

Vorbemerkungen

Das ABGB kennt den Begriff der Hypothek (von griechisch: „Unterpfand“) nicht **1** als ein neben dem gesamten Pfandrechte stehendes spezifisches Gebilde, sondern nur als Unterart desselben. Im österreichischen Recht gibt es nur einen einheitlichen Pfandbegriff (zB SZ 23/200 = JBI 1951 240; SZ 27/155 = JBI 1955, 67) und der ist in § 447 ABGB dahin definiert, dass das Pfandrechte das dingliche (also absolut) wirkende Vorzugsrechte ist, welches den Gläubiger berechtigt, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung aus der Pfandsache zu erlangen (**Hofmann** in *Rummel*³ § 447 Rz 1; SZ 67/195). Nach dem Gegenstand des Pfandrechts unterscheidet § 448 ABGB zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen und ist die „*Pfandsache unbeweglich, heißt sie eine Hypothek oder ein Grundpfand*“. Will man dem Begriff der Hypothek einen praktischen Inhalt geben, darf man ihm nicht nur durch das äußere Merkmal des Unbeweglichkeit des Pfandobjekts bestimmen, sondern muss das in den Vordergrund stellen, worauf die spezifischen Rechtsregeln beruhen, durch welche das Hypothekerrechte in Unterscheidung von jedem anderen Pfandrechte beherrscht wird, nämlich seine wesentliche Beziehung zum Grundbuche. So gewinnt man den Gegensatz, von dessen Schärfe der Organismus des österreichischen Pfandrechts bis in seine letzten Glieder durchzogen erscheint: Auf der einen Seite steht das außerbücherliche Pfandrechte, über dessen Voraussetzungen, Erwerb, Verlust und Inhalt in Österreich im Wesentlichen die Rechtstheorie der römischen Quellen Geltung hat, auf der anderen Seite das bücherliche Pfandrechte, welches nur an Liegenschaften, die in das Grundbuche eingetragen sind, an diesen aber nach besonderen Rechtsregeln erworben, übertragen und getilgt wird, dessen Existenz, Inhalt und Umfang infolge des überall eingreifenden Vertrauensprinzips dem Machtbereich des gemeinen Rechts entrückt und unter dem Schutz eines von kleinen Anfängen gewachsenen Sonderrechts steht. Bei einer Darstellung dieses Sonderrechts muss man von dem eben dargelegten Grundsatz ausgehen und den Begriff der Hypothek als das dingliche Rechte, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer im Grundbuche enthaltenen Liegenschaft, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, Befriedigung zu erlangen, verstehen. *Für die herrschende Ansicht ist die Hypothek einerseits das dingliche Rechte (Pfandrechte an einer im Grundbuche eingetragenen Liegenschaft) und andererseits die durch ein solches Pfandrechte gesicherte und einverleibte (gültige) Schuldforderung.* Die Hypothek sichert also eine persönliche Forderung gegen den Eigentümer oder einen Dritten. Dabei ist die Forderung das Hauptrechte und die Hypothek das Nebenrechte, obwohl es wirtschaftlich gerade umgekehrt ist. Der Hypothek ist bei deren Bestellung eine nach Gläubiger, Schuldner, Leistungsgegenstand und Schuldgrund individualisierbare (bestimmte) Geldforderung durch Einigung und Bucheintrag. Nebenleistungen sind außer dem Kapital zu zahlende Beträge, die nach dem Willen der Beteiligten von der Hauptforderung abhängig sind und der Anspruch auf diese Nebenleistungen können nur während des aufrechten Bestands

der Hauptforderung entstehen. Der Pfandgläubiger ist der namentlich bestimmte Pfandberechtigte und Forderungsinhaber (Hypothekar) und ihm stehen als verpflichtete Personen der Personalschuldner und der Pfandbesteller als Pfand(Real)Schuldner gegenüber (*Hofmann* aaO Rz 3). Bestellt der Personalschuldner selbst das Pfand, ist er persönlicher Schuldner und Pfandbesteller in einer Person. Tritt ein Dritter als Pfandbesteller für die fremde Schuld auf, liegt eine Interzession vor (ÖBA 1995, 541). Das Liegenschaftspfand (Hypothek) ist ein besitzloses Pfand, sodass der Eigentümer die Sache weiterhin benützen kann.

Die Bezeichnung „unbewegliche Sache“ bezieht sich nach herrschender Ansicht nicht nur auf verbücherte Liegenschaften, sondern auch auf verbücherte Rechte. Das Pfandrecht an bücherlich nicht eingetragenen Liegenschaften und an Superädifikaten wird durch gerichtliche Hinterlegung einer beglaubigten Pfandbestellungsurkunde erworben (§ 451 Abs 2 ABGB, §§ 1 ff UHG). *Klang* (in *Klang*, II² § 448 Seite 399) benennt das Pfandrecht an unbeweglichen (in den öffentlichen Büchern eingetragene) Sachen Hypothekarrecht oder Hypothek im subjektiven Sinn und die Gesamtheit der es regelnden Rechtssätze das Hypothekarenrecht im objektiven Sinn.

Es gibt zwei Arten von Hypotheken: die Darlehenshypothek (auch Verkehrshypothek, Festbetragshypothek, Einmal- oder Abstattungshypothek genannt) und die Höchstbetragshypothek (auch Kautionshypothek). Die Verkehrshypothek dient der Sicherung von Darlehen und anderer Kreditformen, bei denen eine Wiederausnutzung des Pfandrangs ohne neuerlichen Bucheintrag nicht möglich ist (§ 469 letzter Satz ABGB). Eine Verkehrshypothek kann nur für eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme eingetragen werden (§ 14 Abs 1 GBG). § 14 Abs 2 GBG definiert die Höchstbetragshypothek dahin, dass sie nur für eine bestimmte Geldsumme eingetragen werden kann und dass bis zum Höchstbetrag zunächst noch unbestimmte Forderungen gesichert werden. Gem § 157h Abs 3 IO kann im Sanierungsplan vorgesehen werden, dass zur Sicherung der Erfüllung eine Hypothek auf einer Liegenschaft des Schuldners oder eines Dritten (auch als Simultanhypothek) einverleibt werden soll. Auf Antrag des Treuhänders ist die Hypothek in der Weise einzutragen, dass die Gläubiger ohne nähere Angaben als Berechtigte bezeichnet werden und es ist die alleinige Berechtigung des jeweiligen Treuhänders, über die Hypothek mit Wirkung für und gegen die Gläubiger zu verfügen, im Grundbuch anzumerken. Eine solche Hypothek wird als gläubigeranonyme Kollektivhypothek, im Regelfall als Höchstbetragshypothek angesehen und sichert alle Insolvenzforderungen, unabhängig davon, ob die Gläubiger die Forderungen angemeldet haben. Der Sanierungsplan ist der Titel zur Eintragung der Hypothek (*Feil*, Insolvenzzordnung⁷ § 157h Rz 8). Die Treuhänderhypothek nach § 11 Abs 2 BTVG (Rz 35) und § 10 TNG (Rz 36) dient zur Sicherung allfälliger Rückforderungsansprüche des Erwerbers durch ein Pfandrecht zu Gunsten des Treuhänders und kann auf einen Höchstbetrag lauten (§ 11 Abs 3 BTVG). Nach dem TNG ist zur Sicherung des Teilzeitnutzungsberechtigten wahlweise die Reallast

des Betreibers der Teilzeitnutzungsanlage oder ein Pfandrecht nach § 14 GBG vorgesehen (dazu **Kodek** in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 13 GBG Rz 7).

Die Europäische Kommission arbeitet an einer Regelung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene (**Kodek** aaO Rz 1).

Bei dem in der Praxis vorhandenen **Konsortialkredit** (dazu **Riedler**, Sicherheitenbestellung beim Konsortialkredit) tritt oft nur ein Gläubiger als Pfandgläubiger auf. Die Absicherung der übrigen Konsorten erfolgt über interne Erlösverteilungsklauseln, allenfalls auch über die Bestellung eines Afterpfandrechts.

Für das **Pfandrecht an Rechten** gilt gem § 1 Abs 1 IPRG das Statut der stärksten Beziehung und das führt beim Pfandrecht regelmäßig zur Anwendung österreichischen Sachrechts. Die internationale Zuständigkeit richtet sich nach der EuGVO.

Weiterführende Literatur: **Exner**, Das österreichische Hypothekenrecht (1876 und 1881); **Frotz**, Kreditsicherungsrecht (1970); **Holzner**, Fragen der Pfandrechtsakzessorietät im Hypothekenrecht, JBl 2010, 750; **Hoyer**, Sind Sicherungseigentum und Pfandrecht gleich zu behandeln?; **Jaksch**, Handbuch des Hypothekenwesens (1960); **Kletecka**, Hypothekenrecht in *Rechberger/Kletecka*, Bodenrecht in Österreich 265; **Koziol/Welser**, Bürgerliches Recht I¹³; **Kundi**, Zession hypothekarisch gesicherter Forderungen (2003); **Pleyer**, Anforderungen an ein modernes Grundpfandrecht, NZ 1993, 273; **Rechberger/Kletecka**; Bodenrecht in Österreich (2004); **Wegan**, Die Hypothek als akzessorisches Recht, FS *Steinwentner* 152.

Pfandrechtstitel

Das ABGB stellt übereinstimmend mit der älteren gemeinrechtlichen Lehre für jeden Rechtserwerb die Kategorien *des titulus und modus aquirendi* auf. Für den Pfandrechtserwerb insbesondere bestimmt § 451 ABGB, dass nur der „mit einem Titel versehene Gläubiger“ in der Lage sei, das Pfandrecht wirklich zu erwerben (EvBl 1961/55; SZ 53/42). Titel für den Pfandrechtserwerb finden sich in § 449 ABGB. Als Titel kommen dabei Vertrag oder letztwillige Verfügung, richterliche Anordnung und das Gesetz selbst in Frage. Unrichtig und irreführend ist es, wenn aus der Verschiedenheit der Pfandrechtstitel eine Einteilung der Pfandrechte hergeleitet wird, so dass von vertragsmäßigen, richterlichen und gesetzlichen Pfandrechten die Rede ist, da das die irrije Vorstellung erweckt, als ob es für die rechtliche Individualität und Wirkung eines bestehenden konkreten Pfandrechts von Einfluss wäre, ob dieses Pfandrecht auf Grund eines Titel dieser oder jener Kategorie entstanden ist. Das Hypothekarrecht ist aber immer nur eines: es folgt nach Umfang, Inhalt und Intensität denselben Rechtsgrundsätzen, was auch immer der Titel seiner Entstehung gewesen sein mag. Die Bestellung eines Hypothekarrechts geschieht zwar immer um einer zu sichernden Forderung willen. Das ist aber nur die Voraussetzung, nicht schon die Quelle des Pfandrechts. Daher genügt es re-

gelmäßig nicht, Schuldner zu sein, um auch die Verpflichtung zur Einräumung eines Pfandrechts zu haben. Vielmehr muss einer solche Verpflichtung neben der Hauptobligatio vorliegen, wenn der Gläubiger auf eine Hypothekenbestellung dringen will (Verpfändungs-, Pfandbestellungsvertrag, Pfandversprechen, letztwillige Verfügung). Auch ein Richterspruch kann dem Eigentümer eines pfändbaren Gegenstands zu dessen Verpfändung verpflichten, sei es, indem er einem, schon bestehenden allgemeinen Anspruch die erforderliche Spezialität gibt, oder dass nach den Grundsätzen des Prozessrechts ein solcher erst geschaffen wird (exekutives Pfandrecht). Es sind aber auch gewisse bevorzugte Obligationen von Rechts wegen ein Pfandrechtstitel, dh der Schuldner einer derartigen Obligation ist als solcher schon zur hypothekarischen Sicherstellung verpflichtet, da der Gläubiger mit der Forderung zugleich von Rechts wegen einen Pfandrechtstitel erwirbt. Das Gesetz selbst gewährt ihm diesen Titel. Genau genommen müsste man sagen, dass hier ausnahmsweise gar kein Titel erforderlich ist, dass also die betreffende Forderung insofern privilegiert ist, als der Gläubiger für sie auf Hypothekenbestellung dringen darf, ohne dass außer und neben ihr ein diesbezüglicher Verpflichtungsgrund für den Schuldner vorliegt (**Klang** in *Klang* II² 243).

Der **Pfandrechtstitel** kann wie jede andere auf Verschaffung dinglicher Rechte gerichtete Obligation hinsichtlich seines **Inhalts** mehr oder weniger genau bestimmt sein (dazu EvBl 1973/148 = SZ 45/124 = RZ 1973, 18). Es ist nicht notwendig, dass er das Objekt, an welchem das Pfandrecht zu bestellen ist, individuell bezeichnet und die Priorität, die dem Pfandrecht zugesichert wird, feststellt. Auch allgemein lautende, vertragsmäßig oder gesetzlich begründete Ansprüche auf Pfandversicherung für eine bestimmte Forderung sind Titel im rechtlichen Sinn. Die Realisierung solcher Ansprüche setzt naturgemäß eine Spezialisierung ihres Inhalts voraus. Kommt es zum Streitfall, in dem der Gläubiger auf Grund seines mehr oder weniger allgemein lautenden Titels die Einräumung einer Hypothek verlangt, welche der Gegner an diesem Objekt oder in dieser Priorität nicht schuldig zu sein glaubt, ist dieser Streit Gegenstand eines Prozesses, in welchem es aber nicht darum geht, einen neuen (richterlichen) Pfandrechtstitel zu schaffen, sondern den vorhandenen Titel zu präzisieren. Dabei wird der unbestimmte Anspruch im Zweifel zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen sein (§ 915 ABGB). Wer ohne Bestimmung eines Objekts schlechthin eine hypothekarische Sicherstellung überhaupt zu leisten schuldig ist, kann das Objekt nach seiner Wahl stellen, im Zweifel auch mehrere Objekte, so dass die Pfandschuld auf diesen geteilt wird. Der Pfandschuldner muss eine simultane Belastung mehrerer Objekte dann nicht zulassen, wenn in einer für ihn minder belasteten Art für die hypothekarische Deckung der Pfandschuld gesorgt werden kann. Nicht so günstig als hinsichtlich der Wahl der Pfandobjekte ist der in vorausgesetzter Weise durch einen allgemeinen Titel Verpflichtete bezüglich der Frage gestellt, welchen Grad der Sicherheit er der Pfandforderung verschaffen müsse. § 1374 ABGB ist in dieser Hinsicht eine Mussvorschrift, wonach niemand schuldig ist, eine Sache, die zur Sicherstellung dienen

soll, in einem höheren Maße als bei Häusern auf die Hälfte, bei Grundstücken aber auf zwei Drittel der Schätzung bestimmten Wert zum Pfand anzunehmen. § 1374 ABGB verpflichtet jedermann, der aus irgendwelchen Titeln zur Hypothekenbestellung verpflichtet ist, diese in dem Maß der so genannten „mündelsicheren Anlage“ zu leisten. Eine bessere Deckung kann der Gläubiger niemals verlangen, es sei denn auf Grund besonderer Verabredung, eine schlechtere muss er sich nicht gefallen lassen, außer in dem gleichen Fall, oder aber wenn sein Titel auf ein bestimmtes Objekt vertragsmäßig oder gesetzlich fixiert ist. Dann kann er nämlich nur auf dieses die Hypothek und noch dazu in derjenigen Güte verlangen, welche nach dem vorliegenden Grundbuchstand daran eingeräumt werden kann. § 1374 ABGB regelt also nur den Fall, dass ein Objekt nach einem nicht bestimmten Pfandtitel zur Realisierung verfügbar ist, nicht aber wird festgeschrieben, was zu geschehen hat, wenn sich nachträglich der Wert des Pfandgegenstands vermindern sollte.

Das Vorhandensein eines gültigen Titels ist so wenig als das einer gültigen Forderung ein konstitutives Element beim Hypothekenerwerb. Beide, Forderung und Titel, bilden nur dessen **materielle Voraussetzung**. Ohne sie soll ein Hypothekenrecht gar nicht entstehen, und ist es trotzdem entstanden, nicht länger fortbestehen. Das Pfandrecht besteht auf Grund des Bucheintrags (SZ 59/75) so lange zu Recht, bis es durch Löschung beseitigt ist (siehe § 469 ABGB; JBl 1993, 515 = EvBl 1993/88 = ecolex 1993, 160 = SZ 65/147; Rz 53). **Nichtigkeit und Fehlerhaftigkeit des Titels**, der Grundlage des Bucheintrags ist, berechtigen den Gegner, im Prozessweg die Löschung der Hypothek zu verlangen.

Gesetzliche Pfandrechte

Zahlreiche gesetzliche (öffentlich-rechtliche) Normen (Bundes- und Landesgesetze) gewähren einen Anspruch auf Einräumung eines Pfandrechts und damit auch einen Pfandrechtstitel (siehe auch **Dittrich**, ÖJZ 1952, 147 ff). Gesetzliche Pfandrechte entstehen ohne eigenen Begründungsakt und bedürfen keines Bucheintrags, sodass eine dennoch erfolgte Eintragung nur deklarativ wirkt (ecolex 2007/394, 937 = ZIK 2007/331, 205 = RZ 2008/EÜ 64, 42 = SZ 2007/116; siehe die instruktive Aufzählung bei **Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner**, ABGB³⁷ 592, 593). Als **unechte** gesetzliche Pfandrechte gelten Sicherstellungsansprüche, die gem § 1373 ABGB primär durch Pfandbestellung zu befriedigen sind. Vom Gesetz werden aber auch zur Sicherung von Steuern und Abgaben gesetzliche Pfandrechte eingeräumt, die zu ihrer Wirksamkeit gar nicht des Bucheintrags bedürfen. Gesetzliche Pfandrechte sind im Zwangsversteigerungsverfahren bevorzugt (§§ 216, 217 EO). Gesetzliche Pfandrechte können auch noch nach der Insolvenzeröffnung entstehen (SZ 59/66) und sind dann im Insolvenzverfahren des Schuldners Absonderungsrechte (SZ 53/133; **Kodek** in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 13 GBG Rz 62). Vom gesetzlichen Pfandrecht gesichert sind nicht nur das Entgelt, sondern auch die Nebengebühren (ecolex 2007/390, 935 = RdW 2008/98, 142 = WoBl 2008/54, 150 = ZIK 2008/166, 99 = MietSlg 59.792).

2.1

Gesetzliche Pfandrechte sind insbesondere solche, die im Zusammenhang mit von der Liegenschaft zu entrichtenden Abgaben (dazu **Angst** in *Angst* § 216 EO Rz 8) stehen (siehe §§ 216 Abs 1 Z 2, § 120 Abs 2 Z 1, § 124 Z 2 EO), gem § 155 Abs 1 EO das gesetzliche Pfandrecht am Vadium, die Grundsteuer samt Nebengebühren (§ 11 GrundsteuerG 1955; § 216 Abs 1 Z 2 EO), nicht aber die Grunderwerbsteuer und Beiträge zu Wassergenossenschaften (§ 80 WRG).

§ 30 Abs 3 VerG statuiert für den Abwickler kein gesetzliches Pfandrecht (ecolox 2007/394, 937 = ZIK 2007/331, 205 = RZ 2008/EÜ 64, 42 = SZ 2007/116).

Gem § 27 WEG besteht ein gesetzliches Vorzugspfandrecht zu Gunsten von Forderungen der Eigentümergeinschaft gegen einen Wohnungseigentümer und der Rückgriffsforderungen eines anderen Wohnungseigentümers aus den in Abs 1 Z 2 genannten Inanspruchnahmen oder Zahlungen. Dieses Vorzugspfandrecht kommt den Forderungsberechtigten nach § 27 Abs 2 WEG aber nur dann zu, wenn er die Forderung samt Pfandrecht innerhalb von sechs Monaten mit Klage (auch Mahnklage) geltend macht und die Anmerkung der Klage im Grundbuch beim Miteigentumsanteil des Geklagten beantragt (siehe auch **Feil/Marent/Preis**, Wohnungseigentumsgesetz, § 27 WEG Rz 1 ff). Gesetzliche Pfandrechte bestehen teilweise auch in Landesgesetzen für Beiträge aus der Mitgliedschaft einer Güterwegegenossenschaft, für Wassergebühren, Kanaleinmündungsgebühren und Hausmüllabfuhr (**Rechberger/Bittner**, GBG² Rz 107).

Das gesetzliche Pfandrecht an einem Grundstück bietet allein keine gesetzliche Grundlage für die Erlassung eines Abgabenbescheides. Es ermöglicht dem berechtigten Pfandgläubiger lediglich, die durch das Pfandrecht gesicherten Ansprüche durch Geltendmachung desselben zu befriedigen. In Abgabenvorschriften vorgesehene sachliche Haftungen unbeweglicher Sachen können nicht durch einen an den Liegenschaftseigentümer gerichteten Abgabenbescheid, sondern nur im gerichtlichen Exekutionsverfahren geltend gemacht werden (VwGH 21.2.2005, 2004/17/0156 = ÖStZB 2005/369, 469 = SWK 2005, R 66 = MietSlg 57.539).

Richterliche Pfandrechte

- 2.2** Gem § 87 EO kann zu Gunsten einer vollstreckbaren Geldforderung auf Antrag des betreibenden Gläubigers ein Pfandrecht an einer Liegenschaft des Verpflichteten oder einem diesem gehörigen Liegenschaftsanteil, einem Superädifikat oder einem Baurecht begründet werden. Das richterliche Pfandrecht (Zwangspfandrecht) entsteht durch den Pfändungsakt, bei verbücherten Liegenschaften durch Einverleibung im Grundbuch (§ 88 EO). Das Vollstreckungsverfahren ist mit der Einverleibung des Pfandrechts beendet (SZ 66/142; ZIK 2006/57, 36 = NZ 2007, 170). Begründungsakt ist auch eine richterliche Verfügung: § 17 NWG). Voraussetzung für die exekutive Pfandrechtsbegründung ist das Vorhandensein eines Exekutionstitels iSd § 1 EO (**Hofmann** in *Rummel*³ § 450 Rz 2). Ist für die Forderung bereits ein Vertragspfandrecht eingetragen, wird es auf Antrag als vollstreck-

bar bezeichnet (Anmerkung der Vollstreckbarkeit; § 89 Abs 1 EO; Rz 46). Das Zwangspfandrecht und das für vollstreckbar erklärte Vertragspfandrecht wirken gegen jeden späteren Eigentümer der Liegenschaft, sodass gegen diesen unmittelbar die Exekution durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung betrieben werden kann. Der exekutive Erwerber eines Zwangspfandrechts ist in seinem guten Glauben auf das Grundbuch nicht geschützt. Der Gutgläubensschutz kommt nur dem rechtsgeschäftlichen Erwerber eines Zwangspfandrechts zugute (SZ 46/72; **Kodek** in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 13 Rz 65). Verwaltungsbehördliche Pfandrechte sind im VVG und in der AbgEO geregelt.

Seit dem 1.3.2008 (E-Nov 2008) kann auf ein **Superädifikat** auch unmittelbar Exekution durch Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung geführt werden, ohne dass ein neuer Exekutionstitel erworben werden muss. Allerdings hat der Gesetzgeber keine entsprechenden Verfahrensvorschriften erlassen und sich bloß damit begnügt, das Superädifikat als Gegenstand der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung ausdrücklich zu nennen. Es liegt daher nahe (siehe **Angst**, EO² § 87 Rz 9a), die Vorschriften der §§ 90 bis 95 EO heranzuziehen, da die Superädifikate in § 451 Abs 2 ABGB und im UHG für den Erwerb eines Vertragspfandrechts den nicht verbücherten Liegenschaften gleichgestellt werden (dazu auch **Feil**, EO⁵ § 87 Rz 6).

Letztwillige Verfügung

Letztwillige Erklärungen können auch andere als rein vermögensrechtliche Anordnungen auf den Todesfall enthalten. Es können auch Pfandrechte durch letztwillige Verfügung begründet werden. **2.3**

Pfandbestellungs- und Pfandvertrag

Zum Pfandrechtserwerb bedarf es grundsätzlich eines gültigen Titels (§§ 449 ff ABGB) und der Erwerbungsart (Modus; siehe §§ 451 bis 453 ABGB). Die dingliche Einigung ist dabei idR bereits im Titelgeschäft enthalten (VwGH 18.8.1994, ÖBA 1995, 278 = ÖStZB 1995, 270 = SWK 1995, R 13 = AnwBl 1994, 1010 = VwSlg 6913 F). § 440 Satz 2 ABGB nennt als Titel einen Vertrag, einen richterlichen Ausspruch und eine letztwillige Verfügung (Pfandbestellungsvertrag; Verpfändungsvertrag, Pfandversprechen); es wird der Pfandbestellungsvertrag in § 1368 Satz 2 ABGB in negativer Abgrenzung vom Pfandvertrag gesehen. Der Pfandbestellungsvertrag ist vom Pfandvertrag zu unterscheiden (§ 1368 ABGB). Der Pfandbestellungsvertrag (Verpfändungsvertrag, Pfandversprechen) iSd § 1368 Satz 2 ABGB ist das Versprechen des Schuldners einer Forderung oder eines Dritten, dem Gläubiger für seine Forderung künftig ein Pfand zu bestellen (ÖBA 1987, 117). In diesem rein schuldrechtlichen, regelmäßig einseitig verpflichtenden Vertrag übernimmt der Pfandgeber (Schuldner, Dritter) die Verpflichtung, für eigene oder fremde Schuld ein Pfand zu bestellen, einen Pfandver-

trag abzuschließen (**Klang** in *Klang* VI² 251; **Bydlinski**, ÖBA 1987, 117; dazu RdW 2004/306, 337 = NZ 2004, 314 = NZ 2004/100, 377). Der zweiseitige Pfandbestellungsvertrag ist der Rechtsgrund des Bucheintrags (SZ 58/179 = RdW 1986, 107 = NZ 1986, 87 = JBl 1986, 588). Der Pfandbestellungsvertrag kann, soweit im Gesetz nicht eine besondere Form vorgeschrieben ist (zB NZwG), auch für Liegenschaften formlos mündlich oder stillschweigend abgeschlossen oder unter Umständen auch aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen (dazu EvBl 1979/2; SZ 51/9; SZ 60/75) abgeleitet werden (WBl 1988, 404). Aus diesem Pfandbestellungsvertrag entsteht dann die bloß schuldrechtliche Verpflichtung zur Ausstellung einer verbücherungsfähigen Urkunde (SZ 46/57; **Hagleitner** in *Kodek*, Grundbuchsrecht § 26 GBG Rz 35). Der Verpfändungsvertrag dient zwar der Vorbereitung des eigentlichen Pfandvertrags (siehe § 1368 ABGB), ist aber kein Vorvertrag (**Klang** aaO 252). Ist der Pfandgegenstand im Vertrag nicht bestimmt bezeichnet, sind die §§ 1373 und 1374 ABGB anzuwenden (**Schumacher**, JBl 1989, 56). Dem Gläubiger kann auch ein Wahlrecht hinsichtlich mehrerer möglicher Pfandgegenstände eingeräumt werden: Es muss die Höhe der zu sichernden Forderung zwar nicht unbedingt genannt werden (SZ 46/57), die zu sichernde Forderung muss aber auf jeden Fall bestimmbar sein (dazu **Hofmeister**, NZ 1981, 113). Ist Vertragsgegenstand eine künftige Forderung, erlischt die Vertragspflicht auf jeden Fall dann, wenn eine Forderung nicht mehr entstehen kann (ZVR 1957/120). Ein Pfandbestellungsvertrag liegt auch dann vor, wenn der Text als einseitige Erklärung des Schuldners verfasst ist; die Urkunde muss aber vom Gläubiger unterschrieben sein (NZ 1988, 53 [**Hofmeister**]). Der Pfandbestellungsvertrag kann zeitlich mit dem dinglichen Pfandvertrag zusammenfallen und ist dann gleichzeitig auch ein Titel (dazu **Hofmeister**, NZ 1981, 113).

Bei der **Auslegung des Inhalts** eines Verpfändungsvertrags ist zunächst im Interesse des Verpflichteten vorzugehen (§ 915 ABGB), soweit nicht das Gesetz positiv eingreift (§ 1374 ABGB; dazu ÖBA 2010/1660, 701 = ZIK 2010/368, 235 = ecolex 2010/304,843; siehe auch Zak 2009/166, 111 = ZfRV-LS 2009/10, 28 = NZ 2009, 252 = NZ 2010/7, 22: Unterfertigung der des Pfandbestellungsvertrags erst 16 Jahre später). Im Zweifel ist keine Simultanverpfändung anzunehmen und der Gläubiger muss es sich gefallen lassen, dass seine Forderung auf die mehreren ihm als Hypothek zugesicherten Objekte eingetragen werde. Mehrere nicht zur gesamten Hand haftende Schuldner, die eine ihnen gemeinsame Liegenschaft verpfänden, tun dies im Zweifel nur in dem Sinn, dass die Schuldenquote eines jeden aus der ihm zugehörigen Eigentumsquote haftet und keine subsidiäre Mithaftung der anderen Gesamthandschuldner für die Restquote der Schuld besteht. Wird ein Grundbuchskörper für mehrere Schulden durch einen einzigen Akt zum Pfand bestimmt, ist im Zweifel anzunehmen, dass an dem Objekt so viele Hypotheken entstehen sollen, als Forderungen da sind, uzw in der Reihenfolge, in welcher der Vertrag die Forderungen aufzählt. Eine Teilung des Objekts etwa derart, dass für jede Schuld ein ihrer Größe korrespondierender Teil desselben allein hafte, wird

nicht anzunehmen sein. Mangels bestimmter Zweckwidmung in einem Pfandbestellungsvertrag gilt die Pfandhaftung auch bei Kreditverwendung zur Abdeckung alter Verbindlichkeiten. Ein Kreditgeber muss vor Abschluss des Pfandbestellungsvertrags auf drohende Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers hinweisen (dazu *ecolex* 1998, 621).

Die **Änderung des Pfandbestellungsvertrags** dahin, dass an Stelle der Haftung für einen Höchstbetrag die Haftung für eine bestimmte Geldsumme treten soll, ist keine bloße Berichtigung, sondern eine Abänderung der wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten. Auf Grund einer derartigen Vereinbarung mit dem Schuldner kann zwar nach dem für Fälle der Einlösung entwickelten Grundsätzen die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine gleichrangige Verkehrshypothek bewilligt werden, sie hat jedoch als rechtsbegründender Vorgang im Weg der Einverleibung zu erfolgen (Zak 2009/328, 215 = NZ 2009/75, 247 = ÖBA 2009/1572, 661 = NZ 2010, 58 = WoBl 2011/24, 50).

Die **reine Sachhaftung** (dazu Rz 8) auf Grund eines Pfandbestellungsvertrags unterscheidet sich von anderen Interzessionstypen dadurch, dass sie immer durch den Wert des verpfändeten Vermögens begrenzt ist und sich der Pfandgläubiger im Verhältnis zum Pfandschuldner nur aus dem Pfänderlöse befriedigen kann (ÖBA 2004/1227, 784 = *ecolex* 2004/433, 942).

Für die **persönliche Fähigkeit** zum Abschluss eines Verpfändungsvertrags ist dessen Natur entscheidend (dazu MietSlg 59.042; iFamZ 2010/227, 316; Rz 14). Der Verpfändung muss auf jeden Fall vollkommen handlungsfähig sein. Auf der Seite des Empfängers der Pfandzusicherung liegt ein reiner Erwerbsakt vor.

Der **Pfandvertrag** iSd § 1368 Satz 1 ABGB ist nach hA der zweiseitig verbindliche dingliche Vertrag (siehe auch § 1369 ABGB), durch welchen der Pfandbesteller (Schuldner, Dritter) dem Gläubiger zur Sicherung eigener oder fremder Schuld das Pfandrecht wirklich einräumt. Die „wirkliche Einräumung“ liegt im Bucheintrag, bei nicht verbücherten Liegenschaften in der Urkundenhinterlegung. Der Pfandvertrag zählt zu den entgeltlichen Verträgen. Fällt der Pfandvertrag zeitlich mit dem Pfandbestellungsvertrag zusammen, ist er gleichzeitig auch Titel (aM **Hofmeister** in NZ 1981, 113, der Verpflichtung und Verfügung auseinander hält; iGlS auch **Klang** in *Klang* VI² 250; **Koch** in KBB² § 1368 ABGB Rz 2). Auch für den Pfandvertrag besteht keine Formvorschrift (EvBl 1960/130; 1972/86; dazu **Vollmaier**, JBl 2005, 545), allerdings ist für den Bucheintrag eine einverleibungsfähige Urkunde iSd §§ 16 ff GBG notwendig.

Die **Einverleibung** ist nur gegen den bücherlichen Vormann (§ 21 GBG; MietSlg 59.042) zulässig; es muss eine mit den gesetzlichen Förmlichkeiten versehene Urkunde über den gültigen Titel, in dem die Forderung und der Pfandgegenstand genau bezeichnet ist (Einlagezahl genügt), ferner die Aufsandlungserklärung vorliegen und die Unterschriften der Parteien müssen beglaubigt sein. Die **Vormerkung** einer Hypothek kann bewilligt werden, wenn sowohl die Forderung als auch der Rechtsgrund zum Pfandrecht ausreichend bescheinigt sind (§ 36 GBG).

War die Darlehensvaluta im Zeitpunkt der Pfandbestellung noch nicht zugezählt, bewirkt das nicht die Ungültigkeit des Pfandrechts. Der Darlehensvertrag war bis zum In-Kraft-Treten des DaKRÄG (BGBl I 2010/28) zwar ein Realvertrag, es genügte aber die Zusage künftiger Darlehensgewährung für die Pfandrechtsbegründung (siehe bei *Feil/Marent/Preis*, Grundbuchsrecht § 36 GBG Rz 1 ff).

Wegfall der Geschäftsgrundlage

- 4 Verpfänden die Geklagten „die in ihrem Eigentum stehende Kaufliegenschaft“ der klagenden Bank zur Sicherstellung des Darlehensbetrags, war es somit erklärter Zweck des zwischen den Streitparteien geschlossenen „Darlehens- und Pfandbestellungsvertrags“, dass die beiden Geklagten als künftige Eigentümer der Liegenschaft die auf ihr hypothekarisch sichergestellte Kreditschuld des Verkäufers auch als Personalschuldner übernehmen und zur Sicherung dieser ihrer Kreditschuld die ihnen dann in ihrem Eigentum stehende Liegenschaft auch selbst zum Pfand bestellen. Der Kauf war solcherart der von den Streitparteien übereinstimmend erklärte und nach der Sachlage auch einzige erkennbare Grund für die Übernahme der Kreditschuld des Liegenschaftsverkäufers durch die Geklagten, und die vereinbarte Bestellung der Kaufliegenschaft zum Pfand durch die Geklagten erschien ohne diesen Kauf gar nicht möglich. Daher setzte die Erreichung des Vertragszwecks jedenfalls die Rechtswirksamkeit des Kaufvertrags und den Eigentumserwerb an der Liegenschaft voraus und der rechtswirksame Kaufvertrag bildete für den Darlehens- und Pfandbestellungsvertrag wegen des engen sachlichen Zusammenhangs und der inneren und wirtschaftlichen Einheit der beiden Verträge die Geschäftsgrundlage. Die Gültigkeit des Kaufvertrags ist unter solchen Umständen eine geschäftstypische Voraussetzung des Darlehens- und Pfandbestellungsvertrags. Haben die Parteien eine Regelung für den Fall der Unwirksamkeit des Kaufvertrags im Darlehens- und Pfandbestellungsvertrag nicht getroffen, obwohl sie wussten, dass der Kaufvertrag nur bedingt wirksam war, weil er der Genehmigung der Grundverkehrsbehörde bedurfte, gingen sie offenkundig von der festen Geschäftsgrundlage aus, dass der Kaufvertrag wegen der fehlenden Genehmigung der Grundverkehrsbehörde nur bedingt wirksam war und der Vertrag erst nach der Genehmigung Rechtswirksamkeit erlangen würde. Wird als Klageanspruch hinsichtlich des hier für die Parteien maßgeblichen Grundgeschäfts die vorzeitige Rückzahlung des gesamten Darlehens geltend gemacht und diese Klageforderung ausschließlich aus dem Darlehens- und Pfandbestellungsvertrag abgeleitet, ist das Klagerecht mangels eines aufrechten Bestands dieses Vertrags zu verneinen (WBl 1991, 243).

Zwar kann auch eine individuelle Voraussetzung (Geschäftsgrundlage), von der beide Parteien bei Vertragsschluss ausgehen, von Bedeutung sein; das ist jedoch davon abhängig, dass die Parteien durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung die Wirkungen des Geschäfts vom Vorhandensein der vorausge-

setzten Sachlage abhängig gemacht haben (RS0017394). Ob eine solche Voraussetzung Vertragsinhalt geworden ist, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Bloß individuelle Voraussetzungen, die nur die Interessensphäre einer Partei betreffen, sind idR unbeachtlich (NZ 2010/103, 374). – Siehe *Bydlinski*, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, FS Koziol (2010) 1355.

Listige Irreführung

Während der Anspruch auf Aufhebung (bzw Anpassung) eines Vertrags und der Anspruch auf Erstattung der auf Grund des fehlerhaften Vertrags erbrachten Leistung gem § 1487 ABGB im Fall der List der dreißigjährigen Verjährung unterliegt (SZ 59/126; JBl 1988, 172), gilt für Schadensersatzansprüche, die aus listiger Irreführung abgeleitet werden (§ 874 ABGB), die Bestimmung des § 1489 ABGB und damit die dreijährige Verjährungsfrist. Im Regelfall wird die dreißigjährige Verjährungsfrist anzunehmen sein, weil die arglistige Schädigung, die mit Bereicherungsvorsatz verbunden ist, nach §§ 146, 147 StGB qualifiziert sein wird. Behauptet der Kläger, dass ihn die Geklagten durch Täuschungshandlungen zur Unterfertigung von Pfandbestellungsurkunden bewogen haben, ein Geklagter sei von der Absicht geleitet gewesen, die Gewährung des Kredits zu bewirken, der andere sei als Geschäftsführer des Kreditinstituts an der Täuschungshandlung beteiligt gewesen, beinhaltet ein derartiges Vorbringen die Behauptung, die Geklagten hätten den Kläger durch gemeinschaftliches Zusammenwirken einen Schaden durch eine iSd § 1489 zweiter Satz ABGB qualifizierte Täuschungshandlung zugefügt, sodass die dreißigjährige Verjährungsfrist gilt (ecolex 1990, 20).

Die Auflösung eines Vertrags wegen Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage (was Vertragsinhalt ist, kann nicht Geschäftsgrundlage sein: MietSlg 56.161) setzt nach ständiger Rechtsprechung eine derart grundlegende Veränderung der bei Eingehen der Verpflichtung bestehenden Verhältnisse voraus, dass im Beharren auf die Verpflichtungen, deren Erfüllung dem Schuldner nicht mehr zumutbar ist, geradezu ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben erblickt werden muss. In der Rechtsprechung wird das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eingeschränkt und als letztes Mittel zur Beseitigung vertraglicher Bindungen nur dann angewendet, wenn die geltend gemachte Änderung auch nicht dem Bereich jener Partei zuzuschreiben ist, die sich auf diese Änderung beruft (ÖGZ 2004, H 4, 77; siehe auch RdW 2005/108, 89). Auch die Lehre (zusammenfassend *Rummel* in *Rummel*³ § 901 Rz 4 ff) steht dem Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage einschränkend gegenüber.

Bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 870 ABGB erfüllt sind, kommt es maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalls an (RS00114833). Schweigen kann insbesondere dann den Tatbestand der Arglist iSd § 870 erfüllen, wenn der Schweigende gegen eine ihm obliegende Aufklärungspflicht verstößt

(RS00114817). Eine derartige Aufklärungspflicht ist zu bejahen, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte (Zak 2010/150, 96).

Für die listige Irreführung spielt es keine Rolle, ob die Nachteile tatsächlich eingetreten sind, denen sich der irreführte Vertragspartner mit dem Abschluss des Vertrags ausgesetzt hat. Maßgebend ist allein, dass der listig irreführte Vertragspartner den Vertrag nicht geschlossen hätte, hätte er den wahren Sachverhalt gekannt (RS0115485). Es kommt primär auf den hypothetischen Parteiwillen, sekundär auf eine objektive Würdigung des Sachverhalts an (ecolex 2009/37, 131 = MietSlg 60.088).

Akzessorietät (Abhängigkeit) der Hypothek

- 6 Jedes Pfandrecht ist seinem Wesen nach nicht Selbstzweck, sondern Mittel für ein außer ihm liegendes Ziel: die gegenwärtige Deckung und künftige Befriedigung eines Anspruchs des Pfandberechtigten. Niemand erwirbt ein Recht auf Verwertung einer fremden Sache, um diese Befugnis als Selbstzweck zu üben. Das Verwertungsrecht hat immer ein anderweitig vorhandenes oder doch als vorhanden angenommenes Recht zur Voraussetzung, kraft welchem der Berechtigte ein Wertquantum erhalten und für welches eventuell auch die Verwertung erfolgen soll. Fehlt dieser Zweck, entfällt auch die Existenzberechtigung für das Mittel, sodass jedes Pfandrecht mit der ökonomischen Basis auch seinen juristischen Halt verliert, sobald ihm die unterliegende Forderung abhanden gekommen ist. Das Pfandrecht wird nämlich errichtet, um eine bestimmte Schuldforderung zu decken, es wird ausgeübt, um diese Forderung zu befriedigen (*Ehrenzweig*, Sachenrecht², I/2 287: *Eine Haftung für nichts ist keine Haftung*). Daraus folgt aber nicht, dass das Pfandrecht unter solchen Umständen nicht zu Recht bestehen kann, sondern nur, dass es so nicht bestehen und ausgeübt werden soll und dass es rechtliche Mittel geben muss, um dieses letztere Postulat zu verwirklichen. Wer auf Grund der irrtümlichen Voraussetzung des Bestands einer Schuld vertragsmäßig und in der vom Gesetz geforderten Form ein Pfand gewährt, dessen Handlung schafft ein an sich gültiges, kraft Beststellungsakt bis auf weiteres rechtsbeständiges Pfandverhältnis. Erlischt die ursprünglich vorhanden gewesene Pfandschuld später, fällt der de rite bestehende Pfandnexus nicht von selbst weg, sondern bleibt vorerst aus eigener Kraft in jener Position, die durch den formgerechten Begründungsakt geschaffen wurde. Das Obligationenrecht sorgt dafür, dass es demjenigen, welcher durch den Erfolg des dinglichen Rechtsakts grundlos beeinträchtigt ist, die geeigneten Rechtsbehelfe zur Neutralisierung dieses Erfolg zur Verfügung stehen. Damit ist die Pfandforderung nicht Existenzbedingung, sondern bloß Voraussetzung des Hypothekarrechts und sie gehört zu dessen Causa (*Ehrenzweig* aaO 387). Die praktische Konsequenz ist, dass ihr ursprünglicher Mangel oder nachträglicher Wegfall das Hypothekarrecht nicht schlechthin nichtig, sondern