

## **BGE 99 II 34**

Bundesgericht (BGE), 1973-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_99 II 34](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_99_II_34)

FR: ATF 99 II 34

IT: DTF 99 II 34

### **Regeste**

Regeste Untergang des Faustpfandrechtes (Art. 888 ZGB). Der Besitz an der Pfandsache bildet Bedingung für die Begründung und die Aufrechterhaltung des Pfandrechtes. Die Rückgabe der Sache an den Verpfänder führt in der Regel zum Untergang des Pfandrechtes. Art. 888 Abs. 2 ZGB enthält eine Ausnahmeregelung und ist deshalb eng auszulegen.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Nach Art. 884 ZGB kann Fahrnis nur dadurch verpfändet werden, dass dem Pfandgläubiger der Besitz an der Pfandsache übertragen wird. Solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält, ist das Pfandrecht nicht begründet. Das Faustpfandrecht geht unter, sobald der Gläubiger die Pfandsache nicht mehr besitzt und sie auch vom dritten Besitzer nicht zurückverlangen kann ( Art. 888 Abs. 1 ZGB ). Die bedingungslose Rückgabe der Pfandsache an den Verpfänder muss demnach den Untergang des Pfandrechtes nach sich ziehen. Demgegenüber bestimmt jedoch Art. 888 Abs. 2 ZGB , das Pfandrecht habe keine Wirkung, solange sich das Pfand mit Willen des Gläubigers in der ausschliesslichen Gewalt des Verpfänders befinde. Über die rechtliche Bedeutung des Art. 888 Abs. 2 ZGB bestehen verschiedene Auffassungen. Nach LEEMANN (N. 12 zu Art. 888 ZGB ) bestimmt sich das Schicksal des Pfandrechtes allein nach dem Zweck der Rückgabe. Ist darin ein Verzicht auf das Pfandrecht zu erblicken, so geht es unter. Selbst eine Abmachung unter den Parteien, wonach das Pfandrecht weiterbestehen soll, vermag daran nichts zu ändern (N. 14 zu Art. 888 ZGB ). HAFFTER (Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte, Diss. Bern, 1928, insbes. S. 42) BGE 99 II 34 S. 37 scheint immer Unwirksamkeit des Pfandrechtes anzunehmen, wenn sich die Pfandsache mit dem Willen des Pfandgläubigers beim Verpfänder befindet; einen Untergangsgrund sieht er darin nicht. OFTINGER hingegen (N. 207-209 zu Art. 884 und N. 22 und 23 zu Art. 888 ZGB ) vertritt die Ansicht, nur eine vorübergehende Überlassung des Pfandes an den Verpfänder falle unter Art. 888 Abs. 2 ZGB ; normalerweise führe die Rückgabe der Pfandsache an den Verpfänder zum Untergang des Pfandrechtes. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung scheint seit langem von dieser Auffassung geprägt zu sein (vgl. BGE 72 II 354 /355, BGE 80 II 238 , BGE 89 II 319 ). Die gesetzliche Regelung des Faustpfandrechtes will einerseits verhindern, dass der Schuldner sich mit Sachen umgibt, die ihm wirtschaftlich nicht mehr gehören, und so den Anschein einer kreditwürdigen Person erweckt (vgl. BGE 43 II 22 ); andererseits will sie verunmöglichen, dass der Schuldner weiterhin über das Pfand verfügen und das Pfandrecht des Gläubigers illusorisch machen kann (vgl. OFTINGER, N. 197-199 zu Art. 884 ZGB und HAFFTER, a.a.O., S. 37). Deshalb bildet der Besitz an der Pfandsache Bedingung für die Begründung und die Aufrechterhaltung des Pfandrechtes (vgl. Art. 888 Abs. 1 ZGB , OFTINGER, N. 21

und 22 zu Art. 888 ZGB und TUOR/JÄGGI/SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. Aufl. Zürich 1968, S. 646). Die Rückgabe der Sache an den Verpfänder muss daher in der Regel zum Untergang des Pfandrechtes führen. Nur eine Übergabe mit der bedingungslosen Verpflichtung, die Sache innert kurzer Frist wieder zurückzugeben, kann die in Art. 888 Abs. 2 ZGB vorgesehene Wirkungslosigkeit des Pfandrechtes nach sich ziehen. So dürfte ein Pfandrecht nicht erlöschen, wenn dem Verpfänder während kurzer Zeit die ausschliessliche Gewalt über die Pfandsache eingeräumt wird, um die zu ihrer Erhaltung oder Aufbewahrung notwendigen Arbeiten vorzunehmen (vgl. BGE 80 II 238 ) oder um Teile der Pfandsache beim sog. Raumbewahrsam wegzunehmen oder auszutauschen. Wird dem Verpfänder hingegen das Recht eingeräumt, über die Pfandsache zu verfügen, so verzichtet der Pfandgläubiger auf seinen Besitz am Pfand; das Pfandrecht geht unter (vgl. BGE 89 II 319 ).

## **E. 2**

Der Beklagte übergab den Schuldbrief dem Verpfänder Weiss am 18. Dezember 1968 "zum Zwecke des Ankaufes von Fernsehapparaten und Radios...". Weiss verpflichtete sich, BGE 99 II 34 S. 38 bis Mitte Januar 1969 entweder die Darlehensforderung des Beklagten aus dem Erlös der Geräte zu befriedigen oder den Schuldbrief, falls sich die Geschäfte nicht realisieren lassen sollten, zurückzugeben. Nachdem der Beklagte den Verpfänder mehrmals erfolglos gemahnt hatte, erhielt er den Schuldbrief am 24. Juni 1969 zurück. Da der Pfandgläubiger dem Verpfänder bei der Übergabe des Schuldbriefes ausdrücklich das Recht einräumte, diesen zu veräussern, ist in der Übergabe ein Verzicht auf das Pfandrecht zu erblicken. Überdies müsste auch in der Dauer der Überlassung ein Untergangsgrund für das Pfandrecht gesehen werden. Dass der Verpfänder verpflichtet wurde, das Pfand wieder zurückzugeben, falls sich die Geschäfte nicht realisieren lassen sollten, war ohne Einfluss auf die Verfügungsbefugnis des Verpfänders und konnte somit den Untergang des Pfandrechtes nicht verhindern. Aus demselben Grunde hätte auch eine bloss fiduziarische Übertragung des Schuldbriefes, wie sie vom Beklagten in der Berufungsantwort geltend gemacht wird, das Erlöschen des Pfandrechtes nicht verhüten können. Die Vorinstanz, die zur Abgrenzung von Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 888 ZGB auf den Willen des Pfandgläubigers abstellte, trug dem Umstand zu wenig Rechnung, dass die Begründung und die Fortdauer des Pfandrechtes in erster Linie vom Besitz der Pfandsache und nicht vom Willen des Pfandgläubigers abhängig ist. Ihre Auffassung beruht auf einer zu extensiven Auslegung des Art. 888 Abs. 2 ZGB . Diese Bestimmung, die eine Ausnahmeregelung enthält, ist eng auszulegen.

## **E. 3**

Da das am 29. Oktober 1968 errichtete Pfandrecht durch die Übergabe des Schuldbriefes an Weiss am 18. Dezember 1968 untergegangen ist, kann der angefochtene Entscheid nicht bestätigt werden. Die Vorinstanz wird bei der neuen Entscheidung überprüfen müssen, ob das Pfandrecht durch die Rückgabe des Schuldbriefes am 24. Juni 1969 neu begründet worden ist. Dies setzt voraus, dass entweder Weiss über den Schuldbrief verfügen durfte oder dass die Vermutung, der Beklagte sei in diesem Zeitpunkt gutgläubig gewesen, vom Kläger nicht zerstört werden kann. Dispositiv