

Aktuelle Fragen des Hypothekenrechts

DISSERTATION

eingereicht

an der
RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
der Universität WIEN

zur Erlangung des akademischen Grades
Doctor iuris

von Mag. iur. Reinhard Kropff
im Oktober 2007

Begutachtung: Univ.- Prof. Dr. Andreas Konecny

„Das Verfahrensrecht dient der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickwinkel richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen.“

Deutsches Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 24.03.1976, BVerfGE 42, 72.

„Der Richter muss im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes überhaupt alles tun, um eine in der Sache richtige Entscheidung herbeizuführen; die Parteien wünschen und brauchen eine schnelle Entscheidung, aber noch mehr eine richtige Entscheidung.“

Deutsches Kammergericht, Urteil vom 20.02.1975, OLGZ 1977, 481.

Vorwort

Ausgangspunkt für die vorliegende Arbeit waren vor allem die durch die EO-Nov 2000 geschaffenen Änderungen in Bezug auf die Pfandrechtsverwertung und der damit verbundene Eingriff des Gesetzgebers in die seit dem Ende des 19. Jahrhunderts nahezu unverändert bestehenden Normen des Meistbotsverteilungsverfahrens. Auf die EO-Nov 1991, mit welcher die Forderungsexekution verbessert, und die EO-Nov 1995, mit der die Fahrnisexekution neu geregelt wurde, folgte mit der EO-Nov 2000 der dritte Reformschritt auf dem Gebiet des Exekutionsrechtes, der sich vor allem der Zwangsversteigerung von Liegenschaften widmete. Ziel der EO-Nov 2000 war es, die Effektivität der Exekution durch ein schlankes Verfahren zu erhöhen. Auch die Änderungen betreffend das Meistbotsverteilungsverfahren verfolgten somit in erster Linie das Ziel der Verfahrensbeschleunigung, weshalb im Folgenden untersucht werden soll, ob und auf welche Weise der Gesetzgeber dieses Ziel erreicht hat. Einerseits geht es dabei darum, unter welchen Voraussetzungen pfandrechtig gesicherte Ansprüche überhaupt bestehen bzw ob und inwieweit diese Ansprüche durch die Normen des Verfahrensrechts materiellrechtlichen Einschränkungen unterworfen sind, andererseits darum, ob die Vorschriften des Verteilungsverfahrens bzw deren Auslegung durch die hM insbesondere vor dem Hintergrund der konkurrierenden Ansprüche der Gläubiger den Erfordernissen einer rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechenden Verfahrensgestaltung genügen. Um auf diese Fragen Antworten geben zu können, werden im ersten Abschnitt dieser Arbeit die materiellrechtlichen Grundsätze des Liegenschaftspfandrechtes ausführlich erörtert, während deren verfahrensrechtliche Berücksichtigung Gegenstand des zweiten Abschnitts dieser Arbeit sein soll. Eine wesentliche Änderung durch die EO-Nov 2000 erfuhr vor allem auch die Behandlung von Höchstbetragspfandrechten. Da sowohl in materiell-, als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht im Hinblick auf die Höchstbetragshypothek allein eine wissenschaftlich fundierte Aussage ohne Erarbeitung der für das Pfandrecht allgemein gültigen Grundsätze nicht getroffen werden kann, erweist sich für die Ableitung und Anwendbarkeit der maßgeblichen Grundsätze eine vergleichende Darstellung zum Pfandrecht nach § 14 Abs 1 GBG – und zwar für alle Stadien des Pfandrechtes – als unerlässlich. Aufgrund der überragenden praktischen Bedeutung stehen Fragen der hypothekarischen Kreditbesicherung im Vordergrund, wobei als Voraussetzung für die Wirksamkeit und den Umfang der Pfandhaftung auch die wichtigsten Grundsätze der versicherten Obligationen, deren Nichtbeachtung mittels Widerspruchs im Verteilungsverfahren geltend gemacht werden kann, überblicksartig dargestellt werden.

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorwort.....	III
Abkürzungsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis.....	XII
I. Einleitung.....	1
A. Wesen des Pfandrechts als dingliches Recht.....	2
B. Allgemeine Pfandrechtsprinzipien	3
1. Akzessorietät.....	3
2. Spezialität	3
3. Rangprinzip.....	4
4. Prinzip der ungeteilten Pfandhaftung	4
II. Grundsätze des Liegenschaftspfandrechts	5
A. Das Grundbuch	5
1. Historische Wurzeln und Rechtsquellen	5
2. Einrichtungen des Grundbuches	6
3. Die bücherlichen Eintragungen	7
a) Einverleibung.....	8
b) Vormerkung.....	8
c) Anmerkung	8
B. Einfluss des Grundbuchs auf die allgemeinen Pfandrechtsprinzipien	10
1. Akzessorietätsprinzip	10
2. Spezialitätsprinzip.....	11
3. Rangprinzip.....	11
C. Prinzipien des Grundbuchsrechts.....	14
1. Formelles Publizitätsprinzip (Öffentlichkeitsgrundsatz).....	14
2. Materielles Publizitätsprinzip (Vertrauensgrundsatz).....	15
III. Pfandrechtsbegründung	18
A. Inhalt und Umfang des Pfandrechts	18
1. Die gesicherte Schuld.....	18
2. Verzinslichkeit der sicherzustellenden Forderung.....	21
a) Gesetzliche Zinsen	21
b) Zinsenvereinbarung im Kreditvertrag.....	23
c) Verjährung des Zinsenanspruchs	25

3. Titel des Pfandrechterserwerbs	26
4. Bescheinigung der zu sichernden Forderung.....	27
5. Kognitionsbefugnis im Grundbuchsverfahren.....	30
B. Pfandrechtlche Sicherstellung von Nebengebühren	32
1. § 17 GBG.....	33
2. Die Dreijahresgrenze des § 17 GBG.....	35
a) Berechnung der Zinsenvorlast	39
b) Befriedigungsrecht eines betreibenden Pfandgläubigers	42
3. § 16 GBG.....	44
4. Nebengebührensicherstellung.....	47
C. Tilgungsfolge im selben Rang	50
D. Wertsicherung des hypothekarischen Anspruchs	51
1. Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel.....	51
2. Verbücherung einer Wertsicherungsklausel.....	52
IV. Höchstbetragshypothek	54
A. Das Grundverhältnis	54
B. Außerbücherliche Auswechselbarkeit gesicherter Forderungen	57
C. Die Sicherstellung künftig erst abzuschließender Kreditverträge	58
D. Überschreitbarkeit des Höchstbetrages durch Nebengebühren?	66
E. Zession.....	73
1. Rang des Drittzahlers	77
2. Bücherliche Durchführung und Rechtwirkungen der Grundbuchsberichtigung ..	78
V. Pfandrechtsverwertung	80
A. Der hypothekarische Anspruch.....	80
B. Exekution nach den Regeln der EO	81
VI. Pfandrechtswandlung	84
VII. Meistbotsverteilungstagsatzung.....	87
A. Grundlagen und Verfahrensablauf.....	87
B. Anmeldung und Nachweis der pfandgesicherten Forderung	91
C. Form und Inhalt des Nachweises gemäß § 210 EO	93
1. Höchstbetragshypotheken.....	93
2. Festbetragshypotheken	102
3. Formalwirkung der Grundbucheintragung.....	106
D. § 224 EO.....	110

1. Schicksal des Grundverhältnisses	117
2. Saldomitteilung nach § 211 Abs 5 EO	119
a) Vorbemerkung	119
b) Saldoanerkennnis	120
c) Erfordernisse und Wirkungen der Saldomitteilung gemäß § 211 Abs 5 EO	121
3. Anmeldung durch Dritte	124
E. Verteidigung des hypothekarischen Anspruchs	127
1. Widerspruchsrecht gemäß § 213 EO	130
2. Widerspruch und Präklusion weiteren Vorbringens	132
3. Kritik	135
4. Rekurs gegen den Verteilungsbeschluss	140
5. Verletzung der richterlichen Anleitungspflicht	144
F. Bindungswirkung des Meistbotsverteilungsbeschlusses	149
G. Kritik	154
VIII. Schlusswort	167

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angegebenen Ort
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 (zgd BGBI I 1997/140)
Abs	=	Absatz
AdRO	=	Anmerkung der Rangordnung
aE	=	am Ende
aF	=	alte Fassung
AG	=	Aktiengesellschaft
AGAG	=	Allgemeines Grundbuchanlegungsgesetz BGBI 1930/2 (aufrechterhalten durch das 1. BRBG und zgd BGBI 1968/306, § 56)
AGO	=	Allgemeine Gerichtsordnung 1781/13
ABGKr	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen (der österreichischen Kreditinstitute)
ALR	=	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
aM	=	anderer Meinung
AnfO	=	Anfechtungsordnung RGBI 1914/337 (zgd BGBI 1968/240)
Anm	=	Anmerkung
AnwBl	=	„Österreichisches Anwaltsblatt (seit 1970, vorher „Nachrichtenblatt der Österreichischen Rechtsanwaltschaft“, 1928-1969) [Jahr, Seite]
AnwZ	=	Anwaltszeitung [Jahr, Seite]
AußStrG	=	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen RGBI 1854/208 (zgd BGBI I 1997/140)
BGB	=	deutsches bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	deutscher Bundesgerichtshof, auch Entscheidungen in Zivilsachen, [Band, Seite]
BGHZ	=	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

bzw	=	beziehungsweise
CO	=	Concursordnung RGBI 1869/1
d	=	Deutsch
dh	=	das heißt
DNotZ	=	deutsche Notariatszeitung
DZPO	=	deutsche Zivilprozessordnung dRGBI 1877, 83 idgF
E	=	Entscheidung
ecolex	=	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (1990 ff) [Jahr, Seite]
EGEO	=	Einführungsgesetz zur Exekutionsordnung BGBI 1953/6 idgF
EGMR	=	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention BGBI 1958/210 idgF
EO	=	Exekutionsordnung RGBI 1896/79 (zgd BGBI I 1998/30)
etc	=	et cetera
Ergbd	=	Ergänzungsband
Erl	=	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ev	=	eventuell
EvBl	=	„Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidung“ in „Österreichische Juristen-Zeitung“ (1934-1938, 1946 ff) [Jahr/Nummer] s a unter ÖJZ
f	=	und der (die) folgende
ff	=	und die folgenden
FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
G	=	Gesetz
GBG	=	Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955, BGBI 39 (zgd BGBI I 1997/140)
GebG	=	Gebührengesetz 1957, BGBI 267, ASlg Nr 9 (zgd BGBI I 1999/28)
Geo	=	Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz, BGBI 264/1951 (zgd BGBI II 421/2006)
ggf	=	gegebenenfalls
GH	=	„Gerichtshalle“ (1857-1937) [Jahr, Seite]
GIU	=	„Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k.

		Obersten Gerichtshofes“ hrsg von <i>Glaser</i> und <i>Unger</i> , fortgeführt von <i>Walther</i> , <i>Pfaff</i> , <i>Schey</i> und <i>Krupsky</i> (mit Entscheidungen der Jahre 1853-1897: Bd I-XXXIV) [Nummer]
GIUNF	=	„Sammlung der vorbezeichneten Sammlung von <i>Pfaff</i> , <i>Schey</i> , <i>Krupsky</i> , <i>Schrutka</i> und <i>Stepan</i> als „Neue Folge“ (mit Entscheidungen der Jahre 1898-1915: Bd 5: XXXV-LII der ganzen Reihe) [Nummer]
GP	=	Gesetzgebungsperiode
GUG	=	GrundbuchsumstellungsG BGBI 1980/550 (zgd BGBI I 1997/30)
GVG	=	deutsches Gerichtsverfassungsgesetz
GZ	=	„Österreichische Allgemeine Gerichts-Zeitung“(1850-1931)
hA	=	herrschende Ansicht
HfD	=	Hofdekret
HGB	=	Handelsgesetzbuch DRGBI 1897, 219 (zgd BGBI I 1998/125)
hL	=	herrschende Lehre
hM	=	herrschende Meinung
HptSt	=	Hauptstück
Hrsg	=	Herausgeber
hrsg	=	herausgegeben
HS	=	Halbsatz
idgF	=	in der geltenden Fassung
idR	=	in der Regel
idZ	=	in diesem Zusammenhang
ImmZ	=	„Österreichische Immobilien-Zeitung“ (1928-1938, 1945ff)
insb	=	insbesondere
iSd	=	im Sinne des (der)
iVm	=	in Verbindung mit
iwS	=	im weiteren Sinne
JBl	=	„Juristische Blätter“(1872-1938, 1946ff) [Jahr, Seite]
JGS	=	Justizgesetzsammlung („Gesetze und Verordnungen im Justizfache“ 1780-1848)
KO	=	Konkursordnung RGBI 1914, 337 (zgd BGBI I 1997/114)
LGZ	=	Landesgericht für Zivilrechtssachen

leg cit	=	legis citatis
lit	=	littera
IS	=	letzter Satz
mE	=	meines Erachtens
MRK	=	siehe EMRK
maW	=	mit anderen Worten
mwN	=	mit weiteren Nachweisen
nF	=	neue Fassung
NGS	=	Nebengebührensicherstellung
NJW	=	deutsche Neue Juristische Wochenschrift
NotO	=	Notariatsordnung RGBI 1871/75 (zgd BGBI 1993/692)
NZ	=	„Österreichische Notariatszeitung“ (früher „Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit“ bzw Notariatszeitung) (1859-1938, 1949 ff) [Jahr, Seite]
ÖBA	=	„Österreichisches Bankarchiv“ (1953 ff) [Jahr, Seite]
OGH	=	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	=	„Österreichische Juristen-Zeitung“ (1946ff) [Jahr, Seite], s auch unter EvBl
OLG	=	Oberlandesgericht
QuHGZ	=	„Quartalshefte der Girozentrale“ (1966-1989) [Jahr, Seite]; Entscheidungen: Jahr, Heft/Nummer]
Pkt	=	Punkt
PlssB	=	Plenissimarbeschluss
RdW	=	„Österreichisches Recht der Wirtschaft“(1983 ff) [Jahr, Seite]
RGBI	=	österreichisches Reichsgesetzblatt
RpflG	=	deutsches Rechtspflegergesetz
RpflSlg	=	Rechtspflegersammlung
RV	=	Regierungsvorlage
RZ	=	„Österreichische Richterzeitung“ (1907-1938, 1954ff) [Jahr, Seite]
Rz	=	Randziffer
s	=	siehe
sa	=	siehe auch
sA	=	samt Anhang

sen	=	senior
SR	=	Sachenrecht
StGG 1867	=	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte des Staatsbürgers RGBI 1867/142 idgF
str	=	strittig
stRsp	=	ständige(r) Rechtsprechung
SZ	=	„Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil-(und Justizverwaltungs-)sachen“, veröffentlicht von seinen Mitgliedern (1919-1938, 1946 ff) [Band/Nummer]
TN	=	Teilnovelle zum ABGB (1.TN: RGBI 1914/276; 2.TN: RGBI 1915/208; 3.TN: RGBI 1916/69 idF BGBI 1982/370)
ua	=	und andere, unter anderem
udgl	=	und dergleichen
UGB	=	Unternehmensgesetzbuch BGBI I 2005/120
UHG	=	Urkundenhinterlegungsgesetz BGBI 1974/326
uU	=	unter Umständen
uva	=	und viele andere
VersVG	=	Versicherungsvertragsgesetz 1958 BGBI 1959/2 (zgd BGBI I 1997/140)
vgl	=	vergleiche
verst Senat	=	verstärkter Senat
WGN 1989	=	Wertgrenznovelle 1989 BGBI 343 (idF BGBI 1989/428)
WGN 1997	=	Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1997 BGBI I 1997/140
WBl	=	„Wirtschaftsrechtliche Blätter“ (1987 ff) [Jahr, Seite]
zB	=	zum Beispiel
ZBl	=	„Zentralblatt für die juristische Praxis“ (1883-1938) [Jahr, Seite]
zgd	=	zuletzt geändert durch
ZIK	=	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZPEMRK	=	Zusatzprotokoll zur europäischen Menschenrechtskonvention
ZPO	=	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113 (zgd BGBI I BGBI I Nr 2006/7)
ZVG	=	deutsches Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZVN	=	Zivilverfahrens-Novelle

Literaturverzeichnis

- Adamovich*, Grundbuch und Verfassung, NZ 1992, 38 ff.
- Angst* (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung, Wien 2000 – (Bearbeiter) in *Angst*, EO § Randziffer.
- Angst/Jakusch/Mohr*, Exekutionsordnung, Manz Große Ausgabe, 14. Auflage, Wien 2004 – *Angst/Jakusch/Mohr*, MGA EO¹⁴ [Seite].
- Angst/Jakusch/Pimmer*, Exekutionsordnung, Manz Große Ausgabe, 13. Auflage, Wien 1995 – *Angst/Jakusch/Pimmer*, MGA EO¹³ [Seite].
- Angst/Jakusch/Pimmer*, Exekutionsordnung, Manz'scher Taschenkommentar, 13. Auflage, Wien 2002 – *Angst/Jakusch/Pimmer*, MTA EO¹³ [Seite].
- Apathy*, Das Saldoanerkennnis nach österreichischem Recht, ÖBA 1999, 679.
- Apathy*, Kreditnehmer- und Kreditgeberwechsel bei Höchstbetragshypotheken, ÖBA 2000, 1031 (Teil I), ÖBA 2000, 1041 (Teil II).
- Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht, 3.Auflage, I (1987), II (1993) – *Avanzini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht Band Randziffer.
- Bartsch*, Das österreichische allgemeine Grundbuchsgesetz in seiner praktischen Anwendung, 7. Auflage, Wien 1933 – *Bartsch*, GBG⁷ [Seite].
- Berger*, Vermischte exekutionsrechtliche Fragen, ÖJZ 1982, 10.
- Böhm, P*, Widerspruch gegen die Verteilung (§ 213 EO) und Klage aus dem besseren Recht (§ 231 Abs 4 EO), ÖJZ 1974, 533.
- Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung I bis IV, Wien 2000 – (Bearbeiter) in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § Randziffer.
- Calligaris*, Credit- und Maximalhypotheken nach österreichischem und deutschem Recht, GZ 1903/6.
- Canaris*, Funktionen und Rechtsnatur des Kontokorrents, FS Hämmerle (1972) 55.
- Dolensky*, Über die Behandlung der „Nebengebühren bis zum Höchstbetrage“ (Kostencautionen) bei der Meistbotvertheilung, GH 1900/30 und 31.
- Eccher*, Die Akzessorietät bei Höchstbetragshypotheken, JBl 1987, 775.
- Exner*, Das österreichische Hypothekenrecht (1876) – Hypothekenrecht [Seite].
- Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Wien 1990 – *Fasching*, Lehrbuch² Randziffer.

- Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. Auflage, Wien 2004 – (Bearbeiter) in *Fasching/Konecny*, ZPO² § Randziffer.
- Feil*, Grundbuchsgesetz, Kurzkomentar für die Praxis, 3. Auflage (1998) – *Feil*, GBG³ [Seite].
- Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher*, Österreichisches Sachenrecht² (1985) – *Gschnitzer*, Sachenrecht² [Seite].
- Heller/Berger/Stix* (Hrsg), neu bearbeiteter Kommentar zur Exekutionsordnung von *Neumann/Lichtblau*, 4. Auflage (1969 bis 1976) – *Heller/Berger/Stix*, Band [Seite].
- Hofmeister*, Die Grundsätze des Liegenschaftserwerbes in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert, Wien 1977 – Liegenschaftserwerb [Seite].
- Hofmeister*, Welche Unterschriften muss eine grundbuchsfähige Pfandbestellungsurkunde tragen? NZ 1981, 113.
- Hoyer*, Die Simultanhypothek Ihre Einordnung ins System des Sachenrechts, zugleich ein Beitrag zum Exekutionsverfahrensrecht, 2. Auflage, Wien 1977 – Simultanhypothek² [Seite].
- Hoyer*, Zwei Fragen der Höchstbetragshypothek, FS Demelius (1973), 349.
- Hoyer*, Kann eine Höchstbetragshypothek zugleich Forderungen aus gewährtem und aus künftig zu gewährendem Kredit sichern?, FS Strasser (1983), 931.
- Hoyer*, Gläubiger und Schuldnerwechsel im Hypothekenrecht, JB1 1991, 710.
- Hoyer*, Grundbuchsrecht und Grundbuchspraxis, NZ 1995, 1.
- Hoyer*, Grundbuchsrecht und Grundbuchspraxis IV, NZ 2000, 161.
- Iro*, Universalsukzession auf Kreditnehmerseite und Höchstbetragshypothek, ÖBA 1997, 345.
- Iro*, Höchstbetragshypothek auch für mehrere Grundverhältnisse?, RdW 2000/3.
- Janser/Schreier*, Höchstbetragshypothek und künftige Forderungen, NZ 1988, 2.
- Jaksch*, Handbuch des Hypothekenwesens, Wien 1960 – Handbuch, [Seite].
- Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage I/1 (1964), I/2 (1962), II (1950), III (1952), IV/1 (1968), IV/2 (1978), V (1954), VI (1951), Ergänzungsband (1977) – (Bearbeiter) in *Klang*² I/1 bis VI, Ergbd [Seite].
- Kodek*, Kommentar zum Grundbuchsgesetz, Manz (2007) – (Bearbeiter) in *Kodek* GBG, § Randziffer.
- Konecny*, Bekämpfung vollstreckbarer oder festgestellter Konkursforderungen, JB1 1995, 409.
- Kornitzer*, Studien zum Meistbotsverteilungsverfahren, GH 1904/9.

- Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 13. Auflage, I (2006), II (2007) – *Koziol/Welser*, I, II¹³ [Seite].
- Kurzbauer*, Höchstbetragshypothek, Manz (1999) – Höchstbetragshypothek [Seite].
- Lehmann*, Die Zwangsversteigerung nach der österreichischen Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896, Wien 1906 – Zwangsversteigerung [Seite].
- Mayr*, 100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze (Wien 1998), 99 ff (105) – (Bearbeiter) in *Mayr* 100 Jahre ZPO [Seite].
- Mohr*, Die neue Zwangsversteigerung Exekutionsordnungsnovelle 2000, *ecolex spezial – Mohr*, *ecolex* 2000, [Seite].
- Musger*, Verfahrensrechtliche Bindungswirkungen und Art 6 EMRK, JBI 1991, 420 (Teil I) und JBI 1991, 499 (Teil II).
- Neumann*, Kommentar zur Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896, Wien 1909-1910 – *Neumann*, EO [Seite].
- Neumann/Lichtblau*, Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. Auflage, Wien 1929 – *Neumann/Lichtblau*, EO³ [Seite].
- Nunner-Krautgasser*, Die Haftungsklagen Reine Vermögenshaftung und „Duldung“ der Exekution, ÖJZ 2007/61.
- Oberhammer*, Objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion, JBI 2000, 205.
- Ostheim*, Nebengebühren bei Höchstbetragshypotheken, JBI 1960, 625.
- Puster*, Zwangsversteigerung 2001, 2. Auflage, Graz 1984, (Stand 10/04) – *Puster*, Zwangsversteigerung Randziffer.
- Raschauer* (Hrsg), Grundriss der österreichischen Wirtschaftsrechts, Wien 1998 – Wirtschaftsrecht, Randziffer.
- Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2003 – *Rechberger/Simotta*⁶ Randziffer.
- Reischauer*, Kreditnehmerwechsel und Höchstbetragshypothek, JBI 1979, 298.
- Reischauer*, Probleme bei der Umschuldung hypothekarisch sichergestellter Verbindlichkeiten (§§ 1358, 1422 und 1394 ABGB), ÖJZ 1982, 287 und 309 (Schluss).
- Reischauer*, Zum automatischen Pfandrechtsübergang, insb bei notwendiger Zession, ÖJZ, 1989, 232 (Schluss).
- Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage I (1990), II (1992) – (Bearbeiter) in *Rummel*, ABGB² § Randziffer.

- Rummel*, (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage I (2000), II/2b (2004), II/3 (2002), II/4 (2002), II/5 (2003), Ergbd (2003) – (Bearbeiter) in *Rummel*, ABGB³ § Randziffer.
- Schima sen*, Buchbesprechung zur von *Heller/Berger/Stix* vollständig neubearbeiteten 4. Auflage der Exekutionsordnung von *Neumann/Lichtblau*, ÖJZ 1974, 54.
- Schrammel*, Ist die Eintragung einer Höchstbetragspfandrechtes für alle Forderungen, die aus dem „gewährten oder in Hinkunft zu gewährenden“ Kredite entstehen können, zulässig? NZ 1970, 6.
- Schuhmacher*, Zur Hypothekenanfechtung aus Anlass der E OGH 5 Ob 693, 694/82, ÖJZ 1985, 165.
- Schumacher*, Richterliche Anleitungspflichten, Manz Wien 2000 – Anleitungspflichten, [Seite].
- Schwimmann*, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage I (1997), II (1998), III (1997), IV (2001), V (1997), VI (1997), VII (1997), VIII (1997) – (Bearbeiter) in *Schwimmann*, ABGB² § Randziffer.
- Steininger*, Plädoyer für volle Akzessorietät der österreichischen Hypothek, NZ 1998, 385.
- Storz*, Praxis des Zwangsversteigerungsverfahrens, 5. Auflage, C.H. Beck, München 1988 – Zwangsversteigerung [Seite].
- Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, 3. Auflage, Wien 2003 – (Bearbeiter) in *Straube*, HGB³ § Randziffer.
- Tilsch*, Einfluss der Civilprozessgesetze auf das Materielle Recht, Wien 1901.
- Wilhelm*, Erwerb der Höchstbetragshypothek durch den Zessionar?, WBI 1987, 295.
- Zöller*, Kommentar zur deutschen Zivilprozessordnung, 24. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2004 – (Bearbeiter) in *Zöller*, ZPO²⁴ § Randziffer.

I. Einleitung

Ein Schuldner ist nicht bloß zur Leistung verpflichtet, er haftet auch für seine Schuld. Der Gläubiger kann notfalls das gesamte Vermögen des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung heranziehen, man spricht von persönlicher Haftung¹. Viele Gläubiger wollen aber nicht vom jeweiligen Vermögensstand des Schuldners, welcher starken Schwankungen unterworfen sein kann abhängig sein und verlangen zusätzliche Sicherheit. Eine Möglichkeit, die Personalhaftung zu erweitern besteht darin, die Mitverpflichtung eines Anderen durch Schuldbeitritt oder Bürgschaft zu fordern. Dem Gläubiger steht dann das Vermögen des Mitverpflichteten als weiterer Haftungsfonds zur Verfügung. Eine solche Sicherheit ist aber begrenzt. Denn es ist durchaus denkbar, dass zugleich mit dem Schuldner auch der Mitschuldner zahlungsunfähig wird, sodass die Vollstreckung fruchtlos bleibt. Das Gesetz bietet daher die Möglichkeit einer besonderen dinglichen Haftung in Gestalt des Pfandrechtes. Deckt die Pfandsache wertmäßig die Forderung ab, so verleiht das Pfandrecht dem Gläubiger höchstmögliche Sicherheit. Er genießt für sein Recht im Hinblick auf das Pfand den Vorrang vor allen persönlichen Gläubigern und allen, denen die Sache nachträglich verpfändet wurde. Das Pfandrecht verschafft dem Gläubiger vor allem im Insolvenzverfahren in Gestalt eines Absonderungsrechtes Vorteile: Seine Forderung wird aus der verpfändeten Sache voll befriedigt, während ungesicherte Gläubiger nur die Konkursquote erhalten. Selbst wenn die Pfandsache vom Eigentümer veräußert wird, berührt dies das Pfandrecht grundsätzlich nicht². Kraft seiner Dinglichkeit besteht es unabhängig davon, wem das Eigentum an der Sache zusteht.

Aus der Sicht des Gläubigers ist daher das Pfandrecht – sofern erhältlich – der Bürgschaft vorzuziehen. Im Einzelnen bestehen etwa zwischen Bürgschaft und Pfandrecht folgende Unterschiede: Das Pfandrecht ist ein absolutes Recht, das eine Sachhaftung zum Inhalt hat. Das Recht gegen den Bürgen ist bloß obligatorischer Natur und hat eine persönliche Haftung des Bürgen zum Gegenstand. Beide Arten von Sicherungsmittel sind akzessorisch, die Bürgschaft ist idR subsidiär, dh der Bürge darf erst dann herangezogen werden, wenn der Hauptschuldner zumindest fruchtlos gemahnt wurde.

¹ *Koziol/Welser*, I³ 371.

² Weil der Pfandrechtserwerb an verbücherten Liegenschaften der Eintragung im Grundbuch bedarf, ist zufolge der Eintragung ein lastenfreier Erwerb der Liegenschaft im Vertrauen auf den Grundbuchsstand ausgeschlossen.

A. Wesen des Pfandrechts als dingliches Recht

Das Sachenrecht behandelt die Frage, wem die Sachgüter zugehören, wer sie beherrschen und über sie verfügen darf. Das Sachenrecht ist daher ein Recht der Güterzuordnung. Wegen dieser Herrschaft über „Dinge“ werden die Sachenrechte auch als dingliche Rechte bezeichnet. Dingliche Rechte sind das Recht des Eigentums, des Pfandes, der Dienstbarkeit, des Erbrechtes sowie der Reallast und des Baurechtes. Weil der Berechtigte die Achtung seines Rechtes von jedermann verlangen und gegen jedermann durchsetzen kann, sind die dinglichen Rechte absolute Rechte.

Aus all dem ergeben sich Unterschiede zwischen Sachenrecht und Schuldrecht: Schuldrechte verleihen keine unmittelbare Sachherrschaft, sondern räumen bloß Forderungsrechte gegenüber bestimmten Personen ein. Der Schuldner wird zwar dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet, er ist aber nicht „Herrschaftsobjekt“ des Gläubigers. Während im Schuldrecht prinzipiell Vertragsfreiheit herrscht, ist sie im Sachenrecht durch den sog. „Typenzwang der Sachenrechte“ beschränkt. Die Rechtsordnung³ schreibt vor, welche absoluten Rechte (Typen) zur Wahl stehen und welchen Inhalt sie haben. Im Bereich des Sachenrechtes besteht daher keine oder nur eine beschränkte inhaltliche Gestaltungsfreiheit; es besteht vielmehr ein „*numerus clausus*“, eine geschlossene Zahl von dinglichen Rechten.

Das ABGB regelt das Pfandrecht im 6. Hauptstück des 1. Teils (§§ 447 ff), wobei die allgemeinen Prinzipien gleichermaßen für das Pfandrecht an beweglichen wie unbeweglichen Sachen gelten „*Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, ... aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur rechten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen*“⁴. Das Pfandrecht dient sonach zunächst der Sicherung einer Forderung, bei Nichtzahlung der Befriedigung. Das Pfandrecht ist daher ein Wertrecht, es dient der Sicherung der Hauptforderung und notfalls der Befriedigung aus dem Pfandgegenstand. Danach sind Sicherungs- und Befriedigungsstadium des Pfandrechtes zu unterscheiden: Das Sicherungsstadium endet mit Fälligkeit der Forderung, sie bewirkt die Pfandreife⁵. Wird die Forderung bezahlt, ist das Pfandrecht zurückzustellen, wird sie nicht bezahlt, tritt das Befriedigungsstadium ein.

³ Vgl § 308 ABGB.

⁴ § 477 Satz 1 ABGB.

⁵ *Gschnitzer*, Sachenrecht² 207.

B. Allgemeine Pfandrechtsprinzipien

1. Akzessorietät

Weil das Pfandrecht bloße Sicherungsfunktion hat, ist die Pfandhaftung von einer gesicherten Forderung abhängig. Das Akzessorietätsprinzip verlangt aber nicht, dass die zu sichernde Forderung dem Gläubiger gegen den Eigentümer der Pfandsache zusteht. „Personalschuldner“ und „Realschuldner“ können demnach verschiedene Personen sein⁶. Die Bezeichnung „Realschuldner“ ist insofern nicht korrekt, als der Realschuldner nicht „Schuldner“ der Forderung ist, er hat lediglich bei Nichtzahlung des persönlichen Schuldners die Exekution in die verpfändete Sache zu dulden, dh ihn trifft bloß eine Sachhaftung⁷. Bestellt ein Dritter von vornherein seine Sache zum Pfand, spricht man von Drittpfandbestellung. Die bloße Sachhaftung kann ihn aber auch aufgrund des Erwerbs der pfandverfangenen Sache treffen. Im Folgenden soll jedoch für die Fälle einer bloßen Sachhaftung Dritter die allgemein übliche Bezeichnung „Realschuldner“ beibehalten werden.

Ein Pfandrecht kann auch zur Sicherstellung bedingter und künftiger Forderungen bestellt werden, sofern diese zur Zeit der Pfandrechtsbegründung ausreichend individualisierbar sind⁸. Das Akzessorietätsprinzip verlangt daher nicht, dass die Forderung bereits zum Zeitpunkt der Pfandrechtsseinräumung, wohl aber, dass sie zum Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung besteht.

2. Spezialität

Auch für das Pfandrecht gilt der Satz, dass dingliche Rechte nur an individuell bestimmten Sachen für genau umschriebene Forderungen begründet werden können⁹. Anders als nach römischem Recht ist daher die Begründung eines „Generalpfandrechtes“ am gesamten Vermögen ebenso ausgeschlossen, wie die Verpfändung einer Sache für sämtliche Forderungen eines Gläubigers (sog „*pignus gordianum*“). Dieses Prinzip dient der Erleichterung des Rechtsverkehrs, der umso flüssiger ist, je einfacher es sich für Gläubiger

⁶ *Koziol/Welser*, I¹³ 372; *Exner*, Hypothekenrecht 38.

⁷ Voraussetzung ist freilich auch hier, dass eine gesicherte Forderung gegen den Schuldner besteht. Der Realschuldner kann sich freilich der dem Personalschuldner zustehenden Einwendungen gegen die gesicherte Forderung bedienen (*Koziol/Welser*, I¹³ 372; OGH in ÖBA 1998, 976).

⁸ *Koziol/Welser*, I¹³ 373.

⁹ *Koziol/Welser*, I¹³ 239 und 374.

gestaltet, die Pfandverfangenheit bzw -eignung einer Sache zu überprüfen¹⁰. Das Spezialitätsprinzip dient aber auch der Verwirklichung des Typenzwangs im Sachenrecht. Die für die dingliche Zuordnung einer Sache erforderliche Publizität der Sachenrechte wird grundsätzlich durch den Besitz gewährleistet. Es muss im allgemeinen Interesse des Rechtsverkehrs auch Außenstehenden zumindest in Umrissen erkennbar sein, welche Sachherrschaft in Frage steht und wie weit diese reicht¹¹. Dieser Gedanke der Rechtssicherheit und Klarheit der Vermögenszuteilung hat zur Folge, dass die Art der Sachenrechte durch das Gesetz vorgeschrieben wird und die Parteien nicht in der Lage sind, neue Sachenrechte zu bilden, indem der privatautonomen Gestaltung des Rechtsverhältnisses inter partes im Interesse des Rechtsverkehrs gewisse Beschränkungen auferlegt werden.

3. Rangprinzip

Im Gegensatz zum Schuldrecht gilt für das gesamte Sachenrecht, dass der zeitlich Frühere der rechtlich Stärkere ist¹². Es gilt der Grundsatz „*prior tempore potior iure*“, der aber nur dann durchführbar ist, wenn das zeitlich früher begründete Recht nach außen erkennbar, also mit Publizitätswirkung versehen ist. Im Bereich des Grundpfandrechtes ist dieser Grundsatz durch zahlreiche Vorzugspfandrechte, etwa der öffentlichen Hand oder auch der Wohnungseigentümergeinschaft durchbrochen, was regelmäßig zur Entwertung des eigentlich vorrangig begründeten vertraglichen Pfandrechtes führt.

4. Prinzip der ungeteilten Pfandhaftung

Die gesamte verpfändete Sache haftet für die gesamte Forderung, also solange bis diese vollständig beglichen ist. Wird die Forderung bloß teilweise getilgt, ist der Gläubiger grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Teil des Pfandes zurückzustellen¹³. Von geteilter Pfandhaftung spricht man demgegenüber dann, wenn von mehreren Pfandstücken jedes nur für einen – meist dem Wertverhältnis der Pfandstücke proportionalen – Teil der Forderung haftet.

¹⁰ Vgl Exner, Hypothekenrecht 58 f.

¹¹ Vgl Koziol/Welser, I¹³ 238.

¹² Koziol/Welser, I¹³ 366.

¹³ Koziol/Welser, I¹³ 374.

II. Grundsätze des Liegenschaftspfandrechts

Jene Rechtsnormen, welche zusammengenommen die Regelung des besitzlosen (*hypotheca*) Liegenschaftspfandrechts im objektiven Sinn zum Gegenstand haben, nennt man „Hypothekenrecht“. Demgegenüber bezeichnet man das subjektive Recht des aus dem Grundpfandrecht berechtigten Gläubigers als „Hypothekarrecht“¹⁴. Das Liegenschaftspfand ist „Hypothek“, dh besitzloses Pfand, was für den Pfandschuldner den Vorteil hat, dass er die Sache weiterhin benützen und vor allem mehrfach verpfänden kann¹⁵. Der Titel für den rechtsgeschäftlichen Pfandrechtserwerb liegt in aller Regel in einer rechtsgeschäftlichen Abmachung zwischen dem Pfandbesteller, der zugleich auch der persönliche Schuldner sein kann und dem Gläubiger, im sog Pfandbestellungsvertrag¹⁶. Der Erwerb des dinglichen Rechtes erfolgt durch Einigung über den Pfandrechtserwerb, zu dem bei beweglichen Sachen dem Prinzip der kausalen Tradition entsprechend als Modus noch die Übergabe, bei verbücherten Liegenschaften daher die Eintragung in das Grundbuch treten muss (§ 451 ABGB). Während bei Rechten an beweglichen körperlichen Sachen die erforderliche Publizitätswirkung durch den Besitz gewahrt wird, übernimmt diese Funktion bei verbücherten Liegenschaften die Eintragung in das Grundbuch. Die grundbücherliche Erfassung von Sachen ist auf Liegenschaften beschränkt, weil die Erstreckung auf bewegliche Sachen den Verkehr zu umständlich gestalten würde¹⁷.

A. Das Grundbuch

1. Historische Wurzeln und Rechtsquellen

Zweck des Grundbuchsrechtes ist es, die allgemeinen Pfandrechtsprinzipien im Grundverkehr zu verwirklichen. Besonders der Liegenschaftsverkehr ist auf das Grundbuch angewiesen, weil anders als bei beweglichen Sachen die für den Rechtsverkehr unerlässliche Publizität der Rechte nur durch die Eintragung in ein öffentliches Buch gewährleistet werden

¹⁴Der Begriff des Hypothekenrechts unterscheidet nicht zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht, weshalb auf die Berücksichtigung des Meistbotsverteilungsverfahrens im Titel dieser Arbeit nicht gesondert Bezug genommen wurde.

¹⁵ *Koziol/Welser*, I¹³ 380.

¹⁶ *Koziol/Welser*, I¹³ 377.

¹⁷ Das Pfandrecht an bürgerlich nicht eingetragenen Liegenschaften und an Superädifikaten wird durch gerichtliche Hinterlegung einer beglaubigten Pfandbestellungsurkunde erworben (§ 451 Abs 2 ABGB; §§ 1 ff UHG).

kann. Tatsächlich benötigte man das Grundbuch kaum, solange der Boden kein Handelsobjekt war. Altgriechische Stadtrechte kannten für Grundstücksgeschäfte Register und Archive mit Publizitätswirkung, das ägyptische Recht entwickelte zur Zeit der Ptolemäer (1. Jhd v Chr) ein ausgebildetes Grundbuchswesen¹⁸, wobei vor allem die steuerliche Erfassung Bedeutung hatte. Das römische Recht hatte bei der Ausbildung des Realkredites keine glückliche Hand. Es entwickelte – für bewegliche wie für unbewegliche Sachen – das besitzlose Pfand (*hypotheca*). Da die Sache in den Händen des Pfandbestellers verbleibt, ist der Gläubiger der Gefahr ausgesetzt, dass die Sache vernichtet, verschlechtert oder veräußert wird. Auch ist die Pfandverfangenheit der Sache für Dritte nicht erkennbar. Zudem kennt das römische Recht zahlreiche Generalhypotheken; dabei erstreckt sich das Pfandrecht auf das (gesamte) gegenwärtige und künftige (wechselnde) Vermögen; auch die besicherten Forderungen sind unbestimmt und auswechselbar. Man kann folglich nie sagen, welche Sache pfandbelastet ist und wofür. Demgegenüber hatte das deutsche Recht bei Fahrnis das Faustpfand, bei Liegenschaft die Buchhypothek – beide nur an bestimmten Gegenständen und für bestimmte Forderungen – ausgebildet; diese Grundsätze erhielten sich nach der Rezeption partikularrechtlich, woraus sich auch die Grundsätze des modernen Hypothekenrechts erklären. Unser Grundbuchsrecht ist geschichtlich vor allem vom böhmischen Landtafelrecht und den mittelalterlichen Stadtbüchern beeinflusst. Nach langwierigen Vorarbeiten und der vor allem in Tirol bestehenden Ablehnung wurde schließlich am 25.07.1871 das Grundbuchsgesetz (GBG) erlassen. Seither wurde das Grundbuchsgesetz mehrfach novelliert, vor allem 1955 und durch das GUG 1980, das die Umstellung auf EDV vorsieht. Das Grundbuchsrecht ist im Wesentlichen im GBG 1955, zum Teil auch im ABGB selbst geregelt¹⁹. Grundbuchsrechtliche Vorschriften finden sich weiters im GrundbuchsanelegungsG 1930, im LiegenschaftsteilungsG 1930, einige auch im VermessungsG 1968.

2. Einrichtungen des Grundbuches

Das Grundbuch besteht aus einem Hauptbuch und der Urkundensammlung (§ 1 GBG). Dazu tritt die Grundbuchsmappe (§ 3 AGAG). „Die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung der bürgerlichen Rechte (§ 9) wird nur durch ihre Eintragung in das Hauptbuch erwirkt.“ (§ 4 GBG). Dieser Grundsatz wird durchbrochen durch den Erwerb des

¹⁸ Vgl zum Ganzen *Gschneider*, Sachenrecht² 187 f.

¹⁹ Etwa §§ 431 bis 446; 451, 453, 297a ABGB.

Erben, den Erwerb des Erstehers im Zwangsversteigerungsverfahren, bei gesellschaftsrechtlicher Verschmelzung, bei Enteignung, im praktisch seltenen Falle des § 418 ABGB und beim Erwerb durch Ersitzung. Bei der Hypothek, einem Gebilde des Buches, ist der Eintragungsgrundsatz lückenlos durchgeführt²⁰.

Die Urkundensammlung²¹ enthält gemäß § 90 GBG „*von jeder Urkunde, auf Grund deren eine bücherliche Eintragung vorgenommen wird*“, eine beglaubigte Abschrift²², nur ausnahmsweise die Urschrift. Bücherliche Eintragungen können nur aufgrund schriftlicher Urkunden erfolgen, die in der Regel im Original vorgelegt werden müssen (§§ 87 ff GBG). Neben den Titelurkunden über den dinglichen Rechtserwerb, wie etwa des Eigentums oder des Pfandrechtes, werden in der Urkundensammlung vor allem noch die Urkunden über das dingliche Geschäft aufbewahrt, also etwa auch ein der Pfandbestellung zugrunde liegender Darlehens- oder Kreditvertrag. Grundbuchsbeschlüsse werden hingegen nicht in die Urkundensammlung aufgenommen. Maßgebend ist grundsätzlich allein die Eintragung im Hauptbuch. Sie gilt auch, wenn sie mit der Urkunde nicht übereinstimmen sollte; wenn sie fehlt, hilft eine Berufung auf die Urkunde nichts²³. Doch sind gemäß § 5 Satz 1 GBG nur „*die wesentlichen Bestimmungen der bücherlichen Rechte*“ in das Hauptbuch einzutragen. Bezieht sich aber die Eintragung im Hauptbuch ausdrücklich auf genau bezeichnete Stellen der Urkunde, gelten sie gemäß § 5 Satz 2 GBG „*als im Hauptbuch eingetragen*“.

3. Die bücherlichen Eintragungen

Nach § 8 GBG können im Grundbuch drei Arten von Eintragungen erfolgen: Einverleibungen, Vormerkungen oder bloße Anmerkungen. Die Einverleibung (Intabulation) bewirkt die unbedingte Erwerbung, Übertragung, Beschränkung oder Löschung bücherlicher Rechte; die Vormerkung, auch Pränotation genannt, ist eine durch nachträgliche Rechtfertigung bedingte Einverleibung mit ex tunc Wirkung. Im Unterschied dazu macht die Anmerkung rechtlich relevante Tatsachen ersichtlich oder begründet gewisse gesetzlich vorgesehene Rechtswirkungen.

²⁰ *Gschnitzer, Sachenrecht*² 39.

²¹ Die für die Urkundensammlung bestimmten Urkunden sind nunmehr gemäß § 2 Abs 1 des Gesetzes Allgemeine Umstellung der Urkundensammlung des Grundbuchs, BGBl I 2006/23, im elektronischen Urkundenarchiv der Bundesrechenzentrum GesmbH zu speichern.

²² § 6 Abs 1 GBG.

²³ *Gschnitzer, Sachenrecht*² 30.

a) Einverleibung

Wie sich aus §§ 449 ff ABGB und §§ 26 ff GBG ergibt, setzt die Einverleibung eines Pfandrechtes erstens die Vorlage einer Urkunde über den Titel des Erwerbsgeschäftes, also des Pfandbestellungsvertrags voraus; zweitens ist eine Aufsandungserklärung erforderlich; dabei handelt es sich um die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dessen Recht beschränkt, belastet oder aufgehoben werden soll, in die Einverleibung einzuwilligen (dingliche Einigung). Auf dem Pfandbestellungsvertrag müssen die Unterschriften beider Parteien, also auch des Erwerbers gerichtlich oder notariell beglaubigt aufscheinen; der Beglaubigungsvermerk hat bei natürlichen Personen auch das Geburtsdatum zu enthalten. Dies gilt sinngemäß auch für die Einverleibung der Löschung des Pfandrechtes aufgrund einer Löschungsquittung, erübrigt sich aber naturgemäß bei erfolgreicher Löschungsklage.

b) Vormerkung

Die Vormerkung dient wie erwähnt dem bedingten Rechtserwerb oder Rechtsverlust des Pfandrechts und ist vor allem dann möglich, wenn eine private Urkunde zwar die allgemeinen, nicht aber die für die Einverleibung aufgestellten Erfordernisse aufweist, etwa wenn die erforderliche Beglaubigung oder die Aufsandungserklärung fehlt, aber auch dann, wenn die öffentliche Urkunde, zB ein Rückstandsausweis der Abgabenbehörde noch nicht vollstreckbar ist. Durch die Vormerkung wahrt der Antragsteller seinen Rang. Das Begehren um Einverleibung begreift jenes um Vormerkung stillschweigend in sich, wenn der Antragsteller dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat²⁴. Die Rechtsänderung tritt erst dann – mit ex tunc Wirkung – ein, wenn die „*Rechtfertigung*“ der Vormerkung erfolgt. Die Rechtfertigung wird im Hauptbuch angemerkt und hat zur Folge, dass das bedingt bestehende Recht zum unbedingten wird.

c) Anmerkung

Die bücherliche Anmerkung kommt in zwei Arten vor:

²⁴ § 85 Abs 3 GBG.

- a) Zur Ersichtlichmachung rechtserheblicher Umstände, insb persönlicher Verhältnisse, etwa der Anmerkung der Minderjährigkeit des Erwerbers, der Bestellung eines Sachwalters, der Konkursöffnung; dies hat zur Folge, dass sich niemand mit der Unkenntnis des betreffenden Umstandes entschuldigen kann²⁵.
- b) Anmerkungen, welche darüber hinaus besonders geregelte Rechtswirkungen auslösen²⁶. Hierher gehört vor allem die Anmerkung der Rangordnung, die Anmerkung der Streitanhängigkeit²⁷, die Anmerkung der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens (§ 138 EO), der Zwangsverwaltung (§ 98 Abs 1 EO), die Anmerkung der beabsichtigten Veräußerung, Verpfändung, Abtretung, der Einräumung von Wohnungseigentum (§ 24a WEG) sowie der Entstehung des Pfandrechtes der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 28 WEG) ua. Voraussetzung für Anmerkungen nach § 20 lit b GBG ist, dass sie in einem anderen Gesetz vorgesehen sind.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Verpfändung, insb, weil sie die Rechtsgebühr in Höhe von 1% des eingetragenen Betrages gegenüber der Einverleibung erspart. Zwar wird mit der Anmerkung noch kein Recht – auch nicht bedingt oder betagt – erworben; der Anmerkung kommt aber für die Dauer ihrer einjährigen Wirksamkeit rangwahrende Wirkung zu und der mittels Rangordnungsbeschluss gesicherte Gläubiger ist jederzeit in der Lage, während dieser Frist ohne weiteres Zutun des Schuldners die Einverleibung seines Rechts zu erwirken, sodass eine Sicherungsfunktion gegeben ist. Anders als bei der Vormerkung soll nach Ansicht des OGH²⁸ der Gläubiger aber dann nicht geschützt sein, wenn die Berechtigung seines Vormannes in der Zwischenzeit bestritten wird und nach erfolgter Ranganmerkung die Anmerkung der Klage erfolgt, weil der gute Glaube an dessen Berechtigung auch noch im Zeitpunkt der Einverleibung verlangt wird²⁹.

²⁵ § 20 lit a GBG.

²⁶ § 20 lit b GBG.

²⁷ §§ 61 ff GBG.

²⁸ SZ 60/237; SZ 66/149.

²⁹ Diese Ansicht wird aber von *Spielbüchler* (ausführlich JBl 1997, 138 ff) zu Recht abgelehnt.

B. Einfluss des Grundbuchs auf die allgemeinen Pfandrechtsprinzipien

Die allgemeinen Pfandrechtsprinzipien erfahren im Bereich des Hypothekenrechtes einerseits durch das Grundbuchsrecht zT weit reichende Modifikationen, andererseits können sie hiedurch überhaupt erst sinnvoll verwirklicht werden.

1. Akzessorietätsprinzip

Das Pfandrecht ist Nebenrecht der gesicherten Forderung, ist also von ihrer Entstehung und ihrem Bestand abhängig³⁰, und kann ohne die gesicherte Forderung weder geltend gemacht noch übertragen werden. Bei Hypotheken ist infolge der Publizitätswirkung der Eintragung die Akzessorietät abgeschwächt: „Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekargut bleibt solange verhaftet, bis die Schuld aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist“³¹, dh wenn die gesicherte Forderung (zB infolge Tilgung) erloschen ist, besteht die Hypothek, solange sie nicht gelöscht ist, kraft Eintragung formell fort³². Die forderungslose Hypothek führt daher ein bloßes Buchleben, weshalb Hypotheken auch als *Wesen des Buches*³³ bezeichnet werden³⁴. Dies wird von der hM aus Verkehrsschutzgründen in Kauf genommen und damit begründet, dass ein Auseinanderklaffen zwischen Buchstand und materieller Rechtslage auf unbestimmte Zeit hin der Rechtssicherheit und damit dem Realverkehr abträglich wäre. Materiell unrichtig ist etwa die Pfandrechtseintragung aufgrund einer gefälschten Darlehensurkunde, oder es wurde die Darlehensvaluta nie zugezählt, bei nachträglichem Wegfall der Pfandschuld infolge (teilweiser) Tilgung – dem praktisch sicherlich bedeutsamsten Fall – oder bei nachträglichem Wegfall des Titels, zB infolge Anfechtung des der Pfandbestellung zugrunde liegenden Kreditvertrages wegen Willensmangels udgl.

³⁰ Vgl §§ 449 Satz 1, 469 Satz 1 ABGB.

³¹ § 469 Satz 3 und 4 ABGB.

³² § 469 Satz 3 bis 5 ABGB.

³³ *Gschnitzer, Sachenrecht*² 228.

³⁴ Wird eine Hypothek begründet, obwohl dem Pfandrecht keine zu sichernde Forderung unterliegt oder eine solche nachträglich weggefallen ist, kann das materiell unrichtige Pfandrecht nur durch bürgerlichen actus contrarius, also mittels Löschungsklage gemäß §§ 61 ff GBG wieder beseitigt werden.

2. Spezialitätsprinzip

Das Spezialitätsprinzip begreift jene Summe von Normen in sich, die zusammengenommen der Hypothek die Eigenschaft der „Spezialität“ geben, dh diejenige rechtliche Gestaltung, welche ihre Tauglichkeit für den Rechtsverkehr bedingt³⁵. Einerseits ist es erforderlich, dass die durch die Hypothek versicherte Forderung, durch welche der Inhalt des Hypothekarrechtes überhaupt erst entsteht und definiert wird, individualisierbar ist, andererseits muss auch die Pfandsache, welche vom Gläubiger zur Verwertung herangezogen werden kann, klar bestimmt sein. Der Verwirklichung des Spezialitätsprinzips im Bereich des Grundpfandrechtes dienen insb die §§ 10 bis 17 GBG.

Nach § 13 Abs 1 GBG kann das Pfandrecht entweder auf einen ganzen Grundbuchkörper oder bei Miteigentum auf den Anteil eines jeden Miteigentümers, dagegen nicht auf einzelne Bestandteile eines Grundbuchkörpers oder auf einen Teil des einem Miteigentümer im Grundbuch zugeschriebenen Anteils eingetragen werden. § 14 GBG lässt weiters die Eintragung des Pfandrechtes nur für eine ziffernmäßig bestimmte Forderung zu, welchem Erfordernis auch durch die Angabe eines Höchstbetrages entsprochen werden kann. Eine Einschränkung erfährt diese ziffernmäßige Bestimmtheit der eingetragenen *Belastung* aber dadurch, dass die §§ 16, 17 GBG eine Erstreckung des Hypothekarrechtes auf Nebengebühren wie Kosten und Zinsen ermöglichen, deren Umfang zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung naturgemäß noch nicht feststehen kann. Die im Grundbuch eingetragene Geldsumme bezieht sich daher bei Festbetragshypotheken gemäß § 14 Abs 1 GBG nur auf das pfandrechtlich gedeckte Kapital, während bei Höchstbetragshypotheken gemäß § 14 Abs 2 GBG nach hM im eingetragenen Betrag auch die Nebengebühren zu berücksichtigen sind.

3. Rangprinzip

Da die Sicherheit der einzelnen Hypothek und damit ihr Wert in gleicher Weise von ihrem Objekt selbst, wie auch von der Rangstellung abhängt, welche sie an dem betreffenden Objekt unter konkurrierenden Rechten behauptet, verlangt das Spezialitätsprinzip, dass auch in dieser Beziehung die erforderliche Bestimmtheit gegeben ist. Abgesehen von einzelnen Vorrangsprivilegien bestimmt sich der Rang einer Hypothek grundsätzlich nach dem

³⁵ Exner, Hypothekenrecht 59.

Zeitpunkt des Einlangens des Eintragungsgesuches (§ 29 GBG). Die entsprechende Tagebuchzahl, die an der Spitze der jeweiligen Eintragung im Hauptbuch steht, gibt Auskunft über die Rangstellung des jeweiligen Rechtes. Für den Rang einer Hypothek ist somit weder der Zeitpunkt der Eintragung noch jener der Entstehung der Forderung maßgeblich. Alle Hypotheken sind gleichermaßen gegenwärtige und aktive Rechte. Wenn das Meistbot nach vollzogener Zwangsversteigerung zur Deckung sämtlicher Buchberechtigten ausreicht, kommt deren Rang keinerlei Bedeutung zu. Erst wo im entgegen gesetzten Fall eine Kollision der Rechte vorliegt, findet diese ihre Lösung zu Gunsten des im Rang vorausgehenden auf Kosten des nachstehenden Berechtigten. Der Rang einer Hypothek ist also eine *dingliche* Rechtsbeziehung derselben zu allen übrigen bürgerlichen Rechten an demselben Objekt³⁶, weshalb auch dem Rang absolute Wirkung zukommt. Ein Rang besteht und wirkt aber daher nur, sofern Rechte Dritter an dem gleichen Objekt vorhanden sind, gegen die er wirken kann.

Eine dinglich wirkende Änderung der Rangordnung erfolgt durch Vorrangseinräumung nach § 30 GBG, uU aber auch, wenn es bei Löschung des Pfandrechtes zur Vorrückung des aus der Lösungsverpflichtung berechtigten Nachhypothekars kommt. Besteht etwa eine Lösungsverpflichtung nicht zugunsten des unmittelbar nachfolgenden, wohl aber zugunsten eines postlozierten Berechtigten, so rückt dieser vor und überspringt den unmittelbar nachrangig Eingetragenen. Es kommt zu einem gesetzlichen Rangtausch³⁷ aufgrund des Verfügungsrechts des Eigentümers. Dieser hat bereits im Zeitpunkt der Eintragung des nachfolgenden Rechtes zu dessen Gunsten auf die Verfügung über den besseren Buchrang verzichtet bzw sich diese ihm gegenüber nicht ausbedungen. Lange Zeit legte man die unrichtige Anschauung *Klangs*³⁸ zugrunde, wonach mit der Vorrückung des Berechtigten auch die anderen Nachrangigen in Folge einer Reflexwirkung und nicht kraft eigenen Rechts nachrückten. Nach richtiger Ansicht sind jedoch von mehreren Buchberechtigten nur jene vorrückungsberechtigt, zu deren Gunsten eine Lösungsverpflichtung besteht. Dies sei an folgendem Beispiel³⁹ verdeutlicht:

Zugunsten der Gläubiger A, B und C in den Rängen CInr 1, 2 und 3 haften Pfandrechte in Höhe von 100.000, 200.000 und 300.000. Nur zugunsten des B besteht hinsichtlich der Hypothek des A eine Lösungsverpflichtung. Erlischt nun die Hypothek des

³⁶ Exner, Hypothekenrecht 517.

³⁷ Reischauer, JBl 1979, 307 ff ua.

³⁸ Klang in Klang² II 535 f.

³⁹ Vgl Reischauer, JBl 1979, 307.

A, so rückt B mangels Verfügungsrechts des Eigentümers E im Umfang von 100.000 vor. Ein Verfügungsrecht des E besteht jedoch im Rang CINr 2 in Höhe von 100.000, da B in diesem Umfang vorgerückt und C seinerseits nicht vorrückungsberechtigt ist. Begründet E eine neue Forderung in diesem Rang, so ist diese Forderung gegenüber B nachrangig besichert⁴⁰. Ist das Verfügungsrecht lediglich zu Gunsten des C ausgeschlossen, rückt C mit 100.000 in den Rang CINr 1 des A ein und überspringt B in diesem Ausmaß. Mit 200.000 ist C nach wie vor im Rang CINr 3 besichert. Entsprechendes gilt, wenn die vorrangige Hypothek infolge Teilzahlung nur teilweise erlischt.

Weil das Verfügungsrecht des Eigentümers nach hA mit der Zuschlagserteilung erlischt – bis dahin kann der Eigentümer sein Verfügungsrecht ausüben –, soll für die Rangordnung in der Meistbotsverteilung nicht der Bestand oder Nichtbestand von Lösungsverpflichtungen maßgebend sein, sondern die Rangordnung der bürgerlichen Rechte nach Tag ihrer Begründung (§ 29 GBG). Auch wenn die Rsp⁴¹ unter Berufung auf § 138 EO ein *Verfügungsrecht* des Eigentümers nach der Zuschlagserteilung verneint, ist zu berücksichtigen, dass der Verpflichtete ja schon im Zeitpunkt der nachfolgenden Pfandrechtseintragung mit dinglicher Wirkung auf sein Verfügungsrecht zu Gunsten des nachfolgenden Berechtigten verzichtet hat, eine Verfügung iSd § 469 ABGB⁴² im Zuge des Exekutionsverfahrens somit überhaupt nicht erfolgt.

Das Verfügungsrecht des Eigentümers ist Ausfluss seines Eigentumsrechts an der Pfandliegenschaft und soll ihm die Möglichkeit geben, nach Erlöschen – aber vor Löschung – einer Hypothek den dadurch frei gewordenen Rang unter Ausschluss der Vorrückung der nachrangigen Gläubiger für eine Umschuldung zu nützen. Der Ausschluss der Vorrückung der nachfolgenden Gläubiger lässt sich damit rechtfertigen, dass deren schlechterer Rang regelmäßig durch einen erheblich höheren Zinssatz abgegolten wird. Um dem Eigentümer bei Bestellung einer Hypothek nicht zu sehr dem wirtschaftlichen Druck des Gläubigers auszusetzen, sollte nach § 469a ABGB dem Pfandgläubiger nicht die Möglichkeit gegeben werden, seine Hypothek als unkonvertierbar zu bestellen und dadurch dem Eigentümer die

⁴⁰ SZ 1/101.

⁴¹ RIS-Justiz RS0002782.

⁴² Auch Verfügungen des Eigentümers gemäß §§ 53, 58 und 59 GBG erfolgen regelmäßig in Ausübung des Verfügungsrechts des Eigentümers gemäß § 469 ABGB und sind nach *Hoyer* (JBl 1989, 659 ff) sogar trotz bestehender Lösungsverpflichtung nach § 469a ABGB zulässig. Ferner kann die Rechtfertigung einer Vormerkung unter den Voraussetzungen des § 228 EO bis zur letzten Verteilungstagsatzung nachgewiesen werden und auch die Ausnützung einer AdRO für die beabsichtigte Verpfändung gemäß § 53 GBG ist nach der Rsp (SZ 51/166) bis zu diesem Zeitpunkt statthaft.

Möglichkeit zu nehmen, unter Ausnutzung seines Verfügungsrechtes einen günstigeren Kredit aufzunehmen. Diese Bestimmung wurde in Verkennung des zugrunde liegenden Gedankens durch die Grundbuchsnovelle 1997⁴³ geändert und die bis dahin bestehende Rechtslage in ihr Gegenteil verkehrt⁴⁴. Die Anmerkung der Lösungsverpflichtung, die von den Gläubigern – meist Banken – nicht zuletzt aufgrund wirtschaftlicher Überlegenheit regelmäßig durchgesetzt werden konnte, habe zu einer übermäßigen Belastung des Grundbuches und der zuständigen Organe geführt. Der Gesetzgeber hat mE ganz offensichtlich die ratio der §§ 469, 469a ABGB und damit die Tragweite der mit der Novellierung verbundenen Folgen für den Erhalt des Eigentums an der Liegenschaft übersehen.

C. Prinzipien des Grundbuchsrechts

Die Einrichtung des Grundbuches bringt es mit sich, dass im Hypothekenrecht weitere Prinzipien verwirklicht werden können, welche über das Erfordernis der Publizität, die bei beweglichen Sachen durch den Besitz gewahrt wird, zT weit hinausgehen. Das Spezialitätsprinzip ist insb durch das formelle und das materielle Publizitätsprinzip des Grundbuchs verwirklicht.

1. Formelles Publizitätsprinzip (Öffentlichkeitsgrundsatz)

*„Das Grundbuch ist öffentlich. Jedermann kann das Grundbuch in Gegenwart eines Grundbuchsbeamten einsehen und Abschriften oder Auszüge daraus erheben; der Grundbuchsführer hat sie zu erteilen“*⁴⁵. Nicht nur das Hauptbuch, sondern auch die Urkundensammlung steht jedermann zur Einsicht offen. Gemäß § 5 GUG ist bei automationsunterstützten Grundbüchern die Einsicht in das Hauptbuch und in die Hilfsverzeichnisse durch die Ausfertigung von Abschriften zu gewähren. Nach § 5 Abs 5 GUG sind Abschriften und Einsicht bei jedem Grundbuchsgericht auch über Grundbücher zu gewähren, die bei anderen Gerichten geführt werden. Notare haben nach § 7 GUG in ihrer Kanzlei die technischen Voraussetzungen für die Grundbuchsabfrage zu schaffen und jedermann Einsicht

⁴³ BGBl 1997/30.

⁴⁴ Die Neuregelung gilt seit 01.01.1998; Anmerkungen der Lösungsverpflichtung nach § 469a ABGB aF behalten gemäß Art VI § 2 Grundbuchsnovelle 1997 jedoch ihre Rechtswirkung.

⁴⁵ § 7 GBG; Einsichtsrecht.

zu gewähren. Bei den Personenverzeichnissen ist jedoch nach § 6 GUG die Publizität beschränkt. Daraus sind nur den eingetragenen Personen – über die sie betreffenden Eintragungen – und Personen, die ein rechtliches Interesse daran glaubhaft machen können, Auskünfte zu erteilen.

2. Materielles Publizitätsprinzip (Vertrauensgrundsatz)

Um seinen Zweck erfüllen zu können, ist es grundsätzlich erforderlich, dass das Grundbuch neben der Vollständigkeit der bestehenden Rechtsverhältnisse auch für die Richtigkeit der Eintragungen Gewähr bietet. Diese Aussage enthält jedoch keinen Rechtssatz, sondern nur ein Postulat, welches der Verwirklichung möglichst nahe gebracht werden soll. Der Gedanke, dem Grundbuch rechtliche Glaubwürdigkeit zu verleihen, führt zu positiven Normen, die tief in das materielle Recht einschneiden, umso tiefer, je umfassender dieser Gedanke verwirklicht werden soll. Demzufolge ist der Inhalt des Buches – unter gewissen Voraussetzungen und gegenüber einem bestimmten Personenkreis – selbst dann als rechtsbeständig anzusehen, wenn er mit der tatsächlichen Rechtslage im Widerspruch steht. Man kann daher das materielle Publizitätsprinzip auch als Prinzip der (formellen) Grundbuchswahrheit bezeichnen. Für das Liegenschaftspfand gilt jedenfalls der Eintragungsgrundsatz, der folglich mit dem materiellrechtlichen Akzessorietätsprinzip als „Wahrheitsprinzip“ in ein Spannungsverhältnis gerät. Die materielle Unrichtigkeit des Grundbuchstandes und damit die Wirkungslosigkeit eines Pfandrechtes, dem keine zu sichernde Forderung unterliegt, folgen aus diesem zuletzt genannten Prinzip. Fraglich ist nun, ob und unter welchen Voraussetzungen bzw. wem gegenüber die materiell unrichtige Pfandrechtseintragung Wirkung entfalten soll.

Die für das österreichische Recht vornehmlich von *Exner*⁴⁶ vertretene Theorie der „formellen Rechtskraft“ des Bucheintrags behandelt jede formal gültig zustande gekommene Eintragung bis zu ihrer Löschung als wirksam, unabhängig davon, ob sie der materiellen Rechtslage entspricht oder nicht, und beschränkt diese Wirkung *nicht* auf den geschützten Erwerb im Vertrauen auf den Buchstand. Demnach ist auch der Erwerb desjenigen, der von der wahren Rechtslage Kenntnis hat – also schlechtgläubig ist – wirksam, dem dadurch Verkürzten stehen lediglich Bereicherungsansprüche zu. Nach dieser an das in Deutschland

⁴⁶ Hypothekenrecht 75 und 83 ff.

herrschende Prinzip der abstrakten Tradition angelehnten Theorie kommt der lediglich formell richtigen Eintragung des Pfandrechtes ohne Rücksicht auf deren materiellrechtliche Richtigkeit absolute Wirksamkeit zu, das Pfandrecht bleibt ungeachtet außerbücherlicher Umstände jedenfalls bis zu seiner Löschung allgemein wirksam.

In Abkehr vom gemeinrechtlichen Traditionsprinzip wurde die Weiterentwicklung des Tabularwesens im Naturrechtzeitalter, wodurch die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften von einer Eintragung auf einem „Stück Papier“ abhängig gemacht werden konnte, als ein Symbol fortgeschrittener Rechtsentwicklung freudig begrüßt, weil damit der nach Beweglichkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs strebenden Zeitströmung besser entsprochen werden konnte, als mit den Mitteln der historischen Rechtsschule bzw der aus ihr hervorgegangen Pandektistik. Charakteristisch für die Übertragung der naturrechtlichen positivistischen Darstellungsmethode auf das Zivilrecht ist die Heranziehung von historischen Rechtsfiguren, insb des römischen Rechts, um aktuelle Rechtsprobleme einer praktischen Lösung zuführen zu können.

Im Falle der Theorie von der formellen Rechtskraft der Grundbucheintragung handelt es sich um eine Entwicklung des abstrakten Schuldanerkenntnisses bzw -versprechens abgeleitet aus der römischrechtlichen Stipulation. Ebenso beeinflusst ist diese Theorie von der Natur des Wechselvertrages als „abstraktes Summenversprechen“ und der späteren Partikulargesetzgebung der sechziger Jahre des 18. Jahrhunderts⁴⁷. Die Bestreitung formell gültig eingetragener Hypotheken aufgrund materieller Mangelhaftigkeit des Rechtes⁴⁸ – mag diese vom Verpflichteten oder einem anderen Beteiligten erhoben sein – könne überhaupt nur dann Erfolg haben, wenn dem gegenwärtigen Inhaber des bestrittenen Rechtes die Berufung auf das Vertrauen in das öffentliche Buch abgeschnitten sei. Genau umgekehrt die nunmehr hM: Die Bestreitung hat nur dann keinen Erfolg, wenn der Erwerb im Vertrauen auf das Grundbuch erfolgt. Die Ansicht *Exners*, wonach die lediglich formell gültig zustande gekommene Eintragung das Recht – wenn auch anfechtbar – ipso iure erzeuge, wird von der hM seit der Arbeit *Randas*⁴⁹ einhellig abgelehnt. Nicht die formgerechte Eintragung hat rechtserzeugende Kraft, sondern nur der berechtigte Glaube an den Buchinhalt, auch wenn sie nicht das absolute Recht selbst, aber doch die Stellung des Berechtigten mit allen Vorteilen verschafft. Der rechtsgeschäftliche Erwerb einer materiell bereits erloschenen aber noch eingetragenen Hypothekarforderung hat daher auch nicht zur Folge, dass die Forderung

⁴⁷ Ausführlich *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb 236 f.

⁴⁸ Vgl *Exner*, Hypothekenrecht 561 ff.

⁴⁹ GZ 1871/36-44; GZ 1876, 374.

„wieder auflebt“, die Forderung wird nur dem redlichen Zessionar gegenüber als rechtswirksam behandelt. Auch ist die Löschungsklage (§§ 61 ff GBG), mit welcher der Berechtigte die Wiederherstellung des früheren Buchstandes erreichen kann, nicht gegen den Buchstand, sondern gegen die materielle Berechtigung des nunmehr Eingetragenen zu richten. Der Vertrauensgrundsatz führt daher den Eintragungsgrundsatz auf das für den Rechtsverkehr erträgliche Maß zurück: Das Vorhandensein einer Eintragung schafft nicht das Recht, und das Fehlen einer Eintragung schließt das Recht nicht aus⁵⁰. Dies wird jedoch ua von der Rsp des OGH zu § 210 EO verkannt, wonach das gemäß § 14 Abs 1 GBG sichergestellte Kapital im Meistbotsverteilungsverfahren auch ohne Nachweis einer Forderung zu berücksichtigen ist⁵¹.

⁵⁰ *Gschnitzer*, Sachenrecht², 40.

⁵¹ Dazu ausführlich unten, Kap VII.C.2.

III. Pfandrechtsbegründung

A. Inhalt und Umfang des Pfandrechts

1. Die gesicherte Schuld

Da das Pfandrecht nicht Selbstzweck ist, sondern zufolge des Akzessorietätsprinzips nur in Verbindung mit einer zu sichernden Forderung seine Funktion vollständig ausüben kann, stellt sich die Frage nach der näheren Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner als Entstehungsgrundlage einer gesicherten Forderung und deren Bedeutung für den Inhalt und den Umfang des Pfandrechts. Nur schuldrechtlich tatsächlich entstandene Ansprüche können auch dinglich gesichert sein, wobei als weitere Voraussetzung noch die wirksame Pfandbestellung hinzu treten muss. Als Folge des Akzessorietätsgrundsatzes kann gegen die wirksame Pfandsicherung eines Anspruches sowohl eingewendet werden, dass der Anspruch schuldrechtlich nicht wirksam entstanden ist, wofür die Schuldurkunde, meist ein Kreditvertrag maßgeblich ist, als auch, dass die Pfandbestellung nach Maßgabe der Pfandbestellungsurkunde und/oder sachenrechtlichen Grundsätzen nicht wirksam erfolgt ist, der geltend gemachte und schuldrechtlich wirksam entstandene Anspruch sohin von der dinglichen Sicherung (teilweise) nicht erfasst ist. Beides kann im Meistbotsverteilungsverfahren gegen die Zuweisung auf das Pfandrecht mittels Widerspruchs gemäß §§ 213, 231 EO geltend gemacht werden.

Der Pfandversicherung liegt zwar zumeist ein Kreditgeschäft zugrunde, es können aber auch Forderungen aus anderen Rechtsgründen, wie etwa Schadenersatz oder Geschäftsführung pfandrechtlich gesichert werden⁵². Aufgrund der überragenden praktischen Bedeutung beschränkt sich die folgende Darstellung aber auf die pfandrechtliche Sicherstellung von Forderungen aus Kreditgeschäften.

Gesetzlicher Ausgangspunkt für die versicherte Geldschuld und den Begriff des Kreditgeschäftes ist das Darlehen. Das Darlehen des ABGB ist ein Realvertrag und kommt daher durch die übereinstimmende Willenserklärung der Parteien und durch Übergabe der als Darlehen gegebenen Sachen zustande⁵³. Die Bestimmungen unseres bürgerlichen Gesetzbuches über den Darlehensvertrag gehen jedoch von der wenig entwickelten

⁵² Vgl zB § 224 Abs 1 EO idF vor der EO-Nov 2000.

⁵³ Schubert in Rummel, ABGB³ Vor § 983 Rz 1.

wirtschaftlichen Verhältnissen genügenden Form der Kreditgewährung durch Zuzählung von Geld oder sonstigen vertretbaren Sachen aus⁵⁴. Den komplizierten Bedingungen der modernen Wirtschaft mit ihren vielfältigen Formen der Kreditgewährung wird diese Regelung aber nicht gerecht. Da der Darlehensvertrag als Realvertrag erst mit Zuzählung der Darlehensvaluta zustande kommt, ergibt sich, dass in der bankgeschäftlichen Praxis nur selten ein Darlehen iSd des ABGB vorliegt. Da auch vor Zuzählung der Darlehensvaluta zumeist bereits eine vertragliche Einigung der Parteien vorliegen wird, könnte man davon ausgehen, dass mit dieser Abrede ein Darlehensvorvertrag geschlossen ist, der auf den Abschluss des eigentlichen Darlehensvertrages gerichtet ist. Ganz abgesehen davon, dass darin bereits der Zeitpunkt des geplanten Abschlusses genannt werden müsste und darüber hinaus ein solcher Vorvertrag auch an die Einjahresfrist des § 936 ABGB gebunden wäre, erfasst eine solche rechtliche Konstruktion wohl kaum je die Absicht der Parteien. Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ergibt sich, dass auch der Abschluss eines Hauptvertrages als Konsensualvertrag zulässig sein muss⁵⁵. Ein solcher Vertrag, der bereits durch die Willensübereinstimmung der Parteien, ein Kreditgeschäft abzuschließen, zustande kommt, wird Kreditvertrag genannt. Nach dem Parteiwillen ist der Kreditvertrag kein bloßer Vorvertrag iSd § 936 ABGB⁵⁶, weil er nicht auf künftigen Vertragsabschluss, sondern auf die unmittelbare Krediteinräumung gerichtet ist. Dem Kunden steht ein Abrufrecht, also ein Gestaltungsrecht zu. Die Fristbestimmung des § 936 ABGB ist daher nicht anwendbar. Wie der Darlehensvertrag ist auch der Kreditvertrag auf die einmalige Zuzählung einer bestimmten Summe gerichtet, die auf eine bestimmte Anzahl von Jahren gewährt wird, wobei entweder vereinbart wird, dass die ganze Schuld nach Ablauf der Zeit auf einmal fällig ist (Kapitalschuld) oder dass das Darlehen in (viertel-, halb- oder ganzjährigen) Raten, auch Kapitalteilzahlungen genannt, zu tilgen ist⁵⁷. Diese Raten können entweder gleich bleibende oder ungleiche neben den Zinsen zu entrichtende Raten sein, oder auch sog „Annuitäten“. Ein Darlehenskapital kann nach Ablauf einer bestimmten Zeit zur Gänze fällig werden, ohne dass der Schuldner während der Laufzeit vertraglich zur Abstattung verpflichtet ist, oder in bestimmten Kapitalsraten, auch Kapitalsteilzahlungen genannt zu tilgen sein. Bei einer Verpflichtung zur Abstattung eines Darlehens während der Laufzeit spricht man – unabhängig davon, ob die Tilgungszahlungen Zinsen und/oder Kapital umfassen – von einem

⁵⁴ *Schubert* aaO; vgl zum Ganzen *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II³ Rz 1/1 ff.

⁵⁵ OGH in ÖBA 1995, 808.

⁵⁶ Unrichtig daher *Jaksch*, Handbuch 108.

⁵⁷ *Jaksch*, Handbuch 112.

Amortisationsdarlehen⁵⁸. Bei nicht amortisablen Kapitalschulden bleiben die Zinsen bis zum Ende der Laufzeit gleich. Bei ratenweiser Tilgung sinken demgegenüber die Zinsen nach Maßgabe der Kapitalstilgung. Soll nach einer bestimmten Anzahl von Rückzahlungen an Kapital und Zinsen (Tilgungsplan) eine Schuld ohne Schlusszahlung getilgt werden, so nennt man die zu allen Terminen zu entrichtende gleich bleibende Rate *Annuität*. Darunter versteht man der Höhe nach gleich bleibende regelmäßige Tilgungszahlungen (ohne Schlusszahlung), die sich aus einer Zinsen- und einer Kapitalquote zusammensetzen. Die Zinsenquote ist zu Beginn der Rückzahlung am höchsten und sinkt im Folgenden zugunsten der Kapitalquote immer weiter ab⁵⁹. Eine weitere Form des Kreditvertrages ist der sog Krediteröffnungsvertrag. Dabei handelt es sich nach hA um einen Konsensualvertrag sui generis⁶⁰, der auf die Begründung eines zweiseitigen Dauerschuldverhältnisses gerichtet ist; dieser Vertrag bildet den Verpflichtungsgrund zur künftigen Kreditgewährung, wobei dem Kreditnehmer ein Optionsrecht, dh ein einseitiges Gestaltungsrecht zur jederzeitigen Kreditinanspruchnahme zusteht. Die Inanspruchnahme kann entweder einmaligen Charakter haben, wobei der geschuldete Betrag entweder in Raten oder auf einmal zur Verfügung gestellt wird, oder dem Kreditnehmer kann das Recht auf laufende und wiederholte Inanspruchnahme unter Berücksichtigung von Rückzahlungen auf dem Kreditkonto bis zu einem bestimmten Kredithöchstbetrag eingeräumt werden. Wiederausnützbare oder revolvingende Kreditverhältnisse werden zumeist in Form eines Kontokorrentkreditvertrages abgeschlossen. Nach § 355 Abs 1 UGB liegt ein Kontokorrent vor, wenn ein Unternehmer mit einem anderen derart in Geschäftsverbindung steht, dass die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden. Der Wille der Parteien muss darauf gerichtet sein, dass die einzelnen Rechnungsposten nicht selbständig geltend gemacht werden, sondern zuzüglich der Zinsen im Saldo, der sich bei Ablauf der Rechnungsperiode ergibt, aufgehen sollen. Weil nach dem Parteiwillen immer wieder Forderungen durch erneute Kapitalzuzählung entstehen können, werden Verbindlichkeiten

⁵⁸ *Jaksch*, Handbuch 117.

⁵⁹ Derartige im Wege einer Einmalzahlung gewährte Kapitalien werden gewöhnlich in Form einer Festbetragshypothek nach § 14 Abs 1 GBG pfandrechtlich sichergestellt, weil die maximale Höhe des geschuldeten *Kapitals* von vornherein ziffernmäßig feststeht. Für die hypothekarische Besicherung stellt das österreichische Recht – anders als deutsche – lediglich zwei Sicherungsformen zur Verfügung, nämlich die Festbetragshypothek nach § 14 Abs 1 GBG und die Höchstbetragshypothek nach § 14 Abs 2 leg cit.

⁶⁰ *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II³ Rz 40.

aus solchen Kreditgeschäften durch Angabe eines Höchstbetrages nach § 14 Abs 2 GBG pfandrechlich sichergestellt⁶¹. Im Bankgeschäft hat sich praktisch für jede Art der Kreditgewährung zugrunde liegende vertragliche Regelung die vereinfachende Bezeichnung „Kreditvertrag“ eingebürgert. Unter den Begriff des Kreditvertrages fallen sämtliche Arten des Kreditgeschäftes, etwa der Diskontkredit, Bürgschafts- und Akzeptkredite sowie Vereinbarungen über die Erstellung einer Bankgarantie. Bei diesen Varianten steht aber nicht eine effektive Geldleistung der Bank im Vordergrund, sondern die Bank stellt dem Kunden ihren eigenen Kredit (Bonität) im Sinne des Vertrauens Dritter in die Zahlung der Verbindlichkeit zur Verfügung. Man spricht daher auch von „Kreditleihe“. Die Bandbreite des Begriffes „Kredit“ ist so groß, dass sie vom bloßen Vertrauen bis hin zum Darlehen alles erfassen kann. Sollen dem Gläubiger neben der geschuldeten Hauptforderung auch Zinsen zustehen – und von der Pfandhaftung erfasst sein –, so ist es erforderlich, dass auch diese geschuldet werden, wofür grundsätzlich eine wirksame Vereinbarung dieses Inhalts in der Schuldurkunde erforderlich ist. Unter Verzinsung versteht man einerseits das Entgelt für die leihweise Überlassung eines Kapitals⁶² – für diese Zinsen wird daher im Folgenden zur besseren Unterscheidbarkeit die Bezeichnung „Kapitalzinsen“ gewählt –, andererseits aber auch die Vergütung für die dem Gläubiger durch die Säumigkeit des Schuldners entstehenden Nachteile, welche als Verzugs- bzw Zinseszinsen geschuldet werden können. Oft stellen Zinsen auch eine Prämie für das mit der Kreditgewährung verbundene Risiko dar⁶³.

2. Verzinslichkeit der sicherzustellenden Forderung

a) Gesetzliche Zinsen

Vertraglich nicht vereinbart werden müssen Zinsen, die aufgrund des Gesetzes zustehen. Gesetzliche Zinsen sollen nach § 1333 ABGB den Schaden, den der Gläubiger durch die Zahlungsverzögerung des Schuldners erlitten hat, pauschal abdecken, ohne dass es

⁶¹ Diese Ausführungen zeigen, dass die jeweilige Sicherungsform maßgeblich von der zu versichernden Obligation bestimmt wird, die Sicherung eines Höchstbetragspfandrechtes demnach idR nicht eine einzelne Forderung, sondern eine Vielzahl von Forderungen, die etwa aus einer Kreditgeschäftsverbindung entstehen können, umfasst. Weil die Höchstbetragshypothek ihren Sicherungszweck anders gar nicht erfüllen könnte, sind sämtliche unverjährte Zinsenrückstände vom Pfandrecht gedeckt. Aus diesem Grund ist die Höchstbetragshypothek ein besonders beliebtes Sicherungsmittel und lässt die Praxis der Grundbuchgerichte die Sicherstellung durch Höchstbetragspfandrecht regelmäßig auch dann zu, wenn hierfür kein rechtlich entsprechendes Bedürfnis besteht.

⁶² *Jaksch*, Handbuch 114.

⁶³ *Schubert* in *Rummel*, ABGB³ § 999 Rz 1.

eines Schadensnachweises durch den Gläubiger bedarf. Gesetzliche Zinsen sind daher im Regelfall Verzugszinsen. Sie stehen nur bei Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung und zwischen Nichtunternehmern nur in der in § 1000 ABGB festgelegten Höhe von 4% zu. Zinseszinsen gebühren nach § 3 lit a ZinsG nur bei ausdrücklicher Vereinbarung und ferner dann, wenn fällige Zinsen eingeklagt werden und zwar nach § 3 lit b ZinsG ab Klagsbehändigung⁶⁴, mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung aber nur in Höhe der gesetzlichen Zinsen.

Bei Verzögerung der Zahlung von Geldforderungen aus unternehmensbezogenen Geschäften beträgt demgegenüber der gesetzliche Zinssatz acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz⁶⁵. Dabei ist der Basiszinssatz, der am letzten Kalendertag eines Halbjahres gilt maßgebend. Diese Bestimmung ist auf nach dem 31.12.2006 abgeschlossene Rechtsgeschäfte anzuwenden⁶⁶.

Es genügt in allen Fällen objektiver Verzug, Verschulden ist nicht erforderlich. Damit wird insb vermieden, dass sich der Schuldner durch die Zahlungsverzögerung die Aufnahme eines Kredites erspart und die damit verbundenen Kosten auf den Gläubiger überwälzt oder dem Gläubiger die Möglichkeit genommen wird, das ihm zustehende Kapital fruchtbringend zu nutzen. Bei der Berechnung gesetzlicher Zinsen ist nach dem Gesetz (§ 902 ABGB) das Jahr mit 365 bzw 366 Tagen, nicht wie bei kaufmännischer Berechnung, mit 360 Tagen anzunehmen⁶⁷. Sofern nicht vertraglich etwas anderes bestimmt ist, tritt die Verpflichtung zur Zahlung der gesetzlichen Zinsen mit dem der der Fälligkeit der Hauptforderung folgenden Tag ein.

Der in § 1333 Abs 2 ABGB vorgesehene erhöhte Verzugszinssatz von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz gilt nur für beiderseitige Unternehmergehäfte. Nach § 355 Abs 1 UGB können Zinseszinsen verlangt werden, wenn Zinsen in laufender Rechnung enthalten sind und sich bei Rechnungsabschluss ein zu verzinsender Überschuss ergibt. Wird ein sich aus einem kaufmännischen Verrechnungsverhältnis ergebender Schlußsaldo, der auch Zinsen enthält anerkannt, so können anstelle der Zinsen in gesetzlicher Höhe die höheren bankmäßigen Zinsen begehrt werden⁶⁸. § 355 UGB setzt voraus, dass zumindest eine Partei des Kontokorrentvertrages Unternehmer ist. Auf das Kontokorrent unter Nichtunternehmern (sog uneigentliches Kontokorrent) ist nach hA § 355 Abs 1 UGB analog anzuwenden, sofern

⁶⁴ SZ 70/69.

⁶⁵ Vgl § 352 UGB.

⁶⁶ § 907 Abs 18 UGB.

⁶⁷ Puster, Zwangsversteigerung Rz 1044.

⁶⁸ Schubert in Rummel, ABGB³ § 999 Rz 6.

die Parteien dies ausdrücklich vereinbaren; andernfalls ist die analoge Anwendbarkeit des § 355 Abs 1 UGB ausgeschlossen.

Gemäß § 355 Abs 1 UGB kann jene Partei, der beim Rechnungsabschluss ein Überschuss gebührt, Zinsen vom Überschuss auch insoweit verlangen, als im Kontokorrent bereits Zinsen enthalten sind. Die Vorschrift ergänzt insofern § 3 ZinsG und macht eine gesonderte Vorschrift dieses Inhalts – ausgenommen bei Nichtunternehmern – überflüssig. Die Verzinsung kann vom Tag des Abschlusses der Rechnungsperiode verlangt werden. Die Höhe der Verzinsung richtet sich vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Regelung nach § 352 Abs 2 UGB auch zugunsten des Nichtunternehmers⁶⁹.

b) Zinsenvereinbarung im Kreditvertrag

Von den aufgrund des Gesetzes zustehenden Zinsen sind die rechtsgeschäftlichen Zinsen zu unterscheiden, die nur dann geschuldet werden, wenn eine derartige Verpflichtung in der Schuldurkunde wirksam vereinbart wurde. Vertragliche Zinsen sind in erster Linie Zinsen, die für die Überlassung des Kapitals gezahlt werden sowie Verzugs- und Zinseszinsen, die üblicherweise ebenfalls vertraglich vereinbart werden, weil vertragliche (Kapital-)Zinsen und Verzugszinsen grundsätzlich nicht nebeneinander begehrt werden können, es sei denn, die Parteien haben eine entsprechende Vereinbarung getroffen⁷⁰. Bei Kontokorrentkrediten besteht auch die Gepflogenheit, die Zinsen in Relation zur Bankrate zu setzen. Unter Bankrate versteht man den Zinsfuß der Österreichischen Nationalbank für den Eskompt von bankfähigen Wechseln, Warrants und Effekten.

Dem Kreditvertrag kommt für den Inhalt und den Umfang des Pfandrechtes maßgebliche Bedeutung zu; sollen über die gesetzlich bestimmte Höhe hinaus geschuldet werden, so muss dies jedenfalls vertraglich vereinbart werden. Verzugs- bzw Zinseszinsen werden zumeist um 1 bis 2% höher als die Kapitalzinsen vereinbart⁷¹.

Ist die Formulierung im Kreditvertrag, wonach im Verzugsfall dem Gläubiger Verzugs- und Zinseszinsen zustehen undeutlich, stehen nur die Zinsen nach dem jeweils

⁶⁹ Zur bisherigen Rechtslage siehe *Schuhmacher* in *Straube*, HGB³ § 355 Rz 26.

⁷⁰ Verbrauchern gegenüber sind gemäß § 6 Abs Z 13 KSchG Vereinbarungen unwirksam, wonach die im Fall des Verzuges zu zahlenden Zinsen den für den Fall vertragsmäßiger Zahlung vereinbarten Zinssatz um mehr als fünf Prozentpunkte pro Jahr übersteigen.

⁷¹ *Jaksch*, Handbuch 116.

höheren Zinsfuß zu⁷². Mangels einer urkundlich nachgewiesenen abweichenden Vereinbarung sind die Zinseszinsen allein von den Zinsen zu berechnen und nicht den Zinsen zuzuschlagen, und es ist nicht die sich sohin ergebende Summe als Grundlage zu nehmen⁷³.

Die in Schuldscheinen mitunter verwendete Formulierung, „...samt 8% Zinsen, 9% Verzugs- bzw (und) Zinseszinsen...“ bedeutet nach der Rsp, dass das noch nicht fällige Kapital mit 8%, die rückständigen (fälligen) Kapitalszahlungen mit 9% und ebenso die rückständigen Zinsen mit 9% zu verzinsen sind. Neben den Verzugs- bzw (und) Zinseszinsen können daher nicht auch noch die Kapitalzinsen in Höhe von 8% verlangt werden⁷⁴.

Eine Vereinbarung, dass Vertrags- und Verzugszinsen gleichzeitig verlangt werden dürfen, ist nicht anzunehmen, wenn das Pfandrecht für „höchstens 11% Zinsen, 12% Verzugs- bzw Zinseszinsen“ eingetragen ist⁷⁵.

Die Vereinbarung, dass das Kapital mit 12% pa zu verzinsen und im Verzugsfall 12% Verzugs- rücksichtlich Zinseszinsen zu bezahlen sind, wurde dahin ausgelegt, dass die nicht bezahlten Zinsen nach Art eines Kontokorrents mit Fälligkeit dem Kapital zugeschlagen und sodann Zinsen für die nächste regelmäßig einjährige Zinsperiode von diesem höheren Betrag berechnet und wieder dem Kapital zugeschlagen werden⁷⁶.

Vorschriften für die wirksame Vereinbarung von Zinsen normieren auch § 879 Abs 2 Z 4 ABGB (Wucherverbot) und die Ausbeutungsverordnung⁷⁷, die durch das 1. BRBG⁷⁸ nicht aufgehoben wurde⁷⁹. Eine weitere Beschränkung findet sich in § 1335 ABGB, wonach die Zinsenschuld jene des Kapitals nicht übersteigen darf. Der im Kreditvertrag enthaltene Vorbehalt, dass die Kreditunternehmung dazu berechtigt ist, die Konditionen abzuändern, berechtigt zur Anpassung des Zinssatzes an die üblicherweise für derartige Kredite verlangte Zinssätze⁸⁰. Die Kreditunternehmung ist zur Anpassung schon dann berechtigt, wenn der Vertrag die Bestimmung enthält, dass die Zinsen bis auf Widerruf in Rechnung gestellt werden. Es sind dann aber der Widerruf und die Bekanntgabe der der für die Neufestsetzung des Zinssatzes maßgeblichen Umstände erforderlich, sonst richtet sich die Höhe der Zinsen

⁷² Schubert in Rummel, ABGB³ § 999 Rz 3.

⁷³ RZ 1937, 249.

⁷⁴ Vgl Puster, Zwangsversteigerung Rz 1044, 1045 mwN.

⁷⁵ Angst in Angst, EO § 216 Rz 20.

⁷⁶ 2 Ob 434, 435/55.

⁷⁷ BGBl 1933/66.

⁷⁸ BGBl I 1999/191.

⁷⁹ Schubert in Rummel, ABGB³ §§ 983, 984 Rz 6a.

⁸⁰ SZ 55/44; SZ 58/76.

weiterhin nach dem Kreditvertrag⁸¹. Wesentlich für die wirksame Vereinbarung schwankender Zinssätze ist, dass auch Schwankungen nach unten zugunsten des Kreditnehmers berücksichtigt werden⁸².

c) Verjährung des Zinsenanspruchs

Von großer praktischer Bedeutung ist in allen Fällen, ob Zinsenrückstände im Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung bereits verjährt sind oder nicht. Auch für die Beurteilung dieser Frage kommt der Schuldurkunde maßgebliche Bedeutung zu. Als wiederkehrende Leistungen gilt für die Verjährung von Zinsen die dreijährige Frist des § 1480 ABGB. Die kurze Verjährung nach § 1480 ABGB soll den leichtsinnigen Schuldner vor immer mehr anschwellenden Zinsenrückständen schützen. Ein länger als dreijähriger Zinsenrückstand kann etwa durch Klagsführung, Anerkenntnis oder Vergleich unverjährt sein. Die Verjährung wird auch nach § 1478 ABGB gehemmt, wenn der Gläubiger durch Stundung die Fälligkeit – also die gerichtliche Geltendmachung – des Anspruchs hinausschiebt, und nicht bloß vorläufig auf die Eintreibung verzichtet, wie bei reiner Stundung⁸³. Weil kontokorrentgebundene Ansprüche nicht mehr selbständig eingeklagt werden können, wird durch die Kontokorrentbindung die Verjährung sämtlicher Ansprüche – und daher auch des Zinsenanspruchs – gehemmt⁸⁴. Dadurch wird der von § 1480 ABGB intendierte Schuldnerschutz hinfällig⁸⁵, was im Hinblick darauf, dass auch mit einem Nichtunternehmer ein Kontokorrentvertrag geschlossen werden kann, beachtlich ist. Bei fortdauerndem Kontokorrentverhältnis ist der für eine Rechnungsperiode ermittelte Saldo auf die nächste Rechnungsperiode vorzutragen und er wird damit seinerseits zu einem Rechnungsposten, für den die Verjährung weiterhin gehemmt ist. Die Einstellung in das Kontokorrent bewirkt aber keine Änderung der Rechtsnatur; die Ansprüche bleiben rechtlich das, was sie vorher waren, nämlich Nebengebühren.

Anderes gilt allerdings für die in einer Annuitätsrate enthaltenen Kapitalbeträge: Weil eine Unterscheidung von den dort ebenfalls enthaltenen Zinsen nicht möglich ist, verjähren auch die grundsätzlich einer 30-jährigen Verjährungsfrist unterliegenden Kapitalbeträge einer

⁸¹ *Schubert in Rummel*, ABGB³ §§ 983, 984 Rz 6a.

⁸² § 879 Abs 3 ABGB.

⁸³ Wenn der Beginn der Verjährung die objektive Klagsmöglichkeit voraussetzt, so muss für die Zeit, in der diese Möglichkeit nicht gegeben ist, die Verjährung gehemmt sein.

⁸⁴ *Avanzini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I³ Rz 5/19.

⁸⁵ *Schubert in Rummel*, ABGB³ § 999 Rz 7 unter Verweis auf *Apathy* in ÖBA 1999, 552.

Annuitätsrate innerhalb der kurzen 3-jährigen Frist des § 1480 ABGB. Nach Kündigung eines in Annuitäten zu tilgenden Kredits verjährt der Anspruch auf den vorher dadurch fällig gewordenen Restbetrag in 30 Jahren. Nur für vorher bereits fällig gewordene Annuitäten bleibt es trotz der Kündigung bei der dreijährigen Verjährung. Ein nur bezüglich der Zinsen erhobener Verjährungseinwand ist bezüglich einer Annuität, in der Kapital und Zinsen untrennbar verbunden sind, unwirksam⁸⁶. Ist eine Kontokorrentabrede so zu verstehen, dass die monatlichen Annuitätenansprüche der Bank kontokorrentgebunden sind, die Bank sie hätte also nicht einklagen können, so können sie auch nicht innerhalb der kurzen Verjährungsfrist des § 1480 ABGB verjähren. Es ist daher diesfalls auch die Wirksamkeit der Einrede der Verjährung bloß hinsichtlich der in den Annuitäten enthaltenen Zinsen zu bejahen⁸⁷. Demgegenüber fallen gemeine Raten, dh gleichmäßige Kapitalbeträge, die in aufeinander folgenden Zeitabschnitten zur Amortisation der Darlehensschuld bis zu ihrer gänzlichen Berichtigung zu zahlen sind, nicht unter die kurze Verjährungsfrist des § 1480 ABGB⁸⁸.

3. Titel des Pfandrechtserwerbs

Vom Rechtsgrund der versicherten Obligation, also etwa einem Kreditvertrag streng zu unterscheiden, ist der Rechtsgrund – der Titel – des dinglichen Pfandrechtserwerbs. Das Bestehen einer Forderung allein gibt eben noch keinen Anspruch auf ein Pfandrecht. Der Titel für den rechtsgeschäftlichen Pfandrechtserwerb liegt in einer vertraglichen Abmachung zwischen dem Pfandbesteller (Schuldner oder Dritter), und dem Pfandnehmer (Gläubiger), dem sog Pfandbestellungsvertrag. *„Pfandvertrag heißt derjenige Vertrag, wodurch der Schuldner, oder ein anderer anstatt seiner auf eine Sache dem Gläubiger das Pfandrecht wirklich einräumt, folglich ihm das bewegliche Pfandstück wirklich übergibt, oder das unbewegliche durch die Pfandbücher verschreibt.“*⁸⁹. Das dem Modus zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft ist daher der in § 1368 Satz 1 ABGB angesprochene Pfandbestellungsvertrag. Das Gesetz meint mit „Pfandvertrag“ den sog Pfandbestellungsvertrag, der bei beweglichen Sachen formfrei ist, bei verbücherten Liegenschaften jedoch in

⁸⁶ RIS-Justiz RS0111283.

⁸⁷ Dies bedeutet daher keine Umgehung der Vorschrift des § 1502 ABGB (strittig; SZ 57/66; 8 Ob 244/98k = ÖBA 1999/798 (*Apathy*)).

⁸⁸ 8 Ob 41/88 = ÖBA 1989, 1219.

⁸⁹ § 1368 Satz 1 ABGB.

einverleibungsfähiger Form vorliegen muss (Pfandbestellungsurkunde). Nach § 26 Abs 1 GBG müssen die Urkunden „in der zu ihrer Gültigkeit vorgeschriebenen Form“ ausgefertigt sein. Sie müssen ferner gemäß § 26 Abs 2 leg cit „wenn es sich um die Erwerbung oder Umänderung eines dinglichen Rechts handelt, einen gültigen Rechtsgrund enthalten“. Die Unterschriften der Parteien müssen gerichtlich oder notariell beglaubigt sein⁹⁰. Für die Einverleibung erforderlich ist weiters „die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dessen Recht beschränkt, belastet, aufgehoben oder auf eine andere Person übertragen werden soll, dass er in die Einverleibung einwilligt“⁹¹. Diese, mit dem alten deutschen Namen als Aufsandung (von aufsenden iS von auflassen und symbolischer Übergabshandlung) bezeichnete rechtsgeschäftliche Erklärung kann in einer besonderen Urkunde oder in dem Grundbuchsgesuch abgegeben werden, die dann aber die Erfordernisse zur Einverleibung erfüllen müssen⁹². Früher sprach man von Aufsandung nur bei Errichtung einer gesonderten Urkunde (Aufsandungsbrief). Zweck war, dass es ungeachtet des förmlich geschlossenen Vertrages noch an einer zur Erfüllung wesentlichen Bedingung, zB der Bezahlung des Kaufpreises oder der Zuzählung des Darlehens fehlen konnte, eine heute nicht mehr übliche Abwicklung. Diese Sicherungsfunktion der Aufsandungserklärung geht verloren, wenn sie wie heute üblich in der Pfandbestellungsurkunde abgegeben wird. Weist eine private Urkunde zwar die allgemeinen, nicht aber die für die Einverleibung aufgestellten Erfordernisse auf (etwa wenn die Beglaubigung oder die Aufsandungserklärung fehlt), oder fehlt einer öffentlichen Urkunde die Vollstreckbarkeit, ist – wie erwähnt – nur die Vormerkung zu bewilligen. Durch § 36 GBG, wonach Forderung und Pfandrechtsstiel hinlänglich bescheinigt sein müssen und durch die Neufassung des § 449 ABGB durch die III. TN, wonach für die Einverleibung des Pfandrechts eine zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Forderung nicht Voraussetzung ist, ist der ursprünglich weite Anwendungsbereich der Pfandrechtspränotierung gemäß § 453 ABGB aber bis zur Bedeutungslosigkeit geschrumpft⁹³.

4. Bescheinigung der zu sichernden Forderung

Aus der Rechtsnatur des Darlehensvertrages als Realvertrag, dem Grundsatz des gemeinen Rechts, dass die Existenz einer rechtsgültigen Pfandschuld erste und wesentliche

⁹⁰ § 31 Abs 1 GBG.

⁹¹ § 32 Abs 1 lit a GBG.

⁹² § 32 Abs 2 GBG; *Gschmitzer*, Sachenrecht² 52.

⁹³ *Gschmitzer* aaO.

Voraussetzung der Pfandrechtsbegründung sei, sowie aus dem Wortlaut des § 449 ABGB idF vor der III. TN, wonach das Pfandrecht immer eine gültige Forderung voraussetzt und ebenso aus der Formulierung des § 36 GBG, wonach die Vormerkung des Pfandrechtes nur dann stattfindet, wenn Forderung und Rechtsgrund zum Pfandrecht hinlänglich bescheinigt sind, wird vielfach fälschlich gefolgert, dass die zu sichernde Forderung im Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung bereits vorliegen und nachgewiesen werden müsse⁹⁴. So findet sich etwa auch bei *Feil*⁹⁵ die Aussage, dass zur Einverleibung des Pfandrechtes der Nachweis einer gültigen Forderung erforderlich sei, was mit einem Größenschluss aus § 36 GBG begründet wird. Daraus erklärt es sich auch, dass der Ausdruck „Hypothek“ vielfach zweifach verwendet wird. Man bezeichnet damit einerseits das dingliche Recht am Pfandobjekt, andererseits aber auch die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung. Dies führt zu zahlreichen Unschärfen: Vor allem die ältere Meinung folgert aus der Anordnung des § 14 Abs 1 GBG, wonach das Pfandrecht nur für eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme eingetragen werden kann, dass nicht ein Pfandrecht, sondern eine bestimmte Geldsumme, also eine Forderung im Grundbuch einverleibt werde. So lautete auch die Vorläuferbestimmung des § 53 GBG, § 44 III TN, der die Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Verpfändung zum Gegenstand hat, ursprünglich: „... *die Anmerkung der Rangordnung für ein aufzunehmendes Darlehen ...*“ und wird die Festbetragshypothek nach § 14 Abs 1 GBG auch nach wie vor häufig als „Darlehenshypothek“ bezeichnet. Bei *Exner*⁹⁶ findet sich dementsprechend folgende Formulierung: „*Das Pfandrecht kann nur an bestimmten Sachen und nicht für bloße Geldbeträge schlechthin, sondern nur für Forderungen begründet werden, nicht ein Hypothekarrecht als solches wird intabuliert, sondern eine Forderung*“. Diese Vorstellung führt in letzter Konsequenz dazu, dass – insb im Meistbotsverteilungsverfahren – die im Grundbuch eingetragene Summe als tatsächlich aushaftend angesehen wird, da jede Tilgungszahlung durch Einverleibung der (Teil-)Löschung mit Außenwirkung versehen werden kann, was aber in der Praxis verständlicherweise regelmäßig unterbleibt. Vor allem basiert diese Ansicht auf einem falschen Verständnis des Akzessorietätsgrundsatzes, der lediglich besagt, dass eine *Pfandhaftung* immer nur insoweit bestehen kann, als eine Forderung materiellrechtlich auch tatsächlich existiert. Maßgeblich ist somit nur der

⁹⁴ Vgl 5 Ob 41/84 = NZ 1984, 197/22.

⁹⁵ *Feil*, GBG³ 300.

⁹⁶ Hypothekenrecht 61.

Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung und nicht jener der Einverleibung⁹⁷. Dieses Verständnis führt im Meistbotsverteilungsverfahren, wo kein schützenswertes Vertrauen auf einen von der materiellen Rechtslage abweichenden Grundbuchsstand zu berücksichtigen ist, zur Anerkennung einer bloß formellen Grundbuchswahrheit, weil anlässlich der Eintragung des Pfandrechts überhaupt nicht maßgeblich ist – und vom Grundbuchsorgan weder zu prüfen ist noch geprüft werden kann – ob bzw in welchem Umfang eine zu sichernde Forderung und damit die Pfandhaftung besteht. Zur Verdeutlichung dafür, dass auch künftige Forderungen zur Pfandversicherung geeignet sind, der gegenwärtige Bestand einer Forderung somit *nicht* Voraussetzung für den Pfandrechtserwerb ist, wurde § 449 ABGB geändert und lautet nunmehr: „Das Pfandrecht bezieht sich (...) immer auf eine gültige Forderung...“. Die Eintragung von Hypotheken zur Sicherung von auch offen als „künftige“ deklarierten Forderungen ist daher mit Rücksicht darauf, dass die Redaktoren des ABGB die Formulierung des § 449 ABGB „bezieht sich auf“, statt wie im Urentwurf II § 226 „setzt voraus“, gerade zu diesem Zweck modifiziert haben, bei späterem Hinzutritt der Forderung materiellrechtlich voll wirksam⁹⁸. Auch das Pfandrecht für zukünftig erst entstehende Forderungen ist daher ein gegenwärtig wirksames, nur die Möglichkeit der Befriedigung aus dem Pfandrecht ist zufolge des Akzessorietätsgrundsatzes vom Entstehen der gesicherten Forderung abhängig. Denn sonst ergäbe sich auch das völlig sinnwidrige Ergebnis, dass ein Pfandrecht für eine Darlehensforderung mit all den sonst noch damit verbundenen Wirkungen erst bei Fälligkeit der Rückzahlung entstünde, vorher läge ja eine Forderung überhaupt noch nicht vor⁹⁹.

Wenn also einerseits die bloße Möglichkeit künftiger Schulden nicht genügt, andererseits aber ihr gegenwärtiges Vorhandensein aus Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis nicht zu fordern ist, so müssen die Voraussetzungen gesucht werden, unter welchen ein gegenwärtiges Pfandrecht auch schon auf die Aussicht einer künftigen Forderung hin begründet werden kann. Erforderlich ist daher eine objektive Grundlage in Form eines schon jetzt vorhandenen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien, welches die rechtliche Möglichkeit der Entstehung einer Forderung in sich schließt. Unzweifelhaft kann daher für künftige Forderungen eine Hypothek bestellt werden, wenn schon jetzt das Rechtsverhältnis vorliegt, aus welchem die Forderung entspringen soll und kann, und durch welche die

⁹⁷ Der missbräuchlichen Begründung von Eigentümerhypotheken ist durch Löschungsklage bzw Rekurs zu begegnen.

⁹⁸ Hofmeister, NZ 1981, 117.

⁹⁹ Hoyer, ÖBA 1991, 533.

Forderung im Zeitpunkt der Geltendmachung des Pfandrechtes identifiziert, die Haftung des Pfandrechtes für *diese* Forderung also festgestellt werden kann. Maßgeblich ist somit, dass die charakteristischen Merkmale künftiger Forderungen soweit vorweg feststehen, dass über die Identität einer nachher begründeten Obligation mit der jetzt durch Hypothek zu versichernden rechtlich kein Zweifel bestehen kann, womit auch den Interessen der nachfolgenden Buchberechtigten entsprochen ist.

5. Kognitionsbefugnis im Grundbuchsverfahren

Nach dem – etwa im deutschen Recht vorherrschenden – materiellen Konsensprinzip des Grundbuchsrechts reicht die Einigung der Parteien über die Pfandrechtseintragung aus, daher obliegt dem Richter eine weitere Prüfung der Grundlagen der beantragten Eintragung nicht¹⁰⁰. Das österreichische Recht folgt hingegen dem Legalitätsprinzip. Danach hat der Richter Prüfungsrecht und -pflicht, auch was die Gültigkeit der Eintragung anlangt. Er hat sich dabei jedoch nach hM lediglich auf die Aktenlage zu beschränken¹⁰¹. Man spricht deshalb auch vom beschränkten (formellen) Legalitätsprinzip¹⁰². Das Begehren ist demnach nur dann abzuweisen, wenn sich die Unzulässigkeit der Eintragung bereits offensichtlich aus den Akten bzw den beigebrachten Urkunden ergibt¹⁰³.

Die beantragte Pfandrechtseinverleibung ist demnach zu bewilligen, wenn

- „aus dem Grundbuch in Ansehung der Liegenschaft oder des Rechtes kein Hindernis gegen die begehrte Eintragung hervorgeht“, also vor allem, ob der, gegen den die Eintragung wirken soll (Vormann), im Grundbuch eingetragen ist (§ 21 GBG).
- „kein begründetes Bedenken gegen die persönliche Fähigkeit der bei der Eintragung Beteiligten zur Verfügung über den Gegenstand, den die Eintragung betrifft, oder gegen die Befugnis der Antragsteller zum Einschreiten vorhanden ist“, also die Verfügungsbefugnis und Geschäftsfähigkeit gegeben ist¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Gschnitzer, Sachenrecht² 38.

¹⁰¹ Dazu Hoyer, NZ 1997, 404 und NZ 1998, 90.

¹⁰² Gschnitzer, Sachenrecht² 38.

¹⁰³ 5 Ob 449/97h.

¹⁰⁴ § 94 Abs 1 Z 2 GBG.

- „das Begehren durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden begründet erscheint“. Damit ist sowohl der Rechtsgrund zum Pfandrechtserwerb, also der Pfandbestellungsvertrag gemäß § 26 GBG gemeint, als auch die ausreichende Bestimmtheit der zu sichernden Obligation iSd § 36 GBG nach Höhe, Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund im Hinblick auf die Pfandrechtsverwertung.
- die Urkunden in der Form vorliegen, die zur Bewilligung einer Einverleibung, Vormerkung oder Anmerkung erforderlich sind.

Unter den genannten Voraussetzungen ist ausreichend gewährleistet, dass niemand eine Hypothek bloß vorläufig im Hinblick auf die allgemeine Möglichkeit künftiger Schulden errichtet, denn dies würde zur Anerkennung der Eigentümerhypothek führen, deren Begründung – nicht deren nachträgliches Entstehen – in Österreich unzulässig ist. Der OGH¹⁰⁵ judiziert daher auch zutreffend, dass § 26 Abs 2 GBG nur den Nachweis eines gültigen Rechtsgrundes – also des Pfandbestellungsvertrages¹⁰⁶ – für das einzuverleibende (vorzumerkende) Recht verlangt, wogegen aus § 36 GBG abzuleiten ist, dass die zu sichernde Forderung – ihr Bestand oder wenigstens die Möglichkeit ihres Entstehens – lediglich iS einer Bestimmbarkeit im Hinblick auf die Akzessorietätsprüfung im Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung bescheinigt, also präzisiert und glaubhaft gemacht werden muss. Die Erklärung der Parteien, eine *bestimmbare* Forderung pfandrechtlich sichern zu wollen, ist somit ausreichender „Nachweis“ über den Bestand der zu sichernden Forderung ohne welche auch die Eintragung einer Hypothek nach § 14 Abs 1 GBG nicht zulässig ist. Die – regelmäßig ohnehin unwahre – Erklärung, dass das Darlehen bereits zugezählt wurde, ist somit entbehrlich. Auch bei Bestellung einer „Darlehenshypothek“ ist daher die vorherige Zuzählung der Darlehensvaluta nicht Voraussetzung für den gültigen Pfandrechtserwerb. Wird diese Summe allerdings auch später nicht zugezählt, so fehlt dem Pfand die materiellrechtliche Voraussetzung für seinen Bestand. Eine solche gegenstandslose Eintragung ist innerhalb der Rekursfrist mit Rekurs, danach mittels Löschungsklage nach §§ 61 ff GBG anfechtbar.

Aus den dargelegten Grundsätzen folgt, dass im Grundbuch – dem Publizitätsprinzip entsprechend – immer nur die *Belastung* der Liegenschaft durch ein Pfandrecht aufscheinen, aus der Eintragung aber nie die – aktuell – wirksame Haftung dieses Pfandrechtes

¹⁰⁵ 5 Ob 257/03k; 5 Ob 449/97h.

¹⁰⁶ Rechtsgrund des einzutragenden Pfandrechtes ist der Pfandbestellungsvertrag: 3 Ob 92/85 = SZ 58/159 = JBl 1986, 588.

hervorgehen kann. Im Grundbuch wird stets ein Pfandrecht *für* eine Forderung, niemals aber die (Kapital-)Forderung selbst eingetragen. In Abkehr von der auf dieser irrigen Vorstellung beruhenden hM kann somit dem Spezialitätsprinzip auch nicht die Aufgabe zukommen, über die jeweilige Haftung des Pfandrechts Auskunft zu geben, vielmehr kann durch dieses Prinzip im Interesse des Realverkehrs nur die – im Übrigen auch praktisch einzig bedeutsame – höchstmögliche Haftung der Liegenschaft begrenzt werden.

B. Pfandrechtliche Sicherstellung von Nebengebühren

Die Erstreckung der Pfandhaftung auf Zinsen wurde von der älteren Lehre und Rsp mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung im ABGB keineswegs als selbstverständlich angesehen. So war es zweifelhaft und viel bestritten, wann und wie weit das Pfandrecht die Zinsenschuld überhaupt deckt¹⁰⁷. Mit dem Inkrafttreten des ABGB 1871 wurde diese Frage aber nach dem Vorbild der Ungarischen Grundbuchsordnung dahin entschieden, dass gemäß §§ 14, 17 ABGB ein Pfandrecht für Zinsen wirksam begründet werden kann und dreijährige Zinsenrückstände im Rang des Kapitals berücksichtigt werden können.

Voraussetzung für die Zuweisung von Zinsen einer Hauptforderung ist jedenfalls, dass ein Pfandrecht hierfür wirksam begründet wurde. Dies erfolgt bei Festbetragshypotheken idR durch Eintragung eines ziffernmäßig bestimmten Zinssatzes nach § 14 Abs 1 Satz 2 GBG neben dem eingetragenen Betrag, es kann aber auch – alleine oder zusätzlich – eine Nebengebührensicherstellung (NGS) gemäß § 14 Abs 2 GBG einverleibt werden, in welchem Fall die Eintragung eines Zinssatzes entbehrlich ist. Durch die Nebengebührensicherstellung wird die Pfandhaftung für die Nebengebühren¹⁰⁸ im Rang des Kapitals um den hierfür angegebenen Höchstbetrag, zumeist zwischen 10% und 20% der Hauptforderung, erstreckt.

Ziffernmäßig bestimmt ist der der gemäß § 14 Abs 1 Satz 2 GBG eingetragene Zinssatz auch, wenn er in Form eines Höchstzinssatzes angegeben wird¹⁰⁹. In Abhängigkeit vom Kapitalmarkt wird häufig eine Anpassung des Zinssatzes notwendig sein, weshalb ein praktisches Bedürfnis an deren Pfandversicherung besteht. Eine nachträgliche Erweiterung der Pfandhaftung durch Überschreitung des Höchstzinssatzes ist aber in Rücksicht auf nachstehende Berechtigte nicht zulässig. Nach hM ist daher auch die Eintragung eines

¹⁰⁷ Beck, Jurist VIII 100-134; Füger aaO 141-164; GIU 1458, 258, 1184; Exner, Hypothekenrecht 266 FN 10.

¹⁰⁸ Vgl § 912 ABGB.

¹⁰⁹ Dazu im Folgenden.

Höchstzinssatzes an Stelle eines ziffernmäßig bestimmten Zinssatzes zulässig, weil der Umfang der Pfanddeckung dadurch nicht erhöht werden, sondern nur geringer ausfallen kann. Dies wird mit der von § 14 Abs 2 GBG zugelassenen Angabe eines Höchstbetrages begründet, weshalb auch die Eintragung eines Pfandrechtes für Zinsen bis zu einem bestimmten Höchstbetrag – eindeutig bestimmt durch die ziffernmäßige Angabe des höchsten Zinsfußes – zulässig ist¹¹⁰. Auf diese Art wird nämlich die äußersten Falles gegebene Höhe der Pfandhaftung für die Zinsenforderung festgelegt, sodass dem pfandrechtlichen Bestimmtheitsgebot entsprochen ist. Daher kann bei Vereinbarung eines gleitenden Zinssatzes, zB 2% über der jeweiligen Bankrate – wegen des Spezialitätsgrundsatzes – ein Höchstzinssatz vereinbart und eingetragen werden. Ist ein Höchstzinssatz einverleibt, so ist die Eintragung im Grundbuch für die Höhe der Zinsen allein nicht ausschlaggebend; denn die Wirksamkeit des Pfandrechtes hängt von einem gültigen (schuldrechtlichen) Titel ab. Bei Höchstbetragshypotheken sind Zinsen und Kosten auch ohne gesonderte Eintragung im Rahmen der eingetragenen Höchstbeträge zu berücksichtigen, sofern die Höchstbetragshypothek hierfür bestellt wurde¹¹¹. Maßgebend für den Inhalt und Umfang des Pfandrechts ist stets die bücherliche Eintragung in Verbindung mit dem Kreditvertrag, was auch für Höchstbetragspfandrechte gilt¹¹². Falls die Eintragung von Zinsen neben einem Höchstbetragspfandrecht dennoch erfolgt ist, kommt ihr für die Meistbotsverteilung keine rechtliche Wirkung zu¹¹³.

1. § 17 GBG

Die für die Berücksichtigung von Zinsrückständen maßgebliche Bestimmung des § 17 GBG lautet:

„Dreijährige Rückstände von Zinsen, die aus einem Vertrag oder aus dem Gesetz gebühren, genießen den gleichen Rang mit dem Kapital.“

¹¹⁰ 5 Ob 65/90 = ÖBA 1991/283.

¹¹¹ SZ 9/40; *Heller/Berger/Stix*, II 1482.

¹¹² Bei der Höchstbetragshypothek darf der Pfandgläubiger nach hM aus dem Meistbot keinesfalls über den einverlebten Höchstbetrag hinaus befriedigt werden. Bei Höchstbetragshypotheken sind die §§ 16, 17 GBG nach hM nicht anwendbar (stRsp; SZ 20/66 ua; *Heller/Berger/Stix* aaO).

¹¹³ SZ 19/134.

Nach § 17 GBG und der gleich lautenden Anordnung des § 216 EO können sämtliche Zinsen nur im Umfang eines dreijährigen Rückstandes¹¹⁴ im Rang des Kapitals berücksichtigt werden; die genannten Bestimmungen handeln daher nur vom Rang des Pfandrechtes¹¹⁵ eines Gläubigers im Verhältnis zu den übrigen Buchberechtigten. Für die Berücksichtigung rechtsgeschäftlicher Zinsen müssen daher zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Wegen des Eintragungsgrundsatzes muss das Pfandrecht für die Zinsen einverleibt sein¹¹⁶ und
2. dürfen Zinsen im Rang des Kapitals nur insoweit zugewiesen werden, als sie für einen Zeitraum von höchstens drei Jahren vor der Zuschlagserteilung aufgelaufen sind.

Auch für die Frage der Pfandhaftung ist grundsätzlich zwischen gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Zinsen zu unterscheiden. Gesetzlichen Zinsen kommt nach hA auch ohne gesonderte grundbücherliche Eintragung der Rang des Kapitals zu¹¹⁷. Dies gilt auch für Zinseszinsen¹¹⁸. Fehlt daher die Eintragung eines bestimmten Zinssatzes, können gesetzliche Zinsen nur im Rahmen einer Nebengebührensicherstellung berücksichtigt werden¹¹⁹, weil bei einer solchen Hypothek die gesonderte Eintragung von Zinsen nicht erforderlich und somit allein die Vereinbarung der Parteien im Kreditvertrag maßgeblich ist, die aber bei Zinsen, die aufgrund des Gesetzes gebühren, entbehrlich ist. Sind daher Zinsen der gesicherten Forderung aufgrund des Gesetzes (§ 1333 ABGB) geschuldet, erweitert § 17 GBG (§ 216 Abs 2 EO) die dingliche Pfandhaftung um einen maximal dreijährigen Rückstand, sodass das Gesetz (§ 17 GBG) diesfalls – als Ausnahme vom Eintragungsgrundsatz – auch den Titel für die Pfandrechtsbegründung abgibt¹²⁰.

Ältere als dreijährige Zinsrückstände sind gemäß § 217 Abs 2 EO erst nach Berichtigung der sämtlichen übrigen Gläubigern gebührenden Ansprüchen zu berück-

¹¹⁴ Dies gilt auch für Judikatsschulden: SZ 52/8.

¹¹⁵ *Heller/Berger/Stix*, II 1481.

¹¹⁶ Rechtsgeschäftliche Zinsen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie – der Zinssatz – eingetragen sind. Besteht hierfür allerdings eine Nebengebührensicherstellung, so ist – entgegen der älteren Rsp (NZ 1935, 78; Rspr 1934/389; RZ 1935, 39) – eine Eintragung der Zinsen gemäß § 14 Abs 1 Satz 2 GBG nicht erforderlich.

¹¹⁷ Überwiegende, allerdings ältere Rsp: SZ 9/239; GH 1933, 176; RZ 1935, 194; JBl 1937, 474; ggt: ZBl 1931/124; RZ 1936, 226.

¹¹⁸ SZ 9/239; JBl 1936, 414; *Angst in Angst*, EO § 216 Rz 20; ggt: SZ 8/187.

¹¹⁹ RZ 1937, 306.

¹²⁰ Diese Regelung ist nach hM auf Höchstbetragspfandrechte nicht anwendbar, weil dort gemäß § 14 Abs 2 GBG (vgl § 14 Abs 1 Satz 2 GBG) sämtliche unverjährte Rückstände ohne gesonderte Eintragung stets den Rang des Kapitals genießen.

sichtigen, sofern hierfür ein Pfandrecht begründet und die Verteilungsmasse durch die bisherigen, nach § 216 EO vorgenommenen Zuweisungen noch nicht erschöpft ist.

2. Die Dreijahresgrenze des § 17 GBG

Die in § 17 bzw § 18 GBG normierte Durchbrechung des bürgerlichen Rangprinzips verhindert eine übermäßige und die Übersichtlichkeit des Grundbuches beeinträchtigende Ausweitung des Ranges des Kapitals bzw des Bezugsrechtes. Vertragliche oder gesetzliche Zinsen sind demnach – soweit keine Nebengebührensicherstellung hierfür begründet wurde – als Nebengebühren der Hypothekarschuld im Kapitalsrang nur insoweit zu berichtigen, als es sich nicht um länger als drei Jahre vor dem Tage der Zuschlagserteilung aufgelaufene Rückstände handelt. Daher trifft § 216 Abs 2 EO für das Verteilungsverfahren dieselbe Regelung wie § 17 GBG für die Pfandhaftung. Nach hM fehle jeder Anhaltspunkt, dass der Gesetzgeber im Falle der Zwangsversteigerung dem Pfandgläubiger größere Rechte einräumen wollte, als ihm das Grundbuchsgesetz zubilligt. Stehen einem Gläubiger infolge Unterbrechung der Verjährung Zinsen für einen längeren Zeitraum als für drei Jahre zu, sind ihm im Rang des Kapitals nur die seit drei Jahren rückständigen Zinsen zuzuweisen. Die Bestimmung des § 17 GBG gibt dem Gläubiger kein Recht, seine Hypothek mit dem ursprünglichen Rang in Höhe der gesamten rückständigen Zinsen aufzustocken¹²¹. Fraglich und umstritten ist, ob die genannten Vorschriften älteren als dreijährigen unverjährten Zinsenrückständen den Rang des Kapitals zu Recht abschneiden:

Nach *Hoyer*¹²² sei die in den §§ 17 GBG, 216 Abs 2 EO enthaltene Beschränkung der Pfanddeckung auf dreijährige Rückstände berichtigend dahin auszulegen, dass jedenfalls die nicht verjährten Zinsen denselben Rang wie das Kapital genießen. *Hoyer* sieht in den genannten Bestimmungen eine mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarende Beeinträchtigung der dem Gläubiger zustehenden Rechte. Es gehe nicht an, dass das Verfahrensrecht, welches nur der Durchsetzung materiellrechtlicher Ansprüche diene, nicht aber deren Begründung, diese vernichte. Sei eine Forderung durch ein Höchstbetragspfandrecht besichert, so würden nach hA auch die länger als drei Jahre rückständigen Zinsen im Rang des Kapitals berücksichtigt, sofern nicht ein berechtigter Verjährungseinwand erhoben werde. Das GBG gewähre in seinen §§ 16 und 17 den Prozeß- und Exekutionskosten

¹²¹ StRsp; SZ 38/85; *Heller/Berger/Stix*, II 1482.

¹²² FS Demelius 351; derselbe in JBl 1986, 732.

sowie den dreijährigen Rückständen von Zinsen, die „aus einem Vertrag oder aus dem Gesetze gebühren“ den gleichen Rang mit dem Kapital. Diese Regelung werde von § 216 Abs 2 EO wörtlich übernommen. Nach *Hoyer*¹²³ setze das ABGB, das Regeln über den Rang von „Nebengebühren“ nicht kenne, deren Vorrang aber zumindest hinsichtlich unverjährter Rückstände voraus, wie dies aus der Verrechnungsregel des § 1416 ABGB hervorgehe. Da § 17 GBG und § 216 Abs 2 EO die Judikatszinsen nicht erwähnten, sei die Frage zu stellen, ob diese deshalb gar nicht gebührten, weil sie nicht erwähnt seien. Indirekt nehme aber § 217 EO auf sie Bezug, weil Zuweisungen der Z 2 leg cit davon abhängig gemacht würden, dass ein Pfandrecht bestehe. Darauf ließe § 1416 ABGB, der bei Zahlungsverrechnung nicht unterscheide, aus welchem Rechtsgrund Zinsen gebührten, schließen. Wenn Zinsen aus einer Zahlung vor dem Kapital zu berichtigen seien – selbstverständlich beziehe sich die Regel nur auf noch nicht verjährte Zinsen –, so gelte dies für alle noch nicht verjährten Zinsen, von welchen § 17 GBG und § 216 Abs 2 EO – aus welchem zufälligem Grunde immer – unter Erwähnung der entsprechenden Frist nur die binnen drei Jahren verjährenden gesetzlichen und Vertragszinsen nennen. Es bestehe daher hinsichtlich der Judikatszinsen eine Gesetzeslücke in den von Amts wegen anzuwendenden Verteilungsgrundsätzen der §§ 216, 217 EO, die sowohl zwingendem als auch dispositivem Recht zu weichen hätten; diese seien daher aus dem materiellen Recht zu ergänzen. Soweit rückständige wiederkehrende Leistungen zufolge urteilsmäßiger Zuerkennung für die Vergangenheit noch nicht verjährt seien (§ 1480 ABGB), stehe ihnen der gleiche Rang wie dem Kapital zu. Wäre es anders, hätte es der Verpflichtete im Titel- und Exekutionsverfahren in der Hand, den in der Verfolgung seiner Rechte keineswegs säumigen Gläubiger um die Pfanddeckung seiner unverjährten Rückstände an Zinsen und Renten zu bringen. Dies sei mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Es gehe nicht nur, wie die sich auf § 17 GBG und § 216 Abs 2 EO stützende allgemeine Ansicht annehme, bloß um die nicht länger als drei Jahre vor dem Tage der Erteilung des Zuschlages rückständigen Zinsen (§ 216 Abs 2 EO), sondern um alle noch unverjährten Zinsen, wie lange sie auch rückständig sein mögen. § 216 Abs 2 EO sei nur subsidiäre Vorschrift. Die parallele Norm des § 17 GBG regle den Normalfall und entspreche als Norm ebenso nur dem § 1480 ABGB, der zusammen mit § 1497 ABGB sedes materiae sei. Die wörtliche Auslegung des § 17 GBG lege es nämlich in dem an sich seltenen Fall der bloßen Sachhaftung in die Hand des Verpflichteten (Liegenschaftseigentümers), durch entsprechende Verzögerung des Versteigerungsverfahrens den Befriedigungsrang des

¹²³ JBI 1986, 733.

Gläubigers hinsichtlich länger rückständiger Zinsen zu beeinflussen. Zuletzt dürfe nicht vergessen werden, dass auch § 1416 ABGB nicht zwischen länger und kürzer als drei Jahre rückständigen Zinsen unterscheidet, wenn sie nur nicht verjährt seien. Dadurch, dass unverjäherte, bloß in der Regel maximal dreijährige Zinsenrückstände den Rang des Kapitals teilen, sei eine wirtschaftliche Unsicherheit auch für die Nachberechtigten nicht verbunden. Im Gegensatz zu den aus dem Buche nicht ersichtlichen Kosten sei der Zinsbetrag – weil sowohl die Höhe der Zinsen als auch der Beginn ihres Laufes eingetragen werden, insb bei zwangsweiser Pfandrechtsbegründung in Übereinstimmung mit dem Titel – für den Nachmann kalkulierbar. Aus dem Grundbuch gehe eben nur die Belastung der Liegenschaft hervor, nicht aber der Umfang der Haftung. Dieser Ansicht *Hoyers* hat sich *Lecher*¹²⁴ – allerdings ohne nähere eigene Begründung – angeschlossen.

Festzuhalten ist zunächst, dass eine Berücksichtigung älterer als dreijähriger Zinsenrückstände im Rang des Kapitals einer Festbetragshypothek nur dann ausscheidet, wenn hierfür keine Nebengebührensicherstellung bestellt wurde¹²⁵; ferner erfolgt eine Zuweisung im Verteilungsverfahren in der Rangklasse des § 217 EO, sofern die Verteilungsmasse noch nicht erschöpft ist, sodass diesen Zinsen nicht das Pfandrecht entzogen, sondern deren Befriedigung in die 6. Rangklasse des § 217 Abs 2 EO verschoben wird. Die ältere Lehre und *Rsp*¹²⁶, die Zinsenverbindlichkeiten generell reserviert gegenüberstand, ging zT davon aus, dass älteren als dreijährigen Zinsenrückständen überhaupt kein Pfandrecht zukommen könne, weil länger als drei Jahre rückständige Zinsen verjährt sein müssten und daher nicht zu berücksichtigen seien.

*Lehmann*¹²⁷ weist idZ auf den Bericht des Permanenzausschusses hin, der der Ansicht sei, dass länger als dreijährige Zinsen als verjährt nicht zu berücksichtigen seien.

Nach *Tilsch*¹²⁸ könne älteren Zinsenrückständen nur dann ein Pfandrecht zukommen, wenn ein solches erneut – also im laufenden Rang – begründet worden sei. Richtig sei, dass nach § 217 Abs 1 Z 2 EO Zinsen nur dann zuzuweisen seien, insoweit denselben ein Pfandrecht zukomme. Durch die Anordnung des § 217 Abs 1 Z 2 EO sei bloß zum Ausdruck gebracht, dass an den etwaigen materiellrechtlichen Vorschriften, nach welchen ältere

¹²⁴ In *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO §§ 216, 217 Rz 69.

¹²⁵ Dies war im Anlassfall für *Hoyers* Glosse zu OGH, JBl 1986, 731, wo es um die Zuweisung von Rückständen wiederkehrender Leistungen einer Reallastberechtigten ging, nicht der Fall.

¹²⁶ ZB *Lehmann*, Zwangsversteigerung 378 mwN.

¹²⁷ Zwangsversteigerung 378.

¹²⁸ Civilprozeßgesetz 143.

Zinsenrückstände geschuldet werden, nichts geändert werden sollte; es könne jedoch hieraus nichts zu Gunsten der Ansicht gefolgert werden, dass den älteren Zinsen wirklich ein Pfandrecht zukomme, denn dem Realschuldner gegenüber ließe sich die Haftung des Pfandes für ältere Zinsen nicht rechtfertigen und die Anomalie eines nur dem Personalschuldner gegenüber wirksamen Pfandrechtes könne nicht angenommen werden. Es könnten daher die älteren Zinsen, trotz, respektive gemäß § 217 Abs 1 Z 2 EO in der daselbst angeführten Rangordnung – außer bei Bestehen einer Nebengebührensicherstellung – im Rang des Kapitals niemals zum Zuge kommen. Bei der Zwangsverwaltung würden die älteren Zinsen überhaupt ignoriert¹²⁹.

*Exner*¹³⁰ meint, dass die für einen diligenten Gläubiger entbehrliche, den Gläubiger ansonsten auch im Hinblick auf das Konkurrenzverhältnis im Verteilungsverfahren privilegierende, dem Realkredite aber schädliche Bestimmung, dass sich das Pfandrecht auch auf frühere Zinsen erstrecke, zu Recht nicht in das GBG aufgenommen worden sei.

Dieselbe Anordnung wie in § 17 GBG findet sich auch schon in § 35 CO, weshalb *Exner* wegen des im Verteilungsverfahren bestehenden Konkurrenzverhältnisses die Anwendbarkeit dieser Regelung befürwortet. *Exner* rechtfertigt die Dreijahresgrenze des § 17 GBG aber auch mit den Interessen des Realschuldners, weil die Übernahme einer solchen Last nicht in den Bereich desjenigen Risikos falle, welches von Gesetzes wegen (§ 1408 ABGB) dem Übernehmer eines mit Hypotheken belasteten Gutes überbunden werde¹³¹. Insbesondere mit dem Konkurrenzverhältnis der Gläubiger im Meistbotsverteilungsverfahren wird von *Exner* die Beschränkung der Pfandhaftung durch § 17 GBG gerechtfertigt, wobei *Exner* diese Beschränkung als eine materiellrechtliche betrachtet: Der maßgebliche Unterschied zwischen der Pfandrechtsverwertung durch gerichtliche Feilbietung und dem Konkursfall sei der, dass dort der Gläubiger es nur mit dem Eigentümer des Pfandgutes als einzigem Gegner zu tun habe und dass dessen Einwendungen nach den Normen des Prozessrechtes zu beurteilen seien, während im Exekutionsfall vermöge des Kollisionsfalles der Anspruch gegen alle sich kehre, weil sein Erfolg mindestens einen Teil aller übrigen in Frage stelle¹³².

¹²⁹ *Tilsch*, Civilprozessgesetze 144.

¹³⁰ Hypothekenrecht 268 FN 18.

¹³¹ Hypothekenrecht 268.

¹³² Hypothekenrecht 561.

Maßgeblich ist somit, ob bzw inwieweit § 17 GBG in Entsprechung des Spezialitätsprinzips den Interessen des Realverkehrs Rechnung trägt, weil die Dreijahresgrenze des § 17 GBG vor allem mit diesem Argument gerechtfertigt wird.

a) Berechnung der Zinsenvorlast

Wie eingangs ausgeführt, soll das Spezialitätsprinzip nachfolgende Berechtigte in die Lage versetzen, die bücherlich bestehende Vorlast bestmöglich beurteilen zu können, wobei Eingriffe in das materielle Recht je nach dem, wie umfassend dieser Gedanke verwirklicht werden soll, zulässig sind. Die praktische Berechnung der Vorlast soll an folgendem Beispiel¹³³ veranschaulicht werden, wobei angenommen wird, dass eine Forderung an Kapital von 100.000,-- besteht, die mit 8% (Kapital-)Zinsen (dekursiv) und 9% Verzugs- und Zinseszinsen zu verzinsen und in 100 gleich bleibenden vierteljährlichen Verzinsungs- und Tilgungsraten von je 2.320,27 (*Muraysche Tabelle*) innerhalb von 25 Jahren zu tilgen ist¹³⁴. Demnach ist unter Berücksichtigung der Dreijahresgrenze des § 17 GBG insgesamt folgender Maximalbetrag pfandrechtl. gedeckt¹³⁵:

Kapital	100.000,00
8 % Zinsen für drei Jahre von 100.000.....	24.000,00
9 % Verzugs- und Zinseszinsen von 12 Vierteljahresraten à 2.320,27	
1. rückständig 3 Jahre.....	626.47
2. " 2 ¾ Jahre.....	574.27
3. " 2 ½ Jahre.....	522.06
4. " 2 ¼ Jahre.....	469.85
5. " 2 Jahre.....	417.65
6. " 1 ¾ Jahre.....	365.44
7. " 1 ½ Jahre.....	313.24
8. " 1 ¼ Jahre.....	261.03
9. " 1 Jahre.....	208.82
10 " ¾ Jahre.....	156.62

¹³³ Entnommen bei *Jaksch*, Handbuch 101.

¹³⁴ Diese Bedingungen können nur der in der Urkundensammlung erliegenden Schuld- und Pfandbestellungsurkunde entnommen werden.

¹³⁵ *Jaksch* aaO.

11	“	1/2	Jahre.....	104.41
12	“	1/4	Jahre.....	52.21
Ergibt zusammen.....				<u>128.072.07</u>

Wie dieses Beispiel zeigt, lässt sich bei einer einzelnen nach § 14 Abs 1 GBG sichergestellten Forderung anhand der in der Urkundensammlung erliegenden Schuldurkunde der Umfang der höchstmöglichen Vorlast an Kapital und Zinsen exakt berechnen, das Spezialitätsprinzip also zumindest in Ansehung der Verzugs- und Zinsenzinsen verwirklichen, wodurch der Umfang des Pfandrechts im Rang des Kapitals in Bezug auf diese Nebengebühren für nachrangig Berechtigte exakt kalkulierbar bleibt. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Geltendmachung der Forderung nicht innerhalb der ersten drei Jahre erfolgt und dem Gläubiger die Berechtigung zur Kapitalisierung von Zinsenrückständen zusteht, weil allenfalls unverjährte länger als drei Jahre rückständige Zinsen im Rang des Kapitals gemäß § 17 GBG nicht berücksichtigt werden, und die Berechnung des Zinsenrückstandes im Rang des Kapitals ungeachtet der tatsächlich aushaftenden Schuldgröße abstrakt, dh rückwärts gerechnet vom Tag der Zuschlagserteilung erfolgt¹³⁶.

Maßgeblich ist aber auch, ob nach dem Kreditvertrag eine Forderung von 100.000.--, wie im obigen Beispiel, in 25 Jahren in 100 vierteljährlichen Verzinsungs- und Tilgungsraten von je 2.320.27 zu bezahlen ist, oder etwa innerhalb von 4 Jahren in jährlichen Kapitalteilzahlungen von je 25.000.--. Im ersteren Fall betragen die 9%-igen Verzugs- bzw Zinseszinsen, die bei Verzug höchstens entstehen können 4.072.07, in letzterem Falle 13.500.--, wenn die erste Kapitalsrate 3 Jahre, die zweite 2 Jahre und die dritte 1 Jahr rückständig sind. Wird die Zahlungsweise nachträglich geändert, ist der Forderung im Ausmaß der Erhöhung die pfandrechtliche Deckung zu versagen, was im Verteilungsverfahren mit Widerspruch gemäß § 213 EO geltend zu machen ist. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Pfandgläubiger seine Forderung § 210 EO entsprechend anmeldet und einen hinreichenden Nachweis betreffend die Zusammensetzung seiner Forderung nach Kosten, Zinsen und Kapital erbringt. Nachrangige widerspruchsberechtigte Gläubiger sind jedenfalls gut beraten, Einsicht in die Urkundensammlung zu nehmen und eine Berechnung der höchstmöglichen (Zinsen-)Vorlast – allenfalls mit Hilfe eines Bankfachmannes – vorzunehmen, um erfolgreich Widerspruch gegen die Zuweisung erheben zu können.

¹³⁶ Vgl § 216 Abs 2 EO; *Rassi* in *Kodek GBG*, § 18 Rz 12.

Es ist nicht zu übersehen, dass § 17 GBG seine Entstehung auch der Zweckmäßigkeitserwägung verdanken könnte, dass andernfalls der Ablauf des Meistbottsverteilungsverfahrens durch die Entscheidung über mehr oder weniger berechnete Widersprüche zu sehr verzögert werden könnte. Diese Zweckmäßigkeitserwägung, wonach eine Zuweisung nach Maßgabe der hierfür zur Verfügung stehenden Sicherheit erfolgt, steht aber mit dem Akzessorietätsprinzip nicht im Einklang, denn für die Zuweisung ist nicht der Umfang des zur Verfügung stehenden Pfandranges, sondern dessen Ausnützbarkeit anhand einer sichergestellten Forderung maßgeblich, was eben im Verteilungsverfahren zu klären ist.

Durch die Begrenzung der Pfandhaftung auf dreijährige Rückstände ist den Interessen eines potentiell verkürzten Gläubigers im Hinblick auf die Verjährungsfrist des § 1480 ABGB ausreichend Rechnung getragen. Maßgebend ist mE die Überlegung, dass in der Vernachlässigung älterer unverjährter Rückstände im Rang des Kapitals keine unzulässige Härte gegenüber dem Pfandgläubiger liegt, da derartige Rückstände durch Bestellung einer Nebengebührensicherung jedenfalls pfandrechnlich sichergestellt werden können und dies in der Praxis auch regelmäßig erfolgt. Dem Spezialitätsprinzip ist durch Einverleibung einer Nebengebührensicherung bestmöglich Rechnung getragen, weil diese mit einem Höchstbetrag begrenzt ist und sämtliche nachfolgende Gläubiger stets mit der gesamten Ausnutzung vorangehender Pfandrechte zu rechnen haben. Die §§ 216, 217 EO normieren somit hinsichtlich dieses Zinsenanspruchs lediglich eine vertretbare Rangverschiebung zulasten eines nachlässigen Gläubigers und zugunsten der übrigen auf das Meistbot gewiesenen Berechtigten. Das Interesse eines Pfandgläubigers, dessen Ansprüche im Rahmen des hiedurch begrenzten Ranges nicht mehr Deckung finden, tritt unter diesen Voraussetzungen wegen des Interesses, das verschiedene Rechtssubjekte an der Verteilung des Meistbotts und an der dadurch gewährleisteten Beurteilung der größtmöglichen (Zinsen-)Vorlast vor diesem Zeitpunkt haben, in den Hintergrund. Im Anschluss an *Exner* spricht damit neben dem insoweit klaren Gesetzeswortlaut auch die Wertung des Gesetzgebers, der die Interessen der übrigen Buchberechtigten und damit des Realverkehrs insgesamt erkennbar höher bewertet hat, als die eines einzelnen Gläubigers, für die Dreijahresgrenze des § 17 GBG, da nur diese ein unbegrenztes Anschwellenlassen des im Rang des Kapitals dinglich gesicherten Zinsenrückstandes verhindern kann. Die Rangverschiebung tritt zudem nur dann ein, wenn zumindest ein weiterer Gläubiger am Verteilungsverfahren beteiligt ist. Der

Ansicht *Hoyers*, wonach das Verfahrensrecht¹³⁷ in unzulässiger Weise den materiellrechtlichen Anspruch des Gläubigers vernichte, ist daher nicht zuzustimmen¹³⁸. Das Grundbuchsgesetz verlangt zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung und somit im Vorhinein die betraglich zu begrenzende Sicherstellung für eine spätere Forderung¹³⁹. Das Entstehen einer Forderung allein bewirkt noch keine dingliche Sicherheit, woran auch § 1416 ABGB nichts zu ändern vermag¹⁴⁰.

Die in Bezug auf den Realschuldner gegebene Begründung überzeugt ebenfalls nicht, weil insoweit eine systemwidrige Anomalie abzulehnen ist. Es ist zwar zutreffend, dass der Realschuldner bloß die Zwangsvollstreckung in die verpfändete Liegenschaft zu dulden hat und somit – anders als etwa der Bürge – nicht Schuldner der gesicherten Verbindlichkeit ist. Auch sind die Mittel des Realschuldners beschränkt, mit welchen er etwa ein Anerkenntnis eines älteren Zinsenrückstandes des Personalschuldners verhindern oder bekämpfen kann. Es steht ihm jedoch als Drittpfandbesteller die Möglichkeit offen, seine Haftung durch eine entsprechende Interzessionsabrede zu beschränken. Besteht eine derartige Einschränkung nicht, so kann es sachenrechtlich dennoch keinen Unterschied machen, dass der Realschuldner bloß haftet, hat er doch die unbeschränkte Haftung für eine *Schuld* des Personalschuldners übernommen. § 1407 ABGB Abs 1 Satz 1 ABGB bestimmt zudem ausdrücklich, dass die Verbindlichkeiten des Übernehmers mit den Verbindlichkeiten des bisherigen Schuldners ebendieselben sind, welcher Gedanke auch § 1408 ABGB zugrunde liegt, sodass hieraus kein Argument für eine beschränkte Haftung des Realschuldners zu gewinnen ist.

b) Befriedigungsrecht eines betreibenden Pfandgläubigers

Die im Fall einer titulierten und betriebenen Forderung vom OGH als unbillig empfundene Konsequenz, wonach ein älterer als dreijähriger Zinsenrückstand nur gemäß §

¹³⁷ Im Übrigen müsste dann wohl auch zufolge des Prinzips der ungeteilten Pfandhaftung bei überzogenem Höchstbetrag das darüber hinaus kreditierte Kapital zugewiesen werden.

¹³⁸ Im Ergebnis ebenso *Rassi* in *Kodek GBG*, § 18 Rz 17.

¹³⁹ Auch fragt es sich, welcher Zweck bzw welche Berechtigung dem Erfordernis der Grundbucheintragung andernfalls überhaupt zukommen sollte. *Hoyer* bleibt zudem den Nachweis schuldig, wie andernfalls die Berechnung der Vorlast erfolgen sollte.

¹⁴⁰ Eine Erstreckung der Pfandhaftung auf Nebengebühren ist im ABGB gerade nicht normiert (vgl im Übrigen § 457 ABGB). Auch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot nach § 364c ABGB erlangt dingliche Wirkung erst dann, wenn es im Grundbuch eingetragen wird. An beweglichen Sachen gibt es hingegen kein absolut wirkendes rechtsgeschäftliches Verbot und lässt sich mE auch hier nicht ernsthaft behaupten, das Grundbuchsrecht beschränke auf unzulässige Weise das materielle Recht.

217 Abs 2 EO zugewiesen werden kann, hat dazu geführt, dass die Zuweisung von älteren Judikatszinsen im laufenden Rang der Anmerkung der Einleitung der Zwangsversteigerung gemäß § 135 EO¹⁴¹ für zulässig erklärt wurde¹⁴². Dies wurde damit begründet, dass dem Gesetzgeber der Exekutionsordnung nicht unterstellt werden könne, dass er dem betreibenden Gläubiger zwar im § 135 EO ein umfassendes Befriedigungsrecht für seine Gesamtforderung einräume, dieses aber bei der Meistbotsverteilung unter Umständen nicht in dem durch Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens erworbenen Rang berücksichtige. Da sich § 217 Abs 1 Z 2 EO nur auf jene Nebengebühren beziehe, die nicht bereits nach § 216 Abs 2 EO zugewiesen wurden, komme bezüglich der zur Gänze nach § 216 Abs 1 Z 4 EO zu berücksichtigenden Forderung des betreibenden Gläubigers eine Anwendung des § 217 Abs 1 Z 2 EO nicht in Betracht.

Nach Ansicht des OGH gilt die Beschränkung der §§ 216 Abs 2 EO und 17 GBG nicht für jene Zinsen, die selbständig eingeklagt wurden und für die ein exekutives Befriedigungsrecht mit eigenem Rang erworben wurde, und könnten daher ältere Zinsenrückstände ohne Beschränkung im Rang des Befriedigungsrechts berücksichtigt werden. Der betreibende und pfandrechtlich sichergestellter Gläubiger wurde vom OGH damit insofern geringfügig besser gestellt, als er nicht die vorrangige Befriedigung sämtlicher beteiligter Gläubiger in Ansehung der diesen nach § 217 Z 2 EO zustehenden Nebengebühren hinnehmen muss.

Die Ansicht des OGH¹⁴³ lässt sich dogmatisch nicht einwandfrei begründen und ist auch in der Lehre¹⁴⁴ auf Kritik gestoßen. Im Rang gemäß § 216 Abs 1 Z 4 EO sind – ohne die zeitliche Beschränkung nach § 17 GBG, § 216 Abs 2 EO – grundsätzlich „*die auf der Liegenschaft pfandrechtlich sichergestellten Forderungen*“ zu berichtigen. Dasselbe gilt für die „*nicht pfandrechtlich sichergestellte Forderung des betreibenden Gläubigers*“ (§ 216 Abs 1 Z 4 EO), also für die durch die Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens geschaffenen Befriedigungsrechte der die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger¹⁴⁵. Ein solches „*Befriedigungsrecht*“ ist, wie § 208 EO eindeutig zeigt, kein Pfandrecht iSd GBG, sondern besteht in dem verfahrensrechtlichen (öffentlich-rechtlichen) Anspruch gegenüber dem Staat, dass die Liegenschaft zwangsweise verwertet werde und der betreibende Gläubiger aus dem Erlös nach Maßgabe seiner Forderung im Rang der

¹⁴¹ IdF vor der EO-Nov 2000.

¹⁴² SZ 52/8.

¹⁴³ NZ 1985/49, 191 (abl *Hofmeister*, 195).

¹⁴⁴ *Heller/Berger/Stix*, II 1092 ff.

¹⁴⁵ Vgl *Angst* in *Angst* EO, § 216 Rz 15.

Anmerkung befriedigt werde¹⁴⁶, wobei diesem – zumindest nach der Rechtslage vor der EO-Nov 2000 –, *sofern nicht* für die betriebene Forderung *bereits ein Pfandrecht einverleibt ist*, nur der laufende Rang zukommt.

Festzuhalten ist, dass dem Gesetz kein Anhaltspunkt für eine Berücksichtigung pfandgesicherter Forderungen aufgrund einer Anmerkung zu entnehmen ist, sondern diese grundsätzlich – das Pfandrecht kann mit der Forderung etwa gemäß §§ 1358, 1422 ABGB auch außerbücherlich erworben werden – die *Einverleibung* eines Rechts voraussetzt. Zudem kommt bei entsprechendem Identitätsnachweis der betriebenen mit der pfandrechlich sichergestellten Forderung nach der nunmehr geltenden Rechtslage (§ 135 EO) dem Befriedigungsrecht der Rang des Vertragspfandrechtes zu. Dies korrespondiert mit der Anordnung des § 138 Abs 1 IS EO, wo angeordnet wird, dass in jenen Fällen, in denen die Anmerkung der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens zur Hereinbringung einer schon pfandrechlich sichergestellten Forderung bewilligt wird, in der Anmerkung auf diesen Umstand hinzuweisen ist¹⁴⁷. Auch von *Heller/Berger/Stix* wird ebenso wie von *Hofmeister* schon zur Rechtslage vor der EO-Nov 2000 vertreten, dass sich aus §§ 190 Abs 1 und § 216 Abs 1 Z 4 EO ergebe, dass der Rang des Pfandrechtes auch dem des Befriedigungsrechts zukommen müsse. Konsequenterweise muss dann aber jedenfalls in Ansehung betriebener Forderungen eine Zuweisung unter Anwendung der § 17 GBG, § 216 Abs 2 EO im Rang des Pfandrechtes erfolgen. Die vom OGH in SZ 52/8 vertretene Ansicht, dass eine Zuweisung von Teilen der betriebenen Forderung im laufenden Rang des Befriedigungsrechts zulässig sein soll, ist als inkonsequent abzulehnen.

3. § 16 GBG

Während § 17 GBG einerseits die mögliche Pfandhaftung im Rang des Kapitals um einen zustehenden Zinsenanspruch erweitert, andererseits aber die Pfanddeckung auf dreijährige Rückstände beschränkt, begründet § 16 GBG ein betraglich unbeschränktes Pfandrecht für bestimmte mit der Geltendmachung des Hypothekarrechts verbundene Kosten¹⁴⁸.

¹⁴⁶ *Angst in Angst* EO, § 138 Rz 1 Z 2; *Heller/Berger/Stix* aaO.

¹⁴⁷ Diese vom Novellengesetzgeber geschaffene Möglichkeit zur Durchbrechung des Rangprinzips zugunsten eines betreibenden Gläubigers ist daher im Auslegungsweg zu korrigieren.

¹⁴⁸ Im Zusammenhang mit den vorstehenden Ausführungen ist hervorzuheben, dass die Erweiterung der Pfandhaftung um die Kosten gemäß § 16 GBG eine vom Gesetzgeber in Kauf genommene Durchbrechung des

§ 16 GBG lautet:

„Das für eine Forderung erworbene Pfandrecht kommt, abgesehen von besonderen Bestimmungen, auch den Prozeß- und Exekutionskosten zu.“

Im Zusammenhang mit dem Hypothekarkredit können dem Gläubiger eine Reihe von Kosten erwachsen. Nach § 16 GBG kommt einigen dieser Kosten, nämlich den Prozess- und Exekutionskosten, die mit der *Einbringung* des Kredits verbunden sind, das für die Forderung selbst erworbene Pfandrecht von Gesetzes wegen zu. Den Rang des Kapitals genießen demnach – unabhängig von der Eintragung im Grundbuch – auch die Kosten des Verfahrens, in dem der betriebene oder im Grundbuch eingetragene Anspruch zuerkannt wurde, also insb die Kosten des Titelverfahrens oder einer Hypothekarklage und ferner die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens. Auch die Kosten der Versteigerung, insb Schätzungs- und Ediktskosten, können im Rang des Kapitals berücksichtigt werden, sofern es sich um Kosten des betreibenden Gläubigers handelt.

Es ist seit jeher allgemein anerkannt, dass die mit der Durchführung des Hypothekarrechtes verbundenen Kosten, auch wenn der Anspruch darauf nicht im Grundbuch eingetragen ist, mit zur vollen Befriedigung des Pfandgläubigers gehören, und daher neben der Pfandschuld und ihren Zinsen im Rang des Kapitals zu decken sind¹⁴⁹. Die theoretische Begründung hierfür kann nur in der akzessorischen Qualität dieses Anspruches gefunden werden, welcher den Inhalt des Hypothekarrechtes ipso iure erweitert¹⁵⁰. Wie die Haftung des Pfandgutes für Zinsrückstände nach § 17 GBG ist auch die Haftung für Kosten nach § 16 GBG dispositiv und kann durch Parteiendiposition ausgeschlossen werden. Hinsichtlich der Exekutionskosten kann es keinem Zweifel, dass jeder (betreibende) Gläubiger die Kosten der Schätzung und Versteigerung des Pfandgutes aus dem Meistbot erhält. Die Kosten sind auch dann von § 16 GBG erfasst, wenn sie im Zuge eines gegen den Personalschuldner geführten Prozesses entstanden sind, weil ein einziger Hypothekarprozess vorliegt, der sich in seinen verschiedenen Stadien, was hier irrelevant ist, gegen verschiedene Personen richtet. Werden hingegen Kosten von einem Hypothekar für die Forderungsanmeldung im Zuge des

Spezialitätsgrundsatzes darstellt; die Berechnung der Vorlast in Ansehung der – zT beträchtlichen – Kosten ist nicht möglich; würde allerdings § 16 GBG eine (anteilmäßige) Begrenzung der gesicherten Kosten enthalten, wäre das Spezialitätsprinzip im österreichischen Grundpfandrecht lückenlos verwirklicht.

¹⁴⁹ Exner, Hypothekenrecht 269 mwN.

¹⁵⁰ Exner, Hypothekenrecht 270.

Meistbotsverteilungsverfahrens begehrt, so könne dies nach hA¹⁵¹ nur aufgrund einer persönlichen Vereinbarung zwischen den Parteien – also im Rahmen einer Nebengebührensicherstellung – erfolgen, weil mit dem Zuschlag eine vollständige Änderung des Parteienverhältnisses eintrete. Der Verpflichtete sei ab diesem Zeitpunkt nur noch „Auskunftsperson“ nach § 212 Abs 1 EO¹⁵².

Der von *Heller/Berger/Stix* geäußerten Kritik ist beizupflichten, weil es sich hierbei um Kosten handelt, die notwendigerweise mit der Geltendmachung des hypothekarischen Anspruchs verbunden sind und die durch die Säumnis des Schuldners verursacht wurden¹⁵³. Gerade den Ersatz solcher Kosten hat § 16 GBG vor Augen¹⁵⁴. § 74 Abs 1 EO normiert zudem ausdrücklich eine Pflicht zum Ersatz der Kosten der Exekution, was wohl auch die unumgänglichen Kosten der Beteiligung am Verteilungsverfahren einzuschließen hat¹⁵⁵.

Die Berücksichtigung von Kosten aufgrund der Bestimmung des § 16 GBG hat zur Voraussetzung, dass sie

- in einem gerichtlichen Verfahren entstanden sind;
- gerichtlich bestimmt sind¹⁵⁶;
- durch die Geltendmachung eines der in § 216 Abs 1 Z 2 bis Z 4 EO bezeichneten Ansprüche entstanden sind;
- als Exekutionskosten durch die Zwangsversteigerung und in ihrem Zug entstanden sind, weshalb etwa den Kosten einer vorangegangenen Fahrnisexekution – mit Ausnahme bei wirksamer Sicherstellung im Rahmen einer Nebengebührenkaution – nicht der Rang der Kapitalforderung nach § 216 Abs 2 EO zukommt. Wird aber zugleich mit der Zwangsversteigerung vom Exekutionsgericht nach § 14 EO eine andere Exekutionsart bewilligt, genießen die ganzen Exekutionsbewilligungskosten den Rang nach § 216 Abs 2 EO.

¹⁵¹ Ein Zuspruch der mit dem Einschreiten im Verteilungsverfahren verbundenen Kosten, wie beispielsweise jener der Forderungsanmeldung, der Teilnahme an der Verhandlung und an der Erfolglassung der zugewiesenen Beträge, findet in diesem Verfahren nicht statt. Ist aber im Grundbuch ein Höchstbetrag für derlei Nebengebühren eingetragen, ist die Vertragsbestimmung maßgebend (JB 201; siehe auch EvBl 1996/106).

¹⁵² Abl *Heller/Berger/Stix*, II 732 f; diesen folgend *Jakusch* in *Angst*, EO § 74 Rz 72 f. Siehe ferner unten, Kap VIII.C.3. aE.

¹⁵³ Auch nach deutschem Recht sind die Kosten für die Teilnahme am Verfahren gemäß § 788 dZPO im Rang des Gläubigeranspruchs zu ersetzen (*Stöber* in *Zöller*, ZPO²⁴ § 874 Rz 2).

¹⁵⁴ Der Auslegung des OGH ist aber zugute zu halten, dass gravierende Nachteile der übrigen auf das Meistbot gewiesenen Gläubiger vermieden werden, die das Versäumnis des Gesetzgebers ermöglicht, der eine Beschränkung der Haftung im Interesse des Spezialitätsprinzips nicht normiert hat.

¹⁵⁵ Nach LGZ Graz RPfISlgE 1991/53 sind schriftliche Forderungsanmeldungen zu honorieren, wenn und soweit sie im Einzelfall notwendig sind.

¹⁵⁶ Dieses Erfordernis ist ausdrücklich nur in § 216 Abs 2 EO normiert und präzisiert daher die rudimentäre Anordnung des § 16 GBG.

Weitere Voraussetzung im Interesse der übrigen auf das Meistbot gewiesenen Berechtigten ist, dass die Kosten zur Geltendmachung des Anspruchs auch erforderlich waren¹⁵⁷. Kosten, die zur Abwehr gegen den Bestand des Exekutionstitels aufgelaufen sind, etwa eines Oppositionsprozesses, gehören nach hA nicht mehr zur Geltendmachung dieses Anspruchs, auch wenn diese Kosten vom Verpflichteten verursacht wurden. Richtigerweise gilt dies jedenfalls für die Kosten eines Widerspruchsprozesses nach § 231 EO, da diese Kosten nicht vom Verpflichteten verursacht sondern gegenüber Dritten entstanden sind, zu denen keine vertragliche Rechtsbeziehung besteht, weshalb eine Zuweisung aus dem Meistbot nicht gerechtfertigt ist.

4. Nebengebührensicherstellung

Wie bereits mehrfach erwähnt, können Nebengebühren einer gemäß § 14 Abs 1 GBG sichergestellten Forderung auch durch eine sog Nebengebührensicherstellung pfandrechtlich sichergestellt werden, was zur Folge hat, dass unabhängig von den §§ 16, 17 GBG die solcherart sichergestellten Nebengebühren den Rang des Kapitals genießen. Zur Sicherung von Nebengebühren, die nach diesen Bestimmungen nicht den Rang des Kapitals genießen, ist es daher zulässig und üblich, eine sog Nebengebührensicherstellung zu vereinbaren. Sollen unverjährte ältere als dreijährige Zinsenrückstände im Rang des Kapitals zugewiesen werden, so kann dies nur im Rahmen einer Hypothek gemäß § 14 Abs 2 GBG geschehen. Jedes Höchstbetragspfandrecht deckt die länger als drei Jahre rückständigen (unverjährten) Zinsen – insoweit abweichend von der Bestimmung des § 217 Abs 1 Z 2 EO – im Rang des Kapitals¹⁵⁸.

Die Notwendigkeit, den Bedürfnissen der Praxis entsprechend Forderungen aus nicht in § 14 Abs 2 GBG genannten Rechtsgründen zuzulassen, veranlasste den OGH¹⁵⁹ – der damit der insb von *Hoyer* beharrlich und überzeugend vorgetragenen Kritik Rechnung trug –, von der stRsp abzugehen, wonach die Aufzählung der Rechtsgründe in der genannten Bestimmung eine taxative sei¹⁶⁰ und wurde dieser Veränderung der Rechtslage auch bei

¹⁵⁷ Wird die Liegenschaft des Realschuldners versteigert, so haftet diese nach hM (*Hofmann* im *Rummel*, ABGB³ § 466 Rz 6 mwN) für die Kosten der Pfandrechtsklage nicht. Diese Ansicht ist fragwürdig, weil – wie ausgeführt – ein Grund für die Privilegierung des Realschuldners nicht besteht.

¹⁵⁸ SZ 47/73.

¹⁵⁹ 3 Ob 34/94 verst Senat.

¹⁶⁰ Die weiters lange Zeit strittige Frage, ob die Nebengebührensicherstellung als selbständige Hypothek anzusehen sei oder nicht, welche Frage für die zinstragende Anlegung des nicht ausgenützten Teils des Höchstbetrages nach § 224 Abs 2 EO Bedeutung hatte, wurde vom OGH in Abkehr von der bisherigen

Novellierung des § 224 EO Rechnung getragen. Für die pfandrechtliche Sicherstellung ist damit aber umso mehr zu fordern, dass die Rechtsgründe der versicherten Ansprüche in den der Pfandbestellung zugrunde liegenden Urkunden ausdrücklich genannt werden.

In der Regel verpflichtet sich der Schuldner im Rahmen einer Nebengebührensicherstellung dem Gläubiger gegenüber, alle mit der Aufnahme, Beurkundung, Sicherstellung, Verzinsung und Tilgung der Forderung, der Bestellung, Einverleibung, Übertragung oder Löschung des Pfandrechtes, sowie alle mit der allfälligen Einmahnung – vorprozessualer Kostenersatz, der von § 16 GBG nicht gedeckt ist – und gerichtlichen Geltendmachung, der zwangsweisen Einbringung der Forderung entstehenden Kosten, Steuern und Gebühren sowie Abgaben jeder Art zu bezahlen, dem Gläubiger alle aus der Nichterfüllung übernommener Verbindlichkeiten verursachten Auslagen, Kosten und Schäden zu ersetzen und ermächtigt den Gläubiger, Verpflichtungen, welchen er selbst nicht rechtzeitig nachkommt, auf seine Kosten zu erfüllen und samt Verzugszinsen von ihm einzufordern. Auch für Höchstbetragspfandrechte gilt der Satz, dass für den Inhalt und den Umfang des Pfandrechtes die Grundbuchseintragung in Verbindung mit der Schuldurkunde maßgeblich ist. Der Umstand, dass bei Höchstbetragspfandrechten eine Vielzahl von Forderungen aus verschiedenen Rechtsgründen gesichert werden können, nach hA die Eintragung von Zinsen neben dem Höchstbetrag nicht zulässig ist, und nach Praxis der Grundbuchsgerichte der Rechtsgrund der versicherten Obligation nicht eingetragen wird, führt dazu, dass der Grundbuchseintragung in der Praxis nur in Ansehung des eingetragenen Höchstbetrages Bedeutung zukommt. Dies veranlasst die Gerichte, aber auch den Gesetzgeber¹⁶¹, bisweilen in der Höchstbetragshypothek eine Art „Generalpfandrecht“ zu sehen, in dessen (betraglichen) Rahmen sämtliche geltend gemachten Ansprüche berücksichtigt werden können, unabhängig davon, ob diese in der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde genannt oder im Verteilungsverfahren im Einzelnen nachgewiesen werden. Damit vernachlässigt die Praxis aber, dass auch bei der Höchstbetragshypothek dem Akzessorietätsprinzip streng Rechnung zu tragen ist.

Um beurteilen zu können, ob eine geltend gemachte Forderung vom Pfandrecht gedeckt, zu diesem also akzessorisch ist, ist jedenfalls zu prüfen, ob in den der Pfandbestellung zugrunde liegenden Urkunden die Sicherstellung einer solchen Forderung ausdrücklich vereinbart wurde. Die ausreichende Spezifizierung der gesicherten

Rechtsprechung in ersterem Sinne entschieden (3 Ob 54/99d; sa 8 Ob 271/00m). Diese Änderung der Rsp hat aber durch die Aufhebung dieser Bestimmung durch die EO-Nov 2000 an Bedeutung verloren.

¹⁶¹ Vgl den Wortlaut des § 211 Abs 5 EO, welche Bestimmung durch die EO-Nov 2000 eingefügt wurde und ausdrücklich vom „Nachweis“ des offenen Betrages spricht.

Nebengebühren ist somit bei deren Anmeldung nach § 210 EO im Verteilungsverfahren beachtlich. Es muss daher durch Vorlage der zugrunde liegenden Urkunde nachgewiesen werden, dass die Nebengebührensicherstellung gerade für die geltend gemachten Forderungen begründet wurde, diese Ansprüche also vom Pfandrecht erfasst sind. Die Anführung eines Gesamtausmaßes der sichergestellten Nebengebühren, ohne diese näher zu bezeichnen, reicht daher auch nach der Rsp keinesfalls aus¹⁶². Dies vorausgesetzt, sind darüber hinaus freilich auch die geltend gemachten Ansprüche nachzuweisen, etwa die Kosten der Errichtung und Verbücherung der Urkunde, der Quittung und Löschung, der Kündigung, jener einer anderen zur Eintreibung der Forderung geführten Exekution, etwa einer Fahrnisexekution oder der Teilnahme an Tagsatzungen im Exekutionsverfahren, zB jene der Beteiligung an der Meistbotsverteilung oder dem Pfandgläubiger zugesprochene Kosten eines vom Verpflichteten gegen ihn geführten Oppositionsprozesses¹⁶³. Nicht gesichert werden können hingegen die Kosten eines Zwischenstreits im Verteilungsverfahren, weil solche Kosten wie erwähnt nicht vom Verpflichteten verursacht werden¹⁶⁴.

In einer weiteren Entscheidung¹⁶⁵ hat der OGH – zur alten Rechtslage – eine weniger strenge Ansicht vertreten und ausgeführt, dass die gesetzliche Definition der Nebengebühren in § 912 ABGB insoweit der Spezifizierung diene, als bei der Sicherstellung aller Nebengebühren jedenfalls die dort angeführten, nicht von der Erweiterung der Pfandhaftung durch §§ 16, 17 GBG erfassten Sekundäransprüche – insb auf Begleichung der nicht ohnehin mit der Kapitalforderung gesicherten Zinsen und Kosten – gemeint seien. Es bedürfe zwar dann noch weiterer Angaben etwa über Art und Höhe von Zinsen, soweit es sich nicht um gesetzliche Zinsen handle. Eine noch genauere Spezifizierung der zu sichernden Nebengebühren und Kosten sei aber nicht zu verlangen. Auch in dieser E wird jedoch betont, dass die Eintragung der Nebengebührensicherstellung eine pfandrechtliche Haftung nur nach Maßgabe der Vereinbarung und der ihr entnehmbaren Spezifizierung der gesicherten Forderungen bewirke.

Dass nach dem Inhalt der Urkunden noch weitere, nicht spezifizierte Nebengebühren gesichert werden sollen, verhindert nicht, dass die spezifizierten Nebengebühren pfandrechtlich sichergestellt sind¹⁶⁶. Nach der genannten Entscheidung kann allerdings die

¹⁶² SZ 37/123; zu weit daher NZ 1928, 79, wonach es genüge, dass die Absicht der Parteien aus der Urkunde zu erschließen sei, weil dies mit § 26 GBG nicht in Einklang steht.

¹⁶³ Feil, GBG³ § 16 Rz 1.

¹⁶⁴ Jud 201; SZ 37/123.

¹⁶⁵ 5 Ob 140/95 = EvBl 1996/106, 625 = NZ 1996, 346.

¹⁶⁶ NZ 1996, 346 (zust *Hoyer*); sa *Angst* in *Angst*, EO § 216 Rz 25 aE.

gesetzliche Definition der Nebengebühren in § 912 ABGB insoweit zur Spezifizierung herangezogen werden, als bei Sicherstellung „aller Nebengebühren“ jedenfalls die dort angeführten, nicht von der Erweiterung der Pfandhaftung durch §§ 16, 17 GBG erfassten Sekundäransprüche gemeint sind. Ansprüche, die schon nach den §§ 16, 17 GBG vom Pfandrecht gedeckt sind, scheiden daher aus. Eine „stillschweigende“ Vereinbarung über die Sicherstellung sämtlicher von § 912 ABGB erfassten Nebengebühren ist jedoch mit § 26 GBG unvereinbar und insb auch angesichts der geänderten Rechtsprechung zu § 14 Abs 2 GBG abzulehnen.

Bei Höchstbetragspfandrechten erübrigt sich die Bestellung einer Nebengebührensicherstellung, weil diese für sämtliche zulässiger Weise vereinbarten Ansprüche bestellt sind und somit die Funktion eines Pfandrechts für eine bestimmte Forderung mit jener einer gleichzeitig hierfür bestellten Nebengebührenkaution vereinigen. Auf die erforderliche Individualisierung der sichergestellten Forderungen hat dies freilich keinen Einfluss. Bei jeder Höchstbetragshypothek, daher auch bei der Nebengebührensicherstellung, genießen die nicht länger als 3 Jahre rückständigen Zinsen und die länger als 3 Jahre rückständigen unverjährten Zinsen gegenüber anderen Gläubigern den gleichen Rang¹⁶⁷. Dasselbe gilt für die Kosten¹⁶⁸.

C. Tilgungsfolge im selben Rang

Die Regelung des § 216 Abs 2 EO über die Gleichrangigkeit von Nebengebühren und Kapital entspricht derjenigen der §§ 16, 17 GBG. § 216 EO enthält nur Anordnungen in Bezug auf den *Rang* der Gläubiger untereinander. Die derart sichergestellten Nebengebühren stehen somit in einer bestimmten Zeitspanne in gleicher Priorität mit dem Kapital, es ist aber in der EO nicht geregelt, ob die Zinsen vor den Kosten oder aber umgekehrt zum Zuge kommen. Die Anrechnungsgrundsätze des § 1416 ABGB sind wegen der dadurch möglichen Durchbrechung der von den §§ 216 bis 218 EO normierten Rangordnung nach stRsp für die Meistbotsverteilung grundsätzlich nicht maßgebend¹⁶⁹. Die Anwendung des § 1416 ABGB zur Lückenfüllung ist aber zulässig¹⁷⁰. Wenn daher der aus der Verteilungsmasse im Rang nach § 216 EO zur Verfügung stehende Betrag nicht ausreicht, sind in Übereinstimmung mit § 1416

¹⁶⁷ EvBl 1998/203 = NZ 2000, 82; *Lecher* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 224 Rz 10.

¹⁶⁸ *Lecher* aaO §§ 216, 217 Rz 67.

¹⁶⁹ SZ 15/53; SZ 43/190; SZ 49/117; JBl 1987, 112 ua. Wie erwähnt, normiert die dispositive Bestimmung des § 1416 ABGB eine gesetzliche *Tilgungsordnung* und keine Rangordnung. Insoweit sind daher lediglich die Bestimmungen des GBG maßgeblich.

¹⁷⁰ SZ 16/23; *Angst* in *Angst*, EO § 217 Rz 2.

ABGB die Zinsen vor dem Kapital zu berücksichtigen¹⁷¹. Ein Grund für die bevorzugte Berichtigung der Zinsen liegt darin, dass die Zinsforderung, anders als die Kostenforderung gemäß § 1480 ABGB schon nach drei Jahren verjährt¹⁷². Dieser Aspekt rechtfertigt die vorrangige Berücksichtigung der Nebengebühren vor dem Kapital.

D. Wertsicherung des hypothekarischen Anspruchs

Als weitere Nebenverbindlichkeiten einer Forderung kommen auch Aufwertungsbeträge, die den Gläubiger vor der Gefahr der Geldentwertung schützen sollen, in Betracht. Der Gläubiger kann dem Wertverlust des Rückzahlungsanspruches durch Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel vorbeugen. Fraglich ist daher, ob bzw wie derartige Ansprüche pfandrehtlich sichergestellt werden können. Auch hiebei ist zwischen der obligatorischen und der dinglichen Seite des Anspruchs zu unterscheiden.

1. Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel

Schuldrechtlich betrachtet sind Wertsicherungsklauseln Vereinbarungen, wonach die auf Grund eines Vertrages zu erbringenden Leistungen unter Zugrundelegung eines bestimmten oder doch bestimmaren Wertmaßstabes den Veränderungen der Kaufkraft des Geldes gemäß errechnet werden¹⁷³. Wertsicherungsklauseln verstoßen an sich nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten, sie sind aber insoweit unzulässig, als dies ein Gesetz ausdrücklich vorsieht. Nicht sittenwidrig ist etwa auch eine Vereinbarung, nach der es dem Darlehensgeber nach seiner Wahl überlassen ist, von zwei zulässigerweise vereinbarten Wertsicherungsklauseln diejenige heranzuziehen, die ihn gegen eine Minderung der Kaufkraft besser sichert. Die Bestimmtheit bzw Bestimmbarkeit ist aber unabdingbares Erfordernis schon für die schuldrechtliche Wirksamkeit der vereinbarten Wertsicherung¹⁷⁴. So wurde etwa die Wertsicherung nach dem „inneren Wert“ im Sinne der allgemeinen Kaufkraft des Geldes als unwirksam angesehen. Die EO-Nov 1991 hat diesbezüglich eine Lockerung bewirkt: Ist

¹⁷¹ *Heller/Berger/Stix*, II 1489.

¹⁷² *Angst in Angst*, EO § 216 Rz 19.

¹⁷³ *Schubert in Rummel*, ABGB³ §§ 988, 989 Rz 3.

¹⁷⁴ *Schubert in Rummel*, ABGB³ §§ 988, 989 Rz 7.

nach einem Exekutionstitel¹⁷⁵ ein Anspruch wertgesichert zu zahlen, ohne dass hiezu Näheres bestimmt ist, so gilt nach § 8 Abs 3 EO als Aufwertungsschlüssel der vom Österreichischen Statistischen Zentralamt verlautebarte, für den Monat der Schaffung des Exekutionstitels gültige Verbraucherpreisindex. Diese Bestimmung kann auch dann zur Anwendung gelangen, wenn die Parteien einen Aufwertungsschlüssel vereinbart haben, der Auslegungsschwierigkeiten (§§ 914 f ABGB) bereitet. Maßgebend ist der Verbraucherpreisindex 1986 bzw dessen Vorläufer¹⁷⁶. Enthält der Exekutionstitel nichts zur Frage welches Ausmaß eine Indexveränderung haben muss, damit die Änderung Berücksichtigung findet, gilt die 10% Sprungklausel des § 8 Abs 2 EO. Auch Indexveränderungen nach unten sind beachtlich, sie können mit Oppositionsklage geltend gemacht werden. Fraglich ist daher, ob unter diesem Gesichtspunkt die pfandrechtliche Sicherstellung von Aufwertungsbeträgen zulässig ist.

2. Verbücherung einer Wertsicherungsklausel

Wie bereits ausgeführt, soll in Entsprechung des Spezialitätsprinzips und des Publizitätsprinzips dem Grundbuch die Höhe der pfandrechtlichen Belastung¹⁷⁷ ohne Schwierigkeiten entnommen werden können. Abgesehen von der Vielzahl möglicher Wertsicherungsklauseln, welche die Ermittlung der hypothekarischen Haftung erschweren würde, wäre für einen potentiellen Kreditgeber oder Erwerber der Liegenschaft grundsätzlich kaum ermittelbar, mit welcher hypothekarischen Vorbelastung er rechnen muss. *Schubert*¹⁷⁸ weist darauf hin, dass es zwar richtig sei, dass die Judikatur in der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen die Verbücherung von Wertsicherungsklauseln für zulässig erachtete, doch geschah dies, wie *Klang* in JBl 1935, 370 ausführe, unter Druck der durch die

¹⁷⁵ Die Exekution kann aufgrund eines Exekutionstitels mit Wertsicherungsklausel nach § 8 Abs 2 EO bewilligt werden, wenn die Wertsicherungsklausel an nicht mehr als eine veränderliche Größe anknüpft.

¹⁷⁶ *Schubert* aaO.

¹⁷⁷ Schon weil die Höhe der sichergestellten Kapitalforderung vor dem Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung regelmäßig Änderungen, etwa durch Tilgungszahlungen unterworfen ist, ist die Angabe der aktuellen Haftung auch in Ansehung des Kapitals faktisch gar nicht möglich. Es kann dem Spezialitätsprinzip auch aus diesem Grund nur die Aufgabe zukommen, die Pfandhaftung – und zwar hinsichtlich sämtlicher Forderungen – nach oben hin zu begrenzen. Es kann und soll demgegenüber nicht Zweck des Spezialitätsprinzips iS der Ansicht *Exners* sein, etwa den Rechtserwerb von Zessionaren, die Forderungen uU bloß im Hinblick auf deren Pfandsicherung erwerben, auf Kosten nachrangiger Buchgläubiger bzw des Verpflichteten zu privilegieren. Die aus dem deutschen Recht stammende Bezeichnung „Verkehrshypothek“ für Pfandrechte nach § 14 Abs 1 GBG ist insofern verfehlt und müssten ferner die Vertreter jener Ansicht, die den Realschuldner grundsätzlich besser stellen wollen, konsequenter Weise auch in den Fällen des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs unterscheiden. Zu diesem Problemkreis siehe eingehend *Steininger*, NZ 1998, 385 ff, dessen überzeugende Argumente mE bisher nicht die gebührende Beachtung gefunden haben, mag auch *Holzner* dagegen in NZ 2000, 289 ff, 300 ff einige noch unerledigte Einwände vorgebracht haben.

¹⁷⁸ *Schubert* in *Rummel*, ABGB³ §§ 988, 989 Rz 10.

Kronenentwertung geschaffenen wirtschaftlichen Lage. Bei unmittelbarer Verbücherung einer Wertsicherungsklausel ohne Höchstgrenze ist auch unter Berücksichtigung von § 8 EO die höchstmögliche Pfandhaftung nach oben hin offen. Einer analogen Heranziehung der Rechtsfolgen des § 16 GBG stehen jedenfalls die höher zu bewertenden Interessen des Realverkehrs entgegen, wie sie durch die eingangs erwähnten Prinzipien geschützt sind. Jedoch steht der mittelbaren Sicherstellung¹⁷⁹ von Aufwertungswertungsbeträgen im Rahmen eines Höchstbetragspfandrechtes, auch in Form einer Nebengebührensicherstellung, kein Hindernis entgegen.

¹⁷⁹ Ist man hingegen der Ansicht, dass dem Spezialitätsprinzip haftungsbegrenzende Funktion nicht zukommt, muss man konsequenter Weise auch die unmittelbare Verbücherung von Wertsicherungsklauseln als zulässig ansehen.

IV. Höchstbetragshypothek

Zum Verständnis des Wesens der Höchstbetragshypothek und zur Ableitung der für das Meistbotsverteilungsverfahren maßgeblichen Grundsätze ist eine überblicksartige Darstellung der wichtigsten Besonderheiten dieses Pfandrechts in seiner praktischen Anwendung vor dem Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung unerlässlich. Anders als das deutsche Recht (§§ 1191 ff BGB) kennt ja das österreichische Recht nur zwei Arten der pfandrechtlichen Sicherstellung, nämlich die Festbetragshypothek nach § 14 Abs 1 GBG und die Höchstbetragshypothek nach § 14 Abs 2 leg cit. Die Höchstbetragshypothek ist ein Kreditsicherungsmittel von größter praktischer Bedeutung, sie ermöglicht die pfandrechtliche Sicherstellung einer Vielzahl von austauschbaren Forderungen, deren Höhe im Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung noch unbestimmt sein kann. Damit eignet sie sich insbesondere für die Sicherstellung von Forderungen aus einem Dauerrechtsverhältnis wie etwa einer Kreditgeschäftsbeziehung. Die Höchstbetragshypothek sichert dementsprechend sämtliche Forderungen, die aus dem versicherten Grundverhältnis, also dem in der Kredit- und Pfandbestellungsurkunde genannten Rechtsgrund zukünftig entstehen. Ein Höchstbetragspfandrecht erlischt daher auch nicht schon dann, wenn augenblicklich keine Forderung aushaftet, denn der Sicherungszweck dient vor allem der Möglichkeit, dass die Parteien in Zukunft eine solche begründen. Nachfolgende Buchgläubiger haben zwar die Möglichkeit, sich über die Art der versicherten Forderungen durch Einsicht in die Urkundensammlung zu informieren, das Grundbuch gibt aber – wie auch bei Festbetragshypotheken¹⁸⁰ – keinen Aufschluss darüber, ob bzw in welcher Höhe die Pfandhaftung konkret besteht.

A. Das Grundverhältnis

Aus der Anordnung des § 226 Urentwurf II, wonach das Pfandrecht stets eine gesicherte Forderung voraussetzt, wird nach wie vor zT gefolgert, dass bei Festbetragshypotheken zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung bereits eine zu sichernde Forderung bestehen müsse. Die römischen Juristen haben aus der begrifflichen Beziehung des

¹⁸⁰ Unrichtig daher auch *Kletecka in Koziol/Welser*, I¹³ 395, wo sich die aus den Voraufgaben übernommene Ansicht findet, dass das Spezialitätsprinzip bei Höchstbetragshypotheken abgeschwächt sei. Bei *beiden* Pfandrechtsarten ist nur die Bestimmbarkeit der gesicherten Forderung gefordert. Die Anzahl der Forderungen hat auf deren Identifizierbarkeit keinen Einfluss und kann mE auch nicht unterstellt werden, dass das Gesetz mit den von ihm selbst aufgestellten Prinzipien im Widerspruch steht.

Pfandrechtes zur Forderung den Schluss gezogen, dass ohne diese jenes weder entstehen noch fortbestehen könne; das Vorliegen einer gültigen – wenn auch nicht klagbaren – Obligation ist aber Existenzbedingung nur für die *Pfandhaftung*, ihr Fehlen schließt freilich nicht das Bestehen eines gültigen Pfandrechtes aus¹⁸¹. Insb die ältere hM folgerte, dass eine Pfandbestellung ohne Beziehung auf einen gegenwärtigen Anspruch, den sie sichere nicht denkbar sei, weshalb eine Pfandbestellung ohne gegenwärtige Forderung für rechtlich nicht möglich und damit für nichtig gehalten wurde. Dementsprechend wurde die Höchstbetragshypothek auch als Erscheinungsform des Rangvorbehaltes nach § 58 GBG angesehen und vertreten, dass die Existenzbedingung einer Forderung durch Eintragung im Grundbuch ersichtlich zu machen sei¹⁸². Dieses römischrechtliche Verständnis der Akzessorietät steht offenbar auch heute noch manchem Vertreter in Lehre und Rsp vor Augen, wenn anlässlich der Pfandrechtsbegründung ein „Akzessorietätsnachweis“ verlangt wird. Um diesem „Erfordernis“ bei Höchstbetragshypotheken entsprechen zu können, wird etwa fingiert, dass die Höchstbetragshypothek zum versicherten Rechtsgrund, also dem Grundverhältnis¹⁸³ akzessorisch sei. Daher finden sich vereinzelt auch Formulierungen, wonach bei Höchstbetragshypotheken die „Entstehungsakzessorietät“ durchbrochen sei¹⁸⁴. *Reischauer* und mit ihm der OGH sprechen davon, dass die Höchstbetragshypothek „am Kreditrahmen“ hafte, was von *Hofmeister* treffend als „*Denkhilfe*“ bezeichnet wird. Tatsächlich kann jedes Pfandrecht immer nur zu den gesicherten Forderungen akzessorisch sein¹⁸⁵. Dementsprechend kann auch vor dem Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung eine Akzessorietätsprüfung nicht zielführend sein, was im Übrigen aus den §§ 469 Satz 3 bis 5, 470 Satz 1 ABGB folgt. Eine begriffliche Unterscheidung verschiedener Formen der Akzessorietät, je nach Art der Hypothek oder abhängig vom Zeitpunkt der Entstehung bzw Verwertung Hypothek, wie bei den genannten AutorInnen, erübrigt sich daher. Sichert eine Hypothek keine Forderung, etwa weil eine solche noch nicht entstanden oder bereits getilgt ist, so führt die forderungsentkleidete Hypothek zufolge des Eintragungsgrundsatzes ein

¹⁸¹ Auch die Haftung für Zinsen und Kosten besteht regelmäßig nicht bereits bei Einverleibung des Pfandrechts.

¹⁸² SZ 5/304; RPFISlG 468; RPFISlG 1151ua; richtig aber bereits LG ZRS Wien 43 R 77/37: Für die Wirkung des Höchstbetragspfandrechts ist es ohne Belang, ob die Forderung im Grundbuch eingetragen ist.

¹⁸³ Als solches kommt etwa gemäß § 14 Abs 2 GBG ein Kreditvertrag in Frage, es ist aber auch zulässig, eine ganze Kredit-Geschäftsverbindung zu versichern, sodass auch zukünftig erst abzuschließende Kreditverträge von der Pfandhaftung umfasst sind.

¹⁸⁴ *Janser/Schreier*, NZ 1988, 2 ff; diesen folgend *Kurzbauer*, Höchstbetragshypothek 106; ebenso *Kodek* in *Kodek* GBG, § 14 Rz 31 und 105. Der hier behandelte Fragenkomplex betrifft ausschließlich die Bestimmbarkeit der zu sichernden Forderungen anhand des angegebenen Rechtsgrundes; der Begriff „Akzessorietät“ ist somit auch terminologisch verfehlt.

¹⁸⁵ § 449 Satz 1 ABGB.

bloßes Buchleben, die Hypothek als *Wesen des Buches* wäre in einem solchen Fall zu sich selbst „akzessorisch“.

Dass Höchstbetragshypotheken nach herrschendem Verständnis eine besonders strenge Form der Akzessorietät wahren, zeigt sich etwa daran, dass selbst ein gutgläubiger Dritterwerber weder auf das Bestehen einer Forderung, noch auf einen bestimmten Betrag derselben vertrauen kann¹⁸⁶. Dies ergibt sich aus Analogie zu §§ 431, 1500 ABGB und zum HfD vom 27.03.1846 JGS 951 im Zusammenhalt mit dem Inhalt des Vertrauens auf den Buchstand, wobei zu berücksichtigen ist, dass ganz besonders bei Hypotheken nach § 14 Abs 2 GBG nur die Möglichkeit, nicht aber schon der aktuelle Bestand einer pfandrechlich gesicherten Forderung aus dem Grundbuch ersichtlich ist. *Steiniger*¹⁸⁷ spricht aber zu Recht der Grundbucheintragung auch in Bezug auf Festbetragshypotheken diese Aussagekraft ab.

Wesentlich ist, dass die Höchstbetragshypothek die jeweils entstehenden Forderungen ohne gesonderte Eintragung erfasst; die außerbücherliche Auswechselbarkeit und Sicherung von Forderungen, die aus dem in der Pfandbestellungsurkunde genannten Rechtsgrund entstehen, ist ein charakteristisches Wesensmerkmal der Höchstbetragshypothek. Handelt es sich bei dem gesicherten Schuldverhältnis wie im Regelfall um ein Dauerrechtsverhältnis, so wirkt sich dies auf das Höchstbetragspfandrecht dahin aus, dass der Eigentümer der Pfandliegenschaft erst nach Tilgung sämtlicher offener Forderungen *und* gänzlicher Beendigung dieses als Grundverhältnis bezeichneten Rechtsverhältnisses, sodass hieraus auch in Zukunft keine neuen Forderungen mehr entstehen können, die Löschung der Höchstbetragshypothek erreichen kann. Die Höchstbetragshypothek hat daher im Regelfall eine wesentlich längere Lebensdauer als die Festbetragshypothek, die bereits nach Tilgung der einzelnen aushaftenden Forderung einschließlich der Nebengebühren gelöscht werden kann. Weil gewöhnlich die Wiederausnützbarekeit des Kreditrahmens von den Parteien vertraglich vereinbart wird, besteht bei Höchstbetragshypotheken zudem die Gefahr, dass die tatsächlich zugezählte Kreditvaluta durch mehrfache Ausnutzung des Pfandrechtes den Höchstbetrag – uU beträchtlich – übersteigt, weil grundsätzlich sämtliche Forderungen vom Pfandrecht erfasst sind.

¹⁸⁶ *Gschnitzer*, Sachenrecht² 167.

¹⁸⁷ NZ 1998, 386.

B. Außerbücherliche Auswechselbarkeit gesicherter Forderungen

Der älteren hM war das charakteristische Merkmal der Höchstbetragshypothek, nämlich die außerbücherliche Auswechselbarkeit von Forderungen, noch nicht geläufig. Es ist in diesem Zusammenhang nochmals zu betonen, dass nicht der Kreditvertrag, sondern der Pfandbestellungsvertrag gemäß § 1368 ABGB iVm § 26 GBG den Titel für den Pfandrechtswerb bildet, ein gegenwärtig bereits bestehendes Schuldverhältnis kein gesetzliches Erfordernis für die Pfandrechtsbegründung darstellt, sondern die gegenwärtige Sicherstellung nur die *Identifizierbarkeit* später entstehender Forderungen voraussetzt, sodass es genügt, wenn die versicherte Obligation – genauso wie bei Sicherstellung einer einzelnen Forderung – in der Kredit- und Pfandbestellungsurkunde nach Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund bestimmt bezeichnet wird. Die außerbücherliche Auswechselbarkeit der gesicherten Forderungen ist daher kein Fall der Pfandrechtsübertragung und damit des § 469 ABGB. Diese Fragstellung geht nämlich daran vorbei, dass die Höchstbetragshypothek zumindest beim Rechtsgrund der Kreditgewährung unbestreitbar die Auswechslung der besicherten Forderungen ohne bücherliche Eintragung zulässt, und das in unbegrenzter Häufigkeit und Anzahl¹⁸⁸. Diese Eigenschaft trägt notwendiger Weise dem primären Zweck der auch als Kredithypothek bezeichneten Höchstbetragshypothek Rechnung, nämlich der Besicherung von Forderungen aus Kontokorrentkrediten. Durch die Tilgung und Neubegründung der Forderungen erlischt gemäß § 1379 ABGB das Pfandrecht nicht, wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 1378 ABGB ergibt, weil es zu keiner die Nachhypothekare belastenden Änderung des Rechtsgrundes kommt. Dies deckt sich jedenfalls mit der allgemein zu § 1377 ABGB vertretenen Ansicht, wonach ein Zusatzgeschäft kein Ersatzgeschäft iS einer Novation darstellt, weil hiebei kein neuer Rechtsgrund an die Stelle des früheren gesetzt wird¹⁸⁹. Daraus folgt aber zugleich, dass ein nachträgliches Wiederverwenden einer bestehenden Höchstbetragshypothek für aus der Eintragung identifizierbare Forderungen jederzeit möglich ist. Auch wenn durch die Änderung des Hauptgegenstandes das Rechtsverhältnisses betroffen ist (§ 1376 ABGB), liegt nach der Absicht der Parteien, sofern sie diese Form der Sicherstellung nach § 14 Abs 2 GBG bedungen haben, keine Novation vor, was den Untergang des Pfandes iSd § 469 ABGB verhindert. Vorrückungsberechtigte Gläubiger sind von der Wiederausnützung des

¹⁸⁸ Hoyer in FS Strasser 936.

¹⁸⁹ SZ 44/179.

Höchstbetrages nicht nachteilig berührt, weil sie die Art der pfandrechtlichen Sicherstellung aus dem Grundbuch entnehmen konnten und jedenfalls mit der vollen *und* erneuten Ausnützung des Höchstbetrages rechnen müssen. Andernfalls wäre der aufrechte Bestand eines Pfandrechtes für künftige Forderungen, dh eines aktuell forderungslosen Pfandrechtes gar nicht möglich und wäre die Höchstbetragshypothek ihrer Sicherungsfunktion beraubt. Somit ist es – jedenfalls bei Höchstbetragshypotheken – für das Entstehen des Verfügungsrechtes des Liegenschaftseigentümers gar nicht entscheidend, ob jemals eine Forderung tatsächlich entstanden ist, wie im Übrigen auch die Sicherbarkeit einer künftigen Schadenersatzforderung zeigt¹⁹⁰. Daher sind die Nachhypothekare bei entsprechender Vereinbarung gegen eine nachträgliche Krediterweiterung oder Verlängerung des Kreditverhältnisses grundsätzlich nicht geschützt¹⁹¹. Besteht schon bei der Begründung einer Höchstbetragshypothek die Absicht, die jeweilige Inanspruchnahme von identifizierbaren Forderungen aus einem bestehenden Kreditverhältnis in die Sicherung miteinzubeziehen, ist diese Vorgangsweise allgemein anerkannt. Diesfalls besteht von Anfang an – dem Wesen der Höchstbetragshypothek entsprechend – das Pfandrecht auch für künftig entstehende, aber schon jetzt hinreichend identifizierte Kreditforderungen.

C. Die Sicherstellung künftig erst abzuschließender Kreditverträge

In Bezug auf das *Bestimmtheiterfordernis* bei der Sicherstellung künftig erst entstehender Forderungen spielt die Frage nach dem Rechtsgrund der zu sichernden Forderungen die zentrale Rolle. Die Frage, ob auch die gegenwärtige Sicherstellung von Forderungen aus zukünftig erst abzuschließenden Kreditverträgen zulässig ist, ist in der Lehre

¹⁹⁰ Hoyer in FS Strasser 940.

¹⁹¹ Auf den rechtspolitisch zweifelhaften Gehalt des Vorrückungsrechts wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen. Zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung hat der Liegenschaftseigentümer zumeist Konditionen zu akzeptieren, durch die der schlechtere Rang des Gläubigers bereits abgegolten ist. Die Unüberschreitbarkeit des Höchstbetrages bzw die Grenze des § 17 GBG eines vorrangig eingetragenen Pfandrechts schützt den Nachrangigen hinlänglich vor einer nachträglichen Verschlechterung seiner Rechtsposition, der daher gänzlich unverdientermaßen und zum Nachteil des Liegenschaftseigentümers plötzlich in den Genuß des besseren Ranges kommt. Die Befürchtung der Begründung „verpönter“ Eigentümerhypotheken ist demgegenüber völlig unbegründet, wie auch ein Vergleich mit der in Deutschland herrschenden Rechtslage zeigt, zumal es sich hiebei eben um einen Ausfluss des *Eigentumsrechtes* handelt. Gleiches gilt freilich auch für die von Hofmeister (NZ 1985, 36; ihm folgend Kodek in Kodek GBG, § 14 Rz 54) vorgetragenen Bedenken gegen die „Verewigung“ von Höchstbetragspfandrechten. Für eine derartige Privilegierung der Nachhypothekare ist kein Grund ersichtlich und besteht hiefür auch angesichts deren dinglicher Sicherung kein Anlass.

umstritten¹⁹². Gegen diese Möglichkeit wurde vor allem eingewendet, dass die Beendigung des Kreditverhältnisses und Erlöschen des Grundverhältnisses die Sicherung jener Forderungen, die erst aus einem neu zu begründenden Kreditverhältnis entstehen, in derselben Höchstbetragshypothek verhindere¹⁹³. Es könnten zwar aus dem Rechtsgrund des *gegebenen* Kredites nach § 14 Abs 2 GBG sowohl Forderungen aus einem schon gewährten wie auch aus einem zu gewährenden Kredit sichergestellt werden, doch müsse stets ein bestimmtes – konkretes – Kreditverhältnis genannt sein, aus dem die zu sichernden Forderungen entstehen könnten. Die Sicherstellung künftig erst abzuschließender Kreditverträge stelle demgegenüber eine Verfügung über den Pfandrang iSd § 469 ABGB dar und verletze damit die Rechte vorrückungsberechtigter Gläubiger.

*Hofmeister*¹⁹⁴ erblickt in der Sicherbarkeit erst künftig abzuschließender Kreditverträge vor allem in Verbindung mit unbeschränkt zulässigem Kreditgeber- und Kreditnehmerwechsel eine organische Weiterbildung des Rechtsinstituts der Höchstbetragshypothek in Richtung abstrakte Sicherungsgrundschuld, für welche sich dieses *de lege lata* nicht eigne. Werde eine Höchstbetragshypothek zur Sicherung von Forderungen eingetragen, die auf der Grundlage eines noch nicht einmal existenten Kreditverhältnisses künftig entstehen sollen, so sei es noch erheblich schwerer als bei einem bereits bestehenden Kreditverhältnis, den konkreten Sicherungszweck zu bestimmen. Unsicher sei die Stellung der Nachhypothekare auch deshalb, weil es keinen Gutgläubenserwerb gebe, bilde die Auskunft über die aushaftende Forderungshöhe für diese doch keinen Vertrauenstatbestand. *Hofmeister* folgert daher unter Verweis auf seine frühere Abhandlung in NZ 1981, 113 ff, dass die Zulässigkeit der Eintragung eines Höchstbetragspfandrechtes vom Nachweis eines bestehenden Kreditverhältnisses abhängig gemacht werden sollte. Ein Unterschied in Bezug auf die Eintragungsvoraussetzungen sei im Vergleich zur Festbetragshypothek nur insoweit gegeben, als bei der Höchstbetragshypothek an die Stelle des *Forderungsnachweises* der Nachweis der Entstehungsgrundlage, eben das Kreditverhältnis, trete. Die Verwässerung der Begründungsvoraussetzungen stehe mit dem auch bei der Höchstbetragshypothek geltenden Akzessorietätsprinzip in Widerspruch, die Zulässigkeit der Sicherbarkeit erst künftig

¹⁹² Vgl nur *Kodek* in *Kodek* GBG, § 14 Rz 47 ff. Jedenfalls zulässig ist die Sicherung aller im Rahmen eines bestehenden Kreditvertrages künftigen Kreditforderungen (so schon JB 234; JBl 1955, 67; *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 451 Rz 10 mwN).

¹⁹³ *Schrammel*, NZ 1970, 6; *Janser/Schreier* NZ 1988, 2 ff; *Kurzbauer*, Höchstbetragshypothek 109 ff; diesen folgend *Kodek* in *Kodek* GBG, § 14 Rz 54.

¹⁹⁴ NZ 1985, 36.

abzuschließender Kreditverträge mit der materiellrechtlichen Konzeption des österreichischen Grundpfandrechtes in einem tiefgreifenden Spannungsverhältnis.

*Petrasch*¹⁹⁵ kritisiert an der hM, dass die Zulässigkeit der Sicherstellung künftig erst abzuschließender Kreditverträge durch Höchstbetragshypotheken in Wahrheit zur Begründung abstrakter Gattungshypotheken führe, also zu etwa auf Kredite beschränkten Generalhypotheken.

Nach *Eccher*¹⁹⁶ sei zwar die außerbücherliche Auswechslung von Forderungen aus einem bestehenden Grundverhältnis nach Maßgabe der Pfandbestellungsurkunde zulässig, weil damit den Nachhypothekaren keine neue Last iSd § 1379 Satz 2 ABGB auferlegt werde. Anders liege die Sache aber bei Eintragung von Höchstbetragshypotheken für bloß beabsichtigte Kreditgewährung ohne bereits bestehendes (konkretes) Kreditverhältnis. Die Besicherung einer bloßen Geschäftsbeziehung sei unzureichend, weil es am für die Pfandrechtsbegründung erforderlichen Grundverhältnis fehle. Ein *gegebenes* Kreditverhältnis sei nach § 14 Abs 2 GBG Voraussetzung für die Pfandrechtsbegründung. Vertrete man die Ansicht, dass sich Inhalt und Umfang der Hypothek aus dem Bucheintrag iVm der Grundbuchsurkunde ergäbe, wären die Nachhypothekare dagegen geschützt, dass die Höchstbetragshypothek auch noch für künftig zu gewährende Kredite hafte, weil der Pfandhaftung eben nur der schon bei der Einverleibung bestehende Kreditvertrag zugrunde gelegt werden könne. Die Begründung eines neuen Kreditvertrages verletze daher die Rechte vorrückungsberechtigter Nachhypothekare.

Die Vertreter jener Ansicht, welche die Sicherstellung künftig erst abzuschließender Kreditverträge für unzulässig erklären, berufen sich allesamt auf *Exner*, der für die Sicherstellung künftiger, also im Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung noch nicht existenter Forderungen, deren spätere Identifizierbarkeit verlangt, gleichzeitig aber auch genügen lässt. Dabei wird übersehen, dass *Exner* – entsprechend dem damaligen, auf § 449 ABGB idF vor der III. TN¹⁹⁷ beruhenden Verständnis, welche Bestimmung vornehmlich der Abwehr von Generalpfandrechten dienen sollte – den gegenwärtigen Bestand einer konkreten Forderung für ihre Pfandversicherung voraussetzte, weshalb er auch bei der Begründung einer Festbetragshypothek von der Einverleibung einer *Forderung* spricht. Dementsprechend verlangen die Vertreter der Mindermeinung in der Lehre auch den gegenwärtigen Bestand

¹⁹⁵ *Petrasch* in *Rummel*, ABGB² § 451 Rz 10.

¹⁹⁶ JBl 1987, 775.

¹⁹⁷ § 226 Urentwurf II.

eines *konkreten* Rechtsverhältnisses als Voraussetzung für die Sicherstellung durch eine Höchstbetragshypothek.

*Kurzbauer*¹⁹⁸ meint etwa, wenn der Gesetzgeber eine solche Wirkung des § 14 Abs 2 GBG gewollt hätte, hätte sich die Regelung über das Verfügungsrecht des Eigentümers erübrigt. Zur Löschung der Hypothek müsse der Schuldner, auch wenn im Augenblick kein konkreter Kreditvertrag bestehe, das Einverständnis des Gläubigers einholen, weil bloß eine Geschäftsbeziehung gesichert werde, aus der jederzeit wieder ein konkreter Kreditvertrag erwachsen könnte. Aus der Formulierung im § 14 Abs 2 GBG *aus einem gegebenen Kredit* ließe sich ableiten, dass damit ein tatsächlich bestehendes Kreditverhältnis zwischen einem Schuldner und einem feststehenden Kreditgeber gemeint sei, ohne dass nach dem Willen der Parteien immer wieder vollkommen neue Kreditverhältnisse begründet werden sollen.

Kurzbauer übersieht vor allem, dass die außerbücherliche Auswechselbarkeit von Forderungen ein charakteristisches Wesensmerkmal der Höchstbetragshypothek ist, und stellt somit ebenso fälschlich auf den Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung ab, der – gerade bei Höchstbetragshypotheken – nicht mit dem Zeitpunkt der Entstehung von Forderungen gleichzusetzen ist. Zöge man nun mit *Kurzbauer* und den übrigen Vertretern dieser Ansicht den unzulässigen Schluss, dass in Wahrheit eine ganze Geschäftsbeziehung ohne weitere Angabe eines Rechtsgrundes gesichert wird, so könnte man tatsächlich zu dem Ergebnis gelangen, dass sämtliche daraus resultierenden, irgendwann möglicherweise aus welchem Rechtsgrund auch immer entstehenden Forderungen vom Pfandrecht erfasst wären. Nur in einem solchen Fall könnte aber zu Recht von der Einführung einer im österreichischen Recht unzulässigen abstrakten Sicherungsgrundschuld gesprochen werden. Gerade dies wird aber durch die Identifizierbarkeit der gesicherten Forderungen durch Angabe der Parteien des Kreditvertrages, des *abstrakten* Rechtsgrundes „Kredit“ verhindert. Man kann daher auch nicht davon sprechen, dass eine Geschäftsbeziehung insgesamt versichert werde.

*Kurzbauer*¹⁹⁹ erachtet es im Anschluss an *Hofmeister* weiters für zweifellos nicht vereinbar mit den Prinzipien unseres Grundpfandrechtes, wenn jeder potentielle Gläubiger hypothekarische Sicherstellung erlangen könne, um sich so den besten Rang für seine Hypothek schon jetzt sichern zu können, nur für den Fall, dass irgendwann aus irgendeinem Grund eine Forderung gegen den Liegenschaftseigentümer entstehen könnte. Auch diese

¹⁹⁸ Höchstbetragshypothek 120.

¹⁹⁹ Höchstbetragshypothek 205.

Befürchtung *Kurzbauers* ist aber nicht begründet, ist es doch, wie der OGH²⁰⁰ zutreffend formuliert, wirklichkeitsfremd, dass Liegenschaftseigentümer eine Liegenschaft um einen bestimmten Höchstbetrag verpfänden, wenn sie nicht schon konkret die Vorstellung haben, Kredite in entsprechender Höhe in Anspruch zu nehmen, was im Übrigen auch für Festbetragspfandrechte zu gelten haben wird.

Aus § 14 Abs 2 GBG lässt sich die Bestandsvoraussetzung „bestehendes Kreditverhältnis“ iS von *konkret* für die fernere Hypothekendeckung nicht entnehmen, sind doch auch – insoweit unstrittig – aktuell bestehende Kreditforderungen nicht Voraussetzung der fortbestehenden Deckungs- und Sicherungsfunktion einer Höchstbetragshypothek. Dem Schutzzweck des § 449 ABGB ist daher im Anschluss an *Hoyer*²⁰¹ auch dann entsprochen, wenn nach dem in der Pfandbestellungsurkunde genannten Rechtsgrund die Sicherung *aller Forderungen aus gegenseitiger Geschäftsbeziehung* ausgeschlossen ist. Die von *Petrasch* unter Hinweis auf die Rechte der Nachhypothekare vorgetragenen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Besicherung erst künftig abzuschließender Kreditverträge überzeugen daher ebenso wenig wie die Einwände *Kurzbauers* und *Ecchers*. Auch nach der Grundbuchsnovelle 1997 steht dem Nachhypothekar kein Recht darauf zu, dass der Schuldner den Gläubiger auszahlt und es dadurch zur Vorrückung kommt. Der Nachhypothekar muss eben damit rechnen, dass die Höchstbetragshypothek für die meist unbegrenzte Dauer des besicherten Schuldverhältnisses aufrecht bleibt und die Pfandhaftung bis zum eingetragenen Höchstbetrag in Anspruch genommen wird. Es macht bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch keinen Unterschied, ob ein durch die Höchstbetragshypothek gesicherter Kredit mehrfach – zeitlich unbegrenzt – ausnützbar ist oder mehrere selbständige Kreditverträge gesichert werden, wie auch der OGH²⁰² zutreffend ausführt. Dass die Nachhypothekare vor der drohenden Feilbietung der Pfandliegenschaft auf die Beendigung des durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Rechtsverhältnisses keinen Einfluss nehmen können, ergibt sich im Übrigen auch aus § 462 ABGB. Selbstverständlich steht es nachfolgenden Buchberechtigten vor diesem Zeitpunkt frei, die weitere Verschuldung des Schuldners und damit die Verringerung ihrer Befriedigungsaussichten zu verhindern, indem sie ggf selbst zur Exekution schreiten, wodurch sich der Sicherungseffekt der Höchstbetragshypothek auf den Höchstbetrag reduziert, weil dieser unabhängig davon, ob höhere Verbindlichkeiten aushaften, die äußerste Grenze der Zuweisung im Verteilungsverfahren bildet. Damit werden die bei Höchstbetrags-

²⁰⁰ SZ 61/98 = ÖBA 1988/126 = NZ 1989/141.

²⁰¹ *Hoyer* in FS Strasser 942 f.

²⁰² SZ 61/98.

hypotheken besonders nachteiligen Folgen der ungeteilten Pfandhaftung gemildert. Die hM lässt dem Zweck des Spezialitätsprinzips entsprechend die Angabe eines abstrakten Rechtsgrundes genügen, um ein zu großes Übergewicht eines einzelnen Gläubigers zu vermeiden. Zwar hätte der Gesetzgeber für die Verpfändung auch verlangen können, dass die zu sichernden Forderungen bzw Rechtsverhältnisse konkret zu benennen seien, doch findet sich eine solche Anordnung weder im ABGB noch in § 14 GBG²⁰³. Der Entstehungszeitpunkt des Kreditverhältnisses ist nicht wesentlich, solange dieses bereits jetzt – genauso wie künftig erst entstehende Forderungen – ausreichend individualisiert ist. Aus dem Spezialitätsgrundsatz folgt weiters, dass ein künftiger Kreditvertrag nur zu schon jetzt feststehenden Bedingungen geschlossen werden kann, was insb im Hinblick auf eine abweichende Verzinsung von Interesse ist. Ein später abgeschlossener Kreditvertrag kann demnach durch nachträglich vereinbarte großzügigere Bedingungen auch nicht zu einer Erweiterung der Pfandhaftung führen. Weil die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Höchstzinssatzes allgemein anerkannt ist und der Abschluss eines neuen Kreditvertrages zu geänderten Bedingungen vielfach überhaupt nur deshalb sinnvoll sein wird, werden die Parteien zweckmäßigerweise in der Pfandbestellungsurkunde einen solchen vereinbarten und später geschlossene Kreditverträge innerhalb dieser Grenzen verzinsen.

Im Anschluss an die soeben referierten Grundsätze vertreten *Iro*²⁰⁴ und ihm folgend *Holzner*²⁰⁵ die Ansicht, dass Höchstbetragshypotheken auch zugunsten mehrerer Grundverhältnisse bestellt werden können. *Iro* erachtet sowohl die Akzessorietät als auch die Spezialität als voll gewahrt und sieht keine größeren Schwierigkeiten bei der Eintragung im Grundbuch als bei einer bloß für ein Rechtsverhältnis bestellten Höchstbetragshypothek. Den genauen Umfang der Pfandhaftung erfahre ein interessierter Dritter wie auch sonst bei der Höchstbetragshypothek aus der Pfandbestellungsurkunde. Die Ausführungen *Iros* haben die

²⁰³ Die Wortfolge „aus einem gegebenem Kredite“ in § 14 Abs 2 GBG kann zur Begründung der Mindermeinung nicht herangezogen werden: Der OGH sprach als verstärkter Senat in SZ 70/60 aus, es lasse sich auch aus späteren gesetzlichen Regelungen interpretativ ableiten, wie eine bestimmte schon bisher geltende Rechtslage nach dem Willen des Gesetzgebers zu verstehen ist. Aus der Neufassung des § 449 ABGB durch die III. TN, wonach für die Einverleibung des Pfandrechts eine zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Forderung gerade *nicht* Voraussetzung ist, und dem Umstand, dass § 14 GBG unverändert in Geltung blieb, folgt, dass es bei der Höchstbetragshypothek auch nicht auf einen im Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung bereits „gegebenen“ Kredit ankommen an.

²⁰⁴ RdW 2000, 9.

²⁰⁵ ÖBA 2004, 954.

Zustimmung des OGH gefunden²⁰⁶. Dieser Entscheidung lag eine Pfandbestellungsurkunde mit folgendem Wortlaut zugrunde:

1. „Wir, Ehegatten ..., ..., stehe(n) mit der ... x-Bank..., ... aufgrund eines Kreditverhältnisses in Geschäftsverbindung, wonach die ... X-Bank... mir/uns Geld- und Haftungskredite eingeräumt hat oder in Zukunft mir/uns solche einräumen wird.

2. Zur teilweisen Sicherstellung aller Forderungen und Ansprüche an Haupt- und Nebenverbindlichkeiten aller Art bis zum Höchstbetrag von €..., welche der ... X-Bank... gegen mich/uns aus dem Kreditverhältnis bereits erwachsen sind oder in Hinkunft erwachsen sollten, verpfände(n) ich/wir ... und ... die uns je zur Hälfte gehörende Liegenschaft... und erteile(n) hiemit meine/unsere ausdrückliche Einwilligung, dass aufgrund dieser Pfandurkunde ohne mein/unser ferneres Einvernehmen, jedoch auf meine/unsere Kosten, das obige (Simultan-)Pfandrecht für diese Forderungen auf der/den oben angeführten Liegenschaft(en) einverleibt werde.“

Der OGH hatte zu entscheiden, ob das Pfandrecht nach dem Wortlaut der Pfandbestellungsurkunde auch Kredite deckt, die einem der beiden Ehegatten allein gewährt werden, oder ob dies nur in Ansehung von beiden Ehegatten gemeinsam gewährten Krediten der Fall ist. In der Begründung seiner Entscheidung führte der OGH ua aus, dass eine Höchstbetragshypothek auch zur Besicherung von Krediten eingeräumt werden kann, die erst später aufgrund einer bereits *bestehenden* Geschäftsverbindung gewährt werden, auch wenn der Abschluss weiterer Kreditverträge zur Zeit des ersten Kreditvertrags und der Bestellung der Hypothek noch ungewiss ist, dass unter einem Kreditverhältnis iwS auch die Rechtsbeziehungen verstanden werden können, die sich aus einem Rahmenvertrag ergeben und dass man eine Klausel der Haftung auch für erst künftig einzuräumende Kredite so auffassen kann, es werde damit von vornherein die spätere Wiederausnützung des ersten Kredits oder die spätere Schuldänderung in der Richtung, jetzt werde für einen neuerlichen Kredit gehaftet, vereinbart. Immer handle es sich dabei aber um in der Pfandbestellungsurkunde, die der Verbücherung des Pfandrechts zugrunde lag, bereits zwischen dem bestimmten Gläubiger und dem bestimmten Schuldner umschriebene Kreditverhältnisse. Die objektive Auslegung der gegenständlichen Pfandurkunde ergebe nach Ansicht des OGH eindeutig, dass die Parteien des Pfandbestellungsvertrags nicht bloß den

²⁰⁶ 3 Ob 285/05s.

Ehegatten gemeinsam gewährte und von diesen aufgrund solidarischer Haftung zurückzuzahlende Kredite durch das bestellte Pfand gesichert haben wollten, sondern ebenso bloß einem der beiden Ehegatten allein gewährte Kredite.

In einer Pfandurkunde dieses Wortlauts wird nach Ansicht des OGH somit zum Ausdruck gebracht, dass beide Ehegatten mit dem Gläubiger aufgrund eines Kreditverhältnisses in Geschäftsverbindung stehen, wonach sowohl einem als auch beiden Ehegatten gemeinsam Kredite eingeräumt werden oder in Zukunft noch eingeräumt werden sollen. Diesen Bestimmtheitserfordernissen wurde im Anlassfall ungeachtet des Umstands Genüge getan, dass als mögliche Schuldner der zu sichernden künftig entstehenden Forderungen nicht nur eine bestimmt bezeichnete Person, sondern zwei Ehegatten in Aussicht genommen wurden, wobei nach dem Wortlaut der Pfandbestellungsurkunde auch offen gelassen wird, ob der zu sichernde Kredit einem oder beiden gemeinsam zur solidarischen Rückzahlung gewährt wird. Die Sicherungsabrede wird dadurch nicht unbestimmt bzw unzulässig.

Für den Umfang und Inhalt eines Höchstbetragspfandrechts sind stets die Pfandbestellungsurkunde und der Kreditvertrag maßgeblich. In die Urkundensammlung des Grundbuchs wird jedoch nur die Pfandbestellungsurkunde aufgenommen; dem Kreditvertrag kommt jedoch für die Auslegung des Parteiwillens wesentliche Bedeutung zu²⁰⁷. Sind daher dem Wortlaut der Pfandbestellungsurkunde nach „*in Zukunft gewährte im Inland beurkundete Kredite und Darlehen*“ eingeschlossen, so sind alle künftigen im Inland beurkundeten Kredite und Darlehen des Hypothekargläubigers an den bzw die Kreditnehmer erfasst. Dies können grundsätzlich sowohl Geschäftskredite als auch Privatkredite sein. Sind hingegen dem Wortlaut nach nur künftige Kredite und Darlehen „*im Rahmen einer Kreditgeschäftsverbindung*“ eingeschlossen, so bestimmt die Art dieser Geschäftsverbindung maßgeblich, welche künftigen Kredite erfasst sein sollen. Handelt es sich um die Geschäftsverbindung eines Kreditinstituts mit einem Kaufmann, so werden grundsätzlich entsprechend § 343 UGB alle Kredite und Darlehen, die zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören, erfasst sein. Besteht jedoch kein Sachzusammenhang zwischen dem künftigen Kredit und dem Betrieb des Handelsgewerbes, wird etwa der Kredit für eine Finanzierung im Privatbereich des

²⁰⁷ Die besicherten Kreditverträge sind daher – jedenfalls bei erhobenem Widerspruch nach § 213 EO – im Verteilungsverfahren vorzulegen.

Kreditnehmers gewährt, so sichert die Höchstbetragshypothek diesen Kredit im Zweifel nicht, insbesondere wenn sie an einer Betriebsliegenschaft eingeräumt worden ist²⁰⁸.

Festzuhalten ist, dass die Besicherung von Forderungen aus einem weiteren Rechtsgrund voraussetzt, dass dieser in der Pfandbestellungsurkunde zum Zeitpunkt der Einverleibung des Pfandrechts bereits genannt sein muss. Die nachträgliche Sicherstellung von Forderungen aus einem weiteren Rechtsgrund und damit eine Erweiterung der Pfandhaftung zu Lasten der Nachhypothekare, die mit einer derartigen Belastung nicht rechnen konnten, ist keinesfalls zulässig. Dies gilt nicht nur für den Rechtsgrund, sondern auch in Ansehung der Person des Gläubigers und des Schuldners²⁰⁹. Den Vertretern der Mindermeinung in der Lehre ist zu erwidern, dass die Besicherung auch künftig erst abzuschließender Kreditverträge eine Flexibilisierung des Sicherungsinstrumentes Höchstbetragshypothek ermöglicht, ohne dass damit tragende Grundsätze des österreichischen Hypothekenrechtes aufgegeben werden müssten und wird dadurch der Anwendungsbereich der Höchstbetragshypothek im Interesse der Kreditwirtschaft als Ergebnis einer innovativen, rechtlich und rechtspolitisch gleichermaßen sinnvollen wie wünschenswerten Entwicklung erweitert. Die Vielzahl der derart sichergestellten Forderungen macht aber auch deutlich, dass an die Akzessorietätsprüfung im Verteilungsverfahren besonders strenge Anforderungen zu stellen sind.

D. Überschreitbarkeit des Höchstbetrages durch Nebengebühren?

Ein im Zusammenhang mit der Höchstbetragshypothek nach wie vor ungelöstes Problem ist, ob die Nebengebühren – wie die hA annimmt – in den Höchstbetrag einzurechnen sind, oder nicht, wie dies von *Ostheim*²¹⁰ und *Hoyer*²¹¹ energisch vertreten wird. Während nach hA die Eintragung von Zinsen neben dem Höchstbetrag unzulässig ist, bzw einer solchen Eintragung keine Bedeutung zukommt, wird die Eintragung einer Nebengebührenkaution für solche Nebengebühren, die im Rahmen des Höchstbetrages für die

²⁰⁸ *Apathy*, ÖBA 2000, 1031 ff; zur Auslegung einer Pfandbestellungsurkunde bei Drittpfandbestellung nach §§ 914, 915 ABGB siehe *Rummel* in ÖBA 1996/565 (Glosse zu 10 Ob 509/96).

²⁰⁹ Davon zu trennen sind die Fälle der Vertragsübernahme.

²¹⁰ JBI 1960, 625.

²¹¹ *Hoyer* in FS Demelius 349 ff und FS Strasser 931 ff.

Hauptforderung nicht zum Zug kommen, allgemein für zulässig gehalten²¹²; dies wird damit begründet, dass durch das Zusammenrechnen beider Summen jedermann sofort feststellen kann, bis zu welcher Höhe die Liegenschaft belastet ist.

Nach hA werden die Nebengebühren einer Höchstbetragshypothek – jedenfalls soweit sie durch den Höchstbetrag gedeckt sind – im Rang der Hauptforderung voll aus dem Meistbot gedeckt²¹³, und zwar entgegen der Regelung für Festbetragshypotheken auch länger als drei Jahre rückständige unverjährte Zinsen²¹⁴. Insoweit hat die Höchstbetragshypothek auch gleichzeitig die Funktion einer Nebengebührensicherstellung. Daher ist nach hA auch die Eintragung von Nebengebühren neben dem Höchstbetrag zu ihrer Berücksichtigung im Rahmen des Höchstbetrages nicht notwendig, eine dennoch erfolgte Eintragung unbeachtlich.

Die Rsp und der überwiegende Teil der Lehre lehnt die Überschreitbarkeit des Höchstbetrages durch Nebengebühren ab. Nach hM darf auch bei gesonderter Einverleibung eines Pfandrechtes für Zinsen neben dem Höchstbetrag dieser keinesfalls überschritten werden. Die Ablehnung der Eintragung prozentmäßiger Zinsen neben dem Höchstbetrag wird damit begründet, dass sich dadurch die Höhe der tatsächlichen Belastung der Liegenschaft aus dem Grundbuch nicht eindeutig entnehmen lasse und dies § 14 Abs 2 GBG widerspreche²¹⁵. Außerdem würden nach § 14 Abs 2 GBG im Rahmen des Höchstbetrages ohnehin sämtliche Forderungen, die aus den dort genannten Rechtsgründen entstehen können, pfandrechtlich sichergestellt, und zu diesen Forderungen gehörten auch Zinsen und Kosten als Akzessorium der Hauptschuld²¹⁶. Die §§ 16, 17 GBG seien auf Höchstbetragshypotheken deswegen nicht anwendbar, weil sie ein Pfandrecht für bereits bestehende, ziffernmäßig bestimmte Forderungen zum Gegenstand hätten, während die Höchstbetragshypothek sich auf erst künftig existent werdende Forderungen beziehe²¹⁷. Darüber hinaus sei im § 14 Abs 2 GBG von Zinsen nicht die Rede, die Einverleibung eines gesonderten Pfandrechtes für sie daher unzulässig²¹⁸. Es sei Sache des Kreditgebers den Höchstbetrag so hoch anzusetzen, dass Nebengebühren in ihm jedenfalls Deckung finden. In der Entscheidung GIU 14.312 spreche der OGH aus, dass die durch § 14 Abs 2 GBG geschaffene Ausnahme von der Vorschrift des

²¹² *Petrasch in Rummel*, ABGB² § 451 Rz 11 mwN; RPFISlG 1959/105; RPFISlG 1960/202; in der Praxis unterbleibt dies freilich, weil die Eintragung von zwei Höchstbetragspfandrechten nicht zweckmäßig erscheint.

²¹³ JBI 1984, 95 (*Hoyer*); EvBl 1996/106 = RdW 1996, 358 = NZ 1996, 346.

²¹⁴ GIU 12.740, 14.312; GIUNF 2833, 3017; SZ 47/73; EvBl 1979/95.

²¹⁵ SZ 44/4 ua.

²¹⁶ So zB GIUNF 1668; GIUNF 4792.

²¹⁷ *Bartsch*, GBG⁷ 261.

²¹⁸ Vgl SZ 19/134.

§ 14 Abs 1 GBG, dass ein Pfandrecht nur für eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme eingetragen werden könne, streng auszulegen, eine Ausdehnung des Pfandrechtes über den Höchstbetrag hinaus daher nicht zu gestatten sei. Außerdem würden gemäß § 14 Abs 2 GBG im Rahmen des Höchstbetrages ohnehin alle Forderungen, die aus den dort genannten Rechtsgründen entstehen können, pfandrechtlich sichergestellt, und zu diesen Forderungen gehörten auch Zinsen und Kosten als Akzessorium der Hauptschuld. Die Gegner einer Überschreitung des Höchstbetrages durch Nebengebühren berufen sich ferner auf den Wortlaut des § 224 EO Abs 2 EO. Diese Bestimmung, die mit der EO-Nov 2000 ersatzlos aufgehoben wurde, ordne an, dass bei Nichtausnützung des Höchstbetrages der Rest zinsbringend anzulegen sei, die Zinsen den aus dem Meistbot nicht mehr voll befriedigten nachfolgenden Gläubigern zuzuweisen seien, was die Absicht des Gesetzgebers zum Ausdruck bringe, dass Nebengebühren nur im Rahmen des Höchstbetrages Deckung finden sollten²¹⁹.

*Ostheim*²²⁰ und *Hoyer*²²¹ treten demgegenüber für die Zulässigkeit der Eintragung von Nebengebühren neben dem Höchstbetrag und gleichzeitig für die Zulassung der Überschreitung des Höchstbetrages durch Nebengebühren ein²²². Ausgangspunkt dieser Überlegung in praktischer Hinsicht sei, dass Höchstbetragshypothekare sich gewöhnlich einen höheren als den tatsächlich benötigten Pfandrahmen ausbedingen müssten, weil der Höchstbetrag um die Nebengebühren nicht überschritten werden könne. Diese Praxis laufe den Interessen des Schuldners zuwider und beeinträchtige somit den Realkredit insgesamt. Die genannten Autoren vertreten die Ansicht, dass der Abs 2 des § 14 GBG sich von Abs 1 leg cit nur insoweit unterscheide, dass anstelle der ziffernmäßig bestimmten Geldsumme, die für die Einverleibung eines Pfandrechtes nach Abs 1 leg cit verlangt werde, in Abs 2 leg cit ein Höchstbetrag trete. Schon aus der Bezeichnung „Höchstbetrag“ könne wegen der genauen Bestimmung, worauf er sich beziehe, nicht gefolgert werden, dass er sich auch auf Nebengebühren erstrecke und auf keinen Fall könne dem § 14 Abs 2 GBG eine Beschränkung der Haftung der Liegenschaft bloß bis zum Höchstbetrag entnommen werden. Die Heranziehung des § 224 Abs 2 EO (aF) zum Beweis dafür, dass Nebengebühren in den Höchstbetrag einzurechnen seien, sei schon deshalb unzulässig, weil es sich dabei bloß um

²¹⁹ So etwa GIUNF 1948; zu den aus § 224 Abs 2 EO ableitbaren Argumenten wird im zweiten Abschnitt, Kap VIII.C.3. ausführlich Stellung genommen.

²²⁰ JBl 1960, 625.

²²¹ FS Demelius 349 ff und FS Strasser 931 ff.

²²² Dieser Ansicht hat sich – allerdings ohne eigene Begründung – jüngst auch *Kodek* in *Kodek* GBG, § 14 Rz 57 ff angeschlossen.

subsidiäres Recht handle, dem die zwingenden Normen des Sachenrechtes jedenfalls vorgingen. § 14 Abs 2 GBG spreche nicht von einer Begrenzung der schließlichen Haftung des Grundstückes, was im Vergleich zu Abs 1 leg cit, der das Pfandrecht für eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme betreffe, zu welcher Forderung noch die Eintragung der vertraglichen Zinsen hinzutreten könne, noch deutlicher werde. Im Falle des Abs 2 leg cit sei bloß die Eintragung einer ziffernmäßig bestimmten Geldsumme nicht möglich. Als Ersatz für diese und nur für diese fordere Abs 2 leg cit die Angabe eines Höchstbetrages. Schon aus der Bezeichnung „Höchstbetrag“ könne wegen der genauen Bestimmung, worauf er sich beziehe, nicht gefolgert werden, dass er sich auch auf die Nebengebühren erstrecken solle. Damit stünden auch § 16 GBG und § 216 EO im Einklang. Die in § 16 GBG erwähnten besonderen Bestimmungen, bei denen die Berücksichtigung der Kosten im Range des Kapitals ausgeschlossen sei, umfasse nicht § 14 Abs 2 GBG, weshalb dieser auch nicht als Ausnahme in § 216 angeführt sei. Auch aus dem Spezialitätsprinzip ließe sich die hA nicht begründen. Der „Unsicherheit“ der Rückstände an eingetragenen Zinsen und dem Risiko der von § 16 GBG umfassten Prozess- und Exekutionskosten, die aus dem Grundbuch auch bei Verkehrshypotheken nicht hervorgingen, bleibe jeder Nachhypothekar jeder Hypothek ausgesetzt. Viele Irrtümer in Lehre und Rsp seien aus der unzureichenden Scheidung von Haftung und Belastung zu erklären²²³. Auch zum Höchstbetrag könnten im Sinne des § 14 Abs 1 Satz 2 GBG Zinsen mit dem Beginn ihres Laufes und dem Zinssatz eingetragen werden²²⁴. Pfandrechtliche Sicherheit bestehe für das Kapital nur bis zum Höchstbetrag, hinsichtlich der Nebengebühren nur, soweit sie auf den Höchstbetrag entfielen; dh also, dass Zinsen maximal nur vom Höchstbetrag als Kapital, und Kosten auch nur unter Heranziehung des Höchstbetrages und der darauf entfallenden Zinsen gesichert und gedeckt seien²²⁵.

Im Anschluss an *Ostheim* und *Hoyer* hat auch *Schima sen* in der Besprechung des Kommentars von *Heller/Berger/Stix* Bd II²²⁶, allerdings ohne nähere Begründung die Ansicht vertreten, *Hoyer* nehme wohl zu Recht Stellung gegen die auch von *Heller/Berger/Stix* vertretene hM.

*Angst*²²⁷ meint – ebenfalls ohne nähere Begründung –, *Ostheim* und *Hoyer* hätten sich mit beachtlichen Argumenten gegen die hM gewendet, welche auch die von *Hoyer*

²²³ *Hoyer* in FS Demelius 351.

²²⁴ *Hoyer* in FS Demelius 353.

²²⁵ *Hoyer* aaO FN 30.

²²⁶ ÖJZ 1974, 54.

²²⁷ *Angst* in *Angst*, EO § 224 Rz 7.

vorgeschlagene Befassung eines gemäß § 8 OGHG verstärkten Senats des OGH gerechtfertigt erscheinen lasse.

*Petrasch*²²⁸ lehrt demgegenüber, es werde „gegen *Ostheim* und *Hoyer* mit Recht weiterhin verneint“, dass der eingetragene Höchstbetrag durch Anwendung der §§ 16, 17 GBG überschritten werden dürfe. Diese Auffassung vertreten im Übrigen – ebenfalls ohne weitere Begründung – auch *Hofmann*²²⁹, *Hinteregger*²³⁰ und *Lecher*²³¹. Der OGH hielt seine Ansicht ohne nähere Auseinandersetzung mit den Argumenten *Ostheims* und *Hoyers* bisher aufrecht²³².

Die – soweit ersichtlich – letzte ausführliche Stellungnahme der Lehre zu dieser Frage stammt von *Kurzbauer*²³³. Sie vertritt die Ansicht, dass durch die „Pachtzinsentscheidung“ aus 1996²³⁴ neue Ansätze eröffnet sein könnten; die stRsp, die Nebengebühren nicht über den Höchstbetrag hinaus zuweise, müsse sehr in Zweifel gezogen werden, da bewiesen worden sei, dass die hA zumindest nicht zwingend sei. So ergebe sich aus dem Wortlaut des § 14 Abs 2 GBG eher das Gegenteil; auch die Einhaltung des Spezialitätsprinzips stehe einer Zuweisung von weniger als drei Jahre rückständigen Zinsen und Nebengebühren nach § 216 EO nicht entgegen, ebenso wenig § 224 Abs 2 EO. Maßgeblich sei vor allem die Erwägung, dass § 14 Abs 2 GBG nicht zum gesamten Abs 1 eine Ausnahme darstelle, sondern nur hinsichtlich der ziffermäßigen Bestimmtheit. Der OGH habe in der Begründung der bezogenen Entscheidung seine bis dahin vertretene Ansicht, wonach Ausnahmebestimmungen nicht ausdehnend auszulegen seien, endlich aufgegeben. Die bei Festbetragshypotheken zulässige Ausnahme vom Spezialitätsprinzip durch §§ 16, 17 GBG, weil die Haftung der Liegenschaft erst errechnet werden müsse, was in Ansehung der Prozess- und Exekutionskosten nicht einmal möglich sei, müsse auch bei Höchstbetrags-hypotheken gelten. Beide Hypothekenarten seien grundsätzlich gleich zu behandeln²³⁵.

Der OGH²³⁶ nahm zu den Argumenten *Kurzbauers* Stellung und führte aus, dass sich zwar durch die Aufhebung des Abs des § 224 EO maßgebliche neue Gesichtspunkte ergeben haben könnten, deren Erörterung aber in dem dort noch zur Rechtslage vor der EO-Nov 2000

²²⁸ *Petrasch* in *Rummel*, ABGB² § 451 Rz 11.

²²⁹ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 451 Rz 11.

²³⁰ *Hinteregger* in *Schwimann*, ABGB² § 449 Rz 25.

²³¹ *Lecher* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 224 Rz 10 mwN.

²³² 3 Ob 123/85 = JBl 1987, 112; 3 Ob 90/88 = SZ 61/191.

²³³ Höchstbetragshypothek 37 ff.

²³⁴ 3 Ob 34/94, verst Senat.

²³⁵ Höchstbetragshypothek 43.

²³⁶ 3 Ob 283/01s.

zu entscheidenden Fall zu unterbleiben habe. Aus den Gründen der von *Kurzbauer* bezogenen Entscheidung des verstärkten Senats ergeben sich aber entgegen der Ansicht *Kurzbauers* für die Frage der Berücksichtigung von Nebengebühren bei der Meistbotsverteilung über den Höchstbetrag hinaus keine neuen Gesichtspunkte, die eine Befassung des OGH erforderlich machten. Der OGH habe in dieser Entscheidung, wie in anderen Entscheidungen zuvor die Möglichkeit der analogen Anwendung von Ausnahmebestimmungen bejaht, woraus sich jedoch nicht ergebe, dass der stRsp zur Frage der Berücksichtigung von Nebengebühren bei Höchstbetragshypotheken in der Meistbotsverteilung die Grundlage entzogen sei.

ME ist die auf *Klang*²³⁷ zurückgehende und auch von *Kurzbauer* vertretene Ansicht, wonach die Höchstbetragshypothek eine Ausnahme vom Spezialitätsprinzip²³⁸ darstelle, unzutreffend. Mit der Angabe eines Höchstbetrages nach § 14 Abs 2 GBG ist dem Spezialitätsprinzip genauso Rechnung getragen, wie mit der Angabe einer ziffernmäßig bestimmten Geldsumme nach § 14 Abs leg cit. Es ist keine Eigentümlichkeit der Höchstbetragshypothek, dass die tatsächlich gesicherte Forderung von der im Grundbuch aufscheinenden „Belastung“ differieren kann. Es ist faktisch gar nicht möglich und kann daher auch nicht Aufgabe des Spezialitätsprinzips sein, zu allen erdenklichen Zeitpunkten Auskunft über die Forderungshöhe und damit über die *Haftung* des Pfandrechts zu geben, weil sich die Höhe der aushaftenden Forderung vor dem Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung unablässig ändert. Es ist daher richtiger Weise auch zwischen „Haftung“ und „Belastung“ der Liegenschaft streng zu unterscheiden. Nur über die höchstmögliche Haftung der Liegenschaft gibt das Spezialitätsprinzip Auskunft, indem es – sieht man von § 16 GBG ab – deren Höhe begrenzt und auch nur darauf kann es ankommen. Zahlreiche Irrtümer der hM sind darauf zurückzuführen, dass unverändert davon ausgegangen wird, dass im Grundbuch eine *Forderung* eingetragen werde. Eine Überschreitung des sichergestellten Kapitalbetrages um die Zinsen entspricht bei Festbetragshypotheken dem Spezialitätsprinzip, weil § 17 GBG die *Pfandhaftung* im Rang des Kapitals – und nicht bloß die „Belastung“ – der Liegenschaft auf einen dreijährigen Rückstand beschränkt. Unabhängig von der tatsächlich bestehenden Schuld können daher im Rang des Kapitals Zinsen nur in diesem Umfang berücksichtigt werden, wobei die Berechnung der höchstmöglichen Haftung in diesem Rang nicht vom Tag der

²³⁷ *Klang* in *Klang*² II 349 ff.

²³⁸ In der Formulierung des § 14 Abs 1 GBG, „Das Pfandrecht kann nur für eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme eingetragen werden ...“, wovon § 14 Abs 2 GBG die Ausnahme darstelle, sieht die hM die Durchbrechung des Spezialitätsprinzips.

tatsächlichen Entstehung der Verbindlichkeit an, sondern abstrakt vom Tag der Erteilung des Zuschlags an rückwärts erfolgt²³⁹. Der Endtermin der tatsächlichen Verzinsung fällt nach hM mit dem Tage der Zuschlagserteilung zusammen²⁴⁰. Der referierten Ansicht *Hoyers*, wonach der bloßen *Bestimmbarkeit* – was insb mit der Ausnahmebestimmung des § 16 GBG begründet wird – der Pfandhaftung im Rang des Kapitals wie bei Festbetragshypotheken Genüge getan sei, wenn die (Höchst-)Zinsen vom eingetragenen (Höchst-)Betrag berechnet werden, stehen bereits seine eigenen Ausführungen entgegen, wonach gemäß § 17 GBG unverjährte Rückstände stets im Rang des Kapitals zu berücksichtigen seien²⁴¹. Daraus folgt aber, dass bei einer Erstreckung der Pfandhaftung nach § 17 GBG auf unverjährte Zinsenrückstände auch die Begrenzung der Haftung durch den Höchstbetrag überflüssig wäre, weil regelmäßig unverjährte Zinsenrückstände in beliebiger Höhe im Rang des Kapitals gedeckt wären, und die Berechnung des tatsächlichen – unverjährten – Zinsenrückstandes für nachfolgende Buchberechtigte überhaupt nicht möglich wäre. Weil die jeweils besicherten Kreditverträge in die Urkundensammlung des Grundbuchs nicht aufgenommen werden, aus einer Vielzahl von Kreditverträgen aber eine ebensolche Vielzahl an unverjährten Zinsenrückständen in unbegrenzter Höhe entstehen könnte, wäre eine Berechnung der höchstmöglichen Haftung auch bei Verbücherung eines Höchstzinssatzes nicht möglich. Diese Unsicherheit im Realverkehr lehnt die hA daher zu Recht ab. Andererseits könnte die Höchstbetragshypothek ihrem primären Sicherungszweck, nämlich der Besicherung von Kontokorrentkrediten nicht mehr gerecht werden, wenn die Haftung gemäß § 17 GBG auf einen dreijährigen – abstrakt zu berechnenden – Zinsenrückstand im Rang des Kapitals begrenzt wäre, sodass auch der in diesem Punkt abweichenden Ansicht *Ostheims* nicht zu folgen ist. Die Gegner der hM übersehen vor allem, dass der Gesetzgeber in § 14 Abs 2 GBG eine Begrenzung der höchstmöglichen Haftung des Höchstbetragspfandrechts normiert hat, die in der Dreijahresgrenze des § 17 GBG ihre Entsprechung findet. Weil zudem jedem Hypothekar durchaus zugemutet werden kann, mit einer von vornherein (rangmäßig) begrenzten Sicherheit das Auslangen zu finden, und der Realverkehr durch das unkalkulierbare Ausmaß der Pfandhaftung großen Schaden nehmen würde, vermag die Ansicht *Ostheims* und *Hoyers* auch in praktischer Hinsicht nicht zu überzeugen.

²³⁹ § 216 Abs 2 EO.

²⁴⁰ RIS-Justiz RS0003561; dies gelte nur dann nicht, wenn die Zinsen gemäß § 14 Abs 2 GBG, etwa iR einer Nebengebührensicherstellung gesichert seien und nach der Parteienabrede bis zur letzten Verteilungstagsatzung geschuldet werden. Kritisch *Paupie*, NZ 1904/44-52; ebenso *Lehmann*, Zwangsversteigerung 166.

²⁴¹ JBl 1986, 732.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen auch, dass die mE nicht mehr zeitgemäße Norm des § 17 GBG wenig Sinn macht, wenn die Berechnung des maximal gedeckten Zinsenrückstandes bereits im Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung möglich ist und man richtiger Weise davon ausgeht, dass im Grundbuch stets das Pfandrecht für eine Forderung und nicht die Forderung selbst eingetragen wird. Warum die Bestimmbarkeit der größtmöglichen Vorlast einer mehr oder weniger komplizierten Berechnung vorbehalten bleiben soll, wenn deren Bestimmung bereits im Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung möglich ist, ist nicht nachvollziehbar. Unter diesem Aspekt erscheint die gänzliche Aufhebung der §§ 14 Abs 1, 17 GBG überlegenswert, zumal diese Sicherungsfunktionen problemlos von Höchstbetragspfandrechten – die wegen der unzureichenden Sicherung der Nebengebühren aufgrund dieser Bestimmungen ohnehin regelmäßig eingetragen werden – übernommen werden können und damit eine nicht unerhebliche Harmonisierung des Liegenschaftspfandrechts und Entlastung des Grundbuchs verbunden wäre. Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, dass in rechtsdogmatischer Hinsicht kein Grund für eine Andersbehandlung der Höchstbetragshypothek gegenüber der *Verkehrshypothek* besteht.

E. Zession

Da das Pfandrecht keinen selbstständigen Zweck, sondern bloß Sicherungsfunktion hat, kann es nicht allein, sondern nur zusammen mit der gesicherten Forderung übertragen werden. Daraus darf aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Forderung nicht ohne das Pfandrecht übertragen werden könnte. Bei Hypotheken erlischt das Pfandrecht nicht, wenn es nicht zugleich mit der Forderung übertragen wird. Einerseits wird bei Festbetrags-hypotheken angenommen, dass die Abtretung der Hypothekarforderung der Übertragung im Grundbuch bedarf, sodass es zu keiner Trennung komme²⁴², andererseits sind Höchstbetragspfandrechte mit keiner bestimmten Forderung verknüpft und erlöschen daher selbst dann nicht, wenn nur die Forderung abgetreten wird²⁴³. Keiner gesonderten Übertragung der Hypothek bedarf es nach hM bei Legalzessionen auf Grund der §§ 1358, 1422 ABGB, sodass es in diesen Fällen infolge des ipso iure Überganges von Forderung und Pfandrecht auch keiner bücherlichen Übertragung bedarf. Nach stRsp²⁴⁴ und überwiegender Lehre²⁴⁵ gehen also

²⁴² OGH in ÖBA 1997, 67 = ecolx 1996, 852 (*Wilhelm*).

²⁴³ *Koziol/Welser*, I¹³ 387.

²⁴⁴ SZ 67/192; ÖBA 1996, 809 ua.

bei gesetzlicher bzw bei notwendiger Zession pfandrehtlich besicherter Forderungen sowohl Faustpfand als auch (Verkehrs-)Hypothek automatisch, dh ohne besonderen sachenrechtlichen Übertragungsakt auf den Erwerber der Forderung über.

Bei Höchstbetragshypotheken sei nach hM demgegenüber zu beachten, dass bei diesen das Pfandrecht nicht an einzelnen Forderungen, sondern am „Kreditrahmen“ hafte. Nur wenn das ganze gesicherte Rechtsverhältnis auf einen Dritten übertragen werde, was im Fall der Einzelrechtsnachfolge die Zustimmung des Schuldners voraussetzt²⁴⁶ oder bei Gesamtrechtsnachfolge²⁴⁷ könne das Pfandrecht mitübertragen werden; im Zessionsfall sei Voraussetzung, dass der Kreditrahmen auf eine einzelne Forderung reduziert werde. Ohne eine solche Reduktion des Kreditrahmens gehe nur die einzelne Forderung auf den Einlöser über, nicht aber die Hypothek²⁴⁸. Die Reduktion auf eine einzelne fällige Forderung habe zur Folge, dass die Höchstbetragshypothek bei Einlösung als Festbetragshypothek auf den Zahler übergehe²⁴⁹.

Nach hA ist es somit erforderlich, dass die Haftung des Pfandrechts auf die aus dem Haftungsverband ausscheidende Forderung bzw den Saldo dieser Forderungen reduziert, diese (Gesamt-)Forderung daher einer Festbetragshypothek gleichgestellt wird. Nur unter dieser Voraussetzung sollen nach § 14 Abs 2 GBG besicherte Forderungen mit dem Pfandrecht in Form einer „Festbetragshypothek“ auf den Zahler übergehen.

Diese Auffassung steht aber damit, dass nach hM bei Festbetragshypotheken die §§ 16, 17 GBG zur Anwendung gelangen, ein gutgläubiger Erwerb im Vertrauen auf den Grundbuchsstand möglich ist, und weiters auch mit der zu § 210 EO²⁵⁰ vertretenen hA im Widerspruch, wonach eine derart besicherte Forderung keiner Anmeldung zur Meistbotsverteilung bedarf. Weiters ist nicht geklärt, auf welche Weise und auf welcher gesetzlichen Grundlage die Reduktion des Kreditrahmens durchgeführt werden soll. Die hA setzt für den Pfandrechtsübergang eine vor der Meistbotsverteilung durchzuführende Akzessorietätsprüfung voraus und verkennt damit die Rechtsnatur der Höchstbetragshypothek, die eben die Besicherung einer Vielzahl von Forderungen – auch zugunsten mehrerer Gläubiger – und deren außerbücherliche Auswechselbarkeit zulässt. Weiters führt die herrschende Praxis zu dem unerwünschten Ergebnis, dass der Kreditnehmer vom Zahler aus dem Kreditverhältnis hinausgedrängt werden kann, weil für künftige Verbindlichkeiten keine Pfandhaftung mehr

²⁴⁵ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1358 Rz 5; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1422 Rz 12 je mwN.

²⁴⁶ Dazu ausführlich *Reischauer*, JBI 1979, 298 ff; *Kurzbauer*, Höchstbetragshypothek 125 ff.

²⁴⁷ Dazu *Iro*, ÖBA 1997, 345; *Apathy*, ÖBA 2000, 1031 ff und 1041 ff.

²⁴⁸ RIS-Justiz RS0033415; *Reischauer*, ÖJZ 1982, 267 f; 309 f; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1422 Rz 16 ABGB mwN.

²⁴⁹ *Reischauer*, aaO; ÖBA 1999, 59 ua.

²⁵⁰ Weil einer Grundbuchsberichtigung in den Fällen des außerbücherlichen Rechtserwerbes nach § 136 Abs 1 GBG nur deklarative Bedeutung zukommt, habe die Eintragung auch wenn sie Form der Einverleibung erfolge, keine Bedeutung iSd § 210 Abs 1 EO.

besteht und die Einlösung dessen Einverständnis nicht voraussetzt²⁵¹. Dass die hM aus heutiger Sicht als überholt zu betrachten ist, soll zunächst anhand einer Stellungnahme aus der älteren Lehre verdeutlicht werden, welche offensichtlich auch den Ausgangspunkt für die Ansicht *Reischauers* und die ihm folgende hM darstellt:

So ist nach *Calligaris*²⁵² maßgeblich für die Ausnahmestellung der Höchstbetrags-hypothek deren Natur, welche in deren gegenüber den Nachhypothekaren wie ein Rangvorbehalt wirkenden Bestimmung liege, innerhalb des Höchstbetrages für jeweilige, im Vorhinein noch unbestimmte Forderungen zu haften. Die Unübertragbarkeit eines Höchstbetragspfandrechtes ohne Übertragung einer bestimmten hiedurch gesicherten Forderung ergebe sich schon aus der akzessorischen Natur des Pfandrechtes, umgekehrt bewirke die Zession einer einzelnen aus dem Kreditverhältnis stammenden Forderung ohne vorherige grundbücherliche Eintragung und Umschreibung der Forderung nicht den Übergang der Hypothek. Durch die Eintragung der bestimmten Forderung verwandle sich das Pfandrecht aus der ursprünglichen Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek, deren Übertragung durch grundbücherliche Umschreibung auf den neuen Gläubiger keinem Anstand unterliege. Die Übertragung setze eine vorausgehende Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek voraus, ohne welche es dem Wesen der Höchstbetragshypothek, wonach die Pfandhaftung für jeweilig erwachsende Forderungen bestehe, zuwiderlaufe, wenn die Hypothek durch Übertragung einzelner, in einem gegebenen Zeitpunkt bestandener Forderungen absorbiert würde und nicht auch für weiterhin erwachsende Forderungen vorbehalten bliebe.

Diese Ausführungen machen zunächst deutlich, dass der älteren Ansicht das charakteristische Merkmal der Höchstbetragshypothek, nämlich die außerbücherliche Auswechselbarkeit von Forderungen noch nicht geläufig war. Kann aber bei der Höchstbetragshypothek eine pfandgesicherte Forderung außerbücherlich entstehen, so muss auch die außerbücherliche Übertragbarkeit möglich sein, welche Frage freilich streng vom Umfang der Pfandhaftung zu trennen ist. Auch wenn man mit der hM davon ausgeht, dass der Pfandrechtsübergang der vorherigen Beendigung des Kreditverhältnisses iS einer Reduktion des Kreditrahmens bedürfe und der Höchstbetrag die absolute Grenze der Haftung bildet, stellt sich die Frage, in welchem Umfang und in welchem Rang der Zahler eine pfandrechtl. Deckung seiner Forderung erwirbt. Liegt der Saldo unter dem Höchstbetrag,

²⁵¹ Siehe auch § 1396a ABGB.

²⁵² GZ 1903/6.

so geht das Pfandrecht jedenfalls im Umfang der Zahlung über²⁵³. Liegt der Saldo hingegen über dem Höchstbetrag, so kann bei Zahlung des Gesamtsaldos (nach Reduktion des Rahmens) naturgemäß die Höchstbetragshypothek nur bis zum eingetragenen Höchstbetrag übergehen, weil nur dieser Teil besichert ist. Zahlt hingegen der Dritte nur einen Teilbetrag, so ergeben sich Probleme. Ist etwa der Höchstbetrag durch die aushaftende Schuld überschritten ist, so steht auch dem ursprünglichen Gläubiger nur eine verhältnismäßige Sicherheit zu, weil im Verteilungsverfahren nie mehr als der eingetragene Höchstbetrag zugewiesen werden kann. Übersteigen diese Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag, so besteht auch nach derzeit hM nur anteilige Sicherheit. *Wilhelm*²⁵⁴ und *Hoyer*²⁵⁵ plädieren daher in diesen Fällen für einen anteiligen Pfandrechtsübergang auf den Drittzahler.

Der gesetzeskonforme Ansatz muss im Anschluss an *Hoyer*²⁵⁶ auch bei der Höchstbetragshypothek von § 889 ABGB ausgehen: Niemand darf mehr als seinen Anteil erhalten. So wie der Drittzahler bei nur teilweiser Pfandbesicherung nur den dem Bruchteil seiner Forderung entsprechenden Teil der Sicherheiten erhält, muss es bei der Festbetrags- wie Höchstbetragshypothek auch verbleiben. Weil aus dem Grundverhältnis noch weitere pfandgesicherte Forderungen entstehen können, steht die gesicherte Gesamtverbindlichkeit stets erst im Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung fest. Wer zu diesem Zeitpunkt im Rahmen der Höchstbetragshypothek eine vom Pfandgläubiger abgeleitete Forderung durchsetzen will, unterliegt derselben „abgeleiteten“²⁵⁷ Kürzung. *Hoyer*²⁵⁸ hält der hM ferner treffend entgegen, dass bei der von ihr geforderten vorzeitigen Verteilung durch Umwandlung der Höchstbetragshypothek in ein betragsmäßig fixiertes Pfandrecht das Kürzungsverhältnis nicht bestimmbar ist, also mindestens einer der konkurrierenden Pfandgläubiger grundlos und ohne gesetzlichen Anhaltspunkt benachteiligt wird. Auch bleibe die Rsp jede Antwort darauf schuldig, wie denn die durch Subrogation entstandene „Festbetragshypothek“ wieder in die ursprüngliche Höchstbetragshypothek rückgeführt werden könne, wenn die abgetretene Forderung erloschen sei. Bei überzogenem Höchstbetrag sind daher richtiger Weise die gleichrangig besicherten Forderungen erst zum Zeitpunkt der Meistbotsverteilung – auch unter mehreren Berechtigten – proportional zu kürzen. Denn ob und in welchem Umfang dem Drittzahler eine Forderung bzw ein Pfandrecht zustehen wird, ist eine im Zeitpunkt der

²⁵³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1422 Rz 17.

²⁵⁴ WBI 1987, 297.

²⁵⁵ NZ 1995/337; derselbe NZ 2006/662.

²⁵⁶ NZ 2006/662.

²⁵⁷ §§ 1358, 1422 ABGB.

²⁵⁸ NZ 1995/337, Glosse zu 5 Ob 77/94.

Abtretung noch offene Frage. Die überkommene hM steht mit dem Gesetz und mit den zum außerbücherlichen Pfandrechtsübergang vertretenen Grundsätzen nicht im Einklang; für eine Andersbehandlung der Höchstbetragshypothek besteht keinerlei Veranlassung.

1. Rang des Drittzahlers

Der den Höchstbetrag übersteigende (unbesicherte) Teil des Saldos ist nach § 1416 ABGB vom Kreditnehmer stets vor dem besicherten Teil der Schuld abzutragen. Dies gilt auch für die Zahlung des Bürgen, weil der Bürge – zufolge des Prinzips der ungeteilten Pfandhaftung auch dann, wenn er sich ausdrücklich nur für den pfandrechtlich besicherten Teil der Schuld verbürgt hat – *schuldet*, und die Anrechnung der Zahlung jedenfalls im Belieben des Gläubigers stehen muss, weil der Bürge die Rechtsstellung des Gläubigers verbessern soll²⁵⁹; ebenso aber für den nach § 1422 ABGB Einlösenden und nach Teilen der Lehre²⁶⁰ auch für den rechtsgeschäftlichen Zessionar, weil ohne Einverständnis des Kreditgebers nicht das Recht zusteht, in anderer Reihenfolge einzulösen, als der Kreditnehmer zahlen darf. Nach hM geht aber bei teilweiser Zahlung durch einen Dritten die Restforderung des Altgläubigers jener des Teileinlösenden mangels einer gegenteiligen Vereinbarung vor²⁶¹.

Dieser Ansicht ist mE nicht beizupflichten: Weil der Gläubiger gemäß § 1415 ABGB grundsätzlich nicht verbunden ist, eine (Teil-)Zahlung anzunehmen, geht die Forderung und ihr folgend das Pfandrecht richtigerweise auf den Zahler zumindest gleichrangig über. Das Argument *Reischauers*²⁶², dass dies nachrangig geschehe, weil andernfalls die Möglichkeit bestehe, dass der Pfandschuldner den Gläubiger zur Einlösung zwingen könnte, indem er den Dritten einlösen lasse, dessen Forderung samt Pfandrecht er wiederum an sich löse, wodurch die Rangrechte des Gläubigers umgangen werden könnten, weil dem Pfandschuldner sodann vorrangig eine forderungsentkleidete Eigentümerhypothek zustehe, ist nicht überzeugend. Einerseits hat der Gläubiger die Zahlung angenommen, weshalb nicht ersichtlich ist, warum er – auch im Hinblick auf das Pfandrecht – besser gestellt

²⁵⁹ Aus diesem Grund kann auch die auf den Bürgen übergegangene Sicherheit nicht vorrangig zu der des Gläubigers besichert sein und ist nach der hier vertretenen Ansicht mit dieser gleichrangig zu behandeln.

²⁶⁰ Vgl *Ertl* in *Rummel*, ABGB³ § 1394 Rz 1 ff mwN.

²⁶¹ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 464 Rz 6.

²⁶² *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1422 Rz 17.

sein sollte; andererseits übersieht diese Ansicht, dass die Einlösung einer Forderung gerade nicht deren Tilgung bewirkt, sodass ein Fall des § 469 ABGB überhaupt nicht vorliegt.

2. Bücherliche Durchführung und Rechtswirkungen der Grundbuchsberichtigung

Weil der Pfandrechtsübergang ex lege erfolgt, kann eine bürgerliche Eintragung gemäß § 136 Abs 1 GBG unterbleiben²⁶³. Der Eintragung kommt bloß deklarative Bedeutung zu²⁶⁴. Nach hM ist die Eintragung in Form der Einverleibung vorzunehmen²⁶⁵. Der Grundbucheintrag muss, um gesetzeskonform zu bleiben, den Rechtsfolgen des § 889 Fall 2 ABGB entsprechen, also die gemeinsame Sicherung von ursprünglichem Gläubiger und Drittzahler in der Höchstbetragshypothek zum Ausdruck bringen, da die endgültige Entscheidung erst in der in der Zukunft liegenden Meistbotsverteilung möglich ist, stehen doch erst dann die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufteilung endgültig fest. Praktisch wird dies durch die Einverleibung oder Anmerkung des Hypothekenübergangs an den Drittzahler mit dem Beisatz im aus Anlass der Meistbotsverteilung zu bestimmenden, § 889 Fall 2 ABGB folgenden Verhältnis zum Gesamtrahmen der Höchstbetragshypothek, zu erfolgen haben²⁶⁶. Im Falle der Tilgung der Forderung ist der Zessionar (bzw eine einzutragende Pfand-Mitgläubigereigenschaft) zu löschen. Die Löschung löst freilich kein Verfügungsrecht des Liegenschaftseigentümers nach § 469 ABGB aus, wodurch den Parteien des Kreditvertrages der volle eingetragene Rahmen wieder zur Verfügung steht; auch ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb lässt sich auf diese Weise verhindern²⁶⁷. Der in der Anmerkung gemäß § 136 GBG als Berechtigter aufscheinende Gläubiger ist von der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens zu verständigen. Seit der EO-Nov 2000 ist zwar der Beschluss, mit dem die Zwangsversteigerung bewilligt wird, zunächst nur mehr den Parteien des Exekutions-

²⁶³ Unterlässt der außerbücherliche Erwerber die Grundbuchsberichtigung nach § 136 GBG, so ist der Gläubiger nicht gehindert, das auf ihn allein eingetragene Pfandrecht nach erfolgtem Rechtsübergang löschen zu lassen, weil er formell allein zur bürgerlichen Verfügung über das Pfandrecht legitimiert ist (*Gschmitzer Sachenrecht*² 226; *Klang* in *Klang*² II 523).

²⁶⁴ Anderes gilt freilich nach hM für die rechtsgeschäftliche Zession. Dort knüpft sich der Pfandrechtserwerb an die Einverleibung des Zessionars.

²⁶⁵ AA *Hoyer*, NZ 1995/337, der für die Anmerkung plädiert, weil aufgrund des ipso iure Übergangs des Pfandrechts eine Einverleibung nicht zu fordern sei; ebenso *Petrasch* in *Rummel*, ABGB² § 449 Rz 8.

²⁶⁶ *Hoyer*, NZ 2006/662.

²⁶⁷ Dass der ipso iure Übergang des Pfandrechts in vorläufig unbestimmter Höhe kein bloß bis zur Akzessorietätsprüfung aufschiebend bedingter Pfandrechtserwerb ist, zeigt sich auch daran, dass der Zessionar gegen den Schuldner Exekution führen und aufgrund der Eintragung der Mitgläubigereigenschaft die Anmerkung der Klage und der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens im Rang des einverleibten Pfandrechts begehren kann.

verfahrens und dem Wiederkaufsberechtigten zuzustellen (§ 136 Abs 1 EO), grundsätzlich nicht aber anderen Buchberechtigten. Nach § 55a EO hat das Exekutionsgericht von Amts wegen den Grundbuchsstand zu erheben, wenn dies für eine Entscheidung des Gerichts von Bedeutung ist. Diese vor der EO-Nov 2000 in § 560 Abs 2 Geo enthaltene, nur für das Zwangsversteigerungsverfahren vorgesehene Regelung wurde durch die Einfügung des § 55a EO in ihrem Geltungsbereich auf alle Exekutionsverfahren ausgedehnt²⁶⁸. Aufgrund der ausgewiesenen bürgerlichen Berechtigung ist daher der gemäß § 136 GBG eingetragene Berechtigte jedenfalls zur Meistbotsverteilung zu laden.

²⁶⁸ *Angst/Jakusch/Pimmer*, MTA EO¹³ 120.

V. Pfandrechtsverwertung

A. Der hypothekarische Anspruch

Das Hypothekarrecht gestaltet sich zum Anspruch, sobald die Voraussetzungen seiner Realisierung eingetreten sind. Die Natur des Anspruches bestimmt sich, hier wie überall, durch die Natur des Rechtsverhältnisses, dessen Ausdruck er ist. Daher kann derselbe nur ein dinglicher sein. Mit aller Deutlichkeit ist sein dinglicher Charakter ausgedrückt, wenn das Gesetzbuch den Hypothekar anweist, sich „*die volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen*“ (§ 466 ABGB). Der Hypothekar hat sich also an die Sache zu halten und aus ihr hat er die volle Befriedigung für seine Forderung zu begehren. Der Gläubiger verlangt die Befriedigung aus der verpfändeten Sache und nicht vom jeweiligen Eigentümer, mag dieser zugleich sein persönlicher Schuldner sein oder nicht²⁶⁹. Freilich hat der Gläubiger aus der Sache nicht mehr zu erlangen als seine Befriedigung, daher muss sein Anspruch dahinfallen, wenn er dieselbe anderweitig von irgendwoher erhalten hat. Die rechtswirksam geleistete Zahlung alles dessen, was er durch das Hypothekarrecht erlangen sollte, entzieht diesem seinen materiellen Boden und macht seinen Anspruch daher unwirksam²⁷⁰.

Um zur Verwertung des Pfandrechtes schreiten zu können, strengt der Hypothekar die Pfandrechts- oder Hypothekarklage gemäß § 461 ABGB an. Nach dieser Gesetzesstelle ist der Gläubiger „*befugt, die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen*“. Das Urteil gibt ihm einen Exekutionstitel, der die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung möglich macht. Auch wenn der Gläubiger auf andere Weise, zB durch gerichtlichen Vergleich oder vollstreckbaren Notariatsakt einen Exekutionstitel erlangt, erfolgt die Verwertung gemäß § 461 ABGB im Wege der Exekution nach den Regeln der EO.

Ein Pfandgläubiger ist aus dem Meistbot aber auch dann zu befriedigen, wenn er nicht die Vollstreckung betrieben hat, seine Forderung also an sich noch nicht fällig oder rechtskräftig festgestellt ist. Die erstmalige Feststellung derartiger Ansprüche und deren Berücksichtigung im Meistbotsverteilungsverfahren ist daher zur Vermeidung ungerechtfertigter Verkürzung der übrigen auf das Meistbot gewiesenen Gläubiger an besonders strenge Voraussetzungen zu knüpfen, da diesen vormals dinglich gesicherten Gläubigern nach Beendigung dieses Verfahrens kein besonderer Haftungsfonds mehr zur

²⁶⁹ Exner, Hypothekenrecht 231.

²⁷⁰ Diese Rechtsfolge ergibt sich zwingend aus dem Akzessorietätsprinzip. Jede Haftung setzt daher stets den Nachweis eines gesicherten Anspruchs voraus. Dass eine Forderung auch gegen einen Dritten als *Schuldner* zustehen kann, dispensiert von diesem Erfordernis freilich nicht.

Verfügung steht. Reicht der Erlös im Zwangsversteigerungsverfahren zur Befriedigung eines Gläubigers nicht hin, hat der Schuldner den ungedeckten Forderungsrest zu ersetzen; die Forderung bleibt in diesem Umfang aufrecht, die dingliche Sicherheit geht aber jedenfalls verloren. Das Zwangsversteigerungsverfahren führt im Regelfall nicht zur restlosen Entschuldung des Verpflichteten, wohl aber sind nach rechtskräftigem Meistbotsverteilungsbeschluss vom Ersteher nicht übernommene Lasten auf dessen Antrag hin zu löschen, sodass ein Pfandgläubiger, zu dessen Befriedigung das Meistbot nicht ausreicht, zwar nicht die Forderung selbst, wohl aber deren dingliche Sicherung verliert. Übersteigt hingegen der Erlös die auf der Liegenschaft sichergestellten Forderungen, verbleibt der Überschuss (*Hyperocha*) dem Verpflichteten. Haftet der Pfandbesteller für eine fremde Schuld und wird seine Liegenschaft versteigert, so geht diese Forderung, soweit sie im Meistbot Deckung findet – freilich ohne das Pfandrecht – nach § 1358 ABGB auf ihn über.

B. Exekution nach den Regeln der EO

Am Platz ist ein Exekutionsverfahren (nur) dort, wo ein Schuldner seiner titelmäßig festgestellten Leistungspflicht nicht freiwillig nachkommt²⁷¹. Der Staat verweigert dem Einzelnen zur Durchsetzung seines Anspruchs auf eine Leistung, Duldung oder Unterlassung die Selbsthilfe. Ist der Anspruch auf die vom Staat in seiner Gesetzgebung geforderte Art festgestellt, so unternimmt es der Staat, die Durchsetzung dieses Anspruchs herbeizuführen; er gewährt dem Einzelnen das Recht, den Staat zur Durchsetzung seines Anspruchs anzurufen, er räumt ihm gegen sich den Anspruch auf Herbeiführung seiner Befriedigung durch Ausübung des Zwanges auf den Verpflichteten, den sog Vollstreckungsanspruch ein. Die Art und Weise, wie der Staat dabei vorzugehen hat, welcher Mittel er sich zu bedienen hat, die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Vollstreckungsanspruchs, also das dabei einzuhaltende Verfahren normiert die Exekutionsordnung. Die das Exekutionsverfahren regelnden Bestimmungen sind daher Normen des Öffentlichen Rechts²⁷².

Andererseits ist klar, dass das Exekutionsverfahren, soweit es der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche dient, sich diesen Ansprüchen anpassen muss, weil das jeweilige Verfahren auf die Gestaltung des materiellen Rechtes größeren oder geringeren Einfluss

²⁷¹ *Konecny in Mayr*, 100 Jahre ZPO, 105.

²⁷² Auch der Anspruch auf *Teilnahme* am Meistbotsverteilungsverfahren ist somit ein hoheitlicher, er wurzelt im Öffentlichen Recht.

ausübt. Allein wie diese gegenseitigen Wechselwirkungen die Behandlung des Privatrechtes nach den dem öffentlichen Recht eigenen Gesichtspunkten nicht rechtfertigen würden, so können sie auch keine genügende Handhabe dafür bieten, dem Exekutionsrecht die dem Privatrecht angepasste herkömmliche Verhandlungsweise aufzudrängen, die durch das Exekutionsrecht geschaffenen Rechtsverhältnisse in die im Privatrecht üblichen Schablonen einzupferchen²⁷³. „Berücksichtigung muss auch jenen Wechselwirkungen zuteil werden, allein das Motto jeder exekutionsrechtliche Fragen behandelnden Schrift sollten die in den Vorbemerkungen zur Regierungsvorlage vorkommenden Worte bilden: Die Exekution ist niemals eine reine Privatsache und bloße Parteiangelegenheit; jedes einzelne Exekutionsverfahren – und wären seine Dimensionen auch noch so unscheinbar – berührt auch das Gesamtinteresse, und zwar ganz nahe“²⁷⁴.

Die Exekutionsordnung wurde im Zuge der großen Zivilrechtsreform Ende des 19. Jahrhunderts geschaffen, sie dient dazu, die Befriedigung des vollstreckbaren Anspruchs eines Gläubigers zu erzwingen. Das Hauptaugenmerk der EO von 1896 galt der Exekution auf das unbewegliche Vermögen; das zeigt sich am Aufbau der Exekutionsordnung ebenso wie an der zahlenmäßigen Verteilung der Bestimmungen. Die Liegenschaftsexekution wurde als Grundregelung angelegt, deren Vorschriften teilweise sinngemäß auch bei anderen Exekutionsarten anzuwenden sind²⁷⁵; mit den §§ 87 bis 248 EO sind ihr weit mehr Paragraphen gewidmet als sämtlichen anderen Exekutionsmitteln einschließlich der Naturalexécution zusammen. Das erscheint angesichts der – aufgrund der sozialen Gegebenheiten ebenso wie aus (rechts-)politisch anderer Sicht – vor hundert Jahren weit größeren Bedeutung des Grundbesitzes verständlich; und damals wie heute stellte das unbewegliche Vermögen regelmäßig ein weit wertvolleres Exekutionsobjekt dar als jede andere Sache des Verpflichteten²⁷⁶. Rascher als jedes Prozessgesetz altern jedoch Exekutionsregeln. Zwangsvollstreckung bedeutet nämlich nicht Tatsachen- und Rechtsfindung im Gerichtssaal, sondern faktischen Zugriff vor Ort, also Konfrontation mit

²⁷³ Diese für das Exekutionsverfahren grundsätzlich zutreffende Aussage ist in Bezug auf das Meistbotsverteilungsverfahren aber nicht anwendbar, da es sich bei den konkurrierenden Ansprüchen der auf das Meistbot gewiesenen Hypothekare regelmäßig gerade *nicht* um bereits titelmäßig zuerkannte oder vollstreckbare Forderung handelt, die nur noch der Durchsetzung bedürfen.

²⁷⁴ Lehmann, Zwangsversteigerung 1.

²⁷⁵ Vgl etwa §§ 278 f, 282, 286, 318, 334, 341 EO.

²⁷⁶ Konecny in Mayr, 100 Jahre ZPO, 108.

dem sich schnell und immer wieder ändernden rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Umfeld²⁷⁷.

Die EO-Novelle 2000²⁷⁸ ist ein weiterer Baustein zur Anfang der 90er Jahre begonnen Gesamtreform des Exekutionsverfahrens, die sich vor allem der Zwangsversteigerung von Liegenschaften widmet. Ziel der Novelle war es, die Effektivität der Exekution zu erhöhen, insb durch ein schlankes Verfahren und dadurch, dass Exekutionsvereitelungsstrategien der Verpflichteten verhindert werden, diesen jedoch der gebotene Schuldnerschutz gewährt wird²⁷⁹.

Sofort fällt auf, dass in den Materialien zur EO-Nov 2000 das hier insb interessierende Konkurrenzverhältnis der auf das Meistbot gewiesenen Gläubiger und damit der Schutz des hypothekarischen Anspruchs im Verhältnis der Gläubiger untereinander gänzlich unerwähnt bleibt. Das erklärt sich mE vor allem daraus, dass die hM die wesentliche Funktion des Exekutionsverfahrens, das im Gegensatz zum Erkenntnisverfahren nicht mehr der Sammlung des Prozessstoffs als Entscheidungsgrundlage dient, undifferenziert primär in der Durchsetzung der im Erkenntnisverfahren bereits getroffenen Entscheidung sieht. Eine solche Entscheidung liegt aber hinsichtlich der pfandrehtlich sichergestellten Forderungen im Verteilungsverfahren regelmäßig gerade noch nicht vor. Die hM folgert zudem aus der bloß formellen bücherlichen Eintragung, dass eine gesicherte Forderung besteht und leitet daraus für das Meistbotsverteilungsverfahren zahlreiche Rechtsfolgen ab²⁸⁰. Besonders Augenmerk wird daher im Folgenden dem Rechtsschutz der konkurrierenden Gläubiger, über deren Ansprüche der Entscheidung im Meistbotsverteilungsverfahren kein prozessuales Verfahren vorausgegangen ist, zu Teil werden.

Die EO regelt die Zwangsversteigerung von Liegenschaften in der Dritten Abteilung (§§ 133 ff EO). An die gerichtliche Feilbietung, also den rechtskräftigen Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 183 EO) und die Erfüllung der Versteigerungsbedingungen durch den Ersteher, knüpft sich zunächst die Modifikation des Pfandrechts.

²⁷⁷ *Konecny in Mayr*, 100 Jahre ZPO, 101.

²⁷⁸ BGBl I 2000/59.

²⁷⁹ *Mohr*, *ecolex* 2000, 16.

²⁸⁰ Diese Rechtslage ist mE auf *Exners* Theorie der formellen Rechtskraft der Grundbucheintragung zurückzuführen, zumal sich zweifellos sagen lässt, dass *Exners* Lehrmeinung – jedenfalls in Ansehung der hier in Rede stehenden Bestimmungen – für die EO 1896 Pate stand und weitestgehend auch Gesetz wurde.

VI. Pfandrechtswandlung

Zäsur und Ausgangspunkt im Versteigerungsverfahren für die im Folgenden vor allem interessierende Rechtsbeziehung der Hypothekare untereinander ist die Zuschlagserteilung und die daran anknüpfende Pfandrechtswandlung²⁸¹. Diese tritt ein, wenn das vom Ersteher erlegte Meistbot endgültig zum Befriedigungsfonds für die darauf gewiesenen Gläubiger wird; deren Rechte auf volle Befriedigung aus dem Pfand haben sich in Ansprüche auf rangmäßige Beteiligung am Meistbot gewandelt²⁸². Das Pfandrecht an der in Exekution gezogenen Liegenschaft erlischt und bezieht sich nunmehr auf das Meistbot, sobald und soweit dieses gerichtlich erlegt ist²⁸³. Maßgeblich ist somit nicht der Zeitpunkt des Zuschlags, sondern jener des gerichtlichen Erlags des erzielten Meistbots²⁸⁴. Bei der gerichtlichen Versteigerung bürgerlicher Liegenschaften bleiben die Hypotheken bis zu ihrer Löschung gemäß § 237 EO bestehen, was hier nicht nur formale Bedeutung hat, weil erst die Meistbotsverteilung ergibt, welche Hypotheken vom Ersteher zu übernehmen sind und welche infolge Barzahlung oder mangelnder Deckung der Löschung anheim fallen. Ob man das Recht der Hypothekargläubiger am Meistbot als Fortsetzung des Pfandrechts bezeichnen oder es mit *Exner*²⁸⁵ ein besonderes Recht auf rangmäßige Befriedigung nennen will, ist eine Frage von nur terminologischer Bedeutung²⁸⁶. Das Recht des Hypothekars auf volle Befriedigung aus dem Pfand hat sich daher nach Maßgabe der dinglichen Sicherheit in einen Anspruch auf rangmäßige Beteiligung am Meistbot, den sog. „*Teilnahmeanspruch*“ gewandelt, soweit dieses ausreicht. Insofern treten die Hypothekare unzweifelhaft in ein Konkurrenzverhältnis, wie es vergleichbar auch im Konkursfall vorliegt, denn es gilt der Grundsatz, dass bei Meistbotsinsuffizienz eine Zuweisung auf nachrangige Gläubiger nur dann und in einem

²⁸¹ Eine solche liegt vor, wenn sein Gegenstand sich ändert, das Pfandrecht selbst aber als fortdauernd angenommen wird. Die Pfandrechtswandlung erfolgt ipso iure durch Veränderung des verpfändeten Eigentums durch Erweiterung, Verminderung oder Wechsel des Pfandgegenstandes. Bekannte gesetzlich geregelte Anwendungsfälle sind etwa der Zuwachs von Früchten oder später hinzugekommenem Zubehör, solange diese unselbständige Bestandteile der Hauptsache werden. Werden diese Nebenbestandteile von der Hauptsache getrennt, sodass sie zu selbständigen Sachen werden, so tritt eine Veränderung des Pfandrechts insofern ein, als es nun wieder auf die Hauptsache beschränkt ist (§ 457 ABGB). Gemäß § 100 Abs 1 VersVG 1958 idGF erstreckt sich das Pfandrecht an einem versicherten Gebäude auch auf die Entschädigungsforderung gegen den Versicherer.

²⁸² SZ 68/92; RIS-Justiz RS0050098.

²⁸³ Jud 156 = GIUNF 2364.

²⁸⁴ *Klang* in *Klang*² II 466. Die Berücksichtigung des Grundbuchstandes zum Zeitpunkt der Meistbotsverteilungstagsatzung bedeutet noch nicht, dass durch die nach Erlag des Meistbotes durch den Ersteher rechtskräftig verfügte Löschung der Hypotheken, der Teilnahmeanspruch erloschen ist (3 Ob 46/95 = NZ 1997, 49), sofern das Meistbot vorher erlegt wurde.

²⁸⁵ Hypothekenrecht 558.

²⁸⁶ *Klang* aaO.

solchen Ausmaß erfolgen kann, als ein vorrangiger Gläubiger mangels Berechtigung keine Zuweisung erlangt. Die bücherliche Rangordnung nach § 29 GBG wird für die Meistbotsverteilung durch § 216 EO²⁸⁷ modifiziert²⁸⁸. Die EO bzw das GBG nimmt – wie erwähnt – eine rangmäßige Verkürzung eines möglicherweise darüber hinaus gehenden materiellrechtlichen Anspruchs in diesem Umfang in Kauf, was nach zutreffender hA durch das höher zu bewertenden Interesse des Realkredits insgesamt gerechtfertigt ist. Der materiellrechtliche Bestand einer Forderung bleibt zwar von der Verteilung unberührt, dh die Forderung kann auch nach Abschluss des Verteilungsverfahrens im Umfang der Verkürzung gegen den Schuldner oder einen durch die Zuweisung im Verteilungsverfahren bereicherten Gläubiger geltend gemacht werden, eine dingliche Sicherheit für diesen Anspruch besteht dann aber nicht mehr. Die Diktion, dass im Verteilungsverfahren lediglich über Teilnahmeansprüche entschieden werde, täuscht somit darüber hinweg, dass im Verteilungsverfahren stets über den Bestand und die Reichweite der dinglichen Sicherheiten entschieden wird, die unabhängig davon, ob und inwieweit eine Zuweisung erfolgt, erlöschen. Diesem Umstand kommt dann entscheidende Bedeutung zu, wenn ein Anspruch oder ein Teil davon zu Unrecht im Verteilungsbeschluss berücksichtigt bzw übergangen wird, weil der ungesicherte Gläubiger das Insolvenzrisiko des dadurch Bereicherten trägt, und ihm bei Fehlen eines Haftungsfonds regelmäßig ein nicht unerheblicher Schaden entstehen wird. Der Ausgestaltung der Verfahrensbehelfe im Meistbotsverteilungsverfahren kommt daher im Hinblick auf die dinglichen Sicherheiten der in der Meistbotsverteilung konkurrierenden Gläubiger besondere Bedeutung zu. Die hM gewährt einem zu Unrecht verkürzten Gläubiger stets die Klage aus dem besseren (materiellen) Recht²⁸⁹ gemäß § 231 Abs 4 EO und geht damit bereits selbst davon aus, dass die im Vergleich zum Prozess unzureichende Ausgestaltung des Verteilungsverfahrens eine solche Korrekturmöglichkeit erforderlich macht.

Maßgebliche Bedeutung für die Beantwortung dieser Fragen kommt daher der Rechtsnatur des hypothekarischen Anspruchs und den Voraussetzungen zu, unter welchen

²⁸⁷ Die einzelnen teilnehmenden Rechte beschränken einander dahin, dass ihnen Ränge nach einzelnen Klassen zugewiesen sind und die nachfolgende Klasse erst nach Deckung der vorhergehenden zum Zug kommt. Bei einer exekutiven Zuweisung steht es ferner nicht im Belieben des Gläubigers, eine Schuld abweichend von den Regeln des § 216 EO auf eine im Übrigen weniger gesicherte Forderung zu verrechnen (SZ 19/137; SZ 49/117; RIS-Justiz RS0107393).

²⁸⁸ Nur diese Begrenzung des Ranges im Verteilungsverfahren erkläre nach *Exner* (Hypothekenrecht 560 FN 5), dass die Befriedigung der Absonderungsgläubiger vom Konkurs des Gemeinschuldners nicht berührt werde, also nach den Regeln der EO durchgeführt werde.

²⁸⁹ 5 Ob 1521/86; 10 Ob 434/97i uva; *Böhm*, ÖJZ 1974, 533 ff; *Angst in Angst*, EO § 231 Rz 17 f, *Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 231 Rz 24 mwN.

über diesen im Verteilungsverfahren endgültig entschieden wird. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, dass das Eigentum als Rechtseinrichtung verfassungsrechtlichen Schutz genießt²⁹⁰. Art 9 ZPEMRK bestimmt, dass jede natürliche oder juristische Person ein Recht auf Achtung ihres Eigentums hat. Aufgrund der bisher dargestellten Grundsätze kann ferner nicht zweifelhaft sein, dass die dingliche Sicherheit als absolutes Recht Teil des materiellrechtlichen Anspruchs eines Pfandgläubigers ist, wie im das Akzessorietätsprinzip beweist. Der Verteilungsbeschluss zieht ferner einen Vermögensbeschlagnahme des Verpflichteten nach sich und führt idR zum weitgehenden Verlust des Vermögens durch Verwertung²⁹¹. Beim Eigentumsrecht handelt es sich um ein „Menschenrecht“ („Jedermannsrecht“), was daher auch für dingliche Beschränkungen des Eigentumsrechts zu Gunsten Dritter zu gelten hat. Die Entscheidung im Verteilungsverfahren stellt daher in Ansehung des Meistbots bzw der dinglichen Sicherheiten zweifelsfrei eine Sachentscheidung über ein civil right iSd Art 6 EMRK²⁹² dar. Nach seinem sachlichen Schutzbereich erfasst das von Art 6 EMRK und Art 5 StGG geschützte Grundrecht jedenfalls Rechte und Vermögen, zu denen eine geschützte Person in einem sachenrechtlichen Herrschaftsverhältnis steht sowie alle damit verbundenen Nutzungsmöglichkeiten²⁹³. Im Rahmen seiner grundrechtlichen Gewährleistungspflichten ist der Staat verpflichtet, subjektive Eigentumsrechte und beschränkte dingliche Rechte zu schützen. Dieser Schutz wird durch die einfachgesetzliche Rechtsordnung gewährleistet und ist neben der Sicherung privater Freiheit eine zentrale Funktion der (Gesamt-)Rechtsordnung überhaupt²⁹⁴. Jede Entziehung oder Einschränkung einer wirtschaftlich werthafter Rechts- oder Vermögensposition und der damit zusammenhängenden Nutzungsmöglichkeit stellt daher einen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht dar, die nur unter den Voraussetzungen des Art 6 EMRK zulässig ist. Nimmt man Art 6 EMRK ernst, so lässt sich mE dessen Anwendbarkeit in Ansehung jener Bestimmungen, die der Durchsetzung und Verteidigung der betreffenden Ansprüche dienen, nicht leugnen. Davon ausgehend sollen im Folgenden die gesetzlichen Bestimmungen des Meistbotsverteilverfahrens bzw deren Auslegung durch die hL und Rsp untersucht werden.

²⁹⁰ Dies ergibt sich sowohl aus Art 5 des StGG als auch aus Art 1 Abs 1 des 1. ZP zur EMRK.

²⁹¹ § 213 Abs 1 Satz 1 EO räumt allen Ausfallsberechtigten die Widerspruchsmöglichkeit ein. In Satz 2 wird dann ausschließlich dem Verpflichteten der Widerspruch bloß gegen nicht titulierte Ansprüche zugestanden.

²⁹² AM jedoch die hA; dazu ausführlich unten Kap VII. F.

²⁹³ Der VfGH hat darüber hinaus schon früh „vermögenswerte Privatrechte“ (private Vermögensrechte) schlechthin als geschützt bezeichnet. Bei dieser Sicht sind sogar Eingriffe in obligatorische Rechtsstellungen, etwa eines Mieters oder Pächters erfasst (*Raschauer*, Wirtschaftsrecht Rz 188).

²⁹⁴ *Raschauer*, Wirtschaftsrecht Rz 190.

VII. Meistbotsverteilungstagsatzung

A. Grundlagen und Verfahrensablauf

Eines der größten Übel des früher geltenden Rechtes der Liegenschaftsexekution²⁹⁵ war der Mangel ausreichender gesetzlicher Bestimmungen über das Meistbotsverteilungsverfahren. „Womöglich noch reeller“ heißt es in den Motiven der Regierungsvorlage zur EO²⁹⁶, „tritt das Mißverhältnis zwischen den Bedürfnissen der Rechtspflege und den vom Gesetz dargebotenen Rechtssätzen in Ansehung des Verfahrens hervor, welches im Anschlusse an die exekutive Veräußerung eines unbeweglichen Gutes zum Zwecke der Verteilung des Erlöses stattzufinden hat. Statt vom Gesetze durch allgemeine, klare, entwicklungsfähige Grundsätze geleitet zu werden, und an dieselben in allen zweifelhaften Fällen sich anlehnen zu können, musste sich hier – der Hauptsache nach – die Praxis das materielle Recht der Exekution aus den einschlägigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, aus den in der Sache selbst gelegenen Anforderungen usw erst Schritt für Schritt erringen, es unmittelbar aus dem Zwiespalt der im einzelnen Falle gegeneinander stoßenden Interessen hervorholen, und eben diesem kasuistischen Ursprunge sind nicht in geringem Maße die Übelstände zuzuschreiben, an welchen das Immobiliarexekutionsverfahren unleugbar krankt. Um diesen Übelständen abzuhelpfen, statuierte die Regierungsvorlage in den §§ 214 bis 227 Bestimmungen über die bei Verteilung des Meistbotes anzuwendenden Grundsätze, welche dann nach teilweiser Umarbeitung derselben in den §§ 215 bis 228 EO Gesetz wurden“. Hiebei „will die Prioritätsordnung des Entwurfes so wenig, wie es etwa ähnliche Bestimmungen der Konkursordnung beabsichtigten, neues materielles Recht schaffen, sondern im Allgemeinen nur dem Richter durch die Festsetzung und durch das Aussprechen desjenigen seine Aufgabe erleichtern, was sich ergibt, wenn die Grundsätze des geltenden Rechts auf die besonderen Fälle der Befriedigung von Forderungen aus dem Liegenschaftswerte angewendet werden.“²⁹⁷

In seiner Besprechung der rechtlichen Natur der exekutiven Feilbietung verweist Exner darauf, dass die Stellung des Richters im Stadium der Exekution eine wesentlich andere sei als im Prozess. Denn hier handle es sich nicht um die Frage „welches Recht“, sondern

²⁹⁵ Vor Inkrafttreten der EO erfolgte diese nach den Regeln der AGO 1781.

²⁹⁶ Lehmann, Zwangsversteigerung 340.

²⁹⁷ Lehmann aaO.

darum, dass dem unzweifelhaft *Berechtigten* zu seinem Recht verholfen werde, was nicht eigentlich richterliche, sondern verwaltende Tätigkeit erfordere, wie sie auch im Konkurs, der Verlassenschaftsabhandlung usw den Gerichten obliege²⁹⁸. Sofort werde offenbar, dass diese Ansicht im Verteilungsverfahren zu Spannungsverhältnissen führe: „*Einerseits ist fraglich, wie weit das Verteilungsverfahren durch Parteienvereinbarung abänderbar ist, andererseits stellt sich die Frage, ob und wie weit durch Verfahrensvorschriften eine Abänderung materiellrechtlicher Ansprüche bewirkt wird.*“²⁹⁹

Das Recht des Hypothekars auf gerichtliche Feilbietung zu dringen bildet die erste Hälfte vom Inhalt des hypothekarischen Anspruchs³⁰⁰. Die andere ergibt sich, sobald nach vollzogener Versteigerung eine Summe flüssig gemacht ist und ist auf rangmäßige Befriedigung aus dem Erlös, dem Meistbot gerichtet³⁰¹. Während sich der erste Teil des hypothekarischen Anspruchs vornehmlich gegen den Eigentümer der Pfandliegenschaft als Verpflichteten richtet, ist der letztere Teil dieses Anspruchs gegen die Mithypothekare und sonstigen dinglich Berechtigten gerichtet. Das Meistbotsverteilungsverfahren umfasst somit zwei in ihrer rechtlichen Art verschiedene Gruppen von Rechtsakten:

- a) die Feststellung der Ansprüche³⁰² auf das Meistbot nach Umfang und Rang durch Verhandlung unter Mitwirkung des Gerichtes und die gerichtliche Bestätigung der Ergebnisse durch den Meistbotsverteilungsbeschluss; zugleich aber auch Ausscheidung der bestrittenen Ansprüche, Verweisung derselben auf den Rechtsweg und
- b) die Entscheidung über die auf den Rechtsweg verwiesenen Ansprüche durch Urteil und die Vollstreckung ihres Inhaltes auf das Meistbot.

Bei Verweisung eines Anspruches auf den Rechtsweg ergeht die Entscheidung des Gerichtes im streitigen Verfahren nach zivilprozessualen Grundsätzen durch Urteil, während die *einvernehmliche* Meistbotsverteilung (§ 214 Abs 2 EO) der Sache nach Aufgabe der

²⁹⁸ *Exner* Hypothekenrecht 555 FN 10.

²⁹⁹ *Exner* aaO.

³⁰⁰ *Exner*, Hypothekenrecht 235.

³⁰¹ Nach Lehre und Rsp sind die Vorschriften der Exekutionsordnung und damit auch des Meistbotsverteilungsverfahrens auf die Verwertung einer Pfandliegenschaft gemäß §§ 119, 120 KO ebenfalls anzuwenden (8 Ob 271/00m mwN).

³⁰² Nach *Exner* (aaO), dessen Ansicht bis heute die hM maßgeblich beeinflusst, soll dem Verteilungsrichter auch die Berechtigung zur „Feststellung“ *umstrittener* Ansprüche zukommen. Dies setzte freilich voraus, dass im Verteilungsverfahren der EO die Garantien des Art 6 EMRK eingehalten werden, was jedoch – wie noch zu zeigen sein wird – gerade nicht der Fall ist.

freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, indem dabei das Exekutionsgericht, wie bei der ganzen Leitung und Durchführung der Exekution nicht prozessuale Entscheidungen zu fällen hat, sondern im Interesse aller Beteiligten nach Recht und Zweckmäßigkeit verfügt, verteilt und ordnet³⁰³.

Wesentliche Voraussetzung für eine den Grundsätzen eines fairen Verfahrens entsprechende Entscheidung im Meistbotsverteilungsverfahren ist zunächst, dass die Beteiligten vom Verfahren überhaupt Kenntnis erlangen und geladen werden. Die öffentliche Bekanntmachung allein erfüllt diese Voraussetzung noch nicht. Die Meistbotsverteilung ist gemäß § 209 Abs 1 EO spätestens nach vollständiger Berichtigung des Meistbots, was bedeutet, dass dies auch früher – frühestens mit Eintritt der Rechtskraft des Zuschlags – geschehen kann, zwingend und von Amts wegen anzuberaumen. Die in § 209 Abs 4 EO vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung der Anberaumung der Tagsatzung (genauer: des Tagsatzungstermins) erfolgt gemäß Art III Abs 6 EO-Nov 2000 seit 01.01.2002 durch Aufnahme in die Ediktsdatei, wobei gemäß Abs 4 Satz 2 leg cit zwischen der Aufnahme in die Ediktsdatei und der Tagsatzung eine Frist von mindestens vier Wochen liegen soll, um dem Richter die Prüfung der Anmeldungen zu ermöglichen. Unterbleibt diese Bekanntmachung, so bildet dies eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens, die von anspruchsberechtigten Personen, denen bei rechtzeitiger Anmeldung ein Betrag zugewiesen worden wäre³⁰⁴ sowie Personen, deren Ansprüche gemäß § 216 Abs 1 Z 1 und Z 2 EO zu berichtigen sind, und die zur Tagsatzung nicht geladen wurden, mit Rekurs geltend gemacht werden kann³⁰⁵.

Nach § 209 Abs 2 EO sind zur Verteilungstagsatzung außer dem Verpflichteten der (die) betreibende(n) Gläubiger und alle Personen, für die nach den dem Gericht darüber vorliegenden Urkunden an der versteigerten Liegenschaft oder an den auf dieser Liegenschaft haftenden Rechten dingliche Rechte und Lasten bestehen, zu laden. Grundlage für die Ladung zur Verteilungstagsatzung und für die Verhandlung über die im Verteilungsverfahren zu berücksichtigenden Ansprüche bildet die Grundbuchsabschrift der versteigerten Liegenschaft. Wird eine mündliche Verhandlung anberaumt, so hindert das Ausbleiben einer gehörig geladenen Person gemäß § 56 Abs 1 EO die Fortsetzung der Verhandlung und die Fällung der

³⁰³ Exner, Hypothekenrecht 555.

³⁰⁴ Steuer- und Abgabenbehörden sind seit der EO-Nov 2000 nicht mehr zu laden (*Angst in Angst*, EO § 209 Rz 7).

³⁰⁵ *Angst in Angst*, EO § 209 Rz 10.

zu treffenden Entscheidung grundsätzlich nicht³⁰⁶. Zur Ladung von bloß obligatorisch Berechtigten, deren Ansprüche aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind, ist das Exekutionsgericht nicht verpflichtet. Gläubiger, zu deren Gunsten bloß die Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Verpfändung (§ 53 GBG) eingetragen ist, sind daher zur Verteilungstagsatzung nicht zu laden. Dies ergibt sich daraus, dass die Entstehung eines Pfandrechtes gemäß § 451 Abs 1 ABGB die Einverleibung oder gemäß § 453 ABGB zumindest die Vormerkung voraussetzt und die bloße Anmerkung im Allgemeinen diesen Eintragungsarten nicht gleichzuhalten ist³⁰⁷. Die Ladung außerbücherlich berechtigter Personen kann somit mangels Eintragung im Grundbuch grundsätzlich unterbleiben und ist diesfalls idR auch gar nicht möglich. Ferner sind die dinglich Rückgriffsberechtigten (§ 222 EO) volle Verfahrensbeteiligte iSd § 209 Abs 2 EO und daher zu laden³⁰⁸. Scheint daher im Hauptbuch eine Simultanhaftung auf, hat das Exekutionsgericht auch die Grundbuchsauszüge sämtlicher mithaftender Liegenschaften beizuschaffen. Der Verpflichtete kann nach § 87 GOG durch Ordnungsstrafen zum Erscheinen gezwungen werden³⁰⁹. Wurde ein Hypothekar nicht geladen, so muss die Meistbotsverteilungstagsatzung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs wiederholt werden³¹⁰ und sind die ergangenen Entscheidungen aufzuheben³¹¹.

Bei der Tagsatzung haben die erschienenen Personen zunächst über die bei der Verteilung des Meistbots zu berücksichtigenden Ansprüche und die Reihenfolge ihrer Befriedigung zu verhandeln. Für die Befriedigung aus dem Pfandrecht gilt grundsätzlich das Prioritätsprinzip, sodass das Zuvorkommen beim Pfandrechtserwerb über den Rang der Befriedigung entscheidet. Maßgebend ist bei Vertragspfandrechten die Erfüllung der notwendigen Publizitätserfordernisse gemäß §§ 451 ff ABGB bzw des Befriedigungsrechtes nach §§ 104, 133 ff EO. Bei verbücherten Liegenschaften und Buchforderungen ist dabei gemäß § 29 GBG die Uhrzeit des Einlangens des Grundbuchsstückes beim Grundbuchsgericht maßgebend³¹².

³⁰⁶ Fiktion der Zustimmung: *Jakusch in Angst*, EO § 56 Rz 1.

³⁰⁷ Die Wohnungseigentümergeinschaft, zu deren Gunsten die Klage gemäß § 28 WEG angemerkelt ist, ist hingegen zur Verteilungstagsatzung zu laden (*Angst in Angst*, EO § 209 Rz 6). Diese Ansicht ist inkonsequent, könnte aber praktisch darin begründet sein, dass der aus einer AdRO für die beabsichtigte Verpfändung Berechtigte im Allgemeinen in der Eintragung nicht genannt wird.

³⁰⁸ *Hoyer*, Simultanhypothek² 60.

³⁰⁹ *Angst in Angst*, EO § 209 Rz 5. In SZ 67/219 hat der OGH ausgesprochen, dass auch derjenige, der obligatorische Rechte zur Meistbotsverteilung *angemeldet* hat, Beteiligtenstellung erlangt und damit zu dem zur Verteilungstagsatzung individuell zu ladenden Personenkreis gehört.

³¹⁰ AnwZ 1930, 244.

³¹¹ 3 Ob 204/01y.

³¹² *Hofmann in Rummel*, ABGB³ § 464 Rz 6.

Gemäß § 214 Abs 2 EO erfolgt, soweit sich die im einzelnen Falle davon betroffenen berechtigten Personen einig sind, die Verteilung des Meistbots nach Maßgabe dieses Einverständnisses. Nach hM müssen dem Vorschlag über die Verteilung alle in Betracht kommenden Interessenten zustimmen, nicht nur die zur Tagsatzung Erschienenen, sondern auch die Abwesenden; aus dem Ausbleiben von der Tagsatzung kann nicht auf die Zustimmung der Abwesenden geschlossen werden, sofern diese nicht gehörig geladen wurden. Wenn ein derartiges Einverständnis nicht zustande kommt, haben gemäß § 214 Abs 2 EO bei Verteilung des Meistbots die Bestimmungen der §§ 215 bis 228 EO Anwendung zu finden.

Soweit die EO nichts anderes anordnet³¹³, haben im Exekutionsverfahren gemäß § 78 EO die allgemeinen Bestimmungen der ZPO zur Anwendung zu kommen. Insbesondere sind auch die Bestimmungen über die richterliche Anleitungspflicht gemäß §§ 182 ff ZPO im Verteilungsverfahren anzuwenden. In der Verteilungstagsatzung ist jedoch *kein* förmliches Beweisverfahren durchzuführen; zu diesem Zweck ist ein bestrittener Anspruch auf den Rechtsweg zu verweisen und handelt es sich daher bei der Verteilungstagsatzung auch um keine mündliche Verhandlung iSd §§ 176 ff ZPO.

B. Anmeldung und Nachweis der pfandgesicherten Forderung

Voraussetzung für die in der Verteilungstagsatzung durchzuführende Akzessorietätsprüfung ist die Anmeldung und der Nachweis einer pfandgesicherten Forderung³¹⁴. Es bedarf grundsätzlich eines Nachweises, dass eine Forderung aushaftet³¹⁵ und das im Grundbuch eingetragene Pfandrecht zur geltend gemachten Forderung akzessorisch ist. Erst Forderung und Sicherheit gemeinsam bilden den hypothekarischen Anspruch, über den im Verteilungsverfahren entschieden wird. Das Bestehen oder Nichtbestehen einer gesicherten Forderung ist somit als Vorfrage für die Entscheidung im Verteilungsbeschluss zumindest präjudiziell.

³¹³ Die EO ordnet auch in Abweichung von der ZPO mehrfach eine Beschränkung der Beweismittel, meist auf Urkunden an; daher ist etwa der Zeugenbeweis unzulässig.

³¹⁴ Keine Anmeldepflicht besteht bei einer betriebenen Forderung, was auch für die Zinsen gilt, wenn die Exekution zur Hereinbringung der Zinsen bewilligt wurde und sich aus der Anmerkung der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens ergibt, dass es sich dabei um eine betriebene Forderung handelt („Identitätsnachweis“; siehe *Angst* in *Angst*, EO § 137 Rz 1 ff). Ebenso, wenn bei einer Festbetragshypothek die Vollstreckbarkeit bücherlich angemerkt ist. Erforderlich ist die Anmeldung aber dann, wenn für eine Forderung ein Pfandrecht gemäß § 87 EO zwangsweise begründet wurde. Dies wird aber dann nicht zu gelten haben, wenn es hierbei (auch) um eine betriebene Forderung handelt.

³¹⁵ Der Grundbucheintragung selbst kann freilich zu dieser Tatsache nichts entnommen werden.

Diese Voraussetzungen hat der Pfandgläubiger in der Anmeldung gemäß § 210 EO seiner Forderung darzutun, kann dies aber auch noch in der Verteilungstagsatzung selbst nachholen.

Das Exekutionsverfahren und somit auch das Verteilungsverfahren wird grundsätzlich, wie sich aus § 55 Abs 2 und 3 EO ergibt, von einem eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz beherrscht³¹⁶. Soweit aber gerichtliche Entscheidungen von Anträgen der Parteien abhängig sind, trifft den Antragsteller aber die Pflicht, den für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt nicht nur zu behaupten, sondern auch zu beweisen, allenfalls zu bescheinigen, wenn gegen die Berücksichtigung der Forderung keine Einwände bestehen. Nach dem Zweck der bei Meistbotsverteilung vorzunehmenden Akzessorietätsprüfung muss die Anmeldung einer Forderung nach § 210 EO alle anspruchsbegründenden Tatsachen enthalten, aus denen sich das Bestehen der angemeldeten Forderung nach Rechtsgrund, Person des Gläubigers und des Schuldners und der Höhe nach, sowie deren pfandrechtliche Sicherstellung auf der in Exekution gezogenen Liegenschaft ergibt. Es kommt also darauf an, ob die einer beantragten Zuweisung aus dem Meistbot zugrunde liegende Forderung besteht und nach Bucheintrag und Urkunden im Pfandrecht ihre Deckung findet.

Die Forderungsanmeldung ist das Begehren, einen bestimmten Anspruch im Verteilungsverfahren zu berücksichtigen. Sie soll allen auf das Meistbot gewiesenen Berechtigten Aufschluss darüber geben, was der Gläubiger verlangt, um allenfalls dagegen Widerspruch erheben zu können³¹⁷. Die bloße Angabe des geforderten Betrages genügt daher nicht. Für die Behauptungs- und Beweislast zur Geltendmachung eines hypothekarischen Anspruchs sind gemäß §§ 78, 210 EO auch im Verteilungsverfahren die allgemeinen prozessualen Grundsätze maßgeblich³¹⁸. Schon nach dem klaren Wortlaut des § 210 Abs 1 EO ist zwischen der Anmeldung, also der Geltendmachung der Forderung als solcher, und dem Nachweis ihres Bestandes bzw Ranges zu unterscheiden. In der Praxis wird zwischen diesen beiden Begriffen aber nicht immer mit hinreichender Deutlichkeit unterschieden³¹⁹. Dem Bestimmtheitsgebot der Anmeldung ist schon dann Genüge getan, wenn sich die beanspruchte Summe insgesamt nach Kapital, Zinsen und sonstigen Nebengebühren ergibt. Eine nähere Aufschlüsselung, wie der beanspruchte Betrag zustande kommt, ist nicht notwendiges

³¹⁶ *Jakusch* in *Angst*, EO § 55 Rz 11.

³¹⁷ *SZ* 53/199.

³¹⁸ Aufgrund des Bucheintrags nimmt demgegenüber die hM im Anschluss an *Exner* eine Umkehr der Beweislast zu Lasten der nachfolgenden Buchberechtigten an.

³¹⁹ *Angst* in *Angst*, EO § 210 Rz 9.

Inhaltserfordernis des Vorbringens in der Anmeldung, aber Erfordernis des nach § 210 Abs 1 EO zu erbringenden Nachweises.

C. Form und Inhalt des Nachweises gemäß § 210 EO

Nach § 210 EO hat der Gläubiger den Nachweis seines Anspruches mittels Urkunden zu führen, wobei diese Urkunden entweder in Urschrift oder Abschrift vorgelegt werden können. Daran hat sich auch durch die Novellierung des § 210 EO im Zuge der EO-Nov 2000 nichts geändert, nur dass nunmehr der Nachweis nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, sondern auch durch Urschriften oder unterzeichnete Abschriften in unbeglaubigter Form erbracht werden kann. Zweck des Nachweises nach § 210 Abs 1 EO ist es unverändert in erster Linie, dem Verpflichteten und nachrangigen Pfandgläubigern die Möglichkeit zur Prüfung der Frage zu geben, ob in der Forderungsanmeldung der vom Schuldner als Darlehen oder Kredit in Anspruch genommene Betrag in richtiger Höhe enthalten ist, ob die Zinsen richtig berechnet und ob alle Tilgungszahlungen ordnungsgemäß berücksichtigt wurden. Für die Zuweisung von Zinsen verlangt der OGH³²⁰ alle für die Überprüfung der Berechnung der Zinsen erforderlichen Angaben, wie Höhe des Zinsfußes, des Kapitalbetrages, Beginn und Ende des Zinsenlaufes; dies gilt auch für Verzugszinsen und Zinseszinsen, insb auch bei gestaffelt berechneten Zinsen. Die bloße Angabe von Beträgen ist nicht ausreichend, weil damit nicht allen auf das Meistbot gewiesenen Berechtigten hinlänglich Aufschluss darüber gegeben wird, was der Gläubiger verlangt, um dagegen allenfalls Widerspruch erheben zu können.

1. Höchstbetragshypotheken

Seit der EO-Nov 2000 – nach Aufhebung des § 224 Abs 2 EO – ist bei diesen Pfandrechten grundsätzlich eine § 210 EO (§ 211 Abs 5 EO) entsprechende Anmeldung einschließlich eines Nachweises der gesicherten Forderungen notwendig, um eine Zuweisung aus dem Meistbot zu erlangen. Die inhaltlichen Erfordernisse des Nachweises bestimmen sich nach der Judikatur des OGH wie folgt:

³²⁰ 3 Ob 2223/96z = ÖBA 1996, 569 (*Schumacher*); *Angst in Angst*, EO § 210 Rz 7; *Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO §§ 210, 211 Rz 8 mwN).

Der Vorlage von Einzelbelegen über die Kontoentwicklung bedarf es bei Kontokorrentkrediten, die mittels Höchstbetragshypothek besichert sind, nicht³²¹, und zwar auch dann nicht, wenn gegen die Berücksichtigung einer solchen Forderung Widerspruch erhoben wurde. Es schadet auch nicht, wenn es sich hierbei um eine nachträglich verfasste Zusammenstellung der Kontoentwicklung handelt, ohne dass daraus entnommen werden kann, aufgrund welcher Urkunden die Kontoentwicklung in dieser Form dargestellt wird. Hierzu genügt eine Aufstellung über die Kontobewegungen. Widerspruchsberechtigte können aufgrund der darin enthaltenen Angaben iVm mit dem Kreditvertrag und der Pfandbestellungsurkunde verlässlich beurteilen, ob die angemeldete Forderung besteht und andernfalls Widerspruch erheben. Es hieße die Pflicht zum Nachweis der Forderung überspannen, würde vom Gläubiger gefordert, die einzelnen Belege über die an den Schuldner ausbezahlten Beträge und der zur Tilgung der Schuld geleisteten Zahlungen vorzulegen, zumal dem Gläubiger solche Belege anders als in Form von Kontoauszügen meist gar nicht zur Verfügung stehen werden, und der Nachweis von Tilgungszahlungen jedenfalls Sache des Schuldners ist³²².

Eine Aufstellung über Kontobewegungen eines durch Höchstbetragspfandrecht besicherten Abstattungskredites, die mit der Unterschrift und Stampiglienabdruck der Pfandgläubigerin versehen ist – auch die firmenmäßige Fertigung und Datierung ist ausreichend – wurde in Verbindung mit dem Kreditvertrag und der Pfandbestellungsurkunde, welche mit der Unterschrift des Schuldners versehen sind, vom OGH schon vor der EO-Nov 2000 als ein dem § 210 EO (aF) entsprechender Nachweis der Forderung bei der Meistbotsverteilung angesehen³²³.

Ein firmenmäßig gezeichneter Computerausdruck über die Bewegungen eines Kreditkontos ist in Verbindung mit der Krediturkunde und der Pfandurkunde im Sinn des § 210 EO zum Nachweis der angemeldeten Forderung im Rahmen einer Höchstbetragshypothek ausreichend³²⁴.

Auch unterschriebene Fintoabschlüsse einzelner durch Höchstbetragspfandrecht gesicherter Kredite sind als urschriftlicher *Nachweis* des geltend gemachten Anspruchs

³²¹ 3 Ob 151/94 = JBl 1995, 256 (*Schumacher*).

³²² 3 Ob 2019/96z; 3 Ob 151/94; der OGH hat in SZ 10/263 allerdings ausgesprochen, dass ein Kontoauszug keinen Nachweis über Posten liefern könne, die sich aus dem Kreditverhältnis selbst nicht ohne Weiteres ergeben, wie Einschaltgebühren oder Kosten für die Beteiligung an der Schätzung.

³²³ Vor der EO-Nov 2000 mussten zum Nachweis der Forderung dienende Urkunden in Urschrift oder beglaubigter Abschrift vorgelegt werden.

³²⁴ RIS-Justiz RS0021968.

ausreichend, auch wenn die einzelnen Blätter, aus denen sich die Kontobewegungen nachvollziehen lassen, nicht unterschrieben sind, weil die unterzeichneten Abschlüsse jeweils den Endsaldo der Aufstellungen über die Kontobewegungen enthalten und damit ausreichend dokumentiert ist, dass alle Aufstellungen vom anmeldenden Gläubiger stammen. Weitere Unterschriften zu verlangen wäre ein sachlich nicht zu rechtfertigender Formalismus³²⁵.

Die Analyse der Rsp zeigt, dass einer formell gültigen Urkunde größeres Gewicht beigemessen wird, als dem materiellrechtlichen Nachweis der Forderung und dass der Novellengesetzgeber im Interesse der Verfahrensbeschleunigung durch die Schaffung des § 211 Abs 5 EO³²⁶ dieser Praxis zweifellos eine gesetzliche Grundlage verschaffen wollte. „*Nachweis*“ der Forderung im Verteilungsverfahren wird daher von der hM im Sinne von „*Bescheinigung*“ verstanden, da die bloße Glaubhaftmachung bereits als ausreichend angesehen wird; dies selbst bei erhobenem Widerspruch, über welchen im ebenfalls Verteilungsverfahren entschieden wird³²⁷. Ziel der Bescheinigung eines Anspruches ist es, dass dessen Rechtmäßigkeit sich für den zuständigen Richter zu einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit erhoben hat. Die Bescheinigung unterscheidet sich darin vom Beweis im technischen Sinne, sowohl durch ihr Ziel als auch durch ihren Weg, auf welchem sie dieses zu erreichen sucht; letzterer besteht in der einseitigen Glaubhaftmachung derjenigen tatsächlichen Anhaltspunkte, aus denen sich die Berechtigung eines Anspruchs ergeben soll. Es handelt sich für den Anspruchswerber also lediglich darum, durch gewisse Vorlagen dem Richter gegenüber die nach vernünftiger Überlegung aller Umstände wohl begründete Gewissheit herzustellen, dass der Anspruch zu Recht besteht. Die Tauglichkeit der Bescheinigungsmittel hat der Richter gemäß den Grundsätzen des § 273 ZPO zu beurteilen. Das Verfahren zur Glaubhaftmachung ist summarisch und nicht an die Förmlichkeiten eines Beweisverfahrens im engeren Sinn gebunden; es muss rasch durchgeführt werden, weshalb die Bescheinigungsmittel parat sein müssen, der Grundsatz der Unmittelbarkeit gilt nicht. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass das von der Rsp als ausreichend erachtete Bescheinigungsverfahren nicht jene Rechtsschutz- und Richtigkeitsgarantien bieten kann, wie

³²⁵ 3 Ob 184/01g = ÖBA 2002/1043 zur Rechtslage vor der EO-Nov 2000.

³²⁶ Näheres zu dieser Bestimmung unten, Kap VIII.4.

³²⁷ Rechtsanwendung setzt aber stets die Feststellung jener Tatsachen voraus, an die die Rechtsordnung den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen knüpft. Der festzustellende Sachverhalt hat sich mit der Wirklichkeit zu decken. Das Gericht hat alle beweisbedürftigen rechtserheblichen Tatsachen festzustellen. Nur der Beweis kann daher dem Richter im Streitfall die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des Sachverhaltes zu vermitteln (vgl *Fasching*, Zivilprozeßrecht Rz 799).

dies beim im Prozess abzuführenden Beweisverfahren im engeren Sinn der Fall ist, dem außerdem ein höherer Beweismaßstab und auch die Möglichkeit, nicht parate Beweise aufzunehmen, eigen ist.

Aus dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung kann mE nicht abgeleitet werden, dass eine Beweismaßreduzierung zum Nachteil nachrangiger Gläubiger bzw des Verpflichteten gegenüber dem Beweisverfahren im engeren Sinn stattzufinden hat, zumal weder eine gesetzliche Grundlage noch Veranlassung besteht, dem Verteilungsverfahren den Charakter eines Provisorialverfahrens zu unterschieben³²⁸. Dies umso mehr, als für das damit verbundene Risiko einer unberechtigten materiellen Verkürzung keine vergleichbaren Vorkehrungen getroffen sind. Im Sicherungsverfahren der EO etwa, in welchem der Gesetzgeber die mit dem Bescheinigungsverfahren verbundene Beweismaßreduzierung ausdrücklich angeordnet hat, geht es um weit weniger weitreichende und noch dazu bloß vorläufige Anordnungen. So ist in § 390 Abs 1 EO vorgesehen, dass im Falle der zweifelhaften Anspruchsberechtigung die einstweilige Verfügung nur dann angeordnet werden kann, wenn die dem Gegner hieraus drohenden Nachteile durch Geldersatz ausgeglichen werden können und vom Antragsteller zu diesem Zweck eine vom Gericht zu bestimmende Sicherheit geleistet wird. § 390 Abs 2 EO schafft überdies die Möglichkeit, selbst bei genügender Bescheinigung die Erlassung der einstweiligen Verfügung von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Eine vergleichbare Absicherung des konkurrierenden Hypothekars besteht im Meistbotsverteilungsverfahren aber nicht, sodass jedenfalls in Fällen, in welchen ein Gläubiger seinen Anspruch auf eine bestrittene Forderung stützt, ein strengerer Maßstab angelegt werden muss, um unberechtigte und für widerspruchsberechtigte Gläubiger – mangels dinglicher Sicherheit uU ruinöse – Zuweisungen zu vermeiden. Die bloße Bescheinigung eines Anspruchs kann daher bereits dann nicht mehr genügen, wenn gegen die Berücksichtigung der angemeldeten Forderung Widerspruch erhoben wird, weil der Nachweis gemäß § 210 EO widerspruchsberechtigten

³²⁸ Aus § 231 EO, lässt sich der Provisorialcharakter des Verteilungsverfahrens gerade nicht begründen, weil die Entscheidung über die Widerspruchsklage jedenfalls mit dinglicher Wirkung ergeht (§§ 232 Abs 2 EO, 236 Abs 3 EO). Dieser Anordnung des Gesetzgebers ist vielmehr unzweifelhaft zu entnehmen, dass der Richtigkeit der Entscheidung im Verteilungsbeschluss größeres Gewicht beizumessen ist, als dem Ziel eines raschen Verfahrens. Auch für das Meistbotsverteilungsverfahren gilt daher der Grundsatz, dass Vereinfachungen niemals auf Kosten der Richtigkeitsgewähr der Entscheidungen gehen dürfen, weil die Richtigkeitsgewähr der Entscheidung höher zu bewerten ist, als die Beschleunigung oder Verbilligung des Verfahrens. Wohlverstanden ist eine Maßnahme der Verfahrensökonomie eben nur dann, wenn sie die Richtigkeitsgewähr der zu fällenden Entscheidung nicht beeinflusst (6 Ob 650/93 = SZ 66/164 verst Senat).

Gläubigern, aber auch dem Verpflichteten die Möglichkeit bieten soll, verlässlich beurteilen zu können, ob der angemeldete Anspruch zu Recht besteht oder nicht.

Dass die Verpflichtung zum hinlänglichen Nachweis der Forderung keine unzumutbare Verzögerung zur Folge hat, beweist im Übrigen auch der Vergleich zur KO³²⁹. Weil die Kautelen des Verteilungsverfahrens es dem Verteilungsrichter nicht gestatten, den Bestand einer bestrittenen Forderung durch Beweisaufnahme zu klären, ist der volle Beweis der pfandgesicherten Forderung durch Verweisung auf den Rechtsweg zu erheben. Warum dem anmeldenden Gläubiger im Zeitalter elektronischer Datenerfassung ferner keine Nachweise über die Kontobewegungen zur Verfügung stehen sollen, ist unverständlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass gerade Banken, deren Geschäftsgegenstand die Kreditvergabe ist, sehr wohl – schon aus abgabenrechtlichen und bilanztechnischen Gründen – über entsprechende Aufzeichnungen verfügen. Von einer Überspannung der Sorgfaltspflicht kann daher nicht die Rede sein³³⁰. Der allfällige Eintritt der Verjährung (von Teilen) der Forderung etwa, der nur über eine entsprechende Einrede wahrzunehmen ist, kann von einem widerspruchsberechtigten Gläubiger überhaupt nicht verlässlich beurteilt werden. Die Aussage, dass der Nachweis von Tilgungszahlungen jedenfalls Sache des Schuldners sei, geht insofern fehl, als hier – anders als im Prozess – nicht der Schuldner, sondern ein konkurrierender Buchberechtigter Gegner des Gläubigers ist, der anhand der beim Grundbuchgericht hinterlegten Urkunden keinesfalls ausreichende Informationen über Bestand und Umfang der aushaftenden Forderung und deren Pfandversicherung erlangen kann. Der Nachweis von Tilgungszahlungen gibt auch nicht Auskunft darüber, ob diese geschuldet bzw ordnungsgemäß verrechnet wurden. Zudem wird ein insolventer Schuldner regelmäßig kein Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts haben, da es ihm egal sein wird, ob der Erlös der Liegenschaft zur Befriedigung des einen oder des anderen Gläubigers verwendet wird. Jedenfalls dann, wenn eine vorrangige Forderung von sämtlichen widerspruchsberechtigten Gläubigern nicht vollständig anerkannt wird, ist der anmeldende Gläubiger vom Verteilungsrichter zum detaillierten Nachweis der Forderung zu verhalten, schon weil anders vom Widerspruchsrecht nicht sinnvoll Gebrauch gemacht werden kann.

Unabhängig von den Besonderheiten des Verteilungsverfahrens und den Erfordernissen der Akzessorietätsprüfung stehen die vom OGH vertretenen Grundsätze auch nicht im

³²⁹ Dazu im Folgenden.

³³⁰ Dass etwa ein viele Seiten langer Ausdruck eines Kontokorrentkontos mit zahllosen Bewegungen uU nur mit Hilfe eines Buchsachverständigen ausgewertet werden kann, ist kein dogmatisch tragfähiges Argument.

Einklang mit den in vergleichbaren Fällen angelegten Maßstäben. Zu § 2921 EO etwa, nach welcher Bestimmung der betreibende Gläubiger einer Exekution auf Geldforderungen eine Aufstellung seiner Forderung an den Drittschuldner und den Verpflichteten zu übermitteln hat, widrigens der Drittschuldner nicht zur Zahlung verpflichtet ist, wird vom OGH vertreten, dass die Aufstellung über die geschuldete Forderung *lesbar, verständlich, nachvollziehbar und überprüfbar* sein müsse. Sie müsse den Eingang der bisherigen Zahlungen und eine staffelmäßige Darlegung der angefallenen Zinsen enthalten. Dieses Erfordernis ist nach Ansicht des OGH nur dann erfüllt, wenn die Aufstellung über die offene Forderung dem Drittschuldner Auskunft über Zeitpunkt und Höhe der geleisteten Zahlungen gibt und die dabei *vom Gläubiger* vorgenommenen Tilgungen von Nebengebühren und Kapital beinhaltet³³¹. Hier wird sehr wohl vertreten, dass es dem Gläubiger zugemutet werden kann, den Informationsanspruch *des Verpflichteten* auf die dargelegte Weise zu erfüllen, weil ihm der mit zahlreichen Zahlungseingängen verbundene Rechnungsaufwand ohnedies in keinem Fall erspart bleibe. Eine Aufstellung, die Zeitpunkt und Höhe der eingelangten Zahlungen – und zwar jeder einzelnen – nicht erkennen lasse, entspreche den genannten Erfordernissen nicht³³². Gerade die dem Verpflichteten gegen den Anspruch offen stehende Klage nach § 35 EO unterstreiche die Notwendigkeit, die Auskunft durch Aufnahme der eben dargelegten Angaben so zu gestalten, dass die Aufstellung vom Verpflichteten auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden könne.

Zwar wurde § 2921 EO erst durch die EO-Nov 1991 geschaffen, während die hier maßgeblichen Bestimmungen der §§ 210 ff EO bereits in der Stammfassung der EO enthalten waren. Der vergleichbare Zweck der Bestimmungen lässt aber eine so tiefgreifende Andersbehandlung im Auslegungsweg in Bezug auf den Nachweis einer Forderung nicht gerechtfertigt erscheinen, zumal sich im Gesetz hierfür keinerlei Anhaltspunkte finden lassen. Die vom OGH und der hL vor allem mit dem Argument der Verfahrenskonzentration bzw -vereinfachung begründete Verwässerung der Nachweispflicht im Verteilungsverfahren, dort werde „*nur*“ über „*Teilnahmeansprüche*“ entschieden, ist mit dem Zweck des Pfandrechts unvereinbar und angesichts der nach § 2921 EO praktisch sehr wohl erfüllbaren strengen Nachweispflicht wenig überzeugend, die im Übrigen insb dann greifen soll, wenn noch ein beträchtlicher Restsaldo aushaftet³³³.

³³¹ 3 Ob 2383/96d = JBl 1997, 796.

³³² Vgl das Beispiel in 3 Ob 2383/96d.

³³³ 3 Ob 2383/96d.

Die Gefahr einer Rechtsschutzverkürzung nachfolgender Buchberechtigter im Verteilungsverfahren ist auch deshalb besonders gravierend, weil wegen des vorrangig bewerteten Ziels der Verfahrensvereinfachung einem Widerspruchswerber das Klagerecht gemäß § 231 Abs 1 EO nur nach Maßgabe einer Entscheidung des Verteilungsrichters bzw des Rekursgerichts zusteht, eine Klage nach § 231 Abs 1 EO zudem nur auf den mittels Widerspruch geltend gemachten Rechtsgrund gestützt werden kann, der Widerspruch Grund des mangelnden Nachweises der Forderung von der Rsp nicht anerkannt wird und ein Rekurs gegen den Verteilungsbeschluss wegen des dort geltenden Neuerungsverbots an die mittels Widerspruch vorgebrachten Tatsachen gebunden ist.

Die von der hM vertretene Ansicht führt im Ergebnis zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Umkehr der Beweislast, die sich auf die bloße Tatsache des Bucheintrags stützt. Dies verdeutlichen auch die Grundsätze, die für die Anmeldung einer Forderung im Konkurs vertreten werden. Nach § 110 KO ist der Gläubiger berechtigt, der Bestand einer angemeldeten, aber vom Masseverwalter bestrittenen Forderung mittels Klage im Prüfungsprozess klären zu lassen³³⁴. Grundsätzlich hat dabei der jeweilige Gläubiger der angemeldeten Forderung die Feststellungsklage zu erheben. Wenn hingegen eine vollstreckbare Forderung bestritten wird, trifft die Klägerrolle den Bestreitenden. Nur das Bestehen einer vollstreckbaren Forderung – und nicht etwa die bloße Tatsache einer Pfandrechteintragung – löst somit die begründete Vermutung aus, dass die Forderung auch tatsächlich zu Recht besteht. Aber nicht nur die Stellung bestreitender Gläubiger ist im Konkursfall anders geregelt, sondern auch die damit eng zusammenhängende Frage der Anmeldung einer Forderung. Für die Geltendmachung von Forderungen im Konkurs bestimmt § 103 Abs 1 KO, dass in der Anmeldung der Betrag der Forderung, die Tatsachen, auf die sie sich gründet sowie die Beweismittel zu bezeichnen sind, die zum Nachweis der behaupteten Forderung beigebracht werden können. Gemäß § 103 Abs 3 KO haben Absonderungsgläubiger den Sachverhalt unter genauer Angabe des Gegenstandes der Absonderung darzulegen und anzugeben, bis zu welchem Betrag ihre Forderungen voraussichtlich durch das Absonderungsrecht gedeckt sind. Bei Prüfung des Inhalts der Forderungsanmeldung darf nach der Rsp überdies nicht außer Acht gelassen werden, dass nach dem aus dem Gesetz hervorleuchtenden Zweck der Bestimmung des § 103 Abs 1 KO

³³⁴ Selbst über die Rangordnung von nicht auf den Rechtsweg gehörenden Konkursforderungen entscheidet das Konkursgericht im streitigen Verfahren (§ 110 Abs 3 IS KO; SZ 8/276). Demgegenüber soll dem Hypothekar im Meistbotsverteilungsverfahren im Streitfall kein *Recht* auf eine prozessuale Entscheidung zustehen.

die Anmeldung so bestimmt sein muss, dass sie dem Masseverwalter, dem Gemeinschuldner und den Konkursgläubigern die Möglichkeit gibt, sich über den Bestand der angemeldeten Forderung zu informieren, um sie in die Lage zu versetzen, sich bei der Prüfungstagsatzung zu der angemeldeten Forderung richtig zu erklären³³⁵. Nur auf diese Weise kann die Identität der im Prüfungsprozess geltend gemachten mit der im Konkursverfahren angemeldeten Forderung festgestellt werden. Werden mehrere Forderungen angemeldet, so hat dies nicht im Bausch und Bogen zu geschehen; es sind vielmehr die Beträge der einzelnen Forderungen gesondert anzuführen, ebenso die für die einzelnen Forderungen anspruchsbegründenden Tatsachen³³⁶. Anders als im Meistbotsverteilungsverfahren wird der Inhalt einer Forderungsanmeldung im Konkurs grundsätzlich durch die Erfordernisse des § 226 ZPO bestimmt³³⁷.

Nach § 226 ZPO muss eine Klage jedenfalls ein bestimmtes Begehren enthalten sowie die Tatsachen, auf welche sich der Anspruch in Haupt- und Nebensachen gründet, im Einzelnen kurz und vollständig angeben. Das erste Anliegen dieser Bestimmung ist die exakte Kennzeichnung des Streitgegenstandes, weshalb der anmeldende Gläubiger auch ein entsprechendes Tatsachenvorbringen zu erstatten und Beweismittel vorzulegen hat. Dabei geht die ZPO von der sog Substantiierungstheorie aus, die diese Kennzeichnung durch die Angabe des Sachverhalts, aus dem sich das Klagebegehren herleitet, erreichen will³³⁸. Sie hat dabei auch die Schlüssigkeit der Klage vor Augen, sodass das Klagebegehren nur dann ausreichend substantiiert ist, wenn der Richter auf Basis dieses Vorbringens – nach vorangegangenem Verbesserungsversuch – eine Abwesenheitsentscheidung fällen könnte. Ein Prozessvorbringen wird gemäß § 226 ZPO weiters immer dann als ausreichend präzise angesehen werden können, wenn das Beweisthema damit so klar erscheint, dass eine sinnvolle Beweisaufnahme nach den Prozessvorschriften, zB die Ausübung des Fragerechtes und die Erkennbarkeit der Relevanz vorgelegter Urkunden möglich ist. Dieses Erfordernis gründet sich im Konkurs auf den Umstand, dass die Forderungsanmeldung schon alle anspruchsbegründenden Tatsachen enthalten muss, auf die später die Feststellungsklage *des anmeldenden Gläubigers* gestützt wird³³⁹. Ziel der Forderungsanmeldung im Konkurs ist die

³³⁵ RIS-Justiz RS0065449.

³³⁶ RdW 1987, 292; ZIK 1996, 211 ua.

³³⁷ StRsp; 8 Ob 597, 598/89 ua.

³³⁸ Vgl *Rechberger/Simotta*⁶ Rz 252. Im Prüfungsprozess der KO ist deshalb nur die Feststellung einer im Prüfungsverfahren bestrittenen Forderung zulässig, die in der Anmeldung (§ 103 Abs 1 KO) ausreichend substantiiert und konkretisiert wurde (8 Ob 597, 598/89; RIS-Justiz RS0065597).

³³⁹ OGH in *ecolex* 1992, 629.

Nachvollziehbarkeit und Individualisierbarkeit der Forderung, die jedoch nicht zu einem darüber hinauschießenden Formalismus führen darf, weil Ergänzungen des anmeldenden Gläubigers im Tatsachenvorbringen auch im Prüfungsprozess als durchaus zulässig angesehen werden, sofern die Forderung schon in der Anmeldung eindeutig individualisiert wurde. Die in den Einzelfällen angelegte Richtschnur bildet dabei jeweils die Überlegung, dass die übrigen Konkursbeteiligten, insbesondere der Masseverwalter, sich leicht über den genauen Inhalt der Forderungsanmeldung informieren können, weil ihnen die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stehen oder leicht zu beschaffen sind.

All dies ist in der Meistbotsverteilung nicht der Fall und verhält es sich dort gerade umgekehrt, soll doch bloß vom anmeldenden Gläubiger im weiteren Verfahren unbegrenzt weiteres Tatsachenvorbringen erstattet werden können, aber ein Widerspruch erhebender Gläubiger – für den zudem das Neuerungsverbot im Rekurs gegen den Verteilungsbeschluss gilt – in der Klage gemäß § 231 Abs 1 EO keine anderen als die bereits im Widerspruch vorgetragenen Tatsachen mehr geltend machen dürfen. Weil aber die Pfandrechtseintragung im Hinblick auf den Bestand einer Forderung im Zeitpunkt der Meistbotsverteilung nicht die geringste Aussagekraft hat, und Basis für den Widerspruch nur eine möglichst substantiierte Forderungsanmeldung (§ 226 ZPO) sein kann, sind die Erfordernisse für den Nachweis der angemeldeten Forderung im Meistbotsverteilungsverfahren ebenso hoch anzusetzen wie im Konkurs³⁴⁰. Der Umstand, dass im Verteilungsverfahren keine Beweisaufnahme zu erfolgen hat, steht einem § 226 ZPO – dessen Anwendung zudem gemäß § 78 EO geboten ist – entsprechenden Vorbringen in der Anmeldung freilich ebenso wenig entgegen, wie der Wortlaut des § 210 EO, der keinerlei dahingehende Einschränkungen enthält, sondern seinem Telos entsprechend vielmehr einen möglichst umfassenden Nachweis des geltend gemachten Anspruchs fordert.

Der Grund, warum das Widerspruchsrecht zahlreichen Beschränkungen unterworfen ist und § 226 ZPO im Meistbotsverteilungsverfahren nicht anwendbar sein soll, liegt mE vor allem darin, dass die hM den Nachweis einer Forderung schon durch den Umstand als erbracht ansieht, dass ein Pfandrecht im Grundbuch einverleibt ist und somit vom Erfordernis einer Anmeldung bzw vom Nachweis einer Forderung tendenziell überhaupt gänzlich

³⁴⁰ So führt die mangelnde Konkretisierung der Forderung oder das Fehlen von Beweismitteln im Prüfungsprozess der KO nur in Ausnahmefällen nicht zur sofortigen Abweisung des Begehrens (vgl 8 Ob 173/02b mwN).

absieht³⁴¹. Diese hM ist mE verfehlt und steht in Widerspruch zu dem im Konkurs und gemäß §§ 78, 210 EO wohl auch im Meistbotsverteilungsverfahren geltenden allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz, dass jeder stets die für seinen Rechtsstandpunkt günstigen Umstände zu behaupten und zu beweisen hat.

2. Festbetragshypotheken

Wird eine durch Festbetragspfandrecht besicherte Hypothekarforderung zur Meistbotsverteilung nicht angemeldet und nachgewiesen, so wird nach stRsp³⁴² und überwiegender Lehre³⁴³ das Kapital in Höhe des gemäß § 14 Abs 1 GBG eingetragenen Betrages zugewiesen. Vor der EO-Nov 2000 war für eine Zuweisung durch Barzahlung zumindest Voraussetzung, dass der Gläubiger die von § 171 Abs 2 EO (aF) vorgeschriebene Barzahlungserklärung abgab, andernfalls die Kapitalforderung eines gänzlichen untätigen Gläubigers durch Übernahme in Anrechnung auf das Meistbot berichtigt wurde. Sogar dann, wenn ein solcher Gläubiger – entgegen der klaren Anordnung des § 171 Abs 2 EO (aF) – diese Erklärung erst im Rekurs gegen den Verteilungsbeschluss abgab, erblickte der OGH³⁴⁴ darin die schlüssig enthaltene Übernahmserklärung, sodass der Gläubiger einer Festbetragshypothek auch diesfalls seinen Teilnahmeanspruch nicht verlor. Dies gilt nach hM auch dann, wenn ein solcher Gläubiger eine mangelhafte Anmeldung erstattet und wird damit begründet, dass der Gläubiger diesfalls nicht schlechter gestellt werden dürfe, als wenn er seine Forderungen gar nicht anmeldet, weshalb bei ungenügender Anmeldung nie weniger zugewiesen werden dürfe, als sich ohne jegliche Anmeldung ergeben hätte³⁴⁵.

Weil § 171 Abs 2 EO durch die EO-Nov 2000 aufgehoben wurde und nunmehr die Berichtigung durch Barzahlung auch ohne entsprechende Erklärung des Gläubigers den Regelfall darstellt, erfolgt bei Festbetragshypotheken im Fall einer unterbliebenen oder mangelhaften Anmeldung die Zuweisung des eingetragenen Kapitalbetrages stets durch

³⁴¹ Vgl § 224 EO idF vor der EO-Nov 2000; dass gemäß Abs 2 leg cit auch bei gänzlich unterbliebener Anmeldung einer durch Höchstbetragspfandrecht sichergestellten Forderung eine Zuweisung vorzunehmen war begründete die Rsp nicht ausdrücklich damit, dass im Grundbuch eine Forderung einverleibt sei, sondern damit, dass ein Höchstbetragshypothekar nicht grundlos schlechter zu stellen sei als ein Festbetragshypothekar.

³⁴² SZ 68/209; RIS-Justiz RS0003179.

³⁴³ Heller/Berger/Stix, II 1439; Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner EO, §§ 210-211 Rz 26.

³⁴⁴ 3 Ob 96/92.

³⁴⁵ 3 Ob 85/95 = SZ 68/209 = RZ 1996/40 = RdW 1996, 265 mwN; 3 Ob 254/99w; RIS-Justiz RS0003179; Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO §§ 210-211 Rz 27.

Barzahlung³⁴⁶. Die Anmeldung einer Festbetragshypothek ist nach überwiegender Ansicht daher nur dann erforderlich, wenn auch rückständige Zinsen berücksichtigt werden sollen³⁴⁷ oder wenn ein Anspruch im Rahmen einer Nebengebührensicherstellung geltend gemacht wird³⁴⁸. Als gesetzliche Grundlage hierfür wird auf den Wortlaut des § 210 Abs 1 EO verwiesen, wonach die mit ihren Ansprüchen auf das Meistbot gewiesenen Personen bei der Ladung aufzufordern sind, *„ihre Ansprüche an Kapital, Zinsen, wiederkehrenden Leistungen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen spätestens 14 Tage vor der Tagsatzung anzumelden und die zum Nachweis ihrer Ansprüche dienenden Urkunden, falls sich diese nicht schon bei den Zwangsversteigerungsakten befinden, gleichzeitig in Urschrift oder Abschrift vorzulegen, widrigens ihre Ansprüche bei der Verteilung nur insoweit berücksichtigt würden, als sie sich aus dem Grundbuch als rechtsbeständig und zur Befriedigung geeignet ergeben.“*

Weil der Grundbuchsstand nach hM nur bei gemäß § 14 Abs 1 GBG einverleibten Pfandrechten den aufrechten Bestand einer Kapitalforderung vermuten lasse, gilt diese Regelung nach hM für Höchstbetragspfandrechte grundsätzlich nicht. Die Zinsen seien dagegen auch bei Festbetragshypotheken nicht zu berücksichtigen, sofern der Zinsenrückstand weder aus dem öffentlichen Buch noch aus den Exekutionsakten als rechtsbeständig und zur Befriedigung geeignet hervorgehe³⁴⁹. Dass nicht mehr als drei Jahre rückständige Zinsen nach § 216 Abs 2 EO den gleichen Rang mit dem Kapital genießen, besage über das tatsächliche Bestehen eines Zinsenrückstandes nichts. Auch der aufrechte Bestand des Pfandrechtes einer verzinslichen Kapitalforderung begründe noch nicht die Vermutung, dass die fortlaufenden Zinsen nicht gezahlt worden seien³⁵⁰. Die Zuweisung einer als „restlicher Kapitalbetrag“ (mangelhaft) angemeldeten Forderung nach dem Buchstand sei daher auch dann vorzunehmen, wenn die zusammen mit dieser Forderung geltend gemachten Zinsen(-rückstände) und/oder Verzugszinsen nicht ordnungsgemäß nach Höhe des Zinsfußes, Kapitalbetrag, Beginn und Ende des Zinsenlaufes angemeldet oder nachgewiesen wurden³⁵¹. In solchen Fällen sei aber stets nur der eingetragene Kapitalbetrag, nicht aber der auf die

³⁴⁶ Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO §§ 210, 211 Rz 4 und 8; siehe auch Mohr, eolex 2000, 40 und 153. Durch die Novellierung des § 223 EO ist nunmehr die Barzahlung der Regelfall, sodass die Forderung grundsätzlich nicht durch Übernahme in Anrechnung auf das Meistbot, sondern durch Barzahlung berichtigt wird.

³⁴⁷ SZ 53/118; ÖBA 1998, 569.

³⁴⁸ Angst in Angst, EO § 216 Rz 26.

³⁴⁹ ZB 3 Ob 2223/96z = ÖBA 1998/724.

³⁵⁰ SZ 53/118; Heller/Berger/Stix, II 1439 f.

³⁵¹ RZ 1989/7; 3 Ob 2223/96z = ÖBA 1996, 569 (Schumacher); 3 Ob 256/02x; Angst in Angst, EO § 210 Rz 7; Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO §§ 210, 211 Rz 8 mwN.

Zinsen entfallende Betrag zuzuweisen; der Satz, dass in den Fällen, in welchen eine Anmeldung erfolge, diese die einzige Grundlage der Zuweisung zu bilden habe, hindere die Zuweisung des Kapitals nicht, denn der Gläubiger sei auch im Falle einer mangelhaften Anmeldung nicht schlechter zu stellen, als bei gänzlich unterbliebener Anmeldung („Nullanmeldung“).

In der Praxis kommt es regelmäßig vor, dass Pfandrechte im Grundbuch eingetragen sind, im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens die Forderungen jedoch nicht angemeldet werden. Dies kann verschiedene Gründe haben. Einerseits ist es möglich, dass sich der Gläubiger um seine finanziellen Angelegenheiten nicht ausreichend kümmert oder sich deshalb nicht am Verfahren beteiligt, weil nach der stRsp des OGH eine Zuweisung auch ohne Anmeldung vorzunehmen ist. Der dargestellten Auslegung des § 210 EO liegt erkennbar die (ältere) und bereits mehrfach kritisierte Ansicht zugrunde, dass im Grundbuch gemäß § 14 Abs 1 GBG eine *Forderung* einverleibt werde, der Buchstand daher über den aufrechten Bestand dieser Forderung Auskunft gebe. Jedoch besteht in vielen Fällen die sichergestellte Forderung gar nicht mehr, sodass tatsächlich ein forderungsentkleidetes Pfandrecht vorliegt. Voraussetzung für die Pfandhaftung und damit die Zuweisung im Verteilungsverfahren ist aber stets, dass dem Pfandrecht auch eine gesicherte Forderung unterliegt. Dieser Umstand kann dem Grundbuch freilich auch bei Festbetragshypotheken nicht entnommen werden³⁵². Gemäß § 469 ABGB hört das Pfandrecht zwar durch den Untergang der Schuld auf, bleibt jedoch – als forderungsentkleidetes Pfandrecht – bis zur tatsächlichen Löschung im Grundbuch unverändert aufrecht. Überall dort, wo sich aus dem Eintritt einer schuldvernichtenden Tatsache ein Löschungstitel ergeben hat, kann dieser, muss aber nicht zur Löschung der Hypothek führen. Der Schuldner mag aus Nachlässigkeit oder Absicht die Löschung der nunmehr indebite haftenden Hypothek unterlassen und dadurch den Bestand der Hypothek vorerst erhalten haben. Auch bei Ausschluss des Verfügungsrechts nach § 469a ABGB begründet der Untergang der Pfandschuld, wie auch immer derselbe erfolgt sein mag – mit oder ohne Befriedigung des Gläubigers –, nur den Anspruch auf Löschung des Pfandrechtes, bewirkt aber dieselbe nicht. Selbst bei Bestehen einer bücherlich ersichtlichen Lösungsverpflichtung darf daher daraus nicht geschlossen werden, dass die gesicherte Forderung tatsächlich noch aufrecht ist bzw einem vorrückungsberechtigten

³⁵² Es ist einfach wirklichkeitsfremd anzunehmen, dass der Schuldner nach jeder Tilgungszahlung die Löschung des Pfandrechts in diesem Umfang einverleiben lässt, zumal er hiezu gesetzlich nicht verpflichtet ist.

Nachhypothekar die zum Erlöschen der Pfandschuld führenden Umstände wie etwa Zahlung, Vergleich, Aufrechnung, Novation, Erlass, usw auch bekannt wurden.

Die Argumentation des OGH³⁵³, dass der letzte Halbsatz des § 210 EO andernfalls keinen Anwendungsbereich habe, ist nicht zutreffend, weil auch die Anmerkung der Vollstreckbarkeit einer Forderung aus dem Grundbuch ersichtlich ist, unabhängig davon, ob es hiebei um eine betriebene Forderung handelt oder nicht, und konsequenterweise auch auf ein gemäß § 87 EO zwangsweise begründetes Pfandrecht eine Zuweisung nach dem Buchstand also ohne Anmeldung erfolgen müsste³⁵⁴. Weiters ergibt sich aus dem Grundbuch dann, wenn in der Anmerkung der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens gemäß § 137 Abs 2 EO auf eine pfandrechlich sichergestellte Forderung hingewiesen wurde, dass diese wie eine betriebene Forderung zu behandeln ist. Zudem spricht § 210 Abs 1 EO nicht von Forderungen, sondern von *Ansprüchen*, weshalb auch Rechte, die vom Ersteher ohne Anrechnung auf das Meistbot übernommen werden, vom Wortlaut dieser Bestimmung erfasst sind. Die auf den bloßen Wortlaut des § 210 EO gestützte Begründung des OGH überzeugt daher nicht.

Für die Zuweisung auch der Zinsen ohne Anmeldung tritt *Lehmann*³⁵⁵ ein. Sei aus dem Grundbuch ein Zinsenanspruch zu entnehmen, so sei ohne Rücksicht darauf, ob die Zinsen zugleich mit dem Kapital oder terminweise im Vorhinein oder im Nachhinein zu zahlen seien, ein dreijähriger Zinsenrückstand in gleicher Priorität mit dem Kapital zuzuweisen, auch wenn eine Anmeldung der Forderung nicht erfolgt sei. Sei im Grundbuch ein Pfandrecht für ein Kapital eingetragen und werde dieses zugewiesen, weil angenommen werde, dass die Forderung zu Recht bestehe, weil die Löschung des Pfandrechtes nicht einverleibt worden sei, so sei nicht einzusehen, warum die im Rang des Kapitals eingetragenen Zinsen anders behandelt werden sollten. Sei im Grundbuch die Löschung des Pfandrechtes für die während irgend eines Zeitraumes seit dem als Anfangstermin des Zinsenlaufes eingetragenen Tages fällig gewordenen Zinsen nicht einverleibt, dann streite die Vermutung dafür, dass die Zinsen seit dem angegebenen Anfangstermin unberichtigt seien. Auch seien bei solcher Auslegung die Interessen sämtlicher Beteiligter gewahrt; denn seien die Zinsen tatsächlich gezahlt worden, ohne dass das Pfandrecht für die Zinsen gelöscht worden sei, dann stehe es den durch diese Zuweisung geschädigten Gläubigern frei, Widerspruch zu erheben. Bestehe aber der Zinsenanspruch zu Recht, dann entspreche die Zuweisung der Zinsen vollkommen der

³⁵³ 3 Ob 79/02t zur Rechtslage vor der EO-Nov 2000.

³⁵⁴ Vgl *Angst* in *Angst*, EO § 210 Rz 7.

³⁵⁵ Zwangsversteigerung 331 unter Verweis auf GZ 1903/35.

Sachlage. Nur Ansprüche, die aus dem Grundbuch oder den Exekutionsakten nach § 210 EO gar nicht ersichtlich seien, müssen bei sonstigem Verlust angemeldet werden³⁵⁶. *Lehmann* hält die Zuweisung ohne Anmeldung generell für angebracht, um den Gläubiger vor dem Verlust seines Teilnahmeanspruches zu bewahren. Es könne immerhin sein, dass den Gläubiger die Verständigung nicht rechtzeitig erreichte oder er durch sonstige Umstände an der Teilnahme verhindert war. Dies auch, weil die Unterlassung der Anmeldung nicht immer eine Folge von Nachlässigkeit sein müsse³⁵⁷.

*Angst*³⁵⁸ vertritt demgegenüber die Ansicht, die Zuweisung einer durch Festbetragspfandrecht sichergestellten Kapitalforderung entspreche nicht dem Gesetzeswortlaut, weil dem Grundbuch nur zu entnehmen sei, dass ein Pfandrecht bestehe³⁵⁹, nicht aber, dass die durch das Pfandrecht sichergestellte Forderung noch nicht erloschen sei, ob also eine sog forderungsentkleidete Hypothek vorliege. An der hA sei inkonsequent, dass nicht zumindest auch die Zinsen aus den letzten drei Jahren zugewiesen werden, weil auch für sie gelten müsste, dass sie nach dem Grundbuchsstand „*rechtsbeständig*“ seien. Aus diesen Überlegungen folge, dass auch durch Festbetragshypotheken sichergestellte Forderungen bei der Verteilung nur berücksichtigt werden dürften, wenn sie ordnungsgemäß angemeldet worden seien. Etwas anderes gelte nur, wenn in der Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens darauf hingewiesen werde, dass es sich bei der pfandrechtl. sichergestellten um die betriebene Forderung handle, weil sich dann deren Höhe aus den Exekutionsakten ergebe.

3. Formalwirkung der Grundbuchseintragung

Die Zuweisung lediglich aufgrund des Buchstandes ohne entsprechende Behauptung einer gesicherten Forderung und deren Nachweis widerspricht § 210 Abs 1 EO und den

³⁵⁶ *Lehmann* aaO.

³⁵⁷ *Lehmann*, Zwangsversteigerung 331, schildert den Fall, dass der Gläubiger seine Forderung samt Zinsen ordnungsgemäß berechnet habe, und unter Mitnahme aller erforderlichen Behelfe und Urkunden sich an den Sitz des Exekutionsgerichtes zwecks Anmeldung der Forderung in der Verteilungstagsatzung begeben, am Weg aber ein Wagenrad breche und er erst nach abgeschlossener Verhandlung am Gerichtshaus anlange. Auch diese Ansicht steht freilich mit dem allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatz im Widerspruch, dass eine ordnungsgemäß geladene Partei die Folgen ihrer Säumnis zu vertreten hat (§ 78 EO, §§ 144 ff ZPO; §§ 56 f EO) und übersieht ferner, dass der Gesetzgeber der EO für Säumnisfälle durch die Klagsmöglichkeit nach § 231 Abs 4 EO grundsätzlich Vorkehrung getroffen hat (dazu ausführlich unten, Kap VII. F.).

³⁵⁸ *Angst* aaO.

³⁵⁹ Hier könnte auch mit *Ostheim* und *Hoyer* davon gesprochen werden, dass das Grundbuch lediglich über eine *Belastung* der Pfandliegenschaft Auskunft gebe.

allgemein gültigen Regeln über die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast, setzt im Widerspruch zum Akzessorietätsprinzip das Pfandrecht einer abstrakten Grundschuld gleich und lässt sich im Ergebnis auf die Lehre *Exners* von der formellen Rechtskraft des Bucheintrags zurückführen³⁶⁰. Wird demnach ein Bucheintrag als eine schon vermöge der Eintragung an sich gültige und bis auf weiteres – dh so lange sie nicht mit schuldrechtlichen Mitteln von bestimmten Personen mit Erfolg angefochten ist – gegen jedermann wirksam hingestellt, spricht man von einer Formalwirkung des Bucheintrags³⁶¹. Der Zweck der öffentliche Bücher bringe es mit sich, dass Eintragungen dritten Personen gegenüber als wirklich bestehend angenommen werden müssten³⁶², nach Auffassung *Exners* typischerweise unabhängig davon, ob dem Dritten die wahre Rechtslage bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Diesem Grundsatz gemäß blieben in Folge der §§ 469, 526, 1443 und 1446 ABGB die rechtlichen Wirkungen eingetragener Rechte auch nach ihrer Erlöschung in Betreff dritter Personen, also auch der nachstehenden Gläubiger bis zur Löschung aufrecht. Jeder rechtskräftig gewordene formgerechte Tabularakt sei demnach absolut wirksam und stelle die Rechtsänderung ipso iure her. Die Unabhängigkeit von materiellen Voraussetzungen werde gleichsam als innerlich notwendige Folge des Formgebots hingestellt. Die Bindung des Rechtsaktes an die Form rufe die fast schon mechanische Reaktion hervor, dass dieser sich gegenüber irgendwelchen materiellen Voraussetzungen „abschließe“, sich diesen gegenüber „verselbständige“.

Nach *Exner* erübrige sich der Nachweis des aufrechten Bestehens einer hypothekarisch gesicherten Forderung durch den Pfandgläubiger nach dem Dogma der Selbständigkeit des Hypothekarrechtes zufolge der von ihm vertretenen Theorie. Dieses Letztere wäre ja dadurch negiert, dass als Voraussetzung zur Geltendmachung der Hypothek der *Schuldbeweis* erfordert würde³⁶³. Es könne sich also hier für den Hypothekar keineswegs darum handeln, die Existenz und Beschaffenheit der Pfandschuld erst zu beweisen, sofern sie durch den hypothekarischen Eintrag schon in der erforderlichen Bestimmtheit vorliege. Dieser Eintrag allein beweiße aufgrund der Akzessorietät des Pfandrechtes vorerst die Forderung – vorbehaltlich der Anfechtung durch den Gegner, sofern dieser ein Recht dazu

³⁶⁰ Sonderbarerweise ist nach stRsp dem Exekutionsgericht sogar in einem solchen Fall die Berücksichtigung der Urkundensammlung verwehrt. Die amtswegige Berücksichtigung der Urkundensammlung sei nach hM sogar einer Verletzung der allgemeinen Verteilungsgrundsätze gleichzuhalten (*Heller/Berger/Stix*, II 1438; 3 Ob 19/81; 3 Ob 18/90 uva).

³⁶¹ Hypothekenrecht 63.

³⁶² Hypothekenrecht 569.

³⁶³ Hypothekenrecht 243.

habe – und fundiere in dieser Hinsicht den Anspruch völlig genügend. Den Nachweis des rechtlichen Bestandes seines Pfandrechtes erbringe der Kläger durch das öffentliche Buch. Wer dort als Hypothekar unbedingt eingetragen sei, gelte von Rechts wegen als solcher und bedürfe darüber keines weiteren Beweises. Wie er in das Buch gekommen sei und mit welchem Recht er darin stehe, brauche er nicht darzulegen³⁶⁴. Es erhebe sich nun die Frage, ob das Pfandrecht als materiell gültiges anzusehen sei, oder ob wegen der inzwischen erfolgten Tilgung im Exekutionsfall eine Zuweisung nicht vorgenommen werden dürfe³⁶⁵. Die Pfandschuld bilde nicht direkt und im streng rechtlichen Sinne überhaupt den Inhalt Hypothekarrechtes, sie bilde nur dessen Rechtfertigungsgrund, seine materiellrechtliche Causa und dadurch mittelbar das Maß seines Inhaltes. Wer den Anspruch auf hypothekarische Befriedigung im Verteilungsverfahren erhebe, der trete nicht als Gläubiger auf, sondern als Hypothekar, er habe den Bestand der Pfandschuld weder zu behaupten, noch zu beweisen³⁶⁶; jedoch entkräfteten die Gegner diesen seinen dinglichen Anspruch durch den Beweis der Erlöschung der Schuld, weil daraus prima facie folge, dass damit der rechtliche Grund, das Pfandrecht zu behalten aufgehört habe. *Exner* gerät bereits mit seinen eigenen Ausführungen³⁶⁷ insofern in Widerspruch, als die durch den Eintragungsgrundsatz geforderte Abhängigkeit der Rechtsänderung von einer Änderung des Buchstandes ja nur insofern sinnvoll sein soll, als diese Beziehung den Verkehrsbedürfnissen dient³⁶⁸. Die gerichtliche Feilbietung ist aber nicht rechtsgeschäftliche Veräußerung, sondern hoheitlicher Akt, mit welchem das Eigentum der Liegenschaft auf den Ersteher übertragen wird³⁶⁹.

Die Formalwirkung des Bucheintrags – auch zum Schutz des rechtsgeschäftlichen Erwerbs – wird seit *Randa*³⁷⁰ allgemein als unhaltbar erkannt. Die Theorie der formalen Rechtskraft stellt geradezu ein Schulbeispiel für eine zu weit getriebene Abstraktion dar³⁷¹. Das Prinzip der Öffentlichkeit oder der Aussagekraft des Grundbuches ist gerade nicht so aufzufassen, dass die Entstehung bzw. Änderung dinglicher Rechtsverhältnisse an

³⁶⁴ Hypothekenrecht 249 Pkt 4.

³⁶⁵ Hypothekenrecht 614.

³⁶⁶ Hypothekenrecht 615.

³⁶⁷ Die materiell rechtswidrige Hypothek gewinne nur in den Händen eines gutgläubigen Erwerbers materiellen Bestand; soweit dieser Fall nicht vorliege, müsse sie, als bloß formell zu Recht bestehend, dem materiellen Recht weichen (*Exner*, Hypothekenrecht 562 FN 9).

³⁶⁸ Vgl *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb 236 FN 21.

³⁶⁹ Es bedarf nicht der Einverleibung des Erstehers, Gewährleistungsansprüche sind ausgeschlossen. *Exner* (Hypothekenrecht 234) hat der gerichtlichen Feilbietung den Charakter des Verkaufes im technischen Sinne abgesprochen, was schon daraus erhelle, dass etwa ein Realschuldner, der die Pfandliegenschaft erstehe, diese – als Verpflichteter gegen seinen Willen – von sich selbst „gekauft“ hätte.

³⁷⁰ GZ 1871/36-44; GZ 1876, 374.

³⁷¹ *Hofmeister*, Liegenschaftserwerb 255 und 317.

verbücherten Liegenschaften nur von einer entsprechenden Änderung des Buchstandes abhängig ist. Die rechtswirksame Berücksichtigung eines nur im Grundbuch eingetragenen, in Wahrheit aber nicht bestehenden Rechts ist nach geltendem Recht ausschließlich im berechtigten Vertrauen auf die unrichtige Eintragung möglich. Nur unter dieser Voraussetzung kann die materiell unrichtige Eintragung noch Wirksamkeit entfalten. Nach hA ist der Bucheintrag kein Formalakt in dem Sinn, dass er ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der materiellrechtlichen Voraussetzungen die ihm zugedachte Wirkung schon dann erzeugt, wenn den Formerfordernissen entsprochen ist. Vielmehr bringt der Bucheintrag die ihm bestimmungsgemäß zukommende Wirkung nur dann hervor, wenn sämtliche Voraussetzungen gegeben sind, die das bürgerliche Recht für die beabsichtigte Rechtsänderung vorschreibt³⁷². Dies gilt nur einem bestimmten, auf den Grundbuchstand berechtigterweise vertrauenden Personenkreis gegenüber nicht. Kann daher mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Liegenschaftsverkehrs im Fall eines gutgläubigen Erwerbs im Vertrauen auf den Grundbuchstand der materiell unrichtigen Grundbucheintragung ausnahmsweise Wirkung zukommen, ist dies bei der Berücksichtigung pfandrechtlich sichergestellter Forderungen im Meistbotsverteilungsverfahren ausgeschlossen. Der Bucheintrag schützt im Verteilungsverfahren nur die Nachhypothekare vor einer Ausweitung der ihnen vorgehenden Pfandlasten, begründet aber keinesfalls selbständig ein Pfandrecht ohne gesicherte Forderung. Die §§ 447 bis 449 ABGB ordnen generell an, dass das dingliche, also gegenüber jedermann absolut wirkende Pfandrecht an beweglichen oder unbeweglichen Sachen vom Bestand einer zu sichernden Forderung abhängig ist. Dazu kommt, dass das Grundbuchsrecht keine speziellen Eintragungen über die jeweils noch aushaftende Höhe einer durch eine Hypothek gesicherten Forderung vorsieht³⁷³. Auch nach *Gschnitzer*³⁷⁴ lässt die Eintragung einer Hypothek gerade keinen Rückschluss darauf zu, dass die zugrunde liegende Forderung aufrecht ist. Der Unterschied zwischen Verkehrs- und Höchstbetragshypotheken sei, was die Sorgfaltserfordernisse für den redlichen Erwerb vom Nichtberechtigten angehe, lediglich gradueller Natur³⁷⁵.

Die Notwendigkeit einer Akzessorietätsprüfung lässt sich auch aus dem materiellen Recht gemäß § 469 ABGB begründen: Bei der Verkehrshypothek setzt das Übertragen des Pfandrechtes auf eine neue Forderung voraus, dass die bisher pfandgesicherte Forderung

³⁷² *Klang* in *Klang*² II 345; *EvBl* 1996/135; *Feil*, *GBG*³ § 61 Rz 1.

³⁷³ *Steininger*, *NZ* 1998, 385.

³⁷⁴ *Sachenrecht*² 42.

³⁷⁵ *Gschnitzer*, *Sachenrecht*² 201.

nachprüfbar (§ 94 GBG) erloschen ist. Selbst bei der Verkehrshypothek kann somit von Bestimmtheit der Pfandforderung nicht abgesehen werden³⁷⁶. Nichts anderes kann für die Berücksichtigung einer Forderung im Meistbotsverteilungsverfahren gelten, weil die Berücksichtigung einer nachrangigen Hypothek grundsätzlich von jener der vorrangigen abhängig ist. Zudem bleibt völlig unerfindlich, wie aus der Eintragung auf den Bestand einer sichergestellten Forderung geschlossen werden kann³⁷⁷, ist doch nach der Rsp des OGH der Nachweis der Forderung gerade *keine Voraussetzung* für die Pfandrechteinverleibung³⁷⁸. Wird aber für die Einverleibung eines gegenwärtigen Pfandrechts lediglich die Behauptung einer zu sichernden Forderung verlangt und ist es auch nicht erforderlich, dass eine solche Forderung zum Zeitpunkt der Pfandrechteinverleibung bereits existiert, so fragt es sich, wie die Eintragung den Nachweis der Forderung im Verteilungsverfahren ersetzen soll.

D. § 224 EO

Nach hM ist bei Höchstbetragshypotheken – anders als bei Festbetragshypotheken – der Bestand einer Pfandschuld jedenfalls Rechtsvoraussetzung des Hypothekarrechts. Deshalb hat nur ein Höchstbetragshypothekar den aufrechten Bestand einer durch diese Hypothek gesicherten Forderung nachzuweisen³⁷⁹. An die Versäumung der Anmeldung bzw den unterbliebenen Nachweis einer gesicherten Forderung waren vor der EO-Nov 2000 aber auch für den Höchstbetragshypothekar keine schädliche Rechtsfolgen geknüpft. In diesem Falle war mit der zinstragenden Anlegung des nicht beanspruchten Höchstbetrages vorzugehen, was einerseits damit begründet wurde, dass auch an Festbetragshypothekare im Falle einer sog „Nullanmeldung“ eine Zuweisung vorzunehmen ist und Höchstbetragshypothekare nicht grundlos schlechter zu stellen sind, und andererseits damit, dass die Anmeldung schon deshalb keine Bedeutung habe, weil das Rechtsverhältnis weiter bestehen und sich daher die Lage noch verändern könne³⁸⁰. Bei mangelhafter oder gänzlich unterbliebener Anmeldung war im Unterschied zur nunmehr geltenden Rechtslage mit der zinstragenden Anlegung des gesamten Höchstbetrages vorzugehen.

³⁷⁶ Hoyer, JBl 1989, 393.

³⁷⁷ Auch käme wohl niemand auf die Idee, bloß aus der Bürgschaftsverpflichtung auf den aufrechten Bestand der Hauptschuld zu schließen.

³⁷⁸ 5 Ob 257/03k; 5 Ob 449/97h.

³⁷⁹ Exner Hypothekenrecht 251 FN 3.

³⁸⁰ Heller/Berger/Stix, II 1541.

§ 224 EO idF vor der EO-Nov 2000 hatte folgenden Wortlaut:

(1) Wenn auf der Liegenschaft das Pfandrecht für Forderungen begründet ist, die aus einem gegebenen Kredite, aus einer übernommenen Geschäftsführung oder aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes entstehen können (Kredit-, Kautionshypothek), so sind die bis zur letzten Verteilungstagsatzung bereits entstandenen Forderungen des Gläubigers an Kapital und Nebengebühren in Gemäßheit der sonst für pfandrechlich sichergestellte der gleichen Art geltenden Vorschriften durch Barzahlung (zinstragende Anlegung) oder Übernahme zu berichtigen.

(2) Der hiedurch nicht aufgezehrte Teil des angegebenen Höchstbetrages wird durch Zuweisung eines entsprechenden Barbetrages aus der Verteilungsmasse berichtet. Dieser Betrag ist zinstragend anzulegen. Die Zinsen sind, unbeschadet der Verwendung des erlegten Betrages für die dem Gläubiger neu entstehenden Ansprüche, den aus der Verteilungsmasse nicht mehr voll zum Zuge gelangenden Berechtigten nach der Rangordnung ihrer Ansprüche oder in Ermangelung solcher dem Verpflichteten zuzuweisen. Diesen Personen fällt nach Maßgabe der Priorität ihrer Ansprüche zu, was nach Beendigung des Kredit- oder Kautionsverhältnisses von dem erlegten Kapital erübrigt (§ 219, Absatz 2).

Für die Zuweisung im Rahmen einer Höchstbetragshypothek gemäß § 224 EO idF vor der EO-Nov 2000 galten nach der Rsp folgende Grundsätze³⁸¹:

- 1.) Eine Zuweisung durch sofortige Ausfolgung aus dem Meistbot erfolgte nur, wenn spätestens bei der Verteilungstagsatzung der Bestand der gesicherten Forderung in einer bestimmten Höhe nachgewiesen wurde.
- 2.) Meldete der Gläubiger seine Forderung überhaupt nicht an, oder war seine Anmeldung samt den vorgelegten Beweisen nicht ausreichend, um den Bestand einer bestimmten Forderungshöhe feststellen zu können, so war der gesamte Höchstbetrag oder die Differenz zwischen dem schon ausgewiesenen Betrag und diesem Höchstbetrag gemäß § 224 Abs 2 EO zinstragend anzulegen.
- 3.) Und nur wenn sich aus den vorgelegten Beweismitteln mit Sicherheit ergab, dass aufgrund der eingetragenen Höchstbetragshypothek auch in Zukunft nie mehr eine

³⁸¹ SZ 58/159 = JB1 1986, 588; RIS-Justiz RS0003070.

Zuweisung erfolgen konnte und eine Anmeldung sich in diesem Sinn nicht nur als mangelhaft oder unvollständig, sondern eindeutig unberechtigt herausstellte, kam die sofortige endgültige Abweisung des Zuweisungsbegehren in Betracht.

§ 224 Abs 2 EO wurde durch die EO-Nov 2000 aufgehoben³⁸² und war die wesentliche Stütze für die hM, die die Überschreitbarkeit des eingetragenen Höchstbetrages durch Nebengebühren nach §§ 16, 17 GBG verneint³⁸³.

Nach *Hoyer* und *Ostheim* hingegen könne der Höchstbetrag durch Nebengebühren nach §§ 16, 17 GBG überschritten werden. Weil zu dieser Frage – insb zur Rechtslage nach der EO-Nov 2000 – keine Stellungnahme des OGH zu den von *Ostheim* und *Hoyer* vorgetragenen Argumenten vorliegt, aber auch weil Abs 1 leg cit inhaltlich unverändert belassen wurde, soll im Folgenden auf diese Kontoverse vor dem Hintergrund des § 224 EO nochmals eingegangen werden.

Nach stRsp³⁸⁴ dürfen – wie erwähnt – in der Meistbotsverteilung bei einer Höchstbetragshypothek Nebengebühren, insb Zinsen, nur im Rahmen des im Grundbuch eingetragenen Höchstbetrages und nicht zusätzlich zu diesem berücksichtigt werden. Argumente sind dabei der Wortlaut des § 14 Abs 2 GBG, das Spezialitätsprinzip, wirtschaftliche Erwägungen und vor allem die hier in Rede stehende Bestimmung des § 224 Abs 2 EO. Die hM, die im Höchstbetrag die absolute Grenze der Zuweisung erblickt, schloss aus der Anordnung des § 224 Abs 2 EO, wonach bei Nichtausnützung des Höchstbetrages „*durch Kapital und Nebengebühren*“ der verbleibende Betrag zinstragend anzulegen war, dass daraus die Absicht des Gesetzgebers hervorgehe, dass Nebengebühren nur innerhalb des eingetragenen Höchstbetrages zu berücksichtigen seien.

*Ostheim*³⁸⁵ hält dieser Ansicht entgegen, dass in § 224 Abs 1 EO nur von der Berichtigung bereits entstandener Forderungen an Kapital und Nebengebühren die Rede sei, ohne dass sich dort eine Einschränkung auf den Höchstbetrag finden lasse. Die Formulierung „*in Gemäßheit der sonst für pfandrechlich sichergestellte Forderungen der gleichen Art geltenden Vorschriften*“ in Verbindung mit dem Klammerausdruck „*zinstragende Anlegung*“ verweise auf die §§ 220, 221 und 223 Abs 3 EO, wo sich ebenfalls kein Hinweis für eine Höchstgrenze finde. Nach *Ostheim* stelle daher § 224 Abs 1 EO eine in sich geschlossene

³⁸² § 224 EO Abs 1 EO wurde inhaltlich unverändert in § 224 EO übergeführt; in Berücksichtigung der geänderten Rsp zu § 14 Abs 2 GBG wurde lediglich die Aufzählung der Rechtsgründe gestrichen.

³⁸³ Siehe dazu oben, Kap IV.D.

³⁸⁴ RIS-Justiz RS0003420, RS0003697.

³⁸⁵ JBI 1960, 630.

Verteilungsvorschrift dar, die unabhängig von Abs 2 des § 224 EO auszulegen sei. Entsprechendes vertreten *Ostheim* und *Hoyer* für die Absätze 1 und 2 des § 14 GBG.

*Heller/Berger/Stix*³⁸⁶ halten dieser Ansicht entgegen, dass nach § 224 Abs 2 EO die Fruktifikatszinsen des angelegten Betrages unbeschadet der Verwendung des angelegten Kapitals für dem Gläubiger später entstehende Ansprüche den nachstehenden Berechtigten bzw dem Verpflichteten zuzuweisen seien, während die §§ 220 Abs 2, 221 Abs 2 EO³⁸⁷ anordneten, dass die Fruktifikatszinsen der bedingten Forderung dem Gläubiger gebührten. Hätte der Höchstbetragshypothekar Anspruch darauf, dass ihm neben dem Kapital auch noch Zinsen und Kosten gebührten, wäre § 224 Abs 2 EO in gleicher Weise gefasst worden, wie §§ 220, 221 Abs 2 EO. Die eindeutige Anordnung, dass diese Zinsen den Nachmännern zuzuweisen seien, widerstreite daher den beachtlichen Argumenten *Ostheims*, weshalb an der hL festzuhalten sei.

*Berger*³⁸⁸, der die Kommentierung der EO verteidigt, hält *Ostheim* und *Hoyer* zudem folgendes Argument entgegen: Wenn der Höchstbetrag durch Fruktifikatszinsen überschritten werden könnte, dann könne dies nur für jene Forderungen gelten, die bis zur ersten Verteilungstagsatzung existent geworden seien. Es sei völlig unbestritten, dass für später entstandene Forderungen keinesfalls Nebengebühren zu berücksichtigen seien, weil ja nur der Differenzbetrag zwischen dem eingetragenen Höchstbetrag und den geltend gemachten Forderungen (zzgl Nebengebühren) zinstragend anzulegen sei und diese Zinsen den Nachmännern zuzuweisen seien.

*Hoyer*³⁸⁹ entgegnet den Ausführungen *Bergers*, dass den nachfolgenden Berechtigten immer nur der endgültig nicht benötigte Teil des nach § 224 Abs 2 EO angelegten Betrages zustehen könne. Nach Fälligkeit einer später entstehenden Forderung stehen diese Zinsen dem Höchstbetragshypothekar zu. Die Verweisung des § 461 ABGB auf die gerichtsordnungsmäßige Verwertung der Pfandsache dispensiere nicht davon, die Vorschriften des materiellen Rechts einzuhalten, zumal sie nur auf die gerichtliche Feilbietung, nicht aber auch auf die gerichtliche Erlösverteilung erfolge. Die Verteilungsgrundsätze der EO seien nicht zwingendes Recht, sondern geben dem Richter nur eine Anleitung für den Regelfall, von der abzugehen immer dann nötig sei, wenn – vor allem zwingendes – materielles Recht oder Parteieneinigung eine abweichende Vorgangsweise erzwingen. Für diese Ansicht führt *Hoyer*

³⁸⁶ *Heller/Berger/Stix*, II 1543.

³⁸⁷ Durch EO-Nov 2000 unverändert, Anm.

³⁸⁸ ÖJZ 1982, 10 ff.

³⁸⁹ JBI 1984, 94 ff.

ins Treffen, dass sich § 224 Abs 2 EO keine Aussage entnehmen lasse, ab welchem Zeitpunkt die Zinsen des angelegten Betrages den nachfolgenden Gläubigern gebührten. Weil jedenfalls ab Fälligkeit neu entstandener Forderungen der angelegte Höchstbetrag dem Höchstbetragshypothekar zustehe, widerspreche es auch nicht § 224 EO, die Fruktifikatszinsen ab Fälligkeit einer solchen Forderung allein ihm zuzusprechen. Dazu könne es aber praktisch ohnehin nie kommen, weil schon die bloße Behauptung der Fälligkeit eine Nachtragsverteilung auslöse, sodass gar keine Zinsen auflaufen könnten. Ebenso wenig wie somit nach Anlegung des Höchstbetrages dem Gläubiger zustehende Zinsen auflaufen könnten, könnten nach der Anlegung Kosten eine Rolle spielen, da auch für die Nachtragsverteilung nach den Grundsätzen des Jud 201 kein Kostenersatz zu gewähren sei. *Bergers* Einwand, dass Zinsen und Kosten nur bei der Verteilung im Zwangsversteigerungsverfahren über den Höchstbetrag hinaus zugewiesen werden könnten, nicht aber bei einer nur mehr den erlegten restlichen Höchstbetrag betreffenden Nachtragsverteilung, weil dies auf die im § 224 Abs 1 EO aF bezogenen §§ 220, 221 EO gestützt werden könne, aber mit der Anordnung des § 224 Abs 2 EO in Widerspruch stehe, überzeuge nicht. Der Umfang der Haftung der Liegenschaft könne nicht von solchen Zufälligkeiten abhängen, zudem bestehe der von Berger aufgezeigte Widerspruch nicht, weil die dazu angenommenen Voraussetzungen fehlten. Selbst wenn man von § 224 Abs 2 EO allein ausgehe, könne bloß der endgültig nicht benötigte restliche Teil des Höchstbetrages und die darauf auflaufenden Zinsen nachfolgenden Berechtigten zugewiesen werden. Das Gesetz schweige allerdings darüber, bis zu welchem Zeitpunkt diese Zinsen den nachfolgenden Berechtigten gebührten. Da aber der restliche Höchstbetrag dem Höchstbetragshypothekar ab Fälligkeit einer Forderung zustehe, was sich aus den §§ 447, 1333, 1334 ABGB ergebe, gebührten allein diesem die ab diesem Zeitpunkt weiter laufenden Zinsen. Zu diesem Ergebnis ließe sich auch die Analogie zu den Folgen der Rechtszuständigkeit aus § 354 ABGB heranziehen. Dazu könnte es aber praktisch kaum kommen, weil Verzugszinsen (§ 17 GBG) aus diesem Grund nicht auflaufen könnten.

Wie bereits oben³⁹⁰ ausgeführt, ist gemäß §§ 14, 17 GBG eine Erweiterung der Pfandhaftung um Nebengebühren bei Höchstbetragspfandrechten ausgeschlossen. Selbst wenn man der Ansicht wäre, dass das Grundbuchgesetz eine Überschreitung des Höchstbetrages um Zinsen zuließe, stünde die Anordnung des § 224 Abs 2 EO jedenfalls einer Berücksichtigung von vertraglichen Kapitalzinsen – sofern für solche neben dem Höchstbetrag ein Pfandrecht eingetragen ist – im Wege. Die Berücksichtigung von Zinsen –

³⁹⁰ Kap IV.D.

unabhängig davon, ob es sich um gesetzliche oder vertragliche handelt – neben dem eingetragenen Kapitalbetrag erfolgt nach Maßgabe des § 17 GBG. Auch wenn es zutrifft, dass Verzugs- und Zinseszinsen bis zur Nachtragsverteilung nicht mehr auflaufen können, gilt dies gerade für vertraglich vereinbarte Kapitalzinsen, die zudem den praktisch bedeutsamsten Fall der Verzinslichkeit einer Forderung darstellen, da sie unabhängig von der Fälligkeit des Kapitals geschuldet werden, nicht. § 224 Abs 2 EO stellte somit in der Tat entsprechend den §§ 14 Abs 2, 17 GBG ein bedeutsames Hindernis für die Überschreitbarkeit des Höchstbetrages durch Nebengebühren dar. Dies gilt aber nach Aufhebung des § 224 Abs 2 EO nicht mehr für die Kosten weil § 16 GBG, § 216 Abs 2 EO eine Überschreitung des eingetragenen Betrages um die gerichtlich bestimmten Prozess- und Exekutionskosten in der Meistbotsverteilung ermöglichen³⁹¹. Insofern ist durch die EO-Nov 2000 eine idZh bedeutsame Änderung der Rechtslage eingetreten. Es wäre daher wünschenswert, dass der Gesetzgeber nunmehr die im Interesse des Realverkehrs dringend erforderliche Novellierung des § 16 GBG vornimmt.

§ 224 EO idgF lautet:

„Bei einer Höchstbetragshypothek sind die bis zur letzten Verteilungstagsatzung bereits entstandenen Forderungen des Gläubigers an Kapital und Nebengebühren in Gemäßheit der sonst für pfandrechlich sichergestellte Forderungen der gleichen Art geltenden Vorschriften durch Barzahlung (zinstragende Anlegung) oder Übernahme zu berichtigen.“

Mit der EO-Nov 2000 wurde § 224 Abs 2 EO ersatzlos aufgehoben. Soweit daher eine gehörige Anmeldung unterbleibt, darf nunmehr eine Zuweisung – auch zur zinstragenden Anlegung – nicht mehr erfolgen³⁹². Nach der Absicht des Gesetzgebers soll die Möglichkeit einer Zuweisung zur zinstragenden Anlegung durch die Aufhebung des § 224 Abs 2 EO weder in Bezug auf künftig entstehende Forderungen, noch bei einer mangelhaften Anmeldung, dh einer diesfalls „zweifelhaften“ Forderung bestehen. Die nach wie vor in § 224 EO angeordnete „zinstragende Anlegung“ beruhe daher nach *Lecher* auf einem

³⁹¹ Eine Anwendung auf die NGS erübrigt sich, weil § 16 GBG keine betragsmäßige Beschränkung der Pfandhaftung enthält und wäre jedenfalls als dem Interesse des Realverkehrs zuwiderlaufend abzulehnen.

³⁹² *Angst in Angst*, EO § 224 Rz 3.

Redaktionsversehen des Novellengesetzgebers³⁹³. Die damit nahe liegende Schlussfolgerung, dass in Ansehung künftiger Forderungen, welche durch Höchstbetragshypotheken gesichert sind, die zinstragende Anlegung ausgeschlossen wäre, ist zumindest nicht zwingend.

Gemäß § 221 Abs 1 EO sind Beträge, welche aus der Verteilungsmasse nach barer Berichtigung der dem Gläubiger nach §§ 216, 217 zukommenden Nebengebühren³⁹⁴ auf pfandrechtlich sichergestellte Forderungen unter aufschiebender Bedingung entfallen, für die Zeit bis zum Eintritt der Bedingung zinstragend anzulegen³⁹⁵. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wäre daher in Ansehung von Forderungen, deren Entstehungsgrund zum Zeitpunkt der Meistbotsverteilung bereits existiert, deren Valuta aber noch nicht zugezählt wurden, mit zinstragender Anlegung des hierauf entfallenden Betrages vorzugehen³⁹⁶. Es wäre aber geradezu widersinnig, das Interesse eines Gläubigers auf Kosten nachrangiger Berechtigter zu schützen, der den ihm drohenden Vermögensnachteil schon dadurch abwenden kann, dass er die Kreditvaluta angesichts eines sich bereits im Zuge befindlichen Zwangsversteigerungsverfahrens erst gar nicht auszahlt³⁹⁷. § 221 EO ist daher mE einschränkend dahin auszulegen, dass Forderungen, deren tatsächliche Entstehung vom bloßen Willensentschluss der Berechtigten nach Anmerkung der Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens³⁹⁸ abhängt, von dieser Bestimmung nicht erfasst sind. Damit besteht auch nach der EO-Nov 2000 de lege lata eine Grundlage dafür, in Fällen, in denen eine Höchstbetragshypothek etwa als Kautionspfandrecht für eine Schadenersatzforderung einverleibt ist, bei § 210 EO entsprechendem Nachweis der Anspruchsgrundlage mit zinstragender Anlegung vorzugehen, wodurch dem Berechtigten trotz Versteigerung die Sicherheit erhalten bleibt.

³⁹³ Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner EO §§ 224 Rz 8.

³⁹⁴ Diese Anordnung stellt im Übrigen ein gewichtiges Argument dafür dar, dass entgegen der vom OGH im Jud 201 vertretenen Ansicht jedem Hypothekar Kosten für die Beteiligung im Verteilungsverfahren zustehen.

³⁹⁵ Zum Begriff der aufschiebend bedingten Forderung siehe § 696 ABGB. In Betracht kommen etwa Schadenersatzansprüche gemäß § 1336 ABGB; vgl ferner § 224 EO idF vor der EO-Nov 2000. Daneben gibt es aber auch aufschiebend bedingte Pfandrechte, mag die Forderung selbst unbedingt sein. Dazu zählen vor allem vorgemerkte Pfandrechte gemäß §§ 35 ff GBG (vgl § 228 EO). Aufschiebend bedingt ist auch ein Pfandrecht iSd § 59 GBG.

³⁹⁶ Nach der Aufhebung des § 224 Abs 2 EO ist unzweifelhaft klar gestellt, dass Forderungen aus *künftig* erst abzuschließenden Kreditverträgen nicht zu berücksichtigen sind, weil diesfalls von einer aufschiebenden Bedingung iSd § 696 ABGB nicht gesprochen werden kann. Wäre es anders, hätte es der Anordnung des § 224 Abs 2 EO gar nicht bedurft. Auch die Berücksichtigung von Forderungen gemäß § 221 EO bedarf freilich stets eines § 210 EO entsprechenden Nachweises der hierfür maßgeblichen Tatsachen.

³⁹⁷ Ein solches Vorgehen wäre idR wohl auch als nichtig iS des § 879 ABGB anzusehen.

³⁹⁸ Vgl § 138 Abs 1 letzter Satz EO pa. Die Anmerkung bewirkt die Beschlagnahme (Verstrickung) der Liegenschaft iSd § 162 StGB. Der Verpflichtete wird in seinen Rechtshandlungen, welche die zu versteigernde Liegenschaft oder deren Zubehör zum Gegenstand haben, beschränkt (*Angst in Angst*, EO § 138 Rz 1).

1. Schicksal des Grundverhältnisses

Die Aufhebung des § 224 Abs 2 EO bewirkt, dass mangels Möglichkeit zur zinstragenden Anlegung für nach Durchführung des Meistbotsverteilungsverfahrens begründete Verbindlichkeiten kein Deckungsfonds mehr zur Verfügung steht. Fraglich ist daher auch, ob das Grundverhältnis durch das Versteigerungsverfahren ex lege beendet wird³⁹⁹ oder eine Zuweisung aus dem Meistbot durch privatautonome Vereinbarung für derartige Forderungen erreicht werden kann.

*Hoyer*⁴⁰⁰ schlägt nun vor, es könne zu diesem Zweck in den Kredit- oder Haftungsvertrag und in die Pfandbestellungsurkunde jeweils die Klausel aufgenommen werde, „*dass der durch fällige Teilbeträge nicht ausgeschöpfte Teil des Höchstbetrages im Moment des Zuschlages im Falle einer Zwangsversteigerung bei noch nicht abgewickelter Haftungs- oder Kreditverhältnis als Barkaution gerichtlich zu erlegen geschuldet wird*“. Dadurch werde dem Gläubiger der Höchstbetragshypothek eine der bisherigen Rechtslage ähnliche Position gewahrt. Er müsse zum Aufrechterhalten seiner materiellrechtlichen Sicherheitsposition nur seine entsprechenden Anmeldungen und Zuweisungsbegehren erstatten. Die Einschränkung *Hoyers*, dass diese Möglichkeit nur im Falle noch zu verbückernder Hypotheken bestehe, bezieht sich wohl auf Urkunden, in denen eine derartige Vereinbarung derzeit fehlt.

Die von *Hoyer* vorgeschlagene Lösung muss mE bereits daran scheitern, dass nunmehr nur bereits entstandene Forderungen berücksichtigt werden können, die anzumelden und nachzuweisen sind, was im Falle zukünftig erst zu begründender Forderungen gerade nicht möglich ist. Fraglich ist weiters, ob einer solchen Vereinbarung nicht auch die Verteilungsgrundsätze der EO im Wege stehen, weil gemäß Art 1 EGEO⁴⁰¹ alle in anderen gesetzlichen Vorschriften enthaltenen Bestimmungen über Gegenstände, welche in der Exekutionsordnung geregelt sind, ihre Wirksamkeit verlieren sollen, soweit nicht dieses Einführungsgesetz oder die Exekutionsordnung eine Ausnahme enthalten⁴⁰². Sind aber bereits

³⁹⁹ Die Beendigung des einer Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ist auch von Gesetzes wegen denkbar, etwa durch Konkursöffnung über das Vermögen des Hypothekarschuldners (EvBl 1997/182 = eolex 1997, 930 = ÖBA 1997, 946/664 = ZIK 1998, 65).

⁴⁰⁰ NZ 2006/66.

⁴⁰¹ Das EGEO bleibt durch die Anführung im Anhang des Bundesrechtsbereinigungsgesetzes BGBl I 1999/191 weiter in Kraft (*Neurauter in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO Rz 2 zu Art I EGEO).

⁴⁰² Vgl SZ 7/42. Durch die EO-Nov 2000 wurde auch eine wesentliche Erweiterung der Wirkungen, die mit der Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens verbunden sind, geschaffen; nunmehr wird in § 138 Abs 2 EO angeordnet, dass Rechtshandlungen des Verpflichteten, die die in Exekution gezogene

gesetzliche Vorschriften von dieser Anordnung betroffen, muss dies erst recht für privatautonome Vereinbarungen gelten, die im Verteilungsverfahren nur nach Maßgabe des § 214 EO zulässig sind, also die Zustimmung aller hievon Betroffenen voraussetzen. Nun lässt sich zwar sicher nicht behaupten, dass die vollzogene Zwangsversteigerung das Grundverhältnis der Höchstbetragshypothek ex lege zum Erlöschen bringt. Einerseits ist die Übernahme eines Höchstbetragspfandrechts durch den Ersteher mit dessen Zustimmung möglich⁴⁰³, andererseits muss auch die Ausscheidung des nicht ausgenützten Teils des Höchstbetrages zulässig sein, sofern eine Einigung aller betroffenen Buchgläubiger gemäß § 214 Abs 2 EO vorliegt. Wie die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, hat der Gesetzgeber bewusst die Interessen des Realkredits insgesamt berücksichtigt und auch der Privatautonomie insofern gewisse Grenzen gesetzt. Ganz abgesehen davon, dass die mit der Aufhebung des § 224 Abs 2 EO bewirkte Anordnung des Gesetzgebers unmissverständlicher nicht hätte sein können, und nunmehr stets die Anmeldung einer durch Höchstbetragspfandrecht gesicherten Forderung erforderlich ist, würde eine solche Vereinbarung wohl regelmäßig die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 2 ff AnfO erfüllen und ist vor allem nicht verständlich,

warum ein zahlungsunfähiger Schuldner es über das Verfahren hinaus in der Hand haben soll, weitere Verbindlichkeiten zum Nachteil der Nachhypothekare zu begründen, wenn dies nicht schon bisher zumindest deshalb geschehen ist, um das Eigentum an der Liegenschaft zu erhalten⁴⁰⁴. Die vom OGH⁴⁰⁵ geäußerte Kritik, wonach der Novellengesetzgeber § 224 Abs 2 EO offenbar in Verkennung der Bedeutung dieser Bestimmung aufgehoben habe, ist mE unberechtigt, weil – jedenfalls bei Kredithypotheken – für die damit verbundenen Privilegien im Zwangsversteigerungsverfahren und darüber hinaus kein erkennbares schutzwürdiges Interesse besteht. Auch die damit zum Ausdruck gebrachte rechtspolitische Wertung des Gesetzgebers hat mE zur Konsequenz, dass die Parteien des Kreditvertrags gehindert sind, durch einseitige privatautonome Gestaltung eine Ausscheidung des nicht ausgenützten Teils des Höchstbetrags von der Verteilung zu erreichen. Die Nachhypothekare haben nunmehr nach Anmerkung der Einleitung des

Liegenschaft sowie deren Zubehör betreffen, den Gläubigern und dem Ersteher gegenüber unwirksam sind, wenn sie nicht zur ordentlichen Verwaltung gehören (*Angst in Angst* EO, § 138 Rz 6 ff).

⁴⁰³ Zur teilweisen Übernahme: 3 Ob 13/03p.

⁴⁰⁴ Diese Regelung schützt aber auch das Interesse des Realschuldners, dem damit möglicherweise die Hyperocha verbleibt.

⁴⁰⁵ 3 Ob 262/04g; 3 Ob 254/04f.

Zwangsversteigerungsverfahrens⁴⁰⁶ mit einer weiteren Ausnützung des Höchstbetrags nicht zu rechnen.

2. Saldomitteilung nach § 211 Abs 5 EO

a) Vorbemerkung

§ 211 EO legt für bestimmte Ansprüche nähere Voraussetzungen für den Inhalt der Anmeldung fest. Betreffend Höchstbetragshypotheken wurde § 211 Abs 5 EO durch die EO-Nov 2000 angefügt. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Bei einer Höchstbetragshypothek reicht zum Nachweis des zum Zeitpunkt der letzten vom Verpflichteten unwidersprochen gebliebenen Saldomitteilung offenen Betrags die Vorlage dieser Saldomitteilung aus.“

Die Rsp hat bisher stets die Ansicht vertreten, dass eine Saldobestätigung, auch wenn sie ordnungsgemäß gefertigt und in Urschrift vorgelegt wird, inhaltlich nicht den Anforderungen des § 210 EO (aF) entspreche, weil sich aus ihr nicht entnehmen lasse, in welcher Höhe Kredit zugezählt bzw ausgenützt wurde und ob Tilgungszahlungen erfolgt seien. Die Saldenbestätigung sei anders als eine Aufstellung über Kontenbewegungen nicht nachprüfbar, sodass sie dem Nachweiserfordernis des § 210 EO nicht entspreche⁴⁰⁷. Nichtsdestotrotz war der OGH schon bisher beim Nachweis recht großzügig, sodass der Schritt des Gesetzgebers letztlich als Konsequenz dieser Rsp angesehen werden muss, der zweifellos vor allem das Ziel verfolgte, den im Interesse der Verfahrensbeschleunigung erleichterten Nachweis auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen. § 211 Abs 5 EO wird von *Angst*⁴⁰⁸ zweifach kritisiert; zum einen, weil nachfolgende Gläubiger die Richtigkeit einer Saldomitteilung im Allgemeinen nicht prüfen könnten und zum anderen, weil es fragwürdig sei, weshalb diese Regelung nicht auch für Festbetragshypotheken gelte. *Angst* befürwortet daher eine analoge Anwendung. Auch bleibe unerfindlich, warum der Gläubiger nicht gesetzlich verpflichtet wurde, den Zugang der Saldomitteilung nachzuweisen. Wie sonst als

⁴⁰⁶ Als möglicher Zeitpunkt käme hierfür auch die Erteilung des Zuschlags in Betracht. Die (letzte) Verteilungstagsatzung hingegen nicht, weil die Anmeldung gemäß § 210 EO bereits vor der Verteilungstagsatzung zu erfolgen hat.

⁴⁰⁷ 3 Ob 36/97h.

⁴⁰⁸ In *Angst*, EO § 210 Rz 12.

unter dieser Voraussetzung sollte der Nachweis, dass der Verpflichtete nicht widersprochen habe, möglich sein. Nach dem ursprünglichen Ministerialentwurf⁴⁰⁹ war vorgesehen, dass die Bekanntgabe des aushaftenden Betrages reichen sollte. Nur auf Antrag eines nachrangigen Gläubigers oder des Verpflichteten, der spätestens zu Beginn der Meistbotsverteilungstagsatzung zu stellen war, sollte das Gericht dem Gläubiger auftragen, die Höhe nachvollziehbar darzustellen. Für den Fall, dass der Gläubiger dieser Aufforderung nicht nachkam, war vorgesehen, dass die Forderung bei der Meistbotsverteilung nicht zu berücksichtigen ist. In der Begründung dieses Vorschlages wird ausgeführt, dass die Praxis zum Nachweis der Höhe des noch aushaftenden Betrages einen Auszug über die gesamten Kontobewegungen verlange. In Zukunft solle es ausreichend sein, lediglich den noch aushaftenden Betrag (Saldo) bekannt zu geben. Nur wenn dies ein nachrangiger Gläubiger oder der Verpflichtete verlange, seien die entsprechenden Berechnungen (Kontoauszüge) vorzulegen. Die Regierungsvorlage enthielt demgegenüber bereits die heutige Fassung des § 211 Abs 5 EO, wo ausdrücklich von einem „Nachweis“ gesprochen wird, ohne diese Abweichung näher zu begründen. Auch bei *Mohr*⁴¹⁰ findet sich nur eine Wiedergabe der Materialien, ohne einen Hinweis darauf, dass die dort angestellten Überlegungen mit dem letztlich beschlossenen Gesetzestext nicht im Einklang stehen. Daraus könnte nun der Schluss gezogen werden, dass nach dem Gesetzeswortlaut dem Schweigen des Verpflichteten auf eine Saldomitteilung entscheidende Bedeutung zukomme, weil damit möglicherweise ein neuer Rechtsgrund geschaffen werden sollte. Auch ist zu beachten, dass dann, wenn eine Saldomitteilung unwidersprochen geblieben ist, wegen dem Neuerungsverbot ein nachrangiger Pfandgläubiger im Rekursverfahren keine Möglichkeit hat, auf die Vorlage weiterer Belege zu dringen. Daher könnte eine Auslegung erwogen werden, nach welcher eine Verpflichtung des Gläubigers zur weiteren Aufschlüsselung im fortgesetzten Verfahren dann unterbleiben kann, wenn die im Wege der Saldomitteilung angemeldete Forderung im Meistbotsverteilungsverfahren nach § 213 EO nicht bestritten wird.

b) Saldoanerkennnis

Aus der Fassung des § 211 Abs 5 EO geht hervor, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Bestimmung den beim Kontokorrentverhältnis praktisch üblichen Abschluss

⁴⁰⁹ Mohr, *ecolex* 2000, 94.

⁴¹⁰ Mohr, *ecolex* 2000, 41 und 141.

der Verrechnungsperiode durch Übersendung und Anerkennung einer *Saldomitteilung* vor Augen hatte. Es sollen daher zunächst die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen und die an ein solches Saldoanerkennnis geknüpften Rechtsfolgen erläutert werden.

Zuletzt hat sich vor allem die von *Apathy*⁴¹¹ vertretene Ansicht durchgesetzt, wonach dem Saldoanerkennnis bloß deklarative Wirkung zukommt, die auch die Zustimmung des OGH gefunden hat⁴¹². Der Unterlassung der von P 10 der AGBKr geforderten fristgebundenen Reklamation gegen Rechnungsabschlüsse, dh ohne ernstlichen Streit oder Zweifel, kommt demnach nur deklarative Wirkung zu.

Gegen die Lehre vom konstitutiven Anerkenntnis spricht vor allem ihre radikale Bereinigungswirkung: Dass die Parteien des Kontokorrents durch Anerkennung des Saldos auf die Geltendmachung von Einreden aus dem kausalen Saldo verzichten, wird man ihnen kaum unterstellen können⁴¹³. Im gegebenen Zusammenhang ist noch hervorzuheben, dass einer bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses etwa noch durchgeführten Saldofeststellung, wie sie regelmäßig der Anmeldung nach § 211 Abs 5 EO zugrunde liegen wird, auch keine novierende Wirkung zukommen kann, da der sonst für die Saldoforderung angenommene (neue) Rechtsgrund der Kreditgewährung sich mit der Fälligkeitstellung nicht verträgt. In einem solchen Fall ist bei klagsweiser Geltendmachung der Forderung der eingeklagte Saldo nach den ihm zugrunde liegenden Forderungen aufzuschlüsseln⁴¹⁴. Soweit in diesem Saldo mehrere Forderungen enthalten sind, erspart auch dessen Anerkennung die nähere Bezeichnung dieser Forderungen nach ihrem jeweiligen Rechtsgrund bei der Klagsführung nicht. Prozessuale Einreden gegen einen fehlerhaft zustande gekommenen kausalen Saldo werden demnach nicht abgeschnitten, sie bleiben im Zweifel erhalten.

c) Erfordernisse und Wirkungen der Saldomitteilung gemäß § 211 Abs 5 EO

Wie der OGH in der bereits vorliegenden Rsp zu § 211 Abs 5 EO⁴¹⁵ betont, muss die Forderungsanmeldung bei einer Höchstbetragshypothek neben der Vorlage einer Saldomitteilung jedenfalls die Behauptung enthalten, dass diese vom Verpflichteten unwidersprochen geblieben ist. Mangels dieser Behauptung sind der Verpflichtete oder

⁴¹¹ ÖBA 1999, 679 ff.

⁴¹² 1 Ob 27/01d verst Senat = JBl 2001, 593.

⁴¹³ *Schuhmacher* in *Straube*, HGB³ § 355 Rz 29.

⁴¹⁴ *Avancini/Iro/Koziol*, I³ Rz 5/45; ebenso *Schuhmacher* in *Straube*, HGB³ § 355 Rz 20.

⁴¹⁵ RIS-Justiz RS0117428; RS0117429.

nachrangige Gläubiger gar nicht verpflichtet, Widerspruch zu erheben⁴¹⁶. Um die vom Gesetzgeber beabsichtigte Erleichterung des Forderungsnachweises nicht wieder zunichte zu machen, erblickt aber die Rsp in der Vorlage einer keinen Widerspruch des Verpflichteten ausweisenden Saldomitteilung grundsätzlich auch die Behauptung, dass der Verpflichtete nicht widersprochen habe⁴¹⁷. Auch wenn daher der Gläubiger nicht ausdrücklich behauptet, dass der Verpflichtete nicht widersprochen hat und sich aus der vorgelegten Saldomitteilung nichts Gegenteiliges ergibt, entspricht eine solche Anmeldung den vom OGH verlangten Erfordernissen. Der OGH betont aber, dass es wünschenswert wäre, wenn Anmeldungen durch Höchstbetragshypothekare, die von der Erleichterung des § 211 Abs 5 EO Gebrauch machen wollen, eine ausdrückliche solche Behauptung enthalten.

Aus dem gesetzlich normierten Erfordernis, dass die Saldomitteilung vom Verpflichteten unwidersprochen geblieben sein muss, folgt dass die Saldomitteilung dem Verpflichteten auch zugegangen sein muss. Hierfür lässt die Rsp die Behauptung des Zugangs genügen⁴¹⁸. Nach Ansicht des OGH könne die vom Gesetzgeber offenbar in Verkennung der Bedeutung des § 224 Abs 2 EO aF in Kauf genommene Verschlechterung der Position eines nicht oder unzureichend anmeldenden Gläubigers einer Höchstbetragshypothek nicht dazu führen, die nach wie vor bestehende Nachweispflicht des § 210 Abs 1 EO für die Höchstbetragshypothek im Auslegungsweg gänzlich wegfallen zu lassen⁴¹⁹. Die Zugangsfiktion gemäß § 14 Abs 2 AGBKr ist daher mit den von der Rsp aufgestellten Erfordernissen nicht vereinbar.

Aus einem bloßen Stillschweigen widerspruchsberechtigter Gläubiger bei der Verteilungstagsatzung ergibt sich eine Erleichterung bzw ein Entfall der Verpflichtung zum Nachweis der angemeldeten Forderung, weil die nachrangigen Gläubiger ihr Recht auf den Nachweis einer formell korrekt gemäß § 211 Abs 5 EO angemeldeten Forderung mittels Widerspruchs geltend machen müssen. § 211 Abs 5 EO betrifft aber nur die Vorlage einer Saldomitteilung und gilt nicht ausdehnend für andere Verhaltensweisen des Verpflichteten. Im Besondern kann daher ein stillschweigendes Anerkenntnis des Schuldners keinen Einfluss

⁴¹⁶ 3 Ob 262/04g; 3 Ob 254/04f.

⁴¹⁷ 3 Ob 27/02w.

⁴¹⁸ Nach Pkt 14 Satz 2 AGBKr gelten schriftliche Mitteilungen der Bank nach dem gewöhnlichen Postlauf als zugegangen (*Avancini/Iro/Koziol*, I³ Rz 1/36). Wurde etwa mit dem Kunden vereinbart, dass ihm die Korrespondenz über sein Konto „banklagernd“ zukommen soll, dann hat die Hinterlegung bei der Stelle, die für die Abholung banklagernder Post in der Bank eingerichtet ist, im Allgemeinen die Wirkung einer Zustellung (*Avancini/Iro/Koziol*, I³ Rz 5/48 FN 115) Von einer solchen Zugangsfiktion kann nach der Rsp des OGH aber dann nicht auszugehen sein, wenn die Saldomitteilung gar nicht an den Kreditnehmer persönlich adressiert ist (3 Ob 27/02w).

⁴¹⁹ 3 Ob 254/04f.

auf das Widerspruchsrecht nachfolgender Berechtigter ausüben. Dies schon deshalb, weil das Widerspruchsrecht auch gegen titulierte Forderungen zusteht. Nur im Fall eines Widerspruches hat es daher bei der bisher geltenden Rechtslage zu verbleiben⁴²⁰.

Der erleichterte Forderungsnachweis nach § 211 Abs 5 EO ändert somit im Fall eines Widerspruchs nichts am Erfordernis des Nachweises des Anspruchs gemäß § 210 Abs 1 EO, wonach den übrigen am Meistbotsverteilungsverfahren beteiligten Berechtigten ermöglicht werden soll, durch die Anmeldung der Forderung überprüfen zu können, ob die Forderung des Gläubigers nach Kapital, Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen zu Recht besteht. Erhebt daher ein dazu berechtigter – unter gewissen Voraussetzungen auch der Verpflichtete – gegen die Berücksichtigung einer gemäß § 211 Abs 5 EO angemeldeten Forderung Widerspruch, so kann er dadurch die Verpflichtung des anmeldenden Gläubigers zum urkundlichen Nachweis der betreffenden Forderung erreichen⁴²¹. Erhebt hingegen kein nachfolgender Berechtigter gegen die Berücksichtigung einer formell mangelhaften Saldomitteilung Widerspruch, so bewirkt die durch § 211 Abs 5 EO geschaffene Erleichterung der Anmeldung einer Forderung keinen Wegfall der Pflicht des Exekutionsgerichts zur Prüfung einer solchen Saldomitteilung. Geht schon aus der Saldomitteilung hervor, dass diese dem Schuldner nicht zugegangen ist und somit auch nicht die geforderte Voraussetzung enthalten kann, dass diese von ihm unwidersprochen geblieben ist, so hat das Exekutionsgericht diesen Mangel von Amts wegen aufzugreifen.

Der Geltendmachung von formellen Mängeln der Saldomitteilung steht das Neuerungsverbot im Rekurs nicht entgegen, da solche Mängel von Amts wegen aufzugreifen sind, ein Widerspruch aus diesen Gründen daher jedenfalls entbehrlich ist⁴²². Die erleichterte Forderungsanmeldung nach § 211 Abs 5 EO knüpft auch nicht an das Vorliegen eines bestimmten vertraglichen Schuldverhältnisses, etwa eines Kontokorrentkreditvertrages, sondern lediglich an die Sicherstellung einer Obligation durch Höchstbetragspfandrecht an. Weil der Saldomitteilung im Meistbotsverteilungsverfahren keine weitere Funktion zukommt, als den Gläubiger im Falle einer nicht § 210 EO entsprechenden Forderungsanmeldung vor dem Verlust seines Teilnahmeanspruchs zu bewahren und nach der zutreffenden Ansicht *Angsts* diese Rechtsfolge auch bei durch Festbetragspfandrecht sichergestellten Forderungen anzuwenden ist, ist hiemit ein weiterer Grund gegen die Berücksichtigung von sog Nullanmeldungen genannt. Für die im Anschluss an *Angst* vertretene analoge Anwendung der

⁴²⁰ 3 Ob 254/04f.

⁴²¹ SZ 72/173 = NZ 2001, 195.

⁴²² Zu den Auswirkungen des Neuerungsverbots im Rekurs siehe unten, Kap VII.E.2.

Anmeldung im Wege des § 211 Abs 5 EO auch auf Festbetragshypotheken besteht allerdings solange kein Raum, als der OGH eine Zuweisung des Kapitals durch Barzahlung auch ohne Anmeldung vornimmt.

3. Anmeldung durch Dritte

Auch dem (außerbücherlichen) Erwerber eines Hypothekarrechts steht aufgrund seiner dinglichen Berechtigung ein Teilnahmeanspruch am Meistbotsverteilungsverfahren zu. Während der OGH für den Nachweis der Forderung des Gläubigers grundsätzlich die Angabe der Beträge, die auf das Kapital und die Zinsen entfallen unter Bekanntgabe von Beginn und allfälligem Ende des Zinsenlaufes fordert, genügt dies beim anmeldenden Drittzahler nicht. Vollzieht sich der Rechtserwerb außerbücherlich, zB durch Gesamtrechtsnachfolge aufgrund gesellschaftsrechtlicher Vorgänge, Einantwortung oder Einzelrechtsnachfolge durch Vertragsübernahme oder gemäß §§ 1358, 1422 ABGB im Zessionswege, so bedarf es zum Nachweis der persönlichen Berechtigung⁴²³ im Verteilungsverfahren auch nicht der vorherigen ohnehin bloß deklarativ wirkenden Grundbuchseintragung gemäß § 136 GBG, weil vom Erwerber nicht zu verlangen ist, eine solche Eintragung, die nach Abschluss des Verteilungsverfahrens wieder zu löschen ist, vornehmen zu lassen⁴²⁴. Nach hM genügte es daher schon vor der EO-Nov 2000, dass private Urkunden beigebracht werden, aus denen sich der Nachweis des Bestehens der angemeldeten Forderung sowie der Nachweis der Berechtigung ergibt, also dass jemand in seiner Eigenschaft als Bürge gezahlt oder gemäß § 1422 ABGB eingelöst hat. Es müssen daher neben der Forderung die für den Rechtsübergang maßgebenden Tatsachen nachgewiesen werden⁴²⁵.

⁴²³ Hat etwa eine Gesamtrechtsnachfolge auf Gläubigerseite durch Verschmelzung stattgefunden und wurde die Gesamtrechtsnachfolgerin als Pfandgläubigerin nicht nach § 136 GBG im Grundbuch eingetragen, so schadet es für deren Berechtigung aus dem Pfand in der Meistbotsverteilung nicht, dass sie den Übergang des Pfandrechtes auf sie weder behauptet noch nachgewiesen hat, wenn die Tatsache der Verschmelzung im Sprengel des Exekutionsgerichts amtsbekannt ist. Damit ist die Rechtsnachfolge eine offenkundige Tatsache (vgl *Fasching*, Lehrbuch² Rz 854) iSd gem § 78 EO auch im Exekutionsverfahren anzuwendenden § 269 ZPO, und muss deshalb nach dieser Gesetzesstelle nicht nachgewiesen, aber auch nicht behauptet werden (3 Ob 151/94 = JBl 1995, 256). Die Vorlage eines Firmenbuchauszuges ist jedenfalls zum Nachweis der außerbücherlich eingetretenen Rechtsnachfolge, nicht aber zum Nachweis der Forderung ausreichend.

⁴²⁴ Bei Höchstbetragspfandrechten ist nicht die Grundbuchseintragung, sondern die Reduktion des Kreditrahmens Voraussetzung für den außerbücherlichen Pfandrechtsübergang, der sich dem Grundbuch ebenso wenig entnehmen lässt wie der außerbücherliche Erwerb eines Festbetragspfandrechts. Ist die Hypothek auf einen Anderen übergegangen, so darf es für dessen Berücksichtigung im Verteilungsverfahren keine Rolle spielen, ob die – ohnehin unrichtige – Eintragung zu Gunsten des Vormannes noch besteht, während bei Festbetragshypotheken diese Eintragung auch den materiellrechtlichen Nachweis ersetzt.

⁴²⁵ Vgl *Angst* in *Angst*, EO § 210 Rz 15.

Da bei Höchstbetragshypotheken nach hM ohne Reduktion des Kreditrahmens kein Pfandrechtsübergang gemäß §§ 1358, 1422 ABGB erfolgt, lässt der OGH die Berücksichtigung der Forderung nur dann zu, wenn der Zahler die Forderung an den ursprünglichen Gläubiger zurückziedert und dieser die Forderung im Verteilungsverfahren geltend macht⁴²⁶. Anders als bei Festbetragshypotheken, bei welchen ja nach hM schon durch die Eintragung des Pfandrechts der Nachweis einer gesicherten (Kapital-)Forderung als erbracht anzusehen ist⁴²⁷, ist bei Höchstbetragspfandrechten der Bestand der übergebenen Forderung – also die Reduktion des Kreditrahmens – zum Zeitpunkt der Zahlung als Voraussetzung für den Übergang des Pfandrechts nachzuweisen. Die bloße Vorlage einer Erklärung des Gläubigers, dass der Dritte den beanspruchten Betrag an den Gläubiger geleistet hat und sich der Gläubiger mit der Abtretung seiner Rechte einverstanden erklärt hat, genügt nicht. Notwendig ist auch, dass der außerbücherliche Erwerber die Reduktion des Kreditrahmens nachweist und dass die Forderung aus dem pfandreichtlich sichergestellten Rechtsverhältnis, also aus dem in der Pfandbestellungsurkunde genannten Rechtsgrund entstanden ist.

Weil bei Festbetragshypotheken nur *eine* gesicherte Forderung in Betracht kommt, wird aber dort der Nachweis, dass der Dritte Forderung und Pfandrecht außerbücherlich erworben hat, bereits dann als erbracht angesehen, wenn der Dritte in seiner Eigenschaft als Bürge geleistet hat. Für die Geltendmachung einer durch Höchstbetragspfandrecht besicherten Forderung genüge hingegen der Nachweis der Zahlung in Verbindung mit dem zugunsten des Altgläubigers eingetragenen Pfandrechts nicht⁴²⁸. Selbst wenn sich aus der Einlösungsbestätigung und der Abtretungserklärung ergibt, dass der Kreditrahmen auf eine einzelne Forderung reduziert und das der Höchstbetragshypothek zugrunde liegende Rechtsverhältnis beendet wurde, trifft den Drittzahler die Behauptungs- und Beweislast, dass die von ihm eingelöste Forderung aus dem durch die Höchstbetragshypothek besicherten Grundverhältnis entstanden ist und zumindest mit dem geltend gemachten Betrag am Einlösungstag unberichtigt aushaftete. Diesem Erfordernis ist nur dann entsprochen, wenn nachgewiesen wird, dass die eingelöste Forderung aus einem dieser Pfandurkunde zugrunde liegenden, etwa im Inland beurkundeten, bereits gewährten Geld- Haftungs- oder Garantiekredit erwachsen und im begehrten Betrag im Rahmen der Pfandhaftung zu diesem Zeitpunkt noch aushaftete.

⁴²⁶ JBl 1986, 512 (abl *Wilhelm*); nach *Reischauer* (ÖJZ 1982, 287 ff) hingegen soll schon die Inanspruchnahme des Bürgen die Reduktion des Kreditrahmens ipso iure bewirken.

⁴²⁷ SZ 44/121.

⁴²⁸ 3 Ob 550/93 ua.

Auch die Grundbucheintragung des Drittzahlers nach § 136 GBG ersetze bei Höchstbetrags-hypotheken diesen Nachweis nicht, weil anders als bei Festbetragshypotheken die Eintragung keinen Beweis dafür darstelle, dass die gesicherte Forderung tatsächlich entstanden sei⁴²⁹.

Die Begründung dieser Aussage ist jedoch unzutreffend und beruht auf der – bereits mehrfach kritisierten – Ansicht *Exners* zur Aussagekraft des Grundbuches in Bezug auf Festbetragshypotheken. Warum ferner das Grundbuchgericht bei Festbetragshypotheken zur Akzessorietätsprüfung legitimiert sein soll, bei Höchstbetragshypotheken aber nicht, bleibt unerfindlich. Das Erfordernis, wonach die pfandgesicherte Forderung im Zeitpunkt der Zahlung bereits entstanden sein müsse, beruht auf der vom OGH verlangten vorzeitigen Akzessorietätsprüfung und ist zu weit, weil auch zukünftige Forderungen abgetreten werden und von der Pfandhaftung erfasst sein können, solange sie bis zur Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens nur tatsächlich entstanden sind. Die Verkehrsfähigkeit von mittels Höchstbetragspfandrecht besicherten Forderungen wird dadurch ohne besondere Notwendigkeit erschwert.

Zum Nachweis der Pfandhaftung stehen dem Drittzahler sowie dem Realschuldner⁴³⁰ Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche gegen den Gläubiger des persönlich haftenden Schuldners zu⁴³¹, was erfordert, dass – bei sonstiger Nichtigkeit⁴³² des Verfahrens – auch der noch im Grundbuch eingetragene Rechtsvorgänger zur Meistbotsverteilungstagsatzung geladen wird, sofern er noch existiert⁴³³. Der Gläubiger kann den Bürgen oder Drittpfandbesteller zur Bestimmung des Umfangs seiner Haftung mit seinem Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung nicht an den Personalschuldner verweisen⁴³⁴. Der Umstand allein, dass jemand einem Anderen leicht Auskunft erteilen könnte, stellt für sich keinen Grund für die Annahme einer derartigen Verpflichtung dar. Ist das gesicherte Rechtsverhältnis bereits beendet, oder wird auf den Dritten gegriffen, ergibt sich dieser Anspruch jedenfalls und unmittelbar aus § 1366 ABGB⁴³⁵. Vor diesem Zeitpunkt ergibt sich dieser Anspruch hingegen aus den §§ 1358, 1364 ABGB implizit, und könnte zudem als Hilfsanspruch aus der Natur der privatrechtlichen Beziehungen der Parteien abgeleitet werden⁴³⁶. Die Verweigerung des Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruches stellt zudem Rechtsmissbrauch dar, wenn der

⁴²⁹ SZ 44/121.

⁴³⁰ Auch gegen den Willen des Schuldners: *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1364 Rz 7.

⁴³¹ SZ 59/74; SZ 62/106; *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1366 Rz 5.

⁴³² Siehe *Jakusch in Angst*, EO § 55 Rz 2.

⁴³³ *Angst in Angst*, EO § 210 Rz 15.

⁴³⁴ 5 Ob 510/85 mwN.

⁴³⁵ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ § 1366 Rz 1 und 2.

⁴³⁶ 5 Ob 510/85 mwN.

Interzedent die Angaben des Gläubigers zur Verfolgung seines Regressanspruches benötigt; der Gläubiger kann sich auch nicht auf das Bankgeheimnis (§ 23 BWG) berufen⁴³⁷. Der Interzedent hat Anspruch auf Klärung der Rechtsfrage durch den Gläubiger, welche Zahlungen aus welchem Rechtsgrund verrechnet wurden. Wer zur Rechnungslegung verpflichtet ist, muss alle Angaben machen, die eine Nachprüfung der Rechnung ermöglichen. Aus der vorgelegten Abrechnung, die auch Angaben über den Verwendungszweck⁴³⁸ der Zahlung enthalten muss, muss deren Richtigkeit und Vollständigkeit zweifelsfrei hervorgehen. Der Personalschuldner könnte über diese Umstände schon faktisch keine Klarheit verschaffen.

Die Urkunde über die Abtretung sollte daher neben einer vom Gläubiger unterfertigten Abschrift der Schuld- und Pfandbestellungsurkunde auch stets die Erklärung beinhalten, dass der Gläubiger die Zahlung auf den pfandrechlich sicher gestellten Teil der Forderung anrechnet, weil der OGH diesen Nachweis verlangt. Dieses Erfordernis ist mE überzogen, weil der Gläubiger, der die Zahlung des Dritten entgegennimmt – jedenfalls bei bereits bestehenden Forderungen – trotz einer solchen Erklärung den Rechtserwerb durch widmungswidrige Verwendung der Zahlung verzögern oder verhindern könnte, was der ratio des ipso iure Rechtserwerbs zuwiderläuft. Auch der persönliche Schuldner ist lediglich verpflichtet, die Zahlung nachzuweisen, nicht aber deren entsprechende Verrechnung durch den Gläubiger. Wird im Meistbotsverteilungsverfahren der Nachweis durch die schriftliche Erklärung des ursprünglichen Gläubigers erbracht, dass er die Zahlung zur Einlösung einer ihm zustehenden pfandgesicherten Schuld entgegengenommen hat, steht mE auch fest, dass mit der Forderung das Pfandrecht übergegangen ist. Davon zu unterscheiden ist freilich der Umfang der Pfanddeckung, der sich nach der hier vertretenen Ansicht eines anteiligen Pfandrechtsübergangs bei Höchstbetragshypotheken durch weitere Kreditgewährung bis zur Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens noch ändern kann.

E. Verteidigung des hypothekarischen Anspruchs

Nach Anmeldung der Ansprüche gemäß §§ 210, 211 EO haben die zur Meistbotsverteilungstagsatzung erschienenen Personen über die bei der Verteilung des Meistbots zu berücksichtigenden Ansprüche und die Reihenfolge ihrer Befriedigung zu verhandeln. Zu

⁴³⁷ Vgl 5 Ob 510/85 mwN.

⁴³⁸ SZ 29/37.

verhandeln ist nicht bloß über die angemeldeten, sondern auch über jene Ansprüche, die nach den gesetzlichen Bestimmungen bei der Verteilung zu berücksichtigen sind⁴³⁹. Ist ein Gläubiger mit der Berücksichtigung einer ihm vorangehenden Forderung, bei deren Ausfall sich die auf seine Forderung entfallende Zuweisung erhöhen könnte⁴⁴⁰ nicht einverstanden, so kann er dagegen Widerspruch erheben.

Vor allem die ältere Lehre und Rsp handhabt das Widerspruchsrecht nachrangiger Berechtigter im Interesse der Verfahrensbeschleunigung äußerst restriktiv. Lange Zeit war strittig, ob Dritte gegen dinglich gesicherte Ansprüche überhaupt Einwendungen erheben können. Hinsichtlich des Bestandes und des Umfangs einer Vorhypothek ging die ältere Ansicht dahin, dass das Bestreitungsrecht nur dem Verpflichteten gewährt wurde⁴⁴¹. Die dafür angeführten Gründe gehen im Wesentlichen dahin, dass die Gläubiger untereinander in gar keinem Rechtsverhältnis stünden, dass der später eingetragene Hypothekar die vorangehenden Eintragungen aus dem öffentlichen Buch ersehen konnte und dass die Priorität einer Forderung nur die notwendige Folge der früheren Eintragung ist⁴⁴².

Lehmann etwa führt aus, dass der OGH bis zum Inkrafttreten der EO 1898 die Ansicht vertreten habe, dass ein Recht des nicht zum Zuge gekommenen Hypothekars, die Forderung eines vorangehenden Gläubigers dem Bestande nach zu bestreiten, nicht bestehe, weil aus einem Vertrag nur den Kontrahenten unmittelbar Rechte und Pflichten erwachsen, ein Dritter daher zur Anfechtung nicht berechtigt sei. *Fischer-Colbrie* verweise demgegenüber darauf, dass zwar einem Nachhypothekar nicht das Recht zustehe, die Rechtsgültigkeit eines zwischen dritten Personen bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisses anzufechten, er aber aus seiner Rechtsstellung als Realpfandgläubiger das Recht habe, sich dagegen zu wehren, dass das Meistbot zu seinem Nachteil jemandem zugewiesen werde, dem eine Forderung dem Rang oder der Höhe nach nicht zustehe, etwa, wenn ein vorangehender Gläubiger dadurch bereichert würde, dass eine ganz oder zum Teil bereits getilgte Forderung aus dem Meistbot nochmals zugewiesen werden soll. Ein solches, früher allenfalls aus Billigkeitserwägungen gewährtes Recht stehe nachrangigen Buchberechtigten nunmehr aufgrund der in § 213 EO ausdrücklich normierten Berechtigung kraft Gesetzes zu⁴⁴³.

⁴³⁹ JUS Z 1217.

⁴⁴⁰ Daher „Ausfallsbeteiligter“

⁴⁴¹ *Exner*, Hypothekenrecht 568 mwN.

⁴⁴² *Exner* aaO.

⁴⁴³ *Lehmann*, Zwangsversteigerung 447.

Vorrückungsberechtigten Buchgläubigern steht auch außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens das Recht auf klagsweise Durchsetzung ihres Lösungs- bzw. Anfechtungsanspruchs zu⁴⁴⁴. Besteht daher ein Lösungsanspruch eines nachrangigen Berechtigten, so hat jener Gläubiger Anspruch auf die Berücksichtigung desjenigen Buchstandes, wie er der materiellen Rechtslage entspricht. Er kann dadurch nicht nur jede Schädigung vereiteln, die ihm von Seite des Hypothekarschuldners durch Verfügung über den vorbehaltenen materiell leeren Platz oder von Seite des nur mehr formell ihm noch vorgehenden Hypothekargläubigers droht, sondern er kann auch sich selbst die dem materiellen Rechtsverhältnis entsprechende Rangstellung, ausgestattet mit (absoluter) Wirkung gegen Dritte verschaffen.

Genau demselben Gedanken entspringen die Bestimmungen der §§ 213, 231 und 234 EO. Sie geben dem Gläubiger im Stadium der Meistbotsverteilung die Möglichkeit, die dem materiellen Rechtsstande entsprechende Summe zu erhalten. Maßgeblich für das Bestreitungsrecht auch im Meistbotsverteilungsverfahren ist die dingliche Berechtigung der Gläubiger, die ja auch nach der Pfandrechtswandlung unverändert fortwirkt. Wer etwas erhält, das ihm von Rechts wegen nicht gebührt, würde es nachfolgenden Berechtigten widerrechtlich wegnehmen und würde deren Teilnahmeanspruch verletzen⁴⁴⁵. Daran ändert sich auch nichts, falls der Verpflichtete sich bemüßigt, nicht zu Recht bestehende Pfandschulden anzuerkennen oder deren Bestreitung zu unterlassen; denn es handelt sich gar nicht um den möglicherweise überschuldeten und darum idR wohl interesselosen Schuldner und was er jedem Hypothekar zuwenden will oder nicht, sondern darum, ob und wie weit die einzelnen Beteiligten in Ausübung ihres Teilnahmeanspruches die konkurrierenden übrigen Ansprüche zurückdrängen können. Dafür kann aber nur der materielle Bestand des Rechtes bzw wie es von *allen* Beteiligten⁴⁴⁶ anerkannt wird in Gestalt des Teilnahmeanspruches des jeweiligen Gläubigers maßgeblich sein, nicht jedoch eine willkürliche Verfügung oder Unterlassung des Schuldners.

Dem gegen das Widerspruchsrecht ins Treffen geführten Argument⁴⁴⁷, dass eine Berechtigung jedes Nachhypothekars zum Widerspruch zu bedenklichen Verzögerungen der Befriedigung führen würde, hält schon *Exner* treffend entgegen, dass dieses bloß aus Zweckmäßigkeitserwägungen angeführte Motiv doch äußerstenfalls nur dahin führen könne,

⁴⁴⁴ §§ 469 ff ABGB; §§ 61 ff GBG, § 2 ff AnFO; auch der Gesetzgeber der EO geht unbestreitbar davon aus, dass die Realisierung jeglicher Haftung stets einen zugrunde liegenden Anspruch voraussetzt (§ 35 EO).

⁴⁴⁵ *Exner*, Hypothekenrecht 570.

⁴⁴⁶ § 214 Abs 2 EO.

⁴⁴⁷ *Exner*, Hypothekenrecht 571 FN 31 unter Verweis auf GIU 1051.

dass man der Bestreitung jede vorläufig hemmende Wirkung auf die Verteilung nehme, keinesfalls aber zu einer gänzlichen Unterdrückung des Bestreitungsrechtes⁴⁴⁸. Ein beachtliches Interesse auf zügigen Verfahrensablauf ist im Übrigen auch nur dem Ersteher zuzubilligen, dessen Erwerb aber vom Streit um das Meistbot gänzlich unberührt bleibt⁴⁴⁹.

1. Widerspruchsrecht gemäß § 213 EO

„Gegen die Berücksichtigung angemeldeter oder aus dem Grundbuch zu entnehmender Ansprüche bei der Verteilung, gegen die Höhe der an Kapital- und Nebengebühren angesprochenen Beträge und gegen die für einzelne Forderungen begehrte Rangordnung kann von allen zur Tagsatzung erschienenen Berechtigten Widerspruch erhoben werden, deren Ansprüche beim Ausfallen des bestrittenen Rechts aus dem Verteilungserlös zum Zug kommen könnten.“⁴⁵⁰

Jede Anfechtung setzt ein Rechtsschutzinteresse voraus, sodass der *ausfallsbeteiligte* Gläubiger im Widerspruch zunächst behaupten muss, dass er gegen die Berücksichtigung vorangehender Posten Widerspruch erheben wolle. Nach dem Wortlaut des § 213 EO kann also gegen den Bestand, die Richtigkeit, Fälligkeit, Höhe und Rangordnung einer Forderung Widerspruch erhoben werden. Demnach können grundsätzlich alle Mängel, die eine gänzliche oder teilweise Nichtberücksichtigung des vorangehenden Anspruchs rechtfertigen, Widerspruchsgründe sein. Keinen Widerspruchsgrund bildet hingegen ein Recht, das die Exekution unzulässig macht⁴⁵¹, also vor allem ein behauptetes Eigentumsrecht an der versteigerten Liegenschaft oder an Teilen hiervon, ferner nicht die Unrichtigkeit einer gerichtlichen Kostenbestimmung⁴⁵².

Letzteres mutet deshalb sonderbar an, weil auch gegen die Berücksichtigung vollstreckbarer Forderungen Widerspruch erhoben werden kann. Ohne Bedeutung für den Widerspruch ist es nämlich, wenn für den hiervon betroffenen Anspruch bereits eine

⁴⁴⁸ *Exner* aaO. Auch die von der KO eröffneten Möglichkeiten der Feststellung und Bestreitung angemeldeter Forderungen mit den Mitteln des Prozessrechts sind freilich mit den Zielen der Verfahrensökonomie vereinbar. Die abweichenden Regelungen im Meistbotsverteilungsverfahren sind daher nur damit erklärbar, dass die hM mit *Exner* im formellen Grundbucheintrag bereits den Nachweis einer gesicherten Forderung erblickt.

⁴⁴⁹ § 237 Abs 1 EO.

⁴⁵⁰ § 213 Abs 1, 1. HS EO.

⁴⁵¹ Hiefür stehen spezielle exekutionsrechtliche Klagen zur Verfügung.

⁴⁵² *Angst in Angst*, EO § 213 Rz 2.

rechtskräftige Entscheidung vorhanden ist, weil diese gegenüber dem Widersprechenden idR keine Bindungswirkung entfaltet⁴⁵³. Auch die Verweisung auf den Rechtsweg soll nicht in Betracht kommen, wenn es sich um eine titulierte Forderung handelt⁴⁵⁴. Diese Ansicht überzeugt in ihrer Generalität ebenfalls nicht, weil das Exekutionsverfahren die Möglichkeit einer Impugnationsklage kennt und wäre ebenso nur dort berechtigt, wo der klagende Gläubiger bereits Partei des Titelverfahrens war und das Urteil ihm gegenüber daher Bindungswirkung entfaltet⁴⁵⁵.

Soweit Umstände vorliegen, die gegen zwingende Rechtsvorschriften oder gegen die gesetzlichen Verteilungsgrundsätze verstoßen, ist darauf schon vom Exekutionsgericht von Amts wegen, also ohne dass es eines Widerspruchs bedarf, Bedacht zu nehmen. Als Anfechtungsgrund muss gemäß § 213 Abs 1 Satz 1 EO jedenfalls behauptet werden, dass die angefochtene Forderung nach Rang, Höhe oder Bestand bestritten wird. Als Widerspruchsgründe kommen somit beispielsweise in Betracht, dass

- die Forderungsanmeldung mangelhaft und unvollständig ist;
- die Forderung mit dem Ableben des Pfandgläubigers erloschen ist;
- die Forderung bereits getilgt ist unter Angabe des Tilgungsgrundes zB Verjährung, Verzicht etc;
- die Zuweisung des Kapitals oder der Zinsen oder Kosten nicht vom Pfandrecht erfasst ist⁴⁵⁶;
- Ein weiterer Widerspruchsgrund, nämlich der wegen Anrechnung einer pfandrechlich sichergestellten Forderung auf das Meistbot, wird im § 235 Abs 1 EO erwähnt⁴⁵⁷.
- Der Widerspruch gegen die Berücksichtigung angemeldeter oder aus dem Grundbuch oder den Zwangsversteigerungsakten zu entnehmender Ansprüche kann auch damit begründet werden, dass die Personen, welche die Forderungen angemeldet haben oder zu deren Gunsten sie im Grundbuch usw eingetragen erscheinen, zur Empfangnahme der Zahlung gegenwärtig nicht mehr berechtigt sind⁴⁵⁸.

⁴⁵³ SZ 53/42; 8 Ob 271/00m: Masseverwalter.

⁴⁵⁴ RZ 2000, 43/7 = ÖBA 2000/853; *Lecher* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* EO §§ 231-233 Rz 2.

⁴⁵⁵ Freilich ist nicht jede titulierte Forderung zugleich auch eine betriebene Forderung. Zur Bekämpfung Letzterer dient die Oppositionsklage, die aber nur der Verpflichtete erheben kann.

⁴⁵⁶ Auch gegen die Zuweisung von länger als drei Jahre rückständigen Zinsen im Rang des Kapitals muss nach hM – entgegen *Heller/Berger/Stix*, II 1600 – Widerspruch bei sonstiger Präklusion erhoben werden, weil es sich hierbei nicht um eine Verletzung der von Amts wegen wahrzunehmenden Verteilungsgrundsätze handle, sondern um den für die Zinsenzuweisung begehrten Rang des Kapitals (*Lecher* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 234 Rz 15).

⁴⁵⁷ *Angst/Jakusch/Pimmer*, MGA EO¹³ § 213 Anm 1.

⁴⁵⁸ *Angst/Jakusch/Pimmer*, MGA EO¹³ § 213 Anm 4e.

2. Widerspruch und Präklusion weiteren Vorbringens

Die Verweisung auf den Rechtsweg gemäß §§ 213, 231 EO hat nur dann zu geschehen, wenn die Entscheidung über den Widerspruch von der Feststellung streitiger, im Verteilungsverfahren vorgebrachter Umstände abhängt und der die Verhandlung leitende Richter ein Einverständnis der Parteien nicht zu erzielen vermochte⁴⁵⁹. Hingegen ist eine Verweisung auf den Rechtsweg zu dem Zweck, damit den Parteien Gelegenheit gegeben wird, auch noch andere, im Verteilungsverfahren nicht vorgebrachte Umstände auszuforschen und vorzubringen, unstatthaft⁴⁶⁰. In der Widerspruchsklage können nicht andere Rechtsgründe als jene, wegen deren auf den Rechtsweg verwiesen wurde, geltend gemacht werden⁴⁶¹. Gegenstand des Widerspruchsprozesses ist nur die Entscheidung über den Widerspruch⁴⁶². Der Entscheidung des Exekutionsgerichtes über den Widerspruch – und wegen des Neuerungsverbots auch jener im Rekursverfahren gegen den Meistbotsverteilungsbeschluss – dürfen nur diejenigen Tatsachen zugrunde gelegt werden, die entweder bereits im Widerspruch vorgebracht wurden oder keines Beweises bedürfen, also zugestandene Tatsachen (§§ 266, 267 ZPO), offenkundige Tatsachen (§ 269 ZPO) und gesetzlich vermutete Tatsachen (§ 270 ZPO). Ist hingegen ein Beweis aufzunehmen, so ist die Erledigung des Widerspruches stets auf den Rechtsweg zu verweisen. Dies gilt auch dann, wenn dem über die Verteilung entscheidenden Gericht die entsprechenden Beweismittel zur Verfügung stehen. Die Verweisung auf den Rechtsweg ist jedoch dann nicht anzuordnen, wenn bloß der – unstrittige – Inhalt von Urkunden auszulegen ist⁴⁶³, also Rechtsfragen zu beurteilen sind. Es besteht nach hM keine Verpflichtung des Gegners des Widersprechenden, also des anmeldenden Gläubigers, sämtliche zum Nachweis seiner Forderungen dienenden Tatsachen und Beweismittel bei sonstiger Präklusion in der (letzten) Verteilungstagsatzung vorzulegen oder Einwendungen gegen den Widerspruch bei sonstigem Ausschluss in der Verteilungstagsatzung vorzubringen. Auch das Neuerungsverbot im Rekurs gilt für ihn nicht.

Die Rsp handhabt das Widerspruchsrecht im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und -vereinfachung nach wie vor äußerst restriktiv. Soll ein Widerspruch berücksichtigt werden, so genüge es nicht bloß anzugeben, „dass die Forderung nicht zu Recht bestehe“

⁴⁵⁹ *Heller/Berger/Stix*, II 1583.

⁴⁶⁰ *Heller/Berger/Stix*, aaO.

⁴⁶¹ *Heller/Berger/Stix*, II 1586.

⁴⁶² *Heller/Berger/Stix*, II 1587.

⁴⁶³ *Angst in Angst*, EO § 231 Rz 1.

udgl⁴⁶⁴. Die das Verteilungsverfahren beherrschende Konzentrationsmaxime führt nach hM zu dem Ergebnis, dass nur jener Widerspruch beachtlich ist, den ein hiezu Berechtigter und am Erfolg rechtlich Interessierter *individualisiert* erhoben hat, indem er einen bestimmten Anspruch hinsichtlich dessen Bestandes, oder hinsichtlich der Höhe oder der Rangordnung bestreitet⁴⁶⁵. Zusätzlich verlangt die hM, dass der Gläubiger im Widerspruch die zum Beweis seiner Behauptung dienenden Tatsachen bei sonstiger Präklusion sofort in der Verteilungstagsatzung vorbringt. Ein Widerspruch, der seinem Inhalt nach gesetzlich nicht zulässig ist, ist zurückzuweisen⁴⁶⁶. Denn nach § 231 EO müsse sich der Exekutionsrichter schlüssig werden, ob er über den Widerspruch zu entscheiden oder ihn auf den Rechtsweg zu verweisen habe. Es sei nicht zulässig, den Widerspruch jedenfalls auf den Rechtsweg zu verweisen. Vor Verweisung auf den Rechtsweg müssen bei der Verhandlung die von den Beteiligten behaupteten entscheidenden Umstände erörtert werden. Dies setze aber die Verpflichtung zur Konkretisierung des Widerspruchs voraus⁴⁶⁷.

Dennoch zeichnen sich in der jüngsten Rsp des OGH Tendenzen ab, den Widerspruchsgrund des mangelnden Nachweises einer Forderung für die Verweisung auf den Rechtsweg als ausreichend anzusehen. So lag etwa der E 3 Ob 256/02x folgender Sachverhalt zugrunde: Nach Ansicht des Erstgerichts und der Rekursinstanz seien dann, wenn der Gläubiger der bestrittenen Forderung diese aufgegliedert nach Darlehensrest, Rückstand und Verzugszinsen zwar angemeldet, jedoch keine Urkunden vorgelegt habe, und sich solche Urkunden auch nicht bereits bei den Zwangsversteigerungsakten befänden, die Ansprüche infolge eines Folge eines Widerspruchs, mit dem lediglich vorgebracht werde, dass „*eine Aufschlüsselung der angemeldeten Forderung nicht ersichtlich*“ sei, insoweit zu berücksichtigen, als sie sich aus dem Grundbuch als rechtsbeständig und zur Befriedigung geeignet ergäben. Infolge Widerspruchs ist eine Berücksichtigung der Nebengebühren unterblieben während das Kapital nach dem Buchstand zugewiesen wurde. Der Gläubiger der

⁴⁶⁴ *Heller/Berger/Stix*, II 1456; der Kläger sei nicht zu einem so weitgehenden Begehren legitimiert, weil sein Interesse, das durch die Widerspruchsklage gewahrt werden solle, sich darin erschöpfe, dass er mit der Klage gemäß § 231 Abs 1 EO dasjenige erreiche, was er mittels Widerspruchs selbst hätte erreichen können (*Heller/Berger/Stix*, II 1588). Gegen die nicht ziffernmäßige Detaillierung der Anmeldung stehe nur dem betreibenden Gläubiger, nicht jedem Hypothekargläubiger ein Widerspruchsrecht zu (JBl 1933, 39). Da nach hA selbst bei unterbliebener Anmeldung eine Zuweisung vorzunehmen ist, müsste konsequenter Weise schon auf Grund des verfahrensrechtlichen Gleichbehandlungsgebots dieser Widerspruchsgrund zugelassen werden. Auch dieses Beispiel verdeutlicht, welche weit reichende Rechtsfolgen die hM unverändert aus der irrigen Ansicht *Exners* ableitet.

⁴⁶⁵ ZBl 1918/277; JBl 1954, 405; *Heller/Berger/Stix*, II 1456.

⁴⁶⁶ *Heller/Berger/Stix*, II 1582; 3 Ob 121/01t.

⁴⁶⁷ *Heller/Berger/Stix*, II 1456.

bestrittenen, durch Festbetragspfandrecht besicherten Forderung hatte folgende Anmeldung erstattet:

Vom zugezählten Darlehensbetrag in Höhe von S 800.000,-- haftet noch eine Gesamtschuld von 804.245,74 aus, die sich aus

Darlehensrest 789,949,86

Rückstand 13.350,19

Verzugszinsen 945,69

zusammensetzt, und zwecks Berichtigung durch Barzahlung angemeldet wird.

Völlig unzweifelhaft wird diese Forderungsanmeldung den vom Gesetz (§ 210 EO) aufgestellten Erfordernissen nicht gerecht. Werden nämlich Zinsen angemeldet, so genügt nicht die bloße Angabe eines Betrags, die Anmeldung muss vielmehr alle für die Überprüfung der Berechnung der Zinsen erforderlichen Angaben, wie Höhe des Zinsfußes, des zu verzinsenden Kapitalbetrags, Beginn und Ende des Zinsenlaufs, enthalten; dies gilt auch für Verzugszinsen und Zinseszinsen, insbesondere auch bei gestaffelt berechneten Zinsen. Schließlich ist auch unklar, ob und ggf in welcher Höhe im Kapitalbetrag kapitalisierte Zinsen enthalten sind. Alle diese Unklarheiten könnten durch eine Aufstellung über die Kontobewegungen beseitigt werden. Der OGH hob die Entscheidung der Rekursinstanz auf und erklärte die Verweisung des Widerspruchs zur Klärung streitiger Tatumstände auf den Rechtsweg für zulässig⁴⁶⁸.

Die Ansicht, wonach die Widerspruchsklage stets nur auf den im Widerspruch behaupteten Sachverhalt⁴⁶⁹, also weder auf einen neuen Rechtsgrund noch auf neue Tatsachen⁴⁷⁰ gestützt werden kann, hat der OGH⁴⁷¹ in dieser Entscheidung modifiziert. Nicht

⁴⁶⁸ Die Monatsfrist für die Erhebung der Widerspruchsklage beginnt auch dann mit der Zustellung des Verteilungsbeschlusses zu laufen, wenn der Widerspruchskläger oder ein anderer Gläubiger gegen den Verteilungsbeschluss Rekurs erhoben hat. Anderes gilt nur, wenn die Verweisung auf den Rechtsweg erst in höherer Instanz erfolgt (3 Ob 6/04k unter Ablehnung von *Heller/Berger/Stix*, II 1585). Diese mit dem Argument der Verfahrensbeschleunigung gerechtfertigte Ansicht ist indes zu billigen, weil eine Beschränkung der Rechte des Widerspruchsklägers damit nicht verbunden ist und es daher vertretbar erscheint, den Rechtsmittelwerber das Risiko der frustrierten Widerspruchsklage bei Erfolg des Rekurses tragen zu lassen. Die Verweisung auf den Rechtsweg kann auch in höherer Instanz erfolgen. Zur Fristberechnung für die Erhebung der Klage in einem solchen Fall siehe 1 Ob 64/04k.

⁴⁶⁹ Die Widerspruchsklage kann nur auf den im Meistbotsverteilungsverfahren behaupteten Sachverhalt, auf das schon im Widerspruch Vorgebrachte, also auf keinen neuen Rechtsgrund und auf keine Tatsachen, die erst nach dem Schluss der Verteilungstagsatzung eingetreten sind, gestützt werden (RIS-Justiz RS0003261). Die Beurteilung, ob in der Widerspruchsklage (nur) andere Rechtsgründe und Tatsachen geltend gemacht wurden, als im Widerspruch, ist eine Frage des Einzelfalles und könnte zudem nur die Zulässigkeit der Revision nach § 502 Abs 1 ZPO bei auffällender Fehlbeurteilung begründen (3 Ob 262/98w).

⁴⁷⁰ JBI 1989, 390 = RZ 1989/28 = ÖBA 1989, 822; *Lecher* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO §§ 231 bis 233 Rz 12 mwN; *Angst* in *Angst*, EO § 231 Rz 8.

zu entnehmen sei dem Gesetz, dass der Widerspruch bereits das vollständige Vorbringen der Widerspruchsklage zu enthalten habe. Daher erscheine es zu streng, wenn *Lecher*⁴⁷² den Widerspruch nur dann für beachtlich erkläre, wenn ihm alle Tatsachen zu entnehmen seien, auf die sich die Bestreitung gründe. Auch *Angst*⁴⁷³ sei nur insoweit zu folgen, als ein un schlüssiger Widerspruch lediglich dann nicht zu beachten sei, wenn sich bereits aus dem Vorbringen dessen mangelnde Berechtigung ergebe. Es komme daher richtigerweise darauf an, dass der Widerspruch nur insoweit individualisiert sei, dass nicht schon bei Erhebung des Widerspruches gesagt werden könne, dass das Vorbringen völlig ungeeignet sei, den bekämpften Anspruch zum Erlöschen zu bringen.

3. Kritik

Ist für die Zuweisung aus dem Meistbot erforderlich, dass dem Pfandrecht eine Forderung nachweislich zugrunde liegt, so folgt bereits aus dem Akzessorietätsprinzip, was Gegenstand der Entscheidung im Meistbotsverteilungsbeschluss ist. Entscheidet der Meistbotsverteilungsbeschluss aufgrund der dem Pfandrecht zugrunde liegenden Forderung auch über die dingliche Sicherheit, muss gemäß Art 6 EMRK konsequenter Weise auch hinsichtlich der Forderung ein für alle Beteiligten faires Verfahren geführt werden, zumal die Forderung auch nach hM als bedingendes Recht für die Entscheidung im Verteilungsverfahren zumindest präjudiziell ist⁴⁷⁴. Es ist unzutreffend, dass im Verteilungsbeschluss nur Teilnahmeansprüche, nicht aber über den materiellen Bestand des Anspruchs in seiner Gesamtheit entschieden werde, weil mit dieser Entscheidung den Gläubigern der Haftungsfonds jedenfalls endgültig entzogen wird. Der nationale Gesetzgeber kann aber durch verfahrensrechtliche Gestaltung nicht verhindern, dass eine Materie unter den europäischen Zivilrechtsbegriff fällt und somit den Anspruch auf ein faires Verfahren auslöst⁴⁷⁵. Sowohl der Verpflichtete als auch die übrigen auf das Meistbot gewiesenen Gläubiger haben daher (bei mangelnder Einigung) in Ansehung ihrer auf das Meistbot gerichteten Ansprüche ein Recht darauf, von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht gehört zu werden, das hierüber in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb

⁴⁷¹ 3 Ob 282/02w.

⁴⁷² *Lecher* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* EO §§ 212 bis 214 Rz 28.

⁴⁷³ *Angst* in *Angst*, EO § 213 Rz 5.

⁴⁷⁴ Vgl *Musger*, JBl 1991, 420 ff. Siehe unten, Kap.VII.F.

⁴⁷⁵ Vgl *Musger*, JBl 1991, 420 ff FN 30.

angemessener Frist zu *verhandeln* und zu entscheiden hat⁴⁷⁶. Dazu gehört die Möglichkeit, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung der geltend gemachten Ansprüche nach jeder Richtung hin uneingeschränkt bestreiten können⁴⁷⁷. Jedes andere Verständnis gäbe dem Gesetzgeber bzw der Rsp die Freiheit, durch bloße Umformulierungen oder Interpretationskunstgriffe Entscheidungen über zivilrechtliche Ansprüche ohne Art 6 EMRK entsprechende Verfahrensgarantien herbeizuführen⁴⁷⁸. Dem Interesse der Verfahrensbeschleunigung kann mE keine solche Bedeutung beigemessen werden, die es rechtfertigen könnte, den endgültigen Verlust des Haftungsfonds bzw des Vermögens von Zufälligkeiten einschließlich von der Manipulation zugänglichen Umständen abhängig zu machen, zumal das Argument der Verfahrensbeschleunigung auch nur im Hinblick auf den Ersteher von besonderer Relevanz erscheint.

Die Anordnung des § 213 Abs 2 EO, wonach außer im Fall eines Einverständnisses alle für die Entscheidung des Gerichts maßgebenden Umstände im Wege der Vernehmung ins Klare zu setzen sind, zwingt nicht nur dazu, festzustellen, ob entscheidungserhebliche Umstände strittig bleiben, sondern verpflichtet den Exekutionsrichter im Wege der richterlichen Verfahrensanleitung gemäß §§ 182 f ZPO zunächst dazu, auf die Vollständigkeit der zum Nachweis des Anspruches dienenden Grundlagen hinzuwirken, um ein *Einverständnis* unter den Beteiligten überhaupt erzielen zu können. Die vom OGH im Jud 220 und seither in stRsp vertretene Ansicht, wonach das Verteilungsverfahren nicht bloß dazu bestimmt sei, die Widersprüche der Parteien gegen die Berücksichtigung der einen oder der anderen Forderung oder gegen eine beanspruchte Priorität usw entgegenzunehmen, sondern dass der die Verteilung leitende Richter über diese Widersprüche auch sachlich zu entscheiden habe, ist aufgrund fehlender elementarer Rechtsschutzgarantien mE unvertretbar. Eine Entscheidung des *Exekutionsgerichts*, mit welcher das Bestehen einer pfandgesicherten Forderung – ohne vorangegangenes Titelverfahren iSd § 1 EO – festgestellt wird, kann nicht gleichzeitig Rechtsgrundlage für die Vollstreckung in diesem Verfahren sein, wenn die

⁴⁷⁶ Selbst bei Deutung des Verteilungsbeschlusses als (nur) einstweilige Maßnahme im Hinblick auf die Bereicherungsklage nach § 231 Abs 4 EO wäre ungeachtet dessen wegen des endgültigen Entzugs des Haftungsfonds die Einhaltung der Garantien des Art 6 EMRK jedenfalls erforderlich.

⁴⁷⁷ *Musger*, JBl 1991, 420 ff.

⁴⁷⁸ Nur dort, wo das Gesetz eine mündliche Verhandlung nach §§ 176 ff ZPO zwingend vorschreibt, bedeutet die gesetzwidrige Hinderung einer Partei, daran teilzunehmen und entsprechend vorzubringen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und verwirklicht den Nichtigkeitsgrund gemäß § 477 Abs 1 Z 4 ZPO.

geltend gemachten Ansprüche nicht von allen Verfahrensbeteiligten, deren Interessen nachteilig berührt sein können, anerkannt werden oder hierüber in einem Art 6 EMRK entsprechenden Verfahren entschieden wird, zumal es dem Exekutionsgericht verwehrt ist, Feststellungen über streitige Umstände zu treffen, selbst wenn ihm entsprechende Beweismittel zur Verfügung stehen⁴⁷⁹.

Die im Auslegungsweg in §§ 213, 231 EO hineininterpretierte Eventualmaxime findet im Gesetz keine Stütze, sondern widerspricht der in § 213 Abs 2 EO normierten Aufgabe des Verteilungsrichters, im Falle der Erhebung eines Widerspruches die Erzielung eines Einverständnisses (§ 214 Abs 2 EO) nach Möglichkeit zu fördern. Die Beschränkung des Widerspruchsvorbringens im Prozess widerspricht dem Grundrecht auf ein faires Verfahren wie auch die fehlende Bestreitungsmöglichkeit des Anspruchs des Widerspruchsklägers⁴⁸⁰.

Die Anordnung des § 210 Abs 1 EO, wonach *die mit ihren Ansprüchen auf das Meistbot gewiesenen Personen bei der Ladung zur Verteilungstagsatzung aufzufordern sind, ihre Ansprüche an Kapital, Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen spätestens 14 Tage vor der Tagsatzung anzumelden und die zum Nachweis dieser Ansprüche dienenden Urkunden vorzulegen*, soll es dem Richter ermöglichen, einen Entwurf des Verteilungsbeschlusses auszuarbeiten und diesen sogleich in der Verteilungstagsatzung verkünden zu können. Die Unterlassung dieser Aufforderung ist mit keinen für den betreffenden Gläubiger nachteiligen Rechtsfolgen verbunden und wird es nachrangigen Berechtigten daher – ungeachtet ihres Rechtes auf Akteneinsicht nach § 73 EO – regelmäßig unmöglich sein, vor der Verteilungstagsatzung⁴⁸¹ in die zum Nachweis dieses Anspruchs vorgelegten Urkunden Einsicht zu nehmen und beurteilen zu können, ob bzw inwieweit der Anspruch zur Befriedigung geeignet ist, um diesen bereits in Verteilungstagsatzung außer Streit stellen oder dagegen Widerspruch erheben zu können⁴⁸². Es liegt auf der Hand, dass einem nachrangigen

⁴⁷⁹ 3 Ob 26/88 = JBl 1988, 796; 3 Ob 163/83 ua. Zur Tatfrage gehört die Feststellung der den Sachverhalt bildenden Tatsachen einschließlich aller Schlussfolgerungen; zur Rechtsfrage gehört die Anwendung jener Rechtsnormen samt der für ihre Anwendung notwendiger Weise vorausgesetzten Erfahrungssätze einschließlich der Denkgesetze und allgemeinen Rechtsbegriffe sowie rechtlichen Schlussfolgerungen aus dem festgestellten Sachverhalt (Rechberger/Simotta⁶ Rz 859). So kann die Frage, ob Tilgungszahlungen des Schuldners geleistet wurden, Tat- aber auch Rechtsfrage sein.

⁴⁸⁰ Die für die Aktivlegitimation entscheidende Möglichkeit der Befriedigung des Klägers ist vom Exekutionsgericht bei der Verweisung auf den Rechtsweg abschließend zu prüfen (JBl 1989, 390 = ÖBA 1989, 822 = RZ 1989/28, 84).

⁴⁸¹ Demgegenüber bestimmt etwa § 875 dZPO, dass der Teilungsplan spätestens drei Tage vor dem Verteilungstermin auf der Geschäftsstelle zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt werden muss.

⁴⁸² Es besteht zwar nach hM – auch in einer allenfalls nach § 210 Abs 2 EO erstreckten Tagsatzung – keine Verpflichtung des anmeldenden Gläubigers auch über Tilgungszahlungen Aufschluss zu geben oder die Kontobewegungen anhand von Einzelbelegen nachzuweisen; soweit aber Sicherheiten außerbüchlerlich erworben wurden, wird der Nachweis des Geldflusses nicht erspart bleiben.

Berechtigten, dessen Teilnahmeanspruch auch von der materiellen Berechtigung eines vorrangigen Gläubigers abhängt, die effiziente Wahrung seiner Rechte nur dann möglich ist, wenn ihm ausreichend Gelegenheit gegeben wird, die Berechtigung des vorangehenden Anspruchs nach allen Richtungen hin zu prüfen und ggf zu bekämpfen. Es stellt sich ferner die Frage, wie es einem nachrangigen Gläubiger, der es erstmals in der Verteilungstagsatzung mit einem nur mangelhaften oder gar gänzlich unterbliebenen Nachweis einer vorrangigen Forderung zu tun hat, möglich sein soll, dort bereits ein ausreichendes Widerspruchsvorbringen bzw substantiiertes Klagspetit bereit zu haben. Dies insb dann, wenn – wie in der Praxis häufig – mehrere Konten und Sicherungen wie Pfandrechte, Bürgschaften, Bankgarantien, Blankoakzepte usw bestehen. Einem solchen Gläubiger wird daher vielfach gar nichts anderes übrig bleiben, als bloß zu behaupten, dass die angemeldete Forderung nicht entsprechend nachgewiesen ist⁴⁸³. Sieht man von der Erfüllung der Nachweispflicht ab, indem man die Behauptungs- und Beweislast entgegen § 210 EO dem bestreitenden Gläubiger auferlegt, dann stellt es jedenfalls eine mit elementaren Verfahrensgrundsätzen unvereinbare Konsequenz zu Lasten der nachrangigen Gläubiger dar, die Geltendmachung von Einwendungen, die mangels Vorbringens des anmeldenden Hypothekars noch gar nicht erhoben werden konnten, im fortgesetzten Verfahren scheitern zu lassen. Der auch im Meistbotsverteilungsverfahren geltende Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt, dass alle am Verfahren Beteiligten vor einer Entscheidung betreffend ihre Rechte angehört werden und dass sie die Möglichkeit erhalten, die für die Entscheidung maßgebenden Unterlagen einzusehen und sich *binnen angemessener Frist* dazu zu äußern. Dazu gehören freilich alle Aspekte, die den Nachweis des Anspruchs und seine Pfandversicherung betreffen.

Auch die §§ 213, 231 EO gehen offenkundig von der Annahme aus, dass sich aus der Eintragung eines Pfandrechtes bereits der Bestand einer Forderung ergebe⁴⁸⁴. Jegliche Haftung setzt aber grundsätzlich einen gesicherten Anspruch⁴⁸⁵ voraus, der auch im Meistbotsverteilungsverfahren gemäß § 210 EO *nachzuweisen* ist. Ist aber der Nachweis mangelhaft oder unterblieben, so muss infolge eines – auch lediglich – darauf gestützten Widerspruchs dieser

⁴⁸³ Vgl § 211 Abs 5 EO. Auch nach deutschem Recht muss der Widerspruch nicht begründet werden, er muss nur erkennen lassen, welche konkrete andere Verteilung verlangt wird. Das Vollstreckungsgericht prüft nur, ob der Widerspruch von einem dazu Berechtigten erhoben worden ist; dagegen entscheidet es nicht darüber, ob der Widerspruch auch sachlich begründet ist. Es verhandelt mit den anwesenden Beteiligten darüber, ob der Widerspruch von diesen anerkannt wird und ob eine Einigung zwischen allen Beteiligten möglich ist (*Storz*, Zwangsversteigerung 504).

⁴⁸⁴ Vgl auch § 224 EO idF vor der EO-Nov 2000.

⁴⁸⁵ Vgl § 470 Satz 1 ABGB; abstrakte Verpflichtungen können nach österreichischem Recht etwa durch Wechselbegebung oder Garantieverprechen begründet werden.

Umstand zum Ausfall des bestrittenen Rechts führen. Richtigerweise hätte daher im Streitfall – *de lege ferenda* – der Verteilungsrichter stets denjenigen Gläubiger auf den Rechtsweg zu verweisen, dessen Forderung – nach vorheriger Anleitung zur Verbesserung gemäß § 182 ZPO iVm § 78 EO – von den übrigen widerspruchsberechtigten Gläubigern nicht anerkannt wird bzw nicht liquide nachgewiesen erscheint⁴⁸⁶. Auch der Gläubiger der bestrittenen Forderung leitet seine Rechtsstellung vom Schuldner ab und darf daher nicht grundlos besser gestellt werden, als der Widerspruch erhebende Gläubiger⁴⁸⁷. Aus der Voraussetzung, dass nur ausfallsbeteiligte Gläubiger zum Widerspruch berechtigt sind, folgt weiters, dass Gläubiger, die keine Anmeldung erstattet haben oder gegen deren gemäß § 211 Abs 5 EO angemeldete und nicht den Mindestanforderungen des § 210 EO entsprechend nachgewiesene Forderung Widerspruch erhoben wird, selbst nicht zur Erhebung eines Widerspruchs berechtigt sein können. Die Befriedigung eines nicht anmeldenden Gläubigers wird unter diesen Voraussetzungen durch einen Widerspruch, in welchem bloß der mangelnde Nachweis der Forderung vorgebracht wird, vereitelt⁴⁸⁸. Schreibt das Gesetz für die Berichtigung einer Forderung deren Nachweis vor, so muss auch der Einwand der mangelhaften Erfüllung dieser Verpflichtung mittels Widerspruchs zulässig sein. Gleiches muss freilich auch für den Widerspruchsprozess gelten. Die vom OGH in Anlehnung an *Hoyer*⁴⁸⁹ nunmehr vertretene Auffassung, wonach es ausreichend sei, dass der Widerspruch nicht völlig ungeeignet sein dürfe, den bekämpften Anspruch zum Erlöschen zu bringen, schafft vor dem Hintergrund des Art 6 EMRK kein taugliches Abgrenzungskriterium, weil die Zuweisung nach Buchstand auch bei sog Nullanmeldungen, respektive die Auslegung des § 210 EO durch die stRsp zur Folge hat, dass damit regelmäßig Tatfragen des *Nachweises* des Anspruchs in Rechtsfragen verwandelt werden.

In Folge des den Parteien nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls zu gewährenden Bestreitungsrechts kann diesen nur empfohlen werden, unter allen Umständen eine Einigung über Widersprüche schon im Verteilungstermin herbeizuführen, notfalls unter Hinnahme von

⁴⁸⁶ Nach in Deutschland hM wird in der Unterlassung eines Widerspruchs das Einverständnis zur Ausführung des Verteilungsplans erblickt (*Stöber in Zöller, ZPO*²⁴ § 877 Rz 1).

⁴⁸⁷ Nicht widerspruchsberechtigt sind nach deutschem Recht Gläubiger, die – auch wenn sie einen Vollstreckungstitel vorgelegt haben –, kein Pfandrecht erlangt und ein solches auch nicht nachgewiesen haben (*Stöber in Zöller ZPO*²⁴ § 876 Rz 3).

⁴⁸⁸ Nach deutschem Recht kann der Nichterschienene nachträglich zu gerichtlichem Protokoll den Widerspruch anerkennen und dadurch die Ausführung des Verteilungsplanes ermöglichen; andernfalls ist auch er nach § 878 dZPO zu verklagen. Der Widersprechende soll vor Klagserhebung einen nicht erschienenen Gläubiger zur Anerkennung des Widerspruchs auffordern, da sonst dem Kläger bei sofortiger Anerkennung die Kosten zu Last fielen (*Stöber in Zöller, ZPO*²⁴ § 877 Rz 2).

⁴⁸⁹ *Hoyer, JBl* 1989, 392.

Konzessionen. Denn der Vorteil einer raschen Einigung und Auszahlung von Geldern wiegt meist mehr als der Nachteil eines langwierigen und prozessrisikobehafteten Klagsverfahrens, auch wenn damit unter Umständen gewisse materielle Mehrerlöse erzielt werden können⁴⁹⁰.

4. Rekurs gegen den Verteilungsbeschluss

Im Exekutionsverfahren gibt es nur eine einzige Entscheidungsform, den Beschluss⁴⁹¹. Die mangelhafte verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Meistbotsverteilungsverfahrens zeigt sich mE insb auch daran, dass der Rekurs das einzige Rechtsmittel ist, das die Funktion von Berufung und Revision mit übernehmen muss. Der Rekurs gemäß § 234 EO gegen den Meistbotsverteilungsbeschluss ist zudem einseitig⁴⁹², unterliegt dem Neuerungsverbot des § 65 EO und den Zugangsbeschränkungen der §§ 527 Abs 2, 528 Abs 2 Z 1 ZPO. Auch kommt dem Rekurs gegen den Verteilungsbeschluss gemäß §§ 67, 42 Abs 1 Z 7 EO⁴⁹³ grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu. Dies ist nur dann der Fall, wenn auf Antrag des Rekurswerbers die hemmende Wirkung des Rekurses verfügt worden ist. Mangels eines solchen (positiv erledigten) Antrages ist der Verteilungsbeschluss trotz eines rechtzeitig dagegen erhobenen Rekurses in Vollzug zu setzen⁴⁹⁴. Gegen bestätigende Entscheidungen der

⁴⁹⁰ So für das deutsche Recht *Storz*, *Zwangsversteigerung* 505.

⁴⁹¹ Ausgenommen den einzigen Sonderfall des § 83 Abs 2 EO.

⁴⁹² § 521a ZPO soll nach der Rsp (RIS-Justiz RS0002338) nicht anwendbar sein. Der aus Art 6 EMRK ableitbare Grundsatz der Waffengleichheit in einem Verfahren betreffend zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen erfordert aber eine angemessene Gelegenheit für jede Partei, ihren Fall unter Bedingungen zu präsentieren, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber dem Verfahrensgegner bedeuten. Dies gilt sogar in untergeordneten Angelegenheiten wie etwa bei Verfahrenskosten (vgl Urteil des EGMR vom 06.02.2001, *Beer* gegen Österreich, ÖJZ 2001, 516), weil das Recht zur Stellungnahme als elementarer Grundsatz jedes kontradiktorischen Verfahrens unbedingt zu wahren ist. Das Vertrauen auf die Funktionsfähigkeit der Justiz ist ua auf das Wissen der Parteien gegründet, Gelegenheit gehabt zu haben, ihre Ansichten zu jedem Schriftstück im Akt darzulegen, wobei die Beurteilung zur Notwendigkeit einer Stellungnahme der Partei selbst zu überlassen ist (8 Ob 282/01 f). Weil im Verteilungsbeschluss durch Endbeschluss iSd § 521a Abs 1 Z 1 ZPO über die dinglichen Sicherheiten und damit über zivilrechtliche Ansprüche in der Sache selbst entschieden wird, ist die hM, die an der Einseitigkeit des (Revisions-)Rekursverfahrens festhält, unrichtig; dem Rechtsmittelgegner wird damit die Möglichkeit zur allfälligen Widerlegung der Rechtsmittelgründe um eine Entscheidung zu seinen Lasten durch die Überzeugungskraft seiner Gegenargumente zu verhindern, genommen. Diesem Manko kommt in letzter Instanz besonderes Gewicht zu, weil der Rechtsmittelgegner nach einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu seinem Nachteil keine Möglichkeit mehr hat, dem Standpunkt des Verfahrensgegners mit überzeugenden Argumenten entgegenzutreten.

⁴⁹³ Insoweit inhaltsgleich § 524 ZPO. Mit der Ausführung des Verteilungsbeschlusses wäre hingegen gemäß § 236 Abs 1 EO stets bis zur Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses innezuhalten.

⁴⁹⁴ Vgl *Heller/Berger/Stix*, II 1654 f; *Angst in Angst*, EO § 231 Rz 11; auch diese Rechtsfolge widerspricht eklatant dem Grundrecht auf ein faires Verfahren, weil dem – einzigen – Rechtsmittel gegen eine beschlussmäßige Sachentscheidung auch ohne besonderen Antrag aufschiebende Wirkung zukommen muss, was schon zwingend daraus folgt, dass andernfalls bei einem Erfolg des Rekurses derselbe vollkommen gegenstandslos wäre und die Gewährung eines verfassungsmäßig gewährleisteten Rechtes nicht von einer

zweiten Instanz ist der Revisionsrekurs nach Aufhebung des § 239 Abs 3 EO durch die EO-Nov 2000 jedenfalls unzulässig.

Die Berechtigung des Neuerungsverbots im Rekurs ergibt sich allgemein aus dem Zweck des Rekurses als rein kontrollierendes Rechtsmittel sowie daraus, dass es keine mündliche Verhandlung im Rekursverfahren gibt, und daher auch keine Beweisaufnahme unter Zuziehung der Parteien möglich ist⁴⁹⁵. Für das Rekursverfahren gilt allgemein:

- Neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel, soweit sie nicht der Dartuung oder Widerlegung der vorgebrachten Rekursgründe dienen, sind unzulässig, ebenso die Stellung neuer oder geänderter Sachanträge zum Gegenstand des Beschlusses.
- Die Bekämpfung der Beweiswürdigung ist dann unzulässig, wenn sie zu einer mündlichen Verhandlung und Beweiswiederholung vor dem Rekursgericht führen müsste⁴⁹⁶. Das ist immer dann der Fall, wenn die Beweise vom Erstgericht unmittelbar in mündlicher Verhandlung aufgenommen worden sind.

Aus dem überprüfenden Charakter der Rekursentscheidung folgt, dass das Neuerungsverbot nur dann Wirksamkeit entfalten kann, wenn der Entscheidung eine kontradiktorische Verhandlung mit Beweisaufnahme vorangegangen ist. Die Einseitigkeit des Rekursverfahrens gegen den Meistbotsverteilungsbeschluss wird vom OGH⁴⁹⁷ hingegen damit gerechtfertigt, dass eine schematische Anwendung der auf das Erkenntnisverfahren zugeschnittenen Verfahrensgarantien des fair trial gemäß Art 6 Abs 1 EMRK dem Zweck des Exekutionsverfahrens nicht entsprechen würde. Diese Begründung trägt bereits ungeachtet der Anwendbarkeit des Art 6 EMRK im Hinblick auf das Rechtsverhältnis der Gläubiger untereinander im Meistbotsverteilungsverfahren gerade nicht. Eine Art 6 EMRK gerecht werdende Auslegung verbietet es zudem, das Neuerungsverbot zu Lasten einer Partei auch dann gelten zu lassen, wenn kein Rechtsmittel mit Neuerungerlaubnis zur Nachholung des

Interessensabwägung im Einzelfall bzw der Entscheidung derjenigen Behörde erster Instanz abhängig gemacht werden kann, deren Entscheidung gerade überprüft werden soll.

⁴⁹⁵ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1989. Der Oberste Gerichtshof hat demgegenüber bereits wiederholt ausgesprochen, dass auch im Verfahren außer Streitsachen (ebenso wie im Zivilprozess) – wenngleich in Beschlussform –, über Rechtsschutzbegehren und Sachanträge abgesprochen werde, was allein schon in erhöhtem Maße die Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung auch im Bereich der Tatfrage erfordere (SZ 69/74; 1 Ob 618, 619/94; 1 Ob 646/92); das Gericht zweiter Instanz müsse daher eine mündliche Rekursverhandlung dann abführen, wenn es Bedenken gegen die Würdigung der vom Erstgericht unmittelbar aufgenommenen Beweise und die daraus abgeleiteten entscheidungswesentlichen Tatsachenfeststellungen hege.

⁴⁹⁶ Es kann daher mit Rekurs nicht mehr geltend gemacht werden, dass die berücksichtigte Forderung getilgt ist, auch dann nicht, wenn die Kenntnis von der Tilgung erst nach der Verteilungstagsatzung erlangt wurde (nur Klagsmöglichkeit gemäß § 234 Abs 4 EO: 3 Ob 1013-1016/92; wohl unrichtig, weil keine nova) oder eine Pfandrechteintragung unzulässig ist (*Angst in Angst*, EO § 234 Rz 6).

⁴⁹⁷ 3 Ob 93/02a.

rechtlichen Gehörs zur Verfügung steht⁴⁹⁸. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs umschließt zwingend die Möglichkeit, Tatsachen und Beweismittel vorbringen zu dürfen. Die Ansicht, dass das Rekursgericht als einziges Rechtsmittelgericht die Entscheidung über den Widerspruch keinesfalls auf eine vom Erstgericht abweichende Tatsachengrundlage stützen dürfe⁴⁹⁹ ist mE auch mit den Verfahrensgrundsätzen im Exekutionsverfahren unvereinbar. Ferner widerspricht die Ansicht, dass das Neuerungsverbot nur zu Lasten des widersprechenden Gläubigers, nicht aber des anmeldenden Gläubigers wirke, dem allgemeinen Grundsatz der Waffengleichheit und auch dem Grundsatz, dass die Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung im Rechtsmittelverfahren auf Grundlage der zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz vorliegenden Sachanträge und des zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Tatsachenvorbringens beider Parteien stattzufinden hat⁵⁰⁰.

Richtigerweise, wenn auch nicht aus diesen Gründen, hat der Gesetzgeber der EO-Nov 2000 § 234 Abs 1 Satz 2 EO aufgehoben. Diese Bestimmung lautete:

„Auf Anfechtungsgründe, die zwar mittels Widerspruches hätten geltend gemacht werden können, aber bei der Verteilungstagsatzung nicht vorgebracht wurden, ist keine Rücksicht zu nehmen.“

Die Erläuterungen⁵⁰¹ führen hiezu folgendes aus: *„§ 234 regelt das Rekursrecht gegen den Meistbotsverteilungsbeschluss. Nach Abs 1 zweiter Satz ist auf Anfechtungsgründe, die mittels Widerspruches hätten geltend gemacht werden können, aber bei der Verteilungstagsatzung nicht vorgebracht wurden, keine Rücksicht zu nehmen. Nach der Judikatur besteht jedoch ein Rekursrecht trotz Unterlassens des Widerspruchs bzw Nichterscheinens bei der Meistbotsverteilungstagsatzung dann, wenn durch den Verteilungsbeschluss zwingende Rechtsvorschriften verletzt wurden oder gegen die allgemeinen Verteilungsgrundsätze der §§ 216 und 217 verstoßen wurde. In zahlreichen Fällen ist daher trotz der Bestimmung des Abs 1 zweiter Satz eine Rekurerhebung ohne vorangehenden Widerspruch möglich. Im Ergebnis führt diese Judikatur daher zu Rechtsunsicherheiten bei den Widerspruchsberechtigten, weil sehr oft im Vorhinein nicht absehbar ist, ob ein Rekurs auch ohne Widerspruch zulässig ist. Die Erhebung eines*

⁴⁹⁸ SZ 68/151 = 3 Ob 20/03t zum Rekursrecht des Verpflichteten.

⁴⁹⁹ GH 1918, 312.

⁵⁰⁰ *Rechberger/Simotta*⁶ Rz 825. Nur unter diesen Voraussetzungen freilich erfährt das Neuerungsverbot seine Berechtigung.

⁵⁰¹ *Mohr*, *ecolex* 2000, 156.

*Widerspruches als Rekursvoraussetzung wird daher gänzlich gestrichen. In der Meistbotsverteilungstagsatzung muss daher keinesfalls mehr Widerspruch erhoben werden, wodurch diese beschleunigt abgewickelt werden kann.*⁵⁰²

Gemäß § 234 Abs 1 EO sind zur Anfechtung des Verteilungsbeschlusses mittels Rekurs der Verpflichtete und die zur Verteilungstagsatzung erschienenen Berechtigten unverändert nur im Umfang ihres gemäß § 213 EO zustehenden Widerspruchsrechtes befugt. Während die aufgehobene Bestimmung das Rekursrecht nur im Umfang der bereits mittels Widerspruch vorgebrachten Anfechtungsgründe zugestand, und somit eine zweite Beschränkung des Rekursrechtes enthielt, ist erstere Beschränkung im Gesetz nach wie vor enthalten, sodass auch nach nunmehriger Rechtslage als Rekursgründe nur Widerspruchsgründe in Betracht kommen. Die Erhebung des Widerspruchs in der Verteilungstagsatzung sollte nach Ansicht des Novellengesetzgebers zwar keinesfalls mehr erforderlich sein. Dessen ungeachtet hält aber die hM unter Verweis auf § 65 EO unverändert am Neuerungsverbot fest⁵⁰³. Auf Anfechtungsgründe im Rekurs gegen den Verteilungsbeschluss ist somit wegen des Neuerungsverbots auch nach neuer Rechtslage nur insoweit Rücksicht zu nehmen, als diese bei der Verteilungstagsatzung mit Widerspruch geltend gemacht wurden, es sei denn, das Exekutionsgericht hätte zwingende Verfahrensvorschriften oder von Amts wegen zu beachtende Verteilungsgrundsätze außer Acht gelassen⁵⁰⁴.

Die vom Novellengesetzgeber ausdrücklich bloß aus Gründen der Verfahrenvereinfachung und -beschleunigung vorgenommene Aufhebung des § 234 Abs 1 Satz 2 EO sollte sohin bewirken, dass sich das Verteilungsverfahren noch stärker als bisher als reines Aktenverfahren gestalten und zudem gleichsam in die zweite Instanz verlagern lässt, zumal Verteilungstagsatzungen aufgrund der Sanktionslosigkeit des Fernbleibens und der doch erheblich beschränkten Dispositionsbefugnis der Parteien schon bisher in der Mehrzahl der Fälle unbesucht blieben⁵⁰⁵.

⁵⁰² Der Gesetzgeber selbst erblickt offenbar in der für den Rechtsschutz maßgeblichen Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage ein Unsicherheitselement, das den Anforderungen an eine zeitgemäße Verfahrensordnung nicht mehr entspricht.

⁵⁰³ *Angst in Angst* EO, § 234 Rz 5 mwN.

⁵⁰⁴ *Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO §§ 212-214 Rz 13 mwN.

⁵⁰⁵ IdZ ist auch auf § 230 EO idF EO-Nov-2000 hinzuweisen, wonach für Gläubiger unbekanntem Aufenthalts ein Abwesenheitskurator nach § 270 ABGB zu bestellen ist. In Abweichung von den zu § 116 ZPO vertretenen Grundsätzen hat das Gericht ohne vorangegangenen Ausforschungsversuch bereits nach einem erfolglosen Zustellversuch (Postfehlbericht) den Abwesenheitskurator zu bestellen (*Lecher in Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 230 Rz 2). Damit werde nach den Erläuterungen nicht nur der Änderung in § 223 EO Rechnung getragen, sondern auch das Problem der forderungsentkleideten Pfandrechte gelöst (siehe *Mohr*,

Nach der Rsp ist hingegen die Erhebung eines Widerspruches und damit die Anwesenheit in der Verteilungstagsatzung Voraussetzung für den Erfolg des Rekurses, wenn dem Rekurs Vorbringen zugrunde liegt, dem das Neuerungsverbot entgegensteht, weshalb im Ergebnis auch nunmehr Widerspruch in der Verteilungstagsatzung erhoben werden muss⁵⁰⁶. Eine Möglichkeit für einen Gläubiger – hat er bei der Verteilungstagsatzung Widerspruch erhoben oder nicht – den vorrangigen Anspruch ungeachtet des Neuerungsverbots mit Rekurs wirksam zu bekämpfen, besteht aber immer dann, wenn das Erstgericht infolge unrichtiger Beurteilung seine richterliche Anleitungspflicht gemäß § 182 ZPO iVm § 78 EO verletzt hat. Verstöße gegen die richterliche Anleitungspflicht können diesfalls auch im Exekutionsverfahren ohne Verletzung des Neuerungsverbots analog § 482 Abs 2 ZPO geltend gemacht werden, weil ein Verstoß gegen die richterliche Anleitungspflicht einen wesentlichen erstgerichtlichen Verfahrensmangel indiziert⁵⁰⁷. Der richterlichen Anleitungspflicht kommt somit insb für die Bekämpfung vorrangiger Ansprüche im Verteilungsverfahren besondere Bedeutung zu, sodass die hiezu vertretenen Grundsätze im Folgenden näher erörtert werden sollen.

5. Verletzung der richterlichen Anleitungspflicht

Sind die anspruchsbegründenden Tatsachen in der Forderungsanmeldung zumindest erkennbar, wenngleich unvollständig vorgebracht, besteht im Exekutionsverfahren wie im Erkenntnisverfahren ein Anlass zur richterlichen Anleitung⁵⁰⁸. Voraussetzung ist aber stets, dass der betreffende Gläubiger zur Tagsatzung erschienen ist. Eine richterliche Anleitung ist demnach bei schlüssig vorgetragenen Tatsachen, aber vorhandener Undeutlichkeit, Unbestimmtheit oder Widersprüchlichkeit der Anmeldung indiziert. Zu diesen Fällen zählt auch die fehlende Aufschlüsselung der angemeldeten Beträge nach Kapital, Zinsen und Kosten.

ecolex 2000, 153), weil nunmehr stets die Zuweisung durch Barzahlung (zur zinstragenden Anlegung) auch bei fehlendem Nachweis gemäß § 210 EO vorzunehmen ist. Warum es gerade einem solchen Gläubiger nicht zumutbar sein soll, sein besseres Recht nach Abschluss des Verteilungsverfahrens gegen den dadurch Bereicherten mit der Klage nach § 231 Abs 4 EO zu suchen, bleibt ebenso unerfindlich wie der Umstand, dass für eine im Grunde überflüssige Kuratorbestellung weitere Kosten verursacht werden, die vom betreibenden Gläubiger zu tragen sind, zumal mit dieser Vorgehensweise eine Tagsatzung zur Nachtragverteilung nicht vermieden werden kann. Anstatt § 210 EO zu novellieren und der verfehlten Rsp zu dieser Bestimmung die Grundlage zu entziehen, nahm der Novellengesetzgeber im Interesse der Verfahrensvereinfachung lieber den materiell unberechtigten Entzug des dinglichen Haftungsfonds und damit eine massive Schädigung des Hypothekarkredits insgesamt in Kauf.

⁵⁰⁶ Für den „Widerspruch“ gegen eine nach § 211 Abs 5 EO angemeldete Forderung im Rekurs folgt daraus, dass dieser, weil hierfür das bloße Vorbringen des mangelnden Nachweises jedenfalls ausreichend ist, zulässig ist.

⁵⁰⁷ *Zechner* in Fasching/Konecny, ZPO² Vor §§ 514 ff Rz 97.

⁵⁰⁸ § 78 EO iVm § 182 f ZPO.

Auslöser für die richterliche Anleitungspflicht ist, wenn zwar die konstitutiven Voraussetzungen für das Pfandrecht und die pfandrechtlich gedeckte Forderung in der Anmeldung behauptet, aber nicht die erforderlichen Nachweise vorgelegt werden. Erst wenn ein Gläubiger nach richterlicher Anleitung keinen ausreichenden Nachweis seines Anspruchs beibringt, hat der Exekutionsrichter zu beurteilen, ob der Anspruch zu übergehen oder der dagegen erhobene Widerspruch auf den Rechtsweg zu verweisen ist⁵⁰⁹. Jedenfalls dann, wenn gegen eine angemeldete Forderung Widerspruch erhoben wird, stellt es einen Fall der richterlichen Anleitungspflicht dar, das Vorbringen so aufzuschlüsseln, dass es rechnerisch nachvollzogen werden kann, und eine allenfalls erforderliche rechnerische Aufteilung der Forderung auf mehrere geltend gemachte Rechtsgründe vorzunehmen⁵¹⁰. Eine Verletzung dieser Amtspflicht begründet einen erheblichen Verfahrensmangel iSd § 496 Abs 1 Z 2 und 3 ZPO⁵¹¹.

Für den Nachweis der Forderung eines anmeldenden Gläubigers bejaht die hM bei Unklarheiten der Anmeldung – also betreffend Tatsachenvorbringen und Beweisangebot in der Anmeldung – eine Anleitungspflicht des Verteilungsrichters zu einem präzisen Vorbringen bis hin zu einer gemäß § 210 Abs 2 EO zu erstreckenden Tagsatzung⁵¹². Jedenfalls nach Ansicht des 3. Senats des OGH⁵¹³ kann ein richterlicher Verbesserungsauftrag an den in der Verteilungstagsatzung anwesenden Gläubiger allenfalls auch zu einer Erstreckung der Verteilungstagsatzung führen. Dagegen hat der 8. Senat⁵¹⁴ eine Erstreckung der Tagsatzung, nur um einem Gläubiger die Möglichkeit zur Verbesserung seiner mangelhaften Anmeldung zu geben, abgelehnt. Nach *Schumacher*⁵¹⁵ sei der vom 8. Senat vertretenen Ansicht der Vorzug zu geben, jedoch sollte in solchen Fällen, wo die Verteilungstagsatzung ohnehin noch aus anderen Gründen gemäß § 212 Abs 3 EO erstreckt werden müsse, die Verbesserung auch noch in der erstreckten Tagsatzung zuzulassen. Problematisch sei die Situation für den

⁵⁰⁹ Nach der hier vertretenen Ansicht dient die Anleitungspflicht vor allem der Herstellung eines Einverständnisses iSd § 214 Abs 2 EO und der Entscheidung des Verteilungsrichters, welcher der streitbeteiligten Gläubiger auf den Rechtsweg zu verweisen ist; das Einverständnis der Gläubiger muss sich freilich nicht (auch) auf den Ausschluss der allgemeinen Verteilungsgrundsätze erstrecken. Warum aus der Unterlassung von Widersprüchen im Übrigen nicht die Erzielung eines Einverständnisses abzuleiten sein soll (zB GIUNF 971), ist mE nicht nachvollziehbar, weil die mangelnde Zustimmung wohl keinesfalls einen vollständig substantiierten Widerspruch voraussetzt.

⁵¹⁰ Es kann als Grundsatz gelten, dass eine durch Zuordnungs- und Aufschlüsselungsprobleme bedingte Unklarheit noch nicht zur Anwendung von Behauptungs- und Beweislastregeln zu Lasten eines widerspruchsberechtigten Gläubigers berechtigt (vgl *Schumacher*, Anleitungspflichten 51 FN 192).

⁵¹¹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 874.

⁵¹² *Lecher* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* EO, §§ 212-214 Rz 11 mwN.

⁵¹³ JBI 2003, 656 (*Schumacher*).

⁵¹⁴ ZIK 2002/93.

⁵¹⁵ JBI 2003, 656.

Anmeldenden dann, wenn er die erforderlichen Nachweise nicht in der Verteilungstagsatzung vorlegen könne, da ein Nachreichen wohl nur im Einverständnis mit sämtlichen anwesenden Gläubigern, deren Recht zur Einsichtnahme zu wahren sei, akzeptabel erscheine.

§ 210 Abs 2 Satz 2 EO ordnet an, dass der Verteilungsrichter auf Grund *verspäteter* Anmeldungen die Verhandlung von Amts wegen *oder* auf Antrag eines anwesenden Gläubigers zu erstrecken hat und dem säumigen Gläubiger die nach freier Überzeugung (§ 273 ZPO) festzusetzenden Kosten – einschließlich der den übrigen Beteiligten entstehenden Kosten – für die erstreckte Verhandlung aufzuerlegen hat. Auch wenn dies das Gesetz nicht ausdrücklich sagt, ist daher die Erstreckung der Tagsatzung nach § 210 Abs 2 EO auch dann anzuordnen, wenn ein zur Tagsatzung erschienener Gläubiger seine Forderung nicht erstmalig anmeldet, sondern bloß mangelhaft angemeldet hat, und aufgrund einer Belehrung nach § 182 ZPO iVm § 78 EO zusichert, weitere Beweismittel zum Nachweis seines Anspruches vorzulegen. Eine Beschränkung der Zulässigkeit von Verbesserungsaufträgen auf die Tagsatzung zur Meistbotsverteilung ist dem Gesetz nicht zu entnehmen und würde vor allem auch dem vorrangigen Ziel einer Einigung unter den Beteiligten bzw einer materiell richtigen Entscheidung zuwiderlaufen. § 211 Abs 4 EO besagt lediglich, dass nach Beendigung der (letzten) Verteilungstagsatzung eine Ergänzung der Anmeldung unstatthaft ist. Der Ansicht des 8. Senats und *Schumachers* ist daher mE nicht zu folgen.

Sinnvollerweise wäre darüber hinaus der Exekutionsrichter zu verpflichten, die einlangenden Forderungsanmeldungen schon vor der Meistbotsverteilungstagsatzung auf ihre Vollständigkeit hin zu überprüfen und ggf deren Verbesserung zu veranlassen, was einerseits tatsächlich dem erklärten Ziel der Verfahrensbeschleunigung mit Einführung der 14-Tagesfrist in § 210 Abs 1 EO, und andererseits dem Ziel einer Einigung aller Beteiligten iSd § 214 Abs 2 EO am besten entspräche. Im Hinblick darauf kann auch dem Standpunkt der Rsp⁵¹⁶ nicht gefolgt werden, dass ein Verbesserungsauftrag erst in der Tagsatzung zu erteilen ist, wenngleich er auch bereits früher erteilt werden *kann*. Der Umstand, dass über die Verteilung mündlich zu „verhandeln“ ist, schließt eine Verbesserung vor der Tagsatzung freilich nicht aus, weil ein Gläubiger auf zumeist ohnedies offenkundige Mängel seiner Anmeldung – idR in Form fehlender Urkunden und Belege – auch schon vorher hingewiesen werden kann.

⁵¹⁶ Vgl *Lecher* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO § 210 Rz 26 mwN.

Beim Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung genügt es nicht, diesen Fehler lediglich zu benennen; hier muss auch gesagt werden, worin dieser Fehler erblickt wird⁵¹⁷. Ist dies geschehen, ist das Rekursgericht bei der rechtlichen Beurteilung aber nicht an den geltend gemachten Beschwerdegrund beschränkt, sondern muss die Rechtsfrage nach jeder Richtung hin überprüfen⁵¹⁸.

*Angst*⁵¹⁹ verlangt darüber hinaus, dass der Rekurswerber den geltend gemachten Verfahrensmangel schon in der Verteilungstagsatzung zu rügen habe und lehnt die vom OGH in 3 Ob 81/98b vertretene Ansicht ab, wonach es nicht schade, dass die Unterlassung der Anleitung nicht mit Mängelrüge geltend gemacht worden sei, weil sie auf eine unrichtige rechtliche Beurteilung zurückzuführen sei. Dies treffe jedenfalls dann nicht zu, wenn die Anmeldung vom Erstgericht zu Recht als ungenügend angesehen worden sei, weil dann die von der Vorinstanz vertretene Rechtsansicht der Sach- und Rechtslage entspreche und eine unrichtige rechtliche Beurteilung nicht vorliege. Aber auch dann, wenn, und sei es erst in einer Rechtsmittelentscheidung, die Anmeldung zu Unrecht als ausreichend angesehen worden sei und dies auf eine unrichtige rechtliche Beurteilung des Sachverhalts zurückgehen könnte, sei zu bedenken, dass gemäß § 211 Abs 4 EO nach Beendigung der Verteilungstagsatzung eine Ergänzung der Anmeldung unstatthaft sei. Wäre jede Verletzung der Anleitungspflicht, die zu einem unvollständigen Sachverhalt führe, von Amts wegen wahrzunehmen, so könnte es nie zu einer Nichtberücksichtigung einer Forderungsanmeldung kommen, es sei denn, der betroffene Berechtigte hätte die Aufforderung zur Ergänzung nicht befolgt. Dem stehe aber gegenüber, dass der OGH schon wiederholt in anderen Fällen die Zuweisung für eine Forderung wegen ungenügender Anmeldung abgelehnt habe⁵²⁰. Eine übermäßige Großzügigkeit bei der Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit sei im Übrigen nicht geboten, weil derjenige, der mangelhaft anmeldet, nur seinen Teilnahmeanspruch, nicht aber seinen materiellrechtlichen Anspruch verliere. Nach *Angst* könne es im Hinblick auf § 211 Abs 4 EO ferner kaum als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend angesehen werden, wenn dem Erstgericht aufgrund eines Rechtsmittels die Anberaumung einer neuen Verteilungstagsatzung aufgetragen werde, um dem Gläubiger die Ergänzung seiner Anmeldung zu ermöglichen.

⁵¹⁷ § 78 EO iVm 520 Abs 2 ZPO.

⁵¹⁸ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1990.

⁵¹⁹ *Angst* in *Angst*, EO § 210 Rz 18.

⁵²⁰ SZ 69/285.

Richtigerweise hat sich der OGH der überaus restriktiven Ansicht *Angsts* nicht angeschlossen⁵²¹. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass diese Auffassung nicht durch die bisherige Judikatur des OGH gedeckt ist. Vor allem aber spricht gegen diese Auffassung, dass es dann letztlich von der bloßen Einschätzung des Exekutionsgerichts abhinge, ob ein Verbesserungsauftrag erteilt wird oder nicht. Hätte demnach das Exekutionsgericht die Forderungsanmeldung als mangelhaft erkennen müssen und einen Verbesserungsauftrag zu erteilen gehabt, könnte der betreffende Gläubiger die Nichtberücksichtigung seiner Forderung mit Rekurs wegen eines Verfahrensmangels infolge unterbliebenen Verbesserungsauftrages mangels sofortiger Rüge der unrichtigen rechtlichen Beurteilung nicht mehr bekämpfen. Gleiches gilt für einen widerspruchsberechtigten Gläubiger. Das gegen die zutreffende Ansicht des OGH von *Angst* ins Treffen geführte Argument, eine unvollständige Anmeldung führe nicht zum Rechtsverlust, sondern nur zum Verlust des Teilnahmeanspruchs überzeugt aber auch deshalb nicht, weil dies zum Verlust der dinglichen Sicherheit führt, was im Regelfall die Unmöglichkeit, jedenfalls aber die ungerechtfertigt wesentlich erschwerte Einbringung der Forderung nach sich zieht. Auch trifft nicht zu, dass es bei Bejahung der amtswegigen Wahrnehmung der Anleitungspflicht nie zu einer Nichtberücksichtigung einer Forderungsanmeldung kommen könne⁵²². Vielmehr sind durchaus Fälle denkbar, in denen eine Forderungsanmeldung zwar formal vollständig, inhaltlich aber unberechtigt, also „unschlüssig“ ist. Auch ist ein allfälliger Verstoß des Exekutionsgerichts gegen die Anleitungspflicht nicht generell von Amts wegen, sondern nur dann wahrzunehmen, wenn zB mit Rekurs die Vollständigkeit einer Forderungsanmeldung geltend gemacht wird, das Rekursgericht dieser Ansicht folgt und es sich zusätzlich um einen verbesserungsfähigen Mangel handelt. § 211 Abs 4 EO ist daher lediglich als Normierung eines – in gewisser Weise dem Schluss der Verhandlung im Streitverfahren vergleichbaren – Stichtages für die Entscheidungsgrundlage zu verstehen, schließt aber eine aufgrund des Ergebnisses des Rechtsmittelverfahrens notwendige Verfahrensergänzung nicht aus. Dabei bedarf es auch nicht des von der Rsp mitunter herangezogenen Arguments, wenn der Richter nicht auf die für die Entscheidung erheblichen Angaben und Beweisanbote gedrungen habe, liege ein Fall von unrichtiger rechtlicher Beurteilung vor⁵²³. Vielmehr ist anerkannt, dass ein in der Verletzung der Anleitungspflicht liegender Verfahrensmangel dann ohne Rücksicht auf eine diesbezügliche Rüge wahrzunehmen ist, wenn der durch die Anleitung zu beseitigende

⁵²¹ 3 Ob 162/02y = JB1 2004, 4628 (*Schumacher*); RIS-Justiz RS01111111.

⁵²² So aber *Angst* in *Angst*, EO § 210 Rz 18.

⁵²³ *Schumacher*, Anleitungspflichten 78.

Mangel, etwa eine Unschlüssigkeit, in erster Instanz unerkannt blieb und daher für den in erster Instanz erfolgreichen Kläger keine Veranlassung bestand, eine Verletzung der Pflicht nach § 182 ZPO zu rügen⁵²⁴. Dass das Rekursgericht die Durchführung einer neuen Verteilungstagsatzung anordnen kann, räumt aber auch *Angst* ein⁵²⁵.

F. Bindungswirkung des Meistbotsverteilungsbeschlusses

Die materielle Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses erstreckt sich nach hM nur auf die Entscheidung über die „Teilnahmeansprüche“ der auf das Meistbot gewiesenen Gläubiger und hindert nicht, dass ein im Verteilungsverfahren nicht geltend gemachtes Recht mit Klage gemäß § 231 Abs 4 EO geltend gemacht werden kann⁵²⁶. Gemäß § 231 Abs 4 EO wird demjenigen, der Widerspruch erhoben hat, vorbehalten sein besseres Recht im Rechtsweg auch nach Versäumung der Frist des § 231 Abs 2 EO geltend zu machen. Für diese Klage sind die Bestimmungen der §§ 231 Abs 1 und 2, 232 und 233 EO nicht anwendbar. Für sie gilt daher auch nicht die Zuständigkeitsbestimmung des § 232 Abs 1 EO, sondern jene der JN. Vor allem unterscheidet sich die Klage nach § 231 Abs 4 EO von jener nach § 231 Abs 1 und 2 EO dadurch, dass sie auf unmittelbar Herausgabe des zum Nachteil des Klägers zugewiesenen Betrages zu richten ist. Nur dieser Betrag ist daher Gegenstand der Klage. Rechtswidrige Zuweisungen an andere, nicht beklagte Gläubiger werden durch die Prozessführung nicht berührt. Das Urteil hat daher nicht die erweiterte Rechtskraftwirkung des Urteiles im Widerspruchsprozess nach § 232 Abs 2⁵²⁷. Wesentlichster Unterschied zur Klage nach § 231 Abs 1 EO ist, dass die Klage gemäß Abs 4 *leg cit* die Ausführung des Verteilungsbeschlusses nicht hemmt, der Kläger daher auch im Falle seines Obsiegens aus dem Meistbot *keine* Zuweisung erhält. Die Klage dient nach hM daher der nachträglichen Korrektur der Zuweisung im Meistbotsverteilungsbeschluss, nicht aber der Korrektur des Verteilungsbeschlusses selbst, sie hat keine dingliche Wirkung.

Der Gläubiger, der keinen Widerspruch erhoben hat, kann nach der vom OGH im Jud 220 und seither in stRsp vertretenen Ansicht sein besseres Recht im Prozessweg nur insofern geltend machen, als es sich auf einen Tatbestand gründet, über den im Verteilungsbeschluss

⁵²⁴ *Schumacher* aaO 79 f.

⁵²⁵ *Angst in Angst*, EO § 234 Rz 7.

⁵²⁶ Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass die hM dem Teilnahmeanspruch im Meistbotsverteilungsverfahren die Qualität eines bloßen verfahrensrechtlichen Dabeiseins zubilligt.

⁵²⁷ *Heller/Berger/Stix*, II 1592 und 1589.

nicht entschieden wurde⁵²⁸. Die Klage aus dem besseren Recht steht daher entgegen dem zu engen Wortlaut des § 231 Abs 4 EO nicht nur bei Versäumung der Frist zur Einbringung der Widerspruchsklage zu⁵²⁹. Auch einem Hypothekargläubiger, der den ihm nach dem materiellen Recht zustehenden Betrag im Meistbotsverteilungsbeschluss nicht voll zugewiesen erhielt, weil er ihn im Zwangsversteigerungsverfahren nicht ordnungsgemäß geltend gemacht hat, steht aufgrund der Klage nach § 231 Abs 4 EO gegen einen anderen Gläubiger, der deswegen einen höheren – wenn auch durch seine Forderung an sich gedeckten – Betrag zugewiesen erhielt, ein Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB zu. Ganz allgemein kann der durch den unrichtigen Beschluss Benachteiligte gegen den unzulässiger Weise Befriedigten im Wege der Klage nach § 231 Abs 4 EO Ersatz verlangen. Stellvertretend für die Begründung der hM sollen die Ausführungen *Kornitzers*⁵³⁰ wiedergegeben werden:

„Mit der Durchsetzung subjektiver Rechte einer Partei gegenüber einer anderen hat weder das Verteilungsverfahren noch der Widerspruch etwas zu tun. Diese Rechte bleiben bei Seite und werden durch das Verteilungsverfahren nicht alteriert, wie andererseits für das Widerspruchsrecht nach Ausführung des Verteilungsbeschlusses kein Raum bleibt. Der Widerspruch richtet sich gegen die Berücksichtigung der Vorhypothek bei der Verteilung und die Folge der Unterlassung des Widerspruches ist die Ausführung des Verteilungsbeschlusses unter Berücksichtigung der Vorhypothek. Nur über die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung der Vorhypothek entscheidet der Verteilungsbeschluss. Dieses bildet seinen Inhalt und über diesen Teilnahmeanspruch wird allerdings im Verteilungsbeschluss definitiv entschieden. Auf diesen erstreckt sich auch die materielle Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses. Demgemäß kann er als solcher nach seiner Ausführung nicht mehr geändert werden (...). Keineswegs soll aber die Zuweisung einer nicht zu Recht bestehenden Forderung in dem Sinne definitiv bleiben, dass dem hiedurch Geschädigten ein ihm nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zustehender Anspruch, sei es auf Rückerstattung eines Vermögensgewinnes, den ein anderer auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund gemacht hat (Bereicherungsanspruch), sei es auf Gutmachung eines verschuldeten Nachteils (Schadenersatzanspruch) genommen würde. Über diese Ansprüche wird im Verteilungsverfahren nicht verhandelt und auch im Verteilungsbeschlusse nicht entschieden, weshalb sie auch die Rechtskraft des letzteren nicht umfassen kann.“

⁵²⁸ Jud 220 = GIUNF 7404; vgl *Böhm*, ÖJZ 1974, 533 ff ua.

⁵²⁹ RdW 1991, 327.

⁵³⁰ GH 1904, 40, zitiert nach *Lehmann*, Zwangsversteigerung 457.

Nach dem im Judikatenbuch eingetragenen Rechtssatz des Jud 220 kann allerdings der Gläubiger, der im Verteilungsverfahren keinen Widerspruch erhoben hat, gegen den rechtskräftigen Verteilungsbeschluss sein besseres Recht im Prozessweg nur insofern geltend machen, als es sich auf einem Tatbestand gründet, über den im Verteilungsbeschluss nicht entschieden worden ist⁵³¹. In der Begründung wird unter anderem ausgeführt, die Bereicherungsklage desjenigen, der Widerspruch nicht erhoben habe, gehe notwendigerweise von einem solchen in der Verteilung nicht berücksichtigten Sachstand aus. Ihre Voraussetzungen seien ja gerade, dass die Verteilung mit diesem Sachstand nicht im Einklang stehe. Denn wäre dieser Sachverhalt im Verteilungsverfahren zur Verhandlung gelangt, so wäre dies notwendig infolge Erhebung eines Widerspruches geschehen. Dies hätte aber entweder zu einer Verfügung nach § 231 Abs 1 EO oder aber, falls der Tatbestand vor dem Verteilungsrichter ins Klare gesetzt worden wäre, zu einer Entscheidung im Verteilungsbeschluss geführt. Der Oberste Gerichtshof hat stets am Rechtssatz und der Begründung des Jud 220 festgehalten. Von einer Einmaligkeits- und Bindungswirkung des Verteilungsbeschlusses könne nur dann keine Rede sein, wenn der Gläubiger, der im Verteilungsverfahren keinen Widerspruch erhoben habe, seinen Anspruch auf einen Tatbestand gründe, über den im Verteilungsbeschluss nicht entschieden worden sei. Der definitive Ausschluss des Teilnahmeanspruches desjenigen, der Widerspruch nicht erhoben habe, schließe aber logisch keineswegs auch den Verlust materieller Ansprüche in sich, die sich daraus ergeben, dass infolge einer der wirklichen Rechtslage nicht entsprechenden Verteilung dem einen ein Vermögensvorteil zugekommen, dem anderen aber dadurch entzogen worden sei.

Im Jud 220 wird weiters ausgesprochen, dass das Verteilungsverfahren, insb § 210 EO, dem Zweck diene, bei Befriedigung des betreibenden Gläubigers den Versteigerungs- oder Verkaufserlös denjenigen möglichst rasch zukommen zu lassen, die hierauf Rechte erworben haben. Auch die Unterlassung der Anmeldung werde von einer Präklusionsfolge dahin, dass der Nichtanmeldende als auf sein Forderungsrecht verzichtend erachtet werde, nicht begleitet; er werde vielmehr im Verteilungsbeschluss berücksichtigt, freilich nur soweit seine Forderung aus dem öffentlichen Buch, den Pfändungs- und sonstigen Exekutionsakten als rechtsbeständig und zur Befriedigung geeignet erscheine⁵³². Die für die Unterlassung des Widerspruches entwickelten Grundsätze hätten im Sinne des Jud 220 daher auch für die Unterlassung der Anmeldung gemäß § 210 EO zu gelten. Im Sinne der Ausführungen des Jud

⁵³¹ Diese Aussage verdeutlicht, dass nach dem Willen des historischen Gesetzgebers dem Meistbotsverteilungsbeschluss durchaus materielle Rechtskraft zukommen sollte.

⁵³² 3 Ob 238/97i.

220 werde der in § 216 Abs 1 Z 1 EO eingeräumte materiellrechtliche Anspruch auf bevorzugte Befriedigung aus dem Meistbot durch die Unterlassung der Anmeldung nicht vernichtet. Es stehe vielmehr auch demjenigen, der die Anmeldung unterlassen habe, ein Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB zu⁵³³. Unterbleibe ein Widerspruch oder die Anmeldung einer Forderung im Verteilungsverfahren und werde daher im Verteilungsbeschluss abweislich über den Anspruch entscheiden, handle sich dabei um keine Sachentscheidung über den materiellrechtlichen Anspruch. Eine solche Entscheidung stehe somit der Geltendmachung eines Verwendungsanspruches nicht entgegen. Die Rechtsstellung der nach § 231 Abs 4 EO klagenden Partei, die eine fehlerhafte Anmeldung vorgenommen habe, könne nicht schlechter sein als sie wäre, wenn sie überhaupt keine Anmeldung vorgenommen hätte.

Nach der Begründung des Jud 220 können die sich bei Zugrundelegung des nach dem Verteilungsbeschluss angenommenen Sachstandes zwischen den Beteiligten ergebenden Rechtsfolgen auch im Weg einer auf Herausgabe einer Bereicherung gerichteten Klage nicht mehr beseitigt werden. Die Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses steht demnach einer Aufrollung jener Fragen über die im Verteilungsbeschluss endgültig entschieden wurde, entgegen⁵³⁴. Die ältere Judikatur ging daher ebenso wie der Gesetzgeber offenkundig davon aus, dass der Verteilungsbeschluss materielle Rechtskraft⁵³⁵ entfaltet. § 231 Abs 4 räumt schon nach seinem Wortlaut dieses Klagerecht nur denjenigen ein, die Widerspruch im Verteilungsverfahren erhoben haben, setzt also deren Teilnahme als notwendig voraus.

Der OGH hat sich jedoch nunmehr der Ansicht *Böhms* angeschlossen, wonach der Verteilungsbeschluss unter keinen Umständen das materielle Recht der auf das Meistbot gewiesenen Gläubiger berühre. *Böhm*⁵³⁶ geht davon aus, dass sich die Annahme einer Identität zwischen dem Widerspruch nach §§ 213, 231 Abs 1 EO und der Klage gemäß § 231 Abs 4 EO durch nichts belegen lasse, weil der Widerspruch wie auch die Klage nach § 231 Abs 1 EO eine Änderung der Verteilung anstrebten, also die Feststellung, dass der bestrittene Anspruch nach Grund, Rang oder Höhe nicht zu Recht bestehe. Die Klage gemäß § 234 Abs 4 EO habe demgegenüber die Aufgabe, durch den Verteilungsbeschluss vorgenommene

⁵³³ WBl 1987, 212 ua.

⁵³⁴ *Heller/Berger/Stix*, II 1579, 1592.

⁵³⁵ Die Bedeutung der materiellen Rechtskraft liegt in der Feststellungswirkung. Die Entscheidung, der materielle Rechtskraft zukommt, stellt autoritativ und endgültig fest, was rechtens ist. Diese Maßgeblichkeit der Entscheidung verhindert im Wege der Einmaligkeits- und Bindungswirkung eine neuerliche Feststellung der Rechtslage in der selben Sache bzw ihre abweichende Beurteilung in einem Folgeprozess (Rechberger/Simotta⁵ Rz 694).

⁵³⁶ ÖJZ 1974, 533.

Vermögensverschiebungen, die als *Folge mangelnder Verfahrensgarantien* zugunsten des Postulats der Verfahrensbeschleunigung in Kauf zu nehmen seien, wieder rückgängig zu machen. Diese Einordnung der Klagen nach § 231 EO werde auch durch die Verwandtschaft der Widerspruchsklage mit der „Liquidierungsklage“ gemäß § 110 KO nahe gelegt⁵³⁷. Keinesfalls aber habe die Widerspruchsklage nach § 231 Abs 1 EO, die nur auf den Teilnahmeanspruch gerichtet sei, einen privatrechtlichen Anspruch zum Gegenstand, insb auch nicht die zu berücksichtigende Forderung als solche, zu deren Gunsten das Pfandrecht begründet worden sei. Bei der Klage gemäß § 231 Abs 4 EO hingegen handle es sich um eine Klage auf Herausgabe der Bereicherung; weiters werde hier ein „materiell-öffentlich-rechtlicher“ Befriedigungsanspruch und dort ein privatrechtlicher Leistungsanspruch erhoben⁵³⁸. Fehle es aber an der Identität zwischen dem Gegenstand des Widerspruches und dem der selbständigen Klage, könne diese auch durch die rechtskräftige Erledigung des Widerspruches im Verteilungsbeschluss nicht ausgeschlossen werden, weil die Einmaligkeitswirkung nicht eingreife. Auch stelle die Verteilung keinen materiellen Rechtsgrund dar, der diese Vermögensverschiebung rechtfertige⁵³⁹. Die Unterlassung der funktionell gleichwertigen Pfandvorrechtsklage bewirke ebenfalls weder einen Verlust des besseren materiellen Rechts, noch eine umfassende prozessuale Präklusionswirkung⁵⁴⁰. Ungeachtet der verneinten Identität zwischen Widerspruch und Klage aus dem besseren Recht präjudiziere die Entscheidung im Verteilungsbeschluss nicht die Entscheidung über den materiellen Anspruch. Wie *Heller/Berger/Stix* zutreffend darlegten, stelle der Verteilungsbeschluss einzig und allein das (prozessuale) Recht auf die Beteiligung am Meistbot fest, das bessere materielle Recht werde daher nur im Vorfragenbereich beurteilt. Und dies bloß im Umfang der Aktengrundlage. Nur in diesem eingeschränkten Rahmen sei der Verteilungsbeschluss eine der Rechtskraft fähige Sachentscheidung. Nach seinem Zweck sei das Verteilungsverfahren zu einem baldigen Abschluss zu führen, um die Gläubiger möglichst rasch zu befriedigen. Aus diesem Anlass sollte auch nicht jede Streitigkeit auf den Rechtsweg verwiesen werden. In § 231 EO bringe das Gesetz klar zum Ausdruck, dass es durch die Fristsetzung für die Widerspruchsklage das öffentliche Interesse wie auch das der übrigen Verfahrensbeteiligten schützen wolle, ohne deswegen das (bessere) materielle Recht dessen, der die Frist versäumt habe, abzuschneiden. Aus diesem spezifischen Verfahrenszweck und der entsprechenden sachgerechten

⁵³⁷ *Böhm*, ÖJZ 1974, 533.

⁵³⁸ *Böhm*, ÖJZ 1974, 534.

⁵³⁹ *Böhm*, ÖJZ 1974, 534 FN 12.

⁵⁴⁰ *Böhm* aaO.

Interessensabwägung heraus wäre es nun zweifellos ein Wertungsfehler, einem Gläubiger, der gar keinen Widerspruch erklärt hat, das Klagerecht zu versagen. Das Verteilungsverfahren und sein störungsfreier, reibungsloser und zügiger Ablauf seien in einem solchen Fall ja überhaupt nicht berührt. Sinn der Regelung, wie er aus dem Gesetz hervorleuchte und in den Materialien auch ausdrücklich angesprochen werde, sei bloß die Beschleunigung und Konzentration des Verteilungsverfahrens, nicht aber Rechtssicherheit zu gewährleisten.

G. Kritik

Die Feststellung des Anspruchs und seine Berücksichtigung im Verteilungsverfahren durch die Zivilgerichte gehört zur Ziviljustiz, nur der Anspruch auf Entscheidung und Durchsetzung unter Inanspruchnahme von Hoheitsgewalt wurzelt im öffentlichen Recht und nur insofern ist es zutreffend, dass dem „Teilnahmeanspruch“ öffentlich rechtlicher Charakter zukommt. Auch für die Klage nach § 231 Abs 4 EO hat der Gesetzgeber unmissverständlich angeordnet, dass den Kläger bei Untätigkeit die Präklusionswirkung trifft, sodass er im Verteilungsverfahren mögliche, aber von ihm nicht eingewendete anspruchsvernichtenden Tatsachen nicht in einem neuen Prozess nachholen kann. Berücksichtigt man weiters, dass der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts *Exners* mittlerweile als überholt erkannten Theorie von der formalen Rechtskraft des Bucheintrags folgend im eingetragenen Pfandrecht bereits den Nachweis einer gesicherten Forderung erblickte, ist eine erweiterte Anwendung dieser Bestimmung auf die Fälle der unterbliebenen Anmeldung nicht vertretbar.

In jüngster Zeit hat *Nunner-Krautgasser*⁵⁴¹ – gestützt auf zahlreiche Nachweise vor allem aus dem deutschen Rechtsbereich – aus der Tatsache, dass ein Dritter oder die Sache eines Dritten bloß haften kann und somit eine persönliche Leistungspflicht fehlt, abzuleiten versucht, dass die Haftung als eigenständiger Anspruch vom Bestehen einer gesicherten Schuld überhaupt unabhängig sei. So ließen sich erhebliche Merkmale einer Eigenständigkeit des persönlichen Haftungsrechts in dem Sinn feststellen, dass Leistensollen und Haftung nicht notwendigerweise parallel verlaufen, was sich etwa in den Fällen zeige, wo das Leistensollen, also die Schuld den Personalschuldner, die Sachhaftung – und nur diese – aber den Realschuldner treffe. Zum anderen könnten Leistensollen und Haftung auch im Bereich der persönlichen Haftung auseinanderfallen, und zwar im Rahmen der Gläubigeranfechtung.

⁵⁴¹ ÖJZ 2007/61, 713 ff.

Dieses Phänomen der Loslösung der persönlichen Vermögenshaftung vom rechtlichen Sollen werde durch die zwischen Verfügungs- und Haftungsfunktion trennende Vorstellung einer lediglich "haftungsrechtlichen Unwirksamkeit" der anfechtbaren Rechtshandlung verdeutlicht. Die Fälle der Geltendmachung einer Sachhaftung bzw die Anfechtung zeigten, dass auch ein von einem Leistensollen losgelöstes Haftungsrecht einen eigenständigen Anspruch hervorbringen könne bzw dass Haftungsansprüche in ihrer Realisierung durchaus für sich allein stehen könnten. Bei solchen reinen Haftungsansprüchen fehle das Sollenselement. Die Haftungsansprüche untermauerten kein Leistensollen, sie seien nicht begleitender „Rechtsbehelf“ zur Verwirklichung einer Leistungspflicht. Vielmehr zielten sie ausschließlich auf die Gewährung („Duldung“) der Exekution und damit auf die Erlangung eines bestimmten Wertes durch direkten, vom Schuldnerwillen unabhängigen Vermögenszugriff ab⁵⁴². Allerdings werde auch bei einem reinen Haftungsanspruch, dem also die Sollenskomponente gänzlich fehle, stets ein Geldleistungsanspruch durchgesetzt.

Soweit mit diesen Ausführungen auch für den österreichischen Rechtsbereich behauptet werden soll, dass die Haftung (eines Dritten) generell vom Bestand einer zugrunde liegenden Forderung unabhängig sei, kann dem nicht gefolgt werden. *Nunner-Krautgasser* ist zwar beizupflichten, dass das persönliche Haftungsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner hinsichtlich des gesamten Schuldnervermögens idR ipso iure mit der Begründung der Schuld entsteht⁵⁴³, doch kann daraus noch nicht der

Schluss gezogen werden, dass im Fall unterschiedlicher Rechtszuständigkeit die Haftung eine vom Leistensollen völlige losgelöste Eigenständigkeit entfaltet, weil die Haftung eines Dritten in diesen Fällen regelmäßig durch rechtsgeschäftliche Erklärung oder das Gesetz begründet wird, und für die Haftung auch insoweit stets ein zugrunde liegender materiellrechtlicher Anspruch bzw die persönliche Leistungspflicht des Schuldners vorausgesetzt wird. Einen von der Verbindlichkeit losgelösten abstrakten Haftungsanspruch anerkennt die österreichische Rechtsordnung eben nur in Ausnahmefällen wie etwa beim Garantieverprechen⁵⁴⁴ oder im Wechselrecht⁵⁴⁵.

⁵⁴² ÖJZ 2007, 717.

⁵⁴³ Was für das Pfandrecht gerade nicht gilt.

⁵⁴⁴ § 880a ABGB; JBl 1989, 37; 7 Ob 2044/96f = ÖBA 1997/639 = RdW 1997, 393 = ecollex 1997, 429 = NZ 1998, 117.

⁵⁴⁵ Beim Wechsel folgt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier. Der Wechselinhaber gilt daher grundsätzlich auch als Inhaber der im Wechsel verbrieften Forderung, selbst wenn zB die dem Wechsel zugrunde liegende Forderung vom Schuldner bereits an den früheren Gläubiger bezahlt worden wäre. Vergleichbares gilt für deutsche (Brief-)Grundschild.

Wenn *Nunner-Krautgasser*⁵⁴⁶ zur Begründung ihrer Ansicht weiters auf das Anfechtungsrecht verweist und ausführt, dass sich auch hier das bloße Haftungsrecht, nicht aber das Leistensollen gegen dritte Personen richten könne, der Anfechtungsanspruch seine rechtspolitische Bestimmung und Begrenzung in dem Zwecke der Befriedigung des Gläubigers finde, wobei nicht die Befriedigung der wirklichen materiellen Forderung, sondern die im Zwangsvollstreckungsverfahren allein erstrebbare Befriedigung des im Vollstreckungstitel vorausgesetzten, zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruches gemeint sei, und der Anfechtungsanspruch ganz ebenso wie der Vollstreckungstitel jedenfalls insofern konstitutiver Natur sei, als er gegen den Haftenden zwar nicht einen privatrechtlichen Anspruch, wohl aber den Vollstreckungsanspruch erst erzeuge, ohne dass ein materieller Anspruch wirklich zu bestehen brauche, vermengt sie Fragen der Bindungswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung mit der materiellrechtlichen Beziehung zwischen Schuld und Haftung. Auch sind die im Anfechtungsrecht geltenden Besonderheiten wegen der eigenständigen gesetzlichen Regelungen dieses Rechtsgebietes nicht schlechthin verallgemeinerungsfähig. Im Übrigen hat der OGH in einer Grundsatzentscheidung⁵⁴⁷ nach ausführlicher Auseinandersetzung mit Lehre und (auch deutscher) Rechtsprechung unter ausdrücklicher Ablehnung der in der E JBl 1956, 647 vertretenen gegenteiligen Ansicht ausgesprochen, dass zu den allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen des § 8 AnfO neben der Vollstreckbarkeit auch der Bestand einer materiellrechtlichen Forderung gegen den Schuldner gehöre. Schon die gesetzliche Bindung der Ausübung eines Anfechtungsrechts an *vollstreckbaren* Forderungen diene dem Schutz des Anfechtungsgegners, der indes nicht gewährleistet wäre, wäre der Anfechtungsgegners an die Ergebnisse eines Verfahrens gebunden, an dem er nicht beteiligt war und auf dessen Ausgang er daher keinen Einfluss nehmen konnte. Das folge nicht zuletzt aus dem Verfahrensgebot des Art 6 Abs 1 EMRK, wonach jedermann darauf Anspruch habe, dass seine Sache in billiger Weise gehört wird, ihm also rechtliches Gehör zuteil werde. Die Bindung an nachteilige Wirkungen eines Verfahrens, in das der nunmehr davon Betroffene nicht eingebunden war und die er als unabänderlich hinnehmen müsste, verstoße gegen dieses verfahrensrechtliche Grundgesetz. Stehe selbst demjenigen, der in einer vertraglichen Sonderbeziehung stehe, wie etwa dem Bürgen, ungeachtet eines Exekutionstitels gegen den Hauptschuldner die Einwendung zu, die Schuld bestehe nicht zu Recht, so müsse das umso mehr für jenen gelten, der aufgrund eines

⁵⁴⁶ ÖJZ 2007, 716.

⁵⁴⁷ SZ 63/4 = 1 Ob 694/89.

gesetzlich vorgesehenen Anfechtungsrechts in Anspruch genommen werden soll⁵⁴⁸. Soweit sich *Nunner-Krautgasser* zur Begründung ihrer Ansicht ferner auf „die beachtlichen Argumente“ von *Feil*⁵⁴⁹ und *Petrasch*⁵⁵⁰ stützt, wonach bereits die bloße Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch den Nachweis der Forderung erspare, ist festzuhalten, dass auch diese Autoren ohne nähere Auseinandersetzung lediglich die bereits als überholt erkannte, auf *Exner* zurückgehende hM⁵⁵¹ referieren.

Das österreichische Liegenschaftspfandrecht ist darauf beschränkt, nur der Sicherung und künftigen Realisierung eines bestehenden Leistungsanspruchs zu dienen⁵⁵². Die §§ 447 bis 449 ABGB ordnen *generell* an, dass alle dinglichen, also gegenüber jedermann wirkenden Pfandrechte an beweglichen oder unbeweglichen Sachen vom Bestand einer zu sichernden Forderung abhängig sind⁵⁵³, wobei es freilich keinen Unterschied macht, ob diese Forderung gegen den Eigentümer der Pfandsache selbst oder einen Dritten zusteht. Das Pfandrecht kann daher nur erfolgreich geltend gemacht werden, wenn die zugrunde liegende Forderung tatsächlich entstanden und noch nicht bezahlt worden ist, begründet aber keinen selbstständigen materiellrechtlichen Anspruch. In den Materialien zum ABGB wird das Akzessorietätsprinzip nicht einmal erwähnt. Es ist vielmehr, wie die sehr deutlichen Formulierungen in den vorhergegangenen Kodifikationsentwürfen⁵⁵⁴ beweisen, als bereits festverankerter Grundsatz einfach übernommen worden. Gerade dort, wo das Akzessorietätsprinzip ausdrücklich angeordnet ist, ist für das wirksame Bestehen einer *Haftung* das Vorhandensein eines zugrunde liegenden Anspruchs unabdingbare Voraussetzung⁵⁵⁵. In verfahrensrechtlicher Hinsicht setzt daher die Pfandrechtsklage neben der Begründung des Pfandrechts den Nachweis des Rechtsgrunds, der Höhe und der Fälligkeit⁵⁵⁶ der sichergestellten Forderung auch – entgegen der stRsp nicht nur bei Höchstbetrags-

⁵⁴⁸ Vgl RIS-Justiz RS0050288.

⁵⁴⁹ *Feil*, Österreichisches Hypothekarrecht² 239 f.

⁵⁵⁰ *Petrasch* in *Rummel*, ABGB² § 466 Rz 5. Ebenso *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 466 Rz 5.

⁵⁵¹ SZ 61/222; NZ 1999/436 (GBSlg): „Grundsätzlich wird durch die Bestellung eines Pfandes für eine bestimmte Forderung auch deren Bestand belegt“.

⁵⁵² Vgl § 447 ABGB: „Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus der Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, Befriedigung zu erlangen“.

⁵⁵³ Der Gesetzgeber drückt in deutlicher Form aus, dass das Pfandrecht für ihn wesensnotwendig mit einer bestimmten Forderung verknüpft ist. Nichtakzessorische Sicherungsformen wie die deutsche Grundschuld oder die schweizerische Gült, sind dem österreichischen Recht demgegenüber fremd.

⁵⁵⁴ Vgl III c VII § In 2 Codex Theresianus: „Der Pfandcontract erforderet demnach zu seiner Wesenheit eine vorhergehende Schuld, oder sonstige Verbindlichkeit, welcher derselbe als eine Folge beitrith, und ohne solche nicht bestehen kann, ...“ und II 8. Hauptstück § 5 Entwurf Martini: „Ohne giltige Forderung kann zwar niemals ein Pfandrecht stattfinden, ...“.

⁵⁵⁵ Dies verdeutlichen in besonderem Maße die §§ 1351, 1363 ABGB, wo ausdrücklich angeordnet ist, dass die Bürgschaft trotz Leistungspflicht des Bürgen vom Bestand der Hauptschuld abhängig ist.

⁵⁵⁶ Im Exekutionsverfahren ist die Fälligkeit der Forderung keine Voraussetzung der Zuweisung.

hypotheken⁵⁵⁷ – den Bestand der gesicherten Forderung voraus. Das Pfandrecht erspart wegen seiner Verbücherung zwar den Nachweis seiner Begründung, nicht jedoch den Nachweis der Akzessorietät der zugrunde liegenden Forderung. Auch der Realschuldner kann alle Einwendungen gegen die gesicherte Forderung erheben, die dem persönlichen Schuldner zustehen und er kann auch Einwendungen gegen die Rechtmäßigkeit des Pfandrechts selbst geltend machen⁵⁵⁸. Das Akzessorietätsprinzip steht daher einem Ausspruch über die Haftung ohne zugrunde liegendes Leistensollen gerade auch in den Fällen der Geltendmachung einer (bloßen) Sachhaftung bzw dann entgegen, wenn die Position des Personal- und des Realschuldners jeweils verschiedenen Personen zukommt⁵⁵⁹.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zuweisung im Verteilungsverfahren stets von der Entstehung einer zum Haftungsfonds akzessorischen Forderung abhängig ist. Geht man richtiger Weise davon aus, dass die Forderung notwendige, aber noch nicht hinreichende Voraussetzung der Haftung ist, und zwar unabhängig davon, gegen wen oder wessen Vermögen diese durchgesetzt werden soll, so ist im Meistbotsverteilungsverfahren nicht die „Haftung“ als *Exners* als eine sich aus dem Grundbuch ergebende Tatsache anzunehmen, sondern ist der Bestand der Forderung und ihrer Akzessorietät zum Pfandrecht nachzuweisen und festzustellen. Damit ist entgegen *Nunner-Krautgasser* das tatsächliche Verhältnis zwischen Schuld und Haftung definiert. *Nunner-Krautgasser* übersieht, dass gerade das Liegenschaftspfandrecht zeigt, dass die Befriedigung aus einem speziellen Haftungsfonds eben noch nicht durch die Existenz eines bloßen Leistensollens allein, sei es auch gegen den bloßen Eigentümer der Pfandsache, ermöglicht wird. Die Haftung des Pfandrechts besteht gerade nicht abstrakt und könnte ohne gesicherte Forderung überhaupt nicht festgestellt werden. Die von *Nunner-Krautgasser* wohl aus einem überwiegend verfahrensrechtlichen Blickwinkel vertretene Abstraktheit des Haftungsrechts stellt das Verhältnis von Schuld und Haftung geradezu auf den Kopf und ist auch mit dem in der Rechtsordnung vielfach zum Ausdruck gelangenden Prinzip unvereinbar, wonach die Rechtsordnung der Durchsetzung tatsächlich nicht bestehender Ansprüche ihre Hilfe zu verweigern hat. Hat aber das Gericht über die Rechtmäßigkeit und Vollstreckbarkeit des hypothekarischen Anspruchs zu entscheiden, umfasst die Rechtskraft dieser Entscheidung nicht den abstrakten Ausspruch der „Haftung“ allein, sondern und vor allem auch die

⁵⁵⁷ Unrichtig daher 1 Ob 587/86.

⁵⁵⁸ 3 Ob 81/01k uva.

⁵⁵⁹ Unrichtig daher *Nunner-Krautgasser*, ÖJZ 2007, 716. Ein Entfall der strengen materiellrechtlichen Prüfungspflicht ist kann *nur* dort vertretbar sein, wo der Bestand der gesicherten Forderung bereits rechtskräftig festgestellt ist.

zugrunde liegende Forderung. Nach Maßgabe dieser Entscheidung bestimmt sich daher die Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses.

Der im Prozess geltend gemachte *Anspruch*, also der Streitgegenstand, ist nach hM nicht ident mit dem materiellrechtlichen Anspruch. Das Gericht entscheidet im Prozess nicht über das Privatrechtsverhältnis als solches, sondern über ein aus dem Privatrechtsverhältnis abgeleitetes *Begehren*. Der prozessuale Begriff des Streitgegenstandes wird nach der herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie durch das Klagebegehren und den rechtserzeugenden Sachverhalt bestimmt⁵⁶⁰. Der gleiche Streitgegenstand liegt demnach vor, wenn der in der neuen Klage geltend gemachte prozessuale Anspruch sowohl hinsichtlich des Begehrens als auch des rechtserzeugenden Sachverhaltes, also des Klagegrundes mit jenem des Vorprozesses ident ist⁵⁶¹. Nach hM kann daher von einer Identität des Streitgegenstands nur dann gesprochen werden, wenn sowohl der Entscheidungsantrag (Sachantrag) als auch die zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachen (rechtserzeugender Sachverhalt) dieselben sind⁵⁶².

Da die Klage aus dem besseren Recht gemäß § 231 Abs 4 EO idR aber nur unter denselben Voraussetzungen zum Erfolg führen kann, unter welchen auch eine Zuweisung im Meistbotsverteilungsverfahren erfolgen hätte können, liegt sowohl hinsichtlich des Begehrens als auch des rechtserzeugenden Sachverhaltes Identität vor. Die Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses kann daher durch eine selbständige Klage unter Berufung auf einen Tatbestand des materiellen Rechtes, der bereits im Zeitpunkt des Schlusses der Verteilungstagsatzung diesem Anspruch entgegenstand, nicht durchbrochen werden, mag diese Klage auf den Rechtsgrund des Schadenersatzes oder der Bereicherung gestützt werden. Das Begehren ist zu eng, wenn es nur auf „Feilbietung“ der Pfandsache geht, und auch wo richtiger Weise allgemein Exekution verlangt wird, muss hinter der Exekution, die nur das Mittel zum Zweck ist, hervortreten, wofür exequiert werden soll, nämlich die Befriedigung der Pfandschuld. Die Entscheidung darüber, ob die pfandgesicherte Forderung im geltend gemachten Umfang zu Recht besteht, erwächst daher in Rechtskraft. Damit ist dieser Kausalzusammenhang im Hinblick auf ein späteres Verfahren aber bindend festgestellt⁵⁶³.

⁵⁶⁰ RIS-Justiz RS0037419 mwN; 3 Ob 8/00y.

⁵⁶¹ SZ 48/113.

⁵⁶² SZ 2003/37 mwN; RIS-Justiz RS0039347; RS0041229.

⁵⁶³ Die Faustregel, nur der Spruch, nicht aber die Gründe erwachsen in Rechtskraft, mag zwar von didaktischem Wert sein, ist aber nach zutreffender Ansicht im Grunde unrichtig, weil in § 411 ZPO ja nicht vom „*Spruch*“, sondern vom „*Anspruch*“ die Rede ist (*Oberhammer*, JBl 2000, 205 ff).

Geht man zutreffend davon aus, dass es sich bei der Widerspruchsklage um eine negatorische Feststellungsklage handelt, mit welcher das Bestehen oder das Nichtbestehen des bekämpften Rechts festgestellt wird, so ergibt sich ganz zwanglos die Rechtsfolge, dass auch im Prozess über den Verwendungsanspruch nur in Bindung an die Entscheidung im Widerspruchsprozess zu entschieden werden darf⁵⁶⁴. Als rechtserzeugender Sachverhalt, über den nur einmal entschieden werden darf, sind jene Tatsachen zu werten, die zur Erfüllung des in Anspruch genommenen materiellrechtlichen Tatbestands erforderlich sind. Die Präklusionswirkung der Rechtskraft schließt nicht nur die neuerliche Entscheidung über das gleiche Begehren aufgrund der gleichen Sachlage aus, sie schließt auch die Geltendmachung des gleichen Begehrens aufgrund von Tatsachen aus, die bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses vorhanden und der verfahrensmäßigen Erledigung zugänglich waren, aber infolge Verletzung einer verfahrensrechtlichen Dilligenzpflicht der Parteien, also der ihnen auferlegten Behauptungs- und Beweispflicht, nicht zum Gegenstand des Vorprozesses wurden. Demnach sind, wenn bereits einmal über ein konkretes Rechtsschutzbegehren entschieden wurde, beide Parteien dieses Verfahrens vom Vorbringen neuer anspruchsbegründender bzw anspruchvernichtender Tatsachen in einem zweiten Verfahren zum selben Begehren präkludiert, wenn diese Tatsachen schon den im Vorverfahren geltend gemachten Anspruch hätten stützen bzw abwehren können⁵⁶⁵. Hat der Gläubiger aber ihm mögliche Einwendungen im Vorprozess nicht erhoben, kann er nach herrschender Auffassung nur – bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß §§ 530 ff ZPO – die Wiederaufnahme des rechtskräftig beendeten Verfahrens begehren, aber nicht mit selbständiger Klage unter Berufung auf die im Vorprozess nicht erhobenen Einwendungen die Rückerstattung des rechtskräftig zuerkannten Betrages fordern. Eine selbständige Klage auf Beseitigung der durch die Entscheidung im Vorverfahren herbeigeführten Wirkungen unter Berufung auf einen Tatbestand des materiellen Rechtes, der im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen

⁵⁶⁴ Auch das Klagebegehren der Löschungsklage ist nach hM auf Unwirksamerklärung und Löschung der bekämpften bürgerlichen Eintragung zu richten (OGH SZ 41/151; SZ 60/237; SZ 62/80.). Tatsächlich geht es den Parteien aber um das streitige bürgerliche Recht, dessen Bestehen Feststellungsgegenstand des Urteils im Lösungsprozess ist; die Vorstellung, dass der obsiegende Lösungskläger in einem Folgeprozess (in welcher Konstellation immer) sein bürgerliches Recht nochmals gegen den unterlegenen Beklagten verteidigen müsste, ist mE unhaltbar (vgl *Oberhammer*, JBl 2000, 205 ff).

⁵⁶⁵ Vgl 5 Ob 240/00f mwN.

Verhandlung erster Instanz dem geltend gemachten Anspruch entgegenstand, ist demnach ausgeschlossen⁵⁶⁶.

Auf die dogmatische Feinheit, ob der Feststellung der Forderung urteilsgleiche Wirkung oder nur Tatbestandswirkung iS von Präjudizialität zukommt, kommt es nicht an, weil sie am Ergebnis nichts ändert⁵⁶⁷. Die Tatbestandswirkung ist nämlich ebenso endgültig wie die der Forderungsfeststellung zugebilligte Bindungswirkung. Kann sich nun die Bereicherungsklage nur gegen Ansprüche richten, die im Verteilungsverfahren festzustellen sind, so muss infolge der rechtskräftigen Entscheidung im Verteilungsbeschluss die Geltendmachung dieser Ansprüche mit Bereicherungsklage versagt sein⁵⁶⁸. Die Forderungsfeststellung ersetzt ja das Urteil, das ohne das Feststellungsverfahren erwirkt werden müsste. Eine ihr zuerkannte Bindungswirkung kann daher keinen geringeren Umfang haben als ein Urteil⁵⁶⁹. Anders als in der Exekution im Allgemeinen geht es im Meistbotsverteilungsverfahren in Ermangelung eines vorangegangenen Erkenntnisverfahrens gerade um die Frage, ob und inwieweit Forderungen bestehen und pfandrechtliche Deckung finden. Die Ansprüche sind nur nach einer Entscheidung hierüber aus dem Meistbot – nach Maßgabe ihrer Pfandversicherung – zu liquidieren⁵⁷⁰. Die Funktion des Verteilungsbeschlusses besteht aber auch darin, dass er die verfahrensrechtliche Grundlage für die Eröffnung des staatlichen

⁵⁶⁶ Vgl etwa für das Wechselverfahren 3 Ob 456/60, wonach auch im Optionsprozess Einwendungen, die im Wechselverfahren unterlassen wurden, nicht nachgeholt werden können; siehe auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1536.

⁵⁶⁷ Vgl *Konecny*, JBl 1995, 409 ff mwN zur vergleichbaren Rechtslage im Konkurs. Die Rechtsprechung bejaht eine Bindungswirkung an die Vorentscheidung, wenn sowohl die Identität der Parteien als auch des rechtserzeugenden Sachverhalts (verbunden mit notwendig gleicher Qualifikation) gegeben sind, aber anstelle der Identität der Begehren ein im Gesetz gegründeter Sachzusammenhang zwischen beiden Begehren besteht. Ein solcher ist anzunehmen, wenn die Entscheidung über den neuen Anspruch vom Inhalt der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache abhängig ist (Präjudizialität der rechtskräftigen Entscheidung) oder wenn das Begehren das begriffliche Gegenteil des rechtskräftig entschiedenen Anspruchs bedeutet (stRsp, RIS-Justiz RS0041572).

⁵⁶⁸ Dies auch dann, wenn man annehmen wollte, dass keine Identität der Begehren besteht. In diesen Fällen wirkt die materielle Rechtskraft der Vorentscheidung als Bindungswirkung, die eine Sachentscheidung über das – hier ganz andere – Klagebegehren nicht ausschließen kann und auch gar nicht soll, jedoch der Sachentscheidung bindend zugrunde zu legen ist (*Fasching*, Lehrbuch² Rz 1518). Bindungswirkung liegt stets dann vor, wenn ein „bedingendes Recht“ festgestellt wird, wenn also der Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung zum Tatbestand der mit der neuen Klage begehrten Rechtsfolge gehört (5 Ob 2152/96y = immolex 1997, 174 = WoBl 1997, 148 = MietSlg 48.268 = MietSlg 48.314 = MietSlg 48.404 = MietSlg 48.646) und erfordert ebenso die Einhaltung der Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK.

⁵⁶⁹ Vgl *Konecny*, JBl 1995, 409 ff. Die Feilbietung des Pfands gemäß § 461 ABGB „*gerichtlich zu verlangen*“, bedeutet, dass der Pfandgläubiger – abgesehen von hier nicht maßgebenden Ausnahmen – eines Rechts zur unmittelbaren Pfandverwertung entbehrt, sondern vorerst mittels Klage einen Exekutionstitel erwirken muss (10 Ob 531/94 = SZ 67/195 uva).

⁵⁷⁰ Die Entscheidung über die Ansprüche im Verteilungsverfahren führt dazu, dass die Ansprüche jener Gläubiger, die vor der Entscheidung im Verteilungsbeschluss einen exekutionsfähigen Titel nicht erlangt haben, einer weniger umfassenden Überprüfung durch das Exekutionsgericht unterliegen, als die jener Gläubiger, die einen solchen Titel erlangt haben.

Zugriffs auf bestimmte Vermögenswerte des Verpflichteten, nämlich das Meistbot bildet. Das Meistbotsverteilungsverfahren ersetzt daher regelmäßig die sonst übliche Anspruchsverfolgung im Wege des Hypothekarprozesses. Die hM, wonach es sich bei der Feststellung pfandgesicherter Forderungen im Rahmen der im Verteilungsverfahren durchzuführenden Akzessorietätsprüfung lediglich um eine bloße Vorfragenbeurteilung handle, die keine rechtskräftige Entscheidung über die das Bestehen oder Nichtbestehen der zu berücksichtigenden Ansprüche nach sich ziehe, ist unzutreffend. Der im Meistbotsverteilungsverfahren vorgesehene Weg der Feststellung einer Forderung durch das Exekutionsgericht erspart dem Gläubiger und dem Schuldner einen Prozess, in dem vom Prozessgericht die Richtigkeit und die Pfandversicherung der Forderung urteilsmäßig festgestellt werden müsste; die Anmeldung und Feststellung der Forderungen ersetzt die somit die sonst notwendige Rechtsverfolgung⁵⁷¹. Begehrt daher ein Hypothekargläubiger mit seiner Forderungsanmeldung die Feststellung seiner Forderung, dann steht die Einmaligkeitswirkung des rechtskräftigen Verteilungsbeschlusses einem später aufgrund eben dieser Forderung klagsweise geltend gemachten Bereicherungsanspruch im Wege⁵⁷².

Böhm übersieht, dass es für die Beantwortung der Frage, ob die Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses der Bereicherungsklage entgegensteht, nicht allein auf das mit Widerspruch geltend gemachte Begehren ankommt, sondern auf den Gegenstand des Verteilungsverfahrens insgesamt⁵⁷³. Auch der Entscheidungsgegenstand der Klage nach § 231 Abs 1 EO kann nicht von jenem des Verteilungsverfahrens isoliert betrachtet werden, weil die Rechtsstellung als Ausfallsbeteiligter ja das Bestehen des eigenen Anspruchs und dessen Geltendmachung zwangsläufig voraussetzt. Für die objektiven Grenzen der Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses kommt es daher entgegen *Böhm* und der ihm folgenden hM gerade nicht das Verhältnis zwischen Widerspruchsklage und Bereicherungsklage an. Maßgeblich ist vielmehr aufgrund des gleichen rechtserzeugenden Sachverhalts die Identität des mittels Bereicherungsklage nach § 231 Abs 4 EO und des gemäß § 210 EO geltend zu machenden Anspruchs im Verteilungsverfahren insgesamt. Nach dem in § 411 und § 530 Abs 1 Z 7 ZPO verankerten Rechtskraftkonzept steht es gerade nicht zur Parteidisposition, welche

⁵⁷¹ Auch die Forderungsfeststellung bzw das Anerkenntnis des Masseverwalters im Konkurs stellt nach hM eine Entscheidung über die angemeldete Konkursforderung dar (*Konecny*, JBI 1995, 409 FN 72).

⁵⁷² Auch sonst werden Beschlüsse im Exekutionsverfahren, soweit sie über Rechtsschutzansprüche entscheiden oder in die Rechtssphäre der Parteien oder sogar Dritter eingreifen, der materiellen Rechtskraft teilhaft (*Fasching*, Lehrbuch² Rz 1508).

⁵⁷³ Die Rechtsprechung hat auch Streitabhängigkeit zwischen der Leistungsklage und der später angebrachten Klage, die auf Feststellung des Nichtbestehens des zur Begründung der Leistungspflicht vorgetragenen Rechtsverhältnisses gerichtet ist, angenommen (SZ 26/204).

Tatsachenkomplexe zur Rechtfertigung ihrer Ansprüche entscheidungsgegenständlich sein sollen; entschieden wird über den „Anspruch“ – nach heutigem Verständnis: über den Streitgegenstand – als Ganzes, und daher sind Angriffs- und Verteidigungsmittel, die zu diesem Streitgegenstand gehören, durch die materielle Rechtskraft des Urteils auch dann präkludiert, wenn gar nicht über sie gestritten wurde⁵⁷⁴. Ob ein festgestellter vorrangiger Anspruch überhaupt bestritten wurde, ist somit unerheblich. Das Gesetz unterscheidet auch nicht danach, ob die Entscheidung auf streitige Weise zustande gekommen ist oder nicht. Daher werden auch Anerkenntnis- und Verzichtsurteile ebenso wie Versäumnisurteile der materiellen Rechtskraft teilhaft⁵⁷⁵. Schlösse man Säumnisentscheidungen aus, hätte es diese Partei in der Hand, das Eingreifen der Rechtskraft zu verhindern und das Recht des Gegners auf eine endgültige Klärung des strittigen Anspruchs zu beeinträchtigen⁵⁷⁶. Eine Entscheidung, die auf einer Parteiendisposition über den geltend gemachten Anspruch beruht und der daher keine Sachverhaltsermittlung durch das Gericht zugrunde liegt, ist daher in gleicher Weise der materiellen Rechtskraft teilhaft wie eine Entscheidung, die nach einem kontradiktorischen Verfahren gefällt wurde; es kommt ihr die gleiche Bindungswirkung zu.

Nimmt man in Abkehr von der auf *Exner* zurückgehenden Zuweisung nach Buchstand die von § 210 EO angeordnete Nachweispflicht ernst und verlangt ein § 226 ZPO entsprechendes Vorbringen, so ist auch der Vergleich mit der Präklusionsregelung des § 396 ZPO durchaus statthaft. Die Folgen der Versäumung sind ja, dass das tatsächliche Vorbringen der erschienenen Partei – soweit nicht durch vorliegende Beweise widerlegt – für wahr zu halten und auf dieser Grundlage durch Versäumnisurteil zu erkennen ist. Die Zustimmungsfiktion des § 56 Abs 2 EO ist demgegenüber nur auf Parteien anwendbar, deren Standpunkt zu einem bestimmten Problem noch nicht bekannt ist. Wohl erwähnt § 56 Abs 2 EO den Fall widerstreitender Anträge nicht besonders. Es ist aber ein allgemeiner Grundsatz des österreichischen Verfahrensrechtes, dass auf schon wirksam Vorgebrachtes immer Bedacht zu nehmen ist. Die ausdrückliche oder fingierte Zustimmung lässt als reine Prozesshandlung Säumnisfolgen nur insoweit zu, als sie das Gesetz vorsieht. Auf diese Verschiedenheit wird in

⁵⁷⁴ Dies übersieht der OGH verst Senat in SZ 70/60 = JBl 1997, 368 = *ecolex* 1997, 422 (*Oberhammer*) = JAP 1997/98, 41 (*Chiwitt-Oberhammer*), wenn er diesen Gesichtspunkt als Besonderheit der deutschen Rsp ansieht, die insofern von einem weiteren Rechtskraftbegriff ausgehe; es handelt sich dabei durchaus um keine deutsche Besonderheit, sondern ist ohne Frage geltendes österreichisches Recht und nicht etwa – wie der OGH meint – Ausdruck einer Sondermeinung von *Kralik* und *A. Burgstaller* (*Oberhammer*, JBl 2000, 205 ff FN 64; vgl dazu nur *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1534 ff).

⁵⁷⁵ *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, ZPO² § 411 ZPO Rz 23, unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Ansicht *Burgstallers* in JBl 1999, 563 ff.

⁵⁷⁶ *Fasching/Klicka* aaO.

der Literatur und in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der vergleichbaren Bestimmung des § 56 Abs 2 EO hingewiesen⁵⁷⁷. Nach § 56 EO muss nach hM trotz fingierter Zustimmung geprüft werden, ob der Antrag, zu dem Zustimmung fingiert wird, im Gesetz begründet ist. Selbst nach § 231 Abs 4 EO ist aber die Bereicherungsklage der säumigen Partei, deren Zustimmung somit fingiert wird, gegen die Zuweisung im Verteilungsbeschluss nur insoweit zulässig, als sie in der Verteilungstagsatzung Widerspruch erhoben hat. Unter Berücksichtigung der Novellierung des § 234 EO und der Rsp hierzu, sind daher Tatsachen, die bereits mittels Widerspruch vorgetragen werden konnten, gemäß § 56 EO präkludiert. Zudem wäre eine Anwendung des § 56 Abs 2 EO auch auf eine Partei, die ihre gegenteilige Position schon durch Anmeldung gemäß § 210 EO bekannt gegeben hat, im Hinblick auf die Bestimmung des Schlußsatzes dieser Bestimmung möglich, wenn der Partei die mit dem Nichterscheinen verbundenen Rechtsfolgen in der Ladung so angegeben würden, dass für sie kein Zweifel aufkommen kann, ihr früher eingenommener Standpunkt werde vom Gericht nicht mehr als aktuell betrachtet.

Gegen die Ansicht *Böhms* und die ihm folgende hM spricht aber auch, dass dadurch das Verteilungsverfahren im eigentlich wesentlichen Punkt seiner Aufgabe beraubt wird: Sinn des in den §§ 209 ff EO geregelten Verfahrens ist es ja, abzuklären, ob ein Buchberechtigter aus dem Meistbot eine Zuweisung erhalten soll oder nicht. Der Gesetzgeber zwingt durch die Institutionen der Forderungsanmeldung, der Anberaumung einer Verteilungstagsatzung und der Berechtigung zum Widerspruch, die Verfahrensbeteiligten, allfällige Einwände gegen eine angemeldete Forderung sofort vorzubringen und allenfalls in einem anschließenden Widerspruchsprozess auszutragen. Wer aber in der Verteilungstagsatzung nicht aktiv gegen einen konkurrierenden Gläubiger auftritt, dem wird die Bestreitungsmöglichkeit eben genommen. Angesichts dieser streitabschneidenden Funktion des Verteilungsverfahrens muss das, was für alle Einwände gegen eine angemeldete Forderung vorgesehen ist, auch für die unterbliebene Anmeldung selbst gelten. Denn wenn nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nachträglich nicht mehr vorgebracht werden kann, dass eine angemeldete und nachgewiesene Forderung gar nicht existierte (zB infolge Zahlung oder Verzicht), ist nicht ersichtlich, warum es einem untätigen Gläubiger unter den selben Voraussetzungen nachträglich offen stehen sollte, Ansprüche geltend zu machen, mit denen die Zuweisung auf eine rechtskräftig festgestellte Forderung rückgängig gemacht werden soll. Aus diesen Überlegungen ist die nachträgliche Anfechtung der im Verteilungsverfahren rechtskräftig getroffenen Entscheidung

⁵⁷⁷ *Heller/Berger/Stix*, I 628.

grundsätzlich abzulehnen. Nur die Geltendmachung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner bleibt uneingeschränkt offen, soweit diese nicht durch Zuweisung im Verteilungsverfahren erloschen ist.

Böhm und der hM ist weiters zu entgegen, dass die aus der materiellen Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses – in allen seinen Teilen – abzuleitende Bindungswirkung nicht einfach deshalb geleugnet werden kann, weil die Verfahrensgestaltung grundlegende Parteidrechte ignoriert. Die Ansicht, Aufgabe des Verteilungsbeschlusses sei bloß die Beschleunigung und Konzentration des Verteilungsverfahrens, nicht aber Rechtssicherheit zu gewährleisten, ist abzulehnen. Auch der Bundesverfassung insgesamt ist unmissverständlich zu entnehmen, dass individuelle Rechtsakte regelmäßig Bindungswirkung entfalten sollen. Dies ergibt sich aus dem rechtsstaatlichen Bauprinzip der Bundesverfassung und namentlich aus den einzelnen Anordnungen über den Rechtsschutz gegenüber dem Staat. Es ist dem Kernbereich des rechtsstaatlichen Prinzips zuzurechnen, dass in der Regel alle staatlichen Organe an individuelle Rechtsakte – stammen sie nun von diesen selbst oder aber von anderen Staatsorganen – gebunden sind und sich nicht hierüber hinwegsetzen dürfen. Bei anderer Auffassung käme dem dem rechtsstaatlichen Prinzip zwingend innewohnenden Element der Rechtssicherheit praktisch kaum Bedeutung zu, könnte doch dann jedes Organ der Gerichtsbarkeit oder der Verwaltung bei jeder sich bietenden Gelegenheit jeden Aspekt eigenständig und unabhängig von im Rechtsweg zuerkannten Rechtspositionen neu entscheiden. Im Übrigen kann der Bundesverfassung auch nicht unterstellt werden, sie führe zwar das rechtsstaatliche Prinzip ein und schaffe ein ausgefeiltes Rechtsschutzsystem mit den Höchstgerichten als Kontrollorganen, lasse aber zu, dass diese Einrichtungen letztlich wirkungslos sind. Auch die Organisationsstruktur der Bundesverfassung geht im Zusammenhalt mit dem in Art 18 Abs 1 B-VG verankerten Legalitätsprinzip, das unter anderem eine präzise gesetzliche Determinierung des jeweils zur Entscheidung berufenen Organs gebietet, von der Vorstellung aus, dass jede Rechtssache jeweils nur von einem Organ zu entscheiden ist.

Da § 231 Abs 4 EO schon nach seinem Wortlaut dem Verteilungsbeschluss materielle Rechtskraft zuerkennt und dieser einem Urteil hinsichtlich Vollstreckbarkeit und Bindungswirkung gleichgestellt ist, die gesetzliche Regelung der Feststellung der Forderung im Verteilungsverfahren aber keine Bestimmung über die Frage der Abänderbarkeit der Entscheidung wegen schwerwiegender Fehler im Verteilungsverfahren, etwa bei Vorliegen wesentlicher, ursprünglicher Unrichtigkeit, Unvollständigkeit der Sachgrundlage usw enthält, eine solche Regelung aber im Hinblick auf die Unanwendbarkeit der Wiederaufnahmsklage

hätte vorgenommen werden müssen, weil es einen sachlich nicht gerechtfertigten Wertungswiderspruch darstellen würde, wenn einer in einem summarischen Verfahren geschaffenen Entscheidung höhere Bestandgarantie zukäme, als einem im streitigen Verfahren ergangenen Urteil, zeigt sich, dass hier – gemessen am Maßstab der gesamten Rechtsordnung – eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts vorliegt. Eine solche Gesetzeslücke ist in erster Linie im Wege der Analogie zu schließen⁵⁷⁸. Wird zudem berücksichtigt, dass die Wiederaufnahmsklage die rechtskräftige Beendigung des vorangegangenen Verfahrens nicht voraussetzt⁵⁷⁹, so rechtfertigt der Analogieschluss die Anwendung der Vorschriften des § 530 ZPO im Einklang mit ihrer ratio über den Wortlaut des § 231 Abs 4 EO hinaus auf Fälle unverschuldeter Säumnis im Verteilungsverfahren, wobei allerdings im Falle der Geltendmachung eines unter Z 7 des § 530 Abs 1 ZPO fallenden Wiederaufnahmsgrundes die Säumnis der Partei im Vorverfahren unverschuldet gewesen sein muss⁵⁸⁰. Auch der OGH geht im Jud 220 zutreffend davon aus, dass die Exekutionsordnung mit ihrem genau geregelten Verteilungsverfahren die Rechtsverhältnisse der hieran Beteiligten nach Möglichkeit endgültig regeln will, und dass die Gewährung der Bereicherungsklage auf Fälle unverschuldeter Säumnis eingeschränkt werden könnte⁵⁸¹. Eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft des Verteilungsbeschlusses ist daher unter jenen Voraussetzungen zulässig, wie sie in der ZPO für Säumnisentscheidungen vorgesehen sind. Ebenso muss die Klage zulässig sein, wenn etwa der Rekurswerber sein Recht deswegen nicht mit Rekurs geltend machen kann, weil ihm nicht bekannt war, dass die zugewiesene Forderung bereits getilgt war, er deshalb bei der Verteilungstagsatzung keinen Widerspruch gegen die Berücksichtigung erhoben hat und infolge des nicht bloß auf nova producta beschränkten Neuerungsverbots im Rekurs gehindert war, diesen Umstand geltend zu machen. Die generelle Gewährung der Bereicherungsklage aber konterkariert das Verteilungsverfahren insgesamt und ist aus den dargelegten Gründen abzulehnen.

⁵⁷⁸ *Bydlinski in Rummel*, ABGB³ § 7 Rz 3 mwN.

⁵⁷⁹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2033 und 2052.

⁵⁸⁰ § 530 Abs 2 ZPO. Dies hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des § 230 EO schlicht übersehen.

⁵⁸¹ Die Einschränkung des OGH, dass hierfür eine gesetzliche Anordnung erforderlich wäre, findet nach dem oben Gesagten im Gesetz keine Stütze.

VIII. Schlusswort

Viele grundlegende Irrtümer der hM, sowohl im Bereich des materiellen Rechts als auch des Verfahrensrechts gehen auf die unzutreffende Vorstellung zurück, dass im Grundbuch eine Forderung eingetragen werde oder maW, auf die mangelnde Unterscheidung zwischen Haftung und Belastung der als Sicherheit dienenden Vermögenswerte. Dementsprechend wird auch verkannt, dass es nicht Aufgabe des Spezialitätsprinzips ist, im Interesse der leichteren Handelbarkeit von Bodenwerten über die abstrakte Belastung der Pfandliegenschaft vor dem Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung Auskunft zu geben, sondern nur die höchstmögliche Haftung des Pfandrechts für die gesicherten Forderungen von Bedeutung ist. Im Interesse des Realverkehrs und in Verwirklichung des Spezialitätsprinzips sind de lege lata die in §§ 14 Abs 2, 17 GBG Haftungshöchstgrenzen jedenfalls einzuhalten. Insofern erscheint jedoch eine Vereinheitlichung des Hypothekenrechts angebracht und wird die Aufhebung der §§ 14 Abs 1, 17 GBG zur Diskussion gestellt. Die Sicherungsfunktion von Festbetragshypotheken kann ebensogut durch Höchstbetragshypotheken erfüllt werden und ließe sich dadurch eine nicht unerhebliche Entlastung des Grundbuchs sowie Vereinfachung des Hypothekenrechts insgesamt erreichen. Durch die EO-Nov 2000 wurde mit der Aufhebung des Abs 2 des § 224 EO die Voraussetzung geschaffen, in Hinkunft gemäß § 16 GBG Kosten auch über den eingetragenen Höchstbetrag hinaus zuzuweisen. Der Gesetzgeber ist daher aufgerufen, eine längst fällige Haftungshöchstgrenze auch in Ansehung der Kosten einzuführen. Einer einheitlichen Anwendung der allgemein im Hypothekenrecht geltenden Grundsätze, sowohl in verfahrens- als auch in materiellrechtlicher Hinsicht stünde damit nichts mehr im Wege. Eine künstlich aufrechterhaltene Andersbehandlung von Fest- und Höchstbetragshypotheken, ohne dass dies durch die unterschiedliche Natur dieser Pfandrechte bedingt wäre, widerspricht den Aufgaben eines modernen Hypothekenrechts und wird auch den richtungsweisenden und innovativen Ansätzen der Lehre nicht gerecht. Es kann und soll nicht Ziel von Lehre und Rechtsprechung sein, sich durch starres Festhalten an überholten Postulaten einer rechtlich und rechtspolitisch gebotenen Entwicklung, die darüber hinaus durch einen weitsichtigen historischen Gesetzgeber ermöglicht wird, zu verschließen. Daher sollte dem von *Wilhelm* und *Hoyer* vorgeschlagenen Modell des anteiligen Pfandrechtsüberganges unter Aufgabe der Auffassung *Reischauers* schnellstmöglich Rechnung getragen werden, und diese Entwicklung gerade auch von der Rechtsprechung unterstützt und vorangetrieben werden. Es entspricht dem Wesen des Pfandrechts, dass der Umfang der Haftung vor dem Zeitpunkt der Pfandrechtsverwertung nicht feststeht und es ist kein Grund

ersichtlich, warum sich dies im Falle der Höchstbetragshypothek auch bei einer Mehrzahl von Berechtigten ändern und nur durch Schaffung einer dogmatisch fragwürdigen Pfandrechtsmischform möglich sein sollte. Zudem ist es nach zutreffender Ansicht möglich, dasselbe Höchstbetragspfandrecht schon bei seiner Begründung auch für mehrere Grundverhältnisse zugunsten verschiedener Berechtigter haften zu lassen, was ebenfalls nur durch eine anteilige Haftung ermöglicht wird, sobald der Höchstbetrag durch das sichergestellte Kapital überschritten wird. Um im Interesse eines aussagekräftigen Grundbuchs und damit des Realverkehrs außerbücherliche Erwerber zur berichtigenden Eintragung zu veranlassen, ist der Gesetzgeber ferner aufgerufen, längst fällige Anpassungen der Tarife des Gerichtsgebührengesetzes im Sinne international üblicher Standards in Angriff zu nehmen.

Im Meistbotsverteilungsverfahren wird ohne vorangegangenes Erkenntnisverfahren eine beschlussmäßige und endgültige Entscheidung über den Haftungsfonds getroffen. Die Anwendbarkeit des Art 6 EMRK auf diese Entscheidung lässt sich daher nicht ernsthaft bestreiten und ist nur unter dieser Voraussetzung gewährleistet, dass das Pfandrecht den ihm zugedachten Zweck, dem Gläubiger höchstmögliche Sicherheit zu verleihen, auch im Meistbotsverteilungsverfahren gerecht werden kann. Ferner zieht der Verteilungsbeschluss einen Vermögensbeschlagnach sich und führt idR zum weitgehenden Verlust des Vermögens durch Verwertung. Sowohl der Verpflichtete als auch die übrigen auf das Meistbot gewiesenen Gläubiger haben daher in Ansehung ihrer Ansprüche und Verpflichtungen ein Recht darauf, von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht gehört zu werden, das hierüber in einem fairen Verfahren öffentlich und innerhalb angemessener Frist zu verhandeln und zu entscheiden hat. Die gegenwärtige Ausgestaltung des Meistbotsverteilungsverfahrens wird diesen Anforderungen in keiner Weise gerecht. Klare Defizite ergeben sich im Hinblick auf das rechtliche Gehör im Feststellungsverfahren, das eine prozessualen Grundsätzen entsprechende Verhandlung mit Öffentlichkeitsrecht nicht vorsieht, die Einseitigkeit des Rekursverfahrens und die Konformitätsregel des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO bei der Anrufbarkeit des OGH. Ferner steht die Nichtzulassung von Vorbringen oder Beweisen bereits im Verfahren erster Instanz im Widerspruch zu elementaren verfahrensrechtlichen Grundrechten und bewirkt jedenfalls eine erhebliche Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Unter den gegebenen Voraussetzungen wäre eine Entscheidung des Exekutionsgerichts nur zulässig, sofern eine allseitige Einigung unter sämtlichen Beteiligten erzielt werden kann. Die Entscheidung lediglich aufgrund des Buchstandes ist als Beispiel einer zu weit getriebenen Abstraktion abzulehnen. Die vielfach unverändert maßgebliche Ansicht *Exners*, auf welche die hM die ungerechtfertigte Umkehr der Beweislast insb zu Lasten

nachrangiger Buchberechtigter stützt, wurde längst als überholt erkannt und wären in diesem Sinne die zum Großteil noch aus dem 19. Jahrhundert stammenden Regelungen des Meistbotsverteilungsverfahrens unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Garantien im Verfassungsrang einer tiefgehenden Novellierung zu unterziehen, als dies der Gesetzgeber der EO-Nov 2000 mit dem vordergründigen Ziel der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung – das nicht bloß Selbstzweck sein darf – getan hat. Betrachtet man die Reformziele des Gesetzgebers und deren Umsetzung durch die EO-Nov 2000, so erweist sich der Verdacht als berechtigt, dass den Reformern das Bewusstsein für die Gesamtzusammenhänge und das Erfordernis der Vorsorge für eine rechtlich richtige richterliche Entscheidung, die in ihren Gründen mit dem wahren Sachverhalt übereinstimmt, verloren gegangen ist. Dies verdeutlicht insb auch die Rechtsprechung zu § 231 Abs 4 EO. Dass das Akzessorietätsersfordernis als Wahrheitsprinzip dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung im Meistbotsverteilungsverfahren hindernd im Weg steht ist, liegt auf der Hand, doch kann es das Ziel einer möglichst raschen, billigen und einfachen Verfahrenserledigung nicht rechtfertigen, in einem bloß summarischen Verfahren über den endgültigen Verlust des Haftungsfonds bzw eines dem Verpflichteten zustehenden Vermögens ohne Erforschung des wahren Sachverhalts zu entscheiden.

Diese Arbeit versucht einen Schritt zur Wiedergewinnung der postulierten Gesamtschau zu setzen, wobei die Frage nach der Anwendbarkeit des Art 6 EMRK auf die Entscheidung über den hypothekarischen Anspruch wohl einer Lösung auf Gemeinschaftsebene vorbehalten bleiben wird.