

Univ.-Ass. Mag. Dr. Christian Huber, Wien

Probleme der Verjährung und des Einlösungsrechts bei Faustpfandbestellung durch einen Dritten

Gem § 1483 ABGB kann der Gläubiger das Pfandrecht auch nach eingetretener Verjährung der Forderung noch durchsetzen. Während das Pfand, das der Gläubiger in Händen hat, nie mehr verjähren kann, wird bei Hypotheken eine 30jährige Verjährungsfrist angenommen. Der nachfolgende Aufsatz untersucht, ob es sachliche Gründe für diese Unterschiedlichkeit gibt. Er setzt sich auch rechtshistorisch und rechtsvergleichend mit Einzelfragen des § 1483 ABGB auseinander, insb geht er auf die Bedeutung der Wortfolge „das Pfand in Händen hat“ ein. Es wird die Frage behandelt, ob sich die Wirkung des § 1483 ABGB auch auf die in 3 Jahren verjährenden wiederkehrenden Leistungen (§ 1480 ABGB) erstreckt, worauf der Pfandgewährleistungsanspruch gerichtet ist und ob ein solcher auch nach Verjährung der Forderung noch durchsetzbar ist. Schließlich wird auf die sich vor allem bei Unterdeckung stellende Frage eingegangen, ob sich ein Drittpfandbesteller an der Zwangsversteigerung beteiligen darf und ob ihm darüber hinaus ein Recht der Einlösung zum Schätzwert der Pfandsache zusteht.

Inhaltsübersicht

- I. Handpfand und Verjährung
 - A. Herrschende Meinung
 - B. Historische Interpretation
 - C. Rechtsvergleichender Ausblick
 - D. Übereinstimmung mit Grundsätzen des Verjährungsrechts
 - E. § 1483 ABGB als Ausfluß eines allgemeinen Prinzips
 - F. Eigentumsvorbehalt und § 1483 ABGB
- II. Konkurrenz zwischen § 1483 ABGB und § 1480 ABGB
 - A. Problemstellung
 - B. Verzugszinsen nach Verjährung der Forderung
 - C. Zinsenverjährung bei hypothekarischer Sicherstellung
 - D. Zinsenverjährung bei Faustpfandbestellung
- III. Pfandgewährleistung und Forderungsverjährung
 - A. Inhalt des Pfandgewährleistungsanspruchs
 - B. Pfandbestellung durch den Schuldner und durch einen Dritten
- IV. Einlösungsrecht des Drittpfandbestellers
 - A. Herrschende Meinung
 - B. Rechtsstellung des Drittpfandbestellers bei nicht verjährter Forderung
 - 1. Recht des Drittpfandbestellers auf Teilnahme an der Zwangsversteigerung
 - 2. Recht der Einlösung zum Schätzwert
 - C. Rechtsstellung des Drittpfandbestellers nach Eintritt der Verjährung der Forderung
- V. Verjährung der Regreßforderung
- VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Handpfand und Verjährung

A. Herrschende Meinung

Nach § 1483 ABGB kann sich der Gläubiger, der ein Pfand hat, auch dann – bis zur Höhe der Forderung – aus dem Pfand befriedigen, wenn die Forderung wegen der eingetretenen Verjährung nicht mehr durchsetzbar ist. Nach einhelli-

ger Auffassung¹⁾ wird die Verjährung der Forderung durch Bestellung eines Faustpfandes nicht beeinflusst; nach Verjährung der Forderung kann nur noch das Pfandrecht ausgeübt werden. Mit dem Akzessorietätsprinzip ist das deshalb vereinbar, weil die Forderung nicht zur Gänze beseitigt wird, sondern immerhin eine Naturalobligation zurückbleibt²⁾.

Aus den Worten „das Pfand in Händen hat“ schließt die herrschende Meinung, daß jedenfalls die Hypotheken von § 1483 ABGB nicht erfaßt sind³⁾. Darüber hinaus soll die Wirkung des § 1483 ABGB nur bei den Faustpfändern eintreten, die der Gläubiger in Händen hat⁴⁾, nicht aber bei denen, die durch Besitzeinweisung bestellt wurden, und auch nicht bei solchen, die sich für eine Übergabe von Hand zu Hand technisch nicht eignen⁵⁾. Bei der Forderungsverpfändung hingegen bejaht die herrschende Lehre die Anwendbarkeit des § 1483 ABGB⁶⁾. Die gesetzlichen Pfandrechte und die Retentionsrechte werden überwiegend dem Faustpfand gleichgestellt⁷⁾, während eine analoge Anwendung des § 1483 ABGB auf den Eigentumsvorbehalt abgelehnt wird⁸⁾.

Die herrschende Meinung stützt sich bei ihrer Auslegung in erster Linie auf den Wortlaut des § 1483 ABGB („solange

¹⁾ Ehrenzweig I/1 (1951) 303; derselbe I/2 (1957) 388; Klang in Klang² VI 618; Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 3 zu § 1483; so auch ausdrücklich RG EvBl 1945/30. AA aber zum österreichischen Recht O. Müller, Über die Verjährung pfandversicherter Forderungen, ZBJV 73, 592.

²⁾ Im übrigen kennt das ABGB gewisse Durchbrechungen des Akzessorietätsprinzips. So läßt etwa § 1352 ABGB die akzessorische Sicherheit der Bürgschaft auch dann entstehen, wenn die Forderung nicht gültig entstanden ist; vgl dazu Koziol, Über den Anwendungsbereich des Bürgschaftsrechts, JBl 1964, 307.

³⁾ Klang in Klang² VI 617; Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 1 zu § 1483; OGH GIU 1013; 7433; 15.085; EvBl 1964/404. Auch die bei Dittrich-Tades, ABGB³² § 1483 E I als „entgegengesetzt“ zitierte E GIU 6975 widerspricht dem nicht; in dieser Entscheidung ging es nämlich darum, daß die Forderung vom Gläubiger noch nicht fällig gestellt wurde, weshalb weder die Forderung noch die zu ihrer Sicherung bestellte Hypothek verjähren konnte.

⁴⁾ Klang in Klang² VI 617; Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1483.

⁵⁾ Nippel, Kommentar IX 101.

⁶⁾ Klang in Klang² VI 617; Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1483; OGH Rsp 1935/281. Das RG EvBl 1945/30 läßt es dahingestellt, ob eine Sicherungsabtretung als Handpfand iS des § 1483 ABGB zu beurteilen ist.

⁷⁾ Klang in Klang² VI 617 f; Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1483; Wehli, Die Verjährung der sogenannten Forderungen des täglichen Lebens, JBl 1924, 37; OGH ZBl 1936/229; zurückhaltend jedoch Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982) 255 ff; aA Klang in Klang² II 544.

⁸⁾ Aicher in Rummel, ABGB I Rdz 88 zu § 1063; F. Bydlinski in Klang² IV/2, 622; Gschmitzer-Faistenberger-Barta-Call, Österreichisches Sachenrecht² (1985) 225; Klang, JBl 1935, 494 (Anm); Prunbauer, Probleme des Eigentumsvorbehalts nach verjährter Kaufpreisforderung, JBl 1981, 124.

der Gläubiger das Pfand in Händen hat“), hält das aber etwa bei der Forderungsverpfändung nicht konsequent durch. Die Differenzierung zwischen einem durch Übergabe von Hand zu Hand und einem durch Besitzeinweisung begründeten Pfandrechte vermag auch wertungsmäßig nicht zu befriedigen, dient doch die Besitzeinweisung nur dazu, ein überflüssiges Hin- und Herschieben der Sache zu vermeiden⁹⁾. Daß diese technische Vereinfachung der Übergabe eine unterschiedliche Rechtsfolge in bezug auf die Verjährung des Pfandrechts bewirken soll, erscheint kaum sachgerecht.

Außerdem kommt bei einem Gesetz vom Alter des ABGB dem Wortlaut bei der Auslegung eine geringere Bedeutung zu, als das bei jüngeren Gesetzen der Fall ist. Aber selbst der Wortlaut kann bei § 1483 ABGB nicht als eindeutig bezeichnet werden: So verwendet etwa § 448 ABGB für die Bezeichnung des Faustpfandes den Begriff Handpfand, so daß die Wortfolge „solange der Gläubiger das Pfand in Händen hat“ lediglich im Sinn der Begrenzung der Norm auf das Faustpfand verstanden werden könnte, ohne daß es darauf ankäme, daß der Gläubiger das Pfand tatsächlich in Händen hat.

Um den Bedeutungsgehalt der Norm zu erforschen, wird im folgenden zunächst auf die historische Interpretation zurückgegriffen. Anschließend wird ein kurzer rechtsvergleichender Ausblick gegeben und schließlich wird zu prüfen sein, inwieweit § 1483 ABGB eine singuläre Ausnahmerebestimmung oder nur Ausdruck eines der Rechtsordnung auch sonst geläufigen Prinzips ist.

B. Historische Interpretation

Zeiller¹⁰⁾ meint, daß ein Schuldner, der sein Pfand nicht zurückverlange, die Forderung stillschweigend anerkenne. An dieser Fiktion ist aber schon sehr bald Kritik angebracht worden: Wäre das richtig, so dürfte die Forderung nicht verjähren und nicht bloß das Pfandrechte von der Verjährung ausgenommen bleiben¹¹⁾. Außerdem würde ein Anerkenntnis bloß zur Unterbrechung der Verjährung (§ 1497 ABGB) führen, nicht aber dazu, daß die Forderung so lange nicht verjähren kann, als der Gläubiger das Pfand in Händen hat. Schließlich ist die Grundlage für diese Fiktion dann besonders schwach, wenn das Pfand nicht vom Schuldner, sondern von einem Dritten bestellt wurde¹²⁾.

Zeiller¹³⁾ führt als weiteres Motiv für § 1483 ABGB an, daß die Verpfändung eine durch den Wert des Pfandes gesicherte Zahlung sei. Nippel¹⁴⁾ und Unger¹⁵⁾ folgen dem und weisen darauf hin, daß der Pfandgläubiger, der das Pfand in Händen hat, nicht mehr um die Einbringlichkeit der Forderung bangen muß. Für ihn geht es nur noch darum, den bereits erlangten Vermögenswert in die geschuldete Form umzuwandeln¹⁶⁾. Das ist der gleiche Gedanke, der bei

Bestehen einer Aufrechnungslage¹⁷⁾ oder einer Vorschubleistung¹⁸⁾ dazu führt, daß es nicht zur Verjährung kommt.

Daher ist der herrschenden Lehre nicht zu folgen, die auch einer Forderungsverpfändung die Wirkung des § 1483 ABGB beimißt. Hinsichtlich der Abhängigkeit von der Bonität eines anderen Schuldners steht der Gläubiger, dem eine Forderung verpfändet wurde, nicht besser als ein Gläubiger, dem neben dem Schuldner noch ein Mitschuldner oder Bürge haftet. Eine derartige Sicherstellung hat aber gerade keinen Einfluß auf die Verjährung. In all diesen Fällen hat der Gläubiger den Vermögenswert noch nicht in Händen, es geht um mehr als die bloße Umwandlung einer bereits gesicherten Vermögensposition in die geschuldete Form.

C. Rechtsvergleichender Ausblick

Regelungen, die vorsehen, daß dinglich besicherte Forderungen insoweit nicht verjähren, als der Wert der Sicherheit reicht, sind auch anderen Rechtsordnungen¹⁹⁾ bekannt: Der *Codex Theresianus* (§ 34 III 18) und das *ALR* (§ 246 I 20) enthielten Bestimmungen, die dem § 1483 Satz 1 ABGB entsprachen. Der gleiche Gedanke findet sich auch in § 223 *BGB* und Art 140 *OR* und Art 807 *ZGB*.

Wenn auch das Prinzip überall das gleiche ist, daß nämlich der Gläubiger gegen den Schuldner nicht offensiv vorgehen muß, wenn er schon dinglich gesichert ist, ergeben sich doch beträchtliche Unterschiede im einzelnen. § 223 *BGB* verwirklicht dieses Prinzip am konsequentesten²⁰⁾ und behandelt Hypotheken und Faustpfänder gleich. Die Verjährung der Forderung bleibt unangetastet, der Gläubiger kann sich aber bis zum Forderungsnominalen aus einer eingeräumten dinglichen Sicherheit befriedigen.

Das schweizerische Recht differenziert zwischen Faustpfand und Hypothek. Nach Art 140 *OR* hindert das Faustpfand nicht die Verjährung der Forderung, der Gläubiger kann aber das Pfand nach eingetretener Forderungsverjährung verwerten, ohne daß es auf die Art der Pfandbestellung ankäme²¹⁾. Für das Liegenschaftspfand ordnet hingegen Art 807 *ZGB* an, daß eine Forderung, für die eine Hypothek bestellt wurde, überhaupt nicht mehr verjähren kann, solange die Hypothek nicht gelöscht wird²²⁾. Das bedeutet, daß die Verjährung der gesamten Forderung hintangehalten wird und das nicht nur in dem Umfang, in dem sie durch eine Hypothek gesichert ist.

Das hat im österreichischen Recht insoweit eine Parallele, als Forderungen, die sonst der dreijährigen Frist des § 1486 ABGB unterliegen, in 30 Jahren verjähren, wenn für sie eine

¹⁷⁾ Stehen sich Forderung und Gegenforderung zu einem Zeitpunkt aufrechenbar gegenüber, so bewirkt das, daß sie nicht mehr verjähren können. Vgl. dazu bloß *Koziol-Welser*, Grundriß I⁷ (1985) 254.

¹⁸⁾ *Schubert* in *Rummel*, ABGB II Rdz 5 zu § 1486; OGH EvBl 1981/157. Vgl. auch die E OGH GIU 5564, in der eine Pachtkaution als Handpfand iS des § 1483 ABGB behandelt wird.

¹⁹⁾ Weitere rechtsvergleichende Nachweise bei *Spiro*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen I (1975) 528 FN 1.

²⁰⁾ So auch *O. Müller*, ZBJV 73, 578 f, der aber irrtümlicherweise davon ausgeht, daß auch nach österreichischem Recht Faustpfand und Hypothek hinsichtlich der Verjährung gleichbehandelt werden.

²¹⁾ Auch ein durch Besitzeinweisung begründetes Faustpfand kann nach Eintritt der Forderungsverjährung verwertet werden. Vgl. dazu *Spiro*, Begrenzung privater Rechte 533.

²²⁾ *O. Müller*, ZBJV 73, 579 weist darauf hin, daß im schweizerischen Recht die Wurzel für diese Differenzierung zT darin liegt, daß das Hypothekenrecht ursprünglich der kantonalen Gesetzgebung unterworfen war, während die Normen über das Faustpfand schon früher bundeseinheitlich geregelt waren.

⁹⁾ *Koziol-Welser*, Grundriß des Bürgerlichen Rechts⁷ II (1985) 27.

¹⁰⁾ Kommentar IV 242.

¹¹⁾ *Nippel*, Kommentar IX 100; *Unger*, System des österreichischen Privatrechts⁴ II (1876) 440.

¹²⁾ So auch *Koch*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten⁸ II (1886) 780 FN 92 zu dem dem § 1483 ABGB entsprechenden § 246 I 20 ALR.

¹³⁾ Kommentar IV 242. Auf dieses zweite Argument geht *Aicher* in *Rummel*, ABGB I Rdz 88 zu § 1063 bei Erörterung der Anwendbarkeit des § 1483 ABGB auf den Eigentumsvorbehalt nicht ein.

¹⁴⁾ Kommentar IX 98.

¹⁵⁾ System II 440 FN 11.

¹⁶⁾ Deshalb ist der hL zu folgen, die einem blanko gegebenen Deckungswechsel keine Bedeutung für die Verjährung zumißt, weil durch diesen nur die Durchsetzbarkeit erleichtert, aber keine zusätzliche vermögensmäßige Sicherheit verschafft wird. So SZ 16/75; SZ 52/78. Zustimmend *Schubert* in *Rummel*, ABGB II Rdz 2 zu § 1483.

Hypothek im Grundbuch eingetragen ist²³⁾, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Forderung zur Gänze durch eine Hypothek gesichert ist. Da durch die Hypothekenbestellung die Verjährungsfrist der Forderung verlängert wird, kommt es anders als bei § 1483 ABGB zu keinem Auseinanderfallen von Forderungs- und Pfandrechtsverjährung²⁴⁾. Da die Verjährungseinrede zumeist bei den kurzen sechsmonatigen oder dreijährigen Fristen praktische Bedeutung haben wird, werden verjährungsrechtliche Probleme bei hypothekarisch gesicherten Forderungen auch nach österreichischem Recht kaum eine große Rolle spielen.

Während § 223 BGB Faustpfand und Hypothek gleich behandelt, Art 807 ZGB eine für den Gläubiger günstigere Rechtsfolge bei Besicherung durch eine Hypothek anordnet, räumt das ABGB dem Gläubiger, dessen Forderung durch eine Hypothek gesichert ist, insoweit einen weniger weitgehenden Schutz als bei Besicherung durch ein Faustpfand ein, als Hypotheken nach herrschender Lehre gem § 1499 ABGB verjähren können²⁵⁾. Sowohl der Wortlaut des § 1483 ABGB²⁶⁾ als auch § 1499 ABGB, der von der Verjährung der Hypotheken ausgeht, stellen somit klar, daß nur dem **Faustpfand** die Wirkung zukommt, die Verjährung so lange nicht eintreten zu lassen, als die Sicherheit besteht. Ob es für diese Differenzierung sachliche Gründe gibt, wird später noch erörtert, sie ist jedenfalls auf Grund der eindeutigen Gesetzeslage hinzunehmen.

D. Übereinstimmung mit Grundsätzen des Verjährungsrechts

Es stellt sich die Frage, ob die Hintanhaltung der Verjährungswirkung, wie sie in § 1483 ABGB vorgesehen ist, den allgemeinen verjährungsrechtlichen Prinzipien entspricht oder ob es sich dabei um eine Ausnahme handelt. Die Verjährung dient dem Schuldnerschutz und ist eine Sanktion gegen die Saumsal des Gläubigers. Es kommt zwar nicht auf einen subjektiven Schuldvorwurf an, aber die Verjährung soll ihrer eigenen Zielsetzung nach nicht eintreten, wenn dem Gläubiger nicht vorgehalten werden kann, mit der Eintreibung der Schuld säumig gewesen zu sein.

Ein Gläubiger, dessen Forderung ganz dinglich besichert ist, hat aber keinen Grund, offensiv gegen den Schuldner vorzugehen, weil er sich um die Bonität des Schuldners nicht sorgen muß. Der Umstand, daß für die Forderung ein Pfand bestellt wurde, hat für die Beweisebene insoweit Bedeutung,

²³⁾ SZ 20/103; SZ 37/29 = EvBl 1964/404; GesRZ 1978, 74; Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 1 zu § 1486. Vgl auch § 68 Abs 3 ASVG, § 40 Abs 3 GSVG, § 39 Abs 4 BSVG, für die diese Rechtsprechung Vorbild gewesen sein dürfte. Sie lauten: „Sind fällige Beiträge durch eine grundbücherliche Eintragung gesichert, so kann innerhalb von 30 Jahren nach erfolgter Eintragung gegen die Geltendmachung des dadurch erworbenen Pfandrechts die seither eingetretene Verjährung des Rechts auf Einforderung der Beiträge nicht geltend gemacht werden.“ Bemerkenswert ist, daß durch die Grundbucheintragung die zwei- bzw. fünfjährige Verjährungsfrist der Einforderung der Sozialversicherungsbeiträge (Näheres dazu bei Tomandl, Grundriß des österreichischen Sozialrechts² [1980] Rdz 97) nicht nur auf, sondern um 30 Jahre verlängert wird, während nach § 1479 ABGB die 30jährige Frist die längstmögliche Verjährungsfrist ist. Von einer Verlängerung der Verjährungsfrist auf 30 Jahre geht auch Petrasch in Rummel, ABGB I Rdz 2 zu § 469 aus.

²⁴⁾ So auch Petrasch in Rummel, ABGB I Rdz 2 zu § 469.

²⁵⁾ Gschnitzer-Faistenberger ua, Sachenrecht 225; Klang in Klang² VI 664; Petrasch in Rummel, ABGB I Rdz 2 zu § 469; Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1499.

²⁶⁾ Es wurde schon oben im Text darauf hingewiesen, daß die Worte „das Pfand in Händen hat“ im Sinn des Handpfands gedeutet werden können, was lediglich die Liegenschaften ausschließt, aber auch bei solchen Faustpfändern die Rechtsfolge des § 1483 ABGB eintreten läßt, bei denen der Gläubiger die Sache nicht in Händen hat.

als darin ein gewisses Indiz zu sehen ist, daß die Forderung jedenfalls bei Begründung des Pfandrechts bestanden hat.

Schließlich wird als Argument für die Existenz des Verjährungsrechts noch angeführt, daß sich der Schuldner nach längerer Zeit darauf einrichten darf, nicht mehr leisten zu müssen²⁷⁾. Könnte er auch nach sehr langer Zeit noch zur Zahlung verhalten werden, bestünde die Gefahr, daß er durch eine solche unvorhergesehene Zahlung in den Ruin getrieben wird. Dieses Argument spielt insb bei § 1480 ABGB eine tragende Rolle, weshalb periodisch wiederkehrende Schulden der kurzen dreijährigen Frist unterworfen sind.

Hat der Schuldner dem Gläubiger bereits eine Sache – sei es auch als Pfand – übergeben, und kann sich der Gläubiger nach Ablauf der Verjährungsfrist der Forderung daraus befriedigen, so besteht eine geringere Gefahr, daß der Schuldner dadurch in den Ruin getrieben wird, weil er ja auch bisher schon ohne diese Sache ausgekommen ist. Dieser Gesichtspunkt könnte eine – wenn auch schwache – Stütze für eine sachliche Begründung sein, daß das ABGB hinsichtlich der Verjährung zwischen Faustpfand und Hypothek unterscheidet.

Während dem Schuldner das **Faustpfand** keinesfalls mehr zur Nutzung zur Verfügung stand und er durch die Verwertung nur noch etwas verliert, was er auch bisher nicht nutzen konnte, verhält es sich bei der **Hypothek** anders: Hier kann sehr wohl die Existenzgrundlage des Schuldners gefährdet sein, wenn der Gläubiger die Liegenschaft, auf der sich das Haus oder die Fabrik des Schuldners befindet, verwertet. Dagegen kann man aber einwenden, daß das Vertrauen des Schuldners, nicht mehr zahlen zu müssen, obwohl im Grundbuch eine Hypothek eingetragen ist, kaum schutzwürdig sein dürfte²⁸⁾. Da aber dem Gläubiger für die Durchsetzung einer hypothekengesicherten Forderung im Regelfall²⁹⁾ ohnehin 30 Jahre zur Verfügung stehen, dürfte der Unterschied zwischen Faustpfand und Hypothek in der Praxis nicht besonders ins Gewicht fallen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß § 1483 ABGB nicht als Ausnahmenorm anzusehen ist, sondern mit den sonstigen verjährungsrechtlichen Prinzipien übereinstimmt. Im folgenden ist zu zeigen, daß sich der Gedanke, ein gesicherter Gläubiger habe keinen Anlaß, offensiv gegen den Schuldner vorzugehen, weshalb ihm bei Zuwarten mit der Eintreibung seiner Forderung nicht der Vorwurf der Saumsal gemacht werden kann, nicht nur in § 1483 ABGB verwirklicht findet³⁰⁾.

E. § 1483 ABGB als Ausfluß eines allgemeinen Prinzips

Besteht zwischen Gläubiger und Schuldner eine **Aufrechnungslage**, so wird die als Konsequenz der Verjährung sich ergebende Nichtdurchsetzbarkeit der Forderung des Gläubigers verhindert, wenn sich Forderung und Gegenforderung zu irgendeinem Zeitpunkt aufrechenbar gegenübergestanden sind, mag die Aufrechnungserklärung auch erst nach

²⁷⁾ Vgl dazu und zum folgenden Spiro, Begrenzung privater Rechte 12 ff.

²⁸⁾ Das würde aber dafür sprechen, die durch eine Hypothek gesicherte Forderung so lange nicht verjähren zu lassen, als die Hypothek im Grundbuch eingetragen ist. Das ist auch die Rechtslage im deutschen und schweizerischen Recht, während nach österreichischem Recht eine solche Forderung jedenfalls in 30 Jahren verjährt.

²⁹⁾ Ob das auch für die der dreijährigen Frist des § 1480 ABGB unterliegenden Forderungen gilt, wird im Abschnitt III noch näher untersucht.

³⁰⁾ Skeptisch gegenüber einem solchen allgemeinen Prinzip für das deutsche Recht Canaris, JZ 1967, 757 (Anm).

Ablauf der Verjährungsfrist abgegeben werden³¹). Neben dem Verrechnungszweck der Aufrechnung, der ein unnötiges Hin- und Herschieben von Leistungen ersparen will, kommt hier der Sicherungszweck zum Tragen, daß derjenige, der dem Schuldner zu einer gleichartigen Leistung verpflichtet ist, keinen Anlaß hat, die Zahlung seiner Forderung zu betreiben. *Bötticher*³²) vergleicht die Aufrechnungslage mit einem Pfandrecht des Gläubigers an der Forderung des Schuldners an ihn, womit die Parallelen zwischen §§ 1483 und 1438 ABGB besonders deutlich werden³³).

§ 933 Abs 2 ABGB ordnet an, daß die **Gewährleistungshilfe** insoweit erhalten bleiben, als der Käufer den Mangel fristgerecht angezeigt und noch nicht an den Verkäufer gezahlt hat. Abgesehen von der Preisminderung, handelt es sich nicht um gleichartige Forderungen, die einander gegenüberstehen. Dennoch schützt der Gesetzgeber die Rechtsposition des Käufers über den Ablauf der Frist hinaus. Der Grund liegt darin, daß der noch nicht gezahlte Kaufpreis eine ähnliche Funktion hat wie eine dingliche Sicherheit oder eine aufrechenbare Gegenforderung. In all diesen Fällen muß sich der Gläubiger um die Bonität des Schuldners keine Sorge machen, ihm kann nicht der Vorwurf der Saumsal gemacht werden, wenn er nicht offensiv vorgeht. Dieser Gedanke erfährt im Gewährleistungsrecht durch die in § 933 Abs 2 ABGB normierte Anzeigepflicht des Käufers nur insofern eine Einschränkung, als das Interesse der Rechtsordnung an einer raschen Streitbereinigung wegen der Gefahr des Nachschiebens von Mängeln zumindest eine Warnung des Vertragspartners geboten erscheinen läßt. Soweit eine vergleichbare Gefahr auch bei **Retentionsrechten** besteht, ist § 933 Abs 2 ABGB analog anzuwenden, sonst ist das Retentionsrecht hinsichtlich der Verjährung wie ein Pfandrecht zu behandeln³⁴).

Schließlich ist auch die Nichtverjährung der **Zug-um-Zug-Einrede** Ausdruck des gleichen Prinzips. Während etwa Forderungen eines Kaufmanns im Rahmen seines Betriebes gem § 1486 Z 1 ABGB in 3 Jahren verjähren, verjährt die Forderung des Kunden in 30 Jahren. Eine isolierte Betrachtung der beiden Ansprüche könnte dazu führen, daß nach Ablauf von 3 Jahren der Käufer die Leistung verlangen könnte, ohne einem durchsetzbaren Anspruch des Verkäufers ausgesetzt zu sein. Die Nichtverjährbarkeit der Zug-um-Zug-Einrede³⁵) verhindert ein solches Ergebnis.

F. Eigentumsvorbehalt und § 1483 ABGB

Während Pfand- und Retentionsrecht wegen ihrer Akzessorietät vom Bestehen der zu sichernden Forderung abhängig sind, ist das beim Eigentum – auch beim vorbehaltenen – anders. Gäbe es die Norm des § 1483 ABGB nicht, so würden die akzessorischen Sicherheiten mit Verjährung der

Hauptforderung ebenfalls nicht mehr durchsetzbar sein, während das Eigentumsrecht durch die Verjährung der Forderung nicht berührt wird.

§ 1483 ABGB kommt die Funktion zu, die Verjährung der akzessorischen Sicherheit hintanzuhalten³⁶); beim **Eigentumsvorbehalt** bedarf es hingegen einer solchen Norm nicht. Da das Eigentum nicht verjähren kann³⁷), kommt eine analoge Anwendung schon deshalb nicht in Betracht. Bei der Frage der Durchsetzung des Eigentumsvorbehalts trotz verjährter Kaufpreisforderung geht es nämlich um das davon zu unterscheidende Problem, ob dem Verkäufer trotz eingetretener Verjährung der Kaufpreisforderung und damit des Wegfalls des Verzugs nicht doch ein Rücktrittsrecht zusteht, damit er sein bestehendes Eigentumsrecht verwerten und ihm der Käufer nicht die Einrede des Besitzrechts aus dem geschlossenen Kaufvertrag entgegensetzen kann³⁸). Ein solches Rücktrittsrecht könnte sich allenfalls aus der Parteienvereinbarung ergeben³⁹), aus § 1483 ABGB läßt es sich me kaum ableiten⁴⁰), weil § 1483 ABGB dem dinglich gesicherten Gläubiger nach Eintritt der Verjährung keinesfalls eine Rechtsstellung verschaffen kann, die er vor Eintritt der Verjährung nicht hatte⁴¹).

II. Konkurrenz zwischen § 1483 ABGB und § 1480 ABGB

A. Problemstellung

Wird eine Geldforderung bei Fälligkeit nicht getilgt, so laufen ab diesem Zeitpunkt gem § 1333 ABGB die gesetzlichen **Verzugszinsen**⁴²). Im folgenden wird der Einfluß einer Pfand- oder Hypothekenbestellung auf die Verjährung der Verzugszinsen, die gem § 1480 ABGB in 3 Jahren verjähren, untersucht.

Es geht dabei um zwei unterschiedliche Fragen: Zum einen stellt sich das Problem, ob die Verzugszinsen wegen der Bestellung einer dinglichen Sicherheit auch nach Eintritt der Forderungsverjährung noch weiterlaufen. Zum anderen

³⁶) So auch *Peters*, Die Wirkung des Eigentumsvorbehalts nach Verjährung der Kaufpreisforderung, JZ 1980, 179.

³⁷) *Koziol-Welser*, Grundriß I 169.

³⁸) Vgl dazu FN 8.

³⁹) So *Aicher* in Rummel, ABGB I Rdz 88 zu § 1063; das ist jedoch schwieriger zu begründen, wenn man der Auffassung *P. Bydlinkis*, Eigentumsvorbehalt und Rücktrittsrecht, RDW 1984, 98 ff; *derselbe*, Nochmals: Zum Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers, JBl 1985, 16 ff folgt, daß das Rücktrittsrecht zur Verwertung des vorbehaltenen Eigentums auf Gesetz und nicht auf Vertrag beruht.

⁴⁰) So aber teilweise die deutsche Lehre zu § 223 Abs 2 BGB. Vgl etwa *Honsell*, Aktuelle Probleme des Eigentumsvorbehalts, JuS 1981, 711; *Tiedtke*, Die Rechte des Vorbehaltsverkäufers bei Verjährung der Kaufpreisforderung, DB 1980, 1481. Selbst wenn man für das deutsche Recht eine Analogie zu dem dem § 1483 ABGB entsprechenden § 223 BGB bejaht, ist bei Übernahme dieser Ansicht für das österreichische Recht zu beachten, daß nach deutschem Recht sowohl der Pfandschuldner (§ 223 Abs 1 BGB) als auch der Sicherungsgeber (§ 223 Abs 2 BGB) durchaus im Besitz der dem Gläubiger eingeräumten Sicherheit sein können, während das infolge des strengeren österreichischen Publizitätsprinzips ausgeschlossen ist. Das oben vorgetragene „Ruinargument“, das dann weniger Gewicht hat, wenn der Pfandbesteller die Pfandsache während der Verpfändung nicht nutzen kann, könnte daher den Ausschlag geben, daß die österreichische Rechtslage insoweit von der deutschen abweicht.

⁴¹) So auch *Olzen*, JR 1980, 63 f (Anm); *Peters*, JZ 1980, 180. Vgl dazu auch *Tiedtke*, DB 1980, 1480 f.

⁴²) Auch Verzugszinsen gehören zu den Zinsen iS des § 1480 ABGB. Vgl dazu *Schubert* in Rummel, ABGB II Rdz 3 zu § 1480; SZ 40/47 = EvBl 1968/5. Da § 1480 ABGB zwischen vertraglichen und Verzugszinsen nicht unterscheidet, gelten die folgenden Ausführungen grundsätzlich auch für die vertraglichen Zinsen ebenso wie für die übrigen von § 1480 ABGB erfaßten Forderungen.

³¹) *Ehrenzweig* II/1 (1928) 341 f; *Gschnitzer* in Klang² VI 494 f; *Koziol-Welser*, Grundriß I 254; SZ 27/76; Arb 6632; ZVR 1977/173; EvBl 1979/171. Zweifelfrei hinsichtlich der Verjährungsfristen, ablehnend bezüglich der Präklusivfristen *Rummel* in Rummel, ABGB II Rdz 15 zu § 1438.

³²) Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, FS Schima (1969) 100.

³³) Im Unterschied zur Verpfändung einer fremden Forderung ist der Gläubiger bei der Aufrechnung aber nicht von der Bonität eines fremden Schuldners abhängig.

³⁴) Für eine restriktivere Auslegung *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 255 f. Für die generelle Gleichbehandlung von Retentionsrecht und Faustpfand hinsichtlich der Rechtsfolge des § 1483 ABGB: *Klang* in Klang² VI 618; *Schubert* in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1483; *Wehli*, JBl 1924, 37; in diesem Sinn auch *Spiro*, Begrenzung privater Rechte 536.

³⁵) Vgl dazu *Spiro*, Begrenzung privater Rechte 507 ff.

ist zu klären, ob sich der durch ein Pfand gesicherte Gläubiger für die angefallenen Verzugszinsen lediglich innerhalb des in § 1480 ABGB normierten dreijährigen Zeitraums befriedigen kann oder ob mit Eintritt der Verjährung der Forderung auch die Verzugszinsen verjährt sind⁴³⁾ oder ob der Pfandgläubiger das Pfand auch noch nach Ablauf der Verjährungsfrist nicht nur bis zum Wert der Kapitalforderung, sondern inklusive der aufgelaufenen Zinsen verwerten kann.

B. Verzugszinsen nach Verjährung der Forderung

Durch den Eintritt der Verjährung wird der Verzug beendet⁴⁴⁾, weshalb nach diesem Zeitpunkt auch keine Verzugszinsen mehr laufen können. Da nach herrschender Ansicht⁴⁵⁾ die Bestellung eines Faustpfandes keinen Einfluß auf die Verjährung der Forderung hat, sondern bloß dem Gläubiger die Möglichkeit einräumt, die dingliche Sicherheit, über die er bereits verfügt, zu verwerten, fallen nach Verjährung der Forderung keine Verzugszinsen mehr an⁴⁶⁾. Anderes gilt bei Bestellung einer Hypothek für eine sonst dem § 1486 ABGB unterliegende Forderung, weil dann nicht nur die Hypothek, sondern auch die Forderung einer 30jährigen Verjährungsfrist unterworfen wird.

C. Zinsenverjährung bei hypothekarischer Sicherstellung

Bei Bestellung eines Faustpfandes werden unterschiedliche Auffassungen⁴⁷⁾ vertreten, ob sich die Rechtsfolge des § 1483 ABGB auch auf die inzwischen verjähren Zinsen erstreckt. Im folgenden wird zunächst die Rechtslage bei der Hypothek untersucht und geprüft, inwieweit sich daraus Folgerungen für das Faustpfand gewinnen lassen.

Nach einer Ansicht⁴⁸⁾ verjähren rückständige Zinsen, für die eine Hypothek bestellt wird, in derselben Frist wie das Kapital, also zumeist in 30 Jahren; für die in einem Urteil für die Zukunft zugesprochenen Zinsen hat jedoch eine Hypothekenbestellung keinen Einfluß auf die Verjährung, so daß es bei der Dreijahresfrist des § 1480 ABGB bleibt.

Bei den durch Hypotheken gesicherten Zinsenansprüchen ist zwischen der Frage der Verjährung und der des Ranges zu unterscheiden⁴⁹⁾. Der § 17 GBG und der § 216 Abs 2 EO räumen dem Hypothekargläubiger hinsichtlich der nicht mehr als 3 Jahre vor dem Zuschlag zurückliegenden Zinsen den gleichen Rang wie für die Kapitalforderung ein. Will sich der Gläubiger auch für die weiter zurückliegenden Zinsen den selben Rang sichern, so kann er dies durch Bestellung einer Nebengebührenkaution tun⁵⁰⁾. Diese wahrt zwar den Rang auch für die länger als 3 Jahre vor der Zuschlagserteilung zurückliegenden Zinsen, sie schützt den Gläubiger allerdings nicht vor einer inzwischen eintretenden Verjährung⁵¹⁾.

⁴³⁾ In diesem Sinn *Schubert* in Rummel, ABGB Rdz 1 zu § 1480; widersprüchlich aber *Klang* in *Klang*² VI 614; vgl auch § 224 BGB.

⁴⁴⁾ So jedenfalls die deutsche Lehrmeinung; vgl *Jauernig-Schlecht-riem-Stürmer-Teichmann-Vollkommer*, BGB³ (1984) 280.

⁴⁵⁾ Vgl FN 1.

⁴⁶⁾ AA allerdings *O. Müller*, ZBJV 73, 596.

⁴⁷⁾ Für den Vorrang des § 1480 ABGB: *Ehrenzweig* I/1, 303; *Klang* in *Klang*² VI 618; *Schubert* in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1483; *Zeiller*, Kommentar IV 243; SZ 21/20 = JBI 1947, 218; aA aber *Nippel*, Kommentar IX 101; OGH GIUNF 3358; Rsp 1935/281.

⁴⁸⁾ *Schubert* in Rummel, ABGB II Rdz 3 zu § 1480; OGH GIUNF 872; Rsp 1931/146.

⁴⁹⁾ Diese beiden Probleme werden zT nicht auseinandergelassen. Vgl etwa SZ 26/253.

⁵⁰⁾ Vgl dazu *Krehan*, Die Nebengebührenkaution, NZ 1935, 188.

⁵¹⁾ Darauf hat der OGH GIUNF 2833; 3279; NZ 1936, 51; EvBl 1979/95 zutreffend hingewiesen.

Durch eine Hypothekenbestellung wird also die Verjährung der Zinsen nicht gehindert⁵²⁾. Deshalb ist auch die Aussage der zuvor zitierten Meinung⁵³⁾, daß selbständig einverleibte Zinsrückstände nicht der kurzen Verjährungsfrist unterliegen, in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Nur wenn ein Urteil vorliegt, wie das bei einer Zwangsvollstreckung in eine Liegenschaft der Fall ist, kommt es auf Grund der Judikatsobligation hinsichtlich der rückständigen Zinsen⁵⁴⁾ zur 30jährigen Frist. Sonst hat es bei der Dreijahresfrist des § 1480 ABGB zu bleiben. Selbst wenn man in der Einverleibung einer Hypothek ein Anerkenntnis hinsichtlich der bereits aufgelaufenen Zinsen sieht, bewirkt das lediglich eine Unterbrechung der Verjährung gem § 1497 ABGB, so daß die Dreijahresfrist von neuem zu laufen beginnt, keinesfalls wird damit aber eine 30jährige Verjährungsfrist bewirkt!

Dieses Ergebnis ist bei der Hypothek damit zu rechtfertigen, daß der Schuldner das Grundstück, auf dem die Hypothek eingetragen ist, weiterhin benützt und die Eintreibung der über lange Zeit akkumulierten Zinsen und die daran anschließende Verwertung der Liegenschaft möglicherweise dem Schuldner die Existenzgrundlage entzieht. Es ist zu prüfen, ob beim Faustpfand die gleichen Bedenken bestehen.

D. Zinsenverjährung bei Faustpfandbestellung

Während § 223 Abs 3 BGB, der in § 248 I 20 ALR sein Vorbild hatte, eine eindeutige Regelung in der Weise trifft, daß die kurze Verjährung für die Zinsen unabhängig davon eintritt, ob ein Faustpfand bestellt wurde⁵⁵⁾, gibt es zu dieser Frage weder im ABGB noch im schweizerischen Recht eine ausdrückliche Äußerung des Gesetzgebers. *Spiro*⁵⁶⁾ vertritt daher zum schweizerischen Recht die Auffassung, daß keine Ausnahme anzunehmen ist, es vielmehr bei der Regel zu bleiben hat, daß sich der Gläubiger auch hinsichtlich der Zinsen aus der ihm bestellten Sicherheit befriedigen könne.

Während früher⁵⁷⁾ diese Auffassung auch in Österreich vertreten wurde, nimmt die neuere Meinung⁵⁸⁾ den gegenteiligen Standpunkt ein. Begründet wird diese neuere Meinung damit, daß das verderbliche Anwachsen der Zinsen auch in diesem Fall verhindert werden solle, weil dem Schuldner drohe, daß ihm die Einlösung des Pfandes unmöglich gemacht werde. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß als

⁵²⁾ Daran ändert auch die Einverleibung einer Nebengebührenkaution nichts. Diese wirkt nur rangwährend, soweit nicht inzwischen Verjährung eingetreten ist. Es werden durch sie über § 216 Abs 2 EO hinaus diejenigen Verzugszinsen erfaßt, die zwischen dem Zeitpunkt „3 Jahre vor der Klageeinbringung“ und demjenigen „3 Jahre vor der Zuschlagserteilung bei der Zwangsversteigerung der Liegenschaft“ anfallen. Anders als bei den dem § 1486 ABGB unterliegenden Forderungen, bei denen eine Hypothekenbestellung zu einer 30jährigen Verjährungsfrist führt, hat der Umstand der Hypothekenbestellung auf die dreijährige Frist einer Zinsforderung gem § 1480 ABGB keinen Einfluß.

⁵³⁾ Siehe FN 48.

⁵⁴⁾ Für die erst in der Zukunft fällig werdenden Zinsen hat der FME 21. 7. 1858, R 105, abgedruckt bei *Klang* in *Klang*² VI 608, angeordnet, daß für diese die Dreijahresfrist des § 1480 ABGB gilt.

⁵⁵⁾ Zu berücksichtigen ist aber, daß im deutschen Recht, abweichend vom österreichischen, eine Pfandbestellung möglich ist, bei der der Schuldner die Sache behält. Bei Verwertung der Pfandsache wird ihm somit uU etwas entzogen, was er bisher nutzen konnte, während das nach österreichischem Recht auf Grund des strengeren Faustpfandprinzips nicht möglich ist.

⁵⁶⁾ Begrenzung privater Rechte I 532.

⁵⁷⁾ *Nippel*, Kommentar IX 101; OGH GIUNF 3358; Rsp 1935/281.

⁵⁸⁾ *Ehrenzweig* I/1, 303; *Klang* in *Klang*² VI 618; *Schubert* in Rummel, ABGB II Rdz 2 zu § 1483; SZ 21/20.

Begründung für § 1480 ABGB stets darauf hingewiesen wird, der Schuldner werde gerade durch die Zahlung akkumulierter Zinsen, die im Lauf der Zeit einen großen Betrag ergeben können, in den Ruin gestürzt. Hat der Schuldner die Sache, aus der sich der Gläubiger befriedigt, schon aus der Hand gegeben, besteht bei deren Verwertung jedenfalls nicht mehr die unmittelbare Gefahr, daß er dadurch in den Ruin stürzt, weil er auch bisher schon ohne die Sache ausgekommen ist⁵⁹⁾. Da es im österreichischen Recht keine dem § 223 Abs 3 BGB entsprechende Ausnahme des Prinzips gibt, daß der Gläubiger, der dinglich gesichert ist, gegen seinen Schuldner nicht offensiv vorgehen muß, ohne zu riskieren, daß ihm Saumsal vorgeworfen und damit Verjährung eingewendet wird, sprechen die besseren Gründe dafür, die Wirkung des § 1483 ABGB auch hinsichtlich der verjährten Zinsen eintreten zu lassen.

Daher muß in diesem Zusammenhang nicht mehr näher auf die Frage eingegangen werden, ob mit Verjährung der Kapitalforderung auch die Verzugszinsen verjährt sind oder ob diese noch 3 Jahre nach der jeweiligen Fälligkeit durchgesetzt werden können. Es soll lediglich angemerkt werden, daß für die erstgenannte Meinung der Zweck des Verjährungsrechts sprechen würde: Es erscheint unangemessen, wegen noch nicht verjährter Zinsen einen Prozeß über die Hauptsache führen zu müssen, was notwendig wäre, weil ohne deren Klärung auch die Frage der Verzugszinsen nicht entschieden werden kann⁶⁰⁾.

III. Pfandgewährleistung und Forderungsverjährung

A. Inhalt des Pfandgewährleistungsanspruchs

§ 458 ABGB gibt dem Pfandgläubiger einen **Gewährleistungsanspruch** für den Fall, daß die Pfandsache nicht die im Pfandvertrag vereinbarten Eigenschaften aufweist, wodurch es zu einer Störung in der nach dem Pfandbestellungsvertrag bestehenden Äquivalenz zwischen dem Wert der Pfandsache und der zu sichernden Forderung kommt⁶¹⁾. Durch den Gewährleistungsanspruch soll der Pfandgläubiger so gestellt werden, als ob die Sache mangelfrei wäre. Da das Pfand zur Sicherheit seiner Forderung bestellt wird, kommt es darauf an, daß „das andere angemessene Pfand“ (§ 458 ABGB) die durch den Mangel eingetretene Vermögensminderung ausgleicht. Es ist daher *Klang*⁶²⁾ nicht zu folgen, wenn er ausführt, daß das auf Grund des Gewährleistungsanspruchs zu bestellende angemessene Pfand mündelsicher sein müsse. Vielmehr hat das angemessene Pfand in bezug auf seine Wertentwicklung und Verwertbarkeit dem vertraglich geschuldeten Pfand zu entsprechen. Hat sich der Pfandgläubiger etwa eine goldene Uhr als Pfand versprechen lassen, so kann sich der Pfandbesteller dann, wenn sich herausstellt, daß die Uhr nur vergoldet und daher weniger wert ist, nicht durch Hingabe von mündelsicheren Wertpapieren im Ausmaß der Wertdifferenz befreien. Der Pfandgläubiger hat vielmehr Anspruch darauf, daß ihm eine Sache übergeben wird, die hinsichtlich der Wertentwicklung und Verwertbarkeit der geschuldeten mangelfreien Sache gleichsteht.

⁵⁹⁾ Ähnlich auch *Spiro*, Begrenzung privater Rechte I 532.

⁶⁰⁾ Dieser Gedanke liegt auch § 224 BGB zugrunde.

⁶¹⁾ Trifft den Pfandbesteller an der nachträglichen Wertminderung der Pfandsache ein Verschulden, was beim Faustpfand weniger Bedeutung haben wird, weil sich die Pfandsache nicht bei ihm befindet, so steht dem Pfandgläubiger gem § 458 ABGB ein Schadenersatzanspruch zu. Inhaltlich unterscheidet sich dieser nicht vom Gewährleistungsanspruch, beide Ansprüche sind auf Leistung „eines anderen angemessenen Pfandes“ (§ 458 ABGB) gerichtet.

⁶²⁾ In *Klang*² II 481.

Ob er eine solche Sache zufällig in seinem Vermögen hat, darauf kann es wie nach allgemeinem Gewährleistungsrecht nicht ankommen⁶³⁾. Der Pfandgläubiger hat vielleicht gerade deswegen kreditiert, weil ihm eine Pfandsache übergeben wurde, die ihren realen Wert behält, während ein auf eine bestimmte Geldsumme lautendes mündelsicheres Wertpapier in Zeiten hoher Inflation in seinem realen Wert abnimmt. Durch Leistung eines solchen Wertpapiers würde der Pfandgläubiger gerade nicht so gestellt, als wäre ihm eine mangelfreie Sache geleistet worden, eine Naturalherstellung wird nicht erreicht.

Das ist insb dann bedeutsam, wenn im Zeitpunkt der Pfandbestellung keine hundertprozentige Besicherung der auf Geld gerichteten Forderung gegeben war. Während Gold, Antiquitäten oder Liegenschaften auch in Zeiten hoher Inflation ihren realen Wert behalten, somit in ihrem nominellen Wert steigen, bleiben Geld oder Wertpapiere in ihrem nominellen Wert gleich, verlieren also im Zeitablauf an realem Wert. Würde der Pfandgläubiger noch über das ursprünglich bestellte, aber mangelfreie Pfand verfügen, so könnte es sein, daß er auf Grund der inzwischen eingetretenen Wertsteigerung der Pfandsache zu einem hundertprozentigen Realisat gelangen würde, während das bei einer auf einen nominellen Geldbetrag fixierten Leistung, die im Zeitpunkt der Geltendmachung der Gewährleistung an die Stelle der Pfandsache tritt, nicht der Fall ist.

Es ist zuzugeben, daß Realwerte, wie Gold, Antiquitäten oder Liegenschaften, auch im Wert fallen können – sowohl nominell als auch real – und der Pfandgläubiger in diesem Fall durch eine Geldleistung, die an Stelle der Pfandsache tritt, begünstigt wäre. Es geht aber nicht um eine Besser- oder Schlechterstellung der Rechtsposition des Pfandgläubigers, sondern darum, daß die durch den Pfandbestellungsvertrag fixierte vertragliche Äquivalenz hergestellt wird. Das wird am besten dadurch erreicht, daß an Stelle der mangelhaften eine mangelfreie Pfandsache tritt, die hinsichtlich der Wertentwicklung und Verwertbarkeit die gleichen Eigenschaften wie die ursprüngliche Pfandsache aufweist.

B. Pfandbestellung durch den Schuldner und durch einen Dritten

Die herrschende Lehre⁶⁴⁾ versagt einen **Pfandgewährleistungsanspruch** nach Eintritt der Verjährung der Forderung unabhängig davon, ob die sechsmonatige Gewährleistungsfrist für bewegliche Pfänder⁶⁵⁾ bereits abgelaufen ist. Sie differenziert nicht, ob das Pfand vom Schuldner oder von einem Dritten bestellt wurde.

Wurde vom **Personalschuldner** ein mangelhaftes Pfand bestellt, so steht dem Pfandgläubiger nach Ablauf der Verjährungsfrist der Forderung nur noch der obligatorische Gewährleistungsanspruch zu. Sowohl die Durchsetzung der Forderung als auch des Gewährleistungsanspruchs ist von der Bonität des Schuldners abhängig, der Gläubiger hat somit nach Verjährung der Forderung gerade noch keine Sicherheit in Händen; er ist hinsichtlich der Besicherung der Forderung durch ein mangelhaftes Pfand ebenso von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners abhängig, wie wenn kein Pfand bestellt worden wäre. Nach Verjährung der Forderung

⁶³⁾ AA *Klang* in *Klang*² II 481; *Petrasch* in *Rummel*, ABGB I Rdz 5 zu § 458. Beide unter Berufung auf SZ 18/68. Wie hier jedoch OGH Rsp 1930/137.

⁶⁴⁾ E. *Demelius*, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht (1897) 115; *Klang* in *Klang*² VI 618; *Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁸ I 947.

⁶⁵⁾ In diesem Sinn auch *Gschnitzer* in *Klang*² IV/1, 512.

kann er daher einen Pfandgewährleistungsanspruch gegen den Personalschuldner, der ein Mobiliarpfand bestellt hat, auch dann nicht mehr durchsetzen, wenn die Pfandgewährleistungsfrist noch nicht abgelaufen wäre.

Hat ein Dritter ein mangelhaftes Pfand bestellt, so ist der Gläubiger nicht nur von der Bonität des Schuldners abhängig. Wie bei der Verpfändung einer Forderung geht es aber um mehr, als einen bereits gesicherten Vermögenswert in die geschuldete Form umzuwandeln. Der herrschenden Lehre ist daher zu folgen, daß der Pfandgläubiger nach Verjährung

der Forderung einen Pfandgewährleistungsanspruch auch gegen einen dritten Pfandbesteller nicht mehr durchsetzen kann. Nach ihrer eigenen Position ist das allerdings inkonsequent, weil sie auch bei der Forderungsverpfändung § 1483 ABGB angewendet⁶⁶⁾, ein Pfandgewährleistungsanspruch gegen einen Dritten aber nicht anders als eine Forderungsverpfändung behandelt werden kann.

(Fortsetzung folgt)

⁶⁶⁾ Vgl FN 6.

Von Hon.-Prof. Dr. Edwin Loebenstein, Präsident des Verwaltungsgerichtshofes iR, Wien

Einige Überlegungen zur Funktionsfähigkeit der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts

Ist die Entlastungsgesetzgebung vom 26. 6. 1984 systemkonform? – eine rechtsvergleichende Untersuchung

(Schluß)

V. Das Ablehnungs- bzw Zulassungsverfahren in rechtsvergleichender Sicht

A. Writ of certiorari

1. Das angelsächsische Recht versteht unter diesem Verfahren nach common law ein solches, wonach ein höheres Gericht das Untergericht anweist, ihm die Akte zur Revision vorzulegen. Es wird durch den Antrag einer der Prozeßparteien oder der Gerichte der Vorinstanzen in Gang gesetzt, dem das Obergericht dann nach freiem Ermessen entsprechen und den Fall der Revision unterziehen oder aber a limine ablehnen kann (certiorari decide⁷¹⁾). Die Revision ist also in der überwiegenden Zahl der Fälle kein Recht, sondern ein vom Gericht gewährtes Privileg; es wird von den Höchstgerichten mit größter Zurückhaltung zugebilligt. Bevor ein US-Kongreß-Gesetz von 1891 den Obersten Gerichtshof ermächtigte, eine gewisse Auslese vorzunehmen, war er von Revisionsbegehren überschwemmt. Aber erst eine Novelle zum Judicial code von 1925 gab dem Höchstgericht völlige Ermessensfreiheit. Die Zulässigkeit der Revision wird darnach beurteilt, ob die Entscheidung im öffentlichen Interesse liegt, keineswegs etwa nach Parteiinteresse und dem Streitwert. Dem Fall muß, um revisionsbedürftig zu sein, eine bedeutsame verfassungsrechtliche oder gesetzesauslegungsbedürftige Frage zugrunde liegen oder es müssen einander widerstreitende Entscheidungen der Mittelinstanzen vorliegen. Schließlich ist auch der Fall möglich, daß in vorangegangenen Entscheidungen eines Staaten-Obergerichtes eine federal question von Bedeutung vorliegt. Das Verfahren ist keineswegs dazu geschaffen, um Irrtümer der Vorinstanzen zu beseitigen. Von der Richterbank, bestehend aus neun Mitgliedern des Supreme Court, müssen vier für die Gewährung des Writ of certiorari stimmen. Aus einer älteren Statistik⁷²⁾ geht hervor, daß von den in einem Jahr eingebrachten Anträgen im Durchschnitt nur 10 bis 15% zugelassen werden.

Diese Möglichkeit ist offenbar nicht ausreichend, um der Beschwerdeflut Herr zu werden⁷³⁾. Dies sei hier festgestellt,

um zu zeigen, daß bei dem ganzen System des Rechtsschutzes, das im angelsächsischen Bereich die Anrufung des Obersten Gerichtshofes im Weg der ordentlichen Revision nicht kennt, es ein Privileg ist, wenn sich das Höchstgericht mit der Sache beschäftigt.

2. Man muß wissen und berücksichtigen, daß nach dem US-Recht außer den relativ seltenen Fällen des Sprungregresses von einem District Court iw drei Möglichkeiten bestehen, einen Fall an den Obersten Gerichtshof zur Revision heranzubringen⁷⁴⁾.

3. Damit wird der wesentliche Unterschied zum österreichischen Recht klar, soweit es sich um Beschwerden wegen Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte handelt. Dieses Recht ist durch Art 144 B-VG dahin ausgeformt, daß der einzelne, in seinen Rechten Verletzte nach Erschöpfung des Instanzenzuges ein verfassungsgesetzlich garantiertes Recht auf Anrufung des VfGH hat.

Ganz anders das US-Recht: Hier besteht ein solches, prozessuales, verfassungsgesetzlich gewährleistetes, subjektives Recht auf eine Entscheidung durch das Höchstgericht nicht.

4. Der Rechtsbehelf des writ dient dem Vorrang öffentlicher Interessen und nur nebenbei dem privaten Parteiinteresse. Das writ wird gewissermaßen der Erreichung eines höheren Zweckes dienstbar gemacht, nämlich der Klärung der objektiven Rechtsordnung und ihrer Fortentwicklung. Gegenüber dem subjektiven Rechtsschutzkonzept stellt das einen radikalen Unterschied dar, der in Österreich nicht übersehen werden sollte⁷⁵⁾. Damit würde eine völlig neue Komponente in das österreichische Verfassungsrecht und in die Funktion der Garantie der Bundesverfassung eingebracht werden. Für den kontinental-europäischen Rechtskreis finden sich derartige Überlegungen erstmalig in der Denkschrift des deutschen BVerfG v 23. 12. 1954⁷⁶⁾.

Auf die Möglichkeit der Beeinträchtigung des Bürgers durch ein derartiges, dem angelsächsischen Recht entnommenes Institut hat – man lese und staune – schon der

⁷¹⁾ Vgl dazu Löwenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 1954, 449 ff sowie V. von Bally, Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren unter Berücksichtigung der Aufnahme der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz – Inauguraldissertation München 1972, 23 ff, insb 25 ff.

⁷²⁾ Vgl bei Löwenstein (FN 71) 623 f.

⁷³⁾ Vgl den Bericht der obersten Richter des Supreme Court, erstattet von Chief Justice Warren E. Burger, Annual report of the State of the Judiciary, in: American Bar Journal, April 1983.

⁷⁴⁾ Näheres dazu vgl bei Bally (FN 71) 26 ff.

⁷⁵⁾ Vgl dazu Wintrich-Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Bd 2. Halbbd, 643 ff, insb 669, sowie Lechner, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz², 1967, zu § 93 a (4) sowie F. Klein, Die dritte Novelle zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz v 3. 8. 1963 BGBl I 589, DVBl 1964, 89 ff, insb 91.

⁷⁶⁾ Vgl Bally (FN 71) 23.

Univ.-Ass. Mag. Dr. Christian Huber, Wien

Probleme der Verjährung und des Einlösungsrechts bei Faustpfandbestellung durch einen Dritten

(Schluß)

IV. Einlösungsrecht des Drittpfandbestellers

A. Herrschende Meinung

Die herrschende Lehre nimmt auch bei verjährter Forderung an, daß der Drittpfandbesteller sein Pfand nur dann einlösen könne, wenn er die gesamte Forderung berichtige⁶⁷⁾. Unger⁶⁸⁾ führt als Begründung an, daß das Pfand für die ganze Schuld hafte, wenn auch nicht die ganze Forderung aus dem Erlös der Pfandsache befriedigt werden mag. Bei dieser Argumentation wird aber mE nicht berücksichtigt, daß die Forderung überhaupt nicht mehr durchsetzbar ist und § 1483 ABGB nur noch eine Befriedigung aus der Pfandsache ermöglicht. Nippel⁶⁹⁾ erwägt zwar ein Einlösungsrecht zum Schätzwert, entscheidet sich dann aber dafür, daß der Pfandbesteller auch bei Unterdeckung die gesamte Forderung zahlen muß, um die Pfandsache einlösen zu können. Er stützt sich dabei auf den Wortlaut des § 1483 ABGB, wo es heißt: „Das Recht, das Pfand einzulösen, bleibt unverjährt.“ Aus dem Wort „bleibt“ schließt Nippel, daß der Einlösungsanspruch wie bei nicht verjährter Forderung weiter bestehe.

Im folgenden wird daher zunächst die Rechtsstellung des Drittpfandbestellers bei nicht verjährter Forderung untersucht. Daran anschließend ist zu prüfen, inwieweit sich Besonderheiten auf Grund der Verjährung der Forderung ergeben.

B. Rechtsstellung des Drittpfandbestellers bei nicht verjährter Forderung

Gem § 1369 ABGB ist der Pfandgläubiger verpflichtet, dem Verpfänder die Pfandsache zurückzugeben, wenn dieser die Forderung begleicht. Nach herrschender Lehre kann der Pfandbesteller sein Pfandrecht aber nur dann einlösen, wenn er die gesamte Forderung berichtigt, mag auch das Pfand wesentlich weniger wert sein⁷⁰⁾.

Daß der Pfandgläubiger die Pfandsache herauszugeben hat, wenn er das Forderungsnominale erhält, ist nicht weiter begründungsbedürftig, denn der Gläubiger hat dann alles bekommen, worauf er Anspruch hatte. Nachzugehen ist vielmehr der Frage, warum es dem Pfandbesteller verwehrt sein soll, gegen Leistung des Schätzwerts, der wesentlich geringer sein kann als das Forderungsnominale, die Pfandsache einzulösen⁷¹⁾. Immerhin könnte man argumentieren, daß ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers am Pfand nur so weit reicht, als es einen bestimmten Wert verkörpert. Tritt an Stelle des in der Sache gebundenen Wertes eine Geldleistung, so sollte man meinen, daß dadurch die Rechtsposition des Gläubigers nicht verschlechtert wird.

Dagegen kann man allerdings einwenden, daß es manchmal nicht unerheblich ist, zu welchem Zeitpunkt die Pfandsache verwertet wird. Ein geringfügiges Zuwarten mit der

Verwertung kann unter Umständen eine beträchtliche Wertsteigerung der Sache und damit einen höheren Erlös zur Folge haben. Solange der Gläubiger noch nicht voll befriedigt wurde, liegt es in seinem Interesse, den Zeitpunkt der Verwertung bestimmen zu können.

Wie § 462 ABGB beweist, erachtet die Rechtsordnung ein solches Interesse dann als prinzipiell schutzwürdig, wenn der Wert der Pfandsache geringer ist als das Forderungsnominale⁷²⁾. Während es bei § 462 ABGB um ein Einlösungsrecht eines – zumeist nachrangigen – Gläubigers geht, wird hier das Einlösungsrecht des Pfandschuldners untersucht. Durch das Einlösungsrecht des Gläubigers bleibt das Exekutionsobjekt erhalten, es tritt nur an Stelle des Gläubigers, dessen Forderung eingelöst wurde, ein anderer, der einlösende Gläubiger. Anders verhält es sich bei der Einlösung durch den Pfandschuldner, bei der sich das Exekutionsobjekt in eine teilweise Befriedigung verwandelt. Der Pfandgläubiger soll die Pfandsache herausgeben und erhält dafür Geld. Könnte nun der Pfandbesteller den Zeitpunkt wählen, zu dem er die Pfandsache zum Schätzwert einlöst, so wird er dies dann tun, wenn die Sache möglichst wenig wert ist, wodurch die Interessen des Pfandgläubigers beeinträchtigt würden.

Hat sich allerdings der Gläubiger für einen bestimmten Verwertungszeitpunkt schon entschieden und die Zwangsvollstreckung beantragt, so stellt sich die Frage, ob der Pfandbesteller nicht wenigstens das Recht, an der Zwangsversteigerung teilzunehmen, haben soll, wenn man ihm schon ein Einlösungsrecht zum Schätzwert verwehrt⁷³⁾.

1. Recht des Drittpfandbestellers auf Teilnahme an der Zwangsversteigerung

Übersteigt das Forderungsnominale den Schätzwert der Pfandsache⁷⁴⁾, so wäre es im Interesse des Drittpfandbestellers, entweder an der Zwangsversteigerung teilnehmen zu dürfen oder die Versteigerung der Pfandsache dadurch abwenden zu können, daß er gem § 271 Abs 1 EO spätestens 8 Tage vor dem Versteigerungstermin anbietet, die Sache um einen mindestens noch ein Viertel den Schätzwert übersteigenden Preis erwerben und alle bis dahin angefallenen Exekutionskosten übernehmen zu wollen.

Die herrschende Lehre lehnt das ab. Sie stützt sich einerseits auf § 463 ABGB⁷⁵⁾, andererseits auf § 180 EO⁷⁶⁾, ohne das Ergebnis mit stichhaltigen Argumenten zu begründen. Weder die Mat zu § 463 ABGB noch die zu § 180 EO

⁶⁷⁾ Ehrenzweig I/1, 303; Klang in Klang² VI 619; Schubert in Rummel, ABGB II Rdz 4 zu § 1483.

⁶⁸⁾ II 441 FN 12; so auch Spiro, Begrenzung privater Rechte I 532.

⁶⁹⁾ Kommentar IX 102.

⁷⁰⁾ Klang in Klang² II 520; Petrasch in Rummel, ABGB I Rdz 3 zu § 469; OGH GIU 3214; EvBl 1960/139; QuHGZ 1979, 174.

⁷¹⁾ Ablehnend SZ 12/65, wobei es allerdings um eine noch nicht fällige Forderung ging.

⁷²⁾ E. Demelius, Pfandrecht 137 ff sowie Koziol-Welser, Grundriß II 120 nehmen ein Einlösungsrecht auch bei einem Faustpfand an. AA Petrasch in Rummel, ABGB I Rdz 2 zu § 462.

⁷³⁾ Darauf wird unten noch näher einzugehen sein.

⁷⁴⁾ Das wird insb dann vorkommen, wenn mehrere Dritte Pfänder bestellt haben oder neben dem Pfand noch ein Bürge haftet.

⁷⁵⁾ Ehrenzweig I/2, 452; Gschnitzer-Faistenberger ua, Sachenrecht 215; Klang in Klang² II 192; Koziol-Welser, Grundriß II 118; Petrasch in Rummel, ABGB I Rdz 1 zu § 463; aA nur Nippel, Kommentar III 508, der § 463 ABGB auf den Fall beschränkt, daß der Personalschuldner selbst das Pfand bestellt hat.

⁷⁶⁾ Heller-Berger-Stix, Kommentar zur EO⁴, 1337; Petschek-Hämmerle-Ludwig, Das österreichische Zwangsvollstreckungsrecht (1968) 115; Neumann-Lichtblau, Kommentar zur EO 610.

ergeben einen Hinweis, daß von den jeweiligen Normen auch der Drittpfandbesteller miterfaßt sein soll. Auch der Wortlaut ist wenig deutlich. In § 463 ABGB heißt es: „Schuldner haben kein Recht, bei Versteigerung einer von ihnen verpfändeten Sache mitzubieten“, in § 180 EO: „Der Verpflichtete ist vom Bieten im eigenen und im fremden Namen ausgeschlossen.“ Es stellt sich somit gerade das Auslegungsproblem, ob auch⁷⁷⁾ der Drittpfandbesteller als Schuldner oder als Verpflichteter zu qualifizieren ist. Aus dem Wortlaut ergibt sich das jedenfalls nicht zwingend. Mit dem Wortlaut wäre es genauso gut vereinbar, nur den Personalschuldner als Schuldner bzw Verpflichteten anzusehen, so daß der Fall, daß ein Dritter ein Pfand bestellt, weder von § 463 ABGB noch von § 180 EO erfaßt ist. Welche der beiden Auslegungsmöglichkeiten zutrifft, ist im Weg der Interpretation nach dem Sinn und Zweck der Norm zu ermitteln:

*Stubenrauch*⁷⁸⁾ will jeden Pfandbesteller – sowohl den Personalschuldner als auch den Dritten – von der Teilnahme an der Zwangsversteigerung ausschließen, weil man keine eigene Sache erwerben könne. Diesem Einwand hat schon *Ehrenzweig*⁷⁹⁾ widersprochen. *F. Bydlinski*⁸⁰⁾ hat im Zusammenhang mit der ähnlichen Frage, ob der Vorbehaltsverkäufer die Vorbehalts Sache pfänden kann, dargelegt, daß dagegen keine prinzipiellen Bedenken bestehen.

Als Argument für den Ausschluß des Personalschuldners, der zugleich Verpfänder ist, wird angeführt, der Umstand, daß er von seinem Einlösungsrecht nicht Gebrauch mache, lasse darauf schließen, daß er nicht über die erforderlichen Mittel verfüge⁸¹⁾. Hat er schon die Schuld nicht gezahlt, so ist zu befürchten, daß er auch sein Anbot nicht erfüllen werde können, weshalb abermals ein Versteigerungstermin anberaumt werden müßte. Um eine solche Verschleppung des Versteigerungsverfahrens zu verhindern, wird der Schuldner daher von vornherein von der Beteiligung an der Versteigerung ausgeschlossen.

Weiter kann man noch anführen, daß selbst in dem Fall, in dem der Schuldner den Versteigerungserlös erbringt, eine Verschleppung des Versteigerungsverfahrens oder eine noch gravierendere Verschlechterung der Rechtsposition des Gläubigers drohen kann: Reicht der Versteigerungserlös nicht aus, um die gesamte Forderung des Gläubigers zu berichtigen, so wird der Gläubiger auf die vom Schuldner gerade ersteigerte Sache greifen und diese in Exekution ziehen, was letztlich nur dazu führt, daß Gerichtskosten anfallen und der Gläubiger in seiner Befriedigung aufgehalten wird.

Die soeben ersteigerte Sache kann der Schuldner nur dann endgültig behalten, wenn sie dem Pfändungsschutz des § 251 EO unterliegt, wodurch sie dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist. § 251 EO will den Verpflichteten aber nur vor dem exekutiven Zugriff auf unentbehrliche Gegenstände schützen, nicht aber dann, wenn der Schuldner diese freiwillig als Pfand gegeben hat. Auf dem Umweg über die Beteiligung des Schuldners an der Versteigerung würde er auch die verpfändeten Sachen der Exekution entziehen können.

⁷⁷⁾ *Petrash* in Rummel, ABGB I Rdz I zu § 463 vertritt die Auffassung, daß jedenfalls der Pfandschuldner von der Versteigerung ausgeschlossen sei.

⁷⁸⁾ Kommentar I 634.

⁷⁹⁾ I/2, 452; § 1239 Abs I BGB hat das positivrechtlich geregelt. Vgl dazu *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich III (1899) 461.

⁸⁰⁾ In Klang² IV/2, 641.

⁸¹⁾ *Ehrenzweig* I/2, 452; *Klang* in Klang² II 192; *Zeiller*, Kommentar II 272.

Während beim Personalschuldner triftige Gründe dafür sprechen, ihn bei der Zwangsversteigerung nicht zuzulassen, ergibt sich beim Drittpfandbesteller eine völlig andere Interessenlage: Nach herrschender Ansicht steht ihm kein Einlösungsrecht zum Schätzwert zu, er kann das Pfand nur dann einlösen, wenn er die gesamte Forderung berichtigt. Er hat also gute Gründe, die Versteigerung abzuwarten, um die eigene Sache durch bloße Aufwendung des Versteigerungserlöses, der etwa dem Schätzwert entsprechen wird, zurückzuerhalten. Auch wenn der Wert der Pfandsache gleich hoch wie das Forderungsnominale ist, kann der Pfandbesteller ein Interesse daran haben, die Versteigerung abzuwarten, weil er hoffen darf, daß dort der Schätzwert nicht erreicht wird⁸²⁾. Der Schluß von der Nichteinlösung der Forderung auf die mangelnde Bonität des Einlösungsberechtigten ist somit lediglich beim Personalschuldner plausibel, beim Drittpfandbesteller aber alles andere als zwingend.

Nicht nur der Pfandbesteller hat ein Interesse, an der Versteigerung teilzunehmen, auch dem Gläubiger muß daran gelegen sein: Je mehr Interessenten es gibt, umso höher wird der Versteigerungserlös ausfallen. Der Pfandbesteller wird an der Sache uU ein größeres Interesse haben als ein beliebiger Mitbieter, weil bei ihm auch ideelle Gründe eine Rolle spielen können, etwa der Umstand, daß es sich um ein Familienerbstück handelt. Der Pfandbesteller wird zwar bereit sein, für eine solche Sache etwas mehr als andere zu zahlen; hätte er aber nur die Alternative, sie durch Zahlung der Forderung, die uU ein Vielfaches des Schätzwertes der Sache beträgt, zu erlangen, so wird er sie eher fahren lassen; der Gläubiger käme in einem solchen Fall zu einem geringeren Realisat.

Sowohl die Interessen des Gläubigers als auch die des Pfandbestellers sprechen dafür, ihn bei der Versteigerung zuzulassen. Weder der Wortlaut noch die Mat sprechen gegen eine solche Auslegung, so daß als vorläufiges Ergebnis festzuhalten ist, daß durch § 463 ABGB und § 180 EO nur der Personalschuldner erfaßt ist, nicht aber der Drittpfandbesteller.

§ 463 ABGB wurde unter Hinweis auf Art 8 Nr 14 der 4. EVHGB, der auf § 1239 BGB verweist, bereits kritisiert, indem darauf hingewiesen wurde, daß den Bedenken gegen die Beteiligung des Personalschuldners sowie des Drittpfandbestellers durch eine Sicherheitsleistung begegnet werden könnte⁸³⁾.

Hat der Schuldner selbst das Pfand bestellt, so haben die vorangehenden Ausführungen gezeigt, daß im Fall der Unterdeckung selbst bei einer Sicherheitsleistung durch den Schuldner oder dessen Barzahlung der prinzipielle Einwand des § 463 ABGB und des § 180 EO, daß eine Verfahrenverschleppung oder eine noch gravierendere Verschlechterung der Rechtsposition des Gläubigers drohe, aufrecht bleibt. Im Fall der Überdeckung ist aber der Ausschluß des Schuldners von der Versteigerung für ihn nicht besonders schmerzlich, hat er doch gem § 200 Z 4 EO bis zum Versteigerungstermin die Möglichkeit, durch Berichtigung der Forderung das Pfand einzulösen.

Die Vorschrift des Art 8 Nr 14 der 4. EVHGB, den Personalschuldner bei Barerlag an der Versteigerung teilnehmen zu lassen, ist somit als nicht sachgerecht anzusehen. In den nach Handelsrecht zu beurteilenden Sachverhalten bindet aber der eindeutige Wille des Gesetzgebers. Für den nicht von Art 8 Nr 14 der 4. EVHGB erfaßten Bereich hat es

⁸²⁾ Ein solches Interesse haben schon die Mat zum BGB erkannt, ohne daraus allerdings Folgerungen zu ziehen. Vgl *Mugdan*, Materialien III 461. Deshalb ist es auch problematisch, wenn der OGH GIU 7586 die Vorbehalterben vom Mitsteigern ausgeschlossen hat.

⁸³⁾ *Ehrenzweig* I/2, 452; *Klang* in Klang² II 493.

jedoch bei der Frage, ob der Personalschuldner, der ein Pfand bestellt hat, an der Versteigerung teilnehmen darf, bei dem von § 463 ABGB und § 180 EO angeordneten unbedingten Ausschluß zu bleiben.

Es wurde bereits ausgeführt, daß der Grund für die Nichteinlösung der Forderung durch den Drittpfandbesteller ein anderer als seine Zahlungsunfähigkeit sein kann⁸⁴⁾: Bei Unterdeckung wäre es für ihn von vornherein wirtschaftlich nicht sinnvoll, die Forderung einzulösen⁸⁵⁾, während er bei einer geringfügigen Überdeckung immerhin damit spekulieren kann, daß der Schätzwert in der Zwangsversteigerung nicht erreicht wird. Somit reduziert sich aber die den § 1239 BGB tragende Vermutung der Zahlungsunfähigkeit des Drittpfandbestellers auf den Fall, daß der Wert der Pfandsache das Forderungsnominale wesentlich übersteigt und auch nicht damit zu rechnen ist, daß sich in der Zwangsversteigerung ein Realisat ergeben werde, das unter dem Forderungsnominale liegt.

§ 1239 BGB wird also auch beim Drittpfandbesteller der Interessenlage nicht völlig gerecht. Von diesem wird eine Sicherheit verlangt, obwohl die Gründe für die Nichteinlösung der Forderung nur ausnahmsweise in seiner fehlenden Bonität liegen⁸⁶⁾. Man hat sich daher um eine einschränkende Interpretation zu bemühen: Diese begrenzt den Anwendungsbereich für den Pfandbesteller auf die Fälle, bei denen die gesetzliche Vermutung typischerweise zutrifft. Das ist dann gegeben, wenn die Pfandsache wesentlich mehr wert ist als die noch aushaftende Forderung und nicht zu erwarten ist, daß das Realisat aus der versteigerten Sache geringer ist als das Forderungsnominale.

In soweit ist auch eine Analogie für den nichtkaufmännischen Bereich angebracht, was damit zu begründen ist, daß § 463 ABGB und § 180 EO diesen Fall nicht regeln, daher eine Gesetzeslücke gegeben ist, die mit dem teleologisch reduzierten § 1239 Abs 2 BGB zu füllen ist. Wie die Herkunft der Norm aus dem BGB zeigt, sprechen dagegen auch nicht Besonderheiten des Handelsrechts.

Sonst steht dem Drittpfandbesteller ein uneingeschränktes Recht zu, an der Zwangsversteigerung teilzunehmen. Im folgenden wird geprüft, ob ihm nicht doch ein darüber hinausgehendes Recht auf Einlösung zum Schätzwert einzuräumen ist.

2. Recht der Einlösung zum Schätzwert

Gegen ein **Recht auf Einlösung zum Schätzwert** könnte § 1415 ABGB sprechen, nach dem der Gläubiger nicht verpflichtet ist, **Teilleistungen** anzunehmen. Bei der Frage, auf wessen Horizont abzustellen ist, ob es sich um eine Teilleistung handelt, kommt es auf den des Gläubigers an. Deshalb wäre eine Leistung des Pfandbestellers im Ausmaß des Schätzwertes der Pfandsache, der unter dem Forderungsnominale liegt, als Teilleistung anzusehen, sofern das Pfand für die gesamte Forderung bestellt wurde. Da in den hier interessierenden Fällen der Schätzwert der Pfandsache geringer als das Forderungsnominale ist, kann der Gläubiger diese Teilleistung grundsätzlich zurückweisen.

Dem § 1415 ABGB liegt der Gedanke zugrunde, den Gläubiger vor den Unannehmlichkeiten, wie sie durch die Annahme einzelner Teilleistungen entstehen können, zu bewahren⁸⁷⁾. Er soll insb nicht jede einzelne Teilleistung

quittieren müssen. Der Gesetzgeber hat in § 1415 ABGB aber nur das zweipersonale Verhältnis geregelt. Bei diesem gibt es auch kaum sachlich berechtigte Gründe, warum der Schuldner seine Leistung nicht – wie geschuldet – auf einmal erbringen soll. Ist aber ausnahmsweise ein solcher Grund, wie beim Bestehen einer Aufrechnungslage, vorhanden, so wird der Grundsatz des § 1415 ABGB ohne weiteres durchbrochen: Der Schuldner kann auch mit einer solchen Gegenforderung aufrechnen, die geringer ist als die Forderung des Gläubigers⁸⁸⁾.

Hat ein Dritter ein Pfand nur für einen Teil der Forderung bestellt, muß ihm der Gläubiger die Pfandsache zurückstellen, wenn der Dritte den Betrag zahlt, für den er sich verpflichtet hat. Hat der Dritte aber seine Sache zur Besicherung der gesamten Forderung verpfändet, beträgt ihr Wert hingegen nur einen Bruchteil, so muß der Drittpfandbesteller nach herrschender Meinung⁸⁹⁾ die gesamte Forderung begleichen, um seine Sache auslösen zu können. Sollte sich diese Ansicht als nicht zutreffend erweisen, weil die Interessen des Gläubigers auch bei einer Leistung im Ausmaß des Schätzwertes als hinreichend berücksichtigt anzusehen sind, so würden gegen eine solche Lösung keine Bedenken aus § 1415 ABGB sprechen. Es läge ein sachlicher Grund vor, warum dem Gläubiger die Entgegennahme einer Teilleistung ausnahmsweise doch zumutbar ist.

Noch einen Schritt weiter geht *Reischauer*⁹⁰⁾, der dem Gläubiger bei Geldleistungen generell die Pflicht auferlegt, Teilleistungen anzunehmen, weil die Zurückweisung und Entgegennahme des gesamten Betrages mehr Mühe kosten würde als das Gewährlassen einer Teilleistung. Dabei übersieht er aber mE, daß der Gläubiger zu einer Rücküberweisung von sich aus nicht verpflichtet ist.

Ein Grund, warum die Interessen des Gläubigers bei der Pflicht zur Annahme einer Zahlung in Höhe des Schätzwertes durch den Drittpfandbesteller nicht hinreichend berücksichtigt sein könnten, liegt dann vor, wenn die Rechtsposition des Gläubigers verschlechtert würde. Eine solche Gefahr kann sich dadurch ergeben, daß der Drittpfandbesteller nach Auslösung seines Pfandes zum Schätzwert im Regreßweg die eingelöste Forderung gegen den Schuldner geltend machen wird, wodurch dem Gläubiger ein zusätzlicher Konkurrent um das begrenzte Schuldnervermögen erwächst. Wenn hingegen der Gläubiger zur Annahme einer Teilleistung nicht verpflichtet ist, wie das auch die herrschende Lehre betont, so kann er zunächst das der Exekution unterworfenen Vermögen des Schuldners zur Tilgung seines Anspruchs verwerten und erst wenn dieses erschöpft ist, sich mit seiner Restforderung an den Drittpfandbesteller halten. Eine Konkurrenz mit diesem hätte er also dann nicht zu befürchten.

Dem kann man aber entgegenhalten, daß der Pfandbesteller ab Fälligkeit Sicherstellung vom Schuldner begehren kann⁹¹⁾, sofern das Pfand mit Einwilligung des Schuldners bestellt worden ist. Ob dem Pfandbesteller ein Anspruch auf Einlösung zum Schätzwert des Pfandes zuerkannt wird, hat in diesem Fall keinen Einfluß darauf, ob dem Pfandgläubiger das Vermögen des Schuldners vorzugsweise zur Befriedigung zur Verfügung steht. Auch das Argument der Vermeidung der Konkurrenz eines zusätzlichen Gläubi-

⁸⁴⁾ So auch *Damrau* in MünchKomm Rdz 1 zu § 1239.

⁸⁵⁾ Dieses Interesse erkennt auch *Wiegand* in Staudinger, BGB¹¹ Rdz 3 zu § 1239, ohne daraus allerdings Konsequenzen zu ziehen.

⁸⁶⁾ Es ist zuzugeben, daß durch das Erfordernis eines Barerlags die Rechtsposition des mitsteigernden Drittpfandbestellers nicht wesentlich verschlechtert wird.

⁸⁷⁾ *Gschntzer* in Klang² VI 381; *Reischauer* in Rummel, ABGB II Rdz 6 zu § 1415.

⁸⁸⁾ *Gschntzer* in Klang² VI 381, 499; *Reischauer* in Rummel, ABGB II Rdz 12 zu § 1415; *Rummel* in Rummel, ABGB II Rdz 13 zu § 1438. Das gleiche gilt im deutschen Recht. Vgl *Keller* in Münch Komm § 266 Rdz 10.

⁸⁹⁾ Sieh FN 70.

⁹⁰⁾ In Rummel, ABGB II Rdz 8 zu § 1415.

⁹¹⁾ So jedenfalls *Gamerith* in Rummel, ABGB II Rdz 7 zu § 1364 unter Berufung auf OLG Wien EvBl 1948/3.

gers spricht zumindest in den Fällen, in denen das Pfand mit Einwilligung des Schuldners begründet wurde, nicht gegen ein solches Einlösungsrecht.

Schließlich wird gegen ein Recht auf Einlösung zum Schätzwert noch eingewendet, daß der Drittpfandbesteller einen Zeitpunkt wählen könnte, zu dem die verpfändete Sache wenig wert ist, wodurch die berechtigten Interessen des Pfandgläubigers beeinträchtigt würden. Dagegen kann man aber ins Treffen führen, daß der Pfandgläubiger anders als bei einem Pfandgewährleistungs- oder Schadenersatzanspruch nach § 458 ABGB bei einer solchen Teilzahlung die Möglichkeit hat, sich die gleiche Sache wie der Verpfänder anzuschaffen.

Bemißt man den Schätzwert daher nicht nach dem vermutlichen Versteigerungserlös, sondern danach, welchen Geldbetrag der Gläubiger benötigt, um sich eine dem Pfand hinsichtlich der Wertentwicklung und Verwertbarkeit vergleichbare Sache anschaffen zu können⁹²⁾, so ist der Einwand des Interesses des Gläubigers am Zuwarten mit der Verwertung jedenfalls abgeschwächt.

Es bleibt das Bedenken, daß durch Leistung eines Geldbetrages der Pfandbesteller den Gläubiger in die Lage versetzen könnte, sich über die Ersetzung des ausgelösten Pfandes durch ein gleichwertiges anderes Gedanken machen zu müssen. Auch wenn dem Gläubiger die für den Anschaffungsvorgang getätigten Aufwendungen ersetzt werden, kann es für ihn lästig sein, sich überhaupt um die Ersetzung des bisherigen, durchaus tauglichen Pfandes kümmern zu müssen, mag man auch noch den einen Schritt weitergehen und ihm für seine dadurch veranlaßte Mühewaltung einen Ersatzanspruch zuerkennen⁹³⁾.

Da die Auslösung der dem Gläubiger bestellten Pfandsache im alleinigen Interesse des Pfandbestellers liegt, hat deshalb er Sorge zu tragen, daß das Ersatzpfand der ursprünglichen Pfandsache hinsichtlich ihres Wertes, ihrer Verwertbarkeit und ihrer Wertentwicklung entspricht oder für den Gläubiger vorteilhafter ist⁹⁴⁾.

Sind diese Voraussetzungen aber gegeben, so ist den Vermögensinteressen des Gläubigers vollständig Rechnung getragen, denn der Gläubiger hat in bezug auf die Pfandsache nur insoweit eine schutzwürdige Rechtsposition, als ihre Tauglichkeit zur Verwertung bei Nichtzahlung der gesicherten Schuld beeinträchtigt wird. Eine derartige Ersetzungsbefugnis des Pfandbestellers ist daher zu bejahen.

Ausnahmsweise wird ein nach dem Schätzwert der Pfandsache bemessenes Einlösungsrecht des Drittpfandbestellers aber doch zu bejahen sein, wenn es sich nämlich um eine Pfandsache handelt, deren Wert mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Zeitablauf abnimmt, wie das typischerweise bei den Sachen der Fall ist, die der

Abnutzung unterliegen⁹⁵⁾. In einem solchen Fall ist die Weigerung des Gläubigers, eine so bemessene Zahlung anzunehmen und Zug-um-Zug die Pfandsache freizugeben, als rechtsmißbräuchlich (§ 1295 Abs 2 ABGB) anzusehen. Das gleiche gilt für den Fall, daß der Drittpfandbesteller einen Betrag anbietet, der die höchstmögliche Wertsteigerung der Pfandsache inkludiert⁹⁶⁾. Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen trägt jedoch der Drittpfandbesteller die Beweislast⁹⁷⁾.

C. Rechtsstellung des Drittpfandbestellers nach Eintritt der Verjährung

Der Eintritt der Verjährung der Forderung bewirkt jedenfalls keine Stärkung der Rechtsstellung des Gläubigers. Diese ist entweder auch gegenüber dem Drittpfandbesteller geschwächt oder sie bleibt gleich.

Es wurde gezeigt, daß dem Drittpfandbesteller bei noch nicht verjährter Forderung ein **Recht der Teilnahme an der Zwangsversteigerung** zusteht. Es gibt keinen ersichtlichen Grund, dieses Recht bei Verjährung der Forderung zu beschneiden.

Das Argument aus § 1415 ABGB, daß der Gläubiger keine **Teilleistung** annehmen muß, wurde für den Fall der Bestellung eines Pfandes durch einen Dritten schon bei nicht verjährter Forderung aufgegeben, es entfällt daher bei verjährter Forderung umso mehr. Was von der durchsetzbaren Forderung nämlich übrig geblieben ist, ist die Verwertung der Pfandsache. Bietet der Pfandschuldner den Schätzwert an, so ist das nicht eine Teilleistung, sondern die gesamte übrig gebliebene durchsetzbare Leistung.

Der Einwand, daß dem Gläubiger die **Konkurrenz eines unerwünschten zusätzlichen Gläubigers** droht, wenn er zur Annahme einer Teilleistung durch den Drittpfandbesteller verpflichtet ist, wurde bei nicht verjährter Forderung in dem Fall, daß das Pfand mit Einwilligung des Schuldners bestellt worden ist, unter Hinweis auf § 1364 ABGB widerlegt. Diese Einschränkung auf den Fall der Pfandbestellung mit Einwilligung des Schuldners kann nach Verjährung der Forderung aufgegeben werden. Da nach Verjährung der Forderung jedenfalls der Gläubiger keinen durchsetzbaren Anspruch gegen den Schuldner mehr hat⁹⁸⁾, werden seine Interessen durch einen Regreßanspruch des Schuldners, wann immer dieser nach Verjährung der Forderung entsteht, nicht mehr berührt.

Hinsichtlich der Befugnis der **Ersetzung der Pfandsache** durch eine gleichwertige andere und des Rechts der Einlösung zum Schätzwert bestehen zwischen dem Fall der verjährten und dem der nicht verjährten Forderung keine Unterschiede.

V. Verjährung der Regreßforderung

Nach Ablauf der Verjährungsfrist darf der Schuldner darauf vertrauen, daß die gegen ihn bestehende Forderung

⁹²⁾ Ob Aufwendungen, die den Anschaffungsvorgang betreffen, wie etwa eine Vermittlerprovision, Gebühren oder Erwerbssteuern in jedem Fall zu berücksichtigen sind oder nur dann, wenn der Pfandgläubiger tatsächlich eine Ersatzsache anschafft, ist eine Detailfrage, der hier aus Platzgründen nicht näher nachgegangen werden kann. Sie ist aber eher zu verneinen.

⁹³⁾ Offen bliebe dabei immer noch das Problem, daß der Pfandbesteller bei einem Einlösungsrecht zum Schätzwert, den der Pfandgläubiger für die Anschaffung eines anderen Pfandes verwendet, dann nicht mehr für die Kosten der Verwertung dieses neu angeschafften Pfandes haftet, wodurch es zu einer Verschlechterung der Rechtsposition des Pfandgläubigers käme.

⁹⁴⁾ An einer solchen Ersetzungsbefugnis kann der Drittpfandbesteller noch immer ein gewichtiges Interesse haben, weil ihm etwa an der Auslösung der verpfändeten goldenen Uhr des Großvaters sehr gelegen ist.

⁹⁵⁾ Zu denken ist hier insb an die technische Überalterung, so daß der Wert einer solchen Sache auch ohne faktische Abnutzung im Zeitablauf sinkt.

⁹⁶⁾ Eine mögliche Wertsteigerung in naher Zukunft ist eher abzuschätzen. Je weiter eine solche in der Zukunft liegt, umso weniger wird sie ins Gewicht fallen, weil auch der dem Gläubiger bis dahin entgehende Zinsverlust zu berücksichtigen ist. Dennoch wird es Sachen geben, bei denen eine halbwegs verlässliche Beurteilung der Wertsteigerung auch innerhalb kürzerer Fristen nicht möglich ist. Das wird insb bei Aktien oder wertvollen Rohstoffen wie etwa Gold zutreffen.

⁹⁷⁾ An die Erbringung eines solchen Beweises sind strenge Anforderungen zu stellen.

⁹⁸⁾ Auf das Problem, ob der Drittpfandbesteller seinen Regreßanspruch nach Verjährung der Forderung durchsetzen kann, wird im Abschnitt VI sogleich eingegangen.

nicht mehr durchsetzbar ist. Es stellt sich die Frage, ob das nur für den Anspruch des Gläubigers gilt oder auch für den Regreßanspruch des Drittpfandbestellers.

Beim Regreß des Drittpfandbestellers gegen den Schuldner ist die Legalzessionsnorm des § 1358 ABGB anzuwenden. Das hat zur Folge, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner in dem Zustand auf den Pfandbesteller übergeht, wie sie beim Gläubiger bestanden hat. Da die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner bereits verjährt sein kann, wenn der Gläubiger den Pfandbesteller in Anspruch nimmt, würde das bedeuten, daß dem Pfandbesteller für seinen Regreß nur noch eine verjäherte, nicht durchsetzbare Forderung zur Verfügung steht.

Das ist wertungsmäßig deshalb bedenklich, weil es dann der Gläubiger in der Hand hätte zu bestimmen, wer die Schuld letztlich tragen soll. Der Pfandbesteller könnte diese Rechtsfolge nur dadurch abwenden, daß er dem Gläubiger vor Ablauf der Verjährungsfrist der Forderung die Zahlung anbietet. Ein solches aktives Vorgehen ist ihm aber nicht zumutbar, weil von vornherein nicht sicher ist, daß seine subsidiäre Haftung überhaupt in Anspruch genommen wird. Sobald das aber feststeht, weil die Forderung verjährt ist, wäre auch der Rückersatzanspruch verjährt.

Insb wenn der Dritte aus Gefälligkeit dem Schuldner gegenüber das Pfand bestellt hat, erscheint es unangemessen, ihn die Schuld letztlich tragen zu lassen. Dagegen kann man ins Treffen führen, daß der Drittpfandbesteller gem § 1364 ABGB einen Sicherstellungsanspruch gegen den Schuldner hätte geltend machen können. Dieser Sicherstellungsanspruch soll ihn aber nur gegen eine Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners schützen, nicht aber gegen die Verjährung seines Rückersatzanspruchs. Weiter kann man einwenden, daß bei solchen Pfandbestellungen meist auch ein – zumindest konkludenter – Auftrag zwischen Pfandbesteller und Schuldner zustande gekommen sein wird. Mag auch das Entgelt daraus im Fall des § 1486 ABGB in 3 Jahren verjähren, der Aufwendungsersatzanspruch gem § 1014 ABGB ist nicht fällig, bevor die Aufwendungen getätigt wurden, und kann daher auch nicht vorher verjähren⁹⁹⁾. Bedeutsam bleibt die Frage, ob die nach § 1358 ABGB übergegangene Forderung bereits verjährt ist in dem Fall, in dem zwischen Schuldner und Drittpfandbesteller kein Auftragsverhältnis besteht, sowie für den Rückersatzanspruch gegen einen anderen Pfandbesteller oder Bürgen, der wegen der Akzessorietät dieser Sicherheiten auch hinsichtlich der Frage der Verjährung nach den Regeln zu beurteilen ist, die für den Rückgriff gegen den Schuldner gelten.

Wie an anderer Stelle¹⁰⁰⁾ ausführlich dargestellt wurde, ist für die Frage der Verjährung des Regresses darauf abzustellen, ob sich der in Vorlage tretende Dritte seiner Leistungspflicht entziehen konnte. Wer freiwillig leistet, mag prüfen, ob sein Rückersatzanspruch nicht bereits verjährt ist. Wer zur Leistung verpflichtet ist, hat diese Möglichkeit nicht, seine Rechtsposition ist daher schutzwürdiger. In Analogie zu § 6 AHG und § 6 DHG ist daher mE dann, wenn sich der Leistende seiner Leistungspflicht nicht entziehen konnte, eine sechsmontatige Ablaufshemmung dergestalt anzunehmen, daß der zur Leistung Verpflichtete nach Feststehen seiner Pflicht gegenüber dem Gläubiger noch 6 Monate Zeit hat, um seinen Regreßanspruch gegen den Schuldner geltend zu machen. Sowohl derjenige, der mit Einwilligung des Schuldners ein Pfand bestellt hat, als auch derjenige, der die

Einwilligung des Schuldners nicht eingeholt hat, ist zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet, weshalb beiden die sechsmontatige Ablaufshemmung zugute kommen müßte!

Wie an anderer Stelle¹⁰¹⁾ ebenfalls bereits ausgeführt wurde, ist dem Schuldnerschutz Vorrang einzuräumen, wenn sich ein Dritter in ein fremdes Schuldverhältnis einmengt. Der Schuldner kann sich daher ungeachtet des Umstandes, daß sich der Drittpfandbesteller im Zeitpunkt seiner Inanspruchnahme der Leistungspflicht nicht entziehen kann, ihm gegenüber auf die Verjährungseinrede berufen, wie er das auch gegenüber dem Gläubiger hätte tun können¹⁰²⁾, sofern das Pfand ohne Einwilligung des Schuldners bestellt worden ist; denn es würde auf einen Vertrag zu Lasten Dritter hinauslaufen, könnte ohne Zutun des Schuldners dessen Rechtsstellung verschlechtert werden¹⁰³⁾.

Würde man auch einem Dritten, der dem Gläubiger ein Pfand ohne Zustimmung des Schuldners bestellt hat, einen auch nach Ablauf der Verjährung der Forderung durchsetzbaren Regreßanspruch einräumen, so würde dadurch folgende Mißbrauchsmöglichkeit eröffnet: Ein Dritter könnte behaupten, dem Gläubiger ein Pfand für die Forderung gegen den Schuldner bestellt zu haben und erst nach Ablauf der Verjährungsfrist in Anspruch genommen worden zu sein. Könnte der Schuldner diesem Gläubiger nicht die Verjährungseinrede entgegensetzen, so würde bei einem Zusammenspiel zwischen Gläubiger und Drittem, das der Schuldner häufig nicht beweisen kann, jede bereits verjäherte Forderung in eine durchsetzbare umgewandelt werden.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Ein tragender Grund für die Hintanhaltung des Eintritts der Verjährung in § 1483 ABGB ist die dingliche Sicherheit des Gläubigers, die es als angemessen erscheinen läßt, sein Zuwarten nicht als Saumsal zu werten. Ob der Gläubiger die dingliche Sicherheit in Händen hat, ist nicht entscheidend. Deshalb bewirkt jedes Faustpfand die Rechtsfolge des § 1483 ABGB, mag es auch durch Besitzanweisung oder durch symbolische Übergabe (§ 427 ABGB) begründet worden sein. Ebenso ist § 1483 ABGB auf die Sicherungsübereignung, das gesetzliche Pfandrecht, die Kautions- und das Zurückbehaltungsrecht anzuwenden.

2. Das für die Begründung des Verjährungsrechts weiter angeführte Argument der Ruingefahr des Schuldners spricht ebenfalls für dieses Ergebnis: Ist der Schuldner auch bisher schon ohne die Pfandsache ausgekommen, so ist die Gefahr, daß er durch den endgültigen Entzug der Sache bei dessen Verwertung in den Ruin gestürzt wird, geringer zu veranschlagen, als wenn ihm die Sache bisher zur Verfügung gestanden wäre. Während der Schuldner, der ein Faustpfand bestellt hat, diese Sache mit der Pfandbestellung aus der Hand geben mußte, konnte der Schuldner, der sein Grund-

¹⁰¹⁾ Ebenda 537.

¹⁰²⁾ Insoweit sind *meine* in JBl 1985, 395 ff, 467 ff, 531 ff gemachten Ausführungen zu präzisieren. Es gibt Fälle, in denen sich der Leistende im Zeitpunkt seiner Inanspruchnahme der Leistung nicht entziehen kann, weshalb sein Rückersatzanspruch nach der Legalzessionsnorm des § 1358 ABGB zu beurteilen ist. Da er sich aber in ein fremdes Schuldverhältnis eingemengt hat, kommt ihm die für die Legalzession im Regelfall vertretene Ablaufshemmung in diesem Fall ausnahmsweise nicht zugute.

¹⁰³⁾ Der Pfandbesteller kann immerhin einen auf § 1364 ABGB gestützten Schadenersatzanspruch gegen den Gläubiger geltend machen, der nach überwiegender Ansicht vom Verschulden unabhängig ist. So *Gamerith* in Rummel, ABGB II Rdz 4 zu § 1364; *Ohmeyer-Klang* in Klang VI 245; OLG Wien EvBl 1948/3; OGH JBl 1956, 315 mit Anm von *Gschnitzer* = EvBl 1956/125. Für einen verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch *Koziol*, JBl 1964, 309.

⁹⁹⁾ Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Beauftragte gem § 1014 ABGB einen Vorschuß hätte verlangen können.

¹⁰⁰⁾ *Ch. Huber*, Die Verjährung von gesetzlichen Rückersatzansprüchen, JBl 1985, 395 ff, 467 ff, 531 ff.

stück mit einer Hypothek belastet hat, dieses weiterhin benutzen. Daraus kann ein – wenn auch schwaches – Argument für die sachliche Berechtigung der Differenzierung zwischen der Verjährung des Mobiliarpfandrechts und der Hypothek abgeleitet werden.

3. Bei Verpfändung einer Forderung ist der Gläubiger jedoch ebenso wie bei einer Bürgschaft oder einem Schuldbeitritt von der Bonität eines Schuldners abhängig. Es geht in einem solchen Fall um mehr als die bloße Umwandlung eines bereits gesicherten Vermögenswertes in die geschuldete Form. Da der Gläubiger die Sicherheit noch nicht in Händen hat, ist § 1483 ABGB bei der Forderungsverpfändung nicht anwendbar.

4. § 1483 ABGB hat nur die Funktion, die Durchsetzbarkeit einer akzessorischen Sicherheit trotz Verjährung der Forderung zu gewährleisten. Da auch das vorbehaltene Eigentum zu den unverjährbaren Rechten zählt, kommt eine analoge Anwendung des § 1483 ABGB auf den Eigentumsvorbehalt nicht in Betracht.

5. Anders als bei den dem § 1486 ABGB unterliegenden Forderungen bewirkt eine Hypothekenbestellung für die dem § 1480 ABGB unterliegenden Forderungen keine Verengerung der Verjährungsfrist auf 30 Jahre. Ein für eine Pfandsache bestelltes Faustpfand bewirkt hingegen die Verjährungsfrist des § 1483 ABGB. Die Differenzierung zwischen Hypothek und Faustpfand kann auch hier wieder mit begründet werden, daß der Besteller einer Hypothek die Liegenschaft weiterhin benutzen kann, weshalb er durch akkumulierte Zinsrückstände in den Ruin getrieben werden kann, was durch das Verjährungsrecht gerade verhindert werden soll, während beim Faustpfand diese Gefahr deshalb geringer zu veranschlagen ist, weil der Schuldner auch bisher schon auf die Pfandsache verzichten mußte.

6. Ein Pfandgewährleistungsanspruch ist auf Leistung einer in bezug auf das vertraglich geschuldete Pfand hinsichtlich des Wertes, der Verwertbarkeit und der Wertentwicklung vergleichbaren Pfandsache gerichtet. Ob das „andere angemessene Pfand“ iS des § 458 ABGB mündelsicher ist oder ob der Pfandschuldner ein solches zufällig in seinem Privatvermögen hat, darauf kommt es nicht an.

7. Der Gläubiger kann einen Pfandgewährleistungsanspruch nach Verjährung der Forderung nicht mehr durchsetzen, weil er in einem solchen Fall wie bei Verpfändung einer Forderung von der Bonität eines Dritten abhängig ist. Er hat das Pfand also gerade noch nicht in Händen, es geht um mehr als die Umwandlung einer gesicherten Rechtsposition in die geschuldete Form.

8. Während gute Gründe dafür sprechen, den Personalschuldner, der ein Pfand bestellt hat, vom Mitbieten bei der Zwangsversteigerung auszuschließen, ist eine Unterlassung der Einlösung durch den Drittpfandbesteller kein zwingendes Indiz, daß er vermögenslos ist, weshalb er bei der Zwangsversteigerung zum Mitbieten zuzulassen ist. Auch Art 8 Nr 14 der 4. EVHGB ist insoweit teleologisch zu reduzieren, als eine Sicherheitsleistung vom Drittpfandbesteller nur dann verlangt werden darf, wenn die Möglichkeit auszuschließen ist, daß der Veräußerungserlös in der Zwangsversteigerung hinter dem Forderungsnominale zurückbleibt.

9. Reicht der voraussichtliche Veräußerungserlös zur Deckung der Forderung nicht aus, so hat der Gläubiger ein Interesse daran, den Zeitpunkt der Verwertung der Forderung bestimmen zu können. Deshalb ist ein Recht des Drittpfandbestellers auf Einlösung zum Schätzwert grundsätzlich abzulehnen. Da der Gläubiger an der Pfandsache aber nur insoweit ein schützenswertes Interesse hat, als die Tauglichkeit der Pfandsache, durch ihre Verwertung die gesicherte Forderung zu decken, beeinträchtigt wird, steht

dem Drittpfandbesteller das Recht zu, das hingegebene Pfand durch ein anderes zu ersetzen, sofern dieses hinsichtlich seines Wertes, seiner Wertentwicklung und seiner Verwertbarkeit nicht hinter dem ursprünglichen zurückbleibt.

10. Darüber hinaus wird ein Recht auf Einlösung zum Schätzwert dann zu bejahen sein, wenn es sich um eine Pfandsache handelt, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Zeitablauf an Wert verliert, wie das typischerweise bei abnutzbaren Sachen der Fall ist. Das gleiche gilt dann, wenn der Drittpfandbesteller einen so hohen Geldbetrag anbietet, daß auch die in Zukunft möglicherweise eintretenden Wertsteigerungen inkludiert sind.

11. Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht § 1415 ABGB, der anordnet, daß der Gläubiger zur Entgegennahme einer Teilleistung nicht verpflichtet ist. Ist ein sachlicher Grund für eine Teilleistung vorhanden, so muß der Gläubiger auch eine solche entgegennehmen. Das ist für den Fall der Aufrechnung mit einer geringeren Gegenforderung durchaus anerkannt. Sprechen keine anderen Gründe gegen ein Recht auf Einlösung zum Schätzwert, so muß der Gläubiger auch die dem Schätzwert entsprechende Zahlung vom Drittpfandbesteller entgegennehmen.

12. Gegen ein mit dem Schätzwert begrenztes Einlösungsrecht des Drittpfandbestellers könnte noch der Umstand sprechen, daß der Gläubiger dadurch einem zusätzlichen Konkurrenten bei der Verwertung des begrenzten Schuldnervermögens gegenübersteht. Müßte er die Teilleistung nicht annehmen, so könnte er das der Vollstreckung unterworfenen Vermögen des Schuldners zunächst zur Gänze allein verwerten und sich mit dem Restanspruch an den Drittpfandbesteller wenden. Erfolgt die Pfandbestellung aber mit Einwilligung des Schuldners, so kann der Drittpfandbesteller ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit gem § 1364 ABGB vom Schuldner Sicherstellung verlangen, so daß der Gläubiger unabhängig davon, ob er vom Drittpfandbesteller eine Teilleistung annehmen muß, mit diesem bei Verwertung des begrenzten Schuldnervermögens konkurriert.

13. Durch die Verjährung der Forderung wird die Rechtsstellung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner geschwächt. Auch gegenüber dem Drittpfandbesteller wird sie keinesfalls gestärkt. Schon bei noch nicht verjährter Forderung wurden die aus § 1415 ABGB ableitbaren Bedenken gegen ein mit dem Schätzwert der Pfandsache bemessenes Einlösungsrecht des Drittpfandbestellers beseitigt. Das gilt umso mehr bei verjährter Forderung, weil dann die Verwertung des Pfandes die einzig übriggebliebene durchsetzbare Leistung ist.

14. Das Problem der Konkurrenz mit einem zusätzlichen Gläubiger stellt sich nach Verjährung der Forderung nicht, weil der Gläubiger die Forderung gegen den Schuldner gerade nicht mehr durchsetzen kann. Deshalb kann nach Verjährung der Forderung auf die einschränkende Bedingung, daß das Pfand mit Einwilligung des Schuldners bestellt wurde, verzichtet werden.

15. Hinsichtlich der Befugnis der Ersetzung der Pfandsache sowie des Rechts der Einlösung ergeben sich durch die Verjährung der Forderung keine Unterschiede gegenüber dem Fall, in dem die Forderung noch nicht verjährt ist.

16. Wurde das Pfand mit Einwilligung des Schuldners bestellt, so kann der Pfandbesteller auch nach Verjährung der Forderung seinen Regreßanspruch gegen den Schuldner noch durchsetzen. Es kommt ihm in Analogie zu § 6 AHG und § 6 DHG eine sechsmonatige Ablaufhemmung, die ab Feststehen des Anspruchs des Gläubigers läuft, zugute. Anders ist dann zu entscheiden, wenn das Pfand ohne Einwilligung des Schuldners bestellt worden ist.