

## ■ Urteilsanmerkung

### Der Selbsteintritt des Pfandgläubigers

Bemerkungen zu einem Entscheid des Bundesgerichts vom 30. August 1993 i. S. X. AG in Nachlassliquidation gegen Bank Y (BGE 119 II 344)

von Prof. Dr. iur. ALFRED KOLLER, Hochschule St. Gallen

#### I. Zusammenfassung von Sachverhalt und Erwägungen

Die Klägerin hatte der beklagten Bank Aktien verpfändet und die Beklagte ermächtigt, die verpfändeten Aktien börsenmässig oder freihändig zu verwerten (Ziff. 6 «Pfandverschreibung» und Ziff. 8 der AGB der Beklagten). Die Beklagte verwertete die Aktien im Wege des Selbsteintritts. Die Klägerin machte mit der Berufung an das Bundesgericht geltend, der Selbsteintritt wäre nur dann zulässig gewesen, wenn der Vertrag eine entsprechende Befugnis ausdrücklich festgehalten hätte. Das Bundesgericht war anderer Meinung: Zum einen falle unter den Begriff «verwerten» jede Handlung, die es dem Pfandgläubiger erlaube, sich den Wert des Pfandgegenstandes anzueignen. Dazu komme, dass in der Bankbranche die Ansicht verbreitet sei, die Befugnis zur freihändigen Verwertung von Pfändern umfasse auch den Selbsteintritt; diese Usanz müsse sich die Klägerin, die mit den Gebräuchen der Bankbranche vertraut sei, gestützt auf das Vertrauensprinzip entgegenhalten lassen. Als unbegründet erklärt wurde auch der Einwand der Klägerin, der Selbsteintritt verletze das Verbot des Verfallvertrages und sei deshalb gemäss Art. 894 ZGB ungültig. Hauptzweck dieser Bestimmung ist es nach bundesgerichtlicher Ansicht, «eine wucherähnliche Ausbeutung des Verpfänders zu verhindern». Von einer solchen Ausbeutung konnte im beurteilten Fall nicht die Rede sein, war doch der Selbsteintritt «zum damals geltenden Börsenkurs» erfolgt.

#### II. Bemerkungen

1. Der Selbsteintritt des Pfandgläubigers ist im *grösseren Zusammenhang des sog. Selbstkontrahierens* (Insichgeschäfte) zu sehen. Damit sind Tatbestände gemeint, bei denen jemand mit sich selbst kontrahiert, also einen Vertrag mit sich selbst schliesst. Regelmässig wird das Selbstkontrahieren im Zusammenhang mit der direkten Stellvertretung abgehandelt (vgl. etwa ZÄCH, Berner Kommentar, N 78 zu Art. 33 OR), doch kommt es auch bei der indirekten Stellvertretung vor (vgl. etwa WEBER, Basler Kurzkommentar, N 17 zu Art. 398 OR), und auch «Mischtatbestände» sind denkbar. Es können etwa folgende Varianten unterschieden werden: 1. Jemand

schliesst einen Vertrag, indem er einerseits als direkter Vertreter einer Partei handelt, andererseits selbst als Vertragspartner auftritt, und zwar in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (Selbstkontrahieren im engen Sinne). 2. Jemand schliesst einen Vertrag, indem er für beide Vertragsparteien in direkter Stellvertretung handelt (sog. Doppelvertretung). Der Handelnde soll hier also nicht Vertragspartner werden. Die Doppelvertretung wird aus diesem Grunde oft nicht unter den Begriff des Selbstkontrahierens subsumiert. 3. Jemand schliesst einen Vertrag, indem er einerseits als indirekter Vertreter eines Vertragspartners handelt (z. B. als Kommissionär), andererseits den Vertrag in eigenem Namen und für eigene Rechnung schliesst. 4. Jemand schliesst einen Vertrag, indem er für beide Parteien als indirekter Stellvertreter auftritt. 5. Jemand schliesst einen Vertrag, indem er einerseits als direkter, andererseits als indirekter Stellvertreter handelt.

Bei Insihgeschäften besteht die offensichtliche *Gefahr eines Interessenkonflikts* (ZÄCH, a. a. O., N 80ff. zu Art. 33 OR). Das gilt namentlich dort, wo der Handelnde selbst als Vertragspartner auf eigene Rechnung auftritt (Varianten 1 und 3). Leicht wird hier der Handelnde geneigt sein, die Interessen des Vertretenen seinen eigenen Interessen hintanzusetzen. Insihgeschäfte sind daher im allgemeinen nicht zulässig. Erlaubt sind sie immerhin dort, wo eine Benachteiligung des (oder der) Vertretenen naturgemäss ausgeschlossen ist oder wo jemand zum Vertragsabschluss mit sich selbst bzw. zur Doppelvertretung besonders ermächtigt wurde (BGE 39 II 566 ff., 89 II 326). Eine Benachteiligung ist vor allem dort nicht zu befürchten, wo ein Markt- oder Börsenpreis besteht und der Handelnde den Vertrag zu diesem Preis schliesst (vgl. Art. 436 OR, den auch das Bundesgericht heranzieht). Nachzutragen bleiben zwei Punkte: einmal, dass das Selbstkontrahieren rechtsgeschäftlich natürlich auch dort verboten werden kann, wo eine Benachteiligungsgefahr nicht besteht. Zum andern, dass eine Ermächtigung zum Selbstkontrahieren nur im Rahmen der allgemeinen Vertragschranken (Art. 19f. OR; Art. 27 ZGB) rechtlich erheblich ist.

2. *Zur Zulässigkeit des Selbsteintritts des Pfandgläubigers.* Nach KADERLI (Die Sicherung des Bankkredites, Diss. Bern 1938, S. 39) stellt der Selbsteintritt des Pfandgläubigers, da dieser «nicht Vertreter des Verpfänders ist, kein Selbstkontrahieren» dar, «welchem der Rechtsschutz versagt werden müsste». Indessen weist der Selbsteintritt alle Merkmale des Selbstkontrahierens auf, auch wenn man den Pfandgläubiger nicht als (indirekten) Stellvertreter des Verpfänders ansehen mag. Der Selbsteintritt ist ja nichts anderes als eine private Pfandverwertung, bei welcher der Pfandgläubiger die Pfandsache nicht einem Dritten verkauft, sondern an sich selbst. Es besteht hier auch die für Insihgeschäfte typische Benachteiligungsgefahr. Es scheint daher naheliegend, die zum Selbstkontrahieren entwickelten Grundsätze auf den Selbsteintritt zu übertragen, dies unabhängig davon, ob man nun den Selbsteintritt zu den Insihgeschäften zählt oder nicht. Die herrschende Lehre behandelt den Selbsteintritt zwar als Tatbestand des

Selbstkontrahierens, unterwirft ihn jedoch eigenen Grundsätzen. Sie lässt sich wie folgt zusammenfassen: Wurde dem Pfandgläubiger das Recht zur privaten Pfandverwertung eingeräumt, so hat er auch das Recht zum Selbsteintritt, «sofern der Gläubiger ordnungsgemäss abrechnet, den Preis von seiner Pfandforderung abzieht und dem Verpfänder einen allfälligen Überschuss herausgibt» (ZOBL, ZBGR 1978 212, unter Hinweis auf LEEMANN, Berner Kommentar, N 5 zu Art. 894 ZGB, und BÖCKLI, SJZ 1924 301 ff.; ebenso OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, N 62 zu Art. 891 ZGB). Dabei verkennen die zitierten Autoren nicht, dass das Selbstkontrahieren mangels besonderer Ermächtigung nur zulässig ist, wo keine Benachteiligungsgefahr besteht. Doch soll der Selbsteintritt des Pfandgläubigers keine solche Gefahr beinhalten (OFTINGER/BÄR, a. a. O., BÖCKLI, a. a. O., 304; HAFETER, Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte, Diss. Bern 1928, S. 89), er sei daher – unter den erwähnten Voraussetzungen – generell zulässig. Diese Auffassung weckt Bedenken: Durch den Selbsteintritt verliert der Verpfänder sein Eigentum. Das ist unproblematisch, wenn er dafür den realen Gegenwert erhält bzw. eine entsprechende Anrechnung auf die pfandgesicherte Forderung erfolgt. Zulässig ist daher der Selbsteintritt, wo ein Börsen- oder Marktpreis besteht, denn hier kann davon ausgegangen werden, dass der Verpfänder soviel erhält, wie er auch im Falle einer privaten Verwertung durch Verkauf an einen Dritten erhalten würde. Wo kein solcher Preis besteht, ist nicht ersichtlich, welchen Preis der Pfandgläubiger in Anschlag bringen soll. OFTINGER/BÄR, a. a. O., führen für solche Fälle aus, der Pfandgläubiger dürfe «dem Verpfänder keinen völlig ungenügenden Preis veranschlagen». Damit wird der Anrechnungswert weitgehend in das Ermessen des Pfandgläubigers gelegt. Das kann nicht rechtens sein. Das Bundesgericht ist im Ergebnis gleicher Ansicht. Es zitiert zwar die referierte Lehrmeinung in zustimmendem Sinne, der Sache nach aber verwirft es sie, indem es den Selbsteintritt nur für zulässig erklärt, wo «eine objektive Bewertung der Pfandgegenstände im Zeitpunkt des Selbsteintrittes möglich ist» (E. 2b des referierten Entscheids). Eine objektive Bewertung aber ist in der Regel nur dort möglich, wo ein Markt- oder Börsenpreis besteht (vgl. in anderem Zusammenhang Art. 212 Abs. 1 und 215 Abs. 2 OR).

Nachzutragen bleibt, dass sich ein Verbot des Selbsteintritts auch nicht aus Art. 894 ZGB ergibt. Das versteht sich freilich nicht von selbst. Art. 894 ZGB erklärt «jede Abrede, wonach die Pfandsache dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufallen soll», für «ungültig». Mit einer solchen Verfallsabrede («Verfallsvertrag», Marginalie zu Art. 894 ZGB) hat der Selbsteintritt «gemein, dass Pfandgläubiger und späterer Eigentümer [der Pfandsache] identisch sind» (BÖCKLI, a. a. O., 302 rechte Spalte). Es liegt daher – nach dem Gesetzeswortlaut – der Schluss nahe, dass eine Abrede, wonach der Selbsteintritt zulässig ist, als Verfallsabrede gilt. Träfe diese Ansicht zu, wäre a fortiori zu schliessen, dass ein Selbst-

eintritt ohne entsprechende Abrede ebenfalls unzulässig sein müsste. Die Lehre lehnt jedoch eine wörtliche Interpretation von jeher ab (z. B. OFTINGER/BÄR, a. a. O., N 62 zu Art. 891 ZGB und N 10 zu Art. 894 ZGB; LEE-MANN, a. a. O., N 9 zu Art. 894 ZGB), ebenso das Bundesgericht, neustens in dem hier referierten Entscheid. Dem ist zuzustimmen, jedoch nur mit den oben umschriebenen Kautelen. Es muss also dafür gesorgt sein, dass für den Verpfänder keine Benachteiligungsgefahr besteht. Zudem muss vor dem Selbsteintritt – wie bei jeder privaten Pfandverwertung – «eine an den Verpfänder zu richtende Androhung der Veräusserung erfolgen» (OFTINGER/BÄR, a. a. O., N 57 zu Art. 891 ZGB und N 10 zu Art. 894 ZGB). Damit soll dem Verpfänder die Möglichkeit gegeben werden, den Selbsteintritt zu verhindern, indem er die Schuld begleicht und so das Pfand wieder an sich zieht.

Art. 894 ZGB wird im übrigen nicht einheitlich ausgelegt (vgl. einerseits etwa KADERLI, a. a. O., 37, HAFFTER, a. a. O., 88, andererseits OFTINGER/BÄR, a. a. O., N 10 zu Art. 894 ZGB). Darauf ist hier nicht weiter einzugehen.

*3. Wirkungen des Selbsteintritts.* Wo jemand *in zulässiger Weise* mit sich selbst kontrahiert, indem er einerseits in Vertretung eines andern handelt, andererseits in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (Varianten 1 und 3), so entstehen direkte Vertragsbeziehungen zwischen dem Vertragsschliessenden und dem Vertretenen. Das versteht sich von selbst, wo der Vertragsschliessende als direkter Vertreter handelt. Aber auch dort, wo er nur zur indirekten Stellvertretung befugt ist, gilt gleiches. Das wird für die Kommission ausdrücklich festgehalten: Zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten kommt ein Kaufvertrag zustande (Art. 436 Abs. 3 OR); «der Kommissionsauftrag wird *contrario consensu* aufgehoben (Art. 115 OR)» (GAUTSCHI, Berner Kommentar, N 3a zu Art. 436 OR). Für den Selbsteintritt des Pfandgläubigers gilt im Prinzip nichts anderes (vgl. BÖCKLI, a. a. O., 303 linke Spalte). Der Pfandgläubiger ist nach dem Selbsteintritt verpflichtet, den «Verkaufserlös» bzw. Übernahmepreis auf seine (pfandgesicherte) Forderung anzurechnen bzw. einen allfälligen Überschuss dem Verpfänder herauszugeben. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, braucht man freilich keinen Kaufvertrag zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger zu konstruieren. Es genügt, ein spezielles, pfandrechtliches Schuldverhältnis anzunehmen (vgl. wiederum BÖCKLI, a. a. O.).

Wo jemand *in unzulässiger Weise* mit sich selbst kontrahiert, und zwar einerseits in Vertretung eines andern, andererseits in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (Varianten 1 und 3), so ist zwar der Vertragsschliessende an den Vertrag gebunden, nicht jedoch der Vertretene. Dieser hat allerdings die Möglichkeit, das Selbstkontrahieren zu genehmigen. Das Vertragsschicksal liegt somit in seinen Händen. Für den Fall der direkten Stellvertretung ist dies allgemein anerkannt (z. B. BGE 89 II 325): Der Vertrag ist im Sinne von Art. 38 OR genehmigungsfähig. Für den Fall indirekter Stellvertretung muss *mutatis mutandis* dasselbe gelten, ebenso für den Selbsteintritt des Pfandgläubigers.

4. *Fazit.* Im konkret beurteilten Fall war der Pfandgläubigerin vertraglich das Recht zur privaten Verwertung eingeräumt worden. Das Bundesgericht gelangte auf dem Auslegungsweg (Vertrauensprinzip) zum Ergebnis, dieses Recht beinhalte auch das Recht zum Selbsteintritt. Selbst wenn sich eine derartige (stillschweigende) Abrede nicht hätte nachweisen lassen, wäre man zum gleichen Ergebnis gekommen: Da für die Aktien offenbar ein Börsenpreis bestand, war die Pfandgläubigerin befugt, die Aktien zu diesem Preis selbst zu kaufen bzw. an sich zu ziehen. Ein solches Vorgehen benachteiligte die Verpfänderin (Klägerin) nicht, weshalb der Selbsteintritt nur dann nicht zulässig gewesen wäre, wenn sich ein entsprechendes Verbot aus dem Vertrag ergeben hätte. Das war aber offensichtlich nicht der Fall.