

macht, eine Bestimmung zu schaffen, die von vornherein und leicht erkennbar einerseits zu eng und in anderer Beziehung zu weit gefasst ist und vom Rechtsanwender erst kunstvoll korri-

giert werden muss. Da wäre es wahrlich besser gewesen, auf die §§ 367 Abs 2, 456 Abs 2 ABGB zu verzichten und diese Rechtsfiguren weiterhin der Rechtswissenschaft zu überlassen.



Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. Gert Iro ist Professor für bürgerliches Recht an der Universität Wien mit dem Schwerpunkt Bankrecht.

Publikationen des Autors:

Oesterreichisches Bankvertragsrecht Band I (1987) und Band II (1993), gemeinsam mit Koziol und Avancini; Sachenrecht² (2002)

■ RdW 2006/633, 678

Enteignung des Pfandbestellers durch das UGB?

Der Beitrag macht auf eine gravierende Verschlechterung der Rechtsstellung des Pfand Eigentümers und nachrangiger Pfandgläubiger aufmerksam, zu der die UGB-Reform führt. Nach einer Verwertung der Pfandsache wird ihnen der Mehrerlös nicht mehr sachenrechtlich, sondern nur schuldrechtlich zugewiesen. Dieser Verlust ihrer dinglichen Rechtsstellung durch die Pfandverwertung bedeutet für beide die Belastung mit einem Insolvenzrisiko, das sie nach sachlichen Gesichtspunkten nicht zu tragen hätten. Der Beitrag untersucht, ob dem Eigentümer der Pfandsache eine „Enteignung“ erspart werden kann.

Univ.-Ass. Dr. Martin Spitzer
Institut für Zivilrecht, Universität Wien

Schwerpunkt
UGB
HaRÄG

1. Zielsetzung

Durch das UGB wurden sowohl die handels- als auch die zivilrechtlichen Vorschriften zur Pfandverwertung grundlegend reformiert. Früher sahen das allgemeine Zivilrecht und das Handelsrecht verschiedene Verfahren zur Pfandverwertung vor, wobei der Regelfall im ABGB die gerichtliche Verwertung (§§ 461, 1371 f ABGB), im HGB die außergerichtliche Verwertung war (Art 8 Nr 14 und 15 EVHGB). Beide Verwertungsarten wurden als umständlich und kompliziert empfunden.

Durch das UGB wurde die *Pfandverwertung* daher vereinheitlicht, der Normenbestand gestrafft und in das ABGB zurückgeführt¹⁾, handelsrechtliche Sonderbestimmungen gibt es kaum mehr²⁾. Der Praxis sollte eine rasche und unbürokratische Form der Pfandverwertung zur Verfügung gestellt werden.

2. Umsetzung

Das ABGB wurde dazu um die §§ 460a und 466a-e ABGB ergänzt³⁾, der alte handelsrechtliche Normenbestand über die außergerichtliche Verwertung (Art 8 Nr 14 und 15 EVHGB

und die durch statische Verweisung rezipierten §§ 1219-1221 und 1228-1248 des deutschen BGB) wurde aufgehoben.

In Hinkunft wird generell nach Eintritt der Fälligkeit der besicherten Forderung⁴⁾ die *außergerichtliche Verwertung beweglicher, körperlicher Pfänder* (einschließlich Inhaber- und Orderpapiere) zulässig sein. Alternativ steht es dem Pfandgläubiger weiterhin frei, sich der gerichtlichen Pfandverwertung (§ 461 ABGB) zu bedienen, die nach hA durch Klage und anschließende Exekution zu bewirken ist⁵⁾.

Für die außergerichtliche Pfandverwertung muss der Pfandgläubiger die Verwertung einen Monat vorher androhen; beim beiderseitigen Unternehmengeschäft verkürzt sich diese Frist auf eine Woche (§ 368 UGB). Der Verkauf erfolgt durch Versteigerung; bei Sachen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, ist ein Freihandverkauf zulässig; Wertpapiere dürfen in einem solchen Fall ebenso wie Sparbücher überhaupt nur freihändig verkauft werden.

3. Problemstellung

Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Untersuchung eines durch das UGB geschaffenen, praktisch wie dogmatisch gleichermaßen

1) Erl 1058 BlgNR 22. GP 68 (abgedruckt auch bei *Dehn/Krejci*, Das neue UGB [2005] 366).

2) Vgl aber § 368 UGB.

3) Die im Begutachtungsentwurf vorgesehene Regelung wurde als lückenhaft kritisiert (*Graf*, Bankgeschäfte und HGB-Reform, in *Harrer/Mader*, Die HGB-Reform in Österreich [2005] 71; *Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht [2004] 108 ff). Sie wurde nach den Erl 1058 BlgNR 22. GP 68 (*Dehn/Krejci* 366) daraufhin (ua um die hier gegenständliche Bestimmung) ausgebaut und verfeinert.

4) Vgl aber § 460a ABGB, wenn das Pfand zu verderben oder erheblich an Wert zu verlieren droht.

5) Vgl *Iro*, Sachenrecht² (2002) Rz 11/17; *Koch* in KBB § 461 Rz 1; aA *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, Gutachten zum 4. ÖJT (1970) 103 f; 243 (vorbehaltlich weiterer Untersuchung) und *Spitzer*, Pfandverwertung 69 ff; vgl zuletzt die Kritik bei *Hinteregger* in *Schwimmann*³ § 461 Rz 1.

bedeutsamen Problems: dem Schicksal des Verwertungserlöses⁶⁾. Dabei soll von einem einfachen Sachverhaltsbeispiel ausgegangen werden: A hat seine Sache an B (für 300) und im zweiten Rang an C (für 400) verpfändet. B verwertet die Sache um angemessene 1000.

3.1 Bisherige Rechtslage

Nach dem bisher geltenden § 1247 BGB hat B der Erlös zur Befriedigung seiner Forderung gebührt, er hatte ein Aneignungsrecht. „Im Übrigen [trat] der Erlös an die Stelle des Pfandes.“ Dadurch wurde eine *dingliche Surrogation* angeordnet. Die Pfandsache wurde dabei durch den (verbleibenden) Erlös (hyperocha) ersetzt, dessen Eigentümer A wurde, Cs Pfandrecht setzte sich daran fort.

3.2 UGB

§ 466c Abs 4 ABGB sieht nunmehr vor, dass der Kaufpreis dem Pfandgläubiger nach Maßgabe seines Ranges im Ausmaß der gesicherten Forderung gehört. „Im Übrigen tritt der Anspruch des Pfandgebers auf Herausgabe des Mehrbetrags an die Stelle des Pfandes“⁷⁾.

Nach § 466c Abs 4 gehören B jedenfalls die 300, die seine Forderung abdecken. Die Formulierung, dass an die Stelle des Pfandes (nur) ein Herausgabeanspruch tritt, deutet jedoch darauf hin, dass B auch Eigentümer des darüber hinausgehenden Erlöses und eben zur Herausgabe verpflichtet wird. Zweifel an dieser Interpretation räumen die Materialien aus. Das *Alleineigentum* von B am *ganzen Verwertungserlös* entspricht eindeutig ihrem Wunsch⁸⁾.

B gehören folglich 1000; hinsichtlich der hyperocha tritt ein *Herausgabeanspruch* des *Pfandeigentümers* an die Stelle des Pfandes. Das Gesetz ersetzt also das Eigentum des A am Pfand durch einen Anspruch auf Herausgabe des Mehrbetrags. Cs Pfandrecht kann demgemäß nur an diesem Anspruch von A gegen B fortbestehen.

3.3 Vergleich mit alter Rechtslage

Während die alte Rechtslage eine Surrogation der Pfandsache durch den Erlös vorsah, normiert das UGB eine Surrogation der Pfandsache durch einen Herausgabeanspruch. Mehr als nur eine technische Finesse: Der Unterschied könnte im *Konkurs des Pfandgläubigers* B liegen. Die Lösung des § 1247 BGB wurde nämlich gewählt, „um so die Rechte des Eigentümers und anderer dinglich Berechtigter zu schützen“⁹⁾.

Während sich A dementsprechend früher auf sein absolutes und damit *konkursfestes Eigentumsrecht* an der hyperocha stützen konnte (wodurch auch C zufrieden war), bleibt ihm jetzt nur ein Herausgabeanspruch. Zu untersuchen ist, ob den Interessen

des Eigentümers und nachrangiger Pfandgläubiger dadurch adäquat Rechnung getragen wird.

4. Stellungnahme

4.1 Zum vermuteten Regelungsbedarf

Die Abkehr des Gesetzgebers vom dinglichen Konzept des § 1247 BGB war nach den Materialien gewollt, da die Rechtsposition von A durch die Möglichkeit eines originären Erwerbs von B durch *Vermengung* nach § 371 sowieso wertlos sei¹⁰⁾.

Das leuchtet nur bedingt ein. Zuerst bleibt fraglich, wieso der Umstand, dass die dingliche Sicherheit, die A und C durch die Surrogation des § 1247 BGB gewährt wurde, nicht vollkommen war, nun dazu führt, dass beide gar keine dingliche Sicherheit mehr haben sollen. Gegenüber dem redlichen Pfandgläubiger B, der den Erlös nicht vermengt, war die alte Lösung bei Insolvenz von B doch jedenfalls vorteilhaft.

Darüber hinaus ist freilich die These der Materialien, die Vermengung mache die dingliche Surrogation wertlos, ganz allgemein sowohl auf sachenrechtlicher als auch auf schuldrechtlicher Ebene kritisch zu hinterfragen. Ist B insolvent, würden A und C das alte Modell nämlich selbst bei Vermengung durchaus vermissen, wie gleich zu zeigen ist.

Das UGB gefährdet bei der Pfandverwertung den Pfandbesteller und könnte zum Verlust nachrangiger Sicherungsrechte führen.

4.1.1 Vermengung vor Konkurseröffnung

Zuerst ist an einen Fall zu denken, in dem B zwar – wie die Materialien befürchten – vor der Konkurseröffnung vermengt hat, der Verwertungserlös aber „in einem deutlich abgegrenzten Gemenge [...] noch vorhanden [...] oder zumindest dem Anteile nach feststellbar ist“¹¹⁾. In dieser Konstellation soll es nach hA zum *Quantitätseigentum* und damit auch zur konkursfesten, sachenrechtlichen *Quantitätsvindikation* kommen¹²⁾, die durch die Vermengung drohende Gefahr wäre gebannt.

Die Voraussetzungen für die Quantitätsvindikation sind nach dem OGH auch dann gegeben, wenn es nicht um die Vermengung von Bargeld geht, sondern wenn ein Geldbetrag auf einem Giro- oder Sparkonto erlegt wurde. Gelder auf einem Konto behandelt der OGH nämlich gleich wie Geldscheine im Tresor¹³⁾. Dieser Schritt höhlt § 371 besonders aus, da die Bestimmbarkeit von Anteilen im Falle eines Kontos stets gegeben sein wird, zumal eine Bank Kontobewegungen ja verzeichnet.

Die hA geht damit von einem sehr weiten Anwendungsbeereich der Quantitätsvindikation aus, um den spiegelbildlich die Rechtsfolgen und damit die Bedeutung des § 371 eingeschränkt werden.

Man muss diese weite Auffassung über die Zulässigkeit der Quantitätsvindikation nicht teilen¹⁴⁾, die Tatsache, dass der OGH sie gewährt, macht die Neuregelung aber zu einem Bären-

6) Vgl für einen Überblick über das neue Recht *Schauer*, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, 77.

7) „Pfandgeber“ darf dabei nicht wörtlich verstanden werden, es muss sich selbstverständlich um einen Anspruch des Eigentümers der Pfandsache handeln, wenn Eigentümer und Pfandbesteller – wie beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb – nicht identisch sind. Eine „korrigierende“ Auslegung erscheint möglich, wenn man davon ausgeht, dass das Gesetz eben den Regelfall erwähnt, bei dem der Pfandbesteller auch Eigentümer des Pfandes ist; vgl auch den Titel dieses Beitrags.

8) Erl 1058 BlgNR 22. GP 68 (*Dehnl/Krejci* 368): „Der veräußernde Pfandgläubiger wird mit der Zahlung durch den Erwerber Eigentümer des gesamten Kaufpreises.“

9) *Wiegand* in *Staudinger*, BGB (2002) § 1247 Rz 1.

10) Erl 1058 BlgNR 22. GP 69 f (*Dehnl/Krejci* 368 f).

11) OGH in JBI 1995, 520 (*Holzner*).

12) *Holzner*, Vermengung und Eigentum, JBI 1988, 564 und 632; *Spielbühler* in *Rummeß* § 371 Rz 2; s auch *Eccher* in KBB § 371 Rz 2.

13) SZ 10/356; 1 Ob 521/82; SZ 67/11.

14) Dagegen *Rabl*, Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 578 ff.

dienst an A und C. Aus ihrer Perspektive trägt die Begründung der Materialien nicht. Die Vermengung nach § 371 entwertet die Surrogation von Pfand durch Geld nur auf den ersten Blick, auf den zweiten Blick käme es häufig trotzdem zur Aussonderung im Konkurs durch Quantitätsvindikation.

4.1.2 Vermengung nach Konkurseröffnung

Der Fall, bei dem B vermengt, bevor er in Konkurs geht, kann noch auf die Spitze getrieben werden, wenn das Pfand erst nach der Konkurseröffnung verwertet wird, sodass auch die Gefahr einer Vermengung erst nach diesem Zeitpunkt besteht.

Das – sachenrechtlich wie soeben gezeigt ohnedies nur bedingt aussagekräftige – Argument der Vermengungsgefahr kann hier aus weiteren Gründen nicht für die Neuregelung angeführt werden.

Nach § 1247 BGB hätten der Konkursmasse des B 300, dem A die restlichen 700 gehört. Der Masseverwalter hätte sich aber wohl gehütet, die 700 von A mit Massegeldern zu vermengen, hätte er dabei doch für ihn *haftungsträchtig* (§ 81 KO) in dessen absolut geschütztes Rechtsgut Eigentum eingegriffen. Die Gefahr einer Vermengung wäre daher nicht so groß, da die sachenrechtliche Güterzuordnung schadenersatzrechtlich bewehrt gewesen ist.

Überdies wäre der aus einer Vermengung folgende Anspruch des Pfand Eigentümers immerhin als Masseforderung aus einer *Bereicherung der Masse* zu qualifizieren gewesen (§ 46 Abs 1 Z 6 KO). Eine Masseforderung bietet zwar keine dingliche Sicherheit, im Ergebnis liegt der Unterschied zur Aussonderung freilich nur in Fällen der Masseinsuffizienz.

Nach der neuen Rechtslage fällt der Masse der ganze Verwertungserlös in den Schoß.

4.1.3 Zusammenfassung

Es zeigt sich, dass die Furcht des Gesetzgebers vor der Vermengung vorschnell war. Durch die vermutete Schwäche des alten Regelungsmodells läßt sich das neue Konzept daher nicht rechtfertigen. Freilich ist zu überlegen, ob andere Vorteile oder praxisnahe und sachgerechte Ergebnisse für das neue Konzept sprechen. Dazu ist zuerst auf die Rechtsnatur des Herausgabeanspruchs des A einzugehen.

4.2 Konsequenzen und Kritik der neuen Regelung

Das Gesetz sagt über die Rechtsposition von A nur, dass er eben einen Anspruch auf Herausgabe des Mehrbetrages habe. Dieser Herausgabeanspruch wird als *schuldrechtliches Forderungsrecht* zu begreifen sein. Mit dem Anspruch von A korrespondiert die Verbindlichkeit von B. Dieses Ergebnis legt schon der Wortlaut der Bestimmung nahe. Ein weiterer Anhaltspunkt ist, dass die Materialien A seine ursprünglich sachenrechtlich ausgestaltete Rechtsstellung eigens aberkannt haben. Eine dingliche Konstruktion der Rechtsposition von A scheidet außerdem schon deswegen aus, weil der sachenrechtliche Typenzwang eine Verdinglichung des „Anspruchs auf Herausgabe des Mehrbetrages“ verbietet.

Gewährt man A nur einen schuldrechtlichen Anspruch, führt die Neuregelung aber zum Verlust der dinglichen Sicherheit von A und C. Das neue Regelungskonzept benachteiligt dann beide gravierend. Seine sachliche Rechtfertigung erscheint nicht nur im Vergleich zur alten Rechtslage – die der nach wie vor aktuellen deutschen Rechtslage entspricht – sehr zweifelhaft, darüber hinaus bestehen vielmehr ganz allgemeine dogmatische

Bedenken dagegen, die vor der Pfandverwertung dinglichen Rechte von A und C durch die Veräußerung abzuwerten. Beiden wird plötzlich ein *Insolvenzrisiko* aufgebürdet, das sie sich nie ausgesucht haben. Die Materialien schweigen zu diesen weitreichenden Konsequenzen.

Im Folgenden soll aus der hier einzig entscheidenden insolvenzrechtlichen Perspektive überlegt werden, inwieweit das Insolvenzrisiko, das A und C nach dem bisher Gesagten zu tragen haben, abgemildert wird. Dabei ist auf die Qualifikation des schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs im Konkurs einzugehen und zu fragen, ob die Rechtsposition des A insolvenzrechtlich verbessert und so erträglich gemacht werden kann. Dabei sollen wiederum zwei Fallgruppen unterschieden werden: die Pfandverwertung vor der Konkurseröffnung und die „Bereicherung“ der Masse durch Pfandverwertung nach der Konkurseröffnung.

4.3 Lösungsansätze

4.3.1 Verwertung vor Konkurseröffnung

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die Qualifikation des Herausgabeanspruchs als schuldrechtliches Forderungsrecht, das A gegen B erwirbt, wenn dieser das Pfand verwertet. „Forderungen von Gläubigern, denen vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustehen“, sind Konkursforderungen (§ 51 KO). Unter diesen Tatbestand fällt daher auch ein Herausgabeanspruch, der aus einer Pfandverwertung vor Eröffnung des Konkurses über den Pfandgläubiger rührt.

Als Konkursgläubiger hat A freilich keinen besonderen Schutz, sondern wird nur anteilig befriedigt. *A hat sein Eigentum verloren, C sein Pfandrecht!* Hier wird die Diskrepanz zur deutschen Konstruktion, die die Rechte des Eigentümers schützen will¹⁵⁾, ganz deutlich.

Zu einem abweichenden Ergebnis könnte man wohl nur kommen, wenn man A ein Aussonderungsrecht zugesteht. „Befinden sich in der Konkursmasse Sachen, die dem Gemeinschuldner ganz oder zum Teile nicht gehören, so ist das dingliche oder persönliche Recht auf Aussonderung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen.“ (§ 44 Abs 1 KO). A hat im Lichte der bisherigen Ausführungen sicher kein dingliches Recht auf Aussonderung. Zu prüfen ist, ob ihm ein „*persönliches Recht auf Aussonderung*“ zusteht.

Ob dies der Fall ist, sodass ausgesondert werden kann, ergibt sich aus den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“, worunter die Bestimmungen des Privatrechts zu verstehen sind¹⁶⁾.

Dass Sachen auch aus schuldrechtlichen Titeln ausgesondert werden können, ist bekannt¹⁷⁾. Als prominentes Beispiel eines – prima facie einschlägigen – „schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs“ findet sich bei *Bartsch/Pollak*, dass der Verleiher die verliehene Sache aussondern könne¹⁸⁾. Das Beispiel ist aus einem Exkurs *von Scheys* entlehnt, der aus der Konkurrenz zwischen Bereicherungsansprüchen und der Eigentumsklage folgert, dass auch ein Aussonderungsanspruch „nicht in dem Gewande der Eigentumsklage aufzutreten [braucht], er muss auch in der Form der Condition Erfolg haben. [...]“

15) S oben FN 9.

16) *Bartsch/Pollak* I (1937) 266, II (1937) 251; *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* (1973) 443.

17) Vgl *Bartsch/Pollak* II 255.

18) *Bartsch/Pollak* II 255.

Der ‚Verleiher‘ wird zum [schwierigeren] Eigentumsbeweise nicht genötigt¹⁹⁾.

Dies alles steht bis hierher auf einem festen Fundament. Ausgangspunkt ist stets, dass „die Sache dem Schuldner nicht gehört“²⁰⁾, dann soll es keine Rolle spielen, ob der Klagsgrund das Eigentum oder eben ein „schuldrechtlicher Herausgabeanspruch“ ist. Auf dieser Basis ist ein Schutz des Pfand Eigentümers A freilich nicht möglich, da die Sache (Verwertungserlös) nach dem gesetzlichen Modell sehr wohl dem Schuldner B gehört. Der Pfand Eigentümer hätte nur einen Verschaffungsanspruch, der – wie *Bartsch/Pollak* ausführen – niemals zur Aussonderung führe²¹⁾.

Nach verbreiteter Auffassung gibt es aber noch weitere Fälle der Aussonderung. Es soll dabei nicht auf das formale Recht des Gemeinschuldners ankommen, sondern auf das *wirtschaftliche Eigentum*²²⁾: Die Kritik *Wilburgs* an dieser „Flucht aus der Ebene der Rechtsbegriffe“²³⁾ ist uneingeschränkt zu teilen. Ergebnis dieser Flucht ist allerdings die Anerkennung eines Aussonderungsrechts des Treugebers bei der uneigennütigen Treuhand in der Rsp²⁴⁾. Die Lehre vertritt – mit differenzierteren Begründungen – dieselbe Auffassung²⁵⁾, wobei *Rabl* erst jüngst darauf hingewiesen hat, dass eine vollends überzeugende Begründung für die Privilegierung des Treugebers – die zwangsläufig mit einer Mißachtung der sachenrechtlichen Zuordnung einhergeht – noch nicht gelungen ist²⁶⁾. Daher ist Vorsicht geboten, ein Prinzip, das man bei der Treuhand entdeckt zu haben glaubt, sinngemäß auch auf andere Fälle anzuwenden. Dabei soll nicht vergessen werden, dass das Gesetz A eben auf einen nur schuldrechtlichen Anspruch verweist. Ob das Insolvenzrecht zur Korrektur eines Ergebnisses verwendet werden soll, das mit dem Zivilrecht nicht erreicht wurde, ist fraglich.

Selbst wenn man dies aber wollte, wäre es schwer, Anhand des Kriteriums des „wirtschaftlichen Eigentums“ zu einer Entscheidung zu kommen, die nicht nur das Ergebnis des verständlichen Wunsches ist, dem Pfandbesteller die Enteignung zu ersparen. Das führt die Konturlosigkeit des Tatbestandes anschaulich vor Augen. Das Kriterium des OGH ist ohne weitere Präzisierung schwer handhabbar, eine Subsumtion unter diese Formel bleibt vage. Trotzdem wäre es nicht überraschend, wenn der OGH – vor diese Frage gestellt – sich auf die Treuhandjudikatur stützt und dem Pfand Eigentümer ein Aussonderungsrecht zugesteht. Tut er das, ist zwischen der Pfandverwertung vor und jener nach Konkurseröffnung grundsätzlich nicht zu unterscheiden.

Zieht man allerdings die Parallele zur Treuhand nicht, ist dem Pfand Eigentümer bei einer Verwertung vor Konkurseröffnung nicht zu helfen. Anderes könnte bei einer Verwertung danach gelten.

19) *Von Schey*, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2 (1895) 217 f.

20) *Bartsch/Pollak* II 255: „Da eine Aussonderung nur stattfindet, wenn die Sache dem Schuldner nicht gehört, ist zu unterscheiden zwischen Ansprüchen, die auf Verschaffung einer Sache gerichtet sind und solchen, die auf Herausgabe einer Sache gehen.“

21) *Bartsch/Pollak* II 255.

22) *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 3.

23) *Wilburg*, Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 1949, 29, der in diesem Beitrag die hier nicht weiter behandelte Wertverfolgungslehre begründet hat; abl OGH in ÖBA 2000, 418 (*Apathy*) = *ecolex* 2004/4 (*Wilhelm*).

24) Tatsächlich rekurriert die Rsp als Begründung auf die wirtschaftliche Zuordnung, vgl die Nw bei *Schulyok* in *Schubert/Konecny*, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 3.

25) Vgl zuletzt *Gruber*, Die Treuhand in der Zwangsvollstreckung, JBl 2001, 207 mwN.

26) *Rabl*, ÖBA 2006, 578 mwN.

4.3.2 Verwertung nach Konkurseröffnung

Wird das Pfand nach der Konkurseröffnung verwertet, profitiert die Masse von der Zuweisung des ganzen Verwertungserlöses. Die Rechtslage ist nicht notwendig identisch mit jener vor Konkurseröffnung, da zwischen einer „Bereicherung“ des Gemeinschuldners und einer „Bereicherung“ der Masse unterschieden wird. Dies zeigt das Institut der Ersatzaussonderung des § 44 Abs 2 KO: „Ist eine solche [auszusondernde] Sache nach der Konkurseröffnung veräußert worden, so kann der Berechtigte [...] die Aussonderung des bereits geleisteten Entgeltes aus der Masse, wenn aber das Entgelt noch nicht geleistet worden ist, die Abtretung des Rechtes auf das ausstehende Entgelt verlangen.“

Ganz allgemein kann gesagt werden, dass diese Regelung den Eigentümer privilegiert, wenn nach Konkurseröffnung veräußert wurde²⁷⁾. Wurde eine fremde Sache nämlich vorher veräußert, wären Ansprüche des Eigentümers nur Konkursforderungen. Es spielt also eine Rolle, ob noch der Gemeinschuldner (dann: Konkursforderung) oder schon die Masse (dann: Ersatzaussonderung) bereichert wurde. Die Grundidee ist, die Bereicherung der Masse als Fortwirkung des Aussonderungsanspruches abzuschöpfen, um die Masse nicht von der Vereitelung eines Aussonderungsrechts profitieren zu lassen²⁸⁾.

Nun soll überlegt werden, ob sich daraus etwas für die Pfandverwertung nach Konkurseröffnung²⁹⁾ gewinnen läßt. Das Ergebnis wäre eine „Verabsolutierung“ des schuldrechtlichen Herausgabeanspruches.

Eine Beurteilung des Herausgabeanspruches als *Ersatzaussonderung* begegnet allerdings zahlreichen Schwierigkeiten, keines der erforderlichen Tatbestandsmerkmale ist ohne weiteres zu bejahen. Insgesamt erschiene es deshalb gekünstelt, die Pfandverwertung zur Ersatzaussonderung führen zu lassen. Der Tatbestand „passt nicht“.

So steht die Ersatzaussonderung zu, wenn eine Sache veräußert wird, die im Zeitpunkt der Veräußerung Aussonderungsgut war. Naturgemäß darf der Eigentümer diese Veräußerung nicht gestattet haben.

Schon die Einordnung des Pfandes als Aussonderungsgut bereitet Schwierigkeiten. Zwar ist der Pfandgläubiger nicht Eigentümer, allerdings kann niemand von ihm verlangen, das Pfand freizugeben, solange seine Forderung nicht getilgt ist. Erlischt das Pfand kraft Akzessorietät, steht sicher die Aussonderung zu; vorher ist die mit einem Pfandrecht belastete Sache aber ein Vermögenswert, der sich in der Masse befindet und nicht ausgesondert werden kann.

Die Veräußerung muss auch unberechtigt gewesen sein. So steht dem Vorbehaltsverkäufer keine Ersatzaussonderung zu, wenn er dem Vorbehaltskäufer eine Verfügungsermächtigung erteilt hat. Aus der Befriedigungsfunktion des Pfandes folgt allerdings, dass der Pfandgläubiger aufgrund einer gesetzlichen Verfügungsermächtigung dem Erwerber Eigentum verschaffen kann³⁰⁾, die Pfandverwertung ist daher nicht unberechtigt. Für solche Fälle meint *Gantner* zur deutschen Parallelbestimmung des § 48 InsO: „Ein Aussonderungsberechtigter, der damit ein-

27) Voraussetzung dafür ist die Individualisierbarkeit des Erlöses in der Masse. Sonst ist der Anspruch gegen die Masse als Masseforderung zu qualifizieren, ein Unterschied ergibt sich dann bei Masseinsuffizienz.

28) Zur Rechtfertigung *Rabl*, ÖBA 2006, 576 f.

29) Nach hA (vgl *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 71; SZ 52/154) muss für die Ersatzaussonderung der Sachverhalt nach der Konkurseröffnung verwirklicht worden sein.

30) Der Pfandbesteller räumt dem Pfandgläubiger ein Befriedigungsrecht ein (§ 447 ABGB); vgl *Spitzer*, Pfandverwertung 78 ff. § 1242 BGB hat die Verfügungsermächtigung darüber hinaus bisher eigens klargestellt.

verstanden ist, dass über sein Recht verfügt wird, bedarf keines besonderen insolvenzrechtlichen Schutzes³¹⁾.

Das trifft in unserem Fall aber nicht zu. Was bleibt ist deshalb die Frage, ob der Herausgabeanspruch wenigstens eine *Masseforderung* ist. Damit würde – außer in Fällen der Masseinsuffizienz – wirtschaftlich dasselbe Ergebnis erzielt, wie durch die Bejahung eines Ersatzaussonderungsanspruches³²⁾.

Zu überlegen wäre einerseits, ob der Herausgabeanspruch ein Anspruch „aus Rechtshandlungen des Masseverwalters“ ist (§ 46 Abs 1 Z 5 KO). Dazu muss der Anspruch „aus einer eigenständigen Rechtshandlung des Masseverwalters resultieren und an ihr seinen Entstehungsgrund haben, er darf nicht aus einem bereits vor Konkurseröffnung begründeten Rechtsverhältnis stammen“³³⁾. Dabei stößt man auf die Schwierigkeit, dass das Rechtsverhältnis zwischen A und B schon vor der Konkurseröffnung angelegt war. Eine Subsumtion unter diesen Tatbestand erscheint daher nicht ohne weiteres möglich.

Freilich kann auch an eine Masseforderung nach Z 6 gedacht werden. Diese setzt eine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse voraus, der Inhalt der Masseforderung ist der eines Bereicherungsanspruches nach dem allgemeinen Zivilrecht³⁴⁾. Wie der pfandrechtliche Herausgabeanspruch in dieser Hinsicht zu qualifizieren ist, sagen die Materialien nicht. Freilich läßt sich eine gewisse Nähe zu Bereicherungsansprüchen nach Vermengung feststellen. Auch dort weist das Gesetz dem Vermengenden das Eigentum zu³⁵⁾ und gewährt einen Bereicherungsanspruch als Ausgleich. Zuzugeben ist allerdings, dass der Unterschied zur Vermengung darin liegt, dass das Gesetz bei der Pfandverwertung ja selbst an die zulässige Veräußerung der Pfandsache das Alleineigentums von B am Erlös knüpft, und gleichzeitig einen Herausgabeanspruch gewährt, den man für unsere Zwecke als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung sehen müsste.

Auch wenn man deshalb Z 6 nicht unmittelbar anwenden möchte, ist doch bei der Pfandverwertung stets klar, wem der Wert wirtschaftlich zugeordnet sein soll. Kommt man nicht zu einer Qualifikation als Masseforderung, wäre die Pfandverwertung ein unverdienter Glücksfall für alle anderen Gläubiger, sodass zumindest eine sinngemäße Anwendung vertretbar ist.

31) *Gantner* in MünchKomm InsO § 48 Rz 27.

32) Rechtlich haben die beiden Institute nichts miteinander zu tun, die Masseforderung gewährt nur eine bevorzugte Befriedigung.

33) *Engelhart* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 46 KO Rz 289.

34) Vgl nur *Bartsch/Pollak* I 283; *Engelhart* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 46 KO Rz 296.

35) Freilich nur in den oben beschriebenen Grenzen des Quantitätseigentums.

4.3.3 Ergebnis

Der schuldrechtliche Herausgabeanspruch des Eigentümers der Pfandsache bereitet in der Insolvenz des Pfandgläubigers Probleme. Die sauberste Lösung wäre eine *Rückkehr zum alten Konzept*. § 466c Abs 4 Satz 2 müsste dazu nur lauten: „Im Übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes“.

Die sonst dargestellten Lösungsvarianten sind nicht „lupenrein“. Der Lösungsnotstand wird freilich zu einem großen Teil dadurch verursacht, dass die Anknüpfungspunkte, die aus einem dinglichen Recht im Schuld- und Sachenrecht sowie konsequent im Insolvenzrecht folgen, durch das UGB abhanden kommen. Es bleibt daher nur der Versuch, ein „schwaches“ Forderungsrecht systemkonform so zu stärken, dass das Ergebnis sachlich gerechtfertigt ist.

5. Zusammenfassung

Das neue Recht der Pfandverwertung birgt mit der *Abschaffung* des Prinzips der *dinglichen Surrogation* der Pfandsache durch den Verwertungserlös erhebliches *Risikopotenzial* für den Eigentümer der Pfandsache und sonstige dingliche Berechtigte. Die sachliche Rechtfertigung des neuen Regelungskonzepts ist zweifelhaft, die Gründe für seine Einführung überzeugen nur bedingt.

Dem Pfandbesteller soll nur ein *schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe* des Mehrbetrages zustehen. Abgesehen davon, dass entgegen dem vom Regelfall ausgehenden Gesetzeswortlaut dieser Anspruch nicht zwangsläufig dem Pfandbesteller, sondern dem Eigentümer der Pfandsache gebührt, ergeben sich schwierige Probleme.

In der *Insolvenz des Pfandgläubigers* stellt sich nämlich die Frage, wie der Pfandeigentümer zu dem bei der Verwertung erzielten Mehrerlös kommt.

Der Versuch einer insolvenzrechtlichen Bewältigung des neuen Modells wird dadurch erschwert, dass der dem Pfandeigentümer eingeräumte *Herausgabeanspruch* als bloßes Forderungsrecht im Konkurs grundsätzlich *nicht privilegiert* ist.

Die nächstliegende Lösung für die Rsp könnte eine sinn-gemäße Anwendung der Grundsätze über die *Aussonderung von Treugut* im Konkurs des Treuhänders sein. Die mangelnde Schärfe der Formeln der Rsp macht eine Subsumtion freilich schwierig, zudem könnte schon die Grundthese hinterfragt werden.

Wer ein Aussonderungsrecht verneint, kann den Pfandeigentümer bei Verwertung vor Konkurseröffnung nicht schützen, vom Eigentum bleibt nur eine *Konkursforderung*. Bei einer Verwertung durch den Masseverwalter des Pfandgläubigers nach Konkurseröffnung besteht kein Recht auf Ersatzaussonderung des Erlöses. Der Herausgabeanspruch könnte allerdings zumindest als *Masseforderung* qualifiziert werden.

Der Autor:

Dr. Martin Spitzer ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien. Er beschäftigt sich neben dem Kreditsicherungsrecht vor allem mit Fragen des Schuldrechts und des Erbrechts.

Publikationen des Autors:

Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004).