

## V. Zwangsvollstreckung und Insolvenz

1. Wird die Pfandsache von einem anderen Gläubiger des Schuldners (Sicherungsgeber) bei dem besitzenden Pfandgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet, kann der Pfandgläubiger gegen diese Pfändung mit der Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO vorgehen.<sup>96</sup> Der Besitz ist ein die Veräußerung hinderndes Recht i.S. dieser Vorschrift. Wird der Klage des Pfandgläubigers gegen den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger stattgegeben, erklärt das Gericht die Zwangsvollstreckung in diese Sache für unzulässig. Für die Klage ist das Gericht örtlich ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt (§§ 771 I, 802 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Streitwert (§§ 23, 71 GVG).<sup>97</sup>

Der besitzende Pfandgläubiger kann sich aber, statt die Drittwiderspruchsklage zu erheben, damit begnügen, auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der gepfändeten (Pfand-)Sache gem. § 805 ZPO zu klagen. Mit dieser Klage kann er sich zwar nicht den Besitz an der Pfandsache sichern oder wiederverschaffen, er nimmt aber, sobald das Urteil vorläufig vollstreckbar ist, an der Zwangsvollstreckung in diese Sache teil und „ist vor dem Beklagten aus dem Reinerlös zu befriedigen“ (Tenor).<sup>98</sup>

Hat der Pfandgläubiger keinen Besitz an der Pfandsache (wie beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters, Verpächters usw.)<sup>99</sup> oder hat er ihn (beim Pfändungspfandrecht)<sup>100</sup> verloren, so steht ihm gegen den in die Sache vollstreckenden anderen Gläubiger nur die Klage aus § 805 ZPO zur Verfügung. Örtlich ausschließlich zuständig ist dafür das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht (§§ 764 II, 802 ZPO), bei höherem Streitwert das zugehörige Landgericht, § 805 II ZPO.<sup>101</sup>

2. Vollstreckt der Gläubiger wegen der gesicherten persönlichen Forderung in das übrige Vermögen des Schuldners, der gleichzeitig Pfandeigentümer ist, so steht diesem die *exceptio excussionis realis* gem. §§ 777, 766 ZPO zu.<sup>102</sup> Er kann verlangen, dass der Gläubiger sich zunächst durch die Verwertung der Pfandsache befriedigt. Die Möglichkeit, den Gläubiger auf die Pfandsache zu verweisen, dient dem Interesse des Eigentümer-Schuldners, weil er durch die Abwehr der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen eine Übersicherung des Gläubigers auf seine Kosten verhindern kann.<sup>103</sup>

Die Einrede steht deshalb nur dem Schuldner zu, der eine eigene Sache verpfändet hat. Der Schuldner, der nicht zugleich Sicherungsgeber (Eigentümer, Verpfänder) ist, kann diese Einrede nicht erheben. Denn er würde die Lage des Eigentümers sehr verschlechtern, wenn er den Gläubiger zwingen könnte, sich an das Pfand des Eigentümers zu halten.<sup>104</sup>

3. Wird der Eigentümer (Verpfänder) der Pfandsache insolvent, so steht dem Pfandgläubiger gem. § 50 InsO ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus der Pfandsache zu. Sofern der Insolvenzverwalter die Sache in seinem Besitz hat, wird ihm das

<sup>96</sup> Prütting/Weth, JuS 1988, 505 ff.

<sup>97</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO § 771 Rn. 7, § 802 Rn. 1.

<sup>98</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO § 805 Rn. 1, 13; Schmidt, JZ 1987, 892.

<sup>99</sup> S. o. I 4. – Zum Vermieterpfandrecht in der Insolvenz des Mieters s. BGHZ 170, 196.

<sup>100</sup> Vgl. hierzu Kamp, S. 44 ff.

<sup>101</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO § 805 Rn. 13.

<sup>102</sup> Zur Erinnerung gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen wegen bestehender Sicherung, vgl. Kruse, JuS 2013, 415.

<sup>103</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO § 777 Rn. 1 ff. S. o. II 2.

<sup>104</sup> Wunderlich, S. 107.

Verwertungsrecht zugewiesen (§ 166 InsO),<sup>105</sup> ansonsten bleibt es beim Pfandgläubiger (§ 173 InsO). Aus dem Erlös der Sache wird der Pfandgläubiger zunächst wegen seiner Kosten, dann wegen der Zinsen und zuletzt wegen der Kapitalforderung befriedigt (§ 367).<sup>106</sup> Erleidet er bei der abgesonderten Befriedigung einen Ausfall, nimmt er insoweit als Insolvenzgläubiger an der Verteilung der Masse teil, wenn er seine Forderung angemeldet hat.

## § 7. Besondere Pfandrechtsformen

**Literatur:** Siehe allgemeines Literaturverzeichnis und vor § 6.

### Fälle:

Siehe die Hinweise vor § 6.

### I. Nachpfandrecht

Der Verpfänder kann die Pfandsache dadurch weiter verpfänden, dass er dem neuen (zweitrangigen) Pfandgläubiger den mittelbaren Besitz an der Pfandsache überträgt (§ 1205 II). Dies erfolgt gem. § 870 durch Abtretung des (aufschiebend bedingten) Herausgabeanspruchs<sup>1</sup> (§ 1223) aus dem zwischen dem Verpfänder und dem ersten Pfandgläubiger (aufgrund der Verpfändung) bestehenden Besitzmittlungsverhältnisses. Außerdem muss der Verpfänder dem erstrangigen Pfandgläubiger, der im unmittelbaren Besitz der Pfandsache ist, die weitere Verpfändung anzeigen.<sup>2</sup>

**Beispiel:** Zur Sicherung einer Forderung des G gegen S in Höhe von 1.000,- € hat EV dem G einen Brillantring im Wert von 5.000,- € verpfändet. Als ihn S bittet, seinem Gläubiger X zur Sicherung einer Forderung in Höhe von 2.000,- € gegen ihn (S) ebenfalls ein Pfandrecht an dem Ring zu bestellen, erklärt sich EV hierzu bereit.

EV muss dazu seinen Herausgabeanspruch (gem. § 1223) gegen G an X abtreten und dem G die weitere Verpfändung anzeigen (§ 1205 II). Der Ring ist nunmehr mit einem erstrangigen Pfandrecht des G in Höhe von 1.000,- € und einem zweitrangigen des X in Höhe von 2.000,- € belastet.

Der Rang der Pfandrechte bestimmt sich nach der Entstehungszeit: *prior tempore potior iure*. Dies gilt auch für das zur Sicherung einer künftigen oder bedingten Forderung bestellte Pfandrecht (§ 1209). Es ist streitig, ob ein dinglicher Rangtausch durch analoge Anwendung des § 880 zulässig ist. Zulässig ist sicherlich eine schuldrechtliche Vereinbarung, in der sich der vorrangige Pfandgläubiger seinem Nachmann gegenüber verpflichtet, dessen Befriedigung aus der Pfandsache vor seiner eigenen zu dulden.<sup>3</sup> Verwertet der erste oder ein vorrangiger Pfandgläubiger die Pfandsache, tritt die (o. § 6 III 2) näher beschriebene Rechtsfolge des § 1247 ein.

<sup>105</sup> Zum weiteren Verfahren s. §§ 166 ff. InsO und Zeumer, NJW 2007, 2952 (2956).

<sup>106</sup> Der Wortlaut in § 50 InsO stellt keine (andere) Rangfolge dar; so Joneleit/Imberger, in FK-InsO § 50 Rn. 3.

<sup>1</sup> Palandt/Wicke, § 1205 Rn. 5 f.; Soergel/Habersack, § 1205 Rn. 22; vgl. auch Hj. Weber, JuS 1970, 522 (unter 3).

<sup>2</sup> BGH WM 2013, 858 Rn. 33.

<sup>3</sup> MüKoBGB/Damrau § 1209 Rn. 2; Wolff/Raiser, § 172 I; a. A. Wilhelm, JZ 2015, 346.

Will der zweitrangige oder ein anderer nachrangiger Pfandgläubiger die Sache verwerten, ist der die Pfandsache besitzende erste Pfandgläubiger zu ihrer Herausgabe an ihn gem. § 1232 I nicht verpflichtet. Selbst wenn der erstrangige Pfandgläubiger zum Pfandverkauf nicht bereit oder nicht befugt ist, weil seine Forderung noch nicht fällig und die Pfandreife infolgedessen noch nicht eingetreten ist, kann der nachrangige Pfandgläubiger auch nicht die Herausgabe der Pfandsache an sich verlangen, um sie zu verwerten. Er kann nur gem. § 1249 den ersten Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Er erwirbt durch diese Befriedigung (die Forderung des ersten Pfandgläubigers gegen den Schuldner gem. §§ 1249 S. 2, 268 III und) gem. §§ 1250 I, 412, 401 das vorangehende Pfandrecht. Nunmehr muss ihm der alte erstrangige Pfandgläubiger die Pfandsache gem. § 1251 I herausgeben und der alte nachrangige Pfandgläubiger kann sich wegen beider ihm nun zustehender Pfandrechte aus der Pfandsache befriedigen.

Ist der erstrangige Pfandgläubiger bei der Pfandreife nicht im Besitz der Pfandsache, kann er sie vom nachrangigen Pfandgläubiger zum Zwecke der Verwertung herausverlangen. Wenn er die Pfandsache nicht verwerten kann oder will, kann er ihrer Verwertung durch den besitzenden nachrangigen Pfandgläubiger nicht widersprechen. Durch die Verwertung der Pfandsache erlischt auch das Pfandrecht des erstrangigen Pfandgläubigers. Es setzt sich gem. § 1247 S. 2 am Erlös fort.

## II. Nutzungspfandrecht

Das Pfandrecht kann gem. §§ 1213, 1214 in der Weise bestellt werden, dass der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen.<sup>4</sup> Nutzungen sind die Früchte und Vorteile der Pfandsache, die ihr Gebrauch gewährt (§ 100). Wird eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz (also nicht zum Mitbesitz gem. § 1206) übergeben, wird vermutet, dass der Pfandgläubiger zum Fruchtbezug berechtigt sein soll (§ 1213 II). Die vom Pfandgläubiger gezogenen Nutzungen gehören ihm, sind sein Eigentum; sie sind nicht etwa nur mit einem Pfandrecht belastet (Ausnahme von § 1212). Der Reinertrag der Nutzungen wird aber auf die geschuldete Leistung angerechnet (§ 1214 II).

**Beispiel:** Bauer S schuldet Bauer G 1.000,- €. Zur Sicherung dieser Forderung verpfändet Bauer EV dem G eine Kuh.

Fehlt eine ausdrückliche Abrede über die Bestellung eines Nutzungspfandes, greift die Vermutung des § 1213 II ein. G hat die Kuh zu verwahren, zu pflegen und zu füttern; er ist berechtigt, die gewonnene Milch zu verkaufen. Der nach Abzug der Unterhaltungskosten für die Kuh verbleibende Reinertrag aus dem Milchverkauf wird auf die Forderung des G gegen S angerechnet (§ 1214 II). G hat dem EV über den Nutzungsgewinn gem. § 259 Rechenschaft abzulegen (§ 1214 I).

## III. Unregelmäßiges Pfandrecht

Hat der Verpfänder vertretbare Sachen (z. B. Geld oder Wertpapiere, §§ 1292, 1293) mit der Maßgabe „verpfändet“, dass der Pfandgläubiger verpflichtet ist, gleichartige

<sup>4</sup> Zur Herausgabepflicht des Pfandgläubigers, der Nutzungen aus einem (gesetzlichen) Pfand zieht, ohne durch ein Nutzungspfand hierzu berechtigt zu sein, gem. §§ 681 S. 2, 667, vgl. *BGH NJW* 2014, 3570.

Sachen zurückzugewähren, liegt kein Pfandrecht vor, sondern eine Darlehensgewährung. Ein solches unregelmäßiges oder irreguläres Pfandrecht<sup>5</sup> ist stets dann gegeben, wenn der Pfandgläubiger sofort das Eigentum an den „verpfändeten“ Sachen erwerben soll.<sup>6</sup> Erhält dagegen der Pfandgläubiger zunächst nur ein Pfandrecht mit der Ermächtigung, die Pfandsachen in bestimmten Fällen (z. B. bei Kursanstieg) zu veräußern und durch andere zu ersetzen, so liegt ein (reguläres oder regelmäßiges) Pfandrecht mit wechselndem Gegenstand vor.<sup>7</sup> Wenn in diesem Fall eine Vereinbarung darüber fehlt, dass der Pfandgläubiger nach Veräußerung der Pfandsachen zu ihrer Ersetzung durch andere Sachen verpflichtet ist, besteht das Pfandrecht nur bis zur Veräußerung der Pfandsachen.<sup>8</sup>

Wird eine (Bar-)Kautio gestellt, so entscheidet der Parteiwille, ob regelmäßiges oder unregelmäßiges Pfandrecht gewollt ist. Wird das Geld in verschlossenem Umschlag überreicht, ist ein regelmäßiges Pfandrecht anzunehmen. Bei Hingabe von offenem Geld wird der Parteiwille dagegen regelmäßig auf eine irreguläre Pfandbestellung gerichtet sein.<sup>9</sup>

Wenn am Geld ein reguläres Pfandrecht bestellt worden ist,<sup>10</sup> erfolgt die Verwertung dieses Pfandes nicht durch Verkauf und Veräußerung, sondern einfach dadurch, dass sich der Pfandgläubiger nach Eintritt der Pfandreife das Geld aneignet, indem er sich vom Fremdbesitzer zum Eigentümer macht.<sup>11</sup> Da eine Verwertung durch Verkauf nicht erfolgt und infolgedessen der Eigentümer vor einem Schaden nicht geschützt zu werden braucht, ist eine Androhung gem. § 1234 nicht erforderlich. Der Gläubiger kann vielmehr sein Pfandrecht ohne weiteres, sofort nachdem die Forderung fällig geworden ist, ausüben. Dies erfolgt hier nicht wie beim gewöhnlichen Pfand durch Ausübung der im Pfandrecht enthaltenen Veräußerungsbefugnis,<sup>12</sup> sondern durch Abrechnung.<sup>13</sup> In Höhe seiner Forderung erwirbt der Gläubiger Eigentum an dem Geld; im Übrigen ist das Pfandrecht erloschen<sup>14</sup> und der Gläubiger zur Herausgabe an den Eigentümer verpflichtet.

Das Flaschenpfand wird zu Unrecht als irreguläres Geldpfand angesehen.<sup>15</sup> Es ist auch weder ein auflösend bedingter Kauf der Flasche<sup>16</sup> oder ein Kauf mit vertraglicher Rückkaufspflicht des Händlers<sup>17</sup> noch Leihe bzw. Miete<sup>18</sup> oder auch darlehensähnliche Gattungsschuld.<sup>19</sup>

<sup>5</sup> Meyer, S. 1: „pignus irregulare liegt vor, wenn zu Sicherungszwecken vertretbare Sachen mit der Bestimmung übergeben werden, dass sie nicht eadem specie, sondern eadem qualitate et quantitate zurückzugewähren sind.“

<sup>6</sup> Meyer, S. 3; daselbst S. 4 ff. ausf. zur Rechtsnatur des irregulären Pfandrechts und zu seiner Abgrenzung vom Darlehen.

<sup>7</sup> Palandt/Wicke, Überbl v § 1204 Rn. 5; Erman/J. Schmidt, § 1205 Rn. 4.

<sup>8</sup> RGZ 58, 290.

<sup>9</sup> Wolff/Raiser, § 173 I; Meyer, S. 1 f. m. w. Beispielen. Vgl. dazu den praktischen Fall bei Hj. Weber, JuS 1970, 520 ff.; ferner OLG Koblenz BB 1974, 199.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu Engelmann, S. 21 ff.

<sup>11</sup> MüKoBGB/Damrau § 1204 Rn. 9; Wolff/Raiser, § 173 I.

<sup>12</sup> Hierzu s. Hünecke, S. 25.

<sup>13</sup> Engelmann, S. 22.

<sup>14</sup> Engelmann, S. 22 f.

<sup>15</sup> Oertmann, LZ 1918, 479; Palandt/Wicke, Überbl v § 1204 Rn. 7.

<sup>16</sup> OLG Hamburg OLGZ 45, 150. – S. a. – differenzierend – Hellmann, JuS 2001, 353.

<sup>17</sup> Martinek, JuS 1987, 514 ff.; Wieling, § 15 I.

<sup>18</sup> RGZ 159, 65.

<sup>19</sup> BGH NJW 1956, 298; Kollhoser/Bork, BB 1987, 909 (Sicherungsdarlehen).

Der BGH<sup>20</sup> geht davon aus, dass der Eigentümer (Hersteller/Abfüller/Vertreiber) einer individualisierten Mehrwegflasche das Eigentum daran weder durch den Verkauf des Getränks an den Großhandel noch durch den weiteren Vertrieb des Getränks bis zum Endverbraucher verliert. Der Begriff „Pfand“ auf einer individualisierten Getränkeflasche enthalte das Angebot des dort namentlich genannten Getränkeherstellers/Vertreibers, die Flasche gegen Zahlung des Pfandbetrags zurückzunehmen.

Durch den Erwerb von Mehrwegflaschen (und Kasten) erlangt der Kunde (Endverbraucher) aber das Eigentum an Inhalt, Flaschen und Kasten.<sup>21</sup> Der Kunde/Eigentümer macht deshalb, wenn er Flaschen (und Kasten) zu (irgend-) einem Einzelhändler bringt, der mit diesen Flaschen handelt, diesem das Angebot, ihm diese Gegenstände zu verkaufen, wenn er den dafür (zuvor bei diesem oder einem anderen Händler) als Kaufpreis gezahlten „Pfandbetrag“ seinerseits als Kaufpreis erhält. Im Feilhalten des Vollgutes des entsprechenden Herstellers dieser Marke/Sorte/Flaschenart ist eine *invitatio ad offerendum* des Einzelhändlers zu sehen. Das „Flaschenpfand“ hat bei Einheitsflaschen und Individualflaschen dieselben sachenrechtlichen Wirkungen (Eigentumserwerb des Käufers), so dass diese Unterscheidung irrelevant ist.

#### IV. Generalpfandrecht und Gesamtpfandrecht

##### 1. Generalpfandrecht

Aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes können nur einzelne, individuell genau bestimmte bewegliche Sachen verpfändet werden. Wie wir bereits sahen, ist infolgedessen ein Pfandrecht an einer Sachgesamtheit nicht möglich. Damit ist auch ein *Generalpfandrecht* am gesamten beweglichen Vermögen des Verpfänders ausgeschlossen. Infolgedessen kennt das deutsche Recht (im Gegensatz etwa zum österreichischen: vgl. §§ 341 ff. ÖstExekutionsO) keine Pfändung oder Verpfändung von gewerblichen Unternehmungen als solche.<sup>22</sup> Nur § 562 gibt die Möglichkeit, diesen Grundsatz etwas weiter auszulegen. In § 562 I 1 ist bestimmt, dass sich das Vermieterpfandrecht auf die „eingebrachten Sachen“ des Mieters erstreckt. Da der Mieter aber diese Sachen im Verlauf der Mietzeit in ihrer Zusammensetzung verändert, indem er z. B. die alte Couchgarnitur veräußert und eine neue Sitzgruppe kauft, ist damit ein Pfandrecht an einem wechselnden Bestand zugelassen (§ 562a). Diese für das gesetzliche Pfandrecht getroffene Regelung wird auch auf das vertraglich begründete Pfandrecht angewandt. Es wird deshalb als zulässig angesehen, ein Warenlager mit wechselndem Bestand zu verpfänden. Erforderlich ist aber auch hier, dass sich die Übergabe der künftig in das Warenlager aufgenommenen Sachen nach §§ 1204, 1205 vollzieht.<sup>23</sup>

##### 2. Gesamtpfandrecht

Ein Gesamtpfandrecht kann gem. § 1222 für dieselbe Forderung an mehreren Sachen bestellt werden; es haftet dann jede einzelne Sache für die ganze Forderung. Der Gläubiger hat das Wahlrecht, aus welcher Sache er sich befriedigen will.<sup>24</sup> Gibt der

<sup>20</sup> BGHZ 173, 159; BGH NJW 2007, 2912.

<sup>21</sup> Ausführlich dazu J.-A. Weber, NJW 2008, 948 ff.; s. a. Metzger/Schmidt, JA 2011, 254 (Fall).

<sup>22</sup> S. o. § 6 II 3.

<sup>23</sup> Baur/Stürmer, § 55 A I 3b Rn. 5. Ferner s. o. § 6 II 3.

<sup>24</sup> Dabei hat er § 1230 S. 2 zu beachten; vgl. M. Wolf, Dingliche Gesamtrechte, 1965, S. 84 f.

Gesamtpfandgläubiger eine der Pfandsachen frei (§ 1255), besteht in entsprechender Anwendung des § 1175 I 2<sup>25</sup> das Gesamtpfandrecht an den übrigen fort.<sup>26</sup>

## § 8. Die Sicherungsübereignung

**Literatur:** Siehe das allgemeine Literaturverzeichnis und vor § 6; ferner: *Aden*, Menno, Sicherungsübertragung und Vermögensübernahme, MDR 1980, 98 ff.; *Becker-Eberhard*, Ekkehard, Zur Anwendbarkeit des § 419 auf die Sicherungsübereignung, AcP 185, 429 ff.; *Behrens*, Klaus, Die Rückabwicklung der Sicherungsübereignung bei Erledigung und Nichterreichung des Sicherungszwecks, 1990; *Buchholz*, Stephan, Können Sicherungszession und Sicherungsübereignung akzessorisch ausgestaltet werden?, Jura 1990, 300 ff.; *Bülow*, Peter, Übereignung beweglicher Sachen zur Sicherheit, Jura 1987, 509 ff.; *ders.*, Anwendbarkeit von Pfandrechtsbestimmungen auf die Sicherungstreuhand, WM 1985, 373 ff., 405 ff.; *Coing*, Helmut, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973; *Derleder*, Peter, Sicherungsübereignung und Wertausschöpfung, BB 1969, 725 ff.; *Friedrich*, Ruediger, Sicherungseigentum und Gläubigerwechsel, 1970; *Geibel*, Stefan, Die Kollision zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und antizipierter Sicherungsübereignung, WM 2005, 962 ff.; *Geißler*, Markus, Einzelprobleme und Kollisionslagen bei der Verwertung von Sicherungseigentum, KTS 1989, 787 ff.; *Gernhuber*, Joachim, Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, 355 ff.; *Gnam*, Peter, Zusammentreffen von Sicherungsübereignung und Vermieterpfandrecht, NJW 1992, 2806 ff.; *Gurski*, Karl-Heinz, Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Mobiliarsachenrecht, JZ 1984, 604 ff.; *Guski*, Roman, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007; *Hromádka*, Wolfgang, Sicherungsübereignung und Publizität, JuS 1980, 89 ff.; *Huber*, Michael, Sicherungseigentum in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, JuS 2011, 588 ff.; *Koller*, Ingo, Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung, JZ 1985, 1013 ff.; *Lorenz*, Stephan, Die Sicherungsübereignung, JuS 2011, 493 ff.; *Martinek*, Michael, Das Flaschenpfand als Rechtsproblem, JuS 1987, 514 ff.; *Menke*, Thomas, Mehrfache Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand, WM 1997, 405 ff.; *Nicolai*, Andrea, Vermieterpfandrecht und (Raum-)Sicherungsübereignung, JZ 1996, 219 ff.; *Reich*, Norbert, Die Sicherungsübereignung, Sammlung Athenäum Bd. 12, 1970; *ders.*, Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung, AcP 169, 247 ff.; *Reinicke/Tiedtke*, Begründung des Sicherungseigentums, DB 1994, 2173 ff.; *Riggert*, Rainer, Die Raumsicherungsübereignung: Bestellung und Realisierung unter den Bedingungen der Insolvenzordnung, NZI 2000, 241 ff.; *Schreiber*, Klaus, Das Sicherungseigentum und seine Verwertung, JR 1984, 485 ff.; *Schwintowski*, David, Das besitzlose Pfandrecht, 2012; *Vortmann*, Jürgen, Raumsicherungsübereignung und Vermieterpfandrecht, ZIP 1988, 626 ff.; *Westermann*, Harry, Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern, NJW 1956, 1297 f.; *Wiegand*, Nicolas, Die Sicherungsgesellschaft, 2006.

### Fälle:

*Hofmann/John*, JuS 2011, 515; *Kollhosser/Hörst*, JuS 1993, 390; *Metzger/Schmidt*, JA 2011, 254; *Paulus*, Jura 1987, 655; *Thomale*, JuS 2012, 728.

### I. Entwicklung und Zulässigkeit der Sicherungsübereignung

Der Publizitätsgrundsatz verhindert die Bestellung eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache durch die Vereinbarung eines Besitzkonstituts gem. § 868. Die gesetzliche Ausgestaltung des Pfandrechts als Faustpfand<sup>1</sup> zwingt vielmehr den Verpfänder (= Eigentümer), die Pfandsache dem Pfandgläubiger zu übergeben. Damit

<sup>25</sup> Vgl. dazu u. § 12 V.

<sup>26</sup> *M. Wolf*, Dingliche Gesamtrechte, S. 82; *daselbst* S. 83 ff., ausf. zum Gesamtpfandrecht an Sachen.

<sup>1</sup> Kritisch dazu *Schwintowski*, aaO, S. 96 ff., 131 ff.

hat der Gesetzgeber das Bestellen von (verdeckten) Mobiliarhypotheken unmöglich gemacht. Diese schon im römischen Recht bekannten Mobiliarhypotheken bargen insofern eine Gefahr für das Kreditwesen, als der Kreditgeber in den weiter im Besitz des Eigentümers verbliebenen – aber für Dritte nicht erkennbar: belasteten – Sachen eine ausreichende Sicherung für die Gewährung eines Kredits sah. Durch die tatsächliche Sachherrschaft des Sicherungsgebers wird der Anschein erweckt, er sei auch rechtlich uneingeschränkt Verfügungsbefugt.<sup>2</sup>

Gegen diesen Rechtsschein bot erst das Besitzpfandrecht des BGB Schutz. Doch wurde auch diese Lösung bald kritisiert, weil sie den Besitzbürger bevorzuge. Nur dieser ist nämlich in der Lage, eine Sache zu verpfänden, indem er sie aus seinem Besitz weggibt. Der „kleine Mann“ dagegen ist in aller Regel auf seine Sachen dringend angewiesen und kann es sich kaum leisten, sie zur Verpfändung aus der Hand zu geben.<sup>3</sup> Weder kann der Fuhrunternehmer sein einziges Kraftfahrzeug durch Übergabe an seinen Darlehensgeber verpfänden, noch der Schneider sein Stofflager, ohne dass sie nicht dadurch gleichzeitig ihre Existenzgrundlage verlieren. Hier konnte nur ein Sicherungsgeschäft Abhilfe schaffen, das den Schuldner im Besitz der Sache ließ und ihm dadurch ihren Gebrauch und ihre Nutzung ermöglichte.

An die Stelle der Verpfändung trat daher schon früh die Sicherungsübereignung nach § 930. Dabei lässt sich der Kreditgeber (z. B. die Bank) zur Sicherung seiner Darlehensforderung bewegliche Sachen<sup>4</sup> des Kredit- (= Darlehens-)nehmers (Schuldners) unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses zu Eigentum übertragen, so dass der unmittelbare Besitz beim Schuldner verbleibt. Diese Entwicklung hat die Bedeutung des Pfandrechts in erheblichem Umfang herabgesetzt.

Bedenken gegen die Sicherungsübereignung wurden insbesondere deshalb geäußert, weil man in ihr eine Umgehung des Gesetzes sehen kann, das ein Besitzpfand vorschreibt (§ 1205). Doch hat sich die Rechtsprechung alsbald über diese Bedenken hinweggesetzt und in einer langen Reihe von Entscheidungen<sup>5</sup> die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung bestätigt. Aufgrund neuerer Untersuchungen ist es durchaus zweifelhaft geworden, ob sich das Institut der Sicherungsübereignung wirklich „*praeter legem*“ oder gar „*contra legem*“ gewohnheitsrechtlich entwickelt hat.<sup>6</sup> Denn schon aus der Entstehungsgeschichte des BGB<sup>7</sup> kann man entnehmen, dass der Gesetzgeber ein Verbot der Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut nicht beabsichtigt hat. Schließlich sprechen auch zwei Bestimmungen des BGB selbst für die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung.

(1) In § 216 II wird die Möglichkeit, ein Recht zur Sicherung eines Anspruchs zu übertragen, vorausgesetzt. Zwar ist damit nicht ausdrücklich die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut gem. § 930 anerkannt, sie ist aber auch nicht ausdrücklich untersagt worden.<sup>8</sup> Man wird auch nicht sagen können, dass § 216 II in offensichtlichem Widerspruch zu § 1205 steht,<sup>9</sup> denn § 216 II sagt nichts über die Voraussetzungen bzw. die Form der

<sup>2</sup> Frotz, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, 1970, S. 110. Ausf. dazu Hromadka, JuS 1980, 90 ff. – Beachte § 1006.

<sup>3</sup> Frotz, aaO, S. 105.

<sup>4</sup> Zur Sicherungszeession s. u. § 16.

<sup>5</sup> RGZ 52, 394; 57, 177; 59, 147; 62, 130.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu Baur/Stürner, § 56 A II 2 Rn. 4; Hj. Weber, NJW 1976, 1604; Hromadka, JuS 1980, 89 f.

<sup>7</sup> Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB, 1966, S. 163 ff.; Gaul, AcP 168 (1968), 357 ff.

<sup>8</sup> Zur Entstehungsgeschichte vgl. Gaul, AcP 168 (1968), 357 (358 ff.).

<sup>9</sup> So aber Münzel, MDR 1951, 129 ff.

Sicherungsübereignung aus.<sup>10</sup> Die Rechtsprechung hätte daher in den Fällen des § 216 II in analoger Anwendung des § 1205 das Besitzkonstitut für unzulässig erklären können. Dies hat sie, wie gesagt, nicht getan, sondern vielmehr die Sicherungsübereignung als selbstständiges Institut neben dem Fahrnispfandrecht im Wege »gesetzesergänzender Rechtschöpfung«<sup>11</sup> bzw. durch »Gebotsberichtigung«<sup>12</sup> anerkannt.

- (2) In § 449 hat der Gesetzgeber der Wirkung nach ein besitzloses Pfandrecht zugelassen.<sup>13</sup> Beim Verkauf einer beweglichen Sache unter Eigentumsvorbehalt<sup>14</sup> bleibt der Vorbehaltsverkäufer (bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises) Eigentümer und sichert mit dem im Eigentum steckenden Verwertungsrecht seine Kaufpreisforderung. Der Vorbehaltskäufer erhält dagegen den unmittelbaren Besitz der Sache und dadurch die Nutzungsmöglichkeit. Da der Vorbehaltskäufer nach außen als Eigentümer der Sache erscheint, wird durch § 449 das Publizitätsprinzip ebenso durchbrochen wie durch die Sicherungsübereignung.

## II. Begründung und Gegenstand des Sicherungseigentums

Bei der Sicherungsübereignung werden bewegliche Sachen zur Sicherung einer Forderung des Erwerbers der Sachen an diesen übereignet. Wird der Erwerber der Sachen (Sicherungsnehmer, Gläubiger) wegen seiner Forderung gegen den Übereigner der Sachen (Sicherungsgeber, Schuldner) nicht befriedigt, greift er hierzu auf die übereigneten Sachen zurück.

### 1. Begründung

Das Sicherungseigentum wird nach den allgemeinen Vorschriften über die Eigentumsübertragung bestellt. Für die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen wird aber in aller Regel nicht die Übertragung nach § 929 gewählt werden, sondern die Übertragung nach § 930. Denn da dem Sicherungsgeber der Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit der Sache verbleiben soll, wird die Übergabe der Sache durch die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ersetzt. In § 930 wird zwar die Vereinbarung eines konkreten Besitzmittlungsverhältnisses gefordert (vgl. § 868), doch wird heute bereits die in der Sicherungsabrede getroffene Vereinbarung der Sicherungsübereignung als ausreichend für die Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses angesehen.<sup>15</sup> Es bedarf daher nicht der Vereinbarung eines besonderen – von den Parteien im Zweifel gar nicht ernstlich gewollten – Leih-, Miet- oder Verwahrungsverhältnisses, sondern der Sicherungsvertrag selbst stellt ein vollgültiges Besitzmittlungsverhältnis i. S. d. § 868 dar; aus ihm erlangt der Sicherungsgeber die Berechtigung, die Sache weiter zu behalten und zu nutzen; er ist aber ebenfalls aufgrund des Sicherungsvertrags verpflichtet, die Sache für den Sicherungseigentümer (Gläubiger) zu erhalten und ihm zur Verwertung herauszugeben.<sup>16</sup>

**Formular-Beispiel:** „Die Vertragsparteien einigen sich dahin, dass das Eigentum an den Sachen mit Abschluss des Vertrages auf die Bank übergeht.

Die Übergabe wird dadurch ersetzt, dass die Bank dem Sicherungsgeber die übereigneten Sachen leihweise belässt und ihm die Weiterbenutzung gestattet. Die Bank kann

<sup>10</sup> Wolff/Raiser, § 179 II 2 Fn. 7. Ferner s. *Schuch* (vor § 6), S. 86 ff.

<sup>11</sup> *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II 2, 1952, S. 142 f.

<sup>12</sup> Wolff/Raiser, § 179 II 2 Fn. 9.

<sup>13</sup> Hierzu s. *Baur/Stürner*, § 56 A II Rn. 4.

<sup>14</sup> Zum Verhältnis von Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung s. *Lange*, NJW 1950, 565 ff.; ferner u. § 9 I Fn. 4.

<sup>15</sup> *Reich*, S. 26; *Baur/Stürner*, § 57 B II 1a Rn. 9; *Westermann*, § 41 II 2b. – *Wiegand*, aaO meint, durch die Sicherungsabrede begründeten die Parteien eine BGB-Gesellschaft.

<sup>16</sup> *MüKoBGB/Oechsler*, Anh. §§ 929–936 Rn. 15.