

ZfRv

Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht & Rechtsvergleichung

Beiträge

**Individueller Schadenersatzanspruch im Rahmen der Staats-
haftung bei der Verletzung der EU-Luftqualitätsrichtlinien**

Philipp Heinze

**Sicherungsübereignung in China – sinnvolle Alternative
oder überflüssige Doppelung?**

Yuanshi Bu

**Nutzungsbeeinträchtigung zwischen Eigentumsverletzung
und reiner Vermögensschädigung**

Paul Schultess

EuGH – Rechtsprechung

**Informationspflicht über Zeitpunkt und Gründe bei Abfrage
personenbezogener Daten**

Leitsatzkartei

Anwendung fremden Rechts – afghanisches Eherecht

Anknüpfung der Amtshaftung

**Fälligkeit von Ausgleichsansprüchen gem
Art 7 EU-FluggastVO**

Sicherungsübereignung in China – sinnvolle Alternative oder überflüssige Doppelung?

Der Beitrag schnell gelesen

Die Sicherungsübereignung hat sich in China trotz der fehlenden gesetzlichen Überformung zu einer gängigen Kreditsicherungsform entwickelt, obwohl die besitzlose Fahrnischypothek 2007 eingeführt wurde. Dies zeigt, dass die gesetzlich normierten Sicherungsmittel den Bedarf der Kreditpraxis nicht hinreichend befriedigen können. Im Vergleich zu den kodifizierten Sicherungsformen bietet die Sicherungsübereignung im Allgemeinen den Vorteil der stärkeren Kontrolle des Sicherungsgegenstandes und bei Gesellschaftsanteilen der Möglichkeit der

Beeinflussung der Geschäftsführung. Dennoch bleiben Fragen über die Begründung und Verwertung der Sicherungsübereignung sowie das Innen- und Außenverhältnis zwischen den Parteien offen. Der vorliegende Beitrag versucht, hierzu Lösungsansätze zu präsentieren.

Sachenrecht; Kreditsicherungsrecht
ZfRV 2023/100



Prof. Dr. YUANSHI BU, LL. M. (Harvard), ist Lehrstuhlinhaberin für internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Entwicklungsgeschichte
 - 1. Allgemeine Entwicklung
 - 2. Einsatz der verschiedenen Gegenstände bei der Sicherungsübereignung
- C. Sicherungsübereignung von Immobilien
 - 1. Begründung
 - a) Publizitätsakt
 - b) Kein Publizitätsakt
 - 2. Akzessorietät
 - 3. Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers und -nehmers
 - a) In der Konstruktion des Kreditsicherungsrechts
 - b) In der Konstruktion des Treuhandeigentums
- D. Sicherungsübereignung von GmbH-Anteilen
 - 1. Begründung
 - a) Im Normalfall
 - b) Im Zwangsvollstreckungsverfahren
 - c) Im Insolvenzverfahren
 - d) Rangfragen
 - 2. Rechte und Pflichten des Sicherungsgebers und -nehmers
 - a) Ausübung der Gesellschafterrechte
 - b) Verfügungsbefugnis
 - c) Außenhaftung
 - 3. Verwertung
 - a) Im Normalfall
 - b) Im Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzverfahren
 - 4. Rangfragen

E. Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen

1. Begründung
2. Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers und -nehmers
3. Verwertung
4. Kollision

F. Sicherungszession

1. Begründung
2. Rechte und Pflichten des Sicherungsgebers und -nehmers
3. Verwertung
4. Rangfragen

G. Zusammenfassung

A. Einleitung

Die Sicherungsübereignung von Immobilien und GmbH-Anteilen hat sich im letzten Jahrzehnt in China zu einer gängigen Kreditsicherungsform entwickelt.¹ Daher verwundert es, dass der chinesische Gesetzgeber bei der jüngsten Zivilrechtskodifikation² 2020 unterlassen hat, die Sicherungsübereignung ausdrücklich als eine Sicherungsform anzuerkennen und adäquat auszugestalten, obwohl ein Schwerpunkt der Kodifikation gerade in der umfassenden Reform des Kreditsicherungsrechts lag.³ Mit der Einführung des Funktionalismus nach dem Vorbild der amerikanischen Uniform Commercial Code (UCC) sollen einerseits der *numerus clausus* der dinglichen Sicherungsrechte aufgelockert werden und andererseits Eigentumssicherheiten wie der Eigentumsvorbehalt und das Finanzierungsleasing zu gewöhnlichen Sicherungsrechten umgebaut werden.⁴ Zur Umsetzung des funktionalen Ansatzes hat die chinesische Zentralbank am 1. 1. 2022 ein nationales elektronisches Registersystem in Betrieb gesetzt, welches Sicherungsrechte an beweglichen Sachen und an Rechten erfassen soll.⁵ Zwar ist dies nicht ausdrücklich genannt, jedoch soll das Register auch der Sicherungsübereignung bzw. Sicherungszession zugänglich sein.⁶

Die zögernde Haltung des chinesischen Gesetzgebers ist vermutlich darauf zurückzuführen, dass sowohl die Notwendigkeit als auch die konkrete Ausformung einer Kodifikation der Sicherungsübereignung umstritten sind und damit zusammenhängend die Rechte und Pflichten der Parteien noch zu klären sind. Die diesbezügliche Diskussion wurde mit der Übernahme des Funktionalismus des Kreditsicherungsrechts nochmals intensiviert, da das amerikanisch geprägte Modell des Kreditsicherungsrechts für die Konstruktion der Sicherungsübereignung eine gesetzliche Grundlage hat und das herkömmlich deutsch geprägte Modell des Treuhand Eigentums noch stärker verdrängt.

Bislang haben die Gerichte versucht, Streitfälle mithilfe des Schrifttums zu lösen und kommen bei denselben Fragen oft zu unterschiedlichen Ergebnissen. Die Urteilsbegründungen sind nicht selten vage oder gar widersprüchlich.⁷ Um mehr Rechtssicherheit zu ermöglichen, hat OVG 2019 ein Sitzungsprotokoll⁸ und 2020 eine justizielle Auslegung⁹ erlassen, welche einige wichtige Fragen der Sicherungsübereignung, wie die Begründung, Wirkung und Verwertung, in groben Zügen normiert haben.

Dieser Beitrag hat vor, schwerpunktmäßig die Sicherungsübereignung von Immobilien und GmbH-Anteilen hinsichtlich deren Begründung und Verwertung sowie das Innen- und Außenverhältnis zwischen den Parteien aus vergleichender Sicht zu beleuchten. Es gliedert sich in folgende sieben Teile: Im Anschluss an die Einleitung wird zunächst die Entwicklungsgeschichte der Sicherungsübereignung in China skizziert. Sodann

wird die Sicherungsübereignung von Immobilien und GmbH-Anteilen näher erörtert. Dem folgen Erläuterungen zu den wenig gebräuchlichen Erscheinungsformen der Sicherungsübereignung, nämlich die Sicherungsübereignung von Mobilien und Sicherungszession. IdZ ist darauf hinzuweisen, dass das chinesische Recht keinen eigenständigen Begriff für die Sicherungszession kennt, sondern diese lediglich als Sicherungsübereignung von Forderungen bezeichnet. Der Beitrag endet mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse.

B. Entwicklungsgeschichte

1. Allgemeine Entwicklung

In der chinesischen Literatur begann die systematische Befassung mit dem Konzept der Sicherungsübereignung bereits Ende des letzten Jahrhunderts,¹⁰ als das OVG zumindest einen einschlägigen Fall entschieden hatte.¹¹ Gleichwohl landeten Streitfälle vermehrt erst nach 2012 vor Gericht.¹² Die erste relevante Regelung zur Sicherungsübereignung wurde 2015 durch die Auslegung des OVG zur Verhandlung von Fällen des privaten Darlehens¹³ eingeführt.

¹ Die von *Wolters Kluwer* betriebene chinesisch-sprachige Datenbank <https://www.wkinfo.com.cn> zeigt bei einer Suche mit dem Stichwort Sicherungsübereignung insgesamt 12.253 zutreffende Urteile, davon sind 239 vom Obersten Volksgericht (OVG) entschieden (Stand 20. 4. 2023).

² Das chinesische Zivilgesetzbuch (ZGB), verabschiedet am 28. 5. 2020, in Kraft seit dem 1. 1. 2021, deutsche Übersetzung von *Ding/Leibkühler/Klages/Pißler*, ZChinR 2020, 207 ff.

³ Einer Ansicht nach wäre der Verzicht auf eine gesetzliche Regelung allerdings für die Funktionsfähigkeit entscheidend. Hätte der Gesetzgeber die Publizitätsanforderung für die Begründung der Sicherungsübereignung kodifiziert, wie es das OVG getan hat, würde dies eine Abschaffung der Sicherungsübereignung bedeuten. Vgl. *Ye Jinqiang* in *Bu* (Hrsg.), System des Zivilrechts und Struktur der Kodifikation (2022) 103.

⁴ *Bu* in *Bu* (Hrsg.), Chinese Civil Code – The Specific Parts (2023) Chapter 17 Rn 4.

⁵ Das Register ist über <https://www.zhongdengwang.org.cn> abrufbar und wird allerdings ausschließlich in chinesischer Sprache geführt.

⁶ Gemäß § 3 Abs 1 der Anleitung über das einheitliche Eintragungs- und Publizitätssystem der Mobiliarfinanzierung (动产融资统一登记公示系统操作规则) steht das Registersystem allen registrierungsfähigen Sicherungsrechten an beweglichen Sachen und Rechten zur Verfügung. Die Registrierungsfähigkeit der Sicherungsübereignung und Sicherungszession ist nicht ausdrücklich geregelt, kann aber unter der Kategorie „sonstige Sicherungsformen“ möglich sein.

⁷ In einem Urteil des Oberen Gerichts der Provinz Jiangxi, (2017) Gan Min Zhong Nr 585 wird einerseits die vorzugsweise Befriedigung aus dem Sicherungsgegenstand abgelehnt, andererseits eine Besserstellung des Gläubigers im Vergleich zu den ungesicherten Gläubigern bejaht. Auf die Fragen, worin diese bessere Rechtsposition besteht, wird allerdings nicht eingegangen.

⁸ Das Protokoll der neunten Sitzung über die Rechtsprechungsarbeit in Zivil- und Handelssachen (全国法院民商事审判工作会议纪要)(nachfolgend: Protokoll der neunten Sitzung), erlassen am 8. 11. 2019.

⁹ Erläuterungen des OVG zur Anwendung des Systems der Sicherheiten im „Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China“, verabschiedet am 31. 12. 2020, in Kraft seit dem 1. 1. 2021, unveröffentlichte deutsche Übersetzung von *Knut Benjamin Pißler*.

¹⁰ Die einschlägigen Monographien in diesem Bereich sind *Wang Chuang*, Untersuchung des Rechtsinstitutes der Sicherungsübereignung (Peking 2000); *Xiang Fengchun*, Untersuchung des Institutes der Sicherungsübereignung (Peking 2014); *Xu Jiayong*, Untersuchung des Rechts der Sicherungsübereignung von Gesellschaftsanteilen (Peking 2020).

¹¹ Urteil des OVG vom 29. 11. 2000, (1999) Jing Zhong Zi Nr 496.

¹² *Wang Haifeng*, Numerus Clausus, Relationship Structure and Private Right Autonomy of the Security Transfer System, Journal of Law Application 2021/10, 97, 97f.

¹³ § 24 der Bestimmungen über einige Fragen bei der Rechtsanwendung in Fällen der privaten Darlehen (关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定)(nachfolgend: Auslegung zu privaten Darlehen), verabschiedet am 6. 8. 2015 und zuletzt mit Wirkung zum 1. 1. 2021 geändert. Darin steht „Nutzen die Parteien den Abschluss eines Kaufvertrages als Sicherheit für einen privaten Darlehensvertrag, kann der Darlehensnehmer das Darlehen nach Ablauf des Darlehens nicht zurückzahlen und verlangt der Darlehensgeber Erfüllung des Kaufvertrages, so entscheidet das Volksgericht gemäß

Aus vergleichender Sicht dürfte es etwas überraschend wirken,¹⁴ dass sich die Sicherungsübereignung im chinesischen Kreditwesen etablieren konnte, da eine besitzlose Registermobiliarkredithypothek in China bereits 2007 kodifiziert worden ist. In der Tat wurde die Ablehnung der Sicherungsübereignung während der Ausarbeitung des Sachenrechtsgesetzes sowie des ZGB mit der Doppelungsgefahr begründet.¹⁵ Beim genaueren Hinsehen zeigt es sich, dass in China bislang nicht bewegliche Sachen, sondern überwiegend Immobilien und GmbH-Anteile für die Sicherungsübereignung herangezogen werden.¹⁶ Die Gründe, weshalb auf die Sicherungsübereignung beim Kreditgeschäft zurückgegriffen wird, sind mannigfaltig. Allen voran ist die Annahme, dass die Verwertung des Sicherungseigentums wesentlich einfacher sei. Die Sicherungsübereignung soll auch dazu dienen, das Verbot der Verfallklausel in China zu umgehen. Außerdem kann der Gläubiger kraft seiner Rechtsstellung als formaler Eigentümer bzw. Inhaber des Sicherungsguts unbefugte Verfügungen des Sicherungsgebers effektiver erschweren. Bei allen Typen der Sicherungsübereignung ist zudem zu beobachten, dass sowohl Schuldner als auch Gläubiger meistens private Akteure sind, die im Gegensatz zu staatlichen Unternehmen infolge der politisch gewollten Benachteiligung nur schwer Zugang zu Bankdarlehen haben. Banken ziehen angesichts der Rechtssicherheit die gesetzlich vorgegebenen Sicherungstypen vor und prüfen den Bestand und die Werte der Sicherungsgegenstände wesentlich genauer. Die Vergabe privater Darlehen geschieht hingegen wesentlich schneller und unkomplizierter.

Insgesamt stellt die Sicherungsübereignung ein neuartiges Kreditsicherungsmittel dar und wird noch nicht so weit verbreitet verwendet wie in Deutschland, geschweige denn durch AGB vereinbart. Fragen, welche in China im Fokus der Fachdiskussion stehen, weichen daher von denen in der deutschen Literatur ab. So wird die Übersicherung in China bislang kaum thematisiert. Hingegen ist eine intensive Diskussion darüber entfacht, ob es sich mangels einer klaren Vereinbarung überhaupt um eine Sicherungsübereignung handelt, weil die Parteien auf den Abschluss eines Darlehensvertrags verzichten. Das Fehlen ausdrücklicher Regelungen und die Meinungsverschiedenheit über die Konstruktion der Sicherungsübereignung führen dazu, dass erhebliche Rechtsunsicherheit zu den Rechten und Pflichten des Sicherungsgebers und -nehmers herrscht.

2. Einsatz der verschiedenen Gegenstände bei der Sicherungsübereignung

Gemäß § 68 I Satz 1 Auslegung zu Sicherheiten liegt eine Sicherungsübereignung vor, wenn der Schuldner oder ein Dritter mit dem Gläubiger vereinbart, dass ein Vermögensgegenstand formal auf den Gläubiger übertragen wird und der Gläubiger, wenn der Schuldner die fällige Verbindlichkeit nicht erfüllt, berechtigt ist, den Wert des Vermögensgegenstands anzurechnen oder sich aus dem durch Versteigerung oder freihändigen Verkauf erzielten Erlös zu befriedigen. Daraus ergibt sich, dass die „formale“ Übertragung des Vermögens für die Sicherungsübereignung kennzeichnend ist, ohne jedoch zu erklären, was darunter zu verstehen ist.

Immobilien waren das allererste Mittel, welche für die Sicherungsübereignung in der Praxis eingesetzt wurden und werden bislang von Immobilienunternehmen bevorzugt, insb wenn die Bestellung einer gewöhnlichen Hypothek mangels der Eintragungsfähigkeit des Sicherungsguts ausscheidet, das aus einem noch in der Planung oder im Bau befindlichen Bauwerk besteht.¹⁷ Da die Immobilienpreise in China in der Vergangenheit

ständig gestiegen waren, hofften Gläubiger von der Aufwertung des Sicherungsgegenstandes zusätzlich profitieren zu können.¹⁸ Außerdem kann der Sicherungsnehmer den Sicherungsgegenstand vermieten und somit zusätzliche Einnahmen generieren.

Die Sicherungsübereignung von GmbH-Anteilen wird überwiegend von kleineren privaten Unternehmen in Betracht gezogen, wobei oft größere Gesellschaftsanteile abgetreten werden.¹⁹ Für GmbH-Anteile gibt es keine Handelsplattformen, so dass deren Wert schwer zu ermitteln ist, weshalb sie für die Sicherung von Bankdarlehen wenig tauglich sind.²⁰ Den privaten Kreditgläubigern eröffnet die Sicherungsübereignung Einblicke in das Tagesgeschäft und die Möglichkeit der Beeinflussung der Geschäftsführung. Vorteile, die bei der Verpfändung derselben Anteile nicht gegeben sind.²¹

Hingegen bietet die Anerkennung der Sicherungsübereignung von Aktien vielmehr nur den Nutzen, die Befugnis von Wertpapierfirmen, die verpfändeten Aktien im Falle des Margin Calls zwangsweise veräußern zu dürfen, dogmatisch überzeugender erklären zu können.²² Zwar handelt es sich dabei um eine bereits weitaus etablierte Praxis, jedoch sei es mit dem damals geltenden § 211 Sachenrechtsgesetz unvereinbar: Eine Wertpapierfirma, welche nur ein Pfandrecht an den Aktien hat, darf erst beim Zahlungsausfall die Verwertung verlangen.²³

Ebenso wenig bedeutend ist der Einsatz der Sicherungsübereignung bei beweglichen Sachen. Zum einen wird den praktischen Bedürfnissen, mit Mobilien Forderungen zu besichern, vermutlich bereits durch die kodifizierte Mobiliarkredithypothek genügt. Zum anderen besteht ein großer Teil des belastbaren Mobiliars aus Lagerbeständen, für die Lagerempfangsscheine ausgestellt werden können, welche wiederum unkompliziert über elektronische Handelsplattformen für verbrieftete Warenbestände verpfändet werden können. Eine Verknüpfung dieser Plattformen mit dem nationalen Register für Mobiliarsicherheiten wird momentan ange-

dem Rechtsverhältnis des Privatdarlehens. Will eine betroffene Partei den Prozessantrag aufgrund der Umstände der gerichtlichen Verhandlung ändern, hat das Volksgericht das zu erlauben. Ist ein über das gemäß dem Rechtsverhältnis des Privatdarlehens ergangenes Urteil in Rechtskraft erwachsen, kann der Darlehensgeber, wenn der Darlehensnehmer die durch das rechtskräftige Urteil festgestellte Geldschuld nicht erfüllt, eine Versteigerung des Kaufvertragsgegenstands zur Tilgung der Schuld beantragen. Für die Differenz zwischen dem bei der Versteigerung erzielten Preis und dem rückzuzahlenden Kapital plus Zinsen des Darlehens hat der Darlehensnehmer oder Darlehensgeber das Recht, eine Rückzahlung oder Entschädigung zu verlangen.“

¹⁴ Matz, Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen (2014) 191.

¹⁵ Einzelheiten vgl. Gao Shengping, Über die Gesetzgebung der Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen, Peking University Law Journal 2017, 1193 (1199); Yao Haifang, On the Limitation on the Equity Transfer Guarantee, Political Science and Law 2023/3, 161 (163).

¹⁶ Xiang Yuting/Zeng Jingyang/Lu Rongrong, Empirical Study on Transfer Guarantee of China, Applied Law Review 2021/1, 253 (257).

¹⁷ Feng Jieyu, On the Dogmatic Construction of Guarantee Contract in Atypical Guarantees: Trading-based Guarantee as Example, The Jurist 2020/6, 24.

¹⁸ Xiang Yuting/Zeng Jingyang/Lu Rongrong, aaO (FN 16) 256 f.

¹⁹ Liu Guodong, Reflection and Reconstruction on the Adjudication Route of the Cases of Equity Transfer Guarantee under the Background of Civil Code, Northern Law Review 2021/5, 5 (11); Wang He, Review and Perfection to Legal Composition of Equity Transfer Guarantee, Journal of Gansu Political Science and Law Institute 2020/3, 87, 90.

²⁰ Wang He, aaO (FN 19) 97.

²¹ Liu Guodong, aaO (FN 19) 11; Li Zhigang, Multi-dimensional Perspectives and Legal Applications for the Transferring Guarantee of Stock Rights, Journal of Law Application 2021/5, 58 (62).

²² Long Jun, Developing Way of Sicherungsübereignung System in the „Real Right“ Title of Civil Code, Law Science 2019/1, 66, 73; Yao Haifang, aaO (FN 15) 166 mwN.

²³ Long Jun, aaO (FN 22) 74 f.

strebt.²⁴ Als Alternative kann an wechselndem Warenbestand entweder eine ebenfalls besitzlose *Floating Charge* oder ein Pfandrecht mit einem Dritten als Aufseher bestellt werden.²⁵

Die Sicherungszession spielt derzeit ebenfalls nur eine untergeordnete Rolle in der Kreditpraxis, obwohl der Handel mit Außenständen in China weit verbreitet ist, da Waren oder Dienstleistungen oft auf Kredit gekauft werden und das dadurch entstandene Liquiditätsproblem allgegenwärtig ist. Die Randstellung der Sicherungszession erklärt sich einerseits dadurch, dass die Funktionsäquivalente der Sicherungszession wie Verpfändung von Außenständen und Factoring bereits kodifiziert sind und wegen höherer Rechtssicherheit öfters eingesetzt werden. Schließlich stellt unechtes Factoring eine Sicherungszession dar. Andererseits ist der verlängerte Eigentumsvorbehalt in China noch unbekannt, so dass die damit zusammenhängende Sicherungsabtretung ebenfalls seltener zur Erscheinung kommt.

C. Sicherungsübereignung von Immobilien

1. Begründung

a) Publizitätsakt

Eine Sicherungsübereignung von Immobilien kommt durch einen Sicherungsvertrag zustande. Das Trennungsprinzip wird in China nicht allgemein anerkannt, daher wird keine separate dingliche Einigung für die Begründung dinglicher Rechte benötigt. Für die Drittwirkung ist ein Publizitätsakt jedoch unabdingbar, wie es § 68 I Satz 2 der Auslegung zu Sicherheiten vorsieht.²⁶ Demnach ist eine vorzugsweise Befriedigung des Gläubigers aus dem Sicherungseigentum erst dann zulässig, wenn der Rechtsübergang an der Sicherungssache bereits publik gemacht worden ist. Als Publizitätsakt ist zunächst die Eintragung des Sichernehmers im Immobilienregister vorstellbar. Jedoch ist es unmöglich, den Sicherungszweck ins Register einzutragen, da die Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsform noch nicht kodifiziert ist, weshalb der Sicherungsnehmer nur als gewöhnlicher Eigentümer registriert werden kann. Aus diesem Grund müssen die Sicherungsgeber und -nehmer neben dem Darlehens- bzw. Sicherungsvertrag auch noch einen Kaufvertrag abschließen, der als Grundlage für die Umschreibung von der Registrierungsbehörde akzeptiert wird. Dem Sicherungsgeber wird üblicherweise das Recht auf die Rückübertragung eingeräumt, wenn der Sicherungsfall nicht eintritt. Die konkrete Gestaltung der Sicherungsübereignung ist freilich vielfältig. Beispielsweise ist es möglich, einen einzigen Kaufvertrag mit der Rückkaufoption zur Vereinbarung einer Sicherungsübereignung abzuschließen. Der vom Sicherungsnehmer ausgezahlte Kaufpreis ist in diesem Fall das getarnte Darlehen.

Neben der Eintragung als Vollrechtseigentümer werden zwei weitere Publizitätsmethoden verwendet. Bei Neubauwohnungen kann der Kaufvertrag beim lokalen Immobilienhandelszentrum hinterlegt werden²⁷ oder über die lokale elektronische Handelsplattform abgeschlossen werden. Danach wird die Wohnung im Netzwerk als verkauft markiert, so dass ein abermaliger Verkauf durch den Immobilienentwickler technisch erschwert wird. Diese Methoden sind indes eher Mittel zur Steuerung des Immobilienhandels als rechtlich anerkannte Publizitätsakte und werden von den Parteien bevorzugt, da einerseits Steuern und Abgaben gespart werden können²⁸ und andererseits bei Terminlieferungswohnungen vor deren Fertigstellung die Registrierung als Eigentümer nicht möglich ist.

Ebenfalls benutzt wird die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Sicherungsnehmers auf den Eigen-

tumsübergang. Jedoch wird der Sicherungsnehmer durch die Vormerkung nur vor unbefugten Verfügungen des Sicherungsgebers geschützt (§ 221 I ZGB). Solange die Immobilie noch nicht formell übertragen ist, gehört sie zur Haftungsmasse des Sicherungsgebers, auf die alle Gläubiger zugreifen können. Der Vormerkungsinhaber kann jedoch die Vollstreckung in die Immobilie verhindern, wenn die Vormerkung noch nicht *ipso jure* erloschen ist.²⁹ Mangels einer ausdrücklichen Regelung wird die Ansicht vertreten, dass der Vormerkungsinhaber keine vorzugsweise Befriedigung aus den Immobilien verlangen kann.³⁰ Ob diese Ansicht zutrifft, ist noch ungewiss, da im chinesischen Recht nicht geregelt ist, ob eine mit einer Vormerkung belastete Immobilie versteigert werden kann bzw. ob die Vormerkung daran angehaftet bleibt.³¹ Problematisch ist fernerhin, dass die Vormerkung in der Insolvenz des Sicherungsgebers als erloschen gilt.³²

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die ersten zwei alternativen Methoden für die Begründung von Sicherungsübereignungen nicht und die dritte höchstens nur bedingt genügen.³³ Indes halten manche Gerichte und ein Teil der Literatur diese Methoden teilweise für wirksam,³⁴ da ansonsten die noch im Bau befindlichen Bauwerke für die Sicherungsübereignung komplett ausscheiden würden.

b) Kein Publizitätsakt

Es kommt nicht selten vor, dass keinerlei Publizitätsmethoden angewandt werden. Ein Grund dafür ist die Befürchtung des Sicherungsgebers vor lastenfreiem Erwerb durch Dritte bei einer unbefugten Verfügung des Sicherungsnehmers. Statt des Publizitätsaktes wird üblicherweise ein Kaufvertrag und ein Kreditvertrag abgeschlossen. Zunächst soll aber nur der Kreditvertrag erfüllt werden, dh durch die Auszahlung des Darlehens an den Kreditnehmer. Der Kaufvertrag soll vom Verkäufer, zugleich der Kreditnehmer und Sicherungsgeber, erst dann erfüllt werden,

²⁴ http://www.gov.cn/fuwu/2022-12/10/content_5731251.htm (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2023).

²⁵ § 55 I der Auslegung zu Sicherheiten.

²⁶ Die Haltung des OVG ist in dieser Hinsicht konsequent. Sowohl § 24 der Auslegung zu privaten Darlehen als auch § 71 des Protokolls der neunten Sitzung stellen auf die Publizitätsanforderung ab.

²⁷ Xiang Yuting/Zeng Jingyang/Lu Rongrong, aaO (FN 16) 261.

²⁸ Xiang Yuting/Zeng Jingyang/Lu Rongrong, aaO (FN 16) 258.

²⁹ § 85 II der Durchführungsregeln der vorläufigen Verordnung über die Eintragung von Immobilien (不动产登记暂行条例实施细则), am 1. 1. 2016 verabschiedet und mit Wirkung zum 24. 7. 2019 geändert; Art 30 der Bestimmungen des OVG zu einigen Fragen bzgl. der Bearbeitung der Fälle des Vollstreckungswiderspruchs und des Einspruchs (最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定) (nachfolgend: Auslegung zum Vollstreckungswiderspruch), verabschiedet und in Kraft gesetzt am 5. 5. 2015, mit Wirkung zum 1. 1. 2021 zuletzt geändert.

³⁰ § 68 I Satz 2 Auslegung zu Sicherheiten; Dong Xinhui, Neue Interpretation der nachträglichen Sicherungsübereignung, Academic Exchange 2016/7, 104 (108); aA Xu Yangguang/Yuan Yige, Rechtliche Einstufung und die insolvenzrechtliche Überprüfung der Sicherung durch Kauf, Journal of Law Application 2016/10, 49 (54).

³¹ Vgl. Zhuang Jiayuan, Die Wirkung von Vormerkung in Zwangsvollstreckungsverfahren, Contemporary Law Review 2016/4, 128 (135 ff).

³² Mittleres Gericht der Stadt Huzhou, (2017) Zhe 05 Min Zhong Nr 1600; Unteres Gericht des Wuxing-Bezirks der Stadt Huzhou, (2017) Zhe 0502 Min Chu Nr 4348; aA Xu Yangguang/Yuan Yige, aaO (FN 30) 54.

³³ Ebenso Wang Hongliang, Effects of Alienation Guarantee – Focused on Article 68 of the Interpretation of Guarantee System of the Civil Code, Tribune of Political Science and Law 2021/5, 138, 142; Arbeitsgruppe des OVG, Verständnis und Interpretation der Erläuterungen des OVG zur Anwendung des Systems der Sicherheiten im „Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China“ (2021) 569.

³⁴ Xiang Yuting/Zeng Jingyang/Lu Rongrong, aaO (FN 16) 258; Jiang Qiaosheng, Entscheidungsregel über die vorzugsweise Befriedigung bei der Sicherungsübereignung, People's Judicature 2020/4, 51 (55), mit dem Argument, dass sich der Dritte auch über eine solche Publizität Kenntnis über die Vermögenslage des Sicherungsgebers verschaffen kann.

wenn er das Darlehen nicht zurückzahlen kann. Erfolgt die Rückzahlung fristgerecht, ist der Kaufvertrag nicht mehr zu erfüllen. Zahlreiche Streitigkeiten sind bislang aus solchen Transaktionen entstanden, wenn der Kreditnehmer im Zahlungsausfall die Wirksamkeit des Kaufvertrags bestreitet und die Übereignung der Kaufsache an den Kreditgeber verweigert.

Die Entscheidung dieser Streitigkeit hängt davon ab, wie der Kaufvertrag rechtlich zu kategorisieren ist. In Betracht gezogen werden neben der Sicherungsübereignung auch Schuldänderung, Leistung erfüllungshalber, Leistung an Erfüllungs statt und Novation. Die Wahl einer passenden Theorie wird dadurch erschwert, dass die letzten drei Rechtskonzepte im chinesischen ZGB noch nicht kodifiziert sind. Falls mit dem Kaufvertrag eine Sicherung und nicht die Erfüllung des Kreditvertrags beabsichtigt ist, würde die Einordnung des Kaufvertrags als Sicherungsvertrag den Parteiwillen eher entsprechen. Dann würde nicht das Eigentum am Sicherungsgut, sondern der schuldrechtliche Anspruch auf die Übereignung das eigentliche Sicherungsgut darstellen. Daher kann diese Sicherungsform nach einer Lehrmeinung der herkömmlichen Sicherungsübereignung nicht zugeordnet werden,³⁵ sondern Sicherung durch Kaufvertrag (买卖型担保) genannt werden,³⁶ während einer anderen Ansicht nach eine nachträgliche Sicherungsübereignung (后让与担保) vorliegt, da die Übereignung erst im Sicherungsfall stattfindet. Unbestritten ist jedoch, dass ein Vertrag, solange er die Sicherungsfunktion hat, nach dem funktionalen Ansatz der Sicherungsrechte gem § 388 I Satz 2 ZGB³⁷ als ein Sicherungsvertrag eingestuft werden kann.

Bei der rechtlichen Zuordnung eines Kaufvertrags als Sicherungsvertrag sind die Parteiwillen entscheidend. Dabei werden folgende Begleitumstände in der Rechtsprechung berücksichtigt:³⁸ (1) Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags. Dh der Sicherungszweck ist eher anzunehmen, wenn der Kaufvertrag nach dem Kreditvertrag zustande kommt; wenn der Kaufvertrag erst nach Fälligkeit des Darlehens zustande kommt, ist es hingegen logischer zu schlussfolgern, dass kein Sicherungszweck vorliegt; (2) Bedingung der Erfüllung des Kaufvertrags. Wenn die Erfüllung des Kaufvertrags durch die Nichterfüllung des Kreditvertrags bedingt ist, ist das Vorliegen des Sicherungszwecks wahrscheinlicher; (3) Rückkaufrecht. Wird das Recht auf Rückkauf vereinbart, ist der Kaufvertrag eher als Sicherungsvertrag einzustufen; (4) Höhe des Kaufpreises. Liegt der Kaufpreis erheblich unter dem Marktpreis, ist eher von einem Sicherungsvertrag auszugehen. Nichtsdestotrotz ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Kaufvertrag weder als Kauf noch als Kreditsicherung eingestuft wird.³⁹

Wenn ein Kaufvertrag nach der Ermittlung der Parteiwillen als ein Sicherungsvertrag eingestuft wird, kann der Sicherungsnehmer vom Sicherungsgeber zwar keine Übereignung verlangen, da dies gegen die Abrechnungspflicht verstoßen würde, aber die Verwertung der Kaufsache beim Eintritt des Sicherungsfalls. Da der Publizitätsakt fehlt, steht dem Sicherungsnehmer keine vorzugsweise Befriedigung zu, falls konkurrierende Gläubiger vorhanden sind. Wird dem Kaufvertrag die Sicherungsfunktion abgesprochen, ist der Kaufvertrag unwirksam, wenn er vor Fälligkeit der Schuld abgeschlossen wurde und die Kaufsache noch nicht geleistet worden ist.⁴⁰

2. Akzessorietät

Bei der Akzessorietät handelt es sich um eine zwingende Eigenschaft von Kreditsicherungsrechten in China (§ 388 I Satz 3 ZGB). Davon wird lediglich bei Bankgarantien eine Ausnahme

gemacht.⁴¹ Daher ist der Ansicht zu folgen, wonach die Sicherungsübereignung akzessorisch ist.⁴² Mit anderen Worten setzt die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung die Wirksamkeit der gesicherten Forderung voraus. Wenn die Forderung abgetreten wird, ist die Sicherungsübereignung theoretisch gesehen ebenfalls auf den Zessionar zu übertragen.

3. Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers und -nehmers

Bei der Zuordnung der Verfügungsbefugnis zwischen dem Sicherungsgeber und -nehmer ist es maßgeblich, ob die Rechtsposition des Sicherungsnehmers als Kreditsicherungsrecht oder als Treuhandeigentum eingestuft wird. Nach der Einführung des Funktionalismus der Sicherungsrechte erscheint die Konstruktion des Kreditsicherungsrechts geeigneter.

a) In der Konstruktion des Kreditsicherungsrechts

Wenn die Sicherungsübereignung tatsächlich als Kreditsicherungsrecht konstruiert wird, wie es die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre fordern,⁴³ ist der Sicherungsnehmer kein materiell-rechtlicher Eigentümer, obwohl er im Register als Eigentümer eingetragen worden ist. Wenn er trotzdem über das Sicherungsgut verfügt, dann ist der gutgläubige Erwerb möglich. Der redliche Erwerb ist theoretisch sogar schwer zu verhindern, da dem Register nicht entnommen werden kann, dass der eingetragene Eigentümer nur ein Sicherungsrecht hat. Jedoch darf sich der Erwerber nach einem Teil der Rechtsprechung nicht auf die Registereinträge verlassen, sondern muss umfassende Nachforschungen einschließlich der Ortsbesichtigung anstellen, um die Eigentumsposition zu überprüfen, obwohl das Immobilienregister mit der positiven Publizitätswirkung ausgestattet ist.⁴⁴ Da die sicherungshalber übereigneten Immobilien häufig im Besitz des Sicherungsgebers stehen, besteht idR Anlass zur weiteren Untersuchung, um die Gutgläubigkeit zu wahren.⁴⁵ Dem Auseinanderfallen des Besitzes und des Registereintrags nicht nachzugehen, kann als grobe Fahrlässigkeit gewertet werden, welche den guten Glauben zerstört. Anders als im deutschen Recht ist im chinesischen Recht auch grob fahrlässige Unkenntnis der Gutgläubigkeit bei redlichem Erwerb von Immobilien schädlich.⁴⁶ Ob die Nachforschungspflicht auch bei der Bestellung von beschränkten

³⁵ Zhu Xiaozhe/Ma Qiang, The Legal Structure and Effectiveness of Chattel Transfer Guarantee for Optimizing Business Environment – Based on the Interpretation of Related Rules in the Civil Code, Social Sciences in Yunnan 2021/2, 1 (2).

³⁶ Zhuang Jiayuan, Sicherung durch Kauf und die Wirksamkeit der Verfallklausel, Tsinghua University Law Journal 2016/3, 72 (73).

³⁷ § 388 I Satz 2 ZGB „Sicherungsverträge sind Hypothekenverträge, Pfandverträge und andere Verträge, die eine Sicherungsfunktion haben.“ Einzelheiten vgl Bu in Bu (Hrsg), Das chinesische Zivilgesetzbuch: Gesamtstruktur und Einzelfragen (2022) 23.

³⁸ Feng Jieyu, aaO (FN 17) 18 ff.

³⁹ Xu Defeng, Distinction and Association Between Equity and Debt in the context of Corporate Finance, Chinese Journal of Law 2019/2, 77 (84).

⁴⁰ § 45 des Protokolls der neunten Sitzung.

⁴¹ Bu, aaO (FN 4) Chapter 15 Rz 14.

⁴² Zhu Xiaozhe/Ma Qiang, aaO (FN 35) 5.

⁴³ Xiang Yuting/Zeng Jingyang/Lu Rongrong, aaO (FN 16) 261f.

⁴⁴ Zhang Jingxi, Die Schwierigkeit der Feststellung der Gutgläubigkeit beim redlichen Erwerb von Immobilien und deren Überwindung, Shandong Justice 2018/3, 48 ff.

⁴⁵ Vgl Meng Qinguo/Jiang Guanghui, The Good Faith Standard and Recognition of the Bona Fide Acquisition of Real Estate, Journal of Henan University of Economics and Law 2013/3, 85 (92).

⁴⁶ § 14 der Auslegung zum Sachenrechtsbuch des ZGB, verabschiedet vom OVG am 29. 12. 2020, in Kraft seit dem 1. 1. 2021.

dinglichen Rechten durch den Sicherungsnehmer eingreift, ist noch unklar.⁴⁷

In der Konstruktion des Kreditsicherungsrechts bleibt der Sicherungsgeber nach wie vor Eigentümer und soll daher weiterhin verfügen dürfen. Indes ist es fraglich, ob die Verfügungsbefugnisse durch den Sicherungszweck eingeschränkt sind.⁴⁸ Zum Vergleich darf der Hypothekar und Pfandgeber nur insoweit verfügen, wie der Gläubiger zustimmt oder ihm durch die Verfügung kein Nachteil erwächst (§§ 406, 444 II, 445 III ZGB). Dieser Grundsatz soll mE auch bei der Sicherungsübereignung gelten. Jedenfalls ist eine Verfügung bei der Sicherungsübereignung von Immobilien durch den Sicherungsgeber technisch gesehen bereits ausgeschlossen, da dieser nicht mehr im Register eingetragen ist und die Umschreibung von einem nicht eingetragenen Eigentümer auf einen Käufer oder Eintragung eines beschränkten dinglichen Rechts zugunsten eines Dritten von der Registerbehörde abgelehnt wird.

b) In der Konstruktion des Treuhandeigentums

Schließt man sich der Konstruktion des Treuhandeigentums an,⁴⁹ dann steht dem als Vollrechtseigentümer eingetragenen Sicherungsnehmer die Verfügungsmacht zu. Da eine Vorschrift wie § 137 BGB dem chinesischen ZGB fehlt und – ganz im Gegenteil – die Verfügungsbefugnis des Hypothekengebers durch Parteivereinbarung eingeschränkt werden kann (§ 406 I Satz 2 ZGB), kann angenommen werden, dass die Befugnisse des Sicherungsnehmers durch die Sicherungsvereinbarung oder den Sicherungszweck gleichermaßen eingeschränkt werden können. In diesem Fall kann der Käufer nur kraft seines guten Glaubens das Eigentum vom Sicherungsnehmer erwerben, wenn er die belastete Immobilie in Verstoß gegen die vertragliche Vereinbarung veräußert.⁵⁰ Wenn man aber annimmt, dass ein Verbot der Verfügungsbefugnis auch im chinesischen Recht nicht wirksam vereinbart werden kann, erwirbt der Käufer die Immobilie von einem Berechtigten, wenn der Sicherungsnehmer die Sicherungssache veräußert. So würde sich die Frage der Nachforschungspflicht gar nicht stellen. Der Eigentumserwerb würde nur dann scheitern, wenn der Käufer in der Kollusion mit dem Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber schädigen will.⁵¹ Auch die Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechts durch den Sicherungsnehmer soll möglich sein. Dies zeigt, dass es in der Eigentumskonstruktion wesentlich schwieriger sein kann, den Sicherungsgeber vor Veräußerungen durch den Sicherungsnehmer vor Verwertungsreife zu schützen.

In der Eigentumskonstruktion hat der Sicherungsgeber keine Verfügungsmacht mehr. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet faktisch aus, weil der Sicherungsgeber nicht mehr im Register als Eigentümer eingetragen ist und der Rechtsschein somit fehlt.

2. Verwertung von Sicherungsgut

a) Im Normalfall

Die Verwertung von Sicherungsgut wird ausgelöst, wenn der vereinbarte Sicherungsfall eintritt. In dieser Hinsicht ist die Formulierung im § 68 I Satz 2 der Auslegung zu Sicherheiten ungenau.⁵² Demnach darf die Verwertung betrieben werden, sobald der Schuldner die gesicherte fällige Schuld nicht begleicht.

Eine Verfallklausel, wonach das vollumfängliche Eigentum am Sicherungsgut nach Eintritt des Sicherungsfalls an den Sicherungsnehmer fällt, ohne den Überschuss an den Sicherungsgeber abzuführen, ist im Allgemeinen und auch im Falle der Sicherungsübereignung nichtig. Sie kann aber dahingehend umgedeutet werden, dass der Sicherungsnehmer den Sicherungsgegen-

stand öffentlich versteigert oder privat veräußert und aus dem Erlös vorrangig befriedigt werden kann oder die Sache gegen einen Ausgleich an den Sicherungsgeber behält, falls der Wert des Sicherungsguts den Forderungsbetrag übersteigt. Dh, die Vorschriften über die Verwertung von kodifizierten Kreditsicherungstypen finden grundsätzlich auch auf die Verwertung von Sicherungsübereignungen Anwendung. Daher ist die Abrechnungspflicht des Sicherungsnehmers für die Verwertung zwingend.⁵³

b) Im Zwangsvollstreckungsverfahren

In Bezug auf die Frage, wie die Sicherungsübereignung im Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzverfahren zu behandeln ist, fehlt noch eine gesetzliche Regelung. Je nach der dogmatischen Betrachtungsweise der Sicherungsübereignung fallen die Antworten auf die Frage, ob dem Sicherungsgeber oder -nehmer ein die Vollstreckung hinderndes Recht zusteht, unterschiedlich aus.

Wenn Vollstreckung gegen den Sicherungsnehmer in das Sicherungsgut beantragt wird, ist fraglich, ob der Sicherungsgeber dies verhindern kann. Im Kreditsicherungsrechtsmodell soll ihm dies stets möglich sein, weil er als der materiell-berechtigte Eigentümer gilt. Einer Ansicht nach steht dem Sicherungsgeber nicht zu, sich gegen die Vollstreckung zu wehren, da das Vollstreckungsgericht ohne ein Feststellungsurteil das Eigentum ausschließlich anhand des Registereintrags dem Sicherungsnehmer zuordnen wird.⁵⁴ Im Eigentumsmodell gehört das Sicherungsgut zwar zur Haftungsmasse des Sicherungsnehmers, jedoch wird der Rückübertragungsanspruch des Sicherungsgebers durch die Vollstreckungsmaßnahme beeinträchtigt, solange der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist. Dieser Anspruch ist aber kein dingliches Recht, so dass dem Sicherungsgeber vor Verwertungsreife – anders als im deutschen Recht⁵⁵ – das Recht zur Verhinderung der Vollstreckung nicht zuerkannt werden kann.

Da die Sicherungssache unter dem Namen des Sicherungsnehmers eingetragen ist und nicht ohne weiteres von den Gläubigern des Sicherungsgebers aufgespürt werden kann, sollen die Versuche, gegen den Sicherungsgeber in das Sicherungsgut zu vollstrecken, nicht häufig vorkommen. Wenn es tatsächlich geschieht, soll der Sicherungsnehmer im Kreditsicherungsmodell die Vollstreckung nur in zwei Fällen nicht verhindern können, zum einen, wenn sein Kreditsicherungsrecht nachrangig ist, oder zum anderen, wenn er zwar ein vorrangiges Recht hat, aber der Teil des Verwertungserlöses hinterlegt wird, der seiner gesicherten Forderung entspricht (vgl unten c). Im Eigentumsmodell soll der Sicherungsnehmer kraft seiner Eigentümerstellung die Voll-

⁴⁷ Cheng Xiao, On Bona Fide Acquisition of Real Estate Mortgage, Finance and Law 2017/1, 70, 78ff, lehnt es ab; Meng Qinguo/Jiang Guanghui, aaO (FN 45) 91, bejaht es.

⁴⁸ Vgl Xiang Yuting/Zeng Jingyang/Lu Rongrong, aaO (FN 16) 268.

⁴⁹ Wang Hongliang, aaO (FN 33) 146.

⁵⁰ He Yanchun, Analyse der Rechtsfragen der Sicherungsübereignung in der Finanzierungsinnovation, Wertpapierrecht 2011, 726.

⁵¹ Dafür: Yu Changzhi, The Reflection and Reconstruction of the Real Estate Transferring Guarantee System: An Approach of Binary Integration Based on the Theory of Legal Structure, Journal of SWUPL 2020/6, 31 (43).

⁵² Wang Hongliang, aaO (FN 33) 141.

⁵³ Zhu Xiaozhe/Ma Qiang, aaO (FN 35) 6.

⁵⁴ Liu Muhan, Research on the Exercise and Effectiveness of Equity Transfer Guarantee – Analysis and Improvement based on the Adjudication and Theory, Journal of National Prosecutors College 2022/2, 49, 61.

⁵⁵ Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung⁵ (2006) 725; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten¹⁰ (2021) Rz 1347.

streckung stets verhindern können, genau wie im deutschen Recht.⁵⁶

Es wird aber auch die Ansicht vertreten, dass das Sicherungsgut der Vollstreckung sowohl den Gläubigern des Sicherungsgebers als auch denen des Sicherungsnehmers entzogen ist, da dieser Gegenstand mit der Begründung der Sicherungsübereignung zum Treuhandvermögen wird, welches gem § 17 Treuhandgesetz der Vollstreckung unzugänglich ist.⁵⁷ Lediglich auf das Genussrecht aus dem Treuhandvermögen könne zugegriffen werden.⁵⁸ Dem ist nicht zu folgen, da durch die Sicherungsübereignung idR kein Treuhandvermögen iSv Treuhandgesetz begründet wird.

c) Im Insolvenzverfahren

Wenn der Sicherungsnehmer insolvent wird, kann der Sicherungsgeber im Kreditsicherungsmodell aussondern, da er immer noch der materielle Eigentümer ist. Dafür muss er die Forderung begleichen. Die Aussonderung soll aber durch die Rückübertragung erfolgen, da der Sicherungsnehmer im Register als Eigentümer eingetragen ist. Ist der Sicherungsgeber insolvent, hat der Sicherungsnehmer kein Aussonderungsrecht, sondern lediglich ein Absonderungsrecht.⁵⁹ Konkret bedeutet es, dass der Sicherungsnehmer das Eigentum nicht ohne Weiteres behalten darf, sondern die Wertdifferenz dem Sicherungsgeber abzuführen hat.

Folgt man dem Eigentumsmodell, soll der Sicherungsnehmer in der Insolvenz des Sicherungsgebers das Sicherungsgut aussondern können.⁶⁰ Im Gegensatz kann der Verwalter vom Sicherungsnehmer nur die Herausgabe des Mehrerlöses verlangen. In der Insolvenz des Sicherungsnehmers soll der Sicherungsgeber nur den Überschuss herausverlangen dürfen, wenn er dafür den Kredit tilgt.⁶¹

d) Rangfragen

In der Praxis kann es vorkommen, dass der Sicherungsgeber vor der Begründung der Sicherungsübereignung über die Immobilie bereits einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen hat und der Käufer den Kaufpreis bezahlt und das Objekt bezogen hat. Dann kann der Käufer die Vollstreckung in die Immobilie verhindern, wenn das Ausbleiben der Umschreibung im Register nicht auf das Verschulden des Käufers zurückzuführen ist.⁶² In einem solchen Fall hat der Anspruch des Käufers auf die Erfüllung des Kaufvertrags Vorrang vor dem Sicherungsnehmer, der als Eigentümer im Register eingetragen ist. Fernerhin geht der Anspruch des Käufers einer Immobilie dem Recht des Sicherungsnehmers vor, wenn die Immobilie zum Wohnzweck erworben und die Hälfte des Kaufpreises bereits bezahlt worden ist.⁶³

D. Sicherungsübereignung von GmbH-Anteilen

1. Begründung

Für eine wirksame Begründung der Sicherungsübereignung von GmbH-Anteilen sind drei Voraussetzungen zu erfüllen: eine zu besichernde legale Forderung, eine Sicherungsvereinbarung und Eintragung des Sicherungsnehmers ins Unternehmensregister zwecks der Drittwirksamkeit.⁶⁴ Hierzu ist anzumerken, dass zum einen diese Eintragung keine konstitutive Wirkung hat, aber dennoch den Rechtsanschein von Inhaberschaft an Gesellschaftsanteilen erwecken kann.⁶⁵ Zum anderen ist die Gesellschaftsanteilliste beim Gesellschafterwechsel ebenfalls anzupassen, was in der Praxis jedoch oft vernachlässigt wird. Die Gesellschaftsanteilliste wird lediglich von der Gesellschaft aufbewahrt und ist nicht öffentlich zugänglich, weshalb es für die Begründung von

Sicherungsübereignung auch von nachrangiger Bedeutung ist. Da die Umschreibung im Unternehmensregister von der Gesellschaft beantragt werden muss, ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft davon in Kenntnis gesetzt werden muss. Ähnlich wie bei Immobilien ist es derzeit nicht möglich, im Register den Sicherungszweck zu registrieren, so dass die Sicherungsübereignung verwaltungstechnisch als gewöhnliche Veräußerung der Gesellschaftsanteile zu handhaben ist. Dadurch wird das Verkaufrecht anderer Gesellschafter ausgelöst und der Sicherungsgeber ist gem § 71 II Gesellschaftsgesetz daher verpflichtet, andere Gesellschafter darüber zu informieren. Bei einer ordentlichen Erfüllung dieser Pflicht ist den anderen Gesellschaftern die Begründung der Sicherungsübereignung bekannt.

Die konkreten Gestaltungsformen der Sicherungsübereignung sind vielfältig. Neben dem klassischen Modell des Abschlusses von Darlehens-, Sicherungs- und Kaufvertrags kann eine Sicherungsübereignung von GmbH-Anteilen in Form einer Kapitalerhöhung erfolgen, wenn der Schuldner die Gesellschaft selbst ist. Konkret werden neue Anteile an den Gläubiger ausgegeben, der einen festen Betrag als Dividende erhält. Die Gesellschaft ist verpflichtet, diese Anteile später zurückzukaufen. In Wirklichkeit ist das als Gegenleistung eingebrachte Kapital ein Darlehen, welches durch die Anteile besichert wird. Diese Form der Sicherungsübereignung beinhaltet keinen separaten Darlehensvertrag.

Fernerhin kann die Sicherungsübereignung derart gestaltet werden, dass dem Schuldner oder einem vom Schuldner benannten Dritten das Recht eingeräumt wird, sicherungshalber übertragene Anteile zu einem Preis, welcher aus dem ursprünglichen Forderungsbetrag und einem Aufpreis (oft bestimmter Prozentsatz vom Forderungsbetrag) besteht, zurückzukaufen.

Mit den obigen beiden alternativen Modellen, die auch als Mezzanine-Finanzierungen eingeordnet werden, kann der Kreditgläubiger die staatlich festgesetzte Obergrenze für Darlehenszinsen umgehen. Das Fehlen eines eigenständigen Darlehensvertrags bringt jedoch die Schwierigkeit mit sich, den Willen zur Bestellung einer Sicherungsübereignung herauszuinterpretieren. Denn es ist durchaus möglich, die Handlung des Kapitalgebers nicht als Darlehen, sondern als Investition zu betrachten.⁶⁶ Dies trifft besonders dann zu, wenn dem Gläubiger umfassende Gesellschafterrechte eingeräumt werden. Selbst wenn das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Darlehen angesehen werden kann, ist der Rückkauf der Anteile durch die Rückzahlung des ursprünglich eingebrachten Kapitals ausgeschlossen, wenn das Rückkaufrecht nicht fristgerecht ausgeübt wird.⁶⁷

⁵⁶ Liu Muhan, aaO (FN 54) 61; zum deutschen Recht vgl. Reinicke/Tiedtke, aaO (FN 55) 725; Bülow, aaO (FN 55) Rz 1351.

⁵⁷ He Yanchun, aaO (FN 50) 726.

⁵⁸ He Yanchun, aaO (FN 50) 726.

⁵⁹ Liu Muhan, aaO (FN 54) 61; Xu Defeng, aaO (FN 39) 86.

⁶⁰ Zhu Xiaozhe/Ma Qiang, aaO (FN 35) 8.

⁶¹ Vgl. Si Wei/Chen Xuanhua, An Analysis on the Effect of Stock Rights Transferring Guarantee and Internal external Relations Also on Article 68 and 69 of the Civil Code Guarantee System Interpretation, Journal of Law Application 2021/4, 82 (89).

⁶² § 28 der Auslegung zum Vollstreckungswiderspruch; Bu, ZJP 2016, 250f.

⁶³ § 29 der Auslegung zum Vollstreckungswiderspruch; Bu, aaO (FN 62) 250f.

⁶⁴ § 32 II Satz 2 Gesellschaftsgesetz; Liu Muhan, aaO (FN 54) 51.

⁶⁵ Zhang Shuanggen, Consensual Composition of Transfers of Shares, Peking University Law Journal 2019/6, 1552 (1556f).

⁶⁶ Wang Jianwen, On the Interpretation of Equity Transfer Guarantee under the Framework of Company Law, Jiangxi Social Sciences 2022/11, 153 (157).

⁶⁷ Xu Defeng, aaO (FN 39) 83f.

2. Rechte und Pflichten des Sicherungsgebers und -nehmers

a) Ausübung der Gesellschafterrechte

Es ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob dem Sicherungsgeber oder dem Sicherungsnehmer die Ausübung der Gesellschafterrechte zusteht. Nach der mehrheitlichen Ansicht, welche im Sicherungsgeber nach wie vor den materiell-rechtlichen Gesellschafter sieht, kann der Sicherungsnehmer aus der Sicherungsübereignung keine Mitgliedschaftsrechte ableiten.⁶⁸ Der Sicherungsnehmer bleibt, selbst wenn im Unternehmensregister als Gesellschafter eingetragen, nur ein nominaler Gesellschafter.⁶⁹ Allerdings kann der Sicherungsgeber den Sicherungsnehmer durchaus ermächtigen, in vereinbartem Umfang nach Anweisungen die Gesellschafterrechte, wie zB Stimmrecht und Geschäftsführungsrecht, auszuüben.⁷⁰ Da der Sicherungsgeber die Gesellschaft über die Begründung der Sicherungsübereignung informieren muss, damit die Umschreibung im Unternehmensregister veranlasst werden kann, soll es der Gesellschaft bekannt sein, wer der materiell-rechtliche Berechtigte ist. In dieser Situation soll dem Sicherungsnehmer wie dem Pfandgläubiger das Recht auf Dividende zustehen.⁷¹

b) Verfügungsbefugnis

Ebenfalls umstritten ist die Zuordnung der Verfügungsbefugnis. Folgt man der Mehrheitsansicht, die den Sicherungsgeber für den materiell-rechtlichen Gesellschafter hält, sollen nur dem Sicherungsgeber während der Sicherungszeit Verfügungsbefugnisse zustehen. Wie oben (III 2) bereits erwähnt, ist unklar, ob diese Verfügungsbefugnisse wirksam eingeschränkt werden können. Bejahendenfalls dürfte ein gutgläubiger Erwerb trotzdem regelmäßig ausscheiden, da der Sicherungsgeber nicht im Unternehmensregister steht. Sollte eine wirksame Einschränkung der Verfügungsbefugnisse des Sicherungsgebers ausgeschlossen sein, ist eine drittwirksame Verfügung trotzdem unmöglich, weil der nicht eingetragene Sicherungsgeber die Änderung des Registerintrags zugunsten des Dritten nicht veranlassen kann. Mit anderen Worten ist eine Verfügung durch den Sicherungsgeber nur mit der Hilfe des Sicherungsnehmers gangbar. In einem umstrittenen Fall hat der Sicherungsnehmer der Verpfändung der unter seinem Namen eingetragenen sicherungsweise übertragenen Gesellschaftsanteile zugestimmt. Nach der Auffassung des OVG hat das Pfandrecht einen höheren Rang vor der Sicherungsübereignung, weil der Pfandgläubiger anhand des Registers nicht erkennen konnte, dass die Gesellschaftsanteile mit einer Sicherungsübereignung belastet waren.⁷² Interessanterweise wurde das Pfandrecht allerdings nicht vom Sicherungsgeber der Anteile, sondern vom Sicherungsnehmer zur Sicherung eines weiteren Darlehens des Sicherungsgebers bestellt. Das OVG wertet es anscheinend dennoch als eine Verfügung über die Anteile durch den Sicherungsgeber, dann wäre aber das später bestellte Pfandrecht nachrangig, nicht vorrangig. Ein überzeugenderer Ansatz wäre, die Verpfändung als eine Verfügung durch den Sicherungsnehmer anzusehen, da der formale Besteller des Pfandrechts der Sicherungsnehmer ist.

IdZ scheint der gutgläubige Erwerb eines Dritten bei einer Verfügung durch den Sicherungsnehmer häufiger anzutreffen zu sein, da dessen Eintragung als Gesellschafter im Unternehmensregister den Anschein der Verfügungsmacht erweckt.⁷³ Angesichts des Registerintrags kann dem Dritten keine Nachforschungspflicht auferlegt werden. Der Sicherungsgeber hat beim Verlust der Gesellschaftsanteile einen Schadensersatzanspruch gegen den Sicherungsnehmer.

c) Außenhaftung

Gemäß § 69 der Auslegung zu Sicherheiten haftet der Sicherungsnehmer nicht für die Kapitalaufbringung und -erhaltung. Diese Regelung ist eine konsequente Folge des Verständnisses, dass der Sicherungsnehmer nur der nominale Gesellschafter bleibt.⁷⁴ Allerdings sieht § 26 I der Auslegung zum Gesellschaftsgesetz III⁷⁵ vor, dass auch ein nominaler Gesellschafter bei einer stillen Beteiligung zur Erbringung des fehlenden Kapitals verpflichtet ist. Die Besserstellung des via Sicherungsübereignung entstehenden nominalen Gesellschafters stößt in der Literatur überwiegend auf Ablehnung,⁷⁶ denn der Sicherungsnehmer wird dadurch geradezu zum Rosinenpicken animiert. Dieser zieht einerseits die Sicherungsübereignung wegen der Möglichkeit der Einflussnahme gegenüber dem Pfandrecht vor und darf andererseits auch von dem Vorteil des Pfandrechts – keine Außenhaftung – profitieren.⁷⁷

3. Verwertung

a) Im Normalfall

Wenn sich die Parteien bei der Verwertung der Sicherungsübereignung auf den Wert der Gesellschaftsanteile nicht einigen können, kann dies durch Sachverständige begutachtet werden. Vertraglich kann vereinbart werden, dass der Sicherungsnehmer die Anteile zu einem Preis, der nicht weniger als ein bestimmter Prozentsatz des ermittelten Wertes beträgt, verkaufen darf. Wie es bei Immobilien der Fall ist, darf der Sicherungsnehmer gegen die Herausgabe des allfälligen Überschusses die Anteile behalten.

b) Im Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzverfahren

Der Sicherungsgeber kann die Pfändung und Vollstreckung in die Gesellschaftsanteile durch Gläubiger des Sicherungsnehmers nach einer Lehrmeinung nicht verhindern, da einerseits das Vollstreckungsgericht bei der Feststellung der Inhaberschaft der Anteile nur auf den Registereintrag abstellt⁷⁸ und andererseits der Sicherungsgeber seine nichtregistrierte Inhaberschaft gem § 32 III Gesellschaftsgesetz gegenüber einem Dritten nicht geltend machen kann.⁷⁹ Der Sicherungsgeber kann höchstens durch die vorzeitige Befriedigung der Forderung des Sicherungsnehmers, wenn dies überhaupt erlaubt ist, die Rückübertragung der An-

⁶⁸ Gao Shengping/Cao Mingzhe, Interpretationstheorie der Wirkung der Sicherungsübereignung von Gesellschaftsanteilen, People's Judicature 2018/28, 16 (20f); Zhu Xiaohui, An Empirical Study on Equity Changes in Equity Transfer Guarantee, Western Law Review 2022/4, 79 (80); Liu Muhan, aaO (FN 54) 59f; AA Yao Haifang, aaO (FN 15) 170f.

⁶⁹ Gao Shengping/Cao Mingzhe, aaO (FN 68) 21.

⁷⁰ Zhuang Hongshan, The Structure of Security Transfer of Stock Right by Theory of Dichotomy of Share Ownership, The South China Sea Law Journal 2022/1, 33 (41).

⁷¹ Qian Jin/Qian Yuwen, Legal Composition and Effectiveness Construction of Equity Transfer Guarantee, Journal of Henan Administrative Institute of Politics and Law 2022/1, 82 (88).

⁷² Urteil des OVG v 16. 5. 2019, (2019) Zhui Gao Fa Min Zhong Nr 133.

⁷³ § 25 I der Auslegung zum Gesellschaftsgesetz III; Si Wei/Chen Xuanhua, aaO (FN 61) 87.

⁷⁴ Ebenso Gao Shengping/Cao Mingzhe, aaO (FN 68) 23; aA, Zhuang Hongshan, aaO (FN 70) 43.

⁷⁵ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三), verabschiedet am 6. 12. 2010 und mit Wirkung zum 1. 1. 2021 zuletzt geändert, deutsche Übersetzung von Patrick Alois Hübner, ZChinR 2016, 54f.

⁷⁶ Ge Weijun, The Internal and External Relationships and the Rights Demarcation of Equity Transfer Guarantee, Finance and Law 2020/6, 36 (45); Li Zhigang, aaO (FN 21) 66; Wang Jianwen, aaO (FN 66) 159; Wang He, aaO (FN 19) 101; Yao Haifang, aaO (FN 15) 171f.

⁷⁷ Si Wei/Chen Xuanhua, aaO (FN 61) 88.

⁷⁸ § 25 I der Auslegung zum Vollstreckungswiderspruch; Li Zhigang, aaO (FN 21) 66f; Urteil des OVG vom 31. 8. 2020, (2020) Zui Gao Fa Min Zhong Nr 845.

⁷⁹ Si Wei/Chen Xuanhua, aaO (FN 61) 89; Liu Muhan, aaO (FN 54) 61.

teile verlangen. Einer anderen Ansicht nach sind gewöhnliche Gläubiger jedoch keine Dritten iSv § 32 III Gesellschaftsgesetz,⁸⁰ so dass der Sicherungsgeber die Vollstreckung verhindern kann, allerdings nur, wenn man der Einstufung der Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsrecht folgt. Eine weitere Ansicht geht wiederum davon aus, dass die Gesellschaftsanteile vor Eintritt des Sicherungsfalls nicht zur Haftungsmasse des Sicherungsnehmers gehören, so dass sich der Sicherungsgeber gegen die Vollstreckung wehren kann.⁸¹ Derzeit hat sich noch keine von den drei Ansichten klar durchgesetzt. Die Vollstreckung gegen den Sicherungsgeber in die Gesellschaftsanteile soll der Sicherungsnehmer nach der obigen Logik verhindern können, da er ja im Register als der eigentliche Inhaber registriert ist. Jedoch wird eine durchaus gegenteilige Ansicht in der Rechtsprechung vertreten, dass der Sicherungsnehmer kein materieller Inhaber ist und daher kein die Vollstreckung hinderndes Recht hat.⁸² Daher herrscht insgesamt große Verwirrung über die Interventionsmöglichkeit des Sicherungsnehmers und Sicherungsgebers in Einzelzwangsvollstreckungsverfahren.

Die Rechtslage in der Insolvenz des Sicherungsgebers und -nehmers ist weitgehend gleich wie bei Immobilien. Eine Ausnahme betrifft die Situation der Insolvenz der Gesellschaft. In diesem Fall hat der Sicherungsnehmer zwei Rollen, die eine als Gesellschafter und eine andere als Gläubiger. Es wird dafür plädiert, dass der Sicherungsnehmer den normalen Gläubiger der Gesellschaft nachrangig, den sonstigen Gesellschaftern jedoch vorrangig steht,⁸³ während der Sicherungsnehmer nach einer anderen Ansicht wie gewöhnliche Gesellschafter behandelt werden soll.⁸⁴ Eine mit § 39 Abs 1 Nr 5 InsO vergleichbare Vorschrift zur Behandlung des Gesellschafterdarlehens fehlt in China noch.⁸⁵

4. Rangfragen

Infolge der Unmöglichkeit, zwei Personen gleichzeitig als Gesellschafter einzutragen, ist es ausgeschlossen, an denselben Gesellschaftsanteilen zwei drittwirksame Sicherungsübereignungen zu bestellen. Sonstige Rangfragen stellen sich hauptsächlich dann, wenn dem Kreditsicherungsmodell der Sicherungsübereignung gefolgt wird. Wird eine Sicherungsübereignung nach der Bestellung eines Pfandrechts begründet, hat das Pfandrecht Vorrang. Wird das Pfandrecht nach der Begründung der Sicherungsübereignung durch den Sicherungsgeber bestellt, soll es logischerweise nachrangig sein; faktisch ist das Vorliegen dieser Konstellation trotz gegenteiliger, aber widersprüchlicher Argumentation des OVG ausgeschlossen (vgl IV 2b). Wird das Pfandrecht jedoch vom Sicherungsnehmer der Sicherungsübereignung bestellt, kann der Gläubiger es nur redlich erwerben. Wenn der Sicherungsfall aus der Sicherungsübereignung nicht mehr eintreten kann, würde das Recht des Sicherungsgebers auf die Rückübertragung der Anteile mit dem Pfandrecht kollidieren. Eine praktische Lösung ist vom Sicherungsnehmer die Löschung des Pfandrechts zu verlangen. Kommt der Sicherungsnehmer dieser Aufforderung nicht nach, muss der Sicherungsgeber im Verhältnis zum Pfandgläubiger das Pfandrecht gegen sich gelten lassen.

E. Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen

Die Besonderheiten bei der Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen ergeben sich vor allem daraus, dass sowohl Übergabe als auch Registrierung als Publizitätsakte zur Verfügung stehen.

1. Begründung

Bei der Begründung einer Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen ist die Vornahme eines passenden Publizitätsaktes für die Drittwirkung ebenfalls zwingend erforderlich.⁸⁶ Die physische Übergabe soll zu diesem Zweck ausreichen, ist allerdings unpraktisch, da der Sicherungsnehmer die Sicherungssache dann aufbewahren muss. Mangels der Erkennbarkeit für Dritte genügt ein Besitzkonstitut der Publizitätsanforderung wohl nicht. Vielmehr ist die Eintragung im Register der Mobiliarrechte ein tauglicher Ersatz, wenn die physische Übergabe ausbleibt. Anders als bei Immobilien und Gesellschaftsanteilen, die bei einer Sicherungsübereignung auch nur als eine gewöhnliche Vollrechtsveräußerung eingetragen werden können, soll es bei beweglichen Sachen seit dem 1. 1. 2022 technisch auch möglich sein, die Sicherungsübereignung als solche unmittelbar zu registrieren.

2. Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers und -nehmers

Grundsätzlich sind die Gedanken über die Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers und -nehmers bei der Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen vergleichbar mit denen bezüglich der Immobilien. Folglich soll der Sicherungsgeber nach der mehrheitlich befürworteten Konstruktion des Kreditsicherungsrechts weiterhin der materielle Eigentümer bleiben und der Sicherungsnehmer erhält nur ein Kreditsicherungsrecht.

Der Sicherungsgeber soll nach der hier vertretenen Ansicht (vgl III 2.) Verfügungsbefugnt bleiben, wenn dadurch die Sicherheit des Sicherungsnehmers nicht gefährdet wird. Anders als bei Immobilien dürfte die Veräußerung der Sicherungssache durch den Sicherungsgeber häufiger passieren, da primär Warenbestände zum Sicherungszweck übereignet werden. Ist die Sicherungsübereignung eingetragen, kann ein potenzieller Käufer den Sicherungszweck über das Register für Mobiliarrechte erfahren. Der Erwerb des Eigentums an der Sicherungssache ist nur mit der Belastung möglich, es sei denn, dass den Käufer keine Pflicht trifft, im Register nach möglichen Belastungen zu recherchieren. Dies ist der Fall, wenn er als Käufer im gewöhnlichen Geschäftsgang gilt (§ 404 ZGB). Da das ZGB die Erstreckung des Sicherungsrechts auf den Veräußerungserlös allgemein nicht vorsieht, muss der Sicherungsnehmer zusätzliche Vorkehrungen treffen, damit die Sicherung durch den Erwerb im gewöhnlichen Geschäftsgang nicht ersatzlos erlischt.

Der Sicherungsnehmer in seiner Eigenschaft als formeller Eigentümer ist nicht Verfügungsbefugnt. Wenn er im Gewahrsam der Sicherungssache ist, zB weil die Sicherungsübereignung nur durch Übergabe begründet ist, und über die Sicherungssache verfügt, ist ein redlicher Erwerb durchaus möglich.⁸⁷

3. Verwertung

Die Verwertung einer sicherungsweise übereigneten Sache gestaltet sich schwieriger, wenn die Sicherungsübereignung nur eingetragen ist und der Sicherungsnehmer nicht im Besitz der

⁸⁰ Li Zhigang, aaO (FN 21) 67.

⁸¹ Qian Jin/Qian Yuwen, aaO (FN 71) 92; Ge Weijun, aaO (FN 76) 48.

⁸² Urteil des OVG vom 17. 11. 2020, (2020) Zui Gao Fa Min Shen Nr 5567.

⁸³ Si Wei/Chen Xuanhua, aaO (FN 61) 89; Liu Muhan, aaO (FN 54) 61f; Li Zhigang, aaO (FN 21) 71.

⁸⁴ Yao Haifang, aaO (FN 15) 174.

⁸⁵ Yu Jianan, Die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen im deutschen und chinesischen Recht (2017) 179.

⁸⁶ Zhu Xiaozhe/Ma Qiang, aaO (FN 35) 8.

⁸⁷ Zhu Xiaozhe/Ma Qiang, aaO (FN 35) 7.

Sache ist. Verweigert der Sicherungsgeber die Herausgabe der Sicherungssache, kann der Sicherungsnehmer nur mit Hilfe des Gerichts die Verwertung durchführen.

4. Kollision

An beweglichen Sachen können folgende Kreditsicherungsrechte begründet werden oder entstehen, nämlich Pfandrecht, Hypothek, Eigentumsvorbehalt, Finanzierungsleasing und Sicherungsübereignung. In Kollisionsfällen bestimmt sich die Rangfrage grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der Vornahme des Publizitätsaktes (§§ 414f ZGB). Die im deutschen Recht bedeutendste Konstellation – Kollision zwischen verlängerter Sicherungsübereignung und Globalzession – ist dem chinesischen Recht noch fremd, da die Erstreckungsformen der Sicherungsübereignung in der Praxis noch nicht aufgegriffen worden sind.

F. Sicherungszession

1. Begründung

Eine Sicherungszession kann nur durch die Eintragung im Register für Mobiliarrechte drittwirksam begründet werden. Die Registrierung des Sicherungszwecks soll ebenfalls seit dem 1. 1. 2022 möglich sein. In der Vergangenheit, als die Sicherungszession noch nicht durch justizielle Auslegungen allgemein anerkannt wurde, versuchten Gerichte, die Sicherungszession als Forderungsverpfändung umzudeuten. Für die Forderungsverpfändung ist aber die Eintragung die konstitutive Voraussetzung, weshalb das umgedeutete Pfandrecht auch noch nicht entstanden wäre, wenn die Eintragung unterbleibt. Nichtsdestotrotz hat sich die Rechtsprechung bisweilen über diese Eintragungspflicht hinweggesetzt und die Wirksamkeit des nicht eingetragenen Pfandrechts an Außenständen bestätigt.⁸⁸

Dem Einsatz von Außenständen für Sicherungszwecke stehen mehrere Hindernisse entgegen. Zum einen ist es schwierig, die Echtheit der Forderung zu verifizieren,⁸⁹ da es nicht selten vorkommt, dass der Kreditnehmer in Kollusion mit einem Dritten dem Kreditgläubiger nichtexistierende Forderungen vorgaukelt oder die belastete Forderung nachträglich zum Nachteil des Kreditgläubigers abändert. Zur Sicherheit muss der Kreditgläubiger den der Forderung zugrundeliegenden Vertrag auf seine Wirksamkeit, Risiken der Leistungsstörungen und Echtheit und das Vorliegen weiterer Belastung an derselben Forderung im Register für Mobiliarrechte und in der Datenbank der Gerichtsurteile überprüfen. Zum anderen ist die belastete Forderung in vernünftiger Weise zu bezeichnen, damit es für Dritte erkennbar ist.⁹⁰ Die Zentralbank hat Vorlagen für solche Beschreibungen zur Verfügung gestellt, wonach Informationen, wie ua der Name des Schuldners sowie Rechnungsdatum, -nummer und -betrag anzugeben sind.⁹¹ Wird eine große Anzahl von Forderungen abgetreten, ist der Aufwand denkbar groß.

Dieser Anforderung an die Bestimmtheit bei künftigen Forderungen Rechnung zu tragen, stellt eine noch größere Herausforderung dar. Es ist aufwendig und teilweise unmöglich, alle abzutretenden Forderungen einzeln im Voraus zu benennen. Es ist umstritten, ob eine Beschreibung wie „Forderungen eines Hotels (Kreditschuldner) aus allen Übernachtungen und Buchungen in einem bestimmten Zeitraum“ oder „alle Einnahmen aus der Vermietung bzw Management von Räumen eines Hotels“ hinreichend bestimmt ist. Dies wird bislang in der Rechtsprechung mit wenigen Ausnahmen überwiegend abgelehnt.⁹² Die Ablehnung stützt sich auf das Argument, dass der Sicherungsnehmer

mit einer solchen Beschreibung nicht erfahren kann, wer der jeweilige Schuldner ist und wie hoch der genau geschuldete Betrag ist. Ihm fehlen die zugrundeliegenden Verträge und Lieferscheine usw, um die Forderungen direkt zu betreiben.⁹³ Die Registrierungspraxis deutet aber an, dass eine pauschale Beschreibung durchaus akzeptiert wird, wenn die Drittschuldner zahlreich und unbestimmt sind.⁹⁴ Bei Gebühreneinnahmen von privaten Kliniken reichen beispielweise die Angaben über den Zeitraum, die Gebährentypen und das Sonderkonto zur Gebühreneinzahlung aus und für Mautgebühren sollen nur der Name des Projekts, der Zeitraum der Gebührenerhebung, die Genehmigung für die Gebührenerhebung, der geschätzte Wert des Projekts sowie das Sonderkonto für die Gebühreneinzahlung genannt werden. Daraus ergibt sich, dass das Sonderkonto die abgetretenen Forderungen von sonstigen Geldeingängen physisch abtrennen kann und somit hilft, der Bestimmtheitsanforderung Rechnung zu tragen.

2. Rechte und Pflichten des Sicherungsgebers und -nehmers

Im Falle der Sicherungszession stellt sich bezüglich des Verhältnisses zwischen dem Sicherungsgeber und -nehmer vor allem eine Frage, nämlich wie der Sicherungsnehmer sicherstellen kann, dass sich sein Sicherungsrecht auch auf das eingezahlte Geld erstreckt. Denn sobald die sicherungshalber abgetretene Forderung beglichen wird, erlischt das Pfandrecht infolge der Akzessorietät. Um dies zu verhindern, kann vereinbart werden, dass der Drittschuldner die Forderung auf ein Sonderkonto einzahlte. In einem Fall hat das OVG allerdings die Ansicht vertreten, dass das eingegangene Geld durch das Pfandrecht erfasst ist, selbst wenn kein Sonderkonto verwendet wird.⁹⁵ Da § 61 der Auslegung zu Sicherheiten die Anwendung des Sonderkontos nur für einige bestimmte Fälle erwähnt hat, ist es unklar, ob es auch für ein sonstiges Geschäft wie Warenkauf und Immobilienvermietung infrage kommt. Eine weitere Möglichkeit ist die Einrichtung eines Garantiekontos, dessen Zugriff vom Kreditgläubiger kontrolliert wird.

3. Verwertung

Bei der Verwertung der Sicherungszession ist es unklar, ob der Zessionar beim Eintritt der Verwertungsreife kraft seiner formellen Inhaberschaft die Forderung selbst einziehen kann. Gem § 66 II der Auslegung zu Sicherheiten kann der Factor bei einem unechten Factoring den Anschlusskunden allein verklagen. Da unechtes Factoring seiner Rechtsnatur nach eine Sicherungszession ist, ist daraus abzuleiten, dass der Zessionar bei einer Sicherungszession die Forderung unmittelbar einklagen kann.

Wenn dem tatsächlich so wäre, würde es eine Besserstellung des Zessionars gegenüber dem Gläubiger bei einer Forderungsverpfändung bedeuten. Denn die Einziehungsbefugnis des

⁸⁸ Urteil des OVG v 1. 5. 2017, (2017) Zui Gao Fa Min Shen Nr 1572.

⁸⁹ Um gegen den Drittschuldner gerichtlich vorgehen zu können, muss der Kreditgläubiger die Echtheit der abgetretenen Forderung nachweisen, § 61 II der Auslegung zu Sicherheiten.

⁹⁰ § 53 der Auslegung zu Sicherheiten.

⁹¹ <https://www.zhongdengwang.org.cn/cms/goDetailPage.do?oneTitleKey=y-hyd> (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2023).

⁹² Urteil des OVG v 23. 9. 2019, (2019) Zui Gao Fa Min Zhong Nr 422.

⁹³ Oberes Gericht der Provinz Shandong v 12. 9. 2019, (2019) Lu Min Zhong Nr 1832.

⁹⁴ Urteil des Shanghai Finanzgerichts v 11. 9. 2019, (2019) Hu 74 Min Zhong Nr 565.

⁹⁵ Urteil des OVG vom 21. 12. 2017, (2017) Zui Gao Fa Min Shen Nr 5014.

Pfandgläubigers ist nicht ausdrücklich normiert. Die Rechtsprechung ist zu dieser Frage uneinheitlich: In einem anleitenden Fall wird die Einziehungsbefugnis des Pfandgläubigers bejaht,⁹⁶ während das OVG in einem späteren Fall selbst davon abweicht und die Einziehungsbefugnis des Pfandgläubigers ablehnt, mit dem Argument der Gefahr der doppelten Rückzahlungen.⁹⁷ Dadurch bleibt dem Sicherungsnehmer nur die Option der umständlichen Versteigerung bzw. Veräußerung der Forderungen, wobei der Überschuss an den Sicherungsgeber herauszugeben ist.

4. Rangfragen

Wird dieselbe Forderung mehrfach sicherungshalber abgetreten, soll sich der Rang nach § 768 ZGB bestimmen. Diese Regelung gilt unmittelbar zwar nur beim Factoringvertrag, kann aber gem § 66 I der Auslegung zu Sicherheiten auch auf Forderungsverpfändung und -abtretung angewandt werden. § 768 ZGB sieht vor, dass eine an einer Forderung bestellte eingetragene Kreditsicherheit Vorrang vor einer nicht eingetragenen Kreditsicherheit hat; sind die Kreditsicherheiten alle eingetragen, bestimmt sich der Rang nach dem Zeitpunkt der Eintragungen; wenn alle Kreditsicherheiten nicht eingetragen sind, bestimmt sich der Rang nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Anzeigen an den Anschlusskunden; fehlt auch die Anzeige, wird die Forderung nach den Beträgen der gesicherten Forderung *pro rata* aufgeteilt.

G. Zusammenfassung

Aus dieser vorliegenden Untersuchung ergeben sich folgende Erkenntnisse:

- ▶ 1. Die Durchsetzung der Sicherungsübereignung von Immobilien und GmbH-Anteilen in China trotz der Kodifikation der besitzlosen Mobiliarhypothek zeigt, dass die vorhandenen gesetzlich ausgeformten Sicherungsrechte den Bedürfnissen der Kreditpraxis nicht genügen. Die Sicherungsübereignung bietet im Allgemeinen den Vorteil der stärkeren Kontrolle des Sicherungsgegenstands und bei Gesellschaftsanteilen der Möglichkeit der Beeinflussung der Geschäftsführung.
- ▶ 2. In China wird die Sicherungsübereignung mangels einer gesetzlichen Verankerung oft nicht klar als solche vereinbart, sondern muss erst durch Auslegung der Parteiwillen ermittelt werden. Wenn Immobilien betroffen sind, wird geprüft, ob der Gegenstand zur Sicherung oder zur Erfüllung einer anderen Forderung dient. Wenn Gesellschaftsanteile betroffen sind, richtet sich die Prüfung danach, ob ein Darlehen oder ein Investitionsverhältnis zwischen den Parteien besteht.
- ▶ 3. Bedingt durch den Verzicht des chinesischen Gesetzgebers auf eine ausdrückliche Normierung herrscht große Rechtsunsicherheit bezüglich der Sicherungsübereignung. Ein Teil der Fragen zur Begründung und Verwertung konnte durch die Regelungen des OVG geklärt werden. Nach wie vor offen steht die Zuordnung der Verfügungsbefugnisse zwischen dem Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer sowie Rechte der beiden Parteien bei der Zwangsvollstreckung des Sicherungsgegenstands und im Insolvenzverfahren. Die Beantwortung dieser Fragen wird durch die Meinungsverschiedenheit erschwert, ob die Sicherungsübereignung als Treuhandeigentum oder als Kreditsicherungsrecht zu kategorisieren ist.
- ▶ 4. Mit der Einführung des Funktionalismus der Kreditsicherungsrechte wird die Tendenz, die Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsrecht zu konstruieren, nochmals verstärkt. Da nach den Regelungen des OVG die drittwirksame Begründung einer Sicherungsübereignung die Vornahme eines Pub-

lizitätsakts voraussetzt und eine Abrechnungspflicht bei der Verwertung besteht, verringern sich die Unterschiede zwischen der Sicherungsübereignung und ihren Funktionsäquivalenten, wie zB der besitzlosen Mobiliarhypothek. Aus diesem Grund wird die Sicherungsübereignung in China voraussichtlich nie dieselbe dominierende Rolle im Wirtschaftsleben wie in Deutschland erlangen. Dies zeigt sich bereits bei der marginalen Bedeutung der Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen und der Sicherungszession.

Weiterführende Literatur

Weiterführende Literatur: *Yuanshi Bu* (ed), Chinese Civil Code – The Specific Parts (2023); *dies*, System des Zivilrechts und Struktur der Kodifikation: Europäische und ostasiatische Perspektive (2022); *dies*, Das chinesische Zivilgesetzbuch: Gesamtstruktur und Einzelfragen (2022).

Plus

SUMMARY

Security Transfer in China: Useful Alternative or Superfluous Duplication?

The security transfer of immovables and company shares has developed into a common form of credit security in China in the last decade. As early as 2015 the Supreme People's Court has for the first time introduced a relevant rule governing security transfer through a judicial interpreting on private lending cases. It is therefore surprising that the Chinese legislature, in the most recent civil law codification of 2020, chose not to expressly recognize the security transfer as a form of security, although one focus of the codification was the reform of the law on security. The hesitation of the Chinese legislature is probably caused by the controversy both over the necessity and the concrete regulations of the security transfer. This article intends to explore both questions and comes to the following findings.

As to the necessity of the security transfer, this study shows that the existing security rights are insufficient to meet the needs of credit practice, even after the non-possessory mortgages of movables was codified in 2007. Security transfer generally offers the creditor, being granted the status of formal owner of the collateral, the advantage of greater control, and in the case of company shares, the possibility of influencing management. In addition, the security transfer comes into use where codified security rights are unavailable due to the lack of publicity methods.

As a result of the absence of a codification, security transfer is often not clearly agreed as such, but must first be determined by interpreting the intentions of the parties. Where immovables are involved, it will be examined whether the collateral serves to secure or to perform another claim. Where company shares are involved, the test will be whether there is a loan or an investment relationship between the parties.

The Chinese legislature's waiver of establishing an express norm also gives rise to significant legal uncertainty as to the creation and enforcement of the security transfer. Some questions in this regard have been addressed by the judicial interpretation on the security system in the Chinese Civil Code. Accordingly, the formal title transfer of the collateral is required to form a security transfer, which is effective against a third party upon completion of the necessary publicity act.

⁹⁶ Anleitender Fall des OVG Nr 53, deutsche Übersetzung von B. J. Groth, ZChinR 2018, 24–30.

⁹⁷ Urteil des OVG v 1. 5. 2017, (2017) Zui Gao Fa Min Shen Nr 1572.

The thereby created security right is accessory to the secured claim. A forfeiture clause, according to which the ownership to the collateral falls to the secured party on the debtor's default, without returning the surplus to the collateral provider, is void. Instead, the secured party bears the duty to account. Yet, there are some unsolved issues, for instance, whether the security provider or the secured creditor is entitled to dispose of the collateral as well as what rights the parties have in the case of foreclosure of the collateral and insolvency of the security provider or the secured party. Consequently, the prerequisites for bona fide acquisition of the collateral are still contentious. The same is true with respect to the rights of a person who holds company shares acquired for security purpose vis-à-vis other ordinary shareholders and creditors of the company. There are no uniform answers to these questions because of the dispute as to whether the collateral should be categorized as a trust property or as a security right.

With the introduction of the functionalism of the security rights embodied by the *Uniform Commercial Code*, the tendency to construe the security transfer as a security right is further strengthened. As the third-party effect of a security transfer requires the performance of a publicity act and a duty to account is imposed on the secured creditor in the case of enforcement of the collateral, the differences between the security transfer and its codified functional equivalents, such as the non-possessory mortgage, are diminished. For this reason, the security transfer in China will possibly never achieve the same dominant position in economic life as in Germany. Where the devices provided by the existing law function well such as factoring and pledge of the warehouse receipt in the area of movables and receivables, the security transfer can only play a marginal role.
