

Nachträge zur Entscheidung BGHZ 117, 200 (Kollision zwischen Sicherungsübereignung an einem revolvingierenden Warenlager und Vermieterpfandrecht)

1. Kann ein Vermieterpfandrecht auch an einem AnwR entstehen?

Ja. Siehe hierzu BGH NJW 1965, 1475 erster Ls.: „Das Vermieterpfandrecht erstreckt sich auch auf das Anwartschaftsrecht des Mieters auf Erwerb des Eigentums an eingebrachten Sachen, die unter Eigentumsvorbehalt erworben sind (Ergänzung von BGHZ 35, 85 = NJW 61, 1349)“. – Ich nehme an, dass der BGH dies in BGHZ 117, 200 nicht diskutiert hat, weil es dem Vermieter nur für diejenigen Sachen geholfen hätte, die sich schon Abschluss des Sicherungsvertrags und SiÜ im Warenlager befunden hatten.

2. Wie könnte der Vermieter ein solches Vermieterpfandrecht am AnwR verwerten?

Anwendbar sind m.E. §§ 1273 ff. BGB. Nach kursorischer(!) Durchsicht der Kommentarliteratur erfolgt die Verwertung des AnwR nicht durch Pfandverkauf, sondern gründet auf § 1277 BGB. Der Vermieter braucht also einen Titel, der sodann vollstreckt werden muss (d.h. er kann die eingebrachte Sache nicht einfach freihändig verkaufen). Umstritten ist, wie diese Vollstreckung zu erfolgen hat. Hierbei handelt es sich um Fragen, die dem Zwangsvollstreckungsrecht (ZPO II) unterfallen; aus Zeitgründen diskutiere diese hier nicht (s. aber Kommentierung von Westermann unten). Das Problem besteht – wie auch heute schon diskutiert – darin, dass eine Versteigerung des Vorbehaltsgutes einen Eingriff in das Eigentumsrecht des VVK bedeutete, die wirtschaftliche Verwertung des schlichten AnwR aber wohl meist sinnlos ist, es sei denn, der Vermieter zahlt den Kaufpreis an den VVK, damit dieser die Verwertung nicht behindert. Damit ist dem Vermieter aber nicht geholfen. Dies zeigt i.Erg., dass das Vermieterpfandrecht am AnwR wirtschaftlich (meist) wirtschaftlich wertlos ist.

Vgl. dazu BeckOGK/Westermann (2019), § 449 BGB Rn 61 f., 64: „Die Pfändung des Anwartschaftsrechts ist nach allgM möglich, jedoch blieb trotz einer seit langem feststehenden Rspr. streitig, ob nach den Regeln über die Sachpfändung (§§ 808 f. ZPO), die Pfändung eines Rechts (§ 829 ZPO) oder eines „anderen Vermögensrechts“ (§ 857 ZPO) zu verfahren ist. Die hL, die eine **Doppelpfändung** der Sache nach den Regeln über die Sachpfändung und der Anwartschaft als Recht verlangt,²²⁰ beruht auf der Erwägung, dass die gewöhnliche Sachpfändung durch Anlagen eines Pfandsiegels vor allem wegen der Gefahr anschließender Verwertung den Widerspruch des Vorbehaltsverkäufers hervorrufen muss. Deshalb erfolgt noch eine Rechtspfändung, bei der der Vorbehaltsverkäufer im Hinblick auf seine fortbestehenden Unterlassungs- und Verhaltenspflichten (→ Rn. 25) als Drittschuldner behandelt wird.²²¹ Diese Pfändung führt nicht zu einer Verwertung der Sache (zur Verwertung des Rechts → Rn. 62), aber sie verhindert, dass der Käufer durch Widerspruch gegen eine auf Gläubigerseite erwogene Zahlung an den Verkäufer (§ 267 Abs. 2) den Bedingungseintritt hintertreibt. Eine Weigerung des Verkäufers, den Restkaufpreis anzunehmen, fiele unter § 162.²²² Wichtiger ist noch, dass das Pfandrecht an der Anwartschaft sich nicht automatisch am Vollrecht fortsetzt, welches entsteht, wenn der Käufer durch Bedingungseintritt Eigentümer wird, denn das Pfandrecht wäre in keiner Weise offengelegt. Daher soll durch die Sachpfändung und die mit ihr bewirkte öffentlich-rechtliche Verstrickung gesichert werden, dass die Sache bei Bedingungseintritt gewissermaßen in das Pfandrecht „hineinwächst“. Die Reihenfolge der Pfändungsrechte ist für das schließliche Entstehen eines Pfandrechts an der Sache unwichtig,²²³ so dass es in der Praxis ausreicht, die Rechtspfändung auszubringen, wenn der betreibende Gläubiger bei der Sachpfändung vom Bestehen eines Eigentumsvorbehalts erfahren hat.

Da im rechtlichen Ausgangspunkt eine Rechtspfändung zugrunde liegt, die durch die Sachpfändung nur zum Zweck des Pfandrechterswerbs bei Bedingungseintritt unterstützt wird, muss auch eine **Verwertung des gepfändeten Anwartschaftsrechts** stattfinden können,²²⁴ die allerdings wirtschaftlich unergiebig sein wird. Sie kann nur nach § 857 Abs. 5 ZPO geschehen, da das

Anwartschaftsrecht übertragbar ist. Der Erwerber der Anwartschaft erwirbt bei Bedingungseintritt das Eigentum; zwischenzeitliche Pfändungen der Sache schaffen, da die Sache nicht im Eigentum des Vollstreckungsschuldners steht, kein Pfändungspfandrecht, sondern nur die Verstrickung. Deshalb kann der Erwerber der Anwartschaft dagegen vorgehen wie sonst der Anwärter gegen eine Sachpfändung (→ Rn. 41). Mehrere Pfändungen der Anwartschaft begründen ein Rangverhältnis nach Maßgabe zeitlicher Priorität. (...) Ein Mangel aller Konstruktionen liegt darin, dass sie dem betreibenden Gläubiger den an sich rechtswidrigen Vollstreckungszugriff in eine schuldnerfremde Sache ansinnen und auch nicht verhindern können, dass der Eigentümer durch ein Vorgehen gemäß § 771 ZPO die Verstrickung beseitigt oder den betreibenden Gläubiger zur Zahlung des Restkaufpreises nötigt. Schließlich ist die rangsichernde Kraft der Pfändung schuldnerfremder Sachen schwer einzusehen. (...)“.

3. Wie ist die antizipierte Sicherungsübereignung zu konstruieren?

- **Antizipierte dingliche Einigung*** zwischen SiN (zB Bank) und SiG (meist Darlehensnehmer) über den Übergang eines zukünftigen Eigentumsrechts (wirksam in dem Moment, in dem sich SiN und SiG einigen, auch wenn noch kein Eigentum besteht, weil man die antizipierte Einigung aufgrund der wirtschaftlichen Bedürfnisse anerkennt; verneint man dies mit dem Argument, dass man nur das übertragen kann, was man auch innehat, wäre die Einigung unwirksam und könnte erst geschlossen werden, wenn ein Eigentumsrecht besteht)
- Übergabesurrogat: **Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts*** (zB Verwahrungsvertrag für künftige einzulagernde Sachen, die der SiG erwerben wird) (wirksam im Moment der Vereinbarung; konsequente Fortführung der Anerkennung der antizipierten Einigung, s. oben)

Beachte zum Erfordernis des konkreten BMV Baur/Stürmer, SachenR (2009) § 51 Rn 22: „§ 868 verlangt die Vereinbarung eines bestimmten Besitzmittlungsverhältnisses. Diesem Erfordernis kann auch in der Praxis ohne weiteres genügt werden, wenn die Position, die der Veräußerer bezüglich der Sache künftig haben soll, sich in einem bestimmten Nutzungs- oder Sicherungstyp (z. B. als Nießbraucher oder Pfandgläubiger) festlegen läßt. Anders aber ist die Lage bei der Sicherungsübereignung, wo der Sicherungsgeber die Sache nach wie vor „wie ein Eigentümer“ nutzen will und das Eigentum des Erwerbers erst zum Vorschein kommen soll, wenn es „ernst wird“, wenn also der Sicherungsgeber seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, insbes. insolvent wird oder die Sache von anderen Gläubigern gepfändet wird. Auch hier genügt die bloße Erklärung, daß der Sicherungsgeber die Sache künftig für den Erwerber besitzen wolle (abstraktes Konstitut), nicht.[1] Ausreichend ist aber der Sicherungsvertrag, sofern darin bestimmte Rechte und Pflichten der Parteien hinsichtlich des Sicherungsguts festgelegt sind (s. oben § 7 Rn. 47 f.; unten § 57 Rn. 9). Die Festlegung kann inzwischen wohl auch durch allgemeine Bezugnahme auf das Institut der Sicherungsübereignung geschehen („Übereignung zur Sicherheit“). Die notwendigen Mindestrechte und -pflichten der Parteien ergeben sich in diesem Fall aus der umfangreichen Rechtsprechung und der Verkehrssitte, es handelt sich um eine am Sicherungszweck orientierte konkrete schuldrechtliche Vereinbarung und um keine abstrakte Vereinbarung allein über Besitzausübung.“

- **Einigsein** bei Vereinbarung des antizipierten Besitzkonstituts
- **Berechtigung des SiG**

Bedenken: Im Moment der antizipierten Einigung ist der SiG noch nicht Eigentümer; er ist also insoweit noch nicht Berechtigter. Erst im Moment des Eigentümererwerbs erwirbt der SiG Eigentum und kann mithin ab diesem Zeitpunkt Berechtigter sein.

← Würde man aber auf diesen späteren Moment abstellen, ginge die Konstruktion / Anerkennung einer antizipierten Einigung und eines antizipierten Besitzkonstituts ins Leere. M.E. gibt es nun zwei Auswege: Entweder nimmt an, dass der SiG im Moment der Einigung als Nichtberechtigter verfügt und die SiÜ aber nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB (analog?) in dem Moment wirksam wird, in dem der SiG das Eigentum erwirbt (Folge: Durchgangserwerb beim SiG). Oder aber man antizipiert auch die Berechtigung und kommt so zu einem Direkterwerb beim SiN (dies entspricht aber heute nicht mehr der hM; nach heute hM: Durchgangserwerb).

***Hier ist gleichermaßen wichtig, dass die Parteien den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz wahren.**

Ergänzend siehe Baur/Stürner SachenR (2009), § 51 Rn 31 f.

31 Hauptanwendungsfall dieser Rechtsfigur ist die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand.

Beispiel:

S hat dem G (= seiner Bank) sein in bestimmten Räumen untergebrachtes Warenlager zur Sicherheit für einen eingeräumten Kontokorrentkredit übereignet. Weder dem S noch dem G wäre damit gedient, wenn dieses Warenlager nun „einfriert“. S muß verkaufen, damit er seine Schuld nach und nach abdecken kann; dazu hat ihn G auch ermächtigt (§ 185), sofern der Verkauf „im normalen Geschäftsgang“ erfolgt. Beide Parteien wollen aber, daß die „neu auf Lager gekommenen Gegenstände“ als Sicherheit dienen. Eine gesetzliche Surrogation,^[2] die zweckmäßig wäre, ist nicht vorgesehen.

Für solche Fälle wurde die Übereignung durch vorweggenommenes Konstitut entwickelt.

Dabei sind zweierlei antezipiert:

a) die Einigung; wir wissen, daß sie vor der Übergabe liegen kann und bestehen bleibt, wenn sie nicht widerrufen wird;

b) die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses: die Parteien sind sich jetzt schon darüber einig, daß der Sicherungsgeber die von ihm neu erworbenen Gegenstände für den Sicherungsnehmer verwahren soll.

Diese Rechtsfigur wird heute allgemein für zulässig gehalten. Streitig und zweifelhaft ist nur, ob eine Kenntlichmachung dieses Vorgangs (etwa durch Übersendung von Rechnungsdurchschlägen über die neu angeschafften Waren an den Sicherungsnehmer) erforderlich ist.

Das RG (vgl. etwa RGZ 73, [415](#), [418](#); 140, [223](#), [231](#)) hatte eine „nach außen erkennbare Ausführungshandlung“ gefordert (ähnlich BGHZ 21, [52](#); BGH MDR 1958, [509](#); NJW 1986, [1986](#), [1987](#); [1991](#), 2144, 2146; 1996, 2654, 2655; 2000, 2898) und dies damit begründet, daß „an dem Erfordernis der Erkennbarkeit des Eigentumsübergangs grundsätzlich festzuhalten“ sei (RGZ 140, [231](#)).

Die Begründung, daß der Eigentumsübergang nach außen erkennbar sein müsse, kann nicht überzeugen. Denn es ist gerade die Eigenart der Surrogatbestände der §§ 929 Satz 2 bis 931, daß sie nach außen *nicht* sichtbar werden, sondern sich durch Vereinbarungen der Parteien vollziehen. Ein „Erkennbarmachen“ kann daher nur durch den *Bestimmtheitsgrundsatz* gefordert werden; es muß feststehen, welche künftig vom Sicherungsgeber erworbenen Gegenstände von der antezipierten Übereignung erfaßt werden.^[3]

Davon ist die weitere Frage zu unterscheiden, ob der Sicherungsgeber (S) noch in dem Augenblick, wo er den unmittelbaren Besitz an der Ware von dem Lieferanten erhält, den Willen haben muß, Besitzmittler des Erwerbers zu sein. Die h. M. (vgl. Staudinger/Wiegand § 930 Rn. [33](#); OLG Düsseldorf ZMR 1999, [474](#)) bejaht diese Frage, wohl zu Recht, weil die Konstruktion des Besitzmittlungsverhältnisses auf den Willen des Besitzmittlers abstellt (gegen die h. M. *Lempenau*, Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, 1968, S. 53 ff.).

32 Der Erwerb des Sicherungsnehmers – wir nehmen diesen Hauptanwendungsfall des antezipierten Konstituts stellvertretend für alle – vollzieht sich auf dem Weg über den Erwerb des Sicherungsgebers; dieser ist – wenn auch nur eine „logische Sekunde“ lang – Eigentümer geworden, sog. „Durchgangserwerb“. Dies kann dazu führen, daß die zur Sicherheit übereignete Sache mit einem Pfandrecht belastet in das Eigentum des Sicherungsnehmers gelangt:

S hat sein „gegenwärtiges und künftiges“ Warenlager, das sich in bestimmten Räumen befindet, seinem Gläubiger G zur Sicherheit übereignet. Nach einem halben Jahr ist der ursprüngliche Bestand des

Warenlagers völlig ausgewechselt. Ist das im Eigentum des G stehende Lager mit einem Vermieterpfandrecht (§§ 562 ff.) zugunsten des Hauseigentümers E belastet, wenn S mit seinen Mietzinsraten in Verzug ist? Die Frage ist zu bejahen: denn *zunächst* war S Eigentümer geworden.

Prüfungslauf (teils gutachterlich ausformuliert)

Vermieter → Mieter auf Herausgabe des Sicherungsgutes zum Pfandverkauf aus §§ 1257, 1228 ff., 1231 S. 1 BGB

Obersatz / denkbare Hinleitung: „Damit V von M die Herausgabe verlangen kann, muss nach § 562 BGB ein Vermieterpfandrecht an den herauszugebenden Sachen entstanden sein.“

(...) Fraglich ist, ob es sich bei den eingebrachten Sachen um Sachen des Mieters gehandelt hat. Sachen des Mieters sind grundsätzlich solche, die in seinem Eigentum stehen. An den unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Sachen, die sich vor einer denkbaren Sicherungsübereignung an die Bank im Warenlager befanden, hat der Mieter jedenfalls ein Anwartschaftsrecht. Ob dies auch für die nach der denkbaren Sicherungsübereignung an die Bank der Fall ist (zukünftige Waren), kann hier zunächst offenbleiben. (...)“.

- Vermieterpfandrecht an AnwR (+), aber nur bzgl. der bereits dort eingelagerten Waren. Insoweit greift der Prioritätsgrundsatz. Die SiÜ an die Bank fand nach der Einlagerung statt. Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb der AnwRe der Bank nach § 936 Abs. 1 BGB analog scheitert an § 936 Abs. 1 S. 3 BGB.
- **(P)** Hat der Mieter auch an zukünftig einzulagernden Waren ein AnwR erworben? Dies ist nur dann der Fall, wenn er das AnwR zumindest für eine juristische Sekunde erworben hätte, bevor er das AnwR an die Bank sicherungshalber nach §§ 929 S. 1, 930 BGB analog übertragen hätte, also ein sog. Durchgangserwerb stattgefunden hätte. Ob ein Durchgangserwerb stattfindet, hängt davon ab, ob erstens die antizipierte SiÜ an die Bank überhaupt wirksam ist (→ hier kann man Anforderungen an Bestimmtheit einflechten) und zweitens eine solche SiÜ im Direkt- oder Durchgangserwerb erfolgt.