

ÖSTERREICHISCHES BANK-ARCHIV

Entscheidungen

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach den getroffenen Feststellungen haben sich die beiden „verpfändeten“ Anleihen bisher nicht in Händen der Klägerin befunden. Da die aus den Anleihen resultierenden Forderungen in Urkunden verkörpert sind, wäre zur Begründung des Pfandrechtes daran die Übergabe der Papiere erforderlich gewesen (vgl. *Petrasch* in Rummel, ABGB, Rz 4 zu § 452). Richtig hat daher das Berufungsgericht erkannt, daß es sich bei der „Verpfändung“ der beiden Anleihen in Wirklichkeit bloß um einen sogenannten „Verpfändungsvertrag“ ohne wirkliche Einräumung des Pfandrechtes gehandelt hat, also um einen Vertrag, eine Sache als Pfand geben zu wollen. Dieser Vertrag verschafft mangels Übergabsaktes kein dingliches Recht, sondern nur den obligatorischen Anspruch auf Pfandgabe der bestimmt zugesagten Sache (*Petrasch* in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 1368; vgl. auch 3 Ob 629/83; 3 Ob 77/85 ua). Die bloße Zusage der Pfandbestellung verschafft aber kein Absonderungsrecht (*Petrasch* in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 1368). Nach der Konkurseröffnung können überhaupt keine Pfandrechte an zur Konkursmasse gehörigen Sachen erworben werden (SZ 27/13 ua). Soweit die Klägerin daher durch die Geltendmachung des Anspruches auf Herausgabe der beiden Anleihen in Wirklichkeit die Begründung des bisher mangels Übergabsaktes nicht entstandenen Pfandrechtes daran anstrebt, steht dem die Konkurseröffnung über das Vermögen von P. entgegen, weshalb das Klagebegehren – ohne daß auf Fragen der Anmeldung der Herausgabeansprüche im Konkurs näher einzugehen war – abgewiesen werden mußte. In diesem Belang erweist sich die Revision des Beklagten daher als berechtigt.

19.

§§ 451, 467, 1368 ABGB. Das Pfandrecht an Anleihen wird durch Übergabe der Urkunden begründet. Die bloße Zusage der Pfandbestellung verschafft kein Absonderungsrecht. Ein „Vorbehalt“ des Pfandrechtes bei der Rückstellung des Pfandes an den Schuldner ist zwar bei dauernder oder zeitlich unbestimmter Rückstellung unwirksam, nicht aber, wenn das verpfändete Sparbuch dem Pfandbesteller zu Zwecken der Einsichtnahme in der Erwartung sofortiger Rückgabe ausgehändigt wurde. Dann bleibt das Pfandrecht auch bestehen, wenn der Eigentümer die Pfandsache nochmals wirksam verpfändet.

OGH 28. 8. 1986, 8 Ob 555/86

ÖBA 2/87

Anders verhält es sich mit dem Sparbuch. Daran wurde nach den getroffenen Feststellungen der Klägerin tatsächlich die Sachherrschaft iS des § 1368 ABGB eingeräumt. Allerdings ging sie dieser insoweit wieder verlustig, als P. das Sparbuch zur Überprüfung der Richtigkeit der Gutschriften mit der Auflage ausgehändigt wurde, es „sofort wieder zurückzubringen“. Diesem Auftrag kam er nicht mehr nach. Nach insoweit nahezu einhelliger Auffassung (vgl. hierzu *Petrasch* in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 467 und die dort vollständig dargelegte veröffentlichte Judikatur) ist der „Vorbehalt“ des Pfandrechtes bei der Rückstellung des Pfandes an den Schuldner zwar bei dauernder oder zeitlich unbestimmter Rückstellung unwirksam; dies kann aber jedenfalls dann, wenn die Rückstellung wie hier gleich erwartet, dies deutlich zum Ausdruck gebracht und kein Anhaltspunkt erkannt wird, daß

117

die bloß gefälligkeithalber gestattete Einsichtnahme in das als Pfand dienende Sparbuch den Entzug des Pfandes bezweckte, nicht gesagt werden (vgl. SZ 25/89; SZ 41/140; EvBl 1960/220; EvBl 1970/109 ua). Das Pfandrecht am Sparbuch besteht daher immer noch, und zwar unabhängig davon, ob P. die Gelegenheit, das Sparbuch weiterzuverpfänden, wirksam wahrgenommen hat oder nicht (vgl. JBl 1986, 240). Demgemäß ist das auf das erworbene Absonderungsrecht daran gestützte Herausgabebegehren – wie die Vorinstanzen diesbezüglich zutreffend erkannten – berechtigt.

Anmerkung:

1. In der vorliegenden E hatte der OGH über das Bestehen von Absonderungsansprüchen einer Bank im Konkurs eines ihrer Kreditnehmer zu entscheiden. Der abweisende Spruch hinsichtlich einiger Anleihen, die vom Kreditnehmer zwar als Pfand versprochen, aber bislang noch nicht übergeben wurden, wäre an sich keiner Erwähnung wert, wenn nicht sowohl Erst- als auch Berufungsgericht dem Klagebegehren insoweit stattgegeben hätten. Während das Erstgericht der Ansicht ist, daß die Verpfändung der Wertpapiere (ohne jeden Modus!) rechtswirksam war, zugleich aber von der Erfüllung des *Pfandvertrages* spricht, erkennt das Berufungsgericht – obwohl zunächst ebenfalls von einer *wirksamen Verpfändung* auch der Wertpapiere die Rede ist! –, daß mangels wirklicher Übergabe nur ein obligatorischer Anspruch auf Pfandbestellung bestehe. (Daß es ebenfalls von *Pfandvertrag* spricht, obwohl dieser in § 1368 ABGB als das dingliche Rechtsgeschäft definiert ist und damit das Verfügungsgeschäft zum obligatorischen *Pfandbestellungsvertrag* bildet, ist also nur ein – wenn auch grober – terminologischer Schnitzer. Der in der E vom OGH für das Verpflichtungsgeschäft verwendete Ausdruck „Verpfändungsvertrag“ sollte mE wegen seiner Zweideutigkeit überhaupt vermieden werden.) Dieser reiche allerdings aus, um das Klagebegehren zu begründen.

Daß mit dieser Ansicht wesentliche Grundsätze des Pfandrechts über Bord geworfen würden, liegt auf der Hand. Ein Gläubiger soll – gerade auch für den Fall des Konkurses – doch nur dann gegenüber den anderen Befriedigungsvorrechte genießen, wenn er sich eine *dingliche* Sicherheit hat einräumen lassen! Gewährt er das Darlehen, ohne das Pfand „in Verwahrung zu nehmen“, ist er mit seinen bloß obligatorischen Ansprüchen ebenso wie alle sonstigen bloß schuldrechtlich Berechtigten zu behandeln. Dies alles hat das Höchstgericht klar erkannt. Es erschüttert aber doch einigermaßen,

daß einem OLG derart gravierende Fehler unterlaufen.

2. Hinsichtlich des Sparbuches sind mehrere Bemerkungen angebracht. Zunächst zum Sachverhalt, der vor allem deshalb nicht abgedruckt wurde, weil er im wesentlichen der E JBl 1986, 240 zu entnehmen ist. Während es dort um die Klage einer anderen Bank, der der nunmehrige Gemeinschuldner das Sparbuch nach der Entziehung ebenfalls verpfändet hatte, gegen die Klägerin des vorliegenden Prozesses (die zugleich Ausstellerin des Sparbuches ist) auf Herausgabe des Guthabens ging, ist hier der Anspruch des Erstpfindnehmers gegen den Masseverwalter (im Konkurs des Verpfänders) auf neuerliche Herausgabe des Sparbuches Klagsgegenstand.

3. In diesem Rechtsstreit war auf die spätere zweite Verpfändung schon wegen des Neuerungsverbotes nicht Bedacht zu nehmen; der Beklagte hatte nämlich erst im Berufungsverfahren vorgebracht, daß ihm wegen der zweiten Verpfändung die Herausgabe an die Klägerin unmöglich sei. Die Aussage des Höchstgerichtes, daß aber auch die Wirksamkeit dieser nachträglichen zweiten Verpfändung an der Berechtigung des Klagebegehrens nichts ändere, ist damit als bloßes obiter dictum anzusehen.

Eine Gefahr solcher nicht entscheidungswesentlicher Aussagen liegt darin, daß sie manchmal nicht ebenso sorgfältig überlegt werden wie in concreto ausschlaggebende Rechtsfragen, aber als Rechtsansichten des Höchstgerichtes dennoch starke Beachtung finden. Zum zweiten geben solche bloß nebenbei gemachten Aussagen öfter Gedanken in stark verkürzter Form wieder, was zu Fehlinterpretationen führen kann. Beide Gefahren dürften im vorliegenden Fall drohen. So könnte die kurze Formulierung des Höchstgerichtes, daß das Pfandrecht der Klägerin auch bei Wirksamkeit einer etwaigen zweiten Verpfändung durch den Gemeinschuldner aufrecht bleibe, weshalb das Herausgabebegehren berechtigt sei, dahingehend verstanden werden, daß die Rechtsposition der Klägerin durch diese nachträglichen Ereignisse überhaupt unberührt geblieben sei.

Dazu ist einmal anzumerken, daß bei – rechtzeitig vorgebrachter – tatsächlicher Unmöglichkeit der Rückstellung ein auf Herausgabe lautendes Klagebegehren nicht erfolgreich sein kann. In einem solchen Fall hätte die Klage wohl auf Schadenersatz (etwa analog § 458 ABGB auf Bestellung eines neuen Pfandes) umgestellt werden müssen. Unmöglichkeit dürfte bei einer Konstellation wie der vorliegenden aber schon deshalb ausscheiden, weil

der Verpfänder durch Befriedigung des zweiten Pfandgläubigers die Pfandsache zurückerhalten und dann der Klägerin herausgeben könnte. Daß der Eigentümer den zweiten Gläubiger wegen *Geldmangels* nicht befriedigen kann, bewirkt niemals Leistungsunmöglichkeit (vgl. bloß *Reischauer* in Rummel, ABGB, Rz 4 aE zu § 920 mit reichen Rechtsprechungsnachweisen).

Materiellrechtlich weit entscheidender ist aber folgendes: Sind beim zweiten Pfandnehmer alle Voraussetzungen des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs – hier in der Spielart, daß sich das Vertrauen des Erwerbers auch auf die Lastenfreiheit bezieht und der Verpfänder in bezug auf das Pfandrecht Vertrauensmann des ersten Pfandgläubigers ist – erfüllt, erlangt dieser die angestrebte Rechtsposition. Er hat damit das Recht, sich aus der Pfandsache bis zur Höhe seiner Forderung zu befriedigen. Dem ersten Pfandnehmer bleibt daher nur ein etwaiger Mehrerlös zu seiner vorzugsweisen Befriedigung übrig; sein Pfandrecht sinkt also durch die weitere Verpfändung in den zweiten Rang (dazu ausführlich OGH in JBl 1986, 240).

Daß es allein wegen des gutgläubigen Erwerbs durch den zweiten Pfandnehmer nicht *erlischt*, ist leicht zu begründen: *Soweit* die Rechtsposition des ersten Pfandgläubigers die Rechtsstellung des gutgläubigen zweiten nicht schmälert, soll sie selbstverständlich aufrecht bleiben. Ein weitergehender Vertrauensschutz wäre völlig sinnwidrig. Daß der Gutgläubige ein Pfandrecht im ersten und nicht bloß im zweiten Rang erwirbt, ergibt sich ebenfalls aus den Wertungen des Gesetzes. War der zweite Erwerber gutgläubig und hat der bisher Berechtigte seine Rechtsposition durch Einschaltung eines später untreuen Vertrauensmannes (daß auch listig herausgelockte Sachen als anvertraut gelten, begründet der OGH im Anschluß an *Reischauer*, Willensmängel, Geschäftsfähigkeit und unwirksame Veräußerungen als Probleme des Anvertrauens [§ 367 ABGB], JBl 1973, 589 ausführlich in den beiden E JBl 1986, 239 und 240) selbst gefährdet, gehen die Interessen des Gutgläubigen, soweit sie mit denen des bisher Berechtigten kollidieren, vor.

Zur Bejahung des Herausgabebegehrens auch des nachrangigen Pfandgläubigers bleibt noch folgendes anzumerken: Sind an einer Sache mehrere Personen in irgendeiner Weise berechtigt, ist es nicht von vornherein selbstverständlich, daß *jede für sich allein* – und gar ein objektiv bloß „zweit-rangig“ Berechtigter – Herausgabe begehren kann. Es wäre nämlich durchaus eine Analogie zu § 890 Satz 2 ABGB (und uU auch zu § 348 ABGB) zu

erwägen, was dazu führen würde, daß der Belangte bei einer Mehrheit von Berechtigten nur zur Herausgabe an alle bzw zur Hinterlegung verpflichtet ist (für diese Analogie etwa *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² I/2 [1957] 291; ausführlich zum Problem jüngst *Kerschner / P. Bydlinski*, Fälle und Lösungen zum bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene [1986] 132 ff, 136).

4. Zum Schluß sollen noch einige Worte zur logisch an sich erstrangigen Frage gesagt werden: Ist das Pfandrecht der Klägerin trotz Gelangens der Pfandsache in die Innehabung des Verpfänders tatsächlich noch aufrecht? Überraschend ist, daß der 8. Senat des OGH dieses Problem in der hier besprochenen E trotz seiner entscheidenden Bedeutung für den Prozeßausgang mit einem Satz und nur wenigen pauschalen Nachweisen behandelt. (Hingegen widmete der 7. Senat dieser Frage in JBl 1986, 240 unter Zitierung beinahe aller zum Problem auffindbarer Ansichten einige Absätze, um dann zutreffend darauf zu verweisen, daß ihre Lösung für den vorliegenden Streitfall nicht entscheidungsrelevant sei, da der Kläger auch bei Aufrechterhalten des ersten Pfandrechts gutgläubig ein erstrangiges Pfandrecht erworben habe!)

Subjektiv bedauere ich diese kursorische Begründung insbesondere auch deshalb, weil gerade zu diesem Problem etwa drei Monate vor Fällung der vorliegenden E eine ausführliche Arbeit von mir erschienen ist (*P. Bydlinski*, Durchbrechungen des Publizitätsprinzips im Mobiliarpfandrecht? ÖJZ 1986, 327) und mich eine ausdrückliche Stellungnahme des OGH zu meinen Thesen sehr interessiert hätte. *Objektiv* spricht mE für die Notwendigkeit einer ausführlicheren Argumentation, als sie in der E erfolgt ist, die Tatsache, daß es in der zu entscheidenden Sachverhaltskonstellation um den Wegfall der Offenkundigkeit des Pfandrechts, also um (mögliche) Ausnahmen vom zentralen Publizitätsprinzip geht.

Nach dem festgestellten Sachverhalt dürfte hier tatsächlich eine Durchbrechung des Publizitätsprinzips (bzw des Faustpfandprinzips) zu akzeptieren sein: Der Verpfänder ersuchte um Aushändigung des Sparbuchs mit der Behauptung, die Richtigkeit von Gutschriften überprüfen zu wollen. Erst nach Vorlage durch den Angestellten erklärte er, die Prüfung nur an Hand seiner zu Hause befindlichen Unterlagen vornehmen zu können und verließ die Zweigstelle. Ob dies gegen den Willen des Bankangestellten geschah, ist den Feststellungen nicht klar zu entnehmen. Vermutlich ging der Angestellte aber davon aus, daß der

Verpfänder die Kontrolle in den Räumlichkeiten der Bank vornehmen würde. Dann läge jedoch keine bewußte Aufgabe der Gewahrsame vor, weshalb das Pfandrecht aufrecht bliebe (Näheres zum Problem bei *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 333 ff).

Die Begründung des OGH, der primär darauf abstellt, daß die Rückgabe gleich erwartet wurde und kein Anhaltspunkt dafür vorlag, daß der Verpfänder mit dem Begehren um Einsichtnahme den Entzug des Pfandes bezweckte, ist hingegen als zu undifferenziert abzulehnen. Bei wirklich bewußter Zurückstellung der Pfandsache geht der Gläubiger eben ein gewisses ihm erkennbares Risiko (der Untreue des Verpfänders) ein. Wegen der Schutzbedürftigkeit des Verkehrs hat eine bewußte Aufgabe der Gewahrsame daher immer das Erlöschen des Pfandrechts zur Folge; es kommt somit auch nicht darauf an, ob die Einsichtnahme aus Gefälligkeit gestattet wurde. Der Gläubiger ist auf obligatorische Rückforderungsansprüche verwiesen (so auch die vom OGH nicht erwähnten Ansichten von *Petrasch* in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 467; *Koziol / Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts⁷ II [1985] 109; *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts [1970] 28, 36 f; jüngst *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 328 ff [insbesondere 331 ff]).

Peter Bydlinski

Ist da das die Sache
"Ausnahme"?

Wenn wir es nicht prüfen
kannst möglich

(W. Brundage, ...)

Verpfänder ...
und ...
...