

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 531

**§§ 1149, 1229 BGB  
als Ausgangspunkt für  
ein allgemeines Rechtsprinzip  
des Verfallverbots**

Eine rechtshistorische, dogmatische  
und ökonomische Analyse der *lex commissoria*

Von

Sven Gunkel



Duncker & Humblot · Berlin

SVEN GUNKEL

§§ 1149, 1229 BGB als Ausgangspunkt  
für ein allgemeines Rechtsprinzip des Verfallverbots

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 531

§§ 1149, 1229 BGB  
als Ausgangspunkt für  
ein allgemeines Rechtsprinzip  
des Verfallverbots

Eine rechtshistorische, dogmatische  
und ökonomische Analyse der *lex commissoria*

Von

Sven Gunkel



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier  
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-18299-2 (Print)  
ISBN 978-3-428-58299-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die Arbeit ist im Sommersemester 2020 am Fachbereich Rechtswissenschaft an der Universität Trier als Dissertation angenommen worden und berücksichtigt die Literatur bis Februar 2020.

Die Arbeit entstand in meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Deutsche Rechtsgeschichte von Prof. Dr. Franz Dorn. Ihm gebührt – als Betreuer dieser Arbeit – der erste und wichtigste Dank. Nicht nur für die fachlich hervorragende Betreuung, die gewinnbringende und abwechslungsreiche Zeit am Lehrstuhl, sondern auch für die Unterstützung in jeder Lebenslage möchte ich ganz herzlich Danke sagen. Zudem bin ich Herrn Prof. Dr. Thomas Rübner für seine Tätigkeit als Zweitgutachter und die wertvollen inhaltlichen Anregungen zu Dank verpflichtet, die Eingang in die Arbeit gefunden haben.

Dank gilt auch all meinen Kollegen, die mich unterstützt haben, für fachliche Diskussionen zur Verfügung standen und mir die eine oder andere abwechslungsreiche Stunde jenseits des akademischen Handwerks bereiten konnten. Insbesondere möchte ich hier meinen Bürokollegen Herrn Sebastian Borger nennen, den ich für seine Unbeschwertheit, seine Gelassenheit in allen Lagen und seinen Humor dankend hervorheben möchte.

Zusätzlich will ich mich bei meiner Familie und meinen Freunden bedanken, die mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen und immer – d. h. auch in Phasen mit wenig Zeit – das notwendige Verständnis aufbrachten. Besonderen Dank schulde ich meiner Mutter, die mir trotz aller Umstände stets ein Anker und eine Quelle der Weisheit war und ist.

Eine Herzensangelegenheit ist es mir zum Abschluss, Camilla Sophia Haake für ihre bedingungslose Unterstützung, die Liebe und die wertvollen Augenblicke neben dem juristischen Arbeiten zu danken. Ohne sie wäre diese Arbeit so nicht möglich gewesen.

Trier, März 2021

*Sven Gunkel*



# Inhaltsverzeichnis

## Teil 1

<b>Einführung</b>	15
A. Einführung	15
1. Einführung und Problemaufriss	15
2. Gang der Darstellung	18
B. Das Rechtsprinzip in der Rechtsordnung	19
1. Ein Überblick	19
2. Die Verortung des Rechtsprinzips in der Rechtsordnung	23
3. Die Wirkung des Rechtsprinzips in der Rechtsordnung	30
a) Savigny als Wegweiser	31
b) „Objektive“ und „subjektive“ Auslegung	34
c) Schlussfolgerungen für das Rechtsprinzip	39

## Teil 2

<b>Die rechtshistorische Analyse</b>	41
C. Die Entwicklung der lex commissoria und deren Verbot	41
1. Das Recht der römischen Realsicherheiten	41
a) Das römische pignus	43
b) Die lex commissoria	48
2. Das Verbot des Verfalls unter Kaiser Constantin im Jahre 320 bzw. 326	50
3. Wie wirkte sich das Verbot der lex commissoria aus? – Codex und Digesten	57
a) Stellt das Fragment in Marcellus D. 13.7.34 eine Ausnahme dar? Geht es um die Personen, den Zeitpunkt oder das verwendete Rechtsinstitut?	59
b) Blieb der Verkauf des Pfandes durch den Schuldner an den Gläubiger erlaubt?	63
c) Worum ging es in Scaevola D. 18.1.81 pr.?	67
d) Die datio in solutum als Ausnahme zum Verfallverbot?	70
4. Zusammenfassung und Fortwirkung des Verbots im justinianischen Recht	77
D. Der Verfall und sein Verbot in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Dogmatik	81
1. Die Rezeption der lex commissoria nach römischem Recht	81
a) Die mittelalterliche Interpretation	83



b) Die weiteren Entwicklungsschritte in der Neuzeit .....	90
aa) DuMoulin und seine Nachfolger .....	91
bb) Jacques de Godefroy .....	94
cc) Die Ansichten der Pandektistik und die neue Auslegung inspiriert durch Adolph Dietrich Weber .....	95
c) Der Geltungsgrund der lex commissoria .....	100
aa) Begründung durch die „boni mores“ .....	100
bb) Begründung mittels des christlichen Wucherverbots .....	101
cc) Begründung mittels des Naturrechts .....	102
dd) Begründung des Verbots durch das positive Recht .....	103
d) Zusammenfassende Überlegung .....	105
2. Das „deutsche“ Pfandrecht .....	105
a) Das Fahrnispfandrecht .....	106
b) Das Grundpfandrecht .....	115
3. Der „Konflikt“ zwischen römischer und germanisch-deutscher Ausgestaltung ....	119
E. Regelung des Verfallverbots im Partikularrecht .....	120
1. Gab es eine historische Entwicklungslinie? .....	120
a) Das Verfallverbot im Recht des alten Reiches: die Reichspolizeiordnung von 1577 .....	121
b) Das ältere Partikularrecht .....	122
c) Der Wandel vom älteren zum neueren Partikularrecht .....	124
aa) Die Entwicklung vom CMBC 1754 zum Bayrischen Entwurf eines BGB von 1861 .....	124
bb) Die Entwicklung vom Hochfürstlich Sachsen Weimar-Eisenachischen Pfand-Mandat von 1758 zum Weimarer Pfandgesetz von 1839 .....	128
cc) Zwischenfazit .....	129
2. Systematische Ausgestaltung im Partikularrecht .....	130
a) Die abstrakte Norm am Beispiel des sächsischen BGB von 1865 .....	130
b) Die Einzelregelung im Rahmen des Instituts am Beispiel des Württembergischen Pfandrechts von 1825 .....	132
3. Inhaltliche Ausgestaltung des Verfallverbots im Partikularrecht .....	135
a) Keine Äußerung zum Verfall .....	135
b) Totalverbote des Verfalls .....	135
c) Totalverbote des Verfalls unter ausdrücklicher Ablehnung der im römischen Recht entwickelten Ausnahmen .....	136
aa) Das österreichische ABGB von 1811 .....	136
bb) Das Hessische Pfandgesetz von 1858 .....	137
d) Totalverbote mit Ausnahmeverbehalt einzelner uneigentlicher Verfallklauseln .....	138
aa) Verkauf des Pfands an den Gläubiger – nach D. 20.5.12 pr. ....	138
bb) Verkauf des Pfands an den Gläubiger zu einem gerechten Preis – nach D. 20.1.16.9 .....	139

cc) Verfall des Pfands durch Überlassung an Zahlungs statt – nach D. 46.3.45 pr. 140

dd) Die nachträgliche Verfallabrede – nach D. 13.7.34 – und die preußische Sonderregel zu D. 18.1.81 pr. . . . . . 141

4. Aussagen der Partikularrechte zum Regelungszweck . . . . . 143

5. Zusammenfassende Überlegung . . . . . 146

F. Das BGB und seine Materialien . . . . . 148

1. Ein Überblick der Gesetzgebungsgeschichte des BGB . . . . . 148

2. Die Materialien zum § 1149 BGB . . . . . 151

    a) Teilentwurf Sachenrecht (TE) mit Begründung . . . . . 151

        aa) Wurde das Verfallverbot durch das Gesetz des Norddeutschen Bundes aus dem Jahr 1867 abgeschafft? . . . . . 152

        bb) Umfang und Bedeutung des Verfallverbots . . . . . 157

    b) Protokolle der 1. Kommission und die Zwischenschritte bis zum Ersten Entwurf (E I) . . . . . 160

    c) Die von den Redaktoren erstellten und veröffentlichten Motive zum E I . . . . . 162

    d) Gutachterliche Äußerungen zum E I . . . . . 164

    e) Vom E I bis zur Norm des BGB . . . . . 164

3. Die Materialien zum § 1229 BGB . . . . . 164

    a) Teilentwurf Sachenrecht (TE) mit Begründung . . . . . 164

    b) Protokolle der 1. Kommission und die Zwischenschritte bis zum Ersten Entwurf (E I) . . . . . 169

    c) Die von den Redaktoren erstellten und veröffentlichten Motive zum E I . . . . . 174

    d) Gutachterliche Äußerungen zum E I . . . . . 177

    e) Vom E I bis zur Norm des BGB . . . . . 177

4. Wie stehen die Materialien zu einem Prinzip des Verfallverbots? . . . . . 178

    a) Argumente, die gegen ein Prinzip sprechen . . . . . 178

    b) Argumente, die für ein Prinzip sprechen . . . . . 179

    c) Zwischenfazit . . . . . 181

*Teil 3*

**Die dogmatische Analyse** . . . . . 182

G. Die Normen §§ 1149, 1229 BGB . . . . . 182

1. § 1149 BGB . . . . . 182

    a) Zum Zweck der Befriedigung . . . . . 183

        aa) Rechtsprechung des RG in: RGZ 92, 101 . . . . . 185

        bb) Urteil des KG vom 28. Juli 1932 I X 446/32 . . . . . 186

        cc) Das Urteil in ROHG 7, 65 f. und die Bestätigung durch das RG in RGZ 130, 227 . . . . . 186

b)	Übertragung oder Veräußerung des Grundstücks .....	189
c)	Nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit .....	192
d)	Weitere direkte Anwendungsfälle .....	194
e)	Die analoge Anwendung von § 1149 BGB auf dinglich nicht gesicherte Gläubiger .....	194
aa)	Der Beschluss des LG Stuttgart vom 23.12.1971 – Az: 1 T 16/71 .....	195
bb)	Die Rechtsprechung des BGH in BGHZ 130, 101 .....	197
(1)	Inhalt und Problematik des Falls .....	197
(2)	Die Lösung des BGH .....	198
(3)	Kritik und Korrektur durch den Normzweck .....	200
cc)	Kann ein Schuldnerschutz über § 138 Abs. 1 BGB die Lösung sein? .....	205
(1)	Hintergründe zum § 138 BGB .....	205
(2)	Würdigung des BGH in BGHZ 130, 101 .....	208
(3)	Kritik an der Konzeption des BGH .....	209
dd)	Bewertung .....	212
ee)	Fortgesetzte Linie der Rechtsprechung .....	213
(1)	BGH V ZR 253/01 vom 25.10.2002 .....	214
(2)	BayObLG vom 07.11.1996 – 2Z BR 111/96 .....	217
g)	Zusammenfassung .....	220
2. § 1229 BGB .....		222
a)	Falls der Gläubiger nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird .....	224
b)	Vor Eintritt der Verkaufsberechtigung .....	226
c)	Vereinbarungen, nach welchen dem Gläubiger das Eigentum an der Sache zu- fallen oder übertragen werden soll .....	226
aa)	Dingliche und schuldrechtliche Verfall- und Übereignungsabreden .....	227
bb)	Zur Abgrenzung schuldrechtlicher und dinglicher Abreden: RG in SchlHolAnz 1924, S. 149 ff. ....	230
cc)	Zur Anwendbarkeit und zum Entstehungszeitpunkt der Verfallklausel: RG in SeuffA Bd. 65, Nr. 244 .....	231
dd)	Erfasst die Nichtigkeit einer schuldrechtlichen Verfallklausel auch die Ver- fügung? .....	233
d)	Gesetzliche Ausnahmefälle zum Verbot des § 1229 BGB .....	235
aa)	Abtretung an Zahlungen statt beim Forderungspfand nach § 1282 Abs. 1 S. 3 BGB .....	235
bb)	Privatverkauf nach §§ 1245, 1246 BGB .....	238
cc)	Das gewerbliche Pfandrecht nach § 1259 BGB .....	240
dd)	Bewertung .....	244
e)	Weitere Problemfälle .....	245
aa)	Die Verfallklausel als Ausgangspunkt der Auslegung des Parteiwillens .....	245
bb)	Das irreguläre Pfandrecht .....	247

3. Ergebnis der dogmatischen Analyse .....	253
a) § 1149 BGB .....	253
b) § 1229 BGB .....	254
c) Abstraktheit, Akzessorietät und der innere Zusammenhang .....	255
H. Ein Rechtsprinzip des Verfallverbots mit normativer Anwendung? .....	257
1. Das deskriptive Element .....	258
2. Das normative Element .....	259
a) Was ist der Anknüpfungspunkt für ein Rechtsprinzip des Verfallverbots? .....	259
b) Was ist der Inhalt des Verbots? .....	260
c) Welche dinglichen Sicherheiten sind erfasst? .....	261
3. Lösungsvorschlag für ein normatives Element .....	261
4. Anwendung auf die Sicherungsübereignung? .....	262
a) „Gibt es die Sicherungsübereignung?“ .....	262
b) Gilt § 1229 BGB für das Innenverhältnis der Sicherungsübereignung? .....	265
c) Die Anwendung der normativen Kriterien eines Rechtsprinzips des Verfallverbots .....	269
d) Ergebnis für die Sicherungsübereignung .....	270
5. Anwendung auf die Sicherungsabtretung? .....	272
a) Überblick über die Sicherungsabtretung .....	272
b) Die geschichtliche Entwicklung der Sicherungsabtretung .....	274
c) Die Diskussion um die Rechtsnatur .....	276
d) Anwendung der normativen Kriterien eines Rechtsprinzips des Verfallverbots .....	279
e) Ergebnis für die Sicherungsabtretung .....	280
6. Anwendung auf die Vormerkung? .....	280
a) Ein Überblick über das Institut der Vormerkung und seine Entstehung .....	281
b) Die Vormerkung als Sicherung einer Verfallklausel .....	284
c) Die Anwendung der normativen Kriterien eines Rechtsprinzips des Verfallverbots .....	285
aa) Der Tatbestand des Rechtsprinzips des Verfallverbots .....	285
bb) Gefährdungslage des Schuldners .....	288
cc) Rechtsfolge einer Anwendung des Verfallverbots .....	291
d) Ergebnis für die Vormerkung .....	292
7. Die Anwendung auf das „Sale-and-lease-back“-Verfahren .....	293
8. Abgrenzung gegenüber anderen Vertragskonstruktionen .....	296
a) Das Strafversprechen .....	296
b) Der Wiederkauf .....	297
9. Ergebnis .....	298

I. Die „Bestätigung“ des Verfallverbots? .....	300
1. Ökonomische Analyse der §§ 1149, 1229 BGB und eines Rechtsprinzips .....	300
a) Die ökonomische Analyse des Rechts .....	300
b) Anwendung auf die Normen der §§ 1149, 1229 BGB .....	307
aa) Kosten des Zustands „A“ – Kosten des Verfalls .....	308
bb) Kosten des Zustands „B“ – Kosten der gesetzlichen Verwertung .....	310
cc) Ergebnis des Vergleichs .....	313
c) Kritik durch die Verhaltensökonomie .....	313
d) Abschließendes Ergebnis der ökonomischen Analyse des Verfallprinzips .....	320
2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Prinzip des Verfallverbots .....	321
a) Vereinbarkeit mit dem grundrechtlichen Eigentumsschutz (Art. 14 GG) .....	322
aa) Die direkten Anwendungsfälle der §§ 1149, 1229 BGB .....	323
bb) Die analogen Anwendungsfälle .....	325
b) Bedeutung für ein Rechtsprinzip des Verfallverbots .....	326
3. Der Verfall im Zusammenhang von Schuld und Haftung .....	327
4. Schlusswort .....	330
J. Zusammenfassung der Ergebnisse .....	331
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>338</b>
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	<b>367</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	Andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die österreichischen Erblande
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bspw.	Beispielsweise
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex
CIC	Corpus Iuris Civilis
CTh	Codex Theodosianus
D.	Digesten
d. h.	das heißt
f.	folgende
ff.	folgende
GG	Grundgesetz
HRG	Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
insb.	Insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
JuS	Juristische Schulung
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NIÖ	(Neue) Institutionenökonomik
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte
RG	Reichsgericht
RGKR	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhNotZ	Zeitschrift für das Notariat
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s. o.	siehe oben

s. u.	siehe unten
SeuffA	Seufferts Archiv
sog.	Sogenannte/n/s
Sp.	Spalte
TE	Teilentwurf
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRG GA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung – Germanistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift für Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung – Romanistische Abteilung

## Teil I

# Einführung

## A. Einführung

### 1. Einführung und Problemaufriss

Geht man von der gesetzlichen Konzeption des Pfand- und Hypothekenrechts aus, sieht der Gesetzgeber des BGB in diesen akzessorischen und dinglichen Sicherungsrechten ein Mittel, mit dem sich ein Gläubiger vor dem Zahlungsausfall des Schuldners schützen kann. Die in den Normen der §§ 1113 ff. und der §§ 1204 ff. BGB beschriebenen Institute sehen im Fall des Zahlungsausfalls wie selbstverständlich die Befriedigung des Gläubigers mit dem durch öffentlichen Verkauf erzielten Erlös der Sache vor. Mit anderen Worten, die dinglichen Sicherheiten des Hypotheken- und Pfandrechts wurden als Verkaufspfand konstruiert. Insbesondere wurde in den Normen der §§ 1149, 1229 BGB die Möglichkeit ausgeschlossen, die Art und Weise der Verwertung vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit abzuändern. Nach dem Tatbestand ist neben dem „Verfall“ des Pfandes, bei dem der Schuldner vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit zugunsten des Gläubigers auf sein Eigentum an dem verpfändeten Gegenstand verzichtet, auch die Abweichung vom gesetzlich vorgeschriebenen Verwertungsverfahren erfasst.

Schaut man auf die lange Entwicklungsgeschichte des Verfallverbots – des Verbots der pfandrechtlichen *lex commissoria* –, zeigt sich, dass dieses seit jeher unterschiedlich bewertet wurde.<sup>1</sup> Letztlich verwundert die Aufnahme des aus dem römischen Recht rezipierten Verbots in das BGB nicht. Es stellte sich jedoch seit diesem Zeitpunkt die Frage, welcher Anwendungsbereich den Regelungen der §§ 1149, 1229 BGB zuteil wurde. Wann liegen die Tatbestandsmerkmale der Normen vor? Gibt es Ausnahmen, wie sie in den früheren Rechtsordnungen anerkannt waren?

---

<sup>1</sup> Schon vor dem BGB wurden Versuche unternommen, die Rechtsnatur des Verbots zu ergründen. Besonders hervorzuheben ist die Leistung Warnkönigs, der in der Mitte des 19. Jahrhunderts ein umfassendes Quellenstudium betrieb, siehe: *Warnkönig*: Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der *Lex commissoria* beim Pfandrechte, in: *Archiv für die Civilistische Praxis* (AcP) 24, S. 1–38; 312–388; sowie: *Warnkönig*: Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der *Lex commissoria* beim Pfandrechte, in: *Archiv für die Civilistische Praxis* (AcP) 25, S. 60–114; 226–255; 420–439.



Nicht weniger erheblich war die Frage nach dem Normzweck. Immer wenn der Tatbestand nicht anwendbar war, aber eine entsprechende Anwendung möglich schien, wurde über eine Erweiterung der Normen mittels Analogie diskutiert. Dabei spielte die gesetzlich nicht geregelte Sicherungsübereignung eine besondere Rolle. War das Verbot des Verfalls auf diese anzuwenden? Verbot nicht sogar der § 1229 BGB die Sicherungsübereignung als Institut? Die erste weitreichende dogmatische Bearbeitung dieser Fragen für das BGB unternahm Raape im Jahr 1913, der eine weite Anwendung des Verbots forderte. Seine dogmatische Arbeit bemüht sich um eine saubere Abgrenzung des Verbots von anderen Instituten und um eine inhaltliche Bestimmung. Auf dieser Grundlage schloss sich die für die heutige Rechtsentwicklung wohl wesentlichste Bearbeitung des Problems an, die Arbeit von Gaul aus dem Jahr 1968.<sup>2</sup> Die für ihn entscheidende Frage war die Anwendung der Normen auf die gesetzlich nicht ausgestaltete Sicherungsübereignung. Die Antwort stützte er auf eine neue Erkenntnis: Nach seinem Dafürhalten lag im Verbot des Verfalls ein „allgemeines Prinzip“<sup>3</sup>, das in den Normen der §§ 1149, 1229 BGB Ausdruck fand. Das Verfallverbot sollte nicht auf die gesetzlich geregelten Fälle beschränkt bleiben, sondern bei einer vergleichbaren Interessenlage eine entsprechende Anwendung verlangen. Für Gaul war – mit einem kurzen Blick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung – klar, dass die Norm sollte den Schuldner schützen sollte. Immer, wenn eine entsprechende Gefahrenlage für den Schuldner erkennbar war, war nach dem allgemeinen (Rechts-)Prinzip des Verfallverbots eine entsprechende Anwendung des Verbots geboten. Mit einem neuen methodischen Ansatz – der Verwendung eines Rechtsprinzips – bestätigte sich auch die Anwendung des Verbots auf die Sicherungsübereignung.<sup>4</sup>

Die Arbeit Gauls rückte auch in den Blick der Rechtsprechung, als das LG Stuttgart 1976 in einer Entscheidung<sup>5</sup> das Verfallverbot des § 1149 BGB analog auf einen dinglich nicht gesicherten Bürgen anwendete, dem ein Grundstück verfallen war. Das ausschlaggebende Argument war die Aufnahme der Idee eines Rechtsprinzips, das die entsprechende Anwendung auf den zu entscheidenden Fall leicht machte. Das Urteil wurde schnell in die gängigen Kommentare der Zeit übernommen, die die Wertung des LG Stuttgarts mit dem Verweis auf die Arbeit Gauls bestätigten und von nun an das Verfallverbot als „*allgemeinen Rechtsgrundsatz*“ anerkannten.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Gaul: Lex commissoria und Sicherungsübereignung, in: AcP 1968 (168), S. 351 ff.

<sup>3</sup> Zitat: Gaul: Lex commissoria und Sicherungsübereignung, in: AcP 1968 (168), S. 351, 380.

<sup>4</sup> Siehe im Gesamten: Gaul: Lex commissoria und Sicherungsübereignung, in: AcP 1968 (168), S. 351 ff.

<sup>5</sup> Urteil des LG Stuttgart, Az.: 1 T 16/71, in: BWNotZ 1976, S. 86 ff.

<sup>6</sup> Eickmann, in: Rebmann/Säcker, Münchener Kommentar BGB §§ 854–1296, § 1149, 2. Aufl. von 1986, Rn. 12; Bassenge, Palandt BGB-Kommentar, § 1149, 54. Aufl. von 1995, Rn. 1; Konzen, in: Soergel, BGB-Kommentar §§ 854–1296, Bd. 6, § 1149, 12. Aufl. von 1989, Rn. 4.

Dieser Rechtszustand bestand bis ins Jahr 1995, als der BGH erstmals in einem Urteil<sup>7</sup> zu der Problematik des dinglich nicht gesicherten Gläubigers im Rahmen eines Dreipersonenverhältnisses Stellung nahm. Im zugrundeliegenden Sachverhalt sah sich die Schuldnerin eines Darlehns einer Verfallklausel ausgesetzt, die zugunsten einer Bürgin auf das mit einer dritten Person abgeschlossene und durch Grundschuld gesicherte Darlehn der Schuldnerin Bezug nahm. Der BGH verweigerte der Schuldnerin sowohl die direkte als auch die analoge Anwendung des § 1149 BGB und widersprach der vorausgegangenen Entscheidung des LG Stuttgart und damit der mittlerweile weit verbreiteten Meinung im Schrifttum. Normzweck der §§ 1149, 1229 BGB sollte nicht mehr der Schuldnerschutz sein, sondern ein Verbot der Umwandlung der dinglichen Sicherheit. War der Begünstigte einer Verfallklausel schon nicht dinglich gesichert, konnte eine Anwendung des § 1149 BGB nicht in Betracht kommen. Zudem sei – mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte – auch die Beschreibung als „allgemeiner Rechtsatz“ abzulehnen. Nach dem Urteil von 1995 wurde in späteren Entscheidungen stets auf die geänderte Rechtsvorstellung Bezug genommen.<sup>8</sup> Im Schrifttum bejahen<sup>9</sup> heute hingegen ebenso viele Autoren das Rechtsprinzip, wie andere es ablehnen<sup>10</sup>. Zudem setzt sich die Diskussion auch im Rahmen der Sicherungsübereignung fort.<sup>11</sup>

Bis heute kann damit die wissenschaftliche Bearbeitung der Problematik nicht als abgeschlossen gelten. Wie kommt es, dass sich beide Positionen auf die historische Entwicklung der Norm berufen? Die vorliegende Arbeit möchte eine wissenschaftlich tragfähige Antwort geben. Beleuchtet werden in der Auseinandersetzung drei Problemkreise:

Erstens: Wie weit reicht die Geltung der Normen der §§ 1149, 1229 BGB, geht sie über den unmittelbaren Anwendungsfall des Hypotheken- und Pfandrechts hinaus?<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Urteil des BGH, in: BGHZ 130, 101.

<sup>8</sup> BGH V ZR 253/01 vom 25. 10. 2002, in: NJW 2003, S. 1041 ff.; BayObLG vom 07. 11. 1996 – ZZ BR 111/96, in: DNotZ 1997, S. 727 ff.

<sup>9</sup> *Konzen*, in: Soergel, BGB-Kommentar (§§ 1018–1296), § 1149, Rn. 4; *Liedler*, Münchener Kommentar BGB (§§ 854–1296), § 1149, Rn. 12; *Gaul*: Lex commissoria und Sicherungsübereignung, in: AcP 1968 (168), S. 351 ff.

<sup>10</sup> *Wenzel*, in: *Erman*, BGB-Kommentar, Bd. II, § 1149, Rn. 1; *Bassenge*, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 1149; *Wolfsteiner*, in: Staudinger, BGB-Kommentar (§§ 1113–1203), § 1149 BGB, Rn. 25; *Wilhelm*: Sachenrecht, Rn. 1634 mit Fn. 2607.

<sup>11</sup> Bejahend: *Kindl*, in: BeckOK BGB, § 930, Rn. 36; *Meller-Hannich/Schilken*, Nomos BGB-Kommentar, Bd. 3, § 930, Rn. 78; *Eckert*, BGB-Handkommentar, § 930, Rn. 25; *Jauernig*, in: Jauernig, BGB-Kommentar, § 930, Rn. 37; *Henssler*, in: Soergel, BGB-Kommentar (§§ 845–984), Anh. § 930, Rn. 80; *Wiegand*, in: Staudinger, BGB-Kommentar (§§ 925–984; Anh. zu §§ 929 ff.), Anh. zu §§ 929–931, Rn. 234; *Baur/Baur/Stürner*: Sachenrecht, § 57, Rn. 16. Ablehnend: *Bayer*, in: Erman, BGB-Kommentar, Bd. II, Anh. §§ 929–931, Rn. 26; *Bassenge*, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 930, Rn. 33; *Westermann*: Sachenrecht, § 44 V 2 c), S. 355. So wohl auch BGH NJW 1980, S. 226, 227.

<sup>12</sup> Insbesondere mit Bezug auf die Arbeiten von: *Gaul*: Lex commissoria und Sicherungsübereignung, in: AcP 1968 (168), S. 351 ff.; *Raape*: Die Verfallklausel. Für das heutige