

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
Univ.-Prof. i.R. Dr. Dr. h.c. Helmut Koziol,
Fachvorsitzender des
Forums für Bankrecht

OGH-Entscheidungen

1545.

§§ 31, 94, 119, 123 GBG. Im Fall einer „fremdnützigen“ Drittpfandbestellung durch den Vertreter des Liegenschaftseigentümers, der gleichzeitig Schuldner der zu sichernden Verbindlichkeit ist, besteht zwar eine Kollisionen nahelegende Handlungsweise und eine Schädigungsgefahr für die Liegenschaftseigentümerin, doch ist die Interessenlage bei Abschluß des Pfandbestellungsvertrags nicht der eines Insigengeschäfts gleichartig, weil durch die rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Vertreters zwar Wirkungen für den Vertretenen und den Dritten (Gläubiger) erzeugt werden, nicht aber für den Vertreter selbst.

OGH 23. 9. 2008, 5 Ob 153/08y

Aus der Begründung:

Die Liegenschaft EZ 107 stand im Jahr 2002 im bürgerlichen Alleineigentum der Gertrude H, geboren am 26.2.1914. Sie hat Georg H am 17.7.2007 [1] eine schriftliche Vollmacht ausgestellt und ihn damit unter anderem auch bevollmächtigt, alle in § 1008 ABGB angeführten Geschäfte in ihrem Namen zu tätigen und Grundbuchsgesuche auch dann einzubringen, wenn ihr die beantragte Eintragung nicht zum Vorteil gereicht.

Georg H stellte am 3./17.10.2002 seiner Gläubigerin Maria H einen Schuldschein über € 54.504,63 aus und bestellte im Vollmachtsnamen der Gertrude H deren Liegenschaft EZ 107 zum Pfand und erteilte in deren Namen die ausdrückliche Einwilligung zur Einverleibung des Pfandrechts für die Forderung von € 54.504,63 samt 7 % Zinsen und 12 % Verzugszinsen. Aufgrund dieser Urkunden bewilligte das Erstgericht über Antrag des Georg H zu TZ 2838/2002 die Einverleibung des Pfandrechts für Maria H für ihre Forderung im Betrag von € 54.504,63 sA. Dieser Bewilligungsbeschuß vom 11.11.2002, TZ 2838/2002 wurde Georg H für Gertrude H, seiner Rechtsvertreterin und der Pfandgläubigerin zugestellt.

Im Jahr 2005 wurde aufgrund der Einantwortungsurkunde des BG Meidling vom 2.7.2004 das Eigentumsrecht an der Liegenschaft für Mag Maurizia A, geboren am 19.12.1974, einverleibt (TZ 1267/2005).

Am 6.3.2008 erhob die nunmehrige Liegenschaftseigentümerin als Erbin und Gesamtrechtsnachfolgerin der Gertrude H Rekurs gegen den Bewilligungsbeschuß vom 11.11.2002. Sie beantragte darin die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne einer Abweisung des Grundbuchsgesuchs, in eventu Zustellung des angefochtenen Beschlusses an sie. Sie habe erstmals am 21.2.2008 Kenntnis vom Inhalt des die Pfandrechtseinverleibung bewilligenden Beschlusses erhalten. Der Beschuß sei weder ihr noch der damaligen Eigentümerin Gertrude H zugestellt worden. Die Zustellung an Georg H für die damalige Liegenschaftseigentümerin sei zu Unrecht erfolgt. Wegen offenkundiger Interessenkollision sei die ihm erteilte Bevollmächtigung unwirksam gewesen. Bereits bei Bestehen einer Gefahr einer Interessenkollision sei, wie bei Insigengeschäften, die erteilte Vertretungsmacht unwirksam. Die Interessenkollision sei evident, wenn der Vollmachtsnehmer die Vollmacht dazu verwende, die Liegenschaft der Vollmachtsgeberin für eine eigene Schuld zu verpfänden. Das abgeschlossene Geschäft gereiche dem Machthaber ausschließlich zum Vorteil, hingegen der Machtgeberin ausschließlich zum Nachteil. Eine Zustimmung der damaligen Liegenschaftseigentümerin zu diesem konkreten Geschäft sei nicht vorgelegen. Die evidente Interessenkollision führe dazu, daß Georg H das Geschäft ohne Vertretungsmacht abgeschlossen habe. Deshalb hätte gemäß § 119 Z 4 GBG eine Zustellung auch an die Machtgeberin Gertrude H erfolgen müssen.

Überdies brachte die Rekurswerberin vor, Gertrude H sei im Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht demont und nicht mehr geschäftsfähig gewesen. Sie sei kurz darauf verstorben. Mit dem angefochtenen Beschuß wies das Rekursgericht den Rekurs der Liegenschaftseigentümerin zurück.

Die Zustellung an Georg H sei nach § 119 Z 4 GBG wirksam erfolgt. Eine zusätzliche Zustellung an einen Machtgeber sei nämlich nur dann erforderlich, wenn nicht eine dem § 31 GBG entsprechende Vollmacht vorliege. Die von der damaligen Liegenschaftseigentümerin notariell beglaubigt unterfertigte Vollmacht entspreche den Voraussetzungen des § 31 GBG.

Das *Rekursgericht* erachtete die aus der Art des Rechtsgeschäfts drohende Interessenkollision für nicht ausreichend, einen Mangel der Vertretungsmacht des Georg H anzunehmen. Nach der Recht-

sprechung bestünden im Sinn des § 94 Abs 1 Z 2 GBG zwar begründete Bedenken gegen das Bestehen und den Umfang einer Vertretungsmacht im Fall einer Doppelvertretung oder eines Insigengeschäfts, wobei sich schon aus der Möglichkeit einer Schädigung des Vertretenen, ohne daß eine tatsächliche Benachteiligung eintrete, die Unwirksamkeit der Vertretungsmacht ergebe.

Ein Insigengeschäft sei daher nur wirksam, wenn der Machtgeber ausdrücklich damit einverstanden sei oder das Selbstkontrahieren dem Vertretenen ausschließlich rechtliche Vorteile zuwende. So sei etwa ein Mangel der Vertretungsmacht in der E 5 Ob 4/82 bejaht worden, weil der Machthaber des Verkäufers einer Liegenschaft die Liegenschaft durch Selbstkontrahieren erwerben wollte, Bedenken allerdings wegen der Unbestimmtheit des in der Verkaufsvollmacht vorgeschriebenen Kaufpreises sowie in den vereinbarten ungewöhnlichen Zahlungsmodalitäten bestanden. Bei dem der E 5 Ob 83/87 zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Machthaber des Verpfänders eine Hypothek für eine eigene Forderung gegen den Machtgeber begründet.

Damit sei der vorliegende Fall aber nicht vergleichbar, sei doch das Pfandrecht zugunsten einer dritten Person begründet worden. Es liege weder ein Fall eines Insigengeschäfts noch einer Doppelvertretung vor. Keineswegs ungewöhnlich sei die Begründung eines Pfandrechts für eine fremde Schuld, insbesondere nicht im Familienkreis. Darin liege für den Pfandbesteller immer ein wirtschaftliches Risiko, dessen sich die frühere Eigentümerin bereits bei Erteilung einer derart weitreichenden Vollmacht bewußt sein mußte. Eine Überschreitung der im Innenverhältnis dem Georg H erteilten Vollmacht berühre die Wirksamkeit und den Umfang der Vollmacht nicht.

Die zur Frage der Geschäftsfähigkeit der Gertrude H vorgetragene Umstände könnten infolge des geltenden Neuerungsverbots nicht berücksichtigt werden.

Zusammenfassend ergebe sich, daß zufolge § 119 Z 4 GBG eine Zustellung des die Einverleibung des Pfandrechts bewilligenden Beschlusses an die damalige Eigentümerin gesetzlich nicht geboten war. Damit sei der Bewilligungsbeschuß in Rechtskraft erwachsen. Mangels Parteistellung der nunmehrigen Liegenschaftseigentümerin in dem abgeschlossenen Grundbuchverfahren sei ihr Rekurs als unzulässig zurückzuweisen.

Das Rekursgericht sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs gemäß § 126

[1] Richtig wohl: 2002.

GBG iVm § 62 Abs 1 AußStrG zulässig sei, weil noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage vorliege, ob eine die Wirksamkeit einer Vertretungsmacht ausschließende Interessenkollision schon dann bestehe, wenn ein Machthaber an einer Liegenschaft des Machtgebers ein Pfandrecht zur Besicherung eigener Schulden erwirke.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der *Revisionsrekurs* der Liegenschaftseigentümerin. Der Revisionsrekurs der Liegenschaftseigentümerin ist aus dem vom Rekursgericht bezeichneten Grund zulässig. Er ist jedoch nicht berechtigt.

Obwohl die Verfügungsvollmacht (§ 31 Abs 6 GBG) von der Einschreitervollmacht in Grundbuchsachen (§ 77 GBG) zu unterscheiden ist, schlagen doch Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit des zu verbücherten Geschäfts wegen eines Vollmacht mangels im Sinn des § 94 Abs 1 Z 2 GBG auch als Bedenken gegen die Einschreitervollmacht desselben Vertreters durch (vgl 5 Ob 295/01w = SZ 2002/2; 5 Ob 2232/96p).

Wären also solche Bedenken im Sinn des § 94 Abs 1 Z 2 GBG vorhanden, wäre mit der Revisionsrekurswerberin davon auszugehen, daß nach § 119 Z 4 GBG ohne Zustellung des maßgeblichen Beschlusses auch an die Machtgeberin dieser nicht in Rechtskraft erwachsen würde. Wird nämlich eine Person, der ein Grundbuchsbeschluß zuzustellen ist, vorschriftswidrig nicht verständigt, so erlischt ihr Rekursrecht erst dann, wenn die Eintragung auch mit Löschungsklage nicht mehr bekämpft werden könnte (vgl RIS-Justiz RS0060806; RS0060799). Die Rechtsmittelfrist des § 123 Abs 1 GBG beginnt mangels einer den Vorschriften des § 31 GBG entsprechenden Einschreitervollmacht nicht schon mit der Zustellung des angefochtenen Beschlusses an den Vertreter der Rechtsmittelwerberin, sondern erst mit der gemäß § 119 Z 4 GBG vorgenommenen Zustellung an den Machtgeber zu laufen (RIS-Justiz RS0060577 ua). Andernfalls aber löst die Zustellung des Grundbuchsbeschlusses an den Machthaber, der mit einer dem § 31 GBG entsprechenden Vollmacht ausgestattet ist, den Lauf der Rechtsmittelfrist aus (RIS-Justiz RS0060571).

Wie schon das Rekursgericht zutreffend ausgeführt hat, sind nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung Insichgeschäfte nur insoweit zulässig, als keine Interessenkollision droht und der Abschlußwille derart geäußert wird, daß die Erklärung unzweifelhaft feststeht und nicht unkontrollierbar zurückgenommen werden kann. Insichgeschäfte sind zulässig, wenn das Geschäft dem Vertretenen nur Vorteile bringt, keine Gefahr der Schädigung des Vertretenen besteht oder dieser einwilligt (vgl 4 Ob 71/00w = SZ 73/68 mwN). Sie

sind dadurch gekennzeichnet, daß ein Vertreter rechtsgeschäftliche Wirkungen für und gegen den von ihm Vertretenen durch Willenserklärung an sich selbst erzeugt, wobei er entweder als Vertreter und zugleich auch im eigenen Namen für sich selbst (Selbstkontrahieren) handelt oder als Vertreter einer natürlichen oder juristischen Person und zugleich als Vertreter einer anderen natürlichen oder juristischen Person (Doppelvertretung).

Daß bei dem verbücherten Pfandbestellungsvertrag, der zwischen Georg H als Vertreter der Liegenschaftseigentümerin und seiner Gläubigerin abgeschlossen wurde, kein derartiges Insichgeschäft vorliegt, ist eindeutig.

Wegen der gleichartigen und daher Kollisionen nahegelegenen Interessenlage soll nach Ansicht der Revisionsrekurswerberin in diesem Fall aber eine von der Rechtsprechung bereits anerkannte (4 Ob 71/00w), analoge Anwendung der zur (Un-)gültigkeit von Insichgeschäften entwickelten Grundsätze möglich sein. Dem ist im hier zu beurteilenden Fall nicht zu folgen:

Daß ein Machthaber durch ein zwischen ihm als Vertreter eines Machtgebers und einem Dritten abgeschlossenes Rechtsgeschäft und dessen Durchführung (hier Pfandbestellungsvertrag und dessen Verbücherung) dem Vertretenen unmittelbar Nachteile und sich selbst mittelbar wirtschaftliche Vorteile verschafft, bedeutet noch nicht, daß eine einem Insichgeschäft gleichartige Interessenlage zu bejahen wäre. Daß damit eine Interessenkollision verbunden ist, reicht zur Bejahung der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht aus. So war in der E SZ 73/68 ein Vertrag zu beurteilen, den der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit einer anderen Gesellschaft, an der er (über eine Muttergesellschaft) zu 49 % beteiligt war, geschlossen hatte. Weil dort die persönlichen Interessen des Auftraggebers am wirtschaftlichen Wohlergehen jener Gesellschaft, die ihm zu 49 % „gehörte“, mit jenen der Gesellschaft, deren Geschäftsführer er war, kollidierten, wurde die zu befürchtende Interessenkollision mit jener in Fällen klassischen Selbstkontrahierens als vergleichbar gewertet. Der E 5 Ob 99/02y lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem für den Fall des Fehlens eines rechtsgeschäftlichen Willens eines Vertreters zum Vertragsabschluß tatsächlich ein Insichgeschäft vorgelegen wäre. Nun besteht das Wesen eines Insichgeschäfts darin, daß ein Vertreter rechtsgeschäftliche Wirkungen für und gegen den Vertretenen durch Willenserklärung an sich selbst erzeugt. Im Fall einer „fremdnützigen“ Drittpfandbestellung durch den Vertreter des Liegenschaftseigentümers, der gleichzeitig Schuldner der zu sichernden Verbindlichkeit ist, besteht zwar, was der

Revisionsrekurswerberin zuzugestehen ist, eine Kollisionen nahelegende Handlungsweise und eine Schädigungsgefahr für die Liegenschaftseigentümerin, doch ist die Interessenlage bei Abschluß des Pfandbestellungsvertrags nicht der eines Insichgeschäfts gleichartig, weil durch die rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Vertreters zwar Wirkungen für den Vertretenen und den Dritten (Gläubiger) erzeugt werden, nicht aber für den Vertreter selbst. Ob das Rechtsgeschäft durch die Rechtsnachfolgerin der Liegenschaftseigentümerin anfechtbar ist, muß im Grundbuchsverfahren nicht geprüft werden. Infolge Vorliegens einer Vollmacht auch zur Verpfändung der Liegenschaft und zur grundbücherlichen Durchführung einer für die Liegenschaftseigentümerin nachteiligen grundbücherlichen Eintragung kann nicht davon ausgegangen werden, daß das rechtsgeschäftliche Handeln des Vertreters im Rahmen der ihm erteilten Vollmachten selbst bei einer evidenten Schädigungsgefahr für die Liegenschaftseigentümerin die Vertretungsmacht unwirksam machte.

Wie das Rekursgericht zutreffend ausführte, ist eine Drittpfandbestellung für die Schuld eines nahen Verwandten keineswegs derart ungewöhnlich, daß von vornherein Bedenken an der Verfügungsberechtigung eines nach der Vollmachtslage dazu Berechtigten, selbst wenn er der Nutznießer der „fremdnützigen“ Drittpfandbestellung ist, angebracht wären.

Das läßt auch die Befugnis des Einschreiters zur Einbringung des Grundbuchs gesuchs und damit die Rechtmäßigkeit der Zustellung des Bewilligungsbeschlusses im Sinn des § 119 Z 4 GBG an den Vertreter bejahen.

Im Hinblick auf die Rechtskraft des Verbücherungsbeschlusses erübrigt sich eine Stellungnahme zu vermeintlichen inhaltlichen Mängeln des Eintragungsgesuchs, etwa zu der im Revisionsrekurs aufgeworfenen Frage, ob die mit Pfandbestellungsvertrag zugrundeliegende Schuldurkunde einen ausreichenden Rechtsgrund enthielt. Lediglich zur Klarstellung sei insoweit auf die einschlägige Judikatur verwiesen (5 Ob 257/03k mwN), die den diesbezüglichen Argumenten der Rechtsmittelwerberin jegliche Grundlage entzieht.

Dem unberechtigten Revisionsrekurs war daher der Erfolg zu versagen.

Anmerkung:

1. Die hier besprochene Entscheidung scheint schon bei einer ersten Lektüre ein wenig aus dem Rahmen dessen zu fallen, was derzeit beim OGH üblich ist: Zum einen wirkt die Argumentation ziemlich formal (mit grundbuchsrechtlicher

Schlagseite); zum anderen enthält sie kein einziges Zitat aus der Literatur. Der sachliche Schwerpunkt, der mE deutlich im *allgemeinen Stellvertretungsrecht* – womöglich sogar in dessen Grundwertungen – liegt, kommt dabei ein wenig zu kurz. Im wesentlichen stellt der 5. Senat insoweit nur einen Vergleich mit dem *Insichgeschäft* an und konstatiert dabei, daß die Interessenlage im vorliegenden Fall – ein Kreditnehmer verwendet die ihm erteilte Vollmacht dazu, eine fremde Liegenschaft für seinen eigenen Kredit als Pfand zu bestellen – dem *Insichgeschäft* deshalb nicht „gleichartig“ sei, weil die rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Vertreters hier keine Wirkungen für ihn selbst erzeuge. Ohne Zitierung von Gesetzesstellen wird damit eine „analoge Anwendung der zur (Un-)Gültigkeit von *Insichgeschäften* entwickelten Grundsätze“ abgelehnt (diese Formulierung wurde wohl aus dem Revisionsrekurs übernommen).

2. Im folgenden soll ohne Beachtung grundbuchsrechtlicher Feinheiten versucht werden, präzise zu klären, ob die *Pfandbestellungsvereinbarung* überhaupt wirksam zustande kam, was der OGH bejaht hat. Aufgrund seiner Ausführungen sei hier gleich mit dem Problemkreis „*Insichgeschäft*“ begonnen. Gesetzliche Regelungen dazu enthält das österreichische Recht nur ganz punktuell. Im ABGB finden sich überhaupt bloß zwei Vorschriften im Bereich der gesetzlichen Vertretung, nämlich § 271 (Selbstkontrahieren) und § 272 (Doppelvertretung). Die anerkannte Ratio des § 271 liegt in der großen Gefahr, daß der Vertreter seine eigenen Interessen als Vertragspartner über die seines Schützlings stellt. Diese Gefahr droht nun auch bei rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung, sodaß auch in solchen Fällen weitgehend Unwirksamkeit angenommen wird [1]. Bereits darin liegt eine analoge Heranziehung der §§ 271 f ABGB; nur diese und nicht die analoge Anwendung von „Grundsätzen“ (siehe unter 1. aE) steht auch hier in Frage. Verlangt also die Ratio des § 271 ABGB über dessen unmittelbaren Regelungsbe- reich hinaus auch eine Ungültigkeit des hier zwischen Vertretenem und Dritten abgeschlossenen Vertrags? Ist der hier zu beurteilende Sachverhalt wertungsmäßig dem geregelten gleichzuhalten? Zur

Bejahung dieser Fragen wäre zumindest die Feststellung nötig, daß der Vertreter bei einem Geschäft wie dem von ihm abgeschlossenen *typischerweise* unter Vernachlässigung der Interessen des Vollmachtgebers (unzulässigerweise) seinen eigenen zum Durchbruch verhelfen will und daß diese Gefahr aufgrund der gegebenen Konstellation (Verpfändung für eigenen Kredit) auch für den Vertragspartner klar ersichtlich ist. Davon kann man hier mE entgegen dem Rekursgericht und dem OGH ausgehen. Zwar ist richtig, daß Drittpfandbestellungen für Schulden naher Verwandter nicht ungewöhnlich sind. Aber es macht eben einen gravierenden Unterschied, ob der Eigentümer selbst diese Sicherheit bestellt, ob dies ein „außenstehender“ Vertreter tut oder ob – wie hier – gar der Kreditsuchende selbst zugleich als Vertreter des Pfand- eigentümers agiert.

3. Richtig ist allerdings, daß anders als in der rein zweipersonalen Konstellation beim Selbstkontrahieren und anders als bei Doppelvertretung die *Interessen* des für sich selbst handelnden *Dritten* besonders beachtet werden müssen. Und das scheint nun tatsächlich ein relevanter Unterschied zu sein [2]: Der Schutz des möglicherweise gefährdeten Vertretenen darf ja nicht zu Lasten desjenigen erfolgen, der berechtigterweise auf das Bestehen einer ausreichenden Vollmacht vertraut, die tatsächlich vom Vollmachtgeber stammt. Dafür wurde das (vom 5. Senat leider unerwähnte) Rechtsinstitut des *Vollmachtmißbrauchs* entwickelt: Der Bevollmächtigte macht von seiner Vollmacht *entgegen den internen Vorgaben* des Vollmachtgebers Gebrauch; ein Umstand, zu dem im vorliegenden Verfahren übrigens keinerlei Feststellungen getroffen wurden. Ein solcher Mißbrauch ist im Verhältnis zum Dritten im Regelfall unbeachtlich. Bei kraft Gesetzes unbeschränkbarer Vollmacht (zB Prokura) ist die Vertretungshandlung mE (nur) dann unwirksam, wenn der Dritte von der Verletzung interner Schranken *wußte* [3]. Strenger gegenüber dem Dritten ist die hA bei – wie hier – frei gestaltbaren Vollmachten: Häufig wird die Schutzgrenze schon dort gezogen, wo der Dritte aufgrund der Umstände eigentlich hätte Verdacht schöpfen müssen, aber ohne Nachfrage bzw Klärungsversuch

dennoch mit dem Vertreter kontrahiert. So hat der OGH [4] erst jüngst wieder eine „Erkundungspflicht“ grundsätzlich bejaht, wenn besondere Umstände den Verdacht eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht nahelegen bzw wenn sich ein solcher Mißbrauch dem Dritten geradezu aufdrängen muß [5]. Dies könnte man hier – Verpfändung einer fremden Liegenschaft für eigene Schuld des Vertreters – nun durchaus annehmen. Dies sieht in der Sache möglicherweise auch der 5. Senat so, wenn er – allerdings nur im Kontext seines Vergleichs mit dem *Insichgeschäft* – ausdrücklich sagt, daß in concreto „eine Kollisionen nahelegende Handlungsweise und eine Schädigungsgefahr für die Liegenschaftseigentüme- rin“ bestand.

Selbstverständlich schadet dem Dritten die Unterlassung einer Nachfrage im Ergebnis dann nicht, wenn sich ergibt, daß der Bevollmächtigte keine internen Beschränkungen verletzt hat. Heikel ist aber die *Beweislastverteilung* für diesen Umstand; eine Problematik, die hier nur angerissen werden kann. Einerseits könnte man meinen, wegen der Weite der erteilten Vollmacht müsse der Vollmachtgeber (bzw hier: dessen Erben) nachweisen, daß das konkret getätigte, von der Vollmacht an sich mit erfaßte Geschäft dem Vertreter nicht erlaubt war. Umgekehrt könnte man aber auch – ähnlich wie etwa bei § 25c KSchG – mit guten Gründen vertreten, es sei Sache des untätig gebliebenen Dritten, darzutun, daß der Vollmachtgeber bei einer Rückfrage grünes Licht gegeben hätte. ME spricht manches für diese zweite Alternative: Waren die Bedenken aufgrund ihrer Massivität geeignet, eine Durchbrechung der grundsätzlichen Abstraktheit einer Vollmacht zu bewirken, sollte man bis zum Beweis des Gegenteils von der Berechtigung dieser Bedenken ausgehen.

4. Ein dritter denkbarer Ansatz betrifft die *Art der Bevollmächtigung*. Der Entscheidung ist nur sehr wenig zum konkreten Inhalt der schriftlichen Vollmacht zu entnehmen. Man liest bloß, daß „unter anderem auch“ zu allen in § 1008 ABGB angeführten Geschäften (sowie zur Einbringung von Grundbuchsgesuchen) bevollmächtigt wurde. Auf diese wichtige *Vollmachtgeber-Schutzbestimmung* geht der 5. Senat nun aber leider überhaupt

[1] Nachweise und Differenzierungen etwa bei P. Bydlinski in KBB² § 1017 Rz 5.

[2] Anders wohl vom konstruktiven Ansatz her zum deutschen Recht ausführlich U. Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977) 195 ff mwN, der den *Insichgeschäfte* erfassenden § 181 BGB auf bestimmte „Außengeschäfte“ mit Dritten analog anwenden will, dabei aber in der Sache auf die zum Vertretungsmißbrauch entwickelten Wertungs-

kriterien zurückgreift, was die auch mE bestehende enge Verwandtschaft der beiden Rechtsinstitute deutlich macht (ausdrücklich für Analogie speziell zur hier interessierenden Konstellation „Sicherheit für eigene Schuld“ 206 ff).

[3] Eine einheitliche Position zum Vollmachtmißbrauch besteht allerdings nicht; ausführlich P. Bydlinski in F. Bydlinski-FS (2002) 25 ff, insb unter Aufarbeitung der wi-

dersprüchlichen OGH-Judikatur; zur Rspr etwa auch Auer, GesRZ 2000, 138, 139.

[4] 8 Ob 84/08y, ÖBA 2009, 152.

[5] Auf zumindest grob fahrlässige Unkenntnis vom Vollmachtmißbrauch stellte der OGH schon früher immer wieder ab: siehe nur 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149; 5 Ob 164/99z, SZ 73/80.

nicht ein. Im Kern dient § 1008 ABGB dem Zweck, den Vollmachtgeber hinreichend – und zum Teil sogar sehr konkret – vor manchen Gefahren zu warnen, die mit der Erteilung von Vertretungsmacht verbunden sind. Das betrifft ganz besonders Satz 2 leg cit, der den Abschluß bestimmter Geschäfte an die Erteilung einer darauf lautenden *Spezialvollmacht* knüpft. Solche aufzählenden Regelungen können niemals vollständig sein; und so ist auch in der Rspr die *Analogiefähigkeit anerkannt* [6].

Womöglich ist dieser methodische Weg aber gar nicht erforderlich. Die Verpfändung (auch) für Fremdkredite könnte nämlich bereits unter die in Satz 2 ausdrücklich genannte Fallgruppe der *unentgeltlichen Aufgabe von Rechten* subsumiert werden: Der Begriff der (Un-)Entgeltlichkeit ist ja weit und schillernd. Aufgrund der Stoßrichtung des § 1008 ABGB (Vollmachtgeberschutz) darf es hier mE für die Unentgeltlichkeitsfrage – anders als etwa für § 915 ABGB [7] und trotz § 1369 Satz 1 ABGB – nur auf die Werte des bevollmächtigenden Verpfänders ankommen. Zumindest bedingt aufgegeben wird hier das freie Eigentumsrecht, indem es mit einem fremden Pfandrecht belastet wird.

Wem die direkte Anwendung zu kühn erscheint, sollte sich für analoge Anwendung entscheiden: Zumindest eine wesentliche Gruppe der in § 1008 Satz 2 ABGB genannten Geschäfte ist nämlich dadurch gekennzeichnet, daß es sich um für den Vollmachtgeber *wirtschaftlich typischerweise nachteilige* handelt (Ausschlagung einer Erbschaft, Schenkung, unentgeltliche Aufgabe von Rechten), bei denen es bei generellerer Bevollmächtigung von vornherein fraglich erscheint, ob er auch dafür Vertretungsmacht einräumen wollte. Diese Wertung erfaßt den vorliegenden Fall voll.

Daß überdurchschnittlicher, vom Gesetz anerkannter Schutzbedarf besteht, zeigt auch ein Vergleich mit § 1008 Satz 1 ABGB. Danach wird etwa bereits für Darlehens- und Kreditverträge [8] eine Gattungsvollmacht benötigt. Die Verpfändung für fremden Kredit ist demgegenüber für den Vollmachtgeber weit gefährlicher bzw nachteiliger; ganz besonders trifft dies auf die Verpfändung für einen Kredit des Bevollmächtigten selbst zu.

ME hätte der Bevollmächtigte also eine *Einzelvollmacht* benötigt, um die Liegenschaft wirksam zur Sicherung seines eigenen Kredits verpfänden zu können. Aufgrund der klaren Ratio des § 1008 Satz 2 ABGB reicht dafür eine Vollmacht keinesfalls aus, die sich auf alle in § 1008 genannten Geschäfte bezieht – sei dies pauschal angeordnet oder seien diese Geschäfte in einer Urkunde einzeln aufgezählt –, da damit der gesetzliche Warnzweck der Spezialbevollmächtigung [9] nicht erreicht werden kann [10]. Somit war die Verpfändungsabrede unwirksam und die grundbücherliche Eintragung des Pfandrechts erfolgte titellos.

o.Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski,
Graz

[6] Siehe etwa OGH SZ 51/81; HS 25.530. Diese Entscheidungen sind zwar zu Satz 1 ergangen, ihre Argumente passen aber ebenso für Satz 2. Aus jüngerer Zeit für eine Spezialvollmacht zum Abschluß von Schiedsvereinbarungen – Satz 2 nennt bloß die Schiedsrichterwahl – OGH 7 Ob 64/06x, ecolex 2006, 645; 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 mit Anm

von Hügel. Nachweise von Entscheidungen des OGH, die trotz fehlender ausdrücklicher Gesetzesregelung für die Bevollmächtigung zu bestimmten formpflichtigen Geschäften Formgebote bejahen, etwa bei P. Bydlinski in KBB² § 1005 Rz 3.

[7] Siehe dazu bloß Bollenberger in KBB² § 915 Rz 2.

[8] Vgl nur Apathy in Schwimann, ABGB³ § 1008 Rz 4 mwN.

[9] Besonders anschaulich dazu Apathy in Schwimann, ABGB³ § 1008 Rz 1.

[10] Zur teleologischen Notwendigkeit und zur Zulässigkeit eines einschränkenden Verständnisses von Satz 3 leg cit kurz P. Bydlinski in KBB² § 1008 Rz 5.