

Andreas Wacke

Kritik an der „Unverjährbarkeit“ dinglich gesicherter Ansprüche (§ 216 Abs. 2 BGB n. F.)*

Für ein Erlöschen von Eigentumsvorbehalt und Grundpfand
nach verjährter Forderung

Übersicht: I. Die Verjährbarkeit aller Ansprüche als eherner Grundsatz. – II. Die analoge Anwendung des § 223 Abs. 2 a. F. auf den Eigentumsvorbehalt. – III. Die unannehmbaren Konsequenzen der Neuregelung in § 216 Abs. 2 Satz 2 BGB. – IV. „Versatz verjähret nicht“: rechtsvergleichender Überblick. – V. Interpretation. – VI. Wirkungen. – VII. Parallelvorschriften. – VIII. Der legitime Anwendungsbereich des § 223 Abs. 1 BGB a. F. – IX. Die Desavouierung der *ratio legis* durch § 223 Abs. 2 BGB a. F. bei der Sicherungsübereignung. – X. Die Haltlosigkeit der analogen Anwendung des bisherigen § 223 Abs. 2 BGB auf den Eigentumsvorbehalt. – XI. Verjährungsaufschub auch für eingetragene Grundpfandrechte? – XII. Zusammenfassung. – XIII. Formulierungsvorschläge.

I. Die Verjährbarkeit aller Ansprüche als eherner Grundsatz

„Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden.“ Diese Vorschrift des § 225 Satz 1 BGB a. F. war ein tradiertes, auch im [76] Ausland anerkannter¹ eherner Kernsatz des Verjährungsrechts.² An dieser

* Aus: *Martin Schöpflin* u. a. (Hrsgg.), *Von der Sache zum Recht*. Festschrift für Volker Beuthien zum 75. Geburtstag (München, C. H. – Die folgende Kritik am Reformvorhaben des Verjährungsrechts war dem federführenden Referenten *Schmidt-Räntsch* rechtzeitig vor der Beschlussfassung über das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz durch den Bundestag druckfertig zugeleitet worden. Entgegen seiner Zusage wurden sie bei den Beratungen aber nicht mehr berücksichtigt. Die Inkraftsetzung der Reform war anscheinend schon beschlossene Sache, ehe sich der Bundestag damit formell befasste. Dabei hätte ein Federstrich (Streichung des jetzigen § 216 Abs. 2 S. 2 BGB) meinem Anliegen Rechnung getragen. Die Hektik des Gesetzgebungsverfahrens wurde allgemein kritisiert. Angesichts des bevorstehenden Inkrafttretens wurde mein Manuskript von der Zeitschrift, für die es bestimmt war, nicht mehr zum Druck angenommen. Eine Kommentierung des neuen Rechts erschien der Redaktion wichtiger als rechtspolitische Kritik daran. Die Festschrift für meinen ehemaligen Tübinger Konhabilitanden und Freund *Volker Beuthien* erscheint mir nun für eine Veröffentlichung in überarbeiteter Form als ein passender Ort. Einer Devise des Jubilars entsprechend lautet ihr Generaltitel „Von der Sache zum Recht“. Konkrete Anschauung von der sachlichen Thematik ist die Voraussetzung für gerechtes Urteilen. Über die praktisch unannehmbaren Folgen der analogen Anwendung des § 223 Abs. 2 BGB a. F. auf den Eigentumsvorbehalt hatten die BGH-Richter aber seinerzeit keine klaren Vorstellungen. Aus der zwischenzeitlich erschienenen Literatur ist hervorzuheben *Chr. Schuch*, *Der Einfluß der Forderungsverjährung auf dingliche Sicherungsrechte*, 2001.

¹ Vgl. österr. ABGB § 1502: „Der Verjährung kann weder im voraus entsagt, noch kann eine längere Verjährungsfrist als die gesetzlich bestimmte bedungen werden“. Einen vorherigen Verzicht erklären übereinstimmend für unzulässig franz. Code civil Art. 2220, ital. Codice civile Art. 2937 Abs. 2. Rechtsvergleichender Überblick (im Kern noch nicht überholt) bei *Steuerwald*, Art. Verjährung, in *Schlegelbergers* Rechtsvergl. Handwb. VII (1939) 138 ff., 142 f. Abreden zwecks Erleichterung des Verjährungseintritts galten in Übereinstimmung mit § 225 Satz 2 BGB a. F. allgemein als zulässig. Strenger im Wortlaut Schweizer OR Art. 129.

² Als gelungene Bestimmung begrüßten sie *F. Peters/ R. Zimmermann*, Verjährungsfristen, in: *BMJ* (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I* (1981) 77 ff., 267, unter Hinweis auf die bei *K. Spiro*, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs- etc. Fristen I* (Bern 1975) 845 ff. ausführlich dargestellt, im wesentlichen übereinstimmende internationale Rechtslage.

Bestimmung des *ius cogens* hätte nicht gerüttelt werden sollen.³ Jede Hinausschiebung des Verjährungseintritts durch von vornherein vereinbarte Fristverlängerung, jede Erschwerung mittels Hinzufügung zusätzlicher Voraussetzungen ist im Interesse der Rechtssicherheit der Parteidisposition entzogen. Kein Gläubiger kann sich schon bei Vertragsabschluss von seiner Last dispensieren, seine Ansprüche innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Verjährungszeit durchzusetzen. Großgläubiger hätten den Vorteil davon, wenn sie derartige Konditionen ihren Schuldnern aufzwingen könnten. Der heilsame Effekt der Verjährung, alle Gläubiger zur schleunigen Eintreibung ihrer Außenstände zu drängen, darf nicht durchlöchert werden. Niemand kann sich ausbedingen, bei der Verfolgung eigener Ansprüche nachlässiger verfahren zu dürfen als ihm das Gesetz es gestattet. Jeder Schuldner muss vor allem das Recht haben, nach Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Verjährungszeit gefahrlos seine Beweismittel über die von ihm erbrachten Tilgungen zu vernichten. Diese Beweismittel auf ewig aufzubewahren, ist zumal in unserer heutigen schnelllebigen Zeit niemandem zuzumuten. Wer behauptete Ansprüche sehr spät anmeldet, hat die Vermutung des Rechts gegen sich.⁴

„Die Verjährung läuft gegen alle Personen, falls nicht das Gesetz eine Ausnahme zulässt“: Diese Bestimmung des Art. 221 Code civil⁵ gilt gleichermaßen wohl in [77] allen Rechtsordnungen. Die Unverjährbarkeit gewisser Ansprüche muss auf verschwindende Ausnahmefälle beschränkt bleiben und durch dort vorliegende

³ Die jetzige Zulässigkeit verjährungsverlängernder Abreden gemäß § 202 Abs. 2 BGB n. F. ist ein Bruch mit der durch die Rechtsvergleichung bestätigten Tradition und dient nicht der Rechtssicherheit. *De lege ferenda* wurde dies von *Mansel* (u. Fn. 4) 401 f. nicht beanstandet. Dagegen mit Recht kritischer *P. Bydlinski*, Die geplante Modernisierung des Verjährungsrechts, in *R. Schulze/ H. Schulte-Nölke*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001) 383 ff., 398. Positiver, aber kaum überzeugend urteilt *Eidenmüller*, Ökonomik der Verjährungsregeln, ebenda 405 ff., 407. Die bisherige einleuchtende Regelung, dass zwar lange Verjährungsfristen abgekürzt, aber nur kurze gewährleistungsrechtliche Fristen verlängert werden dürfen, war wesentlich klarer. Anstoß erregen bei Vertragsabschluss *vorweggenommene* Fristverlängerungen. Ihr Unterschied zu unzweifelhaft zulässigen *späteren* verjährungshemmenden Vereinbarungen sollte stärker beachtet werden. Zum Verzicht auf die laufende Verjährung ausführlich *Spiro*, Festschrift K. H. Neumayer (1985) 543 ff. Zur Frage der Dispositivität auch *H. Oetker*, Die Verjährung (1994) 65 ff. Im gemeinen Recht hielt man die Verjährung als zum *ius publicum* gehörig grundsätzlich für unabdingbar (vgl. Dig. 2,14,38): *Savigny*, System V (1841) 411 ff., *Heimbach* (u. Fn. 26) 669.

⁴ Zu den Zwecken der Verjährung – insbesondere Schutz von Nichtschuldern und Herbeiführung von Rechtsfrieden (*finis litium*) – statt aller eingehend *H. P. Mansel*, Die Reform des Verjährungsrechts, in *W. Ernst/ R. Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001) 333, 342 ff., mit reichen Nachweisen. Rechtsvergleichend bes. *Zimmermann*, JZ 2000, 853 ff.

⁵ „La prescription court contre toutes personnes, à moins qu’elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.“ Nicht rezipiert wurde die Unverjährbarkeit von Ansprüchen des Staates oder der Kirchen nach dem älteren Sprichwort „Ein Gotteshaus verliert in hundert Jahren nichts“; *Foth* (u. Fn. 23) 34 ff. In England ist die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus gesiegelten Urkunden längst beseitigt. Gegen die von *Peters/ Zimmermann* einst vorgeschlagene Unverjährbarkeit dinglicher Ansprüche *Heinrichs*, NJW 1982, 2021 ff., 2025.

besondere Umstände einleuchtend gerechtfertigt sein. Ausnahmsweise unverjährbar sind dementsprechend beispielsweise Ansprüche aus familienrechtlichen Verhältnissen (§ 194 Abs. 2 BGB), solche auf Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 758), auf Grundbuchberichtigung (§ 898)⁶ und aus eingetragenen Rechten (§ 902 BGB).⁷

II. Die analoge Anwendung des § 223 Abs. 2 BGB a. F. auf den Eigentumsvorbehalt

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Verjährbarkeit enthielt für dinglich gesicherte Ansprüche § 223 BGB a. F., heute gleichlautend § 216 BGB. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift kann sich ein durch Hypothek oder Pfandrecht gesicherter Gläubiger trotz der Verjährung seines Anspruchs aus dem belasteten Grundstück bzw. aus der verpfändeten Sache befriedigen. Nach Absatz 2 kann ein Sicherungsgeber trotz der Verjährung des gegen ihn gerichteten Anspruchs nicht die Rückübertragung seines ursprünglich zu dessen Sicherung übertragenen Rechts verlangen. Der Gläubiger kann sich folglich auch dann (wie bei Absatz 1) aus dem übertragenen Gegenstand befriedigen.

Die Vorschrift des § 223 Abs. 2 BGB wandten der BGH und die herrschende Lehre auf den Eigentumsvorbehalt analog an.⁸ Die Analogie sollte sogar gelten bei einem unter das Verbraucherkreditgesetz fallenden Abzahlungskauf.⁹ Begründet wurde die analoge Anwendung vor allem mit der wirtschaftlichen Funktionsgleichheit von Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung. Außerdem sei es wenig sinnvoll, wenn nach der Verjährung des Kaufpreisanspruchs das Eigentum des Verkäufers und der Besitz des Käufers dauernd auseinanderfielen.

Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wurde diese ständige Rechtsprechung – ungeachtet der gegen sie vorgebrachten schwerwiegenden Kritik¹⁰ – in § 216 BGB n. F. kodifiziert. An den bisherigen § 223 Absatz 2 BGB wurde nach dem [78]

⁶ Für eine Verjährung des Berichtigungsanspruchs mit Verjährung des Herausgabeanspruchs allerdings (unter korrigierender Auslegung des § 898 BGB) *Th. Finkenauer*, Eigentum und Zeitablauf: das dominium sine re (2000) 95 ff. mit beachtlichen Gründen.

⁷ Weitere Fälle bei *Staudinger/Peters* (13. Aufl. 1995) § 195 BGB Rz. 63.

⁸ BGHZ 34, 191; 54, 214; 70, 96; aus dem reichen Schrifttum namentlich *H. Dilcher*, JuS 1979, 331 ff.; ausführlich *F. van Look/U. Stoltenberg*, WM 1980, 661 ff., mit umfassenden Belegen.

⁹ Noch unter der Geltung des Abzahlungsgesetzes entschieden von BGH, JZ 1979, 724; dagegen mit Recht der Besprechungsaufsatz von *F. Peters*, JZ 1980, 178 ff.

¹⁰ *J. Blomeyer*, JZ 1968, 691, 695; *ders.*, JZ 1971, 186, 187; *H. Lange*, JuS 1971, 511 515; *Peters*, JZ 1980, 178 ff.; *Peters/Zimmermann* 265 f.; *Staudinger/Peters* § 223 Rz. 9; *Wieling* (u. Fn. 17).

übereinstimmenden Formulierungsvorschlag diverser Entwürfe¹¹ der Satz 2 angefügt: „Ist das Eigentum vorbehalten, so kann der Rücktritt vom Vertrag auch erfolgen, wenn der gesicherte Anspruch verjährt ist.“

Ein solches Privileg für den Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt führt jedoch zu rechtspolitisch untragbaren Konsequenzen, die dem Sinn und Zweck der Verjährung zuwiderlaufen (unten III). Dogmatisch lässt sich nicht begründen, wie das Recht des Käufers zum Besitz der Kaufsache mit der Verjährung des Kaufpreisanspruchs beseitigt werden soll: Der Käufer kann wegen des ihm zustehenden Leistungsverweigerungsrechts (§ 222 a. F., § 214 n. F. BGB) nicht mehr in Verzug geraten;¹² der Verkäufer kann folglich auch nicht mehr zurücktreten. Auch bei einer etwaigen Übertragung des vorbehaltenen Eigentums auf einen Dritten gemäß § 931 BGB schützt gegen dessen Herausgabeanspruch den Käufer gemäß §§ 986 Abs. 2, 404 sein Recht zum Besitz.¹³

Eine Rückbesinnung auf die *ratio legis* des § 223 Abs. 1 BGB a. F. führt zu dem Ergebnis, dass eine Ausnahme von der Verjährung von dinglich gesicherten Ansprüchen nur gerechtfertigt ist, *wenn der Gläubiger das Sicherungsobjekt in Besitz hat*. Diese notwendige Einschränkung ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und aus der in der aktuellen Diskussion insoweit bislang außer Acht gelassenen vgl. (u. Fn. 31) Rechtsvergleichung: Preußens Allgemeines Landrecht hatte dies so aus dem spätrömischen Recht rezipiert. Dieselbe Einschränkung gilt in Österreich, in der Schweiz und in Frankreich (unten IV 2). Nur auf mit Besitzübergabe verbundene Rechtsübertragungen ist auch die – im BGB redaktionell missglückte – Vorschrift des § 223 Abs. 2 a. F. einzuschränken (unten IX). In Österreich wendet die herrschende Lehre die unserem § 223 Abs. 1 a. F. BGB entsprechende Schwestervorschrift des

¹¹ Im Diskussionsentwurf des BMJ § 215, in der konsolidierten Fassung § 219, im Gesetzesentwurf der Bundesregierung § 216, gleichlautend jeweils Absatz 2 Satz 2. Abgedruckt auch bei *Staudinger/Peters* S. 352. Vgl. *B. Dauner-Lieb/ A. Arnold* u. a., Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des DiskE zur Schuldrechtsmodernisierung (www.dauner-lieb.de, 2001) zu § 219. Dass der Rücktritt „erfolgen kann“, ist zumindest schlechtes Deutsch; der Rücktritt wird *erklärt*.

¹² Dazu vgl. neuestens *P. Gröschler*, AcP 201 (2001) 48 ff., 62 ff.

¹³ *Finkenauer* (o. Fn. 6) 161 ff. Selbst wenn die verbreitete Lehre zutreffen sollte, dass bei der sogenannten Vindikationszession der schuldrechtliche Herausgabeanspruch abgetreten werde, der dingliche alsdann zugunsten des Zessionars neu entstehe, darf die Stellung des Besitzers dadurch nicht verschlechtert werden. Rechtsnachfolger des Käufers sind gemäß § 221 a. F. = 198 n. F. BGB ebenfalls geschützt: *Finkenauer* 162.

§ 1483 ABGB auf den Eigentumsvorbehalt *nicht analog* an;¹⁴ dies muss uns zu denken geben.

[79]

III. Die unannehmbaren Konsequenzen der Neuregelung in § 216 Abs. 2 Satz 2 BGB

Die Privilegierung von Verkäufern unter Eigentumsvorbehalt lässt die erforderliche Folgenkontrolle vermissen.¹⁵ Bei der weiten Verbreitung von Eigentumsvorbehalten sind die meisten Käufer beweglicher Sachen trotz verjährter Kaufpreisschuld vor Herausgabeansprüchen ihrer Lieferanten nicht sicher, solange nicht auch der Herausgabeanspruch verjährt ist.¹⁶ Entgegen dem Sinn und Zweck der Verjährung müssen die Käufer ihre Quittungsbelege zu Beweis Zwecken weiterhin aufbewahren.¹⁷ Einem Verkäufer die Rückabwicklung des Vertrages trotz Verjährung seines Kaufpreisanspruchs zu gestatten,¹⁸ ist eine Perversion des Verjährungsgedankens. Sinn und Zweck der Verjährung ist, dass nach geltend gemachter Einrede keine Partei von der anderen noch etwas verlangen kann; es gilt „Wer hat, der hat“ oder *Quieta non movere*. Dementsprechend muss keine Partei aufgrund der Verjährung etwas aufgeben, was sie bereits erlangt hat; gerade dies ist ein von § 223 a. F. = § 211 n. F. je Abs. 1 BGB verwirklichter Grundsatz.¹⁹ Kein Gläubiger muss die besessene Pfandsache nach Verjährung seiner Forderung dem Verpfänder (ohne dessen Zahlungsangebot) zurückgeben. Kein Käufer unter Eigentumsvorbehalt darf darum umgekehrt nach Verjährung seiner Kaufpreisschuld zur Rückgabe der Kaufsache an den Verkäufer gezwungen werden.

¹⁴ *Prunbauer*, Probleme des Eigentumsvorbehaltes nach verjährter Kaufpreisforderung, JurBl. 103 (1981) 121 ff., 124f.; *Huber*, Probleme der Verjährung und des Einlösungsrechts bei Faustpfandbestellung etc., ÖJZ 41 (1986) 193 ff., 196, 240 (sub 4); *Aicher* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB (2. Aufl. 1990) § 1063 Rz 88. Letzterer mit der Einschränkung, der Verkäufer könne sich ein Rücktrittsrecht für den Fall der Verjährung seines Kaufpreisanspruchs ausbedingen. Dies wäre aber eine verjährungerschwerende Klausel, unzulässig nach § 225 BGB und darum dort streitig. Gleichfalls umstritten ist die Frage in der Schweiz, s. *H. Honsell/ St. v. Berti*, Obligationenrecht I (2. Aufl. 1996) Art. 140 OR Bem. II.

¹⁵ Zur Folgen-Berücksichtigung bei der Urteilsfindung *Wacke*, Mélanges Sturm I (Lausanne/Liège 1999) 548 ff. mit weit. Lit.-Hinweisen. Dort S. 567 m. Fn. 63 bereits kritisch zur einschlägigen BGH-Rechtsprechung.

¹⁶ Der Herausgabeanspruch aus Eigentum soll gemäß § 198 des konsolidierten Entwurfs wie bisher erst nach 30 Jahren verjähren. Zu Sonderproblemen *Mansel* (o. Fn.4) 367f.; *Ernst*, ZRP 2001, 1, 4.

¹⁷ Zutr. *Herm. Lange*, JuS 1963, 62; *Wieling*, Sachenrecht I (1990) 777f. (§ 17 II 1d).

¹⁸ Kann der Verkäufer die Rückgabe der Kaufsache verlangen, dann muss im Gegenzug auch der Käufer die Rückzahlung der von ihm geleisteten Kaufpreistraten verlangen können. Das läuft im Ergebnis auf eine Rückabwicklung wie nach rechtzeitig erfolgtem Rücktritt hinaus: *Larenz/M. Wolf*, Allgemeiner Teil des BGB (8. Aufl. 1997) § 17 Rz. 43 m. Fn. 54.

¹⁹ MünchKomm./*Grothe* (4. Aufl. 2001) § 223 BGB Rz. 2, mit dem Hinweis in Rz. 1, dass auch nach Verjährungseintritt erbrachte Leistungen gemäß § 222 BGB nicht zurückverlangt werden können.

Schützen soll der Eigentumsvorbehalt den Verkäufer vor einer Insolvenz seines Käufers (zumal vor Pfändungen durch konkurrierende Gläubiger). Den Verjährungseintritt hat jedoch ein Verkäufer der eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben. Niemandem darf aber seine Nachlässigkeit zum Vorteil gereichen (*Nemo ex sua negligentia emolumentum capere debet*), indem er nach abgelaufener Verjährung ein Rücktrittsrecht erhält, welches er nicht fristgerecht ausgeübt hat.²⁰ In der sehr lieferantenfreundlichen Auslegung durch den BGH gehört ein Eigentumsvorbehalt demnach zu den gemäß § 225 BGB a.F. verbotenen verjährungser schwerenden Klauseln (oben I). Da sich der Verkäufer sein Eigentum auch durch (rechtzeitige) [80] *einseitige* Erklärung vorbehalten kann, kann er sich ohne Zustimmung des Käufers einen praktisch so gut wie unverjährbaren Kaufpreisanspruch verschaffen! Deutlicher könnte die bewusst kurz bestimmte Verjährungsfrist für Kaufpreisansprüche von bislang zwei bzw. jetzt drei Jahren (§ 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F., jetzt § 195 BGB n.F.) nicht konterkariert werden. Dies widerspricht auch der ansonsten zu beobachtenden Tendenz, Kaufleute durch Rügelasten zur schleunigen Abwicklung und Durchsetzung ihrer Rechte zu drängen. Die Rechtsprechung enthält zudem eine Diskriminierung gegenüber dem Dienstleistungsgewerbe und gegenüber Bauhandwerkern, die sich gewöhnlich nicht durch Eigentumsvorbehalt absichern können. Benachteiligt werden auch Baustofflieferanten, deren vorbehaltenes Eigentum gemäß § 946 BGB durch Einbau verloren geht.

IV. „Versatz verjährt nicht“: rechtsvergleichender Überblick

1. Das Rechtssprichwort „Versatz verjähret nicht“²¹ wird überwiegend so verstanden, dass ein Pfandgläubiger auch nach noch so langer Zeit kein Eigentum an der Pfandsache erwerben kann;²² dem Verpfänder bleibt die Einlösungsbefugnis erhalten. Das Sprichwort ist vermutlich aus dem römischen Recht rezipiert.²³ Schon

²⁰ Zutreffend *F. Peters*

²¹ *W. Wander*, Deutsches Sprichwörter-Lexikon IV (1867, Neudr. 1987) 1579; *E. Graf/ M. Dietherr*, Deutsche Rechtssprichwörter (2. Aufl. 1869, Neudr. 1975) 115 Nr. 284, 118.

²² Der Pfandgläubiger kann sich seinen Besitztitel (die *causa* seines Besitzes) nicht eigenmächtig ändern. Zum Verbot der eigenmächtigen Besitzaufbesserung die von mir betreute Diss. von *R. Böhr* (München/Leipzig 2002).

²³ Die meisten vermeintlich „deutschen“ Rechtssprichwörter sind nach heute herrschender, von *F. Elsener* begründeter Lehre Übersetzungen gemeinrechtlicher Brocardica (lateinischer *regulae iuris*) in volkstümliches Deutsch. Grundlegend *A. Foth*, Gelehrtes römisch-kanonisches Recht in deutschen Rechtssprichwörtern (1971); weitergeführt von *Wacke*, Sprichwörtliche Rechtsprinzipien und europäische Rechtsangleichung, *Orbis Iuris Romani* 5 (1999) 174 ff., 185 ff.

nach klassischem römischem Recht kann das Pfandrecht auch eine Naturalobligation sichern (Dig. 20,1,14,1). Klassische Quellen lassen sich so deuten, dass nach verjährter Hauptschuld die zurückbleibende (residuäre) Naturalobligation durch das Pfandrecht gesichert bleibt.²⁴ *Remanet propter pignus naturalis obligatio*, heißt es bei Paulus Dig. 36,1,61pr.,²⁵ und *Vincula pignoris durant personali actione submota* bei Gordian Cod. 8,30(31),2.²⁶ Eine Naturalobligation genügt zur Bestellung oder zur Aufrechterhaltung einer Sicherheit; darum widerspricht die Fortdauer des Pfandrechts trotz verjährter Forderung nicht dem Akzessorietätsprinzip.

[81] Für *Bürgschaften* müsste freilich alsdann das Gleiche gelten; auch für eine Naturalobligation kann man sich wirksam verbürgen.²⁷ Dennoch kennen wir für Bürgschaften keine dem § 223 a. F., § 216 n. F. BGB entsprechende Regel. Die dem Hauptschuldner zustehende Einrede der Verjährung kann der Bürge gemäß § 768 BGB vielmehr ebenfalls vorschützen.²⁸

§ 223 a. F. = § 216 n. F. je Absatz 1 BGB ist darum eine Ausnahmvorschrift; ohne sie wären akzessorische Sicherheiten nach verjährter Hauptforderung nicht mehr durchsetzbar.²⁹ Das der Verjährung entzogene Befriedigungsrecht präsentiert sich zunächst als Privileg für dinglich gesicherte Gläubiger (einschränkend dazu jedoch unten VIII). Zulasten der Sicherungsgeber wirkt es sich als *privilegium odiosum* aus. Als Ausnahmvorschrift bedarf ihre Existenz besonderer Rechtfertigung.³⁰ Ihre *ratio* ergibt sich größtenteils aus der Entstehungsgeschichte.³¹ Der anhand der

²⁴ Im Gemeinen Recht war dies umstritten; ablehnend (mit weit. Lit.) *B. Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts (9. Aufl. 1906, Neudr. 1984) I 574 ff., § 112 m. Fn. 4 f. Windscheid hielt es für eine „entschiedene Anomalie, wenn eine zerstörende Einrede nicht die ganze Obligation wegnimmt“.

²⁵ Dazu *A. Wacke*, Die Konfusion: Schuldtilgungsgrund oder bloßer Wegfall der Klagbarkeit? Festschrift D. Medicus zum 80. Geb. (2009) 543, 573 ff.

²⁶ Die zweite Stelle vom Jahre 240 n. Chr. Beide Fragmente erläutert kurz *D. Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter (6. Aufl. 1998) Nr. R 17 und V 27. Zum gemeinen Recht ausführlich *Savigny*, System des römischen Rechts V (1841) 386 ff.; *Heimbach* in seinem umfangreichen Artikel „Verjährung“ (über 400 Druckseiten) in *Weiskes Rechtslexikon XII* (1858) 663 ff.

²⁷ Schon für das römische Recht Gaius 3,119a; *Kaser*, Das römische Privatrecht I (2. Aufl. 1971) § 155 Fn. 35.

²⁸ MünchKomm./*Habersack* (3. Aufl. 1997) § 768 Rz 5. Neuestens *M. Iversen*, Die Akzessorietät als Zurechnungsmodell des Bürgschaftsrechts, Berlin 2009. Das ist unstreitig. Zu den Gründen für diesen Unterschied s. unten V 3.

²⁹ *Huber*, ÖJZ 1986, 196.

³⁰ Angesichts des Verbotes rechtsgeschäftlicher Verjährungserleichterungen (§ 225 BGB a. F.: oben I) bedürfen auch gesetzliche Erschwerungen rechtfertigender Sachgründe; *P. Bydlinski*, AcP 196 (1996) 297.

³¹ *Peters* und *Zimmermann* recherchierten in ihrem Gutachten (o. Fn. 2) diesbezüglich nicht gründlich genug. Sie betrachteten es als „wenig sinnvoll, etwa Kodifikationen heranzuziehen, auf die schon der BGB-Gesetzgeber vergleichend zurückgegriffen hat“ (S. 268). Bezüglich unserer konkreten Fragestellung arbeitete aber schon der BGB-Gesetzgeber nicht genau genug. Mangels klarer Vorstellungen über den legitimen Normzweck schuf er mit § 223 Abs. 2 BGB a. F. eine singuläre

Gesetzesmaterialien³² herauszuarbeitende Normzweck (unten V) erlaubt (nach dem Hinweis auf entsprechende Parallelvorschriften (unten VII) dann eine genauere Fixierung ihres legitimen Anwendungsbereiches (unten VIII). Er unterscheidet sich – wie sich zeigen wird – erheblich vom bislang herrschenden Verständnis der Norm.

2. Die historischen Vorläufer zu § 223 Abs. 1 BGB waren enger gefasst. Die älteste einschlägige Bestimmung erließ der oströmische Kaiser *Justinus* (Vorgänger Justinians) im Jahre 525 n. Chr. Im Rahmen einer detaillierten Regelung über die Verjährung der Hypothekenklage (*Codex Justinianus* 7,39,7) heißt es in § 5:

Auch dies steht außer Zweifel: Hat ein Gläubiger die ihm verpfändete Sache gewaltlos in seinem Besitz gehabt, so bewirkt diese Innehabung eine Unterbrechung der verflissenen Zeit, wenn weniger als 30 oder 40 Jahre verstrichen sind;³³ und dies noch mehr als bei einer Unterbrechung durch Klageerhebung, weil die Innehabung eine Klageerhebung nachahmt.

Im Grundsatz übereinstimmende Regelungen finden sich (mutmaßlich aus der spätrömischen Quelle rezipiert) über ein Jahrtausend später in mehreren neuzeitlichen [82] Privatrechtskodifikationen. In *Preußens Allgemeinem Landrecht* von 1794 lauten sie im Teil I Titel 20:

§ 246. So lange hingegen das Pfand, als ein solches, sich auch im Besitze des Gläubigers befindet, kann das Pfandrecht desselben durch keine Verjährung verloren gehen.

§ 247. So lange das Pfandrecht dauert, kann auch keine Verjährung der Schuld zum Besten des Schuldners anfangen.

§ 248. Dagegen finden in Ansehung der versessenen Zinsentermine, und desjenigen Theils der Schuld, welcher aus dem Pfande nicht bezahlt werden kann, die gewöhnlichen Regeln von der Verjährung statt.

Im wesentlichen gleichsinnig heißt es im noch geltenden § 1483 von *Österreichs ABGB* (in Kraft seit 1811):

§ 1483. Solange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann ihm die unterlassene Ausübung des Pfandrechtes nicht eingewendet und das Pfandrecht nicht verjährt werden. Auch das Recht des Schuldners, sein Pfand einzulösen, bleibt unverjährt. Insofern aber die Forderung den Wert des Pfandes übersteigt, kann sie inzwischen durch Verjährung erlöschen.

Vorschrift ohne historische Vorläufer (unten IX). Österreichs ABGB und Code civil, deren Lösungen für unsere Zwecke hilfreich sind, beurteilten *Peters* und *Zimmermann* aaO im großen und ganzen allzu kritisch.

³² Bei *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum BGB (1899) I 542; zu den Beratungen u. Fn. 76.

³³ Diese Frist bestimmte Justinus für die Verjährung der hypothekarischen Klage.

In der Kernaussage übereinstimmend lautet Artikel 140 des seit 1912 in Kraft befindlichen *Schweizer Obligationenrechts*:

140. Durch das Bestehen eines Fahrnispfandrechtes wird die Verjährung einer Forderung nicht ausgeschlossen, ihr Eintritt verhindert jedoch den Gläubiger nicht an der Geltendmachung³⁴ des Pfandrechtes.

Nach übereinstimmender *französischer* Lehre beginnt bei durch Pfand (*gage*) gesicherten Forderungen keine Verjährung zu laufen.³⁵ Die gleiche Ansicht wird in Italien vertreten.³⁶ Die Bestellung eines Faustpfandes perpetuiert danach die Schuld; sie ist geradezu unverjährbar.

V. Interpretation

Die Aufgabe des Gesetzgebers besteht in der Anordnung von Rechtsfolgen; ihre Deutung mittels einer dogmatisch zutreffenden Konstruktion ist Aufgabe der Wissenschaft. Die angeordneten Rechtsfolgen erlauben jedoch einen Rückschluss auf das Konstruktionsmodell, welches dem Gesetzgeber vorschwebte. Trotz gemeinsamen Grundgedankens offenbaren die vorerwähnten Regelungen zwei verschiedene Modellvorstellungen, die zu unterschiedlichen praktischen Ergebnissen führen. Das römische, preußische und französische Recht bilden hier eine gemeinsame Gruppe. Ausgehend von der Theorie des von der Faustpfandbestellung implizierten fortwährenden Schuldanerkenntnisses gelangt sie zur Hemmung des Verjährungsbeginns auch der gesicherten Forderung (unten 1). Nach der ihr gegenüberstehenden Gruppe des österreichischen, deutschen und schweizerischen Rechts [83] verjährt hingegen sehr wohl die persönliche Forderung; aus dem in seinen Händen befindlichen Sicherungsgegenstand – und nur aus ihm – darf sich der Gläubiger allerdings noch befriedigen (unten 2).

1. In der Bestellung einer Sicherheit durch den Schuldner liegt unzweifelhaft ein konkludentes Anerkenntnis; es unterbricht die Verjährung (§ 208 a. F. = § 212 Abs. 1 Nr. 1 n. F. BGB). Seine Schuld zu tilgen, braucht der Verpfänder auch nur Zug um Zug gegen Rückgabe der Pfandsache durch den Gläubiger (§ 1223 BGB). Der Pfandbesitz des Gläubigers widerlegt deshalb die etwaige Vermutung, dass die Schuld

³⁴ Gemeint ist: an der Verwertung; *Spiro* (o. Fn. 2) S. 530.

³⁵ *M. Ferid*, Das französische Zivilrecht I (1971) Rz 1 F 101; *Spiro* (o. Fn. 2) § 222 m. Fn. 1, je mit Nachweisen.

³⁶ Vgl. *Spiro* aaO.

getilgt sei.³⁷ Jeder Tag, an dem der Gläubiger das Pfand besitzt, erinnert damit gewissermaßen den Schuldner an seine noch unerfüllte Tilgungspflicht. Aus der Innehabung des Pfandes durch den Gläubiger schließt besonders die französische Rechtslehre deshalb auf ein fortwährendes Schuldanerkenntnis.³⁸ Entsprechend der zitierten Vorschrift des I 20 § 247 ALR kann folglich die Verjährung der gesicherten Forderung gar nicht zu laufen anfangen.³⁹ Der Pfandbesitz wird in der angeführten spätrömischen Quelle sogar wirkungsmäßig einer Unterbrechung durch Klageerhebung gleichgestellt.⁴⁰ Soweit die Pfandsache den Gläubiger genügend sichert, enthebt ihn deren Besitz gewiss der Notwendigkeit, den Schuldner zu verklagen. In der Frage, ob er ihn verklagen *könnte*, unterscheiden sich die beiden Regelungen.

Das nach dem Akzessorietätsgrundsatz „geführte“ (nur angelehnte) besitzverbundene Sicherungsrecht beeinflusst nach der preußischen und französischen Doktrin ausnahmsweise (umgekehrt) die ansonsten führende Hauptforderung bezüglich ihres Verjährungsbeginns.⁴¹ Diese Konstruktion kommt ohne die Krücke einer trotz Verjährung fortbestehenden Naturalobligation aus.⁴² Die Rechtsfolge der effektiven Perpetuierung der Hauptschuld stärkt die Position des gesicherten Gläubigers jedoch übermäßig. Um ihm die Befriedigungsbefugnis aus dem von ihm besessenen Sicherungsgut zu erhalten, muss er nicht noch zusätzlich den Schuldner auf Leistung verklagen dürfen; ein Vollstreckungstitel ist zur Verwertung unnötig (vgl. § 1233 Abs. 2 BGB). Die Befugnis zum Vorschützen der Verjährungseinrede muss man dem Schuldner dafür nicht nehmen. Eine so weitreichende Wirkung wie die permanente Hemmung des Verjährungsbeginns hätte nicht einmal ein ausdrückliches Schuldanerkenntnis. Die Fiktion einer (zumal fortwährenden) [84] Schuldanerkennung versagt insbesondere, wenn ein Dritter die Sicherheit bestellte.⁴³

³⁷ Vgl. Koch/ Kommentar zum ALR II (5. Aufl. 1875) S. 677 (zu I 20 §§ 247 Fn. 92); Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht III (7. Aufl. 1896) § 192 bei Fn. 22 (S. 472).

³⁸ Siehe Ferid Rz 1 F 62 und 3 D 10; Spiro I 529.

³⁹ Dem Wortlaut des § 247 entgegen plädierten allerdings auch einzelne preußische Autoren für eine Verjährung der Forderung; siehe Koch.....

⁴⁰ *Cum litis contestationem imitatur ea detentio*, sagte Justinus. Die Unterbrechungswirkung durch den Pfandbesitz soll sogar stärker (oder deutlicher) sein als durch wirkliche Klageerhebung, heißt es in der Quelle: vielleicht weil eine Klage auch unbegründetermaßen erhoben sein kann. Um die Rückgabe der Pfandsache muss sich der Schuldner aktiv bemühen. Die Zustellung einer Klageschrift aber braucht er (jedenfalls nach heutigem Prozessrecht) nur passiv zu dulden.

⁴¹ Ähnlich (mit anderen Worten formuliert) Ferid (o. Fn. 35) Rz 3 D 10.

⁴² Unter dem preußischen Recht verneinte man den Fortbestand der verjährten Schuld als Naturalobligation....

⁴³ Huber, ÖJZ 1986, 194.

2. Nach der vorzugswürdigen Lösung des österreichischen, des deutschen und (am deutlichsten formuliert) des schweizerischen Rechts schwächt die Verjährung demgegenüber doch die Position des Gläubigers, indem er seinen Anspruch (wie bei jeder Verjährung) nicht mehr offensiv mit Erfolg durchsetzen kann. Die Verwertung von Sicherheiten bleibt ihm jedoch unbenommen, *soweit er sie ohne offensives Vorgehen gegen den Schuldner durchführen kann*.⁴⁴ Die *ratio* der sachlich übereinstimmenden Vorschriften des österreichischen, deutschen und schweizerischen Rechts beruht also auf dem Motiv, dass der durch eine in seinem Besitz befindliche Sache gesicherte Gläubiger um die Einbringlichkeit seiner Forderung nicht besorgt sein muss. Darum ist ihm seine Saumseligkeit in der Rechtsverfolgung nicht vorzuwerfen.⁴⁵ Den durch die Sicherheitsleistung bereits erlangten Vermögenswert braucht der Gläubiger in der Verwertung bloß noch in die geschuldete Form umzuwandeln. Der Zweck der Verjährung, den Schuldner vor der überraschenden Anmeldung von Ansprüchen zu schützen, die er wegen der verflossenen Zeit für erledigt halten durfte, entfällt, wo er einen Vermögensgegenstand zur Sicherheit fortgab und ihn deswegen ohnehin nicht nutzen konnte. Mit der Verwertung wird dem Schuldner kein zusätzliches Vermögensopfer auferlegt, weil er bisher schon ohne die verpfändete Sache ausgekommen ist.⁴⁶ Gegen das Akzessorietätsprinzip wird damit – wie oben IV 1 dargelegt – nicht verstoßen.⁴⁷

Dass es bei der Abrechnung wegen der Höhe der vom Schuldner eventuell geleisteten Abschlagszahlungen zum Streit kommen kann,⁴⁸ ist in Kauf zu nehmen. Dem Schuldner ist es zumutbar, Belege über von ihm geleistete Teilzahlungen auch über die vollendete Verjährungsfrist hinaus aufzubewahren, bis er seine Pfandsache zurückerhält. Mit der Übergabe an den Gläubiger begab sich der Verpfänder seiner Befugnis, die Verjährungseinrede auch gegenüber dem Herausgabeanspruch des Gläubigers aus § 1231 BGB vorzuschützen (wie ein besitzender Sicherungsgeber sie

⁴⁴ Übereinstimmend die Regelung in Norwegen, s. *Steuerwald* (o. Fn. 1) 164 sub 5, auch bezüglich Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht.

⁴⁵ So (nach einer Andeutung bei *Zeiller*) schon *Nippel* und *Unger*; zustimmend angeführt von *Huber*, ÖJZ 1986, 194, 195.

⁴⁶ Ebenso sinngemäß beifallswert *Huber* 195. Die Haftung auf den dem Gläubiger zugewiesenen Vermögenswert zu beschränken, kann keine Bedenken erregen, heißt es in den Motiven bei *Mugdan* (o. Fn. 32).

⁴⁷ Zum Streitstand diesbezüglich *Spiro* I 529.

⁴⁸ Von dahingehenden Bedenken ließen sich *Peters/Zimmermann* 265 bei ihrem Vorschlag zur Streichung des § 223 Abs. 1 a. F. BGB leiten.

hat). Von der Übergabe an obliegt es dem Verpfänder, sich aktiv um die Rückgabe seiner Sache zu bemühen und die dafür erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen (§ 1223 BGB). Von der Übergabe an sind die Parteirollen damit umgekehrt: Den besitzenden Pfandgläubiger schützt die unverjährende (u. Fn. 67) Verpfändungseinrede aus § 986 BGB.

[85] Die ältere Fassung des Schweizer OR (Art. 146 Abs. 2) folgte mit der Hintanhaltung des Verjährungsbeginns für die persönliche Forderung noch der französischen Doktrin.⁴⁹ Die revidierte Fassung stellt mit Art. 140 OR klar, dass die persönliche Forderung sehr wohl verjährt. Der Unterschied beider Auffassungen zeigt Konsequenzen bei einem Untergang der Pfandsache: Nach französischer Konzeption beginnt erst mit diesem Zeitpunkt der Lauf der Verjährungsfrist.⁵⁰

3. Diese Ausdeutung des Normzwecks erklärt auch, weshalb die *Bürgschaft anders* behandelt wird (§ 768 BGB: oben Fn. 28) als ein Pfand, welches der Gläubiger bereits in Händen hat:⁵¹ Seinen Anspruch gegen den Bürgen müsste er noch gerichtlich durchsetzen; erfolgreich verklagen kann er ihn aber infolge der Verjährung nicht mehr. § 768 BGB ist demnach analog anzuwenden, wenn der Gläubiger auf seine Sicherheit (wie bei einem besitzlosen gesetzlichen Pfand: unten VIII 1) nicht unmittelbar zugreifen kann, sondern die Herausgabe zuvor gerichtlich erzwingen muss. In diesem Falle ist der Anwendungsbereich von § 223 Abs. 1 BGB zugunsten von § 768 BGB einzuschränken.⁵² Für die Abgrenzung zwischen § 223 und § 768 BGB ist folglich entgegen dem herkömmlichen Verständnis die Besitzeslage am körperlichen Sicherungsgegenstand, nicht aber der Unterschied zwischen Realsicherheit und Personalsicherheit ausschlaggebend.

VI. Wirkungen

1. Beim Recht des Verpfänders, seine Sache gegen Befriedigung des Gläubigers *auszulösen* (§ 1228 BGB), wird zu unterscheiden sein: Soweit der Wert der Pfandsache den Schuldbetrag übersteigt, erlangt der Gläubiger für seine Forderung

⁴⁹ *Spiro* I 528f.

⁵⁰ *H. Becker* im Berner Kommentar zum OR VI 1 (1941) Art. 140 Rz 2. Bei einem Besitzverlust des Gläubigers müsste es ebenso sein.

⁵¹ *Spiro* I 530. Die von *Peters/Zimmermann* 265 diesbezüglich geäußerten Zweifel erweisen sich damit als unbegründet. Über den von *Spiro* zutreffend erläuterten Normzweck setzten sich die beiden Autoren in Fn. 494 voreilig hinweg. Zu Unrecht bezeichnete auch *Habersack* in der Diskussion zum Vortrag von *Mansel* (o. Fn. 4) 427 f. die Regelung des § 223 BGB a. F. als verfehlt.

⁵² Wo der Gläubiger zunächst die Herausgabe betreiben muss, besteht kein Grund, die Verjährung nicht gleich wie bei der Bürgschaft oder bei einem bloßen Anspruch auf Sicherheitsleistung zu beachten, schrieb zutreffend *Spiro* (u. Fn. 62).

volle Befriedigung. Ist die Forderung hingegen höher, muss die Anbietung des Sachwertes zur Rückerlangung der Pfandsache genügen. Schuldner oder Drittverpfänder müssen also nicht mehr aufwenden, als bei einer Pfandversteigerung (bei der sie mitbieten dürfen: § 1239 BGB) für den Zuschlag zu erlegen wäre.⁵³

[86] 2. Von einem *Dritten* bestellte Pfänder kann der sie besitzende Gläubiger trotz verjährter Forderung ebenfalls gemäß § 223 (216 n. F.) Abs. 1 BGB verwerten. Dieses Risiko ist der Dritte mit seiner Interzession eingegangen.⁵⁴ Über eine Regressforderung des Dritten darf man dem Hauptschuldner den Vorteil der eingetretenen Verjährung aber nicht wieder entziehen.⁵⁵ Dem durch Legalzession gemäß §§ 268 Abs. 3, 1249, 1223 Abs. 2 BGB auf den Dritten übergegangenen Anspruch steht darum gemäß §§ 404, 412 BGB die Verjährungseinrede gleichfalls entgegen.⁵⁶ Erfolgreich Regress nehmen könnte der Dritte demnach nur mit einem noch unverjährten Anspruch aus dem Innenverhältnis zum Schuldner (insbes. § 670 BGB) oder aus einem vor Verjährungseintritt ihm gegenüber geltendgemachten Befreiungsanspruch.⁵⁷

VII. Parallelvorschriften

In dieser Ausdeutung des Normzwecks enthält unsere Ausnahme vom Grundsatz der Anspruchsverjährung (o. Fn. 5) kein singuläres Recht; dahinter steckt vielmehr ein engeres Prinzip.⁵⁸

⁵³ Strenger wegen der ungeteilten Pfandhaftung *Spiro* I 531 m. Fn. 2 im Anschluss an österreichische Autoren: Trotz nur teilweiser Deckung müsse der Verpfänder zur Rückerlangung *den ganzen Schuldbetrag* erlegen, also mehr als das von einem Dritten zu erwartende Steigerungsgebot. Das Dogma von der ungeteilten Pfandhaftung (zu ihm ausführlich *Wacke*, Index 3, Neapel 1972, 454-502) hat aber zu weichen, wo der ungedeckte überschießende Betrag kraft ausdrücklicher Bestimmung (deutlich ALR I 20 § 248; ABGB § 1483 Satz 3) wegen Verjährung nicht mehr durchsetzbar ist; die Pfandhaftung erklärt das Gesetz insoweit für geteilt. Das Recht des Gläubigers, Teilzahlungen zurückzuweisen (§ 266 BGB; § 1415 ABGB) erleidet hier eine Ausnahme; zutr. *Huber*, ÖJZ 1986, 238. Unanwendbar ist auch § 366 Abs. 2 BGB (vorrangige Anrechnung auf denjenigen Forderungsteil, der dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet).

⁵⁴ Dass ein Dritter als Besteller einer Sicherheit länger haftet als der Hauptschuldner, obschon er eigentlich nur subsidiär haften soll (*Zimmermann*, Die Verjährung, JuS 1984, 409 ff., 421), ist bei seiner gegenständlich beschränkten Haftung hier erträglich.

⁵⁵ *Spiro* I 530. *Peters/Zimmermann* zogen daraus zu Unrecht den weitergehenden Schluss, dass der bisherige § 223 Abs. 1 BGB zu beseitigen sei und sämtliche akzessorischen Sicherheiten mit Verjährung der Hauptschuld erlöschen sollten; so ihr Vorschlag in ihrem § 210 Abs. 2, S. 317, vgl. S. 326; ihnen zustimmend *Habersack* (o. Fn. 51).

⁵⁶ Ebenso für den entsprechenden Rückgriffsanspruch aus § 1358 ABGB *Huber*, ÖJZ 1986, 239. *Huber* plädierte allerdings für eine sechsmonatige Ablaufshemmung. Nach deutschem Recht dürften dafür analogiefähige Spezialvorschriften fehlen.

⁵⁷ *Spiro* I 530f.

⁵⁸ Zutreffend *Huber* 195 f.; ähnlich im Ergebnis *Spiro* I 530.

1. Die gleiche Erwägung liegt dem § 215 (ehemals § 390 Satz 2) BGB zugrunde:⁵⁹ Eine *Aufrechnungsbefugnis* bleibt einem Schuldner trotz der Verjährung seines Gegenanspruchs erhalten.⁶⁰ Ein aufrechnungsbefugter Gläubiger muss ebensowenig wie ein Faustpfandgläubiger um die Einbringlichkeit seiner Forderung bangen. [87] Seine Aufrechnungsbefugnis sichert ihn – auch bei Insolvenz seines Schuldners (§§ 53ff. KO, §§ 94ff. InsO)⁶¹ – ähnlich einem Pfandrecht. Durch schlichte Aufrechnungserklärung mit einer gleichartigen Forderung⁶² kann er sein Befriedigungsrecht im Wege der Selbstexekution sogar noch einfacher durchsetzen als ein Sachpfandgläubiger und bedarf dazu keiner gerichtlichen Hilfe.⁶³ Offensiv einklagen könnte der aufrechnungsbefugte Gläubiger seinen verjährten Anspruch hingegen nicht mehr, dieser ist nur noch zur Aufrechnung verwendbar; darum ist er nicht etwa vollständig perpetuiert, ebensowenig wie der gemäß § 223 (§ 216 n. F.) Abs. 1 BGB gesicherte Anspruch. Wenn sich ein Pfandgläubiger aus dem Versteigerungserlös für seine Forderung durch Verrechnung befriedigt, ist dies ein spezieller Anwendungsfall von § 390 Satz 2 BGB. Ebenso ist es, wenn sich ein Gläubiger aus einem bei ihm hinterlegten Geldpfand (einer Kautio) ohne weiteres befriedigen kann. Die bisherigen Vorschriften des § 223 Abs. 1 und des § 390 Satz 2 BGB sind folglich eng miteinander verwandt. Die n. F. bringt ihre Verwandtschaft durch die Aufeinanderfolge in §§ 215 und 216 BGB zum Ausdruck.

2. Der gleichen *ratio* folgt § 478 BGB a. F. mit der *Erhaltung der Mängelreue* für den Käufer, der einen Sachmangel rechtzeitig rügte, trotz Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche; fortgeltend in § 438 Abs. 4 S. 2 und Abs. 5 BGB n. F., wiewohl jetzt weniger klar formuliert. Der noch nicht gezahlte Kaufpreis bietet dem zur Wandlung (heute zum Rücktritt) oder zur Minderung befugten Käufer die gleiche

⁵⁹ Zu dieser Parallele *Spiro* I 529f.; *Huber* 195 f. Die *ratio* dieser Vorschrift würdigt zutreffend *Staudinger/Gursky* (13. Aufl. 1995) § 390 BGB Rz 27. Rechtsvergleichende Hinweise bei *Zimmermann*, Die Aufrechnung, Festschrift *Medicus* (1999) 707 ff., 722 Fn. 94.

⁶⁰ Ebenso Schweizer OR Art. 120 Abs. 3, 124 Abs. 2. In Österreich ebenso die bisher herrschende Auslegung von § 1438 ABGB. Die daran dort neuerdings angemeldeten Zweifel betreffen primär die auch in § 389 BGB angeordnete, hier nicht zu vertiefende Rückwirkung der Aufrechnungserklärung; sie wirkt sich namentlich bei unterschiedlich hoher Verzinsung der einander aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen aus. Dazu auch gegenüber dem deutschen Recht kritisch *P. Bydlinski*, Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen, *AcP* 196 (1996) 276 ff., m. Nachw. S. 280 f.; *ders.* (o. Fn. 3) 400. Die verwandte Vorschrift des § 223 Abs. 1 BGB a. F. bezog *P. Bydlinski* jedoch nicht in seine Überlegungen ein. Gegen Rückwirkung *de lege ferenda* auch *Zimmermann*, Festschrift *Medicus* 721 ff., 739.

⁶¹ Zu Parallelvorschriften in anderen Ländern *Zimmermann*, Festschrift *Medicus* 726 f.

⁶² Für eine Beschränkung dieses Rechts auf *konnexe* Gegenforderungen nach dem Vorschlag von *Peters* und *Zimmermann* S. 266, 311, 327 gibt es keine zulänglichen Gründe. Dagegen mit Recht *Spiro*, Zur Reform der Verjährungsbestimmungen, Festschrift *Müller-Freienfels* (1986) 627.

⁶³ Statt Vieler siehe nur *P. Bydlinski*, *AcP* 196, 285.

Sicherheit wie eine Aufrechnungsbefugnis oder wie das einem Darlehensgläubiger bestellte Pfandrecht. Der rechtzeitigen Mängelrüge bedarf es hier deshalb, um ein Nachschieben von später entdeckten Mängeln zu unterbinden.⁶⁴

3. Auf *Zurückbehaltungsrechte* und andere Leistungsverweigerungsrechte wurde § 390 Satz 2 BGB bisher analog angewendet.⁶⁵ In § 215 BGB n. F. ist dies nun ausdrücklich entsprechend geregelt.⁶⁶ Dem entspricht die Regel, dass Einreden grundsätzlich nicht verjähren, auch wenn der zugrundeliegende Anspruch verjährt ist.⁶⁷ Die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts dient (wie die Aufrechnung) nur der Verteidigung; sie enthält keine offensive zwangsweise Rechtsdurchsetzung.

[88]

VIII. Der legitime Anwendungsbereich des § 223, jetzt § 216 Abs. 1 BGB

Wie dieser Überblick ergab, ist für die Erhaltung des Befriedigungsrechts trotz Verjährung des Anspruchs nicht die Rechtsform ausschlaggebend. Die Vorschrift des § 223, jetzt § 216 Abs. 1 BGB ist kein Spezifikum der Dinglichkeit der Sicherheit. Die ihr zugrundeliegende *ratio* beschränkt sich nicht auf dingliche Sicherungsrechte. Die Parallelvorschrift des § 390 Satz 2, jetzt § 215 BGB weist mit der Erhaltung der Aufrechnungsbefugnis für gleichartige Forderungen trotz Verjährung sogar noch einen einfacheren Weg. Zur Beschreitung dieses Weges muss ein Sachpfand wegen der Ungleichartigkeit jedoch zuvor zu Gelde gemacht werden.

Die Erhaltung des Befriedigungsrechts gilt andererseits – wie hier bewiesen werden soll – keineswegs für sämtliche dinglichen Sicherheiten, sondern nur für solche, die dem Gläubiger eine *Verwertung ohne offensives gerichtliches Vorgehen* erlauben. Denn jegliche klageweise Durchsetzung seines Anspruchs ist nun einmal durch die vom Schuldner vorzuschützende Verjährungseinrede gehemmt.⁶⁸ Mit der Überstellung einer Sicherheit in die Verfügungsmacht des Gläubigers hat aber der Schuldner (oder ein Dritter für ihn: oben VI 2) gewissermaßen bereits eine Leistung

⁶⁴ Huber, ÖJZ 1986, 196 zur entsprechenden Rechtslage in Österreich gemäß § 933 Abs. 2 ABGB. § 478 BGB wird hier als ein Regelungsmodell verstanden. Zur Reform des Sachmängelrechts (vgl. § 438 Abs. 4 des Regierungsentwurfs) soll damit nicht Stellung genommen werden. Parallelen bei *Spiro* I 515 ff.

⁶⁵ *Soergel/Zeiss* (12. Aufl. 1990) § 390 BGB Rz. 1

⁶⁶ Zustimmung, unter redaktioneller Erstreckung auf sämtliche Zurückbehaltungsrechte (insbes. aus § 320 BGB) *Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst*, *Finis Litium?*, JZ 2001, 684 ff., 697.

⁶⁷ *Quae temporaria sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*: Dig. 44,4,5,6; *Savigny*, *System V* 411f.; *Heimbach* (o. Fn. 26) 669 ff.; *Spiro* I 507-514.

⁶⁸ Ein Herausgabeanspruch wird nicht etwa vom Gesetz vorausgesetzt, wie *Staudinger/Peters* § 223 Rz. 9 unter Berufung auf Abs. 2 dieser Vorschrift meinte.

(eine Art Vorschussleistung an Erfüllung Statt) erbracht. Deren Verwertung bleibt als bloße Umschichtung darum dem Gläubiger trotz eingetretener Verjährung unbenommen, denn sie führt ihm keine Werte zu, die er nicht schon hätte. § 223, jetzt § 216 Abs. 1 BGB ist demnach eine Ausprägung des auch sonst zu beobachtenden Besitzervorzugs, der insoweit legitimen Begünstigung der *beati possidentes*.

1. Inhaber *gesetzlicher* Pfandrechte können dieses Privileg dem hier darlegten Normzweck entsprechend nur in Anspruch nehmen, wenn sie die Pfandsache *in ihrem Besitz* haben.⁶⁹ Nur dann kann der Pfandgegenstand schon faktisch ihrem Vermögen zugerechnet werden. Von den gesetzlichen Pfandrechten des Handelsrechts abgesehen gilt § 216 Abs. 1 BGB demnach für das Pfandrecht des Werkunternehmers aus § 647 BGB. Für das Pfandrecht des Vermieters aus §§ 559 ff. BGB gilt § 216 Abs. 1 BGB hingegen nur ausnahmsweise, nämlich falls der Vermieter gemäß § 561 Abs. 1 BGB beim Auszug des Mieters dessen haftende Sachen erlaubtermaßen in Besitz nahm. Mittels eigenmächtiger Inbesitznahme kann sich ein Gläubiger hingegen das Privileg nicht verschaffen; die Einschränkung auf den gewaltlosen Besitzerwerb fand sich schon in der Konstitution des Kaisers Justinus C. 7,39,7,5 hervorgehoben (oben V 2). Einer Klage auf Herausgabe akzessorisch [89] haftender Pfandsachen zum Zwecke der Verwertung kann der Schuldner analog § 768 BGB die Einrede der Verjährung entgegensetzen (vgl. oben VII 1 a. E.)

2. Auf das Pfandrecht an einer *Forderung* (§§ 1279 ff. BGB) ist ebenfalls § 768 BGB analog, nicht aber § 216 Abs. 1 BGB anzuwenden: Mit der verpfändeten Forderung gelangte noch kein Wertbetrag in die Hände des Gläubigers. Für eine erfolgreiche Klage gegen den Drittschuldner zwecks Befriedigung ist es aber nach eingetretener Verjährung ebenso zu spät wie für eine Klage gegen einen Bürgen.⁷⁰

3. Dass sich ein Gläubiger aus einer ihm überstellten *Barkaution* (z. B. eines Mieters, Pächters oder Handelsvertreters) trotz Verjährung noch durch Aufrechnung befriedigen kann, folgt schon aus § 215 BGB.⁷¹

⁶⁹ § 223 BGB beschränkte sich nicht auf vertragliche Pfandrechte, s. *Staudinger/Peters* (13. Aufl. 1995) Rz 3; *MünchKomm./Grothe* (4. Aufl. 2001) Rz 2. Mit der Erstreckung auf sämtliche gesetzlichen Pfandrechte geht die herrschende Meinung jedoch zu weit. Für eine Ausdehnung des Art. 140 OR auf besitzlose Fahrnispfandrechte plädieren leider auch Schweizer Autoren (s. *Honsell/ v. Berti*, wie Fn. 14), trotz des dort stärker durchgehaltenen Faustpfandprinzips. Besitzlose Sicherungsübereignungen sind in der Schweiz nicht zugelassen; für sie entsteht dort das Problem nicht.

⁷⁰ Zutreffend *Huber*, ÖJZ 1986, 194, 240 (sub 3) gegen die in Österreich herrschende Lehre.

⁷¹ BGHZ 101, 244, 252 (Mietkaution gegenüber verjährtem Schadensersatzanspruch wegen Verschlechterung der Mietsache); *Staudinger/Gursky* § 390 BGB Rz 30. Vgl. oben VIII 1 a. E.

4. Bei einer durch Einräumung *qualifizierten Mitbesitzes* gemäß § 1206 BGB verpfändeten Sache liegt ein nicht häufiger Grenzfall vor. Der Grundsatz, dass nach Verjährungseintritt keine Partei von der anderen noch etwas verlangen kann, jede jedoch behalten darf, was sich bereits faktisch in ihrem Vermögen befindet, führt hier zu keiner Lösung, sondern zur Perpetuierung des qualifizierten Mitbesitzes. Die Ansprüche beider Parteien auf dessen Aufhebung blockieren sich wechselseitig. Der dem Gläubiger bei Pfandreife gemäß § 1231 BGB zwecks Verwertung zustehende Herausgabeanspruch ist infolge der Verjährung nicht mehr mit Erfolg durchsetzbar. Aufzugeben bräuchte er sein Pfandrecht nach dem Grundsatz des § 216 Abs. 1 BGB jedoch ebensowenig. In einem solchen echten Grenzfall sollte nach dem Prinzip des Schuldnerbezugs (*favor debitoris*)⁷² der Verpfänder abweichend von § 216 Abs. 1 BGB seine Sache im Ergebnis pfandfrei zurückerhalten. Denn dem Gläubiger ist es zuzurechnen, dass er seinen Anspruch verjähren ließ. Analog §§ 886, 214 BGB kann also der Schuldner vom Gläubiger den Verzicht auf das Pfandrecht durch Aufgabe seines Mitbesitzes verlangen. Ein gemäß § 216 Abs. 1 BGB fortbestehendes Verwertungsrecht setzt mithin Alleinbesitz des Gläubigers voraus. Schwächer ist die Stellung desjenigen Gläubigers, der sein Pfand nicht im Sinne von § 1483 ABGB „in Händen hat“.

Ein Anspruch auf Verzicht ist dem Schuldner dementsprechend auch einzuräumen, wenn der Gläubiger auf eine *Kautio* nicht unmittelbar zugreifen kann, sondern sie bei einem *Dritten* (einem Notar) *hinterlegt* ist.⁷³ Gemäß § 215 BGB aufrechnen könnte der Gläubiger des verjährten Anspruchs in diesem Falle mangels Gegenseitigkeit nicht. Der Schuldner des verjährten Anspruchs braucht seine Einwilligung in die Herausgabe der Kautio an den Gläubiger nicht mehr zu erteilen.

[90] 5. Abzulehnen ist endlich auch die nach der *lex lata* des § 216 Abs. 1 BGB trotz Anspruchsverjährung fortbestehende Befriedigungsbefugnis aus einer *Hypothek* (dazu unten XI).

IX. Die Desavouierung der *ratio legis* durch § 223 (jetzt 216) Absatz 2 BGB bei der Sicherungsübereignung

⁷² Vgl. V. Giuffrè, Studi sul debito (2. ed. Napoli 1999) 172 ff.; Chr. Baldus, Regelhafte Auslegung nach Parteirollen (1998) II 495 ff.

⁷³ Abweichend BGH BB 2000, 794; vgl. MünchKomm./Grothe § 223 BGB Rz 2 a.E.

Der von uns herausgearbeitete Normzweck des Absatzes 1 von § 223 (jetzt 216) BGB wird leider vom Gesetz selbst verwässert durch den darauf folgenden Absatz 2. An Absatz 2 ist grundsätzlich richtig, dass fiduziarische Rechtsübertragungen zur Sicherheit das Privileg des Absatzes 1 ebenso genießen müssen wie akzessorische Pfandrechte;⁷⁴ denn auf die Rechtsform der Sicherungsbestellung (ihre dogmatische Ausgestaltung) kommt es nicht an (oben VIII vor 1). Die unerlässliche Einschränkung, dass die *ratio* von Absatz 1 nur für in den Alleinbesitz des Gläubigers übergebene Sachsicherheiten passt, wird aber von Absatz 2 nicht hervorgehoben. Ursprünglich war Absatz 2 vermutlich nur auf den aus heutiger Sicht untypischen Fall einer *mit Besitzübertragung an den Gläubiger verbundenen Sicherungsübereignung* zugeschnitten.⁷⁵ Diese wichtige Einschränkung bringt aber der zu weit geratene Wortlaut des Abs. 2 nicht zum Ausdruck. Über den Normzweck der beiden Absätze 1 und 2 von § 223 BGB a. F. bestanden im Gesetzgebungsverfahren keine ganz präzisen Vorstellungen.⁷⁶ So konnte das Missverständnis aufkommen, der Gesetzgeber habe sich in der entlegenen *lex fugitiva* des § 223 Abs. 2 BGB generell für die Zulässigkeit der heute so weit verbreiteten Sicherungsübereignung unter Besitzvorbehalt des Sicherungsgebers ausgesprochen.⁷⁷ Dieser Fehler des [91] BGB-Gesetzgebers (der schwerer wiegt als ein Redaktionsversehen) hätte schon längst korrigiert und klargestellt werden müssen, dass Absatz 2 von § 223 *nur für im Alleinbesitz des Sicherungsnehmers befindliche Gegenstände* gilt. Im Vergleich zur herkömmlichen

⁷⁴ Für eine Ungleichbehandlung von akzessorischen und nicht akzessorischen Sicherheiten hingegen aus dogmatischen Erwägungen (weil die Verjährung auf nicht akzessorische Sicherheiten ohne Einfluss bleibe) *Peters/ Zimmermann* 265; ebenso *Zimmermann/ Leenen/ Mansel/ Ernst*, JZ 2001, 697 f. Dagegen jedoch *Spiro* (o. Fn. 62) 626 m. weit. Lit. Eine Ungleichbehandlung akzessorischer und nicht akzessorischer Sicherheiten entbehrt wegen der identischen Interessenlage jeglicher Rechtfertigung. Die wirtschaftliche Funktionsgleichheit bewog schon den Gesetzgeber zur Schaffung des § 223 Abs. 2 BGB: *Mugdan* (o. Fn. 32) Der Eigentumsvorbehalt soll zu Recht auch nach *Peters* mit der Verjährung erlöschen. Für auflösend bedingte Sicherungsübereignungen müsste alsdann das gleiche gelten. Von der Konstruktionsfrage darf aber das Ergebnis nicht abhängen; das wäre formale Begriffsjurisprudenz. Die Innehabung des Besitzes, die *melior condicio possidentis*, ist demgegenüber ein materiales, kein formales Kriterium.

⁷⁵ *H. Honsell*, Aktuelle Probleme des Eigentumsvorbehalts, JuS 1981, 705 ff., 711.

⁷⁶ Vorschläge, den Wortlaut des nachmaligen § 223 BGB (ähnlich wie § 1483 österr. ABGB) deutlicher auf das Besitzpfandrecht zuzuschneiden, fanden bei den Beratungen aus undurchsichtigen Gründen letztlich nicht die Mehrheit. Als Ergebnis wurde dennoch festgehalten, es werde „nicht zweifelhaft sein, dass, so lange der Gläubiger das Pfand in Händen habe, also das Pfandrecht durch Inhabung ausübe, von einer Verjährung gegen ihn keine Rede sein könne.“ So wörtlich *Jakobs/ Schubert*, Die Beratung des BGB, Allgemeiner Teil II (1985) 1061 f.

⁷⁷ Zur Entstehungsgeschichte vgl. die Hinweise bei *Wacke*, Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik (1974) 69 Fn. 160. Dass Sicherungsübereignungen nach der Konzeption des BGB-Gesetzgebers jedoch nur mit Besitzübertragung an den Gläubiger akzeptabel sind, habe ich für unpfändbare Sachen in der Festschrift Klemens Pleyer (1986) 583-610 dargelegt.

Interpretation hat dies ein erhebliche – aber notwendige – Einschränkung des Anwendungsbereichs zur Folge.

International kennt keine der von uns untersuchten Rechtsordnungen eine so weitreichende Vorschrift. Aus der zu Österreich und der Schweiz bestehenden Rechtseinheit ist das BGB mit § 223 Abs. 2 a. F. ausgeschert. In der Schweiz sind (wie in Frankreich) Sicherungsübereignungen mit Besitz des Sicherungsgebers ohnehin nicht zugelassen (Artt. 717, 884 Abs. 3 ZGB).

Ließ der Gläubiger seine gesicherte Forderung verjähren, so hat er jedoch seinen Anspruch auf Herausgabe des Sicherungsgutes verwirkt. Den Herausgabeanspruch zwecks Verwertung durchgreifen zu lassen, wäre eine Pervertierung des Verjährungsgedankens. Offensives gerichtliches Vorgehen gestattete § 223 a. F. BGB dem Gläubiger nicht. Der Sicherungsgeber nutzt das in seinem Besitz verbliebene Sicherungsgut wie ein wirtschaftlicher Eigentümer; von einem Kraftfahrzeug ist er der „Halter“. Diesen Vorteil darf man ihm nicht aufgrund der Verjährung entziehen. Wegen der ihn schützenden Verjährungseinrede kann der Sicherungsfall nicht mehr eintreten (oben Fn. 12). Wegen der dem Sicherungsnehmer zugeordneten Sicherungsfunktion ist das Sicherungseigentum wirtschaftlich nichts anderes als ein besitzloses Mobiliarpfandrecht. Besitzlosen Pfandrechten gebührt das Privileg von der Verjährungsexemption des § 223 (jetzt 216) Abs. 1 BGB nach unserer Kernthese jedoch nicht.

Eigentum des Gläubigers und Besitz des Schuldners sollten jedoch nicht auf Dauer auseinanderfallen. Analog § 886 BGB ist dem Schuldner darum gegen den Gläubiger ein *Anspruch auf Verzicht auf das Sicherungseigentum* (d. h. auf Rückübereignung) zu gewähren.

X. Die Haltlosigkeit der analogen Anwendung des bisherigen § 223 Abs. 2 BGB auf den Eigentumsvorbehalt

Aus unseren Darlegungen über den Normzweck ergibt sich vollends die Haltlosigkeit der analogen Anwendung des § 223 Abs. 2 BGB auf den Eigentumsvorbehalt durch Den BGH und die frühere herrschende Meinung. Der Eigentumsvorbehalt hat ebenfalls die Funktion eines besitzlosen Mobiliarpfandrechts. Als solches verdient er nicht den Schutz vor Verjährung. Ein Herausgabeanspruch zwecks Verwertung ergab sich aus § 223 a. F. BGB nicht. Die Vorschrift setzte im Gegenteil voraus, dass der Gläubiger *ohne* vorheriges Herausgabeverlangen zur

Verwertung schreiten kann. Die verkaufte Sache gab der Verkäufer jedoch freiwillig aus der Hand.⁷⁸ In ihrer Abnahme durch den Käufer liegt von seiner Seite keine Sicherheitsbestellung. [92] Anders als bei einer Faustpfandbestellung nach Abs. 1 kommt ein konkludentes Schuldanerkenntnis (dazu oben V 1-2) hier von vornherein nicht in Betracht. Der Anwendungsbereich der Verjährungsexemption bestimmt sich aber nicht nach der Art des dem Gläubiger bestellten (ihm zustehenden) Sicherungsrechts; kategorial zu unterscheiden ist vielmehr danach, wer den Sicherungsgegenstand in Besitz haben soll.

Da bei verjährtem Kaufpreisanspruch der Käufer nicht mehr in Verzug gesetzt werden kann, kann der Verkäufer entgegen § 216 Abs. 2 S. 2 BGB n. F. auch nicht mehr zurücktreten.⁷⁹ Rückgabe der Kaufsache könnte der Verkäufer analog § 215 BGB n. F. (vgl. o. bei Fn. 64) nur verlangen, falls er vor vollendeter Verjährung den Rücktritt erklärt hätte. Die Aufrechterhaltung des *status quo*, die Zementierung der bisherigen Besitzeslage dient dem Rechtsfrieden (der vom Verjährungsrecht erstrebten *finis litium*) eher als eine Rückabwicklung des Kaufvertrages.

Ein unerwünschtes dauerndes Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz muss entgegen der herrschenden Meinung keineswegs zugunsten des Verkäufers bereinigt werden. Die beiden Grundsätze des Schuldnerbezugs (o. Fn. 72) und der engen Auslegung von Ausnahmevorschriften⁸⁰ (eine solche ist § 223, jetzt 216 BGB: oben IV 1 bei Fn. 29) sprechen vielmehr für die umgekehrte Lösung zugunsten des *Käufers*. Die Verjährung des Kaufpreisanspruchs ist also der in § 455 (jetzt 449) BGB genannten „Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises“ gleichzustellen, so dass der Käufer auch dann das Eigentum erwirbt.⁸¹

⁷⁸ Wegen der unterschiedlichen Besitzeslage verneinte im Ergebnis zutreffend schon das LG Dresden, JW 1926, 725 eine analoge Anwendung des § 223 BGB auf den Eigentumsvorbehalt. Ablehnend zu Unrecht *Oertmann* in seiner Urteilsanmerkung dazu; *A. Blomeyer*, Anspruchsverjährung und dingliche Sicherheiten, JZ 1959, 15 ff.

⁷⁹ Auch nach § 446 Abs. 2 des konsolidierten Entwurfs kann der Verkäufer seine Sache nur herausverlangen, nachdem er den Rücktritt erklärte. Regelwidrig soll aber bei Verjährung eine Ausnahme gemacht werden. Das ist abzulehnen.

⁸⁰ *Singularia non sunt extendenda*. Gegen die schematische Handhabung dieser Interpretationsregel die allgemeine Meinung, etwa *F. Bydkiński*, Juristische Methodenlehre (1982) 440; *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre (1998) 155 ff.; *Baldus* (o. Fn. 72) I 120 ff. Das engere Prinzip, welches die Analogie auch zu Ausnahmevorschriften gestattet, ist in diesem Falle jedoch verlassen.

⁸¹ Ebenso *Wieling* (wie Fn. 17). Wenn der Verkäufer vom Käufer nichts mehr verlangen kann, liegt es näher, die Bedingung für den Eigentumsübergang als *erfüllt* denn als ausgefallen zu erachten. Für ein Erlöschen des Eigentumsvorbehalts in diesem Falle mit Recht schon *Peters/Zimmermann* 265 f. mit einem Formulierungsvorschlag in ihrem § 210 Abs. 3 (S. 317). Zutreffend ist auch die dort vorgesehene Ausnahme, falls der Verkäufer bei Verjährungseintritt die Kaufsache besitzt.

Der Verkäufer kann nicht etwa vertraglich das Gegenteil bestimmen, dass also die Bedingung für den Eigentumsübergang allein bei effektiver Kaufpreiszahlung eintreten solle. Dies wäre eine unzulässige verjährungserschwerende Klausel. Die Bestimmung der Rechtsfolgen der Verjährung ist entgegen einer zuweilen geäußerten Ansicht keine Auslegungsfrage von Parteierklärungen. Nur das Gesetz könnte Ausnahmen vorsehen (o. Fn. 5).

XI. Verjährungsaufschub auch für eingetragene Grundpfandrechte?

Der Besitz ist ein Verlautbarungsmittel für dingliche Rechte an beweglichen Sachen, allerdings – da unspezifisch – kein besonders gutes. Bei Grundstücken ist die Eintragung im Grundbuch das zuverlässigere Publizitätsmittel. Der Besitz des Pfandgläubigers schützt diesen gemäß § 936 Abs. 3 BGB vor einem Rechtsverlust [93] durch pfandfreien Erwerb eines redlichen Dritten, ähnlich einem eingetragenen Widerspruch gemäß § 892 Abs. 1 S. 1 BGB. Und durch Widerspruch geschützte Rechte an Grundstücken sind gemäß § 902 Abs. 2 BGB der Verjährung entzogen. Demnach liegt es nahe, das Privileg des unverjährbaren Befriedigungsrechts aus § 223 (jetzt § 216) Abs. 1 BGB der geltenden Rechtslage entsprechend auch eingetragenen Hypotheken und Grundschulden zuzuerkennen.

Die Parallele zwischen Besitz und Eintragung im Grundbuch ist indessen rein vordergründig. Mit der Publizität dinglicher Rechte hat das unverjährbare Befriedigungsrecht nach dem hier herausgearbeiteten verjährungsspezifischen Leitgedanken nichts zu tun. Entscheidend ist vielmehr, ob sich der Gläubiger unmittelbar ohne gerichtliches Verfahren aus der Sicherheit befriedigen kann. Aus einem von ihm besessenen Mobiliarpfand kann er sich gemäß §§ 1228 ff. BGB durch Selbstverwertung befriedigen; seine Befriedigung aus einer Hypothek erfordert hingegen gemäß § 1147 BGB ein gerichtliches Vollstreckungsverfahren.⁸² Voraussetzung dafür ist ein auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichteter Vollstreckungstitel. Hat sich der Gläubiger (wie meistens) gemäß §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, ist zumindest für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung in § 797 ZPO ein gerichtliches (oder, wenn vor dem Notar, quasigerichtliches) Verfahren vorgeschrieben. Dass der Eigentümer als Beklagter im nach § 1147 BGB erforderlichen Erkenntnisverfahren oder mittels

⁸² Zum Normzweck MünchKomm./ *Eickmann* (3. Aufl. 1997) § 1147 BGB Rz 1.

gemäß § 757 Abs. 5 ZPO von ihm zu erhebender Vollstreckungsabwehrklage die Einrede der Forderungsverjährung gemäß § 223 (jetzt § 216) Abs. 1 BGB nicht vorbringen darf, widerspricht dem von uns ermittelten Sinn dieser Vorschrift. Da der Gläubiger hier nichts „in Händen hat“ (im Sinne von § 1483 österr. ABGB: oben IV 2), beschränkt sich der Gläubiger hier nicht (wie beim Besitzpfand) auf die Defensive. Das von ihm offensiv betriebene Zwangsversteigerungsverfahren geht über die Wirkung einer nach Verjährung zurückbleibenden Naturalobligation (§ 222, jetzt 214 BGB) hinaus. Anders als bei der Faustpfandbestellung hat der Grundstückseigentümer mit der Bewilligung einer einzutragenden Hypothek noch keine Leistung an den Gläubiger erbracht (vgl. o. V 2, VIII vor 1). Ihm werden in der Zwangsvollstreckung weitere Vermögensopfer abverlangt. Schlimmstenfalls riskiert er, von seinem Anwesen vertrieben zu werden, das er mit seiner Familie bewohnt.

Ein trotz Verjährung fortbestehendes Recht zur Verwertung einer Hypothek ist nach alledem entgegen dem seit 1900 geltenden Recht nicht gerechtfertigt. Den Besitz des Gläubigers am zu verwertenden Pfandgegenstand kann ein bloßer Grundbucheintrag nicht ersetzen. Die Hypothek ist schon definitionsgemäß ein besitzloses Pfandrecht. Da sie einen bloßen Geldanspruch sichert, führt der ansonsten bei eingetragenen dinglichen Rechten gemäß § 902 BGB berechnete Verewigungsgedanke hier auf Abwege.

Da akzessorisch, sollte die Hypothek analog § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB mit Verjährung der Forderung erlöschen. Analog § 1169 BGB kann der Eigentümer zumindest verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Diese für [94] Schiffsgläubigerrechte in § 759 Abs. 1 HGB verwirklichte Lösung⁸³ entspricht der Rechtslage in Österreich, Frankreich und Italien.⁸⁴ Da in jeder erbrachten Zinszahlung oder Tilgungsrate ein die Verjährung unterbrechendes Schuldanerkenntnis liegt (§ 208, jetzt 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB), besteht für den weitergehenden Schutz vor

⁸³ Vgl. *Staudinger/Peters* § 223 BGB Rz 3.

⁸⁴ § 1499 ABGB nach unstreitiger Auslegung: *Klang*, Kommentar (2. Aufl. 1951) § 1483 Bem. II 1 und 3; *Huber*, ÖJZ 1986, 194; deutlich Code civil Art. 2180 Nr. 4: *Stefanie Kohls*, Die Hypothek im französischen und im deutschen Recht (1999) 94 ff., 96. Weniger deutlich, aber ebenso wird verstanden ital. Codice civile Art. 2878 Nr. 3: *Fietta* in *Cian/Trabucchi*, Commentario breve al Codice civile (5. ed. 1997) Artt. 2878/2879 Rz. II 1 a. E. Diese Lösung bevorzugt *de lege ferenda* auch *Spiro* I 830. In Spanien verjähren Ansprüche aus Hypotheken in 20 Jahren, die persönliche Haftung in 15 Jahren, Art. 1964 Código civil. – Nach Preußens ALR I 20 § 534 und Schweizer ZGB Art. 897 unterliegen hypothekarisch gesicherte Forderungen hingegen keiner Verjährung. Rechtsvergleichender Überblick bei *Spiro* I 826 ff. m. Fn. 2, 15.

Verjährung nach dem bisherigen § 223 Abs. 1 BGB kein hinreichendes Bedürfnis.⁸⁵ Im jetzigen § 216 Abs. 1 BGB ist das Wort „Hypothek“ zu streichen. Bei einer *Grundsschuld* kann der Eigentümer (entgegen § 216 Abs. 2 BGB) ebenfalls verlangen, dass der Gläubiger nach Verjährung auf sie verzichtet.⁸⁶

XII. Zusammenfassung

„Versatz verjährt nicht,“ nach einem bereits im römisch-gemeinen Recht anzutreffenden sprichwörtlichen Rechtsgrundsatz, den neuzeitliche Gesetzbücher rezipierten. Das trotz Anspruchsverjährung fortbestehende Befriedigungsrecht des Gläubigers beschränkt sich nach dem von uns herausgearbeiteten legitimen Normzweck des § 216 (ehemals § 223) Abs. 1 BGB auf Sachsicherheiten, die sich (wie insbesondere ein Faustpfand) vor Verjährungseintritt gewaltlos im Alleinbesitz des Gläubigers befinden, so dass die Parteirollen zwecks Rückerlangung (Wiedereinlösung) umgekehrt sind. Die Vorschrift ist folglich ein Anwendungsfall des Besitzervorzugs, der *melior condicio possidentis*.

Diese Verjährungsexemption beruht auf dem Grundgedanken, dass der durch eine in seinem Besitz befindliche Sache gesicherte Gläubiger um die Einbringlichkeit seiner Forderung nicht besorgt sein muss; seine zögerliche Rechtsverfolgung ist ihm darum nicht vorzuwerfen. Da der Schuldner ohne den dem Gläubiger übergebenen Vermögensgegenstand auskam, wird ihm mit dessen Verwertung kein zusätzliches Opfer abverlangt. Der Verpfänder leistete bereits – für den Fall der Nichteinlösung bedingt – gewissermaßen an Erfüllungs Statt.⁸⁷ Der Gläubiger darf den mit der Sicherheitsleistung bereits erlangten Vermögenswert noch nach [95] Verjährungseintritt verwerten, d. h. in den geschuldeten Geldbetrag umwandeln. Dem Schuldner ist es in diesem Falle zumutbar, Belege über erbrachte Teilzahlungen auch über den Verjährungstermin hinaus bis zur Rückerlangung des Sachbesitzes aufzubewahren. Diese *ratio* berührt sich aufs engste mit der Erhaltung der Aufrechnungsbefugnis trotz verjährter Gegenforderung gemäß § 215 (ehemals § 390

⁸⁵ Ebenso *Spiro* I 827. Ansprüche aus garantierten Urkunden verjähren in 30 Jahren (§ 218, jetzt 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB). Nur wenn 30 Jahre lang keine Zins- oder Abschlagszahlung erbracht wurde, würde eine durch Grundpfand gesicherte Forderung demnach verjähren. Solche Extremfälle mögen bei langer Abwesenheit in der ehemaligen DDR vorgekommen sein. Unter normalen rechtsstaatlichen Verhältnissen wäre in solchen Fällen aber die Verjährung nötig.

⁸⁶ Ebenso im Ergebnis *Amann*, Sonderheft 24. Deutscher Notartag der DNotZ 1993, 83* ff., 91*f. Dessen Plädoyer für eine ersatzlose Abschaffung des § 223 BGB geht jedoch zu weit.

⁸⁷ Im Unterschied zur echten bedingten Leistung an Erfüllungs Statt sind nur Verfallklauseln bei Verpfändungen verboten (§ 1229 BGB).

Satz 2) BGB und mit der entsprechenden Unverjährbarkeit von Einreden (von Zurückbehaltungs- und anderen Leistungsverweigerungsrechten: oben VII).

Unerheblich ist die Rechtsform der dem Gläubiger überstellten Sachsicherheit. Für fiduziarische Rechtsübertragungen gilt das fortbestehende Verwertungsrecht darum gleichermaßen wie für akzessorische Pfandrechte. Unerlässliche Voraussetzung ist allerdings, dass der Gläubiger ohne vorheriges Gerichtsverfahren zur Verwertung schreiten kann. Für nicht in seinem Besitz befindliche Sicherungsgegenstände kann der Gläubiger das Verwertungsprivileg deshalb nicht in Anspruch nehmen. Für Pfandrechte an Forderungen gilt es gleichfalls nicht; ebensowenig für Grundpfandrechte.

Wegen der Beschränkung auf Sachsicherheiten im Besitze des Gläubigers ist der legitime Anwendungsbereich des fortbestehenden Verwertungsrechts relativ klein, da echte Besitzpfandrechte im Sinne der §§ 1204 ff. BGB praktisch selten vorkommen. Eine Erweiterung auf besitzlose Pfandrechte und Sicherungsübereignungen ist vom Normzweck jedoch nicht gedeckt. Unter den gesetzlichen Pfandrechten ist die Verjährungsexemption ebenfalls nur auf besitzverbundene wie das des Werkunternehmers anwendbar. Ein Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe des Sicherungsgegenstandes zwecks Verwertung ist nach Verjährung seiner gesicherten Forderung nicht zu rechtfertigen. Der zu weit geratene Absatz 2 des bisherigen § 223 BGB ist auch international ohne Parallele. Die analoge Erstreckung des Herausgabeanspruchs auf unter Eigentumsvorbehalt veräußerte Sachen durch § 216 Abs. 2 S. 2 BGB n. F. ist ein ungerechtfertigtes Lieferantenprivileg. Die Käufer müssen sich allerdings auf das neue Recht einstellen und ihre Zahlungsbelege über die Verjährungsfrist hinaus solange aufbewahren, bis der Eigentumsvorbehalt durch Sachuntergang, Einbau oder Verarbeitung erloschen ist. Im Zuge der uns aufgegebenen Rechtsharmonisierung innerhalb Europas gehört die ungerechte singuläre Vorschrift jedoch abgeschafft.

Nach der Quintessenz unserer Darlegungen ist eine Fortdauer der Verwertungsbefugnis über den Verjährungstermin hinaus nur gerechtfertigt, wenn der Gläubiger das Sicherungsgut (wie beim Faustpfand) in seiner Verfügungsgewalt hat. Bei der besitzlosen Sicherungsübereignung hat er es jedoch nicht in seine Gewalt übernommen; und bei Lieferung unter Eigentumsvorbehalt gab er es sogar willentlich aus seinem Besitz fort. Die Übergabe ist ein praktikables, ins Auge fallendes

Abgrenzungskriterium; ein Leitgedanke, der sich auch in anderen Rechtsverhältnissen bewährt.⁸⁸

[96]

XIII. Formulierungsvorschläge

Präzisierung von § 216 (ehemals § 223) Abs. 1 BGB: *Aus einem vertraglichen oder gesetzlichen⁸⁹ Pfandrecht⁹⁰ oder einer zur Sicherheit übereigneten Sache⁹¹ kann sich der Gläubiger trotz der Verjährung seines Anspruchs befriedigen, wenn er⁹² die Sache unmittelbar⁹³ fehlerfrei⁹⁴ besitzt. Dies gilt nicht für verjährte Ansprüche auf rückständige Zinsen.*

Andere Formulierung von § 215 (ehemals § 390 S. 2) BGB: *Mit einer verjährten Gegenforderung kann der Schuldner noch aufrechnen, wenn er vor ihrer Verjährung aufrechnen konnte. Auf Leistungsverweigerungsrechte gestützte Einreden kann der Schuldner nach Verjährung seines Gegenanspruchs ebenfalls noch vorschützen.*

Zusatz zu § 449 (ehemals § 455) BGB: *Das Eigentum geht auch dann auf den Käufer über, wenn der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises verjährt ist.⁹⁵*

⁸⁸ Etwa beim Schenkungsvollzug; siehe *Wacke*, Donner et retenir ne vaut: Kein Schenkungsvollzug ohne Aushändigung, AcP 201 (2001) 256-274. Zur Zulässigkeit von Sicherungsübereignungen unpfändbarer Sachen o. Fn. 77.

⁸⁹ Dies entspricht der bisherigen Rechtslage (oben VIII 1), empfiehlt sich aber zwecks Klarstellung.

⁹⁰ Gilt nicht für Grundpfandrechte, abweichend vom bisherigen Recht! Oben XI.

⁹¹ Gilt also nicht für das Pfandrecht an einer Forderung: oben VIII 2.

⁹² Für die verkehrstypische Sicherungsübereignung mit Besitzvorbehalt des *Sicherungsgebers* gilt das Privileg demnach abweichend vom bisherigen Recht nicht: oben IX.

⁹³ Besitz des Schuldners oder auch qualifizierter Mitbesitz genügen nicht: oben VIII 4.

⁹⁴ Ohne verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 BGB, siehe oben VIII 1.

⁹⁵ Zur Begründung siehe bes. oben X.