

TE OGH 2011/9/14 6Ob29/11z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.09.2011

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei c***** SE, *****, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, sowie des Nebenintervenienten auf Klagsseite Dr. K***** E*****, als Masseverwalter im Konkurs des Dr. K***** H*****, vertreten durch Dr. Engelhart & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei R*****bank ***** registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, *****, vertreten durch Univ.-Prof. Dr. Bruno Binder ua Rechtsanwälte in Linz, wegen Einwilligung in die Einverleibung der Löschung eines Pfandrechts (Streitwert 3.640.000 EUR sA), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 15. Dezember 2010, GZ 6 R 225/10s-37, womit über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Linz vom 5. August 2010, GZ 5 Cg 80/09f-33, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird dahingehend abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts mit der Maßgabe wiederhergestellt wird, dass es zu lauten hat wie folgt:

„Das ob der Liegenschaft EZ ***** Grundbuch ***** CLNR 8 (TZ 317/2008) zu Gunsten der beklagten Partei einverleibte Pfandrecht im Höchstbetrag von 3.640.000 EUR ist unwirksam und zu löschen.“ „Das ob der Liegenschaft EZ ***** Grundbuch ***** CLNR 8 (TZ 317 aus 2008,) zu Gunsten der beklagten Partei einverleibte Pfandrecht im Höchstbetrag von 3.640.000 EUR ist unwirksam und zu löschen.

Die beklagte Partei ist schuldig, folgenden Parteien binnen 14 Tagen folgende Kosten des Verfahrens erster Instanz zu ersetzen:

- a) der klagenden Partei 111.972,34 EUR (darin enthalten 11.105,21 EUR USt und 45.599,43 EUR Barauslagen) und
- b) dem Nebenintervenienten auf Seiten der klagenden Partei 44.070,42 EUR (darin enthalten 7.345,07 EUR USt und 1,80 EUR Barauslagen)“.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 108.722,20 EUR (darin enthalten 2.893,70 EUR USt und 91.360 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens zweiter und dritter Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die W***** Ges.m.b.H. (im Folgenden als Verkäuferin bezeichnet) war vormals Alleineigentümerin der im Spruch

bezeichneten Liegenschaft mit der Adresse *****. Mit Kaufvertrag vom 20./27. 1. 2005 veräußerte die Verkäuferin diese Liegenschaft an die Rechtsvorgängerin der Klägerin. Zugunsten der Klägerin ist das Eigentumsrecht seit 2010 eingetragen. Mit Pfandbestellungsbetrag vom 3./18. 10. 2006 wurde die Liegenschaft zugunsten der beklagten Bank zur Sicherung einer Darlehensforderung derselben gegenüber K***** (im Folgenden als Kreditnehmer bezeichnet) verpfändet. Im Februar 2008 wurde dieses Pfandrecht im Höchstbetrag von 3.640.000 EUR zugunsten der Beklagten im Lastenblatt einverleibt.

Alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der Verkäuferin ist seit 1. 12. 2004 A***** (in der Folge als Geschäftsführer bezeichnet). Dieser ist seit November 2005 auch zu 7 % Gesellschafter der Verkäuferin. Die restlichen 93 % werden seit Dezember 2004 von der S***** GmbH gehalten. Der Geschäftsführer der Verkäuferin ist seit März 2003 alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer dieser Gesellschaft; er war bei deren Gründung Alleingesellschafter und ist seit April 2010 wiederum Alleingesellschafter. Über das Vermögen dieser GmbH ist seit 27. 2. 2009 das Konkursverfahren eröffnet.

Der erwähnte Kaufvertrag enthält ua folgenden Inhalt:

„III.

Die Bezahlung des Gesamtkaufpreises von 4.740.000 EUR erfolgt in nachstehender Weise:

...

IV.römisch vier.

Die Übergabe bzw. Übernahme des Vertragsgegenstandes in den physischen Besitz und Genuss der kaufenden Partei erfolgt mit 31.1.2005 und geht mit diesem Zeitpunkt Gefahr und Zufall, Last und Vorteil auf die kaufende Partei über ...

V.römisch fünf.

Die verkaufende Partei leistet keine Gewähr für ein bestimmtes Ausmaß, Erträgnis, eine bestimmte Beschaffenheit oder Verwendbarkeit des Vertragsgegenstandes, haftet aber dafür, dass derselbe vollkommen schulden- und lastenfrei in den grundbücherlichen Besitz der kaufenden Partei übergeht. ...

Festgestellt wird, dass es sich bei dem Vertragsobjekt um ein Miethaus mit einer Gesamtnutzfläche von ca. 3.550 m² handelt. ...

VIII.römisch acht.

Sohin erteilt die verkaufende Partei ihre ausdrückliche Einwilligung, dass aufgrund dieses Kaufvertrags ob der im Punkt I dieses Vertrages näher bezeichneten Liegenschaft das Eigentumsrecht für [Rechtsvorgängerin der Klägerin] grundbücherlich einverleibt werden könne und möge.“Sohin erteilt die verkaufende Partei ihre ausdrückliche Einwilligung, dass aufgrund dieses Kaufvertrags ob der im Punkt römisch eins dieses Vertrages näher bezeichneten Liegenschaft das Eigentumsrecht für [Rechtsvorgängerin der Klägerin] grundbücherlich einverleibt werden könne und möge.“

Der Kaufvertrag wurde für die Verkäuferin vom Geschäftsführer unterfertigt.

Die Übergabe der Liegenschaft an die Rechtsvorgängerin der Klägerin erfolgte im Jahr 2005. Jedenfalls im April 2006 wurde die Liegenschaft von der eigenen Hausverwaltung der Klägerin verwaltet. Anfang Mai 2006 wurde im Eingangsbereich an der L*****gasse sowie auch an der Hausecke L*****gasse/S*****gasse jeweils ein Schild mit blauem Hintergrund und folgender weißer Aufschrift angebracht „Eine Immobilie der [Klägerin]“. Im Jahr 2007 wurde mit dem Dachgeschossausbau des Hauses begonnen. Die Einreichung erfolgte noch im Jahr 2007, die Baubeginnanzeige erfolgte am 17. 3. 2008. Nach dieser Bauanzeige wurde das Haus eingerüstet, das dritte Geschoss abgetragen und ein neues Dachgeschoss errichtet.

Der Geschäftsführer betrieb ein Netzwerk von Unternehmen, das er zum Teil durch eigene Beteiligung, zum Teil durch Beteiligung der in seinem Einflussbereich stehenden Unternehmungen und Stiftungen kontrollierte. Er gründete im Jahr 1999 die bereits erwähnte S***** GmbH. Zweck des vom Geschäftsführer kontrollierten Netzwerks war die Durchführung von Immobilientransaktionen. Im Jahr 2001 begann der Geschäftsführer mit der Gründung mehrerer

Tochtergesellschaften, um damit Immobilien zu finanzieren. Er setzte in einem Teil des von ihm kontrollierten Unternehmensnetzwerks diverse Personen als Strohmänner ein, die teilweise die Funktion als Geschäftsführer, teilweise die Funktion als Mitgesellschafter übernahmen. Einer dieser Strohmänner war der Kreditnehmer.

Zur Vornahme diverser Liegenschaftstransaktionen bestand zwischen dem Geschäftsführer und der Beklagten seit 2004/2005 eine ständige Geschäftsbeziehung. Ansprechpartner seitens der Beklagten waren hauptsächlich Mag. U***** und ab Juni 2006 der Geschäftsleiter R*****. Der Geschäftsführer veranlasste im Oktober 2006 die Aufnahme eines Kredits bei der Beklagten in einer Gesamthöhe von 2.800.000 EUR, für den er den Kreditnehmer als Strohmann vorschob. Gegenüber der Beklagten wurde sowohl vom Geschäftsführer als auch vom Kreditnehmer dargelegt, dass die Kreditsumme für den Aufbau und die Entwicklung der So***** GmbH verwendet werden sollte. Der Kreditnehmer hielt 45 % der Geschäftsanteile dieser GmbH und war seit 30. 9. 2006 gemeinsam mit einem anderen Geschäftsführer vertretungsbefugt. Vom Geschäftsführer war jedoch eine Verwendung der Kreditsumme für die So***** GmbH nicht angedacht. Vielmehr wollte er den Kreditbetrag von vornherein für sich vereinnahmen. Ob der Kreditnehmer ernsthaft an eine Verwendung derartiger Kreditmittel für die So***** GmbH glaubte, kann nicht festgestellt werden. Den Vertretern der Beklagten wurde diesbezüglich ein Unternehmenskonzept vorgelegt. Ihnen wurde auch mitgeteilt, dass eine S*****-firma (möglicherweise die S***** GmbH) und der Kreditnehmer nach einer Kapitalaufstockung Mehrheitsgesellschafter dieser GmbH werden sollten. Für die Beklagte wickelte der damalige Geschäftsleiter Mag. U***** dieses Kreditgeschäft ab. Er verlangte für die Bereitstellung dieses Kredits Sicherheiten. Der Geschäftsführer bot eine Verpfändung der Liegenschaft an. Er legte ein von ihm in Auftrag gegebenes Wertgutachten vom 28. 11. 2005 über die Liegenschaft vor. Eine eigene Bewertung und Besichtigung der Liegenschaft nahm die Beklagte nicht vor. Im Rahmen der vorangegangenen Geschäftsbeziehung mit dem Geschäftsführer wurden bei Liegenschaftstransaktionen eigene Besichtigungen durch die Beklagte vor Ort durchgeführt. Es wurden auch eigene Bewertungen erstellt. Aufgrund des vorliegenden Gutachtens geschah dies im vorliegenden Fall nicht. Den Vertretern der Beklagten war bekannt, dass die Verkäuferin im Einflussbereich des Geschäftsführers stand. Von den Vertretern der Beklagten (Mag. U***** und R*****) wurde jedoch nicht hinterfragt, warum die Verkäuferin für ein Darlehen an den Kreditnehmer eine Pfandbestellung vornehmen sollte. Die angebotene Liegenschaft wurde von den Vertretern der Beklagten als ausreichend erachtet, sodass weitere hypothekarische Sicherheiten nicht verlangt wurden. Insbesondere wurde ein Liegenschaftsbesitz des Kreditnehmers nicht nachgefragt. Im B-Blatt der genannten Liegenschaft war zum damaligen Zeitpunkt eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung mit einer Wirksamkeit bis 27. 10. 2006 eingetragen. Der Geschäftsführer teilte den Vertretern der Beklagten mit, dass aus dem Verkauf der Liegenschaft die Finanzierung des Kredits glatt gestellt werden sollte. In welcher Form die Rückzahlung erfolgen sollte, wurde bei der Kreditvergabe nicht besprochen. Mit Kontokorrentkreditvertrag vom 2. 10. 2006 räumte die Beklagte dem Kreditnehmer einen Kontokorrentkreditrahmen von 2.800.000 EUR mit einer Laufzeit bis 30. 11. 2006 ein. Als Sicherheit wurde das bereits erwähnte Höchstbetragspfandrecht erstrangig vereinbart. Weitere Sicherheit war eine Bürgschaft der S***** GmbH. Voraussetzung für die Auszahlung der Kreditsumme war die Übergabe zweier Rangordnungen für die Veräußerung und eine unterfertigte Verkaufsvollmacht betreffend die Veräußerung der Liegenschaft sowie auch eine unterfertigte Pfandurkunde. Vor Abschluss dieses Kontokorrentkreditvertrags wurde mit dem Kreditnehmer nicht erläutert, in welcher Form er eine Rückzahlung des Kredits tatsächlich leisten könne. Am 3./18. 10. 2006 vereinbarten die Beklagte und der Geschäftsführer (als Geschäftsführer der Verkäuferin) eine Pfandurkunde, die ua folgendermaßen lautet: Zur Vornahme diverser Liegenschaftstransaktionen bestand zwischen dem Geschäftsführer und der Beklagten seit 2004 aus 2005, eine ständige Geschäftsbeziehung. Ansprechpartner seitens der Beklagten waren hauptsächlich Mag. U***** und ab Juni 2006 der Geschäftsleiter R*****. Der Geschäftsführer veranlasste im Oktober 2006 die Aufnahme eines Kredits bei der Beklagten in einer Gesamthöhe von 2.800.000 EUR, für den er den Kreditnehmer als Strohmann vorschob. Gegenüber der Beklagten wurde sowohl vom Geschäftsführer als auch vom Kreditnehmer dargelegt, dass die Kreditsumme für den Aufbau und die Entwicklung der So***** GmbH verwendet werden sollte. Der Kreditnehmer hielt 45 % der Geschäftsanteile dieser GmbH und war seit 30. 9. 2006 gemeinsam mit einem anderen Geschäftsführer vertretungsbefugt. Vom Geschäftsführer war jedoch eine Verwendung der Kreditsumme für die So***** GmbH nicht angedacht. Vielmehr wollte er den Kreditbetrag von vornherein für sich vereinnahmen. Ob der Kreditnehmer ernsthaft an eine Verwendung derartiger Kreditmittel für die So***** GmbH glaubte, kann nicht festgestellt werden. Den Vertretern der Beklagten wurde diesbezüglich ein Unternehmenskonzept vorgelegt. Ihnen wurde auch mitgeteilt, dass eine S*****-firma (möglicherweise die S***** GmbH) und der Kreditnehmer nach einer Kapitalaufstockung Mehrheitsgesellschafter dieser GmbH werden sollten.

Für die Beklagte wickelte der damalige Geschäftsleiter Mag. U***** dieses Kreditgeschäft ab. Er verlangte für die Bereitstellung dieses Kredits Sicherheiten. Der Geschäftsführer bot eine Verpfändung der Liegenschaft an. Er legte ein von ihm in Auftrag gegebenes Wertgutachten vom 28. 11. 2005 über die Liegenschaft vor. Eine eigene Bewertung und Besichtigung der Liegenschaft nahm die Beklagte nicht vor. Im Rahmen der vorangegangenen Geschäftsbeziehung mit dem Geschäftsführer wurden bei Liegenschaftstransaktionen eigene Besichtigungen durch die Beklagte vor Ort durchgeführt. Es wurden auch eigene Bewertungen erstellt. Aufgrund des vorliegenden Gutachtens geschah dies im vorliegenden Fall nicht. Den Vertretern der Beklagten war bekannt, dass die Verkäuferin im Einflussbereich des Geschäftsführers stand. Von den Vertretern der Beklagten (Mag. U***** und R*****) wurde jedoch nicht hinterfragt, warum die Verkäuferin für ein Darlehen an den Kreditnehmer eine Pfandbestellung vornehmen sollte. Die angebotene Liegenschaft wurde von den Vertretern der Beklagten als ausreichend erachtet, sodass weitere hypothekarische Sicherheiten nicht verlangt wurden. Insbesondere wurde ein Liegenschaftsbesitz des Kreditnehmers nicht nachgefragt. Im B-Blatt der genannten Liegenschaft war zum damaligen Zeitpunkt eine Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung mit einer Wirksamkeit bis 27. 10. 2006 eingetragen. Der Geschäftsführer teilte den Vertretern der Beklagten mit, dass aus dem Verkauf der Liegenschaft die Finanzierung des Kredits glatt gestellt werden sollte. In welcher Form die Rückzahlung erfolgen sollte, wurde bei der Kreditvergabe nicht besprochen. Mit Kontokorrentkreditvertrag vom 2. 10. 2006 räumte die Beklagte dem Kreditnehmer einen Kontokorrentkreditrahmen von 2.800.000 EUR mit einer Laufzeit bis 30. 11. 2006 ein. Als Sicherheit wurde das bereits erwähnte Höchstbetragspfandrecht erstrangig vereinbart. Weitere Sicherheit war eine Bürgschaft der S***** GmbH. Voraussetzung für die Auszahlung der Kreditsumme war die Übergabe zweier Rangordnungen für die Veräußerung und eine unterfertigte Verkaufsvollmacht betreffend die Veräußerung der Liegenschaft sowie auch eine unterfertigte Pfandurkunde. Vor Abschluss dieses Kontokorrentkreditvertrags wurde mit dem Kreditnehmer nicht erläutert, in welcher Form er eine Rückzahlung des Kredits tatsächlich leisten könne. Am 3./18. 10. 2006 vereinbarten die Beklagte und der Geschäftsführer (als Geschäftsführer der Verkäuferin) eine Pfandurkunde, die ua folgendermaßen lautet:

„A - Geschäftsverbindung

Der Kreditgeber steht mit dem Kreditnehmer [Name des Kreditnehmers] in ständiger Geschäftsverbindung, in deren Rahmen er Kredite und Darlehen, so mit Urkunde vom 2.10.2006, einräumt.

B - Sicherstellung

Zur Sicherstellung aller Forderungen an Haupt- und Nebenverbindlichkeiten bis Höchstbetrag von 3.640.000 EUR, die dem Kreditgeber gegen den Kreditnehmer aus im Inland beurkundeten bereits gewährten und künftig zu gewährenden Darlehen ... erwachsen sind und in Hinkunft erwachsen werden, verpfändet der Liegenschaftseigentümer dem Kreditgeber die Liegenschaft samt Zubehör:

[Verkäuferin].

1/1 Anteile [gegenständliche Liegenschaft]

und erteilt die unwiderrufliche Einwilligung, dass das Pfandrecht für die Kreditforderung der [Beklagten] bis zum Höchstbetrag von 3.640.000 EUR ob der Liegenschaft einverleibt wird. ...“

Bereits zum damaligen Zeitpunkt wurde dargetan, dass der Kreditbetrag durch Veräußerung der Liegenschaft bis zum Fälligkeitstermin zurückbezahlt werden sollte. Zum Fälligkeitszeitpunkt 30. 11. 2006 wurde das Kreditverhältnis bis 31. 3. 2007 verlängert, wobei festgehalten wurde, dass die bestellten Sicherheiten aufrecht bleiben. Derartige Verlängerungen erfolgten am 30. 3. 2007 für eine geänderte Laufzeit bis 7. 8. 2007 und am 6. 8. 2007 mit einer geänderten Laufzeit bis 31. 8. 2008. Alle Verlängerungen wurden vom Geschäftsführer sowohl für die Verkäuferin als auch für die S***** GmbH unterschrieben. Bei der letzten Verlängerung vom 6. 8. 2007 wurde vereinbart, dass die Kreditsumme in vierteljährlichen Raten von 125.000 EUR reduziert werden sollte. Die erste Rate sollte mit 30. 9. 2007 fällig werden.

Der Kreditbetrag kam weder dem Kreditnehmer noch der So***** GmbH zugute. Tatsächlich vereinnahmte der Geschäftsführer den gesamten Kreditbetrag für sich. Die Beklagte überprüfte die Geldmittelverwendung nicht.

Die Beklagte ließ das zu ihren Gunsten eingeräumte Pfandrecht aus Kostengründen vorerst nicht im Grundbuch eintragen. Die mit 30. 9. 2007 fällig gewordene Rate von 125.000 EUR wurde bezahlt. Die nachfolgende per 31. 12. 2007 fällige Rate wurde nicht bezahlt. Aufgrund dieses Umstands beantragte die Beklagte die Eintragung des Pfandrechts,

die am 5. 2. 2008 vollzogen wurde.

Die Vertreter der Beklagten hatten weder zum Zeitpunkt der Krediteinräumung und Pfandbestellung noch zum Zeitpunkt der Einverleibung des Pfandrechts Kenntnis davon, dass die Liegenschaft bereits im Jahr 2005 an die Rechtsvorgängerin der Klägerin veräußert worden war. Mag. U***** und der Geschäftsleiter R***** erfuhren diesen Umstand erst im Juli/August 2008 anlässlich eines Besuchs des Geschäftsführers bei der Beklagten. Auch der Kreditnehmer wusste vom Verkauf der Liegenschaft an die Klägerin zum Zeitpunkt der Krediteinräumung nichts. Ob der Geschäftsführer den Vertretern der beklagten Partei anlässlich der Vorbereitung des gegenständlichen Kreditverhältnisses mitteilte, dass zugunsten der Rechtsvorgängerin der Klägerin eine Kaufoption bestehe, kann nicht festgestellt werden.

Im September 2007 wurde gegen den Kreditnehmer ein Antrag auf Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens gestellt. Mit Beschluss vom 11. 9. 2007 wurde das Schuldenregulierungsverfahren mangels Kostendeckung nicht eröffnet. Mag. U***** war dieser Umstand bekannt. Gegenüber dem Kreditnehmer wurde jedoch nicht näher hinterfragt, in welcher Form die per 30. 9. 2007 fällig werdende Rate geleistet werden könne. Der Kreditnehmer befand sich im Oktober 2006 in einer gut situierten Vermögenssituation. Der Kreditnehmer hätte jedoch den gesamten Kreditbetrag aus eigenem Vermögen nie zurückzahlen können. Bezüglich Rückzahlung des Kredits nahm der Kreditnehmer auch keine Überweisung vor. Diese Überweisung veranlasste ausschließlich der Geschäftsführer. Die Beklagte untersuchte die Vermögenssituation des Kreditnehmers weder im Oktober 2006 noch später. Ob der Kreditnehmer im Oktober 2006 über einen mehrfachen Liegenschaftsbesitz verfügte, kann nicht festgestellt werden. Die Beklagte hatte im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit dem Geschäftsführer bis Februar 2008 keine Bedenken betreffend die Bonität. Die Beklagte überprüfte dabei die Liegenschaften des Geschäftsführers und die Firmendaten der S***** GmbH.

Die Klägerin begehrt die Verurteilung der Beklagten zur Einwilligung in die Einverleibung der Löschung des Pfandrechts und brachte vor, sie hätte nach dem Kaufvertrag die Liegenschaft lastenfrei erwerben sollen. Durch den Abschluss des Pfandbestellungsvertrags sei dieser lastenfreie Erwerb vereitelt worden. Dadurch habe die Beklagte in die Rechte der Klägerin eingegriffen. Der zwischen der Beklagten und der Verkäuferin abgeschlossene Pfandrechtbestellungsvertrag sei absolut nichtig, weil er gegen das in § 82 Abs 1 GmbHG vorgesehene Verbot der Einlagenrückgewähr verstoße. Danach sei jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter verboten. Verboten sei jedoch auch eine auf Veranlassung eines Gesellschafters vorgenommene Zuwendung der Gesellschaft an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten. Diese Voraussetzungen lägen vor. Das Darlehen sei einem dem Geschäftsführer nahestehenden Dritten, dem Kreditnehmer, eingeräumt worden. Die Pfandbestellung halte einem Drittvergleich nicht stand. Der Pfandbestellungsvertrag sei darüber hinaus auch deshalb nichtig und sittenwidrig nach § 879 ABGB iVm § 870 ABGB, weil ein wissentlicher Vertragsbruch durch die Verkäuferin vorliege. Die Beklagte sei beim Pfandrechtserwerb schlechtgläubig gewesen. Der Erwerber eines dinglichen Rechts, wie etwa eines Pfandrechts habe zumutbare Nachforschungen zur Klärung der tatsächlichen Verhältnisse anzustellen. Eine Gutgläubigkeit sei nur dann anzunehmen, wenn keine Umstände vorlägen, die bei gehöriger Aufmerksamkeit den wahren vom Grundbuchstand abweichenden Sachverhalt erkennen ließen. Im Zeitpunkt der Einverleibung des Pfandrechts der Beklagten sei die Liegenschaft bereits übergeben gewesen. Die Klägerin habe die Verwaltung der Liegenschaft vorgenommen, was nach außen auch durch Anbringen entsprechender Hinweisschilder an dem auf der Liegenschaft errichteten Haus dargestellt gewesen sei. Darüber hinaus sei zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung klar gewesen, dass der Kreditnehmer die Darlehensforderungen nicht erfüllen könne. Die großzügige Pfandbestellung durch die Verkäuferin sei für die Beklagte aus diesem Grund zumindest zu hinterfragen gewesen. Der Umstand, dass im September 2007 ein Schuldenregulierungsverfahren gegen den Kreditnehmer mangels Kostendeckung nicht eröffnet wurde, sei aus der Ediktsdatei ersichtlich gewesen. Aus diesem Grund hätte die beklagte Partei das Pfandrecht später nicht mehr einverleiben dürfen. Der Klagsanspruch werde auch auf Schadenersatz (Naturalrestitution) gestützt. Die Klägerin begehrt die Verurteilung der Beklagten zur Einwilligung in die Einverleibung der Löschung des Pfandrechts und brachte vor, sie hätte nach dem Kaufvertrag die Liegenschaft lastenfrei erwerben sollen. Durch den Abschluss des Pfandbestellungsvertrags sei dieser lastenfreie Erwerb vereitelt worden. Dadurch habe die Beklagte in die Rechte der Klägerin eingegriffen. Der zwischen der Beklagten und der Verkäuferin abgeschlossene Pfandrechtbestellungsvertrag sei absolut nichtig, weil er gegen das in Paragraph 82, Absatz eins, GmbHG vorgesehene Verbot der Einlagenrückgewähr verstoße. Danach sei jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter verboten.

Verboten sei jedoch auch eine auf Veranlassung eines Gesellschafters vorgenommene Zuwendung der Gesellschaft an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten. Diese Voraussetzungen lägen vor. Das Darlehen sei einem dem Geschäftsführer nahestehenden Dritten, dem Kreditnehmer, eingeräumt worden. Die Pfandbestellung halte einem Drittvergleich nicht stand. Der Pfandbestellungsvertrag sei darüber hinaus auch deshalb nichtig und sittenwidrig nach Paragraph 879, ABGB in Verbindung mit Paragraph 870, ABGB, weil ein wissentlicher Vertragsbruch durch die Verkäuferin vorliege. Die Beklagte sei beim Pfandrechtswerb schlechtgläubig gewesen. Der Erwerber eines dinglichen Rechts, wie etwa eines Pfandrechts habe zumutbare Nachforschungen zur Klärung der tatsächlichen Verhältnisse anzustellen. Eine Gutgläubigkeit sei nur dann anzunehmen, wenn keine Umstände vorlägen, die bei gehöriger Aufmerksamkeit den wahren vom Grundbuchstand abweichenden Sachverhalt erkennen ließen. Im Zeitpunkt der Einverleibung des Pfandrechts der Beklagten sei die Liegenschaft bereits übergeben gewesen. Die Klägerin habe die Verwaltung der Liegenschaft vorgenommen, was nach außen auch durch Anbringen entsprechender Hinweisschilder an dem auf der Liegenschaft errichteten Haus dargestellt gewesen sei. Darüber hinaus sei zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung klar gewesen, dass der Kreditnehmer die Darlehensforderungen nicht erfüllen könne. Die großzügige Pfandbestellung durch die Verkäuferin sei für die Beklagte aus diesem Grund zumindest zu hinterfragen gewesen. Der Umstand, dass im September 2007 ein Schuldenregulierungsverfahren gegen den Kreditnehmer mangels Kostendeckung nicht eröffnet wurde, sei aus der Ediktsdatei ersichtlich gewesen. Aus diesem Grund hätte die beklagte Partei das Pfandrecht später nicht mehr einverleiben dürfen. Der Klagsanspruch werde auch auf Schadenersatz (Naturalrestitution) gestützt.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und brachte vor, Zweck des an den Kreditnehmer ausbezahlten Kredits sei gewesen, dass der Kreditnehmer ein IT-Unternehmen mit der Bezeichnung So***** GmbH mit Einbringung seines technischen Know-Hows gründen und entwickeln könne. An diesem Unternehmen habe sich als stiller Financier der Geschäftsführer über eines seiner Unternehmen (S***** Gruppe) beteiligen wollen. Die Mittelaufbringung zur Abdeckung des Kredits habe aus dem beabsichtigten Verkauf der Liegenschaft erfolgen sollen. Aus diesem Grund sei diese Liegenschaft der Beklagten als geeignete Kreditsicherheit verpfändet worden. Darüber hinaus sei der Beklagten auch eine Verkaufsvollmacht eingeräumt worden. Dass das Projekt So***** tatsächlich nicht zügig weiter verfolgt worden sei, liege nicht in der Sphäre der Beklagten. Darüber hinaus seien bis in das Jahr 2008 die quartalsmäßig fällig werdenden Zinsen sowie auch die Abstattungsraten bezahlt worden; daher habe man von einer sofortigen Verbücherung des Pfandrechts vorerst abgesehen. Erst aufgrund einer nicht bezahlten fälligen Rate im Jahreswechsel 2007/08 habe man sich zur Einverleibung dieses Pfandrechts entschlossen. Weder zum Zeitpunkt der Pfandbestellung noch zum Zeitpunkt der Eintragung des Pfandrechts habe die Beklagte gewusst, dass die Liegenschaft zuvor bereits an die Klägerin verkauft worden wäre. Die für die beabsichtigte Veräußerung eingetragenen Rangordnungen seien an die Beklagte übergeben worden. Aus diesem Grund hätten sich für die Beklagte keine Hinweise für eine tatsächlich vorgenommene Veräußerung der Liegenschaft ergeben. Die Klägerin, die in keiner gesellschaftsrechtlichen Beziehung zur Verkäuferin stehe, könne sich nicht auf § 82 Abs 1 GmbHG berufen. Der Kreditnehmer sei im Zeitpunkt der Kreditgewährung bzw Pfandbestellung nicht kreditunwürdig gewesen. Darüber hinaus sei es für die Beklagte nicht erkennbar gewesen, dass die von der Verkäuferin vorgenommene Pfandbestellung möglicherweise gegen das Verbot der verdeckten Einlagerückgewähr verstoßen könne. Die Verkäuferin habe einen Regressanspruch gegen ihre Gesellschafter, nämlich die S***** GmbH und den Geschäftsführer. Die Verkäuferin habe im Fall ihrer Inanspruchnahme einen Regressanspruch gegen die Mitbürgerin S***** GmbH gemäß § 1358 ABGB. Aufgrund des Bestehens dieser Regressansprüche sei der Tatbestand einer Einlagenrückgewähr nicht verwirklicht. Sowohl der Geschäftsführer als auch die S***** GmbH seien im Zeitraum 2006 bis 2008 bonitätsmäßig unbedenklich ausgestattet gewesen. Deshalb sei auch die tatsächlich vorgenommene Pfandbestellung unbedenklich. Da nach dem Klagsvorbringen im Zeitpunkt der Pfandbestellung (Oktober 2006) die Liegenschaft bereits verkauft und übergeben sowie auch der Kaufpreis bereits an die Verkäuferin bezahlt gewesen sei, habe die Verpfändung der Liegenschaft nicht mehr ein Vermögen der Verkäuferin treffen können. Auch aus diesem Grund sei der Tatbestand einer Einlagenrückgewähr tatsächlich nicht erfüllt.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und brachte vor, Zweck des an den Kreditnehmer ausbezahlten Kredits sei gewesen, dass der Kreditnehmer ein IT-Unternehmen mit der Bezeichnung So***** GmbH mit Einbringung seines technischen Know-Hows gründen und entwickeln könne. An diesem Unternehmen habe sich als stiller Financier der Geschäftsführer über eines seiner Unternehmen (S***** Gruppe) beteiligen wollen. Die Mittelaufbringung zur Abdeckung des Kredits habe aus dem beabsichtigten Verkauf der Liegenschaft erfolgen sollen. Aus diesem Grund sei diese Liegenschaft der Beklagten als geeignete Kreditsicherheit

verpfändet worden. Darüber hinaus sei der Beklagten auch eine Verkaufsvollmacht eingeräumt worden. Dass das Projekt So***** tatsächlich nicht zügig weiter verfolgt worden sei, liege nicht in der Sphäre der Beklagten. Darüber hinaus seien bis in das Jahr 2008 die quartalsmäßig fällig werdenden Zinsen sowie auch die Abstattungsraten bezahlt worden; daher habe man von einer sofortigen Verbücherung des Pfandrechts vorerst abgesehen. Erst aufgrund einer nicht bezahlten fälligen Rate im Jahreswechsel 2007/08 habe man sich zur Einverleibung dieses Pfandrechts entschlossen. Weder zum Zeitpunkt der Pfandbestellung noch zum Zeitpunkt der Eintragung des Pfandrechts habe die Beklagte gewusst, dass die Liegenschaft zuvor bereits an die Klägerin verkauft worden wäre. Die für die beabsichtigte Veräußerung eingetragenen Rangordnungen seien an die Beklagte übergeben worden. Aus diesem Grund hätten sich für die Beklagte keine Hinweise für eine tatsächlich vorgenommene Veräußerung der Liegenschaft ergeben. Die Klägerin, die in keiner gesellschaftsrechtlichen Beziehung zur Verkäuferin stehe, könne sich nicht auf Paragraph 82, Absatz eins, GmbHG berufen. Der Kreditnehmer sei im Zeitpunkt der Kreditgewährung bzw Pfandbestellung nicht kreditunwürdig gewesen. Darüber hinaus sei es für die Beklagte nicht erkennbar gewesen, dass die von der Verkäuferin vorgenommene Pfandbestellung möglicherweise gegen das Verbot der verdeckten Einlagenrückgewähr verstoßen könne. Die Verkäuferin habe einen Regressanspruch gegen ihre Gesellschafter, nämlich die S***** GmbH und den Geschäftsführer. Die Verkäuferin habe im Fall ihrer Inanspruchnahme einen Regressanspruch gegen die Mitbürkin S***** GmbH gemäß Paragraph 1358, ABGB. Aufgrund des Bestehens dieser Regressansprüche sei der Tatbestand einer Einlagenrückgewähr nicht verwirklicht. Sowohl der Geschäftsführer als auch die S***** GmbH seien im Zeitraum 2006 bis 2008 bonitätsmäßig unbedenklich ausgestattet gewesen. Deshalb sei auch die tatsächlich vorgenommene Pfandbestellung unbedenklich. Da nach dem Klagsvorbringen im Zeitpunkt der Pfandbestellung (Oktober 2006) die Liegenschaft bereits verkauft und übergeben sowie auch der Kaufpreis bereits an die Verkäuferin bezahlt gewesen sei, habe die Verpfändung der Liegenschaft nicht mehr ein Vermögen der Verkäuferin treffen können. Auch aus diesem Grund sei der Tatbestand einer Einlagenrückgewähr tatsächlich nicht erfüllt.

Der Nebenintervenient schloss sich im Wesentlichen dem Klagsvorbringen an.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und vertrat die Rechtsansicht, im Prinzip unterliege jede Transaktion mit Auswirkungen auf das Gesellschaftsvermögen der Prüfung, ob eine Einlagenrückgewähr iSd § 82 GmbHG an den Gesellschafter bzw an eine ihm nahestehende Person erfolgt sei. Unzulässig seien Vermögenstransfers an die Gesellschafter, die eine Begünstigung eines Gesellschafters zu Lasten des Gesellschaftsvermögens bewirkten. Dies sei bei einer objektiven Inäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung zu vermuten. Dieses Missverhältnis müsse von der Gesellschaft gerade im Hinblick auf die Gesellschafterstellung (causa societatis) akzeptiert werden. Es sei daher zu fragen, ob ein derartiges Geschäft zu diesen Konditionen auch mit einem Nichtgesellschafter geschlossen worden wäre (Fremdvergleich oder Drittvergleich), im vorliegenden Fall also, ob ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer die Sicherheit auch einem Dritten bestellt hätte (6 Ob 271/05d). Der Wortlaut von § 82 GmbHG erfasse grundsätzlich nur Leistungen an den Gesellschafter. Leistungen an sonstige Personen könnten nur in Sonderfällen dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen. Wenn jedoch die Gesellschaft (gemeint wohl: der Gesellschafter) die Leistung an den Dritten bewirke, werde dadurch der Zweck des § 82 GmbHG durchkreuzt, weil durch eine solche Leistung an den Dritten das Gesellschaftsvermögen bewusst geschmälert werde. Die Bestellung der Hypothek zu Lasten der im Alleineigentum der Verkäuferin stehenden Liegenschaft ohne eine entsprechende Gegenleistung für die Verkäuferin halte einem derartigen Drittvergleich nicht stand. Ohne Gegenleistung hätte ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer eine solche Hypothek nicht einverleiben lassen. Die Begründung des Pfandrechts zu Lasten der Liegenschaft berühre die vermögensrechtliche Situation der Verkäuferin insofern, als sie durch diesen Vertragsbruch gegenüber dem Käufer dessen Schadenersatzforderungen ausgesetzt sein könnte. Bereits dadurch sei die Vermögenssituation der Verkäuferin durch die Pfandrechtsbestellung geschmälert. Der Pfandrechtsbestellung stehe zugunsten der Verkäuferin keine Gegenleistung gegenüber. Die Pfandrechtsbestellung sei vielmehr mit einem Vorteil für den Geschäftsführer (und Gesellschafter der Verkäuferin) verbunden. Dieser sei von vornherein darauf bedacht gewesen, den aus der Kreditgewährung zukommenden Vorteil für sich selbst zu lukrieren. Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG liege vor. Dies habe die absolute Nichtigkeit des Pfandbestellungsvertrags zur Folge, weshalb für einen Pfandrechtserwerb durch die Beklagte ein gültiger Titel fehle. Die Pfandrechtseintragung sei daher nicht rechtswirksam, weshalb der Klagsanspruch zu Recht bestehe. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und vertrat die Rechtsansicht, im Prinzip unterliege jede Transaktion mit Auswirkungen auf das Gesellschaftsvermögen der Prüfung, ob eine Einlagenrückgewähr iSd Paragraph 82, GmbHG an den Gesellschafter bzw an eine ihm nahestehende Person

erfolgt sei. Unzulässig seien Vermögenstransfers an die Gesellschafter, die eine Begünstigung eines Gesellschafters zu Lasten des Gesellschaftsvermögens bewirkten. Dies sei bei einer objektiven Inäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung zu vermuten. Dieses Missverhältnis müsse von der Gesellschaft gerade im Hinblick auf die Gesellschafterstellung (causa societatis) akzeptiert werden. Es sei daher zu fragen, ob ein derartiges Geschäft zu diesen Konditionen auch mit einem Nichtgesellschafter geschlossen worden wäre (Fremdvergleich oder Drittvergleich), im vorliegenden Fall also, ob ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer die Sicherheit auch einem Dritten bestellt hätte (6 Ob 271/05d). Der Wortlaut von Paragraph 82, GmbHG erfasse grundsätzlich nur Leistungen an den Gesellschafter. Leistungen an sonstige Personen könnten nur in Sonderfällen dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen. Wenn jedoch die Gesellschaft (gemeint wohl: der Gesellschafter) die Leistung an den Dritten bewirke, werde dadurch der Zweck des Paragraph 82, GmbHG durchkreuzt, weil durch eine solche Leistung an den Dritten das Gesellschaftsvermögen bewusst geschmälert werde. Die Bestellung der Hypothek zu Lasten der im Alleineigentum der Verkäuferin stehenden Liegenschaft ohne eine entsprechende Gegenleistung für die Verkäuferin halte einem derartigen Drittvergleich nicht stand. Ohne Gegenleistung hätte ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer eine solche Hypothek nicht einverleiben lassen. Die Begründung des Pfandrechts zu Lasten der Liegenschaft berühre die vermögensrechtliche Situation der Verkäuferin insofern, als sie durch diesen Vertragsbruch gegenüber dem Käufer dessen Schadenersatzforderungen ausgesetzt sein könnte. Bereits dadurch sei die Vermögenssituation der Verkäuferin durch die Pfandrechtsbestellung geschmälert. Der Pfandrechtsbestellung stehe zugunsten der Verkäuferin keine Gegenleistung gegenüber. Die Pfandrechtsbestellung sei vielmehr mit einem Vorteil für den Geschäftsführer (und Gesellschafter der Verkäuferin) verbunden. Dieser sei von vornherein darauf bedacht gewesen, den aus der Kreditgewährung zukommenden Vorteil für sich selbst zu lukrieren. Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach Paragraph 82, GmbHG liege vor. Dies habe die absolute Nichtigkeit des Pfandbestellungsvertrags zur Folge, weshalb für einen Pfandrechtserwerb durch die Beklagte ein gültiger Titel fehle. Die Pfandrechtseintragung sei daher nicht rechtswirksam, weshalb der Klagsanspruch zu Recht bestehe.

Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab.

Die Löschungsklage stehe nur dem dinglich Berechtigten zu, der schon bürgerliche Rechte besessen habe, als die anzufechtende Eintragung erfolgt sei, daher nicht etwa dem außerbücherlichen Eigentümer (Kodek, Grundbuchsrecht § 61 Rz 3 mwN; 7 Ob 225/03v; RIS-Justiz RS0060428 und RS0083001). Die Löschungsklage stehe nur dem dinglich Berechtigten zu, der schon bürgerliche Rechte besessen habe, als die anzufechtende Eintragung erfolgt sei, daher nicht etwa dem außerbücherlichen Eigentümer (Kodek, Grundbuchsrecht Paragraph 61, Rz 3 mwN; 7 Ob 225/03v; RIS-Justiz RS0060428 und RS0083001).

Hier habe die Klägerin aber kein Löschungsbegehren, sondern ein Begehren auf Einwilligung zur Löschung des Pfandrechts gestellt, was gegenüber dem Löschungsbegehren ein aliud darstelle (7 Ob 225/03v; RIS-Justiz RS0083001).

Die Klägerin sei aber als Gesellschaftsgläubigerin (der Verkäuferin) zur Geltendmachung eines Verstoßes gegen § 82 Abs 1 GmbHG nicht aktivlegitimiert, dies sei gemäß § 83 Abs 1 GmbHG nur die Gesellschaft (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 83 Rz 4; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 83 Rz 24, jeweils mwN). Eine Abtretung oder eine Pfändung und Überweisung des Anspruchs zur Einziehung an die Klägerin sei nicht behauptet worden. Die Klägerin sei aber als Gesellschaftsgläubigerin (der Verkäuferin) zur Geltendmachung eines Verstoßes gegen Paragraph 82, Absatz eins, GmbHG nicht aktivlegitimiert, dies sei gemäß Paragraph 83, Absatz eins, GmbHG nur die Gesellschaft (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Paragraph 83, Rz 4; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG Paragraph 83, Rz 24, jeweils mwN). Eine Abtretung oder eine Pfändung und Überweisung des Anspruchs zur Einziehung an die Klägerin sei nicht behauptet worden.

Ein Schadenersatzanspruch wegen eines Eingriffs der Beklagten in den Anspruch der Klägerin aus dem Kaufvertrag gegen die Verkäuferin bestehe nicht, weil der Pfandgläubiger nicht verpflichtet sei, die verpfändete Liegenschaft vor dem Pfandrechtserwerb zwecks Erforschung allfälliger außerbücherlicher Rechte Dritter zu besichtigen (SZ 55/191 = RIS-Justiz RS0011330).

Im Übrigen sei der intabulierte Pfandgläubiger gegen den Löschungsanspruch des außerbücherlichen Erwerbers nicht nur dann geschützt, wenn er im Vertrauen auf den Buchstand gehandelt habe, sondern auch dann, wenn er von der Einräumung außerbücherlicher Rechte an einen Dritten Kenntnis gehabt habe. Nur ein gezieltes Einwirken auf den Willen des Schuldners, um ihn zum Vertragsbruch zu verleiten, oder ein arglistiges Zusammenwirken mit dem

Vertragspartner bewusst zum Nachteil des Schuldners begründe eine Schadenersatzpflicht (SZ 59/145; RIS-Justiz RS0011307 und RS0034745). Eine Verleitung zum Vertragsbruch oder ein arglistiges Vorgehen durch die Beklagte sei nicht behauptet worden. Vielmehr hätten die Vertreter der Beklagten weder im Zeitpunkt der Krediteinräumung und Pfandbestellung noch im Zeitpunkt der Pfandrechteinverleibung davon Kenntnis gehabt, dass das Pfandobjekt bereits im Jahre 2005 an die Rechtsvorgängerin der klagenden Partei veräußert worden war.

Eine Nichtigkeit wegen Teilnahme an einer strafgesetzwidrigen Handlung gemäß § 879 ABGB würde voraussetzen, dass der Erwerber von der Veruntreuung gewusst habe, was im vorliegenden Fall nicht feststehe. Eine Nichtigkeit wegen Teilnahme an einer strafgesetzwidrigen Handlung gemäß Paragraph 879, ABGB würde voraussetzen, dass der Erwerber von der Veruntreuung gewusst habe, was im vorliegenden Fall nicht feststehe.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision der Klägerin ist zulässig und berechtigt.

Die Revisionswerberin macht im Wesentlichen geltend, die absolute Nichtigkeit eines gegen § 82 GmbHG verstoßenden Rechtsgeschäfts sei von Amts wegen wahrzunehmen. Die Klägerin mache keinen Anspruch auf Rückgewähr einer verbotenen Leistung gemäß § 83 GmbHG geltend, sondern strenge aus ihrem Eigentumsrecht an der Liegenschaft eine „Eigentumsfreiheitsklage“ an, womit sie ihren Anspruch auf Lastenfreistellung von dem wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer titellos einverleibten Pfandrecht geltend mache. Auch prozessökonomische Überlegungen bestätigten diese Auffassung: Es wäre sinnlos, die Aktivlegitimation der Klägerin zu verneinen, wenn gleichzeitig die Klägerin der Beklagten die Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung im Zuge der von der Beklagten betriebenen Sicherheitenverwertung entgegenhalten könne. Die Revisionswerberin macht im Wesentlichen geltend, die absolute Nichtigkeit eines gegen Paragraph 82, GmbHG verstoßenden Rechtsgeschäfts sei von Amts wegen wahrzunehmen. Die Klägerin mache keinen Anspruch auf Rückgewähr einer verbotenen Leistung gemäß Paragraph 83, GmbHG geltend, sondern strenge aus ihrem Eigentumsrecht an der Liegenschaft eine „Eigentumsfreiheitsklage“ an, womit sie ihren Anspruch auf Lastenfreistellung von dem wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer titellos einverleibten Pfandrecht geltend mache. Auch prozessökonomische Überlegungen bestätigten diese Auffassung: Es wäre sinnlos, die Aktivlegitimation der Klägerin zu verneinen, wenn gleichzeitig die Klägerin der Beklagten die Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung im Zuge der von der Beklagten betriebenen Sicherheitenverwertung entgegenhalten könne.

Dazu wurde erwogen:

1. Der erkennende Senat teilt die Auffassung des Erstgerichts, dass der Pfandbestellungsvertrag dem Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 82 GmbHG im Verhältnis zwischen Verkäuferin und Geschäftsführer widersprochen hat. Der Geschäftsführer war nämlich sowohl unmittelbarer (7 %) als auch - aus den Feststellungen, wonach „die Verkäuferin im Einflussbereich des Geschäftsführers stand“, erschießbar - mittelbarer Gesellschafter der Verkäuferin und eignete sich den Vorteil aus dem Pfandbestellungsvertrag, nämlich die Kreditvaluta, absichtlich selbst zu. 1. Der erkennende Senat teilt die Auffassung des Erstgerichts, dass der Pfandbestellungsvertrag dem Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß Paragraph 82, GmbHG im Verhältnis zwischen Verkäuferin und Geschäftsführer widersprochen hat. Der Geschäftsführer war nämlich sowohl unmittelbarer (7 %) als auch - aus den Feststellungen, wonach „die Verkäuferin im Einflussbereich des Geschäftsführers stand“, erschießbar - mittelbarer Gesellschafter der Verkäuferin und eignete sich den Vorteil aus dem Pfandbestellungsvertrag, nämlich die Kreditvaluta, absichtlich selbst zu.

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann am Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr auch nichts ändern, dass die Verkäuferin bei Inanspruchnahme der Pfandhaftung allenfalls Erstattungs- und Regressansprüche gegenüber ihren Gesellschaftern gehabt hätte, selbst wenn diese werthaltig gewesen sein sollten, was freilich gar nicht feststeht.

2. Der erkennende Senat teilt auch die oben wiedergegebene Rechtsansicht des Berufungsgerichts.

3. Die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanzen reichen aber nach Ansicht des erkennenden Senats nicht aus, um die Klagsabweisung durch das Berufungsgericht zu rechtfertigen:

3.1. Mit dem vom Erstgericht zutreffend bejahten Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sind noch nicht die Fragen beantwortet, ob sich die Beklagte, die ja nicht (unmittelbare oder mittelbare) Gesellschafterin der Verkäuferin ist, diesen Umstand dergestalt entgegenhalten lassen muss, dass der Pfandbestellungsvertrag nichtig ist

und - daraus möglicherweise folgend - das letztlich auf Löschung des Pfandrechts im Grundbuch gerichtete Klagebegehren erfolgreich ist.

3.1.1. Nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung sind Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 82 GmbHG verstoßen, absolut nichtig iSd § 879 ABGB (RIS-Justiz RS0117033; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 82 Rz 19; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 72, jeweils mwN). Diese Auffassung wird in der jüngeren Lehre grundsätzlich gebilligt (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 82 Rz 19; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 75; U. Torggler, wbl 2011, 69 [73]; zum Aktienrecht vgl. Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG § 52 Rz 72; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 52 Rz 104-107).

3.1.1. Nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung sind Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nach Paragraph 82, GmbHG verstoßen, absolut nichtig iSd Paragraph 879, ABGB (RIS-Justiz RS0117033; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Paragraph 82, Rz 19; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG Paragraph 82, Rz 72, jeweils mwN). Diese Auffassung wird in der jüngeren Lehre grundsätzlich gebilligt (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Paragraph 82, Rz 19; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG Paragraph 82, Rz 75; U. Torggler, wbl 2011, 69 [73]; zum Aktienrecht vergleiche Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG Paragraph 52, Rz 72; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG Paragraph 52, Rz 104-107).

3.1.2. Auf die absolute Nichtigkeit eines Geschäfts kann sich jedermann berufen, ohne dass es einer besonderen Anfechtung bedürfte (RIS-Justiz RS0016432).

3.1.3. Normadressaten des in § 82 GmbHG und § 52 AktG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter (Aktionär), nicht aber auch ein Dritter. § 83 Abs 1 GmbHG und § 56 AktG räumen der Gesellschaft einen Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter (Aktionär) ein. Dritte sind bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RIS-Justiz RS0105536; RS0105537).

3.1.3. Normadressaten des in Paragraph 82, GmbHG und Paragraph 52, AktG enthaltenen Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Gesellschaft und der Gesellschafter (Aktionär), nicht aber auch ein Dritter. Paragraph 83, Absatz eins, GmbHG und Paragraph 56, AktG räumen der Gesellschaft einen Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter (Aktionär) ein. Dritte sind bei Kollusion und grober Fahrlässigkeit rückgabepflichtig (RIS-Justiz RS0105536; RS0105537).

Diese grobe Fahrlässigkeit des Dritten wird in der Entscheidung 4 Ob 2078/96h = JBl 1997, 108 (Hügel) dahingehend umschrieben, dass sich dem Dritten der Missbrauch geradezu aufdrängen musste. Eine Erkundigungspflicht wird danach für den Fall bejaht, dass besondere Umstände den Verdacht des Missbrauchs der Vertretungsmacht nahelegen.

In der Lehre wurde darauf hingewiesen, dass dieser Sorgfaltsmaßstab und diese Erkundigungspflicht noch zu streng seien (Hügel, JBl 1997, 113 [Anm zu 4 Ob 2078/96h]; Karollus, ecolex 1999, 323 [327 ff]).

Nach der diese Lehrmeinungen berücksichtigenden Entscheidung 6 Ob 271/05d ist eine allgemeine Erkundigungs- und Prüfpflicht der Bank (als des Dritten) wohl schon wegen der Komplexität des Themas des Fremdvergleichs abzulehnen und eine Nachfrage nur dort zu fordern, wo sich der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr schon so weit aufdrängt, dass der Verdacht nahezu einer Gewissheit gleichkommt (in diesem Sinn auch 9 Ob 25/08d; 7 Ob 35/10p).

Diese „Präzisierung der Sorgfaltspflichten des Dritten“ (Karollus, GesRZ 2011, 112 [113; Anm zu 7 Ob 35/10p]) wurde in der Lehre positiv aufgenommen (Karollus, ÖBA 2006, 296 [299 ff]; Artmann, JBl 2006, 391 [393]; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 83; Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung [2010], 9 [72 ff]). Diese „Präzisierung der Sorgfaltspflichten des Dritten“ (Karollus, GesRZ 2011, 112 [113; Anmerkung zu 7 Ob 35/10p]) wurde in der Lehre positiv aufgenommen (Karollus, ÖBA 2006, 296 [299 ff]; Artmann, JBl 2006, 391 [393]; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG Paragraph 82, Rz 83; Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung [2010], 9 [72 ff]).

An diesem Sorgfaltsmaßstab ist festzuhalten.

3.1.4. Liegt Kollusion oder der für den Dritten bestehende, soeben umschriebene dringende Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr vor, hat dies wegen Unwirksamkeit des Vertretungsakts infolge Fehlens der Vollmacht (des Vertreters der geschädigten Kapitalgesellschaft) die Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge (vgl. Karollus, GesRZ 2011, 112 [113; Anm zu 7 Ob 35/10p]).

3.1.4. Liegt Kollusion oder der für den Dritten

bestehende, soeben umschriebene dringende Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr vor, hat dies wegen Unwirksamkeit des Vertretungsakts infolge Fehlens der Vollmacht (des Vertreters der geschädigten Kapitalgesellschaft) die Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge vergleiche Karollus, GesRZ 2011, 112 [113; Anmerkung zu 7 Ob 35/10p]).

3.1.5. Ein Wissen der Vertreter der beklagten Bank vom Vollmachtsmissbrauch des Geschäftsführers (und somit Kollusion) steht nicht fest. Es ist aber nach den eben dargestellten Grundsätzen die von den Vorinstanzen unterlassene Prüfung vorzunehmen, ob im vorliegenden Fall bei der beklagten Bank eine derart verdichtete Verdachtslage auf das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr bestand, die zur Unwirksamkeit des Pfandbestellungsvertrags führt.

Der vorliegende Fall hat Ähnlichkeiten mit dem der Entscheidung 7 Ob 35/10p = GesRZ 2011, 110 (Karollus) zugrunde liegenden Sachverhalt. Dieser lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass der mehrere (Konzern-)Gesellschaften beherrschende „Dominus der Geschäfte“ bei der klagenden Bank für einige „seiner“ Konzerngesellschaften Kredite erwirkte, für die sich die Beklagte, eine andere Konzerngesellschaft, ohne Gegenleistung verbürgte; der Bank war bekannt, dass alle beteiligten Gesellschaften unter dem Einfluss des „Dominus“ standen.

Der 7. Senat verneinte im Ergebnis, dass diese Bürgschaftsverpflichtung einem Fremdvergleich standhalte; ebenso sah er eine betriebliche Rechtfertigung, die das Geschäft wirksam gemacht hätte, als nicht gegeben an, weshalb ein Verstoß gegen § 82 GmbHG vorliege. Es handle sich um einen „hoch verdächtigen“ Fall, wodurch sich bei der kreditgebenden Bank der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr mit an Gewissheit grenzender Deutlichkeit aufdrängen habe müssen; die Bank hätte daher das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung hinterfragen und diesbezüglich Nachforschungen anstellen müssen. Die Unterlassung dieser Nachforschungen, die das Fehlen der betrieblichen Rechtfertigung und damit den Missbrauch der Vertretungsmacht des „Dominus“ der Bank zur Kenntnis gebracht hätte, gebe der beklagten Bürgin ein Leistungsverweigerungsrecht. Der 7. Senat verneinte im Ergebnis, dass diese Bürgschaftsverpflichtung einem Fremdvergleich standhalte; ebenso sah er eine betriebliche Rechtfertigung, die das Geschäft wirksam gemacht hätte, als nicht gegeben an, weshalb ein Verstoß gegen Paragraph 82, GmbHG vorliege. Es handle sich um einen „hoch verdächtigen“ Fall, wodurch sich bei der kreditgebenden Bank der Verdacht einer unzulässigen Einlagenrückgewähr mit an Gewissheit grenzender Deutlichkeit aufdrängen habe müssen; die Bank hätte daher das Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung hinterfragen und diesbezüglich Nachforschungen anstellen müssen. Die Unterlassung dieser Nachforschungen, die das Fehlen der betrieblichen Rechtfertigung und damit den Missbrauch der Vertretungsmacht des „Dominus“ der Bank zur Kenntnis gebracht hätte, gebe der beklagten Bürgin ein Leistungsverweigerungsrecht.

Karollus, GesRZ 2011, 112 (Anm zu 7 Ob 35/10p) hat diese Entscheidung jedenfalls im Ergebnis gebilligt. Er meint jedoch aaO 114 unter Berufung auf 10 Ob 16/06k, die Kenntnis des Geschäftspartners von der (in 7 Ob 35/10p gegebenen) Gesellschafterstellung des materiell Begünstigten sei für das Entstehen einer Erkundungspflicht und damit für die Annahme des Vollmachtsmissbrauchs essenziell. Wisse die Bank nicht einmal, dass der Kredit einem Gesellschafter gewährt werde, bestehe für die Bank nicht einmal ein Anfangsverdacht. Es wäre abwegig, auch bei derartigen Rechtsgeschäften, die nach dem sich der Bank bietenden Sachverhalt lediglich auf eine Zuwendung an einen außenstehenden Dritten (Nichtgesellschafter) hinausliefen, detektivische Nachforschungen der Bank darüber zu verlangen, ob sich dahinter nicht vielleicht doch auch eine mittelbare Zuwendung an den Gesellschafter verberge. Karollus, GesRZ 2011, 112 Anmerkung zu 7 Ob 35/10p) hat diese Entscheidung jedenfalls im Ergebnis gebilligt. Er meint jedoch aaO 114 unter Berufung auf 10 Ob 16/06k, die Kenntnis des Geschäftspartners von der (in 7 Ob 35/10p gegebenen) Gesellschafterstellung des materiell Begünstigten sei für das Entstehen einer Erkundungspflicht und damit für die Annahme des Vollmachtsmissbrauchs essenziell. Wisse die Bank nicht einmal, dass der Kredit einem Gesellschafter gewährt werde, bestehe für die Bank nicht einmal ein Anfangsverdacht. Es wäre abwegig, auch bei derartigen Rechtsgeschäften, die nach dem sich der Bank bietenden Sachverhalt lediglich auf eine Zuwendung an einen außenstehenden Dritten (Nichtgesellschafter) hinausliefen, detektivische Nachforschungen der Bank darüber zu verlangen, ob sich dahinter nicht vielleicht doch auch eine mittelbare Zuwendung an den Gesellschafter verberge.

Im vorliegenden Fall wusste die beklagte Bank zwar nichts davon, dass der Kreditnehmer nur Strohmännchen war und der Geschäftsführer von Anfang an die Kreditvaluta für sich zu verwenden beabsichtigte. Nach dem Kenntnisstand der Bank war der Geschäftsführer weder mittelbar noch unmittelbar Gesellschafter des Kreditnehmers oder der durch den Kredit mittelbar begünstigten So***** GmbH.

Dennoch ist der vorliegende Fall mit der von Karollus bedachten Konstellation (Kredit an Nichtgesellschafter) nicht vergleichbar, weil mehrere besondere Umstände hinzutreten, die nach Auffassung des erkennenden Senats auch die gegenständliche Pfandbestellung „hoch verdächtig“ im Hinblick auf eine verbotene Einlagenrückgewähr machten: Der Beklagten war bekannt, dass die Verkäuferin „im Einflussbereich“ des Geschäftsführers war. Die Beklagte akzeptierte ein Liegenschaftspfand einer im Einflussbereich des Geschäftsführers befindlichen Gesellschaft für einen Kredit, den ein anderer „für den Aufbau und die Entwicklung“ einer Gesellschaft, an der zwar eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung des Geschäftsführers nicht feststeht, bekam. Dass eine Gesellschaft, die mit dem Kreditnehmer in keinem ersichtlichen Zusammenhang steht, für diesen eine Sicherheit bestellt, wäre schon ungewöhnlich und auffällig. Im vorliegenden Fall kommt aber noch dazu, dass der Beklagten aus dem präsentierten Unternehmenskonzept bekannt war, dass eine „S*****-Firma“, möglicherweise die S***** GmbH, und der Kreditnehmer nach einer Kapitalaufstockung Mehrheitsgesellschafter dieser GmbH werden sollten. Da nach den Feststellungen die Beklagte im Rahmen der seit 2004/2005 bestehenden ständigen Geschäftsbeziehung mit dem Geschäftsführer bei der Bonitätsprüfung ua auch die „Firmendaten“ der S***** GmbH überprüfte, war ihr bekannt, dass auch diese Gesellschaft im Einflussbereich des Geschäftsführers war und er somit an dieser unmittelbar oder mittelbar oder beides beteiligt war. Dass es sich bei Unternehmen der „S*****-Gruppe“ um solche des Geschäftsführers handelte und die Beklagte dies wusste, hat diese übrigens in der Klagebeantwortung implizit zugestanden. Dennoch ist der vorliegende Fall mit der von Karollus bedachten Konstellation (Kredit an Nichtgesellschafter) nicht vergleichbar, weil mehrere besondere Umstände hinzutreten, die nach Auffassung des erkennenden Senats auch die gegenständliche Pfandbestellung „hoch verdächtig“ im Hinblick auf eine verbotene Einlagenrückgewähr machten: Der Beklagten war bekannt, dass die Verkäuferin „im Einflussbereich“ des Geschäftsführers war. Die Beklagte akzeptierte ein Liegenschaftspfand einer im Einflussbereich des Geschäftsführers befindlichen Gesellschaft für einen Kredit, den ein anderer „für den Aufbau und die Entwicklung“ einer Gesellschaft, an der zwar eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung des Geschäftsführers nicht feststeht, bekam. Dass eine Gesellschaft, die mit dem Kreditnehmer in keinem ersichtlichen Zusammenhang steht, für diesen eine Sicherheit bestellt, wäre schon ungewöhnlich und auffällig. Im vorliegenden Fall kommt aber noch dazu, dass der Beklagten aus dem präsentierten Unternehmenskonzept bekannt war, dass eine „S*****-Firma“, möglicherweise die S***** GmbH, und der Kreditnehmer nach einer Kapitalaufstockung Mehrheitsgesellschafter dieser GmbH werden sollten. Da nach den Feststellungen die Beklagte im Rahmen der seit 2004 aus 2005, bestehenden ständigen Geschäftsbeziehung mit dem Geschäftsführer bei der Bonitätsprüfung ua auch die „Firmendaten“ der S***** GmbH überprüfte, war ihr bekannt, dass auch diese Gesellschaft im Einflussbereich des Geschäftsführers war und er somit an dieser unmittelbar oder mittelbar oder beides beteiligt war. Dass es sich bei Unternehmen der „S*****-Gruppe“ um solche des Geschäftsführers handelte und die Beklagte dies wusste, hat diese übrigens in der Klagebeantwortung implizit zugestanden.

Nach seit 2000 bestehender oberstgerichtlicher Rechtsprechung und der Lehre sind auch auf Veranlassung eines Gesellschafters vorgenommene Zuwendungen der Gesellschaft an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten, so zB an eine Gesellschaft, an der der Gesellschafter selbst beteiligt ist, iSd § 82 GmbHG verboten (6 Ob 288/99t = RIS-Justiz RS0105518 [T1]; 3 Ob 287/02f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG3 § 82 Rz 18; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 87; zum Aktienrecht vgl Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG4 § 52 Rz 31; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 52 Rz 44). Nach seit 2000 bestehender oberstgerichtlicher Rechtsprechung und der Lehre sind auch auf Veranlassung eines Gesellschafters vorgenommene Zuwendungen der Gesellschaft an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten, so zB an eine Gesellschaft, an der der Gesellschafter selbst beteiligt ist, iSd Paragraph 82, GmbHG verboten (6 Ob 288/99t = RIS-Justiz RS0105518 [T1]; 3 Ob 287/02f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG3 Paragraph 82, Rz 18; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG Paragraph 82, Rz 87; zum Aktienrecht vergleiche Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG4 Paragraph 52, Rz 31; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG Paragraph 52, Rz 44).

Die gegenständliche Pfandbestellung erfüllt - auch aus dem dargestellten Kenntnisstand der beklagten Bank - diese Voraussetzungen, weil der Kreditnehmer auch aus Sicht der Bank dem Geschäftsführer schon deshalb nahe stand, weil sich der Geschäftsführer, vermittelt durch eine „S*****-Firma“, ja in Zukunft an der zT dem Kreditnehmer gehörigen So***** GmbH beteiligen wollte. Ob für die Unzulässigkeit derartiger Zuwendungen das eigene Interesse des Gesellschafters an der Zuwendung erforderlich ist (so Koppensteiner/Rüffler aaO) oder nicht (so Bauer/Zehetner aaO), kann dahingestellt bleiben, weil hier dieses Interesse des Geschäftsführers im Hinblick auf die angestrebte künftige Beteiligung einer „S*****-Firma“ an der So***** GmbH ohnehin gegeben ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nach hA vom Verbot der Einlagenrückgewähr auch ehemalige 6 Ob 132/10w) und künftige Gesellschafter erfasst sind (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG3 § 82 Rz 18; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 78; zum Aktienrecht vgl Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG4 § 52 Rz 30; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 52 Rz 37). Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nach hA vom Verbot der Einlagenrückgewähr auch ehemalige (6 Ob 132/10w) und künftige Gesellschafter erfasst sind (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG3 Paragraph 82, Rz 18; Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG Paragraph 82, Rz 78; zum Aktienrecht vergleiche Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG4 Paragraph 52, Rz 30; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG Paragraph 52, Rz 37).

Die Beklagte führt die Entscheidung 9 Ob 127/04y für ihre Ansicht, der Beklagten hätte sich der Verdacht auf das Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr nicht schon so weit aufgedrängt, dass der Verdacht nahezu einer Gewissheit gleichkomme, ins Treffen. Dem ist zu entgegnen, dass der Oberste Gerichtshof in dieser Entscheidung den Sachverhalt ausdrücklich nicht unter dem Gesichtspunkt einer verbotenen Einlagenrückgewähr geprüft hat und dass diese Entscheidung im hier interessierenden Aspekt in der Lehre abgelehnt oder zumindest bezweifelt wurde (Schopper, *ecolex* 2006, 215 [218]; Wenger, *RWZ* 2005, 291 [292]).

Der erkennende Senat kommt daher zum Ergebnis, dass auch nach der im Zeitpunkt des Abschlusses des Pfandbestellungsvertrags (vgl. RIS-Justiz RS0105537 [T5]) zum Verbot der Einlagenrückgewähr bekannten Rechtsprechung der der beklagten Bank erkennbare Verdacht auf eine verbotene Einlagenrückgewähr sich in einer der Gewissheit nahekommenden Weise aufdrängen musste und die Beklagte daher zu den unterlassenen Erkundigungen (Befragung des Geschäftsführers, warum die Verkäuferin ein Pfand für eine fremde Schuld bestellte, ob sie etwa dafür ein Entgelt bekam oder sonst aus dem Geschäft irgendeinen Vorteil zog) verpflichtet gewesen wäre. Nach der dargestellten Rechtslage ist der Pfandbestellungsvertrag daher absolut nichtig. Der erkennende Senat kommt daher zum Ergebnis, dass auch nach der im Zeitpunkt des Abschlusses des Pfandbestellungsvertrags vergleiche RIS-Justiz RS0105537 [T5]) zum Verbot der Einlagenrückgewähr bekannten Rechtsprechung der der beklagten Bank erkennbare Verdacht auf eine verbotene Einlagenrückgewähr sich in einer der Gewissheit nahekommenden Weise aufdrängen musste und die Beklagte daher zu den unterlassenen Erkundigungen (Befragung des Geschäftsführers, warum die Verkäuferin ein Pfand für eine fremde Schuld bestellte, ob sie etwa dafür ein Entgelt bekam oder sonst aus dem Geschäft irgendeinen Vorteil zog) verpflichtet gewesen wäre. Nach der dargestellten Rechtslage ist der Pfandbestellungsvertrag daher absolut nichtig.

Die in der Revisionsbeantwortung dagegen vorgetragenen Argumente überzeugen nicht: Die Entscheidung 6 Ob 200/06i ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar, weil die dort verfahrensgegenständliche Bürgschaft des Gesellschafters im Gegensatz zur hier vorliegenden Pfandrechtsbestellung dem Verbot der Einlagenrückgewähr gerade nicht widersprach. Die Entscheidung 7 Ob 248/08h ist nicht einschlägig, weil sie nicht eine verbotene Einlagenrückgewähr, sondern Ansprüche nach § 84 AktG betrifft. Angesichts der von der Rechtsprechung bejahten absoluten Nichtigkeit scheitern auch die Versuche der Beklagten, hier eine relative Nichtigkeit zu argumentieren, auf die sich die Klägerin (als nicht vom Schutzzweck des Verbots erfasst) nicht berufen könne. Im Übrigen ist die Klägerin als Gläubigerin der durch die Pfandbestellung entreicherten Verkäuferin durchaus im Schutzbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr. Die in der Revisionsbeantwortung dagegen vorgetragenen Argumente überzeugen nicht: Die Entscheidung 6 Ob 200/06i ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar, weil die dort verfahrensgegenständliche Bürgschaft des Gesellschafters im Gegensatz zur hier vorliegenden Pfandrechtsbestellung dem Verbot der Einlagenrückgewähr gerade nicht widersprach. Die Entscheidung 7 Ob 248/08h ist nicht einschlägig, weil sie nicht eine verbotene Einlagenrückgewähr, sondern Ansprüche nach Paragraph 84, AktG betrifft. Angesichts der von der Rechtsprechung bejahten absoluten Nichtigkeit scheitern auch die Versuche der Beklagten, hier eine relative Nichtigkeit zu argumentieren, auf die sich die Klägerin (als nicht vom Schutzzweck des Verbots erfasst) nicht berufen könne. Im Übrigen ist die Klägerin als Gläubigerin der durch die Pfandbestellung entreicherten Verkäuferin durchaus im Schutzbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr.

3.2.1. Mag auch der Klägerin entsprechend den berufsgerichtlichen Ausführungen die Klagslegitimation für eine grundbuchsrechtliche Löschungsklage oder für den Rückgewähranspruch gemäß § 83 GmbHG fehlen, so hat sich die Revisionswerberin, wie dargestellt, aber auch auf die ihr zustehende Eigentumsfreiheitsklage gestützt. 3.2.1. Mag auch der Klägerin entsprechend den berufsgerichtlichen Ausführungen die Klagslegitimation für eine grundbuchsrechtliche Löschungsklage oder für den Rückgewähranspruch gemäß Paragraph 83, GmbHG fehlen, so hat sich die Revisionswerberin, wie dargestellt, aber auch auf die ihr zustehende Eigentumsfreiheitsklage gestützt.

Hiezu wurde erwogen:

Nach ständiger Rechtsprechung gibt § 523 ABGB das Klagerecht nicht nur gegen die Anmaßung einer Servitut, sondern auch gegen jeden unberechtigten Eingriff in das Eigentumsrecht (RIS-Justiz RS0012040). In diesem Sinn wird aus der Eigentumsfreiheitsklage in der Rechtsprechung dem Eigentümer auch der Anspruch auf Löschung unwirksamer oder unwirksam gewordener Eigentumsbeschränkungen wie beispielsweise Dienstbarkeiten anerkannt (vgl. 2 Ob 595/91 = RIS-Justiz RS0012161 unter Berufung auf 6 Ob 609/87 = SZ 60/122). Nach ständiger Rechtsprechung gibt Paragraph 523, ABGB das Klagerecht nicht nur gegen die Anmaßung einer Servitut, sondern auch gegen jeden unberechtigten Eingriff in das Eigentumsrecht (RIS-Justiz RS0012040). In diesem Sinn wird aus der Eigentumsfreiheitsklage in der Rechtsprechung dem Eigentümer auch der Anspruch auf Löschung unwirksamer oder unwirksam gewordener Eigentumsbeschränkungen wie beispielsweise Dienstbarkeiten anerkannt vergleiche 2 Ob 595/91 = RIS-Justiz RS0012161 unter Berufung auf 6 Ob 609/87 = SZ 60/122).

Auch der Eintrag eines (absolut) nichtigen Pfandrechts ist ein unberechtigter Eingriff ins Eigentumsrecht. Nach Ansicht des erkennenden Senats ist der Eigentümer daher unabhängig von der Reihenfolge der Grundbucheintragen des Eigentumsrechts und des Pfandrechts aus der Eigentumsfreiheitsklage in Analogie zu § 523 ABGB berechtigt, die Löschung eines absolut nichtigen Pfandrechts zu erwirken. Das Klagebegehren besteht daher an sich zu Recht. Auch der Eintrag eines (absolut) nichtigen Pfandrechts ist ein unberechtigter Eingriff ins Eigentumsrecht. Nach Ansicht des erkennenden Senats ist der Eigentümer daher unabhängig von der Reihenfolge der Grundbucheintragen des Eigentumsrechts und des Pfandrechts aus der Eigentumsfreiheitsklage in Analogie zu Paragraph 523, ABGB berechtigt, die Löschung eines absolut nichtigen Pfandrechts zu erwirken. Das Klagebegehren besteht daher an sich zu Recht.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch durch die schon von der Revisionswerberin angestellte Überlegung bestätigt, dass sich die Klägerin gegenüber der Beklagten bei deren Versuch, das Pfandrecht zu verwerten, auf dessen absolute Nichtigkeit berufen und so diese Verwertung vereiteln könnte. Es wäre bei dieser Sachlage nicht sachgerecht, der Klägerin die Möglichkeit zu verweigern, diese nichtige und somit wertlose Hypothek aus dem Grundbuchsstand zu entfernen.

3.2.2. Entsprechend der zum Grundbuchsrecht ergangenen Judikatur wäre das Klagebegehren aber nicht auf Einwilligung in die Löschung, sondern auf Unwirksamklärung und Löschung zu richten gewesen (RIS-Justiz RS0037465). Diese insoweit verfehlt Fassung des Klagebegehrens konnte aber mit der im Spruch ausgedrückten Maßgabewiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils saniert werden (vgl. SZ 41/151). 3.2.2. Entsprechend der zum Grundbuchsrecht ergangenen Judikatur wäre das Klagebegehren aber nicht auf Einwilligung in die Löschung, sondern auf Unwirksamklärung und Löschung zu richten gewesen (RIS-Justiz RS0037465). Diese insoweit verfehlt Fassung des Klagebegehrens konnte aber mit der im Spruch ausgedrückten Maßgabewiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils saniert werden vergleiche SZ 41/151).

4. Die Kostenentscheidung für das Rechtsmittelverfahren gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Der (in der Berufungsbeantwortung verzeichnete) Streitgenossenzuschlag steht der Klägerin nicht zu, weil der Klagevertreter weder mehrere Personen vertreten hat noch mehreren Personen gegenübergestanden ist. 4. Die Kostenentscheidung für das Rechtsmittelverfahren gründet sich auf Paragraphen 41, 50, ZPO. Der (in der Berufungsbeantwortung verzeichnete) Streitgenossenzuschlag steht der Klägerin nicht zu, weil der Klagevertreter weder mehrere Personen vertreten hat noch mehreren Personen gegenübergestanden ist.

Schlagworte

Grundbuchsrecht, Gruppe: Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht

Textnummer

E98860

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2011:0060OB00029.11Z.0914.000

Im RIS seit

15.11.2011

Zuletzt aktualisiert am

30.05.2014

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at