70
Globalzession 117 f., 120 f., 130
goodwill, siehe *undertaking*

- hipoteca de establecimiento mercantil* 7
holding limited 150 f.

immediate equitable charge-Theorie 35 f., 53 f.
incorporated companies 14, 22, 139
injunction 40
insolvency practitioner 97, 191 f., 199
 Insolvenz 93 ff., 133 ff., 196 ff.

 Kapitalbeschaffung 4, 177
 Kapitalerhaltung 14
 Kapitalgesellschaft 14, 22, 139
 Kapitalmarkt 86 ff.
knowledge
 – *constructive* 76
 – *inferred* 49, 76
 Kontrolle
 – negative 93
 – positive 89
 Kreditsicherungsmittel 23, 27, 116

legal title 13
lien 10, 45
Limited (private companies limited by shares) 1
liquidation 109
 Liquidationskosten 69 f.
 Liquidator 60 ff., 107

members 31
 Mindestkapitalanforderungen 14, 175 f.
 Moratorium
 – endgültiges 106
 – vorläufiges 105

nantissement du fond de commerce 6 f.
 Nachrangigkeit 201 ff.
 Nichtbelastungsversprechen (*native pledge clause/pari passu clause*) 47 f., 52, 57
 Niederlassungsfreiheit 203, 209 ff.

office holder 142, 185
officer of the court 42, 104
ordinary course of business, siehe Geschäftsverlauf
overreachable charge-Theorie 35, 53
ownership, beneficial 40, 60 f.
- Pfandrechte 10, 13, 17
pledge 10, 13, 47
preferential creditors 62, 69 ff., 112
prescribed part 70, 179, 207
 Privatautonomie 25
public-private partnership 100
 Publizitätsprinzip 126, 151 f.

ratio decidendi 12
receiver manager 214 f.
refloatation 59
 Rechtsgut (immaterielles) 18 f., 28
 Rechtsschutzbedürfnis 96
register of charges 28, 38, 48, 120, 170
 Registrierungspflicht 71 ff., 175 ff.
 Registrierungsobliegenheit 32, 38, 78 ff.
remaining assets 26
reputed ownership doctrine 14, 21 f.
rescue culture 5, 103
 Restrukturierung 6
ring-fenced fund 8
ring-fencing provision 120
Romalpa-Klauseln 84 ff.,

 Sachwalter 198 ff.
scheme of arrangement 6
 Schuldverschreibung 23, 91
sheriff 42 ff.
 Sicherheitentreuher 99
 Sicherungsabrede 15 f., 27 f., 182 ff.
 Sicherungsfall 10, 111
 Sicherungsgeber 27 ff.
 Sicherungsgut 27 ff., 40
 Sicherungsmechanismus 14, 23 ff.
 Sicherungsübereignung 123, 129, 153 ff.
 Spezialitätsprinzip 126 ff., 152 ff.
step-in-rights 99
 Strickmaschinenfall 172 ff.

third party debt proceeding 45 ff., 68
third party order 68
 Treuhänder 166 ff., 183
 Treuhandbeziehung/Treuhandverhältnis 12 ff., 84 f.
trustee, siehe Treuhänder
trust 15 ff., 28, 36 f., 54, 60 ff., 109, 139

- Übersicherung 20, 92, 116 ff.,
 Umdeutung 128 f., 172 ff.,
uncalled capital 31 f.
undertaking 28, 147 ff., 177 f.
 Unternehmenspfandrecht 115, 137
 Urkunde (*deed*) 96
- Verfügungsbefugnis 18 f., 24 f., 32 f.,
 Verfügungsverbot 48
 Vermieterpfandrecht 52 f., 64 ff.
 Vermögensordnung 36, 58 ff., 139 f., 176
 Vermögensverfügung 39, 40
 Verpflichtung, billigkeitsrechtliche 17
 Vertretungsbefugnis 134, 149, 184 ff.
virksomhedspant 7
 Vollstreckungsgläubiger (*execution creditor*) 42 ff., 67 f.
- Vollstreckungsorgan (*execution officer* oder *sheriff*) 42 ff.,
- Werkunternehmerpfandrecht 10
winding-up
 – *compulsory* 39, 61
 – *voluntary* 61, 107 f., 141
writ of fieri facias 42
writ of execution for the sheriff 42
- yrityskiinnitys* 7
- Zwangsvollstreckung 43, 124, 132 ff.,
 150 ff., 194