



# Spuren des römischen Rechts

**Festschrift für Bruno Huwiler  
zum 65. Geburtstag**

Herausgegeben von:

Pascal Pichonnaz  
Nedim Peter Vogt  
Stephan Wolf

*Bruno Huwiler*



Stämpfli Verlag AG Bern · 2007

---

# Zum Nutzungspfandrecht und seinen Erscheinungsarten – ein Streifzug von Rom ins ZGB

STEPHAN WOLF

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	725
II.	Allgemeines .....	727
	1. Abgrenzung von Nutzungspfandrecht und Fruchtspfandrecht.....	727
	2. Nutzungspfandrecht und Antichrese.....	728
	3. Dingliche und obligatorische Nutzungsberechtigungen .....	729
III.	Römisches Recht.....	729
	1. Allgemeines zum Pfandrecht in Rom .....	729
	2. Nutzung der Pfandsache durch den Pfandgläubiger .....	730
	3. Erscheinungsarten des Nutzungspfandrechts.....	731
	3.1. Einleitende Bemerkung.....	731
	3.2. Reine Zinsnutzung .....	731
	3.3. Gemischte Zins-/Amortisationsnutzung .....	732
	3.4. Reine Amortisationsnutzung.....	733
	3.5. Verzugsnutzung .....	733
IV.	Hinweise auf die deutsch-rechtlichen Verhältnisse.....	734
V.	Zur Entwicklung in den kantonalen Rechten .....	735
VI.	Schweizerisches Recht.....	736
	1. Einleitende Bemerkungen.....	736
	2. Die Erläuterungen von Eugen Huber.....	736
	3. Die geltende Regelung im Einzelnen .....	737
	3.1. Grundstücke.....	737
	3.2. Bewegliche Sachen .....	739
VII.	Schluss .....	742

## I. Einleitung

Das Pfandrecht ist ein sehr altes Institut, das im Verlaufe seiner langen Geschichte mannigfaltige Entwicklungen durchlaufen und unterschiedlichste Ausprägungen erfahren hat. Es verleiht nach allgemeiner Auffassung vor der Pfandreife ein dingliches *Sicherungsrecht* und nach Fälligkeit der Forderung

– bei Pfandreife – ein *Verwertungsrecht*<sup>1</sup>. Innerhalb der der Systematik des ZGB entsprechenden Unterteilung der beschränkten dinglichen Rechte gehört das Pfandrecht zu den Wert- oder Haftungsrechten und nicht zu den Nutzungs- oder Gebrauchsrechten<sup>2</sup>. Dennoch sind aus verschiedenen Zeitepochen auch dingliche Nutzungsrechte des Gläubigers am Pfandobjekt bekannt. Bereits in ältesten Rechtsquellen finden sich *Nutzungspfandrechte*. Prominent ist diesbezüglich insbesondere die in den Rechten der Keilschriftquellen, im hebräischen, griechischen und gräko-ägyptischen Rechtskreis bekannte Figur der Antichrese<sup>3</sup>; diese wird allerdings begrifflich in sehr unterschiedlicher und später in nicht immer den antiken Quellen entsprechender Weise verwendet<sup>4</sup>. Nutzungspfandrechte sind auch dem römischen Recht bekannt<sup>5</sup>. Ebenso haben sie in der Vergangenheit im deutschen Recht sowohl bei Grundstücken als auch bei Fahrnis eine nicht unbedeutende Rolle gespielt<sup>6</sup>. In den modernen Rechten sind Nutzungspfandrechte selten – und zum Teil gar von Gesetzes wegen unzulässig – geworden, kommen aber weiterhin vor<sup>7</sup>. Der vorliegende, meinem akademischen Lehrer Bruno Huwiler gewidmete Beitrag befasst sich streifzugartig mit dem Nutzungspfandrecht und seinen Erscheinungsarten in verschiedenen Rechtsepochen. Er wandelt dabei – dem

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler für das römische Recht MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18. Auflage, München 2005, § 31 Rz. 31, und für die Schweiz PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Aufl., Zürich 2002 (zitiert: TUOR/SCHNYDER/SCHMID), S. 731.

<sup>2</sup> Siehe statt vieler HEINZ REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2000, Rzn. 228 ff.

<sup>3</sup> Vgl. MAX KASER, *Besitzpfand und „besitzloses“ Pfand*, in: Pontificium Institutum Utriusque Iuris, *Studia et documenta historiae et iuris*, Rom 1979 (zitiert: KASER, SD), S. 80 f., mit Hinweisen. Siehe zu den Quellen insbesondere ALFRED MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, Ein Institut der antiken Rechte*, Berlin 1910, passim.

<sup>4</sup> Dazu Näheres in II.2. hienach.

<sup>5</sup> Statt vieler KASER/KNÜTEL (Fn. 1), § 31 Rz. 32.

<sup>6</sup> PHILIPP HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen 1930, § 81 Ziff. 10 und § 103 Ziff. 2 lit. b.

<sup>7</sup> Die Regelungen in den einzelnen europäischen Rechtsordnungen sind unterschiedlich. Für das geltende schweizerische Recht vgl. die Ausführungen unter VI.3. hienach. In Deutschland enthält § 1213 BGB eine bewegliche Sachen betreffende Normierung des Nutzungspfandrechtes. Für Grundstücke ist das Institut nicht in das BGB aufgenommen worden; vgl. JÜRGEN F. BAUR/ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, 17. Aufl., München 1999, S. 154 und 361. In Österreich wird das Nutzungspfandrecht durch § 1372 ABGB verboten; vgl. dazu BERNHARD A. KOCH, in: HELMUT KOZIOL/PETER BYDLINSKI/RAIMUND BOLLENBERGER (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch samt Ehegesetz und Konsumentenschutzgesetz*, Wien/New York 2005, Rz. 6 zu § 1371–1372 ABGB. Für Frankreich findet sich das Nutzungspfandrecht an Grundstücken gesetzlich geregelt in Art. 2085–2091 CCfr; siehe dazu MURAT FERID/HANS JÜRGEN SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 2: *Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 1986. In Italien liegt eine Regelung der Antichrese an Immobilien in Art. 1960–1964 CCit vor. Die Antichrese des italienischen Rechts begründet allerdings kein dingliches Recht; vgl. ANDREA TORRENTE/PIERO SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Diciassettesima edizione, Milano 2004, S. 612 f.

Titel der dem Jubilar zugedachten Festschrift entsprechend – auf den „Spuren des römischen Rechts“ bis hin ins ZGB.

Nachfolgend sind vorerst einige *allgemeine Überlegungen* zum Thema anzustellen<sup>8</sup>. Sodann ist auf das *römische Recht* einzugehen<sup>9</sup>. Danach folgen Hinweise auf die *deutsch-rechtlichen Verhältnisse*<sup>10</sup> sowie auf die Entwicklung in den *kantonalen Rechten*<sup>11</sup>. Weiter ist das *schweizerische Recht* zu behandeln<sup>12</sup> und zuletzt sind *Schlussbetrachtungen* anzustellen<sup>13</sup>.

## II. Allgemeines

### 1. Abgrenzung von Nutzungspfandrecht und Fruchtpfandrecht

Das Nutzungspfandrecht ist – trotz einer gewissen Verwandtschaft der beiden Institute – abzugrenzen vom Fruchtpfandrecht.

Das *Fruchtpfand* charakterisiert sich dadurch, dass die Früchte der Pfandsache von der Pfandhaft miterfasst werden<sup>14</sup>. Es entsteht hier somit zugunsten des Gläubigers an den Früchten nicht ein Eigentums-, sondern nur ein *Pfandrecht*, das erst bei Fälligkeit der Forderung geltend gemacht werden kann<sup>15 16</sup>.

Beim *Nutzungspfand* erlangt der Gläubiger dagegen ein unmittelbares Nutzungsrecht am Pfandobjekt<sup>17</sup>. Er erwirbt das *Eigentum* an den Früchten mit der Perzeption. Der Eigentumserwerb kann dabei auch schon vor Fälligkeit der Forderung stattfinden<sup>18</sup>.

- <sup>8</sup> II.
- <sup>9</sup> III.
- <sup>10</sup> IV.
- <sup>11</sup> V.
- <sup>12</sup> VI.
- <sup>13</sup> VII.

<sup>14</sup> Vgl. die Umschreibung in § 1212 BGB unter dem Randtitel „Erstreckung auf getrennte Erzeugnisse“: „Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden“.

<sup>15</sup> MANIGK (Fn. 3), S. 46.

<sup>16</sup> Nach schweizerischem Recht bedarf das Fruchtpfandrecht bei verpfändeten Mobilien gemäss Art. 892 Abs. 2 ZGB einer besonderen Vereinbarung; vgl. GOTTFRIED WEISS, *Das Recht der Grundpfandgläubiger an den Erträgen des verpfändeten Grundstücks*, Habil. Zürich, St. Gallen 1936, S. 19. Zu den Grundregeln des Fruchtpfandrechts bei Grundstücken DERS., S. 26 ff.

<sup>17</sup> Siehe für das deutsche Recht unter dem Randtitel „Nutzungspfand“ § 1213 Abs. 1 BGB: „Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, dass der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen“.

<sup>18</sup> MANIGK (Fn. 3), S. 46; WEISS (Fn. 16), S. 3 f.; HANS LEEMANN, *Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, II. Abt.: Art. 730–918 ZGB*, Bern 1925 (zitiert: BK-LEEMANN), N. 10 zu Art. 890 ZGB. Vgl. auch J. VON STAUDINGER/WOLFGANG WIEGAND, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3, Sachenrecht, 13. Bearbeitung, Berlin 2002, Rz. 3 zu § 1213 BGB, wonach der Nutzungspfandgläubiger an den natürlichen Früchten mit der Trennung (§ 954

– bei Pfandreife – ein *Verwertungsrecht*<sup>1</sup>. Innerhalb der der Systematik des ZGB entsprechenden Unterteilung der beschränkten dinglichen Rechte gehört das Pfandrecht zu den Wert- oder Haftungsrechten und nicht zu den Nutzungs- oder Gebrauchsrechten<sup>2</sup>. Dennoch sind aus verschiedenen Zeitepochen auch dingliche Nutzungsrechte des Gläubigers am Pfandobjekt bekannt. Bereits in ältesten Rechtsquellen finden sich *Nutzungspfandrechte*. Prominent ist diesbezüglich insbesondere die in den Rechten der Keilschriftquellen, im hebräischen, griechischen und gräko-ägyptischen Rechtskreis bekannte Figur der Antichrese<sup>3</sup>; diese wird allerdings begrifflich in sehr unterschiedlicher und später in nicht immer den antiken Quellen entsprechender Weise verwendet<sup>4</sup>. Nutzungspfandrechte sind auch dem römischen Recht bekannt<sup>5</sup>. Ebenso haben sie in der Vergangenheit im deutschen Recht sowohl bei Grundstücken als auch bei Fahrnis eine nicht unbedeutende Rolle gespielt<sup>6</sup>. In den modernen Rechten sind Nutzungspfandrechte selten – und zum Teil gar von Gesetzes wegen unzulässig – geworden, kommen aber weiterhin vor<sup>7</sup>. Der vorliegende, meinem akademischen Lehrer Bruno Huwiler gewidmete Beitrag befasst sich streifzugartig mit dem Nutzungspfandrecht und seinen Erscheinungsarten in verschiedenen Rechtsepochen. Er wandelt dabei – dem

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler für das römische Recht MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18. Auflage, München 2005, § 31 Rz. 31, und für die Schweiz PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Aufl., Zürich 2002 (zitiert: TUOR/SCHNYDER/SCHMID), S. 731.

<sup>2</sup> Siehe statt vieler HEINZ REY, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2000, Rzn. 228 ff.

<sup>3</sup> Vgl. MAX KASER, *Besitzpfand und „besitzloses“ Pfand*, in: *Pontificium Institutum Utriusque Iuris, Studia et documenta historiae et iuris*, Rom 1979 (zitiert: KASER, SD), S. 80 f., mit Hinweisen. Siehe zu den Quellen insbesondere ALFRED MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, Ein Institut der antiken Rechte*, Berlin 1910, passim.

<sup>4</sup> Dazu Näheres in II.2. hienach.

<sup>5</sup> Statt vieler KASER/KNÜTEL (Fn. 1), § 31 Rz. 32.

<sup>6</sup> PHILIPP HECK, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen 1930, § 81 Ziff. 10 und § 103 Ziff. 2 lit. b.

<sup>7</sup> Die Regelungen in den einzelnen europäischen Rechtsordnungen sind unterschiedlich. Für das geltende schweizerische Recht vgl. die Ausführungen unter VI.3. hienach. In Deutschland enthält § 1213 BGB eine bewegliche Sachen betreffende Normierung des Nutzungspfandrechts. Für Grundstücke ist das Institut nicht in das BGB aufgenommen worden; vgl. JÜRGEN F. BAUR/ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, 17. Aufl., München 1999, S. 154 und 361. In Österreich wird das Nutzungspfandrecht durch § 1372 ABGB verboten; vgl. dazu BERNHARD A. KOCH, in: HELMUT KOZIOL/PETER BYDLINSKI/RAIMUND BOLLENBERGER (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch samt Ehegesetz und Konsumentenschutzgesetz*, Wien/New York 2005, Rz. 6 zu § 1371–1372 ABGB. Für Frankreich findet sich das Nutzungspfandrecht an Grundstücken gesetzlich geregelt in Art. 2085–2091 CCfr; siehe dazu MURAT FERID/HANS JÜRGEN SONNENBERGER, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 2: *Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 1986. In Italien liegt eine Regelung der Antichrese an Immobilien in Art. 1960–1964 CCit vor. Die Antichrese des italienischen Rechts begründet allerdings kein dingliches Recht; vgl. ANDREA TORRENTE/PIERO SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato, Diciassettesima edizione*, Milano 2004, S. 612 f.

Titel der dem Jubilar zugeordneten Festschrift entsprechend – auf den „Spuren des römischen Rechts“ bis hin ins ZGB.

Nachfolgend sind vorerst einige *allgemeine Überlegungen* zum Thema anzustellen<sup>8</sup>. Sodann ist auf das *römische Recht* einzugehen<sup>9</sup>. Danach folgen Hinweise auf die *deutsch-rechtlichen Verhältnisse*<sup>10</sup> sowie auf die Entwicklung in den *kantonalen Rechten*<sup>11</sup>. Weiter ist das *schweizerische Recht* zu behandeln<sup>12</sup> und zuletzt sind *Schlussbetrachtungen* anzustellen<sup>13</sup>.

## II. Allgemeines

### 1. Abgrenzung von Nutzungspfandrecht und Fruchtspfandrecht

Das Nutzungspfandrecht ist – trotz einer gewissen Verwandtschaft der beiden Institute – abzugrenzen vom Fruchtspfandrecht.

Das *Fruchtspfand* charakterisiert sich dadurch, dass die Früchte der Pfandsache von der Pfandhaft miterfasst werden<sup>14</sup>. Es entsteht hier somit zugunsten des Gläubigers an den Früchten nicht ein Eigentums-, sondern nur ein *Pfandrecht*, das erst bei Fälligkeit der Forderung geltend gemacht werden kann<sup>15 16</sup>.

Beim *Nutzungspfand* erlangt der Gläubiger dagegen ein unmittelbares Nutzungsrecht am Pfandobjekt<sup>17</sup>. Er erwirbt das *Eigentum* an den Früchten mit der Perzeption. Der Eigentumserwerb kann dabei auch schon vor Fälligkeit der Forderung stattfinden<sup>18</sup>.

<sup>8</sup> II.

<sup>9</sup> III.

<sup>10</sup> IV.

<sup>11</sup> V.

<sup>12</sup> VI.

<sup>13</sup> VII.

<sup>14</sup> Vgl. die Umschreibung in § 1212 BGB unter dem Randtitel „Erstreckung auf getrennte Erzeugnisse“: „Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden“.

<sup>15</sup> MANIGK (Fn. 3), S. 46.

<sup>16</sup> Nach schweizerischem Recht bedarf das Fruchtspfandrecht bei verpfändeten Mobilien gemäss Art. 892 Abs. 2 ZGB einer besonderen Vereinbarung; vgl. GOTTFRIED WEISS, *Das Recht der Grundpfandgläubiger an den Erträgen des verpfändeten Grundstücks*, Habil. Zürich, St. Gallen 1936, S. 19. Zu den Grundregeln des Fruchtspfandrechts bei Grundstücken DERS., S. 26 ff.

<sup>17</sup> Siehe für das deutsche Recht unter dem Randtitel „Nutzungspfand“ § 1213 Abs. 1 BGB: „Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, dass der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen“.

<sup>18</sup> MANIGK (Fn. 3), S. 46; WEISS (Fn. 16), S. 3 f.; HANS LEEMANN, *Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht, II. Abt.: Art. 730–918 ZGB*, Bern 1925 (zitiert: BK-LEEMANN), N. 10 zu Art. 890 ZGB. Vgl. auch J. VON STAUDINGER/WOLFGANG WIEGAND, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 3, *Sachenrecht*, 13. Bearbeitung, Berlin 2002, Rz. 3 zu § 1213 BGB, wonach der Nutzungspfandgläubiger an den natürlichen Früchten mit der Trennung (§ 954

## 2. Nutzungspfandrecht und Antichrese

Nutzungspfandrecht und Antichrese sind nach hier vertretenem Verständnis zwar ähnliche, sich teilweise auch überschneidende, aber doch *nicht identische Institute*. In der Literatur werden die beiden Figuren allerdings nicht selten als ein und dasselbe behandelt, dies insbesondere infolge einer im Grunde geschichtlich nicht haltbaren einschränkenden Verwendung des Begriffs der Antichrese<sup>19</sup>.

Historisch ist die *Antichrese* ganz allgemein „eine Einrichtung, bei der die Nutzung eines Gegenstandes im Austausch gegen irgendetwas überlassen wird“<sup>20</sup>. Sie kommt mit und ohne Verpfändung vor<sup>21</sup>. Statt mit einem Pfandrecht kann sie sich auch etwa mit einem blossen Zurückbehaltungsrecht verbinden<sup>22</sup>. Das Typische an der Antichrese ist mithin nicht das Pfandrecht, sondern dass *der Gläubiger den Nutzen* des überlassenen Objektes *ziehen soll*<sup>23</sup>, sei das mit oder ohne Anrechnung auf die Schuld (Zinsen und/oder Kapital). Die Antichrese erweist sich insofern als ein vom Pfandrecht unabhängiges Institut und somit als die *allgemeinere, weitere Figur* als das – eine Verpfändung begriffsnotwendig voraussetzende – Nutzungspfandrecht<sup>24</sup>. Anders ausgedrückt ist jedes Nutzungspfandrecht eine Antichrese, aber nicht jede Antichrese ein Nutzungspfandrecht.

Wohl im Nachgang zur und damit unter dem Einfluss der insoweit nicht den antiken Quellen entsprechenden Pandektenlehre<sup>25</sup> wird die *Antichrese* im heutigen *schweizerischen Schrifttum* im Allgemeinen *enger verstanden als das Nutzungspfandrecht*. Als Antichrese wird nämlich regelmässig nur das Pfandverhältnis bezeichnet, bei dem die Nutzung der Pfandsache an die Stelle der Zinsen tritt<sup>26</sup>. Dabei handelt es sich – wie zu zeigen sein wird<sup>27</sup> – zwar in

der Tat um eine mögliche Erscheinungsart des Nutzungspfandrechts; das Institut der Antichrese reicht aber – wie eben gesagt<sup>28</sup> – insgesamt über die Kategorie des Pfandrechts hinaus.

## 3. Dingliche und obligatorische Nutzungsberechtigungen

Gebrauchs- und Nutzungsberechtigungen können auf dinglicher oder obligatorischer Grundlage beruhen. Obligatorische Gebrauchsbefugnisse vermittelt etwa die Miete, obligatorische Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse z.B. die Pacht<sup>29</sup>. Die vorliegenden Ausführungen haben das Nutzungspfandrecht zum Gegenstand; sie beziehen sich deshalb ausschliesslich auf dingliche Nutzungsberechtigungen des Pfandgläubigers.

## III. Römisches Recht

### 1. Allgemeines zum Pfandrecht in Rom

Das römische Recht kennt *zwei Varianten* des Pfandrechts, die sich nicht in ihrem Inhalt, wohl aber in der Art ihrer Begründung unterscheiden, nämlich das Besitzpfand (*pignus datum* oder kurz *pignus*) und das besitzlose Pfand (*pignus obligatum* oder *hypotheca*)<sup>30</sup>. Die Regelung der beiden Pfandrechtsarten erweist sich allerdings als weitgehend identisch<sup>31</sup>.

Beim Besitzpfand erlangt der Pfandgläubiger unmittelbar mit der Bestellung des Pfandes den Besitz an der Sache, beim besitzlosen Pfand kann er dessen Einräumung erst bei Fälligkeit der Forderung verlangen<sup>32</sup>. Die Unter-

BGB) und an mittelbaren Früchten (§ 99 Abs. 3 BGB) mit der Übertragung der Leistung Eigentum erwirbt.

<sup>19</sup> Dazu sogleich Näheres im Text.

<sup>20</sup> KASER, SD (Fn. 3), S. 80, mit Hinweisen auf die Überlieferung des Wortes in Fn. 281.

<sup>21</sup> Vgl. CHRISTIAN FRIEDRICH GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. XIV, Erlangen 1813, S. 105; MANIGK (Fn. 3), S. 7 f. und 48 ff.; BIONDO BIONDI, Il diritto romano, Storia di Roma, Volume XX, Bologna 1957, S. 471; KASER, SD (Fn. 3), S. 81.

<sup>22</sup> Siehe KASER/KNÜTEL (Fn. 1), § 31 Rz. 32.

<sup>23</sup> Vgl. GLÜCK (Fn. 21), S. 105.

<sup>24</sup> Siehe BIONDI (Fn. 21), S. 471: „... l'istituto, ..., aveva applicazione più generale ed indipendente dal pegno“.

<sup>25</sup> Vgl. MANIGK (Fn. 3), S. 7 ff., mit Kritik an der Pandektendoktrin, welche die Antichresis als „Nutzpfand“ überliefert hat; siehe auch DERS., S. 44 ff.

<sup>26</sup> So DIETER ZOBL, Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilbd: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilbd.: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 2. Aufl., Bern 1982 (zitiert: BK-ZOBL), Syst. Teil N. 505 f.; KARL OFTINGER/ROLF BÄR, Zürcher Kommentar, IV. Band: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Dreiundzwanzigster Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884–918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Aufl., Zürich 1981 (zitiert: ZK-OFTINGER/BÄR), N. 17 zu

Art. 890 ZGB; THOMAS BAUER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (zitiert: BSK-BAUER), N. 9 zu Art. 892 ZGB. Demgegenüber gleichbedeutend – und nach dem im Text Gesagten auch nicht den Quellen entsprechend – die Verwendung der Begriffe Nutzungspfandrecht und Antichrese bei TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 1), S. 1051, sowie HANS MICHAEL RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2000, § 31 N. 21.

<sup>27</sup> III.3. hienach.

<sup>28</sup> II.2. i.i., insbesondere vor Fn. 24.

<sup>29</sup> Vgl. EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 183, 185 und 187.

<sup>30</sup> Ulpian D. 13,7,9,2: „proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem“.

<sup>31</sup> Zum Ganzen BIONDI (Fn. 21), S. 470 f. Siehe auch HEINRICH HONSELL, Römisches Recht, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 2006, S. 80 f.; KASER/KNÜTEL (Fn. 1), § 31 Rz. 14; PETER APATHY/GEORG KLINGENBERG/HERWIG STIEGLER, Einführung in das römische Recht, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar 1998, S. 104.

<sup>32</sup> BIONDI (Fn. 21), S. 471; KASER/KNÜTEL (Fn. 1), § 31 Rz. 31.

## b) Zinsnutzung ohne Herausgabepflicht

Ist der Gläubiger in der soeben umschriebenen Weise<sup>49</sup> verpflichtet, den über die Zinsen hinaus bezogenen Wert der Nutzungen herauszugeben, so erweist sich das Geschäft – jedenfalls für den Schuldner – als berechenbar<sup>50</sup>. Wird dagegen ein Zinssatz überhaupt nicht verabredet, sondern soll die *Nutzung* schlicht *an die Stelle eines* (Geld-)Zinses treten, so trägt der Gläubiger das Minus, hat aber andererseits auch das Plus. Er ist mithin *zur Herausgabe eines Überschusses nicht verpflichtet*<sup>51</sup>. Diese Art der Zinsnutzung<sup>52</sup>, bei welcher die Nutzung eigentliches Surrogat für den Zins ist<sup>53</sup> und bei der im Grunde eine Anrechnung der gezogenen Nutzungen überhaupt nicht stattfindet<sup>54</sup>, hat ausgeprägt aleatorischen Charakter. Insbesondere der Gläubiger wird sich bei einem solchen Pauschalvertrag von spekulativen Überlegungen leiten lassen<sup>55</sup>. Ein derartiges Geschäft, bei dem „die Früchte in Bausch und Bogen an die Stelle der Zinsen treten“<sup>56</sup>, ist nach römischem Recht grundsätzlich erlaubt, darf aber nicht der Umgehung eines verbotenen Zinswuchers dienen<sup>57</sup>. Später werden entsprechende Verträge durch das kanonische Recht missbilligt<sup>58</sup>.

## 3.3. Gemischte Zins-/Amortisationsnutzung

Die gemischte Zins-/Amortisationsnutzung findet sich bei *verzinslichen Schulden*. Mit den gezogenen Nutzungen ist in der Regel zuerst der *Zins* und dann das *Kapital* abzutragen. Dies folgt quellenmässig aus Ulpian<sup>59</sup>. Die Regelung der Anrechnung auf Zins und Kapital ist allgemein üblich<sup>60</sup> und gilt

<sup>49</sup> III.3.2.a).

<sup>50</sup> Siehe auch MANIGK (Fn. 3), S. 56 f., Fn. 1 i.f.

<sup>51</sup> Minus und Plus lassen sich hier mangels Festsetzung eines Zinsfusses gar nicht eigentlich berechnen, sondern nur in Relation zu Marktverhältnissen – so solche überhaupt bestehen – und/oder antizipierten Erwartungen bestimmen.

<sup>52</sup> Sie stellt nach der sich in dieser Hinsicht freilich von den Quellen entfernenden – siehe dazu schon II.2. hievor, mit Fn. 25 – Pandektenlehre das eigentliche Nutzungspfandrecht oder die Antichrese dar; vgl. SCHILLAT (Fn. 43), S. 9.

<sup>53</sup> MANIGK (Fn. 3), S. 57, spricht von einer „Einsetzung der Nutzungen als Pauschquantum ohne Herausgabepflicht“.

<sup>54</sup> Vgl. auch KASER (Fn. 35), S. 470.

<sup>55</sup> Siehe KOHLER (Fn. 33), S. 109; MANIGK (Fn. 3), S. 56 f. mit Fn. 1.

<sup>56</sup> So prägnant SCHILLAT (Fn. 43), S. 9.

<sup>57</sup> Vgl. GLÜCK (Fn. 21), S. 119; ferner VÉROPOULO (Fn. 40), S. 9, mit Nachweis in Fn. 3.

<sup>58</sup> GLÜCK (Fn. 21), S. 119 f. Vgl. dazu auch hienach IV. i.f., m.w.H.

<sup>59</sup> D. 36, 4, 5, 21: „... et cum exemplum pignorum sequimur, id quod ex fructibus percipitur primum in usuras, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari: quin immo et si amplius quam sibi debetur perceperit ... , exemplo pigneraticiae actionis etiam utilis actio ad id refundendum dari debet ...“ Siehe dazu KASER, SD (Fn. 3), S. 84; MANIGK (Fn.3), S. 60 f.

<sup>60</sup> Siehe KASER/KNÜTEL (Fn. 1), § 31 Rz. 32.

auch dann, wenn der Pfandgläubiger ohne entsprechende Vereinbarung mit dem Schuldner Nutzungen zieht<sup>61</sup>.

## 3.4. Reine Amortisationsnutzung

Die reine Amortisationsnutzung ist nur für *unverzinsliche Schulden* überliefert. Die Nutzungen der Pfandsache sind zur *Schuldammortisation* zu verwenden. Ist die Schuld auf solche Weise getilgt, so muss das Pfandobjekt zurückgegeben und ein allenfalls über den Schuldbetrag hinaus bezogener Nutzen erstattet werden<sup>62</sup>.

## 3.5. Verzugsnutzung

Der Sonderfall einer Verzugsnutzung ist von Papinian überliefert<sup>63</sup>. Die Quelle betrifft eine verzinsliche Schuld, zu deren Sicherung ein Grundstück verpfändet ist. Gerät der Schuldner mit der Zinszahlung in *Verzug*, so tritt die *Nutzungsberechtigung des Gläubigers* ein: „Die Früchte sollen vom Hypothekengläubiger, der sich für diesen Fall ihrer bemächtigen darf, bis zur Höhe der gesetzlichen Zinsen perzipiert werden dürfen, trotzdem der vertragsmäßige Darlehnszins ein geringerer war“<sup>64 65</sup>.

Statt die Verzugsnutzung zu beanspruchen, kann der Gläubiger auch sein Pfandrecht realisieren. Der Gläubiger erlangt somit in solchen Fällen ein *Wahlrecht zwischen Pfandverkauf und Befriedigung durch Nutzung*<sup>66</sup>. Die Nutzung hat dabei gegenüber der Pfandverwertung den Vorteil, dass sie Befriedigung in natura und ohne den unter Umständen gefahrenreichen Weg über den Verkauf gewährt<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Vgl. GIANNETTO LONGO, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino 1939, S. 378; FRITZ SCHWIND, *Römisches Recht I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts*, Wien 1950, S. 248; HONSELL (Fn. 31), S. 81.

<sup>62</sup> KASER, SD (Fn. 3), S. 83; MANIGK (Fn. 3), S. 57 ff.

<sup>63</sup> D. 20, 1, 1, 3: „Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae. Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore faenore non soluto legitimae maiores usurae stipulanti recte promitti potuerunt.“

<sup>64</sup> MANIGK (Fn. 3), S. 61.

<sup>65</sup> Dass Verzug (*mora*) vorliegt, ergibt sich aus den in der Quelle – vgl. Fn. 63 – erwähnten „gesetzlichen“ Zinsen (*legitimae usurae*), welche an die Stelle der vertragsgemässen treten. Der Begriff „*hypothecarum*“ dürfte darauf hinweisen, dass der Pfandgläubiger das Grundstück erst mit Eintritt des Verzuges zwecks Fruchtziehung in Besitz nehmen darf. Zum Ganzen KASER, SD (Fn. 3), S. 85, mit Fn. 306.

<sup>66</sup> Das folgt aus D. 36, 4, 5, 21: „sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem frui tantum ei constituto permisit, ut festinetur ad sententiam (Cuiac.: satisfactionem)“. Vgl. MANIGK (Fn. 3), S. 61; KASER, SD (Fn. 3), S. 85.

<sup>67</sup> MANIGK (Fn. 3), S. 61.

#### IV. Hinweise auf die deutsch-rechtlichen Verhältnisse

Dem mittelalterlichen Recht sind in der Gestalt der mit Gewere<sup>68</sup> verbundenen *Satzung*<sup>69</sup> ebenfalls dingliche Sicherungsrechte bekannt, bei welchen die Nutzung des Pfandobjektes dem Gläubiger zusteht<sup>70</sup>. Innerhalb der *Satzung* lassen sich eine ältere und eine jüngere *Satzung* unterscheiden, welche zeitlich allerdings nicht aufeinander folgen, sondern parallel in Erscheinung treten<sup>71</sup>.

Bei der im Grundstücksrecht entstandenen *jüngeren Satzung* behält der Schuldner die Pfandsache „in seiner Nutzung und Gewere“<sup>72</sup>. Dem Pfandgläubiger seinerseits steht kein Nutzungsrecht am verpfändeten Gegenstand zu, sondern er kann im Falle seiner Nichtbefriedigung die Vollstreckung in das Grundeigentum verlangen.

Bei der – vorliegend mit Blick auf das Thema näher interessierenden – *älteren Satzung* überträgt der Schuldner dem Gläubiger eine bewegliche oder unbewegliche Sache „in dessen Nutzung und Gewere“<sup>73</sup>, verbunden mit der Abrede, dass die Pfandsache zurückzugeben ist, wenn der Schuldner die Schuld abbezahlt hat. Dem Mobiliarpfandgläubiger steht es dabei zwar grundsätzlich nicht zu, das Pfandobjekt zu gebrauchen und dessen Früchte zu beziehen<sup>74</sup>, doch sind Nutzungsbefugnisse auch hier üblich<sup>75</sup>. Bei verpfändeten Immobilien besteht immer ein Recht des Gläubigers auf Gebrauch und Fruchtgenuss<sup>76</sup>. Die ältere *Satzung* erscheint mithin als ein *Besitz- und Nutzungspfand*<sup>77</sup>.

Die aus dem verpfändeten Gegenstand gezogenen Nutzungen stehen dem Gläubiger als Vergütung für die Gewährung des Kapitals zu anstelle von Zinsen (*Ewigsatzung*, *Zinssatzung*) oder sie sind zwecks Tilgung der Schuld (auch) auf das Kapital anzurechnen (*Todsatzung*, *schuldtilgende Satzung*)<sup>78</sup>. Seit dem Konzil von Tours im Jahre 1163 betrachtet die Kirche den Pfandvertrag als wucherisch, wenn die Pfandnutzungen nicht von der Pfandsumme

<sup>68</sup> In den Urkunden ist spezifisch von „pfandsgewere“ oder „satzungsgewere“ des besitzenden Pfandgläubigers die Rede; vgl. VICTOR VON MEIBOM, *Das deutsche Pfandrecht*, Marburg 1867, S. 341, mit Hinweisen in Fn. 245 f.

<sup>69</sup> Ausführlich zum Institut der *Satzung* VON MEIBOM (Fn. 68), S. 248 ff.

<sup>70</sup> Siehe EUGEN HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, Viertes Band, Basel 1893 (zitiert: HUBER, *System IV*), S. 754.

<sup>71</sup> Siehe HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 785. Im Einzelnen finden sich Zwischengebilde; vgl. HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 788, Fn. 8, mit Hinweisen.

<sup>72</sup> HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 788.

<sup>73</sup> HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 785.

<sup>74</sup> VON MEIBOM (Fn. 68), S. 327 f.

<sup>75</sup> Vgl. WEISS (Fn. 16), S. 7, wonach der Gläubiger bei Mobilien „regelmässig“ das Recht zur Nutzung der Sache erwirbt.

<sup>76</sup> VON MEIBOM (Fn. 68), S. 341 f.; WEISS (Fn. 16), S. 7.

<sup>77</sup> SCHILLAT (Fn. 43), S. 36.

<sup>78</sup> HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 754 und 785 f.; SCHILLAT (Fn. 43), S. 35; WEISS (Fn. 16), S. 7.

abgezogen werden. Das damit ausgesprochene Verbot der reinen Zinsnutzung wird allerdings häufig umgangen, indem die Nutzungen dem Gläubiger schenkungsweise überlassen werden<sup>79</sup>. Die kanonische Wuchergesetzgebung dürfte dennoch wesentlich zur Verbreitung der *Todsatzung* beigetragen haben<sup>80 81</sup>.

Mit Blick auf die gesellschaftlich-ökonomische Entwicklung vertritt die ältere *Satzung* „das Stadium der Naturalwirtschaft“<sup>82</sup>; die jüngere *Satzung* ist bereits „ein Produkt der beginnenden Geldwirtschaft“<sup>83</sup>. Die beiden deutsch-rechtlichen Sicherungsinstitute werden mit der Rezeption des römischen Rechts zugunsten der römisch-rechtlichen Hypothek allmählich verdrängt<sup>84</sup>.

#### V. Zur Entwicklung in den kantonalen Rechten

In den schweizerischen Rechtsgebieten ist die ältere *Satzung* seit dem Mittelalter praktisch nicht mehr bekannt. Die *Antichrese*, die nach französischem Vorbild in die Zivilgesetzbücher einzelner Kantone aufgenommen wird, stellt ihrerseits ein neues, dem gemeinen Recht entnommenes Institut dar<sup>85</sup>. Dieses charakterisiert sich als ein Grundpfandrecht, bei dem der Gläubiger – der Regelung des Code civil Frankreichs entsprechend<sup>86</sup> – den Besitz an der Pfandsache erhält mit der Befugnis, die Früchte der Sache einzuziehen und sie jährlich auf die Zinsen und alsdann auf das Kapital anzurechnen<sup>87 88</sup>. Solche Ordnungen der *Antichrese* sind den Kantonen Wallis<sup>89</sup> und Tessin<sup>90</sup> bekannt, während die Zivilgesetzbücher der Waadt<sup>91</sup> sowie von Freiburg<sup>92</sup> und Neuenburg<sup>93</sup> das Institut verbieten<sup>94</sup>.

<sup>79</sup> VON MEIBOM (Fn. 68), S. 343, mit Hinweisen. Vgl. zur Missbilligung der Zinsantichrese im kanonischen Recht auch GLÜCK (Fn. 21), S. 119 ff.

<sup>80</sup> Vgl. SCHILLAT (Fn. 43), S. 37 f.

<sup>81</sup> Siehe dazu auch VÉROPOULO (Fn. 40), S. 15–18, wonach das kanonische Zinsverbot einen Bannstrahl gegen die *Antichrese* bewirkte, welche – u.a. nach Vorbereitung durch Calvin – erst im Zuge der französischen Revolution wieder Aufnahme in das französische Recht gefunden hat.

<sup>82</sup> HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 785.

<sup>83</sup> HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 788.

<sup>84</sup> WEISS (Fn. 16), S. 7. Siehe zur Entwicklung HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 790 ff.

<sup>85</sup> HUBER, *System IV* (Fn. 70), S. 796; EUGEN HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, Dritter Band, Basel 1889 (zitiert: HUBER, *System III*), S. 445.

<sup>86</sup> Art. 2085–2090 CCfr.

<sup>87</sup> Vgl. art. 2085 al. 2 CCfr: „Le créancier n’acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l’immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s’il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance“.

<sup>88</sup> Siehe HUBER, *System III* (Fn. 85), S. 445 f.

<sup>89</sup> Art. 1844–1849 CC. Der deutsche Text spricht von „Pfandnutzung“.

<sup>90</sup> Art. 817–823 CC.

<sup>91</sup> Art. 1557 al. 3 CC.

<sup>92</sup> Art. 2035 CC.

<sup>93</sup> Art. 1683 al. 3 CC.

## VI. Schweizerisches Recht

### 1. Einleitende Bemerkungen

Das schweizerische Recht enthält keine ausdrückliche Regelung des Nutzungspfandrechts. In einzelnen Bestimmungen wird aber darauf jedenfalls implizit Bezug genommen. Vorab statuiert Art. 793 Abs. 2 ZGB einen *numerus clausus* der möglichen Grundpfandrechte, der in Art. 23 SchlT ZGB eine Bestätigung erfährt. Art. 45 SchlT ZGB seinerseits verweist darauf, dass Nutzungspfandrechte nach dem Grundbuchrecht nicht mehr begründet werden können. Für verpfändete bewegliche Sachen verpflichtet Art. 892 Abs. 2 ZGB den Pfandgläubiger zur Herausgabe der natürlichen Früchte an den Eigentümer, sofern es nicht anders verabredet ist.

### 2. Die Erläuterungen von Eugen Huber

EUGEN HUBER, der Redaktor des ZGB, äussert sich in seinen Erläuterungen zum Nutzungspfandrecht sowohl im Immobilien- als auch im Mobiliarsachenrecht. Für das *Grundpfandrecht* hält er fest, dass mit dem nunmehrigen Art. 793 Abs. 2 ZGB<sup>95</sup> insbesondere „ein Faustpfand an Grundstücken, eine sogen. Antichresis ..., als unzulässig erklärt wird“<sup>96</sup>. Hinsichtlich des *Fahrnispfandrechts* führt er vorerst aus, dass wenn ein allgemeiner Teil zu diesem Rechtsgebiet erlassen worden wäre, darin „die ausschliessliche Geltung dieser Pfandarten [gemeint sind Faustpfandrecht, Fahrnisverschreibung, Versatzpfand und Pfandbrief]<sup>97</sup> und z.B. die Ablehnung der gemeinrechtlichen Antichresis festgestellt gewesen wäre“<sup>98</sup>. Es habe sich dann aber empfohlen, auf einen allgemeinen Teil beim Fahrnispfand zu verzichten und „alle die Vorschriften allgemeiner Natur mit der Ordnung des Faustpfandes zu verbinden“<sup>99</sup>. Im Zusammenhang mit den Wirkungen des Faustpfandes bemerkt der Gesetzesredaktor weiter, eine besondere Regel für die Nutzung an der Pfandsache erweise sich als entbehrlich: „Es kann eine solche sehr wohl verabredet werden, wie z.B. wenn es sich um den Milchertrag einer verpfändeten Kuh handelt. Allein es erscheint nicht als gerechtfertigt, eine solche Regel im allgemeinen aufzustellen und sie als eine eigene Art der Verpfändung (Anti-

<sup>94</sup> Zum Ganzen HUBER, System III (Fn. 85), S. 446 f., m.w.H.

<sup>95</sup> Art. 787 Abs. 2 Vorentwurf, mit identischem Wortlaut wie der heutige Gesetzestext.

<sup>96</sup> EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bd. II: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, 2. Ausgabe, Bern 1914 (zitiert: HUBER, Erläuterungen II), S. 226 f.

<sup>97</sup> Einschub in eckigen Klammern durch den Verfasser.

<sup>98</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 322.

<sup>99</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 323.

chresis) zu behandeln. Vielmehr wird es der Würdigung des einzelnen Falles überlassen werden müssen, zu entscheiden, ob mit dem Pfandrecht des Gläubigers sich eine Nutzungsberechtigung verbinden solle<sup>100</sup>. Hierüber habe das Gesetz in Art. 892 ZGB nun eine besondere Regel aufgestellt<sup>101</sup>. Im gleichen Sinne äussert sich EUGEN HUBER zum *Forderungspfandrecht*: „Ein Nutznießungsanspruch für den Pfandgläubiger kann mit dem Pfandrecht natürlich auch bei den Forderungen verbunden werden“<sup>102</sup>.

Zusammengefasst ist nach dem Redaktor des ZGB „ein Faustpfandrecht an Grundstücken, eine sogen. Antichresis“<sup>103</sup>, unzulässig. Nicht eindeutig ersichtlich wird allerdings, ob damit das Nutzungspfandrecht generell, in all seinen Erscheinungsarten, ausgeschlossen sein soll<sup>104</sup>. Für bewegliche Sachen und Rechte wird man davon auszugehen haben, dass nach der Ansicht von EUGEN HUBER das Nutzungspfandrecht zulässig, wenn auch von einer Parteivereinbarung abhängig ist. Zwar scheint sich der Gesetzesredaktor hinsichtlich beweglicher Sachen vorerst für eine Ablehnung des Nutzungspfandrechts auszusprechen<sup>105</sup>. Die in den Konjunktiv gesetzten Ausführungen beziehen sich aber auf allgemeine Vorschriften zum Fahrnispfand, die nicht erlassen worden sind. Wo sich dann die Frage für das Faustpfand konkret stellt, lässt EUGEN HUBER das Nutzungspfandrecht zu<sup>106</sup>, was schliesslich für das Rechtspfand nochmals ausdrücklich bestätigt wird<sup>107 108</sup>.

### 3. Die geltende Regelung im Einzelnen

#### 3.1. Grundstücke

Die Literatur erachtet – den eben erwähnten Ansichten des Gesetzesredaktors entsprechend<sup>109</sup> – das Nutzungspfandrecht an Grundstücken als ausgeschlossen. Dieses Ergebnis wird zunächst aus dem in Art. 793 Abs. 2 ZGB statuierten *numerus clausus* der möglichen Grundpfandrechte abgeleitet<sup>110</sup>. Darüber

<sup>100</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 327.

<sup>101</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 327, Fn. 5.

<sup>102</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 331.

<sup>103</sup> Vgl. so das wörtliche Zitat bei Fn. 96 hievor.

<sup>104</sup> Darauf wird sogleich VI.3.1. zurückzukommen sein.

<sup>105</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 322.

<sup>106</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 327.

<sup>107</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 331.

<sup>108</sup> Wie hier die Beurteilung der Erläuterungen des Gesetzesredaktors bei BSK-BAUER (Fn. 26), N. 9 zu Art. 892 ZGB, und wohl auch ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 26), N. 17 zu Art. 890 ZGB; teilweise anders BÉNÉDICT FOËX, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, thèse Genève, Lausanne 1987, S. 233, Fn. 1250.

<sup>109</sup> Vgl. VI.2.

<sup>110</sup> Vgl. BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 39 zu Art. 793 ZGB; BERNHARD TRAUFFER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II*, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB,



hinaus ist diesbezüglich auf Art. 23 SchlT ZGB zu verweisen, wonach neue Grundpfandrechte nach dem Inkrafttreten des ZGB nur noch in den von diesem anerkannten Arten errichtet werden können<sup>111</sup>. Zu berücksichtigen ist schliesslich Art. 45 Abs. 1 SchlT ZGB<sup>112</sup>, wonach dingliche Rechte, die nach dem Grundbuchrecht nicht mehr begründet werden können, wie „Nutzungspfandrechte“ und dergleichen, im Grundbuch nicht mehr eingetragen werden, sondern lediglich anzumerken sind<sup>113</sup>.

Im Schrifttum werden nun allerdings als nicht zulässige Nutzungspfandrechte einzig diejenigen erwähnt, bei denen der *Gläubiger anstelle der Zinsen* für seine Forderung die *Nutzungen* des Pfandgegenstandes ziehen soll<sup>114</sup>. Dagegen bleibt unerörtert, ob die weiteren Erscheinungsarten des Nutzungspfandrechts – es handelt sich nach dem Beispiel Roms um die Zinsnutzung mit Anrechnung an den Zins und Herausgabepflicht für den Überschuss, die gemischte Zins-/Amortisationsnutzung, die reine Amortisationsnutzung und die Verzugsnutzung<sup>115</sup> – unter dem ZGB erlaubt sind. Konkret fragt sich, ob im schweizerischen Immobiliarsachenrecht nur die historisch seit langem

2. Aufl., Basel/Genf/München 2003 (zitiert: BSK-TRAUFFER), N. 12 zu Art. 793 ZGB; CHRISTINA SCHMID, in: JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/IVO SCHWANDER/STEPHAN WOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006 (zitiert: Handkomm-SCHMID), N. 7 zu Art. 793 ZGB.

<sup>111</sup> Die Norm wiederholt das Verbot von Art. 793 Abs. 2 ZGB und erscheint insofern als selbstverständlich. Sie erweist sich aber angesichts des Umstandes, dass die kantonalen Rechte an die sechzig Varianten des Grundpfandes entwickelt haben, historisch als gerechtfertigt; siehe dazu auch BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 36 zu Art. 793 ZGB.

<sup>112</sup> Siehe ZK-OFTINGER/BÄR, (Fn. 26), N. 17 zu Art. 890 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 1), S. 1051.

<sup>113</sup> Es handelt sich dabei um altrechtliche, vor dem Inkrafttreten des ZGB im Jahre 1912 errichtete Rechte.

<sup>114</sup> So BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 39 zu Art. 793 ZGB: Unzulässig ist das Nutzungspfandrecht (Antichrese), „welches dem Gläubiger den Besitz der Pfandsache und die *Nutzungen* derselben *an Stelle der Zinsen* seiner Forderungen gewährt“; BSK-TRAUFFER (Fn. 110), N. 12 zu Art. 793 ZGB: Unzulässig ist die Errichtung eines Nutzungspfandrechts (Antichrese), „welches dem Gläubiger nicht nur ein Pfandrecht verschafft, sondern diesem auch noch Besitz und *Nutzungen* der Pfandsache *an Stelle der Verzinsung* der Forderung gewährt“; Handkomm-SCHMID (Fn. 110), N. 7 zu Art. 793 ZGB; „So ist zB die Errichtung eines Nutzungspfandrechts („Antichrese“), welches dem Gläubiger den Besitz und die *Nutzung* der Pfandsache *an Stelle der Zinsen* seiner Forderung gewährt ..., unzulässig“; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome III, Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, Troisième édition, Berne 2003 (zitiert: STEINAUER III), n. 2627a: „Il est en particulier exclu de constituer en Suisse un droit d'antichrèse, qui procurerait au créancier, outre un droit de gage sur l'immeuble, la possession et la jouissance de celui-ci (*les revenus tenant lieu d'intérêts*)“; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 1488: Nicht mehr errichtet werden können „kantonale Nutzungspfandrechte („Antichrese“), welche der Gläubigerin den Besitz der Pfandsache und deren *Nutzung an Stelle der Zinsen* seiner [sic] Forderung gewährt“ (Kursivschriften durch den Verfasser). Siehe in diesem Sinne auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 1), S. 1051; ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 26), N. 17 zu Art. 890 ZGB; BSK-BAUER (Fn. 26), N. 9 zu Art. 892 ZGB.

<sup>115</sup> Dazu III.3. hievov.

verdächtige, weil aleatorisch-spekulative Züge aufweisende<sup>116</sup>, Zinsnutzung ohne Herausgabepflicht ausgeschlossen sein soll – nicht aber die weiteren, unter diesem Aspekt weniger bedenklichen Arten des Nutzungspfandrechts –, oder ob Nutzungspfandrechte generell unzulässig sein sollen. Bei der Beurteilung dieser Frage ist vorab zu beachten, dass der Gesetzesredaktor selbst das Faustpfand an Grundstücken allgemein – und nicht nur eine Zinsnutzung ohne Herausgabepflicht – als nicht statthaft erklärt<sup>117</sup>. Ohne Besitz, wie ihn das Faustpfandprinzip verlangt (vgl. Art. 884 und 888 ZGB), ist aber im Grunde ein Nutzungspfandrecht allgemein nicht denkbar. Hinzu kommt, dass Art. 45 SchlT ZGB die Begründung von Nutzungspfandrechten ohne irgendeine Einschränkung ausschliesst<sup>118</sup>. Daraus ist zu schliessen, dass an Grundstücken sämtliche Pfandrechte, die dem Gläubiger dingliche Nutzungsbefugnisse einräumen<sup>119</sup>, mithin *alle Varianten von Nutzungspfandrechten, unzulässig* sind.

Unter dem ZGB lässt sich somit dem Grundpfandgläubiger ein dingliches Nutzungsrecht am Pfandobjekt nur durch zusätzliche Bestellung einer *Nutzniessung* (Art. 745 ff. ZGB) verschaffen<sup>120</sup>. Wegen ihrer Unvererblichkeit und ihrer beschränkten Dauer (Art. 749 ZGB) sowie der Unübertragbarkeit der dinglichen Berechtigung selbst (Art. 758 Abs. 1 ZGB) erweist sich die Nutzniessung freilich als bloss unvollkommener Ersatz für ein Nutzungspfandrecht<sup>121</sup>.

### 3.2. Bewegliche Sachen

#### a) Schlichtes Pfandrecht und Nutzungspfandrecht

Grundsätzlich verschafft das Pfandrecht an beweglichen Sachen dem Gläubiger zwar den Besitz an der Sache (Art. 884 Abs. 1 ZGB), begründet aber zu seinen Gunsten kein Recht auf deren Gebrauch und Nutzung (vgl. Art. 892 Abs. 2 ZGB). Das ist der Normalfall des *schlichten Pfandrechts*.

Allerdings lässt sich durch *Parteivereinbarung* das Recht auf Gebrauch und Nutzung der verpfändeten Sache auf den Pfandgläubiger übertragen<sup>122</sup>. Diesfalls liegt ein *Nutzungspfandrecht* vor<sup>123</sup>. Unter Umständen wird die Absicht der Parteien, dass die Nutzungen durch den Pfandgläubiger zu ziehen

<sup>116</sup> Vgl. dazu hievov III.3.2.b. i.f. und IV., je mit Hinweisen.

<sup>117</sup> HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 227; siehe dazu Näheres vorne VI.2. bei Fn. 96.

<sup>118</sup> Vgl. dazu DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zürich 2004, S. 51.

<sup>119</sup> Möglich ist dagegen die Begründung eines obligatorischen Nutzungsrechts zugunsten des Gläubigers; vgl. BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 41 zu Art. 793 ZGB.

<sup>120</sup> BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 16 zu Art. 745 ZGB und N. 42 zu Art. 793 ZGB; STEINAUER III (Fn.114), n. 2627. Anscheinend a.M. FOËX (Fn.108), S. 228.

<sup>121</sup> BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 42 zu Art. 793 ZGB.

<sup>122</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 1), S. 1050 f.; RIEMER (Fn 26), § 31 N. 21; siehe auch STEINAUER III (Fn.114), n. 3117a.

<sup>123</sup> Vgl. zum Ganzen BK-ZOBL (Fn. 26), Syst. Teil N. 505.

sind, sogar zu vermuten sein: So wird man etwa dann, wenn eine Kuh zu Faustpfand begeben wird, davon ausgehen dürfen, dass der Pfandgläubiger Anspruch auf den Milchertrag hat<sup>124 125</sup>.

Das Recht des Gläubigers zur Gewinnung der Nutzungen ist beim Nutzungspfandrecht Ausfluss des Pfandrechts. Es liegt mithin ein *einheitliches dingliches Recht* vor<sup>126</sup>.

Das ZGB lässt das Nutzungspfandrecht als Art der Verpfändung sowohl an *Fahrnis* als auch an *Forderungen* und *anderen Rechten* zu<sup>127</sup>.

#### b) Mögliche Arten von Nutzungspfandrechten

Einzugehen ist hier auf die Frage, welche Arten von Nutzungspfandrechten an beweglichen Sachen unter dem ZGB möglich sind. Theoretisch denkbar sind – entsprechend der für Rom vorgenommenen Kategorienbildung<sup>128</sup> – die reine Zinsnutzung mit oder ohne Herausgabepflicht, die gemischte Zins-/Amortisationsnutzung, die reine Amortisationsnutzung und die Verzugsnutzung.

Im Zweifel ist das Nutzungspfandrecht Satzung auf Totschlag<sup>129</sup>, d.h. es ist vom Gläubiger über die gezogenen Nutzungen Rechnung zu führen und der Reinertrag der Nutzungen wird auf die Schuld – zunächst auf die Kosten und die Zinsen sowie, soweit ein Überschuss verbleibt, auf das Kapital – angerechnet<sup>130</sup>. Demnach ist eine *gemischte Zins-/Amortisationsnutzung zu vermuten*<sup>131</sup>. Denkbar sind aber m.E. ebenfalls die *reine Amortisationsnutzung*, die vor allem bei unverzinslichen Schulden in Frage kommen wird, sowie die *Zinsnutzung mit Pflicht zur Herausgabe des* über die Zinsen hinaus gezogenen *Überschusses* der Nutzungen.

Möglich ist weiter auch die Vereinbarung, dass *durch die Nutzungen die Zinsen abgegolten* sein sollen, *ohne* dass ein *Überschuss* an gezogenen Nutzungen *herauszugeben* wäre, die Nutzungen mithin dem Gläubiger pauschal

<sup>124</sup> Siehe ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 26), N. 17 zu Art. 890 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 1), S. 1051. Vgl. ansatzweise auch schon HUBER, Erläuterungen II (Fn. 96), S. 327.

<sup>125</sup> Die Voraussetzungen für die Begründung des Nutzungspfandrechts erweisen sich damit für das ZGB als gleich wie im römischen Recht. Auch in Rom besteht grundsätzlich keine Nutzungsbefugnis zugunsten des Pfandgläubigers; vielmehr muss eine solche begründet werden. Gegebenenfalls kann sie als stillschweigend vereinbart gelten; vgl. III.2. hievor.

<sup>126</sup> BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 10 zu Art. 890 ZGB.

<sup>127</sup> Siehe auch BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 10 zu Art. 890 ZGB. Vgl. für die diesbezügliche Ansicht von EUGEN HUBER schon hievor VI.2.

<sup>128</sup> Siehe III.3. hievor.

<sup>129</sup> BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 11 zu Art. 890 ZGB.

<sup>130</sup> Der Pfandgläubiger hat in diesem Fall für die Gewinnung der Nutzungen entsprechend einer ordnungsgemässen Geschäftsführung zu sorgen; vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 1), S. 1051; BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 11 zu Art. 890 ZGB.

<sup>131</sup> Das entspricht der Situation in Rom, wo bei Fehlen einer besonderen Vereinbarung ebenfalls die Anrechnung der gezogenen Nutzungen auf Zinsen und Kapital gilt; vgl. III.3.3. hievor.

anstelle der Zinsen für seine Darlehensforderung zustehen<sup>132</sup>. Ein solches Geschäft trägt indessen naturgemäss aleatorische oder gar spekulative Züge<sup>133</sup>, so dass in krassen Fällen eine Anfechtung wegen Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR in Frage stehen kann<sup>134</sup>. Weiter wäre denkbar, dass damit eine Verletzung von Höchstzinsvorschriften gemäss KKG<sup>135</sup> oder kantonalem Recht vorliegen würde.

Zu prüfen bleibt, ob unter dem ZGB ebenfalls die *Verzugsnutzung* zulässig wäre. Es geht dabei um die Möglichkeit des Gläubigers, bei Verzug des Schuldners mit der Zinszahlung die Nutzungsberechtigung zu erlangen und sich auf diese Weise zu befriedigen<sup>136</sup>. Dadurch allenfalls eintretende langdauernde Nutzungen durch den Pfandgläubiger vermöchten – vor allem bei Vorhandensein mehrerer Gläubiger – die Verwertung erheblich zu beeinträchtigen. Ob eine eigentliche Pfandverwertung parallel zur Gläubigerbefriedigung durch Nutzung überhaupt möglich wäre, bleibt zwar fraglich. In jedem Fall könnte angesichts der dinglichen Berechtigung des (Nutzungspfand-)Gläubigers ein Zuschlag der Pfandsache nur mit aufhaftendem Nutzungsrecht erfolgen. Ein eigentlicher Verstoss gegen das in Art. 894 ZGB verankerte Verbot des Verfallvertrages (*lex commissoria*) wäre zwar, zumindest formal betrachtet, insofern nicht gegeben, als ein Verfall zur Nutzung und nicht ein solcher zu Eigentum stattfände. Auch einer Abrechnungspflicht hinsichtlich der gezogenen Nutzungen hätte der Gläubiger nachzukommen, so dass insoweit der Wuchergefahr, der Art. 894 ZGB begegnen will, vorgebeugt wäre. Dennoch erscheint eine Verzugsnutzung insgesamt als im Widerspruch stehend zum Grundsatz des Verwertungsrechts, wonach eine Veräusserung der Pfandsache erfolgen soll<sup>137</sup>. Selbst im Rahmen der – heute durch die Bankpraxis zum Regelfall gewordenen<sup>138</sup> – privaten Verwertung sind allein die Varianten des Freihandverkaufs oder der öffentlichen Versteigerung vorgesehen<sup>139</sup>, mithin eine Veräusserung i.e.S., die, sofern nicht öffentliche Versteigerung erfolgt, auf dem Markt und damit zu Marktpreisen zu veranlas-

<sup>132</sup> BK-LEEMANN (Fn. 18), N. 12 zu Art. 890 ZGB; BK-ZOBL (Fn. 26), Syst. Teil N. 506; DIETER ZOBL, Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilbd.: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilbd.: Art. 888–906 ZGB (mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Art. 907–915 ZGB), 2. Aufl. Bern 1996 (zitiert: BK-ZOBL), N. 32 zu Art. 890 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 26), N. 17 zu Art. 890 ZGB; BSK-BAUER (Fn. 26), N. 9 zu Art. 892 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 1), S. 1051; RIEMER (Fn. 26), § 31 N. 21; STEINAUER III (Fn. 114), n. 3117a. A.M. FOËX (Fn. 108), S. 226 ff.

<sup>133</sup> Vgl. III.3.2.b. i.f. und IV. hievor.

<sup>134</sup> Siehe für die Anfechtungsmöglichkeit TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 1), S. 1051.

<sup>135</sup> Bundesgesetz über den Konsumkredit (SR 221.214.1).

<sup>136</sup> In Rom verfügt der Gläubiger auf solche Weise im Ergebnis über ein Wahlrecht zwischen Pfandverkauf und Befriedigung durch Nutzung; vgl. III.3.5. hievor.

<sup>137</sup> Vgl. ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 26), N. 21 zu Art. 891 ZGB.

<sup>138</sup> Siehe BK-ZOBL (Fn. 132), N. 20 zu Art. 891 ZGB.

<sup>139</sup> BK-ZOBL (Fn. 132), N. 49 ff. zu Art. 891 ZGB.

sen ist<sup>140</sup>. Eine Gläubigerbefriedigung durch Nutzung erscheint im heutigen schweizerischen Verwertungsrecht als Fremdkörper. M.E. ist deshalb eine Verzugsnutzung unter dem ZGB *ausgeschlossen*.

Zusammengefasst kann für das geltende Recht festgehalten werden, dass an beweglichen Sachen Nutzungspfandrechte in den Varianten der reinen Zinsnutzung ohne oder mit Herausgabepflicht des Überschusses, der gemischten Zins-/Amortisationsnutzung und der Amortisationsnutzung möglich sind.

## VII. Schluss

Die Blütezeit des Nutzungspfandrechts ist zweifellos vorbei. Das ist auf mehrere Gründe zurückzuführen. Pfandobjekte bieten heute dem Gläubiger Sicherheit und Befriedigung vorzugsweise durch ihren Kapitalwert als solchen und nicht durch ihre Nutzung(en)<sup>141</sup>. Allgemein besteht in einer Geldwirtschaft kaum noch ein praktisches Bedürfnis nach einem Nutzungspfandrecht<sup>142</sup>. Gegebenenfalls werden entsprechende Kreditnachfragen teilweise auch durch das freilich in mehrfacher Hinsicht anders gelagerte Leasing – so hat etwa der wirtschaftlich die dem Pfandgläubiger entsprechende Stellung einnehmende Leasinggeber keinen Besitz und keine Nutzziehung am Leasingobjekt – erfüllt.

Das schweizerische Recht schliesst das Nutzungspfandrecht an Grundstücken aus<sup>143</sup>. Im Mobiliarsachenrecht wäre es zwar angesichts des Umstandes, dass sich die verpfändete bewegliche Sache grundsätzlich im Besitz des Pfandgläubigers befinden muss (Faustpfandprinzip, vgl. Art. 884 und 888 ZGB), naheliegend – und folgerichtig –, dass dem besitzenden Gläubiger auch die Nutzung der Pfandsache zustünde. Dem ist aber – zumindest nach dispositivem Recht – nicht so. Vielmehr verfügt der Pfandgläubiger grundsätzlich über kein Recht auf Nutzung der Pfandsache<sup>144</sup>. Es zeigt sich damit, dass das Pfand eben zum Zwecke der Sicherheit bestellt wird und nicht zu demjenigen der Nutzung<sup>145</sup>.

Wo nutzungsfähige bewegliche Sachen verpfändet werden sollen, steht denn auch bereits das Faustpfandprinzip als solches den Bedürfnissen der

<sup>140</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 26), N. 56 zu Art. 891 ZGB.

<sup>141</sup> Zwar fliessen Nutzungsmöglichkeiten des Pfandobjekts – z.B. die Miet- oder andere Erträge eines zu verpfändenden Grundstücks – in dessen Bewertung mit ein, sie sind aber für den Kreditgeber nicht einfach per se, als solche selbst, relevant.

<sup>142</sup> Nutzungspfandrecht und Antichrese sind denn – jedenfalls in der Schweiz – ohne praktische Bedeutung; vgl. ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 26), N. 17 zu Art. 890, und BK-ZOBL (Fn. 132), N. 32 zu Art. 890 ZGB.

<sup>143</sup> Vgl. VI.3.1. hievov.

<sup>144</sup> Siehe für das geltende schweizerische Recht VI.3.2.a) hievov.

<sup>145</sup> So auch für das römische Recht BIONDI (Fn. 21), S. 471.

Beteiligten häufig entgegen<sup>146</sup>. Die beispielsweise in gewerblichen Kreisen als Sicherheit zur Verfügung stehenden Objekte – wie Maschinen, Fahrzeuge oder Warenbestände – werden regelmässig vom Kreditnehmer selbst zur Fortführung seines Betriebs benötigt und können deshalb nicht dem Gläubiger übergeben werden<sup>147</sup>. Der Gläubiger seinerseits wird vielfach gar nicht in der Lage sein, entsprechende Sachen – etwa eine Kuh oder ein Flugzeug – als Faustpfand in seinen Besitz zu nehmen. Dasselbe gilt a fortiori für den Bezug der Nutzungen, zu dem regelmässig der Pfandbesteller besser geeignet ist als der Gläubiger. Der Gesetzgeber selbst hat die sich aus solchen Umständen ergebenden Bedürfnisse teilweise durchaus erkannt und entsprechende Ausnahmen vom Faustpfandprinzip geschaffen. So ist für die Verpfändung einzelner beweglicher Sachen die Fahrnisverschreibung oder Mobilienhypothek vorgesehen: Vieh, Schiffe und Flugzeuge können ohne Übertragung des Besitzes durch Eintragung in einem Register – Viehverschreibungsprotokoll (Art. 885 ZGB), Schiffsregister (Art. 31 Abs. 1 SchiffsregG)<sup>148</sup>, Luftfahrzeugbuch (Art. 4 und 15 LBG)<sup>149</sup> – verpfändet werden.

In den soeben erwähnten Fällen erweist sich m.a.W. bereits das Besitzpfand als teilweise hinderlich, was erst recht für ein Nutzungspfand gilt. Nutzungspfandrechte kommen aber heute durchaus noch vor. So findet sich beispielsweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer Vereinbarung im Bereiche von Adress- und Daten-Leistungen folgende Bestimmung: „Prodata erwirbt an allen Waren und sonstigen Sachen, welche der Kunde uns übergeben hat oder bei uns lagert oder aus einem sonstigen Rechtsgrund an uns übergeben hat, zur Sicherung von Forderungen ein Pfandrecht gemäss §§ 1204 ff. [BGB]<sup>150</sup>, am eigenen Adressmaterial des Kunden ein Nutzungspfandrecht zum Zwecke der entgeltlichen Vermietung an Dritte“<sup>151</sup>.

Auch in weiteren Situationen wäre ein Nutzungspfandrecht an sich heute durchaus noch vorstellbar, so etwa im Rahmen einer Wertschriftenverpfändung (Lombardkredit). Damit würden Zinsen, Dividenden und weitere Erträge der verpfändeten Papiere auf Anrechnung an die vom Pfandbesteller zu leistenden Schuldzinsen direkt und unmittelbar der Gläubigerbank zufallen. Solche Pfandverträge dürften indessen kaum vorkommen<sup>152</sup>. Es wird dies

<sup>146</sup> Das ist denn auch der Ansatzpunkt für die Entstehung des Leasings.

<sup>147</sup> Vgl. WOLFGANG WIEGAND, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in: WOLFGANG WIEGAND (Hrsg.), Mobiliarsicherheiten, Berner Bankrechtstag, BBT Bd. 5, Bern 1998, S. 75 ff., S. 121; siehe – im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung – auch schon DERS., Fiduziarische Rechtsgeschäfte, ZBJV 116 (1980), S. 537 ff., S. 552.

<sup>148</sup> Bundesgesetz über das Schiffsregister (SR 747.11).

<sup>149</sup> Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuch (SR 748.217.1).

<sup>150</sup> Einschub in eckigen Klammern durch den Verfasser.

<sup>151</sup> Vgl. <http://www.prodata.de/www/de/docs/AGBsProdata.pdf>, besucht am 14. September 2006.

<sup>152</sup> In der Bankpraxis verbleiben vielmehr beim Lombardkredit die mit den verpfändeten Wertpapieren verbundenen Zins- und Dividendenansprüche wie auch das Stimmrecht beim

darauf zurückzuführen sein, dass Rechtsinstitute, die allgemein nicht – oder kaum – (mehr) bekannt sind, auch unter möglicherweise geeigneten Umständen nicht zur Verwendung herangezogen werden.