

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](http://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 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
BGBI.	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 AEUV<sup>1</sup>, 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*<sup>2</sup>, *Übersee-ring*<sup>3</sup> und *Inspire Art*<sup>4</sup>, die Niederlassungsfreiheit ausgestaltet hatte und in Deutschland die „überschwemmungsartige“<sup>5</sup> Gründung von Briefkastengesellschaften, insbesondere in der Form englischer *private companies limited by shares* (nachfolgend Limited), folgte.<sup>6</sup> 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,<sup>7</sup> hat sich nach einer Marktberichtigung in den Folgejahren ihre Zahl auf etwas über 9.000 registrierten Nieder-

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> EuGH, Slg. I 1999, S. 1459.

<sup>3</sup> EuGH, Slg. I 2002, S. 9919.

<sup>4</sup> EuGH, Slg. I 2003, S. 10155.

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

<sup>6</sup> *Ringe*, ECFR 2013, S. 230, 231; *Miras*, NZG 2012, S. 486.

<sup>7</sup> *Westhoff*, GmbHR 2007, S. 474, 478.

lassungen eingependelt.<sup>8</sup> Auch wenn mittlerweile seit Einführung der Unternehmersgesellschaft (nachfolgend UG)<sup>9</sup> der Siegeszug der Limited in Deutschland ein Ende gefunden und die UG deutlich die Oberhand gewonnen hat,<sup>10</sup> war die Limited weiterhin für Unternehmer mit Tätigkeitsgebiet in Deutschland interessant.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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 Aufsichtsrates<sup>13</sup>) 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.<sup>14</sup>

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

<sup>8</sup> *Miras*, NZG 2012, S. 486, 487.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

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

<sup>12</sup> *Rolfes*, S. 187 ff.

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

<sup>14</sup> *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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Dies zeigt auch die Gegenprobe in Schweden. Die umfassende Beschränkung<sup>17</sup> der dortigen Unternehmenshypothek stellte sich letztlich als Hemmnis für das Wirtschaftswachstum in Schweden heraus, so dass die Änderungen anschließend revidiert werden mussten.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Bayer/Hoffmann, GmbH 2009, S. 1048, 1054.

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

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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 wünschenswert<sup>19</sup> – noch kein einheitliches Kreditsicherungsrecht herausgebildet hat, ist diese Frage auch weiterhin aktuell. Zwar hat die Rom I-Verordnung<sup>20</sup> 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

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

<sup>20</sup> 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.