

Univ.-Prof. Dr. **Martin Spitzer**, Wien

Zu Zweck, Wegfall und Wiederherstellung kreditsicherungsrechtlicher Publizität

Anmerkung anlässlich OGH 5 Ob 233/13w = JBl 2014, 592

Der Beitrag untersucht nach Überlegungen zur Rechtfertigung kreditsicherungsrechtlicher Publizität die Frage, welche Auswirkungen das Erlöschen der Publizität auf wirksam begründete Sicherungsrechte hat.

Deskriptoren: Pfandrecht, Sicherungseigentum, Publizität, Faustpfand, Rückstellung der Pfandsache, Pfandzeichen, symbolische Verpfändung, Sicherungszession, Buchvermerk.
§§ 451, 452, 467 ABGB; §§ 27 ff, 30, 31 IO.

Übersicht:

- A. Einleitung
 - I. Rekapitulation des Normenbestandes
 - II. Problemaufriss: Wegfall der Publizität
- B. Teleologische Rechtfertigung
 - I. Schutz des Rechtsverkehrs
 - 1. Publizitätsprinzip und Faustpfandprinzip
 - 2. Indizwirkung des Besitzes
 - 3. Gefahr aktiver Täuschung
 - II. Systemrelevanz kreditsicherungsrechtlicher Publizität
- C. Wegfall der Publizität
 - I. Freiwillige Rückstellung des Faustpfandes
 - II. Eigenmächtige Rückterlangung des Faustpfandes
 - III. Abhandenkommen der Pfandzeichen
 - IV. Manipulation des Buchvermerks
- D. Wiederherstellung der Publizität
- E. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einleitung

I. Rekapitulation des Normenbestandes

Der durch eine Verpfändung bewirkten Abspaltung der Haftungsfunktion vom Eigentum begegnet die österreichische Rechtsordnung seit jeher mit hohen Anforderungen an die Publizität. Das österreichische Publizitätskonzept ist dabei bekanntlich recht robust, wird es doch – anders als etwa § 1205 BGB¹⁾ – analog auf die Sicherungsübertragung angewendet.²⁾ *Sedes materiae* sind zunächst die §§ 451 und 452 ABGB, auf § 467 ABGB wird noch zurückzukommen sein.³⁾

Nach § 451 ABGB müssen körperliche Sachen zur Pfandrechtsbegründung nach dem Faustpfandprinzip übergeben werden. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass das Gesetz zu streng formuliert. Aus teleologischen Gründen (siehe sogleich) geht es nicht darum, dass die Pfandsache

beim Pfandgläubiger ist, sondern darum, dass sie nicht beim Pfandbesteller ist. Deshalb ist auch eine Verpfändung durch Besitzanweisung unproblematisch möglich.⁴⁾

Bei Sachen, bei denen eine körperliche Übergabe nicht möglich oder nicht tunlich ist,⁵⁾ ist eine Verpfändung auch durch Zeichen möglich, nämlich durch solche Zeichen, aus denen „jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann“ (§ 452 ABGB). Gemeint sind damit primär Gesamtsachen,⁶⁾ oft Warenlager,⁷⁾ und große körperliche Sachen.⁸⁾ Die Verpfändung durch Zeichen erfolgt bei solchen Sachen durch das Anbringen von Schildern oder wie hier Zetteln, bei Warenlagern verlangt die Rsp zusätzlich noch die Übergabe sämtlicher Schlüssel.

Auch die Verpfändung von Forderungen unterliegt schließlich § 452 ABGB, wenngleich der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Norm nicht primär unkörperliche Sachen vor Augen hatte.⁹⁾ Das Zeichen bei Forderungen ist nach – nunmehr wieder gefestigter¹⁰⁾ – Rsp und Lehre entweder die

⁴⁾ Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ (2012) 459.

⁵⁾ Einen Überblick über die Rsp gibt *Riedler*, Gedanken zur Publizität dinglicher Kreditsicherungsrechte de lege lata et ferenda, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1365 (1374 Fn 34).

⁶⁾ RIS-Justiz RS0016486; RS0011159.

⁷⁾ Siehe aber OGH 19.12.1984, 3 Ob 113/84.

⁸⁾ RIS-Justiz RS0011378; RS0011185. Diese Ausnahme (vgl. zum Regel-Ausnahme-Verhältnis noch die Mahnung von *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, Gutachten zum 4. Österreichischen Juristentag [1970] 225 ff) war auch hier einschlägig, wobei der OGH dabei recht großzügig war, ging es doch unter anderem um eine 600–800 kg schwere Maschine, die ohne weiteres transportabel gewesen wäre, siehe noch unten Kapitel C.III.

⁹⁾ Daher sind die Regelungen zum Rechtspfand auch insgesamt eher dürftig ausgefallen, vgl. *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 225 ff.

¹⁰⁾ Vgl. zur zwischenzeitigen Unsicherheit *Spitzer*, Konkursfestigkeit und Publizität der Sicherungszession, Zak 2007, 47 (47 ff).

¹⁾ Zu den Gründen siehe *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen (2011) 116; rechtvergleichend Kritisches bei *Koziol*, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik, AcP 212 (2012) 1 (27 ff).

²⁾ Statt aller *Iro*, Sachenrecht⁵ (2013) Rz 14/10, 14/19.

³⁾ Hypotheken sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

Verständigung des Drittschuldners oder die Setzung eines Buchvermerks.

II. Problemaufriss: Wegfall der Publizität

Eine klassische Frage der Publizität ist, was passiert, wenn die einmal hergestellte Publizität anschließend wieder wegfällt. Betroffen sind alle publizitätsbedürftigen Sicherheiten, sodass die folgenden Ausführungen sowohl für die Verpfändung als auch für die Sicherungsübertragung gelten. Zu denken ist dabei vor allem an vier Fälle, die die Rsp und Literatur immer wieder beschäftigt haben.

1. Der Pfandgläubiger entspricht der Bitte des redlichen Pfandbestellers um Rückgabe der Pfandsache (zB zur Kontrolle oder zeitweiligen Nutzung).

2. Der unredliche Pfandbesteller holt sich das Pfand eigenmächtig zurück.

3. Pfandzeichen, die an der Sache angebracht wurden, kommen abhanden.

4. Der Pfandbesteller/Sicherungszedent manipuliert den Buchvermerk.

Auffällig ist, dass die Beurteilung dieser Fälle teilweise sehr vorsichtig ausfällt. Generelle Aussagen werden vermieden, Rsp und Literatur sind oft von so starker Kasuistik geprägt, dass es schwer fällt, einen Überblick über das Gesamtproblem zu bekommen und „große Linien“ zu erkennen. So wird vielfach unterschieden, ob eine Sache freiwillig zurückgegeben oder eigenmächtig zurückgeholt wird. Bei freiwilliger Rückgabe soll aber auch die Dauer der Rückgabe eine Rolle spielen. Ebenso anzutreffen ist die Differenzierung zwischen vom Pfandbesteller eigenmächtig zurückgehalten und listig herausgelockten Sachen, wobei der Pfandgläubiger bei der List privilegiert werden soll. Die Positionen sind also sehr verschieden, aber auch nicht immer klar, weil der Publizitätsirrgarten reich an salvatorischen Klauseln ist, etwa dass „jedemfalls die im Einvernehmen zwischen Pfandgläubiger und Pfandbesteller vorgenommene Entfernung des Zeichens“ oder dass „die (vorbehaltlose) Rückstellung der Pfandsache“ zum Erlöschen des Pfandrechts führen.¹¹⁾

Die nunmehr zu OGH 5 Ob 233/13w ergangene Entscheidung trifft demgegenüber klare Aussagen, bei denen freilich gerade aufgrund der unübersichtlichen Materie eine Einordnung und Systematisierung und manche Klarstellungen angezeigt erscheinen, um Missverständnissen vorzubeugen. Diesen Versuch unternimmt der vorliegende Beitrag, an dessen Beginn eine gestraffte teleologische Fundierung des Publizitätskonzepts gestellt wird.

¹¹⁾ OGH 23.02.2011, 3 Ob 155/10f = ÖBA 2011/1718, 401 (Wolkerstorfer) = Zak 2011, 155 (Riedler 143) = EvBl 2011/92 (Koller) = JBl 2011, 508 (Wiesinger) = ecollex 2011, 521 (Scheuwimmer) = ZIK 2011/151, 106 (Kaller-Pröll 82) = RdW 2011, 273 = RZ 2011, 225; dazu Spitzer, Aktuelle Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht – Eigentumsvorbehalt, Hypotheken und Sicherungszession, ÖBA 2014, 172 (172 ff).

B. Teleologische Rechtfertigung

Obwohl die Publizität ein prägender Gedanke des österreichischen Kreditsicherungsrechts ist, fällt eine teleologische Fundierung nicht leicht.¹²⁾ Das hat verschiedene Gründe und liegt zweifellos auch an ihrer wechsellvollen Geschichte,¹³⁾ die jedenfalls einen unbestreitbaren Aufschluss erlaubt: Die deutschrechtliche Publizität steht in einem engen Zusammenhang mit dem Misstrauen gegen die publizitätslose römische *hypotheca*.¹⁴⁾ Es sollte nicht mehr möglich sein, eine dem Rechtsverkehr unerkennbare Generalhypothek am Vermögen zu bestellen.¹⁵⁾

I. Schutz des Rechtsverkehrs

Als Telos¹⁶⁾ der kreditsicherungsrechtlichen Publizität lässt sich daher schon bei Zeiller identifizieren, dass „jedermann auf die Einschränkung des Eigentümers aufmerksam gemacht und gewarnt wird.“¹⁷⁾ Dieser Gedanke findet sich sowohl bei der Verpfändung durch Übergabe als Faustpfand als auch bei der symbolischen Verpfändung, bei der die Warnfunktion ja bereits im Gesetzestext selbst anklingt.

1. Publizitätsprinzip und Faustpfandprinzip

Fast ebenso relevant wie die Kenntnis des Zwecks, den der Gesetzgeber verfolgt hat, ist die Kenntnis dessen, was für den Gesetzgeber offenbar keine Rolle gespielt hat. Schon Frotz bemerkt, dass den Gesetzgeber am Faustpfand eben nur die Publizität interessiert habe¹⁸⁾ und nicht die Tatsache der Dispositionsentziehung mit ihren Vorteilen für den Pfandgläubiger.¹⁹⁾ Prägnant meint Koziol:

¹²⁾ Vgl jüngst Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2012) § 467 Rz 11 und den ausführlichen Beitrag von Riss, Warum ist der Faustpfandgläubiger absonderungsberechtigt?, in FS Iro (2013) 401 (401 ff).

¹³⁾ Wiegand, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in Wiegand, Berner Bankrechtstag: Mobiliarsicherheiten (1998) 75 (79 ff); Migsch, Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip, in FS Welser (2004) 711 (717 ff).

¹⁴⁾ Hromadka, Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZSR 111 (1970) 117 ff; Migsch in FS Welser 718 ff.

¹⁵⁾ Vgl die historische Aufarbeitung bei Migsch in FS Welser 717 ff.

¹⁶⁾ Vgl aber Riedler in FS 200 Jahre ABGB II 1366 f, nach dem die Förmlichkeiten „nicht nur der Beweisbarkeit etwa der Verpfändung [dienen], sondern auch und gerade die Funktion haben, den Verkehr vor Täuschungen über die Kreditwürdigkeit des Schuldners zu schützen“.

¹⁷⁾ Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie II (1812) 256, 259.

¹⁸⁾ Frotz, Kreditsicherungsrecht 26 f; Wolkerstorfer, Das Pfandrecht des Unternehmers (2012) 98 Fn 457.

¹⁹⁾ Riss in FS Iro 413 ff hat demgegenüber zuletzt betont, dass das Faustpfandprinzip (gleichrangig oder sogar vorrangig [419]) auch dem Pfandgläubiger diene. Er werde durch den Dispositionsentzug geschützt. Diesen Umstand instrumentalisiert Riss auch in anderer Hin-

„Das ABGB verwirklicht damit [§ 452] für diesen Bereich nicht das Faustpfandprinzip, sondern das Publizitätsprinzip: Es kommt nicht auf die Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft an, sondern auf die Offenkundigkeit des Rechtserwerbs.“²⁰⁾

Daraus zieht *Frotz* bedeutsame Folgerungen für das Verhältnis von Faustpfand (§ 451 ABGB) und symbolischer Verpfändung (§ 452 ABGB). Er geht vom Ziel bestmöglicher Publizität aus und gibt Lehre und Rsp die Aufgabe auf, diesem Ziel entsprechend zu hinterfragen, ob die Subsidiarität der Verpfändung durch Zeichen nach § 452 ABGB heute noch zeitgemäß sei. Die Zeiten ändern sich und *Frotz* meint, dass die Publizität durch Zeichen jene durch Übergabe mittlerweile übertreffe.²¹⁾ Dem sei Rechnung zu tragen: Man dürfe daher die Bevorzugung der realen Übergabe nicht als unabänderliche Entscheidung des Gesetzes hinnehmen, sondern müsse sie unter dem Blickwinkel des Publizitätsgedankens dauernd auf ihre Zeitgemäßheit überprüfen.²²⁾ Beides ist bisher kaum passiert²³⁾ und ist auch nicht Gegenstand dieses Beitrages. Dazu bedürfte es jedenfalls einer grundsätzlichen Neubewertung der Bedeutung des Faustpfandprinzips, die aber vielleicht trotzdem aussichtsreicher erscheint als die periodisch scheiternden Anläufe zu einem Registerpfandrecht.

Als Zwischenergebnis kann die Selbstverständlichkeit in Erinnerung gerufen werden, dass die Publizität der Warnung des Rechtsverkehrs dient. Diese Warnfunktion wird gern in einen Zusammenhang mit der Idee der Rechtsscheinwirkung des Besitzes und damit dem allgemeinen sachenrechtlichen Publizitätsprinzip²⁴⁾ gebracht. Der Besitz verspreche Aufschluss über den Eigentümer, weil er ein so einleuchtendes Merkmal sei.²⁵⁾

sicht, da er kritisiert, dass das Pfandrecht einer zweiseitigen Rechtfertigung (nach *F. Bydliński*) bedürfe. Einerseits der Verkürzung der anderen Gläubiger (die Rechtfertigung liefere das klassische Publizitätsverständnis), andererseits der Begünstigung des Gläubigers. Diese könne und müsse erst durch den Gewahrsamsentzug gerechtfertigt werden, der der Grund dafür sei, den Pfandgläubiger in der Insolvenz als Absonderungsgläubiger zu privilegieren (422 f).

²⁰⁾ *Kozioł*, Sicherungszession und andere Mobiliarsicherheiten aus rechtsvergleichender Sicht, in *Wiegand*, Mobiliarsicherheiten 19 (21).

²¹⁾ *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 26 f. Den Gedanken der Publizität gegenüber dem Faustpfand untersucht schon *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1907) 141 ff.

²²⁾ Vgl auch *Frotz*, Zur Fortbildung des Kreditsicherungsrechts durch Einführung neuer Formen der Begründung von Mobiliarpfandrechten, in *FS Demelius* (1973) 323 (326 f).

²³⁾ Vgl aber *Migisch* in *FS Welser* 711.

²⁴⁾ Vgl etwa *Seiler* in *Staudinger*, BGB – Eckpfeiler des Zivilrechts (2014) U. Sachenrecht Rz 62 f.

²⁵⁾ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) 213 f. So soll sowohl der Bestand als auch die Übertragung von Sachenrechten für Dritte erkennbar sein (vgl den Abriss bei *Bauer*, Zur Publizität

2. Indizwirkung des Besitzes

Die kreditversicherungsrechtliche Publizität baut gleichsam auf dieser Vorstellung auf. Sie will den Rechtsverkehr auf die durch das Pfandrecht bestehende Einschränkung des Eigentümers aufmerksam machen, indem bei Anwendung des Faustpfandprinzips dem Pfandbesteller die Sache entzogen und in sonstigen Fällen dafür gesorgt wird, „dass jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann.“²⁶⁾ Die dem Publizitätsgedanken vorgelagerte Überlegung ist daher, dass wenn der Pfandbesteller die Sache bei sich hat, die Gefahr bestehe, dass aus dem schon von *Zeiller* als „einleuchtendes Merkmal“ erwähnten Naturalbesitz Rückschlüsse auf den Haftungsfonds des Inhabers gezogen würden.

Dem lässt sich natürlich entgegen, dass die Befürchtung der spontanen Entwicklung von Vorstellungen über den Haftungsfonds fremder Personen anhand der Sachen, die sie in ihrer Gewahrsame haben, lebensfremd ist. Dazu ist freilich zunächst zu bedenken, dass sich die Aussagekraft des Besitzes historisch wohl anders dargestellt hat. Das Regelungskonzept verdankt seine Existenz teilweise sicher auch „früheren dörflichen Idyllen“²⁷⁾ und damit einer Wirtschaftsordnung, der etwa Eigentumsvorbehalt und Leasing noch fremd waren. Der Besitz hat somit am Beginn des 19. Jahrhunderts wahrscheinlich ein größeres Gewicht gehabt und als Indiz häufiger zugetroffen als heute. In Anbetracht von Besitzkonstitut, Miete und Leihe war es aber auch schon 1811 etwas naiv, seine Hoffnungen auf die Gewahrsame zu stützen, heute wäre es nahezu realitätsverweigernd.²⁸⁾

Dies führt dazu, dass die Gewahrsame nicht viel mehr aussagt, als dass eine Sache irgendjemandem gehört. Da man sich das bei den meisten Sachen aber auch ohne große Phantasie denken kann, ist es mit der Rechtsscheinwirkung des Besitzes im Mobiliarsachenrecht bei näherer Betrachtung nicht weit her. Darüber hinaus indiziert das Fehlen von Besitz nicht einmal zuverlässig das Fehlen von Eigentum, man denke an verlorene Sachen. Mit *Karner* darf man daher getrost feststellen, dass die Rechtsscheinwirkung des Besitzes heute niemanden mehr mit Enthusiasmus erfüllt.²⁹⁾ Wenn das so ist, stellt sich aber die Frage nach der fort-dauernden Rechtfertigung der Publizität. Welchem falschen Eindruck will das Gesetz durch die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften entgegenwirken, wo doch offenbar gar kein besonderer Eindruck entsteht?

tätsfunktion des Besitzes bei Übereignung von Fahrnis, in *FS Bosch* [1976] 1 [1 ff]), was wiederum in einem engen Zusammenhang mit dem Charakter von Sachenrechten als absoluten Rechten steht (vgl kritisch *Hedinger*, Über Publizitätsdenken im Sachenrecht [1987] 1 ff).

²⁶⁾ § 452 ABGB.

²⁷⁾ *Frotz*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtsscheinprinzip, in *FS Kastner* (1972) 131 (154).

²⁸⁾ Vgl die dahingehende Kritik von *Wiegand* in *Wiegand*, Mobiliarsicherheiten 129 ff.

²⁹⁾ *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb (2006) 173.

Zunächst ist festzuhalten, dass selbst ein komplettes Abhandenkommen der Indizwirkung des Besitzes nichts daran ändern könnte, dass der Gesetzgeber nach wie vor typisiert bestimmte Geschäfte dem Publizitätsgebot unterwirft. Eine Kritik am kreditsicherungsrechtlichen Publizitätskonzept könnte daher nur rechtspolitisch ansetzen, *de lege lata* führt kein Weg daran vorbei. Tatsächlich erfüllt die kreditsicherungsrechtliche Publizität aber nach wie vor wichtige Funktionen, sodass es nicht von ungefähr kommt, dass das Ausschalten der Täuschungsgefahr nicht nur als historisches Motiv, sondern auch heute noch bei objektiv-teleologischer Betrachtung allenthalben als Normzweck angeführt wird.³⁰⁾ Es bedarf freilich einer anderen Akzentuierung.

3. Gefahr aktiver Täuschung

Wenn als Sinn der Publizitätsbestimmungen das Zerstören falscher Vorstellungen des Rechtsverkehrs über die Vermögenslage einer Person und damit der Kreditgrundlage angeführt wird,³¹⁾ ist das zwar sicherlich richtig, besondere Vorstellungen wird der Rechtsverkehr aber oft erst haben, wenn sie eigens geweckt werden. Schon *Franz Bydliniski* betont, in der beim Pfandrecht typischen Situation bestehe „erfahrungsgemäß nicht selten die Neigung des Schuldners zu verzweifelter Aktionen einschließlich der Täuschung von Geschäftspartnern“.³²⁾ Bei teleologischer Betrachtung ist mE dann auch besonders der Aspekt zu unterstreichen, dass dem Pfandbesteller die Möglichkeit genommen wird, einen falschen Eindruck aktiv zu erwecken,³³⁾ weswegen auch das die Publizität relativierende Argument, die Innehabung durch den Pfandgläubiger könnte dessen Gläubiger täuschen,³⁴⁾ nicht verfängt. Bei der Publizität darf deshalb nicht primär an den ohnehin realitätsfremden flüchtigen Eindruck gedacht werden, den ein potenzieller Gläubiger bei einem Besuch beim Schuldner gewinnen könnte. Es muss vielmehr vor allem berücksichtigt werden, inwiefern dem Pfandbesteller die Gelegenheit eröffnet wird, den Gläubiger in die Irre zu führen. Da der Pfandbesteller Eigentümer bleibt, hätte er erheblich mehr Möglichkeit, Dritte durch einen Hinweis auf sein lastenfreies Eigentum zu täuschen, wenn die Pfandsache bei ihm ist. Ihm würde ja sogar

der Eigentumsbeweis gelingen (etwa durch Vorweisen der Rechnung), gleichzeitig müsste er nur die letzte Episode, die Pfandrechtsbegründung, verschweigen.

Die Bedeutung der Gefahr aktiver Täuschung wird dadurch illustriert, dass auch die Verpfändung von Forderungen publizitätsbedürftig ist.³⁵⁾ Bei Forderungen gibt es nämlich mangels Besitzes überhaupt keine allgemeine Publizität. Mangels Körperlichkeit kann ein falscher Eindruck daher niemals für den flüchtigen Betrachter, sondern immer nur entstehen, wenn der Gläubiger der Forderung nach außen tritt. Ob er das durch die Vorlage von Geschäftsbüchern oder die Berühmung, X schulde ihm Geld, tut, ist dabei belanglos. Die Publizitätserfordernisse schneiden solche Täuschungsmöglichkeiten ab. Der von *Zeiller* angesprochene Zweck der kreditsicherungsrechtlichen Publizität ist somit bei objektiv-teleologischer Betrachtung, dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, den Rechtsverkehr über seine Bonität zu täuschen. Dieser Normzweck ist nach wie vor aktuell und hat nicht primär mit der flüchtigen Rechtsscheinwirkung der Sachinhabung zu tun.

II. Systemrelevanz kreditsicherungsrechtlicher Publizität

Dieser Gedanke erfasst die Publizität freilich nicht zur Gänze. *Canaris* hat als weiteren Gesichtspunkt ins Spiel gebracht, dass es bei der Offenkundigkeit nicht vorrangig um den Schutz einzelner Personen gehe, sondern um den Schutz des Kredits als Institution an sich und die Erhaltung der Funktionsfähigkeit von Zwangsvollstreckung und Konkurs.³⁶⁾

Ob „der Kredit“ als Institution wirklich mehr ist als die Summe der berechtigten Erwartungen aller Verkehrsteilnehmer, kann hier dahinstehen. Die damit natürlich in engem Zusammenhang stehende Erhaltung der Funktionsfähigkeit von Zwangsvollstreckung und Konkurs ist aber jedenfalls ein wichtiger Gesichtspunkt. Während in Österreich nämlich die Publizität häufig kritisch gesehen und als hinderlich empfunden wird, hat schon vor einigen Jahrzehnten das deutsche Beispiel gezeigt, welche masseerhaltende und damit systemwahrende Rolle die Publizität spielen kann. Vielfach wurde die Masselosigkeit der Konkurse kritisiert, an der besitzlosen Mobiliarsicherheiten einhellig ein ganz erheblicher Anteil zugeschrieben wurde.³⁷⁾ Die Mas-

³⁰⁾ Iro, Sachenrecht⁵ Rz 10/4 f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 378; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 451 Rz 3; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ 459; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX/2² (2012) Rz 1/23.

³¹⁾ Vgl beispielsweise *Flad* in *Planck*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz III/2⁵ (1938) § 1205 Anm 1b; *Schmidt*, Der Pfandbesitz, AcP 134 (1931) 1 und 129 (6, 58, 129 f); *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁸ (2011) § 127 Rz 6; *Wiegand* in *Staudinger*, BGB (2009) § 1205 Rz 10.

³²⁾ *F. Bydliniski* in *Klang*, Kommentar zum ABGB IV/2² (1978) 459 f.

³³⁾ Vgl auch *Wiegand* in *Staudinger*, BGB § 1205 Rz 10.

³⁴⁾ *Migsch* in *FS Welser* 733; *Riedler* in *FS 200 Jahre ABGB II* 1373.

³⁵⁾ RIS-Justiz RS0115472: „Der Zweck der Publizitätsvorschrift des § 452 ABGB besteht darin, dass künftige potentielle Gläubiger des Sicherungszedenten das Ausschneiden der sicherungsweise abgetretenen Forderungen aus dem Haftungsvermögen verlässlich erkennen können“.

³⁶⁾ *Canaris*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in *FS Flume* (1978) 371 (419). Vgl auch RIS-Justiz RS0076720 mit dem Hinweis auf den „Schutz der Gläubigerordnung“.

³⁷⁾ *Kilger*, Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, 142 (150 ff); *Uhlenbruck*, Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897 (897 ff); *Henckel*, Wert und Unwert juristischer

sen waren oft so ausgehöhlt, dass im Verfahren nichts mehr zu verteilen übrig blieb.³⁸⁾ Diese Krise des deutschen Insolvenzrechts ist untrennbar mit dem griffigen Diktum von *Kilger* vom „*Konkurs des Konkurses*“³⁹⁾ verbunden, für den als Hauptschuldige die publizitätslosen Sicherheiten identifiziert wurden.⁴⁰⁾ Die Anerkennung solcher Sicherheiten stellt nach manchen überhaupt einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen die *par conditio creditorum* dar,⁴¹⁾ der zurückzudrängen sei.⁴²⁾ Dass dies letztlich dennoch nicht passiert ist,⁴³⁾ wird von *Häsemeyer* scharf als Kodifikation des „Zerrbildes eines Privilegierteninsolvenzverfahrens“ gerügt.⁴⁴⁾ Die deutschen Erfahrungen lehren somit eindrucksvoll die Bedeutung, die die Publizität für ein funktionierendes Vollstreckungs- und Konkurswesen haben kann.

C. Wegfall der Publizität

Die voranstehenden Überlegungen zur Funktion der Publizität zeigen, dass der Gedanke des Schut-

zes des Rechtsverkehrs heute nach wie vor Bedeutung hat, dass es dabei aber weniger um flüchtige Eindrücke irgendwelcher Dritter vom Haftungsfonds einer Person gehen kann, sondern mehr um die Vorbeugung gezielter Täuschungen des ohnehin finanzschwachen Pfandbestellers. Gleichzeitig ist die aus österreichischer Binnenperspektive oft unterschätzte systemische Wirkung des Publizitätsprinzips zu betonen, das dem Insolvenzverfahren hinreichend Haftungsfonds lässt, um seine Funktion in akzeptabler Form zu erfüllen.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu beantworten, was passiert, wenn die einmal hergestellte Publizität wieder abhanden kommt, mit oder ohne Zustimmung des Gläubigers, zufällig oder durch Manipulation des Pfandbestellers.

I. Freiwillige Rückstellung des Faustpfandes

Stellt der Pfandgläubiger dem Pfandbesteller die Pfandsache zurück, spricht auf den ersten Blick alles dafür, auch das Pfandrecht erlöschen zu lassen.⁴⁵⁾ Es wäre seltsam, an die Pfandrechtsbegründung höhere Anforderungen zu stellen als an die Aufrechterhaltung des Pfandrechts, sind doch während des ganzen Bestandes des Sicherungsrechts Dritttinteressen betroffen.⁴⁶⁾ Gerade die Täuschungsgefahr, der es vorzubeugen gilt, besteht ja wieder, wenn der Pfandschuldner die Sache wieder bei sich hat.

Der Weg zu diesem Ergebnis war historisch freilich steiniger als man vermuten würde,⁴⁷⁾ da § 467 ABGB die unglücklich düstere Anordnung trifft, dass das Pfandrecht erlischt, wenn der Gläubiger die Pfandsache „ohne Vorbehalt zurückstellt“,⁴⁸⁾ eine Einladung zum Umkehrschluss für den Fall der Zurückstellung unter Vorbehalt, die Rsp und Lehre teilweise gern angenommen haben.⁴⁹⁾

Zwei Strömungen lassen sich ausmachen:

Der OGH hat einerseits judiziert, dass wenn ein verpfändeter LKW vom Pfandgläubiger dem Schuldner „zunächst in dringenden Bedarfsfällen, dann sogar überwiegend“ zur Verfügung gestellt wird, das Pfandrecht nicht erlösche, „wenn nur der Wille des Gläubigers die Gewahrsame an der

Konstruktion im Konkursrecht, in FS Weber (1975) 237 (250); *Hanisch*, Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZVP 90 (1977) 1 (3, 7 ff); *Meyer-Cording*, Umdenken nötig bei den Mobiliarsicherheiten!, NJW 1979, 2126; *Wiegand* in *Wiegand*, Mobiliarsicherheiten 130 Fn 260; *derselbe* in *Staudinger*, BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rz 34 ff; *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz² (2010) Einleitung. Vgl schon *F. Bydlinski* in *Klang*, ABGB IV/2² 460.

³⁸⁾ *Brinkmann* in *Uhlenbruck*, InsO¹³ (2010) § 51 Rz 1.

³⁹⁾ *Kilger*, KTS 1975, 142; vgl auch *Kilger*, Die Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZRP 1976, 190.

⁴⁰⁾ Dabei werden der Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragungen meist im gleichen Atemzug als Verantwortliche genannt, vgl *Kilger*, KTS 1975, 150; *Hanisch*, ZVP 90 (1977) 8.

⁴¹⁾ *Häsemeyer*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507 (531, 542).

⁴²⁾ Die Vorschläge reichten von der völligen Abschaffung (*Meyer-Cording*, NJW 1979, 2126; *Adams*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte [1980] 286 verspricht sich dadurch etwa eine erhebliche Förderung der gesellschaftlichen Wohlfahrt) bis zum Zurückstutzen oder speziellen Formerfordernissen (Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht [1985] 3.2.1). Unter spezifisch insolvenzrechtlichen Auspizien (vgl *Hanisch*, ZVP 90 [1977] 11 f) wurde überlegt, die Gläubiger aus besitzlosen Sicherheiten zu Insolvenzgläubigern zu machen (1.1.5 II) oder die Sicherheit um die Hälfte zu kürzen (1.1.15 II). Vgl zu den Vorschlägen der Insolvenzrechtskommission im Überblick *Tetzlaff* in *Kirchhof* ea, MünchKomm InsO³ (2013) Vorbem vor §§ 166–173 Rz 13–15.

⁴³⁾ Aufgrund erfolgreicher Lobbyarbeit derjenigen Gruppen, die nach Untersuchungen vom System der Sicherheiten so profitierten, dass sie durchschnittliche Befriedigungsquoten von knapp 80 % erzielten, vgl *V. Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, Praxis der Konkursabwicklung (1978) 45. Die Kreditwirtschaft hat naheliegenderweise versucht, dies zu widerlegen, vgl die Nachweise bei *Tetzlaff* in *MünchKomm InsO³* Vorbem vor §§ 166–173 Rz 15 Fn 12.

⁴⁴⁾ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht⁴ (2007) 18.07, 18.02 und 7.26.

⁴⁵⁾ Zum genaueren Verständnis des Erlöschens und der Folgen der Wiederherstellung der Publizität siehe unten Kapitel D.

⁴⁶⁾ So schon *P. Bydlinski*, Durchbrechungen des Publizitätsprinzips im Mobiliarpfandrecht?, ÖJZ 1986, 327 (331).

⁴⁷⁾ Vgl einen historischen Überblick bei *Eicher*, Ausgewählte Probleme des Mobiliarpfandrechts unter Berücksichtigung der Mithaftung von beweglichen Sachen und Liegenschaften (1999) 137 ff.

⁴⁸⁾ Vgl die Analyse bei *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 331 f.

⁴⁹⁾ Aus der Rsp OGH 1 Ob 305/52 = SZ 25/89; 5 Ob 87/60 = EvBl 1960/220; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2² (1957) 498 (für kurzfristige Rückstellungen); *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 455 (für vorübergehende Rückgabe zu einem bestimmten Zweck); so wohl immer noch *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ (2012) § 467 Rz 5.

Pfandsache und damit das Pfandrecht aufrecht zu erhalten, zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht wurde (Bezettelung, Übernahme der Papiere, zeitweise eigene Verwendung usw.). Die Ansicht läuft darauf hinaus, dass nach der Begründung des Pfandrechts nach dem Faustpfandprinzip zur Aufrechterhaltung des Sicherungsrechts die durch Symbole bewirkte Publizität hinreichen soll. Diese Ansicht – die in der Literatur von *Pfersche* begründet wurde⁵⁰⁾ – führt keineswegs zu schlimmen Konsequenzen, da die Publizität gewahrt und der Rechtsverkehr geschützt bleibt. Sie gerät allerdings in ein nicht auflösbares Spannungsfeld zum Vorrang des Faustpfandprinzips vor symbolischer Verpfändung,⁵¹⁾ wenn man nicht die bereits erwähnte Mahnung von *Frotz* beherzigt und das Verhältnis von Faustpfand- und Publizitätsprinzip einer grundsätzlichen Neubewertung unterzieht, was gegenwärtig aber nicht in Sicht ist.

Die letzten Entscheidungen zur Zurückstellung der Pfandsachen rühren aus den 1980er-Jahren.⁵²⁾ Dort wird nicht mehr die Linie von *Pfersche* verfolgt. Der Pfandbesteller ließ sich das verpfändete Sparbuch zwecks Überprüfung der Gutschriften aushändigen. Abredewidrig wurde das Sparbuch monatelang nicht retourniert. Der OGH ließ das Pfandrecht bestehen, da „der ‚Vorbehalt‘ des Pfandrechts bei der Rückstellung des Pfandes an den Schuldner zwar bei dauernder oder zeitlich unbestimmter Rückstellung unwirksam [sei]; dies kann aber jedenfalls dann, wenn die Rückstellung wie hier gleich erwartet, dies deutlich zum Ausdruck gebracht und kein Anhaltspunkt erkannt wird, daß die bloße gefälligkeitshalber gestattete Einsichtnahme in das als Pfand dienende Sparbuch, den Entzug des Pfandes bezweckte, nicht gesagt werden“. Folgt man dieser Ansicht, hängt es von der Dauer der Rückstellung ab, ob das Pfandrecht aufrecht bleiben soll.⁵³⁾ Dass dies unhaltbar ist, hat bereits *P. Bydlinski* gezeigt.⁵⁴⁾ Es ist schon unklar, worauf abgestellt werden soll. Kommt es für die pfandrechtschonende Kürze der Rückstellung in die Gewahrsame des Pfandbestellers auf

die Vereinbarung an?⁵⁵⁾ Was ist, wenn der Pfandschuldner die ihm bestimmte Zeit „überzieht“? Kann man eine Kette „kurzer Rückstellungen“ bilden und die Publizität so umgehen? Im Ergebnis läuft die Ausnahme für kurzfristige Rückstellungen in die Gewahrsame des Pfandbestellers auf eine völlige Preisgabe des Publizitätsprinzips hinaus.

Dies hat auch der OGH erkannt. Eine Randnotiz zur eben referierten Entscheidung zum Sparbuch ist der Umstand, dass der Pfandschuldner bei der Aushändigung des Sparbuches den Bankangestellten darauf hingewiesen hat, nun könne er das Sparbuch ja jemand anderem verpfänden. Diese Drohung hat der Pfandschuldner auch wahr gemacht, wie ein zweites Verfahren zeigt, in dem sich ein anderer Senat zurückhaltender zeigt: „Der Vorbehalt ist deshalb nach hM zumindest bei dauernder oder zeitlich unbestimmter Rückstellung unwirksam, nach konsequenter Rechtsansicht sogar stets“.⁵⁶⁾ Das trifft zu. Die Ansicht, die bei jeder freiwilligen Zurückstellung der Pfandsache von einem Erlöschen des Pfandrechts ausgeht, ist tatsächlich konsequent, weswegen sie sich mittlerweile auch durchgesetzt hat.⁵⁷⁾

Um dem Vorbehalt iS des § 467 ABGB einen Anwendungsbereich zu lassen,⁵⁸⁾ wird die Norm auf der Ebene des Titelgeschäfts fruchtbar gemacht. Dort führt sie zum (auch sonst erzielbaren) Ergebnis, dass der schuldrechtliche Anspruch, die Pfandsache wieder übergeben zu bekommen, erhalten bleibt. Für den Fortbestand des dinglichen Pfandrechts spielt der Vorbehalt hingegen keine Rolle. Wenngleich der OGH in der Entscheidung 7 Ob 599/85 Sympathie für diesen Standpunkt erkennen ließ, kann – mangels weiterer Entscheidungen zu dieser Frage – nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Rsp mit der nunmehr ganz hL konform gehen würde.

Jüngst wurde der Standpunkt auch in der Lehre wieder hinterfragt, weil *Oberhammer/Domej* im Anschluss an die Arbeit von *Moriz Wellspacher*⁵⁹⁾ die Ansicht vertreten, das vorbehaltene Pfandrecht bleibe *inter partes* bestehen, nur die Wirkungen Dritten gegenüber müssten erlöschen.⁶⁰⁾ Die Arbeit von *Wellspacher* gibt näher darüber Auskunft, was man sich unter einem Pfandrecht *inter partes*

⁵⁰⁾ *Pfersche*, Grundriß des Sachenrechts (1911) 66. Die Auffassung wurde anschließend von *Markl/Niedermayr*, Zur Rückgabe des Mobiliarpfandes unter Vorbehalt, ÖJZ 1994, 185 und *Vranes*, Nochmals zur Rückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt, JB 1996, 763 (769) aufgegriffen.

⁵¹⁾ So schon *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 332; *Wolkerstorfer*, Pfandrecht 98 f und jüngst *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB II 1370 Fn 21.

⁵²⁾ OGH 07.11.1985, 7 Ob 599/85; 28.08.1986, 8 Ob 555/86. Unglücklich ist, dass bei beiden Entscheidungen der genaue Sachverhalt Unschärfen aufweist, weil nicht restlos klar ist, ob die Mitnahme des Sparbuches auch noch von der Erlaubnis gedeckt war oder nicht.

⁵³⁾ Vgl auch RIS-Justiz RS0010363: „Stellt der Gläubiger eine ihm zur Sicherheit übereignete oder verpfändete Sache dem Schuldner (wenn auch unter Vorbehalt seiner Rechte) nicht bloß vorübergehend, sondern auf unbestimmte Zeit zurück, so erlischt das Eigentum oder das Pfandrecht am Gegenstand“.

⁵⁴⁾ *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 330.

⁵⁵⁾ OGH 1 Ob 305/52 = SZ 25/89.

⁵⁶⁾ OGH 07.11.1985, 7 Ob 599/85.

⁵⁷⁾ Grundlegend *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 28, 36.

⁵⁸⁾ Inwiefern sich das nicht bereits aus allgemeinen, rechtsgeschäftlichen Regeln ergibt, erscheint zweifelhaft. Immerhin hätte der Vorbehalt nach § 467 ABGB dann noch die klarstellende Funktion, dass das Erlöschen des Pfandrechts nicht als „normierte“ Willenserklärung auch den zugrundeliegenden Sicherheitenbestellungsvertrag erfasst.

⁵⁹⁾ *Wellspacher*, Vertrauen 164.

⁶⁰⁾ Für diese Ansicht spricht die unglückliche Textierung von § 451 ABGB, der bei erfüllter Publizität vom „wirklichen Erwerben“ des Pfandrechts spricht, ohne dass klar wäre, wie ein unwirkliches Pfandrecht aussehen soll.

vorzustellen hat, nämlich ein Pfandrecht, das gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ist. Wenn dies von *Wellspacher* in einen Zusammenhang mit den §§ 367 und 456 ABGB gebracht wird,⁶¹⁾ bleibt aber die Gretchenfrage offen: Wie hält er es mit der Behandlung in der Insolvenz? Teilweise wird *Wellspacher* so verstanden, dass es nur um den Schutz gutgläubiger Erwerber dinglicher Rechte geht, wobei sich die Frage nach der Bedeutung dieser Ansicht vor dem Hintergrund der §§ 367 und 456 ABGB stellt, die ohnehin gutgläubige Erwerber dinglicher Rechte schützen würde. Die gegen die Interpretation als Gutglaubensschutz bestehenden Bedenken hat *P. Bydlinski* bereits formuliert.⁶²⁾ Die Preisgabe des Publizitätsprinzips und die Ablösung durch ein einzelfallbezogenes Vertrauensschutzkonzept wären ein großer Schritt, für den es in Anbetracht der §§ 367, 456 ABGB zudem keine Notwendigkeit gibt. Gleichzeitig würde so die Trennung von Schuld- und Sachenrecht verwischt. Teilweise wird die Wirkung *inter partes* aber so verstanden, dass das Pfandrecht überhaupt zur Wirksamkeit undifferenzierten „Dritten“ gegenüber der Übergabe bedarf,⁶³⁾ sodass die Insolvenzgläubiger vom Verlust der Publizität profitieren würden. Dies trifft im Ergebnis zu, der Vorteil einer Ansicht, die das Pfandrecht ausschließlich *inter partes* wirken lässt, Dritten gegenüber aber überhaupt nicht, ist wiederum schwer auszumachen, weil der Unterschied zum – systemkonformen – schuldrechtlichen Anspruch auf Neubestellung des Pfandes begründungsbedürftig wäre.⁶⁴⁾

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass der hA,⁶⁵⁾ die das Pfandrecht bei freiwilliger Rückstellung der Pfandsache erlöschen lässt, zuzustimmen ist. Der Grund für das Erlöschen des Pfandrechts liegt darin, dass die Gefahr, der die Publizitätsvorschriften vorbeugen wollen, in vollem Umfang wieder besteht. Der Vorbehalt nach § 467 ABGB äußert sich dann im fortbestehenden Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache an den Gläubiger. Das Erlöschen des Pfandrechts führt

dazu, dass im Insolvenzfall kein Absonderungsrecht besteht und dass Dritte dingliche Rechte derivativ erwerben und nicht auf den Gutglaubensschutz der §§ 367, 456 ABGB angewiesen sind, der schon bei leichter Fahrlässigkeit versagt.⁶⁶⁾

II. Eigenmächtige Rückerlangung des Faustpfandes

Unter diesem Blickwinkel müsste auch die eigenmächtige Rückerlangung des Faustpfandes durch den Pfandbesteller leicht zu beurteilen sein.⁶⁷⁾ *P. Bydlinski* betont dementsprechend, dass „allein vom Publizitätsgedanken her und damit aus der Sicht präsumtiver dritter Gläubiger“ die Gefahr dieselbe sei wie bei willentlicher Zurückstellung der Pfandsache.⁶⁸⁾ Tatsächlich erscheint die Gefahr sogar noch größer. Wer sich die Pfandsache schon eigenmächtig zurückholt, erscheint nicht unbedingt prädestiniert dafür, sie anschließenden Gläubigern nur wahrheitsgetreu mit den nötigen Hintergrundinformationen über Rechte Dritter zu präsentieren.

Trotz der zumindest gleichen, wohl aber sogar zugespitzten Gefährdung will die überwiegende Lehre das Pfand bestehen lassen. Teilweise wird eine Gegenausnahme befürwortet, nämlich ein Erlöschen des Pfandes, das listig herausgelockt wurde.⁶⁹⁾ Zur Begründung wird auf die Rsp verwiesen, die dieses Ergebnis jedoch allenfalls *obiter* andeutet, wenn gesagt wird, das Pfandrecht erlösche nicht, wenn das Pfand dem Pfandgläubiger ohne seinen Willen abhanden kommt, weil es ihm etwa entwendet wird oder ihm verloren geht.⁷⁰⁾ In diesem Rechtssatz erschöpft sich die Rsp aber⁷¹⁾ und es erscheint nicht einmal zwingend, dass es hier wirklich um ein Zurückgelangen des Pfandes an den Pfandgläubiger geht, wie insbesondere die Variante des Verlierens des Pfandes zeigt.⁷²⁾ Hinzu kommt, dass die beiden Entscheidungen, die diesen Rechtssatz bilden, mit einem solchen Verlust der Pfandsache zumindest nicht eindeutig zu tun haben, handelt es sich doch um die bereits bekannten – im Sachverhalt etwas unscharfen – Sparbuchentscheidungen.⁷³⁾

⁶¹⁾ *Wellspacher*, Vertrauen 165.

⁶²⁾ *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 331.

⁶³⁾ Vgl das Verständnis *Wellspachers* durch *Klang* in *Klang*, Kommentar zum ABGB II² (1950) 517. So lautet auch die Formulierung von *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 467 Rz 10 (Begründung und Aufrechterhaltung von Pfandwirkungen gegenüber Dritten).

⁶⁴⁾ Möglicherweise ist damit nichts anderes gemeint als das „Ruhe“ des Pfandrechts, von dem *Spielbüchler* ausgeht (siehe noch unten Kapitel D.).

⁶⁵⁾ *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 28, 36; *Klang* in *Klang*, ABGB II² 517; *Spitzer*, Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung, JBl 2005, 695 (699); *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ 459; *Iro*, Sachenrecht⁵ Rz 12/4; *Koch* in *KBB*, ABGB⁴ (2014) § 467 Rz 3; *Kodek* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar² (2013) § 467 Rz 4; *Wolkerstorfer*, Pfandrecht 100; *Demelius*, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht (1897) 161; *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 141 ff; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 428 Rz 2.

⁶⁶⁾ Statt aller *Karner*, Mobiliärerwerb 398 ff.

⁶⁷⁾ *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 467 Rz 9.

⁶⁸⁾ *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 333; so auch *Spitzer*, JBl 2005, 700; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 467 Rz 9.

⁶⁹⁾ *Hinteregger* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 467 Rz 6.

⁷⁰⁾ RIS-Justiz RS0011459.

⁷¹⁾ RIS-Justiz RS0011459.

⁷²⁾ Wenn *Wolkerstorfer*, Pfandrecht 102 dazu und zur Wegnahme durch Dritte meint, das Pfandrecht müsse dann erlöschen, weil der Pfandgläubiger die Sache in seine Gewahrsame nehmen müsse, übersieht diese Ansicht mE einerseits Sinn und Zweck der Publizität, begibt sich andererseits in Widerspruch zur Verpfändung durch Besitzanweisung und gibt schließlich so ohne Not den absoluten Schutz dinglicher Rechte preis.

⁷³⁾ Vgl schon Fn 52.

Ihr dogmatisches Fundament hat die These vom Aufrechterbleiben des Pfandrechts bei eigenmächtiger Rückholung durch den Pfandbesteller *P. Bydlinski* zu verdanken.⁷⁴⁾ Für das Aufrechterbleiben des Pfandrechts spreche, dass der Pfandgläubiger nicht bewusst, ja oft nicht einmal sorgfaltswidrig zum Abhandenkommen der Sache beigetragen habe. Das dennoch vorgesehene Erlöschen des Pfandrechts wäre eine Bestrafung des sorgfältigen Gläubigers, der dann auf die Konkursquote verwiesen wäre. Dabei sei auch zu bedenken, dass es viele Fälle gebe, in denen das Vertrauen auf einen bestimmten Haftungsfonds enttäuscht werde, so etwa bei Sachen, die durch Besitzkonstitut übereignet werden, beim Eigentumsvorbehalt oder bei schuldrechtlicher Gebrauchsüberlassung. An dieser in der Folge einhellig vertretenen Auffassung⁷⁵⁾ wurde in den letzten Jahren Kritik laut.⁷⁶⁾

Natürlich erkennt *P. Bydlinski*, dass der Einwand der Vertrauensenttäuschung auch in Situationen wie beim Besitzkonstitut oder schuldrechtlicher Gebrauchsüberlassung in allen Fällen kreditsicherungsrechtlicher Publizität vorgebracht werden könnte und dass der Gesetzgeber bei Kreditsicherheiten eben eine andere Richtungsentscheidung getroffen hat. Dem hält er entgegen, dass das Publizitätsprinzip den Schutz des Rechtsverkehrs eben nur für typische Fälle höher bewerte, aber nicht, wenn dem Pfandgläubiger die Sache entzogen werde. Dann müsse dieser vorgehen, es sei denn, das Interesse des gutgläubigen Dritten sei im Einzelfall doch höher zu bewerten, etwa weil der Pfandgläubiger, dem die Sache schuldlos abhanden gekommen ist, sich in weiterer Folge sorgfaltswidrig nicht um die Rückerlangung kümmert. Ist das nicht der Fall, soll das Pfandrecht daher weiter bestehen. Dritte werden in ihrem Vertrauen auf Haftungsfonds nur beim Erwerb dinglicher Rechte und nur durch Gutglaubenstatbestände geschützt (§§ 367, 456 ABGB).

Der Vorteil dieses Ansatzes ist unzweifelhaft ein *inter partes* gerechtes Ergebnis. Die Parteien sind freilich nicht diejenigen Personen, um die es beim Publizitätsprinzip geht.⁷⁷⁾ Auch die Einführung eines Vorwerfbarkeitskriteriums ist mE problematisch. Soll die Publizität wirklich „verschuldens-

abhängig“ sein? Dann müsste man die Treuwidrigkeit des Pfandbestellers und die Sorglosigkeit des Pfandgläubigers gegeneinander abwägen. Die Prämisse, dass bei der eigenmächtigen Entziehung der Pfandgläubiger schutzwürdig sei, wenn er nicht längere Zeit mit der Rückholung wartet, setzt ja zu spät an. Will man auf die Schutzwürdigkeit der Parteien abstellen, bedürfte es einer umfassenderen Abwägung. So wie eine Sorglosigkeit bei der Wiederbeschaffung eine Rolle spielen müsste, wäre auch schon die Sorglosigkeit bei der Wegnahme ins Kalkül zu ziehen. Dadurch wird das Bestehen des Pfandrechts aber eine Gleichung mit vielen Variablen und das Ergebnis einer komplexen Abwägung von Verschuldenskomponenten. Eine so schwierige Prüfung verträgt sich aber schlecht mit der drittergerichteten Wirkung der Publizität.

ME erlischt das Pfandrecht also auch bei Wegnahme durch den Pfandbesteller. Die Publizität ist eine Erfolgsverbindlichkeit gegenüber dem Rechtsverkehr. Ist sie nicht (mehr) gewahrt und aktualisiert sich so die Gefahr, der die Publizität vorbeugen will, erlischt das Recht.⁷⁸⁾ Dritte erwerben unter Zugrundelegung dieser Ansicht Rechte derivativ, im Insolvenzfall besteht kein Absonderungsrecht.

III. Abhandenkommen der Pfandzeichen

Sind die Publizitätskonzepte anhand des Faustpfandprinzips einmal entwickelt, steht einer Übertragung auf andere Fälle kreditsicherungsrechtlicher Publizität eigentlich nichts entgegen.⁷⁹⁾ Zu Recht betont der OGH in der vorliegenden Entscheidung, dass ein grundsätzlicher Unterschied nicht zu sehen ist und dass der Ansicht, dass Gläubiger, die sich mit der symbolischen Tradition begnügten, bewusst ein höheres Risiko eingingen als Faustpfandgläubiger, in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden kann. Der OGH kommt stattdessen zum sehr zu unterstützenden Ergebnis, eine möglichst weitgehende sachliche Gleichbehandlung von Faustpfand und symbolischer Verpfändung anzustreben. Dies überzeugt schon unter dem Blickwinkel der Drittrichtung der Publizität.

Die Parallelverschiebung könnte dann also ganz einfach sein: Wer trotz freiwilliger Rückstellung des Faustpfandes das Fortbestehen des Pfandrechts befürwortet, könnte das auch bei Entfernung der Zeichen mit Einverständnis des Pfandgläubigers tun. Die Mehrheit, die ein Erlöschen des Pfandrechts annimmt, müsste bei Pfandzeichen ebenso zum Erlöschen kommen. Wer bei eigenmächtiger Rückerlangung der Pfandsache das Pfandrecht aufrecht lassen will (allenfalls nach einer Abwägung von Sorgfaltswidrigkeiten),

⁷⁴⁾ Diesem folgend *E. Bydlinski*, Gutgläubiger Erwerb von Sicherungseigentum, ÖBA 1988, 958 (961 ff); *Hofmann* in Rummel, ABGB³ § 467 Rz 4.

⁷⁵⁾ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 379; *Eicher*, Mobiliarpfandrecht 145; *Hofmann* in Rummel, ABGB³ § 467 Rz 4; *Klang* in Klang, ABGB II² 517; *Hinteregger* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 467 Rz 6; OGH 7 Ob 599/85 = SZ 58/166 = JBl 1986, 240; *E. Bydlinski*, ÖBA 1988, 963; *Kodek* in Schwimann, ABGB TaKomm² § 467 Rz 4; *Iro*, Sachenrecht⁵ Rz 12/4.

⁷⁶⁾ *Spielbühler* in Rummel, ABGB³ § 428 Rz 2; diesem folgend *Riedler*, „Babylonische“ Verwirrung um den Publizitätsakt bei der Sicherungssession, ÖBA 2006, 415 (427); *Sailer*, Aktuelle Rechtsprobleme des Mobiliarpfandes, ÖBA 2001, 211 (220 ff); ausführlich *Spitzer*, JBl 2005, 700; diesem folgend *Wolkerstorfer*, Pfandrecht 102; *Koch* in KBB, ABGB⁴ § 467 Rz 2.

⁷⁷⁾ Vgl schon oben und bei *Spitzer*, JBl 2005, 700 f.

⁷⁸⁾ *Sailer*, ÖBA 2001, 220 ff; *Spitzer*, JBl 2005, 700 f; diesem folgend *Wolkerstorfer*, Pfandrecht 102.

⁷⁹⁾ Dies tun – wenn auch mit verschiedenen Ergebnissen – *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 334 ff; *Spitzer*, JBl 2005, 699 ff; *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 467 Rz 12; *Sailer*, ÖBA 2001, 220 ff; *Wolkerstorfer*, Pfandrecht 95 ff.

könnte das auch bei Pfandzeichen tun.⁸⁰⁾ Wer das Faustpfand dagegen erlöschen lassen will, müsste bei eigenmächtiger Entfernung der Pfandzeichen ebenso zum Erlöschen kommen.

Tatsächlich ist das Bild wesentlich bunter, wofür beispielhaft auf *Klang* verwiesen werden darf. Nach ihm bleibt das Pfandrecht bestehen, wenn die Pfandsache abhandenkommt oder dem Pfandgläubiger entwendet wird.⁸¹⁾ Die zur Verpfändung dienenden Zeichen müssen hingegen „dauernd angebracht sein. Ihre nachträgliche Entfernung, mag sie absichtlich oder durch Zufall geschehen sein, benimmt der Pfändung ihre Wirkung“.⁸²⁾ Ähnlich geht etwa *Hinteregger* vom Erlöschen des Pfandrechts bei (auch eigenmächtigem) Abhandenkommen der Zeichen aus,⁸³⁾ wobei dies – zutreffend aber in Widerspruch zur Ansicht zum Faustpfand – damit begründet wird, dass das Publizitätsprinzip auch bei Eigenmacht des Pfandbestellers für das Erlöschen des Pfandrechts spreche.

Diesem Problemkreis hat sich auch die Entscheidung gewidmet, die Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung ist. In OGH 5 Ob 233/13w wurden große Maschinen durch das Anbringen von A4-Zetteln mit Tixo verpfändet. Der OGH ging – hinsichtlich eines Gerätes mit 600–800 kg, das laut Erstgericht „an sich [hätte] verbraucht werden können, dann aber für die Gemeinschaftsdnerin nicht mehr nutzbar gewesen“ wäre, durchaus großzügig⁸⁴⁾ – von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der symbolischen Verpfändung aus. Interessant war der weitere Verlauf. Die Pfandzeichen kamen immer wieder abhanden. Teilweise durch Schmutz und Wärmebildung, teilweise wurden die Zettel durch Mitarbeiter der Pfandbestellerin entfernt. Die Zettel wurden immer wieder an den Maschinen angebracht, wobei bei der Pfandgläubigerin niemand für die Kontrolle der ordnungsgemäßen Anbringung der Zettel zuständig war.

⁸⁰⁾ Eine Differenzierung versucht *Eicher*, Mobilienpfandrecht 159.

⁸¹⁾ *Klang* in *Klang*, ABGB II² 517 (bei der Passage geht es wohl um die Rückerlangung durch den Pfandbesteller).

⁸²⁾ *Klang* in *Klang*, ABGB II² 436.

⁸³⁾ *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 467 Rz 4; vgl auch *Iro*, Sachenrecht⁵ Rz 12/5; *Kodek* in *Schwimann*, ABGB TaKomm² § 467 Rz 4 (unter Hinweis auf die Rsp); *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB II 1376 Fn 43.

⁸⁴⁾ Überraschend ist das Argument der Nutzbarkeit für den Pfandbesteller, mit dem sich das Faustpfandprinzip an sich nicht gut verträgt. Insgesamt ist unklar, ob der OGH eine großzügigere Linie einschlägt: In OGH 8 Ob 47/13i wurde jüngst zur Verpfändung eines 500 kg schweren Leichtflugzeugs durch „sehr kleine“ Aufkleber gesagt, solche Aufkleber reichten jedenfalls nicht, sodass nicht zu klären war, „ob eine körperliche Übergabe des Pfandgegenstands erforderlich ist“. Die umgekehrte Argumentation (wie groß die Aufkleber waren ist uninteressant, da jedenfalls eine Verpfändung nach § 452 ABGB unzulässig ist) hätte genauso ans Ziel geführt, sodass sich die Frage stellt, ob aus der Herangehensweise an das Problem vorsichtige Rückschlüsse gezogen werden können.

Der OGH hatte daher Anlass, sich grundsätzlich mit der Entfernung der Pfandzeichen auseinander zu setzen. In einem ersten Schritt bekräftigt der OGH, dass die Rückstellung der Pfandsache ohne Vorbehalt das Pfandrecht zum Erlöschen bringt.⁸⁵⁾ Als nächsten Schritt betont die Entscheidung, dass dasselbe gelte, wenn Pfandzeichen mit Einverständnis des Pfandgläubigers entfernt würden, „wird darin doch regelmäßig auch der schlüssige Verzicht auf das Pfandrecht zu erkennen sein“. Dabei fällt die verschiedene Akzentuierung auf. Ob im Zweifel das Einverständnis des Gläubigers einen Verzicht darstellt, wäre aber gesondert zu überlegen. Jedenfalls ist das eine andere Frage, die mit der Publizität nichts zu tun hat.

Würden die Pfandzeichen gegen den Willen des Pfandgläubigers oder zumindest ohne dessen Kenntnis entfernt, „so wird die Wirksamkeit der Verpfändung während der Zeit fehlender Publizität [...] nicht bestehen können, ist doch in solchen Fällen fehlender Publizität dem Schutz nicht gesicherter (potenzieller) Gläubiger der Vorrang einzuräumen“. Dies ist als klares – wenn auch ein wenig verklausuliertes – Bekenntnis zur Publizität und dem Umstand, dass die Publizität eine Erfolgsverbindlichkeit gegenüber dem Rechtsverkehr ist, uneingeschränkt zu begrüßen. Es steht in Kontinuität mit den Entscheidungen OGH 7 Ob 566/74 und 3 Ob 2403/96w, die unmissverständlich von einem Erlöschen des Sicherungsrechts ausgehen.⁸⁶⁾

⁸⁵⁾ Vgl jüngst schon OGH 3 Ob 155/10f (Fn 11).

⁸⁶⁾ Die soeben erschienene Glosse von *P. Bydlinski* zur vorliegenden Entscheidung (ÖBA 2014/2038) konnte nur mehr in den Fahnen berücksichtigt werden. *P. Bydlinski* unterscheidet zunächst drei Fälle: Dass in der Zeit der Publizitätslosigkeit niemand getäuscht worden sei; dass ein Gläubiger in der Hoffnung auf Haftungsfonds ungesichert kreditiert habe; dass ein Gläubiger ein dingliches Recht an der Maschine erwerben wollte.

Wenn der Beweis gelingt, dass in der Phase der Publizitätslosigkeit „kein Außenstehender einen Blick auf die Maschine geworfen hat“, soll nach *P. Bydlinski* das Pfandrecht aufrecht bleiben. Der Gerechtigkeitsgehalt dieser Lösung wird mit einem geschickten argumentum ad absurdum illustriert: Sogar beim Auswechseln eines alten Pfandzettels gegen einen neuen würde vielleicht zuerst der alte heruntergenommen und erst danach der neue (an derselben Stelle) angebracht, sodass es eine pfandrechtsbedrohende, publizitätslose Sekunde gebe (eine Befürchtung, die sich mE aber nicht nur faktisch, sondern auch juristisch lösen ließe).

In der Folge zeigt sich aber, dass das Pfandrecht nicht nur dann aufrecht bleiben soll, wenn niemand die Pfandsache publizitätslos gesehen hat, sondern dass das Pfandrecht auch sonst nicht erlischt. Für den Erwerb dinglicher Rechte Dritter verweist *P. Bydlinski* auf die Gutglaubensvorschriften. Der bloße Gläubiger mit relativem Forderungsrecht schaut „durch die Finger“. Das wird ihm – den die Publizität unzweifelhaft schützen will – indes nicht leicht zu erklären sein.

Doch selbst die Situation, dass kein Außenstehender konkret getäuscht wurde, spießt sich mit den Publizitätsvorschriften. Müsste dann nicht auch das Besitzkonstitut bei der Begründung des Pfandes genügen, solange nie-

Möglicherweise verwirrend ist freilich, dass der OGH in Parenthese meint, dies gelte „gutgläubigen Dritten gegenüber“. In den bisherigen Ausführungen hat sich ja gezeigt, dass es zwei Varianten gibt: Weiterbestehen des Pfandrechts und Schutz Dritter durch Gutglaubenstatbestände (§§ 367, 456 ABGB), die freilich nur den Erwerb dinglicher Rechte umfassen, einerseits. Erlöschen des Pfandrechts mitsamt seiner Bevorzugung in der Insolvenz sowie derivativer Erwerb dinglicher Rechte durch Dritte andererseits. Wenn der OGH daher davon spricht, dass die „Wirksamkeit der Verpfändung [...] – gutgläubigen Dritten gegenüber – nicht bestehen“ könne, findet sich darin ein Anklang an den Gutglaubensschutz, der bei Erlöschen des Pfandrechts aber gerade nicht zum Tragen kommt.

Den OGH so zu verstehen hieße freilich, ihn nicht zu verstehen. Aus der Entscheidung wird nämlich ganz deutlich, dass es um ein „wirkliches“ Erlöschen des Pfandrechts gehen soll. Die „gutgläubigen Dritten“ sind dabei nicht funktionslos, sie sind wohl nur nicht im sachenrechtlichen Sinn der §§ 367, 456 ABGB zu verstehen, sondern am ehesten im Hinblick auf schadenersatzrechtlich bewehrte Eingriffe in fremde Forderungsrechte, nämlich die Forderung des Pfandgläubigers auf Wiederherstellung der Publizität und damit auf Wiederherstellung des Pfandrechts.

Dieses Ergebnis kann man nicht nur zwischen den Zeilen erahnen, es gibt auch handfestere Anhaltspunkte dafür. Der OGH geht nämlich in der Folge vom Erlöschen des Pfandrechts aus, wenn „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“. Auch dies könnte *prima facie* Anlass zu Missverständnissen sein, weil der „Rechtserwerb dritter Gläubiger“ nicht besonders gut ins System passt. Bedenkt man aber, dass damit ein derivativer Rechtserwerb gemeint sein wird, ist das Konzept wieder schlüssig. Dies wird in zweifelsfreier Weise durch den Hinweis auf die gerichtliche Pfändung bestätigt, da ein gutgläubiger Erwerb von Pfändungspfandrechten nicht möglich ist.⁸⁷⁾ Der OGH hat sich daher auf den ersten Blick klar zur Ansicht bekannt, dass bestehende Publizität die Voraussetzung eines wirksamen Pfandrechts ist. Zweifel, die auf den „zweiten Blick“ bestehen könnten, räumt ein „dritter Blick“ endgültig aus.

Erlischt die Publizität und aktualisiert sich folglich die Täuschungsgefahr, der das Gesetz vorbeugen wollte, erlischt das Pfandrecht. Der Erwerb dinglicher Rechte durch Dritte vollzieht sich derivativ, der frühere Pfandgläubiger hat kein Absonderungsrecht in der Insolvenz, wovon die Insolvenzgläubiger profitieren.⁸⁸⁾

IV. Manipulation des Buchvermerks

Mit einem möglichen Publizitätsverlust bei der Sicherungssession hatte sich der OGH in der mittlerweile schon aufgrund ihres Sachverhaltes berühmten *Asterix*-Entscheidung zu beschäftigen.⁸⁹⁾ Die spätere Gemeinschuldnerin hatte durch EDV-Buchvermerk Forderungen zur Sicherung abgetreten. Nach der Insolvenzeröffnung änderte der Masseverwalter den Zessionsvermerk auf „zediert an Asterix“, um zu zeigen, wie unverlässlich der Buchvermerk war und damit schon das wirksame Zustandekommen der Sicherungssession in Zweifel zu ziehen.

Der OGH verneinte überzeugend, dass schon die bloße Gefahr einer Manipulation publizitätsschädlich sei und zog die Parallele zur Verpfändung körperlicher Sachen durch Zeichen: Der Gesetzgeber hat bei § 452 ABGB wie erwähnt⁹⁰⁾ nicht primär Forderungen im Kopf, sondern körperliche Sachen, die nicht als Faustpfand übergeben werden können. Solche Sachen (in der Regel Warenlager oder große Maschinen) sollen durch Anbringung von Zeichen (Hinweistafeln, Pfandzettel, Bezeichnung an der Pfandsache) verpfändet werden können. Nun zeigt die Rsp aber hinlänglich, dass auch Schilder abfallen oder abgenommen werden können, dass also jede Verpfändung durch Zeichen manipulierbar ist und dass sogar die Publizität

mand einen falschen Eindruck bekommt? Müsste dann nicht auch eine stille Sicherungssession möglich sein? P. Bydlinski lehnt verschiedene Anforderungen an Begründung und Aufrechterhalten des Pfandrechts zwar ab, würde in diesem Fall aber eine Ausnahme machen. Gleichzeitig befürwortet er nicht die endgültige Verwirklichung dieses Prinzips, das – unter dem Aspekt konkreter Täuschung – auch bei freiwilliger Rückgabe der Pfandsache (unter Vorbehalt) das Pfandrecht intakt lassen müsste.

Schließlich stellt sich die Frage, wie weit die wertungsmäßige Parallele bei den Pfandzeichen zur eigenmächtigen Rückholung der Pfandsache reicht. Wenn P. Bydlinski an einen verbotenen Eingriff in die absolut geschützte Position des Pfandgläubigers anknüpft, trifft das auf die Entfernung der Pfandzeichen zu, hilft aber nichts beim sonstigen Abhandenkommen der Zeichen.

Im Ergebnis ist das Publizitätsregime vielleicht grobschlächtig, allerdings führt ein typisiertes Abstellen auf abstrakte Gläubiger zu einer einfacheren Abgrenzung als die Prüfung, wer konkret in seinen Erwartungen enttäuscht wurde. Gleichzeitig werden so neue Widersprüche vermieden. Dass die vom OGH erzielte Lösung besonders ungerecht sei, kann man nicht behaupten: Zwar lässt sich mit P. Bydlinski die berechnete Frage stellen, warum die Insolvenzgläubiger sich über das Abhandenkommen des Pfandes freuen können sollen; im Gegenzug könnte man aber auch fragen, was die Begünstigung des publizitätslosen Pfandgläubigers rechtfertigt, außer, dass er sich bemüht hat.

⁸⁷⁾ Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 456 Rz 2; Koch in KBB, ABGB⁴ § 456 Rz 1.

⁸⁸⁾ Missverständlich ist in diesem Zusammenhang die Passage im Urteil, die meint „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“. Zugriff haben natürlich alle Gläubiger.

⁸⁹⁾ Vgl jüngst schon OGH 3 Ob 155/10f (Fn 11).

⁹⁰⁾ Vgl oben Punkt A.I.

durch Faustpfand durch eine Rückholung beeinträchtigt werden kann. Auch bei körperlichen Sachen ist ein Publizitätsakt somit kaum je in Stein gemeißelt. Das ist aber offenbar unschädlich, wie insbesondere die Existenz von § 452 ABGB zeigt. Solange die Publizität besteht, erreicht sie auch ihren Zweck.

Der OGH hat aus dieser Parallele daher mE zutreffend abgeleitet, dass nicht schon der Umstand, dass das Zeichen „Buchvermerk“ manipuliert und die Publizität somit rückgängig gemacht werden könnte, den jeweiligen Publizitätsakt untauglich macht. Die Sicherheit kommt vielmehr auch bei einem „reversiblen“ Publizitätsakt zustande,⁹¹⁾ wobei der OGH eine mE sehr schwierige Frage nicht beantworten musste.

Die Praxis kennt allerdings – *relata refero* – softwareseitige Möglichkeiten einer doppelten Buchhaltung in dem Sinn, dass die Bücher auf Knopfdruck entweder mit oder ohne Buchvermerk angezeigt werden. Dass dieser Fall auch als bloße Manipulation wirksam hergestellter Publizität zu behandeln ist, erscheint zweifelhaft. Vielmehr stellt sich hier die – praktisch sehr brisante – Frage nach der Tauglichkeit des Zeichens, die der OGH im *Asterix*-Fall noch umschiffen konnte. Es ist mE nicht dasselbe, ob ein Buchvermerk gesetzt und dann wieder entfernt wird, oder ob ein Buchvermerk so gesetzt wird, dass er gleichzeitig als gesetzt und nicht gesetzt betrachtet werden kann. Dafür gibt es bei der symbolischen Verpfändung körperlicher Sachen keine Entsprechung (das Schild hängt entweder oder es hängt nicht), sodass die vom OGH im *Asterix*-Fall so treffend gezogene Parallele zur Entfernung an sich tauglicher Pfandzeichen versagt.

Was die Manipulation eines wirksamen Buchvermerks anlangt, geht der OGH jedenfalls davon aus, dass sie die Unwirksamkeit der Verpfändung nach sich ziehen könnte, „dies jedenfalls aber nur mit Wirkung ex nunc“. Das ist auch konsequent und folgt aus der Parallele, die der OGH zur Verpfändung körperlicher Sachen durch Zeichen zieht.

Konsequenterweise müsste das, was bei der Entfernung der Pfandzeichen und bei der Manipulation des Buchvermerks gilt, nämlich dass die Publizität als Erfolgsverbindlichkeit gegenüber dem Rechtsverkehr anzusehen ist, Reflexwirkungen auf die eigenmächtige Rückerlangung der Pfandsache haben.⁹²⁾

D. Wiederherstellung der Publizität

Es hat sich gezeigt, dass der Verlust der Publizität zum Verlust des Pfandrechts führt. Einigkeit besteht darüber, dass die Wiederherstellung der Publizität zur Wiederherstellung des Sicherungsrechts führt. Wenn der OGH in der vorliegenden Entscheidung ausführt, es sei „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“ und im Anschluss bemerkt, „ob derartige Umstände für die Möglichkeit eines Wiederauflebens des Pfandrechts durch Wiederherstellung der Publizität von Bedeutung sein könnten, muss daher hier nicht beurteilt werden“, ist dazu festzuhalten: Die Bedeutung dieser Umstände ist jedenfalls nicht sachenrechtlich. Sie beschränkt sich auf die Möglichkeit einer Subsumtion des Vorganges des Publizitätsverlusts unter § 863 ABGB und damit die Frage des Vorliegens eines konkludenten Verzichts des Pfandgläubigers auf die Wiederherstellung des Pfandrechts.

Rein zivilrechtlich kann der Pfandgläubiger also beruhigt sein, wenn der nach rechtsgeschäftlichen Regeln zu beurteilende Anspruch auf Wiederherstellung der Publizität und damit des Sicherungsrechts erfüllt wird, weil er dann wieder ein Pfandrecht hat. Tatsächlich liegen die Dinge komplizierter, weil von der zivilrechtlichen Frage des Bestehens des Pfandrechts abgesehen, sich noch eine spezifisch insolvenzrechtliche Frage nach dem anfechtungsfesten Bestehen des Pfandrechts stellt.

Dafür sind die §§ 27 ff IO maßgebend, die eine Sicherheitenbestellung in mehrfacher Hinsicht bedrohen können.

Der OGH erkannte das Problem in der vorliegenden Entscheidung natürlich – die Pfandschilder waren am Tag vor der Insolvenzeröffnung „erneuert“ worden, um das Pfandrecht „im Insolvenzverfahren unmissverständlich darzutun“ – musste es aber durch je nach Fassung geschickte oder gewagte Interpretation der Feststellungen der ersten Instanz nicht lösen. Mit dem „Erneuern“ der Schilder sei lediglich ein Austausch damals angebracht gewesener Zettel gemeint. Davon zu unterscheiden sei „die jeweilige Wiederanbringung abgelöster Pfandzeichen (im Gegensatz zu ihrer bloßen Erneuerung am Tag vor Konkurseröffnung)“, von der aber nicht festgestellt werden konnte, dass sie „innerhalb der letzten sechs Monate vor der Insolvenz erfolgt ist“.

Welcher Zeitpunkt wäre für die Anfechtung relevant?

Anfechtbar ist die Erlangung der Sicherstellung (§ 31 IO) bzw die Vornahme der Sicherstellung (§ 30 IO). Beides ist dann der Fall, wenn die Rechtshandlung perfekt ist. Es geht also um das Entstehen der Rechtsposition, die im Insolvenzverfahren zu beachten wäre.⁹³⁾ Maßgebend ist, ob der

⁹¹⁾ Vgl schon Spitzer, ÖBA 2014, 176 f.

⁹²⁾ Der OGH hat das schon einmal angedeutet, nämlich in 3 Ob 2403/96w: „Die analoge Anwendung des § 467 ABGB auf die Sicherungsübereignung führt – im Falle aufrechter Gewahrsame des Schuldners – zur Konsequenz, daß die – auch zufällige – Entfernung eines für die seinerzeitige Übergabe erforderlichen Zeichens eine Rückstellung der Sache an den Schuldner und damit das Zurückfallen des Eigentums auf diesen bewirkt“. Dies befürwortet P. Bydlinski, ÖBA 2014/2038 (siehe Fn 86), allerdings in umgekehrter Richtung.

⁹³⁾ König, Die Anfechtung nach der IO⁵ (2014) Rz 10/48.

Gläubiger in der kritischen Frist seine Deckung tatsächlich erlangt hat,⁹⁴⁾ sodass der OGH etwa von der „tatsächlichen Einräumung“⁹⁵⁾ der Sicherheit oder der „wirklichen Pfandbestellung“⁹⁶⁾ spricht. Beim Ersterwerb des Pfandrechts kann somit auch die Setzung des Modus angefochten werden, ein „sicheres“ Titelgeschäft allein macht den Pfandrechtserwerb nicht unanfechtbar. Dies spricht eindeutig für ein Anknüpfen an den Zeitpunkt der Wiederherstellung der Publizität und nicht an den Ersterwerb des Pfandrechts.⁹⁷⁾

Zweifeln könnte man an dieser Auffassung, wenn man bei *Spielbüchler* liest, das Pfandrecht „ruhe“ bei Verlust der Publizität und „lebe dann wieder auf“. „Während der Zeit des Ruhens begründete Rechte Dritter sind so zu beurteilen, als wäre der innehabende Sicherungsgeber freier Eigentümer geblieben.“⁹⁸⁾ Auch die vorliegende Entscheidung ringt sich nur zur Formulierung durch, es werde „die Wirksamkeit der Verpfändung während der Zeit fehlender Publizität [...] nicht bestehen können“.⁹⁹⁾ Das ruhende Pfandrecht ist nun ein griffiges Bild für den zivilrechtlich vorzufindenden Zustand nach Publizitätsverlust. Das Ruhen dauert an, solange der Pfandbesteller die Gewahrsame hat,¹⁰⁰⁾ zum Wiederaufleben komme es, wenn der Pfandbesteller die Sache wieder aus der Hand gebe oder sonst die Gewahrsame verliere.¹⁰¹⁾ *Spielbüchler* verlangt daher keinen neuen Modus, sodass etwa ein Diebstahl beim Pfandbesteller das Pfandrecht wieder aufleben lassen würde.

Es gibt jedoch keinen Anlass zu vermuten, dass es beim Bild des Ruhens um anfechtungsrechtliche Fragen gehen würde, was *Eicher* bestätigt,¹⁰²⁾ der

Spielbüchler sonst folgt. Will man nicht einem Vorbehalt nach § 467 ABGB besondere insolvenzrechtliche Wirkungen beimessen, besteht das Pfandrecht entweder oder es besteht nicht. Es gibt vor dem Hintergrund sachenrechtlichen Typenzwangs und sachenrechtlicher Typenfixierung kein Indiz für das Bestehen wirkungsgeminderter, publizitätsloser Pfandrechte, die zwar nicht zur Absonderung berechtigen und auch keinen Verfügungsschutz gewährleisten sollen, aber doch dazu führen, dass die Sicherstellung schon beim Ersterwerb erlangt bzw. vorgenommen wurde und das Weitere anfechtungsrechtlich irrelevant wäre.

Die abgesonderte Befriedigung nach § 48 IO ist ein Reflex der zivilrechtlichen Vermögenszuordnung. Die Anfechtbarkeit dieser Zuordnung ist freilich eine spezifisch insolvenzrechtliche Anknüpfung an zivilrechtliche Tatbestände. Die Antwort auf die Frage der Anfechtbarkeit des wiedererstandenen Pfandrechts ist mE daher nicht im Zivilrecht und dort erst recht nicht bei der Beschreibung des „Ruhezustandes“ des Pfandrechts zu suchen, sondern ist aus anfechtungsrechtlicher Teleologie zu beantworten. Dabei ist heute soweit ersichtlich universell akzeptiert, dass die spezifisch insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestände Ausfluss des Prinzips der Gläubigergleichbehandlung, also der *par conditio creditorum* sind.¹⁰³⁾

Es mag auf den ersten Blick verwundern, dass der Pfandgläubiger, der das Pfandrecht zuerst in der unkritischen Zeit erworben hat, während der Folgerwerb in die Anfechtungsfrist fällt, seine Sicherheit nicht retten kann und insofern dem Pfandbesteller ausgeliefert ist. Einerseits hat sich aber gezeigt, dass das Bestehen der Sicherheit überhaupt störungsanfällig ist. Andererseits liegt die anfechtungsrechtliche Richtungsentscheidung darin, die Fristen an die Perfektion der Sicherheit – und nicht schon an das eventuell noch unanfechtbare abgeschlossene Titelgeschäft – anzuknüpfen. Verfolgt man diesen Gedanken weiter, kann auch ein durch Zug-um-Zug-Geschäft unkritischer Ersterwerb¹⁰⁴⁾ ebenso zu einem anfechtbaren Zweiterwerb werden, weil beim zweiten Erwerb die Pfandrechtseinräumung kaum mehr Zug-um-Zug erfolgen kann. Das anfechtungsrechtliche Risiko für die Gläubiger ist daher erheblich.

Damit schließt sich indes der Kreis zum Publizitätszweck. Das Anfechtungsrecht führt zu einem gewissen Einfrieren des Haftungsfonds und schützt somit das Befriedigungs-¹⁰⁵⁾ oder Zugriffsrecht¹⁰⁶⁾ dritter Gläubiger auf den Haftungs-

⁹⁴⁾ Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ (2000) § 30 KO Rz 15.

⁹⁵⁾ OGH 1 Ob 110/27 = SZ 9/51.

⁹⁶⁾ OGH 7 Ob 224/64 = JBl 1965, 94.

⁹⁷⁾ So schon P. Bydliński, ÖJZ 1986, 333; *Eicher*, Mobilarpfandrecht 142 Fn 644; derselbe in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX/2² Rz 1/29; *Sailer*, ÖBA 2001, 221 Fn 99.

⁹⁸⁾ *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ §§ 357–360 Rz 3, § 427 Rz 6, § 428 Rz 2. Die Ausführungen werden zwar zum Sicherungseigentum gemacht, *Spielbüchler* meint aber, dieses ruhe „wie das Pfandrecht“, sodass kein Unterschied bestehen dürfte. So auch *Eicher* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX/2² Rz 1/29.

⁹⁹⁾ Vgl auch *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 428 Rz 2.

¹⁰⁰⁾ *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³ § 467 Rz 3.

¹⁰¹⁾ *Spielbüchler* verlangt daher keinen neuen Modus, sodass etwa ein Diebstahl beim Pfandbesteller das Pfandrecht wieder aufleben lassen würde; *Eicher*, Mobilarpfandrecht 142, 144. Zur Kollision mit einem zwischenzeitigen Rechtserwerb Dritter *Eicher*, Mobilarpfandrecht 142 ff. Unklar ist, wie die Differenzierung zwischen gut- und schlechtläubigen Dritten bei einem derivativen Erwerb stattfinden soll. Eher wäre im Rahmen der Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an einen Schadenersatzanspruch (gegebenenfalls auf Naturalrestitution) zu denken, als dass bei einer Verpfändung an einen weiteren (schlechtläubigen) Gläubiger dieser bei gleichzeitigem Aufleben des ersten Pfandrechts sein Pfandrecht nur im zweiten Rang erwirbt.

¹⁰²⁾ *Eicher*, Mobilarpfandrecht 144 Fn 644.

¹⁰³⁾ Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 18 f; *Hirte* in Uhlenbruck, InsO¹³ § 129 Rz 2, § 130 Rz 1; *Kayser* in MünchKomm InsO³ § 130 Rz 1.

¹⁰⁴⁾ Koziol, Grundlagen 89 ff; *König*, Anfechtung⁵ Rz 10/3 ff.

¹⁰⁵⁾ *Von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I (1910) 11.

¹⁰⁶⁾ *Paulus*, Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, AcP 155 (1956) 277 (300).

fonds¹⁰⁷⁾ iS einer Haftungsverwirklichung nach dem Prinzip der *par conditio creditorum*. Wenn Publizität das Vertrauen auf Haftungsfonds schützt und die Insolvenzanfechtung das Recht auf Befriedigung aus diesem Haftungsfonds schützt, dann ist es nur konsequent, wenn die Anfechtung das Recht auf Befriedigung aus jenem Haftungsfonds schützt, auf den man nach allgemeinen Regeln vertrauen darf. Dies untermauert die anfechtungsrechtliche Relevanz des Zweiterwerbs, der somit für die Aufrechnung maßgebend ist.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Kreditsicherungsrechtliche Publizität versucht in Gestalt des Faustpfandprinzips (§ 451 ABGB) genauso wie in Gestalt der Verpfändung durch Zeichen (§ 452 ABGB) Täuschungsversuchen des Pfandbestellers vorzubeugen. Gleichzeitig entfaltet sie eine systemschützende Wirkung, die die Funktionsfähigkeit des Insolvenzverfahrens erhält.

2. Kreditsicherungsrechtliche Publizität ist daher eine Erfolgsverbindlichkeit gegenüber dem Rechtsverkehr. Kommt sie abhanden, erlischt das

Sicherungsrecht. Ist das der Fall, hat der Pfandgläubiger bis zur Wiederherstellung der Publizität kein Absonderungsrecht, Dritte erwerben dingliche Rechte derivativ. Das gilt

a. nach zutreffender hA für die freiwillige Zurückstellung der Pfandsache mit oder ohne Vorbehalt. Der Vorbehalt entfaltet nur schuldrechtliche Wirkung.

b. entgegen der hA auch für die eigenmächtige Rückholung der Pfandsache durch den Pfandbesteller.

c. nach zutreffender hA für das Abhandenkommen von Pfandzeichen und zwar gleichermaßen für die absichtliche Entfernung wie für den zufälligen Verlust.

d. nach zutreffender Rsp für Manipulationen von Buchvermerken. Von manipulierten Buchvermerken sind freilich ex ante untaugliche Buchvermerke zu unterscheiden.

3. Im Recht der Insolvenzanfechtung ist für die Anfechtung die Perfektion der Sicherheit relevant. Ein anfechtungsfester Ersterwerb hilft nicht, wenn der Zweiterwerb des Pfandrechts durch Wiederherstellung der Publizität in die kritische Frist fällt.

Korrespondenz: Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1/D3, 1020 Wien, Österreich; E-Mail: Lehrstuhl.Spitzer@wu.ac.at.

¹⁰⁷⁾ Koziol, Grundlagen 4 ff.