

Erfüllen Pfandzeichen spezifische vertragliche Anforderungen nicht, so steht dies der wirksamen Pfandrechtsbegründung nicht entgegen, sofern die verwendeten Pfandzeichen nur den gesetzlichen Anforderungen genügen. Die Übergabe eines 600 bis 800 kg schweren Spektrometers von Hand zu Hand ist untunlich.

OGH 23. 4. 2014, 5 Ob 233/13w

Aus den Entscheidungsgründen:

Die T R- und M AG wurde im Jahre 2010 gemäß §§ 239 ff AktG in die D T R GmbH umgewandelt und firmiert nunmehr unter T R GmbH (fortan: Klägerin). Auf diese Firma ist die Bezeichnung der Klägerin gemäß § 235 Abs 5 ZPO zu berichtigen.

Das LG Innsbruck hat mit seinem Beschluss vom 28.12.2010 zu AZ ... das Konkursverfahren über das Vermögen der G GmbH (Gemeinschuldnerin) eröffnet. Der Beklagte ist der bestellte Insolvenzverwalter.

Die Klägerin hat der Gemeinschuldnerin mit Verträgen jeweils vom 30.11.2007 diverse Produkte und Dienstleistungen zur Verfügung gestellt, nämlich betreffend Verwaltung, sonstige Dienste, öffentliche Verpflichtungen, Flüssigeisen, elektrische Energie, Erdgas, Nutzwasser, Fäkalwasser, Trinkwasser und Druckluft sowie mit Mietvertrag vom 6.12.2007 Grundflächen und Gebäude.

Die Klägerin schloss mit der Gemeinschuldnerin am 27.11.2009 einen „Verpfändungsvertrag“, mit dem die Gemeinschuldnerin zur Sicherstellung sämtlicher Forderungen und Ansprüche der Klägerin aus den Verträgen vom 30.11.2007 die in ihrem alleinigen Eigentum stehenden Maschinen gemäß beigelegter und einen integrierten Bestandteil des Vertrags bildender Maschinenliste verpfändete. Die Maschinenliste lautete:

1. Roboter-Putzzelle (Inventar-Nr 101615)
2. Vertikaldrehmaschine Doosan-CNC-2-Spindel (Inventar-Nr 101764)
3. Durchlaufhängebahnstrahlanlage (Inventar-Nr 101754)
4. CNC-Bearbeitungszelle „Maus“ (Inventar-Nr 101748)
5. Spektrometer ARL 3460 Metals Analyser (Inventar-Nr 101768).

Laut Punkt III. des Verpfändungsvertrags erklärte sich die Pfandgeberin (gemeint wohl: Pfandnehmerin) mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit, jedenfalls Untunlichkeit der körperlichen Übergabe bereit, die verpfändeten Maschinen im Betrieb zu belassen, wobei die Übergabe der verpfändeten Maschine(n) derart erfolgen sollte, dass sie mit einem auf die Verpfändung hinweisenden gut sicht-

baren Vermerk gekennzeichnet werden, zu welchem Zweck an der Oberfläche in gut leserlicher Form Schilder mit der Aufschrift „zu Gunsten von Forderungen der T R- und M AG verpfändet“ angebracht und bis zum Erlöschen des Pfandrechts dort verbleiben sollten. Die Pfandgeberin verpflichtete sich, die Entfernung der auf die Verpfändung hinweisenden Kennzeichen zu unterlassen und der Pfandnehmerin jederzeit den nötigen freien Zutritt zu den Räumen zu gewähren.

Bis auf das Spektrometer waren alle Maschinen fix am Boden montiert. Die Roboter-Putzzelle war mehrere Tonnen schwer. Die CNC-Bearbeitungszelle „Maus“ bestand aus mehreren Einzelteilen, die jeweils 3 bis 4 t wogen. Die Vertikaldrehmaschine Doosan-CNC-2-Spindel war 2 bis 3 t schwer. Die Durchlaufhängebahnstrahlanlage bestand aus mehreren Einzelteilen, nämlich einer 1,5 bis 2 t schweren Strahlanlage und einem etwa 1 t schweren Absauger. Für die Verbringung dieser Maschinen wären bauliche Maßnahmen notwendig und der Aufwand groß gewesen. Das Spektrometer wog zwischen 600 und 800 kg, stand in einem eigenen Raum im Labor und wurde zu Analysen verwendet, die zu zwei Drittel für die Beklagte und zu einem Drittel für die Klägerin bestimmt waren. Dieses Gerät hätte an sich verbracht werden können, wäre dann aber für die Gemeinschuldnerin nicht mehr nutzbar gewesen.

Ein Verbringen sämtlicher Maschinen in die Hallen der Klägerin wäre überdies räumlich deswegen nicht möglich gewesen, weil in diesem Fall auch sämtliche von der Gemeinschuldnerin produzierten Waren in jene Hallen hätten verbracht werden müssen; dafür war bei der Klägerin zu wenig Platz.

Nach Abschluss des Verpfändungsvertrags wurden im November 2009 auf sämtlichen verpfändeten Maschinen Zettel im DIN A4-Format mit einem Klebeband aufgebracht, worauf stand: „Zu Gunsten von Forderungen der T R- und M AG verpfändet“. Die Zettel waren zum Teil vorne auf der Maschine, zum Teil hinten befestigt.

Am 27.12.2010 (Tag vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin) wurden die Zettel auf sämtlichen Maschinen von Mitarbeitern der Klägerin wegen des bevorstehenden Insolvenzverfahrens erneuert. Die Klägerin beabsichtigte, durch die Erneuerung der Zettel ihr Pfandrecht im Insolvenzverfahren unmissverständlich darzutun. An diesem Tag erschien auch ein Gerichtsvollzieher und nahm Pfändungen vor.

Zwischen der erstmaligen Anbringung der Zettel im November 2009 und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am

2038.

§§ 427, 451, 452, 467 ABGB. Erfolgt die Entfernung des Pfandzeichens eigenmächtig durch den Pfandbesteller, so ist das Pfandrecht während der Zeit fehlender Publizität – gutgläubigen Dritten gegenüber – nicht wirksam. Allerdings steht dem Pfandbesteller aus dem Pfandbestellungsvertrag ein obligatorischer Anspruch auf (Wieder-)Bestellung des Pfandes durch Wiederherstellung der Publizität zu. Werden dementsprechend neuerlich Pfandzeichen angebracht, so kommt dem Pfandgläubiger auch wieder eine gesicherte Position gegenüber erst später auftretenden dritten Gläubigern oder im Fall einer nachfolgenden Insolvenz zu.

28.12.2010 befanden sich die Zettel nicht ständig auf den Maschinen. Teilweise fielen die Zettel aufgrund von Verschmutzungen und Wärmebildung von selbst herunter, teilweise wurden sie auch von Mitarbeitern der Gemeinschuldnerin absichtlich entfernt. Die abgefallenen bzw entfernten Zettel wurden immer wieder an den Maschinen angebracht, wobei jedoch nicht feststeht, wer dies durchführte. Es steht auch nicht fest, wie lange die Zettel an den jeweiligen Maschinen jeweils nicht befestigt waren.

Bei der Klägerin war niemand für die Kontrolle der ordnungsgemäßen Befestigung der Zettel zuständig. Es steht nicht fest, ob dafür bei der Gemeinschuldnerin jemand beauftragt war.

Der Beklagte hat die Maschinen in der Zwischenzeit verkauft. Der Erlös betrug € 338.100,22.

Die *Klägerin* beehrte vom Beklagten die Zahlung des der Höhe nach unstrittigen Betrags von € 338.100,22 sA. Sie habe gegen die Gemeinschuldnerin eine im Insolvenzverfahren auch angemeldete Forderung von restlich € 598.888,89, zu deren Besicherung ihr die Gemeinschuldnerin die bezeichneten Maschinen wirksam verpfändet habe. Da die körperliche Übergabe der Maschinen nicht möglich und aus wirtschaftlichen Gründen auch unzumutbar gewesen sei, sei die Verpfändung (Übergabe) durch Anbringung darauf hinweisender, gut sichtbarer Zettel erfolgt. Es treffe zwar zu, dass diese Pfandzeichen am 27.12.2010 erneut angebracht worden seien, doch ändere der bloße Umstand, dass die Pfandzeichen allenfalls kurzfristig auf den Maschinen gefehlt hätten, nichts am aufrechten Pfandrecht. Vielmehr „ruhe“ das Pfandrecht in einem solchen Fall und es reiche, wenn die Pfandzeichen zu jenem Zeitpunkt vorhanden gewesen seien, in dem Dritte auf die Pfandsache greifen wollten, was hier zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung der Fall gewesen sei. Der Beklagte sei daher auch in Kenntnis von der Existenz der Pfandrechte gewesen.

Der *Beklagte* beantragte Abweisung des Klagebegehrens. Selbst wenn man davon ausginge, dass die körperliche Übergabe der Maschinen unzulässig und daher die Verpfändung durch Zeichen zulässig gewesen sei, reiche die hier erfolgte Anbringung einfacher Zettel als Modus nicht aus. Die Maschinen seien in den Produktionshallen (Eisengießerei) doch erheblichen Immissionen durch Staub, Schmutz und Erschütterungen ausgesetzt und daher eine dauerhafte Verbindung von Maschinen und Zeichen (Zetteln) nicht gewährleistet gewesen. Dementsprechend seien zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung auch „blütenweiße“, offensichtlich unmittelbar zuvor angebrachte Zettel vorgefunden worden.

Ein wirksames Pfandrecht der Klägerin habe demnach nicht bestanden.

Das *Erstgericht* wies das Klagebegehren ab. Nach der Rsp führe die nachträgliche Entfernung der Pfandzeichen, möge sie absichtlich durch den Pfandbesteller oder durch Dritte oder durch Zufall geschehen sein, zum Erlöschen des Pfandrechts. Es sei daher davon auszugehen, dass die im November 2009 wirksam begründeten Pfandrechte in der Folge erloschen seien, weil zumindest zeitweise die besagten Zettel nicht mehr an den Maschinen angebracht gewesen seien. Durch die Neuankunft derselben am Tage vor der Konkurseröffnung habe das bereits verloren gegangene Pfandrecht nicht wieder begründet werden können.

Das *Berufungsgericht* gab der Berufung nicht Folge. Das Erstgericht habe die Zulässigkeit einer symbolischen Übergabe der Maschinen im Hinblick auf ihre Beschaffenheit grundsätzlich bejaht. Dies erscheine hinsichtlich des Spektrometers, das 600 bis 800 kg gewogen habe und an sich zu verbringen gewesen sei, dann aber für die Pfandbestellerin nicht mehr benützlich gewesen wäre, durchaus fraglich. Auf diesen Punkt müsse aber deshalb nicht weiter eingegangen werden, weil das Erstgericht zutreffend angenommen habe, dass das Pfandrecht wegen des nachträglichen Entfernens bzw Abhandenkommens der aufgebrachten „Pfandzettel“ erloschen sei: ...

Es stehe fest, dass sich die im November 2009 auf den Maschinen angebrachten „Zettel“ nicht ständig auf diesen befunden hätten. Dass nicht festgestellt werden können, wie lange dies nicht der Fall gewesen sei, schade dem Standpunkt des Beklagten nicht, weil bereits die kurzfristige Entfernung der Zeichen (Zettel) zum Erlöschen des Pfandrechts geführt habe.

Zwar stehe auch fest, dass die abgefallenen bzw entfernten Zettel „immer wieder“ an den Maschinen angebracht worden seien, wenn auch nicht feststellbar gewesen sei von wem. Bei der Klägerin sei jedenfalls niemand für die Kontrolle der ordnungsgemäßen Befestigung der Zettel zuständig gewesen. Die Wahl von bloßen mit Klebestreifen (Tixo) angebrachten Zetteln lasse bei derart massiven Maschinen und in Anbetracht der intensiven Immissionen in einer solchen Werkshalle (Eisengießerei) den Schluss zu, dass die „Bezettelung variabel“ gehalten worden sei, mithin etwa bei Besuch der Werkshalle durch wichtige Kunden vorübergehend habe entfernt werden können, um einen entsprechenden Imageschaden hintanzuhalten. Eine dauerhafte Verbindung von auf die Verpfändung hinweisenden Zeichen mit den Maschinen sei offensichtlich gar nicht beabsichtigt gewesen, weil ansonsten

zweifelloser solidere Verpfändungszeichen, wie etwa angeschraubte Metalltafeln, Verwendung gefunden hätten. Das gewählte „Provisorium“ habe offensichtlich dem Willen sämtlicher Beteiligten, auch der Klägerin entsprochen, die ein natürliches Interesse am wirtschaftlichen Fortbestehen und Wohlergehen der Gemeinschuldnerin gehabt habe. Selbst wenn man aber davon ausginge, dass die offensichtliche Zustimmung der Klägerin zu der gewählten Vorgangsweise, die praktisch gesehen eingeschlossen habe, dass immer wieder Zettel – jedenfalls zwischendurch – entfernt worden seien, und ihre mangelnde Kontrolle („niemand zuständig“) der ordnungsgemäßen Befestigung der Zettel noch nicht einen konkludenten Verzicht auf das Pfandrecht beinhalten würde, sohin ihr Anspruch auf Neu- bzw Wiederbegründung desselben fortbestanden habe, habe die Klägerin am 27.12.2010 (Tag vor der Konkurseröffnung) durch die Neuankunft von Zetteln kein wirksames Pfandrecht mehr erwerben können. Zu diesem Zeitpunkt sei die Gemeinschuldnerin unzweifelhaft bereits zahlungsunfähig gewesen. Dies sei der Klägerin auch bekannt gewesen, habe doch die Neubezettelung der Daturung ihrer Pfandrechte im bevorstehenden Insolvenzverfahren gedient. Die Anfechtung könne nach § 43 Abs 1 IO durch Klage oder Einrede geltend gemacht werden. Unter „Einrede“ seien sämtliche Maßnahmen der Abwehr eines gegnerischen Anspruchs mit Hilfe der Anfechtungstatbestände zu verstehen (4 Ob 548/88 wbl 1988, 404). Vom Beklagten sei vorgebracht worden, dass die Klägerin am 27.12.2010 (Tag vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) keine wirksamen Pfandrechte habe erwerben können. Dies sei nach § 31 IO auch völlig zutreffend.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die *Revision der Klägerin*. Sie ist zulässig und berechtigt.

A. Zur Verfahrensrüge [...]

B. Zur Rechtsrüge

1. Der Beklagte bezweifelt nicht, dass die Klägerin grundsätzlich berechtigt ist, Ansprüche auf den nach außergerichtlicher Verwertung einer mit einem Absonderungsrecht belasteten Sondermasse erzielten Erlös im streitigen Verfahren mittels Pfandrechtsklage geltend zu machen (9 Ob 2048/96h ZIK 1997, 180 = HS 27.380).

2.1. Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muss der mit einem Titel versehene Gläubiger nach § 451 Abs 1 S 1 ABGB die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen. Bei Verpfändung beweglicher Sachen, welche keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen, muss man sich gemäß

§ 452 S 1 ABGB – wie bei der Übertragung des Eigentums (§ 427 ABGB) – solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann.

2.2. Für den vorliegenden Fall folgt aus dieser Rechtslage, dass alle fraglichen Pfandsachen einer Verpfändung „durch symbolische Übergabe“ iSd § 452 ABGB zugänglich waren. Bis auf das Spektrometer waren alle Maschinen fix am Boden montiert (vgl dazu etwa 2 Ob 188/56 JBl 1956, 156) und wogen zwischen 1 und 4 t (allgemein dazu etwa 5 Ob 168/08d immolex 2009/101 [Malau] = JBl 2009, 437; RS0011185; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 §§ 451, 452 Rz 15). Das Spektrometer hätte zwar offenbar ohne bauliche Maßnahmen verbracht werden können, wog aber immerhin zwischen 600 und 800 kg, sodass auch bei diesem Objekt die Verpfändung nach § 452 ABGB zulässig war (vgl 3 Ob 966/27 SZ 9/199 [500 kg schwere Statue]; 12 Os 197/66 EvBl 1967/357 [900 kg schwere Maschinen]).

3.1. Der OGH hat in jüngerer Zeit (obiter) darauf hingewiesen, dass „bei Fahrnissen (...) die deutliche und haltbare Anbringung von Pfandzetteln (zu erfolgen hat)“ (3 Ob 155/10f SZ 2011/23 [1]; vgl auch Hofmann in Rummel³ § 452 ABGB Rz 4). Gemeint ist damit, dass die Anbringung solcher Zeichen tauglich ist, die – bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit (3 Ob 966/27; 3 Ob 45/94 SZ 67/78 [2]) – die Verpfändung nachträglich leicht und sicher feststellen lassen; es darf keine Gefahr von Verschleierung und Missdeutung bestehen (5 Ob 168/08d; vgl RS0011185; RS0011403 [T5]). Als idS taugliche Zeichen gelten etwa angebrachte Pfandzettel und Etiketten, aus denen sich der Gläubiger zweifelsfrei ergibt (5 Ob 168/08d; 7 Ob 566/84 SZ 57/100 [Aufkleber]; 12 Os 197/66 [Tafeln]; 2 Ob 188/56 [Blechtäfelchen]; 3 Ob 966/27 [Pfändungsmarke]; 3 Ob 366/22 ZBl 1923/136 [Blaustiftzeichen]; vgl auch 1 Ob 867/32 = RZ 1932, 243; 5 Ob 87/60 = EvBl 1960/220; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 §§ 451, 452 Rz 17).

3.2. Hier wurden nach Abschluss des Verpfändungsvertrags (Pfandbestellungsvertrags) auf sämtlichen verpfändeten Maschinen teils vorne, teils hinten Zettel im DIN A4-Format mit einem Klebeband aufgebracht, worauf stand: „Zu Gunsten von Forderungen der T R- und M AG verpfändet“. Diese Vorgangsweise war im Lichte der wiedergegebenen Rsp für eine Verpfändung „durch symbolische Übergabe“ iSd § 452 ABGB ausreichend. Laut Punkt III. des Verpfändungsvertrags sollten zwar an der Oberfläche der Maschinen in gut leserlicher Form „Schilder“ angebracht werden. Selbst wenn

man darin eine spezifische vertragliche Anforderung an die Pfändungszeichen erkennen wollte, die durch die angebrachten Papierzettel nicht erfüllt gewesen sein sollte, schadet dies nicht und steht der wirksamen Pfandrechtsbegründung so lange nicht entgegen, als die verwendeten Pfändungszeichen und deren Anbringung – wie hier – den gesetzlichen Anforderungen entsprachen.

4. Nach den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen befanden sich die Pfandzettel in der Zeit zwischen ihrer erstmaligen Anbringung und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ständig auf den Maschinen, weil sie teils aufgrund von Verschmutzungen und Wärmebildung von selbst herunterfielen, teils von Mitarbeitern der Gemeinschuldnerin absichtlich entfernt wurden. Allerdings wurden die abgefallenen bzw entfernten Zettel immer wieder an den Maschinen angebracht, ohne dass feststeht, wer dies durchführte und nach welcher Zeit dies geschah. Es bleibt demnach zu klären, welche Bedeutung die zeitweilige Entfernung der Pfandzettel auf die Wirksamkeit der Verpfändung gegebenenfalls hatte:

4.1. Nach älterer Judikatur hatte das spätere Verwischen (3 Ob 366/22) oder die Entfernung der Zeichen (ZBl 1929/195 [allerdings mit deren späterer einvernehmlicher Wiederanbringung]) keine nachteiligen Folgen.

In 7 Ob 566/84 (JBl 1985, 416 = EvBl 1984/155 = NZ 1986, 105) bezog sich der OGH dagegen auf die – unveröffentlicht gebliebenen – E 2 Ob 819/54 und 7 Ob 569/56, in denen die Ansicht vertreten worden sei, dass das Pfandrecht nur so lange wirksam sei, als die Zeichen auch in der Folge in einer dem Gesetz entsprechenden Weise für jedermann erkennbar blieben. Durch die Nichtbeachtung dieser Vorschrift werde die Sicherheit des redlichen Verkehrs gestört. Es liege auf der Hand, dass die Verpfändung dann nicht mehr erkennbar sei, wenn das Zeichen nicht mehr auf der Maschine angebracht und damit jede engere räumliche Beziehung zum Pfandobjekt gelöst worden sei. Um den Erfordernissen des § 452 ABGB zu genügen, müsse deshalb das Zeichen mit der Sache in dauernder Verbindung stehen (2 Ob 819/54). Die nachträgliche Entfernung der Zeichen mache die Verpfändung ebenso wirkungslos wie die Unterlassung ihrer Anbringung (7 Ob 569/56). Der OGH sei damit insoweit von der älteren Rsp, wonach es nicht schade, wenn die Zeichen später verwischt oder entfernt würden (ZBl 1923/136; ZBl 1929/195), abgegangen. Diese ältere Rsp werde im Übrigen auch von Spielbüchler in Rummel, § 427 ABGB Rz 6, als für Sicherungsrechte nicht haltbar bezeichnet, sofern die Sache in der Gewahrsame

des Schuldners verblieben sei; auch Petrasch in Rummel, § 467 ABGB Rz 4, vertrete die Ansicht, dass die Entfernung jener Zeichen, mittels welcher nach § 452 ABGB verpfändet wurde, der Rückstellung der Pfandsache gleichstehe. Der OGH sehe keinen Anlass, von dieser Rechtsansicht wieder abzugehen. Im Anlassfall waren die an den Maschinen angebrachten Aufkleber (Eigentumszettel) beim Putzen der Maschinen heruntergefallen und zum Zeitpunkt der späteren Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gemeinschuldners nicht vorhanden, worauf der beklagte Masseverwalter Absonderungsrechte erfolgreich bestritt.

In 3 Ob 45/94 war die Wirksamkeit der Verpfändung eines Warenlagers zu beurteilen. Dazu führte der OGH betreffend aus dem Warenlager in den Verkaufsraum verbrachter Fahrnisse aus, dass dort keine auf die Verpfändung hinweisenden Zeichen mehr bestanden hätten. Dies sei der Entfernung der Zeichen gleichzuhalten, zu der der OGH schon ausgesprochen habe, dass sie die Verpfändung wirkungslos mache (7 Ob 566/84 JBl 1985, 416 = EvBl 1984/155). Da die Veränderung hier offensichtlich mit Zustimmung der von der klagenden Partei bestellten Vertrauensperson geschehen oder von ihr sogar selbst durchgeführt und von ihr jedenfalls nicht beseitigt worden sei, müsse nicht auf die Kritik von P. Bydlinski eingegangen werden, die dieser in JBl 1986, 334 ff für andere Fälle an der angeführten Entscheidung geübt habe. Die spätere gerichtliche Pfändung war in diesem Fall nach der Entfernung der betreffenden Fahrnisse aus den separierten Kellerräumen erfolgt (im Ergebnis ähnlich auch 3 Ob 2403/96w SZ 70/118).

In 3 Ob 155/10f (ecolex 2011, 521 [Scheuwimmer] = EvBl 2011/92 [Koller] = ÖBA 2011/1718 [Wolkerstorfer]) hat der OGH zu den möglichen Rechtsfolgen einer nachträglichen Entfernung der Pfandzeichen – obiter – (ua) ausgeführt, es führe, wie sich aus § 467 letzter Teilsatz ABGB ergebe, die (vorbehaltlose) Rückstellung der Pfandsache zum Erlöschen des Pfandrechts. Damit treffe das Gesetz für den Grundmodus der Verpfändung von Fahrnissen eine ausdrückliche Regelung dafür, was es bedeute, wenn der für die Gültigkeit der Verpfändung erforderliche Publizitätsakt nachträglich weg falle. Auch das Weiterbestehen des Pfandrechts erfordere „eine gewisse Publizität“. Jedenfalls die im Einvernehmen zwischen Pfandgläubiger und Pfandbesteller vor-

[1] ÖBA 2011, 401 mit Anm von Wolkerstorfer.

[2] ÖBA 1994, 992.

genommene Entfernung des Zeichens sei – symbolisch – der Rückstellung der Pfandsache gleichzuhalten.

4.2. In der Lehre bringt *Hofmann* (in Rummel³ § 467 ABGB Rz 4) im Wesentlichen (nur) eine Zusammenfassung der zuvor wiedergegebenen Rsp.

Oberhammer/Domej erläutern (in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 467 Rz 12) zu den Meinungsunterschieden zwischen Rsp und Lehre: Während die Rsp annehme, dass die nachträgliche Entfernung der Zeichen iSd § 452 die Verpfändung ebenso wirkungslos mache wie die Unterlassung ihrer Anbringung (7 Ob 566/84 = JBl 1985, 416), was schon im Widerspruch dazu stehe, dass das Pfandrecht bei Abhandenkommen der Sache gegen den Willen des Eigentümers nicht erlöschen solle (7 Ob 599/85 = JBl 1986, 240), wolle die Lehre die nachträgliche Entfernung angebrachter Pfandzeichen iSd § 452 der Rückstellung iSv § 467 3. Halbsatz gleichhalten (*Ehrenzweig*, System I/2² 498; *Klang* in *Klang* II² 517; *Gschmitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eicher*, Sachenrecht² 224; *Hinteregger* in *Schwimann*³ § 467 Rz 8; differenzierend *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 334 ff; *Hofmann* in *Rummel*³ § 467 ABGB Rz 4; *Eicher*, Mobilarpfandrecht 159 ff).

Hinteregger vertritt (in *Schwimann/Kodek*⁴ § 467 ABGB Rz 8) die Ansicht, dass im Fall einer nachträglichen Entfernung der Pfandzeichen ohne Willen des Pfandgläubigers, etwa durch Zufall oder durch den treuwidrigen Pfandschuldner, das Publizitätsprinzip für das Erlöschen des Pfandrechts spreche.

Spielbühler führt (in *Rummel*³ § 427 ABGB Rz 6) aus, die ältere Rsp, wonach es nicht schaden solle, wenn die Zeichen später verwischt oder die Tafeln entfernt werden (ZBl 1923/136; Rsp 1926/166; ZBl 1929/195), sei für Sicherungsrechte nicht haltbar, sofern die Sache in der Gewahrsame des Schuldners geblieben sei; sie sei daher zu Recht aufgegeben worden (7 Ob 566/84). Das Faustpfandprinzip sei mit einer Gewahrsame des Schuldners auch dann nicht vereinbar, wenn das Warnzeichen ohne Zutun des Gläubigers verschwunden sei. Das ruhende Sicherungsrecht lebe aber wieder auf, sobald neuerlich ein Zeichen angebracht werde. Gleiches müsse für das Wegbringen und Zurückerlangen der Sache gelten, wenn und soweit die bloße Beschilderung des Lagers als ausreichend angesehen werde.

P. Bydlinski (ÖJZ 1986, 327 [insb 337]) vertritt die Ansicht, sei ein Gegenstand durch Anbringung von Zeichen wirksam verpfändet worden, so führe die Entfernung der Zeichen nicht generell zum Wegfall des Pfandrechts. Habe der Gläubiger der Entfernung nicht zuge-

stimmt, büße er seine dingliche Sicherheit nur dann ein, wenn er sich trotz bestehender Kontrollmöglichkeiten längere Zeit nicht in üblicher Weise um seine Rechte gekümmert habe. Habe der Gläubiger der Entfernung zugestimmt, erlösche das Pfandrecht jedenfalls.

Bedenken gegen die Ansicht, wonach die eigenmächtige Entfernung der Zeichen durch den Pfandbesteller das Pfandrecht unberührt lasse, hat *Eicher* (Mobilarpfandrecht 159 ff [161 ff]). Zwar sei im genannten Fall mangels Zustimmung des Pfandgläubigers keine Rückstellung der Pfandsache iSd § 467 ABGB zu sehen. Dadurch dass der Pfandgläubiger die Sache in der Gewahrsame des Pfandschuldners gelassen habe, habe er aber ein größeres Gefahrenmoment auf sich genommen als ein Faustpfandgläubiger, weshalb das Interesse Dritter am Haftungsfonds höher zu bewerten sei. Zwar führe die differenzierte Lösung von *P. Bydlinski* zu teilweise ausgewogeneren Ergebnissen, ihr Nachteil seien aber einerseits der große Wertungsspielraum des Rechtsanwenders bei der Beurteilung, ob der Pfandgläubiger die erforderliche Sorgfalt eingehalten habe, und andererseits die Erleichterung von Kollusionen im Hinblick darauf, ob zur fraglichen Zeit die Zeichen gerade vorhanden waren oder nicht.

Auch nach *Sailer* (ÖBA 2001, 221) sei der strengeren Auffassung zu folgen. Mit den Regeln des § 452 ABGB solle eben gerade eine mögliche Täuschung Dritter über die Zugehörigkeit der Pfandsache zum unbelasteten Vermögen des Schuldners verhindert werden. Dieser Zweck würde aber vereitelt, würde es ausreichen, die zwecks Verpfändung anzubringenden Zeichen nur einen Moment lang an der Sache zu belassen, um zunächst einmal ein wirksames Pfandrecht zu begründen, welches erst unterginge, wenn sich der Gläubiger eine gewisse Zeit (wie lange?) nicht darum kümmere. Könne man wirklich das Ergebnis befürworten, der neue Gläubiger, der unmittelbar nach Entfernung der Zeichen pfände oder sich verpfänden lasse, erwerbe kein vorrangiges Pfandrecht, dagegen derjenige schon, der dies zwei Wochen später versuche? Aus der Sicht des Verkehrs solle es nicht darauf ankommen, welche Sorgfalt der Pfandnehmer aufwende. Das Bestehen oder Nichtbestehen eines dinglichen Rechts dürfe nicht entscheidend von für Dritte nicht wahrnehmbaren Bemühungen des Rechtsinhabers, schon gar nicht von dessen noch nicht sorgfaltswidriger Untätigkeit abhängen. Sei der Gläubiger sorgfältig und gelinge es ihm, die Pfandzeichen wieder anzubringen, bevor ein weiterer Interessent zugreife, dann bestehe sein Pfandrecht weiter, wenn nicht, dann eben nicht. Zutreffend

hätten sowohl *P. Bydlinski* als auch *Eicher* darauf hingewiesen, dass eben der Pfandgläubiger, der sich mit der symbolischen Tradition begnüge, bewusst (zumindest sollte es das sein) ein höheres Risiko eingehen als einer, der die Mühe einer körperlichen Übergabe auf sich nehme. Dann solle aber auch dieses Risiko von objektiven (publiken) Faktoren und nicht von der Anwendung nirgendwo näher definierter Sorgfalt abhängen. Auch im Fall des Entwendens oder Herauslockens des körperlich übergebenen Pfandes sollte das Ergebnis dasselbe sein. Kümmere sich der Gläubiger rechtzeitig darum, die ihm natürlich weiter zustehende Gewahrsame wiederzuerlangen, könne ihm das nur nützen, wenn es ihm vor dem Zugriff eines dritten Pfandnehmers (Sicherungsnehmers) gelinge.

5. Unter Abwägung der wiedergegebenen Standpunkte hat der erkennende Senat zur Bedeutung der nachträglichen Entfernung eines Pfandzeichens Folgendes erwogen:

5.1. Bereits unmittelbar aus dem Gesetz (§§ 451 f ABGB) folgt, dass für die wirksame Verpfändung von Fahrnissen ein Publizitätsakt erforderlich ist. Dessen Zweck besteht im Wesentlichen in der möglichst zweifelsfreien Klarstellung des verfügbaren Haftungsfonds. Für jeden Dritten soll klar sein, ob die betreffende Sache zum unbelasteten Vermögen des Schuldners gehört oder nicht.

5.2. Der in der Lehre vertretenen Ansicht, dass jener Gläubiger, der sich mit der symbolischen Tradition „begnüge“, bewusst ein höheres Risiko eingehen als einer, der die Mühe einer körperlichen Übergabe auf sich nehme, weshalb er sich offenbar eine strengere Behandlung gefallen lassen müsse, kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass an die Publizitätserfordernisse im Pfandrecht ein strenger Maßstab anzulegen ist; allerdings besteht kein Grund für eine tendenziell strengere Behandlung jenes Pfandgläubigers, der sein Pfand durch symbolische Übergabe erwirbt. Diesem steht ja insoweit regelmäßig keine Wahlmöglichkeit offen, kommt doch eine Verpfändung durch Zeichen nur dann in Frage, wenn – nach objektiven Kriterien – die Übergabe der Sache von Hand zu Hand unmöglich oder zumindest untunlich ist (vgl 3 Ob 45/94; 3 Ob 2442/96f [3]; 5 Ob 168/08d; *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 452 ABGB Rz 1). Grundsätzlich ist daher eine möglichst weitgehende sachliche Gleichbehandlung beider Arten der Pfandrechtsbegründung anzustreben.

[3] ÖBA 1998, 216 mit Anm von *Spielbühler*.

5.3. § 467 3. Fall ABGB sieht für einen bestimmten Fall, nämlich bei Zurückstellung des Pfandes ohne Vorbehalt, das Erlöschen einer wirksam erfolgten Bestellung eines Faustpfandes vor. ISd zuvor angesprochenen Gleichbehandlung muss auch für die Verpfändung durch Zeichen gelten, dass deren Wirksamkeit erlischt, wenn die Entfernung der Zeichen durch den Pfandgläubiger oder mit dessen Zustimmung erfolgt, wird darin doch regelmäßig auch der schlüssige Verzicht auf das Pfandrecht zu erkennen sein. Eine solche Konstellation ist im vorliegenden Fall aber weder behauptet noch erwiesen worden.

5.4. Erfolgt die Entfernung der Zeichen eigenmächtig durch den Pfandbesteller gegen den Willen des Pfandgläubigers oder zumindest ohne dessen Kenntnis, so wird die Wirksamkeit der Verpfändung während der Zeit fehlender Publizität (fehlender Pfandzeichen) – gutgläubigen Dritten gegenüber – nicht bestehen können, ist doch in solchen Fällen fehlender Publizität dem Schutz nicht gesicherter (potenzieller) Gläubiger der Vorrang einzuräumen. Auf diesem der Publizität und dem Gläubigerschutz verpflichteten Grundgedanken beruhen wohl jene uneingeschränkt zu befürwortenden Entscheidungen, die von einem „Erlöschen“ (einer fehlenden Wirksamkeit des Pfandrechts) zufolge fehlender Zeichen in Fällen ausgehen, in denen der Rechtserwerb dritter Gläubiger bzw die gerichtliche Pfändung gerade zu einem Zeitpunkt erfolgte, als die Publizität einer zuvor und zunächst wirksam erfolgten Verpfändung infolge fehlender Zeichen nicht gewährleistet war.

5.5. In den Fällen, in denen die Entfernung der Zeichen eigenmächtig durch den Pfandbesteller gegen den Willen des Pfandgläubigers oder zumindest ohne dessen Kenntnis erfolgte, darf allerdings dem Pfandbesteller nicht auch dessen aus dem Verpfändungsvertrag (Pfandbestellungsvertrag) ableitbarer (obligatorischer) Anspruch (s dazu *Hofmann* in Rummel³ § 1368 Rz 5; 3 Ob 77/85; 8 Ob 555/86 ÖBA 1987, 117 [*P. Bydlinski*]) auf (hier:) (Wieder-)Herstellung des diesem Verpfändungsvertrag entsprechenden Zustands, nämlich auf eine der gebührenden Pfandbestellung entsprechenden Wiederherstellung der Publizität durch Wiederanbringung der Pfandzeichen abschließend verweigert werden. Kommt es also zur Wiederherstellung notwendiger Publizität durch neuerliche Anbringung der Pfandzeichen, dann kommt auch dem Pfandgläubiger wieder eine gesicherte Position gegenüber erst später auftretenden dritten Gläubigern oder im Fall einer nachfolgenden Insolvenz zu. Eine gesteigerte Gefahr der Täuschung Dritter über die Zugehörigkeit der Pfandsache zum

unbelasteten Vermögen des Schuldners besteht dadurch nicht. Die betreffende Pfandsache bleibt nach Entfernung der Pfandzeichen dem (erfolgreichen) Zugriff eines dritten Pfandnehmers (Sicherungsnehmers) ausgesetzt, solange es dem bisherigen Pfandgläubiger nicht gelingt, die Publizität wiederherzustellen. Gelingt allerdings die Wiederherstellung der Publizität, dann ist die Einschränkung des Haftungsfonds des betreffenden Schuldners wieder evident und ein erst danach auftretender Gläubiger ist nicht schutzbedürftiger als jener, der sich vor der Entfernung der Pfandzeichen um eine Sicherheit bemühen will.

6. Im *Ergebnis* folgt:

6.1. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der mehrfachen Negativfeststellungen des Erstgerichts nicht erwiesen, dass die zeitweilige Entfernung/das Ablösen der Pfandzeichen über einen „längeren“ Zeitraum bestanden hat, diese Situation der Klägerin gegebenenfalls bekannt war und diese dagegen nichts unternommen hätte. Ob derartige Umstände für die Möglichkeit eines Wiederauflebens des Pfandrechts durch Wiederherstellung der Publizität von Bedeutung sein könnten, muss daher hier nicht beurteilt werden.

6.2. Fest steht demgegenüber, dass die Pfandzeichen zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf den Maschinen angebracht waren, womit – nach dem vom Senat hier vertretenen Standpunkt (s insb Punkt 3.5.) – jedenfalls vom aufrechten Absonderungsrecht der Klägerin auszugehen ist. Dass die jeweilige Wiederanbringung abgelöster Pfandzeichen (im Gegensatz zu ihrer bloßen Erneuerung am Tag vor Konkurseröffnung) innerhalb der letzten sechs Monate vor der Insolvenz erfolgt ist, steht zufolge der bereits wiedergegebenen Negativfeststellungen nicht fest. Schon aus diesem Grund muss der auf der gegenteiligen Annahme beruhende Einwand des Beklagten erfolglos bleiben (vgl RS0064383). In Stattgebung der Revision ist somit dem – der Höhe nach unstrittigen – Klagebegehren stattzugeben.

Anmerkung

1. Diese umfassend ausgearbeitete und umsichtig begründete Entscheidung wird schon aufgrund ihres Sachverhalts künftig im Rechtsunterricht als perfektes Beispiel sowohl für die vielen Probleme rund um die Verpfändung durch Zeichen als auch für das Zusammenspiel mit dem Insolvenzrecht dienen können. Obwohl die Entscheidung auch im Ergebnis durchaus überzeugt, können mE einige ergänzende Bemerkungen nicht schaden, zumal der 5. Senat ganz wesentlich mit der *Beweislastverteilung* argumentiert und sich zum materiellen Recht nicht in jedem Punkt endgültig festlegt.

2. Wäre die Sache anders ausgegangen, hätte man mit der Klägerin allerdings kein großes Mitleid haben müssen. Sie hat die „Zettelwirtschaft“ ja offensichtlich akzeptiert und sich auch sonst um ihre Pfandrechte (an durchaus wertvollen Maschinen) nicht wirklich gekümmert. So hätte eine fest angeschraubte Plakette wohl von vornherein Unklarheiten gar nicht aufkommen lassen. Dass nach dem Pfandbestellungsvertrag eigentlich „Schilder“ (und nicht bloß leicht ablösbare Zettel) hätten angebracht werden sollen, schadet mit dem OGH dem wirksamen Pfandrechtswerb aber selbstverständlich nicht. Apropos Pfandzeichen: Entgegen der unter 3.1. ausführlich nachgewiesenen Judikatur gibt es – ebenso wie bei der Sicherungszession, für die Entsprechendes vertreten wird (siehe nur OGH 1 Ob 290/00d, JBl 2002, 187; mit nicht überzeugender Argumentation zust *Riedler*, JBl 2002, 194, 197; gegen *Riedler* sowie generell gegen das Erfordernis der Zessionarsnennung zu Recht *Kaller*, Sicherungszession von Buchforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Publizität [2007] 131 f [Nachweise der Judikatur 130]; tendenziell wie hier etwa auch *Kajaba*, *ecolex* 2001, 734, 735) – keinen Grund, auf der Nennung der Person des Pfandgläubigers zu bestehen. Das Zeichen soll die *Tatsache der Verpfändung* für jedermann leicht erkennbar machen (§ 452 ABGB), um eine Täuschung über den Haftungsfonds des Sachinhabers zu verhindern. Für diesen Zweck reicht die *Erkennbarkeit einer Verpfändung* (oder Sicherungsübertragung) *an sich* aber vollkommen aus. Die Person des konkreten Pfandgläubigers ist dafür ohne jede Bedeutung; somit muss sich der Gläubiger aus dem Pfandzeichen gerade nicht (zweifelsfrei) ergeben. Es wäre erfreulich, wenn diese Erkenntnis dazu führte, den betreffenden „Rechtssatz“ nicht weiter fortzuschreiben.

3. Steht – wie hier – fest, dass an den Maschinen zumindest zeitweise keine Pfandzeichen angebracht waren, so stellt sich eine Mehrzahl von Fragen, die die Entscheidung – fallbezogen – teilweise aufgreift. Sieht man zunächst einmal von der nachfolgenden Insolvenz und der dann zu beachtenden Anfechtungsmöglichkeit von innerhalb der letzten sechs Monate vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen (wie etwa einer neuerlichen Pfandbestellung) ab (§ 30 IO), sind *drei Konstellationen* – einschließlich der dazu gehörigen Beweislastfragen – denkbar. Erstens: Während einer Phase entfernter Pfandzeichen wurde die Maschine von keinem (potentiellen) Gläubiger des Pfandbestellers in Augenschein genommen. Zweitens: Jemand sieht die Maschinen und schließt daraufhin im Vertrauen auf

einen ausreichenden Haftungsfonds mit dem Pfandbesteller ein ungesichertes Kreditgeschäft (was bei ihm später uU zu einem Forderungsausfall führt). Drittens: Jemand schließt mit dem Pfandbesteller ein Geschäft, das auf den Erwerb eines dinglichen Rechts an einer Maschine gerichtet ist.

Wollte man das Publizitätsprinzip absolut setzen, müsste man bereits in der ersten Konstellation Erlöschen annehmen und eine Neuanbringung des Pfandzeichens innerhalb der Sechsmonatsfrist sogar dann als anfechtbare Pfandrechtsneubegründung ansehen, wenn zwischen Beseitigung und Neuanbringung des Zeichens nur wenig Zeit verstrichen ist. Mit der herrschend bejahten Frage, ob das Pfandrecht tatsächlich *sofort* mit dem Wegfall des Zeichens erlischt, kann man, wie die Entscheidung zeigt, aber durchaus häufig konfrontiert werden, so dass diese Problematik einer grundsätzlichen Klärung bedarf. Hier dazu nur so viel: Soll es wirklich einen Unterschied machen, ob ein Pfandzeichen innerhalb der letzten sechs Monate vor Insolvenzeröffnung kurz heruntergefallen ist bzw ob – wie wohl üblich – beim Ersatz eines alten Zettels durch einen neuen zuerst der alte heruntergenommen und danach der neue (an derselben Stelle) angebracht wurde? Was, wenn der alte Zettel kurz vor Betriebsschluss entfernt und der neue erst am nächsten Arbeitstag affiziert wurde? In all diesen Fällen gab es zumindest eine kurze Frist, in der die Maschine ohne Pfandzeichen war. Zugleich wird aber häufig der Beweis gelingen, dass in dieser Phase kein Außenstehender einen Blick auf die Maschine geworfen hat. Soll der Maschinenwert dennoch in die Insolvenzmasse fallen und damit allen ungesicherten Gläubigern zugute kommen, obwohl kein einziger von ihnen jemals auf diesen Haftungsfonds vertraute?

4. Nicht recht klar bzw nicht voll überzeugend sind die Ausführungen des 5. Senats unter 5.4. und 5.5.; ebenso ihr Verhältnis zueinander. Unter 5.4. geht es um die *Grundgedanken von Publizität und Gläubigerschutz*; allerdings ist die dortige (einschränkende?) Bezugnahme auf *gutgläubige Dritte* sicherlich zu eng; Ist das (Weiter-)Bestehen eines Pfandrechts aus Publizitätsgründen abzulehnen, kommt dies vielmehr *allen* Gläubigern des Pfandeigentümers zugute; vollkommen unabhängig davon, ob sie sich in irgendeiner Weise um die dingliche Rechtslage hinsichtlich bei ihrem Vertragspartner und Schuldner befindlicher Sachen gekümmert haben oder nicht. Am Ende dieser Passage geht der OGH auf Entscheidungen ein, in denen der Rechtserwerb dritter Gläubiger bzw die gerichtliche Pfändung zu einem publizitätslosen Zeitpunkt erfolgte, wobei

nicht recht klar ist, ob damit nur der (beabsichtigte) *dingliche* Rechtserwerb oder etwa auch der Erwerb einer bloßen Forderung gemeint ist. Ähnliche Unklarheiten scheinen auch in den Ausführungen unter 5.5. zu bestehen. Dort ist davon die Rede, dass die wiederhergestellte Publizität (durch Anbringung davor fehlender Pfandzeichen) dem Pfandgläubiger *gegenüber erst später auftretenden Gläubigern* (wieder) eine gesicherte Position verschaffe. Das ist in dieser impliziten Gegensatzbildung sicherlich nicht richtig: Selbstverständlich wirkt ein solches Pfandrecht auch denjenigen Gläubigern gegenüber, die im Zeitpunkt der Begründung ihrer ungesicherten Forderung vom freien Eigentum ihres Schuldners ausgehen durften. Es darf ja niemand damit rechnen, dass die dinglichen Rechtsverhältnisse so bleiben, wie sie sind. Wird eine Sache dauerhaft wirksam verpfändet und ist diese Pfandrechtsbegründung nicht anfechtbar, gehen die Rechte des Pfandgläubigers selbstverständlich den Ansprüchen *aller* ungesicherten Gläubiger vor; auch derjenigen, die ihren obligatorischen Anspruch vor der Verpfändung erworben haben.

Offenbar erst gegen Ende von 5.5. wird der *möglichen Kollision dinglicher Berechtigungen* gedacht: „Die betreffende Pfandsache bleibt nach Entfernung der Pfandzeichen dem (erfolgreichen) Zugriff eines dritten Pfandnehmers (Sicherungsnehmers) ausgesetzt, solange es dem bisherigen Pfandgläubiger nicht gelingt, die Publizität wiederherzustellen.“ Damit ist wohl gemeint, dass ein Gläubiger in der Phase fehlender Pfandkennzeichnung ein zur Verwertung der Sache berechtigendes Pfandrecht erwerben kann. Daran besteht bei aktuell fehlender dinglicher Belastung der Sache nun aber ohnehin kein Zweifel. Der Schutz eines solchen (zweiten) redlichen Pfandnehmers wäre allerdings auch dann gewährleistet, wenn man das erste Pfandrecht bei eigenmächtiger Zeichenentfernung nicht sofort erlöschen ließe: Man könnte dann nämlich regelmäßig einen gutgläubigen Vorrangerwerb gemäß § 456 Abs 2 ABGB bejahen, der deshalb in Frage kommt, weil der Pfandgläubiger dem Verpfänder die Sache belassen und sie ihm daher hinsichtlich seines Pfandrechts anvertraut hat, womit die Interessen des gutgläubigen Dritten gemäß § 367 ABGB vorgehen (anders offenbar *Sailer*, ÖBA 2001, 21-1, 221, dessen Ausführungen aber nicht zu entnehmen ist, warum er einen – von ihm nicht angesprochenen – gutgläubigen Vorrangerwerb ablehnt).

5. Das leitet über zu meiner letzten Bemerkung, die an eine wohl zutreffende Position des OGH (unter 5.2.) anknüpft: Schon weil es (im Anwendungsbereich des § 452 ABGB) für den Pfandnehmer

keine andere Wahl als die symbolische Verpfändung gebe, bestehe kein Grund für eine tendenziell strengere Behandlung eines solchen Pfandgläubigers, weshalb eine weitgehende Gleichbehandlung mit einem durch Übergabe von Hand zu Hand begründeten Pfandrecht anzustreben sei. Daraus ist nun aber wohl mehr abzuleiten als die aus § 467 Fall 3 e contrario ABGB (Rückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt) gefolgerte Neuverpfändungspflicht. Wertungsgemäß müsste überdies eine *Parallele zur eigenmächtigen Rückholung der Pfandsache durch den Pfandbesteller* gezogen werden, da es da wie dort um einen verbotenen Eingriff in die absolut geschützte Position des Pfandgläubigers durch den Pfandbesteller geht. Mit dieser Erkenntnis wird allerdings ein weiteres umkämpftes Terrain eröffnet, geht es doch um die – durchaus grundsätzliche – Frage, ob eine solche Eigenmächtigkeit dem absolut geschützten Pfandrecht nichts anhaben kann oder ob das strenge Publizitätsprinzip das Erlöschen des Pfandrechts verlangt. Ich selbst habe dazu vor fast 30 Jahren einen Lösungsvorschlag gemacht, der ein sofortiges Erlöschen verneint, und die dafür maßgeblichen Wertungen auch für die eigenmächtige Pfandzeichenentfernung fruchtbar gemacht (*P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327 ff; zur Rückholung 333 f, zur Pfandzeichenentfernung 335 f; in der vorliegenden E finden sich viele Nachweise zur Diskussion des Problems). Zumindest sollte man das Pfandrecht dann noch als aufrecht ansehen, wenn die Publizität erst seit kurzer Zeit fehlt, dem Gläubiger kein Sorgfaltsvorwurf gemacht werden kann und davon auszugehen ist, dass sich kein Dritter im Vertrauen auf die Pfandfreiheit der Sache auf ungesicherte Kreditgeschäfte mit dem Pfandbesteller eingelassen hat (siehe dazu nur meine Beispielfälle unter 3. aE).

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