



Zur Neuregelung der außergerichtlichen Pfandverwertung

a.Univ.-Prof. Dr. Christian Holzner

I. Einleitung



HaRÄG BGBl I 2005/120

- **§§ 460a und 466a – 466e ABGB regeln außegerichtliche Pfandverwertung beweglicher körperlicher Sachen sowie von Inhaber- und Orderpapieren.**
 - Ersatz für Art 8 Nr 14 u 15 EVHGB sowie verwiesene Verwertungsvorschriften des BGB.
 - Außegerichtliche Verwertung auch für Nichtunternehmer.
 - Vereinfachung und Straffung der Verwertungsvorschriften (RV, 1058 BlgNR 22. GP 68), Reaktion auf eine verbreitete Praxis außegerichtl Verwertung.



II. Darstellung der Neuregelung

A. 1. Zeitlicher Anwendungsbereich:

- **Art 32 Abs 1 HaRÄG: Rechtsgeschäfte, die nach dem 31. 12. 06 abgeschlossen wurden.**
- **Maßgeblich: Abschluss des Titelgeschäfts (Pfandbestellungsvertrages), nicht Setzung des Publizitätsaktes (sinnvoll wegen Möglichkeit abweichender Gestaltung unter Bedachtnahme auf die neue Rechtslage).**



II. Darstellung der Neuregelung

2. Sachlicher Anwendungsbereich:

- **Bewegliche körperliche Sachen, Inhaber-, Orderpapiere.**
 - *Nicht* verwirklicht: erleichterte Einziehung verpfändeter *Forderungen* (wegen fehlender Rechtssicherheit für Drittschuldner, RV 68).
- **Außergerichtliche Verwertung auch *ohne* besondere Vereinbarung, §§ 460a Abs 1, 466a Abs 1, 466e Abs 1.**
- **Möglichkeit der *Vereinbarung* abweichender Arten der außergerichtl Pfandverwertung, § 466a Abs 3.**



II. Darstellung der Neuregelung

B. Grundregel § 466a Abs 2: Verwertung unter angemessener Bedachtnahme auf die Interessen des Pfandgebers.

- Eigenständige Bedeutung für Pflichten des Pfandgl (RV 68).
- Nach dem Zweck ist bei Verpfändung durch Nichteigentümer der *Eigentümer* der Pfandsache geschützt.
- Wohl auch Schutz *dinglicher Gebrauchs-* oder *Fruchtgenussberechtigter*, wenn deren Rechte wegfallen (planwidrige Nichtnennung); Interessen weiterer PfGI bedenkt das Gesetz selbst.



II. Darstellung der Neuregelung

C. Grundsätzlich Verwertung erst *nach Fälligkeit* der gesicherten Forderung, § 466b Abs 1.

1. Ausnahmen:

- a) Sache droht zu verderben oder dauernd so an Wert zu verlieren, dass Sicherheit des PfGI gefährdet wird, § 460a.
 - Verweis auf §§ 466a ff (aber Einhaltung der vollen Monatsfrist nach Androhung oft untunlich).
 - Dem Pfandgeber ist tunlichst Gelegenheit zur Leistung einer *anderen* Sicherheit zu geben, § 460a Abs 1 S 2.
 - Spannungsverhältnis zwischen Verwertungsrecht bei *Wertverlust* und Interessenwahrungspflicht: vorzeitige Verwertung wohl nur *Recht* des PfGI, das keine Verpflichtung zur Verwertung gegenüber Eigentümer auslöst.
 - Verwertungserlös tritt an die Stelle des Pfands, § 460a Abs 2, *dingliches Surrogat* (anders nach Fälligkeit, § 466c Abs 4). Auf Verlangen des Pfandgebers ist Erlös zu *hinterlegen*.



II. Darstellung der Neuregelung

- **b) Verpfändete Inhaber- oder Orderpapiere, wenn Forderung aus dem Papier bereits fällig ist, § 466e Abs 2.**
 - Pfandgläubiger darf sichernde Forderung einziehen, auch wenn die gesicherte noch nicht fällig ist; er erwirbt Pfandrecht an der erhaltenen Leistung.
 - Geldleistung ist nach Bestimmungen für Mündelgeld zu veranlassen (RV: fruchtbringende Anlegung).
 - Warum hier anders als nach § 460a Abs 2 (bei Gefahr des Verderbens) kein Recht des Pfandgeber, *Hinterlegung* des Erlöses zu verlangen?
 - Wegen regelmäßiger Vorhersehbarkeit des Fälligwerdens, sodass Möglichkeit abweichender Vereinbarungen über die Erlösbehandlung bestünde?
 - Redaktionsversehen?



II. Darstellung der Neuregelung

2. Verkauf ist Pfandgeber sowie anderen Pfandgl *anzudrohen*, soweit nicht untunlich, § 466b Abs 1.

- Unter Angabe der Höhe der offenen Forderung.
- Andere Pfandgl dürfen einlösen (§ 462).
- Verkauf erst einen Monat nach Androhung oder – wenn untunlich – nach Fälligkeit; § 368 UGB verkürzt Frist bei beidseitigem Unternehmergeschäft auf eine Woche.
 - Fristenlauf ab Zugang
 - Notwendigkeit rascherer Verwertung wird Androhung noch nicht untunlich machen, wenn Adressaten sinnvolle Reaktionsfrist bleibt (gilt gerade auch für § 460a, weil Androhung den dort vorgesehenen Pfandaustausch ermöglicht, irreführend RV 67).

II. Darstellung der Neuregelung



D. Verwertungsart

1. **Grundsatz: öffentliche Versteigerung** durch dazu befugten Unternehmer, § 466b Abs 2,
 - mit öffentlicher Bekanntmachung von *Zeit und Ort* unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes, Abs 3,
 - hievon Verständigung des Pfandgebers sowie Dritter, denen Rechte am Pfand zustehen, Abs 3.
 - RV 69 nennt andere PfGl; zu denken wäre aber auch an allfällige dingl Gebrauchs- oder Fruchtgenussberechtigte.
 - Nicht erfasst sind aber obligatorisch Berechtigte (vgl RV 70 zum inhaltsgleichen § 466c Abs 5).



II. Darstellung der Neuregelung

2. Ausnahmen:

- a) ***Sachen* mit *Börsen- o Marktpreis* dürfen zu diesem Preis vom PfGI *auch* freihändig verkauft werden, § 466b Abs 4.**
 - Sanktion bei unterpreisigem Verkauf?
 - Kosten der Einschaltung befugter Unternehmer regelmäßig zweckentsprechend iSd § 466c Abs 4 (RV 69).
- b) ***Wertpapiere* mit *Börsen- o Marktpreis* und *Sparurkunden* dürfen außergerichtlich *nur* freihändig zu ihrem Preis o Wert verkauft werden, § 466b Abs 4.**
 - **Sparurkunden:** wohl nur *Inhaberpapiere*, nicht solche, die nur durch Abtretung bzw Vertragsübernahme übertragbar sind (deren erleichterte Verwertbarkeit wurde ja nicht Gesetz, RV 68).
 - Freihandverkauf wohl nur bei nicht fällig stellbaren Urkunden o Gefahr des Zinsenverlusts wegen Bindungsdauer; sonst Einziehung.



II. Darstellung der Neuregelung

- **c) *Inhaber- und Orderpapiere* darf der Pfandgläubiger erforderlichenfalls kündigen und die Forderung aus dem Papier einziehen, § 466e Abs 1.**
 - Nur einziehbare Forderungen (nicht Inhaberaktien, die nur freihändig verkauft werden dürfen, § 466b Abs 4).
 - Nach Wortlaut des § 466b Abs 1 bei Einziehung keine Androhung erforderlich (arg: „den Verkauf“).
 - Für Androhung spräche: § 466a als einleitende Bestimmung verweist bzgl der erfassten Sachen auf § 460a; dort sind Inhaber- und Orderpapiere genannt.
 - Auch Zweck könnte uU Androhung erfordern (Interesse an der Erhaltung besonders günstig verzinsten Papiere).
 - Sicherheitshalber androhen, Rsp könnte Analogie bejahen.

II. Darstellung der Neuregelung



3. Vereinbarung abweichender Verwertungsarten ist zulässig, § 466a Abs 3.

- Steht einem Dritten am „Pfand“ ein Recht zu, das durch die Verwertung erlischt, bedarf die Vereinbarung zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Dritten, § 466c Abs 5.
 - Gemeint: nur *dingliche* Rechte (RV 70); neben andern Pfandrechten auch sonstige dingliche Rechte, außer letztere gehen allen Pfandrechten im Rang vor, § 466c Abs 3.
 - Zustimmungserfordernis hängt offenbar nicht vom *Rang* im Verhältnis zum Verwertenden ab (ebenso früher § 1245 Abs 2 BGB; dazu *Wiegand* in Staudinger¹³ § 1245 Rz 6: Änderung des Inhalts dingl Rechte erfordert Zustimmung Betroffener).

II. Darstellung der Neuregelung



E. Abwicklung

1. Pfandverkauf darf nur mit der „Bestimmung“ erfolgen, dass der Erwerber den Kaufpreis sofort zu entrichten hat, § 466c Abs 1.
 - Diese „Bestimmung“ muss Rücktrittsrecht des Verwertenden bei Nichtentrichtung inkludieren (früher ausdr 1238 BGB).
 - Zug-um-Zug-Abwicklung genügt (auch *Schauer/Krejci* § 466c Rz 1; anders RV 69: Übergabe erst nach Zahlung).
 - Folge des Verstoßes: Kaufpreis gilt als dem Pfandgläubiger übergeben (vgl § 1238 Abs 2 BGB).
 - Daher entgegen RV auch idR **keine Schadenersatzpflicht** bei Verstoß gegen das Vorleistungsverbot, weil der bisherige Eigentümer dem Gl den Mehrerlös ohnehin abfordern kann.

II. Darstellung der Neuregelung



2. Pfandgl hat den Pfandgeber vom Verkauf und von dessen Ergebnis unverzüglich zu verständigen, § 466c Abs 2.
3. Mit Verkauf erlöschen alle Pfandrechte; auch sonstige dingl Rechte, soweit nicht allen Pfandrechten vorrangig, Abs 3.
4. Kaufpreis gebührt dem verwertenden PfGI nach Maßgabe seines Rangs im Ausmaß der gesicherten Forderung und der angemessenen Kosten einer zweckentsprechenden Verwertung, Abs 4.
5. „Im Übrigen tritt der *Anspruch* des Pfandgebers auf Herausgabe des Mehrbetrags an die Stelle des Pfandes“, Abs 4 S 2.



II. Darstellung der Neuregelung

- **Bedeutung: Pfandgläubiger wird (offenbar unabhängig von seinem Rang) Eigentümer des gesamten Kaufpreises, RV 69f.**
 - Wortlaut „Herausgabe“ des Mehrbetrags spräche freilich eher für dingliches Surrogat.
 - RV aber: Miteigentum nach dem Vorbild des BGB nicht vorgesehen, zumal es im Regelfall durch Vermengung sofort untergehen würde (Fehlvorstellung, s *Spitzer*, RdW 2006, 679f, unten III. C.).
 - Am obligatorischen Anspruch des Pfandgebers auf Herausgabe des Mehrerlöses sollen sich Pfandrechte und Rechte Dritter fortsetzen; der Pfandgläubiger hat diese Rechte „bei der Auszahlung des Mehrbetrags zu berücksichtigen“.

II. Darstellung der Neuregelung



- **Versuch einer Deutung:**
 - a) **entweder**: weitere Pfandgläubiger haben ein Pfandrecht an der *Forderung* des Pfandgebers auf den Mehrerlös, sodass der Verwertende dem Pfandgeber gar nicht zahlen darf, soweit Forderungspfandrechte bestehen (vgl. *Schauer/Krejci* § 466c Rz 9).

Nachteil: jeder weitere Pfandgläubiger wäre auf die exekutive Pfändung und Überweisung zur Einziehung verwiesen, Fälligkeit der gesicherten Forderung wäre abzuwarten; daher wird Risiko der Insolvenz des Verwertenden verlängert. IE Schlechterstellung weiterer Pfandgl gegenüber dem außergerichtl verwertenden Gl.
 - b) **oder**: Anspruch des Pfandgebers wird durch vorrangige Ansprüche sonstiger beschränkt dingl Berechtigter überlagert. Folgen:
 - » Pfandgl mit *fälligen* Forderungen könnten Auszahlung nach Maßgabe der gesicherten Forderung begehren.
 - » Pfandgl mit *nicht fälligen* Forderungen erhalten gesicherten Wert (oder ganzen Restbetrag nach Maßgabe ihres Ranges) als *Pfand*.
 - » Bei strittigen Beträgen Hinterlegung.
 - » Behandlung wegfallender Fruchtnießer unklar (Bewertung wie in der Exekution ist ja nicht vorgesehen).
- **Bewertung: „Obligatorische“ Surrogation misslungen!**



II. Darstellung der Neuregelung

- F. Für gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten im Zuge der außergerichtlichen Pfandverwertung genügt Vertrauen auf die *Verfügungsbefugnis* des Pfandgläubigers, § 466d.**
- **RV 70: Erwerber, denen der Veräußerer die Pfandverwertung offengelegt hat, sollen nicht schlechter stehen als jene, denen gegenüber sich der Pfandgläubiger als Eigentümer ausgegeben hat.**
 - **Im übrigen gilt der allgemeine Gutgläubenschutz (Details unten III. E.)**



III. Einzelfragen

A. Innehabung als Verwertungsvoraussetzung

- Verwertungsrecht rangunabhängig, aber Pflicht zur Übergabe an den Erwerber setzt Innehabung voraus; ebenso Einziehung von Forderungen aus Inhaber- oder Orderpapieren.
1. **Hat der Pfandgeber die Pfandsache inne (bei Verpfändung durch Zeichen), kann sie der verwertungsberechtigte PfGI unabhängig vom Rang herausverlangen (vgl *Burgstaller*, Pfandrecht 114f).**

III. Einzelfragen



2. **Str, ob vorrangiger PfGI vom innehabenden nachrangigen Herausgabe zur Verwertung verlangen kann, vgl *Schauer/Krejci* § 466b Rz 2 .**
- ***Graf* in Harrer/Mader 91: eher nein, weil keine Nachfolgeregelung für § 1232 S 1 BGB, aus der man e contrario den Herausgabeanspruch ableiten könnte.**
 - **Ähnlich *Spitzer*, Pfandverwertung 112: nach § 262 EO keine Pflicht des Innehabenden zur Gestattung einer fremden Exekution; aber Versuch der L, eine matre Herausgabepflicht zu konstruieren, wenn das nachrangige Pfandrecht (seinerzeit) durch Besitzeanweisung an den ersten Pfandgläubiger begründet worden sei (keine Verschlechterung der Stellung durch Besitzeanweisung). Sonst aber keine Herausgabepflicht; anders § 1232 BGB e contr.**



III. Einzelfragen

- ***Burgstaller*, Pfandrecht 117: gegenüber vorrangigen dingl Rechten kann kein Pfandgläubiger ein Recht zur Innehabung und Zurückbehaltung behaupten; daher Befriedigungsrecht durchsetzbar, sowohl bei Einzelexekution als auch bei privater Verwertung.**
- **ME auch für private Verwertung zutreffend:**
 - Nachrangiger PfGl ist entweder Besitzmittler (Pfandhalter) des vorrangigen; oder hat Pfandrecht durch Besitzeinweisung an den vorrangigen erworben und später die Gewahrsame erlangt (s *Spitzer*); oder hat sein Pfandrecht durch Besitzeinweisung an einen Dritten, aber in *Kenntnis* des vorrangigen Pfandrechts erworben.
 - Vorrangiger PfGl hat *Pfandverfolgungskl* (Herausgabekl) gegen jeden schlechter Berechtigten und kann daher auch Herausgabe zur Verwertung verlangen; Herausgabeanspruch ist entgegen *Spitzer* nicht konstruiert, sondern folgt aus allgem sachenrechtlichen Grundsätzen.
- 3. **Nachrangiger Pfandgl kann gegenüber vorrangigem innehabenden nur einlösen (*Burgstaller 117*).**



III. Einzelfragen

B. Androhung der Pfandverwertung und Einlösungsrecht

- Nach Wortlaut des § 466b Abs 1 ist Verwertung nur dem Pfandgeber und den anderen Pfandgläubigern anzudrohen.
 - Nach Zweck auch Fruchtnießern sowie dem wahren Eigentümer (soll ja Abwendung des Sachverlusts bzw Pfandrechtsverlusts durch *Zahlung* bzw *Einlösung* ermöglichen, vgl RV 69).
1. Interessenvergleich zw Pfandgläubigern und *Fruchtnießern* (Gebrauchsberechtigten) geht zugunsten letzterer aus:



III. Einzelfragen

- Während PfGI bloßes Wertinteresse hat, ist *Fruchtnießer* an der Sache selbst interessiert; er muss daher wie der Eigentümer ein Recht zur Zahlung nach § 1358 haben. Einlösungsrecht des PfGI beruht auf einer schwächeren Wertung (vgl. SZ 62/2; *Reischauer* in Rummel³ § 1423 Rz 7: Einlösender ist nicht Haftender, aber Befriedigungsrecht könnte durch die Verwertung beeinträchtigt werden).
- Daher **Androhung qua Größenschluss geboten** (unabhängig vom Rang).
- Im Effekt dadurch nur *Erweiterung* einer bestehenden Verständigungspflicht, weil von Zeit und Ort der Versteigerung gem § 466b Abs 3 S 2 ohnehin alle dinglich Berechtigten zu verständigen sind.



III. Einzelfragen

2. **Bei Pfandrechterswerb vom Nichtberechtigten hat Androhung an den mittlerweile erkannten wahren *Eigentümer* zu erfolgen.**
 - Daneben Androhung an den Pfandbesteller sinnvoll (kann durch Zahlung Pfandrecht zum Erlöschen bringen).
 - Bei Unterlassen der Androhung Schadenersatz für dadurch verursachte Schäden.
3. **Einlösungsrecht nach § 462 auch *gegen den Willen* des verwertenden Pfandgläubigers; ab wann?**
 - Ältere L (*Klang* in *Klang*² II 491): erst ab *Exekutionsführung*, arg „vor der Feilbietung“ (§ 462).
 - OGH 4 Ob 163/98v = EvBl 1998/203 obiter: ab außergerichtlicher Zahlungsaufforderung an den Drittpfandbesteller (Realschuldner), unter Verweis auf SZ 62/2 (Hypothekarkl erhoben, Verwertung unausweichlich) und Berufung auf *Hoyer*, FS Demelius 361ff.



III. Einzelfragen

- ME nicht sinnvoll, den Einlösungsberechtigten auch noch zum Ersatz vermeidbarer Prozess- und Exekutionskosten zu nötigen (vgl. *Hoyer*). Für Einlösung *gegen den Willen* von PfGI und Schuldner (also außerhalb des § 1423) müsste etwa genügen, dass der persönliche Schuldner in angemessener Frist ab Aufforderung nicht zahlt (damit wäre auch das in § 462 vorausgesetzte Einlösungsinteresse hinreichend erwiesen).

Diese Frage offenlassend SZ 62/2; dort wird aber betont, dass ein nach § 1358 Haftender auch ohne Zusammenhang mit einer Zwangsversteigerung einlösen kann.

Daher müsste ein *Servitutsberechtigter* entweder sofort mit Fälligkeit (wie Bürge und Zahler) oder doch nach erfolgloser Mahnung des Personalschuldners (wie gemeiner Bürge) zahlen können.

4. **Besonderes Einlösungsrecht bei Verpfändung durch einen Nichtberechtigten gem § 456 Abs 1: Eigentümer kann (jederzeit) vindizieren und den Pfandgläubiger schadlos halten oder das Pfand fahren lassen.**

- Vor Pfandreife geleistetes Geld ist wohl nur pfandweise überlassen.
- Gilt analog wohl auch für Gebrauchsberechtigte, die ihren Vorrang durch gutgläubigen Pfandrechterswerb verloren haben.



III. Einzelfragen

C. Konkursrechtliche Folgeprobleme des obligatorischen Anspruchs auf den Mehrerlös, § 466c Abs 4

Dazu *Spitzer*, Enteignung des Pfandbestellers durch das UGB? RdW 2006, 678: Bei Konkurs des Verwertenden nur Konkursforderung?

1. Zwei Arten des Mehrerlöses – sinnvoll??

- **Obligatorischer Anspruch bei außergerichtl Verwertung nach §§ 466a-c.**
- **Dingl Anspruch in anderen Fällen:**
 - Bei *exekutiver* Verwertung wegen § 464 (dem Eigentümer *fällt zu*, was über den Schuldbetrag gelöst wird); zudem wird bei exekutiver Verwertung Mehrerlös dem Verpflichteten ausgefolgt, daher kein Insolvenzrisiko.
 - Bei erlaubter außergerichtl Verwertung von *Liegenschaften* (wegen § 464 bzw typischerweise vereinbart; §§ 466a-e gelten nicht)
 - Bei Gefahr vorzeitigen Verderbens gem § 460a, s Abs 2.

III. Einzelfragen



2. ***Spitzer 679***: Falsche Motivation des Gesetzgebers für obligatorische Konstruktion: Miteigentum am Erlös würde im Regelfall durch Vermengung untergehen (RV 69f).
- Ausnahmen gelten bei deutlich abgegrenztem Gemenge sowie bei möglichem Anteilsnachweis trotz erfolgter Entnahmen;
 - Buchgeld behandelt die Rsp wie Bargeld, sie verlangt aber neuerdings ein treuhänderisches Verhältnis des Kontoinhabers zum Eigentümer, JBl 1995, 520 (Anm *Holzner*); SZ 70/63.
 - Buchgeldvindikation kann man zwar kritisch sehen (vgl *Ch. Rabl*, ÖBA 2006, 582ff); doch entzieht die gesetzliche Konstruktion ohne Not eine sonst gewährte Vindikationsmöglichkeit.

III. Einzelfragen



- 3. Einstufung des verwertenden Pfandgläubigers als *Treuhänder* hinsichtlich des Mehrerlöses könnte aber zu einer Besserstellung des Eigentümers führen.**
- Dem Pfandgläubiger wäre der Mehrerlös als wirtschaftlich fremdes, aus einem fremden dinglichen Recht stammendes Geld wertungsmäßig auf ähnliche Weise überlassen wie dem Wohnungseigentumsverwalter die Ansparzahlungen für die Hausbesorgerabfindung in JBI 1995, 520.
 - Obligatorische Rechtsnatur des Anspruchs wäre kein Hindernis, weil auch die Treuhand nur eine obligatorische Innenbindung bedeutet; wirtschaftlich betrachtet wäre der Mehrerlös „fremdes Eigentum“.
 - Wie immer man zur Behandlung der Treuhand im Konkurs sonst steht (krit auch *Spitzer* 681): Dass der OGH den Mehrerlös nach Treuhandregeln behandeln könnte, liegt nahe.



III. Einzelfragen

- a) Für Verwertung *vor Konkurseröffnung* bestünde dann Aussonderungsrecht am treuhänderisch gehaltenen Mehrerlös, soweit nach Vermengungsregeln verfolgbar (früherer Eigentümer kann ja nicht besser stehen als bei dinglicher Surrogation).
- b) Verwertung *durch die Masse* würde jedenfalls Masseforderung aus grundloser Bereicherung der Masse auslösen (§ 46 Abs 1 Z 6 KO).
- **Auch Ersatzaussonderung?** Dagegen *Spitzer 682*, weil die Pfandsache selbst nicht aussonderbar ist und der Masseverwalter berechtigterweise verwertet. Allerdings steckt der Mehrerlös potentiell in der Pfandsache und könnte wegen der Möglichkeit privater Verwertung treuhänderisch überlassen sein, sodass auch Ersatzaussonderung denkbar schiene (allenfalls sogar Aussonderung, weil im Vergleichsfall ein dinglich wirkender Mehrerlös auch zur Aussonderung berechtigen könnte und Treuhandüberlegungen uU zum selben Ergebnis führen würden?).

III. Einzelfragen



4. Sachlichkeit der Mehrerlösregelung zweifelhaft:

- Entschärft man sie durch die *Annahme einer Treuhand*, hätte sich ein vergleichbares Ergebnis durch einen dinglichen Mehrerlös auf einfachere Weise erzielen lassen.
- Teilt man *Treuhandüberlegungen nicht*, hängt die Befriedigung dinglich Berechtigter im Konkursfall von der jeweils gewählten Verwertungsart ab. Gesetzgeber ist aber aus Sachlichkeitsgründen gehalten, Eigentümer und andere dinglich Berechtigte bei der privaten Verwertung nicht unnötig schlechter zu stellen als bei der exekutiven; diesem Gebot entspricht nur ein dinglich wirkender Mehrerlös.
- Ob für Sachlichkeit genügt, dass sich der Pfandgeber theoretisch durch vertragl Abbedingung der außergerichtlichen Verwertung bzw durch Ausbedingen eines dinglichen Surrogats schützen kann (letzteres wäre Vorausübereignung des Mehrerlöses, von der auch die übrigen dingl Berechtigten profitieren würden), erscheint zweifelhaft.

III. Einzelfragen



- Heikel bleiben aber Übergangsfälle zwischen altem und neuem Recht: Pfandrechtserwerber nach altem Recht wird durch gutgl Pfandrechtserwerber nach neuem Recht in den 2. Rang verdrängt, der nunmehr Erstrangige schreitet zur Verwertung: Gilt nun nach Wortlaut der Übergangsvorschrift neue Rechtslage, oder müssen doch eher alle Rechtsbegründungen nach neuem Recht erfolgt sein, weil der alte Pfandgläubiger jedenfalls mit einem dinglichen Surrogat rechnen durfte? ME darf außergerichtliche Verwertung nur stattfinden, wenn alle Pfandbestellungen nach dem 31.12.06 erfolgten.
- **Fazit: Gesetzgeber sollte bewährte dogmatische Konstruktionen wie den dinglichen Mehrerlös nicht ohne gewissenhafte Folgenabschätzung aufgeben.**



III. Einzelfragen

D. Gewährleistungspflicht des Verwertenden gegenüber dem Erwerber (*Graf in Harrer/Mader 90*)

- **Vertragspartner** ist der Verwertende, der aufgrund seiner gesetzlichen Verfügungsbefugnis Eigentum verschafft (vgl RV 70; *Schauer/Krejci* § 466b Rz 1; *Kerschner* in Jabornegg, HGB, Art 8 Nr 15 Rz 2: Versteigerer ist Vertreter).
- Substantielle Beschränkung der Gewährleistung des *Unternehmers* gegenüber *Verbrauchern* nicht möglich, § 9 KSchG; gleiches gilt für Geltendmachung von Willensmängeln, § 6 Abs 1 Z 14.
- Abhilfe: *Freihandverkauf* nur an *Unternehmer* mit Gewährleistungsausschluss. Bei *Versteigerung* aber Einschränkung des Erwerberkreises auf Unternehmer nicht möglich, weil das Öffentlichkeit der Versteigerung (§ 466b Abs 3) gefährdet.
- Bei gewährleistungsträchtigen Pfandsachen daher besser nicht privat versteigern, sondern exekutiv verwerten wegen des gesetzlichen Gewährleistungsausschlusses, § 278 Abs 3 EO.



III. Einzelfragen

E. Gutgläubiger Erwerb im Vertrauen auf die Verfügungsbefugnis

- Klarstellung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf die Verfügungsbefugnis (Verwertungsbefugnis).
 1. RV 70: zB bei Missachtung gesetzlicher Verwertungsbestimmungen
 - RV: Anforderungen an den gutgläubigen Erwerb werden bei Verletzung elementarer Verfahrensvorschriften entsprechend hoch sein, zB bei Veräußerung ohne Börsen- oder Marktpreis außerhalb der Versteigerung.
 - Denkbar aber: bei Vorliegen eines SV-Gutachtens, das fälschlich *Marktpreis* annimmt; damit hohe Anforderung wohl erfüllt (kein Erwerb aber nach BGB bei objektivem Fehlen eines Marktpreises).
 - **Marktpreis:** wenn infolge ausreichenden Umsatzes ein Durchschnittspreis feststellbar ist, derartige Sachen also am Markt so häufig verkauft werden, dass sich laufende Preise (Durchschnittspreise) bilden, 7 Ob 68/03f = RdW 2003, 568/483; nach der E auch, wenn Whisky in Öst nur von einem Abnehmer des Klägers vertrieben wird.

III. Einzelfragen



2. Bei Nichtbestehen des Pfandrechts, daher fehlender Verwertungsbefugnis

- Schlechtgläubiger Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten, aber Anvertrauenskette ermöglicht Erwerb beim Freihandverkauf (§ 367 Abs 1 Fall 3).
- Oder gutgl Erwerb gescheitert, weil gestohlene Sache verpfändet, Verwertung durch öffentl Versteigerung oder Verkauf durch Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens (§ 367 Abs 1 Fall 1 bzw 2).
 - Versteigerung saniert sogar Verwertung gestohlener verpfändeter Sachen durch *Nichtunternehmer*.
 - Nebeneffekt des Gutgläubenserwerbs: *keine Rechtsmängelgewährleistung* gegenüber Erwerber.
 - Gilt auch für Freihandverkauf zum Börsen-/Marktpreis durch *Banken* oder *Pfandhäuser*, weil Verkauf durch Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens.

III. Einzelfragen



3. Bereicherungsrechtl Folgen der Verwertung unwirksamer Pfandrechte.

- **ÜM: jedenfalls § 1041 des Eigentümers gegen den fälschlich befriedigten Pfandgläubiger.**
- ***Spielbücher*: Regeln des Eigentümer-Besitzerverhältnisses, §§ 329ff:**
 - *Redliche* entgeltliche Besitzer schulden keinen Bereicherungsausgleich; gilt auch für Besitzer dinglicher Rechte (in Rummel³ § 329 Rz 3; Schuldverhältnis 254).
 - Entgeltlichkeit wäre spätestens mit unterstellter Tilgung der Forderung des Pfandbesitzers infolge Verwertung gegeben, also mit Erhalt des Erlöses; davor könnte der Eigentümer ohnehin die Sache vindizieren.
 - Folge: Redlicher Pfandgläubiger könnte seinen Teil des Erlöses behalten.
 - Bei Übergabe an den Erwerber *unredliche* Pfandbesitzer haften nach § 1041.



**Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit**

a.Univ.-Prof. Dr. Christian Holzner